

[特別論文]

宗教的共同体の構成員資格に関するルールへの介入

— カナダ憲法に基づく— 考察 —

山 本 健 人

．はじめに

宗教的共同体の内部紛争への司法的介入という問題はあえて強調する必要がないほどに重大な問題として認識されている¹。この問題と関連しつつも、日本において十分には取り上げられていないと思われるのが、いわゆる「マイノリティの中のマイノリティ」問題である。これは、一般に「集団の権利」に親和的とされる多文化主義²を批判する文脈で注目されたものであり、オキン (Susan Moller Okin) に代表されるフェミニズムの論客が、多文化主義に基づき共同体の (文化的・宗教的) 独自性を尊重することは、「女性にとって悪である」、とする議論を展開したのである³。たとえば、ある共同体⁴の構成員資格 (membership) に関するルールが男性に優位に設計されており、女性が不利になっていること等が問題となる。ここでは、男女平等や個人の自律といったリベラリズムの要請するものに合致しない共同体のルールや実践を尊重することを問題視し、共同体をリベラル化するよう国家が介入することが目論まれている。したがって、この批判は、何も女性 — ジェンダー論 — に限定されるわけではなく、より抽象的には、リベラリズムに基づく「我々の (憲) 法文化」に合致し

ないような共同体のあらゆる実践に当てはまる⁵。たとえば、(後述するケースだが) ある宗教的共同体では個人所有を一切認めない共同所有原則を信仰の核心としている。ここでは、個人の財産権が否定されており、もし、当該共同体から離脱あるいは追放されれば、財産を持たないまま共同体を出ていかなければならない。さらに、そのような厳しい共同所有原則が、個人の改宗という意味での信教の自由を事実上制約しているともいえるかもしれない。

そして、このような共同体の構成員資格に関する紛争が裁判所に持ち込まれることがある。このような問題に直面した裁判所は、あるジレンマに陥る。裁判所が共同体の差別的・抑圧的ルールを支持すれば、裁判所は当該構成員の差別に加担することになるし、反対に裁判所が特定の構成員資格に関するルールを禁止することは、共同体あるいは共同体の構成員の憲法上の権利——信教の自由及び結社の自由等——への介入となりうる、というジレンマである。つまり、宗教的共同体の内部紛争への司法的介入を回避すれば、宗教的共同体の自律を尊重する一方で、共同体内のマイノリティ(とりわけヴァルネラブルな構成員)に対して抑圧的なルールを尊重することになってしまうのである。

本稿では、「マイノリティの中のマイノリティ」問題を念頭に置きつつ、宗教的共同体の内部紛争への司法的介入について新たな知見を得ることを目的に、宗教的共同体の構成員資格に関するルールをめぐるカナダの判例及び判例を起点に展開される議論を検討する。構成員資格に関するルールに着目するのは、共同体が、所属する者とそうでない者を分け、構成員資格に付随する利益を享有する者を決定するがゆえに、共同体のアイデンティティと密接に関連しているからである⁶。カナダを対象とするのは、憲法上に多文化主義条項⁷を持ち、判例・学説においても多文化主義が意識されており、この種の問題について興味深い議論が展開されているからである。なお、カナダにおいては、裁判所が宗教的共同体の内部紛争へ介入す

ることは司法権の（内在的）限界の問題とは捉えられていない⁸。裁判所は、「宗教的中立性ないし宗教的実践に対する国家からの強制的禁止」等を理由に、敬謙的な態度を示している⁹、と理解されている¹⁰。しかし、そうしたカナダにおいて、判例上一定の場合に、手続的な、場合によっては実体的な宗教的共同体のルールへの介入が為されているのである。本稿では、共同体の自律に手続的公正を課するという手法について（ ）、そして、手続的介入を超えて実体的な介入を行うということについて（ ）、検討を行う。

・ 宗教的共同体の自律と手続的条件

理論家の多くは、共同体の構成員に「離脱の自由」があれば、共同体による構成員に対する不合理な抑圧を許容し、共同体の自律を尊重すべきとする議論を展開する。その代表的論者であるクカサス（Chandran Kukathas）は、「もし個人が共同体の中で生きることを望み、不当に扱われることに従っていたとしても、個人が自由に [共同体から] 離れることができるのであれば、不正義についての我々の懸念を減少させる」と述べる¹¹。しかし、このような離脱の自由を核心とした理論構成には根強い批判がなされている¹²。その一つが、離脱の自由の現実的な行使可能性についての懸念である。大半の共同体は離脱に関して様々な条件を設定するが、中には非常に過酷な条件を課すものもあり、その過酷な条件が当該共同体の宗教的信念と密接に結びついていることがある。

カナダにおいては、フッターライト（Hutterite）と呼ばれる宗教的共同体からの追放をめぐってこのような問題が提起された。そしてカナダ連邦最高裁判所は、共同体の構成員資格に関するルールそれ自体ではなく、共同体からの追放や加入等まつわる形式的・手続的条件について判断するという戦略を採用したのである。

1. フッターライトとは

まずは、あまり馴染のないフッターライトという宗教的共同体について簡単に紹介しておく¹³。フッターライトは、日本でもよく知られたアーミッシュに近い信仰体系を有する宗派であり、1528年にフッター (Jacob Hutter) を指導者として東欧で誕生し、19世紀後半に迫害を逃れるために北米に渡った。再洗礼派であり、近代的なものを部分的に拒否し、絶対的平和主義を採用する。なお、アーミッシュに比べると近代的なものの拒否は徹底しておらず、自動車等も利用しており、自動車免許と信教の自由をめぐる憲法訴訟を提起したこともある¹⁴。このフッターライトは、60名~160名ほどの構成員からなるコロニーで自給自足の共同体生活を送り、構成員が増えるとコロニーを分割し、移住する。また、その歴史的経緯 (迫害から逃れるために集団で一致団結して移動したこと) から、共同所有原則を信仰の核心としており、多くのコロニーでは、共同所有原則を維持するために土地を管理する法人を設立し、財産を共同所有とする定款 (the articles of association) を作成している。

2. 同意の観念 — ホファー判決

カナダ連邦最高裁判所は、1970年のホファー判決 (Hofer v. Interlake Colony of Hutterian Brethren)¹⁵ において、共同体から離脱する際に、一般的な法原則に合致しない共同所有原則に、離脱する者 / 追放された者が従わなければならないか、を判断することとなった。本件は、1982年の憲章制定¹⁶以前の判決であるが、この種の問題についての数少ない連邦最高裁判決であるため、リーディングケースとして理解されている。

上述の通り、フッターライトは私的所有を認めず、全ての財産は共同体とその構成員全員のために利用するという生活様式を宗教的価値観として有する共同体である。本件で問題となったインターレイク・コロニーも、この目的を達成するために法人を設立し、構成員の財産を共同所有として

おり、新たなメンバーがコロニーに加入する場合、加入を望む者たちには法人の定款に同意する旨の署名をすることが求められた。そして、当該定款には、フッターライトの信仰を共有していることが、コロニーにおける構成員資格を持ち続ける条件であることが、明確な文言で記載されていた¹⁷。本件は、コロニーのある構成員4人が、異なる宗教に改宗したため、コロニーから追放されたことに端を発する。追放された4人は、追放決定の不当性とその財産の平等な配分等を求めて訴訟を提起した。

法廷意見を執筆したリッチ（Roland Almon Ritchie）裁判官は、「フッターライトの生活様式が大半のカナダ人のそれと同様のものではないことは疑う余地がない。しかし、……コロニーの中で生まれたり、自ら選択したりすることによって、このような厳格な生活様式に賛同し、フッターライト教会の過酷な規律に自ら服するあらゆる個人は、自由にそうしている、と私にはみえる。私は、彼らが自身のルールと信念に従って、そのような共同体的な生活実態を続けることが公序良俗に反しないと考えることができる」と述べ、追放された4人の構成員が当該定款に記載された共同体の構成員資格のルールに同意していたことに着目し、彼らの主張を退けたのである¹⁸。

このリッチ裁判官の法廷意見によれば、フッターライトの共同体は広範な自律権を有することになるが、当該自律は、「同意の観念（the notion of consent）」によって条件付けられることになるのである。キスロウィック（Howard Kislowicz）は、「共同体の構成員の文書による同意がなければ、フッターライトの共同所有の原理及びその生活様式は是認されなかつただろう」と指摘する¹⁹。

なお、ピジョン（Louis-Philippe Pigeon）裁判官の反対意見は、「信教の自由²⁰は、自身の宗教を変更する個人の権利を含むものである」。教会は他の自発的結社と同じように彼ら自身が望むルールに基づいて設立することができるが、「信教の自由は、教会の構成員の改宗という基本的な自由

を妨げるようなルールを作ることはできない、ということの意味する。私
の見解では、フッターライトが試みていることはまさにこのことである……」
と法廷意見を批判する²¹。

