

裁判官の信仰と司法判断

——カナダの議論を素材にして——

牧 野 令*

要 旨

本稿では、カナダの憲法学説上の議論を素材として、裁判官が司法判断に際して宗教的論法 (Religious-Based Reasoning) を用いることの適否に関する議論、および、裁判官が世界観的中立性を保つことの可否に関する議論を紹介した上で、裁判官が自らの信仰・信条を無意識的に強制してしまうことを防止することが重要であると考え、そのための第一歩として裁判官が自らの信仰・信条について自覚的となるための方途について検討する。

目 次

はじめに

I 裁判官による宗教的論法

II 「他者なき他者」の克服のために

おわりに

はじめに

法曹倫理の一般的な教科書によれば、裁判官は、「自らの宗教的信条や個人的な政治的信念を法解釈の名の下に強行することは許されない」とされている¹⁾。また、憲法上も、憲法76条3項は「全て裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と定めており、この「良心」の意義について、従来は憲法19条における「良心」とは異なり裁判官としての職業倫理であると説明されてきた²⁾。しかし、

規範論のレベルで論じられる「裁判官としての良心」について、裁判官の恣意的な判断を排除すべき必要性は認められるとしても、果たしてそれは現実の裁判官の職務についての説明として適切なものか、という観点から、近年多くの論考が発表されている³⁾。

本稿では、裁判官の現実的な営為を描く上で、また、特に法の不確定性が認められるハードケースにおいて、裁判官の個人的な信条が「全く介入しない」ということはありえるのか、という疑問を前提として、カナダにおける裁判官の宗教的論法 (Religious-Based Reasoning) をめぐる議論を紹介する。カナダにおいては、日本国憲法76条3項に該当する条文が憲法上定められているわけではないが、1982年憲法法律の第1編である、「カナダの権利及び自由の憲章 (以下単に「憲章」と記載する。)」の2条 (a) の定める信教の自由の問題として、裁判官の宗教からの独立性が論じられることとなる。

また、本論に先んじて、宗教的論法とは何かについて簡単に検討しておこう。Diana Ginn と

* まきの りょう 法学研究科公法専攻博士課程後期課程

2022年9月30日 査読審査終了

第1推薦査読者 橋本 基弘

第2推薦査読者 佐藤 信行

David Blaikie は、裁判官の宗教的論法について論じる論文の中で、性的少数者の地位向上のために、性的少数者の作品などへの公共的アクセスを提供する団体の代表である Brillinger 氏と、当該団体からの印刷依頼を拒絶した印刷会社の代表 Brockie 氏との間の紛争である Brockie v. Brillinger⁴⁾ 事件を題材とした仮設的な裁判事例を検討している⁵⁾。その中で Ginn and Blaikie は、Brillinger 氏に有利な判決を書く裁判官による (a) 「あらゆる個人は神の創造の一部であるが故、私に託された主張を考量する際には、各個人の尊厳を保護することを特に重視しなければならない」、あるいは (b) 「神は虐げられる者に愛を与える。よって、ゲイやレズビアン主張は信教の自由の主張よりも常に優位に立つ」といった論法や、Brockie 氏に有利な判決を書く裁判官による (a') 「私自身も一信者として、毎日働いている中で、自己の宗教的信条を脇に置いておくことができない、という点は理解できる。したがって、Brillinger 氏が、自身の業務が拒絶された場合に被る損害は真剣に考慮しつつも、個人に対して、自らの宗教的確信に反する行為を強制することによって生じる損害の方を重視すべきである」と考える、あるいは、(b') 「聖書が同性愛を禁じている以上、性的指向に基づく主張というのは常に他の主張よりも下位に置かれるべきである」という主張を宗教的論法として想定している。(b) や (b') は、もはや法に基づく判断ではなく宗教に基づく判断である。他方で、(a) や (a') は、法に基づく判断ではあるが、法解釈の際に自己の宗教的な信仰心が介入している。

なお、日本においてもカナダにおいても、(b) や (b') のような、裁判官が判決理由中で純然たる信仰に基づいた判断を行った、という例は存在しない。しかし、(a) や (a') のように、裁判官の判断に自らの信仰心が介入したり、あるいは、世俗的な信条が介入することはありうるであろう⁶⁾。このような裁判官の現実的な営為をより正確に描き出すこと、そして、その裁判官の現実的

な営為を前提として、裁判官が自身の抱く自らの信仰や世俗的な信条について自覚的であることは、宗教的少数者と世俗的価値観の対立の場面などにおいて、紛争解決の観点から有益であると考えられる。そもそも、裁判とは、単に対立当事者間の紛争を権力的に解決するものではなく、当事者に対して「反省を促すもの」として行われる側面⁷⁾があり、その際にはやはりフィクション的な裁判官ではなく現実存在する人間としての裁判官の営為に着目すべきである。そして、当事者に相対する存在としての裁判官は、自らの信仰や世俗的信条に自覚的であって初めて、多様な信仰を抱く当事者に対して「反省を促す」ことができると考える⁸⁾。

また、上記の検討を行う上で、本稿でカナダの憲法学上の議論や判例を参照するのは、カナダでは、憲章27条でいわゆる多文化主義条項が憲法上採用されており、憲法学上も下記で挙げた Chamberlain 事件をはじめ、宗教的・文化的多様性の実現のために参考となる議論が多く存在するから⁹⁾であり、同性婚や死刑制度の適否など、信仰心や道徳的信条が問題となりうる課題が目前に迫る今、宗教的・文化的多様性を意識した議論は憲法学上もますます重要性を増していくなかで、参照すべき議論が多く存在すると考えられるからである。

