慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	コンコルダート判決におけるライプホルツとスメント：一九五七年三月二六日ドイツ連邦憲法裁判所第二法廷判決
Sub Title	Leibholz und Smend in dem Konkordatsurteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 26. März 1957
Author	三宅, 雄彦(Miyake, Yuuhiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2026
Jtitle	法学研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.99, No.2 (2026. 2) ,p.519- 552
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	小山剛教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20260228-0519

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

コンコルダート判決におけるライプホルツとスメント

――一九五七年三月二六日ドイツ連邦憲法裁判所第二法廷判決――

三宅雄彦

一　序言
二　裁判官ライプホルツ
三　教会法学者スメント
四　結語

一　序言

昨年七月一一日、連邦議会は連邦憲法裁につき重要決定を見送った。即ち、第一法廷のクリスト（Josef Christ）、第二法廷のマイドウスキ（Ulrich Maidowski）とケーニヒ（Doris König）、計三名の裁判官の後任につき、ＣＤＵ／ＣＳＵが推薦するシュピナー（Günter Spinner）[1]、ＳＰＤが推薦するカウフホールド（Ann-Kathrin Kaufhold）とブロジウス＝ゲアスドアフ（Frauke Brosius-Gersdorf）の三名の人事案を留保し、夏季休暇後の九月に改めて検討するとした。議論の中心は、ケーニヒの後任候補のブロジウス＝ゲアスドアフで、就任すれば副長

官、後に長官に昇格するという重要な人事であるが、彼女の学説で連立与党ＣＤＵ／ＣＳＵの一部議員が反対したらしい。[2] だが、本年三月の選挙で大敗北を喫した大連立政権、ＦＤＰも議席を失い、緑の党の協力を仰いでも任命に必要な三分の二に届かない。そこで従来蚊帳の外の左派党の支援をどう仰ぐかが検討されている。[3]

学者が多数を占める連邦憲法裁の裁判官の構成、その政治的立場でなく、その学説が我々憲法研究者には今も昔も興味深い対象である。本稿は、一九五七年の連邦憲法裁コンコルダート判決[4]から、当時連邦憲法裁判官ライプホルツ（Gerhard Leibholz: 1901–1981）の従来不明であった見解を検討し、彼の大学同僚にして学界重鎮のスメント（Rudolf Smend: 1882–1975）の学説と比較することを試みる。

二　裁判官ライプホルツ

1　コンコルダート判決（一九五七年三月）

（1）さて、連邦憲法裁判所のコンコルダート判決であるが、事の発端は、ニーダーザクセン州による、一九五四年九月の学校法の制定にある。即ち、本法では、州の公立学校につき、宗派を問わず生徒を共通に教育する共同学校（ゲマインシャフトシューレ）を原則とし、特定の宗派に基づき教育を実施する告白学校（ベケントニスシューレ）は、一定数の親権者の申請あるときのみ設置するとされる。[5]

だが、連邦政府は、ドイツがローマ教会と結んだコンコルダートに反するとして反対、政教条約上の義務の履行を州に求めた。つまり、その二三条によれば、親権者の申請があるときカトリック国民学校を設置するのだが、この学校が本件州法により廃校になってしまう。[6] 尤も、この政教条約、即ちライヒスコンコルダートをローマ教会と締結したのは一九三三年七月であり、従ってその締結主体は同一月三〇日に政権を奪取したばかりのナチス

であったということになる。[7]

そこで連邦は、このコンコルダートの実施をニーダーザクセン州に求め、連邦憲法裁に連邦国家を提訴したのだが、[8]論点は以下の通り。一つに、ナチス政権のライヒスコンコルダートは今も有効であるか。二つに、その条項は連邦以外にニーダーザクセン州を拘束するのか。

（2）一九五一年発足の連邦憲法裁、現行基本権理論の原型を作った第一法廷でなく、[9]本件は、統治機構を所管する第二法廷の出番であろう。連邦の提訴は一九五五年三月一二日、翌年六月四日から八日の口頭弁論を経て、漸く一九五七年三月二六日に連邦敗訴の判決が下った。[10]

第一に、ライヒスコンコルダートは、戦後の現在もなお有効である。一九三三年当時、その三月成立の悪名高い授権法ではあるが、議会条約承認権は、全権委任されたヒトラー政権が適法に行使しており、ナチス瓦解後も、この政教条約は連合国側により停止されておらず、基本法制定の後も、その一二三条二項が、連邦制下での教育政策を担う州の専属的管轄の暫定的例外としてこの政教条約を存続させた。[11]

第二に、だが、ライヒ政教条約は連邦を拘束しても州は拘束しない。本条約を所轄するライヒ後継の連邦には学校政策の決定権限がなく、州権限に干渉する連邦法に基本法七条三項の宗教教育条項があるも、その他に、連邦制下の権限配分に例外を設ける憲法条項は存在せず、しかも、連邦と州の協力を求める憲法誠実原理も本件では妥当せず、基本法二五条による国際法友好性原則も個別条約には適用されない。[12]

（3）尤も、この判決には、実は反対意見が存在したことが後に判明した。勿論、当時少数意見制度はなく、その導入には一九七〇年迄も待つ。[13]だが、裁判官一〇名の審議に賛否あるのは当然で、反対側に回ったフリーゼンハーン（Ernst Friesenhahn: 1901-1984）とガイガー（Willi Geiger: 1909-1994）が、後にその存在を暴露したのである。[14]

そこでその、二人を含む都合三名の意見だが、政教条約の効力の点で多数意見に同調するも、州の条約上の義務を肯定する結論を導く[15]。第一に、連邦が所轄するライヒ政教条約だがそれは州を義務づける。即ち、多数意見と逆に、連邦国家の構造自体が州の義務を導出する。連邦誠実原理からして連邦を拘束する条約遵守に州も協力すべきで、国際法友好性から見ても全独が負う条約の責任は州にも波及するし、更に、基本法一二三条二項は、基本法前の法に係る一般原則を規律する同一項に続く、本政教条約の国内法的義務を定める例外である[16]。第二に、この州の条約遵守義務は、基本法の連邦秩序を破壊しない。元々この連邦国家は個別条項から成る柔軟な構造を持つものであり、州自身も、政教条約に拘束されても、自らが別条約を締結し、連邦へ州の独自利益の配慮を要請することで、能動的活動が可能である[17]。

（4）しかし、既述の通り、まだ少数意見制度のない当時、後日の偶然の少数意見開陳も、第二法廷内の賛成反対の分布は実は明確ではない。

つまり、同時定員一〇名の第二法廷、クーチャー（Hans Kutscher: 1911–1993）は判決に参加せず、残り九名の中、反対者は、これに加わり意見を公表したフリーゼンハーンとガイガーの他、後者曰くフェデラー（Julius Federer: 1911–1984）であると判明している[18]。反ナチスのフリーゼンハーン、元ナチスのガイガーの対抗もあるが、彼らは、カトリックでＣＤＵ／ＣＳＵ推薦である点で共通している[19]。他方、多数派五名のうち、ＳＰＤ推薦の三名、即ち、副長官カッツ（Rudolf Katz: 1895–1961）、ルップ（Hans Georg Rupp: 1907–1989）、クラアス（Walter Klaas: 1895–1978）、ＣＤＵ／ＣＳＵ推薦で本判決起案者のヘネカ（Anton Alfred Henneka: 1900–1984）の名前については、ほぼ確定的のようだが、問題は残りの二名である。シュンク（Egon Schunck: 1890–1981）とライプホルツのどちらが多数派に回ったかが不明である[20]。**【表１参照】**

実務家のシュンクにコンコルダートに関連する論稿はないようだが[21]、当時から連邦憲法裁の英雄、ライプホル

表１　第２法廷コンコルダート判決における多数意見と少数意見の分布

	意見内容	裁判官	推薦政党	宗派	元職
多数意見	ニーダーザクセン州政府（ＳＰＤ）に有利？カトリック教会に不利？	カッツ（副長官）	ＳＰＤ	プロテスタント	政治家
		ルップ	ＳＰＤ	プロテスタント	裁判官
		クラアス	ＳＰＤ	プロテスタント？	行政官
		ヘネカ（起案者）	ＣＤＵ／ＣＳＵ	カトリック	裁判官
		ライプホルツ？	ＣＤＵ／ＣＳＵ	プロテスタント	大学教授
少数意見	連邦政府（ＣＤＵ／ＣＳＵ）カトリック教会に有利？	シュンク？	ＣＤＵ／ＣＳＵ	カトリック	裁判官
		フリーゼンハーン	ＣＤＵ／ＣＳＵ	カトリック	大学教授
		ガイガー	ＣＤＵ／ＣＳＵ	カトリック	裁判官
		フェデラー	ＣＤＵ／ＣＳＵ	カトリック	裁判官

注　多数意見の４名と、少数意見の３名の同定はほぼ確定的とされ、残りのシュンクとライプホルツの２名がどちらに回ったか不明とされるも、ライプホルツが反対意見の４人目だろうと推定されてきた。そして、2017 年以降の訴訟資料の公開により、実際、ライプホルツが反対意見に回った事実が明らかになったと言う。けれども、ライヒスコンコルダートによるニーダーザクセン州の義務を否定する点では、結果的にライプホルツは、法廷意見の結論と同じであり、スメントへの書簡でも政治的妥協として法廷意見に参加したことも匂わせている。（従って、前稿（前掲注４）131 頁の表２を訂正する。）

ツには関連する論稿がある。それは、ヴェルナー・ヴェーバー（Werner Weber: 1904–1976）、ハンス・ペーター・イプゼン（Hans Peter Ipsen: 1907–1998）と共同執筆した、バイエルン州政教条約に係る鑑定書で[22]、これを元にライプホルツが反対意見側に回ったとする解釈が存在するのである[23]。

2　ライプホルツ鑑定書（一九四九年一二月）

（1）その、ライプホルツの共同鑑定書とは、バイエルン州政府による一九四九年の告示に対するニュルンベルクの取消訴訟へのそれである。即ち、この六月一四日告示は、共同学校しかないニュルンベルクに、宗派学校を設置し、両校の選択制を導入せよと要求するものである[24]。

