

学校における信教の自由

——公立学校における祈禱の禁止に関するドイツの判例——

岡 田 俊 幸

- I はじめに
- II 判例
- III 検討
- IV 結びにかえて

I はじめに

周知のように、ドイツ連邦憲法裁判所は、信教の自由に関して、二〇〇〇年以降に限定しても、セクト警告決

定（オシヨー決定^①）やスカーフ判決・決定等の極めて重要な判決・決定を下しており、これらの判決・決定については、日本においてもすでに詳しく紹介されている^④ところであるが、連邦行政裁判所も、信教の自由に関して、連邦憲法裁判所の判例と肩を並べるほど重要で、比較法的見地からしても極めて興味深い判断を示していることは注目に値する。信教の自由に関する連邦行政裁判所の最近の重要判例として、公立学校の生徒が授業時間外に校内においてイスラム教の祈禱を行うことを校長が禁止

することが生徒の信教の自由を侵害するかどうかについて判断した二〇一一年二月三日連邦行政裁判所判決⁵⁾を挙げるができる⁶⁾。本稿は、上記の連邦行政裁判所判決を中心として、それに先行するベルリン行政裁判所(以下、「行政裁判所」という。)の決定・判決及びベルリン・ブランデンブルク上級行政裁判所(以下、「上級行政裁判所」という。)の判決を含めて、この訴訟に関連する判決・決定を詳しく紹介した上で、この訴訟に含まれる憲法上の問題点について若干の検討を加えることを目的とする⁷⁾。

さて、まず、本稿が取り上げようとする訴訟の事件関係を紹介しよう。原告は、一九九三年八月一七日生まれのイスラム教徒であり、ベルリンのミッテ地区にあるディースターヴェーク・ギムナジウム(Diesterweg-Gymnasium)の生徒である。原告は、イスラム教の教義に照らして、一日五回、定められた時間に、イスラム教の祈禱を行うことを義務付けられていると考え、それを実践していた。原告は、二〇〇七年一月一日、授業と授業の間(六時限の授業の後)の休憩時間に、七人の生徒とともに、校舎の廊下で、イスラム教の典礼に従って

祈禱を約一〇分間行った。祈禱に際して生徒は、自分のジャケットの上にひざまずき、イスラム教の典礼に従って求められる動作を行い、決められた章句を朗読した。他の生徒や教員は、原告らの行った祈禱を見ていた。祈禱を見ていた教員が校長に知らせた。翌日、校長は、祈禱に参加した生徒に対して、校内において祈禱を行うことは容認できないと述べた。さらに、校長は、同日付けの書面において、ドイツの公立学校においては宗教上の表明は許されず、とくに祈禱はこの中に含まれること、むしろ、学校は、国の中立性要請がその施設の中で実現されるように配慮しなければならないことを原告の親に通知した。学校長と原告の親は話し合いをしたが、解決に至らず、原告は、二〇〇七年二月十九日、行政裁判所に訴えを提起し、ギムナジウムに在学している間、一日一回、イスラム教の祈禱を行う権利を有することの確認を求めるとともに、仮の権利保護も申し立てた。

原告は、原告が授業時間外に校内においてイスラム教の祈禱を行うことを校長が禁止することは基本法四条一項に基づく原告の信教の自由を侵害すると主張したのであるが、興味深いことに、行政裁判所、上級行政裁判所

及び連邦行政裁判所は、この主張に対して異なる内容の判断を示した。すなわち、行政裁判所はこの主張を容認する判決を下したのに対して、上級行政裁判所と連邦行政裁判所は原告の信教の自由の制約は正当化されるとの判断を示した。また、上級行政裁判所と連邦行政裁判所は、たしかに結論を同じくしているが、その理由は異なっている。そこで、本稿は、連邦行政裁判所の判決のみならず、行政裁判所の決定・判決及び上級行政裁判所の判決も詳しく紹介することにした。以下、まず、行政裁判所、上級行政裁判所及び連邦行政裁判所が原告の主張に対してどのような判断を示したのか、各裁判所の判断内容を紹介する作業を行う(Ⅱ)。そして、つぎに、この訴訟に含まれる憲法上の問題点について、学説上の議論を参照しつつ、若干の検討を行う(Ⅲ)。最後に、結びにかえて、日本国憲法の解釈論にとって参考となる点を簡単に指摘する(Ⅳ)。

Ⅱ 判例

一 二〇〇八年三月一〇日ベルリン行政裁判所決定

すでに述べたように、原告は、二〇〇七年十二月十九日、行政裁判所に訴えを提起したが、仮命令の発布も申し立て、本案判決まで、校内で、一日一回、授業と授業の間の休憩時間又は自由時間に、イスラム教の祈禱を行うことを許すように求めていた。行政裁判所は、二〇〇八年三月一〇日の決定⁸⁾において、原告が、ギムナジウムの校内で、授業時間外に、一日一回、イスラム教の祈禱を行うことを暫定的に許容することを仮命令によって被告に義務付けた(主文)。以下、この決定の内容を紹介する。

(a) 「基本法四条は、——留保なく——一項において信仰の自由、良心の自由並びに宗教上及び世界観上の告白の自由を保障し、二項において、宗教活動を妨げられない権利を保障している。基本法四条の二つの項は、包括的に理解されなければならない一つの統一的基本権を含んでいる……。この基本権は、信仰する又は信仰しない内面的自由のみならず、信仰を表明する外面的自由にも及

んでいる。これには、とくに祈禱も含まれる……。被告の見解とは異なり、祈禱を行う権利は、たんに、黙示的、個人的でかつ人目を引かない祈禱である限りにおいて保護されるのではない。信仰の自由とこれと対立する他の憲法利益との間の緊張関係は、個別の事件において、実践的整合性の意味における利益衡量によって解決されなければならぬ……。」(Rn. 8)

(b) 被告ベルリン州は、原告自身の陳述によると、祈禱は原則的に後で埋め合わせをすることができるので、原告の信教の自由は影響を受けていないと主張する(Rn. 4) が、祈禱義務が「イスラムの五つの柱」に含まれることは公知の事実であり、原告は、「イスラムの五つの柱」に含まれる祈禱義務と自己の信仰上の確信に基づく祈禱時間の遵守が、原告にとって高い価値を有することを疎明した。決定的であるのは、原告の説得力のある陳述によると、原告が、少なくとも一回の祈禱を授業日に行うことを拘束力のあるものと考えていることである。この種の信仰上の確信を評価すること、又は、本人が拘束力のあると考えている信仰上の戒律を疑問視することは、国家に禁止されている。それ故、被告は、原告

に対して、イスラム教は、例外的に、定められた祈禱時間の逸脱を許していることを一般的に指摘してはならない (Rn. 9)。

(c) 基本法四条に基づく信仰の自由は憲法それ自体に基づいてのみ制限され、この制限は、第三者の対立する基本権及び憲法ランクの共同体価値からのみ導かれるが、「憲法ランクを付与された国家の教育任務 (Bildungs- und Erziehungsauftrag)」(基本法七条一項) からも、また、他の生徒の消極的信仰の自由 (基本法四条一項) 及びその親の消極的信仰の自由からも、さらに、親の教育権 (基本法六条二項) からも、原告が求める範囲における祈禱を原告に禁止できるような制限は導かれぬ (Rn. 10)。

(d) 被告ベルリン州は、原告の実践した祈禱は、宗教的儀式のデモンストレーション又は自己の信仰の宣伝であって、他の生徒の消極的信仰の自由を侵害するもので、許容することはできないと主張する (Rn. 4) が、「被告は、教育任務及び学校運営に具体的で、かつ受け入れることができない支障が生じていることを示していない。とくに、被告の主張から、たとえ個々の生徒が原告の影

響を受けるとしても、他の生徒又は教員集団の構成員が原告による祈禱の実施に逃げ道もなくさらされていることは、明らかにならない。また、しかるべき組織的事前措置と原告との話し合いにより、他者が容易に立ち入ることができない学校の敷地の領域において原告が祈禱を妨げられることなく行うことを可能にするような無理のない諸条件を創出し、祈禱がデモンストレーション又は広告の様相を呈するという被告の認識した危険に対処することが被告には不可能であったことも、明らかではない。」(Rn. 11)

(e) 「学校運営の支障は、学校が他の生徒の消極的信仰の自由を保障することを義務付けられることとの関連においても認識することはできない。とくに、国に課せられている、学校の世界観的・宗教的中立性の義務は、生徒の宗教的表明を一般的に禁止することを命じていない。むしろ、特定宗派に属しない学校における平和的共生には、生徒が、他者の宗教的確信に寛容な態度をとり、それを尊重することを学ぶことも含まれる……。現実にはもはや存在しない『閉鎖的世界』という印象を子どもに与えることは、今日の学校の任務ではな⁹」。(Rn. 12)

「いずれにしても、国に命じている世界観的・宗教的中立性は、世界観的・宗教的関係性から厳格に分離した、距離をとる中立性ではなく、むしろ、開かれた包括的中立性と理解されなければならない……。基本法四条一項及び二項は、積極的意味において、信仰上の確信の積極的実行及び世界観的・宗教的領域における自律的人格の実現のための空間を確保することも命じている……。」このような形態の中立性がベルリン州学校法で定められた教育目標の根底に置かれている (Rn. 13)。

二 二〇〇九年九月二九日ベルリン行政裁判所判決

(一) 行政裁判所は、二〇〇九年九月二九日の判決において、原告が、ジムナジウムに通っている間、授業時間外に一日一回イスラム教の祈禱を行う権利を有することを確認した(主文)。以下、この判決の内容を紹介する。なお、二〇〇八年三月一〇日の行政裁判所決定を受けて、校長は、原告に六時限の授業と七時限の授業の間の休憩時間に空室を使用させることにした (Rn. 5)。原告は、二〇〇八年一〇月から二〇〇九年三月までは六時限の授業の終了後の休憩時間に、割り当てられた部屋において

祈禱を行うことができた。夏期は日没時間が遅くなり、正午と午後の祈禱の時間も遅くなるため、原告は、二〇〇九年四月以降、学校から帰宅した後に家で祈禱を行っていた (Rn. 7)。

(二) 行政裁判所は、まず、基本法四条の保護範囲を解明し、原告の行為が基本法四条の保護範囲に含まれると判断した。

「原告は、宗教活動を妨げられない権利 (基本法四条二項) を引き合いに出すことができる。この権利は、個人及び宗教的又は世界観的団体に帰属する信仰及び告白の自由の一部である。基本法四条は、一項において、信仰の自由、良心の自由並びに宗教上及び世界観上の告白の自由を、二項において、宗教活動を妨げられない権利を保障している。基本法四条の二つの項は、包括的に理解されなければならない一つの統一的な基本権を含んでいる。この基本権は、信仰する又は信仰しない内面的自由のみならず、信仰を表明する外面的自由にも及ぶ。これには、自己の全行動をその信仰の教義に準拠させ、その内的な信仰上の確信に基づいて行動し、あらゆる生活状況において、自己の宗教的確信を基準として正しいと

判断した行動を示す個人の権利が含まれる」。イスラム教の信者である原告が基本法四条一項に基づく基本権を引き合いに出すことができることは当然である。コーラシから得られた確信の保護は、それがイスラム教において一般的に支持されているのか、それとも、信仰の堅い人によってのみ支持されているのかによって左右されない (Rn. 23)。

「基本法四条の保護範囲に、とくに祈禱が含まれる……。何故なら、『宗教活動』は、あらゆる信仰とあらゆる告白にとって中心的意義を有するからである……。学校における祈禱は、これから除外されない……。 (Rn. 24)

原告は、定められた時間にイスラム教の儀式的祈禱を行うことは自らに拘束力があると考えている。この信仰の教義に従うことが、原告にとってその宗教的告白の発現形態である。原告は、このことを口頭弁論において説得的に示した。被告と裁判所は、信者の宗教的判断を評価することを控えなければならない。この評価は、信仰の自由によって保護されている (Rn. 25)。

「たしかに、人のあらゆる行動が、その人の主観的決

定のみで、とくに保護された信仰の自由の発現形態と見ることとはできない。むしろ、個人によってその信仰の自由の発現形態として要求される行動の評価に際して、各々の宗教団体の自己理解を無視することは許されな「い」(Rn. 26)。行政裁判所は、イスラム学者の鑑定書に基づいて、イスラム教における一致した見解によると、原則として、すべてのイスラム教徒は、朝、正午、午後、夕方及び夜に儀式的祈禱を行うことが宗教的に義務付けられているとの確信を得た。ドイツにおいては、この祈禱を実際に行っているイスラム教徒は比較的少数にすぎないが、上記のことは、国籍にかかわらず、ドイツにおけるイスラム教徒についても当てはまる。祈禱義務が「イスラムの五つの柱」に含まれることが裏付けられた。鑑定書によると、儀式的祈禱の延期または併合は、信者にとつて、緊急状態及び特別の外的必要性のある状況において例外的に許される。被告は、原告に対して、正午の祈禱と午後の祈禱を併せて行うことを求めることができ、それによって原告に葛藤が生じることはない」と鑑定書を解釈するが、これは理解できない。原告に葛藤が生じないとする専門家の言明は、原告が祈禱を授業時間外

に、つまり休憩時間に延期する用意がある点に関するものである (Rn. 27)。

(三) つぎに、行政裁判所は、信教の自由に対する制約が憲法上正当化されるかどうかを検討する。まず、行政裁判所は、連邦憲法裁判所の判例を引用しつつ、次のような一般論を述べる。

「基本法四条一項及び二項において定められている信仰の自由は、留保なく保障されている。それ故、制限は憲法それ自体から導き出されなければならない。これに含まれるのは、第三者の基本権と憲法ランクの共同体価値である……。信仰の自由と他の憲法上保護された利益との衝突は、実践的整合性の原則によって解決されなければならないが、実践的整合性の原則は、対立する法的地位の一つを優先したり、最大限保持したりするのではなく、すべての法的地位を可能な限り損傷しないように調整することを要求する」。(Rn. 28)

そして、行政裁判所は、生徒の信仰の自由の制限を正当化する法益として、①国家の世界観的・宗教的中立性の要請、②他の生徒及び親の消極的信教の自由並びに親の教育権、③基本法七条一項に基づく教育任務、④学校

平和の維持を挙げ (Rr. 29)、これらの憲法上の法益が、学校で授業時間外に祈禱を行う原告の権利の制約を正当化するかどうかを検討する。

(a) まず、行政裁判所は、「国家の世界観的・宗教的中立性の要請」が原告の信教の自由に対する制約を憲法上正当化しないと説示する。

「世界観的・宗教的中立性の原則は、国家に対して、何よりもまず、自らの活動において、例えば、学校行事として学校祈禱を開催するに際して、抑制を求める。学校の側から、又は、教員によって、宗教的又は世界観的關係性が学校及び授業に持ち込まれる場合、このことは、中立的に遂行されなければならない教育任務を阻害する可能性がある……。しかし、この中立性義務は、被告の見解と異なり、生徒の宗教的表明を一般的に禁止することを求めている。」 (Rr. 30)

基本法は、国家に対して、基本法四条一項、三条三項一文、三三三条三項、並びに、基本法一四〇条と結び付いたヴァイマル憲法一三六条一項・四項及び一三七条一項において、世界観的・宗教的中立性の義務を課している。「基本法は、国教会の法形式の導入を禁止し、特定の宗