本稿で論じることは、大別すると、(1) 裁判官が判決を下す際に、自らの宗教に依拠することが許容されるか否か、(2) 裁判官が自らの信条に依拠せず中立的判断を下すことが可能か、(3) (2)の答えが「不可能」なものであるとしたら、裁判官はどうすれば良いのか、となる。以下では、以上の3点について論じたい。

I 裁判官による宗教的論法

1. 公共空間と宗教に関する判例——

Chamberlain 事件

2002年、カナダ最高裁判所で一つの判断がなされた¹⁰⁾。同事件で問題となったのは、同性の両親

を持つ家族について言及している3冊を公立の幼稚園 (kindergarten) で行われる「家庭生活教育 (family life education)」という授業の教科書として認定することを拒否した British Columbia 州 Surrey 地区の教育委員会の決定が、同州の School Act ss 76 (1)¹¹⁾に違反するか否か、という点である。というのは、かかる決定に際して、同教育委員会は、それらの書籍が、一部の親による反同性愛的な信仰の観点から、紛争を生じさせるものであり、また、自身の親の信条と対立する考えに幼稚園の子供が晒されることは望ましくないであろう、ということを根拠としているが、これが「世俗のかつ非党派的原理」に厳格に従った判断ではないのではないか、と考えられたからである。

以上の問題提起は、「教育に関する政策決定において、宗教的観点が介入する余地が認められるか否か」といい換えることもできる。そして、この問題点は、従来宗教社会学や政治哲学の領域で、公共空間における宗教的言説として論じられてきた論点であるが、カナダにおいては、この Chamberlain 事件によって、憲法問題として判例上取り扱われるに至った。

Chamberlain 事件において、カナダ最高裁判所は、「委員会のメンバーは、自らが代表する親やコミュニティの見解を討議プロセスに持ち込む権限を与えられ、実際にはそうすることが要求されている」¹²⁾ことに加え、「宗教は、人々の生活の統合的側面を構成しており、会議室のドア (boardroom door) の外に置いておくことができるものではない」¹³⁾とし、政策決定の議論において一定の宗教的観点が介入することも許容されると判断した。

他方で、School Act 上の「世俗」(secular) の意義につき、「世俗主義が禁じるものは、同じコミュニティ内の他のメンバーの価値観を判断から排除するために、コミュニティ内の一部の宗教的観点をを用いるあらゆる試みである」¹⁴⁾と解した上で、「委員会のメンバーが特定の親の宗教的関心を扱うことは許容されるとはいえ、コミュニティ内の他の

メンバーに対しても平等な評価と尊重を払うような方法で行わなければならない」¹⁵⁾とする判断基準を示した。

結論として、本件の教育委員会の決定は、上記の基準に照らして、「委員会及び委員長は、あらゆるタイプの家族への尊重をせずに、排他的な思想に基づいて判断をして」おり、「学校体系において平等な評価及び尊重を受けるべき同性の親及びその子供たちの利益を考慮することなく、同性間の関係性に関する特定の関心に基づいて判断を行っている」とした上で、「委員会は、単に紛争的、あるいは不愉快である、という理由のみに基づいて、教科書の認定を却下することは許容されない」¹⁶⁾として、School Act の規定に反すると判断した。

カナダの憲法学界では、この判例に言及して、公共空間における宗教的論法の可否を論じる論考が発表されてきた¹⁷⁾。そして、裁判官による宗教的論法の問題は、その議論の延長線上に位置している。他方で、Chamberlain 事件で問題となった教育委員会とは異なり、裁判官が行うのは、政策的討議ではなく司法的な決定である。この点、裁判官の宗教的言説にのみ認められるべき制約原理は存在するのだろうか。それとも、宗教は「法廷のドアの外に置いておくことはできない」のだろうか。

以下では、裁判官による宗教的論法に対して、許容しない立場と擁護する立場のそれぞれの主張する根拠について検討する。

2. 裁判官による宗教的論法を許容しない立場

まず、裁判官による宗教的論法を許容しない立場として、Sarah E. Hamill による主張を紹介する。Hamill は、後述の、裁判官による宗教的論法を擁護する立場から発表された Diana Ginn と David Blaikie による論考に反論する形で論文を発表して

いる¹⁸⁾。Hamillによる主張の骨子は、裁判官が統治機関の一部であることを前提とした上で、(1)裁判官による宗教的理由づけが世俗主義に反すること、および(2)カナダ憲法学上、信教の自由の内容として、宗教それ自体や宗教的行為一般に対する支持までは含まない、とするものである。以下では、この2点についての主張について確認していく。

(1) 国家の中立性と世俗主義

憲章2条(a)では、「良心及び信教の自由」がすべての人に保障される旨明記されており、この規定によって、国家による宗教的行為の制約や宗教的行為の強制が禁じられている。もっとも、カナダの憲法においては、日本における政教分離原則を定める規定やアメリカにおける国教樹立禁止原則を定める規定は存在しない。しかし、共同体内のメンバーに対する強制が行われている場合や、共同体内のメンバーの自らの信仰にしたがって行動する可能性が害されている場合、あるいは、その選り好みされた宗教に基づく行為が強制されている場合には、宗教に対する支援が憲章2条(a)違反となると解されている¹⁹⁾。

カナダにおいては、国家と宗教の分離を志向する発想として、世俗主義という考え方が論じられており、上述のChamberlain事件においても言及がなされている通り、カナダの判例の中でもたびたび問題とされている。

Hamillによれば、従来の世俗主義は、公共的領域から宗教を排することによって個人の信教の自由の保障する、という思想であったが、多文化主義の普及によってその意味を変化させ、複数の宗教的信条間における中立性を意味するものとして理解すべきものとなった²⁰⁾、とされる。さらに、それに続いてHamillは、このような意味の転換を経た世俗主義理解は、現代の世俗的国家の「教義(tenet)」である民主主義原理とも調和的である²¹⁾、と主張する。つまり、ある宗教を他の宗教と比べて選り好んだり、翻って抑圧したりしないことにより、あらゆる宗教に対して平等に取り扱うこと