一つ、その根拠は、共同学校と告白学校の両者を以て国民学校とし、親権者の自由な選択を認めるバイエルン州憲法一三五条一項にある[25]。二つ、他方ニュルンベルクが共同学校しか持たぬ理由は複雑であり、まず、一九一九年州共通学校（ジムルタンシューレ）命令により、共同学校又は告白学校の

いずれかを児童の教育権者に選択可能とする新制度が導入されたが、だが一九三三年以降、ナチ政権は、教育権者に対し強制手段を用い告白学校の選択を妨害、一九三七年に正式にこれを廃止するに至り、結果、戦後この市では共同学校のみが運営されるという事態が残る[26]。三つ、そこで州当局は、この状況に州憲法一三七条違反を認定して、まず、三三年以前に告白学校だった学校を復活させ、これを前提に、市内の各親権者に学校選択の意見聴取をせよと命ずるものである[27]。この布告に訴訟を提起した市に、ライプホルツは加勢したのである。

（2）本件の主要論点は、バイエルン州による当該布告の法的根拠にある。

一つに、本件学校運用の前提は一九一九年の共通学校命令であるが、ワイマール憲法一四六条は共同学校を原則、宗派学校を例外とする立場で、ライヒ法律枠内で州法律が前者を規定可とするも、ライヒ法律未制定なら既存法状況の維持を許す、同一七四条が問題となる[28]。二つに、右の学校命令の下、親権者の意思を抑圧し、共同学校の選択を強制し、遂に告白学校を共同学校に転換したナチスの意向だが、その帰結の共同学校一元化が正当か否か、の評価も問われる[29]。戦後、学校制度をナチス前に逆転させた州政府の判断も関連しよう[30]。三つに、だが、これと逆に告白学校を原則、親権者の申請あれば共同学校を要求するバイエルン憲法一三五条が、実は主戦場となる。即ち、学校二種を前提とする本条項の直接適用を認める被告（バイエルン州）に対し、ライプホルツらは、これは法命題（レヒツザッツ）でなく法原則（レヒツグルントザッツ）に過ぎぬと主張する。二元的学校体制を形成するには中間段階に施行法律が必要で、だが、未だその具体的立法がないので、学校政策に直接的効力を持たない、と。告白学校を持たぬニュルンベルク学校制度は合憲だと言うのである[31]。

（3）ならば、この事件で、ライヒスコンコルダートはどう関係するのか。さてここでは、このライヒ政教条約と並び、一九二四年三月二九日バイエルン政教条約、同年一一月一五日バイエルン教会条約が問題となる。前者はローマ教会、後者は州福音主義教会との契約（フェアトラーク）である[32]。

それぞれの六条と九条は全自治体に、教育権者の申請でカトリック又はプロテスタントの国民学校、即ち宗派学校の設置を義務づける。[33] 即ち、既述の通り、ライヒ政教条約二三条と同様の内容を持つのだが、この三条約の、バイエルン憲法下での位置づけが問われる訳である。[34]

一つに、三条約は戦後も有効であると、ライプホルツらは主張する。現行基本法一二三条二項はライヒスコンコルダートの存続を規定し、バイエルン憲法一八二条も新旧両教との条約への誠実性を明言する。[35] 尤も二つに、三条約はバイエルン憲法一三五条と異なる内容でも、一方が他方を変更する立場にないから、分離して取り扱うべきでない。だが、告白学校を優先する後者と、共同学校を優先する前三者とで齟齬があり、州政府と諸教会は調整に向け合意（アインフェアネトメン）を取り交わすものの、この合意自体が十分な正統性を欠き、法状態を結局は変更できない。[36]

（4）結局のところ、ライプホルツらの鑑定書の結論は次の通りとなろう。一つに、不明確な法原則に過ぎず、施行法律を持たない州憲法一三五条は、ニュルンベルク学校制度の再編成を求める根拠にならない。故に、当該憲法条項の執行責任の所在は、ニュルンベルク市でも州の教育行政部門でもなく、州立法者がこれを具体化せねばならない。州憲法上のこの学校条項の抽象性が本件の判断を決したが、他方で、二つに、では我々が関心持つライヒ政教条約の評価につき論じれば、その学校条項が新生バイエルンの憲法体制でも依然有効で、しかし、条約と憲法の混乱した併存で市当局をしないと結論づけたことから、[37] 彼らの主張は連邦憲法裁一九五七年判決と同趣旨とも判断できよう。

加えて、政治／宗教的状況も、この推定を後押しするかもしれない。合同学校一元制を支持したニーダーザクセン州とニュルンベルク市、前者の首相コプフ（Hinrich Wilhelm Kopf: 1893–1961; 在任 1946–1955, 1949–1961）、後者の市長ツィーベル（Otto Ziebill: 1896–1978; 在任 1948–1951）は共に社会民主党であり、[38] どちらもカトリック側に就く連邦又は州政府と格闘したことになる。鑑定書執筆の三名は、ヴェーバーとイプゼンは保守的傾向を持つが、[39]

両名とライプホルツは、福音主義の立場でこれを書いたとも言える。

3　ライプホルツの覚書（一九五六年七月）

（1）だが、右のニュルンベルク鑑定書の結論からすれば、先に見た政教条約判決の四人目の反対者はライプホルツとならない筈である。一九四九年に州政教条約は有効だが市を拘束せずと述べたのに、一九五七年に同じ結論の多数意見に反対するのは矛盾であるからである。(40)

さて、二〇一三年連邦憲法裁判所法改正により、従来非公開だった連邦憲法裁の審議文書が、六〇年経過すれば順次公開の対象となり(41)、当然、一九五七年のコンコルダート判決の各種資料も、二〇一七年から公開対象となっているから、この問いには既に回答が出ている。つまり、フリーゼンハーンの手稿の中、彼とフェデラーそれぞれの批判的覚書きの間に、ライプホルツの、一九五六年七月二日付けの「コンコルダート争訟に係る我々の議論への個人的な一般的覚書［Persönliche allgemeine Bemerkungen zu unserer Diskussion über den Konkordatsstreit］」と題した文書が挟まっていたことが、後日判明したというのである。恐らくその持主のフリーゼンハーン、又は反対意見に与した裁判官三名宛てに、原則的問いに係る多数派見解に疑問を呈したものだが、当然にその意見は、その三名とも異なった内容を持つことになろう(42)。

以下、シェスタークの紹介に基づきライプホルツの見解を見てみる。

（2）この第四の男（デア・フィーアテ）は、本件政教条約を締結した主体、ナチスに着目する。

第一に、国民社会主義（ナチオナールゾチアリスムス）のライヒ政府は、最初から真正政府ではない。曰く、この権限秩序が産んだ法が本当に法であるかを判断するには、形式主義（フォルマリスムス）ならぬ、秩序体制の実質的（マテリアレス）実体（ズブスタンツ）の分析を必要とするのだが、ナチスは、欧州のキリスト的社会秩序を逆転させ、法や真理や道徳の基本範疇／諸価値を異常にした、不吉な秩序（エミネーゼ・オルトヌング）、

悪魔の政体（レギーメ・デス・トイフェルス）である。この不真正な秩序によるコンコルダートが実質的法である訳がない。[43] 第二に、故に、憲法前の法に係る基本法一二三条二項の適用もない。即ち、新条約の締結迄は既存の国際条約の存続を承認する条項だが、その適用要件の充足を支持する法廷意見にライプホルツは反対する。一つに、ライヒスコンコルダートは国家条約（シュタートスフェアトラーク）でない、二つに、ライヒスコンコルダートはナチス政治体制の本質的部分であり法でない、三つに、これに適用されるは国際法原則でなく政教条約原則（コンコルダーレ・グルントゼッツェ）である。[44]

自身がユダヤ人に故に英国亡命を余儀なくされ、妻の双子の弟たるD・ボッフェンファーら親族を惨殺されたライプホルツからすれば、ナチスと連邦共和国の連続を安易に肯定した同僚に賛成はできまい。[45]

（3）果たして、このライプホルツの見解は、フリーゼンハーンら三名の少数意見と、同じ反対意見でも、その主張内容は全く異なっている。政教条約の大戦後の効力を肯定し、州の義務も肯定した前者だが、後者はナチスの悪法であるとコンコルダートの存在自体を拒絶する。他方で、先のライプホルツ含め三者連名のニュルンベルク鑑定書と比較すると、やはり連邦憲法裁判官としてのこの見解は固有である。同じ人物でも、ナチス故の全否定を導いたその見解は、鑑定書では一九五七年判決多数決と同様に条約効力の存続を肯定したのである。

さて、右のライプホルツのメモが政教条約の効力を否定した根拠で、一つめの、ライヒスコンコルダートは国家条約ではない、三つめのこれに適用されるのは国際法原則でなく政教条約原則である、との、一見して至極当然の二つの根拠を看過するべきではない。[46] 何故なら、特にカトリック政教条約につき、ローマ教会を国際法主体と理解し、政教条約を世俗国家とバチカンの国際条約と把握し、これを国際法上の範疇で把握するのが今も通例であるのに、[47] ライプホルツの言う以上の二つの論拠は、この通説的見解に明らかに反するからである。**【表2参照】**

（4）ところで、連邦憲法裁判官ライプホルツは、コンコルダート訴訟の当時、ゲッティンゲン大学法学部の

表2　連邦憲法裁判決（1957 年）とニュルンベルク鑑定書（1949 年）の比較

	連邦憲法裁第 2 法廷判決（1957 年）			**ニュルンベルク鑑定書**（1949 年）（ライプホルツら）
	多数意見	**反対意見**（公表なし） **フリーゼンハーンら 3 名**（1977 年公表）	**？** **ライプホルツ**（2017 年公開）	
	A	B	C	D
1 政教条約の戦後の拘束力	**○ライヒ政教条約は戦後も効力を持つ。** ・ライヒ政教条約はナチス期の正式な手続で締結されている。 ・基本法 123 条 2 項がライヒ政教条約の存続を肯定。	**○ライヒ政教条約は戦後も効力を持つ。** （法廷意見と同じ）	**×ライヒ政教条約は戦後に効力はない。** ・ナチス政権が締結した条約はそもそも法ではない。	**○バイエルン政教条約は戦後も効力を持つ。** ・バイエルン憲法 182 条が州政教条約の存続を肯定。
2 政教条約上の州や市の義務	**×ライヒ政教条約は州を義務づけない。** ・学校制度は連邦制上州の管轄であり連邦に権限はない。 ・連邦誠実原則や国際法友好性原則は本件で州を義務づけない。	**○ライヒ政教条約は州を義務づける。** ・連邦誠実原則や国際法友好性原則から州に協力義務あり。 ・州の協力義務を認めても基本法の連邦体制に侵害なし。	［×ライヒ政教条約は州を義務づけない。］	**×バイエルン政教条約は市を義務づけない。** ・学校制度に係るバイエルン憲法 135 条は法律の具体化が必要。市への直接的拘束を持たない。