派の特権化及び信仰を異にする人の排除を禁じている。国家は、平等原則に基づいて様々な宗教団体及び世界観団体を取り扱うように留意し、自己を特定の宗教団体と同一視してはならない。基本法の自由な国家は、世界観的・宗教的確信の多様性に対する開放性を特徴とし、人間の尊厳並びに自己決定及び自己責任による人格の自由な発展によって造形されている人間像をその根柢としている。しかしながら、国家に命じられている宗教的・世界観的中立性とは、国家と教会の厳格な分離という意味において距離をおく態度ではなく、信仰の自由をすべての宗派のために等しく促進する、開かれたかつ包括的態度であると解される……。基本法四条一項及び二項は、積極的意味において、信仰上の確信の積極的実行及び世界観的・宗教的領域における自律的人格の実現のための空間を確保することも命じている。国家は、個々の国家市民に非中立的な、宗派に拘束される選択をする可能性を与えるために、中立的に振る舞う。国家は、国家市民のとする宗教的及び世界観的立場の多様性を肯定し、この多様性を様々な生活領域における厄介として平準化しようとして試みないことによって、その中立性を保持する。国

家市民が、その信仰を決定し、公の場で告白し、その宗教を私的にも公的にも妨げられるに実践する権利を有する場合、国家は、この領域に対して中立的態度をとらなければならない」(Rn. 31)。

国家は、特定の政治的、イデオロギー的又は世界観的方向のために意図的に影響力を行使してはならず、また、国家から発せられる又は国家に帰属させることができる措置によって明示的又は論理必然的に自らを特定の信仰又は特定の世界観と同一視し、これによって社会における宗教的平和を自ら危険にさらしてはならない。宗教的・世界観的中立性は、国家に、宗教団体の信仰及び教義をそれ自体として評価することを禁止する。このことは、とくに、その性質上、宗教上及び世界観上の考えが以前から重要であるところの、国家によって配慮されている義務教育の領域に当てはまる。公立学校を形成するに際して、キリスト教の関係性が完全に禁止されているわけではないが、学校は、他の世界観的及び宗教的内容及び価値にも開かれていなければならない。この開放性によって基本法の自由な国家は、その宗教的及び世界観的中立性を維持する。様々な方向の世界観及び信仰を有

している子どもを共同で教育するときには不可避である緊張状況については、人間の尊厳の発現形態である寛容要請を考慮しつつ、調整に努めなければならない (Rn. 32)。

被告は、基本法一四一条により、ベルリンの公立学校においては宗教の授業は正規の授業科目ではないとされているところ、基本法一四一条は、国家と教会との厳格な分離の発現形態であり、それ故、ベルリンの学校は、世界観的及び宗教的中立性を有する場所である、と主張する。また、被告は、原告の要求を認めることは国家の中立性要請に反すると主張する。宗教的活動を学校において積極的に可能にし、又は促進することを被告は義務付けられないが、祈禱の受忍の義務付けは事実上給付義務になる。何故なら、祈禱を行うための空間を原告に利用させなければならないからである。イスラム教の儀式は、たとえ原告自身が意図していないとしても、「示威的かつ宣伝的性格」を有しており、学校当局は、その配慮義務の枠内において、異なる宗教を有する生徒や無宗教の生徒を示威的又は宣伝的形態の宗教活動から保護することを義務付けられ、祈禱を行う場所について、原告

を誘導する基準を設定しなければならない、と (Rn. 12)。

しかし、被告の主張する「国家と宗教の厳格な分離という意味における国家の世界観的・宗教的中立性の理解」に賛成することはできない。「ブレーメン条項」と呼ばれる基本法一四一条により、「ベルリンにおいて(も)基本法七条二項一文は適用されず、宗教の授業は公立学校において正規の授業科目ではない」が、基本法一四一条から、被告が、その学校高権の枠内において、学校を世界観的及び宗教的中立性を有する場所にすることも許されることが導出される。学校法一二条に基づいて、宗教の授業は、ベルリンの公立学校においても、宗教団体によって行われている (Rn. 33)。このことから、学校がベルリンにおいても「宗教のない空間」ではないことが導かれる。宗教的及び世界観的シンボル及び衣服の禁止は、法律上、教員及び教育任務を有する他の職員に対してのみ適用される (Rn. 34)。

また、被告は、祈禱の受忍義務は、必然的に、祈禱のために空間を利用させる給付義務を帰結し、被告は原告の宗教活動を促進することを余儀なくさせられる、との

理由から、その中立義務が損なわれると主張するが、この主張は認められない。「たしかに、基本法四条一項は、個人に対して、原則として、その信仰上の確信を国家の支援によって表現する請求権を有していない……。しかし、本件はこのような場合ではない。この関連においてはつきりと強調しなければならないのは、原告は祈禱部屋を求めておらず、裁判所も(仮の権利保護の手続において)このような部屋を用意することを学校に義務付けていないことである。学校当局が、原告に特定の部屋の利用を指示することが必要だと判断する限りにおいて、学校当局は、これを用いて、学校生活に関与する他の人々を祈禱実践との対面から守り、それによってその消極的信仰告白の自由の点で保護する目的を追求している。このような『組織的基準』が必要かどうかは別として、これは、原告の宗教活動の一方的促進ではなく、むしろ、様々な法益の調整に役立つものであり、それ故、まさに国家の中立性の発現である。」 (Rn. 35)

(b) つぎに、行政裁判所は、他の生徒の消極的信仰告白の自由(四条一項)も、また、親の教育権(六条二項)と結び付いた生徒の親の消極的信仰告白の自由も、

原告の権利と対立しないと判断した (Rn. 36)。

「基本法四条は、消極的信教の自由としての形態において、共にしない信仰の宗教儀式上の行為をしない権利を保障している……。ただし、様々な信仰上の確信に活動の余地を与える社会において、個人は、他者の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに触れさせられない権利を有していない。これと区別されなければならぬのは、個人が回避可能性なくある特定の信仰の影響、ある特定の信仰が現れている行為、及び、ある特定の信仰が示されているシンボルにさらされる状況を国家が創出した場合である……。連邦憲法裁判所は、学校の側から教室に取り付けられた十字架のケースについて消極的信教の自由の侵害を肯定した……が、学校行事としての自発的な超宗派的学校祈禱に関しては、たとえこれが祈禱をする生徒と対比して生徒をその行動の点において目立たせてしまうとしても、生徒が期待可能な仕方でする逃れることができる限りにおいて、消極的信教の自由の侵害を否定した……。」 (Rn. 37)

「本件においては、学校生活に關与している他の人々が、原告の祈禱に、この意味における回避可能性なしに

さらされているかどうかという点からすでに疑問であるように思われる。何故なら、原告は、祈禱を授業の休憩時間に、つまり、教室の外でかつ授業時間外に遂行しているからである。他の生徒は、参加を強制されておらず、原告の宗教活動を見ることが強制されていない。個々の生徒の消極的信教の自由が個々の生徒に対して、多数派の挙行する学校祈禱を阻止する権利を与えていないとすると、正反対の事例において——一人の生徒だけが祈禱する場合に——異なることが何故当てはまるのか、その理由は明らかではない。一定の宗教的な色彩を帯びている行動様式が同級生に苛立ちをもたらす限り、この障害は、原則として、關係する行動を学校において禁止するきっかけとされてはならない。むしろ、この障害は、授業において異なった行動に向き合い、これに対する理解を呼び起こすきっかけを与える……。宗派に属しない学校における平和的な共存には、生徒が、他者の宗教的確信に寛容な態度をとり、それを尊重することを学習することも含まれる……。」 (Rn. 38)

イスラム教の祈禱が「示威的かつ宣伝的性格」を有しているとの被告の評価が正しいかどうかは未解決のまま

にすることができ。祈禱の中心を占めるのは、信仰の宣伝ではなく、神に祈ることであり、あらゆる外面的に認識可能な信仰表明は「示威的である」と特徴付けられるというだけでも、この評価は疑問である。「学校当局が、イスラム教の生徒が原告の祈禱実践によって圧力がかけられていると感じることを危惧する場合において、少なくとも、教育上の努力では足りない」と判断したときは、当局が見出した示威的又は宣伝的形式の祈禱の危険に対処するために、組織的予防措置を講じることは、当局に許されている。」(Rn. 39)

(c) 「祈禱による基本法七条一項に基づく教育任務の具体的支障は、明らかではない。基本法七条一項は国に教育任務を与えている……。国家は、学校制度を組織し、自ら学校を設置するのみならず、教育目標及び教育課程を確定することも許される。」(Rn. 40) しかし、原告は、祈禱を行うために授業のない時間や休憩時間だけを使っているので、本件は、生徒が宗教上の理由から授業の受講義務の全部又は一部の免除を求める事例とは異なる。授業のない時間において、原告が祈禱を行うことを妨げようなど比較的に具体的な教育目標が追求されていること

は明らかではない (Rn. 41)。

(d) 基本法七条一項に基づく教育任務の枠内において維持されていなければならない学校平和の妨害も十分に示されていない。被告は、学校において宗教と関係のある紛争が生じていること (例えば、異なる宗教団体の生徒間による罵り合い、ラマダンの遵守の相互監視、スカーフを着用しない女子に対する侮辱、名誉殺人の正当化、反ユダヤ主義の考えの表明) を詳細に述べているが、これらの紛争は、本件で訴訟の対象となっていない法律問題と何の関連性も有していない。原告が何らかの仕方での種の対立に関与していることも、また、原告の行動がこの種の紛争を引き起こし、又は深刻化させていることも述べられておらず、また、明らかでもない (Rn. 42)。被告は、学校運営を損なう可能性のある具体的な組織的困難が原告の行動によって引き起こされたことを示していない。被告は、将来において多数の生徒が学校で祈禱をしたいと希望した場合について、学校運営の妨害を危惧しているが、このような状況が具体的に予測される根拠は存在しない (Rn. 44)。

(e) 関係する法益を衡量した結果、本件においては、

信仰の堅い生徒が、自分の祈禱のために授業のない時間だけを使う用意がある場合に、原則として就学時間外においてのみ祈禱をすることを、その生徒に期待することはできないことが明らかになる (Rn. 45)。

三 二〇一〇年五月二十七日ベルリン・ブランデンブルク上級行政裁判所判決

(一) 行政裁判所の判決に対して被告ベルリン州は、上級行政裁判所に控訴した。上級行政裁判所は、二〇一〇年五月二十七日の判決¹⁰において、原告敗訴の判決を下した。以下、この判決の内容を多少とも詳しく紹介したい。

(二) 上級行政裁判所は、まず、原告の主張する請求は、「信仰及び信教の自由の基本権の保護範囲」に含まれる (Rn. 26) と判断した。上級行政裁判所は、次のように説示する。

「基本法四条は、一項において、信仰の自由、良心の自由並びに宗教上及び世界観上の告白の自由を、二項において、宗教活動を妨げられない権利を保障している。基本法四条の二つの項は、包括的に理解されなければならぬ一つの統一的な基本権を含んでいる。この基本権

は、信仰する又は信仰しない内面的自由のみならず、信仰を表明し流布させる外面的自由にも及ぶ。これには、自己の全行動をその信仰の教義に準拠させ、その内的な信仰上の確信に基づいて行動する個人の権利も含まれる……。とくに、信仰の自由は、信仰が命じている、又は、信仰が表現されている宗教儀式上の行為に参加することを保障している……。それ故に、祈禱の遂行も、基本法四条によって原則的に保護される宗教活動に含まれる」 (Rn. 27)。

原告は、口頭弁論において、校長が行政裁判所の仮命令に対応して自発的に原告に使用させることにした部屋を、冬季においても、比較的わずかな日数しか利用しなかつた理由を余すところなく説明することはできなかつたが、当部は、原告が、「原告が祈禱暦から読み取った、定められている時間幅の中で」イスラム教の儀式的祈禱を行うことが自らを拘束するものであると考えているとの前提から出発する (Rn. 28)。

イスラム教の戒律によると正午の祈禱を午後祈禱によつて埋め合わせることができるのかどうか、又は、正午の祈禱を午後祈禱と併せて行うことができるかどうか

か、これらのことができるとして、その要件は何か、という問題は、基本権の保護範囲を規定するに際して重要ではない。「たしかに、人のあらゆる行動を、その人の主観的決定のみで、とくに保護された信仰の自由の発現形態と見ることはできない。むしろ、個人によってその信仰の自由の発現形態として要求される行動の評価に際して、各々の宗教団体の自己理解を無視することは許されない」。しかしながら、原告が義務的であると考えている祈禱時間の遵守がイスラム教の聖典に従うと「強制的なもの」であるか否かは、決定的ではない。何故なら、被告の提出したイスラム学者の鑑定書によっても、祈禱時間の遵守がイスラム教の教義と少なくとも「矛盾しない」ことを議論の出発点としなければならないからである。従って、原告が祈禱時間を遵守することを、内容及び外観に基づいて、イスラム教に根拠のある信仰準則として、基本法四条一項及び二項の保護範囲に含めることは十分に説得的である、とする原告の主張は認められなければならない。また、原告の要求は、正午の祈禱を就学時間の終了後に行うことが原告の信仰する宗教の準則によって原告に許容されている場合であっても、被告の

見解とは異なり、信教の自由の保護範囲から除外されない (Rn. 29)。

(三) しかし、上級行政裁判所は、原告の信教の自由の制約は憲法上正当化されると判断する。

(a) 「基本法四条一項及び二項において定められている信仰の自由は、たしかに留保なく保障されている。しかしながら、制限は憲法それ自体から導き出すことができる。これに含まれるのは、第三者の基本権と憲法ランクの共同体価値である……。留保なく保障された基本権の様々な担い手の間の衝突、及び、この基本権と他の憲法上保護される利益との衝突は、実践的整合性の原則によって解決されなければならないが、実践的整合性の原則は、対立する法的地位の一つを優先したり、最大限保持したりするのではなく、すべての法的地位を可能な限り損傷しないように調整することを要求する」 (Rn. 30)。

(b) 学校でイスラム教の儀式的祈禱を行うという原告の宗教活動の自由は、「基本法四条一項及び二項によって同じように保護されている、無宗教の又は異なる宗教を信仰する女子生徒及び男子生徒の消極的信仰の自由」と衝突する。また、十四歳未満の生徒の親の教育権に影

響を与えている。基本法六条二項一文は、親に、その子の育成及び教育を自然的権利として保障し、基本法四条一項と併せて、宗教及び世界観に関して子どもを教育する権利も含んでいる。それ故、信仰及び世界観の問題において、親が正しいと判断した確信をその子どもに伝えることは、何よりもまず、親が行うべき事項である。これに対応するのが、親には誤り又は有害と思える信仰上の確信を子どもに触れさせないようにする権利である。さらに、原告の求める信教の自由の実現は、基本法七条一項から導出される国の教育任務と衝突する。この任務は学校平和を保障することを含む。最後に、学校における原告の宗教活動は、国家の世界観的・宗教的中立性の要請に抵触する。たしかに、この要請は、国家と教会の厳格な分離という意味において距離をおく態度ではなく、信仰の自由をすべての宗派のために等しく促進する、開かれたかつ包括的態度であると解される。基本法四条一項及び二項は、積極的意味において、信仰上の確信の積極的実行及び世界観的・宗教的領域における自律的人格の実現のための空間を確保することも命じている。このことは、とくに、国家が配慮している義務教育の領域に