本判決によりカナダ連邦最高裁は、共同体から離脱する / 追放される場
合に共同体のルールに拘束させるためには、共同体の構成員が共同体の構
成員資格に関するルールに同意していなければならない、とする原則を提
示したことになる。そして、この原則はその後の判例の中でも重視されて
いく。

3. 手続的公正 — レイクサイド・コロニー判決

カナダ連邦最高裁は、1992年に再びフッターライト共同体から生じた
事件を判断することになる。このレイクサイド・コロニー判決 (Lakeside
Colony of Hutterian Brethren v. Hofer)²² は、上述のホファー判決と異
なり、改宗の自由というような信教の自由が直接問題となった事例ではな
い。本件では、豚の餌箱 (Hog-feeders) の特許に関わる論争を背景に²³、
レイクサイド・コロニーによって行われた構成員に対する追放処分が争わ
れた。レイクサイド・コロニーによって、追放が決定された元構成員ら
がもはや当コロニーの構成員ではないことの宣言と、土地等の明渡しが求め
られたのである。

最高裁の法廷意見は、まず、当該共同体は自発的なものであり、そのメ
ンバーは当該共同体の定款に同意しており、当該定款が、フッターライト
の信仰に背いた者を当該コロニーから追放する権限を規定していることを
認める。しかし、にも拘らず、誠実 (in good faith) に行動し、自然的
正義の原則 (principle of natural justice) に従うことが要求されると判
断した²⁴。ここで法廷意見のいう自然的正義の最も基本的な要求は、「告知、
聴聞の機会、非偏頗的な裁定 (unbiased tribunal)」である²⁵。なお、自
然的正義の原則の根拠について法廷意見が明言することはないが、判例法

理あるいは法の一般原則から導かれていると推測される²⁶。キスロウィックによると、このような原則は、後の判決で「手続的公正の義務 (duty of procedural of fairness)」として描かれるものである²⁷。そして、レイクサイド・コロニーの行った当該追放手続が手続的公正の要請に反している——告知、聴聞の機会がなかった——として、当該追放を無効と判断した²⁸。なお、法廷意見は、一般にこのような介入をするのではなく、当該共同体の構成員資格の問題に「財産的ないし民法 (civil law) 上の権利」が関係する場合にのみ介入すると付言している。

ここで最高裁が採用したのは、公正な手続の保障という観点からの介入であり、コロニーによる追放の決定そのものについての判断は行わないが、当該追放手続が自然的正義（手続的公正の義務）に従っているかについては判断するという戦略であった。本判決において、共同体は追放手続を実行する際に自然的正義の原則を遵守しなければならない、という原則が提示されたと同時に、このような手続的介入は、「財産的ないし民法上の権利」が関係する場合にのみ為されるということが明らかにされた。これらの原則も後の判例のなかで援用される。

4. 若干の検討

ホファー判決とレイクサイド・コロニー判決を通して、カナダ連邦最高裁は共同体の自律を一定程度認めながらも、共同体に対して、共同体の構成員が共同体の構成員資格に関するルールに同意していなければならないとする原則と、共同体は追放手続を実行する際に手続的公正の保障として理解される自然的正義を遵守しなければならないとする原則から為る手続的条件を課すという判例法理を形成した。最高裁のこのような立場は、特定の共同体の構成員資格に関するルールへ過度に介入することなしに²⁹、いくらかの個人の権利を保護することを可能にする。つまり、このアプローチは、構成員資格に関するルールに何らかの方法で構成員が同意しており、

最低限の手続的公正の要請に合致している場合、当該ルールの実体的要素を共同体が決定することを許すのである。

しかし、何故明らかに抑圧的な、一見して個人の権利を否定するような共同体のルールについて裁判所は実体的な判断をすべきでないのだろうか。ここで問題となっているのは（次章で検討する正統派ユダヤ教の離婚をめぐるルールを含め）、明らかに平等や信教の自由に反するような宗教的共同体のルールである。共同体に信教の自由等に基づく自律権があるとしても、構成員にも各自の権利があるはずである。また反対に、宗教的共同体からの離脱の障壁は、裁判所の介入が必要なほどに困難なものなのだろうか。以下この点について、若干の検討を加えたい。

(1) (過酷な) 追放ルールの正当化

ホファー判決において問題となったのは、非常に厳しい財産的条件を課すことで実質的に改宗を妨げていると思われるフッターライトの宗教的教義であった。こうした問題について、キムリッカは、「対内的制約 (internal restriction)」と「対外的防御 (external protections)」を区別する思考方法を提示する。「対内的制約」とは、集団が自らの集団のメンバーに対して行う権利要求であり、文化的伝統や宗教上の正統教義の名の下に市民的・政治的諸権利を制約することを意図しているものである。「対外的防御」とは、集団が外部の主流社会に対して行う権利要求であり、より強い政治的経済的力をもつ外部の決定から集団を保護することを目的とするものである。彼の立場は、「対内的制約」は認められないが、「対外的防御」は認められるとするものである³⁰。個人の自律を基礎に据える彼のリベラルな多文化主義観によれば、対外的防御は個人の自律を保障することと首尾一貫するが、対内的制約はそうではないのである。そして、「対内的制約」の観点からキムリッカはホファー判決におけるビジョン裁判官の立場を擁護する³¹。キムリッカは、この問題を、自身の見解を洗練させる

個人の権利——信仰を変更する権利——と特定の善き生を採用する集団の権利との衝突と位置付ける。

しかし、このキムリッカの見解は多くの論者によって批判されている。もっとも強力な批判を展開するニューマン（Dwight G. Newman）は、ピジョン裁判官やキムリッカの見解は、当該共同体に対して信念に関する取り決めを捨て去れということの意味し、集団の存続という目的を止めよというに等しいという³²。すなわち、もし政府によって共同体の規範が修正されれば——たとえば、裁判所が排除されたメンバーに対してコロニーの財産を配分すると決定したら——、そこでは「集団の非個人的利益」——本件では、財産は共同で保有するというコロニーの共通の宗教的信念を形成する能力——が犠牲にされている。そのような利益が毀損されるとき、個人は、集団の価値ある構成員資格を形成する手段を失うことで苦しむのである。彼が強調するのは、特定の様式に他者とともに参加することによってのみ実現可能な善き生の構想が存在する、ということである³³。ニューマンの見解からすれば、キムリッカの立場は個人の自律を暗に制限している。すなわち、ある個人が、自身の宗教的見解の変更を制限するようなルールに同意することが制限されているのである。

また、ホワイト（Stuart White）は、キムリッカの二分法ではなく、より詳細に離脱／追放ルールの正当性を検討するための三段階考察を提示する³⁴。まず、第一段階として、追放に関するルールが当該共同体の目的と合理的に結びついているのであれば、当該ルールは弱い正当性の推定を受ける。次に、第二段階として、当該ルールが追放される者の「機会利益（opportunity interests）」——たとえば、福祉や教育へのアクセス権、財産の配分等——に悪影響をあたえるのであれば、正当性をもたないことが推定される。そして、第三段階として、機会利益に悪影響を与える場合、追放に関するルールが、共同体の構成員の「純一性利益（integrity interest）」——良心の自由ないし表現の自由等、自身の善き生の構想を追

求するための個人の能力に係るもの——を保護することに仕えているのであれば、正当化される。すなわち、たとえば、もしある個人らが、自身の宗教は同じ信仰を共有する他者と共同で実践することで最もよく表明されると信じていれば、共同体の組織からその信念を有さないメンバーを追放するルールを正当化することができる。したがって、ホファー判決においては、フッターライトのルールが正当化されるのである。

ニューマンとホワイトは、ともに共同体の追放の権利 (rights to eject/exclude) を認めようとする論者である点には注意が必要であるが、彼らの議論は示唆に富む。もっともリッチ裁判官の法廷意見が、「同意の観念」を課したのみで、共同体の構成員資格に関するルールについて判断しなかったのに対し、ホワイトが、当該ルールを正当化できるかを判断する枠組みを提示した点には注意が必要である。彼の立論に従えば、共同体の目的に合致したルールであっても、構成員の機会利益に悪影響を及ぼし、純一性利益の保護に仕えないのであれば正当化されない。この点で、ホワイトはキムリッカよりも共同体のルールを正当化する余地を拡大するものの、実に多様な個人の善き生の構想に仕えないような共同体の制約は容認しない点で、単なる手続的条件の議論を超えている。

このようなホワイトの立論全体に同意できるかは別にして、実に多様な——特定の様式に他者ととともに参加することによってのみ実現可能なものも含む——個人の善き生の構想に安易に介入すべきではない、というのが手続的介入のみを許容する有力な理由の一つといえるだろう。