注 1）同じ反対意見でも、ライヒ政教条約の戦後の効力を肯定するフリーゼンハーンら（B）と、ライヒ政教条約の効力自体を否定するライプホルツ（C）とでは、その主張内容は全く異なる。特に、ライプホルツは、ライヒ政教条約の効力そのものを否定するから、州の条約順守義務について言及しないものの、結果的に多数意見と同じ結論になる。だがだとすれば、結論が同じという理由で、理由付けに目を瞑り、実はライプホルツは多数意見に与した可能性もある。

注 2）ニュルンベルク鑑定書（D）は、ライプホルツが 1957 年判決で反対者であることの根拠とされてきたが、その内容は寧ろ法廷意見（A）に類似し、反対者たる彼の立場を推測させるものでない。

注 3）同じライプホルツの意見でも、1957 年時点（C）と 1949 年時点（D）とでは、その内容が異なる。前者がライヒスコンコルダート（1933 年）を、後者がバイエルン州政教条約（1925 年）を扱った違いに因るのであろうか（但し、ニュルンベルク鑑定書はライヒスコンコルダートにも言及しており、その戦後の効力を否定している訳ではない）。

政治学担当の特任教授も兼務し、[48] その同僚に、いずれも教会法学者でもあるが、先のニュルンベルク鑑定書の共同執筆者の国法学者W・ヴェーバー[49]と、スメントがいた。

一九四九年にライプホルツと見解を共にした筈のヴェーバーならば、政教条約は国家条約にあらずとの謎の指摘を解明するかもしれない。実際、一九五六年六月四日～八日に実施された本件の口頭弁論にて、ニーダーザクセン州証人としてヴェーバーは何度も登壇し発言する。即ち、その初日、六月四日午後に、連邦憲法裁の管轄に関して曰く、後の多数意見が条約の妥当性の根拠に引く基本法一二三条二項だが、それは、妥当性の存続を当事者の全ての権利と意義に留保しており、だが、コンコルダートとは、国家と教会の間の双面的（ゲーゲンザイティゲ）な諒解（フェアシュテンディグング）の産物、友好的（フロイントリッヒェス）な合意（アインフェアネーメン）の過程なのであり、元々裁判官の認知（リヒターリッヒェ コグニティオン）の対象にはない、故に、州は、この諒解や合意の審査を留保する権利を持つのだ、と。[50]

そして、ライプホルツの言明を解くもう一つの鍵は、彼をロンドンから帰還せしめた、大学退官した直後の重鎮学者のスメントにある。

三　教会法学者スメント

1　スメント政教条約論（一九五六年五月）

（1）ところで、判決より遡ること一年前、一九五六年五月五日に刊行の法曹新聞（ユリステンツァイトゥング）で、そのルドルフ・スメントが本事件につき発言している。[51] 既に一九五一年にゲッティンゲン大学教授を停年で退官した彼だが、戦後の福音主義教会法学の権威として、この問題に発言権があろう。[52] 当時、再軍備問題と並んで、右のコンコルダート問題への国法学の関心は、その汗牛充棟の文献に表れる如く極めて高いが、しかしそれは、実証主義と形式主

義に染まった国法学の、政教条約の無理解、国家教会法の無定見の象徴でもあると、スメントは難ずるのである。[53]

さて、彼が語る福音主義教会法には、旧教（カトリック）と違い体系が存在しない。一九世紀末、ドイツ伝来の君主教会監督制（ズメピスコパート）の下、かの文化闘争で政府側に回った教会法学は余りに世俗的で、霊的関心を欠くのである。故に他領域と同様、一つに、法素材を整理するだけの法実証主義と、二つに、法資料を発掘するだけの法史学の思考が中心となっていく。[54]だが、ゾームの定式「教会法は教会の本質と矛盾する」に触発され、実証主義が排除した教会独自の法概念を探求する動きが、第二次大戦後に沸き起こるのである。その先頭に立つ人物がスメントである。[55]

（2）即ち、その彼の立場とは、教会の本質に根差した教会法理解である。国法をその背後の憲法自体から把握する憲法学（フェアファッスングスレーレ）を提唱したスメント、彼はナチスに抗する告白教会（ベケントニスキルヒェ）の精神を築いたバルメン宣言の精神に則り、信仰＝告白（ベケントニス）自体から教会の外部秩序を獲得せよと主張するのである。[56]

ならば、国家と教会の政教条約についても、旧教か信教かに関わりなく、国家の本質と教会の本質からこれを把握しなければならない。つまり、国家も教会も、夫々独自の生原理（レーベンスプリンツィプ）を持ち通約不能（イムコメンスラーベル）であるが、コンコルダートは、各々の法領域に同文で同内容の法を打ち立てて、国法でも教会法でもない、協調する両者を拘束する独自の法秩序を作り上げる。政教条約は契約の法（レックス コントラクトゥス）であるとスメントは主張している。[57]換言すれば、国家と教会を形式的、技術的に接合するものではなく、固有の本質を備えた国家と教会が、両者に共通の空間の中で、取り結び共同で執り行う、教会法的且つ国家教会法的（シュタートツキルヒェンレヒトリッヒ）な秩序なのである。故に、国家と教会に共通の空間（シュタートリッヒ・キルヒェンレヒトリッヒャー ラウム）の中で、両者の内部にある諸関係にヨリ強固でヨリ直接的でヨリ近接した関係をコンコルダートは持つ。要は、国家教会法（シュタートツキルヒェンレヒト）（或いは、国家と教会の共通の法という意味での国家教会法）の全体連関の中に、事物的な基礎を得るのである。[58]

（3）しかし、これが国法と教会法と別の独自の正義秩序であるとしても、両者の究極で最高の条件に置かれるだろう。政教条約の留保である。

一方で、教会法の側にコンコルダートを制限する規範があると言う。つまり、ピウス七世（Pius VII: 1742-1823 在位 1800–1823）が挙げた、神の法（イウス ディヴィヌム）と教会の不可避の義務（ノストリ インデクリナビリ ドヴェリ）である。[59] 但し、政教条約は、そのまま教会秩序に編入され教会特別法となり、その性質上、条約が留保されてもその克服は必ずしも困難ではない。[60] しかし、世俗の国法の側も政教条約を制限するとスメントは述べる。世俗秩序たる憲法の中の規範がコンコルダートを留保するのである。成る程、これ迄、国家実存と国家憲法に係る根本諸規範に抵触すると法科学が論じたことはないが、教会の自由と自律を留保するワイマール憲法一三七条「全ての者（アレ）に妥当する法律（ゲゼッツ）」、即ち、政治／文化／法的共同体たる国民全体（ゲザムトナチオン）に不可欠な法則（ゲゼッツ）、の中に顕現している。[61]

従って、国家と教会に、その本質を消去する均制化（グライヒシャルトゥング）を施し、これを唯の形式的法主体に還元する、国際法の思考は根本的に誤っている。[62] つまり、コンコルダートは、単なる特権でも立法でも条約でもなく、様々な側面を合わせ持つものと、統一的に理解しなければならない。[63]

（4）要はスメント曰く、政教条約は国法と教会法の本質に基礎づけられ、その妥当を排除しうる最高位の規範が国家と教会の双方に存在する。但し、教会の留保は、ピウス七世が語る如く、安定的性格を持つが、国法の留保には、国家諸事象の変遷による不安定性が付着している。即ち、右の「全ての者に妥当する法律」が政教条約に優位する如く、国家の基礎が後から変化することで、コンコルダート法と国法との間に後発的な矛盾が現れ、これが突如破壊的な作用を齎す。[64] つまり、政教国家から世俗国家へ、宗派国家から同権国家への変化で、国家地位が変貌し、政教条約の基礎が事後的に崩壊すると言うのである。当然、権威的（ナチス）から民主的国家形態への移行もこれに該当するだろう。[65]

さて、そこで先の連邦憲法裁の案件だが、学校形態に係るこの州の自己決定権の行使は、民主政の本質であり憲法の政治的核心である。つまり、再教育（リエジュケイション）、そして文化／学校政策（クルトゥーア・ウント・シュールポリティーク）は、ドイツ国家の再編制（ヴィーダーアウフバウ）と新編制（ノイアウフバウ）を実現する為の必然的な自己決定であると、スメントは語る。法王庁の奸計だ、ドイツの裏切だと道徳論議を持ち出す者がいるが、それは実体的法内実に適わぬ国際法形式主義に囚われるからだろう。(66)

2 W・ヴェーバー学説（一九五六年六月）

（1）結局、スメントは、後の連邦憲法裁のコンコルダート判決のような、政教条約は戦後も有効で、しかし州は拘束しないとの結論ではなく、元々、政教条約は国家秩序と教会秩序の留保に条件づけられており、基本法により無法国家から民主国家へ再生した現ドイツ体制下では、国家が民主政定礎の為に学校政策を自己決定するのは当然のことで、その限りでコンコルダートの妥当性は失われたと主張する訳である。

尤もこれは、政教条約を丸ごと廃棄せよ、との見解では断じてない。寧ろ、その学校条項に新しい妥当前提を与える積極的なものである。一つに、精神的／人格的自由を悉く否定した第三帝国の暴虐の後に、今や、この基本権の復興がドイツ新編制の最重要の関心ではあるが、これと共に、精神的自己決定という民主的基本権も重要なのであり、従来ドイツに貧弱なこの民主的法意識を高揚させなければならない。(67) 二つに、この民主政と並び基本法が選択した連邦国家原理によれば、この連邦国家に則った文化法の分権化は我々の核心的任務であるが、この民主的分権化こそ、コンコルダート学校条項の基礎を根本から変更するだけでなく、寧ろ新規に且つ継続的に定礎し直すのである。(68)

