

国家教会法上の「同格理論」と「国の主権」について

——西ドイツの場合を中心として——

清水望

はしがき

一 国家教会法（国・教会関連法）体系における条約教会法とその性格

I 国家教会法上の「同格理論」は、歴史的に克服さるべき側面をもっている

II 「同格理論」は、国と教会との国法上の関係を国際法化したものといえるか

二 国家教会法（国・教会関連法）上の「同格理論」と国法上の主権

I 「同格理論」に根拠をおく国家教会法体系の諸論点

II 「同格理論」に根拠をおく国家教会法体系に対する批判

三 「同格理論」と「国法上の主権」論をめぐる新たな展開

I 現行の国家教会法上の「同格理論」の再検討

II 現行の国家教会法体系の再構築の試み

あとがき

国家教会法上の「同格理論」と「国の主権」について

は し が き

西ドイツにおいて、戦後、間もなく国と宗教団体、とりわけ歴史的な大教会との関係をめぐって展開された「同格理論」はやがてきびしい批判にさらされることになった。その批判がいかなる内容のものであったか。さらに同格理論を支持する論者によっていかなる反論がなされているかは、前稿で素描した。⁽¹⁾この同格理論は、その時代状況に応じた歴史的に克服すべき側面をもっているが、本稿では、現行の国家教会法（国・教会関連法）体系における条約教会法について、さらにこの同格理論と国法上の主権の問題⁽²⁾に関して若干掘り下げて考察することにした。

注(1) 清水「西ドイツにおける国と教会（宗教団体）との関係——『同格理論』をめぐる論争——」早稲田政治経済学雑誌第

二七三・二七四合併号六一頁以下参照。

(2) 最近の著作では、Klaus G. Meyer-Teschendorf, Staat und Kirche im pluralistischen Gemeinwesen, 1979. が参考になる。論点がよく整理されている。本稿もこれに負うところが大きい。

一 国家教会法（国・教会関連法）体系における条約教会法とその性格

I 国家教会法（国・教会関連法）上の「同格理論」は、歴史的に克服すべき性格をもっている。

すでに触れたように、国家教会法（国・教会関連法）上の同格理論については、これを支持する論者も認めているように、なお十分なものとは言えず、折にふれて歴史的に克服すべき側面をもっている。⁽¹⁾とくに価値観、世界観が多様化した社会において、国と教会（宗教団体）との関係をいかにとらえるべきかは、西ドイツの国家教会法（国・教

会関連法) 体系の性格を知るうえでは避けてとおることのできない問題といわなければならない。とりわけ今日的状況のもとで、国家教会法上の「同格理論」は、国の主権との関連でいかに位置づけるべきかが検討されなくてはなるまい。ここでは、まずワイマール憲法下の国家教会法(国・教会関連法)上の概念が、ボン基本法第一四〇条に、憲法(基本法)体系上、またその文言からも、いわば白紙委任的な規定(Blanketnorm)のかたちで継承されたとはいえず、「基本法のもとにおける」国家教会法(国・教会関連法)上の状況は、一九五〇年代においては、国と教会との「新たな関連体系」として説明されたことを前提として、考察をすすめてゆくことにしたい。

1 条約教会法にもとづく国と教会との法的関係

国家教会法(国・教会関連法)上の「同格論」を支持する論者の立場からすれば、たとえば、P・ミカートの論稿「教会と宗教団体」(一九六〇年)でも指摘されているように、「ワイマールのな中立性の意味における分離」としてではなく、「二つの相互に独立の、その領域において自立的な公共組織(Gemeinwesen)の並行(Zuordnung)、すなわち同格の体系」として定義される国と教会とのいわゆる「新たな」基本的関係が確立された。これによって国と教会とは、「第一次的に同等の共同体」として、すなわち「完全な社会」(societas perfecta)として対応しなければならいものとされた。⁽³⁾同じ趣旨のことは、一九五二年の国法学者大会において、H・ペータースの報告「国家教会法の現状」においても指摘されている。⁽⁴⁾S・グランドマンも、その論稿「条約教会法(Vertragskirchenrecht)を基盤とする国と教会との関係」(一九六二年)において、「教会と国とは、相互に条約により立法機関の行為によってよりも厳格に拘束される。教会条約が権限のある国の機関および教会の機関によって承認されるならば、教会条約は、もはや条約当事者の一方的な行為によって排除されるものではなく——事態存続の條款(clausula rebus sic stantibus)を除い

て――、もっぱら双方の了解によってのみ解約される。したがって条約当事者の相互的關係は、条約当事者が法律によつては創出しえなかつたような、これまでにみられなかつた安定した地位を保持する⁽⁵⁾ことになる、としている。法は、国と教会という二つの「主権的な」もののあいだで、したがって「同等なもの」として理解されたもののあいだで、条約によつてはじめてつくられるものと解された⁽⁶⁾。事実、基本法審議会でドイツ党(DP)が一九四八年一月一九日に提示した第一次案によれば、このような条約条項は憲法(基本法)において規定さるべきものとされた。「国と教会との關係は、条約(Vertrag)によつて規定さるべきものとする⁽⁷⁾」という規定がそれである。このDP案は、福音主義教会およびカトリック教会の請願(要望)とは別に提示されたものである⁽⁸⁾。この規定は、案にとどまつたが、その考え方がその後もかなり根強くみられたことは故なしとしない。

国家教会法(国・教会関連法)上の「同格理論」は、現在、なお有力とはいへ、これを支持する論者自らも認めているように、そのときどきの状況に應じて歴史的に克服すべきものを含んでいる。具体的にそれがいかなるものであるかは暫らくおくとして、K・G・マイヤー・テッシェンドルフの著書『多元的な公共組織における国と教会』(一九七九年)においても、まず「一九四五年以後、教会に国といわば同等の地位が、国の現実においてのみならず、国法および国家論のレヴェルにおいても付与された⁽⁹⁾」ことを出発点として考察をすすめていることはみのがすことができる。この点について、H・マイヤーはその論稿「ドイツ連邦共和国における国・教会關係の政治的・社会的基盤」(一九七四年)のなかで、戦後の「教会の公的地位の回復」という論題をきっかけ、「第三帝国があとに遺した精神的かつ政治的な空白の領域において、教会は、迅速かつ当然に新たな民主主義国家の体制を保証するものになった⁽¹⁰⁾」と指摘している。それは、「教会闘争および教会迫害が一九三三年および一九三四年における圧制へのいくつかの端緒になった茶

番劇への追憶をぬぐい消した⁽¹¹⁾」からにはかならない。マイヤー・テッシェンドルフも、「この社会的・政治的諸要因と教会法上のすう勢とが互いに絡み合ったことから、一九四五年以後、国家教会法上の論議において、教会の独立性（自主性）と固有の法をつくる権限が強調されたことはきわめて容易に理解できる⁽¹²⁾」としている。ミカートの言うように、「国と教会との関係はもはや優越ないし従属の体系ではなく⁽¹³⁾、むしろ友好的かつ真摯な協力の関係であり、相互尊重の体系でなければならなかった⁽¹⁴⁾。ズィーモンも、その論稿「福音主義教会の理論からみた国と教会との関係」（一九七四年）において、この国と教会との「新たな」関係——連携的な同格——を本質的に表明するものとして、これまで「一方的に定立された国家教会法（国・教会関連法）から条約のうえで取り決められる国家教会法（国・教会関連法）への転換」が確立された⁽¹⁵⁾、と述べている。ズィーモンも、「困惑の解消として継承されたワイマール憲法の教会政策的条項は、福音主義教会法学者の指導的な参画のもとに『新しく取り換えられた憲法的背景』（ausgewechselten verfassungsrechtlichen Hintergrund）にもとづいて新たに解釈された⁽¹⁶⁾」としている。実際にはすでに繰り返し述べた R・スメントの一九五一年の「ボン基本法からみた国と教会⁽¹⁷⁾」という論稿が口火を切ったことは言うまでもない。「ワイマール国家における場合とは別箇に、一般的に『連携的な同格』として表明されている関係は、いまや脈絡のない無関心「な態度」に表出されるものではなくて、真摯な友好的な協力によって、さらに相異なる任務を相互に尊重することによって決められる⁽¹⁸⁾」と述べている。ズィーモンはさらに『福音主義を信ずる住民の共同の責任を意識し、州と州教会とのあいだの友好関係を確認し、かつ促進する希望に導かれて』締結され、かつ『教会の公共的任務とその独立性（自主性）に合致すること』において確認された福音主義ラント教会との条約において、以上に述べたことが表明されている⁽¹⁹⁾」としている。その先駆的役割を果たしたのが、ニーダーザクセン州と同州における福音主義

ラント教会とのあいだに締結されたいわゆるロツクム条約である。⁽²⁰⁾ その条約の内容にスメントのさきの論文が少なからず影響を与え、また別の論稿「ニーダーザクセン教会条約および今日のドイツ国家教会法」(一九五六年)のなかで、このロツクム条約を「現行の国家教会法(国・教会関連法)を、解釈上、明確にしたものとして、まず信びよう性のある解釈」⁽²¹⁾の表明であると評したことはすでに述べたとおりである。ともかくも、これまで「一方的に定立された国家教会法(国・教会関連法)から、条約のうへで取り決められる国家教会法への転換は、連携的な同格を明確に表明したものととして、新たに制定されたドイツ福音主義教会基本法第三条二項とも合致する。その条項によれば、『その「ドイツ福音主義教会の」国家に対する関係の規制は、合意(Ubereinkommen)に依拠すべきものである』⁽²²⁾となつてゐる」からである。かくて「一九三三年七月一日の国法律^{ライヒ}によるドイツ福音主義教会憲法の承認が無効とされ、一九四八年のドイツ福音主義教会基本法が確固とした理由により国の承認を求めなくてもよい」⁽²³⁾ことになったのも故なしとしない。

しかしながら、マイヤー・テッシェンドルフによれば、条約上、規定することが「基本法のもとにおける」国家教会法の通常の現象形態である、ということはいまだ確認されているわけではない。⁽²⁴⁾ このことはすでにユリーナも指摘しているところであり、実際にはニーダーザクセンのほか、シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン、ヘッセンおよびラインラント・ファルツの四州に限定されているからである。⁽²⁵⁾ マイヤー・テッシェンドルフによれば、むしろ国家教会法そのものが、同格法秩序のそとで制定されることは否定されている。彼においては、国家教会法は条約教会法と同視されているが、⁽²⁶⁾ 条約教会法の法的性格について、われわれはいかに理解すべきであらうか。とりわけ国家教会法(国・教会関連法)上の「同格理論」が、歴史的に克服すべき性格をもつものであるとすれば、それはいかなること

を意味するものであろうか。ここで条約教会法が教会と国との関係においていかなる役割を果たしているかを顧みなければならぬ。この点について、グルントマンの所説は注目すべき論点を呈示している。

2 条約教会法は、現代の教会と国とのあいだの全体的法的関係における新たな歴史的な展開の一部としてとらえられている。

グルトマンは、条約教会法を、西ドイツの国家教会法（国・教会関連法）の今日的局面としてとらえ、次のように述べている。すなわち、「教会は、もしまわれが国制上、国教会制（das System der Staatskirche）を拒否し、国の側で認められた教会の自主性に目をむけるならば、すでにU・シュテュッツによって特徴づけられた『条約上保証された、自律的に分離した教会』の地位としての概念をもって最も適切に表明される法的地位を占める」⁽²⁷⁾ことになる。彼は、別の論稿で、「条約教会法は、国の法律によってではなく、教会条約（Kirchenverträge）——そのなかに政教条約（Konkordate）もあげられる——によって規律される教会と国とのあいだの法的関係の一部というだけのものではない。それはむしろ新たな形態であり、しかも教会と国とのあいだの全体的法的関係における新たな歴史的な展開の一部である。詳言すれば、現代における（とくにドイツ連邦共和国においては、福音主義ラント教会と州とのあいだにおける）展開の一部を特色づけるものである。したがって条約教会法は、新たな国家教会法体系として、領邦君主の教会体制および国が教会高権を保持した時代にとって替った」⁽²⁸⁾ものとしてとらえられている。このように条約教会法は現代の教会と国とのあいだの全体的法的関係における新たな歴史的な展開の一部としてとらえられているところに特徴がみられる。すでに触れたように、マイヤー・テッシェンドルフにおいては、国家教会法（国・教会関連法）は、条約教会法と同一視され、国家教会法そのものが、同格法秩序のそとで制定されることは否定されているが、彼は、同時に、

教会と国との「同格理論」が、果たして両者の国法上の関係を国際法化したものといえるかどうか、という問題を提起した。

Ⅱ 「同格理論」は、教会と国との国法上の関係を国際法化したものといえるか。

この問題提起に対しては、論者の見解は必ずしも同じではない。たとえば、ヘッセは、その著書『教會的領域における国の裁判所による法的保障』（一九五六年）において、「すべての人に適用される法律としての規範の性格に関して、国の官庁と教会当局とのあいだに意見の差異の可能性が生ずることは避けることができないが、『いかなるものが裁判するか』（*Quis iudicabit*）という問題が提起される。回答は明らかである。『いかなるものも存在しない』⁽²⁹⁾と述べている。その論旨は明快であるが、クリューガーは、本書に対する書評（福音主義教会法雑誌、一九五七年／一九五八年）のなかで、次のように批判している。すなわち、「いかなるものも究極的な発言（*ein letztes Wort*）〔権〕をもち得ないところでは、国法的関係は国際法的関係に変容してしまう⁽³⁰⁾」というのである。ヘッセは、その後、別の論稿「一九四五年以後における国家教会法の発展」（一九六一年）において、「国家教会法（国・教会関連法）は、いまやこれまでのように国法と直ちに同一視することはできない⁽³¹⁾」のであって、「その核心的領域は、国と教会のいずれの当事者およびその法秩序をも、義務づけ、拘束する固有の法的領域になった⁽³²⁾」とし、「それによって国と教会との法的関係から統一的に判断されうる共通の基準が成立した⁽³²⁾」と述べている。これは、同格理論によって「国法的関係は国際法的関係に変ってしまう⁽³²⁾」と批判したクリューガーの見解に対して、自らの見解を敷衍したものだといえよう。また、すでに触れたように、同格理論に批判的立場をとったシェフラーは、「まずカトリック側より政治的要請として提起された同格理論によれば、教会と国とは、固有の活動領域とその目的のために必要な手段をもつ完全な（主権的）

社会である。両者は、相互に同等であり、そのときどきの摩擦を一方的でなく、もっぱら協定（政教条約）によって規制する。したがって国と教会との関係は、完全に『準国際法的なもの』（quasi-völkerrechtlich）として解さるべきである³³⁾と述べている。とすれば、『同格理論』は、教会と国との国法上の関係を国際法化したものといえるかという問題提起は、現行の国家教会法（国・教会関連法）体系を浮き彫りさせる意味でも、重要な論題といえよう。ここでは、まず条約教会法そのものを、国際法でもなければ、準国際法的なものでもない、とする見解について、若干掘り下げて考察をすすめることにしたい。

1 条約教会法は、たとえ国際法の原則が個別的に適用されることがあるとしても、国際法でもなければ、準国際法でもない。

ヘッセも、現行の国家教会法（国・教会関連法）について、結局において、「国法または教会法の範疇だけで把握されるものでもないければ、また国際法の範疇をもって把握されるものでもない³⁴⁾」ことを認めた。グルントマンも、「教会条約は同一の法的秩序のもとにない条約当事者によって締結される」という視点より、「教会条約は、教会法でもなければ、国法でもない。したがって伝統的意味——宗教団体と結びついた国法という意味——における国家教会法ではなくて、広義——教会と国との関係を規律し、形成する法という意味——における国家教会法である。しかし教会条約は、少なくともローマ・カトリック教会との政教条約が問題になるのではなくて、福音主義ラント教会およびドイツ福音主義教会との条約が問題になる限り、それに対して個々の国際法上の原則が適用されることはあるとしても、国際法でもないければ、準国際法でもない³⁵⁾」としている。たしかにグルントマンの言うように、ローマ・カトリック教会との政教条約が問題になる場合には、H・F・ケックの近著『政教条約の法的および政治的視点』（一九八三年）

においても言及されているように、別箇の観点より考察されなければならぬ⁽³⁶⁾。

それはともかくとして、一方、国家教会法そのものが同格法秩序のことで制定されることを否定したマイヤー・テッシュェンドルフによれば、あとで述べるように、ホーレルバッハのいわゆる「同格的な法形成」(Koordinative Rechtsgestaltung)は、もはや唯単に政治的に望ましい、かつ時代的状況に対応する合法的な秩序にとどまるものではなく、むしろもっぱら憲法によってのみ許容される国家教会法上の問題克服の方式でもある。彼によれば、すでに触れたように、国家教会法は条約教会法と同一視される。しかもそれは唯単に記述的であるにとどまらず、規範的である。そして同格法秩序は、憲法原理一般として解釈されている⁽³⁷⁾。それは同時に次のことを意味する。教会法は、国法になっ
てしまっており、教会法上の視点よりなされる究極的な推量は、基本法および「その」国家教会法(国・教会関連法)のもとで行なわれるか、完全な憲法条項として主張される、ということである。とすれば、同格は、教会法上の要請としてのみならず、基本法の要請としてもみとめられる⁽³⁸⁾。ヘッセも、すでに触れた著書において、基本法第一四〇条に編入されたワイマル憲法第一三七条三項の法律的内容に触れ、本項はそれじしん担保さるべきものとして、「すべては、当然に国および教会の両当事者の協調と真摯さを目ざしたものだ」とし、「和解か文化闘争かの二者択一しか存在しない⁽³⁹⁾」と述べている。この点、マイヤー・テッシュェンドルフは、ヘッセの指摘をそのまま援用している⁽⁴⁰⁾。

彼はまた、すでに連邦通常裁判所の一九六一年三月一六日の判決も、教会法上の同格理論を憲法上の指針(Leitlinie)として受容した、としている⁽⁴¹⁾。すなわち「基本法は、国と教会とは、独立的(自主的)権力として原則的に平等であることから出発している。教会は、もはや原則として国の高権(主権作用)にしたがうものではない⁽⁴²⁾」と判示しているからである。この判旨について、クリューガーがこれをきびしく批判し⁽⁴³⁾、同格理論を支持する論者からは反論がな

されていることはすでに述べたとおりである。⁽⁴⁴⁾

ともあれ最高裁判所により確認されたように、教会が、世俗的な国家秩序および法秩序からの規制を免れているということは、国家論上の概念化のレヴェルで意味を喪失したことではない。教会の職員が、国の裁判所に教会の行為および教会の決定の審理について法的保護を求める場合、とくに教会員が自らの教会に対して金銭上の要求を認めさせようとする場合、同格理論は、実際に係わりをもち、これを打開する力を発揮する。この場合、究極的に一貫して考えられた同格理論は、いわば新たな精神的な不可侵特権にならざるを得ないことになってしまった。つまり教会が国の裁判権から大幅に免れることにならざるを得ない結果になってしまったのである。⁽⁴⁵⁾