は、民主主義の前提となる個人の自由を保護することとなるのである。もっとも、民主主義国家は、特定の個人の価値観を反映するものでもなければ、市民の平均的なライフスタイルや意見を代表するものでもない²²⁾。すなわち、多様な信仰心を抱く市民からなる民主主義国家は、多様な信仰心を抱く諸個人を代表するものであると同時に、概念化(abstracted)された市民の代表であり、すなわち、「どの市民の代表でもない」のである²³⁾。

これと同様の世俗主義理解を示す憲法学者の一人として、Mark A. Wittenがいる。Wittenは、従来の世俗主義、すなわち、公私の分離を厳格に解し、公共的領域から宗教を排除する世俗主義を「厳格な世俗主義(hard secularism)」とし²⁴⁾、意味が転換した後の世俗主義、すなわち、多様な世界観に対して中立的立場を保つ一方で、その各世界観の内実に対しては「不可知論的(agnostic)」立場を示す世俗主義を「緩やかな世俗主義(soft secularism)」と称している²⁵⁾。このような二つの世俗主義観の対比の中で最も重要な点は、旧来の世俗主義が、宗教信者にとっては特定の包括的世界観の一つであり、国家の援助を得て自らを制約するものとして映ることである。

以上のような世俗主義の議論は、必ずしも法哲学や宗教社会学における世俗主義の議論と一致するものではない²⁶⁾。あくまでもカナダの憲法学説上の理解である。Hamillは、さしあたり以上のような世俗主義理解に基づき、カナダにおける信教の自由の保障のあり方について論じている。以下ではその点について確認する。

(2) カナダにおける信教の自由の意義

Hamillは、上記の議論から(1)国家は意見なき権力(power without opinion)であることと、(2)信教の自由は、国家権力と宗教的権力との分離と、市民と信者の分離として存在していること、という2点を導きだしており²⁷⁾、そして、Big M. Drug Mart事件²⁸⁾をはじめとするカナダ最高裁判所判例の検討を通じて、以上の2点が判例上も認められ

ていることを示そうと試みている。以下では、Big M. Drug Mart 事件の概略について述べたのち、Hamill による分析について述べる。

(a) Big M. Drug Mart 事件の概略

まず、Big M. Drug Mart 事件について簡単に説明をする。同事件は、カナダの信教の自由に関するリーディングケースであり、日曜日を休日と定める主日法 (The Lord's Day Act) の合憲性が争われた事件である。同事件におけるカナダ最高裁判所の Dickson 判事による多数意見の中で、信教の自由に関する判示のうち重要な部分を挙げると、まず、「真に自由な社会というのは、多様な信条、嗜好、仕事、習慣、そして行為規範に対して合理的配慮を行うことができるような社会である」²⁹⁾と述べ、これに続いて、信教の自由の本質的要素につき、「個人が自ら選択した宗教的信条を抱く権利、妨害や報復を受ける恐れを感じることなく、自由に宗教的信条について宣言する権利、そして、礼拝や教育、伝道などの行為を通じて宗教的信条を外部に表明する権利」³⁰⁾の三つを挙げたが、裁判所はさらに進んで、「信教の自由の概念が意味するところはこれに止まら」³¹⁾ず、「自由とは、主として、強制と制約の不存在によって特徴付けられる」³²⁾、としている。そして、ここにおける「強制とは、特定の行為を行うよう直接的な要求をしたり、制裁手段を用いてある行為を辞めるよう要求したり、といった一見して明白な方法によるもののみならず」、間接的な強制も含む³³⁾、とする。

以上を受けて、多数意見は、カナダにおける信教の自由の重要性を歴史的観点等から論述した³⁴⁾のち、「立法目的が攻撃的なものであると分類されるならば、同法の効果が「許容可能な効果 (permissible effect)」であったとしても、擁護されない」³⁵⁾と基準を立てた上で、主日法の目的が宗教的観点を強制する目的であることを認め³⁶⁾、このような強制は正当化されない、と判断した³⁷⁾。

(b) Hamill による分析

以上の判旨を前提として、Hamill は、第一に、

「真に自由な社会というのは、多様な信条、嗜好、仕事、習慣、そして行為規範に対して合理的配慮を行うことができるような社会である」という判示から、「信教の自由とは、宗教的信条に対する合理的配慮³⁸⁾であり、立法やそれ以外の手段によって、特定の宗教的行為に対する国家の支援をすることではない」³⁹⁾といい換えており、したがって、主日法のような特定の宗教的行為を支持する法は、他の宗教に対する合理的配慮に対する合理的配慮に失敗している、と述べている⁴⁰⁾。そして、明白には述べられていないが、このような論理の流れを経て、信教の自由は国家による特定の宗教に対する援助を意味せず、すなわち、「国家は意見なき権力」である、と解しているようである。

また、第二に、以上と同じ判示から、国家権力と宗教的権力の分離を導き出している⁴¹⁾。この点についても明白には述べられていないが、上記判示を「国家は、特定の宗教的行為を権力によって強制してはならない」と読み替えた上で、かかる分析を行っているように思われる。また、市民とキリスト教徒の分離という点については、市民が必ずしもキリスト教の教義に基づく安息日を守らなければならない、とは解されない点をもって、導き出している⁴²⁾。

それに続いて、Hamill は、裁判官の宗教的論法が、Big M Drug Mart 事件で示された基準に照らして、合憲か否かについて検討している。この点、Hamill は、Big M Drug Mart 事件が、主日法について、「キリスト教道徳に基づく宗教的価値観を採用し、国家による強制力を利用することによって、信者に対しても非信者に対しても同様に拘束する「実定法」へと翻案したもの」⁴³⁾と判断していることを挙げ、これを裁判官の宗教的論法についても同様に解すならば、その「攻撃的」な目的が認定されるだろう、としている⁴⁴⁾。Hamill によれば、司法権を行使するに当たっては、裁判官は、国家を代表する存在であり、なんらかの判断をする際には、当該判断は「国家の見解 (state's view)」で

