

# 多文化社会における憲法学の序論的考察—— 日本・アメリカ・カナダの信教の自由を素材に

栗田佳泰

## はじめに

少子高齢化等による労働力不足が深刻化するといわれて久しい感があるが、日本でも、定住を前提としない技能実習生でなく、移民の受け入れを検討すべきことが報道レベルでささやかれ始めた<sup>1</sup>。また、近時の出来事として、治安悪化等に苦しむシリア等からの移民や難民がヨーロッパに大挙して押し寄せ、ドイツを中心にヨーロッパ各国がどこまで移民を受け入れるのかに注目が集まっている<sup>2</sup>。

移民や難民をどこまで受け入れられるかが焦点であるヨーロッパと、そもそも移民や難民の受け入れを本格的に行うべきか否かという議論すら、政策課題としてまともに扱われたことがない日本とを単純に比較すること

---

1 現時点で実質的には外国からの労働力調達のために用いられている「技能実習」制度は、出入国管理及び難民認定法別表第1の2の在留資格のもとで実施され、現在、滞在期間の延長などの拡充を目的とした法案が審議されている。日本経済新聞2015年3月5日朝刊。同紙はそのほぼ2カ月後に、技能実習制度が労働力の定着に結び付かず、移民政策が検討されるべきことを論じた上林千恵子『外国人労働者の受け入れと日本社会 技能実習制度の展開とジレンマ』（東京大学出版会、2015）を紹介した。日本経済新聞2015年5月3日朝刊。

2 日本経済新聞2015年9月15日朝刊。

はできない<sup>3</sup>。もとより、陸路による国境を越えた往来が日常であるヨーロッパと、島国であり、海路・空路による往来が非日常である日本とでは、移民に対する考え方が根本的に異なってもおかしくはない。それでは、移民・難民問題は、あくまで日本にとっては無縁のものなのであろうか。

本稿で多文化社会とは、多様な文化的アイデンティティを有する人々の包摂が課題であるような社会を指す。この点、日本は事実、多文化社会である（事実、外国人労働者は身近である<sup>4</sup>）。また、こうした課題は新しいものでさえない（先住民族であるアイヌや沖縄県の歴史について想起されたい<sup>5</sup>）。近代国民国家としての日本が国境を設定し、また植民地をもった際、アイヌや沖縄、在日コリアンなどの人々が国内の少数派として取り込まれた。こうした人々の承認要求は、いったん火が消えたように思われても何かのきっかけで燃え上がる、常に燻る火種のようなものである。アイヌの聖地にダムを建設するための事業認定が違法とされたいわゆる二風谷ダム事

- 
- 3 移民政策を日本で検討するのは「タブー」であり、こうした現状のもと、政府の掲げている「骨太の成長戦略」は絵に描いた餅となることが懸念されているという。日経産業新聞2015年7月5日。
  - 4 NHK報道番組「クローズアップ現代」が2016年1月にシリーズ「新たな隣人たち」で、既に身近な隣人として外国人の受け入れを扱ったのは、外国人労働者抜きにはもはや成長はないとみられる日本経済の実態（前掲注1）・前掲注3）で紹介した日本経済新聞の記事等を参照）にもかかわらず移民政策をまともに論じてこなかった現政権（そしてこれまでの政権）に対する痛烈な皮肉でないのであれば、既に遅きに失した感のある移民政策論議への地ならしであらうか。
  - 5 北海道アイヌ協会HP（<http://www.ainu-assn.or.jp/about05.html>【2016年1月確認】）、沖縄県HP（<http://www.pref.okinawa.jp/site/kense/kengaiyo/documents/lrekishi.pdf>【2016年1月確認】）参照。両者ともに19世紀末に当時の日本に編入されるまでは別の歴史をもつネイションとみなすことができる。これらのナショナル・マイノリティと移民とは別の権利のパッケージをもつ必要があると思われるが、本稿では両者に共通する「人権」という古典的な権利のパッケージのなかで、「信教の自由」のみを扱う。なお、ナショナル・マイノリティについては、本文で後述する。

件判決（札幌地判平成9年3月27日<sup>6</sup>）と同年の北海道旧土人保護法の廃止と同時のいわゆるアイヌ文化振興法の施行の背景には、アイヌの人々の、集団的なアイデンティティに対する顧慮を求める訴えを確実に看取できる。沖縄に駐留するアメリカ軍の辺野古基地移設問題の背景には、日本（本土）の安全保障のために沖縄（島）が一方的に犠牲になってきたという感情があると示唆する報道もある<sup>7</sup>。日本において問題とされるヘイトスピーチは、専ら在日コリアンに対するものであり<sup>8</sup>、一見、日本社会が偏狭な社会であることを示すだけのように見えるものの、日本社会が事実、多文化社会であることを示している。このように、最近の出来事であっても、背景にあるのは歴史であり、また何世代も前から受け継がれた感情であるとも考えられるのである<sup>9</sup>。つまり、目の前の移民政策の是非という問題設定は、日本がこれまで十分に向き合ってこなかっただけで、ようやく可視化されつつある多様な文化的アイデンティティを有する人々の包摂という課題の延長線上にあるとみることができる。

冒頭ではヨーロッパを引き合いに出したが、本稿で扱うのは北米大陸の二つの大国（一つは言わずと知れた超大国）、アメリカとカナダである。両国とも移民国家に類別されることは論を俟たない。本稿がアメリカとカナダを扱うのは、アメリカについては戦後、日本に大きな影響を与えているという事実があるからであり、カナダについては、多様な文化的アイデンティティを有する人々の包摂という課題を憲法上明示し（1982年憲法

---

6 判例時報1598号33頁。

7 日本経済新聞2015年9月15日沖縄朝刊。

8 在日コリアンの学校近辺で、「我々の先祖の土地を奪った。戦争中、男手がいなくて女の人をレイプして奪ったのがこの土地」などと叫ぶシュプレヒコールなどの各種行為が不法行為とされた、いわゆる「在特会」事件（最判平成26年12月9日）が典型である。