(2) 離脱の障壁

ホファー判決では、離脱/追放に際して、財産が個人に配分されない共同所有原則が問題となった。これは上述のように離脱に関する財産の障壁であり、ピジョン裁判官やキムリッカは、このような障壁が実質的には個人の改宗の自由を制約すると捉えたのである。これに対して、レ

オム（Denise G Reaume）は財産的障壁を強調する分析には誤りがあるという。すなわち、「政府は、追放された構成員も申請可能な様々な所得支援プログラムを用意して」おり、フッターライト共同体の構成員も税金の負担という形で、「追放されたメンバーの追放後の緊急の必要に関する救済」に適切に貢献しているとも論ずることができる、と述べる³⁵。つまり、共同体の自律を強く認める結果がもたらす過酷な状況を軟化させる政府の様々なメカニズムが存在する、というのである。とすれば、ホファー判決で問題となった過酷な財産的障壁は離脱の権利行使にとって重大な制約ではないことになる。

しかしそれとは別に、リットマン（Oonagh Ritman）³⁶ やムーン（Richard Moon）は、離脱の「社会心理的（socio-psychological）」障壁という問題を指摘する。たとえば、ムーンは、社会関係資本の観点からみた、離脱の障壁を次のように説明する。「宗教的共同体が偏頗的なものであるとすれば、たとえ自由に離脱できるとしても、共同体の外での生活をイメージすることはできない。しかもその共同体内で生まれた者は、友情や親愛の結びつきによって共同体に拘束される。すなわち、物理的障壁がわずかである場合でさえ、自らのアイデンティティと結びついている共同体からの離脱は困難」なのである³⁷。リットマンは、このような社会心理的障壁の問題に取り組むことは、政府の領分を超えていると論じる³⁸。果たして、政府の領分を超えており、このような障壁を軟化することへの取り組みは不可能だとしてよいか悩ましいところではあるが、本稿ではこうした問題の所在を指摘するに留める³⁹。

いずれにせよ、離脱の自由を形式的に認めれば良いという理論構成には難点があり、プラスアルファの条件を求めたり、その条件の遵守をチェックすることが必要となろう。カナダ最高裁は、その方法として、手続的な介入という手法を原則としているが、次章ではそれを超えている、とされる手法について検討する。

． 宗教的共同体の実体的ルールへの「間接的な」介入

2007年に下されたブリュカー判決において、連邦最高裁は、宗教的共同体のルールへの実体的な介入を行ったと指摘されることがある。しかし、宗教的共同体の実体的ルールに司法が介入することは、共同体の自律を損なうものであり、過度な介入であると考えられる。実体的ルールへの介入は如何なる形で行われたのだろうか。ブリュカー判決は、正統派ユダヤ教の離婚に関するルールが問題となったものであるから、まず、正統派ユダヤ教における離婚の仕組みについて簡単にみた上で、ブリュカー判決をやや詳細に検討することとしたい。

1. 正統派ユダヤ教上の離婚

正統派ユダヤ教上の離婚が成立するためには、夫がラビの下で離婚許可状 (get) を発行し、妻がこれを受け入れなければならない。この離婚許可状がなければ、ユダヤ教上は婚姻が継続していることになり、ユダヤ教徒の女性は「鎖のついた妻 (agunah/chained wife)」と呼ばれ、ユダヤ教上再婚することができない。さらに、離婚許可状を得ることなく、別の男性との間に子供をもうけた場合、その子供はユダヤ教上、「非嫡出子 (mamzerim)」となる。ユダヤ教上のスティグマであるこの身分の者は、同じスティグマを持つ者同士でしか結婚できない。このような極めて男女不平等な規定について、多くのユダヤ教共同体が問題視しており、大半のユダヤ教徒は、離婚許可状の発行に応じているが、そうしない者もいる。

このようなルールについて、ブリュカー判決以前に、離婚許可状の発行を世俗の裁判所に求めることについては司法判断適合性がない、と判断されていた⁴⁰。

なお、連邦議会は、1990年に連邦離婚法⁴¹の一部を改正し、配偶者の一

方の主張に基づき、宗教上の離婚に関する障害を取り除かない限り、離婚に関する権利行使を制限する規定を導入した (s. 21.1)。具体的には、改正連邦離婚法 21.1 条は次のような内容をもつ。まず、配偶者 A (夫婦の内一方を配偶者 A、もう一方を配偶者 B と訳出した) は、「書面で、自身の宗教において、再婚を妨げるあらゆる障害のうち、配偶者 B の支配下にあるものについての除去を配偶者 B に要求した」にも拘らず、「配偶者 B が……再婚を妨げるあらゆる障害で、配偶者 B の支配下にあるものの除去を怠った」ことを示す宣誓供述書 (affidavits) を、配偶者 B に対して送付し、裁判所に提出することができる (s. 21.1 (2) (e), (g))。そして、ここで提示された障害が取り除かれない場合、裁判所は、「この法律に基づく配偶者 B によるあらゆる申立てを却下」し、「この法律に基づく配偶者 B によって提出されたあらゆる訴答書面 (pleadings) および宣誓供述書を無効」とすることができる (s. 21.1 (3) (c), (d))。もっとも、「再婚の障害を取り除かないことが真に宗教的ないし良心的な理由」に基づく裁判所が認定すれば、裁判所は 21.1 条 (3) (c) 及び (e) に基づき無効としなくてもよい (s. 21.1 (4))。ただし、「宗教的な再婚の障壁を取り除く権限が宗教的組織あるいは聖職者にある場合、21.1 条は適用されない」(s. 21.1 (6))。

この条項の主な狙いは、離婚許可状の発行を盾に、その他の離婚条件の譲歩を迫ることを防ぐことである。実際問題として、宗教的な再婚の障害を取り除かない配偶者 — 正統派ユダヤ教の場合、離婚許可状の発行を拒否した男性 — は、財産の分配や子供の親権 (custody) について裁判所に申し立てる機会を失うことを意味する。この離婚法の改正を分析するフィッシュバーン (Lisa Fishbayn) によれば、この規定の挿入は、多数のユダヤ教共同体の組織の支援と正統派ユダヤ教徒の女性の努力によって為されたのである⁴²。

2. ブリュカー判決 (*Bruker v. Marcovitz*)⁴³

(1) 事実概要

1969年にブリュカー (Stephanie Bruker ; 妻) とマルコビッツ (Jason Marcovitz ; 夫) はケベック州で、世俗的法律及びユダヤ法に基づき、結婚したが、11年後の1980年、ブリュカーによって離婚手続が開始された⁴⁴。両者はそれぞれの弁護士と共に、離婚に伴う付随的救済 (Corollary Relief)⁴⁵ に合意した (なお、本稿では「同意」と「合意」を質的に同等のものとして用いる)。この合意には、二人の子供の親権、養育費の支払いの他、離婚が成立すると直ちにラビの下に行き、ユダヤ法上の離婚許可状 (get) を発行することが含まれていた。しかし、マルコビッツは15年に渡り、この離婚許可状の発行を拒否した。ブリュカーはマルコビッツの義務違反を理由に1989年に損害賠償請求手続を開始し、マルコビッツは1995年になってようやく離婚許可状を発行するが、ブリュカーは損害賠償の請求 (\$130,000) を継続した。

(2) アベッラ裁判官法廷意見

アベッラ (Rosalie Silberman Abella) 裁判官は、自身の法廷意見を貫く方針として、「民族的・宗教的・文化的差異の認識と尊重という承認を伴う」多文化主義に対するカナダのコミットメントから、カナダ人は「差異を持つ権利を保障されている」とした上で、しかし、この権利は「カナダの基本的価値」と共存しなければならず、その共存性の判断は、「複雑で、ニュアンスに富み、特定の事実に依存」する、と述べる (at paras. 1-2)。

アベッラ裁判官は、本件の争点を「マルコビッツに課せられた義務が、ケベック法上有効で拘束力を有する民法上の債務であるか、もしそうだとした場合、マルコビッツは彼の信教の自由の侵害を理由として、自身の債務不履行の責任から逃れることができるか、である」とした上で、宗教的問

題が関わる場合であったとしても、「民法上の権利ないし財産的権利 (civil rights or property right)」が関わっている場合、宗教的教義に関する判断を為さない方法で、司法判断を行いうるし、そうしてきたという (at paras. 40-45)⁴⁶。また、アベツラ裁判官によれば、離婚許可状を発行することによって、宗教上の再婚に関する障害を取り除くことは、成人である二人 (とその弁護士) の間で行われた交渉によって法的に執行されることを意図して自発的に行われたものであるから、本件は教義的な宗教的信念を司法審査で扱うわけではない (at para. 47)。