あると解されることとなる。したがって、政治的であれ宗教的であれ、自分自身の信条を用いることについては、上記の(1)(2)の観点から一定の制約を受けなければならない、とされることとなる。

3. 裁判官による宗教的論法を擁護する立場

ここでは、上記のHamillによる反論の対象である、Diana GinnとDavid Blaikieによる議論をはじめとして、裁判官による宗教的論法を擁護する立場について検討する。なお、Ginn and Blaikieの主張の中には、憲法学とは関係性の希薄な主張も含まれているところ、本稿の関心に従い、裁判官の役割との関係について論じているもののみ扱うこととする。

(1) 裁判官による世俗的・中立的判断の実現可能性

以上に掲げたHamillの見解に対して、裁判官による宗教的論法を擁護する立場の論者は、そもそも、裁判官が純然たる世俗的判断ないし中立的判断を下すことの困難性を主張している。

まず、Diana Ginn and David Blaikieは、「問題の重要性にかかわらず、複数のありうる結論の中から一つを選ばなければならない場合に、自らのもっとも根本的な信条（宗教的な性質を持つものであれ、世俗的な価値体系に基づくものであれ）をカッコで囲むことは誰にもできない」とし、そもそも法解釈には解釈者の信条が介入するものである、と主張している⁴⁵⁾。

また、Howard Kislowiczは、「Judging Religion and Judges' Religions」⁴⁶⁾という論考の中で、アメリカおよびカナダの判例を対象とした統計学的研究⁴⁷⁾を参照した上で、「宗教団体への所属や既存のイデオロギー的関心が、司法的意思決定へと影響力があることは認められうる」⁴⁸⁾と結論づけている。

このように、裁判官が下す判決に対して宗教的・世俗的な包括的世界観が介入してしまう、ということは、事実上はやむをえないところであろう。法解釈が主観的営為であり、その際にはなんらか

の包括的世界観が介入しうる、という指摘は、日本の憲法学上でも、なされてきたところである⁴⁹⁾。以下では、裁判官による判断に宗教が介入することが、望ましい裁判官の役割の観点から許容されるか否かという点について、Ginn and Blaikieの議論を紹介する。

(2) 裁判官による宗教的論法は裁判官の役割に反するか

カナダ最高裁判所判事を務めたRosalie Silberman Abellaは、「The Judicial Role in a Democratic State」と題された講演の中で、民主主義国家における裁判官は「(1)原則に忠実であり(principled)、(2)独立しており、(3)公平な」存在であることが要求されている、としている⁵⁰⁾。これを受けて、Ginn and Blaikieは、(1)ないし(3)のそれぞれの意義について検討し、裁判官による宗教的論法が望ましい裁判官の役割に反するの否かについて論じている。以下で、それぞれについて簡単に紹介する。

まず、(1)原則に忠実である、とは一体何を意味するのだろうか。この点につき、Ginn and Blaikieは、「思いつきに基づいて判決を下したり、利己心や便宜に基づいて判決を下すことではなく、広く受け入れられた法規範に従い、それを適用すること、そして、法廷で扱われた証拠や主張に基づいて判決を下すことである」⁵¹⁾と解している。ここで、Ginn and Blaikieが重視するのは、世俗的価値観に基づく判断と宗教的価値観に基づく判断の、どちらがより「原則に忠実」でないといえるか、である。この点、Ginn and Blaikieは、仮に世俗的価値観に基づいていたとしても、宗教的価値観に基づく判断と同程度に「原則に忠実でない」と考えている⁵²⁾。

次に、(2)独立性について確認する。Abellaは、立法者と裁判官とを対比する中で、上記(1)ないし(3)について触れている。曰く、立法者は、有権者をはじめとする「公共の意見(public's opinion)」に耳を傾けることを通じて正義の達成を

目指す一方で、裁判官は、「公共の利益 (public interest)」に資する役割を演じるべき責務を負っている、とされる⁵³⁾。このような文脈から考えると、独立性というのは、人々の流動的な意見に安易に左右されない、という意味であると考えられる。この点、Ginn and Blaikie は、裁判官が自身の所属する宗教団体の命令に従って判決を書いているような場合には独立性は認められない、としつつも、自身の信条に従っている限りは、独立性が必ずしも害されるとはいえない、と主張している⁵⁴⁾。

最後に、(3) 公平性について確認する。Ginn and Blaikie によれば、公平性の要求は、「裁判官に対して、両当事者間において中立であることを要求するもの」とした上で、「仮に裁判官が、自覚的であれ無自覚的であれ、特定の宗教を信仰する当事者を有利に扱った場合、あるいは、無信教の当事者よりも広く宗教信者の当事者を有利に扱う場合、この公平性という価値は、損なわれることとなるであろう」ことを認める一方で、宗教的理由に基づいたからといって、必ずしも両当事者に対して不公平な判断をする危険性があるわけではない、と主張する。そして、このことは、文化、倫理、ジェンダー、階級といった世俗的事由に基づいて判断したからといって、必ずしも当事者に対して不公平な判断とならないことと同様である、と主張している。

(3) 明示的な宗教的論法と黙示的な宗教的論法
裁判官が法解釈をする上で、自らの世界観や価値観が入り込むこと自体はやむをえないとしても、その旨を判決理由中で明示すべきだろうか。