も当てはまる。この領域については、その性質上、宗教的及び世界観的思想が以前から重要であった。幅広い多様性を有する意見や見解に対する開放性が、自由主義的・民主的に形成されている共同体における公立学校の形成的要素である。学校は「宗教のない空間」ではないという点において、行政裁判所に同意する。しかしながら、国の世界観的・宗教的中立性義務は、特定の宗派の特権化及び信仰を異にする人の排除を禁止している。国家は、特定の政治的、イデオロギー的又は世界観的方向のために意図的に影響力を行使してはならず、また、国家から発せられる又は国家に帰属させることができる措置によって明示的又は論理必然的に自らをある特定の信仰又はある特定の世界観と同一視し、これによって社会における宗教的平和を自ら危険にさらしてはならない。宗教的・世界観的中立性の原則は、国家に、宗教団体の信仰及び教義をそれ自体として評価することを禁止する。この義務が厳格に遵守された場合、この義務は、要求できないほどの信仰及び良心の葛藤が生じないことを確保する (Rn. 31)。

(c) 関係する基本権及び憲法法益を損傷しないように

調整しようとする場合、学校は、様々な宗教上の見解が不可避的に出会い、この併存がとくに敏感に影響を及ぼす場所であることを考慮しなければならない。Dギムナジウムの生徒の出身国は二九カ国に及び、生徒が信仰する宗教も世界の主要な宗教のすべてを含んでおり、イスラム教においては三つの宗派を、キリスト教においては五つの宗派を含んでいる (Rn. 32)。

「この種の『多元的な』、さらには無神論者も含む生徒集団において、その時々々の宗教活動を求めるすべての要求に応え、さらに、宗教の異なる人や無宗教の人の消極的宗教の自由を同じ程度で相応に配慮することは、不可能である。個人は、様々な信仰上の確信に活動の余地を与える社会において、他者の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに触れさせられない権利を有していないのであるが……、学校においては多数の生徒が強制的に相対的に狭い空間に滞在させられており、回避可能性は必然的に限定的であることを考慮しなければならぬ。」 (Rn. 33)

同時に、当該学校における際立った宗教的雑多性は、比較的大きな潜在的紛争可能性を含んでいる。その際に

は、未成年の生徒が精神的・道徳的發展過程にあり、その人格の發展はまだ完了していないことを考慮しなければならない。このことから、一方において、宗教上の影響を受け易いこと、とくに同年齢の人からはそうであることが帰結される。他方において、未だ成長の途上にある若い人の場合、必要な尊重と寛容をもって宗教的儀式の実践に接する能力と用意は、経験則上、しばしば十分には形成されていない (Rn. 34)。

被告は、Dギムナジウムにおける紛争の潜在的可能性が理論的に存在するだけでなく、具体的に学校平和の危険を招来させていることを、一連の例を挙げて立証した。例えば、生徒が、コーランの一定の解釈から生じる行為準則 (例えば、スカーフの着用、断食、祈禱の遂行、豚肉の飲食禁止、反道徳的な行動や服装をしないこと、不純な女子生徒の付き合わないこと) に従わないことを理由として、紛争が生じている。この紛争の一部は非常に激しいものであり、受け入れ難い方法で決着が付いている。例えば、いじめ、とくに反ユダヤ主義の傾向を有する侮辱、脅迫、女性蔑視による差別を挙げなければならない。断食の最中に自己規制をしている生徒が、例え

ば、ラマダンの最中に学校のカフェテリアで棒状のミューズリを購入した生徒を「劣等のイスラム教徒」であると非難したこともある。さらに、イスラム教のある宗教団体に所属し、その故にスカーフを着用しない生徒や、宗教団体に所属しないと表明している生徒が罵倒されたり、野卑な言葉で挑発されたりしている。加えて、ある生徒は、他の生徒から、許されないと決めつけられた仕方では化粧した少女との付き合いを断つように求められた。また、反ユダヤ主義の考えが蔓延し、その結果、ユダヤ人の生徒の一部はユダヤ人であることを明らかにせず、又は学校を去っていくこともある。ユダヤ又はイスラエルのシンボルは、しばしば汚損され、又は他の方法で侮辱されている。さらに、移民のバックグラウンドを持つ生徒が、ドイツ人生徒から、軟弱で、抑圧しなければならぬ存在とのレッテルを貼られ、「豚肉を食う家畜」、「くそキリスト教徒」といった罵言によって貶められることもある。学校が、関係する生徒を対話のために集めることができる場合でも、紛争を引き起こす生徒は、通常の場合、コーランが自己の行動を正当化していると主張する。これらの例は、学校の敷地で宗教上の儀

式の遂行を許容し、それが明らかに存在感を増す場合に、いずれにせよ存在する紛争状況が激化することを示している (Rn. 35)。

たしかに、第三者の妨害行為は宗教活動の制限を容易には正当化しない。何故なら、基本法四条一項及び二項は、防御権の古典的作用に限定されず、国家に対して、個人及び宗教団体を異なる方向の信仰又は競合する宗教集団の信者の攻撃又は妨害から保護する義務を課しているからである。しかしながら、通常の場合、このような基本権保護義務から特定の行為基準は導出されない。むしろ、権限を有する国家機関、とくに立法者が、保護義務をどのように遂行するかについて自己の責任で決定しなければならない。保護コンセプトを立て、規範的に置換することは、原則として、立法者が行うべき事項である。その際に、立法者は評価・形成の余地を有する。保護義務違反が認定できるのは、保護措置がそもそも講じられていない場合、講じられた規制及び措置が、必要な保護目標を達成するために明らかに適合的でないか、若しくは完全に不十分である場合、又は、規制及び措置が保護目標を著しく下回る場合である (Rn. 36)。

学校法は、紛争の潜在的可能性に「教育的手段で」対処するというコンセプトに基づいており、考え方の異なる人との寛容な付き合いを教育によって訓練することは、まさに学校の任務である (Rn. 37)。このことは、増大する宗教的多様性を学校において受け入れ、相互の寛容を習得するための手段として利用するアプローチを提供する。しかし、宗教的な動機による干渉、侮辱及び排除といった被告の挙げた事例は、教育的手段だけでは、予測される重大な紛争に十分に対処し、授業及び教育任務の遂行に不可欠な学校平和を維持するのに十分ではないことを印象深く示している (Rn. 38)。

さらに、イスラム教の儀式的祈禱の遂行は他の女子生徒及び男子生徒に影響を与える可能性がある。イスラム教の儀式的義務祈禱は、アラーへの祈りと区別されなければならぬ。後者は「黙禱」としても行うことができ、その場面に居合わせる者に対して、儀式的祈禱は容易に知覚可能である。何故なら、祈禱者は、標識を付いたり、祈禱用カーペットを広げたりするなどして、祈禱の場所を世俗から切り離さなければならず、さらに、特定の姿勢をとり、聖典を朗読しなければ

ならないからである。また、専門家によると、儀式的祈禱は、集団で行われる様式をとっている。その際、祈禱者の一人がイマームに指名される。共同の祈禱は高い価値があるとされる。原告が他の七人の生徒と一緒に祈禱をしたことは、これに対応している。若者の集団力学的メカニズムを基礎として考えると、祈禱の集団的遂行の局面を無視することはできない。ここに、生徒が影響を受ける可能性があり、ある生徒集団に属する場合に祈禱の集団的行使にも参加するという結果となる。さらに、イスラム教の儀式的祈禱を行うことが、信仰の堅いわけではないイスラム教の生徒に影響を及ぼす可能性がある。「宣伝の性格」を有することは否定できない (Rn. 39)。

(d) 「これらすべてのことからして、Dギムナジウムの学校当局が、行政裁判所の仮命令に対応して、儀式的な正午の祈禱の遂行のために遮断された部屋を原告に利用させることを、行政裁判所がこのような補助的措置を講じることが義務付けていないにもかかわらず、決定したことは説得的である。何故なら、これによって、原告の宗教儀式的行為はその同級生の視野から逃れることになり、その結果、原告自身も祈禱を行っている最中に侵

害から保護され、かつ、これと同時に、たとえ説明した集団力学的なプロセスは阻止されないとしても、他の同級生に対する、場合によってはあり得る影響力行使の可能性も阻止され、又は少なくとも減少させることになるからである。このことから、儀式的祈禱を行うための部屋の準備のような学校平和の維持に役立つ学校組織上の措置とこの祈禱を可能にすることは結局のところ切り離せないことが、明らかになる。これにより、原告が行おうとしている宗教的活動は、不可避的に、学校当局の学校組織上の補助的措置を必要とすることになる。このことは、原告にとっては、自己の信教の自由の制約を防御することのみならず、不可避的にこれと同時に、被告に設備上・組織上の給付を求めることが重要であることを帰結するが、設備上・組織上の給付は、教育的手段の使用という構想を基礎としている学校法の法律上の規定に定められておらず、信教の自由にも有利に働く憲法上の保護義務を直接的に拠りどころとすることはできない。たしかに、基本法四条一項は、……国家が個人又は宗教団体の信仰上の確信、行為及び表現に干渉することを禁止することに限定されない。むしろ、基本法四条一項は、

個人又は宗教団体のために、人格を世界観的・宗教的領域において発展させる活動空間を確保する義務を国に課している。しかし、基本法四条一項は、個人又は宗教団体に対して、その信仰上の確信を国の支援によって表現することを求める請求権を付与するものではない」(Ru. 50)。

(e) 「さらに、被告には、異なる傾向の宗教又は信仰を有する女子生徒及び男子生徒にも、その宗教を実践するためのしかるべき支援を与えることが義務付けられていることも付け加わる。国は、様々な宗教団体及び世界観団体を平等原則に依拠して取り扱うように留意しなければならず、国自らは宗教問題において中立性を保つ場合のみ、様々な、それぞれどこか対立している宗教的及び世界観的確信の平和的共存を保障することができる……。Dギムナジウムにおいては、これまで原告だけが学校の敷地において儀式的な宗教行為をすることを求めているにすぎないと論証によつて、これに反論することはできない。むしろ、原告に与えた対応措置は類似の利害状況においては他の生徒にも与えなければならぬ」という点においては、被告に賛成しなければならない。」

祈禱室の設置を求める申立てがあること(被告によると、Dギムナジウムだけで五件。)は、このことがたんに理論上の考察にすぎないわけではないことを示している。しかしながら、多数の宗派が存在する状況においては、学校の限られた人的及び物的資源にかんがみると、原告に与えた対応措置を類似の利害状況において他の生徒にも与えることが組織的可能性の限界を超えていることは、被告が説得的に示しているとおりである。例えば、過去に一度設置された「共同」祈禱室は、スカーフを着用している生徒とそうではない生徒との間で口論が発生したり、男子生徒が女子生徒と一緒に祈禱することを拒否したりしたために、閉鎖された。その後は、場合によっては、きめ細かな空間的仕切りをするための広範囲な対策措置を講じ、それが支障なく利用されることを監視員によって保障せざるを得なくなった(Rn. 41)。

(f) 「学校平和のために行われる原告の信教の自由の制約は、原告を過度に害するものではない。学校平和を維持する場合にのみ実現することができ、国の授業及び教育任務も、また、国の世界観的中立義務や宗教を異にする又は無宗教の女子生徒及び男子生徒の消極的信仰の

自由も、原告の信教の自由と同じように、憲法ランクを有する」。本件において問題となるのは、学校平和の妨害の「抽象的な」危険ではなく、被告が例を挙げて述べている出来事にかんがみると、「十分に具体的な」危険である(Rn. 42)。

「原告の負担となる基本権制約の強度は限定的である。被告は、原告に対して、—異なる傾向の宗教又は信仰を有する他の生徒もそうであるが—学校の敷地において授業のない時間に『黙』禱を行うことを許している。学校の敷地でイスラム教の儀式的な正午の祈禱を行うことの禁止は、原告にとって、解消できない信仰の葛藤を招来するものではない。何故なら、提出された専門家の鑑定は、二つとも、核心において、正午の祈禱は、信者が自らの影響力を及ぼすことができない理由により適時に行うことを妨げられた場合は、このために定められた時間が経過した後に埋め合わせることが可能で、午後の祈禱と同時に行うことができる、ということから出発しているからである。最後に、一学年の大部分においては、儀式的なイスラム教の正午の祈禱を日々の就学時間の後に学校外で行う—原告によっても使われている—可能性が

原告に存在していることを考慮しなければならない。その後に残されている制限に比して、儀式的祈禱の許可と結び付いた組織上の効果は、とりわけ、他の生徒との関係で被告の平等取扱義務が原則的に存在していることを考慮すると、はるかに重大である。」(Rn. 43)

「このことから、信教の自由の憲法内在的制限は主張された要求を妨げるものであり、被告には、列挙した諸理由から、原告が学校の敷地でイスラム教の儀式的な正午の祈禱を行うことを禁止する正当な根拠があることが帰結される。」(Rn. 44)

四 二〇一一年一月三〇日連邦行政裁判所判決

(一) 上級行政裁判所の判決に対して、原告は上告した。連邦行政裁判所は、二〇一一年一月三〇日の判決⁽¹⁾において、上告を斥けた。連邦行政裁判所は、上級行政裁判所の判決を結論において支持したが、その理由付けは重要な部分において異なっている。以下、連邦行政裁判所の判決を多少とも詳しく紹介したい。

(二) まず、連邦行政裁判所は、一日一回、授業と授業の間の休憩時間に、校舎の廊下でイスラム教の祈禱を行

うことが「憲法上保障された信仰の自由の保護範囲」(Rn. 17)に含まれると説示する。

「基本法四条一項及び二項は、包括的に解釈されなければならない一つの基本権である信仰の自由を含んでいる……。この基本権は、信仰する又は信仰しない内面的自由のみならず、信仰を表明し流布させる外面的自由にも関係している……。信仰の自由に含まれる宗教活動の権利は、広く解釈されなければならない、例えば、祈禱のように、ある信仰が命じている、又は、信仰が表現されている宗教儀式上の行為にも及ぶ……。たしかに、人のあらゆる行動を、その人の主観的な決定に基づいて、特別に保護されている信仰の自由の発現形態であると見ることとはできない。」むしろ、個人が、ある行動を自己の信仰の自由の発現形態であると主張したときは、評価に際して、各々の宗教団体の自己理解を考慮しないことは許されない。重要なことは、当該行動を、各々の宗教団体の信仰準則である意味内容と外形に照らして、基本法四条一項及び二項の保護範囲に含めることが十分に説得的かどうかである (Rn. 18)。

これに照らして判断すると、原告による祈禱の遂行は

基本法四条一項及び二項の保護範囲に含まれる (Rn. 19)。

基本法四条一項及び二項の保護範囲は、原告が祈禱を行いたいと思っている「場所の自由な選択」も含んでいる (Rn. 20)。儀式的祈禱を行うために、原告は、空間を、具体的には校舎の廊下の一部を必要としている。しかし、廊下の利用は、原告の決定権に服していない。むしろ、廊下の利用は学校当局の決定権に服しており、廊下は、通行場所、つまり、教室、科目別教室、教員室、トイレ、出口に通じる通路として利用されている (Rn. 21)。

基本法八条一項に基づく集会の自由においては、集会の場所と時間に関する決定は自由であるが、この決定は集会場所の法的使用権限を前提としており、場所を自由に選択する権利は、他人の財産を自由に使用する権利を含まない。このことは、設置管理者の意思に従って限定された目的規定の枠内においてのみ利用に供されている土地にも当てはまる (Rn. 22)。