9 ここでは、アイヌ、沖縄の人々、在日コリアンを並べたが、アイヌや沖縄の人々はナショナル・マイノリティとみなしうるのに対し、在日コリアンは法的には外国人であるなど、事情を異にする点に注意すべきである。

法律27条は多文化的伝統を明記している）、それに取り組んでいるという事実があるからである。また、本稿がとくに信教の自由を取り上げるのは、多文化社会においてはまず宗教的多様性が憲法上の問題を明示的・形式的に提起するという事実が挙げられるからである。アメリカ（アメリカ合衆国憲法修正1条）やカナダ（1982年憲法法律2条（a））は、日本（日本国憲法20条1項前段）と同様に信教の自由に相当する憲法の規定を有するのである。そして実質的には、「多文化の受容において、宗教は最も論争的な側面を有」するといえるからである<sup>10</sup>。

アメリカやカナダは、裁判所の独立や最高裁を頂点とする裁判所制度、付随的違憲審査制が少なくとも主であること等、司法審査の在り方について日本と共通点をもつ。戦後、信教の自由の分野においては専らアメリカを参照してきたとみられる日本において、アメリカとは異なり多文化主義を国是とし、少数派の受容に比較的的成功してきたとされるカナダの信教の自由の在り方を共に参照することは、おそらくこれから現実味を帯びてくる喫緊の課題へのよりよい向き合い方を示唆してくれるように思われる<sup>11</sup>。

本稿の構成は、次のようである。まず多文化主義と憲法学との連関を示す（一）。次に、日米加における信教の自由の保障の在り方について、若干の比較検討を行う（二）。最後に、それまでの分析から示唆を得る（おわりに）。

---

10 山本健人「「カナダの多文化主義」に基づく憲法解釈の一側面——信教の自由における「承認」の原理を中心に——」法学政治学論究第107号（2015）33頁。

11 成嶋隆「カナダの新憲法と表現の自由」國武輝久編『カナダの憲法と現代政治』（同文館、1994）135頁以下は、日本でもヘイトスピーチ規制が喫緊の課題となることを予期し、カナダのその分野に関する指導的判例である *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697 に焦点を当てていた。

## 一 多文化主義と憲法学

### 1 多文化主義

多文化社会における憲法学について論じる前に、いくつかの関連することばについて整理しておく必要がある。

多文化主義 (Multiculturalism) とは、「多様な文化的アイデンティティを認める政治」であり、立憲民主主義との関係が問題とされてきた<sup>12</sup>。この問題は、チャールズ・テイラー (Charles Taylor) によれば、次のようである。今日、多数派のアイデンティティ (「ある人々が誰であるかについての理解」<sup>13</sup>) への同化を誰かに強制することは「普遍的な平等の原則」に対する重大な違反と考えられるに至っている<sup>14</sup>。ところが、「平等な権利にもとづくリベラリズム」 (liberalism of equal rights) は、多数派に属さない多様な文化的アイデンティティを限定的にしか認知できず、諸個人を平等に顧慮するのに失敗している<sup>15</sup>。

12 Amy Gutmann, *Preface (1994)*, in *MULTICULTURALISM* ix (Amy Gutmann ed., 1994). [日本語訳として、エイミー・ガットマン「序文 (一九九四年)」エイミー・ガットマン編 (佐々木毅ほか訳) 『マルチカルチュラリズム』 (岩波書店、1996) i 頁]

13 Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, in *MULTICULTURALISM* 25 (Amy Gutmann ed., 1994). [日本語訳として、チャールズ・テイラー「承認をめぐる政治」エイミー・ガットマン編 (佐々木毅ほか訳) 『マルチカルチュラリズム』 (岩波書店、1996) 37頁]

14 Taylor, *supra* note 13, at 37-39. [テイラー・前掲注13] 54・55頁] なお、テイラーは、「歪められた承認 (*misrecognition*)」が多数派によって形成されてきた集団として、女性や黒人だけでなく、近年、先住民や旧植民地の人々も含まれると考えられるようになったとしている。Taylor, *supra* note 13, at 25-26. [テイラー・前掲注13] 38・39頁]

15 Taylor, *supra* note 13, at 52. [テイラー・前掲注13] 71・72頁] なお、引用箇所については原則、日本語訳に依拠するが、本稿ではとくに「liberalism」、「Liberalism」についてのみ、日本語訳とは異なり、どちらも「自由主義」ではなく「リベラリズム」と訳出することとする。

こうした問題が西洋社会に根深い理由を、テイラーはアメリカに見出す。アメリカでは、司法による合憲性審査を通じて、憲法上の個人の諸権利は集団的目標よりも常に優越し、「善き生」の公定は受け入れられないという考えが「きわめて強い拘束力を持つ」<sup>16</sup>。したがって、西洋社会を中心に、憲法上の個人の諸権利を侵害するような形で「善き生」の追求を政策上の目標とすることは許されないとされている。つまり、テイラーの見立てでは、西洋社会で多様な文化的アイデンティティを十分に認知することに失敗しているのは、アメリカ（型のリベラリズム）がモデルとされているからなのである。

この問題に対するテイラーの処方箋は、カナダを参照することである<sup>17</sup>。1982年、カナダは「カナダの権利及び自由の憲章」を憲法典中に挿入した（1982年憲法法律第1編）。このため、表現の自由は同第2条（b）によって連邦全体で憲法上の保障を受けるはずである。ところがケベック州は、これらの条文に抵触するおそれがあるにもかかわらず、例えば、フランス語以外の言語による屋外広告を州法で禁止している。これは、同33条に基づいて州議会が宣言した例外として憲法上、容認されている。テイラーによれば、このことはフランス語を現在使用している人々の便宜を超えて、将来世代にわたって「フランス語文化」（における「善き生」の選択肢）を存続させるという集団的目標を、表現の自由（言語使用の自由）という憲法上の諸権利よりも優位させることにはかならない<sup>18</sup>。