これまでいわゆる「教会の独立性(自主性)」説と同格理論は不可分の関係にみられ、またそのように説明されてきたが、今日、すでに述べた同格関係よりも、むしろワイマール憲法第一三七条三項の規準からみた教会の独立性(自主性)が目やすとなっている。もちろん教会の「自律性」(Autonomie)と法治国家の立場から市民が包括的な国の保護を要請する場合に生ずる緊張関係は解決されていないし、またかつてのように解決できる状況にはないようにおもわれる。いずれにせよ、明らかにして誤解される余地のない「特別に認められる解決」はみられない状況にある、と言つてよい。⁽⁴⁶⁾ 実際に「国の裁判所への」訴訟がみとめられるのは、教会における訴訟手続が欠けているか、または当該宗教団体が国の裁判所に、その問題を明示的または黙示的な了解によって提訴せざるを得なくなった場合にかかっている。⁽⁴⁷⁾

2 条約教会法の性格をめぐる若干の問題点

- (1) 以上、述べたことから窺うことができるように、今日の国家教会法(国・教会関連法)は福音主義ラント教

会およびドイツ福音主義教会との条約が問題となる限り、グルントマンの言うように、それに対してたとえ個々の国際法上の原則が適用されることがあるとしても、国際法でもなければ、準国際法でもない、とすることには、それなりに十分の理由があるといえよう。ホーレルバッハは、その著書『ドイツ連邦共和国における国と教会との条約』（一九六五年）において、「国・教会条約法、すなわち条約教会法は、国際法という迂回的な方法をとることなく、憲法（基本法）と教会法の二元性(Dualität)に直接、もつづいて固有の法的領域を呈示している」と述べている。⁽⁴⁸⁾つまり教会条約において教会と国が共同して独自の性格をもつ法秩序をつくるものであるとすれば、教会条約は、両者の法秩序を双方に適合する事項において調整を行なう。したがって教会条約は、同格法的条約であるとともに同格法である。その法的効力は、もっぱら条約当事者の双方の意思にもとづいている。したがって意思の一致を経て両者により確定された条約内容は、「約款は遵守さるべきである」⁽⁴⁹⁾(*Pacta sunt servanda*)という原則にしたがって、両者のいづれにも拘束力をもつべきである、ということになる。このように個々の国際法上の原則が適用されることはあり得るとしても、そのことによって、グルントマンの言うように、今日の国家教会法（国・教会関連法）を国際法ないし準国際法とみることは問題がある。したがってマイヤー・テッシェンドルフの提起した「同格理論は国法上の関係を国際法化したものといえるか」という論題に対して、単純明快に答えることはむしろ困難であるというほかはない。

条約教会法の法的性格については、さらに別箇の見解もみられる。たとえば、D・ピルソンは、その法的根拠の理由を、「国と教会とを包括する法的共同体 (*Rechtsgemeinschaft*) のなかにみている。しかもこの法的共同体は、「その保護を委ねられた人びとに対して」、国と教会との共同の責任のなかにその根拠をおいている。しかしこの見解は、事実上の共同の責任から、法的共同体がいかなる理由で、またいかなるかたちで成立したか、またこの法的共同体が

いかなる性格のものであるかを明らかにしたとはいいい難い点がみられる。したがってこの理論からすれば、「本来的に独立した勢力間の交渉のいわば最も原初的な段階」に帰せられる条約当事者の一致した意思にもっぱら依拠せざるを得ないことになる⁽⁵⁰⁾。

このように条約教会法の法的性格についても論者により意見の差異がみられる。それはともかくとして、マイヤー・テッシェンドルフも、教会と国との関係についての「同格理論が国法上の関係を国際法化したか」という問題について、マイヤー・テッシェンドルフは、条約上、規定することが、「基本法のもとにおける」国家教会法の通常の現象形態であることはまだ確認されている状況にないという立場を明らかにした⁽⁵¹⁾。この点に関連して、グルントマンは、「条約教会法は、まず国との関係において教会の法的な全体的地位を規律し、ついでその個々の問題における関係を規律する。条約教会法は、新たに成立した西ドイツの国制についての基本法の制定にあずかった者が、国家教会法（国・教会関連法）についての憲法（基本法）上の新秩序のために政治的な基本決定を、逼迫していた状況のもとでなしえなかったことから、また基本法制定者が、それゆえにワイマル憲法の対応する規定の受容についての十分とはいえない打開策に依拠せざるを得なかったということによって生じた欠缺をみたす⁽⁵²⁾」ものと考えた。また、ホルレルバッハも、別の論稿「国家教会法の条約上の基盤」（一九七四年）ではより積極的に「ドイツ連邦共和国の標榜する立憲国家では、政治的公共組織の領域のために、教会と国との基本的関係は、憲法によって規定されている⁽⁵³⁾」としている。そしてさらに、「拘束的な一方的な命令の可能性を除いた法的に同等なるものとして理解されている同格の概念は、この基本的関係を適切に明確にしたものではない。ドイツ連邦共和国における国と教会は、何らかの意味で、その前提となっている同格関係において存立するのではなくて、両者は、憲法によって共存している。しかしこの憲

法（基本法）は、徹底した同格的な法形成、すなわち国と教会とのあいだの条約上の法的関係〔の形成〕を許容している⁽⁵⁴⁾と述べている。基本法は、特別な授權の規定を含んでいるわけでもなければ、また明示的に条約上の委任をみとめているわけでもない。しかし「ワイマル憲法第一三八条一項との関連で基本法第一四〇条および基本法第一二三条二項において、国家教会条約が原則として可能であり、許容されるものであることが前提とされ、したがって認められている⁽⁵⁵⁾」ことは否定できない。

なお今日の国家教会法について、グルントマンは、福音主義ラント教会およびドイツ福音主義教会との条約が問題となる限り、それは国際法でもなければ、準国際法でもない、と述べたが、彼じしんもみとめているように、条約教会法の性格上、個々の国際法上の原則が適用される場合もあることは否定できない。この点について、グルントマンは、「いずれの条約当事者も、自らの意思を法的拘束力のあるものと解し、これに合致した他方の意思をみとめ、法的拘束力のあるものとして受容する。この場合、両者は、この法的拘束力の法的根拠を、その固有の法的秩序より推量する。それぞれの〔固有の〕法的秩序が相異なるものであるところから、『国と教会との法的視点（両者によって締結された条約にてらして）のあいだには』常にある相剋がみられる（シヨイナー）。そこから条約の解釈および扱いには諸困難が生ずる。しかしこれらの諸困難は付随的現象として受忍しなければならないであろう。そうでないと教会条約の方式そのものを断念しなければならないことになるからである。それらの諸困難はそのときどきの状況に依じて『好意的な比較（考量）』（compositio amicalis）の方法で解決されることはありうる。それには国の（場合によっては）また教会の、もしくは混濁的または中立的な裁判所の裁定（Schiedsspruch）に両者が従うことが考えられなければならない⁽⁵⁶⁾」と述べている。また、「教会条約は、その効力の根拠を教会の法的秩序にのみもつものでもなければ、

また国の法的秩序にのみもつものではないので、教会条約は、その解約および終了に關しても、条約の一方の当事者の一方的な意思で行われることはない。⁽⁵⁷⁾それはむしろ他の条約当事者の同意を必要とする。⁽⁵⁸⁾いかなる一方的な解約(予告)も条約破毀につながることはない⁽⁵⁹⁾としてゐる。

(2) このように国家教会条約が原則として可能であり、許容されることが前提とされていることは否定できない。ただそうであるとしても、条約の締結が行なわれるのが国および国自らが等価値および同等とみとめる大教会、すなわち福音主義教会とカトリック教会に限られていることには依然として問題が存する。グルントマンも認めているように、「大教会は、他に類のない方法で、しかも法的に全く正当な方法で特権を与えられている」⁽⁶⁰⁾からである。ドイツの国家教会法が認めた平等にして水平的な特徴が、宗教団体(Religionsgesellschaft)という概念をもって、西欧の大教会を諸宗派(Sekten)および世界觀的共同体(Weltanschauungsgemeinschaften)と同等とするものである場合、それは憲法的現実にそぐわないものになってしまった。条約教会法は、これらの現実にそぐわない擬制について説明されたきた由来を無視し、これを押しつけてしまった、⁽⁶¹⁾ところに問題があるといえよう。

この点に關連して、W・ヴェーバーは、一九五二年の国法学者大会において、その報告「国家教会法の現状」のなかで、すでに次のように述べてゐる。「今日、宗教団体の国に対する關係を検討することは重要とはいえない。二つの大きなキリスト教教会の歴史的意義を『宗教団体』という水平的な一般概念によって、さらに『世界觀的結社』(Weltanschauungsvereinigungen)を宗教団体と同一視することによって中立化をはかることは無駄なことである。両教会以外の宗教団体の位置づけ「の問題」は、それらが公共的団体の權利を享有する限り、いくつかの興味深い考察を導出するかも知れないが、これらの宗教共同体(Religionsgemeinschaften)において具体化される宗教上の問題がない

がしろにされてはならない。国家教会法が呈示する固有の憲法問題と宗教団体の地位とはいかなるかわりもない。話題になった大きな再編成は、ワイマル憲法によっても教会と小さな宗教団体とのあいだに明確にされずに終った分離の線を再び強くひくことになった。⁽⁶²⁾としている。グルントマンも、このヴェーバーの報告を妥当なものとしている。⁽⁶³⁾もとよりその主張にはそれなりの理由があるが、ここではそれじたい問題がないわけではないことだけを指摘するにとどめたい。

注(1) 清水・前掲論文九四頁—九五頁参照。

(2) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 3.

(3) *P. Mikat*, Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: *Betterman/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrecht Bd. 4 (1 Halband), S. 145–146. *Meyer-Teschendorf*, a. a. O. なぞ「カートは」法律学者としてだけでなく「神学者」「歴史家として」「アカデミックな面で幅広く活躍するほか政治家（一九六二年より一九六六年までノルトライン・ヴェストファールン州文部大臣）、一九六九年以後、連邦議会議員」としても活躍している。その業績については *P. Haberland*, »Staatskirchenrecht« als Religionsrecht der verfaßten Gesellschaft, Die öffentliche Verwaltung (DöV), 1976, Heft 3, 73 ff. 以下参照。

(4) Vgl. *H. Peters*, Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), 11, 1954, S. 181. S. 185 ff.

(5) *S. Grundmann*, Das Verhältnis von Staat und Kirche auf der Grundlage des Vertragskirchenrechts, Österreichisches Archiv für Kirchenrecht (ÖArchKR), 13 (1962) S. 297.

(6) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O.

(7) Vgl. *A. Hollerbach*, Zur Entstehung der Staatskirchenrechtlichen Artikel des GG, in: Konrad Adenauer und

seine Zeit, Bd. 2, 1976, S. 370. in : *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., Anm. 4, S. 3-4. Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1984, S. 1360.

- (8) 清水「西ドイツにおける国と教会（宗教団体）との関係——現行法体制の成立——」前掲誌（第二六六・二六七合併号）五四頁以下。

- (9) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 4.

- (10) *H. Maier*, Die politischen und gesellschaftlichen Grundlagen des Staat-Kirche-Verhältnisses in der Bundesrepublik Deutschland, Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland (HdbStKRechR), Hrsg. E. Friesenhahn und U. Scheuner, Bd. 1, 1974, S. 88.

- (11) A. a. O.

- (12) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 5.

- (13) *Mikat*, a. a. O., S. 145. なぎさカードでは「カトリック教会の理論からみた国と教会との関係」（一九七四年）（Das Verhältnis von Kirche und Staat nach der Lehre der katholischen Kirche, HdbStKRechR I S. 143-187）として論稿がある。

- (14) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O.

- (15) *H. Simon*, Die Lehren der Kirchen vom Verhältnis zwischen Staat und Kirche—Das Verhältnis von Kirche und Staat nach der Lehre der evangelischen Kirche. HdbStKRechR I S. 198.

- (16) A. a. O.

- (17) *R. Smend*, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz. in : Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht (ZevKR), Bd. 1 (1951), S. 4 ff.

- (18) *Simon*, a. a. O.

- (19) A. a. O. Vgl. *Hollerbach*, Die vertragsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts. HdbStKRechR I, S. 273.

- (20) 清水・前掲論文、前掲誌第二七三・二七四合併号七八頁。

- (21) 同右八〇頁。
- (22) *Simon, a. a. O.* なる同条項をいふは *H. Brunotte, Die Grundordnung der evangelischen Kirche in Deutschland, 1954, S. 137-138. E. Wolf, Ordnung der Kirche, 1961, S. 734-735.* 参照。邦語文献では、和田昌衛「ルーヴ福音主義教会法研究」和田昌衛教授遺稿集刊行委員会(昭和五十二年)一七八頁参照。
- (23) *Brunotte, a. a. O., S. 138.* なる「将来」ドイツ福音主義教会と国との関係の明示の規定が望ましい、かつ必要なものであることが明らかになるならば、該基本法は、ドイツ福音主義教会の責任ある機関に国との『合意』を求めるよう指示するものとされる。」といふのである。
- (24) *Meyer-Teschendorf, a. a. O.*
- (25) *J. Jürina, Der Rechtsstatus der Kirchen und Religionsgemeinschaften im Bereich ihrer eigenen Angelegenheiten, 1972, S. 32.*
- (26) *Meyer-Teschendorf, a. a. O.*
- (27) *Grundmann, a. a. O., S. 297.*
- (28) *Grundmann, Vertragskirchenrecht, in: Das Evangelisches Staatslexikon, 1975, 2. Aufl, S. 2757.*
- (29) *K. Hesse, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich (Rechtsschutz), 1956, S. 76.*
- (30) *H. Krüger, ZevKR, 6 (1957/1958) S. 76.*
- (31) *Hesse, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (JöR), N. F. Bd. 10, 1961, S. 33.*
- (32) *A. a. O.*
- (33) *G. Scheffter, Aus der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zum Verhältnis von Staat und Kirche, Monatschrift für Deutsches Rechts (MDR), 1965, S. 626.* 清水・前掲論文六五頁。
- (34) *Hesse, a. a. O. Jürina, a. a. O. S. 33.*
- (35) *Grundmann, a. a. O., S. 2760.*

- (36) ケックは、政教条約が国際法上の条約であるかどうかを決めるためには、一九六九年のウィーン国際条約の第三条との関連で同条約の第二条により明らかにされているようなかたちで、国際法上の条約の定義を引き合いにだすことが有用である、とし、「その条項によれば、国際上の条約とは、国際法によって定められた国際法上の主体のあいだにおける国際的な取り決めである。その取り決めが、一つの法文書に含まれているように、いくつかにまたがる法文書に含まれているように、またそれらがいかなる特別の名称をもっているようにと問題ではない」(H. F. Köck, *Rechtliche und politische Aspekte von Konkordaten*, 1983, S. 23.) とし、教皇座 (Heilige Stuhl) の国際法上の人格性について論及している (a. a. O., S. 24ff.)。
- (37) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 5-6.
- (38) A. a. O., S. 6.
- (39) *Hesse*, *Rechtsschutz*, a. a. O.
- (40) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 6.
- (41) A. a. O.
- (42) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* (BGHZ), 34, 373. 清水・前掲論文六八頁。
- (43) *Krüger*, *Verfassungsänderung und Verfassungsauslegung*, DöV Heft 19, S. 727. 清水・同右六九頁一七〇頁。
- (44) 清水・同右八七頁一八八頁。
- (45) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 6.
- (46) A. a. O., Anm. 22.
- (47) A. a. O.
- (48) *Hollerbach*, *Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland*, 1965, S. 101.
- (49) *Grundmann*, a. a. O.
- (50) A. a. O.
- (51) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 5.
- (52) *Grundmann*, a. a. O., S. 2757-2758.

- (53) *Hollerbach*, Die vertragsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts, HabStKIrchR I, S. 276.
- (54) A. a. O., S. 276-277.
- (55) A. a. O., S. 277.
- (56) *Grundmann*, a. a. O., S. 2760-2761.
- (57) A. a. O., S. 2761.
- (58) たとえば一九五〇年六月二八日のノルトライン・ヴェストファールン州憲法第二三条二項では、「この教会条約の変更および新たな条約の締結のためには、条約当事者の同意のほか、州法律〔の制定〕が必要とされる」と規定されている。
条文については *Beck-Texte, Verfassungen der deutschen Bundesländer*, 1978, S. 232. 参照。
- (59) *Grundmann*, a. a. O.
- (60) *Grundmann*, ÖArchKR. 13 (1962), S. 297.
- (61) A. a. O.
- (62) Vgl. *W. Weber*, Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, VVDStRL, 11, 1954, S. 171-172.
- (63) *Grundmann*, a. a. O., S. 297-298.