この点、Mark Modak-Truran は、「討議・審議と説明・解釈は、判決を出すまでの過程としては、区別されるべき別個のステージである」ことを指摘した上で、仮に法的に不確定な要素があり、自身の宗教的価値観が影響力を持つような状況であったとしても、それは討議・審議段階に限られ、判決理由自体は世俗的な言語によるものであるべきことを主張している⁵⁵⁾。Modak-Truran は、ア

メリカの憲法学者であり、この理由として、国教樹立禁止原則違反となることを挙げている。

これに対して、Ginn and Blaikie は、「透明性 (transparency)」という観点から、判断の際に宗教的信条に依拠している以上は、その点についても明確に示すべきである⁵⁶⁾、と主張している。

仮に、裁判官が司法判断の中で自らの信仰・信条に基づいた判断をした場合、民主主義を前提とした司法制度の中では、論拠が明確でなければ、適切な裁判批判が不可能となってしまおうであろう。他方で、国家領域に属する機関である裁判所の発する言説が特定の信仰を理由とすることは、すなわち、公的決定理由として宗教的価値観を用いることであり、リベラルな立憲主義の立場からは明確に否定される⁵⁷⁾。Modak-Truran のように、公的判断過程においては宗教的価値観が介在するとしても、公的決定理由からは建前として宗教的価値観を排すべきと解することにも一定の理由があるといえる。

4. 小 括

以上では、裁判官の宗教的論法の適否をめぐる議論について紹介してきた。一つ留意しなければならないことは、裁判官の宗教的論法を擁護する立場であったとしても、全面的にそれを認めているわけではない、という点である。例えば、Ginn and Blaikie は、法的に不確定な状況下で、すなわち、法がなんら紛争の解決策を提示しない場面であり、かつ、特定の宗教的信条を法的分析の代わりに用いるのではなく、矛盾する法的原理を評価するためのレンズとして用いる場合に限って、宗教的論法が許容されるとしている⁵⁸⁾。というのも、特定の宗教的信条を法の代わりに適用することは、当事者に対する特定の信条の強制となってしまうからである。つまり、「法が不確定である場合に、選択可能な選択肢の中から一つを選ぶ中で、自らの宗教的信条に依拠すること」のみが許容される、と主張しているのであり、これは新正幸による主

観的良心説⁵⁹⁾とかなり近いものがある。

Hamillの主張する理論には、理想論としての説得力があることに変わりはない。他方で、純然たる世俗的・中立的判断の不可能性を前提としなければ、現実の裁判官の職務を正確に描き出すことはできない。さらにいえば、そもそも不可能なことを強いる規範論は説得力を持ちえないであろう。

しかし、HamillとGinn and Blaikieとの間には、共通する問題意識が存在する。つまり、当事者に対して特定の信条を強制することは望ましくない、ということである。この点については筆者としても首肯したい。では、仮に裁判官の世俗的・中立的判断が不可能だとして、裁判官が自身の（世俗的なものを含む）信条を強制してしまうことを防止するために何をすべきだろうか。この点については、Ginn and Blaikieによる「裁判官に対して、意図的でなくとも、偏見の可能性に自覚的であり敏感であることを要求すること」⁶⁰⁾という主張が示唆的である。

次章では、かかるGinn and Blaikieの主張を前提として、いかにして裁判官は自らの信仰心・内心について自覚的となることができるか、そしてそれを通じて、（世俗的であれ、宗教的であれ）自らの信条を当事者に不当に押し付けてしまうことを防止することができるかについて検討する。

II 「他者なき他者」の克服のために

1. 「他者なき他者」とは

宗教学者の磯前順一は、「他者なき他者」という言葉を用いて、他人を傷つけてしまうことにつき無自覚な人々について描いている。磯前は、「可傷的性質への自覚を欠くかぎり、彼らの眼には、自分の無意識の行為によって傷つく他者の生身の姿は映っていないのも同然」⁶¹⁾とし、そのような自らの可傷的性質に対して自覚的でない人々、すなわち「他者なき他者」も存在する現実の世界で、宗教が如何なる役割を演じることができるかについて論じている。

裁判官も、「他者」として現前するとき、宗教的であれ世俗的であれ、自らの判示の背景にある信条によって当事者を傷つけてしまうかもしれない。裁判官がそのような自覚をすることは、当事者に対してなんらかの信条を押し付けてしまうことを防止する第一歩となるであろう。この点、Ginn and Blaikieが本稿で参照している論文の中で、仕切りに宗教的信仰と世俗的信条の両者が当事者に対する攻撃となりうることを指摘していること⁶²⁾を踏まえる必要がある。

次項では、裁判官が自らの信仰、思想に対して自覚的となるための具体的方途として、Howard Kislowiczによって挙げられているジャーナリングプロセスおよびロークラークとの討議による手法を紹介することとする。

2. ジャーナリングプロセスによる克服

まずKislowiczは、自らの信仰、思想等について自覚的となるための手段として、ジャーナリングプロセスを利用することを挙げている⁶³⁾。

フェミニズム社会学者のPing-Chun Hsiungによれば、自らの「考え方の手荷物 Conceptual Baggage」—思い込み、信条、背景事情、期待—は、「どの問題を問うか、どの角度から問題が取り上げられるか、どのような社会的現実が追求される価値があるとみなされるか、どの集団の経験が正当化され理論化されるかに影響することによって、知識の生産と再生産に影響を与える」⁶⁴⁾ものであるとされている。これを受けて、Kislowiczは、この「考え方の手荷物」が裁判官の事案の読み方などに影響を与えるであろうことを指摘している。そこで、Kislowiczは、自らの「考え方の手荷物」について検討し、明らかにすべく、ジャーナリングのプロセスを経ることを提案している。ジャーナリングという手法は、臨床心理学等で用いられる手法であり、「書くこと」によって自己理解を深める方法であると説明される⁶⁵⁾。