アベツラ裁判官は、民法上の契約の有効性について以下のように述べる。ケベック民法 (Civil Code of Québec)⁴⁷ は、道徳的債務、法的債務、自然債務の3つの種類の債務を認めており、このうち、本件に関係するのは道徳的債務⁴⁸と法的債務⁴⁹である。また、民法は「道徳的債務を法的に有効で拘束力のあるものに変換することを妨げておらず」、民法上の契約は、「契約する能力を有する人の間での同意の交換のみによって形成され」、契約の本質は、その有する「コース (cause) と対象 (object)」であるところ⁵⁰、本件において、「当事者間の同意と能力については疑う余地がなく、「彼らの宗教的信念と世俗的権利の双方に従って、再婚を自由にするという相互の要求」というコースについても争いはない (at paras. 48-53)。しかし、マルコビッツは、世俗法を用いて、再婚を許可することを目的に、「ユダヤ法に則った離婚を成立させるためラビの法廷に向かう」という契約の「対象」は、自身の信教の自由を侵害しているので、公序良俗に反すると主張する。「公序良俗に反するもの、および、法によって禁止されているもの」を対象とした契約は無効であるが、公序良俗は、時と共に変化するものであり、民法上の明確な基準もない (at paras. 54-62)。そのため、アベツラ裁判官は公序良俗に反しているか否かは、ある契約が「我々の法、政策、民主主義的価値に一致している程度」に基づくことになると述べた上で、連邦離婚法の改正は、連邦議会の「再婚に対する宗教上の障

害を取り除くことを奨励するという明確な意図を明らかにしている」ので、「マルコピッツに課せられた債務は公序良俗に反しない」と判断する (at paras. 63-64)。なお、アベツラ裁判官は連邦離婚法改正の経緯と意義についても言及している (at paras. 7-8)。

さらに、マルコピッツは信教の自由に基づき、当該民法上の債務の履行を怠った責任から免除されるべきであると主張するが、アベツラ裁判官は、彼が離婚許可状を発行しないことに宗教上の理由は見られないため、彼の信教の自由は一応の制約もされていないと述べる (at paras. 65-68)⁵¹。加えて、信教の自由は絶対無制約の権利ではないこと (at paras. 71-72)、

1990年の連邦離婚法改正が示しているようにカナダの法システムは、「ユダヤ教徒の女性が離婚許可状の発行拒否によって不当に屈辱 (indignity) を与えられている」ことを承認するべきではないことを理由に、たとえ、マルコピッツの主張が真摯な信仰だったとしても、その主張は当裁判所の判例法理およびケベック憲章⁵²によって退けられるとする。すなわち、「平等権の保障、結婚及び離婚する独立した能力 (independent ability) を有するユダヤ教徒の女性の尊厳、有効かつ拘束力を有する契約による責務を執行するという公の利益」は、当該合意が信教の自由を制約するという主張に勝るのである (at paras. 81-82, 92-93)。そして、損害賠償について、再婚を阻まれたことにより1年毎に\$2,500、子供を持つこと阻まれたことにより\$10,000の計\$47,500を認定した第一審の判断を是認する (at para. 99)。

(3) デシャンブ裁判官反対意見

以上のアベツラ裁判官の法廷意見に真っ向から反対するのがデシャンブ (Marie Deschamps) 裁判官による反対意見である。

デシャンブ裁判官は、裁判所は、確かに、宗教的なものであったとしても、法に基づき完全な民法上の契約となっているもの⁵³については判断可

能であるが、離婚許可状の発行とそれによる宗教上の離婚はユダヤ法によって運営されており、「国家はこのような領域に介入してはならない」という。さらに、アムセルム判決を引用し⁵⁴、国家が宗教上の教義に関する判断を行うことは禁止されているとする（at para. 130）。彼女は、裁判所は「消極的な」意味を超えて宗教に関わるべきではないという意味での「国家の中立性」を強調し、カナダの採用する多文化主義、良心及び信教の自由、平等権の基本的価値は、宗教的教義が関係している場合、裁判所が中立を維持していることで、全てのカナダ人に保障されるのであり、「この中立性は、異なった宗教の共存に関する裁定者としての、あるいは、権利紛争をどのように調整するかを決定する、裁判所の役割を果たすために必要な正統性を与えるのである」と述べる（at paras. 101-102）。

デシャンブ裁判官の立場では、本件は司法判断適合性がないので、この時点で却下判決となるが、その他の論点——民法上の契約の有効性や損害賠償の認容——に関する法廷意見の立場についても反論を加えるため、それぞれの点について意見を述べている。

民法上の契約の有効性については、法廷意見と同様に契約の「対象」を問題とするが、デシャンブ裁判官は、契約の形成には、当事者が「法的作用（juridical operation）」を期待したことも必要であると述べ、「裁判官は、当事者が法的作用に相当するメカニズムに合意したのかを決定しなければならない」という。彼女によると、法的作用とは、売買やサービスの提供、賃借やローン等であり、「離婚許可状を発行するためにラビの前に出向くこと」は、「法的作用」ではない。宗教上の離婚許可状を得ることは、法的な性格を欠いているのである。つまり、宗教上の離婚への同意ないし宗教上の離婚それ自体が成立するか否かは宗教上の問題であって、民法（あるいは民法上の地位）に影響を及ぼさないため、当該合意は、「当事者が民法において認識されている作用に合意したものでなく、法的作用が見込まれるものではないから、民法上有効な契約ではないと結論付

けるべきなのである (at paras. 168-176)。

そして、そもそも本件は司法判断に適しておらず、契約法上も有効なものと考えられないにも拘らず、法廷意見が、それを認め損害賠償を認容していることにも批判を加える。デシャンブ裁判官によれば、損害賠償の認容には問題がある。ブリュカーの要求する損害賠償は、「彼女の特定の宗教的信念の遵守が根拠となって」おり、確かにカナダ連邦政府もケベック州も信教の自由を認めているが、それは、「裁判所が他者に対して特定の宗教的行為を強制する手段としてでも、何らかの宗教的行為を行わなかったことによる制裁として利用するため」でもないのである。また、離婚許可状が発行されなかったことによる損害は、ブリュカーの「宗教的共同体内での地位ないし立場」に由来するものであり、カナダ社会における法的な地位や立場に関する損害は何ら発生していないと述べる。最後に、デシャンブ裁判官は法廷意見が、宗教的な教義に踏み込んでいるとの認識から、次のように指摘する。裁判所の役割は世俗の法を適用することであって、宗教的な義務について判断することではない (at paras. 177-180)。裁判所が世俗の権威を利用して、「離婚許可状の発行を拒否したこと、イスラム教の結納金 (mahr) の支払いを怠ったこと、子供を特定の宗派として育てなかったこと、ヴェールの着用を拒否したこと、宗教的祝日を祝わなかったこと等」を理由に制裁を与えることはできないはずである、と (at para. 184)。

3. 若干の検討

(1) 両意見の整理

まずは、ブリュカー判決のアベッラ法廷意見とデシャンブ反対意見について整理しておくこととしたい。両意見は、司法判断適合性の有無、民法上の契約の有効性、という公法と私法に関する主要な争点で完全に対立している。

ここで注意が必要なのは、アベッラ裁判官も、少なくとも判決文中において、裁判所が宗教的教義の判断をすべきでない、と述べている点である。アベッラ裁判官が意図していたのは、民法上有効な契約の一要素として宗教的な教義を組み込むことが可能であり、本件で争われているのは民法上有効な契約の不履行を理由とする損害賠償請求であるから、これは法的に執行可能なものであって、結果的にマルコピッツはユダヤ教上の離婚許可状を発行しなかったことで損害賠償を支払わなければならないが、裁判所が教義判断を行って離婚許可状という仕組みの是非について判断したわけでも、離婚許可状の発行を強制したわけでもなく、あえて言えば、本件のような合意をした以上、特定の宗教的行為を為すことを間接的に強制することになる、というものであろう。なお、ブリュカーが、離婚許可状の発行そのものではなく、離婚許可状の発行を含む契約の不履行に対する損害賠償請求という訴えを選択したことも、法廷意見の立場を導いた要因であると考えられる⁵⁵。

デシャンブ裁判官からすれば、そもそも、民法上有効な契約に変換可能なのは、民法上の権利義務ないし地位に影響を与えるもののみであって、本件では「宗教的共同体内での地位ないし立場」のみが問題となっており、カナダ社会における法的な地位や立場は何ら問題になっていないのである。そして、宗教的共同体内でのブリュカーの地位について国家は何ら権限を持っていないはずである、ということになる。

チョードリー (Sujit Choudhry) は、この両意見がともに多文化主義の思想を反映させながらも、多文化社会における裁判所の役割についての見解を対立させていると説く⁵⁶。つまり、アベッラ裁判官は、適切な状況において、裁判所（あるいはより広く政府）は宗教的教義に関与することができ、またそうすべきであると捉えており、デシャンブ裁判官は、裁判所は宗教的共同体の教義に関わりを持たないことで、多様な宗教が共存する多文化社会における裁判所の権威を保つことができると考えている、と

