

令和 5 年 6 月 30 日現在

機関番号：37402

研究種目：若手研究

研究期間：2019～2022

課題番号：19K13513

研究課題名（和文）思想・良心の自由に関する日米憲法学の比較法研究

研究課題名（英文）Comparative Studies of Japanese and U.S. Constitution on Freedom of Thought and Conscience

研究代表者

森口 千弘（MORIGUCHI, Chihiro）

熊本学園大学・社会福祉学部・准教授

研究者番号：70808534

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 3,200,000円

研究成果の概要（和文）：思想・良心の自由にかかわる憲法条文のないアメリカにおいて、世俗的良心の憲法的な保障が、合衆国憲法修正1条に基づく宗教行為の自由条項や表現の自由といった条文を通じてなされ、連邦最高裁は二元的な制約類型とそれに応じた保護枠組が構築していることを明らかにした。また、それぞれの保護枠組について日本の最高裁判所の判例法理との比較法的考察を行った。

研究成果の学術的意義や社会的意義

アメリカ連邦最高裁の宗教的自由へのアプローチと、それをめぐる議論状況を明らかにすることができた。特に、一般的・中立的な法からの義務免除をめぐる三つのアプローチ（価値論的アプローチ、平等アプローチ、拡張的アプローチ）の位置づけを明らかにし、日本の議論にも応用可能な普遍性をもつ法理として法義務免除を位置付けることが可能であることを明らかにした。

研究成果の概要（英文）：In the United States, which are not found in the constitutional text concerning freedom of thought and conscience, constitutional guarantees of secular conscience have been made through the guarantees of the freedom of religious and freedom of expression under the First Amendment to the U.S. Constitution. This study suggests that in the U.S., dualistic doctrine of restrictions and protections have been established. And this study compare the doctrines of U.S. Supreme Court about religious freedom and freedom of secular conscience with the case law of the Supreme Court of Japan.

研究分野：憲法

キーワード：憲法 思想・良心の自由 信教の自由 修正1条 人権の武器化

科研費による研究は、研究者の自覚と責任において実施するものです。そのため、研究の実施や研究成果の公表等については、国の要請等に基づくものではなく、その研究成果に関する見解や責任は、研究者個人に帰属します。

様式 C-19、F-19-1、Z-19 (共通)

## 1. 研究開始当初の背景

本研究の申請段階において、核心をなす学術的「問い」として「日本国憲法 19 条の思想・良心の自由の意義について、原理論的に明らかにすること」を設定した。

1990年代まで、思想・良心の自由が、いつどのような場合に、どのような人の権利を保障しているのかについての研究は進んでいなかった。というのも、一般的に心の中の問題に第三者が介入することは困難であるとみなされており、洗脳のような極端な事例を除けば、思想・良心の自由を侵害することは通常不可能であると考えられていたためである。もし心の中の問題が表現行為や宗教的儀式として現れた場合、それらは学問の自由・表現の自由・信教の自由の問題として取り扱えばよく、思想・良心の自由の問題とは考えられなかった。もちろん、思想・良心の自由に実践的な意義を見出す論者もあり、特に思想強制など国家による思想への介入に関してはすぐれた論文が著されるようになったものの、この分野が独自の意義を持つ研究対象となっていたとは言い難い状況であった。

ところが、西原博史『良心の自由』(日本評論社、1995)、同〔増補版〕(日本評論社、2001)は、個人の自律的良心保護の観点から思想・良心の自由の理論的・実践的意義を問い直し、この自由が持つ独自の意義を明らかにした。すなわち、西原は思想・良心の自由の主観性を強調する。すなわち、社会の一般通念からすればその重要性を理解しにくい場合でも、ある人にとっては自己アイデンティティーとの関係で欠かすことのできない重要な良心(または良心に基づく行為)である場合がありうると指摘した。そして、そのような主観的な良心を保護するために、ケースバイケースの対応が憲法解釈上求められると指摘し、本研究が「法義務免除」と呼ぶ、違憲の瑕疵のない一般的・中立的な法からの例外的な免除を憲法上の権利として位置付ける道筋を示すことに成功した。

もっとも、本研究が「アイデンティティー的構成」と呼ぶ西原の学説は、従来由国家による思想弾圧や行為の強制に重点を置く「中立論的構成」と対立の契機を孕む。主観的な良心と(必ずしも思想弾圧的でない)法の対立をとする前者に対して、後者は法それ自体の違憲の瑕疵を問題とする立場であり、主観的な良心に基づく例外的免除は想定していないためである。

## 2. 研究の目的

このような背景を踏まえ、本研究は思想・良心の自由の原理論的研究によって、アイデンティティー的構成と中立論的構成を並立させるような憲法 19 条の枠組みの構築を目的として設定した。このヒントとなったのが、アメリカの宗教的自由の保護枠組みである。