もっとも、Kislowiczは、現実の裁判官は多くの

事件を処理しなければならないため、一定の時間をジャーナリングに割くことは過度な負担になってしまうだろう、という懸念も示している⁶⁶⁾。

3. ロークラークとの討議による克服

Kislowiczは、次に、他者との対話を通じて自らの「考え方の手荷物」を明らかにする手法を提案している。Kislowiczの主張するところによれば、異なる宗教的伝統を有していたり、異なる政治団体に所属していたり、あるいは、異なる社会経済上の地位を有している者との対話においては、自らの無意識的に前提としている部分に対する批判が発生し、自らの当然視している想定欠点が発見されることが期待される。さらに、Kislowiczが、対話の相手方として、ロークラークを挙げたのは、他の判事の見解を知ることなく対話を行うことができるからである。

しかし、この点についても、Kislowiczは、この裁判官とロークラークとの間の不均衡な力関係が、有意義でありうるような開かれた対話への深刻な障害事由という懸念も示している⁶⁷⁾。

おわりに

以上、カナダの憲法学説上の議論を中心に、裁判官の宗教的論法の適否、裁判官の中立的判断の可能性、そして裁判官が自身の信仰・信条とどのように向き合うべきかについて検討してきた。結論としては、裁判官の中立的な判断は不可能であるが、それでもなお裁判官が宗教的論法を用いることには憲章2条(a)に抵触する危険性は大きいといえるため、ここでなしうることは、まずは裁判官が自身の信仰・信条に対して自覚的となることである。しかし、そのための本稿で挙げた具体的手法については、Kislowiczも懸念を示している通り、最善の策ははまだ見つかっていない。また、裁判官が自身の信仰・信条に対して自覚的であるために、法学教育の段階でなしうることもあるであろう。この点については、引き続き検討をして

いきたい。

また、カナダの憲法学と日本の憲法学とでは、「裁判官の良心」をめぐる捉え方が大きく異なる。というのは、カナダの憲章には、日本国憲法76条3項のような裁判官の良心について明示的に規定する条文が存在しないからである。カナダでは、裁判官の信仰については宗教的中立性の問題として信教の自由を定める憲章2条(a)の問題と解されているため、日本の憲法学上の議論において、本稿で取り上げた憲章2条(a)に関する解釈をそのまま用いることはできない。しかし、その中でも日本の憲法76条3項の解釈問題と類似する点や、従来の客観的良心説に対する問題意識と同様の問題意識は、本稿で確認してきたようにカナダにおいても見られる。宗教的多様性の重要性がより一層高まりつつある今日において、あるべき裁判実務の検討の一端として本研究が役立つことを願う。

注

- 1) 森際康友他「裁判官・検察官の専門職責任」森際康友編『法曹の倫理(第3版)』(名古屋大学出版会, 2019年) 312頁。
- 2) 芦部信喜『憲法(第7版)』(岩波書店, 2019年) 368頁、清宮四郎『憲法I(第三版)』(有斐閣, 1979年) 357頁。また、安西文雄他編『憲法学読本(第3版)』(有斐閣, 2018年)の第16章「裁判所」(宍戸常寿執筆) 320頁においては、「『良心』の意味とは主観的良心か客観的良心かという有名な学説の対立があるが、結局は『裁判官としての良心』を指しているという点で大差はない」と説明されている。
- 3) 愛敬浩二「『裁判官の良心』と裁判官」辻村みよ子他編『「国家と法」の主要問題』(日本評論社, 2018年) 294頁、小淵太郎「裁判官の良心」同『民法学の行方』(商事法務, 2008年) 147頁等。
- 4) Brockie v. Brillinger (No 2) (1999), 37 CHRR D/12 (Ont Bd Inq)。もっとも、実際の事案では、オンタリオ州裁判所において、Brockie氏敗訴でこの事件は終結している。あくまで、ここでの議論は、Diana GinnとDavid Blaikieによって、「仮に上訴された場合」の仮説的な想定を前提としている。
- 5) Diana Ginn and David Blaikie, “Judges and