二 国家教会法（国・教会関連法）上の同格理論と国法上の主権

以上において、国家教会法（国・教会関連法）体系における「同格理論」が、今日の状況のもとにおいて、歴史的に克服すべき側面をもっていること、さらにより具体的に条約教会法の性格がいかなるものであるかについて素描したが、価値観、世界観が多様化した今日、とくに国法上の主権との係わりについて、さらに掘りさげて検討する必要がある。ここで、まず今日なお有力な「同格理論」に根拠をおく国家教会法（国・教会関連法）体系が、国法上の主

権をどのようなちでとらえているか、またこうしたとらえかたにはいかなる問題点が存するか、その争点を明らかにしたい。

I 「同格理論」に根拠をおく国家教会法（国・教会関連法）体系の論点

1 同格法秩序は、教会と国との一致した意思である。

まず、「国と教会との関係に関する二つの側面をもつ同格的形成（Zweiseitig-gleichrangigen Gestaltung）の理論によれば、教会にも適用される公共的組織の秩序問題の一方的な決定は、国の掌中より法的理由から、切り離されている」⁽¹⁾ことが確認されなければならない。A・アルブレヒトは、その著書『民主制における国と教会との同格』（一九六五年）において、「教会・国家的な同格秩序の構成原理は、教会と国との一致した意思である。その成立、実施において、またその期間に関して、同格秩序は、もっぱらこの共通意思の帰結でなければならない」⁽²⁾と述べている。このことはアルブレヒトにとっては当然のことであった。というのは、両者の関係についての同格法的形成（die Koordinations-rechtliche Gestaltung）は、まさしくこれと論理的に対立する従属法的形成に代って現われたものだからである。したがって「同格法的な一致を欲する教会と国は、同格法的秩序によって把握されなければならない問題においては、いかなる主権的行為をも無条件に断念しなければならない」⁽³⁾ことになる。

ミカートも、その論稿「ドイツ連邦共和国における宗教法的秩序の問題性」（一九七四年）において、「一九四五年以後、国家教会法論においても、裁判においても、教会と国との独立性（自主性）について、相互に独立の『主権的』権力として強調されたことは紛れもない事実であり、かつ教会と国とが法的に同等であることを強調することが、国の主権をいかに位置づけ、評価するかという問題「意識」を後退せしめたこともみのがすことができない」⁽⁴⁾と述べて

いる。いずれもカトリック教会の立場から論ぜられたものであるが、福音主義教会の立場からも、たとえば、すでに触れたように、ズィーモンが、その論稿のなかで、ニーダーザクセン教会条約およびこれを範とした教会条約の締結によって、「ワイマール国家における場合とは別箇に、一般に『連携的な同格』として表出されている関係は、……真摯な友好的な協力によって、さらに異なる任務を相互に尊重することによって決められる⁽⁵⁾」としている。またその趣旨が、新たに制定されたドイツ福音主義教会基本法第三条二項に合致していることもすでに述べたとおりである。

2 「同格理論」からすれば、教会をその他の社会集団と同一視することは事理にかなうものとはいえない。

ミカートは、「教会の公的活動とその他の社会集団(団体)のそれと同一視し、したがって教会をその他の社会集団(団体)のなかの圧力集団(団体)としてみることは事理にかなうものとはいえない⁽⁶⁾」と述べている。この点に関連して、H・フーバーは、その著書『国と集団(団体)』(一九五八年)のなかで、次のように述べている。すなわち、「連邦共和国において、教会は、国の援助をえて、かつ新たな教会理解(neuen Kirchenverständnis)により独立しようとしているようにみえる。国は、その教会高権より、教会をかなりの部分、解放している。しかも国は、あらゆる面で自らの主権を固執することを断念している⁽⁷⁾」という見解——同趣旨のことは、すでにショイナーによっても指摘されている⁽⁸⁾——を表明したあと、さらに次のような問題提起を行なっている。それは、「このような『国の主権からの』解放は、果たして経済団体および社会団体に有利なものと考えられるだろうか。国と諸団体とのあいだに一種の同格関係が考えられうるであろうか⁽⁹⁾」ということである。彼によれば、もしそのようなことが考えられるとすれば、「それはあまりに幻想的なものであり、社会的幻影といってもよい」ものであった。しかも「『その他の』団体の任務の範囲は、決して教会の使命と同じものではない。また、その『他の』団体の任務の範囲は、国の領域一般に適用される

という要請から除外されるものでもない⁽¹⁰⁾と述べている。フーバーも、ミカートと同じく教会をその他の社会集団

(団体)と同一視することには批判的であった。ヘルツォークも、その論稿「ドイツにおける民主主義的立憲国家——発展と展望——」(一九六九年)において、「一部には教会闘争の大きいなる成果を引き合いにだすことで、また一部

には第四条による宗教の自由および信仰告白の自由の再評価に言及することで、教会が、他の団体と異なり、国の監督および支配のもとにあるのではなく、教会が、国と同等の当事者として、いわば固有の主権の担い手として対置すること、したがって国・教会関係の条約上の形成は、これまでのように国の利益にもとづくものではなく、事柄の性質にもとづくものである、という見解が、相当期間、とくに異論を唱えられることなく表明された⁽¹¹⁾事実を卒直に認めている。ただヘルツォークは、「そのときどきの状況にに応じて国の主権を全体として問題視するだけでなく、多元

的社会における他の集団にもすでに委譲するよう迫る状況は、当然のことながら次第に希薄化されてきたようにみえる⁽¹²⁾」とし、「そのさい、言うまでもなく、国と教会との関係の形成が、その他のいかなる觀念にしたがうべきかは依

然として問題である⁽¹³⁾」と述べていることはみのがすことができない。あとでも述べるように、ヘルツォークは、かつ

て「教会が、国と同等の当事者として対置していた」事実を認めながらも、結局において、「同格理論」的立場に対しては、むしろ批判的であったとさえいえる。つぎに「同格理論」に根拠をおく国家教会法(国・教会関連法)体系において、国法上の主権の問題はどのように考えられているのであろうか。

3 同格法秩序のもとでは、国の主権の単一性および排他性は認められない。

現行の国家教会法(国・教会関連法)体系のもとでは、条約教会法は、すでに述べたように、国の法律によってではなく、教会条約——そのなかに政教条約もあげられる——によって規律される教会と国とのあいだの法的関係の一

部をなすだけではない。それはむしろ新たな形態であり、しかも現代における教会と国とのあいだの全体的法的関係の新たな歴史的展開の一部としてとらえられている。現在、西ドイツにおいては、福音主義ラント教会と州とのあいだにおいて形成されている⁽¹⁴⁾。

この場合、条約教会法は、国の教会に対する優位を拒むものであり、むしろその逆である。したがって、一方では現代を特徴づける教会と国との自由主義的並行Ⅱ同格の体系と、他方では両者の協力の体系とも合致するものである。このことは、福音主義教会からみた国家百科事典(Das Evangelisches Staatslexikon)(一九七五年、第二増補版)のなかでも指摘されている。⁽¹⁵⁾この箇所は、グルントマンによって執筆されているが、今日なお有力な見解であるといえよう。「同格理論」を支持する立場からすれば、基本的には、同格法秩序のもとで、国の主権の単一性および排他性は認め難いところであろう。もとより国家教会法(国・教会関連法)上の「同格理論」の立場から、国の主権の問題を、このようなかたちでとらえることじたいに問題がないわけではない。「同格理論」を批判する立場からすれば、それこそまさにみすごすことのできない論点であった。これが、後述のように、「同格理論」に根拠をおく国家教会法体系に対して異論をさしはさむ契機を与えることになった。すなわち、国家教会法(国・教会関連法)上、意見の衝突が生じた場合には、国のいかなる有権的な最終的決定(jede autoritative Letzentscheidung)も排除されなければならぬとする同格法上の帰結に対応して、現代国家Ⅱ公共組織における国の主権の単一性および排他性が主張されることになった。そして国が係争事件を解決する最高の秩序形成権のもとで教会が従属せざるを得ないことが強調されたのである。それは、「国の教会高権は終焉を告げ、教会が国へ原則的に従属するようなことはなくなった⁽¹⁶⁾」とし、「同格法秩序のもとでは、国の主権の単一性および排他性は認められない」とする見解と真向うから対立するものと⁽¹⁷⁾。

言わざるを得ない。それでは「同格理論」に対し、いかなる点について批判が加えられたのであろうか。とくに国の主権との係わりにおける同格理論の論拠について若干掘り下げて考察することにした。

II 「同格理論」に根拠をおく国家教会法（国・教会関連法）体系に対する批判

クリューガーが、ヘッセに対して、「いかなるものも究極的な発言〔権〕をもち得ないところでは、国法的関係は国際法的関係に変容してしまう⁽¹⁸⁾」と批判したことはすでに述べたとおりである。この点に関連して、W・ティエーメが、その論稿「クロスター・ロツクム条約」（一九五五年）において、「今日でもなお伝統的な意味における国家教会法は存在しうるのか。むしろ準国際的な法秩序は、これまでの国家教会法と切り離した方法ではもはやあり得ないのではないか⁽¹⁹⁾」といった問題を提起したことについて、それなりの意味を認めている。クリューガーは、もし教会と国との同格関係を承認することになると、「教会は」国とのあいだで「際限なき対話」を行なわざるをえないものになると述べたが、この問題提起について考察をすすめることにしたい。

1 同格法秩序の承認は、結局において、国と教会との国法上の関係を国際法に準ずる関係に転換させることになるのではないか。

すでに触れたように、アルブレヒトは、国は、自らと法的に同等の地位にある教会との「同格法的な一致」に原則的に拘束されるものと解したが、現代国家の歴史および本質を考える者にとっては、国と教会との純粋な国法上の関係を国際法に準ずる関係へ転換することを意味するものにすぎないようにおもわれた⁽²²⁾。これは、さきに触れたように、ヘッセに対するクリューガーの論評のなかにも端的にみることができ。この点に関連して、クリューガーは、「ヘッセが現在の国と教会との関係を明らかにしようとする場合、彼は常に国による教会の『承認』とか、または教

会の『内部事項』における国の『干渉』というような、いわゆる国際法上の概念ないし措置を用いている。このような国法上の関係の国際法化は、国際法上の関係の国法化に対応するものであらう。それらは『超国家的組織』にあらわれているようにみえる⁽²³⁾と敷衍している。そして内的関連においても一度検討さるべき奇妙な二重反転の現象 (gegenläufige Prozesse) である⁽²⁴⁾、と皮肉っている。

ここでもかくも国の主権、したがって国家的なるもの、すなわち国家性じたいを意識した諸問題が提起されたことはみのがすことができない。それは国と社会集団 (団体) が教会を先駆けとしていわば同じ足場に立脚している国と社会との関係について、「国法上の」新時代の到来を告げるものと言うべきであらうか⁽²⁵⁾。

もとより同格理論を支持する立場からすれば、教会をその他の社会集団 (団体) と同一視することは事理になつていゝとはいえない。ヘルツォークも述べているように、「教会を国と同等の当事者として、いわば固有の主権の担い手として対置させること、したがって国・教会関係の条約上の形成が、これまでのように国の利益にもとづくものでなく、事柄の性質にもとづくものである、という見解が、相当期間、とくに異論を唱えられることなく表明された⁽²⁶⁾」事実を認めていることもたしかである。また実際においても、連邦通常裁判所第三民事部の一九六一年三月一六日の判決のように、同格理論に依拠した事例もみられるが、ヘルツォークの言葉をかりれば、連邦憲法裁判所の判決は、いづれも、同格理論を立証したものとまでは言い難い⁽²⁷⁾。この点について、マイヤー・テッシェンドルフは、「同格理論からではなく、問題提起者の立場からすると、同格理論は、外見上、憲法に根拠をもつ国の決定権を、教会の決定権に有利に援用しようとするものであった。したがって究極的には、憲法で意図されていなかった『教会の』『社会的な』地位にも——国の権力の互惠主義 (Reziprozität) をこえて——有利に援用しようとするものであった⁽²⁸⁾」と述べて

いる。これは「同格理論」に対する批判がいかなるものであるかについて言及したものであるが、国と教会との関係をこれまでの観念と異なったかたちで説明できるか、という問題がないわけではない。ヘルツォークが指摘しているように、「その点について明らかなのは、民主的・多元主義的国家における大きな大衆団体の地位を憲法的にも包括することが一般的に困難であることが、まず問題になるし、同時に宗教団体をその他の社会集団（団体）と同等に扱うことに、理解に苦しむほどに控え目であることも問題になる」⁽³⁰⁾状況がみられるということである。たしかにはっきりしない側面があることは否定できないが、このような状況をふまえて、「同格理論」に対して批判的立場をとる論者が、多元的社会において、教会とその他の社会集団（団体）との関係をいかにとらえているかを検討することにした。

2 多元的社会においては、教会は、その他の社会集団（団体）と同等なものとして扱われなければならない。

ヘルツォークは、すでに触れた論稿において、「教会が、国と同等の当業者として、いわば固有の主権の担い手として対置」して考えられていた事実を認めながらも、結局において、教会を「その他の」社会集団（団体）に復元化させること（Re-Sozialisierung）「つまり同等視すること」を避けてとおることはきわめて困難であると考えたこと⁽³¹⁾は、みのがすことができない。「国の側の」不可分の国の主権の確保を考慮した視点からすれば、同格理論に対するこの批判的な問題提起は、まさに教会を社会集団（団体）に復元させ、これと同等視するものでなければならなかった。しかもこれはたしかに同格理論の特別な意図とは相容れない。すなわち公共組織において国が無条件的に拘束力を有する係争解決「権」に関して、教会を「その他の」社会集団と同等のものとしなければならなかったからである。いかなる他の団体に対してとも同様に、教会に対しても国の主権を主張することがみとめられることになった。⁽³²⁾

この問題提起の立場からすれば、教会を「通常の」社会的な利益集団（団体）の視点より「浮き彫りさせ」ようとした同格理論の意図を度外視しなければならなかった。しかも同格原理の国法上の問題性もつばら国家教会法上の問題として論ぜられるようなことはやはり得なかった。むしろ「教会の国の主権からの解放」の必然的結果から、国とその他の集団（団体）との関係に「移った」ことが問題とされた。⁽³³⁾

この点について、W・シックは、その論稿「ボン基本法とワイマール憲法」（一九六九年）において、次のように述べている。すなわち、「基本法に〔編入された〕ワイマール憲法の教会条項が、憲法の枠組の変容から新たな状況におかれているという事実より、国における教会の『再評価された』地位を導出することはまずありえない。というのは、国と教会との関係について、この新たな状況が問題にされる余地は殆んどあり得ないからである。必要な場合に信仰の自由および良心の自由のような人間の人格権を意識的に強調することは考えられうる。しかしこれはまず個人の権利であり、その集団による行使は、結社、連合および集会の自由によって保護される。しかしそれらの自由は、特定の集団（団体）を特別扱いすることについてはなんら表明することができない。まさに部分的には『集団敵対的』（gruppenfeindlich）ですらある。支配的学説も一貫してこの主観的意味における権利の手がかりをつかんでいない。国に対して教会を同等視することを、国の自己理解の変容——官憲国家から一種の連携的な国家への変容——から引きだすことは結局において困難であるといつてよい」⁽³⁴⁾というのである。ここに、さきに述べた問題提起と同時に、多元的国家Ⅱ公共組織における国の自己理解に関する基本的問題が提起されたのである。国は、まさしく伝統的な「主権的」国家像によって考量された自らの国家性を放棄するようにみえた。というのも、国は、まず「社会的」集団（団体）に対し、自らの権利にもとづいて一方的な規制を行なうことを断念したからである。国家教会法上の同格理

論は、原則として、変化する国の自己理解の第一次的標識として解釈されなければならないものであろうか。それともたとえばフォルストホフによって訴えられた「国家的イデオロギーの実体喪失」の享受者として解釈されなければならないものであろうか。⁽³⁵⁾ いずれにしても、われわれは、現行の国家教会法（国・教会関連法）上の同格理論を、むしろ国法上の視点から、「主権の多元性」（Pluralität der Souveränitäten）の理論によって検討すべき段階に生きていることを卒直に認めるべきではないだろうか。

3 国家教会法（国・教会関連法）上の「同格理論」は、国法上視点から、「主権の多元性」の理論にたって見直すべきではないか。

国家教会法（国・教会関連法）上の「同格理論」によれば、すでに触れたように、国と教会との間に意見の衝突が生じた場合、国のいかなる有権的な最終決定も排除されなければならないことになる。⁽³⁶⁾ 国と教会は、いずれも「完全な社会」として、国の主権の単一性および排他性は認められないからである。「同格理論」は、元来カトリック教会の側より政治的要請として主張されたものであり、戦後、福音主義教会の側でも、ロッキン教会条約の締結等を契機として少なからず支持されたことはすでに述べたとおりである。ただ国と同格視される教会が既存の大教会にとどまらず、いくつかの「完全な社会」が出現する場合、シュミットの言う趣旨とは異なるとはいえ、その完全性は、その数のゆえに疑問視される余地がないわけではなかった。⁽³⁷⁾ 戦後、国家的イデオロギーがその実体を喪失し、価値観、世界観が多様化するに及んで、今日的状況のもとで、「同格理論」は新たに検討をせまられることになった。ここに国法上の視点から、「主権の多元性」の理論にたって見直すべきではないかという問題提起がなされたことも故なしとしない。多元主義国家観によれば、教会は、その他の社会集団、とりわけ機能的団体と同等に扱われなければならない

いからである。しかしこのように教会を他の社会集団と同格視することには事理にかなうものでないとする考え方は依然として強い。したがって「同格理論」を「主権の多元性」の理論にたって見直すべきだという提言に対しても慎重にならざるを得ないことになろう。ここで「主権の多元性」の理論をささえる多元的国家論そのものについて検討が加えられなくてはなるまい。

Ⅲ 国家教会法上の「同格理論」と「主権の多元性」理論Ⅱ多元的国家論の問題点

国家教会法（国・教会関連法）上の「同格理論」について、国法上の視点から、「主権の多元性」の理論にたって見直すべきだとする問題提起は少なからず波紋を投げかけることになった。ここで、その前提として、政治的土壌を異にするアングロサクソン諸国において登場した多元的国家論が、これまでどのように理解されていたか、戦後、「主権の多元性」の理論（ラスキ）の新版というかたちで、「同格理論」が見直されるに至った契機はいかなるところに存したか。さらにその見直し論については一般にきわめて慎重であったのはいかなる事由からであるのか。また「主権」概念そのものについて、論者のあいだでいかなる展開がみられたかについて、少しく掘り下げて考察することにした。

1 国家教会法（国・教会関連法）上の「同格理論」が、国・教会関係にみられる「主権の多元性」理論（ラスキ）の新版⁽³⁸⁾というかたちで見直されるに至った契機とはいかなるところに存したか。

ラスキの多元主義国家観ないし多元的国家論は、わが国でも、戦前より紹介されたが、戦後、多くの学者により言及されたことはあまりにも有名である。⁽⁴⁰⁾ ドイツでも、カール・シュミット以来、多元主義国家観が反国家的なものとして強調されたことは記憶にあたらしい。ラスキの多元主義国家観は、ネオ多元主義論者によって、まさに多元主義

国家観を倒錯したものとして拒否された経緯があるとはいえ、シュミットじしんは、ラスキ版の多元主義国家論を一般に多元主義として評価し、明確な判断を下したことは⁽⁴¹⁾のみのがすことができない。もちろん、それは、後でも述べるように、シュミットが、ラスキ的な多元主義国家観に賛成したことを意味するものではない。ただいわゆる「多元主義論争」(Pluralismuskussion)という論題のもとで、ドイツ国法論ないし国家論において、遅くとも一九二〇年代が終りを告げて以後、シュミットを中心として、社会に対する国の一般的かつ原則的な地位が多元的な集団社会との係わりにおいて詳しく論ぜられたことが指摘されなくてはならない。⁽⁴²⁾とりわけラスキが国家論上、集団的多元主義を扱うことの契機を与えたことは注目されてよい。

戦後、ナチズムにおける「教会闘争」への反省をふまえて、国との関係において、宗教団体、とりわけ「大」教会の自覚が促され、「同格理論」が多くの論者によって支持されたことはすでに述べたとおりであるが、やがて教会とその他の社会集団(団体)との関係が問題にされるようになった。こうした状況のなかでラスキの多元的国家論ないし主権論が、国と教会(宗教団体)との関係を考えるにさいして一つの視角を呈示し、「同格理論」を見直す契機を与えたとしてもおかしくない。