（2）だが、彼の論稿が、本件訴訟の原告に有利に作用したのは相違ない。勿論その立場は、形式主義を退け、教会法をその本質たる信仰から把握する、彼自身の福音主義教会法学の立場を顕著に表しているが、カトリック

とプロテスタントを峻別して政教条約を論じてはいない。更に、ナチスから西ドイツへの体制転換を強調するも、国民社会主義自体の無価値でなく、価値転覆の事情変更を強調しているかである。だが、州の自己決定を認める結論はニーダーザクセンに有利であり、学長時代にその相談相手の当時の州首相コプフにも都合がよかろう。[69]

実際、当時当事者に周知だったスメント説に連邦側は反対している。一九五六年六月五日午後の弁論で外務事務次官のハルシュタイン（Walter Hallstein: 1901–1982）[70]は言う。スメントは、コンコルダート＝条約説を国際法形式主義だと批判し、それは、国法秩序と教会法秩序に共通する国家と教会の合意であり、しかも、教会からと国家からと、二重の限定を受けていると言うが、だがその説は、国法上の限界と教会法上の限界を混同するばかりか、且つそれは、彼の統合理論がかつて動態化で法的憲法を解体した如く、条約から継続的で固定的な法的性格そのものを剥奪してしまう、と。[71]

（3）だが、反対にスメント説への肯定的反応も、同じくコンコルダート訴訟の口頭弁論の中で開陳されている。先に見たヴェーバーである。彼が、コンコルダートの本質を、双面的な諒解、友好的な合意とし、裁判官の認知対象からも外れると述べたと、既に我々は確認したが、この一九五六年六月五日のヴェーバーの言明は、その一月前に刊行されたばかり、裁判官らにも周知の、スメント論文に拠るのである。

即ち、政教条約は友好的合意だとの指摘の後にヴェーバーは述べる。一つに、抑々コンコルダートとは、国法と教会法という本質を全く異にする二つの法秩序、この両者が出会い邂逅する場所に誕生する。だが、国法は国家本質、教会法は信仰自体という、相反する核心を持つのだから、両者の合意は留保付き、不断の諒解である筈である。[72]二つに、従って、この合意又はその留保の中身を解釈するとしても、国法の本質は国家が、教会法の本質は教会が、解釈するべきである。即ち、政教条約の解釈とは、国家と教会の異なる考察方法の不断の接近であっても、どちらか一方の独断的な解釈ではあり得ない、と。[73]ここで、国法と教会法に別本質を見るスメント論文

を引くのである。[74]

（4）勿論、スメントとヴェーバーのコンコルダート理解が同じ筈がない。前者は、州の自己決定の枠を嵌めて政教条約の一部を無効化したが、後者は、教会の本質を国法上の機関たる連邦憲法裁に判断できぬと、裁判権の限界を手続的に主張したことは、既に指摘した通りである。

しかし、政教条約を国際法上の形式主義でなく、いわば実質主義の教会法の立場を展開する点で、大学同僚の二人は同一の地点にある。正にコンコルダート争訟の前夜、一九五二年の国法学者大会に登壇したヴェーバーは、国家教会法の現在状況につき斯く提言している。[75]一つに、君主教会監督は廃止、既に国家の教会高権は徹底排除され、一九世紀文化闘争と二〇世紀教会闘争で、カトリックも福音主義もその神学的自己省察で国家から外的／内的に完全に解放されている。[76]二つに、国家が弱体化し、政党や組合など各主体が公的秩序に参加する現在、それは恰も部分秩序に編成されたかつての身分国家（シュテンデシュタート）であり、両教会も身分（シュテンデ）の一つとして政治的全体運命への責任に関与している。[77]やはりスメントを引くヴェーバーは、新旧両教会の独自の地位を強調し、多層的な全体秩序での国家と教会の協力関係を説く訳である。[78]

3　ライプホルツの書簡（一九五七年四月）

（1）ところで、コンコルダート判決の反対意見に与した第四の裁判官がライプホルツかについて、彼がどう発言したか不明であるが、戦後に盟友関係を結んだスメントへの、彼の興味深い手紙が残っている。[79]即ち、一九五七年三月二六日判決言渡の直後、四月二日付け手紙で、政治的攻撃の的となるだろう判決の擁護に力を貸して欲しいと請いつつ、[80]率直に多数意見への二つの注釈をライプホルツは付している。

第一に、州の義務を否定する法廷意見の論理には矛盾（ヴィダーシュプルッフスフォル）があると言う。一つに、州への拘束力に係る政教条

約の国内憲法上の問い[81]は、抑々この箇所よりも前で検討された問いと全く別で、噛み合っておらず、二つに、逆に、先行するコンコルダートの国際法の問いについても、州の政教条約違反を論証する主要論拠でなく、唯の傍論（オビター・ディクトゥーム）に過ぎない[82]。第二に、新生ドイツの基本法が、条約の無視を州に認める筈がない。ドイツ国家の法治国家に拠る再建に際し、州の条約違反を黙認する法の破綻（レヒツブルッフ）を基本法が承認するだろうかと、ライプホルツは強調する。条約を結ぶ連邦国家には、相応する州法上の手段を設ける国際法上の義務が生ずる。これは学界通説であるし、基本法の立場でもある[83]。

（2）要するに、ライプホルツは法廷意見を、その論理では批判しつつも、州の条約遵守義務を拒否することで、本当は肯定しているのである[84]。

即ち、先の基本法一二三条二項、彼は本項の解釈でなく、その背景の現事実的状況（ファクティッシャー・ツシュタント）が大事だと言う。基本法は連邦制原理を選択、故に後にこれを批准する諸州の主権を尊重すべきなのに、逆に連合国が、政教条約の維持を本条項を通じて諸州に強要した事実のことである。要は、コンコルダートは最初から無効とすべきで、その負担を州に負わすべきでなく、州の国際法違反など語ってはならないのである[85]。

さて、興味深いことに、彼は彼自身の見解をここで仄めかしている。即ち、「確かに、個人的には、私ならもっと先へと行っただろうし、コンコルダートを国際法的にも拘束しないものと宣言しただろう」、形式主義的実証主義（フォルマリスティッシャー・ポジティヴィスムス）に抗し、法的価値の考察方法（レヒツヴェルトベトラハトゥング）に与して、国際法の領域でも、ナチス政権の登場から特定の法的帰結を導くのだ、と[86]。先に見た通り彼自身の反対文書がないことになっているが、自分なら政教条約の存在自体を退け州を義務から解放しただろうが、州の義務を否定した限りで法廷意見には政治的妥協（ポリティッシャー・コムプロミス）できる、というのか[87]。

（3）この書簡へのスメントの返答は、少々遅れ同四月二六日付けである。ライプホルツの熱さと比べると、

その内容は意外な程に冷淡である。即ち、ライプホルツが拒む州の義務についてはまるで関心なきが如くで、自分も内容では本判決に、「現事実的なるものの規範力（ノルマティーフェ クラフト デス ファクティッシェン）」の変種として関心を持ち、これに係る教会法上の問いを検討しているが、半ば万能の一般法学（ハルブヴェークス ゲマインフェアビントリッヒェ アルゲマイネ レヒツレーレ）は残念ながら未だに論じられていない、と。(88)

スメントが言う「現事実的なるものの規範力」に特に説明がないが、所謂憲法変遷（憲法の変遷（フェアファッスングスレヒト）ではない）を意味するのは自明である。(89) だが、この憲法解釈ならぬ憲法構造それ自体の変化につき、恐らく彼は、国家秩序と教会秩序の二つの憲法変遷を念頭に置くのだろう。一方で、自由民主政を軸とする国家憲法の変遷（シュターツフェアファッスング）であり、ナチスから民主政への移行が持つ政教条約への影響は、既に眺めた通りである。(90) 他方で、君主政時代の残滓である国家従属の教会から、文化闘争と教会闘争を経た神学的自律に目覚めた教会への構造変化が進行する。(91) つまり、以上の意味での国家と教会の二つの憲法の変遷（フェアファッスングスヴァンデル）が惹起するコンコルダートの理解が、スメントの検討対象であったのではないか。**【表3参照】**

（4）さて、本件の連邦憲法裁判決につき反対派と目されたライプホルツが、州の義務の否定する点で隠れた多数派だったとは既に指摘したが、同じくスメントも、その憲法理論による立論の採否は兎も角、結果的に政教条約から州の自己決定を保護した判決に賛成したのだろう。

けれども、右の書簡は両者の方法態度の違いも顕著にするのである。ナチスの関与に拘り、政教条約の効力自体を退けたライプホルツと、州政府の自己決定の範囲内で、政教条約の効力を限定したスメント。前者は憲法解釈の次元に留まり、後者は憲法理論の次元に沈潜する。即ち、ライプホルツの書簡に比して余りに簡素なスメントの返答は、一九五六年六月の口頭弁論に合わせ刊行した同年五月の自己の論稿、故に、自身の憲法理論と教会法学の立脚した言わば公開の鑑定書が、多数意見のみならず同僚にも空振りとなったことの落胆なのだろう。普遍的な一般法学（アルゲマイネ レヒツレーレ）は未だ論じられていないとの謎めいた彼の指摘も、この問いは、コンコルダートの成立要