本研究申請の段階で、代表者はアメリカ合衆国の宗教的自由にかかわる判例法理および学術研究の分析を公表してきた。従来の研究では、思想・良心の自由の分野でアメリカは比較法の対象とされてこなかったが、これは合衆国憲法における条文の不在に原因がある。歴史的にも、合衆国憲法から初期の草稿にあった「良心」という単語を削除されているなど、アメリカには思想・良心の自由に関する判例や研究成果は少なく、比較法の対象国として不適切だと考えられてきた。しかしながら、申請以前の研究から、代表者はアメリカには思想・良心の自由が「不在」だったわけではなく、むしろ条文上は「信教の自由」、「表現の自由」、「修正 1 条の原理」などの文言を用いながら、日本やドイツと同等、あるいはそれ以上に、思想・良心の自由に関する豊富な判例法理をもち、かつ、憲法研究者によって自覚的に「思想・良心の自由」の保護のあり方が模索されていたことを明らかにしていた。

このことを踏まえ、本研究では日本のアイデンティティー的構成と中立論的構成の対比を念頭に置きながら、アメリカの宗教的自由の研究を通じて、思想・良心の自由の「制約」と「保護」の様態の違いから、二元的な保護枠組みを提示しようと試みた。具体的には、国家権力の限界論から出発する思想・良心の自由への「直接的な制約」とその保護、個人のアイデンティティー保護から出発する思想・良心の自由への「間接的な制約」とその保護について、以下のような課題を設定し、これを明らかにすることを目的とした。

課題一 アメリカにおける思想・良心の自由の大きな保護枠組みの解明。具体的には制約の様態・保護のあり方に焦点を当て、アメリカの理論的到達点を示す。

課題二 アメリカと日本の比較法的研究。具体的には、アメリカの理論と日本のこれまでの判例・理論とを比較し、両国の独自の問題を明らかにするとともに、思想・良心の自由の普遍的な理論を明らかにする。

課題三 発展的・学際的研究。具体的には、教育法・法社会学など法学の諸分野、あるいは教育学や社会学などの成果を参照しながら、上記の原理論的考察とあわせて、思想・

### 【3 応募者の研究遂行能力及び研究環境（つづき）】

良心の自由実現のための制度的条件や課題などを検討する。

#### 3. 研究の方法

課題一、課題二については、伝統的な法学的アプローチによる日米の判例、学説の分析を主たる研究方法とした。課題一についてはアメリカの宗教的自由についての重要判決である Sherbert 判決、Smith 判決を軸として、それぞれの判決が形成した法理を爾後の判例や学説から分析した。日本についてはいわゆる日の丸・君が代訴訟以降の判例、学説に焦点を絞り、同様の分析を行った。

課題三について、申請時の予定では研究期間の2年目、3年目にアメリカ合衆国を訪問し、そこで得た知見をもとに4年目に成果を公表する予定であった。しかしながらCOVID-19のパンデミックの影響によりアメリカへの訪問が困難となり、研究方法についての大幅な変更を余儀なくされた。このため、ロバーツ・コートの修正1条をめぐり指摘される「人権の武器化」の問題の分析に変更した。

#### 4. 研究成果

##### (1) アメリカの思想・良心の自由の保護枠組みについて

課題一にかかわり、信教の自由、思想・良心の自由といった内心の自由について、アメリカでは二元的な制約類型と、それに対応する保護枠組みを採用していることを明らかにした。

連邦最高裁は、「一般的・中立的な法」が個人の信仰や世俗的な良心と対立した場合に生じる負担である「間接的な制約」の問題と、特定の宗教を狙い撃ちしたり差別的に取り扱う「一般的・中立的でない法」によって生じる負担である「直接的な制約」の問題を区別したうえで、このような二元的な制約類型に対応する保護枠組みである、法義務免除の法理（= Sherbert テスト） 敵意の法理（= Smith テスト）を発展させてきた。

同様の枠組みは、憲法上の条文のない世俗的な思想・良心の自由にも適用される。法義務免除については Eisgruber & Sager の「平等な自由」論や、Koppelman の折衷的なアプローチのように、事実上世俗的な良心も保護の対象に包摂することで、平等や中立性の問題をクリアしようと試みる議論が有力である。これは、宗教的なコミットメントと世俗的なそれを区別することが不公正であるとの考え方が背景にある。一方、世俗的な良心に対する「直接的な制約」の問題については、Smith テストを適用するのではなく、Barnette 判決に端を発する「反正統性原理」、およびそれを発展させた「思考プロセスの自由」の法理が発展していることを明らかにした。ここでは、パターンリスティックな規制や思想狙い撃ち的な規制など、個人の思考プロセスに介入するような制約を思考プロセスへの介入とみなし、保護の枠組みとしてはこのような政府の介入からの防御権を想定すべきであることが明らかになった。

##### (2) アメリカとの比較法的検討を踏まえた日本の思想・良心の自由の分析

アメリカの議論を踏まえ、「一般的・中立的な法」による間接的な制約からの法義務免除、「一般的・中立的でない法」や個人の思考プロセスへ介入するよう政府の行為による直接的な制約からの防御権、という二つの制約とそれに応じた保護枠組みそれぞれについて、比較法的な検討を行った。