マイヤー・テッシェンドルフはラスキの著作『国の主権』および『政治学大綱』をとりあげているが、ここでのいかなる点が問題にされているかをみることにしたい。マイヤー・テッシェンドルフが引用しているのは、主として『国の主権』(一九一五年)であるが、この論稿では、とくに一般に要求された国への忠誠の主張の正当性が意図的に包括的なかたちで考えられ、国と社会集団(団体)とが原則的に同等であることが想定されている。国は、その他の目的の諸団体と並んで一つの目的的団体にすぎない。そのなかで国がその他の目的的団体と区別されるのは、一定の領域

に生活するすべての人びとに対して、一般的な秩序保持権を有するとともに、その成員に義務を強制しうるためであって、その道徳的性格のためではない。したがって国の諸要請は、その他の団体の要請に対して先験的に優先するわけにはゆかないであろう。⁽⁴⁴⁾ この点については、ラスキの代表的著書『政治学大綱』（一九二五年）においても、繰り返し述べられている。すなわち「国家は、共同生活を豊かにすることを旨とする人間の仲間関係である。その他の機能団体、すなわち、教会、労働組合、その他と同じように一つの機能団体＝結社（association）である。それが他のものと異なるのは、その領土の範囲内に住むすべての人にその成員たることが強制される点と、最後の手段としてはそれは所（從）属者に義務を強制しうる点とである。しかしその道徳的性格は他のいかなる機能団体（結社）のそれとも寸分ちがわない。」と。⁽⁴⁵⁾ ともかくもここで国はその他のいかなる団体とも同じように具体的な成果をあげるように努めなければならぬであろう。しかしながら団体に拘束されるものとしての市民の国に対する忠誠は、当然のことながら、具体的に自らの利益を配慮するその他のいかなる団体に対する忠誠よりも決して高次のものではない。⁽⁴⁶⁾

もちろん、教会にも適用される法規上の脈絡のうえでも国家教会法上の「同格理論」が、国の有権的な紛争解決「権」に異議をさしはさむことに限られるのに対して、ラスキの多元的国家論は、国より一般に法的な主権を奪ってしまつたところに差異がみられる。しかしそれによって「主権の多元性」の理論は、国家論上、何らかの意味で国家を整理しなければならなかった。そしてその限りにおいて同時に国家論としては自ら止揚することを余儀なくされた。⁽⁴⁷⁾

マイヤー・テッシェンドルフは、多元的国家論者のなかでも、とくにラスキをとりあげたが、マッキンヴァーもラスキと並ぶ多元的国家論の唱導者であつたことは言うまでもない。マッキンヴァーは、その代表的著書『近代国家』（一九二六年）において、国をその他の社会団体と同じく機能団体＝結社に属するものとして、「われわれは、国が基

盤社会Ⅱ共同社会(Community)であるとか、その一つの形態であるということは否定しなければならないのみならず、国を家庭または教会と同じ範疇に属する機能団体Ⅱ結社であることは明確に表明しなければならない」と述べている。そして「これらの家庭または教会と同様に、国は、本質的に一定の方法において、したがって限られた目的のために組織された構成員より成る⁽⁴⁸⁾」と説いたことはよく知られている。ラスキおよびマッキーヴァーの理論は、いずれも、わが国では、伝統的、古典的な国家絶対主権論に対する挑戦を意味するものであった。とくに戦時体制に突入して以後、国家絶対主権論に対する批判の論拠が多元的国家論にあるとし、これが危険視されたことは記憶にあたらしい⁽⁴⁹⁾。それでは戦後、「同格理論」を見直す契機を与えた多元主義国家観ないし多元的国家論は、戦前、ドイツでどのように理解ないし評価されていたのであろうか。またいわゆる見直し論はどのような態様を示したのであろうか。

2 「主権の多元性」理論による「同格理論」の見直し論には一般に慎重であった。

(1) マイヤー・テッシェンドルフが、戦後、ラスキの論稿『国の主権』をとりあげたことは、さきに述べたとおりであるが、すでに戦前においても、カール・シュミットによって、ラスキの多元的国家論がとりあげられていた。しかもそれは伝統的な国家概念ないし主権概念に対してあえて論争を挑むものとされ、やがて「国家否認」(Staatsnegation)につながるものとして批難されていた⁽⁵⁰⁾。しかもシュミットは、その著書『政治的なものの概念』(一九三二年)において、ラスキらのいわゆる多元的国家論ないし多元主義国家観について、次のように述べている。すなわち、「彼らの多元主義の本旨は、国家という主権的統一、つまり政治的統一を否定し、個々人は、数多くの異なる社会的結合ないし連合のなかで生活していることを繰り返し強調している点にある。すなわち、個々人は、宗教団体、国家、労働組合、家庭、スポーツクラブおよびその他多数の機能団体Ⅱ結社(Assoziationen)の成員であって、それぞれの場

合において異なる強さで個々人を規定し、『誠実義務および忠誠の多元性』(Pluralität der Treueverpflichtungen und Loyalitäten)というかたちで拘束するもので、これらの機能団体Ⅱ結社のいずれも、それが無条件に決定的で主権的である、ということとはできない⁽⁵¹⁾と述べている。それだけではない。「むしろさまざまな機能団体Ⅱ結社は、それぞれ異なる領域で最も強力であることを実証しうるものであり、忠誠および誠実の義務間の衝突は、それぞれの場合に⁽⁵²⁾応じて決着できる」としている。このようにシュミットは多元的国家論ないし多元主義理論を的確にとらえている。もとよりそれはすでに触れたように、多元的国家論に賛成しているということではない。このことは、「国家は統一体、しかも決定する統一体である」ということは、国家の政治的性格にもとづいている」と述べ、「多元主義理論は、社会的集団(団体)の連合によって統一された国の国家論であるか、国家の解体(Auflösung)ないし否定(Widerlegung)であるにすぎない」ときめつけていることから明らかである。のみならず、「多元主義理論が国家の統一性を否定し、国家を『政治的な結社Ⅱ機能団体』(Politische Association)として、他のたとえば、宗教的または経済的な結社Ⅱ機能団体と並んで、本質的に同じものであるとするならば、政治的なものの特殊な内容いかなの問いに答えなければならぬ」とし、政治的なものの定義がみいだされないことを衝いて、次のように述べている。すなわち、「国は、他の機能団体Ⅱ結社と競合する一つの機能団体に変容している⁽⁵³⁾」というのである。

また別の著書『憲法の番人』(一九三二年)でも、ラスキの理解した「忠誠の多元性」(plurality of loyalties)という多元主義「理論」に対して、はっきりと反対の立場を表明している。というのは、「国が多元的構造に変容する程度において、国および憲法に対する忠誠にかわって、社会的組織に対する忠誠があらわれてくるからである⁽⁵⁴⁾」したがって、『忠誠の多元性』によって、多元的な分割は次第に固定化してゆく度合を強め、国の統一性の形成も次第に危殆

に瀕せしめられる⁽⁵⁵⁾」と解したのもそれなりの理由があった。それだけに「主権の多元性」理論による「同格理論」の見直し論には、一般に慎重にならざるを得ない素地がすでにみられたのではないだろうか。

(2) 現行の国家教会法（国・教会関連法）上の「同格理論」が、そのときどきの歴史的状況において克服すべき側面を有しながら、なお支持されてきたことは、すでに繰り返し述べてきたが、それだけ「主権の多元性」理論による見直し論に対しても慎重にならざるを得なかった。いわゆる「同格理論」の最も鋭い批判者のひとりであるH・クァリッチの論稿「教会と国——現代の国家教会法論の憲法上および国家論上の問題——」（一九六二年⁽⁵⁶⁾）に対し、ミカートは、すでに触れた「ドイツ連邦共和国における宗教法秩序の問題性」⁽⁵⁷⁾（一九七四年）と題する論稿において、これに反論していることはみのがすことができない。クァリッチは、「ワイマール憲法の教会（宗教団体）条項」の意義変遷論に対して批判的立場をとっているが、その論稿では、次のように述べている。すなわち、教会に「固有の事務の争われる余地のない『核心的領域』を度外視するならば、〔その〕固有の権利からみた自己決定の限界ならびに国の機能によるすべての人に適用される法律の適用〔の問題〕は、常に争われてきた。ただこの点、現在、はっきりしているとはいえない。宗教的・内面的な実態と、宗教的であるが外的な影響を呈示するか、少なくとも部分的には信条について中立的、『世俗的』であり、そのためにすべての人に適用される法律にしたがう事態とのあいだの差異がそうした限界を明らかにすることを容易にした」ことを認めたが、「しかしながら、それは、疑わしい場合（たとえば財産管理、教会の役員の地位関係）を経験上、排除するものではない⁽⁵⁸⁾」というのである。彼によれば、「この関連において、いかなるものがこの限界線を引くことになるのか、したがっていかなるものが国が審査しえない教会の自己決定に関する事実上の規制に帰属させるのか、それともすべての人に適用される法律、したがって国の権限に帰属させること

になるのがもっぱら重要な問題になる」⁽⁵⁹⁾ことになる。そこでクァリッチは、「教会と国との連携的な同格理論からすれば、回答は明らかであると言わざるを得ない。『いかなるものも存在しない』ことになる」⁽⁶¹⁾と述べている。クァリッチもまたクリューガーと同じく、同格理論をとるヘッセの見解に批判的な態度を示した。ヘッセが、「すべては、当然に国および教会の両当事者の協調と真摯さを目ざしたものだ」とし、「和解か文化闘争かの二者択一しか存しない」⁽⁶²⁾と述べたことに對し、「混淆した事象の領域においては、教会と国とは、国際法における主権を有する諸国家のように対立することになろう。いずれも、同一の領域において領域高権を主張し、必要に応じて、条約によって根拠づけられた共同統治(Kondominium)という法的状態をもって、さしあたり満足することになろう」⁽⁶³⁾と批判している。このクァリッチの見解に對し、ミカートは、さきに述べた論稿のなかで、ヘッセの立場を擁護し、もしこのクァリッチの主張が認められるならば、現代国家は大きな変革を余儀なくされることになる、とし、「彼にとって独立的(自主的)権力として、同等の意味における国と教会との同格の承認は、国の本質と乖離する」⁽⁶⁴⁾ことだと述べている。クァリッチは、「同格と連携の理論が法的に適切なものであり、実際に具体化されるものであるとするならば、これは国の変容を意味するだけでなく、国の終焉を意味する。というのは、一五七六年のジャン・ボダン『の「國家論六編」の刊行』以来、最大の権限は、君主に与えることが認められていたし、この主権は、長い闘争後、世俗的な国の官庁の当然の属性として一九世紀に完成され、『究極的な発言「権」』の可能性は、最近の国家性の固有の本質に属する。すなわち、この権能が世俗的な公共組織Ⅱ国家より奪われることになるならば、ボダンの時代、したがって過ぎ去った中世にまで遡ることになるからである。』⁽⁶⁵⁾と述べているからである。ミカートの言うように、「同格理論への批判においては、とりわけ目標設定の継続的な現実性が強調されている。しかもそれによって旧来の国家教会法的な方向が

決定されている⁽⁶⁶⁾といえよう。クァリッチは、さらに、「歴史的な発展を知っているものには、教会と国との関係について、主権が、問題視されているからといって驚くにあたらない。ボダンにとって主権は、国王の法的手段であり、正当と認められたものであった。しかもフランスの宗教的内乱を權威をもって終息させるために諸宗派に対して、主権は首尾一貫したものでなければならなかった⁽⁶⁷⁾」のである。ここでボダンは、それ以前に誰も主張しなかった主権概念を明確に特徴づけたのである。それは「長い闘争のち得られた主権思想を、国家に関する定義の本質的標識として挿入する⁽⁶⁸⁾」(イェリネック)ことを意味するものであった⁽⁶⁹⁾。クァリッチによれば、こうした状況を考えれば、連携的な同格という見出し語をもって、主権国家が古くさい時代遅れであると言うまえに、憲法的状況と国家現実が検討されなければならないことになる。それだけではない。ここでは「同格」も「連携」も未だ実現されない期待(Wünsche)であることが明らかだと言うのである。彼は、さらに「憲法制定者の決定が、国と宗教団体とのあいだの關係の基盤をなしている。憲法の実効性は、何らかの連携的な合意とは独立したものであり、同時にすべての人に適用される法律が実施される宗教団体の活動の限界を形成するものであり、またその限界の内容をなすものである⁽⁷⁰⁾」と述べている。クァリッチの立場にたつならば、いわゆる同格原理を法律的に認知するならば、四百年に及ぶヨーロッパの国家論および国家現実が影が薄くなるものとおもえたのであろう⁽⁷¹⁾。クリューガーも、現代国家のきわめて重要な特徴、すなわち現代国家の潜勢的(潜在的)な「全包括性」を問題にした。すなわち、「現代国家の『全包括性』が問題になる場合、それが実際に現代国家それだけに潜勢的(潜在的)に指定されていること、しかし全体主義国家と自由主義国家は、前者においては、国がこの可能性を完全に利用し、後者においては、国がこの可能性を部分的に利用することによって区別されるということが顧慮されなくてはならない⁽⁷²⁾」と言っているのである。また、「国側の視点のもとでは、

教会の自主性は、個人的な特権化により明らかにされるのではなく、それが現代憲法に基本権のかたちにおいても、影響を及ぼしているように、国の諸任務の実際の解釈から明らかにされている。今日、基本法第四条および第五条によって、国は、宗教のないし世界観的な問題に理論のないし実際的にかわり合わないようにしている⁽⁷³⁾と述べている。すでに述べたように、クァリツチによれば、「同格」も「連携」も、結局のところいまだ実現されない期待にすぎない。同じように、「同格理論」に対して批判的な立場を表明しているものの、現代国家の「全包括性」をとりあげたクリューガーの所説とクァリツチのそれとは差異がみられるが、ともに「主権」概念の見直し論を呈示している点は共通している。ミカートじしんは、たしかに「主権問題が同格理論の批判的論議の核心である⁽⁷⁴⁾」ことをみとめながらも、「国の主権にむけて強調されたそもそも出発点において、主権の問題性をどのように認識しようとも、主権問題じしんをすべてがそこで考量せざるを得ない固有の重要問題と解する国家教会法的な思考は、まさに現代国民国家が発展してきた段階で、結局、過去のものになってしまっている見解にまで遡るほかないということと異議が唱えられている⁽⁷⁵⁾」と指摘している。彼じしん見直し論には慎重であったといえよう。ここで「主権」そのものの概念をめぐって、論者のあいだでいかなる点が問題にされているかをみることにしたい。

3 「主権」概念をめぐる若干の問題点

「同格理論」によれば、教会も国も、それぞれの領域において、「完全な社会」であり、「主権的な」ものである（ミカート）と解されたが、これに対して見直し論を呈示する契機を与えた「主権の多元性」理論における主権の概念は、その内容において明らかに異なっている。たとえば、さきに引用したヘッセの著書のなかで、彼じしん「国が公権力の唯一の担い手であるという想定は問題にならない⁽⁷⁶⁾」し、また教会の領域においては「国による裁判権〔の独

「占」は存在しない⁽⁷⁷⁾」旨を述べたが、クリューガーにとっては、教会と国との同格関係を認めることじたい、国に対して約定に強制力をもたせることによって不可避免的にいずれの当事者も究極的な発言「権」をもたない「際限なき対話」に置き換えさせることにならざるを得ないものと考えた。⁽⁷⁸⁾すなわち、それは国より（究極的には国家の国家的なるもの、すなわち国家性を形成する）「究極的な発言「権」」を奪わざるを得ないものたらしめたというのである。⁽⁷⁹⁾そのさいクリューガーは、その内容についてではなく、その究極的な発言（文言）が行なわれることじたいを問題にした。すなわち、「国にとって対外的および対内的危機が存する限り、必要に応じて、究極的な発言（文言）が行なわれることにならざるを得ない」というのである。また、「いかなるものも、この究極的な発言（文言）の権限をもたないところでは、国法的関係は国際法的関係に変わってしまう⁽⁸¹⁾」と述べている。要するに、「討論による政治」という自由主義的な一般原理は、少なくともクリューガーによれば、国家教会法にとって国「法」と乖離する憲法現実になってしまうようにおもえたのである。⁽⁸²⁾

国の決定の価値そのものを強調する場合、国の主権の意味および本質について特定の国家論的な理解をまず手がかりにしなければならぬ。⁽⁸³⁾かつてカール・シュミットは、一九二二年に刊行した著書『政治神学』の冒頭において、「主権者とは、例外的（非常）事態（Ausnahmezustand）の決断者である。この定義は、主権概念を限界概念と解する場合にのみ正当でありうる」と述べているが、彼においては、「その「主権の」定義は、正常状態（Normalfall）ではなく限界状態（Grenzfall）と結びつく⁽⁸⁴⁾」ことになる。フォルストホフも、シュミットの見解を引用しているが、「主権が、現実存する紛争において、決定する権限ないし事実上の能力であるとすれば、時代状況が平常で、比較的に紛争がみられない場合には、主権問題は往々にして陳腐なものになりうる⁽⁸⁵⁾」ことを認めている。またクアリッチは、「主権

に関する問題は、全権 (Allmacht) ないし専制 (Despotie) の問題ではなくして、別段の規定がない場合に、権限を要請し、主張する決定機関にかかわる問題である」とし、その事例としてプロイセンの憲法紛争 (Verfassungskonflikt) をあげている。⁽⁸⁶⁾

この憲法紛争は、F・ハルトツングが、その著書『ドイツ国制史——一六世紀から現代まで——』(一九五九年、第七版における第二部第一四章第五三節「立憲体制の形成一八五〇年——一八六六年」)において述べているように、当時の宰相ビスマルクが軍制改革について採った措置をめぐって惹起したものである。すなわちプロイセン憲法第九九条は予算は毎年法律によって確定されなければならない旨を定めていたが、他方、憲法第六二条には、法律の成立には、国王と上・下両院の一致が必要とされていた。その法律が成立しない場合については憲法には規定が設けられていなかった。実際には、上院が下院によって切り詰められた予算を否定したのち、ビスマルクは、予算なしの政治を行ない、新しい軍隊組織を縮小することなく維持した。こうした場合には内閣が退陣し、議会多数派と一致する新内閣が形成されなければならないという外国の事例からの類推解釈の適用を、彼は断乎として退け、この処置をいわゆる隙間理論 (Lücken-theorie) で正当化した。⁽⁸⁷⁾