表３　ライプホルツとスメントの見解の比較

	スメント	ライプホルツ	
	「ライヒスコンコルダートと学校立法」（1955 年）	**コンコルダート判決メモ**（1956 年）	**コンコルダート判決多数意見**（1957 年） **ニュルンベルク鑑定書**（1949 年）
	E	C	A／D
1 政教条約の戦後の拘束力	［○ライヒ政教条約は戦後も効力を持つ。］	**×ライヒ政教条約は戦後に効力はない。** ・ナチス政権が締結した条約はそもそも法ではない。	**○バイエルン政教条約は戦後も効力を持つ。** ・ライヒ政教条約はナチス期の正式な手続で締結されている。 ・基本法やバイエルン憲法がライヒ政教条約の存続を肯定。
憲法理論上の根拠	**憲法理論上の論拠（国家や教会自体の本質／構造の問い）** ・ライヒ政教条約は本質を異にする国家秩序と教会秩序の上にある。 ・ライヒ政教条約の内容は国家秩序と教会秩序により留保される。	［憲法理論上の論及なし？］ ・国家もローマ教会も国際法上の同種の権利主体である。 ・ライヒ政教条約は国際法上の条約の一種である。	［憲法理論上の論及なし？］ ・国家もローマ教会も国際法上の同種の権利主体である。 ・ライヒ政教条約は国際法上の条約の一種である。
2 政教条約上の州や市の義務	**△ライヒ政教条約は州の自己決定に留保される。** ・ライヒ政教条約は国家体制の変化により留保される。 ・基本法の連邦制による州の自己決定がライヒ政教条約を制限する。	［×ライヒ政教条約は州を義務づけない。］	**×ライヒ政教条約は州を義務づけない。** ・学校制度は連邦制上州の管轄であり連邦に権限はない。 ・学校制度に係る州憲法には法律の具体化必要。

注１）1957 年判決では反対意見に回ったと噂されたライプホルツだが、1956 年時点での彼のメモでは、抑々ライヒスコンコルダート自体が無効であるとされ（C）、従って結果的に、州に条約履行義務はないとする多数意見（A）と同じ結論をとっていた。判決直後のスメント宛書簡でも、重要なのは州の義務を否定することで、条約効力の否定は必ずしも重要でないと言い、彼の判断が政治的妥協であること、即ち、政治的妥協から多数意見に与したことを暗示していた。

注２）従って、訴訟過程でのライプホルツのメモ（C）は、ニュルンベルク鑑定書での彼の共同意見（D）とも矛盾しない。ライプホルツは、1949 年でも政治的に妥協した可能性がある。

注３）スメント学説の特徴は、国家や教会の憲法／構造（フェアファッスング）から、即ち、彼の憲法理論の観点からライヒスコンコルダートを論じた点にある（E）。だが、ライプホルツは、そのメモでも（C）、ニュルンベルク鑑定書でも（D）、政教条約を国際法上の条約と把握する、スメントが否定した議論から出発して、国家や教会の憲法変遷や構造転換を論じていない。

件という実定法の次元でなく、寧ろ、憲法変遷というメタ理論の次元でなくては解決できないのだ、その年来の主張が同僚に理解されなかったことへの失望なのだろう。(92)

四　結語

本稿の結論は以下の通りである。一つに、一九五七年の連邦憲法裁ライヒスコンコルダート判決につき、後年明らかとなった反対意見の存在も、フリーゼンハーンらの他、ライプホルツが推定されるが、その根拠たるニュルンベルク鑑定書の論旨は法廷意見のそれであり、更に公開された彼のメモでも政教条約自体を無効とする内容である。二つに、本件の口頭弁論を念頭に公刊された彼の同僚のスメントの論文、それは戦後の憲法変遷を理由に政教条約の効力を制限するも、その論理はライプホルツを含む連邦憲法裁判官により否定されたが、この二者の往復書簡では両者の理論的視座の違いばかりか、政治的妥協でライプホルツが実は多数意見に与したことも暗示されている。

小山剛先生には、三宅は又もスメントの話かとお叱りを受けようが、連邦憲法裁資料の公開やスメント文庫の調査など、研究アプローチの近年の進化にも拘わらず、寧ろそれにより一層、連邦憲法裁研究の意義、更に学説史研究の魅力が際立つことを示せれば満足である。

（1）　尤も、クリスト後任枠の推薦権を持つＣＤＵ／ＣＳＵだが、当初は二〇二四年一二月に連邦行政裁判官のゼークミュラー（Robert Seegmüller）を推薦するも、緑の党の反対でこの案は頓挫、その後膠着状態が続いた後に、翌年五月に連邦憲法裁合同部が公認候補者三名を提案していた。そこでその筆頭シュピナーをＣＤＵ／ＣＳＵは推薦した

という経緯である。

（2）二〇二五年九月一一日現在の報道では、ブロジウス＝ゲアスドアフに代わり、社会民主党は連邦憲法裁判官エメンネッガー（Sigrid Emmenegger）を推薦した。かつて重鎮国法学者ドライアーの推薦がフォスクーレに変更されたが、前者から著名注釈書の編者を継いだのがブロジウス＝ゲアスドアフ、後者の弟子として七月に推薦を留保されているのがカウフホールド、今回のエメンネッガーもフォスクーレで博士号を取得した裁判官で、混乱の後の勝利者は実は元長官フォスクーレではと囁かれてもいる。結局、同年九月二二日の連邦議会で、シュピナー、エメンネッガー、カウフホールドの人事案は承認され、二九日には副長官任命権を今回持つ連邦参議院にて、カウフホールドが副長官に推薦、了承された。

（3）参照、三宅雄彦「連邦憲法裁判所の最近の人事問題」同・鈴木秀美編『ガイドブック・ドイツの憲法判例』（信山社、二〇二一年）二五六～二五七頁、同「連邦憲法裁判所をめぐる法と人事」法律時報八六巻八号（二〇一四年）二五～三〇頁。

（4）BVerfGE 6, 309. 参照、三宅雄彦「コンコルダート判決における国際関係と連邦秩序」駒澤法学二〇巻四号（二〇二一年）一一三～一四四頁。

（5）BVerfGE 6, 309, 315-319. 参照、三宅・前掲注（4）一一七～一一八頁。

（6）BVerfGE 6, 309, 312-314. 参照、三宅・前掲注（4）一一五～一一六頁。

（7）BVerfGE 6, 309. 参照、三宅・前掲注（4）一一四～一一五頁。参照、和田昌衛「ライヒ政教条約とその法的性質」明治学院論叢経済研究二四号（一九六四年）一九三～二一八頁、塩崎弘明「一九三三年七月二〇日のライヒス・コンコルダート」上智史学一一号（一九六六年）八九～一〇一頁。

（8）BVerfGE 6, 309, 319-323. 三宅・前掲注（4）一一八頁。

（9）三宅・前掲注（4）一一八～一一九頁。参照、三宅雄彦「エルフェス・リュート・レーバー」駒澤法学二一巻二号（二〇二一年）一一三～一六一頁。

（10）三宅・前掲注（4）一一八頁。

（11）BVerfGE 6, 309, 330-334. 三宅・前掲注（4）一一九～一二二頁。

（12） BVerfGE 6, 309, 340-363. 三宅・前掲注（4）一二二～一二七頁。参照、齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』（信山社、二〇〇二年）三三九頁、山田哲史『グローバル化と憲法』（弘文堂、二〇一七年）三六二～三六三頁。

（13） 参照、柴田憲司「ドイツ連邦憲法裁判所の少数意見」大林啓吾・見平典編『最高裁の少数意見』（成文堂、二〇一六年）二二五～二八二頁、三宅・前掲注（4）一一九頁注40、一三三～一三四頁注56。

（14） Ernst Friesenhahn, Zur völkerrechtlichen und innerstaatlichen Geltung des Reichskonkordats, in: G. Kleinheyer / P. Mikat (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsgeschichte: Gedächtnisschrift für Hermann Conrad. 1979, S. 151-180; Willi Geiger, Abweichende Meinung- gemeinsam mit BVerfR Prof. Friesenhahn und BVerfR Dr. Federer ausgearbeitet, in: ders, Abweichende Meinungen zu Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. 1989, S. 75-112. 参照、三宅・前掲注（4）一三一～一三三頁注52。

（15） 評釈の多くは、世間が知らない筈の反対意見と結果的に同様である。Hans-Joachim Becker, Zum Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts, in: NJW 1957, S. 694-697. Vgl. Friedrich August von der Heydte, das Karlsruher Konkordatsurteil, in: Wort und Wahrheit, 1957, S. 341-348, 345f. なお、フリーゼンハーンは一九五七年、彼らの反対意見をタイプ化、凡そ百部を頒布したと言うが（だが批判を受けその後回収された）、それが評釈など学説による判例批評にどう影響したかは不明である。三宅・前掲注（4）一三三頁。

（16） Friesenhahn（Anm. 14）, S. 154-165. 参照、三宅・前掲注（4）一三四～一三七頁。国家教会法の関心には乏しいものの、国際法友好性原理の視点からコンコルダート判決を再検討する最新文献に、次の学位論文がある。Laila Schestag, Zwischenrecht: Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts in der frühen Bundesrepublik. 2024.

（17） Friesenhahn（Anm. 14）, S. 168-180. 参照、三宅・前掲注（4）一三八～一四二頁。

（18） 少数意見を公開したのは勿論フリーゼンハーンとガイガーであるが、意見形成に主導的役割を果たしたのはもう一人のフェデラーらしい。シェスタークの調査では、口頭弁論直後の一九五六年七月末時点でフェデラーは、連邦憲法裁一九五二年四月五日第二法廷判決（BVerfGE 1, 299, 315）を引き、国内法への国際法の優位は西ドイツの憲法原理の一つであると述べ、翌五七年一月末には、ここから国際法に依拠した法治国家の概念を導出して、彼は国際法へのドイツ憲法秩序の開放を要求したと言う。こうした彼の主張を受け、一九五六年一〇月末フリーゼンハーンが国際

法秩序を優先させる第二法廷内向けの覚書を執筆したのである。Schestag（Anm. 16）, S. 169–172. 因みに、フェデラーが挙げる連邦憲法裁一九五二年判決の主唱者は、本件口頭弁論直後に退任したレーディガーであったとシェスターク。なお、五二年判決を挙げ本件を判例と異なると指摘する評釈もある。Becker（Anm. 15）, S. 696.

(19) 三宅・前掲注（4）一三一～一三四頁。Schestag（Anm. 16）, S. 168, Fn. 198; Christian Waldhoff, Katholische Elemente in der Staatsrechtslehre? in: Historisches Jahrbuch, Bd. 137, 2016, S. 73–99, 87.