ということになる。本稿冒頭で述べた通り、宗教的共同体の内部秩序に対する自律を強く認めると、当該共同体構成員——とりわけ、女性や子供といったヴァルネラブルな構成員——の権利の抑圧という問題が生じうる。もちろん多文化主義には様々な構想がありうるが、「個人主義的リベラリズムを基調とする多文化主義」を採用するカナダにおいては⁵⁷、集団の実践を単に容認すれば足りるというわけにはいかない。カナダが多文化主義を国是として導入することを宣言した1971年のトルドー（Pierre Elliott Trudeau）首相による議会声明では、「強調しておきたいのは、二言語の枠内における多文化主義政策は基本的には個人の選択の自由を尊重する政策だと政府が考えていることだ⁵⁸」と述べられている。また、「カナダの多文化主義」は、その対象を「民族」から「個人の属性」へと拡大しつつも、このような性質は現在も変容していないと考えられる。とすれば、アベッラ裁判官の立場の方が、「カナダの多文化主義」の理解には親和的であるといえそうである。

もっとも、「民法上の権利ないし財産的権利」が関わる場合、裁判所が宗教的共同体の内部問題に介入することは許容されており、デシャンブ裁判官もこの点を認めている。しかし、デシャンブ反対意見の法廷意見批判には、①法廷意見が損害賠償を認めることによって宗教的行為を間接的に強制するという枠組みで教義判断に関わっていることを批判するとともに、②それを超えて、ユダヤ法の離婚許可状という仕組み自体に実体的に介入していることを批判している、と読む余地がある。また、プリュカー判決の法廷意見を実体的介入を試みた例と位置付ける論者も多い⁵⁹。果たして、アベッラ法廷意見は宗教的共同体の教義への実体的介入を試みたのだろうか。

(2) 実体ルールへの間接的介入

キスロウィックは、アベッラ法廷意見は、確かに、その判断の法的基礎

としてブリュカーとマルコピッツの間で取り交わされた離婚に際しての合意に基づいているため、手続的条件を課してきたこれまでの判例法理と合致するとする。しかし、彼は、アベツラ法廷意見には明らかにこのような手続的条件に関する判断を超えている部分があるとし、本件を実体的介入を行ったケースと位置付ける。アベツラ裁判官は、本件において直接適用されないにも拘らず⁶⁰、1990年の改正連邦離婚法に随所で言及し、連邦議会による公序良俗の宣言として同法を位置付ける。彼女の見解によれば、改正離婚は次のことを意味する。すなわち、「離婚許可状の発行を拒否することは、ユダヤ教徒の女性に不当な侮辱を課す」ということ、そしてそれが「カナダの法体系にとって支持することのできないものであるというコンセンサス」である。キスロウィックの分析によれば、アベツラ裁判官が改正連邦離婚法を公序良俗と接合せ参照することは、個人間の合意に基づくことを超えている。彼女の見解は、妻に対して離婚許可状の発行を拒否する夫は、妻の信教の自由、再婚の権利、個人としての平等な地位を侵害していることを意味するという。つまり、たとえ合意がなくとも、夫に対して離婚許可状を発行することを求める妻の要求を支持することになり、マルコピッツが離婚許可状の発行に同意しているというのは、些細な事柄であり、そのような同意をしていない夫に対しても、アベツラ裁判官が明言した公序良俗への懸念の方がより重要であるという議論を提起するのである。彼女のアプローチは、正統派ユダヤ教の宗教的教義である離婚許可状の発行を拒否しようとする全ての男性を明確に非難しているのである⁶¹。また、ムーンもアベツラ裁判官の法廷意見は、「多かれ少なかれ、宗教的契約が司法判断適合的であるという判断以上のものを伴っている」という⁶²。

しかし、ここでいう「実体的介入」は、宗教的共同体の宗教的教義に直接的に踏み込んで、離婚許可状に関する教義を違憲と判断したわけではないことに注意する必要がある。アベツラ裁判官が行っているのは、離婚許

可状の発行を拒否する夫を非難し、離婚許可状を発行するようにプレッシャーをかける、ということである。とはいえ、離婚許可状という宗教的教義の一様態について、それを発行すべきである、という規範的な態度を示しているという点で、手続的介入を超えて、実体部分に踏み込んでいるとは評価できよう。このような介入の仕方を実体的ルールへの「間接的な介入」と呼ぶことにしたい。なお、上述した宗教的実践を間接的に強制することと、「間接的な介入」とは区別すべきであろう。前者は、当事者の合意に基づく宗教的内容を含む契約の不履行に対して損害賠償を認めることで発生するものであり、何らかの宗教的教義への規範的態度を表明するものではないが、後者は、一定の規範的態度を表明するものであるからである。

では、このような実体ルールへの間接的な介入は、常に許容されるのだろうか、この点、キスロウィックが分析するように、アベツラ裁判官が、1990年の改正連邦離婚法をメルクマールにしていることは重要である。ジュリア & プラアー (Rosalie Jukier & Shauna Van Praagh) は、本件をジェンダー平等が信教の自由に勝った判決として読むこと——すなわち、潜在的に男女平等を侵害するような宗教的共同体の実体的ルールに常に(間接的な)介入が許容されることを意味する判決と読むこと——は危険であると主張する。彼女らによると、そのような読み方は、宗教的に生きる女性の「現実」を適切に捉えられていない⁶³。正統派ユダヤ教徒の女性の多くはユダヤ教共同体から離れることを望んでおらず、ジェンダー平等の観点から、常に、彼女らの宗教的規範に介入されることも望んでいないのである。この点に関連し、リットマンは、正統派ユダヤ教における離婚のような例において政府が宗教的規範に介入することの危険性を次の三点に要約する⁶⁴。第一に、政府が、共同体の女性保護の観点から共同体の規範に介入する場合、人種主義や外国人排外主義に類似した偏ったフェミニストの思想を押し付ける危険が存在する。リットマンによれば、それはイスラームフォビアをフェミニストの言葉で言い換えているだけである⁶⁵。

第二に、政府は効果的に目標を達成するための情報を持っていないという可能性がある。政府は、共同体のヴァルネラブルなメンバーに対する適切な支援が何かについて十分に知らないという危険性があるのである。第三に、もし、共同体の指導者が政府の介入に反感を持ち、共同体の構成員が民事訴訟に訴えることを共同体への裏切りとみなすようになれば、実際問題として私法を媒介とする政府の介入は一層困難になる⁶⁶。

ジュリア & プラアーは、政府による一方的な介入ではなく、宗教的な女性が、宗教的な男性と「交渉し合意に至る……能力を有すること」を認識することから開始すべきであり⁶⁷、政府の役割は、そのような対話のプラットフォームを形成することにあると主張する⁶⁸。その過程で、国家は宗教の変化に関わるけれども、「その方向性を決定付けるのではなく、多面的な相互作用の一つとして」関わるのだという。政府の役割は、宗教的共同体内での変化の支援ということになる。そして、改正連邦離婚法 21.1 条が正統派ユダヤ教徒の女性の努力に大きく支えられていたことは、こうした方法の可能性を示唆すると結論付ける。リットマンも「共同体支配層 (community establishment) とそのシステムの犠牲者双方の要請」による立法府の発案に価値を見出しているし⁶⁹、フィッシュバーンも立法は完全な解決でも永続的な解決でもない指摘しながらも、1990 年の離婚法改正が提示する物語は、カナダの採用した仕組みが、正統派のラビを含むユダヤ教共同体や正統派ユダヤ教徒の女性と相談・交渉し、一般的に彼/彼女らの支持とともに設計されていることを強調するという⁷⁰。

改正連邦離婚法 21.1 条自体が、離婚許可状の発行を拒否する（宗教上の離婚/再婚障壁を取り除かない）配偶者に対して、離婚に関する交渉能力を否定することで宗教的な実体ルールへの間接的な介入を行う立法である。アベツラ裁判官の法廷意見は、このような間接的な介入を肯定したと読めるだろう。また、当然この法律は、正統派ユダヤ教徒を名宛人とするのではなく——正統派ユダヤ教が念頭に置かれていることは明らかである

が——、一般性を有している。けれども、そのような立法があれば常に宗教的実体ルールへの間接的介入が正当化されると考えることも危険である。アベツラ裁判官が注意深く、その制定経緯にも着目していること、当該立法を評価する各論者が、政府と共同体の交渉だけでなく、交渉過程に共同体内のヴァルネラブルな構成員が関わっていることを重視していることを踏まえる必要があるだろう。恣意的な政府の介入も、共同体の多数派のみの同意による介入もジュリア & プラアーやリットマンの指摘する危険をもたらすのである。立法によってそのような恣意的な介入が為された場合、当該立法を違憲——共同体の信教の自由の侵害ないしヴァルネラブルな構成員の信教の自由あるいは平等権の侵害——と判断するべきであろう。