それでは、このような対応をリベラリズムは容認しうるか。テイラーは、リベラリズムにおいては必ずしも憲法上の諸権利のすべてを画一的に適用すべきという解釈は導かれたいとする。すなわち、憲法上の諸権利

---

16 Taylor, *supra* note 13, at 57-58. [テイラー・前掲注13] 78・79頁]

17 Taylor, *supra* note 13, at 52. [テイラー・前掲注13] 72・73頁] ここで「文化」とは、カナダのケベック州や先住民のそれが想定されていることに注意を要する。

18 Taylor, *supra* note 13, at 58-59. [テイラー・前掲注13] 79・80頁]

は、「生命、自由、適法手続き、自由な言論、宗教の自由な実践など」といった「リベラリズムの伝統」に属す「基本的かつ重大な諸権利」と個人が自分で商業看板に用いる言語を選ぶ自由などの諸権利とに区別されるべきであり、前者は決して制限されるべきでないが、後者は重要ではあっても政策上の理由で制限されうるというのである<sup>19</sup>。

ここまで、多文化主義の議論を主導した論者の一人であるテイラーの主張を瞥見してきた。80年代から90年代にかけて行われたいわゆる「リベラル対コミュニタリアン論争」を見落とすことはできないが<sup>20</sup>、ここでは、

19 Taylor, *supra* note 13, at 59. [テイラー・前掲注13] 81頁]

なお、こうしたテイラーの主張に対して、マイケル・ウォルツァー (Michael Walzer) は、前者を「リベラリズムⅠ」、後者を「リベラリズムⅡ」と呼んだ上で、後者はカナダ・ケベック州のような例外を多数派集団が許容した場合にのみ実現可能であり、例外とされていない少数派集団（とりわけ移民）をどのように扱えば平等に顧慮することになるのか明確な回答が示されない以上、前者を選択すべき場合がほとんどではないか、と指摘している。Michael Walzer, *Comment*, in *MULTICULTURALISM* 99-103 (Amy Gutmann ed., 1994). [日本語訳として、マイケル・ウォルツァー「[コメント] 二つの自由主義」チャールズ・テイラーほか（佐々木毅ほか訳）『マルチカルチュラルリズム』(岩波書店、1996) 145頁以下]

また、ユルゲン・ハーバーマス (Jürgen Habermas) は、テイラーのリベラリズムの理解について、リベラリズムの諸原理を実現することが差異の平準化につながるという偏った見方を採っていると指摘する。ハーバーマスのみるところ、実現されるべき権利の内容は公的議論において明確にされるはずであるので、リベラリズムの諸原理が真に理解されるところでは、差異もまた適切に顧慮されるはずである。カナダ・ケベック州の例は、平等な権利という原則の例外ではなく、単にそのように国家権力が委譲されたというにすぎない。Jürgen Habermas, *Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State*, in *MULTICULTURALISM* 112, 115-116, 127-128 (Amy Gutmann ed., 1994). [日本語訳として、ユルゲン・ハーバーマス (シェリー・ウェーバー・ニコルソン訳)「民主的立憲国家における承認への闘争」チャールズ・テイラーほか（佐々木毅ほか訳）『マルチカルチュラルリズム』(岩波書店、1996) 162・166・167・181・182頁]

20 大雑把に言えば、ジョン・ロールズ (John Rawls) の次のような所論、

本稿の関心に従いテイラーが注目するアメリカとカナダの対照性に注目したい。テイラーの分析によれば、西洋社会を中心に世界中に広がっている「平等な権利にもとづくリベラリズム」は、アメリカ型の司法審査で培われた憲法上の権利の集団的目標に対する絶対的優越を含意し、そのために多様な文化的アイデンティティを十分に認知し損ねている。これに対し、1982年の「カナダの権利及び自由の憲章」の制定以来、カナダ最高裁は憲法上の人権規定を適用するようになり、司法におけるカナダのアメリカ化が進んでいるように思われるにもかかわらず、その憲法上の人権規定の扱いが極めて特徴的であるがゆえに（憲法上の人権規定の適用除外を認める手続を定めた1982年憲法法律33条など）、アメリカとは異なり、多様な文化的アイデンティティを有する諸個人を包摂することに成功している。

## 2 間文化主義

こうしたテイラーの主張は、多文化主義が問題となる起源をフェミニズムや公民権運動にさかのぼる点から、一見して多くの、つまり女性や黒人、同性愛者といった様々な集団的アイデンティティを取り込もうとするように見える。ところが、テイラー自身が規範的に主張するものは、それそのものではない。テイラー自身は、カナダ連邦全体の多数派（つまりカナダ連邦政府）の公式見解には否定的である。政府公認の文化を認めない多文化主義よりも、ケベック州で唱えられている「間文化主義」(interculturalism)

---

すなわち善に対する正義の優先性（義務論的リベラリズム）やその前提となる自我観（すべての価値や目的に先立つ自己）に対してマイケル・サンデル（Michael Sandel）らが行った批判とその応答等から成る。さしあたり、Stephen Mulhall & Adam Swift, *LIBERALS & COMMUNITARIANS* 42-47 (2d ed. 1996) [日本語訳として、ステイーヴン・ムルホール＝アダム・スウィフト（谷澤正嗣＝飯島昇蔵訳者代表）『リベラル対コミュニタリアン論争』（勁草書房、2007）51-57頁 [山岡龍一訳]] を参照のこと。

を理論化して差異の承認よりも歴史的文化を維持するためにその文化を公認し、その文化への統合を強調する概念と位置付けたいうえで好意的に評価し、かつ、ケベック州のように英語化による「歴史的アイデンティティ」(historical identity) の喪失への危惧に悩まされる非英語圏ヨーロッパ諸国で応用可能（多文化主義よりも適切）であるとしている<sup>21</sup>。