しかし、信仰の自由の行使は、集会の自由とは異なる。「たしかに、信仰の自由も、個人に対して、いつもは通行が許されない空間に立ち入る請求権を付与しない。信

仰の自由は、実際に通行することができる場所に限り、市民に保障される。集団的に行使される集会の自由とは異なり、個人の権利である信仰の自由の行使は、通常の場合、類型的に迷惑を伴うような特別に空間を占拠する必要を含まない。信仰の自由は、個人の権利として、原則からすると、ある人がその時々にいる場所であれば、どこでも市民に帰属する」 (Rn. 23)。

このことは、少なくとも、学校において自己の宗教が命じている祈禱を行おうとする生徒にも当てはまる。基本法四条一項及び二項は、信仰上の確信を積極的に実現し、世界観的・宗教的領域における自律的な人格を実現するための空間を確保することを命じている。このことは、国によって配慮される学校領域にとくに当てはまる。生徒は、その人格権を学校に持ち込むと同時に、学校と授業進行に拘束される。生徒は、授業時間と授業時間の間の休憩時間中であっても、簡単には学校を出られない。生徒にも学校から出るように指示することはできないだろう。生徒は、休憩時間中も規則に従って学校にとどまり、―後にさらに論じなければならぬ―制約は留保されるが―学校において自己の個人的好みや必要に応じて行

動することができる。少なくとも、学校へのこのような拘束性にかんがみると、生徒が祈禱の時間及び場所を選択することを、学校当局は問題になっている空間をもっぱら他の目的のために使うことを予定しているとの指摘によって始めから否定することはできない。信仰の自由の保護範囲は、このような状況においては、事実上利用に供されている空間への立ち入りを含んでいる (Rn. 24)。

(三) つぎに、連邦行政裁判所は、信仰の自由に対する制約が憲法上正当化されるかどうかを検討する。

連邦行政裁判所は、まず、連邦憲法裁判所の判例¹²を用しつつ、「基本法四条一項及び四条二項において定められている信仰の自由は、留保なく保障されている。それ故、制限は、憲法それ自体から導き出されなければならない。これに含まれるのは、第三者の基本権及び憲法ランクの共同体価値である。」(Rn. 26) との解釈を確認する。そして、連邦行政裁判所は、①他の生徒及び教員の消極的信仰の自由、②親の教育権、③国の宗教的中立性の要請、及び④学校平和の保護によって自己の信仰を表明する原告の権利を制約することができるかどうか

について、検討を加えている。結論として、連邦行政裁判所は、「学校平和」は憲法ランクを有する共同体価値の一部であって、原告の信仰の自由は学校平和を保護するために制約されると判断した (Rn. 27)。

(a) 連邦行政裁判所は、まず、他の生徒及び教員の消極的信仰の自由によって、自己の信仰を表明する原告の権利は制約されないと説示する。

「基本法四条一項において保護されている信仰の自由は、宗教上及び世界観上の確信を形成し持つ自由、並びに、この確信を告白し流布させる自由に加えて、消極的信仰の自由、つまり、宗教上若しくは世界観上の確信を持たない自由、又はこのような確信を否定する自由も含んでいる……。」共にしない信仰の宗教儀式上の行為に参加しない自由も保障されており、このことは、信仰や宗教が現れる儀式やシンボルにも及ぶ (Rn. 28)。

しかしながら、生徒が校舎の廊下で祈禱を行っている原告に出会ったとしても、生徒の消極的信仰の自由は制約されていない (Rn. 29)。

「消極的信仰の自由は、国家に対して向けられている防御権である。国は、個人が回避可能性なくある特定の

信仰の影響、ある特定の信仰が現われている行為、及び、ある特定の信仰が示されているシンボルにさらされる状況を創出してはならない。その点において、基本法四条一項及び二項は、まさに、社会の自己組織化に委ねられるのではなく、むしろ、国によって配慮される領域において、自由を確保する効果を發揮するが、このことは、学校に当てはまる……。しかし、この点においても、消極的信仰の自由は、国に対して向けられている。国に禁止されるのは、例えば、国が教室に宗教的シンボルを設置し、又は、教員が登場することによってその宗教的確信を授業に持ち込むような外形に教員をさせて生徒に向き合うことによって、個人をその意思に反して強制的に他者の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに対面させることである。これに対して、生徒が、学校において、宗教的シンボルの着用又は宗教儀式上の行為によって自己の信仰の自由を行使する場合、せいぜいのところ、他の生徒に対する国の保護義務が関係しているにすぎない。学校という国によって配慮される領域において、国は、個人が、国の責任によって、その消極的信仰の自由を侵害し得るような私的な第三者の宗教的表明

にさらされるということがないようにすることも保障しなければならない。生徒の信仰表明は、国が命じたものではない。その責任を国に負わせることはできない。国の責任は、様々な宗派や信仰上の立場を有する生徒を一つの学校において共存させることにある。生徒の消極的信仰の自由に対する国の保護義務は、学校平和を維持する、つまり、国の教育任務の実現及び秩序正しい授業進行の妨げとなる紛争を―たとえ宗教的な紛争であったとしても―許さないという国の任務とかなりの程度まで重なっている。少なくとも国の保護義務は、生徒が、又は教員も、自分とは異なる、共にしていない信仰の表明に全く出会わないように保護しなければならないということにまでは及ばない。」生徒及び教員は、祈禱を行っている原告に不可避的に対面するわけではない。彼らは、祈禱する原告に出会う場合に別の道を行くこともできる。上級行政裁判所は、学校においては回避可能性は限定的であると認定したが、これにより、限定的ではあるが、回避可能性が実際に存在することも述べている。従って、原告との出会いは、むしろ逃げられる遭遇に限定され、他の生徒及び教員は、自己の信仰と異なる、認めていな

い信仰の影響に、彼らに期待できない仕方ですらされて
いない。個人は、様々な信仰上の確信に活動の余地を与
える社会において、他人の信仰表明、宗教儀式上の行為
及び宗教上のシンボルに完全に触れさせられない権利を
有するものではない。このことは、学校の生活領域にも
当てはまる (Rn. 30)。

(b) つぎに、連邦行政裁判所は、原告の信仰の自由は
他の生徒の親の教育権によっても制約されない (Rn.
31) と説示した。

「基本法六条二項一文は、親に対して、自然の権利と
して、子どもの育成及び教育の権利を保障している。こ
の基本権は、基本法四条一項と併せて、世界観的及び宗
教的観点から子どもを教育する権利を含んでいる。それ
故、信仰及び世界観の問題において、親が正しいと考え
た確信を子どもに伝えることは、何よりもまず、親の行
うべき事項である……。親にとって間違いである又は有
害であると思われる信仰上の確信から子どもを遠ざける
権利は、これに対応している……。」 (Rn. 32)

「しかし、子どもが第三者の宗教的行為に出会うこと
に関しては、親の教育権は、子どもの消極的信仰の自由

を上回らない。これに対応して、教育権は、その子ども
を第三者の宗教的行為とのあらゆる出会いから保護する
権限を親に与えていない。教育権も、同じように、国家
に向けられた基本権であり、子どもが、国の責任によつ
て、逃げ道もなくこのような行為にさらされた場合に限
り、関係し得るのである。」本件は、このような事案で
はない (Rn. 33)。

(c) さらに、連邦行政裁判所は、原告の信仰の自由は
「国の宗教的中立性の憲法上の要請」によって制限され
ず、学校当局は、この要請を指摘することによって、校
内における祈禱の遂行を禁止することはできない (Rn.
34) との判断を示した。

「基本法は、すべての国家市民の安住地 (Heimstatt)
である国家に対して、世界観的・宗教的中立性の義務を
設けている。基本法は、国教会の法形式の導入を禁止し、
特定の宗派の特権化及び信仰を異にする人の排除を禁じ
ている。国家は、平等原則に基づいて様々な宗教団体及
び世界観団体を取り扱うように留意しなければならない。
国家は、自己をある特定の宗教団体と同一視してはなら
ない。しかしながら、国家に命じられている宗教的・世

界観的中立性とは、国家と教会の厳格な分離という意味において距離をとる態度と解することはできず、むしろ、信仰の自由をすべての宗派のために等しく促進する、開かれたかつ包括的な態度であると解される。国家は、たんに、ある特定の政治的、イデオロギー的又は世界観的方向のために意図的に影響力を行使してはならず、また、国家から発せられる又は国家に帰属させることができる措置によって明示的又は論理必然的に自らをある特定の信仰又はある特定の世界観と同一視し、これによって社会における宗教的平和を自ら危険にさらしてはならないだけである」(Rn. 35)。

このことは、国家と宗教との関係に関する従来の理解によると、とくに、その性質上、宗教的及び世界観的思想が以前から重要であるところの、学校という国家によって配慮される領域に当てはまる。「これによると、学校は、様々な世界観的及び宗教的内容及び価値にも開かれていなければならない。この開放性によって基本法の自由な国家は、その宗教的及び世界観的中立性を維持する。様々な方向の世界観及び信仰を有している子どもを共同で教育するに際して避けられない緊張状況につい

ては、人間の尊厳の発現形態である寛容要請を考慮しつつ、調整に努めなければならない……。これによると、国家の中立性義務は、あらゆる宗教的關係性から免れている学校を求めていない。学校は、むしろ、世界観的及び宗教的連関性を、社会的現実を考慮しつつ、何らかの方向において一面的に評価することなく、伝えることを義務付けられている」(Rn. 36)。

これに照らして判断すると、原告が校舎の廊下において祈禱を行うことを学校当局が許容したとしても、国家の中立性要請の違反を認めることはできない。原告が校舎の廊下において祈禱を行うことを学校当局が許容することに、イスラム教の一面的な優遇も、この信仰に沿った影響力行使も存在しない。この信仰との明示的又は論理必然的同一化も見出すことはできない。「宗教儀式上の行為としての祈禱は、学校官庁によって命ぜられたものではなく、信者の独自の決断に基づく。国家が学校において原告によるイスラム教の祈禱の遂行を受忍したとしても、国家は、祈禱において表現されているイスラム教に対する原告の告白を自分のものにしていない。国家は、国家によって意図されたものとして祈禱に責任を負

う必要もない。」(Rn. 37)

「もつとも、宗教的多元性の増大と結び付いた社会的変遷は、宗教的関係性が学校において許されるべき程度を異なつて規定するきっかけになる可能性がある。一方において、統合に向けた諸努力の中で一定の寄与をするために、増大する宗教的多様性を学校において受け入れ、相互の寛容を習得するための手段として利用することの理由を挙げることができる。他方において、増大する宗教的多様性は、学校における紛争の潜在可能性がより高まることに結び付く。それ故、学校領域における国家の中立性義務に、より厳格な、従来以上に距離をおく意味を付与し、これに対応して、生徒、親又は他の教員との紛争を始めから回避するために、生徒によつて学校に持ち込まれる宗教的関係性を学校から原則的に遠ざけておくことにも適切な理由があるかもしれない」(Rn. 38)。

しかし、変遷した事実にどのように応答すべきか、とくに、学校における宗教的平和を維持するために、生徒に対してどのような行動準則を定めるべきかについては、行政部には決定する権限はなく、このためには、民主的に正当化された議会立法者による規制が必要である。生

徒と親の対立する基本権地位又は憲法ランクを有する他の価値が、宗教儀式上の行為及び宗教的関係のある標章の使用を大幅に学校から追放する規制を正当化するかどうかは、事実の展開の評価にかかっている。立法者のみが、この判断について、評価特権を有しているのであつて、官庁及び裁判所は、これを要求できない。立法者は、学校における宗教儀式上の行為の遂行又は宗教的シンボルの使用からすでに抽象的危険が生じるかどうか、場合によつては、その防御のために、それに特化した法的根拠を創設しなければならないのかどうかを決定しなければならない (Rn. 39)。

議会立法者によつて創設された法的根拠は、ベルリン州法において存在しない。生徒に対しても拘束力のある行為準則を制定する一般的授權は、宗教上の儀式の実施のような生徒の信仰表明をすでに「危険又は紛争の単なる可能性」を理由として制限するためには、これに必要なである十分に明確な法的根拠とは言えない。それ故、学校当局は、現在においては、個別のケースにおける具体的危険を考慮することなく、学校における祈禱の遂行及び類似の宗教儀式上の行為を、これらが学校平和を危険

にさらす抽象的性質があるとの理由で予防的に禁止することはできない (Rn. 40)。

(d) 最後に、連邦行政裁判所は、原告の信教の自由に対する制約を「学校平和を維持する要請」(Rn. 40)を理由として正当化することができかどうかを検討し、これを肯定する。

「基本法七条一項に基づく国の教育任務の遂行は、学校平和が維持されていることを前提とする」。平和とは、国の教育任務を実現するために、授業が秩序正しく進行することを可能にする紛争のない状態、又は、紛争が克服された状態を意味する。「学校平和は、宗教的動機を有する行動によっても損なわれる可能性がある……。宗教的學校平和は、卓越した意義を有する保護目的である……。公立學校における宗教的・世界觀的紛争の回避は、重要な共同体利益である……。」(Rn. 42)

「上級行政裁判所の事実認定によると、原告が学校の廊下で祈禱を行うことは、そうしなくてもすでに存在する、學校平和に対する具体的危険をさらに高めることにちな」(Rn. 43)

上級行政裁判所の認定によると、Dギムナジウムにお

いては、生徒の信仰する宗教及び宗派は多数であり、「生徒集團のこの雑多な構成」のため、一部の生徒間で、極めて激しい紛争が繰り広げられてきた。これらの紛争は、生徒が他の生徒に対して、コーランの一定の解釈から導かれる行動準則に従っていない、例えば、スカーフを着用する、断食規定に従う、祈禱を行う、豚肉を食べない、「道徳的ではない行動」や「道徳的ではない服装」を、さらには「不純な」生徒との個人的接触を避ける、といった戒律に従っていないと非難することから発生していた。これをきっかけとして、例えば、いじめ、反ユダヤ主義の傾向を有する侮辱、脅迫、女性蔑視による差別など生じた。上級行政裁判所は、これらの事情に基づいて、校内で宗教的儀式を行うことを許し、これがはつきりと存在感を増すと、それがなくてもすでに存在している紛争状況が深刻化するとの結論を引き出した (Rn. 44)。

当部は、行政裁判所法一三七条二項に基づいて、この事実認定とこれに基づく証拠評価に拘束される (Rn. 45)。

(e) そして、連邦行政裁判所は、原告の信教の自由の

制限は、「対立する憲法法益の慎重な調整の要請」に合致するもので、比例原則も遵守されていると判断した (Rn. 50)。

(i) 学校の平和に対してそうでなくても存在する具体的危険が激化することが適切に予測されており、学校において儀式的なイスラム教の正午の祈禱を行う可能性の制限は、具体的危険の激化に対処するという追求している正当な目的を達成するのに適格的である (Rn. 51)。

(ii) 信仰の自由の制限は、この目的を達成するために必要である。学校平和に対する予見可能な危険は、原告の信仰の自由を制限しないか、より少なく制限する他の同等に効果的な手段によっては対処することはできない (Rn. 52)。