すなわち、宗教的共同体の宗教的実体ルールへの間接的な介入は、立法過程が政府と共同体、そして共同体内のヴァルネラブルな構成員の集団との交渉の場とみなせる場合、成立した法律を（暫定的な）交渉の結果として捉え、法律の目的に合致する限りで、許容されたのである。

・ おわりに代えて——日本への示唆？

(1) まとめ

宗教的共同体の構成員資格に関するルールをめぐるカナダの判例及び判例を起点に展開される議論を検討し、共同体の構成員資格に関するルールに対する司法的介入の在り方について若干ながら分析してきた本稿の議論を簡単にまとめておきたい。まず、ホファー判決とレイクサイド・コロニー判決を通して、カナダ連邦最高裁は共同体の自律を認めながらも、共同体に対して、共同体の構成員が共同体の構成員資格に関するルールに同意していなければならないとする原則と、共同体は追放手続を実行する際に手続的公正の保障として理解される自然的正義を遵守しなければならないとする原則から為る手続的条件を課すという判例法理を形成した。また、

このような手続的介入に留まるべき理由として、①信教の自由を根拠とする宗教的中立性に加えて、②特定の様式に他者とともに参加することによってのみ実現可能なものも含む個人の善き生の構想に安易に介入すべきではないという点を指摘した。関連して、離脱の障壁については、離脱の財産的障壁は見かけほど高くないことを示しつつも、離脱の社会心理的障壁についての検討は留保した。

次に、プリユカー判決を検討することで、当事者間の合意が存在すれば、司法判断の結果、特定の宗教的行為を為すことが間接的に強制されるに過ぎないような場合には、司法判断適合的だとする見方——ここには損害賠償請求という訴訟類型の選択も関連している——がありえることを示した。また、プリユカー判決には、そのような当事者間の同意を超えた判示をしている部分もあると理解可能であり、立法過程が政府と共同体、そして共同体内のヴァルネラブルな構成員と共同体の支配層との交渉の場となっていれば、その立法目的に関する限りで、当事者の同意がなくとも実体的ルールへの間接的介入を正当化しえることを指摘した。

(2) 示唆？

以上のカナダの議論を通じて検討してきた点を日本の文脈を踏まえてみるとどのような示唆を導き出す事ができるだろうか。カナダ最高裁の取り組みは、宗教的教義問題の判断を回避できるような、したがって日本でいわれるところの司法権の内在的限界として構成されないような事例とどのように関わるか、というものであった。この時、カナダ最高裁は宗教的教義に関わらないで済むいくつかの方法を作り出したわけだが、この手法の多くは日本の判例法理と隔絶しているわけではない。

日本における宗教団体の内部問題と司法審査の関係についてみると、「宗教問題の法理」として括り出されるように⁷¹、裁判所は、事件性の要件を満たす訴えであっても前提問題として宗教上の教義解釈に関わらなけれ

ばならない場合、法律上の争訟ではないと結論付け却下判決を下している。裁判所はこの根拠として、「憲法 20 条、宗教法人法 1 条 2 項、85 条の規定の趣旨」を挙げ、宗教上の教義に関わる「紛議については厳に中立を保つべき」と述べている⁷²。その一方で、宗教団体法上の地位に関するものであっても「宗教上の教義、信仰に関する事項に何らかかわりを有しない」手続上の準則に従ってるか否かを審理判断すれば足りるときは判断可能とする⁷³。

まず、ホファー判決とレイクサイド・コロニー判決で確立された手続的条件を課すアプローチは、フッターライト共同体のルール（定款）への同意の有無、そして、当該ルールが手続的公正の要請を満たすものであったかを審査していた。これは原則として教義に関する判断を避けるものであるが、手続的な要請としては、当該共同体自身のルールを超えて適用している点で重要である。日本の判例に照らせば、本門寺判決⁷⁴が示した、手続に関する定めがなく、確立された慣習の存在も認められない以上は、条理を適用することを厭わないというような手続的介入の姿勢と親和的といえるだろう。

次に、日本の最高裁は、近年、宗教上の教義判断を前提問題として求めないで済む争い方が可能であったのに、そうしなかったので、本件は法律上の争訟に該当しないとわざるを得ないという趣旨の判断を下している⁷⁵。ブリュカー判決の事案は、見方によれば、教義判断を回避する形で訴訟を提起したともいえる。そこで扱われたのは、両当事者が民法上有効に行った契約の不履行に対する損害賠償請求であったからであり、ブリュカーは契約の執行や離婚許可状の発行強制を求めてはいない。もちろん、日本で一般に提起されている宗教団体の内部問題と司法審査に関わるケースとブリュカー判決のケースは大きく異なるが、裁判所に判断を可能にさせる訴訟類型に関する一定の示唆をもたらすように思われる。

最後に、ブリュカー判決による立法の存在を根拠に宗教上の実体教義へ

間接的な介入という手法は、何を示唆するだろうか。この手法は、裁判所が教義問題を直接判断することを除けば、最も強力な宗教団体の内部秩序への介入であると考えられよう。日本の文脈からすれば、特定の宗教的教義に対する規範的な態度を間接的にとはいえ裁判所が示すべきではない、とする主張がありえるだろう。しかし、少なくともブリュッカー判決における裁判所の間接的な介入は、司法判断適合性を左右する論点ではなかった。この点は上述の通り、民法上の契約不履行の損害賠償請求という形で克服されていた。また、カナダの事例は、我が国における板まんだら判決のように、「宗教上の教義がナマで争われて」おり⁷⁶、裁判所が宗教的観点から教義の真偽を判断しなければならないような状況ではなく、アベッラ裁判官による非難は、平等や正統派ユダヤ教徒の信教の自由、改正連邦離婚法をはじめとするカナダの法秩序という法的観点からであった。そのため、この手法の許否は、（宗教的共同体の）信教の自由と（日本においては政教分離規定を根拠にした）国家の宗教的中立性を侵害するか否かに還元されるように思われる。冒頭で述べたとおり、マイノリティの中のマイノリティ問題を念頭に置けば、裁判所が宗教的共同体の内部紛争への司法的介入を回避することで、共同体内のマイノリティに対する抑圧や権利侵害を見過ごすことになってしまう。アベッラ裁判官が肯定したように、立法過程による交渉とその結果を適切なものと認定できれば、裁判所は当該立法に配慮しつつ、信教の自由及び政教分離原則に基づく司法の敬讓の度合いを変化させ、実体的ルールへの間接的介入を許容するという道筋は魅力あるものの一つであると思われる。しかし、本稿の分析では、介入の手掛かりとなる立法内容及び立法過程の条件について、また、そもそも介入の手掛かりが立法のみに限定されるのかについて詳細な分析を行ったわけではない。このような介入の手掛かりを要件化していくことが今後の課題の一つである。加えて、マイノリティの中のマイノリティに関する問題が、カナダや欧米諸国ほど顕在化していると捉え難い日本において、このような

論点がどれほど意味を持つてくるかは、今後の社会状況にも依存するだろう。

いずれにせよ、日本法とは法体系及び憲法構造の異なるカナダ——そもそもカナダには多文化主義条項が存在するし、司法権の限界に関する捉え方も異なり、また政教分離原則に類する憲法規定を持たない⁷⁷——の議論を直接結び付けるわけにはいかないだろう。詳細な検討は他日を期すとするよりほかないが、示唆を与えうるのではないかということを示唆し、本稿を終えることとしたい。

[付記] 本研究は JSPS 科研費 (JP15J07675) の助成を受けたものである。また、本稿第 3 章の内容は、2017 年度第 2 回北陸公法判例研究会での報告に基づいたものである。研究会幹事である山崎友也先生 (金沢大学) をはじめ、貴重なコメントを下された先生方に記して感謝申し上げる。

注

- 1 この論点に関する論考は枚挙にいとまがなく、また、民事訴訟法上の論点としても活発に論じられており、憲法学に限定されるわけでもない。差し当たり、穴戸常寿「団体の内部問題と司法審査」LS 憲法研究会編『プロセス演習憲法 [第 4 版]』(信山社、2011 年) 617 頁以下及びそこで挙げられている参考文献を参照願う。また、最近の業績として、田中謙太「宗教団体の内部紛争と司法権——教義判断の禁止と裁判所の権限との関係という視点から」同志社法学 68 巻 8 号 (2017 年) 3387 頁以下等がある。
- 2 もっとも、多文化主義にとって共同体と個人の関係は難問であり、一様に共同体を尊重するわけではない。その権利構想は論者により様々である。たとえば、代表的な論者の一人であるキムリッカは、「集団別権利」として構成するのであって、「集団の権利」を構想するわけではない。ウィル・キムリッカ (角田猛之他監訳)『多文化時代の市民権』(昇洋書房、1995 年) 63-68 頁。
- 3 Susan Moller Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women?* (Princeton: Princeton University Press, 1999); see also, Avigail Eisenberg & Jeff

Spinner-Halev, eds, *Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005). また、日本において、この問題に取り組む数少ない例外として、志田陽子「多文化主義とジェンダー — 憲法理論の視座から」*GEMC journal* 9号 (2013年) 30頁以下、石川涼子「リベラルではない文化への介入 — カナダにおけるムスリム女性をめぐる事例の政治理論からの考察」お茶の水女子大学ジェンダー研究センター年報 15号 (2012年) 99頁以下を参照。

- 4 本稿では、共同体と団体、集団を区別することなく扱う。また、多文化主義ないし宗教を問題とする場合、民族や宗教等に基づき範疇化された自然集団を捉える必要があるため、こうした点を想起しやすい、「共同体」という言葉を使うことが多い。なお、共同体、団体（結社）、集団の概念を区別する見方については、小泉良幸『リベラルな共同体』（勁草書房、2002年）等を参照。
- 5 なお、バーガー（Benjamin L. Berger）は、信教の自由において、カナダ連邦最高裁の判例がカナダの立憲主義文化に適合的か否かで宗教的主張の許否を判定していることを指摘した。Benjamin L. Berger, *Law's Religion: Religious Difference and the Claims of Constitutionalism* (Toronto: University of Toronto Press, 2015). バーガーの理論については、山本健人「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頁以下を参照。
- 6 Howard Kislowicz, "Judging the Rule of Belonging" (2011) 44 *U.B.C.L. Rev.* 287, at 289.
- 7 *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part of the Constitution Act 1982, s 27.*
- 8 M.H. Ogilvie, *Religious Institutions and the Law in Canada 4th ed.* (Toronto: Irwin law Inc., 2017) at 228-232.
- 9 Richard Moon, *Freedom of Conscience and Religion* (Toronto: Irwin law Inc., 2014) at 147.
- 10 カナダにおける宗教的共同体の重要性もこの理解と関係するだろう。たとえば、ムーンは、カナダにおいて宗教的共同体は、「個人にとっての意味ないアイデンティティの源泉、あるいは社会生活、公的な慈善活動、共同体的活動の中心として、その重要性が法によって認識されている」と指摘する。Moon, *ibid.* at 140. なお、法律による承認として、連邦および州法による各種税制上の優遇措置等が規定されている。この点については、差し当たり、加藤善章・藤原聖子「カナダ」文化庁『海外の宗教事情に関する調査報告書』（2012年）15頁

以下を参照。

- 11 Chandran Kukathas, "Are There Any Cultural Rights?" (1992) 20 Pol. Theory 105 at 133. [] 内筆者。
- 12 See, Newman, *infra* note 32. また、小泉良幸「人権と共同体」ジュリスト 1244 号 (2003 年) 39 頁も、「離脱の自由の行使は實際上可能だろうか。離脱のコストが禁止的に大きい場合、共同体の共通善への全員一致の想定は疑わしい」と指摘している。
- 13 より詳しくは、小坂幸三『アーミッシュとフッターライト』(明石書店、2017 年)等を参照。
- 14 *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 SCR 567. 本件ではあるフッターライトのコロニーで写真に写ることが宗教的教義に反すると理解されていたところ、アルバータ州が 2003 年に運転免許証を取得するために顔写真を提出することを例外なく義務付けたことが争われた。詳細については、山本健人「カナダにおける信教の自由と合理的配慮の法理——その多文化主義的擁護に向けた結論」法学政治学論究 110 号 (2016 年) 209 頁以下を参照。
- 15 *Hofer v. Interlake Colony of Hutterian Brethren*, [1970] SCR 958. [Hofer]
- 16 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, *supra* note 7.
- 17 *Hofer*, *supra* note 15, at 970-71.
- 18 *Ibid.* at 974-75.
- 19 *Kislowicz*, *supra* note 6, at 298. なお、ホール (Emmett Matthew Hall) 裁判官による結論同意意見は、同意の観念について、本件で問題となったのは十分な行為能力を有する大人であったが、子どもや障害をもつ者の同意といった問題は残っていると指摘した上で、法廷意見はコロニー内で生まれたものの、未だその定款に同意していない者にも同意の観念を適用しようとしているようにみえる、との懸念を示す。Hofer, *ibid.* at 975-76.
- 20 本件は、1982 年の憲章制定以前のケースであるため、ピジョン裁判官のいう信教の自由は、歴史的に判例で認められてきた信教の自由及び、連邦法であるカナダ権利章典 1 条 (c) の規定する信教の自由であると推測される。See, *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44. なお、カナダにおける信教の自由の歴史的展開に言及するものとして、富井幸雄「カナダにおける信教の自由」法学会雑誌 48 巻 2 号 (2007 年) 181 頁以下を参照。
- 21 *Hofer* *supra* note 15, at 984.
- 22 *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 SCR 165. [Lakeside Colony]

- 23 追放された構成員の中心であるダニエル・ホファーは、豚の餌箱について、ウェットアンドドライ方式 (the wet and dry method) による革新的な発明を為した (と思っていた)。ところが、同時期に同じくフッターライトのコロニーであるクリスタル・スプリング・コロニーでも同様の発明が行われ、特許として登録されていた。クリスタル・スプリング・コロニーは一般企業と当該餌箱の製造販売に関する契約を締結していたが、ダニエルは自分たちの発明が先であることを主張し、餌箱を作り続け、レイクサイド・コロニーが賠償金を支払うことになった。
- 24 Lakeside Colony, *supra* note 22, at 175.
- 25 *Ibid.* at 195.
- 26 オギルビーによると、自然的正義の原則は宗教的共同体の規律に関するあらゆる問題に適用される原則である。Ogilvie, *supra* note 8, at 328.
- 27 Kislowicz, *supra* note 6, at 302. なおそこで、キスロウィックが挙げるのは、Baker v. Canada, [1999] 2 SCR 817 at 836-842. である。この判決は移民法に関するものであるが、確かに移民法に関する事件では、自然的正義の原則として手続的公正の義務を具体化している。なお、移民法をめぐる判決では自然的正義の原則が憲章 7 条の「基本的正義の原則」の内容として実定憲法上の地位を獲得している。移民法に関する判決については、山本健人「カナダにおける移民法の憲法的統制をめぐる近時の動向 — 「人の密輸」に関する B010 判決アプロナツパ判決を中心に」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 57 号 (2017 年) 283 頁以下及び、同「危険人物認証制度 (Security Certificate) の「司法的」統制 — 対テロ移民法制における手続的公正」大沢秀介・新井誠・横大道聡編著『変容するテロリズムと法』(弘文堂、2017 年) 218 頁以下も参照。
- 28 Lakeside Colony, *supra* note 22, at 225.
- 29 ただし、キスロウィックは、そのような手続的条件に対しては実体的な影響を及ぼすと指摘し、裁判所によって提供された手続的条件は、真空から生まれたものではなく、リベラルおよびアングロ・アメリカの伝統の中で、発展し正当化されてきたものであることには留意する必要があると述べる。Kislowicz, *supra* note 6, at 303.
- 30 キムリッカ・前掲注 (2) 51-53 頁。また、ウィル・キムリッカ (岡崎晴輝他監訳)『土着語の政治』(法政大学出版会、2012 年) 30 頁も参照。
- 31 キムリッカ・前掲注 (2) 240-241 頁。
- 32 Dwight G. Newman, "Exit, Voice, And 'Exile': Rights to Exit and Rights to

- Eject" (2007) 57 UTLJ 43 at 66.
- 33 Ibid. at 72. 関連して、たとえ非リベラルな実践に直面したとしても、特定の共同体の規範に介入することを避けようとする裁判官の間の強力な直感が存在し、その直感には、共同体の内的実践を判断する裁判所は、特定の善き生の構想を課することを避けようとするリベラルな本能にそぐわない、とする認識が反映されているとの指摘もある。See, Alan Brudner, "The Liberal Duty to Recognize Cultures" (2003) 8 Rev. Const. Stud. 129.
- 34 Stuart White, "Freedom of Association and the Right to Exclude" (1997) 5 Journal of Political Philosophy 373.
- 35 Denise G Reaume, "Legal Multiculturalism from the Bottom Up" in Ronald Beiner & Wayne Norman, eds, Canadian Political Philosophy: Contemporary Reflections (Toronto: Oxford University Press, 2001) 194 at 200-201.
- 36 Oonagh Ritman, "On Exit" in Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev, eds, Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005) 189.
- 37 Moon, supra note 9, at 142.
- 38 Ritman, supra note 36, at 195-196.
- 39 この点は今後の課題であるが、憲法理論の中に社会関係資本論の観点を導入し絆や関係性という視角から結社の自由を捉えようとする、岡田順太『関係性の憲法理論』（丸善プラネット、2015年）は本稿の問題感心にとっても非常に示唆的である。
- 40 Re Morris and Morris, [1974] 42 DLR (3d) 550.
- 41 Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.). カナダにおいて離婚に関する法律の制定は連邦の管轄事項である。
- 42 Lisa Fishbayn, "Gender Multiculturalism and Dialogue: The Case of Jewish Divorce" (2008) 21 Can. J. L. & Jur. 71.
- 43 Bruker v. Marcovitz, [2007] 3 SCR 607. なお、本件は7対2の判決となった。また、本章における本判決からの引用は本文中の括弧内にパラグラフ番号を付す形で行う。
- 44 離婚手続の開始が1980年であるため、上述の改正連邦離婚法は本件に直接は適用されない。
- 45 付随的救済とは、一方又は双方の元配偶者が、子の養育費に関する命令、配偶者の扶養に関する命令若しくは監護命令を請求する裁判手続である。
- 46 Lakeside Colony, supra note 22. が引用されている。

- 47 Civil Code of Québec, S.O. 1991, c. 64.
- 48 道徳的債務とは、良心等に関する問題であり、「国家によって執行不可能なもの」である。たとえば、他者へのチャリティーの義務等がこれにあたる。
- 49 法的債務とは、何らかの行為を、国家の保護のもと法的手続によって完全に強制することのできるものである。債権者は、裁判所によって当該法的債務を執行可能である。
- 50 Civil Code of Quebec, *supra* note 47, § 1385.
- 51 アムセルム判決において確立されたアムセルム・テストに基づき、「真摯な、あるいは、誠実な宗教的信念が」、取るに足らない程度以上の制限を受けているか、を審査した。Syndicat Northcrest v. Amselem, [2004] 2 SCR 551. [Amselem]. なお、マルコビッツは、離婚許可状の発行を拒否する理由として次のことを述べる。「彼女は私を困らせる。彼女は私の子供を私から遠ざける。彼女は私のお金を盗んだ。彼女は私の母から銀食器を盗んだ。彼女は子供たちとの適切な面会を妨げた。……」(at para. 68)。
- 52 ケベック憲章 9.1 条は、「民主主義的価値、公の秩序、ケベック市民の一般の幸福」を維持するために基本的権利が制約されることを認める。Charter of Human Rights and Freedom, R.S.Q., c. C-12, s.9.1. これは、憲章上の権利は「法で定められ、自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約にのみ服することを条件に、この憲章で規定する権利及び自由を保障する」と規定するカナダ憲章 1 条と同様である。
- 53 Lakeside Colony, *supra* note 22. を引用する。
- 54 デシャンブ裁判官は、アムセルム判決のパラグラフを指定して引用していないが、その趣旨からすると、「国家は、宗教的ドグマの裁定者の地位になく、なるべきでもない。裁判所は、宗教的な要求、義務、教え、命令、慣習、儀式の主観的理解について、明示的にであれ暗示的にであれ、司法的に解釈し決定することを避けるべきである」と述べる部分であると推測される。Amselem, *supra* note 51, at para. 50.
- 55 シュナイダーマン (David Schneiderman) は、もしブリュカーが明確な契約の執行を求めていたとしたら、裁判所の立場は異なったものになっていたであろうという。David Schneiderman, "Associational Rights, Religion, and the Charter" in Richard Moon, ed, Law and Religious Pluralism in Canada (Vancouver: UBC Press, 2008) 65 at 77.
- 56 Sujit Choudhry, "Rights Adjudication in a Plurinational State: the Supreme court of Canada, Freedom of Religion, and the Politics of Reasonable

Accommodation" (2013) 50 Osgood Hall L.J. 575.

- 57 この点については、山本健人「「カナダの多文化主義」に基づく憲法解釈の側面——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) 37 頁以下等を参照。
- 58 House of Commons Debates, 8 (8 October 1971) at 8546 (Hon. Pierre Trudeau).
- 59 Kislowicz, *supra* note 6; Moon, *supra* note 9; FC DeCoste, "Caesar's Faith: Limited Government and Freedom of Religion in 'Buker v. Marcovitz'" (2009) 32 Dal. L.J. 153. なお、デコスタ (FC DeCoste) は、ブリュカー判決の法廷意見をそのように捉えた上で、法廷意見の信教の自由構想は、多文化主義という政府の価値からして不適切である、と論じる。
- 60 たとえば、ケベック州控訴裁判所のヒルトン裁判官は、1990 年の改正連邦離婚法 21.1 条が本件に適用可能かという問題について、「マルコビッツが手続を開始した時に存在しなかったものを彼女 [ブリュカー] に対して使うことはない」と述べている。Marcovitz c. Bruker, 2005 QCCA 835, at para. 24.
- 61 Kislowicz, *supra* note 6, at 308.
- 62 Moon, *supra* note 9, at 155.
- 63 Rosalie Jukier & Shauna Van Praagh, "Civil Law and Religion in the Supreme Court of Canada: What Should We Get out of Bruker v. Marcovitz?" (2008) 43 S.C.L.R. (2ed) 381.
- 64 Ritman, *supra* note 36, at 204-206.
- 65 ラザック (Sherene H. Razack) もまた、多文化主義を批判するリベラル・フェミニストは、女性に対するエンパワーメントの名の下に、自身のレイシズムや外国人嫌いを隠蔽しているのだと指摘する。Sherene H. Razack, *Casting Out: The Eviction of Muslims from Western Law and Politics* (Toronto: University of Toronto Press, 2008) at 83-87.
- 66 この点に関連し、シャカール (Ayelet Shachar) は、「反発的文化主義 (reactive culturalism)」の危険性を指摘する。彼女によると、同化的な政策に直面していると感じる少数派集団は特徴的な実践——多くの場合、最も主流社会の世界観と距離のあるもの——にしがみつ、同化の恐怖から自身の文化を守ろうとするので、リベラルでない——多くの場合、内的少数派の人権を侵害する、あるいは害のある——文化的実践であっても絶対的禁止は、当該実践を廃止させることに対して有効な手法ではないのである。Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdictions* (Cambridge: Cambridge University Press,

2002) at 35-37.

- 67 「宗教的な女性は、変革のためのエネルギーを結集し活用する動機と能力を有している」。彼女らは変化を開始した者たちであり、公的なパートナーとして政府を認識した者たちである。つまり、宗教的共同体内部の女性たちは宗教的共同体内部の男女不平等なルールを変えるための動機と能力を有しており、彼女たちは、共同体の変化のために世俗の政府を利用することが有意義であることに気がついたのである。これは、宗教的共同体内部の女性を宗教的な男性に従属した存在と捉える見解への批判でもある。Jukier & Praagh, *supra* note 63, at 407. 同様にパーネット (Adrienne Barnett) は、「自身の文化内の抑圧に対する抵抗活動への従事として、離婚許可状を得るという試みのために政府の法を利用した女性という見方を提供する」という。Adrienne Barnett, "Getting a 'Get': The Limits of Authority?" (2000) 8 *Fem. Legal Stud.* 241 at. 253.
- 68 カナダの多文化主義がこのような対話の促進を奨励していることについては、山本・前掲注 (56) を参照のこと。
- 69 Ritman, *supra* note 36, at 207.
- 70 Fishbayn, *supra* note 42, at 96.
- 71 石川健治「宗教団体内部の紛争と裁判権の限界」ジュリスト臨増 1046号 [平成5年度重要判例解説] (1994年) 12頁。
- 72 最判平成元年9月8日民集43巻8号889頁 [蓮華寺事件判決]。ただし、最判昭和56年4月7日民集35巻3号443頁 [板まんだら判決] では、憲法20条等への言及は為されていない。この点につき、山本龍彦「「板まんだら判決」再考——終局的解決可能性要件の射程？」法学セミナー678号 (2011年) 74頁参照。
- 73 蓮華寺判決・同上。
- 74 最判昭和55年4月10日裁民129号439頁 [本門寺事件判決]。
- 75 最判平成21年9月15日判時2058号62頁 [玉龍寺事件判決]。なお宍戸は、本件につき、「宗教上の教義が「紛争の実質」である場合は、仕方がないとしても、そうでないと見る余地がある場合には、わざわざ教義に立ち入った主張をしないよう当事者を誘導して、本案判決を下そうというのが、最高裁のねらいかも知れない」と指摘する。宍戸・前掲注 (1) 624頁。
- 76 山本・前傾注 (72) 78頁。
- 77 とはいえ、政教分離原則に全く無頓着なわけではなく、信教の自由を保障することの कोरोラーとして宗教的中立性の原則を保障している。この点につき、

19 (60)

山本・前掲注 (14) 232-233 頁。