(20) 三宅・前掲注（4）一一七～一三二頁。この他、一九五六年六月の口頭弁論にはフレーリヒ（Georg Frölich: 1884–1971）、レーディガー（Conrad Frederick Roediger: 1887–1973）、ヴォルフ（Bernhard Wolff: 1886–1966）の裁判官も参加したが、同年八月に三名とも退職している。後掲注（84）も参照。

(21) シュンクにつき、実務家ながらも刊行した彼の教科書や注釈書には本件に係る記述なく、シェスターク書にも彼について殆ど記載がない。Vgl. Egon Schunck / Hans de Clerk / Harald Guthardt, Allgemeines Staatsrecht und Staatsrecht des Bundes und der Länder, 15. Aufl., 1995; Friedrich Giese / Egon Schunck, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 5. Aufl., 1960.

(22) Gerhart Leibholz / Werner Weber / Hans Peter Ipsen, Zur Reorganisation der konfessionellen Verhältnisse im Volksschulwesen Nürnbergs, 1949.

(23) Konrad Repgen, Der Konkordatsstreit der fünfziger Jahre: Von Bonn nach Karlsruhe（1949–1955/57）, in: Kirchliche Zeitgeschichte, Bd. 3（1990）, S. 201–245, 205f., Fn. 20; Ansgar Hense, Sechzig Jahre Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts: Bausteine zur Rekonstruktion des Kontextes und seine Folgewirkungen, in: JöR, Bd. 65（2017）, S. 357–392, 376, Fn. 109. 参照、三宅・前掲注（4）一三〇頁。

(24) 正確には、まず（バイエルン憲法施行前）一九四五年七月二三日の決定、その後、一九四九年五月一六日の州教育文化相の布告を経て、同年六月一四日の中部フランケン政府名義の告知が下されているが、正式には、この告知の中に含まれる命令が取消訴訟の対象となった。Leibholz / Weber / Ipsen（Anm. 22）, S. 1f., 5–7. 後掲注(27)も参照。

(25) Leibholz / Weber / Ipsen（Anm. 22）, S. 1. 一九四六年一二月二日バイエルン州憲法一二五条は次の通りである。一項「公的国民学校は告白学校又は共同学校である。これら学校種の選択は教育権者に自由に任される。しかし共同

学校は宗派が混在する地区においてのみ教育権者の申請により設立することができる」。二項「宗派学校において、生徒に当該信仰の諸原則に則り授業し教育することについて適性及び心構えを持つ教師のみが使用される」。なお、本条項は一九六八年七月二九日の改正で次の通り改正された。「公的国民学校は国民学校学習義務を負う全ての児童の為の共同学校である。そこで生徒は、キリスト教信仰の諸原則に則り、授業を受け教育される。詳細は［バイエルン州の］国民学校法で規律する。」つまり、宗派学校の原則が、例外なく共同学校の教育に変更された。初宿正典・櫻井智章「バイエルン共和国憲法（二・完）」自治研究九九巻八号（二〇二三年）一一一、一二〇頁注55。

(26) Leibholz / Weber / Ipsen (Anm. 22), S. 1f.

(27) Leibholz / Weber / Ipsen (Anm. 22), S. 2, 3f. 前掲注(24)で言及した、州政府の決定と布告と告知を時系列で語れば、まず、一九四五年七月二三日の大臣決定は、ナチス期の共同学校の一元化を否定し、一九三三年前の二元的体制への即時復帰を宣言し、一九四九年五月一六日の布告は、この一九四五年大臣決定を確認し、どの学校を選択するかを親権者に申請させる手続を開始せよと求め、同年六月一四日の告示は、改めてこの手続の実施、親権者の申請に応じた新学級の編成、同年九月一日新学期の開始を命令している。この最後の告示／命令が、ニュルンベルクの取消訴訟の対象である。

(28) Leibholz / Weber / Ipsen (Anm. 22), S. 26f. Vgl. Gerhart Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933, S. 679–682, 756–758.

(29) Leibholz / Weber / Ipsen (Anm. 22), S. 31f.

(30) Leibholz / Weber / Ipsen (Anm. 22), S. 31–39.

(31) Leibholz / Weber / Ipsen (Anm. 22), S. 40–42.

(32) Leibholz / Weber / Ipsen (Anm. 22), S. 28.

(33) Leibholz / Weber / Ipsen (Anm. 22), S. 28f.

(34) Leibholz / Weber / Ipsen (Anm. 22), S. 29f. なお、これら三教会条約のワイマール憲法下の妥当性も問題となる。本文の通り、三条約は共同学校を国民学校の原則とするが、これは、ワイマール憲法一四六条の共同学校の原則的優位を裏書きしている。同二項の連邦法律はないが、一七四条が例外とした旧来の法状況が、三条約により上書き

され、共同学校の原則が確認されたことになる。一四六条の制度は、連邦法律の枠組と州法律の施行を必要とするが、なおライプホルツらは、ライヒ政教条約をライヒ法律と看做してか、これで連邦法律の非制定を前提する一七四条の適用が外れ、州立法による当該憲法条項の直接執行の道が開けたかもしれぬとも述べる。August Roedel / Rudolf Paulus, Reichskirchenrecht und neues bayerisches Kirchenrecht, 1934, S. 31.

(35) Leibholz / Weber / Ipsen (Anm. 22), S. 43f. バイエルン憲法一八二条「以前に締結した国家条約、特にキリスト諸教会との一九二五年一月二四日の両条約は、有効のままである」。一九二五年一月二四日は、両条約への議会承認法律の成立日である。

(36) Leibholz / Weber / Ipsen (Anm. 22), S. 44f.

(37) 尤も、一九四九年と一九五七年の間に違いがあることも確かである。例えば、市の学校体制を扱い、条約に旧教新教の違いを認めぬ前者、州の体制を論じ、ローマ教会とのコンコルダートのみを論じる後者。

(38) Vgl. Carl-Hans Hauptmeyer, Geschichte Niedersachsens, 2009, S. 114, 116; Martin Schieber, Geschichte Nürnberg, 2. Aufl., 2022, S. 177f.

(39) ライプホルツが保守的といえるか問題だが、彼を連邦憲法裁判所に推薦したのはCDU／CSUであるし、彼がナチス政権初期に追放を免れたのもドイツ革命時に反革命軍に参加した事実が故にである。三宅雄彦「学長時代のスメント」早稲田法学九一巻三号（二〇一六年）一二九頁。他方で、ヴェーバーとイプゼンは、ナチス党員歴の評価は兎も角、ボン基本法への批判的言辞からして、保守派国法学者と言えよう。Eberhard Schmidt-Aßmann, Werner Weber (1904-1976), in: P. Häberle u.a. (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, 2015, S. 671-687, 672, 682-685; Klaus Stern, Hans Peter Ipsen (1907-1998), ebenda, S. 717-741, 718.

(40) 即ち、ニュルンベルク鑑定書は、州の新旧両教政教条約、ライヒスコンコルダートは有効だが、ニュルンベルク市は拘束しないと述べ、コンコルダート判決多数意見も、ライヒスコンコルダートは有効で、だがニーダーザクセン州を拘束しないと述べている。ライプホルツが後者で少数派に回るのならば、鑑定書で別意見を述べた筈である。先に見たレプゲンら、鑑定書の存在からライプホルツの反対を想像する論者は（前掲注(23)）、フリーゼンハーンら共に政教条約の有効性を肯定したことから（しかし州の義務を肯定した）、同様に政教条約の有効性を肯定する鑑定書

から、ライプホルツの位置を想像したのだろうか。

（41）参照、三宅・前掲注（9）一一七～一一九頁。二〇一三年新設の連邦憲法裁判所法三五ｂ条六項により、訴訟手続完了から六〇年の後、審議文書が連邦公文書館で閲覧可能となった。

（42）Schestag (Anm. 16), S. 165.

（43）Schestag (Anm. 16), S. 165f., Fn. 192.

（44）Schestag (Anm. 16), S. 166, Fn. 192.

（45）Schestag (Anm. 16), S. 167, Fn. 195. 三宅・前掲注（39）一二九～一三一頁、初宿正典「ライプホルツにおける亡命と抵抗」同『カール・シュミットと五人のユダヤ人法学者』（成文堂、二〇一六年）二八九～二三三頁、ゲルハルト・ライプホルツ（初宿正典訳）『ボンヘッファー家の運命：その苦難・抵抗・勝利』（新教出版社、一九八五年）。

（46）後述の通り、ライプホルツの二つの指摘は実は難解な問いでもある。国家条約でないとの指摘が、国内法の国家契約でないと趣旨ならば、当然条約でないものに国際法原則の適用が排除されることになるが、コンコルダート原則の適用ありとの指摘は、コンコルダートは国際条約だとの理解が通説だから、結局国際法原則が適用されてしまう。従って、彼がコンコルダートは国家条約でないと指摘したのならば、今度は、この非条約に国際法原則が適用されないのはやはり当然で、そこでここでも、政教条約原則の適用の意味が問われることになる。

（47）Vgl. Axel Campenhausen / Heinrich de Wall, Religionsverfassungsrecht, 5. Aufl., 2022, § 19, Rn. 6; Peter Unruh, Religionsverfassungsrecht, 3. Aufl., 2015, Rn. 356; Claus Dieter Classen, Religionsrecht, 3. Aufl., 2021, Rn. 65f.

（48）学長時代のスメントからの要請で、一九四六年から政治学担当教員としてゲッティンゲンに復帰、一九五七年から専任の正教授となる。なお、一九三五年にライプホルツはナチスに大学から追放されるが、スメントは彼の後任人事とよく指摘されるもそれは全く正しくない。スメントは教会法学者Ｐ・シェーン（Paul Schoen: 1867-1961）の後任、ライプホルツの後任は、一九三七年冬学期着任の、国際法学者のゲオルク・エアラー（Georg Erler: 1905-1981）である。三宅・前掲注（39）一二九～一三二、一三五頁。

（49）シュミット門下のヴェーバー、ベルリン商科大学に就職後、その後ライプツィヒ大学に移籍、だがソビエト占領

後は正教授を解任され、一九四九年三月にゲッティンゲン大学に避難する如くにやって来る。政教条約の鑑定書は同年一二月刊行だから、同大学での仕事である。元々戦前から、ナチスのドイツ法アカデミーの教会法委員会で活動するも、ナチ・イデオロギーに囚われぬ堅実な仕事で知られていた。Eberhard Schmidt-Aßmann, Werner Weber, in: P. Häberle (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, 2015, S. 672. 参照、三宅雄彦「スメントの後任問題」文明と哲学八号（二〇一六年）一六八頁。

(50) Werner Weber, in: F. Giese / F. A. Freiherr von der Heydte (Hrsg.), Der Konkordatsprozess, Bd. 2, 1957, S. 1198f.