たしかに、学校は、何よりもまず、宗教的動機によって生じた具体的な紛争を「教育的手段」で対処することを義務付けられる。社会における多様性は、とくにはつきりと学校において反映される。学校は、様々な宗教的考えが不可避的に出会う場所であり、その共存は学校に敏感に影響を与える。異なった考えを持つ人との共存は、学校において、教育を通じてもつとも持続的に訓練され

る。上級行政裁判所は、ラント法を解釈して、学校法は、上記のような紛争の潜在的な可能性を教育的手段によって対処するとのコンセプトを基礎としており、異なった考えを持つ人との共存を教育によって訓練することが学校の任務であることを確認した (Rn. 53)。しかし、宗教的動機によって生じた具体的な紛争を教育的手段で対処する学校の可能性には限界がある。このことは、とくに、宗教的に形成された行動と宗教から離れた行動が対立に至る場合や、個別の出来事を取り上げることがそのための費用からしてもはや無意味であるような場合に当てはまる。少なくともこのような場合においては、学校の教育任務のために秩序正しい授業進行を確保するという学校の上位の目的が貫徹されることになり、すべての生徒は、学校の本来の目的に拘束される。個人は、この目的を達成するために、自らが学校平和を妨害したと非難されるかどうかを問題とすることなく、それ自体としては許される行動を断念しなければならない (Rn. 55)。上級行政裁判所は、当該学校の具体的な事実関係にかんがみると、教育的手段のみでは、祈禱を行うことを許容した場合に予測される大部分の紛争に十分に対処すること

はできないと評価した。上級行政裁判所は、とくに、本件学校が、紛争に関与している生徒を対話のために集めることができた場合においても、この対話は成果を上げていないと指摘した (Rn. 55)。

また、より緩やかな手段として、祈禱を希望する生徒に、他の生徒に見られないで祈禱を行うことができる部屋を割り当てることも考慮に値する。これは、学校が、祈禱を全面的に禁止する前に、既存の部屋を、祈禱を行うために利用できる部屋として提供することができるかどうかの問題である (Rn. 52)。しかしながら、上級行政裁判所は、祈禱を行うための特別の部屋を設置することとは、学校の組織的可能性の限界を超えていると認定した。当部(連邦行政裁判所)は、この認定に拘束される。上級行政裁判所は、学校は、過去に一度、共同の祈禱室を設置したが、開設した祈禱室は、スカーフを着用している生徒とそうではない生徒との間で口論が発生したり、男子生徒が女子生徒と一緒に祈禱することを拒否したりしたために、閉鎖され、その後は、場合によっては、きめ細かな空間的仕切りのための広範囲な対策措置を講じ、それが支障なく利用されることを監視員によって保障せ

ざるを得なくなったとの事実評価をしている (Rn. 58)。
(iii) 信仰の自由の制限は、相当である。この制限は、それを正当化する正当な目的と釣り合いがとれていないとは言えない (Rn. 59)。

もとより原告の信教の自由の制限も軽微なものではない。原告は、もはや就学義務を負わないが、学校課程を修了するためには、学校によって定められた時間は校内にとどまることを義務付けられる。また、正午の祈禱が定められた時間を経過した後埋め合わせをすることができるとい理由によって、基本権の制限の厳しさが緩和されるわけではない。原告は、定められた時間幅の遵守が自らに対して拘束力があると考えており、このことは、十分な説得力をもって基本権の保護範囲に含めることができる (Rn. 60)。

しかし、基本権の制限によって追求されている目的の重要性は、原告の信仰の自由の侵害よりも高く評価されなければならない。学校平和の維持は特別の重大性を有する。本件においては、このことがとくに当てはまる。何故なら、宗教上の紛争に起因して、すでに存在している、学校平和が妨げられる十分な蓋然性が、祈禱の遂行

によって高められ、それ故、学校平和に対するとくに強度の危険状況を心配しなければならなくなるからである。このような事情においては、原告の宗教活動の重要性は、同じく憲法上保護された学校平和よりも低いと言わざるを得ない (Rn. 61)。

Ⅲ 検討

一 信教の自由の保護範囲

以上の作業により、ベルリン行政裁判所、ベルリン・ブランデンブルク上級行政裁判所及び連邦行政裁判所の下した判決・決定の内容はほぼ明らかになったと思われる。もつとも、事案解決のプロセスを全体として正確に理解するためには、法解釈の部分のみならず、事案の具体的検討の部分も含めて、各裁判所の判決・決定をできる限り詳しく紹介する必要があるとの考え方に基づいて各裁判所の判決・決定を紹介する作業を行ったため、本稿の記述がやや冗長になってしまったことは、否定できない。この点は、上記の考え方からしてやむを得ないものであるから、お許しただきたいと思う。それはとも

かくとして、各裁判所の判決・決定を紹介する作業を終えた後は、当然のことながら、上記の判決・決定に含まれる憲法上の問題点について検討を加える作業を行わなければならない。以下においては、連邦行政裁判所判決を中心として、上記の判決・決定に含まれる憲法上の問題点について若干の検討を行うことにしたい。

まず、公立学校の生徒である原告が学校においてイスラム教の祈禱を行うことが基本法四条一項及び二項に基づく基本権の保護範囲に含まれる点については、行政裁判所、上級行政裁判所及び連邦行政裁判所が一致して認めるところであり、学説においてもとくに異論はないと思われる。ここでは、信仰の自由の保護範囲に関して筆者がとくに注目に値すると考えている二点を簡単に指摘しておきたい。

第一に注目に値する点は、原告は、原告自身の陳述によっても祈禱を原則的に後で埋め合わせをすることができるので、祈禱の禁止によって原告の信仰の自由は影響を受けていないとの被告の主張に対する行政裁判所及び上級行政裁判所の応答である。被告が主張しようとしたのは、原告は、原告が信仰する宗教の教義によると、就

学時間の終了後に正午の祈禱を午後の祈禱と併せて行うことができるのであるから、その教義に照らしても学校で祈禱を行う必要はなく、それ故、原告の信仰の自由は学校における祈禱の禁止によって影響を受けていないということだと考えられる。この主張に対して、まず、行政裁判所決定は、原告自身が、少なくとも一回の祈禱を就学時間中に行うことを拘束力のあるものと考えているが、信仰上の確信を評価すること、又は、本人が拘束力があると考えている信仰上の戒律を疑問視することは、国家に禁止されており、それ故、被告は、イスラム教は、例外的に、定められた祈禱時間から外れることを許しているとの一般的な指摘だけでは原告の主張を覆すことはできないとの見解を示した。つぎに、行政裁判所判決は、二〇〇三年九月二四日連邦憲法裁判所第二法廷判決¹³(以下、この判決を「〇三年判決」という。)の参照を求めつつ、「たしかに、人のあらゆる行動が、その人の主観的決定のみで、とくに保護された信仰の自由の発現形態と見ることはできない。むしろ、個人によってその信仰の自由の発現形態として要求される行動の評価に際して、各々の宗教団体の自己理解を無視することは許されな

¹⁴い」と指摘した上で、行政裁判所が自ら求めたイスラム学者の鑑定書に基づいて、儀式的祈禱の延期又は併合は、信者にとっては、緊急状態及び特別の外的必要性のある状況において例外的に許されるものであり、被告は、原告は、正午の祈禱と午後の祈禱を帰宅してから併せて行うことによつて葛藤の発生を回避できると鑑定書を解釈するが、これは間違いで、専門家は、原告は、祈禱を授業時間外に、つまり休憩時間に延期できると述べているにすぎないと説示した。また、被告は、控訴理由の中で、原告は、祈禱のために利用できる時間の枠が狭まる冬季においても、祈禱のために用意された部屋を極めて散発的に使用したにすぎないから、原告が祈禱時間を自らに對して拘束力のあるものと考えているかは疑問であると主張するとともに、別のイスラム学者の鑑定書を提出し、この鑑定書に基づいて、原告は儀式的祈禱を必ず就学時間中に行わなければならないわけではないことを議論の前提としなければならないと主張した。被告は、イスラム教の自己理解によると、分別のある (mindig) イスラム教徒には、冬の数ヶ月の間は、日常生活に即した独自の解決を探求する権限を与えられていると主張した。

このような主張に対して、上級行政裁判所は、「原告が祈禱暦から読み取った、定められている時間幅の中で」イスラム教の儀式的祈禱を行うことが自らに拘束力があると原告自身が考えているという前提から出発し、かつ、被告の提出したイスラム学者の鑑定書によっても、祈禱時間の遵守がイスラム教の教義と少なくとも「矛盾しない」ことを考慮して、祈禱時間の遵守を基本法四条一項及び二項の保護範囲に含めることは十分に説得的である、とする原告の主張を認めた。¹⁶ 連邦行政裁判所も、上級行政裁判所の判断を受け入れた。¹⁷ 行政裁判所、上級行政裁判所及び連邦行政裁判所は、原告が「就学時間中に」に祈禱を行うことは信仰の自由（基本法四条一項及び二項）の保護範囲に含まれるとする点で一致したが、この判断の背後には「宗教」該当性の判断方法という重要なかつ困難な論点が控えている。この論点については、別途論文を作成して、詳しく検討しなければならない。¹⁸

第二に、連邦行政裁判所が、原告が「学校において」祈禱を行うことが基本法四条一項及び二項の保護範囲に含まれることを詳しく説示している点は注目に値する。宗教的儀式を行うためには空間（本件においては、校舎

の廊下）が必要であるが、校舎の廊下の利用は学校当局の決定権に服している。そこで、基本法四条一項及び二項に基づく基本権の保護範囲に原告が「校舎の廊下で」祈禱を行うことも含んでいるのかどうかが問題となる。この点、連邦行政裁判所は、集会の自由（基本法八条一項）は集会の場所と時間に関する決定の自由を含んでいるが、この決定の自由は集会場所の法的使用権限を前提としており、場所を自由に選択する権利は他人の財産を使用する権利を含まないと指摘した上で、¹⁹ しかし信仰の自由は集会の自由とは異なるとの見解を示している。連邦行政裁判所は、次のように説示している。信仰の自由は、個人に対して、いつもは通行が許されない空間に立ち入る権利を創出するものではなく、信仰の自由は、実際に通行が許されているところに限り、市民に保障されるが、集団的に行使される集会の自由とは異なり、個人の権利としての信仰の自由の行使は、通常の場合、类型的に迷惑を伴うような特別に空間を占拠する必要を伴わないので、個人は、原則として、その人がいる場所であれば、どこでも信仰の自由を行使できる。²⁰ そして、このことは、少なくとも、学校において自己の宗教が命じて

いる祈禱を行おうとする生徒にも当てはまる。基本法四
 条一項及び二項は、信仰上の確信の積極的実行と世界観
 的・宗教的領域における自律的な人格の実現のための空
 間を確保することを命じている。生徒は、学校と授業進
 行に拘束され、授業時間と授業時間の間の休憩時間中
 であつても、学校を容易に離れられない。少なくとも、こ
 のような学校への拘束性を根拠として、生徒が祈禱の時
 間及び場所を選択することを、学校当局が問題となつて
 いる空間をもつばら他の目的のために使うことを予定し
 ているとの指摘によつて始めから否定することはできな
 い。信仰の自由の保護範囲は、このような状況において
 は、事実上利用に供されている空間への立ち入りを含ん
 でいる、と。⁽²¹⁾このように、連邦行政裁判所は、生徒の
 「学校への拘束性」を理由として、学校において事実上
 利用に供されている空間にも基本法四条一項及び二項に
 基づく基本権の保護範囲が及ぶと解した。この解釈は注
 目に値する。⁽²²⁾信仰の自由の保護範囲を上記のように考え
 ると、校長が、原告が「学校において」祈禱を行うこと
 を禁止することは原告の信仰の自由に対する制約に当た
 ると判断することができる。⁽²³⁾

二 消極的信仰の自由

(一) つぎに、原告の信仰の自由に対する制約が憲法上
 正当化されるかどうかについて検討しよう。行政裁判所、
 上級行政裁判所及び連邦行政裁判所は、連邦憲法裁判所
 の判例を踏襲して、信仰の自由（基本法四条一項及び四
 条二項）は、法律の留保なく保障される基本権であり、
 憲法自体から、つまり、第三者の基本権及び憲法ラック
 の共同体価値から導かれる制約にのみ服する、との解釈
 を示した。この解釈については、ここで検討することは
 しない。本件において原告の信仰の自由を制約する根拠
 として、他の生徒の消極的信仰の自由、国家の宗教的中
 立性の要請、及び学校平和の維持が考えられる。まず、
 他の生徒の消極的信仰の自由を根拠として、原告の信仰
 の自由に対する制約が憲法上正当化されるかどうかにつ
 いて検討しよう。

(二) 連邦憲法裁判所第一法廷は、一九七九年一〇月
 一六日決定（学校祈禱事件⁽²⁴⁾）において、ラントが宗派混
 合学校において宗教の授業以外の時間に自由意思による
 超宗派的祈禱の遂行を許容するかどうかは、基本法七条
 一項によつて保障されている学校高権の枠内において、

ラントの自由裁量に委ねられている（判決要旨一）と指摘した上で、学校祈禱に反対する生徒又はその親の有する、消極的信仰告白の自由の基本権は、生徒又は親が自由にかつ強制もなく祈禱への参加を決定することができるときには、侵害されていない（判決要旨二）と判示した。

また、連邦憲法裁判所第一法廷は、宗派学校ではない公立の義務教育学校の教室に十字架又はキリスト磔像を設置することは基本法四条一項に反すると判断した（一九九五年五月一六日の決定²⁵（以下、「九五年決定」という。）において、次のように説示している。信仰の自由は、「信仰が命じている、又は信仰が表現されている宗教儀式上の行為に参加すること」を保障しているが、その裏返しとして、「共にしていない信仰の宗教儀式上の行為に参加しない自由」も含んでいる。「この自由は、同じように、信仰又は宗教を示しているシンボルにも向けられている。基本法四条一項は、いかなる宗教的シンボルを承認し、崇拝するのか、そして、いかなる宗教的シンボルを拒否するのかについて決定することを個人に委ねている。たしかに、様々な信仰上の確信に活動の余

地を与える社会において、個人は、他人の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに触れさせられない権利を有していない。しかし、個人が回避可能性なくある特定の信仰の影響、ある特定の信仰が現れている行為及び、ある特定の信仰が示されているシンボルにさらされる状況を国家が創出した場合は、これと区別しなければならぬ。この点において、基本法四条一項は、まさに、社会の自己組織化に委ねられるのではなく、むしろ、国家によって配慮されている生活領域において、自由を確保する効果を発揮する。」（S. 154）また、子どもの育成及び教育を親の自然的権利として保障している基本法六条二項一文と結び付いて、基本法四条一項は、宗教的及び世界観的観点において子どもを教育する権利も含んでいる。信仰及び世界観の問題における、正しいと考える確信を伝えることは、親が行うべき事項である。これに対応して、この権利は、親が誤り又は有害と考える信仰上の確信から子どもを遠ざけておく権利も含む（S. 155）。バイエルン州の国民学校のすべての教室に十字架を設置することを定めているバイエルン州学校規則一三条一項は、この基本権を制約している。教室に十字架が