- Religious-Based Reasoning”, *Constitutional Forum*, vol. 19, no. 2 (2011), pp. 53-64, at pp. 59-60.
- 6) 津地鎮祭判決の追加反対意見を執筆した藤林益三裁判官は、「裁判官の良心」と題された講演の中で、「憲法76条の裁判官の良心の中に、信仰はすでにおり込まれておる。信仰を離して私の良心は成立しない」と述べている。(藤林益三「裁判官の良心」同『藤林益三著作集9 裁判官の良心』(東京布井出版, 1994年) 26頁。)
- 7) 裁判を、被告に対して反省を促す舞台装置として描いた裁判官として三宅正太郎がいる。この点につき、小林史明「三宅正太郎の法思想—『裁判の道』と芸術の関係について」同『法と文学 歴史と可能性の探究』(勁草書房, 2020年) 79頁及び、同章で引用される各文献を参照されたい。
- 8) 世俗主義に基づいて、ただ単純に性的少数者の平等権(憲法14条1項)と宗教的少数者の信仰の自由(憲法20条1項)が比較考量による審査を受けた場合を想定すると、信仰の中に排他性が含まれる宗教の信者の信仰は軽視されやすいであろう。(この点については、*See Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, [2018] 2 SCR 453.) しかし、裁判所の役割は、単に法の適用によって事案を裁断するのみならず、当事者に対する説得という側面もある。そのような観点に着目すると、裁判所が当事者の宗教に対して、一定の理解を示しているか否か、という点は、説得力に大いに影響するように考えられる。この説得力は、世俗主義的な発想が宗教に対して示す排他性を緩衝してくれるだろう。この点については、本稿のⅡの1参照。
- 9) この種の議論の紹介の例として、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107号(2015年) 31頁や同「信教の自由における「法的多文化主義」と合理的配慮—カナダ憲法理論を素材に」法学政治学論究113号(2017年) 139頁、栗田佳泰「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」同『リベラル・ナショナリズム憲法学—日本のナショナリズムと文化的少数者の権利』(法律文化社, 2020年) 235頁等参照。
- 10) *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 SCR 710. [Chamberlain]
- 11) School Act, RSBC 1996, c 412, s 76 (1) は以下のように定める。
「すべての学校及び州立の学校は、世俗的かつ非党派的原理に厳格にしたがわなければならない。」
- 12) *Chamberlain*, at para 19.
- 13) *Ibid.*
- 14) *Ibid.*
- 15) *Ibid.*
- 16) *Chamberlain*, at para 58.
- 17) *See* Jonathan Chaplin, “Beyond Liberal Restraint: Defending Religiously-Based Arguments in Law and Public Policy”, *University of British Columbia Law Review*, vol. 33, no. 3 (2000), pp. 617-646. *See also* David Blaikie and Diana Ginn, “Religious Discourse in the Public Square”, *Constitutional Forum*, vol. 15, no. 1 (2006), pp. 37-50. また、以下で裁判官の宗教的論法を許容しない立場に立つ Hamill もこの点については、賛同している。(See Sarah E. Hamill, “Judges and Religious-Based Reasoning: A Response to Ginn and Blaikie”, *Constitutional Forum*, vol. 21, no. 1 (2012), at p. 15.) 紙幅の関係上、公共空間における宗教的言説については別の機会で詳述することとする。
- 18) *Ibid.*, Sarah E. Hamill, “Judges and Religious-Based Reasoning: A Response to Ginn and Blaikie”, *Constitutional Forum*, vol. 21, no. 1 (2012).
- 19) Richard Moon, “Liberty, Neutrality, and Inclusion: Religious Freedom under the Canadian Charter of Rights and Freedoms”, *Brandeis Law Journal*. vol. 41, no. 3 (2003), pp. 563-574, at p. 563.
- 20) Hamill, “Judges and Religious-Based Reasoning: A Response to Ginn and Blaikie”, p. 16.
- 21) *Ibid.*
- 22) *Ibid.*
- 23) Hamill, “Judges and Religious-Based Reasoning: A Response to Ginn and Blaikie”, pp. 16-17.
- 24) Mark A. Witten, “Tracking Secularism: Freedom of Religion, Education, and the Trinity Western University Law School Dispute”, *Saskatchewan Law Review*, vol. 79, no. 2 (2016), pp. 215-264, at p. 224.
- 25) Witten, “Tracking Secularism: Freedom of Religion, Education, and the Trinity Western University Law School Dispute”, p. 222.
- 26) 近年の世俗主義理解をめぐる整理として、藤本龍児「二つの世俗主義」島蘭進・磯前順一編『宗教と公共空間 見直される宗教の役割』(東京大学出版

- 会, 2014年) 51頁参照。
- 27) Hamill, “Judges and Religious-Based Reasoning: A Response to Ginn and Blaikie”, p. 17.
- 28) *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 SCR 295. [Big M Drug Mart]
- 29) *Big M Drug Mart*, para 94.
- 30) *Ibid.*
- 31) *Ibid.*
- 32) *Big M Drug Mart*, para 95.
- 33) *Ibid.*
- 34) *Big M Drug Mart*, paras 116–123.
- 35) *Big M Drug Mart*, para 130.
- 36) *Big M Drug Mart*, para 142.
- 37) *Big M Drug Mart*, para 150.
- 38) カナダにおける「合理的配慮」の法理については、山本健人「カナダにおける合理的配慮の法理」法学政治学論究110号(2016年)209頁, および前掲注8), 同「信教の自由における「法的多文化主義」と合理的配慮—カナダ憲法理論を素材に—」法学政治学論究113号(2017年)139頁参照。
- 39) Hamill, “Judges and Religious-Based Reasoning: A Response to Ginn and Blaikie”, p. 17.
- 40) *Ibid.*
- 41) *Ibid.*
- 42) *Ibid.*
- 43) *Big M Drug Mart*, para 97.
- 44) Hamill, “Judges and Religious-Based Reasoning: A Response to Ginn and Blaikie”, p. 17.
- 45) Diana Ginn and David Blaikie, “Judges and Religious-Based Reasoning”, at p. 60.
- 46) Howard Kislowicz, “Judging Religion and Judges’ Religions”, *Journal of Law and Religion*, vol. 33, no. 1 (April, 2018), pp. 42–60.
- 47) Kislowiczが依拠している研究について, それぞれ概略を述べる。まず, Donald R. Songerは, 1970年から2003年までにカナダ最高裁判所が扱った刑事事件および市民権に関係する事件を対象としてデータ分析を行っている。刑事事件において被告人と被害者のどちらに有利な判断を下したのか, また, 同期間内に扱われた市民権の関係する事件において原告側と政府側のどちらに有利な評決を行ったのかにつき, カトリック教徒と非カトリック教徒との間には, 判断の差が生じているか否かについて検討している。結論としては, 非カトリック教徒の方が, 刑事事件