(51) Rudolf Smend, Reichskonkordat und Schulgesetzgebung, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., 1994, S. 487–494. 本論文の刊行については、一九五六年五月の口頭弁論の実施を睨み、法曹新聞のマルマンとの間に用意周到な準備がなされたようである。この論稿には続編があり、J・ヘッケルの自身の学説とスメント説との類似の指摘を受けた、法曹新聞誌一九五六年五月三〇日号でのメモのような論稿、後掲注(57)と、基本法制定にも関与、「神の前の責任」概念の導入でも知られる、国法学者のアドルフ・ジュスターヘン（Adolf Süsterhenn: 1905–1974）によるスメント批判に反駁する、同誌一九五六年七月五日号の小論、後掲注(62)がある。

なお、スメントの問題意識を引いた論稿に、彼の弟子ヘッセ、更にその弟子ホラーバッハによる一九六五年刊行の教授資格論文がある。この作品は、難解なスメント学説の論旨を確認するのに有益である。Alexander Hollerbach, Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, 1965; ders., Vertragsrechtliche Grundlagen des Staatskirchenrechts, E. Friesenhahn / U. Scheuneer (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bunderepublik Deutschland, 2. Aufl., Bd. 1, 1994, S. 272–275.

(52) スメントについて、三宅雄彦『憲法学の倫理的転回』（信山社、二〇一一年）第一章を参照。更に、当時のドイツ学界における彼の地位の一端について次も見よ。三宅雄彦「古稀論集と学派対立」駒澤法学一九巻二号（二〇一九年）四～八頁。

(53) Smend (Anm. 51), S. 487.

(54) Rudolf Smend, Ev[angelische]. Kirchenrechtswissenschaft, in: ders., Abhandlungen zum Kirchen- und

Staatskirchenrecht, 2019, S. 265–269, 268f. 参照、三宅雄彦「政治的体験の概念と精神科学的方法（一）」早稲田法学七四巻二号（一九九九年）三二〇～三二八頁。

(55) Smend（Anm. 54）, S. 269; ders., Zweihundert Jahre Göttinger Kirchenrechtswissenschaft（1956）, in: ders., Abhandlungen zum Kirchen- und Staatskirchenrecht, 2019, S. 243–250, 247–249. ヘッセ曰く、彼の師匠スメントこそ、教会の自己理解と国家の基本構造の変化に基づく国家教会法の意味変化を発見し、教会の固有性、公共性性格、社会全体への責任を明らかにした指導的法学者である。Konrad Hesse, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945, in: ders., Ausgewählte Schriften, 1984, S. 355–455, 375. 参照、三宅雄彦「教会法の神学的基礎」（埼玉大学）社会科学論集一四一号（二〇一四年）三三～三七頁。更にスメントは、ドイツ福音主義教会が戦後設立した福音主義教会法研究所の初代所長となり、福音主義教会法雑誌の創刊にも関わる。三宅・前掲注(39)一一七～一二二頁、同・前掲注(54)三五四～三五六頁注41～46も参照。

(56) Smend（Anm. 54）, S. 269. 参照、三宅・前掲注(52)五〇頁、同・前掲注(54)三三一～三三四頁。

(57) Rudolf Smend, Reichskonkordat und Schulgesetzgebung（1956）, in: ders., Abhandlungen zum Kirchen- und Staatskirchenrecht, 2019, S. 64. 但し、これは、法曹新聞誌に掲載した論稿を見た同僚、ヨハンネス・ヘッケルに、スメントの主張が彼の前稿と同趣旨であるとの指摘を受けた、ヨリ明解なそのヘッケル論文からを引用した箇所である。Johannes Heckel, Der Vertrag des Freistaates Preußen mit den evangelischen Landeskirchen vom 11. Mai 1931, in: ders., Das blinde, undeutliche Wort〈Kirche〉, 1964, S. 572–589, 577.

(58) Smend（Anm. 51）, S. 490. ホラーバッハは、諸政教条約の場所を、国際法でも自然法でもない、政教条約自身に作られた国家＝教会＝法［Staat-Kirche-Recht］（教会＝国家＝法［Kirche-Staat-Recht］）と呼ぶ。Hollerbach（Fn. 51）, S. 100f.

スメントはコンコルダートを衝突規範（コリジオンスノルム）と呼ぶが、次の意味であろう。つまり、国家本質は国法が、教会本質は教会法が規律するのだから、コンコルダートは国家と教会につき本質的区別を決めるものでなく、寧ろ、その規律対象は、両者の衝突を調整する衝突規範でしかない。Smend（Anm. 51）, S. 488.

(59) Smend（Anm. 51）, S. 490, 492f. ピウス七世はナポレオン時代のローマ教皇、大革命後の対仏関係をコンコルダ

ート締結で解決するも、後にナポレオンと対立する人物。両者の間で一八〇一年に結ばれたフランスのコンコルダート、更に、それを施行する、だが教会の諸権利を換骨奪胎にした一八〇二年の組織条令が、一九〇五年の政教分離法（ライシテ）により廃止されたと言われる。関連する一八一三年のフォンテーヌブローの政教協約の撤回の際に、ピウス七世が、その限界に神の法と教会の義務を挙げたのだと言う。Smend（Fn. 51）, S. 490. 参照、井田洋子「フランスにおける国家と宗教」経営と経済六八巻四号（一九八九年）二〇五～二二二頁。

(60) Smend（Anm. 51）, S. 491.

(61) Smend（Anm. 51）, S. 492; Hollerbach（Anm. 51）, S. 131ff. これは、J・ヘッケルの有名な一三七条三項解釈の引用箇所である。即ちヘッケル曰く、この「全ての者に妥当する法律」につき、従来「全ての個人」や「全ての団体」と解釈する個人主義／自由主義的理解が有力であるが、元々、こうした意義可変的な定式については、それが属す精神史的／体系的文脈の確定の上で解釈せねばならない。さて、一九世紀末の文化闘争以来自律性を獲得した教会については、市民的な自由と平等でなく、二つの公的共同態の境界画定の視点で国家と教会の関係との問いに臨むべきであり、この観点からすれば、「全ての者に妥当する法律」とは権力分立にいう一般的法律でなく、教会の自律を原則承認した上で、国民全体の立場から内容上必要な制約、ドイツ国民全体の必然的利益と理解すべきだと言うのである。Johannes Heckel, „Das für alle geltende Gesetz“（1932）, in: ders., Das blinde, undeutliche Wort〈Kirche〉, 1964, S. 590-593. 尤も、このヘッケルの定式は、戦後に学説判例で広く受容されるも、その後、多くの批判を経て、比較衡量論へと発展しているとされる。Hans Michael Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 156-161; Freiherr von Campenhausen / de Wall（Anm. 47）, § 15, Rn. 36; Unruh（Anm. 47）, Rn. 171; Classen（Anm. 47）, Rn. 275-278. Vgl. Ernst Rudolf Huber, Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich, 1930, S. 149-151.

(62) Smend（Anm. 51）, S. 492. 政教条約の妥当根拠と国際法の条約のそれとは全く異なるのである。後者は、当事者が同質で共約可能な唯の形式的主体であるのに対し、前者は、同種の法主体でも共約可能でもなく、国家は国家の本質を、教会は教会の本質を、故に、国法の立法説と教会法の特権説を前提したまま（後掲注(63)参照）、国家と教会の協調可能性を図るのが政教条約なのである。Smend, Noch einmal: Reichskonkordat und Schulgesetzgebung

(1956), in: ders., Staatrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl., S. 495–499, 496.

加えて彼によれば、コンコルダートを条約とする国際法的な理解は、国法による留保を恐れた教会側が、国家の条約誠実を要求するべく、展開したものだと言う。しかし、この特殊教会的な条約説、或いは国際法的な諸論拠がコンコルダートへの国家留保を攻撃したことで、その形式主義により、主権概念など国家的実体諸概念、国家意識（ペプストザイン）（シュタートリッヒェス）が破壊され、それがコンコルダート論議共通の弱点になっている、と。Smend（Anm. 51）, S. 491; Hollerbach（Anm. 51）, S. 101–104. なお、念の為付言すれば、彼が国家意識を強調するのは、国家主義故にではなく、憲法が、強制執行を知る下位法律と異なり、それを担保する強制手段の代替に、国民の国家意思に期待するが故である。三宅・前掲注(52)四一～四九頁。

(63) Smend（Anm. 51）, S. 487f. 即ち、コンコルダートの法的性質を巡る、特権説、法律説、条約説による従来の対立は、本来統一的である筈のその法関係を、三つの異なる法的構成で分解していると、スメントは強く難ずるのである。特権説（プレヴィレギーエンテオリー）は、国家と教会がキリスト教世界の部分を成すと、政教条約を教会が国家に与える特権と理解する点で、教会法を過度に強調し、法律説（レガールテオリー）は真逆に、宗教団体が国家に編入された諸団体の一つであり、コンコルダートを国家法律の一種と見る点で、国法を過剰に重視し、そして条約説（フェアトラークステオリー）は、本文で見た通り、国家と教会を国際法上の抽象的な対等主体と看做し、双方の本質を無視する点で問題があると言う。この学説整理は、スメント時代から既に定説的となっていたようで、彼が旧態依然の実証主義教会法学と批判する、シェーンにおいても、特に特権説と法律説は克服済みの過去の学説と位置づけられている。Paul Schoen, Die Rechtsgrundlagen der Verträge zwischen Staat und Kirche und der Verträge der Kirchen untereinander, in: AöR, N.F., Bd. 21 (1932), S. 317–363, 318–324. Vgl. Freiherr von Campenhausen / de Wall（Anm. 47）, § 19, Rn. 6; Unruh（Anm. 47）, Rn. 355.

(64) Smend（Anm. 51）, S. 493f.; Hollerbach（Anm. 51）, S. 165f.