設置されると、一般的就学義務と併せて、生徒は、授業中、国家によって、かつ回避可能性もなく、シンボルに
 対面させられ、「十字架の下で」学習することを強制される結果となる。この点において、教室における十字架の設置は、日常生活においてしばしば生じるところの、極めて多様な宗派の宗教的シンボルとの対面とは異なる。まず、後者は、国家から発したのではなく、社会において様々な信仰上の確信及び宗教団体が広まっていることの結果である。また、後者は、同じ程度の不可避性を有していない。たしかに、個人は、街頭の風景の中で、公共の交通手段において、さらには、建造物に入るときに、宗教的シンボル又は表示に遭遇するかどうかを決めることはできない。しかし、これは、「逃げられる遭遇」であり、比較的長時間の対面であっても、それは、必要な場合には制裁によって実現できる強制に基づくものではない (S. 17 f.)。そして、十字架が生徒に対して影響力を有することは否定できない (S. 20 f.)。信仰の自由は、留保なく保障されている基本権であり、その制約は憲法自体から導出されなければならない。信仰の自由を制約する憲法上の根拠として、①基本法七条一項と②キ

リスト教の親及び生徒の積極的信仰の自由が考えられるが、両者とも信仰の自由の制約を正当化しない (S. 21 中)、と。

さらに、連邦憲法裁判所第二法廷は、〇三年判決において、教員が学校及び授業においてスカーフを着用することによって信仰の自由を行使することは、生徒の消極的信仰の自由と衝突していると説示した⁽²⁶⁾。

(三) 行政裁判所は、連邦憲法裁判所九五年決定を下敷きにして⁽²⁷⁾、原告は、「授業と授業の間の休憩時間に、つまり、教室の外で、かつ授業外に」祈禱を行っているの
 で、本件において、他の生徒等の学校関係者が、原告に祈禱に、九五年決定の意味において「回避可能性なく」さらされていると見るのは疑問であると述べている。行政裁判所は、他の生徒は、祈禱に参加することも、また、祈禱を見ることも強制されていないと診断する⁽²⁸⁾。上級行政裁判所は、理由を述べることもなく、学校でイスラム教の儀式的祈禱を行うという原告の宗教活動は、「基本法四条一項及び二項によって同じように保護されている、無宗教の又は異なる宗教を信仰する女子生徒及び男子生徒の消極的信仰の自由」と衝突すると断定している⁽²⁹⁾。連

邦行政裁判所は、九五年決定を下敷きにしつつ、公立学校の教室における十字架の設置のケース（九五年決定）及び公立学校の教師によるスカーフの着用（九五年決定）（〇三年判決の事案）と、本件のケースとの違いを、防衛権のケースと基本権保護義務のケースの違いであると分析している。連邦行政裁判所は、次のように説示する。消極的信仰の自由は、国家に対する防衛権である。国は、個人が回避可能性なくある特定の信仰の影響、ある特定の信仰が現れている行為、及び、ある特定の信仰が示されているシンボルにさらされる状況を創出してはならないが、この点においても、消極的信仰の自由は国家に対する防衛権であり、国が教室に宗教的シンボルを設置し、又は、教員が、その宗教的確信を授業に持ち込むような外形で生徒に直面することによって、個人を強制的に他人の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに直面させることを国家に禁止している。これに対して、生徒が、学校において、宗教的シンボルの着用又は宗教儀式上の行為によって自己の信仰の自由を行使する場合、せいぜいのところ他の生徒に対する国の保護義務が関係するにすぎない。学校という国が配慮する領域において、

国は、個人が、国の責任によって、個人の消極的信仰の自由の侵害に至るような私的な第三者の宗教的表明にさらされる、ということがないようにすることも保障しなければならぬが、生徒の信仰表明は、国が命じたものではなく、それを国に帰属させることはできない。国の責任は、様々な宗派や信仰上の立場を有する生徒が学校において共存することにつきる。少なくとも国の保護義務は、生徒又は教員が、自分とは異なる、支持していない信仰の表明に全く出会わないように保護しなければならぬところまでは及ばない³⁰。このように、連邦行政裁判所は、生徒及び教員の消極的信仰の自由は、そもそも祈禱を行う生徒の信仰の自由の制約を憲法上正当化する根拠とはならないと判断した。

(四) その後、連邦憲法裁判所第一法廷は、二〇一五年一月二七日の決定（以下、この判決を「一五年決定」という。）において、基本法四条一項及び二項は、公立の宗派混合学校の教員にも、宗教上の理由から義務的であると理解している服装規律に従う自由を保障しており、イスラム教のスカーフの着用もこれに含まれる（判決要旨一）と指摘した上で、外見による宗教的表明が学校平

和又は公立の宗派混合学校における中立性に対する危険を生じさせる性質を単に抽象的に有しているという理由によつてこれを法律上禁止することは、この行動が、義務的と理解されている宗教上の戒律に由来するものであると見ることができるとき、比例原則に反し、教員の信仰の自由、生徒及び親の信仰の自由及び告白の自由、親の基本権、国家の教育任務といった憲法上の保障された諸々の地位の適切な調整は、禁止規定を、少なくとも、保護法益に対する十分に具体的な危険が存在しなければならぬと限定的に解釈することを求める(判決要旨二)と判示したが、生徒の消極的信仰の自由については、「様々な信仰上の確信に活動の余地を与える社会において、個人は、他者の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに触れさせられない権利を有していない」が、「個人が回避可能性なくある特定の信仰の影響、ある特定の信仰が現れている行為、及び、ある特定の信仰が示されているシンボルにさらされる状況を国家が創出した場合」は、これとは異なるとの九五年決定の説示を引用した上で、生徒が、「一般的就学義務のために授業中に回避可能性もなく、国が任用した、イスラム教のス

カーフを着用した教員に直面している」場合も、生徒は「逃げられない状況」にあり、イスラム教のスカーフの着用のために行使される教師の信仰の自由は生徒の消極的信仰の自由と衝突すると説示した。もつとも、連邦憲法裁判所は、宗教的表現手段の効果の点に関しては、問題となつている標識が学校官庁の指示によるのか、それとも、基本法四条一項及び二項の個別の自由権を行使することができると個々の教育者自身の決断に基づくものであるのかによつて区別しなければならず、国家が、スカーフの着用と結び付いた、個々の教師又は教育従事者の宗教的言明を受け入れる場合、国家は、この言明をこれによつて自己の見解とするものではなく、また、この言明を、国家によつて意図されたものとして国家に帰属させる必要もないと指摘し、公立学校の教室における十字架の設置のケース(九五年決定)との違いを強調している。³¹⁾

三 国家の宗教的中立性

(一) さらに、原告の信仰の自由を国家の宗教的中立性の要請によつて制限できるかどうかを検討しよう。行政

裁判所及び連邦行政裁判所は、国家の宗教的・世界観的中立性の要請の解釈については、「国家と教会の厳格な分離という意味において距離をおく態度」ではなく、「信仰の自由をすべての宗派のために等しく促進する、開かれたかつ包括的な態度」であると解する連邦憲法裁判所の諸判例（とくに〇三年判決）の考え方を踏襲している³²。国家の宗教的・世界観的中立性の要請の解釈は、それ自体として一冊の研究書が必要なほど大きなテーマであり、本稿はこのテーマを深く掘り下げて検討することはできない³³。

(二) 被告は、原告の要求を認めることは国家の中立性要請に反すると主張した。これに対して、行政裁判所は、まず、世界観的・宗教的中立性は、「国家」に対して、その活動において、例えば、学校行事として学校祈禱を行う際に抑制を求めるものであって、この中立性義務は、「生徒」の宗教的表明を一般的に禁止することを命じるものではないと説示した³⁴。また、行政裁判所は、連邦憲法裁判所の〇三年判決等を引用しつつ、国家と宗教との厳格な分離という意味に国家の世界観的・宗教的中立性を理解することに反対し³⁵、さらに、祈禱の受忍義務は、

必然的に、空間を利用させる給付義務を帰結するものではないので、国家の中立性義務の違反はないと説示した。行政裁判所によると、そもそも原告は祈禱部屋を要求していないし、学校当局が、原告に特定の部屋の利用を求めることが必要だと判断した場合には、学校当局は、学校生活に関与している他者を宗教活動に直面することから保護するという目的を追求しており、このような「組織的基準」が必要かどうかは別として、このような基準は、様々な法益の調整であって、国の中立性の発現である³⁶。連邦行政裁判所も、〇三年判決等で示された連邦憲法裁判所の解釈を踏襲し、これに照らすと、学校当局が、原告が校舎の廊下で祈禱を行うことも許しても、国家の中立性要請の違反を認めることはできないと判断した。連邦行政裁判所によると、原告が校舎の廊下で祈禱を行うことも許容しても、この点に、イスラム教の一面的な優遇も、また、この信仰に沿った影響力行使も存在しない。さらに、本件の祈禱は、学校官庁によって命ぜられたものではなく、信者の独自の決断に基づくもので、国家が学校において原告によるイスラム教の祈禱の遂行を受忍したとしても、祈禱において表現されているイスラ

ム教との「同一化」も見出すことはできない⁽³⁷⁾。国家の宗教的・世界観的中立性の要請に関する連邦憲法裁判所の解釈を前提とする限り、行政裁判所及び連邦行政裁判所が、学校当局が、生徒が学校において祈祷を行うことを認めることは国家の宗教的中立性の要請に反しないと判断したことは支持できると思われる。

四 学校平和

連邦行政裁判所は、原告の信教の自由に対する制約を憲法上正当化する根拠を「学校平和の維持」(判決要旨)に求めた。連邦憲法裁判所は、一五年決定において、国家の教育任務―これは、世界観的・中立的中立性の義務を遵守しつつ遂行されなければならない―は、信仰の教義に由来する外部的行為の禁止を、「国家の教育任務を遂行するために必要な学校平和、又は国家の中立性に対する十分に具体的な危険を認定することができる場合に」⁽³⁸⁾はじめて正当化することができるとの解釈論を示した。連邦行政裁判所も、祈祷を禁止するための要件は学校平和の「具体的危険」⁽³⁹⁾の存在であると解していると考えられる。このことは、連邦行政裁判所が、「原告が学

校の廊下で祈祷を行うことは、そうしなくてもすでに存在する、学校平和に対する具体的危険をさらに高めることになる」⁽⁴⁰⁾(傍点⁽⁴¹⁾は本稿筆者による。)と指摘していることから裏付けられる。信仰の自由の制約を正当化するためには学校平和に対する「具体的危険」が必要であるとする連邦憲法裁判所一五年決定の示した解釈論に対しては批判もあり⁽⁴²⁾、この解釈論については立ち入った検討が必要であるため、ここでは、連邦行政裁判所判決が採用した(と考えられる)解釈論が連邦憲法裁判所一五年決定の示した解釈論と軌を一にしていることを指摘するにとどめる。以下においては、連邦行政裁判所判決に固有の問題点を検討しておきたい。

第一の問題点は、学校平和に対する具体的危険の認定の仕方である。連邦行政裁判所は、上級行政裁判所の事実認定に従って、当該学校で生じた、いじめ、侮辱、脅迫、女性蔑視による差別といった出来事を挙げて、原告が通学している学校を支配している状況の具体的危険を肯定している。しかしながら、具体的危険の存在を肯定できるのは、通常の場合、空間的及び時間的に特定された個別事件において、事態又は行為が放任された場合に

損害が発生する十分な蓋然性を有する事態又は行為が存在する場合であり、⁴³学校の状況の具体的危険を一般的に認定することには疑問の余地がある。また、連邦行政裁判所は、原告の信仰表明についても具体的な考察を加えることなく、儀式的祈禱が危険状況を激化させる客観的性質を有していると評価している。⁴⁴しかし、本件において祈禱の遂行によって学校平和が具体的に危険にさらされていると言えるのかは、必ずしも自明ではない。⁴⁵

第二に、連邦行政裁判所は、学校平和を妨害していない原告の信教の自由に対する制約が比例原則に反しないことを説得的に論証できていないのではないか、との疑問がある。学校平和を妨害していない生徒に対する措置は、「一般的危険防御法」の観点からしても、また、留保なく保障されている信教の自由によって保護されている行為の禁止が問題となつていふことからしても、最終手段としてのみ考慮に値する。そうだとすると、連邦行政裁判所は、学校平和に対する具体的危険の激化に対処するという目的を達成するために原告の信仰の自由を制約することは必要であると判断しているが、連邦行政裁判所の行つた必要性審査には疑問の余地がある。必要性

の要件を充足するためには、目的を同等に達成するが、基本権をより少なくしか制限しない他の手段が存在しないことが必要であり、連邦行政裁判所は、他のより緩やかな手段として、①教育的手段と②祈禱部屋の用意を挙げて検討を加えているが、それ以外の手段も検討しなければならぬ。⁴⁶とくに、個別の事件において実際に学校平和を乱している生徒に対する懲戒処分によって予測される紛争に対処するという容易に思いつく方策を必要性審査に含めていないことは理解に苦しむ。学説においては、退学処分を含む懲戒処分が成果を示さなかった場合にはじめて、紛争に関与していない生徒の信仰の自由の制約は必要性の要件を充足していると言ふことができる⁴⁷と主張されている。⁴⁷このように考えると、本件において原告が学校において祈禱を行うことを校長が禁止したことは必要性の要件を充足しておらず、⁴⁸比例原則に適合しないと云わなければならない。

第三に、連邦行政裁判所の判決によると、授業が支障なく進行することを確保するために祈禱を禁止された生徒は、学校平和を乱した責任があるかどうかにかかわらず、それ自体は許される行為を断念しなければならぬ

ことになるが、自ら学校平和を乱していない生徒が不利益を甘受しなければならぬ理由は必ずしも明らかではない。連邦行政裁判所は、学校の任務を遂行するためにすべての生徒に対して秩序正しい授業進行を確保することが優越的な目的であり、すべての生徒はこのような学校の本来的目的に拘束されると述べているが、ある学説は、その理由を「緊急事態法」⁴⁹によって説明している。ハイニツヒ (Hans Michael Heinig) は、連邦行政裁判所は「当該学校の例外状況」を宣言したと捉える。ハイニツヒは、次のように説く。授業が支障なく進行することを確保できるためには、個人は、基本権によって保護された信仰の自由の削減を甘受しなければならない。言い換えると、最終手段としてのみ、信仰の自由は、このような衝突の場合に後退させられなければならない。法学的には、これは、理解できる結論である、と。⁵⁰

五 小括

(一) 連邦行政裁判所は、まず、公立学校の生徒が学校において授業時間外に祈禱を行うことは信仰の自由(基本法四条一項及び二項)の保護範囲に含まれると判断し

た。つぎに、連邦行政裁判所は、生徒の信仰の自由の制約が憲法上正当化されるかどうかについて検討し、生徒及び教員の消極的信仰の自由、親の教育権、さらに国家の宗教的中立性の要請は祈禱を行う生徒の信仰の自由に対する制約を憲法上正当化する根拠とはならないと説示した。しかし、連邦行政裁判所は、公立学校の生徒が学校において授業時間外に祈禱を行うことが学校平和を損なう具体的危険を生じさせる場合に限り、学校がこれを禁止することは例外的に基本法四条一項及び二項に違反しないと解釈論を示した上で、本件については、このような危険の存在を肯定した。

(二) 連邦行政裁判所判決は、本件においては、学校平和に対する具体的危険の存在を根拠として、原告の信仰の自由(基本法四条一項及び二項)の制約が憲法上正当化されると判断した。しかし、連邦行政裁判所は、公立学校において生徒が授業時間外に祈禱を行うことを一般的に禁止することが生徒の信仰の自由(基本法四条一項及び二項)を侵害しないと述べたわけではない。むしろ、連邦行政裁判所は、公立学校において生徒が授業時間外に祈禱を行うことを禁止することは、学校平和の維持の