の被告人・市民権に関する事件における原告に対し有利な判断を下す割合が大きく, この差が統計的に有意であるとしている。(Donald R. Songer. *The Transformation of the Supreme Court of Canada: An Empirical Examination*. University of Toronto Press, 2008, pp 195–199.) また, Donald R. SongerとSusan J. Tabriziは, 死刑制度, 性差別, そしてわいせつに関係する, 1970年から1993年までに下された約3,900件のアメリカの各州の最高裁判所の裁判例を対象に, 福音派の裁判官と主流派プロテスタント, カトリック教徒, ユダヤ教徒の裁判官との間に評決の差が生じているか否か検討している。結論として, 福音派の裁判官の方がより保守的な結論を導き出す割合が高く, その差も統計的に有意であるとしている。この結果を受けて, Songer and Tabriziは, 以上の統計的分析によれば, 「宗教的所属が, これまでの研究で発見されてきた党派的な価値観とは独立した, 司法的価値観の根拠を示す指標であることを示唆している」と主張する。(Donald R. Songer and Susan J. Tabrizi, “The Religious Right in Court: The Decision Making of Christian Evangelicals in State Supreme Courts”, *Journal of Politics* 61, no. 2 (1999): pp. 507–526, at p. 507.) そして, Gregory C. SiskとMichael Heise, Andrew P. Morrissは, 1986年から1995年までのアメリカ各州の連邦裁判所と巡回区裁判所における信教の自由に関係する裁判例を対象として, 裁判官の信仰する宗教, 人種, 性別, 教育的背景, 政治的信条, 職歴などを変数として, 何が最も評決に影響を与えているかについて分析している。結論としては, 「司法の意思決定に最も顕著な影響を与えたのは宗教——原告の所属する宗教, 裁判官のバックグラウンドにある宗教, そして共同体の人口統計学的にみた宗教」である, と主張している。(Gregory C. Sisk, Michael Heise, and Andrew P. Morriss, “Searching for the Soul of Judicial Decisionmaking: An Empirical Study of Religious Freedom Decisions”, *Ohio State Law Journal* 65, no. 3 (2004), pp. 491–614, at p. 614.) 他方で, その後, SiskとHeiseは, 1996年から2005年までのアメリカ各州の連邦裁判所と巡回区裁判所における国教樹立禁止原則に関係する裁判例を対象として, 分析を行っているが, その結論としては, 裁判官の所属する宗教という変数よりも, 裁判官を指名した政党の方が評決に与える影響としては大きい, と結論づけている。(Gregory C.

- Sisk and Michael Heise, "Ideology 'All the Way Down?' An Empirical Study of Establishment Clause Decisions in the Federal Courts", *Michigan Law Review* 110, no. 7 (2012): pp. 1201-1264, at pp. 1204-1205.)
- 48) Kislowicz, "Judging Religion and Judges' Religions", pp. 45-46.
- 49) この点につき、裁判官は「幾つかの解釈可能性の中から、可及的に法の客観的意味と思われるところを探求し,」「法規定を含む全法体系の客観的意味を探求し, そこから帰結されるところに従って裁判すべきもの」とし、あくまでも客観的良心説を主張する佐藤幸治によっても認められている。(佐藤幸治『日本国憲法論(第2版)』(成文堂, 2020年) 665-666頁。)
- 50) Rosalie Silberman Abella, "The Judicial Role in a Democratic State", *Queen's Law Journal*, vol. 26, no. 2 (Spring, 2001), pp. 573-584, at p. 580.
- 51) Ginn and Blaikie, "Judges and Religious-Based Reasoning", p. 56.
- 52) *Ibid.*
- 53) Abella, "The Judicial Role in a Democratic State", p. 580.
- 54) Ginn and Blaikie, "Judges and Religious-Based Reasoning", p. 56.
- 55) Mark Modak-Truran, "The Religious Dimension of Judicial Decision Making and the De Facto Disestablishment", *Marquette Law Review*, vol. 81, no. 2 (Winter, 1998), pp. 255-288, at p. 285.
- 56) Ginn and Blaikie, "Judges and Religious-Based Reasoning", p. 61.
- 57) 山本健人「国家と宗教」山本龍彦・横大道聡編『憲法学の現在地—判例・学説から探究する現代的論点』(日本評論社, 2020年) 170頁。
- 58) Ginn and Blaikie, "Judges and Religious-Based Reasoning", p. 60. 具体的には、本稿の「はじめに」で挙げた (b) や (b') のような論法は、許容されな
い、とされる。
- 59) 新正幸「裁判官の良心」憲法判例百選(第4版, 2002年) 392頁, 同『憲法訴訟論(第2版)』(信山社, 2010年) 92-93頁。
- 60) Ginn and Blaikie, "Judges and Religious-Based Reasoning", p. 56.
- 61) 磯前順一「〈公共宗教〉再考 排除と複数性, そして世俗主義」島藺進・磯前順一編『宗教と公共空間 見直される宗教の役割』(東京大学出版会, 2014年) 37頁。
- 62) 例えば, Religious-Based Reasoning が世俗的な論理よりも公共空間における言説としては適切ではない, とする主張として, 宗教的な論法が世俗的な論法よりも (1) 「盲信 (leap of faith)」を要求するものであり, 内在的危険性が大きい, (2) 分断を生じさせやすい, (3) 不適切な帰結を導きやすい, とする3点を挙げた上で, それぞれについて検討しているが, 保守主義やリバタリアニズム, フェミニズムなどの世俗的価値観に依拠した論理構成を用いた場合にも (1) ないし (3) の危険は生じるであろうことを指摘している。(Ginn and Blaikie, "Judges and Religious-Based Reasoning", pp. 55-56.)
- 63) Kislowicz, "Judging Religion and Judges' Religions", p. 57.
- 64) Ping-Chun Hsiung, "Conceptual Baggage", *Lives and Legacies: A Guide to Qualitative Interviewing*, accessed May 31, 2022 (<https://www.uts.utoronto.ca/~pchsiung/LAL/reflexivity/baggage>).
- 65) ジャーナリングの具体例については, 中島妃佳里「ジャーナリングの意義とその方法」関西大学臨床心理専門職紀要3巻(2013年) 21頁以下参照。同論文では, アートセラピーの手法としてのジャーナリングの具体例が紹介されている。
- 66) Kislowicz, "Judging Religion and Judges' Religions", p. 58.
- 67) *Ibid.*