### 3 リベラル・ナショナリズム+リベラルな多文化主義=リベラルな文化主義

1982年憲法法律第1編「カナダの権利及び自由の憲章」には、英仏両言語の少数派言語教育権（23条）や多文化的伝統（27条）について規定があり、第2編では先住民族の権利が規定されている。新川敏光は、こうした点に先に見たテイラーの主張の影響を看取できるとしつつも、カナダ連邦政府の公式の多文化主義は、あくまでケベック州に特別の地位を認めない（ケベック州が「独自の社会」(distinct society) であることを憲法典中に規定しない<sup>22</sup>）普遍主義的なものであり、テイラーの主張が容れられ

21 Charles Taylor, *Interculturalism or Multiculturalism?* (2012) 38 *PHILOSOPHY & SOCIAL CRITICISM* 413-424.

22 1982年憲法法律の制定に際しケベック州は反対を表明、これを受けてケベック州が独自の社会であることを憲法典中に明示するなどをめぐってミーチ・レイク憲法改正合意案（1987年）がいったんは成立したが、英語系諸州での批判の高まりから廃案、それに続くシャーロット・タウン憲法改正合意案（1992年）は国民投票に付されたが否決された。その後、カルガリー宣言（The Calgary Declaration、1997年）で「ケベック社会に固有の性格（the unique character of Quebec society）」が明言されることになる（<http://www.exec.gov.nl.ca/currentevents/unity/unityr1.htm> 【2016年1月確認】）。國武輝久「ミーチ・レイク憲法改正合意案（一九八七年）」同「シャーロットタウン憲法改正合意案（一九九二年）」日本カナダ学会編『新版 資料が語るカナダ1535-2007』（有斐閣、2008）106-109頁。新川敏光「カナダ多文化主義の再定義」法学論叢（京都大）176巻5・6号（2015）93-94頁。

たというわけではなかったとし、カナダ連邦政府の公式の多文化主義に近い理論は、ウィル・キムリッカ（Will Kymlicka）の所論であるとしている。新川によれば、テイラーは文化それ自体の価値を重視するが、キムリッカは国民形成の観点から文化を重視しており、カナダ連邦政府の公式の多文化主義に比較的親和的である<sup>23</sup>。

キムリッカの議論には数々の特徴があるが、本稿の関心からは、次のような点に注目したい。まず、移民は主流社会の「社会構成文化」（societal culture）への統合が期待されるとされる。社会構成文化とは、「公的および私的生活（学校、メディア、法、経済、政治など）における広範囲の社会制度で用いられている共通の言語を中核に持ち、ひとつの地域に集中している文化」を意味する。また、「それは、共通の宗教的信条、家庭の習慣、個人の生活様式ではなく、共通の言語や社会制度に関係している」<sup>24</sup>。こうした社会構成文化に対する移民の言語的・制度的統合は、完全な同化を目指すのではなく、移民の集団的アイデンティティの一部を維持可能にする「受容権」（accommodation rights）を認め、統合を促すべきとされる。これに対し、「ナショナル・マイノリティ（既存の国家に編入される以前に自分たちの歴史的領土に十全な社会を作り上げていた集団）」は、既存国家への編入以前は自分たちの社会構成文化をもっていたのであるから、その社会構成文化を維持するために必要な言語権や自治権が認められるべきであるとされる。というのも、社会構成文化こそが、そこに属する諸個人の自律を可能にする文脈であるからである<sup>25</sup>。もともと、こうした社会構

---

23 新川・前掲注22) 91-92頁。

24 Will Kymlicka, *Politics in the Vernacular*, (Oxford: Oxford University Press, 2001) at 25. [日本語訳として、ウィル・キムリッカ（岡崎晴輝ほか監訳）『土着語の政治 ナショナリズム・多文化主義・シティズンシップ』（法政大学出版局、2012）32頁 [施光恒訳]

25 Kymlicka, *supra* note 24, at 51-56. [キムリッカ・前掲注24) 73-79頁 [施光恒訳]

成文化の存続を目指すネイションの再生産（国民形成、ナショナリズム）は、リベラルな統制に服すべきであり（リベラル・ナショナリズム）、また多文化主義も同様である（リベラルな多文化主義）。したがって、社会構成文化の維持は政府の正当な関心事として認められるものの、マジョリティ集団への帰属もマイノリティ集団への帰属も政府によって強制されてはならないなどの制約がそこにはあるべきことになる（リベラルな文化主義）<sup>26</sup>。

多文化主義と憲法との司法審査における連関について言えば、1982年憲法法律27条「カナダの多文化的伝統」（the multicultural heritage of Canadians）への直接的な言及がある判例もあれば<sup>27</sup>、直接的な言及がなくても多文化主義を尊重する旨の判示を含むものもある<sup>28</sup>。キムリッカの議論がカナダにおける多文化主義と親和的とすれば、カナダ憲法学を参照するうえでも重要であるはずである。

## 二 日米加における信教の自由

### 1 日本に対するアメリカの影響

芦部信喜は、信教の自由の歴史的意義を次のように説明している。少し長いが引用しよう。「近代自由主義は、その起源を中世の宗教的な圧迫に対する反抗に発し、その後血ぬられた殉教の歴史を経て発達したものである。それだけに、信教（宗教）の自由を確保しようとする要求は、思想・

26 Kymlicka, *supra* note 24, at 39-42. [キムリッカ・前掲注24] 55-59頁 [施光恒訳]

27 *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at para 99 and *Keegstra*, *supra* note 11.

28 *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, [2006] 1 S.C.R. 256 at para 71.

学問・言論出版など、あらゆる精神活動の自由を獲得するための大きな推進力となった」<sup>29</sup>。このように、信教の自由は人権のなかでも始原的なものということができる。

アメリカでは、宗教の自由は、まず合衆国憲法成立前から諸邦の憲法において個人の自由として書き込まれ、国教禁止条項を伴うことが少なくなかったという<sup>30</sup>。そして合衆国憲法成立後、その第1修正として国教の樹立が禁止され、併せて自由な宗教活動が保障されるに至る。

日本では、信教の自由は、まず大日本帝国憲法28条に見出すことができる。ただし同条は、いわゆる「法律の留保」規定を伴わず、「安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限」りにおいて保障されると規定していた。このため、行政庁は法律によらず直接に同条に基づいて信教の自由を制限することができるという「脆弱性」をもっていたとされる。厳しい弾圧を受ける宗教もあるなか、神社神道は実質的に国教化されていったという<sup>31</sup>。

そして戦後、日本国憲法が20条1項で「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する」と規定し、20条1項後段、同条3項、89条で政教分離原則を規定するに至る。こうした日本国憲法制定の背景にはポツダム宣言の受諾があり<sup>32</sup>、個人の自由としての狭義の信教の自由（以下「信教の自由」という）と政教分離原則に関して言えば、GHQ（General Headquarters、連合国軍最高司令官総司令部）のいわゆる「神道指令」があった<sup>33</sup>。また、

---

29 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（1）[増補版]』（有斐閣、2000）116頁。

30 芦部・前掲注29）116・117頁。

31 芦部・前掲注29）119-120頁。

32 ポツダム宣言10項「言論、宗教及思想ノ自由並ニ基本的人権ノ尊重ハ確立セラルヘシ」。

33 「神道指令」、すなわち「国家神道、神社神道ニ対スル政府ノ保証、支援、保全、監督並ニ弘布ノ廃止ニ関スル件（昭和20年12月15日連合国軍最高司令官総司令部参謀副官発第三号（民間情報教育部）終戦連絡中央事務局經由日本政府ニ対スル覚書）」は、政府から国家神道を分離することを主な目的

信教の自由の解釈論に大きな影響を及ぼした津地鎮祭事件控訴審判決（名古屋高判昭和46年5月14日<sup>34</sup>）や同事件最高裁判決（最大判昭和52年7月13日<sup>35</sup>）には、アメリカ憲法判例の影響を看取することができるという<sup>36</sup>。このように、今日の日本における信教の自由とアメリカにおける信教の自由との関係は深い。

---

とし、公教育から国家神道を分離することもその目的のうちを含んでいた。したがって、今日一般に日本の憲法学において講じられるところの信仰の自由から派生する「両親が子どもに自己の好む宗教を教育し自己の好む宗教学校に進学させる自由、および宗教的教育を受けまたは受けない自由」〔芦部・前掲注29〕124頁）の前提となる内容を含んでいたといえる。また、「神道指令」の「国家指定ノ宗教乃至祭式ニ対スル信仰或ハ信仰告白ノ（直接的或ハ間接的）強制ヨリ日本国民ヲ解放スル」や「如何ナル宗教ヲ問ハズ之ヲ信仰セヌ故ニ或ハ之ガ信仰告白ヲナサヌガ故ニ或ハカカル特定ノ宗教ノ慣例、祭式、儀式、礼式ニ参列セヌガ故ニ彼等ヲ差別待遇セザルコト」、「本指令ノ目的ハ」「宗教ヲ政治的目的ニ誤用スルコトヲ妨シ、正確ニ同ジ機会ト保護ヲ与ヘラレル権利ヲ有スルアラユル宗教、信仰、信条ヲ正確ニ同ジ法的根拠ノ上ニ立タシメルニアル」といった表現には、今日一般に日本の憲法学において講じられる信仰の自由の主な保障内容を看取することもできる。芦部・前掲注29）123・124頁。

34 民集31巻4号616頁。

35 民集31巻4号533頁。

36 芦部信喜によれば、津地鎮祭事件控訴審判決（名古屋高判昭和46年5月14日民集31巻4号616頁〔671頁〕）の「憲法でいう宗教とは「超自然的、超人間的の本質（すなわち絶対者、造物主、至高の存在等、なかならずく神、仏、霊等）の存在を確信し、畏敬崇拜する心情と行為」をい」うという部分は、「アメリカ合衆国の判例の大勢（それは必ずしも明確ではないが）ともその趣旨を同じくするものがある」と評価される。なお、同事件最高裁判決のいわゆる「目的・効果基準」は、アメリカ憲法判例における「レーモン・テスト」との比較で「かなり厳しさに欠ける」と評されている。芦部・前掲注29）128・177頁。

## 2 日本における信教の自由のあいまいさ

芦部信喜は、「宗教的行為の自由に関する最高裁判所の基本的な判例は存在しない」ので、「判例理論として原則的なものを語ることはできない」とする。ただし、「宗教的行為とそれに「負担」を課す公的規制との関係が正面から争われた事件」として宗教的理由による授業出席義務の免除が争われた日曜日授業参観事件（東京地判昭和61年3月20日<sup>37</sup>）や宗教的理由による剣道実技受講義務の免除が争われた「エホバの証人」剣道実技拒否事件（最判平成8年3月8日<sup>38</sup>）が「注目される」とする<sup>39</sup>。そして、「宗教的中立性」を「実質的な意味」に解して、こうした免除を「実質的中立性」の観点から肯定的に捉えるアメリカの学説を引き合いに出しつつ<sup>40</sup>、免除を認めることは「政教分離原則を緩やかに解することになり」、「その歯止めを厳格に考える必要がある」ので、「政教分離原則において争われる目的・効果の基準にかかわる」とする<sup>41</sup>。

それでは、下級裁判所においてはどうかであろうか。ここでは、著名な事件の下級審のみを取り上げることとする。日曜日授業参観事件で東京地裁は、「公教育の宗教的中立性」に言及しつつ、「法が許容する合理的根拠に基づく一定の制約を受けざるをえないことについては信仰の自由も例外となるものではない」とし、本件での欠席と記載されることによる不利益を「原告らにおいて受忍すべき範囲内」にあるとした。すなわち、法的義務

---

37 行集37巻3号347頁。

38 民集50巻3号469頁。

39 芦部・前掲注29) 136頁。

40 芦部・前掲注29) 140頁で、D. Laycock, *The Remnant of Free Exercise*, 1990 SUPREME COURT REV. 1, 16-17 (1990) が参照されている。なお、そこで触れられている実質的な宗教的中立性については、D. Laycock, *Formal, Substantive and Disaggregated Neutrality Toward Religion*, 1990 DEPAUL L. REV. 993, 1001 (1990) を参照のこと。

41 芦部・前掲注29) 136-140頁。

を免除しないことが信教の自由に対する制限となることがある（ただし、当該事案においては許容される）ことを認めていた（東京地判昭和61年3月20日<sup>42</sup>）。また、「エホバの証人」剣道実技拒否事件第一審判決は「信教の自由をある程度制約したことは否定できない」と述べていたし（神戸地判平成5年2月22日<sup>43</sup>）、同事件控訴審判決は「信教の自由を制約することによって得られる公共的利益とそれによって失われる信仰者の利益」とを「比較考量」していた（大阪高判平成6年12月22日<sup>44</sup>）。教会活動事件で神戸簡裁は、「個人的人格に関する活動所謂「魂への配慮」等をとおして社会に奉仕すること即ち牧会」「活動は、形式的には宗教の職にある牧師の職の内容をなすものであり、実質的には日本国憲法20条の信教の自由のうち礼拝の自由という礼拝の一内容」であるとしていた（神戸簡判昭和50年2月20日<sup>45</sup>）。

このように、いくつかの下級審では信教の自由が明確に問題とされている。一方、最高裁では、「エホバの証人」剣道実技拒否事件のように、「ほぼ同じ論旨」<sup>46</sup>と指摘されるにもかかわらず、信教の自由にはっきりと触れた原審とはあえて異なる立場を採り、信教の自由に対する侵害が直接的には認められない例がある<sup>47</sup>。加えて、宗教法人法上の義務違反を理由と

42 行集37巻3号347頁 [376-377頁]。

43 行集45巻12号2108頁 [2132頁]、行集45巻12号2134頁 [2159頁]。

44 民集50巻3号517頁 [542頁]。

45 判時768号3頁 [5-6頁]。

46 芦部・前掲注29) 139頁。両判決が「ほぼ同じ論旨」であるというためには、信教の自由についての直接的な言及の有無に関係なく、両判決はともに信教の自由を実質的な考慮要素としていると読む必要がある。

47 最高裁は、信教の自由には触れず、問題となった剣道実技拒否行為は「信仰の核心部分と密接に関連する真しなもの」であるとした。民集50巻3号469頁 [477頁]。この点、第一審・控訴審ともに（許容されるか否かという結論においては異なるものの）信教の自由に対する制約それ自体は認めていた。最高裁と下級審との最たる相違点としては、ほかに、最高裁のみが原級留置・退学処分については「慎重な配慮」が求められるとしたことが挙げら

する宗教団体に対する解散命令が争われた事件（宗教法人オウム真理教解散命令事件、最決平成8年1月30日<sup>48</sup>）の最高裁決定にも、信教の自由に関するあいまいさを看取できる。この事件は、宗教団体に対する解散命令が争われたものであったが、当該宗教団体によって、その信者の信教の自由に対する侵害等が主張されたものである。最高裁は、解散命令は「信者の宗教上の行為を禁止したり制限したりする法的効果を一切伴わ」ないが、解散命令によって生じうる「何らかの支障」について、「信教の自由の重要性に思いを致し、憲法がそのような規制を許容するものであるかどうかを慎重に吟味」されるべきとした<sup>49</sup>。宗教活動の制限には一切あたらないという認定は信教の自由に対する侵害が認められないということを含意するが、それでも、「信教の自由の重要性に思いを致」す必要はあるというのである<sup>50</sup>。なお同決定では、加持祈祷事件最高裁判決（最大判昭和38年5月15日<sup>51</sup>）が引用されている。加持祈祷事件で最高裁は、「信教の自由の保障も絶対無制限のものではない」としつつ、「著しく反社会的な」行為を「憲法20条1項の信教の自由の保障の限界を逸脱」するものとした<sup>52</sup>。この最高裁判決から、はたして信教の自由の保障範囲に含まれる行為に対する制限に関する判例が抽出されるのか、あるいは信教の自由の保障範囲外の行為であるところの「著しく反社会的」な行為に関する判例が抽出されるのかは判然としない<sup>53</sup>。やはり、あいまいさがあるのである。

---

れる。栗田佳泰「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』（有斐閣、2013）97頁。

48 民集50巻1号199頁。

49 最決平成8年1月30日民集50巻1号199頁〔202-203頁〕。

50 裁判所の発する解散命令の合憲性審査について、「慎重」さを要求する判示といえる。光信一宏「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』（有斐閣、2013）91頁。

51 刑集17巻4号302頁。

52 最大判昭和38年5月15日刑集17巻4号302頁〔304-305頁〕。

53 これら二通りの読み方がありうることについて、玉蟲由樹「判批」長谷部

こうみてくると、先述した芦部信喜の分析は正確であると確認できる。ただし、いったんあいまいささえ脇に置けば、これまでに挙げた著名な事件のすべてにおいて、信教の自由は実質的には問題とされているともいえそうである。このことが、日本の裁判所における信教の自由の在り方をあいまいなままにしているように思われる。

このように、日本には、実質的には信教の自由への配慮が随所でみられるものの、最高裁が信教の自由を明確にした例は未だないといえる<sup>54</sup>。一方、アメリカには、ごくわずかながら、法的義務を課すことが宗教活動の自由条項に違反するという訴えが認められ、その義務が免除される例がある<sup>55</sup>。また、カナダには、信教の自由に対する侵害をいったん認めた後で、1982年憲法法律1条の正当化に成功するかどうかをめぐる争われる傾向がある<sup>56</sup>。どちらにしても、日本に比べれば明確に信教の自由の保障がなされているといえる。

### 3 米加における信教の自由

#### (1) カナダにおける日曜休日法

カナダにはアメリカや日本のように国教樹立禁止条項や政教分離原則の

---

恭男ほか編『憲法判例百選I [第6版]』（有斐閣、2013）88頁以下。

54 とりわけ「エホバの証人」剣道実技拒否事件最高裁判決については、「人権条項なき憲法訴訟」として問題性が指摘されるところである。宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究71号（2009）105頁。

55 宗教を理由とする就業拒否を原因とする解雇に対する失業補償拒否が宗教活動の自由を侵害し違憲とされた *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398（1963）、教育を受けさせる州法上の義務が親の信教の自由や子どもに対する教育の権利を侵害し部分的に違憲とされた *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205（1972）。

56 富井幸雄「カナダにおける信教の自由」法学会雑誌（首都大）48巻2号（2007）198頁。

規定がない<sup>57</sup>。ところが、日曜休日法（Sunday observance act）のように日曜日を休日と定める法律の合憲性をめぐって、アメリカと似た判決が下されている。

まず特筆すべきは、カナダ最高裁は、日曜日を休日と定める連邦法に関しては、非キリスト教徒の信教の自由を侵害するとして違憲としているという点である。その理由は、1982年憲法法律27条の多文化的伝統に言及したうえで、連邦政府は「ある宗派の目的のために特定の宗教的実践を順守することを個人に強制することはできない」というものであった<sup>58</sup>。

次に、州法による同様の規制について、カナダ最高裁は、*R. v. Edwards Books and Art*（[1986] 2 S.C.R. 713）で、小売店従業員に対して休日の提供を保証するための世俗目的による規制であり、キリスト教の安息日を守らせるという宗教目的はそれに優越しないと判示した。この結論に関しては、日曜日を休日と定める州法について宗教目的よりも従業員の健康等の向上のために休息をとらせるという世俗目的を優越的と解して合憲としたアメリカ連邦最高裁判決である *McGowan v. Maryland*（366 U.S. 420(1961)）と同様であるといつてよいであろう。ただし、*Edwards* 判決の事案で問題となった州法は、一定の規模未満の店舗に関しては土曜日を休日とすることを例外的に認めており、土曜日を安息日とする宗教的少数派

---

57 ただし、良心の自由の規定は（アメリカとは異なり、日本と同様に）1982年憲法2条(a)に存する。良心は、宗教的なものとは区別される。P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* student ed. (Toronto: Carswell, 2012) at 42-3.

なお、カナダにおける信教の自由に関する包括的な研究として、富井・前掲注56) 181頁以下、同「カナダ憲法と世俗主義—宗教、教育、国家（一）・（二）（完）」法学会雑誌（首都大）49巻1号（2008）201頁以下・法学会雑誌（首都大）49巻2号（2009）123頁以下。また近時の研究として、山本・前掲注10) 31頁以下。

58 *Big M Drug Mart, supra* note 27, at 295.

を受容 (accommodate) しようとする宗教目的を事実上有してもいた<sup>59</sup>。はたしてこの点が違憲となるかにつき、法廷意見を執筆したディクソン (Brian Dickson) 裁判官は、「信教の自由のような人権に関する州法が有効である場合、その副作用を中和あるいは最小化するためにどうするか」は州の立法府に委ねられている<sup>60</sup>、とした。立法裁量を重んじるという点では、ここにアメリカ連邦最高裁判決である *Braunfeld v. Brown* (366 U.S. 599 (1961)) の影響を看取できるかもしれない。同判決では、日曜日を休日とする州法につき、宗教的实践をそれ自体違法としているのではなく、宗教的实践に対して間接的な負担 (indirect burden) を課すものに過ぎないので、最も厳格な基準で審査されるべきではないと判示され、その適用除外の有無は州立法府に委ねられるとされたのであった。

## (2) アメリカにおける「対話」

アメリカ連邦最高裁は、ネイティヴアメリカン教会が宗教的儀式で用いる州刑法上の禁止薬物を信者が使用したかどで解雇された場合に失業補償を拒否したことの合憲性が問題となった *Employment Division, Oregon Department of Human Resources v. Smith* アメリカ連邦最高裁判決 (494 U.S. 872 (1990)) で、*Sherbert v. Verner* アメリカ連邦最高裁判決 (374 U.S. 398 (1963)) が確立したと思われた宗教の自由に関する厳格審査基準（「やむにやまれぬ利益のテスト」、一般的中立的に適用される法によって課された実質的な負担はやむにやまれぬ政府の利益の下でのみ正当化される）の適用を排除したといわれている<sup>61</sup>。もっとも、いわゆる特定宗教を禁圧する「狙い撃ち」であることが法文上明らかであるような場合や、

---

59 Hogg, *supra* note 57, at 42-2.

60 [1986] 2 S.C.R. 713 at 751.

61 Allan Ides & Christopher N. May, *CONSTITUTIONAL LAW :INDIVIDUAL RIGHTS*, 6th ed. (2013) at 500-512.

Sherbert判決の事案のように、信仰を捨てなければ失業後の生活保障が受けられないような苛酷な場合、Wisconsin v. Yoder アメリカ連邦最高裁判決（406 U.S. 205（1972））のような信教の自由以外にもほかの人権が複合的に問題となっているような場合は別とされる。

Smith判決を受けてアメリカ連邦議会は、宗教の自由回復法（Religious Freedom Restroration Act ; RFRA）を制定し、「やむにやまれぬ利益のテスト」の適用領域をSherbert判決の射程を超えて大幅に拡大しようとした。そしてCity of Boerne v. Floresアメリカ連邦最高裁判決（521 U.S. 507（1997））で同法は、連邦に対しては合憲であるが、州に対しては連邦議会の立法権限を超えるため違憲とされた。これ以降、同種の州法を制定する州とそうでない州とでアメリカは二分されることになる。カナダの憲法学者ホッグ（Peter Hogg）によれば、この宗教の自由回復法の制定は司法府と立法府の「対話」<sup>62</sup>のアメリカ版である。そこには、様々な宗教的实践を受け容れる（accommodate）ためには法による規制はどうあるべきかという点をめぐる、三権のせめぎ合いがみられるというのである<sup>63</sup>。