ために必要である限りにおいて例外的に生徒の信仰の自由（基本法四条一項及び二項）を侵害しない（つまり、公立学校において生徒が授業時間外に祈禱を行うことを一般的に禁止することは生徒の信仰の自由（基本法四条一項及び二項）を侵害する）との見解を示したと見ることができる。連邦行政裁判所の上記の見解は、基本法四条一項及び二項に基づく生徒の信仰の自由は、「原則として」、就学のために学校にいる間に授業時間外において祈禱を行う権利を生徒に与えるが、この権利は「学校の維持」にその限界がある、とする判決要旨に示されている。そして、連邦行政裁判所が本件において具体的に危険を認定したことについては、すでに検討したように、学説からの批判もあるが、学校平和に対する具体的に危険が認定できるのは、連邦行政裁判所の見解に従ったとしても、当該学校が極めて特殊な状況―極めて多様な宗教及び宗派を信仰する生徒によって構成され、生徒の間で激しい闘争が繰り広げられている状況⁵¹―に置かれている場合に限定されることに留意しなければならない。このように考えると、本判決の意義は、公立学校の生徒が校内において授業時間外に祈禱を行うことを禁止する

学校における信教の自由（岡田）

ことは原則として生徒の信仰の自由（基本法四条一項及び二項）を侵害するもので違憲である、との判断を示した点にあると見るべきだと言えよう⁵²。

(三) 本稿が紹介している連邦行政裁判所判決は、先行する連邦憲法裁判所の諸判例を下敷きとして書かれている。従って、連邦行政裁判所判決に含まれる憲法上の問題点について深く考察を加えようとすると、連邦憲法裁判所の諸判例についても立ち入った検討をしなければならぬことになるが、本稿においては連邦憲法裁判所の諸判例について検討することはできなかつた。連邦憲法裁判所の諸判例の検討は、筆者の今後の課題として残されている。

IV 結びにかえて

最後に、連邦行政裁判所判決の中で日本国憲法の解釈にとっても参考となる部分を簡単に指摘しておきたい。それは、祈禱を行う生徒以外の他の生徒の消極的信仰の自由は、原則として、祈禱を行う生徒の（積極的）信仰の自由の制約を憲法上正当化する根拠とならないとの解

釈論である。連邦行政裁判所によると、消極的信仰の自由は、国家に対する防御権であり、例えば、国が教室に宗教的シンボルを設置するといった国の行為を排除するための権利である。国は、ある人が他者の信仰の自由の行使に回避可能性なく直面させられる状況を自ら創出ししていない限り、ある人の（積極的）信仰の自由の行使によつて他者の消極的信仰の自由が何らかの影響を受けたとしても、他者の消極的信仰の自由は、国に対して、ある人の（積極的）信仰の自由を制約する根拠を与えるものではない。日本国憲法二〇条の解釈論としても、原則として、ある人の消極的信仰の自由は他者の（積極的）信仰の自由を制約する根拠とならないと考えられるのではない⁵³⁾だろうか。

- (1) BVerfGE 105, 279. 1の決定の紹介・解説として、西原博史「政府の情報提供活動における警告」と信教の自由の保障」ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・島崎健太郎編集代表）『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、二〇〇八年）一一七頁以下がある。
- (2) BVerfGE 108, 282. 1の判決の紹介・解説として、渡辺康行「イスラム教徒の教師の志願者に対するスカー

- フ着用を理由とする採用拒否」ドイツ憲法判例研究会・注(1)一二三頁以下がある。さらに、渡辺康行「文化的多様性の時代における『公教育の中立性』の意味——イスラム教徒のスカーフ事件を中心として——」樋口陽一・森英樹・高見勝利・辻村みよ子編『国家と自由——憲法学の可能性』（日本評論社、二〇〇四年）七九頁以下、同「立法の復権か立法への逃避か」公共政策研究四号（二〇〇四年）一五頁以下、塩津徹『ドイツにおける国家と宗教』（成文堂、二〇一〇年）一三七頁以下（初出、同「ドイツにおける国家と宗教——イスラム教の事例——」宗教法二四号（二〇〇五年）、同「ドイツにおける国家と宗教の変動」宗教法二八号（二〇〇九年）、小林宏晨「頭用スカーフ着用 of 女教師と信仰の自由——連邦憲法裁判所の判例（二〇〇三年）の研究——」法学紀要（日本大学法学部法学研究所）四六卷（二〇〇五年）五一頁以下も参照。
- (3) BVerfGE 138, 298.
- (4) 注(1)及び(2)に掲げた文献に加えて、斎藤一久「ドイツにおける多文化教育の一断面——イスラム教をめぐる問題を中心として——」早稲田法学会雑誌五二巻（二〇〇二年）一四七頁以下、同「ドイツにおける多文化社会と憲法」全国憲法研究会編『憲法問題』三三（三省堂、二〇一二年）三六頁以下、飯島祐介「スカーフ論争とドイツの規範的自己理解の現在」社会学評論五九巻三号（二〇〇八年）五五一頁以下、内藤正典「ドイツの政教分

離 ルディン裁判は何をもたらしたか」内藤正典・阪口正二郎編『神の法 v.s. 人の法』（日本評論社、二〇〇七年）一二〇頁以下、同「ドイツでのスカーフ問題の位相」内藤他・前掲注(4)一八一頁、手塚和男「ドイツにおけるイスラームのスカーフ禁止」初宿正典・米沢広一・松井茂記・市川正人・土井真一編『国民主権と法の支配 佐藤幸治先生古稀記念論文集「上巻」』（成文堂、二〇〇八年）二四九頁以下、同「イスラームのスカーフ禁止問題…ヘッセン州憲法裁判所判決二〇〇七年一月一〇日」三重大学教育学部紀要六〇巻社会科学（二〇〇九年）一一七頁以下を参照のこと。また、本稿に関連する最近の業績として、山岸喜久治「基本権としての信教の自由と法律問題—ドイツ憲法学の『二段階審査』法の発想から—」人文社会科学論叢（宮城学院女子大学）二六号（二〇一七年）五九頁以下がある。

(5) BVerwGE 141, 223.

(9) *Christian von Coellen*, in: Christoph Gröpl/Kay Windthorst/Christian von Coellen, Grundgesetz Studienkommentar, 2. Aufl. 2005, Art. 4 Rn. 5^{te}, 試験対策の観点から重要な最新判例として、二〇一五年一月二七日連邦憲法裁判所第一法廷決定 (BVerfGE 138, 298) と並んで、本稿が紹介しようとしている二〇一一年一月二〇日連邦行政裁判所判決を挙げている。そして、実際、本稿が紹介しようとしている訴訟を素材とした試

験対策用事例問題も作成されている。例えば、*Tobias Büscher/Stefan Glasmacher*, Schule und Religion, JuS 2015, S. 513 (516); *Daniela Schroeder*, Grundrechte, 4. Aufl. 2016, S. 105 ff. がそれである。

(7) 本稿は、連邦行政裁判所判決に含まれる憲法上の問題点について若干の検討を加えることも目的とするものであるが、本稿における検討の部分は問題点の指摘にとどまるか、又は判例解説の性格を有するにすぎないものであり、本格的な考察には程遠いものであって、学術論文の水準には達していない。しかし、他方で、本稿が紹介しようとしている連邦行政裁判所の判決は極めて重要なもので、この判決に含まれる憲法上の問題点の本格的な考察は後回しにして、とりあえず、まずはこの判決を今後の考察のための資料としてできる限り客観的かつ内在的に紹介し、問題点の指摘と若干の解説をしておくことに十分な価値があると考えられる。そして、筆者は、本格的な考察を含む「論説」の作成は将来の課題として、判例の紹介に重点を置いた「研究ノート」を作成するのと同じ次第である。

(8) VG Berlin, Beschluss vom 10. März 2008 - 3 A 983.07 -, juris. 以下、この決定の引用は、本文中に欄外番号を示すことにより行う。

(6) NVwZ-RR 2010, S. 189 ff.; VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 - 3 A 984.07 -, juris. 以下、この判決

の引用は、本文中に欄外番号を示すことにより行う。

- (10) NVwZ 2010, S. 1310 ff.; Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 27. Mai 2010 –OVG 3 B 29.09 –, juris. 以下 この判決の引用は、本文中に欄外番号を示すことにより行う。
- (11) BVerwGE 141, 223. 以下、この判決の引用は、本文中に欄外番号を示すことにより行う。
- (12) BVerfGE 108, 282 [297].
- (13) BVerfGE 108, 282 [298 f.].
- (14) VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 – 3 A 984.07 –, juris, Rn. 26.
- (15) Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 27. Mai 2010 –OVG 3 B 29.09 –, juris, Rn. 28.
- (16) Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 27. Mai 2010 –OVG 3 B 29.09 –, juris, Rn. 29.
- (17) BVerwGE 141, 223 [227/Rn. 19].
- (18) この論点については、棟久敬「宗教の自由の保護範囲と国家の宗教的・世界観的中立性 (一) (二)」一橋法学一四卷一号 (二〇一五年) 一六五頁以下、一四卷二号 (二〇一五年) 六七七頁以下により詳しく検討されている。
- (19) BVerwGE 141, 223 [228/Rn. 22].
- (20) BVerwGE 141, 223 [228/Rn. 23].
- (21) BVerwGE 141, 223 [228/Rn. 24].

- (22) *Stefan Muckel, Verbot des rituellen Gebets in der Schule*, JA 2012, S. 235 (235 f.) を この点に注目している。また *Markus Winkler, Der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch der Medien im Kontext, VerwArch. 2016, S. 536* は、本稿が検討している事案を「自由権行使の事実上の基礎へのアクセス」(自由の基体) が問題となっている事案類型と捉えた (S. 537) 上で、次のように説いている。学校への「拘束性」は、生徒には就学義務があるため、生徒は登校して学校にいなければならぬという点にあり、これにより、国は、宗教の自由 (及び他の基本権) の基体、つまり、基本権主体による自分の時間の自由な使用を削減している。祈禱を行う時間が確定している点において、自由に使える時間が「自由権の基体」であることは極めて具体的であり、国による時間の剝奪が実効的な基本権行使—定期的な義務的祈禱—を危うくする場合、国家は、その空転を阻止するために、措置を講じなければならない—基本権主体に祈禱のための部屋を用意しなければならない—という独自の見解を主張している (S. 554)。

- (23) *Werner Neumann, jurisPR-BVerwG 3/2012 Anm. 6, S. 614*、連邦行政裁判所判決が祈禱の「時間」の自由な選択も信仰の自由の保護範囲に含めている点に注目している。本件において原告は授業時間外に祈禱を行うことを求めているが、かりに生徒が、祈禱を行うべき時間は

まさに授業中であると判断して、授業（の一部）を受けたくない（例えば、授業の途中で教室を離れたいと希望した）場合は、どのように判断すべきか。ノイマン（Werner Neumann）は、祈禱時間の選択も信仰の自由の保護範囲に含まれるのであれば、この場合、基本法七条一項に基づく国家の教育任務（その遂行のためには、支障のない授業進行が必要である。）から生じる制約の問題が提起されると指摘している。

(24) BVerfGE 52, 223. への判決の紹介・解説として、清水望「信仰告白の自由と国家の宗教的中立性―学校祈禱事件―ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・根森健編集代表）『ドイツの憲法判例（第二版）』（信山社、二〇〇三年）一三二頁以下がある。学校祈禱に関するドイツの判例・学説については、西原博史『良心の自由増補版』（成文堂、二〇〇一年）二二二頁以下（初出、同「公立学校と良心の自由（一）（二）」早稲田社会科学研究所四一号（一九九〇年）、四二号（一九九一年））において詳しく検討されている。

(25) BVerfGE 93, 1. 以下、への決定の引用は、本文中に該当頁数を示すことにより行う。この決定の紹介・解説として、石村修「公立学校における礫形像（十字架）」ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・石村修編集代表）『ドイツの憲法判例Ⅱ（第二版）』（信山社、二〇〇六年）一一五頁以下がある。さらに、小原清信

「ドイツ公法判例研究…いわゆる十字架判決の研究（バイエルン州学校規則の十字架設置条項を違憲とした事例）」久留米大学法学二七号（一九九六年）一三三頁以下、竹内俊子「いわゆる『十字架判決（Kruzifix-Urteil）』をめぐって」ドイツ・日本問題研究班編『ドイツ・日本問題研究Ⅳ』（関西大学経済政治研究所研究双書第九六冊、一九九六年）九五頁以下、手塚和男「キリスト十字架像を教室に取り付けるといふ学校規則をめぐる判決（一）

（二）…連邦憲法裁判所第一部決定一九九五年五月一六日」BvR 1087/91」三重大学教育学部研究紀要四七巻人文・社会科学（一九九六年）一一七頁以下、四八巻（一九九七年）一二二頁以下、石村修「多文化主義と宗教的少数者―スイスとドイツの判例を中心にして―」比較憲法史研究会編（杉原泰雄・清水睦編集代表）『憲法の歴史と比較』（日本評論社、一九八八年）一九〇頁以下（初出、同「公立学校における宗教的少数者―スイスとドイツの判例を中心にして―」法律時報六九巻七号（一九九七年）、畑尻剛「批判にさらされるドイツ連邦憲法裁判所（上）（下）」ジュリスト一一〇六号（一九九七年）七四頁以下、一一〇七号（一九九七年）七九頁以下、横田守弘「国家の教育任務と『個人』―十字架判決に対する一つの批判を素材にして―」米沢広一・松井茂記・土井真一刊行代表『佐藤幸治先生還暦記念 現代立憲主義と司法権』（青林書院、一九九八年）四七七頁以下、柿

本智正「十字架判決が問題提起したもの——国家の宗教的中立性と信教の自由——」憲法論叢（関西法政治学研究会）六号（一九九九年）二七頁以下、塩津・前掲注（2）五九頁以下（初出、同「ドイツ連邦憲法裁判所の『十字架判決』をめぐって 宗教的少数者の自由の視点から」『宗教法』一八号（一九九九年）、クラウス・シュテルン（赤坂正浩訳）「連邦憲法裁判所のいわゆる十字架像決定——批判と帰結——」法学紀要（日本大学法学部法学研究所）三九卷（一九九八年）三六七頁以下、ヨーゼフ・イーゼンゼー（石村修訳）「基本権解釈による聖像破壊——連邦憲法裁判所・磔刑像決定——」同（ドイツ憲法判例研究会編訳（栗城壽夫・戸波江二・嶋崎健太郎編集代表）『保護義務としての基本権』（信山社、二〇〇三年）二八七頁以下も参照。

- (26) BVerfGE 108, 282 (301).
- (27) VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 - 3 A 984.07 -, juris, Rn. 37.
- (28) VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 - 3 A 984.07 -, juris, Rn. 38.
- (29) Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 27. Mai 2010 - OVG 3 B 29.09 -, juris, Rn 31. 上級行政裁判所判決の評釈を著す *Ralph Zimmermann*, Kein Anspruch eines Schülers auf Verrichtung eines islamischen Gebets während der Unterrichtspausen, NJ

2011, S. 24 (25) は、消極的信教の自由は、国家が基本権主体に不可避免的に共にしない宗教の表明に直面させる場合ではない限り、共にしない宗教の表明に全面的に触れさせられない権利を発生させないところ、公立学校において回避可能性は限定的であるが、残されており、本件は、国家が基本権主体に不可避免的に共にしない宗教の表明に直面させている事案ではないと上級裁判所判決を批判している。

- (30) BVerwGE 141, 223 [230 f./Rn. 30].
- (31) BVerfGE 138, 298 [336 f./Rn. 104].
- (32) 上級行政裁判所は、行政裁判所が引用したものと同じ連邦憲法裁判所の諸判例を引用しつつも、国の世界観的・宗教的中立性義務は、特定の宗派の特権化と信仰を異にする人の排除を禁止していることを強調し、この義務が厳格に遵守された場合、信仰及び良心の過度の葛藤が生じないことが確保されると指摘している (Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 27. Mai 2010 - OVG 3 B 29.09 -, juris, Rn. 31)。国家の宗教的中立性に関する上級行政裁判所の考え方を読み取るのは容易ではないが、この点 *Jan Philipp Schaefer*, Die religiöse Neutralität des Staates im öffentlichen Raum, VerwArch. 2012, 136 (159 ff.) は、上級行政裁判所は、行政裁判所の考え方は異なり、「分離による解決」の考え方を採っていると分析している。

(33) ドイツの代表的な研究書として、*Stefan Huster, Die ethische Neutralität des States*, 2002がある。

この論点については、日本においても、清水望『国家と宗教—ドイツ国家教会法の再構成とその展開—』（早稲田大学出版部、一九九一年）という重厚な研究書（とくに第三編と第四編）がすでに存在している。最近の研究論文として、棟久敬「ドイツにおける公教育の中立性：国家の教育委託と公教育の中立性」『橋法学』一〇巻一号（二〇一一年）二六—一頁以下、同「基本権援助と国家の宗教的中立性」『橋法学』一三巻一号（二〇一四年）二〇—七頁以下、山本和弘「ドイツにおける国家の宗教的中立性の構造—憲法上の規範的根拠と解釈学上の効力—」『早稲田法学会誌』六八巻二号（二〇一八年）三九七頁以下がある。

(34) VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 - 3 A 984.07 -, juris, Rn. 30.