(65) Smend（Anm. 51）, S. 494. 国家体制の変貌による政教条約の変更の例にスメントが挙げるのは、一八六七年から七〇年に至る、オーストリア国制改革の事例である。即ち、一八五五年ヨーゼフ二世時代に締結したカトリック教会とのコンコルダートを、いわゆる五月立法（マイゲゼッツ）により一部廃棄したのである。スメントは言う。普墺戦争の敗北で打ちひしがれたオーストリアに、当時宰相のアウエルスペルク侯（Karl von Auersperg: 1814–1890）が打ち出す改革立

法が復興を試みる。絶対王政の基本諸原理を打ち捨て、自由主義の人倫秩序を組み上げ、以て敗戦の廃墟の中から国家と社会の再編制を新政権は目標とする。五月立法は、世俗の婚姻管轄と学校制度、宗派同権の市民権を打ち立てるも、これが、旧来の政教条約に違反し、破棄するのであるが、スメント曰く、それ以上に、コンコルダートの正式な廃止宣言なく、その妥当前提の相当部分を消滅させ、条約自体を失効せしめたのだ。Smend (Anm. 51), S. 492f. Vgl. Max von Hussarek, Die Krisis und die Auflösung des Konkordats von 1855. Ein Beitrag zur Geschichte des österreichischen Staatskirchenrechts, in: Archiv für österreichische Geschichte, Bd. 112 (1932), S. 211–480, 229.

(66) Smend (Anm. 51), S. 494; ders. (Fn. 63), S. 498.

(67) Smend (Anm. 63), S. 497f.

(68) Smend (Anm. 63), S. 498. 先のナポレオンの政教条約は一九〇五年政教分離法で廃止されるも（前掲注(59)）、一八七一年にドイツ帝国に割譲されたエルザス＝ロートリンゲンでもこのコンコルダートが廃止されたのかが、国法上の問題となった。スメント曰く、第一次大戦後の国務院は同地域のフランス復帰後も、この政教条約等の法的効力の継続と継続的適用を承認したのである（なお、一九一八年の時点でクレマンソー内閣が政教条約の効力を確認、だが、一九二四年にエリオ内閣が政教条約の継続を一旦拒否、その後賛否両派の挟撃を回避すべく同内閣が国務院に付託したと）。つまり、先ずはドイツ政府が、続いてフランス政府とローマ教会と規範の定立でなく、継続的に合意をし、施行可能にした、のである。Smend (Anm. 51), S. 489; Adalbert Erler, Das Napoleonische Konkordat im Elsaß und in Lothringen, in: Archiv für katholisches Kirchenrecht, Bd. 122, (1947), S. 237–278, 237, 274–277.

(69) 参照、三宅・前掲注(39)一一六～一一七頁。

(70) 当時、宰相兼外相アデナウアーの下で外務次官を務め、対東独強硬外交でその名で知られる、あのヴァルター・ハルシュタインである。

(71) Walterr Hallstein, in: F. Giese / F. A. Freiherr von der Heydte (Hrsg.), Der Konkordatsprozess, Bd. 2, 1957, S. 1239–1244. なお、スメント統合理論へのステレオタイプの批判につき次を参照。三宅・前掲注(54)二六二～二六六頁。

(72) Weber (Anm. 50), S. 1199f.

(73) Weber (Anm. 50), S. 1199f.

(74) Weber (Anm. 50), S. 1201. なお、ヴェーバーは、自説を補強すべく、スメントに加え、やはり本件訴訟で鑑定書を提出したW・ヴェングラーの説も引用している。Wilhelm Wengler, Völkerrecht und Reichskonkordat von 1933, in: Der Konkordatsprozeß, Bd. III, 1958, S. 886–946; ders., Völkerrecht, Bd. 1, 1964, S. 289ff.

(75) Werner Weber, Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, in: VVDStRL, H. 11, 1953, S. 153–176.

(76) Weber (Anm. 75), S. 158–159, 168–171. Vgl. Rudolf Smend, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, in: ders., Staatrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl., 1994, S. 415f.

(77) Weber (Anm. 75), S. 173–175. 参照、三宅雄彦「ドイツ教会法における公共性委託の概念」（埼玉大学）社会科学論集一三三号（二〇一一年）五五～七四頁。

(78) Weber (Anm. 75), S. 175f. スメントを模範に、国家と教会の両本質への依拠を説くヴェーバー、その国家弱体化と教会自立化の相関の視点をスメントは讃えて言う。つまり、ドイツ国家はキリスト教化の文脈の中で成立し、最初から教会問題との関連の中で存在した、即ち、教会と共にあるのである。国家と教会はその双面的な本質種に基づき、相互に方向づけられて、双方の間に規律された関係を持ち、或いはこれを探さねばならない。この両者の相関的な関係をヴェーバーは印象的に描写したのであり、この関係の中の秩序を常に新たに規範化し、打ち出さねばならない。Rudolf Smend, in: VVDStRL, H. 11, 1953, S. 238–241.

(79) Leibholz an Smend vom 02. 04. 1957 (Cod. Ms. R. Smend A 502 Bl. 1f.).

(80) Leibholz an Smend vom 02. 04. 1957 (Anm. 79), S. 1. スメントの雑誌（福音主義教会法雑誌のことか？ 又は協力者のいる法曹新聞か？）で判例評釈を刊行して欲しいとライプホルツは言う。しかし、そのいずれの雑誌でも本件評釈は刊行されなかったらしい。後掲注(88)も参照。なお、ライプホルツはこの書簡の末尾に手書きの追伸を記しており、曰く、「オッセルヴァトーレ・ロマーノ」（ローマ法王庁の機関誌）が本判決の少数意見につき記事を出そうとしており、故にその利用の前に、スメントに打診した評釈の刊行は、ヨリ一層必要になろう。Mark Edward Ruff, Katholische Kirche und Nationalsozialismus, 2022, S. 126.

(81) BVerfGE 6, 309, 340–366.

(82) Leibholz an Smend vom 02. 04. 1957 (Anm. 79), S. 1f. カイザーによる本判決評釈も、ライヒ政教条約の効力に係る部分と、政教条約上の州の義務に係る部分と、前者は傍論ではないと言うも、両者の間には法廷内審議に起因する矛盾が存在していると指摘する。Joseph H. Kaiser, Die Erfüllung der völkerrechtlichen Verträge des Bundes durch die Länder, in: ZaöRV, Bd. (1957/58), S. 536–558, 554f.

(83) Leibholz an Smend vom 02. 04. 1957 (Anm. 79), S. 2. ライプホルツはこの通説の確認に、戦前のクラインの著書を挙げる。Friedrich Klein, Die mittelbare Haftung im Völkerrecht, 1941. Vgl. von der Heydte (Anm. 15), S. 346.

(84) 従って、コンコルダート判決多数意見と同様であるニュルンベルク鑑定書も、ライプホルツの政治的妥協だった可能性を否定できない。カールスルーエに派遣されたバチカン側法律家がドイツ教皇大使ミュンヒ（Aloisius Joseph Muench: 1889–1962）に報告したところでは、「四名のカトリック裁判官が判決に反対票を投じた」という。本報告の存在からも四番目はカトリックのシュンクだったことになる。Ruff (Anm. 80), S. 126.

(85) Leibholz an Smend vom 02. 04. 1957 (Anm. 79), S. 3f. Vgl. BVerfGE 6, 309, 358f.

(86) Leibholz an Smend vom 02. 04. 1957 (Anm. 79), S. 3.

(87) スメントに好意的書評の手配でコンコルダート判決受容への支援を依頼し、判決（又は判決に関するライプホルツの個人的な意見）を特別な成果で学説的に改良や深化を施すことに期待していることは、ライプホルツが法廷の少数派でなく、多数派であることを示唆する。Leibholz an Smend vom 02. 04. 1957 (Anm. 79) S. 3f. 故に、だとするとライプホルツは、法廷内（の一部）で回覧させた己の反対意見を撤回し、他の四名の裁判官と妥協したことになろう。なお、彼はスメント宛書簡で「私により拒否された妥協」と記すも、これは、彼が傍論と指摘した、コンコルダートの効力自体に関する論旨につき、州の義務に係る論旨と接合を拒否したことなのだろう。Leibholz an Smend vom 02. 04. 1957, S. 1f.

(88) Smend an Leibholz vom 26. 04. 1957 (Cod. Ms. R. Smend A 502 Bl. 3). コンコルダート判決評釈刊行の要請に対しても（前掲注83）、スメントは冷たい。法曹新聞のマルマンの見解は、まず事態の推移を見守るべきと言い、スメントの意見も、攻撃を受けずに判決を擁護すれば、その擁護の必要を認めたこととなり、却って攻撃箇所を作ってしまうとも言う。おまけに、今後数週間、数ケ月間は多くの仕事があると念押しする。マルマンにつき、三宅・前掲

注(52)六～七頁参照。

(89) スメントの憲法変遷論に関する筆者の見解につき下記の参照を乞う。三宅雄彦「憲法解釈と憲法変遷」鈴木秀美ほか編『憲法の発展Ⅰ』（信山社、二〇一七年）二一八～二二〇頁、同「ドイツの憲法変動論」憲法問題二八号（二〇一七年）六六～六七頁。

(90) 前掲注(65)の本文該当箇所。

(91) 前掲注(55)の本文該当箇所。

(92) 但し、先に見た、ライプホルツが基本法一四二条二項の適用を排除した論拠、即ち、ライヒ政教条約は国家条約でない、これには政教条約原理が妥当する、の指摘（前掲注(44)の本文）に限っては、スメントの言う、国法と教会法を超え、国際法とも異なる独自の国家・教会・法領域の存在、その相互に異質な国家秩序と教会秩序に基づく不断の合意としてのコンコルダートの理解も、ライプホルツは採用したようにも見える。前掲注(44)の本文を参照。更に、反形式主義の価値に拠る思考も共通の方法意識かもしれない。前掲注(44)と注(86)の本文を参照。参照、三宅雄彦「政治的体験の概念と精神科学的方法（二）」早稲田法学七四巻四号（一九九九年）六九三～六九六頁。

本稿は科研費・基盤研究C（24K04544）の成果の一部である。

Für die Hilfe beim Zugang zu seltener Literatur bedanke ich mich herzlich bei Frau Dr. Magda Schwandt an der Bibliothek European Legal Studies Institute der Universität Osnabrück und Frau Dietlind Willer und Frau Brigit Frenz an der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen.