

平成 21 年 5 月 22 日現在

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2005～2008

課題番号：17530023

研究課題名（和文） 「国家の倫理的中立性」の再検討

研究課題名（英文） Ethical neutrality of state reconsidered

研究代表者

渡辺 康行（WATANABE YASUYUKI）

九州大学・大学院法学研究院・教授

研究者番号：30192818

研究成果の概要：

リベラリズムを基礎とする憲法学にとって中核的をなす思考は「国家の倫理的中立性」である。本研究は、「国家の宗教的中立性」や「国家の信教的中立性」という原則が、裁判においてどのように作用しているかを、日本とドイツを素材として考察した。その結果、こうした客観的原則が法解釈の場面で働く場面は限定的にとどまること、そのことを踏まえてまずは主観的権利論で論じていくほうが適切な場合が多いということを論じた。

交付額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2005年度	900,000	0	900,000
2006年度	600,000	0	600,000
2007年度	600,000	180,000	780,000
2008年度	600,000	180,000	780,000
年度			
総計	2,700,000	360,000	3,060,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：国家の倫理的中立性、公教育の中立性、教師の思想・良心の自由、教師の信教の自由、公立学校における「君が代」、イスラームのスカーフ

## 1. 研究開始当初の背景

1990年代以降の日本憲法学を導いていたのは、法哲学・政治哲学の知見を導入して、憲法学を新たに基礎づけ直そうという問題関心であった。とりわけロールズやドオーキンなどリベラリズムの思想は、日本国憲法を解釈する際にも基礎となり得るものだと思われた。しかし、リベラリズムの思想を具体的な憲法解釈の基礎に置いて活用する試み

は、散発的なものにとどまっていた。また、リベラリズムに基づく憲法学の構想の間においても、「国家の倫理的中立性」に注目した研究はあまりなかった。またリベラリズムを基礎とする憲法学は、英米の議論を参照することがほとんどであり、ヨーロッパ大陸における学問動向は参照されない傾向にあった。さらにそうした法哲学的・政治哲学的な憲法学の傾向と、2004年度から始まった法科

大学院における憲法教育をいかに架橋するのが、も大きな課題であった。本研究が出発した 2005 年は、今から振り返ると、日本憲法学の転換期にあったといえる。そして本研究は、そうした憲法学の転換期を象徴する 1 つとなったのではないかと思われる。

## 2. 研究の目的

(1) リベリズムという政治思想の中核は、「国家の倫理的中立性」という概念であるはずである。そこで本研究は、「国家の倫理的中立性」とは何を意味し、いかなる場面でどのように作用するのかを、具体的な事例に即して考察することを目的とした。

(2) このような問題関心は、西欧型の立憲主義憲法を採用する諸国において、共通に存在するものである。本研究は、ドイツの判例・学説の状況を比較法研究の素材として選択する。ドイツにおいては、かつてからトルコを初めとした移民が増大していた。とりわけ、9・11テロをきっかけとして、イスラームといかに共存していくかが、大きな政治的・社会的問題となっていた。

そのなかでも象徴的な意味をもつものとして注目を集めていたのは、イスラームのスカーフ問題であった。著名な事例は、イスラーム教徒の教師志願者が、授業中もイスラームのスカーフを着用したいという希望を明示したため、公立学校教師への採用を拒否されたという事例である。国(州)側は、公教育の宗教的中立性を守らなければならないことを主張し、イスラーム教徒側は信教の自由を主張した。この紛争において、文化的多様性の時代における公教育の中立性の意味が新たに問い直されたのである。9・11テロ当時、私はちょうどドイツに留学中であったため、そうした論争についてメディアを通して、あるいは大学の授業に参加することによって、考えた。そして日本ではどうかということについても、考えざるをえなかった。

(3) こうして、「国家の倫理的中立性」はどこまで要求されるのか、それをいかに実現することができるのか、といった問題関心により本研究は進められることとなった。しかも、法科大学院教育によって憲法学においても判例を分析することの重要性は強く意識されるようになったことを背景に、裁判例を素材とした考察が志された。

## 3. 研究の方法

本研究の方法は、日本とドイツにおける判例・学説を分析したうえで、自己の思索を展開するというオーソドックスなものである。

思索の結果は、折に触れ単著の論文として公表してきた。また学会・研究会などでも個人として報告を行う機会に恵まれた。そのため、個人研究がふさわしく、研究組織は不要であった。

## 4. 研究成果

4年間の研究により、多くの業績を公表することができた。これをいくつかに分類したうえで、略述したい。

### (1) イスラームのスカーフ

まず、研究の出発点としたドイツにおけるイスラーム・スカーフ事件に関する研究がある。その代表は、下記の図書1に収録された論文である。ドイツにおけるイスラーム教徒の教師志願者のスカーフ着用を理由とする採用拒否の事件については、2003年9月に連邦憲法裁判所の著名な判決が下されている。「国家の倫理的中立性」については、「開かれた中立性」ととらえるか、「厳格な中立性」ととらえるかの対立がある。また、社会における宗教的多様性の増大を公教育の中に取り込むべきかどうかについても見解が分かれていた。連邦憲法裁判所は5対3で、イスラーム教徒の採用拒否を違憲と判断した。しかし、この判決は、予想外の論点によってこの問題を処理した。つまり、採用を拒否するためには法律の根拠が必要だが、当該州法にはそれが無いという理由であった。そのため、この判決以降、各州において立法的対応が分かれることになった。つまり、公教育において顕著な宗教的シンボルの着用を禁止する条項を設けた州、キリスト教的なシンボルの着用は認める州、新たな条項を設けない州といった具合である。こうして問題は、ドイツにおいては、民主主義の過程に委ねられた。連邦憲法裁判所の判決は、イスラームのスカーフ問題について、それぞれの州ごとに真剣な議論がなされるための契機となったという点では、評価できる。しかし、この問題が民主主義の過程に委ねられると、ドイツ社会において少数派であるイスラームに不利な決定がなされかねない。そのための最小限の歯止めになるのは、平等原則である。つまり、イスラームのスカーフは禁止するのに、キリスト教のシンボルの着用は認めるといったことは、本来許されないのではないが。

なお、この研究の過程で、ドイツ連邦憲法裁判所による判決の出し方についても研究する機会をもった。下記の図書4に収録された論文などがそれである。とりわけ、日本では従来あまり注目されてこなかった、ドイツにおける専門裁判所と連邦憲法裁判所の役割分担について考察を行った。本研究課題と直接の関係はないかもしれないが、比較法

的には貴重な貢献だと思われる。

さらに、イスラームのスカーフ問題が日本で起こった場合には、両当事者はいかに主張すればよいのかを考える論稿も執筆した。下記の図書2に収録された論文である。日本における最高裁の判例理論に即して、この問題を論じたものである。公教育における政教分離は、確かに重要ではある。しかし、それを貫徹することが教師の信教の自由と抵触する場合には、宗教的寛容をもつことも忘れてはならないと思われた。

#### (2) 国家の宗教的中立性

ドイツでイスラーム教徒のスカーフ事件が問題となったと同じころ、日本においては、小泉首相の靖国神社参拝問題が起っていた。論文7、14がこれを扱ったものである。現在の日本の訴訟制度では、内閣総理大臣が国家の宗教的中立性に反する行為をしたことを直接的に争う手段がない。そこで、原告は国家賠償請求訴訟のなかで、裁判所に公務員の行為の違法性を判断することを求めた。そして、小泉首相靖国参拝訴訟に関して、二つの下級審裁判所は、靖国参拝が違憲(違法)だと判断した。しかし、原告に対する権利侵害はないとされた。つまり、違憲判断は傍論のなかでなされたのである。このような判決の出し方については批判があり、最高裁も権利侵害がないという判断のみを行った。しかし、他に訴訟手段がなく、同様な行為が繰り返されるような場合に、裁判所が傍論のなかで違憲判断をすることは許されるのではないかと思われた。

同じく公務員の宗教的行為が問題となるとはいえ、ドイツにおけるイスラームのスカーフと、日本における内閣総理大臣の靖国神社参拝は、事情が全く異なっている。ドイツでは、単なる一公務員である教師の事柄であったのに対し、日本では国を代表する内閣総理大臣の行為に関するものであった。さらに、ドイツの事例は、社会的に少数派であるイスラームとの関係であったのに対し、日本では戦前からの歴史的負の遺産を引きずる靖国との関係が問題となった。両者を同じに論ずることはできない。

#### (3) 国家の信教的中立性

日本国憲法には、国家の信教的中立性を要求する明文の規定は存在しない。そこで、例えば、公教育において特定の価値を教育することが許されるのかが問題となる。

この問題に関連して最も注目を集めたのは、公立学校における儀式的行事において「君が代」のピアノ伴奏や起立・斉唱をすることを職務命令し、違反したものに対して懲戒処分などの不利益的措施をとることの合憲性である。リーディングケースとなったのは、

音楽教師に対してピアノ伴奏を命じた事例に関する、最高裁平成19年2月27日判決である。この事件はきわめて注目を集めたため、私は繰り返し出版社などから依頼を受けて原稿を執筆することとなった。論文4、5、6、11である。また、この判決後も、さらに類似の訴訟が起こっている。論文1はそのうちのある訴訟の原告側弁護団から依頼を受けて東京高裁に提出した意見書を、論文の形に直したものである。

このような事件において、公立学校における儀式的行事において、「君が代」を斉唱すること自体が、公教育の信教的中立性に反するという主張をすることは難しい。むしろ、「君が代」の伴奏や起立・斉唱をすることが自分の思想・良心に反するという教師に対してまで、それらを強制することができるのか、という争いかたがなされる。平成19年の最高裁は、「君が代」ピアノ伴奏命令を拒否する行為は、思想・良心の自由によって保障された領域には入っておらず、またピアノ伴奏という外部的行為を命ずることは思想・良心自由に対する制約にもならない、と判断した。しかし、この判断はそれ以前の下級審判例や学説とは異なるものであり、その後の下級審判決も実際には従っていないことが多いものである。このような状況について、ドイツ憲法裁判所の判例および学説における通説的な判断枠組みである三段階審査理論を用いて分析した。この研究は、後述するような憲法訴訟に関する議論枠組みを転換する学問動向を代表する1つとなった。

また、公立学校の教師が授業中に、卒業式における「君が代」については自分で考えて行動するようにという授業をしたことを理由として、文書訓告がなされる事例があった。ここでも公教育の中立性と教師の教育の自由の緊張関係が問題となった。図書2の中に掲載された、事例研究がこの問題を考察している。

#### (4) 客観法原則と主観的権利

このように具体的な事例に即して考えていくと、「国家の倫理的中立性」といった客観的法原則は、憲法解釈論の基盤をなす思想として重要なものではあるが、具体的な解釈の場面で直接的に働くことは限定的なのではないかと思われた。

そこでむしろ、主観的な権利論の判断枠組みを洗練することが、「国家の倫理的中立性」を中核とするリベラリズム憲法の立場からも実際には有用となる。そこで、ドイツ連邦憲法裁判所の判例理論であり、憲法学の通説でもある三段階審査を日本においても導入するという視角から、一連の論稿を発表した。先にあげた「君が代」判例を分析する論文のほかに、広島市暴走族追放条例事件判決を主

な素材とした論文3がそれである。また、2008年10月には、「憲法訴訟と行政訴訟」というテーマで開かれた日本公法学会第73回総会の総会報告として、学会報告1を担当した。

これらの仕事は、従来憲法学界において支配的であったアメリカ型違憲審査基準論があまりにも日本の判例に対して外在的な批判に傾きすぎたため、実務に対する影響力を失っていたことを反省し、判例を内在的に理解し、批判することを提唱したものである。こうした研究動向は、従来の憲法学を大きく揺さぶるものとなっている。

#### (5) その他

以上のような研究を遂行する過程で、いくつかの派生的研究も生まれた。そのなかで最も重要なのは、図書3に収録された「法の支配」に関する論稿である。司法制度改革の理念となった「法の支配」という考え方は、きわめて多義的で論争的である。この論文では、戦後初期から現在までの論争を振り返り、学説史を整理したものである。