---

62 近時、「対話的違憲審査」ということばに注目されることがある。佐々木雅寿によれば、それは「最高裁と政治部門との相互作用のプロセス」による憲法保障の実現をいう。「対話的違憲審査」理論からは、一定の「要請」が、最高裁のみならず国会、また国民にも差し向けられる（最高裁に対しては厳格度の高い違憲審査等、国会に対しては憲法論議の活性化等、国民に対しては憲法に関する世論の形成等）。佐々木雅寿「最高裁判所と政治部門との対話——対話的違憲審査の理論」論究ジュリスト12号（2015）207・208頁。なお、こうした「対話」がカナダ由来の概念であることを佐々木は認めている。佐々木雅寿ほか「対話的違憲審査」論究ジュリスト12号（2015）235頁 [佐々木雅寿発言]。

63 Hogg, *supra* note 57, at 42-5.

## おわりに

信教の自由に関し、アメリカは日本に多大な影響を及ぼし、また今後も及ぼし続けるであろう。その意味で、アメリカを比較憲法学の対象とする意義について、ここでことばを重ねる必要はない。それでは、カナダはどうであろうか。

カナダもまた日本と同じく議院内閣制を採用する国家であり、三権の「対話」を観念する上では、アメリカよりも比較の対象として適切かもしれない。ただし、以下に述べるように留意しておくべき相違点もある。

カナダ最高裁は憲法問題について連邦政府から照会を受けて勧告意見を出すことができる（カナダ最高裁判所法53条。ちなみに州政府は州法上、州の裁判所に照会可能であり、最上級審としてカナダ最高裁があるため、州政府もカナダ最高裁の勧告意見を求めることができる）。これは、具体的事件に付随的に行われる違憲審査ではないため、アメリカでは認められていない制度である<sup>64</sup>。また、原告適格も緩やかに捉えられることがある。権利が侵害されていなくても影響が及ぶ、あるいは強い関心をもっているといった事情があれば、裁量で例外的に原告適格が認められることがあるのである<sup>65</sup>。さらに、権力分立原則を採用しておらず（司法権の独立は憲法上確立されているが<sup>66</sup>、憲法上の権利が問題となっている事件においては高度に政治的であるがゆえに判断を回避するということはしない（the political question doctrineの否定）<sup>67</sup>。つまり、争点が法的な問題であるという限定のもとではあるが、政治的判断のようにとられる判決も辞さない

---

64 松井茂記『カナダの憲法 多文化主義の国のかたち』（岩波書店、2012）76頁。

65 松井・前掲注64）78頁。

66 松井・前掲注64）29頁。

67 松井・前掲注64）81頁。Operation Dismantle v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 441.

というわけである<sup>68</sup>。さらに根本的な違いは、1982年憲法法律33条の「明示の宣言がある場合の例外」という、「カナダの権利及び自由の憲章」からの一部離脱（2条、7～15条）を連邦議会と州議会に認めている点であろう。

これらの相違点にもかかわらず、なおカナダを比較法の対象とすべき理由は、これまでにみてきたように、カナダにおける多文化主義（あるいはキムリッカのリベラルな文化主義）が多様な文化的アイデンティティを有する人々の包摂という課題に対して（少なくともアメリカとの比較において）有用でありうるということ、加えて、信教の自由の分野においてアメリカの影響下にある日本では、アメリカ憲法を相対化する視点の一つとしてとくに有用であるということにあるといえよう。そして、アメリカ・カナダと日本との最たる違いといってよいのは、アメリカ連邦最高裁においてもカナダ最高裁においても、憲法上の要請としての信教（宗教）の自由の保障範囲が（その広狭はともかく）明確であるのに対して、日本の最高裁においてそれは、極めてあいまいであるという点である。今後、多文化化が進行するであろう日本において、信教の自由のあるべき解釈論を占ううえで、アメリカ・カナダにおける信教の自由の明確さは重要な示唆を含むであろう。また、宗教的多様性の包摂という困難な課題に向き合うためには「対話」が必要であろう。宗教的多様性の包摂は、古典的人権とされる信教の自由の司法府による解釈・適用だけでなく、立法府・行政府の適

---

68 *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217では、ケベック州の分離独立という政治的な問題が争われたが、カナダ最高裁は、民主的決定の過程に関する法的枠組に厳格に限定されている論点については照会を受け付けることができるとした上で、ケベック州政府による一方的な分離独立への関与を憲法的にも国際法的にも不可能と判示した。なお、カナダ最高裁は、連邦政府がカナダ最高裁の勧告意見にかかわらず同性婚を認める立場を表明している等の理由で、同性婚の合憲性に関する照会を受け付けなかったことがある。松井・前掲注64) 82頁。*Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698.

切な裁量権の行使もあってはじめて可能となる。この点については、アメリカもカナダも、そして日本も異ならないであろう。各国の状況はそれぞれに異なるが、共通するのは、こうした課題に対する真摯な取り組みが必要であるということである。

移民政策の是非につき、移民政策さえなければ多様な文化的アイデンティティを有する人々の包摂という課題は存在しないかのごとき体で議論するのは、重要な政策目的を達成するのに必要な手段を見誤らせるばかりか、現存する火種を放置することにもなる。日本で多文化化が、労働力の調達といった喫緊の理由による場当たりの政策によってなし崩し的に進行すれば、異なる文化や宗教の人々との相互理解の不足がなお放置されかねない。実際、技能実習生や留学生の増加が事実のレベルにおける多文化化を進行させている以上、移民政策の有無にかかわらず、多様な文化的アイデンティティ——その最たるものの一つが宗教的なアイデンティティである——を有する人々の包摂の失敗に起因する社会の不安定化は、もはや対岸の火事ではないであろう。

※ 本研究はJSPS 科研費 15K16918の助成を受けたものである。