このようなプロイセンの憲法紛争を援用することじたいには問題がないわけではないが、それはともかくとして、クラリッチは、また、「憲法制定者の主権を保持しようとする政治的動機は、教会と国とが接触する領域に関しては、個人およびその宗教団体の信教の自由の前提として宗教的中立性を求める世俗的な法的共同体の意思である⁽⁸⁸⁾」とし、さらに「憲法制定者は、予め想定される極限的限界 (äußersten Grenzen) において、国と宗教団体との関係を規律するための独占〔権〕を有する⁽⁸⁹⁾」と述べている。その底流には主権が決定＝決断 (Decision) でなければならない、という認識がみられる。他方、同格理論は、解決を求められている係争事件を先験的に終焉させる様相を呈した。さらに

主権を根拠づける決定Ⅱ決断の独占に関する問題を軽く解釈しているようにみえる。いずれにせよ、決定Ⅱ決断を国家構成的要素として理解しようとしている者には、同格理論のうえにおける国は、もはや真の国ではありえないことになる。⁽⁹⁰⁾

同格理論に批判的な立場よりすれば、主権の問題は、その表現に差異があるにせよ、むしろ極限状況の場合に呈示され、意味をもってくる。しかも究極的には、「本来的な意味において」「規範的に拘束を受けない」絶対的な、そこでは「究極的に」すべてを「決定する」発言(文言)に関する問題に還元される。そのさい限界状態、例外〔的(非常)事態〕、係争および闘争が同格体系の方向を決める。同時に、高権Ⅱ主権および「真の」支配が同格体系を規定することになる。そして、この同格体系のなかで、「主権」は位置づけられるとともに、国法上の諸関係の全体も、それらの諸関係がこれまでどおり正常である場合に限っても考量されなければならない。クァリッチがワイマール憲法第一三七条三項(基本法第一四〇条)の「……すべての人に適用される法律の制限内」における国と宗教団体との関係について、まず「主権の核心問題」に関わる決定機関についての問題を説明しようとする場合、しかもその問題が別段、規定されていない場合のために「決定の独占」を求める場合には、彼は主権問題をまさしく国家教会法上の主要問題として理解しているようにみえた。⁽⁹¹⁾

もちろん力の論理が働くところでは、国と社会、国と教会との関係において、日常的なもの、平均的なもの、通常的なものが認められる余地は殆んどみられないし、また注目もされない。国家的なものの核心じたいを形成する権威はこれを拒否しえないというその基盤としての「真の」決定権のみが、ここでは重要であり、関心がもたれる。⁽⁹²⁾

同格理論において表象される国は、フォルストホフの言う「危急の場合に直面していない国家」の原型として登場し

うるものとされた。彼じしんこのような場合を想定することは「性急にして誤まった結果」に導くことになるものと考えた。このような例をみない国家の型態が成立すれば、それは国際政治の場裡における変容を示すものであるからである。⁽⁹³⁾それはともかくとして、こうした「危急の場合に直面していない」国が考えられるとすれば、マイヤー・テッシェンドルフによれば現実には主権にもとづく係争など生ずる余地のない通常の事態にもむけられる。ここでは教会とはそれぞれ具体的な協調がはかられる。そこで考えられる仮りの決定(Quasi-Entscheidungen)は、社会の同意に依拠せざるを得ないことになる。いかなる実態的な決定でも、その権威は究極的には社会に依拠する方法で行なわれなければならないであろうが、さりとてこうした方法で行なわれる余地はまずないのでなかろうか。⁽⁹⁴⁾

同格理論およびその成果は、今日的な国家性のより多岐にわたる「困窮」(Elend)を表出するものとして、かつ多元的な団体の合意を得ることなく、それに反して公共組織の非支配性を裏づけるものとして、しかしそれは国の主権の崩壊の前兆として現われざるを得なかった面がある。社会と、より具体的には教会と協調をはかる国を、憲法規範的な表象にまでおそらく、いな現実にもまで高めた理論として、同格理論は、究極的にもっぱら国の「非国家化」(Entstaatlichung)を欲したであろうことが考えられる。⁽⁹⁵⁾とすれば、「社会は、いわば国のそとで考えられ、位置づけられる」⁽⁹⁶⁾ことになる。すなわち、それは「国への追憶」にとどまることになるであろう。ここで「国への追憶」とは、フォレストホフの著書『産業社会の国家』(一九七一年)の第一章の表題であるが、マイヤー・テッシェンドルフは、さらに『「国への追憶」かまたは(単に)国家理念への追憶か』という表題をかかげて、次のように述べている。すなわち、「社会は、いわば国のそとで考えられ、位置づけられる」ことを前提として、「国家的なるものと社会的なるものとのあいだの媒介的要因はなくなっている。特有の性格をもつものとしての国は、社会およびその多元的な特殊性

より自らを切り離すことによって制約を受けているようにおもわれる。その否定「的態度」がその関連状況を規定している。社会の国への影響は、その「関係の」解消を意味する。真に国家的なるもの、すなわち国家性は社会的に『本来的なるもの』(Natürlichkeit)より自らを防衛し、超克されることにおいて明らかにされる」⁽⁹⁸⁾と述べている。しかも「この国家観念の基盤よりすれば、多元的集団社会が国政のレヴェルで行動しようとする場合、すなわち国側の発言を同格法的に扱おうとするか、または国に自らの意思形成および営為を押しつけようとする場合、多元的集団社会は、教会を含めて、逆に国法上、不利な評価を受けるにすぎない」⁽⁹⁹⁾ことになるとしていることは注目されてよい。なおここで国家は、実質的な統一を達成する理想的なものとして、したがって社会の集団多元主義的な分裂とは対蹠的なものとして、「社会・政治生活の紛争および動揺を抑制すべき〔超社会的〕体制ないし統治体」として考えられている⁽¹⁰⁰⁾。いずれにせよ、国の主権との係わりにおいて、「同格理論」の今日的情況を把握するうえで考慮しなければならぬ一つの側面が表出されているようにおもわれる。

注(1) Meyer-Teschendorf, a. a. O., S. 6-7.

(2) A. Albrecht, Koordination von Staat und Kirche in der Demokratie, 1965, S. 41.

(3) A. a. O.

(4) Mikat, Die religionsrechtliche Ordnungsproblematik in der Bundesrepublik Deutschland, HbStKirchR I, S. 109.

(5) Simon, HbStKirchR I, S. 198.

(6) Mikat, Kirche und Religionsgemeinschaften, Die Grundrechte, Bd. 4, 1 Halband, S. 144.

(7) H. Huber, Staat und Verbände, 1958, S. 31.

(8) Scheuner, Die staatskirchenrechtliche Tragweite des niedersächsischen Kirchenvertrages von Kloster Loccum,

ZevKR Bd. 6, 1957, S. 1ff.

- (9) *Huber*, a. a. O.
- (10) A. a. O.
- (11) *R. Herzog*, Der demokratische Verfassungsstaat in Deutschland-Entwicklung und Ausblick, Juristische Schulung (JusS), 1969, S. 399.
- (12) A. a. O.
- (13) A. a. O.
- (14) *Grundmann*, Das Evangelisches Staatslexikon, S. 2757.
- (15) A. a. O.
- (16) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 7.
- (17) 清水「國と教會(宗教団体)との關係——西ドイツの場合を中心として——」早稲田政治経済学雑誌第二七〇・二七一・二七二合併号一三九頁以下。
- (18) *Krüger*, ZevKR 6, S. 76.
- (19) *W. Thieme*, Der Vertrag von Kloster Loccum. Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), S. 274.
- (20) *Krüger*, a. a. O.
- (21) *Albrecht*, a. a. O.
- (22) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 7.
- (23) *Krüger*, a. a. O.
- (24) A. a. O.
- (25) Vgl. etwa *Huber*, a. a. O., S. 31. *Herzog*, a. a. O., S. 399, in: *Meyer-Teschendorf*, a. a. O.
- (26) *Herzog*, a. a. O.
- (27) BGHZ 34, 373. 清水・前掲論文(第二七三・二七四合併号)六八頁以下。

- (28) Herzog, a. a. O. 清水・前掲論文八八頁以下。
- (29) Meyer-Teschendorf, a. a. O., S. 7-8.
- (30) Herzog, a. a. O., S. 399-400.
- (31) A. a. O., S. 400.
- (32) Meyer-Teschendorf, a. a. O., S. 8.
- (33) A. a. O.
- (34) W. Schick, Bonner Grundgesetz und Weimarer Verfassung, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), 1969, S. 380.
- (35) Meyer-Teschendorf, a. a. O.
- (36) Hesse, Rechtsschutz, a. a. O., S. 76. その後の論稿「たゞは」「教会および宗教団体の自己決定権」(一九七四年)ではその主張は弱々となつてゐる。Vgl. Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, HdbStKRchr I S. 420f., 429, 439.
- (37) C. Schmitt, Der Begriff des Politischen, 1932, S. 29, Anm. 11. ユ・ン・マ・ン・マ・ン 田中浩他訳「政治的なものの概念」(未来社)一九七〇年「四二頁参照。ユ・ン・マ・ン・マ・ン 菅野喜八郎訳「政治の概念」清水幾太郎編集「危機の政治理論」(マイヤモンド社)所収「昭和四八年」二三八頁。彼は「国の側における複数の「完全な社会」を問題にした。」
- (38) Meyer-Teschendorf, a. a. O.
- (39) たゞは「H. J. Laski, An Introduction to Politics, 1931. は一九三三年に「植田清次訳「国家論——政治学序説——」というかたちで訳出されてゐる。
- (40) 辻清明「現代国家における権力と自由」では「とくに戦後、わが国の政治学界において「怒濤のごとき勢いで日本で喧伝されはじめた」とし、「外国の政治学者でこれほど歓迎されたものは、わが国では稀有のことに属する」としている。さらに「ラスキは多面的な評価」を受けているが、「ラスキの評価になると、きまつて、後期の著作よりも初期の主権に関する研究があげられる」(「世界の名著」六〇、中央公論社、昭和五十一年「三四頁以下」)ことは注目されてよい。
- (41) Meyer-Teschendorf, a. a. O., S. 20.

国家教会法上の「同格理論」と「国の主権」について

- (42) A. a. O., S. 20 ff.
- (43) A. a. O., S. 20.
- (44) A. a. O., S. 9.
- (45) H. J. Lastei, A Grammar of Politics, 1925, p. 37. H. J. ラスキ、日高明三、横越英一共訳、「政治学大綱」上巻、昭和二十七年、六七頁—六八頁参照。
- (46) Meyer-Teschendorf, a. a. O., S. 9. 徳訳、Hrsg. F. Nuscheler, W. Steffani, Pluralismus, 1973, s. 62 ff. 参照。
- (47) A. a. O. Vgl. Steffani, Einleitung, in : Nuscheler-Steffani, pluralismus, S. 20.
- (48) R. M. MacIVER, The Modern State, 1926, p. 7.
- (49) たとえば、河合栄治郎の筆禍事件において、昭和一四年、検事局により、その起訴理由のなかで、その「多元的国家論は、国家を他の部分社会と同列に置き、国家の絶対性を否定するものであるが故に、日本国民の伝統的な国家尊重の念を傷つけ、かくて戦時下における国民思想に甚しい動揺を与えるものであること」が指摘された。この点については、辻・前掲論文五〇頁参照。
- (50) Meyer-Teschendorf, a. a. O., S. 20.
- (51) Schmitt, a. a. O., S. 28-29. 田中訳、三八頁以下参照、菅野訳、一九七頁—一九八頁参照。なお本書では、アングロサクソン諸国に登場したいわゆる多元的国家論を提唱した論者として、ラスキとともにG・H・コールがあげられている。
- (52) A. a. O., S. 29. 田中他訳三九頁、菅野訳一九八頁参照。たとえば「ある労働組合の組合員が、組合として今後教会には行かないという標語を掲げたのに、教会に行き、他方、労働組合を脱退するように、という教会からだされた要求に同様にしたがわないという事例も考えられるだろう」としている。なお「この事例で注目すべきことは、宗教団体と職業組合との同格化並置化であって、これは、両者が国に共通に対立するところから、教会と労働組合の同盟にまで発展する可能性がある。この並置は、アングロサクソン諸国に起った多元主義の特徴であって、その理論的出発点となったものは、ギールケの「仲間」団体理論 (Genossenschaftstheorie) とならんで、とくにJ・ネヴィル・フィッギスの『現代国家における教会』(Churches in the modern State) という著書(一九一三年)であった。ラスキが繰り返し言及しているよ

うに、明らかに彼に強い印象を与えた歴史的事件は、ビスマルクが、カトリック教会と社会主義者に対し同時に立ち向い、いずれも不成功に終った措置である。ローマ教会に対する『文化闘争』において、ビスマルク帝国という不屈の力をもつ国家でさえも、絶対的に主権的であり、全能であるわけではない、ということが実証された」(a. a. O., S. 29-30. 田中他訳、三九頁以下、菅野訳一九八頁参照)と述べていることは注目されてよい。なおシュミットが引用したフィッグスの著書では、教会と国との関係について、次のように述べている。「われわれは、他に自由を否定しながら、同時にわれわれ自身の自由を要求することはできない。もしわれわれが、結婚、教理、典礼あるいは教会内部の霊的交歓 (Communio) の条件のような問題に関して、世俗的権力 (civil power) に対して『手を触れるな』と叫ぶべきならば——しかもこのような問題を調整することは、自由な宗教社会の当然の条件であるが——、われわれは、その市民の全大衆に関する国家の政策を指図するような振舞いを慎しまなければならない。……われわれは、市民でもあり教会員でもある。これらすべての問題を、教会的観点からも、また、市民的観点からも見るように努めなければならない。われわれは、教会員として、この社会内でそれ自身の法令、理想、発展のために自由を要求する権利と義務を有している。また、国家の構成員として、われわれは、キリスト教徒の多くがわれわれの規律に服することを拒み、かつ、まったくキリスト教徒でないものも多い国家の中で、最も賢明な方針がいかなるものであるかを考え、また投票しなければならない。市民として、われわれは、とくにキリスト教徒の動機や理想に訴え、あるいはカトリック教会の立場をとる者以外のものから見て意味のないような政策路線を強いる権利も要求も持たない。われわれがそれらを好まない場合でさえ、当然のこととして承認しなければならぬのである」(Figgis, op. cit., pp. 112-113.) と。この問題については、日下喜一「多元主義の源流——J. N. フィッグスの政治思想」早稲田大学出版部、一九八四年、一七一頁参照。

(53) Schmitt, a. a. O., S. 31. やうに「国家は、その内部および外部に存する他のいくつかの利益社会 (Gesellschaften) と同位、同列の一利益社会」機能団体になる。これが、この国家理論の『多元主義』であって、その理論の鋭い批判は、従来の国家の過大評価に対して、その『高権』主権」と『人格性』に対して、またその最高の統一性の『独占』にむけられるが、政治的統一とはそもそもいかなるものであるべきかについては、不明瞭のままにして置く」(a. a. O., S. 31-32. 田中他訳四四頁—四五頁、菅野訳一九九頁参照)と批判している。

国家教会法上の「同格理論」と「国の主権」について

- (54) *Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, S. 90. in; *Meyer-Leschendorf*, a. a. O., S. 21.
- (55) *Schmitt*, a. a. O. このことを一貫して考えれば、それによって国に責務を負う国の官吏制度は不可能になってしまう。というのはこの種の官吏制度も組織化された社会的複合体と区別される国を前提としているからである、と述べている。
- (56) *H. Quaritsch*, *Kirchen und Staat*, Der Staat, 1962, S. 289 ff.
- (57) *Mikat*, *HdbStKirchr* I S. 107 ff.
- (58) *Quaritsch*, a. a. O., S. 295-296.
- (59) *A. a. O.*, S. 296.
- (60) *A. a. O.* クアリッチが指摘しているように、同格理論の歴史は古い。この同格理論は、皇帝側の評者によって解釈され、たように教皇セラシウス一世（四九二年—四九六年）により構想された両権力論（*Zwei-Gewalten-Theorie*）および両剣論（*Zwei-Schwerter-Lehre*）に根拠したものであり、とくに教皇グレゴリウス七世（一〇七三年—一〇八五年）およびその後継者によって表明された教皇権の至高性に対立した（*Anm. 94*）という経緯がある。この教皇グレゴリウス七世は、統治的全権を主張したため、皇帝に属する行政権を脅かすものとして、神聖ローマ皇帝ハインリヒ四世はヴォルムの会議を開いて教皇の廃位を宣言した。そこで教皇は皇帝に破門と退位を命じた。その後も教皇グレゴリウス九世と神聖ローマ皇帝フリードリヒ二世とのあいだに抗争状態がみられた。シュミットも、このような中世における教会と国家、すなわち教皇と皇帝、より正確には聖職者身分と世俗的身分とあいだの抗争は、二つの「社会」（*Societies*）の争いではなく、同一の社会単位内での内乱であった状況を認め、教会分裂以前の時代にあつては、教皇と皇帝との関係は、なお教皇は權威（*cautoritas*）を皇帝は権力（*potestas*）をもち、それゆえ同一単位内で配分が行なわれるという公式化が可能であったのに対し、一二世紀以来のカトリック理論は教会と国家とは二つの社会であり、つまり両者とも完全な社会である（それぞれその領域におつて主権的（*souverän*）かつ自足的（*autark*）である）という見解を固執した（*Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*, a. a. O., S. 29. *Anm. 11*. 田中他訳、四一頁—四二頁参照。菅野訳二三八頁参照）と述べている。このように「同格理論」が、まず政治的要請として提起されたものであることは否定できない。
- (61) *Quaritsch*, a. a. O. ここでは、ハッセの著書『教会領域における国の裁判所による法的保障』（一九五六年）における

見解が批判の対象になっている。

- (62) Hesse, Rechtsschutz, a. a. O. なお「文化闘争」については、前掲注 52 参照。
- (63) Quaritsch, a. a. O., S. 297-298. この箇所において「クアリッチは、クリューガーの所説を引用している。」
- (64) Mikat, HdStKiechr I, S. 110-111.
- (65) Quaritsch, a. a. O., S. 298. 「一五七六年に、彼の最大の著作「国家論六編」(Six livres de la République) が刊行された。その主権論は、G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3 Aufl. 1966, S. 452 ff. 参照。」
- (66) Mikat, a. a. O., S. 111.
- (67) Quaritsch, a. a. O., S. 298. ders., Staat und Souveränität, Bd. 1, 1970, S. 243 ff. はより詳細である。
- (68) Jellinek, a. a. O., S. 453. イエリネックは、その代表的著作『一般国家学』第三篇第一四章第一節「主権」において、次のように述べている。すなわち、「かくてフランスを分裂させた内乱のただ中で、アンリ三世の担当した王権の法は、軽蔑すべき軟弱さを示したにもかかわらず、新しい国家論を生んだ。ボダンが、フランスの国家的性格の把握のために、先の時代の発展全体の要約を行なった。ただ、彼は、フランスの政治史から抽象した彼の結論を絶対化したにすぎない。彼は、長い闘争ののち得られた主権思想を、国家に関する彼の定義の本質的標識として挿入する。『共和国とは、多数の家政とそれらの家政に共通する事項に対する主権者の権力による正しい統治である』(République est un droit gouvernement de plusieurs messages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine)。実際このような定義は、それ以前のどの著作にもみられないような本質的に新しいものを含んでいる。多数の家政に対するすべての正しい支配とは、主権的権力、すなわち外と内に対して最高で独立した権力を備えた支配のことであるが、その支配が一つの国家を意味していること、あるいはそれに近いものであることを、ボダン以前の人は誰も主張しなかった。そこで彼がこの主権概念を最初に明確に特徴づけた功績を自負しているのはまったく正当である」(A. a. O., S. 452-453. 芦部信喜他共訳、G・イエリネク著『一般国家学』学陽書房、昭和四九年、三六六頁参照)と。なお、ボタンは、個人でなく家族を、社会生活の基本的単位として扱った。かれはそれを「家父長に服従する幾人かの臣民と、かれらに属するものとの正しい支配」であると定義した(ジョン・プラムナツ、藤原保信他訳「近代政治思想の再検討」、早大出版部、一九七五年、一八五頁)。とも

国家教会法上の「同格理論」と「国の主権」について

かくボダンの国家論が個人からではなく「家族」から出発したことは、すべての社会的関係がそこから生起する自然的単位だからである。この家族が多数集まれば、相互利益やその共同防衛のために村落や部族共同体を形成し、それが集積されて最終的には国家を構成するにいたる。それゆえ国家は家族などの結合体から構成された統一の包括的団体であり、その属性は、秩序と統一のための最高権力を所有することである（日下、前掲書一〇八頁—一〇九頁）と解された。

- (69) カール・シュミットも、「この〔主権〕概念が、危機的事態、すなわち例外的（非常）事態を対象とするものであることは、すでにボダンにおいて明らかである。ボダンが近代国家学の祖であるのは『主権は、一国の絶対的、恒久的な権力である』（la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République）とこゝに引用される定義よりむしろ『国家論六篇』第一編第一〇章の『主権の判別基準論』による」（C. Schmitt, *Politische Theologie*, 1922, S. 10. カール・シュミット、長尾龍一訳「政治神学」、清水幾太郎責任編集「危機の政治理論」、六頁—七頁参照）と述べている。

- (70) *Quaritsch*, *Kirchen und Staat*, a. a. O., S. 298-299.
- (71) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 9.
- (72) *Krüger*, *ZevKR* 6 (1957/1958), S. 75.
- (73) A. a. O.
- (74) *Mikat*, a. a. O., Anm. 8.
- (75) A. a. O., S. 111-112.
- (76) *Hesse*, *Rechtsschutz*, a. a. O., S. 119.
- (77) A. a. O., S. 120.
- (78) *Krüger*, a. a. O., S. 76. *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 9-10.
- (79) *Krüger*, a. a. O., in: *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 9-10.
- (80) *Krüger*, a. a. O.
- (81) A. a. O.
- (82) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 10.

- (83) A. a. O.
- (84) *Schmitt*, a. a. O., S. 9. 邦訳「五頁参照。シュミットは、こちらに「ここで例外的（非常）事態とは国家論の一般概念であって、緊急命令（Notverordnung）とか戒厳状態（Belagerungszustand）とかいったものでないことは、以下において明らかである。例外的（非常）事態が主権のすくられて法学的定義の意味において固有のものであるということは、体系的・法論的根拠を有する。すなわち、例外〔的事態〕の決断は、とりわけ決断といった意味合いがよい。というのは、一般的に実効力をもつ法規である一般の規範は、絶対的・例外的（非常）事態を決して把握することはできず、したがって真の例外的（非常）事態の存否の決断を完全に基礎づけることはできないからである」と述べている。
- (85) *E. Forsthoff*, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, S. 17.
- (86) *Quaritsch*, a. a. O., S. 189–190.
- (87) *F. Hartung*, *Deutsche Verfassungsgeschichte-vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, 1959, 7. Aufl., S. 265. F.・ハルトツング、成瀬治、坂井栄八郎訳『ドイツ国制史』岩波書店（一九八〇年）三六九頁参照。なお本訳は第九版（一九六九年）に依拠している。この憲法紛争に関する主要文献については、*Hartung*, a. a. O., 259. にあげられている。なお一八五〇年一月三十一日のロイセン憲法の条文については、*E. R. Huber*, *Quellen zum Staatsrecht der Neuzeit*, Bd. 1, 1949, S. 221, S. 215. 参照。
- (88) *Quaritsch*, a. a. O., S. 190.
- (89) A. a. O., S. 191.
- (90) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 10.
- (91) A. a. O., S. 10–11. *Quaritsch*, a. a. O., S. 189.
- (92) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 11.
- (93) *Forsthoff*, a. a. O., S. 59.
- (94) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 11.
- (95) A. a. O.

- (96) A. a. O., S. 27.
- (97) A. a. O., S. 11. フォルストホフの著書第一章表題が「国への追憶」になっている。この第一章について、J. H. カイザーは、「その視点は、権力政治的な現実とあいまって主権概念をとおして、条理に適った法的秩序が括弧で入れられる近代国家にまだ適っている」と評している。Vgl. P. Häberle, *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft*, 1982, S. 295.
- (98) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 27.
- (99) A. a. O., S. 28.
- (100) A. a. O.

三 「同格理論」と「国法上の主権」論をめぐる新たな展開

いわゆる「同格理論」に根拠をおく現行の国家教会法(国・教会関連法)体系はいくつかの論点をかかえているが、それなりの理由があった。これに対して「国法上の主権」という視点からみて、かなりきびしい批判が行なわれていることはすでに述べたとおりである。この問題については、マイヤー・テッシェンドルフが指摘しているように、とくに国法の側から呈示された批判が、比較的早い時期から、「同格」概念の内容的な文言の評価を補正せしめる契機を与えたこと⁽¹⁾とは否定できない。この問題は、その後も論者のあいだで活発に論議された。一九五〇年代後半以後、この傾向はさらに深まってゆく様相を呈示している。その論議の展開のなかで、現行の国家教会法体系における「同格理論」に対して、国法の側から、とりわけ「国法上の主権」の視点より、いかなる問題が呈示されたか。これに対

していかなる批判が行なわれたか。いずれの側にもそれなりの理由があるが、一九六〇年代から一九七〇年代にかけて展開された論議について少しく掘り下げて考察することにした。

I 現行の国家教会法上の「同格理論」の再検討——「同格原理」は無条件に（憲法）法原理として理解すべきではない——

ホーレルバッハは、すでに触れたように、一九七四年に発表した論稿「国家教会法の条約法上の基盤」において、「国と教会とは、何らかの意味において前提となっている同格状況において共存しているのではなくて、両者は、憲法（基本法）によって共存している」とし、「この憲法は、徹底した同格的な法形成、すなわち国と教会とのあいだの条約上の法的関係を許容している」ことを認めている。⁽²⁾しかし憲法（基本法）は同格化を実効的なものとして呈示しているわけではない。

1 憲法（基本法）は、国と教会との同格化を許容しながらも、実効的なものを呈示するまでに至っていない。⁽³⁾

基本法は、すでに述べたように、実際、特別な授権の規定を含むものでもなければ、また条約上の委任を含んでいゝるわけでもない。ただワイマール憲法第一三八条一項との関連で基本法第一四〇条において、また基本法第一二三条二項において、国家教会条約が原則として可能であり、許容されるものであることが前提とされ、したがって承認されていることはみのがすことができない。とりわけ基本法第一二三条二項は、基本法成立史の報告書によれば、ただそれだけでないにせよ、まず政教条約に対応するものであり、それを「国家条約」(Staatsvertrag)の範疇に組みいれていることも否定できない。⁽⁴⁾

またH・クンストは、「国と教会とのあいだを接合する点」(一九七五年)と題する論稿において、とくに福音主義

教会の視点から多元的社会における集団（団体）としての教会の役割をめぐって、ここ数年のあいだに表面化した争点に触れている。すなわち、「そのさい連携という概念が法的状態を的確に再現しているかどうかという問題は第一次的に関心がもたれているわけではない。もとよりそれが現状を適切に述べていることはたしかである。しかしながらより重要なことは、ここで政治的な意思表示が問題になっていることである」としている。この点について、K・シュライヒは、その著書『憲法原理としての中立性』（一九七二年）において、「国と教会との同格に関する理論は、本来的な意味において、教会法に根拠をもつ国家教会法論であった」という視点から、「世俗における制度としての教会については、その神学的理解から、国と同等にして同格の地位が主張された。したがってこの両者のあいだの法は、条約〔締結〕の方法においてはじめてつくることのできる」ものであった、と述べている。このような状況をふまえて、「現代の解釈は、『状況的な思考』（positionalen Denken）よりおしすすめられ、現実的には、ホルレルバッハの言う『同格的な法形成』を問題にする」としている。すなわち「前提として保障された同格秩序ではなくて、具体的な約定においてつくられ、達成される同格がまさに表出される」というのである。同格は、「制度的な枠組みの問題からではなく、人間のための共同の責任における機能的な並行同格の問題によって」規定される。⁽⁹⁾ こうした見解からうかがうことができるように、今日、「同格原理は、もはや無条件で（憲法）法原理として理解されているのではなくて、まず政治的原理として理解されている」といえるよう。換言すれば、同格〔原理〕が表明し、かつ要請しているのは、国と教会との（法的）平等ではなくて、ズーモンが指摘しているように、その（政治的な）「真摯、友好的な協力と相異なる任務の相互的な尊重」⁽¹²⁾ということになる。

2 国と教会との協力関係は、機能的な同格の基盤にもとづくものでなければならない。

シュライヒの指摘しているように、同格原理が、まず政治的原理として理解されるものであるとすれば、政治的な意味における友好的な協力、ないし両者の任務の相互的な尊重を前提とする法的な同格関係から、現実の政治的な約定が施行されるか、または施行さるべき「連携」ないし「協力」が行なわれる。⁽¹³⁾このような機能的な同格(funktionalen Koordination)の正当性の基盤は、シュライヒによれば、公法上の高権の担い手としての国と教会との両者の属性というよりも、国または教会の自由な提案にもとづいてそれぞれ具現される協定である。⁽¹⁴⁾この点については、マイヤー・テッシェンドルフも肯定的である。⁽¹⁵⁾ホーレルバッハも、国と教会とは、「それぞれ具体的な約定によって同格視される状況にある。それゆえ憲法の枠組みのなかで、またその保護のもとに同格法秩序をみずから形成する状況にある。したがってこの同格法秩序は、国と教会とが条約「締結」の方法によって同格視される程度において形成される。しかしながら「両者を」同格視する方法がとられると、当事者は、条約法の特別な合法規性(Gesetzlichkeiten)にしたがう⁽¹⁶⁾」と述べている。

この同格的条約上の協力は、そのときどきの状況に応じて新たな正当性の基盤をもつことになる。それは国と教会との伝統的な二重の両頭政治的な並行モデル(dualistisch-dyarchischen Zuordnungsmodell)を指向するものではなくて、むしろ自由・民主主義国家にのみ対応する「連携的な市民・国家関係」(partnerschaftlichen Bürger-Staat-Verhältnis)を指向するものでなければならぬ。⁽¹⁷⁾ホーレルバッハは、「立憲国家における同格法秩序は、とくに問題解決の適切な方法である⁽¹⁸⁾」としているが、アルブレヒトも、「同格原理の承認は、国家権力および国家意識の政治的衝撃を原理的にすぐにも克服すべき帰結ではなくして、むしろ自由・民主主義国家を具現するための方法である⁽¹⁹⁾」と述べている。マイヤー・テッシェンドルフも、それは有効な方法として立証されたものである⁽²⁰⁾、とし、ホーレルバッハ

も、「憲法そのものの論議でもって立証された確信」⁽²¹⁾であると述べていることは注目されてよい。

ともあれ国家教会法上の同格理論と国法上の主権問題との対決は、国の主権がいささか誇張され、それゆえにこそ再度きびしい反駁を喚起する状況を生ぜしめることになった。⁽²²⁾たとえば、ヘッセは、その論稿「民主主義的な公共組織における自由な教会」(一九六五年)において、「今日の国と教会との関係を、自立した教会の観念においてのみならず、国の側における変容のもとにおいても、したがって現代民主制の特徴にてらして慎重に考察すべきだとする課題が殆んどとりあげられていないことじたいが、現在の国と教会との関係の解らないし批判の主要な部分を特色づけている」⁽²³⁾と皮肉っている。ともかくその後、一九六七年の国法学者大会で、M・ヘッケルが、その報告「基本法のもとにおける教会」において述べているように、ヘッセの「この論題が、新たな基盤から、民主主義的な憲法体制についての内的な係わりを得ようと試みた」⁽²⁴⁾面があることは事実である。それはともかくとして国家教会法上の同格理論は国法上の主権問題との対決によって、国家教会法(国・教会関連法)の「特別な」複合体('besondere Sachkomplex')が「一般的」国法の認識およびすう勢を簡単には無視しえないし、また無視してはならないことを明らかにしたことは否定できない。⁽²⁵⁾国家教会法における「国の主権」への対応をめぐる批判的な論議のなかで、すぐに明らかにされたことは、国家教会法をその内にむけられた特別な存在より、「すべての人に適用される」国法に再び目をむけさせたことが問題になる、ということである。それだけではない。教会に対する国の関係を再び国と社会との一般的な関連のなかに係わらしめたということが問題になる、ということである。⁽²⁶⁾現代の多元的な国家における国家教会法についての国法上の基本問題の一つは、「主権」という視点より問題を提起することによって、それなりの役割を果たした。また同時に国家教会法は、まったく「教会に関する国法」であって、しかもそのようなものとして論ぜられない

ければならないことが明らかにされた。⁽²⁷⁾

戦後、数年間の状況を回顧的にみると、教会法的な視点が強く打ちだされた国家教会法（国・教会関連法）の国法的な次元は、むしろ相当期間十分には注目されなかったといつてよいようにおもわれる。一九六〇年代になってはじめて同格理論をめぐり本格的に先鋭なかたちで展開される論議が呈示されたが、それは国家教会法と国法との関連が、一定の時期を経てようやく「基本法のもとで」問題視されはじめたことを意味する。もともと国家教会法の論議において支配的であった同格理論が単に法以前のなし法の外にある（*vorrechtliche und außerechtliche*）教会論としてではなく、基本法の解釈として理解され、またかかるものとして実効性をもつことが望まれたものであった。⁽²⁸⁾ここでワイマール憲法の教会（宗教団体）条項のボン基本法第一四〇条への編入が、現行の国家教会法体系にとって、いかなる意味をもっているかが検討されなくてはならない。

Ⅱ 現行の国家教会法体系の再構築の試み——「ワイマール憲法の教会（宗教団体）条項」編入の意味の再検討——
ボン基本法第一四〇条における「ワイマール憲法の教会（宗教団体）条項」編入の意義については、すでにかなり詳しく論じたが、⁽²⁹⁾ここでは、国家教会法上の「同格理論」と国法上の主権とのかかわりという視点より、さらに少しく掘り下げて検討をすすめることにしたい。

1 「ワイマール憲法の教会（宗教団体）条項」の編入は、憲法（基本法）全体における国家教会法の統合というよりも、むしろ国家教会法を一般国法の側より見直す契機を与えるものであった。⁽³⁰⁾

ボン基本法における「ワイマール憲法の教会（宗教団体）条項」の編入は、マイヤー・テッシェンドルフが指摘しているように、一方で、ドイツ国法論は、国家教会法的体制の任務に空白を残したが、他方、戦後にもみられた旧来

からの国家教会法論も、現代立憲国家の一般国法上の問題を顧慮せず、ないがしろにした側面がみられたことは否定できない⁽³¹⁾。この憲法的脈絡の全体を特別に歴史的に結びつけ、特徴づけるものは、それぞれの歴史的・政治的状况に適合する国と教会との並行「関係」をめぐる百年にわたる争いをおして、とりわけ最近、それも一時的なものであるが、国家教会法論がその対象およびその過去と十分に係わりをもつものであった、ということである。さらにそれともはや単に教会とだけでなく、その他の数多くの大きな社会集団(団体)と係わりをもつ現在の多元的・世俗的国家の新たな構造とかかわりをもつものであった、ということである。それはある種の国法上の補正の必要が生じたときにはじめて真剣にとりあげられた⁽³²⁾。シュライヒによれば、「国家教会法的保障の特殊性は、国法内における特有の国家教会法の分断化(Segmentierung)と内面化(Introvertiertheit)を結果において招来せしめた⁽³³⁾」のである。換言すれば、「一般的」国法と「特別な」国家教会法との相反する疎外「関係」は、まさに「国法内における国家教会法の特有の分断化と内面化」を意味するものであった。しかもそれは国家教会法を政治・社会的構成の完全に統合された構成部分として必ずしも全体的に表出せしめるものではなかった⁽³⁴⁾。

H・マイヤーは、「戦後、数年間、教会は、自らの内なる憲法については殆んど反省する余裕をもたなかった。差し迫った日常的な仕事のため、教会は、徹底した自己反省をするまでの余裕はなかった。しかしながら一九六〇年代の後半において、現在なお終えているとはいえない自己批判的現象の地ならしのきざしがみえはじめた⁽³⁵⁾」と述べている。たしかに六〇年代当初に、「内のおよび外的契機がともに働き、外からは次第に先鋭化した世俗的な雰囲気⁽³⁶⁾」が確認されたし、またH・マイヤーの言うように、「戦後間もない時期に一般的にみられた教会と社会とのあいだの部分的な同一化(Identifikationen)とか「教会が社会を」代表(Stellvertretungen)するといった事象は殆んどみ

られなかった⁽³⁷⁾」と言えよう。この「雰囲気の変化」は、国家教会法上の問題の法学的論議に空白を生ぜしめるものではなかった。国家教会法論において、教会に対しても、国の主権の要点を衝いた主張をとおしてとくに表出された時代の多元的・世俗的な特徴は、国家教会法を、その特別の存在から、いわば、「一般的な」「すべての人に適用される」国法の枠組みのなかにひきもどし、再びそれを純粋な「国法の部分」たらしめたことであろう。⁽³⁸⁾シュライヒによれば、「いわゆる〔宗教的〕中立性からも、国家教会法において『国法の部分』が問題になることが明らかにされる」ことになる。その後、国家教会法上のいくつかの支配的見解について、間もなく行われた国法の側からの補正は、すでに明らかに将来の国家教会法における法律上の討議の方法の輪郭を呈示した。すなわち国法体系および憲法体系の視座から国家教会法をより鋭いかたちで討議する契機を与えるものであった。⁽⁴⁰⁾この点について、ショイナーが、その論稿「基本法における国と教会との関連体系」(一九七四年)において、「現在の法理論が宗教団体の法的地位および権能を、所与の諸権利および諸特権の全体としてのしきたりからではなく、それを現代の変容した状況にもとづいて引きだされる宗教的な諸利益の觀念の枠組みのなかで位置づけようと試みられていることがより重要である⁽⁴¹⁾」とし、「したがって国家教会法は、今日の国家的全秩序の枠組みのなかで新たな脈絡のなかに組みこまれている⁽⁴²⁾」と述べたのも故なしとしない。

しかし国家教会法が「新たな」広がりをもった国法上の脈絡のなかでとりあげられ、論議されなければならないとすれば、いくつかの論争をよんだ国家教会法上の見解は、その淵源を、もはや特別な国家教会政策的な指導理念のなかに見出すのではなく、もっぱら国とその社会に対する関係の実体についてのそのときどきの「国法上の」事前の了解からのみ説明されなければならないという考え方が呈示されたとしてもおかしくない。⁽⁴³⁾

国内における争いを、憲法および法律上、権限を与えられている機関および制度をとおして有権的に解決する必要性は決して否定されていない。もっぱら決定一般は、いわば「価値それじたい」(Wert an sich)として求められるものではない。むしろ決定は、(憲法)法秩序の規準にしたがい、また憲法上に確認される権限の規準にしたがい、さらにその枠組みのなかで求められる。実際には、自由主義憲法に関する、またそのための本質的問題は、決定されることがじたいではなくて、それについて何人が、またいかなる内容的規準にしたがって決定するかということである。主権は、憲法にもとづいて、明文化され、法治国家の方法に則って行使される⁽⁴⁴⁾。ここで国法上の主権との係わりにおいて国家教会法上の「同格理論」に問題を提起したクリューガーの所説を中心として、その論拠およびその問題点について考察することにした。

2 クリューガーにおける「国の主権」概念の論拠とその批判

これまで国家教会法上の「同格理論」に対して、「国法上の主権」という視点から、いかなる問題が提起されたかをみてきたが、そのなかでも少なからず影響力をもったクリューガーの所説は、ボン基本法に編入された「ワイマル憲法の教会(宗教団体)条項」の編入の再検討にせまる論点を含んでいる。もとよりクリューガーが呈示した「主権」概念の論拠に対しては反論がなされているが、ここでは、その争点を浮き彫りさせることにしたい。

(1) クリューガーにおける「国の主権」概念の論拠

(i) 主権の本質は、もっぱら国の究極的な発言「権」に存する。それは、原則として「教会の〔国への〕従属の終焉」という提題とは相容れない。

クリューガーによれば、国の究極的な発言「権」がいかなるものを含んでいるか、また何人が発言するかは問題に

ならない。むしろこの発言が行なわれていることが重要なのである。⁽⁴⁵⁾ここでは国の究極的な決定そのものが重要なものであって、具体的な内容をもった係争の解決の規程が重要なのではない。⁽⁴⁶⁾

すでに繰り返し述べたように、戦後、国への「教会の従属の終焉」という論題が、国家教会法（国・教会関連法）を特徴づけるものとして解された。クリューガーがヘッセの見解を批判したことはすでに述べたが、ヘッセもこれに反論するかたちで、さきに掲げた論題は、形式的な主権概念によって特色づけられた伝統的な国家像とは別箇の国家像を前提として、⁽⁴⁸⁾伝統的な主権概念は、それはまさにクリューガーによって表明された主権概念にほかならないが、⁽⁴⁹⁾「国が、もし自ら制限を課さないならば、その限りにおいて、国は、結局においてすべてのことを許容する」⁽⁵⁰⁾ことになってしまふのではないかと応酬している。

それではクリューガーにとって、現代国家とはいかなるものとして理解されているのであろうか。

(ii) 現代国家は、その対外関係において、その他の集団（団体）とは比較にならないほどの多面性（Vielfalt）と緊迫性（Intensität）とを有する。

クリューガーは、その代表的著書『一般国家学』（一九六四年）において、「集団（団体）である以上、いかなる対外関係も有しない集団（団体）は実際には存在し得ない」と断わりながらも、「この点において、現代国家は、その対外関係において「その他の集団（団体）」とは比較にならないほどの多面性と緊迫性によって特徴づけられる」⁽⁵¹⁾と述べている。すでに触れたように、ラスキも、国がその他の機能的団体と異なるのは、その領土の範囲内に住むすべての人に成員たるものが強制される点と、最後の手段としては、国は所（従）属者に義務を強制しうる点である、⁽⁵²⁾と述べているが、この点について一脈相通するものがみられる。クリューガーは、さらに「現代国家は、とりわけその対外状

況との対応の原動力ないし成果という点できわだっている⁽⁵³⁾と述べている。しかも「国の存在および活動における諸価値の具現化は、適切かつ一般的に承認された規準によるものでなければ考えられない。したがって国の特別な諸価値にそれぞれ付加される規準の創出が必要となる⁽⁵⁴⁾」としている。しかもここでいう「価値および規準は国に対して定立されているわけではない。むしろ国によって拘束される集団（団体）による自己定立（Selbstsetzung）が考えられる。この自己定立は、もとより一律に国が自らの任務の設定および必要なる手段の選択を行なう外部的および内部的『状況』によって制約を受ける包括的かつ白紙委任的な全権をもって存立するわけではない⁽⁵⁵⁾」。このような国家観のもとに、主権はどのように性格づけられているのであろうか。

(iii) その国家観においては、事実上、規範によって掌握され、かつ「拘束される」主権は存在する余地はない。

クリューガーの国家観念においては、その内容（および限界）が（憲法）法秩序によって規定されるところの規範によって掌握され、かつ「拘束される」主権は、存在する余地はない。ここでは規範的な憲法規定および同格法上の取り決めが、国およびその活動の規準および範囲を規定するのではなくて、すべての国の存在および行為のための本質的かつ本来的な照準点である「外的状況」がもつばら規定するものでなければならぬ⁽⁵⁶⁾。バドゥーラは、クリューガーの見解を、国家的なるもの、すなわち「国家性の本質および意味は、いかなるときでも『状況』の諸要請に迅速かつ十分に対応することができ、かつ国家的集団（団体）として主張し、貫徹させるところにある——これがクリューガーによれば、『外的状況』として考えられている——から、国の『実在』は、その属性および活動がすべてそこに収れんされる主要な標識である⁽⁵⁷⁾」としてとらえている。

もとより現実には集団（団体）に脅威を与えるものとしての「外的状況」は、市民の通常の、かつ日常的な諸問題と

係わりをもつものとは殆んど考えられず、国の実存の問題そのものと係わりをもっている。クリューガーによれば、すべての国の属性および活動は、国の自己主張に収められ、彼の言う「自ら定立する状況と可能な限り望ましい討論」⁽⁵⁹⁾だけが、国が定立する任務を規定するとともに、国がその遂行のために適用することが許される方法を規定することになる。⁽⁶⁰⁾ さきに述べたように、主権の内容ないし限界が（憲法）法秩序によって規律され、拘束される余地がないとすれば、これに対応して「国の活動」のために、国の任務の設定および方法の選択に関して「包括的かつ白紙委任的」全権を認めようとしていることは明らかである。それでは、これを実現する方法ないし規準はいかなるものと解されているのであろうか。

(iv) 国の「潜勢的（潜在的）な全権」ないし「潜勢的（潜在的）な全包括性」を、それぞれ具体的に実現する方法ないし規準は、そのときどきの状況の具体的な諸要請にしたがって規定される。⁽⁶¹⁾

クリューガーによれば、国の権限および合法性は、そのときどきの状況において移り変わるものである。つまり現代国家は、その活動が、国の存在の保持ないし要請以上のことについて問題にしないことを意味する。したがって現代国家は、国家理性の実質的な規準点、すなわち状況への「実効的な」反応を承認することができるにすぎない。とすれば、憲法上、予測されるかまたは（教会に対して）同格法上、考えられうる国は「事実上、」存在せず、そのときどきの状況が必要とする国が存在することになる。⁽⁶²⁾ すなわちクリューガーの国家観においては、いわゆる「同格理論」的思考は認められない。国の規準は、憲法がこれを引き合いにだす限りにおいて、またその程度において認められるものではなく、国がその状況を評価するにさいしてそれを必要とする程度において認められるものである。彼によれば、国家理性は、憲法理性（Verfassungsrationalität）にもとづいて、またその内容によって規定されるのではなく、規

範上、あらかじめ把握されえない状況によって規定される⁽⁶³⁾。そのさい、彼は、すでに触れたように、全体主義国家と自由主義国家とは、全体主義国家が、「現代国家それじたいとして潜勢的(潜在的)に定立される『全包括性』の可能性を完全に利用しているのに対し、自由主義国家は、ただ部分的にこれを利用してることによって区別がなされる⁽⁶⁴⁾」としていることは注目されてよい。したがって主権そのものは、当然のことながら、まず規範的な制約なくして、存続するものであり、その内容的な制約は、もっぱら「政治的動機」として表出される⁽⁶⁵⁾。この点について、クアリッチは、より具体的に、「教会と国との接触する領域に関して憲法制定者が主権を保持する政治的動機は、個人および宗教的集団(団体)の宗教上の自由の前提としての宗教的中立性についての世俗的な法的共同体の意思である⁽⁶⁶⁾」と敷衍しているが、その底流においてクリューガーの見解に共通するものがみられる。

以上、クリューガーの呈示した「主権」概念を中心にして、その論拠がいかなるものであるかを述べたが、これに對していかなる批判ないし反論がなされているかについて検討することにした。

(2) クリューガーの呈示した論拠に対する批判

クリューガーが呈示した「主権」概念の論拠は、それなりの理由をもっているが、その論拠に対しては、以下に述べるような反論がなされている。

(i) クリューガーの言う国家とは、基本法のもとで考えられている国家とは言えないのではないか。

この点について、クリューガーは、「現代国家は、非同一化(Nicht-Identifikation)の原理のゆえに、イデオロギー的傾向をもった方法をとりにえないため、このような社会心理学的な状況において、正しい理解を得ようと試みる以外に方法はない⁽⁶⁷⁾」ことを前提とし、「自由民主制の国家的および社会的な組織がこの任務を超越することになるのか、そ

れともその現行の憲法（基本法）において、この任務を克服することが適切であるのか、そのいずれかを確めるために特別な検討が必要になる」と述べている。⁽⁶⁸⁾このようなクリューガーの見解に関して、マイヤー・テッシェンドルフは、クリューガーの言う国家は、基本法のもとで考えられている国家とは言えないのではないか、という疑問を呈し、次のように述べている。すなわち、「民主主義的な立憲国家において、国家権力とは、『潜勢的（潜在的）な全包括的な国家権力』ではなくて、規範によってつくられた、とくに基本権に拘束された国家的なものである。国の保護は、憲法の規程により、憲法の枠内で行なわれる。基本法で考えられている国家は、政治的な意向によって憲法上の拘束をのがれることはできない。国家理性が憲法破壊を法的に認めるのでもなく、さりとて『状況』によって憲法遵守を免れるということでもない」としている。⁽⁶⁹⁾この点については、非常な事態において、法治国家を擁護するために考慮すべき問題点を論じたM・シュレーダーの論稿「法治国家の限界〔状況〕における国法」（一九七八年）とも、その底流において共通するものがみられる。⁽⁷⁰⁾

実際に、一九七六年九月二日のブレーメンの福音主義教会の牧師および教会員の地位をめぐって提訴された憲法訴訟に対する連邦憲法裁判所の判決においても、「基本法は、潜勢的（潜在的）な全包括的な国家権力を成文化したものでなく、国の目的を、実質的に自由と社会正義とが含まれる一般の福祉の保護に限定してきた」と判示されている。⁽⁷¹⁾すでに触れたように、クリューガーは、「現代国家は、非同一化の原理のゆえに、イデオロギー的傾向をもつ方法をとれないため、このような社会心理学的な状況において、正しい理解を得ようと試みる以外に方法はない」と述べているが、彼の言う現代国家が、社会と大きく対立するもの（das grobe Gegenbild）として捉えられていることは否定できない。この点に関連して、マイヤー・テッシェンドルフは、次のように述べている。すなわち、彼の「現代国

家の『理念』は、国家の国家的なるものより論議された同格〔理論〕批判と同じく、多元主義批判の国家論的背景として重要な意味をもつだけでなく、とくにそこで展開された非同一化の原理のゆえに重要な意味をもっている。しかもこの原理は、現代の国家教会法（国・教会関連法）上の論議において、きわだった地位を得ているものとして評価されている⁽⁷⁴⁾〕としている。同時に、「クリューガーが、現代国家を、一般的に理性的かつ公正なものとして『極端に賛美していること』（Vergötung）は、市民の総括的かつ白紙委任的な服従より、具体的・歴史的な国家の実効的な法律へと目をむけさせるよう要請した⁽⁷⁵⁾」ものであると述べている。

(ii) 主権は、国の「実質的な任務」を指向する規範的・実質的な意味で理解すべきではないか。

現行の国家教会法（国・教会関連法）をめぐる論議において、クリューガーが呈示した国および主権の理解に対して、ヘッセは、クリューガーの批判に反論するかたちで、主権は、国の実質的な任務を指向する規範的実質的な意味で理解すべきではないか、と述べている。ヘッセも、「国が、究極的な発言〔権〕をもっている」ことを認めたが、「国は、その究極的な発言権を一般的にもっているのではなくて、国が事実上、正当であると表明しうるところでのみもちうる⁽⁷⁶⁾」としている。このように主権を理解するならば、「形式的な」紛争〔事件〕解決権と「実質的な」紛争〔事件〕解決権の規準は、実質的に相互に関連してくる⁽⁷⁷⁾。

この点に関連して、一九六七年の国法学者大会において、ホーレルバッハは、その報告「基本法のもとにおける教会」において、次のように述べている。すなわち、「ボン基本法の国家性は、対内的にも対外的にも開かれた国家性である。しかしこの自由な、自己批判的であると同時に自己意識的な立憲国家『体系』のかなめとなるものは憲法の權威（auctoritas）であり、高権＝主権作用（Hohheit）である。政治的共同体の生活は、憲法の枠内で展開される。憲法

の規準により、国民のために委託された憲法機関は、特定の実際上の任務の遂行をとおして、基本権の理念のもとに一般の福祉の責任を負う⁽⁷⁸⁾」というのである。ただ「ここでこの方式を含むすべての意味が明らかにされうるといふことではなく、立憲国家の実質的な主権の理解に寄与するよう求められていることに目がむけられていることは明らかだ⁽⁷⁹⁾」としている。

(iii) 主権が、国の「実質的な任務」のなかで具現化されるとすれば、たとえ「究極的な」争いが生じないところでも、主権は現実性をもつ。

この点については、マイヤー・テッシェンドルフは、クリューガーに対して批判的といえる。彼によれば、規範的なものとして、詳言すれば、規範的な憲法内容により規定され、かつ法的に憲法・規範的な権限のなかで「付与された」ものとして、ここでは、憲法生活の「正常な」過程において、さらに「国の実質的な」任務のなかで、主権は、具現化されることになる。彼によれば、それは、C・シュミットおよびクリューガーによってごく僅かしか注目されなかった日常的な生活と継続的業務の諸問題にとくにむけられている。正常な事態(Normalität)が主権の本質的な現象形態になっている。しかもそれは「権限により」、日常的な国の活動において、また憲法の規準により「正常な」国の側から行なわれる文言において表明される。結局、立憲国家においては、憲法のそとでは、国家的なるもの(国家性)も、主権も存在しない。

ヘーベルレも、その論稿「主権問題をめぐる現在の論議」(一九六七年)において、「国と法との歴史性についての洞察は、結果において主権の歴史性を認識せしめる。というのは、それは国と法とを特定の側面よりみているからである。その他の制度および予防措置「たとえば、具体的な約定による国と教会との同格化」も、争いを阻止するもので

あるがゆえに、『究極的な』争いが生じないところでも、主権は必然的に現実性をもつ」とし、「主権は、憲法生活の通常の過程において具体化される」と述べている⁽⁸¹⁾。

ともかくも、主権は、国の「実質的な任務」から出発すべきであり、「とりわけ実質的に根拠づけられた全体秩序のための責任から出発しなければならない」とする考え方はかなり根強いものがあるといえよう⁽⁸²⁾。

以上、クリューガーの呈示した主権概念ないし国家観の論拠がいかなるものであるか、さらにこれに対していかなる反論がなされているかを概観したが、そこにみられる意見の相違を反映しているのが、基本法第一四〇条との関連におけるワイマール憲法第一三七条三項における制限条項の異なる解釈である。マイヤー・テシェンドルフによれば、クリューガーとクアリッチは、ワイマール憲法第一三七条三項の法律上の留保のなかに、教会に「対して」実効性をもつとされた係争ないし闘争について具体的意味をもつ主権原理を、言外に読み取っているふしがみられる⁽⁸³⁾。ここでは教会に対しても、すべての人に適用される法律の実効性が保証されている。すでに触れたように、それは、クリューガーによれば、「従属団体に例外のないこと」、さらに現代国家の「全包括性」が保証されていること⁽⁸⁴⁾を意味する。またクアリッチによれば、「別段の規定のない場合」には、国の「決定の独占」(Entscheidungsmonopol)が保証されていることになる⁽⁸⁵⁾。しかしこうした考え方に対しては依然として強い反撥がみられる。

この点に関連して、M・ヘッケルは、その著書『国・教会・芸術——教会の文化的記念物の法的問題』(一九六八年)において、「国家教会法(国・教会関連法)における同格法的な要因と従属法的な要因とのあいだにみられる動搖は、『いずれも』過大評価してはならない」とし、「それらの要因は、明確な二者択一の関係にたつものでもなければ、また憲法を支配する範疇を形成するものでもない」と述べていることは注目されてよい⁽⁸⁶⁾。彼は、また「国家教会条項に

において重要なのは、外部的な法形式の問題（条約または法律）でもなければ、支配ないし主権を断念するという一般の原理でもなく、国における教会の地位および教会に対する国の地位についての実質的な秩序である⁽⁸⁷⁾と述べている。マイヤー・テッシェンドルフも、このヘッケルの見解を支持して、「国家教会法秩序の問題の本質的かつ固有なものは、『外部的な法形式』、したがって国と教会とのあいだの『形式的な』関係——同格的（条約上の）または一方的な（法律上の）法的形成——ではなくて、『国と教会との実質的かつ適正な並行』である⁽⁸⁸⁾と敷衍している。

ここでヘッケルが国家教会条項において、国における教会の地位および教会に対する国の地位についての実質的秩序を重要視し、マイヤー・テッシェンドルフも、結局において、国家教会法秩序の問題で、国と教会との実質的かつ適正な並行「関係」を、その本質的かつ固有なものとしていることは、現行の国家教会法（国・教会関連法）体系の動向を浮き彫りにしているのではないだろうか。

注(1) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 11.

(2) *Hollerbach*, *HdbStKIrchr* I, S. 277.

(3) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 11-12.

(4) *Hollerbach*, a. a. O. 清水「西ドイツにおける国と教会（宗教団体）との関係——現行法体制成立の由来——」前掲誌第二一六六・二六七合併号六三頁以下。なお基本法第二二三条二項の成立過程については *Hollerbach*, *Verfassungsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts*, *HdbStKIrchr* I, S. 218 ff.

(5) *H. Kuns*, *Verbindungsstellen zwischen Staat und Kirchen*, *Evangelische Kirche*, *HdbStKIrchr* II, 1975, S. 283. なおカトリック教会とのそれを論じたものとして *W. Wäste*, *Verbindungsstellen zwischen Staat und Kirchen*, *Katholische Kirche*, a. a. O., S. 285 ff. 参照。

- (9) K. Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 191.
- (10) A. a. O. Vgl. Hollerbach, a. a. O., S. 277. 同題言のいふだゝ 一九六七年の国法学者大会における報告「基本法のものとされたる教令」はきつて言及をなしてゐる (Hollerbach, VVDStRL 26, S. 78, 82)°
- (11) Schlaich, a. a. O.
- (12) Miia, Kirche und Staat im nachkonziliaren Sicht, in: Kirche und Staat, Festschrift für Kunst, 1967, S. 125. in: Schlaich, a. a. O.
- (13) Schlaich, a. a. O.
- (14) Meyer-Teschendorf, a. a. O.
- (15) Hollerbach, HdbStKIRCH I, S. 277-278.
- (16) Meyer-Teschendorf, a. a. O.
- (17) Hollerbach, a. a. O., S. 279.
- (18) Albrecht, a. a. O., S. 157.
- (19) Meyer-Teschendorf, a. a. O.
- (20) Hollerbach, a. a. O.
- (21) Meyer-Teschendorf, a. a. O., S. 12-13.
- (22) Hesse, Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen, ZevKR 11 (1964/1965) S. 348, Ann. 36.
- (23) M. Heckel, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VVDStRL, Heft 26, S. 24.
- (24) Meyer-Teschendorf, a. a. O., S. 13.

- (26) A. a. O. たうと²⁴ Herzog, Jus 1969, S. 399 f. 参照。
- (27) Schlaich, a. a. O., S. 136, Anm 35. ショライヒによれば、本来の名称は、教会・国家・法 (Kirchen-Staat-Recht) であり、今日用いられている国家教会法 (Staatskirchenrecht) よりも厳密であり、その意味で「教会に関する国法」であると述べている。
- (28) Meyer-Teschendorf, a. a. O.
- (29) 清水「ボン基本法における国と教会（宗教団体）との関係——とくに基本法第一四〇条を中心として——」前掲誌第二六九号一頁以下参照。なお第四回宗教法学会で報告した「西ドイツにおける国と教会（宗教団体）との関係」宗教法第二号一二〇頁以下も、前掲誌論文に依拠している。
- (30) Meyer-Teschendorf, a. a. O.
- (31) A. a. O.
- (32) A. a. O., S. 13-14.
- (33) Schlaich, a. a. O., S. 156.
- (34) Meyer-Teschendorf, a. a. O., S. 14.
- (35) Maier, HdbStKIrchr I, S. 94.
- (36) A. a. O., S. 95.
- (37) A. a. O.
- (38) Meyer-Teschendorf, a. a. O.
- (39) Schlaich, a. a. O., S. 131.
- (40) Meyer-Teschendorf, a. a. O.
- (41) Schenker, HdbStKIrchr I, S. 84-85.
- (42) A. a. O., S. 85.
- (43) Meyer-Teschendorf, a. a. O.

- (44) A. a. O., S. 15-16.
- (45) *Krüger*, ZevKR 6 (1957/1958) S. 76.
- (46) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 16.
- (47) *Krüger*, ZevKR 6, S. 72ff.
- (48) Hesse, Staatskirchenrechtliche Voreiligkeiten? Zu Herbert Krüger Besprechung, ZevKR 6, S. 72ff. S. 180.
- (49) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O. 「ハイヤー・テュシエンデルン」は「マヤの言う伝統的な主権概念を」クリューガーによつて用ゐらる中絶概念として用ゐるべし。
- (50) Hesse, a. a. O. S. 180.
- (51) *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 20.
- (52) *Laski*, op. cit., p. 37. 邦訳六八頁参照。
- (53) *Krüger*, a. a. O.
- (54) A. a. O., S. 674.
- (55) A. a. O.
- (56) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O. なお「クリューガーの著書は」第二版（一九六六年）が引用されている。ただしその内容に疑ひがある。
- (57) *P. Badura*, Die Tugend des Bürgers und der Gehorsam des Untertanen, Besprechung von: Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1964, Juristenzeitung (JZ), 1966, S. 127.
- (58) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O.
- (59) *Krüger*, a. a. O. S. 760. クリューガーは「この討論はいかなる国民にもきわめて独自の特色を呈示するものである」
としていふ。
- (60) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O.
- (61) A. a. O., S. 16-17.

- (62) A. a. O., S. 17.
- (63) A. a. O.
- (64) Krüger, ZevKR 6, S. 75. Vgl. Meyer-Teschendorf, a. a. O.
- (65) Meyer-Teschendorf, a. a. O., S. 17.
- (66) Quaritsch, a. a. O., S. 190.
- (67) Krüger, Allgemeine Staatslehre, a. a. O., S. 986. なおクリーガーの国家論において、「非同化の原理」は、まず国と社会とが原則として異なる性格のものであり、異なる評価を受けるものであるということを表明したものである。と言えよう。この点については、Krüger, a. a. O., S. 178 ff. に詳しく。なお Meyer-Teschendorf, a. a. O., S. 147 ff. で、この問題に言及し、論評を加えている。
- (68) Krüger, a. a. O., S. 986.
- (69) Meyer-Teschendorf, a. a. O., S. 17.
- (70) A. a. O. Vgl. M. Schröder, Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates, AoR 103 (1978) S. 121 ff.
- (71) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), 42, 312 ff. この事件は、ブレーメン福音主義教会がその教会委員会——副委員長と書記——を代理者として、一九七五年一月一五日のブレーメン自由ハンザ都市の国事裁判所 (Staatsgerichtshof) の判決に対し、憲法訴訟の手続により提訴されたものである。判決本文は、次のとおりである。
1 一九七五年一月一五日のブレーメン自由ハンザ都市の国事裁判所の判決は、ワイマル憲法第一三七条三項との関連において基本法第一四〇条と合致しない。したがって破棄される。 2 ブレーメン自由ハンザ都市は、憲法訴訟人にとって必要とされた経費を支払わなければならない。(BVerfGE 42, 313)
- (72) BVerfGE 42, 332. その判決理由は、さらに「自由権の保障は、基本法が国を〔神の〕救いの計画にあずかる番人と解していないことを表明している。その計画にあずかるならば、国は人間生活の形成について、信仰および思想の最も内面的な領域にまで立ち入って規制しうることを正当化されることになる。この考え方は、とりわけ基本法第四条に、憲法上明確化されている。それは人間の宗教的または世界観的な次元にまで、国が特別に立ち入ることのないようにしたもので、国家教会法上の「同格理論」と「国の主権」について

である」としている。つづいて「基本法第四条一項および二項の個人的および集団的な信仰および世界観の自由は、宗教団体結成の自由（ワイマール憲法第一三七条二項との関連で基本法第一四〇条）および宗教団体の自主性（独立性）の保障（ワイマール憲法第一三七条三項との関連で基本法第一四〇条）に対応する。それらの自由は、国家権力によって侵し得ない自由の領域に由来するものであり、『宗教団体の』権限を国より導出するわけにはゆかない」と述べている。

(73) Krüger, a. a. O.

(74) Meyer-Teschendorf, a. a. O., S. 25. このハイヤー・ラッシュェンドルフは、「クリューガーが国を社会とは二律背反的に対立するもの（die antinomische Gegengröße）としての様相を呈示している」との視点より、国を公正なるものの具象化したもの（Vergegenständlichung des Richtigen）と解していることに注目している。

(75) A. a. O., S. 27. なおクリューガーは、「総括的かつ白紙委任的な全権という国家権力の属性を補充するものとして、従属者の服従（die Unterworfenheit des Untertanen）が言葉で表現できないものであることは明らかである」（Krüger, a. a. O., S. 942）と、「ドイツにおいては、市民が従属者として、したがって国家権力に服従し、服従することが義務づけられる地位は『一般』『一般的な権力関係』（Allgemeine Gewaltverhältnis）と言われよう」（A. a. O., S. 941.）と述べている。

(76) Hesse, ZevKR 6, S. 181.

(77) Meyer-Teschendorf, a. a. O., S. 18.

(78) Hollerbach, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VVDStRL 26, S. 59.

(79) A. a. O., S. 59. Anm. 13.

(80) Meyer-Teschendorf, a. a. O.

(81) P. Häberle, Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveränität, AöR 92 (1967), S. 270. など

「」はハイヤー・ラッシュェンドルフが例示したものである。

(82) Hesse, a. a. O., S. 180.

(83) Meyer-Teschendorf, a. a. O., S. 19.

- (84) A. a. O. の点については、すでに触れたように、ヘッセの著書に対するクリューガーの論評において述べられている。
Vgl. *Krüger ZevKR* 6, S. 74 f.
- (85) この点については、すでに触れたように、「同格理論」批判のかたちで言及されている。Vgl. *Quaritsch, Der Staat* 1 S. 189.
- (86) *M. Heckel, Staat Kirche Kunst, Rechtsfragen kirchlicher Kulturdenkmäler*, 1968, S. 252.
- (87) A. a. O.
- (88) *Meyer-Teschendorf, a. a. O.*, S. 18-19.

あとがき

現行の国家教会法（国・教会関連法）上の「同格理論」をめぐる、前稿では、その争点を裁判所の対応との関連でより一般的なかたちで述べた。本稿では、この「同格理論」に対して、とくに「国法上の主権」とのかかわり合いについて、いかなることが問題にされているかをマイヤー・テッシェンドルフの著書を手がかりにして、筆者なりに若干の論点の整理を試みた。教会と国との関係をいかにとらえるべきかについては、今日、「同格理論」を支持する論者にとっても十分に検討さるべき論題である。現在、価値観、世界観が多様化しているが、それだけに多元主義的国家観が、「同格理論」を支持する論者にとっても、少なからず刺激を与えたことは否むことができない。すでに触れたように、多元主義的国家観ないし多元的国家論を展開した学者として、わが国ではラスキ、マッキーンヴァーらがなじみ深い。さらに多元主義の源流に遡るならば、シュミットも指摘しているように、フィッギスのそれにまで言及しなければなるまい。⁽¹⁾ フィッギスは、その著書『近代国家における教会』（一九一三年）のなかで、すでに「宗教社会

を国家から区別する思想」を継受し、これを「教会の要求できる最小規準」として模索している。そこでは教会の権利と義務を明確にし、国と教会との間に調和をもたらしようとしている。⁽²⁾

「同格理論」がそのときどきの歴史的状況において克服すべき側面をもっていることは繰り返し述べたが、すでに一二世紀以来、カトリックの学説では、教会と国とはいずれも「完全な社会」であると解されていた。そのさい、シユミットも述べているように、教会の側では、唯一の教会のみが「完全な社会」として承認された。これに対して国の側からみれば無数とまではいわなくても、いくつかの「完全な社会」が出現した。すでに触れたように、そこで言う「完全性」も、その数の多さのゆえに疑問視された。⁽³⁾

本稿のはじめに述べたように、ミカートは、現行の国家教会法（国・教会関連法）体系において、教会と国とのあいだに「同格の体系」として定義される国とのいわゆる「新たな」基本的関係が確立された、と解した。すなわち、教会と国とは「第一次的に同等の共同体」として、「完全な社会」として対応しなければならぬ、⁽⁴⁾というのである。このような「同格理論」が、カトリック教会の立場から多くの支持を得たとしてもおかしくない。のみならず、福音主義教会の立場からも、少なからず支持するものができたことはすでに述べたとおりである。少なくとも当初はさして異論もみられなかったが、やがて国家論ないし国法論の側から、「同格理論」に対してきびしい批判が寄せられた。さきにも触れたように、価値観・世界観が多様化してくればくるほど、これは当然の成行であった。ここに多元主義国家観ないし多元的国家論が見直されることになった。もとよりアングロサクソン諸国において登場した多元的国家論をそのままのかたちで受容するというのはない。

多元的国家論にたてば、教会（宗教団体）とその他の社会集団（団体）、たとえば教会は労働組合と並置されること

になるが、シュミットも言うように、とくにカトリック理論では考えられない。にもかかわらず、多元的国家論に刺戟されて、教会を含めて、政党から経済団体にいたるまで、社会集団（団体）を国家論に組み入れることをめざして一つの重要な展開がみられた。⁽⁵⁾もとより「同格理論」に対する「主権の多元性」理論による見直し論には一般にきわめて慎重であつたこともみのがすことができない。ここで「主権」概念をめぐって、論者のあいだできびしく争われた。国家教会法（国・教会関連法）における非国家的（社会的）権力要素の国家類似の主権の同格法論上の帰結について加えられた批判も、むしろいわゆる「多元主義論争」とおして、それを背景としてはじめて理解することができるとは。したがってラスキ版の多元的国家論を、そのまま適応させたというのではない。換言すれば、「国の国家的なるものを指向した多元主義批判」こそが、「ラスキ版の多元主義理論の現代的適応」と言つた方がいいのかも知れない。⁽⁶⁾また、いわゆる「完全な社会」の理論（*Societas perfecta-Lehre*）も、多元主義理論との関連で問題になる。シュミットは、いくつかの「完全な社会」の出現を疑問視したが、この点について、ケックは、「完全な社会」の概念は、このようないくつかの「宗教的」団体が相互に存在することによつても排除されるものではない、という立場より、このことは、教会と国との関係からも妥当性をもつ、という見解を表明した。その理由として、「教会および国のいずれも本質的に異なる権限領域を有し、したがって両者は、これらの権限領域を逸脱しない限り、相互に一般に競合することはあり得ない」ことをあげている。また「多元主義的立場からも、その他のすべての宗教団体も、それらの団体にこれらの性格がその自己理解にしたがつて付与される限り、『完全な社会』としてみなさるべきである」と述べていることはみのがすことができない。

かつて触れたように、オーバーマイヤーは、その論稿「変貌せる国家教会法」（一九六七年）において、「同格理論」

が果たした歴史的な役割を評価しつつも、今日、これを過大視することは、「反歴史的虚構」であるとした。⁽⁸⁾ たしかに、「同格理論」によれば、国と同格視されるのが、一般に宗教団体というよりも、既成の大教会であることは、ケックの指摘にもかかわらず問題がないわけではない。⁽⁹⁾ だからと言って、教会を、その他の社会集団、とりわけ機能団体と並置、ないし同一視することにも問題があるとすれば、われわれは、この問題をどのように理解したらよいのであろうか。本稿では、主として一九六〇年代より一九七〇年代に発表された論稿を中心として検討を試みたが、本稿でとりあげた論題に限定しても、すでにかなり多くの論稿が発表されている。現行の国家教会法体系の再構築の試みとして、国法上の視点から、「同格理論」の検討が行なわれるとしても、「主権」そのものの概念が多義的であるため、「同格理論」を鋭く批判したクリューガーの所説に対しても議論のたねは尽きない。また、その議論の展開も少なからず錯綜していることも否定できない。それは彼らがこの問題を真摯に受けとめていることを如実に証明しているゆえんでもある。本稿では、その議論の展開をできるだけ客観的に浮き彫りさせ、問題の所在が奈辺にあるかを明らかにしようとしたものであるが、果たして最近の動向を的確に伝えることができたかという点、なお隔靴搔痒の感を禁じ得ない。論者の意図がいずれにあるにせよ、ヘッケルが、さきに触れたように、「国家教会法（国・教会関連法）における同格法的な要因と従属法的な要因とのあいだにみられる動揺は、「いづれも」過大評価してはならない」と述べたことは、きわめて示唆的である。⁽¹¹⁾

注(1) Schmitt, Der Begriff des Politischen, S. 29. Anm. 11.

(2) 日下、前掲書一六六頁—一六七頁参照。

(3) Schmitt, a. a. O.

- (4) *Miat, Kirchen und Religionsgemeinschaften*, a. a. O., S. 146.
- (5) *Meyer-Teschendorf*, a. a. O., S. 20.
- (6) *Vgl. a. a. O.*, S. 19-20.
- (7) *Köck, a. a. O.*, S. 47.
- (8) *K. Obermayer, Staatskirchenrecht im Wandel*, DöV 1967, Heft. 1-2, S. 12.
- (9) 清水「国と教会（宗教団体）との関係——西ドイツの場合を中心として——」前掲誌第二七〇・二七一・二七二合併号、一四七頁以下参照。とくに「既存の教会のいかなる法的特権化にとっても絶対的な障壁は、すべての市民およびすべての集団の信仰、良心および信仰告白の自由であり、またそこから生ずる宗教的ないし信条的な中立性を擁護する国の義務である」(*Obermayer, a. a. O.*, S. 15-16) という指摘に対し、ここではケックが、カトリック教会との政教条約を、教会の自由を確保するための法的に認められた方法として位置づけ、教会のいわゆる特権「問題」について、(a)「不当な」特権、(b)「真正な」特権および(c)「歴史的な」特権に分けて言及している(*Köck, a. a. O.*, S. 53ff.) ことだけを述べておくにとどめた。
- (10) シュミットは、カトリック理論では、イギリスの多元主義理論に特徴的な教会と労働組合との同格化Ⅱ並置化(*Koordinierung*) は当然のことながら考えられない、とし、残念なことにはいずれの側にも明確な徹底した論究が欠けている(*Schmitt, a. a. O.*)と述べていることはみのがしえない。この意味において、両者の関係について、かなり突込んだ論究が、戦後展開されたことは評価されてよい。
- (11) *Heckel, a. a. O.*

(一九八四年八月一日脱稿)