また論文は、これまた多義的かつ論争的な概念である「国民主権」について、戦後初期から現在までの論争史を回顧したものである。

何も素材とするにしても、憲法学は、民主主義と裁判所の関係に行き着くことになるようである。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

##### 〔雑誌論文〕(計14件)

- 1 渡辺康行「職務命令および職務命令違反に対する制裁的処分に関する司法審査の手法 『君が代』ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決以降の下級審判決を素材として」法政研究76巻1・2号(2009年公刊予定) 査読有り
- 2 渡辺康行「主権の意味と構造」別冊ジュリスト『新・法律学の争点シリーズ3 憲法の争点』(2008年)16~19頁、査読無
- 3 渡辺康行「集会の自由の制約と合憲限定解釈 広島市暴走族追放条例事件最高裁判決を機縁として」法政研究75巻2号(2008年)413~464頁、査読有り
- 4 渡辺康行「『君が代』ピアノ伴奏拒否事件上告審判決」法学教室別冊『判例セレクト2007』(2008年)5頁、査読無
- 5 渡辺康行「職務命令と思想・良心の自由 『君が代』ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決」法律のひろば61巻1号(2008年)60~69頁、査読無

6 渡辺康行「公教育における『君が代』と教師の『思想・良心の自由』 ピアノ伴奏拒否事件と予防訴訟を素材として」ジュリスト1337号(2007年)32~39頁、査読無

7 渡辺康行「靖国参拝と損害賠償の対象とすべき法的利益侵害の有無」民商法雑誌136巻6号(2007年)727~735頁、査読無

8 渡辺康行「政党の内部自治と司法審査」別冊ジュリスト187『憲法判例百選 [第5版]』(2007年)418~419頁、査読無

9 渡辺康行「地方公共団体における外国人の昇任制限の合憲性」民商法雑誌135巻2号(2006年)375~393頁、査読無

10 渡辺康行「書評：穴戸常寿『憲法裁判権の動態』」ジュリスト1322号(2006年)37頁、査読無

11 渡辺康行「『思想・良心の自由』と『国家の信条的中立性』 『君が代』訴訟に関する裁判例および学説の動向から」法政研究73巻1号(2006年)1~44頁、査読有り

12 渡辺康行「取材・報道と肖像権」ジュリスト1313号『平成17年度重要判例解説』(2006年)9~10頁、査読無

13 渡辺康行「憲法の解釈と改正」ジュリスト1287号(2005年)9~17頁、査読無

14 渡辺康行「『国家の宗教的中立性』の領分 小泉首相靖国神社参拝訴訟に関する裁判例の動向から」ジュリスト1287号(2005年)60~67頁、査読無

##### 〔学会発表〕(計1件)

1 渡辺康行「憲法訴訟の現状」日本公法学会第73回総会、総会報告、2008年10月11日、学習院大学

##### 〔図書〕(計4件)

1 ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(信山社、2008年)総頁621頁、渡辺康行「イスラーム教徒の教師志願者に対するスカーフ着用を理由とする採用拒否」123~130頁

2 木下智史・村田尚紀・渡辺康行編著『事例研究 憲法』(日本評論社、2008年)総頁518頁、

渡辺康行「教育の自由 授業を理由とする教員への文書戒告事件」136~152頁

渡辺康行「裁判官の身分保障 裁判官の分限事件」221~238頁

渡辺康行「有名芸能人と写真週刊誌事件」270~286頁

渡辺康行「イスラーム教徒の教師のスカーフ事件」300~315頁

3 井上達夫編「岩波講座 憲法1 立憲主義の哲学的地平」(岩波書店、2007年)総頁332頁

渡辺康行「『法の支配』の立憲主義的保障は『裁判官の支配』を超えうるか—『法の支配』

論争」を読む」53～88頁

4 ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2006年）総頁533頁

渡辺康行「裁判判決の恣意および裁判の法と法律への拘束 連邦弁護士手数料法事件」340～348頁

〔その他〕

ホームページ等  
なし

## 6．研究組織

### (1)研究代表者

渡辺 康行 (WATANABE YASUYUKI)  
九州大学・大学院法学研究院・教授  
研究者番号：30192818