この観点の研究に際しては、日の丸・君が代訴訟における最高裁の論理を分析し、これとアメリカの二元的な保護枠組みを比較検討するというアプローチを採用した。

まず日本の最高裁は思想・良心の自由への制約類型として「直接的な制約」と「間接的な制約」を区別しており、これらがアメリカの二元的制約類型と対照されるかが問題となる。最高裁の制約類型について詳しく見ると、「直接的な制約」については、内心の核心部分を直接否定する場合、特定の思想を有することを外部に表明する行為を強制する場合、個別的事情に照らして不合理な規制を課す場合の三つをさすことが明らかとなる。一方、「間接的な制約」は敬意の表明を含む行為を強制する場合を指すもので、これに対する判断枠組みとして「職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量して、当該職務命令に上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるか否か」という観点から判断」という立場が採用される。

これをアメリカとの比較法的観点から評価するならば、日本の最高裁はアメリカで「直接的な制約」、すなわち Smith テストや反正統性原理、思考プロセスの自由で問題とされるような制約類型について、「直接的な制約」と「間接的な制約」とに区分し、異なる違憲審査枠組みを用いていることが明らかとなる。一方、アメリカで「間接的な制約」、すなわち Sherbert テストで問題とされるような制約類型とそれに対する法義務免除は、そもそも最高裁の議論の埒外に置かれていることが明らかとなった。

**【3 応募者の研究遂行能力及び研究環境（つづき）】****（3）アメリカ・日本の思想・良心の自由の学際的分析**

課題三に対応するこの観点については、COVID-19 のパンデミックの影響で渡米がかなわなかったこともあり、研究を完了することができなかった。

この観点に関する研究としては、アメリカにおける「人権の武器化」についての研究業績を挙げることができた。

「人権の武器化」とは、保守派が「アメリカ的」とされる価値観を守るために、リベラル派が形成してきた人権保護理論を訴訟戦略に用い、マイノリティー保護を目指す経済・社会福祉立法を無効としようとする試みと、そのような主張を連邦最高裁が受容することをさす。代表者は、「武器化」の問題の核心は、保守派の訴訟戦略それ自体にあるわけではなく、それを受容する連邦最高裁の問題であると位置つけたうえで、連邦最高裁自身の敵意や無関心が「武器化」の中心的な論点になりうることを指摘した。すでに Dobbs 判決などで示されているように、妊娠中絶や LGBT の権利をはじめ、アメリカで「文化戦争」の争点となる事柄について修正 1 条をもちいて保守派に有利な判決を引き出し、事実上マイノリティーの権利を制約しようとする試みは多く発生している。この問題の研究は、COVID-19 のパンデミックの影響もあり表面的な分析にとどまるが、課題三でしめしたような学際的な問題意識を発展させる契機となる「武器化」の問題の位相を明らかにすることができた。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計3件（うち査読付論文 0件／うち国際共著 0件／うちオープンアクセス 1件）

1. 著者名 森口千弘	4. 巻 72
2. 論文標題 宗教への敬意 SmithテストとMasterpiece Cakeshop判決	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 同志社法学	6. 最初と最後の頁 607-634
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

1. 著者名 森口千弘	4. 巻 94
2. 論文標題 思想・良心の自由の前提条件 国家による言論強制と思考プロセスの自由	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 早稲田法学	6. 最初と最後の頁 609-647
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 森口千弘	4. 巻 25
2. 論文標題 大阪における国歌斉唱不起立教員への再任用拒否と思想・良心の自由	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 速報判例解説 新・判例解説Watch（法学セミナー増刊）	6. 最初と最後の頁 25-28
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計3件（うち招待講演 2件／うち国際学会 0件）

1. 発表者名 森口千弘
2. 発表標題 Our Lady of Guadalupe Sch. v. Morrissey-Berru, 591 U.S.____,140 S. Ct. 2049(2020) 宗教系小学校における雇用差別の主張と司法審査
3. 学会等名 関西アメリカ公法学会（招待講演）
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 森口千弘
2. 発表標題 思想形成の自由 Neil Richardsの「知的プライバシー」論を参考に
3. 学会等名 九州公法判例研究会
4. 発表年 2019年

1. 発表者名 森口千弘
2. 発表標題 人権論におけるマイノリティーの包摂 ロバーツ・コートにおける「人権の武器化」の問題から
3. 学会等名 2022年度第1回北陸公法判例研究会（招待講演）
4. 発表年 2022年

〔図書〕 計3件

1. 著者名 桧垣 伸次、奈須 祐治、梶原 健佑、櫻庭 総、成原 慧、中村 英樹、村上 玲、森口 千弘、玉蟲 由樹	4. 発行年 2021年
2. 出版社 法律文化社	5. 総ページ数 192
3. 書名 ヘイトスピーチ規制の最前線と法理の考察	

1. 著者名 遠藤 美奈、植木 淳、杉山 有沙	4. 発行年 2021年
2. 出版社 成文堂	5. 総ページ数 308
3. 書名 人権と社会的排除	

1. 著者名 新井 誠、友次 晋介、横大道 聡	4. 発行年 2022年
2. 出版社 弘文堂	5. 総ページ数 256
3. 書名 分断 と憲法	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------