(35) VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 - 3 A 984.07 -, juris, Rn. 33. なお、行政裁判所判決は、国家の宗教的中立性の解釈に関連して、基本法一四一条の解釈を示した点においても注目されている（*Cathrin Correll, Dār al-Islām — die Schule als »Haus als des Islam«? — zu VG Berlin, Urt. v. 29. 9. 2009, VG 3 A 984/07 -, DVBl. 2010, S. 133 (135 f.)*）。基本法一四一条については、初宿正典『日独比較憲法学研究の論点』（成文堂、二〇一五

年）一八三頁以下（初出、同「いわゆるブレームン条項の適用範囲—統一ドイツにおける宗教教育の新展開」法学論叢一四四巻四・五号（一九九九年））を参照。

(36) VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 - 3 A 984.07 -, juris, Rn. 35.

(37) BVerwGE 141, 223 [233 f./Rn. 37].

(38) BVerfGE 138, 296 [338/Rn. 108].

(39) *Tristan Barczak, Die Entwicklung des Schulverwaltungs- und Schulverfassungsrechts seit dem Jahr 2010*, NVwZ 2014, S. 1556 (1560).

(40) BVerwGE 141, 223 [236/Rn. 43].

(41) 行政裁判所は、「祈禱による基本法七条一項に基づく教育任務の具体的支障」（VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 - 3 A 984.07 -, juris, Rn. 40）*konkret* 原告の行動によつて引き起された「具体的な組織的困難」（VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 - 3 A 984.07 -, juris, Rn. 44）を語っており（傍点は、本稿筆者による）。信仰の自由の制約を憲法上正当化するためには、学校平和に対する具体的危険を必要とすると解していると推測される。

(42) BVerfGE 138, 296, Sondervotum Rn. 16. *Benjamin Rusteberg, Kopftuchverbote als Mittel zur Abwehr nicht existenter Gefahren*, JZ 2015, S. 637 (640 f.) を参照。

(43) 行政裁判所は、被告によつて述べられた諸々の宗教

的紛争は本件で訴訟の対象となつてゐる法律問題とは関係してゐないと説示するとともに、原告がこの種に紛争に関与していること、又は、原告の行動が紛争を引き起こしていることが示されていないと説示している (VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 - 3 A 984.07 -, juris, Rn. 43) が、この説示からすると、行政裁判所は本文で述べた考え方を前提としてゐると推測される。また、行政裁判所判決の評釈である *Ralph Zimmermann*, *Recht eines Schülers auf Verrichtung eines islamischen Gebets während der Unterrichtspausen*, NJ 2010, S. 244 (245 f.) は、同判決に賛成しつつ、国の介入の基点となり得るのは、秩序のある授業の実施を不可能にし、又は、学校生活に関与している他の人々の法的地位に影響を及ぼすような、学校平和を妨害する、単なる宗教活動を越えた「個々の生徒の行動」だけであると指摘しているが、この指摘も本文で述べた考え方を前提としてゐると考えられる。

(44) BVerwGE 141, 223 [236/Rn. 43].

(45) *Hannah Rubin*, *Das islamische Gebet in der Schule*, JURA 2012, S. 718 (721).

(46) *Dirk Ehlers*, JK 7/12 GG Art 4 I, II /41⁴⁴、正午の祈禱を行うために教室などの学校の部屋を通常の休憩時間中に原告に使わせることが不可能である理由は明らかではないと批判している。

(47) *Rubin* (Fn. 45), S. 721 f.

(48) しかし他方において、学校平和を維持するために原告が学校において祈禱を行うことを禁止することは比例原則に反しないと主張する学説もある。例えば、フレンツ (*Walter Frenz*) は、次のように説いている。本件においては調整が困難な様々な憲法上の法益が衝突しており、国家機関は、評価・形成に関する広い裁量権を有する。決定的であるのは、明らかに不適合であるとは言えない予防措置、又はまったく不十分であるとは言えない予防措置が講じられることである。それ故、原告の祈禱が他の生徒に影響を与え、さらには挑発するものであれば、学校平和を維持するために正午の祈禱を行うことを原告に許さないことも是認できる。そして、この場合には、学校平和に対する具体的危険も生じてゐる。それ故、比例原則も遵守されている。学校平和の危険を回避するより緩やかな手段は明らかではなく、それ故、必要性の要件も満たしてゐる (*Walter Frenz*, *Glaubensfreiheit und Schulpflicht*, JURA 2013, S. 999 (999 f.))。

(49) BVerwGE 141, 223 [240/Rn. 55].

(50) *Hans Michael Heinig*, *Religionsfreiheit auf dem Prüfstand: Wie viel Religion verträgt die Schule?*, in: *ders.*, *Die Verfassung der Religion*, 2014, S. 323 (336) に於いて、*Christoph Enders*, *Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts v. 30. 11. 2011*, JZ

2012, S. 363 (365) による分析も参照。

(51) BVerwGE 141, 223 [236/Rn. 44].

(52) *Friedhelm Hufen*, Grundrechte: Religionsfreiheit in der Schule, Jus 2012, S. 663 (665) は、連邦行政裁判所判決を肯定的に評価する。同論文においては、次のように説かれている。「具体的な学校の現存する事実関係においては」、結論として儀式的学校祈禱を禁止できた。連邦行政裁判所は、学校や行政裁判所裁判官に、宗教活動に關するますます硬直化し、原理主義的になって見解と、これと結び付いた、自由主義的な考え方に対する非寛容に対して一定の制約を示す可能性を与えた。ただし、基本権解釈の観点からは、「学校平和」は抽象的かつ濫用され易い概念であるから、学校における個人の信教の自由の行使によって危険にさらされる憲法利益とは何かを具体的に明らかにすることが望ましい、と。

(53) 二〇一八年司法試験公法系科目第一問（以下、「一八年公法系第一問」という。）は、出題趣旨によると、「青少年の健全育成」という「目的にとどまらず、一般市民がむやみに羞恥心等を覚えるような卑わいな画像等に触れることがないようにして性風俗にかかる善良な市民の価値観を尊重するという観点も併せ、健全で文化的な環境を保持するという目的のために」図書類の販売等に関して「種々の規制を行う架空の条例案について、その合憲性の検討を求めるもの」であった。問題文に記載され

ている「条例の検討に関わっている市の担当者」の説明によると、「いわゆる『成人向け』『アダルトもの』と呼ばれる雑誌だけでなく、最近では一般の週刊誌として販売される雑誌を含む様々な出版物等に、裸の女性の写真など性的な画像が掲載され、それらがスーパーマーケットやコンビニエンスストアなど市民が食料品や生活用品を購入するために日常的に利用する店舗で販売されている」状況に対して、市民からは、青少年の健全な育成に悪影響を及ぼす、安心して子供と買い物に行けないという意見が寄せられているほか、特に女性を中心として、見たくもないものが目に入って不快であるとか、思わぬところで性的なものに触れないようにしてほしいという意見が最近多く寄せられるようにな」っていることが新しい条例を制定する理由であり、「青少年の健全な育成とともに、羞恥心や不快感を覚えるような卑わいな書籍等が、それらをおよそ買うつもりのない人たちの目に、むやみに触れることがないようにすることも」条例の「ねらい」である。

出題趣旨によると、「本条例の検討に際しては、問題文の最後の甲の発言にあるとおり、図書類を購入する立場と販売等をする店舗の立場から憲法上の権利を検討することが必要であり、前者については、憲法第二一条の表現の自由に含まれる『知る自由』を、後者については、憲法第二二条の職業選択の自由に含まれる『営業の自由』

の観点から検討する必要がある」。

憲法第二一条に關しては、「知る自由が、憲法第二一条第一項により保障されることに言及した上で」、問題文の最後の甲の発言が示唆しているように、「規制図書類の購入等ができない青少年と一八歳以上の人」に分けて検討しなければならぬ。まず、「購入や貸与を受けることを制限される青少年について、その自由の制約になるかどうか」、制約になるとした場合、「明確性の原則を論ずることが考えられ」、「さらに、明確性の原則に反しないとしても、かかる制約の合憲性判断について、いかなる審査基準によつて審査することが妥当かどうかを論じ」た上で、「本件規制図書類の範囲が過度に広汎ではないか」という点を含め規制の必要性、合理性を検討する必要がある」。「また、審査基準の設定又は当てはめにおいて、後述するように、本条例の目的についての検討、すなわち、青少年の健全育成の目的や、一般市民がむやみに卑わいな画像等に触れないようにするという目的が、憲法上の権利を制約する目的としてふさわしいものであるかどうかを意識した議論をすることが考えられ」る。つぎに、「一八歳以上の者との関係では、知る自由の制約になるかどうかをまず検討する必要がある」り、「知る自由の制約ととらえると、青少年における検討と同様に、明確性に關する検討が必要となり、審査基準の設定についても、青少年の場合と同様の点(青少年であることを考慮するか

どうかを除く。)を踏まえた審査基準の設定が考えられ」、「審査基準への当てはめにおいては、購入が全面的に制約される青少年とは異なり、個々の規制の合理性を検討する必要がある」り、「その際、本条例の目的が、青少年の健全育成のみならず、一般市民がむやみに卑わいな画像等に触れないようにするという点にあることについて、青少年の場合と同様、憲法上の権利の制約の目的としてふさわしいのかどうかについても言及することが考えられる。例えば、条例の目的は、結局のところ、卑わいな画像等を見たくない人を保護するということになるが、見たくないものに触れさせないこと一般が法的保護に値するとは言えないという議論や、目的が漠然としたもので抽象的にすぎるといった指摘をして、その目的としての価値が大きくないと評価する方向で議論することも考えられよう。他方、性的な羞恥心や卑わいなものを見たくない人の不快感は、現に一般に共有されている感情である以上、十分に法的保護に値するといったことから、制約目的としての価値を見出す議論をすることもできる」。

「憲法第二一条に關しては、営業の自由が憲法上の権利であること、本件規制が営業の自由の制約に該当することとに言及した上で、営業の自由の制約としてどのような審査基準が妥当であるかを議論することが考えられ」、「青少年の健全育成という目的と一般市民がむやみに卑わいな画像等に触れないようにするという目的をどのよう

にとらえ、制約される権利の性質、制約の程度等との関係で、どのような審査基準を設定するか議論をする必要がある」。そして、事案の検討においては、「営業の自由との関係でも、一般市民がむやみに卑わいな画像等に触れないようにするという目的について、目的としての妥当性を検討することが考えられる」。その際には、「知る自由との関係で議論したのと同様として扱っても差し支えない」が、「その目的の妥当性判断に当たって、制約される権利との関係で、異なる考慮がなされ得るとの立場からは、知る自由の場合と異なる議論をすることもあり得る」。

出題趣旨を読む限り、「一般市民がむやみに卑わいな画像等に触れないようにする」ことが、「図書類を購入する側」である「青少年と一八歳以上の人」の知る権利を制約する根拠となり得るのかどうか、さらには、「販売等をする店舗」の営業の自由を制約する根拠となり得るのかどうかということが一つの大きな論点であると見て間違いないと思われる。筆者の見るところ、この論点の難易度は極めて高く、司法試験の現場において極度の緊張状態の中で、しかも極めて限られた時間の中でこの論点に一定の答えを出さなければならなかった司法試験受験生はまさにお気の毒であったとしか言いようがない。司法試験受験生に比べると比較的時間に余裕があり、しかも法科大学院に勤務する教員である筆者は、上記の論点に

学校における信教の自由(岡田)

ついて自らの考えをここで示さなければならぬはずであるが、現時点において、この論点に関する筆者の考えはここで開陳できるほど十分に練り上げられてはいない。「平成三〇年司法試験の採点実感(公法系科目第一問)」(以下、「採点実感」という。)は、「不快なものを見たくないとか、あるいはおよそあるものを見たくないという感情の保護それ自体を当然のように制約目的として肯定し、場合によっては更にそれを憲法第一三条や第二一条に基づく権利であるとする答案が目についた」が、「この種の利益保護を制約目的として認めることについて、検討ないし一定の留保が必要であるとの意識を持つてもらいたかったところである」と司法試験受験生に苦言を呈しているが、自らの見解を述べる準備ができていない筆者は、この論点について答案の出来が良くなかったとしても、司法試験受験生を責める気にはなれない。

すでに述べたように、筆者には、一八年公法系第一問に含まれる上記の問題点について検討を加える準備もなく、また、本稿はその場でもない。しかし、本稿で検討した連邦行政裁判所判決は上記の問題点を検討するに際して参考となる点を含んでいるので、以下では、この点について若干の説明をした上で、一八年公法系第一問について若干の感想を述べておきたい。

連邦行政裁判所は、本文で述べたように、学校当局(国家)は、生徒の(積極的)信仰の自由を他の生徒の消

極的信仰の自由を根拠として制約することができるとかどうかに判断したのであるが、まずは、消極的信仰の自由が国家に対する防御権であることに注意しておきたい。連邦行政裁判所によると、国家は、個人が、回避可能性なく信仰の影響、信仰上の行為及び宗教的シンボルにさらされる状況を創出してはならないが、この場面においても、消極的信仰の自由は国家に対する防御権であり、国家は、例えば、教室に宗教的シンボルを設置したり、その外形によって宗教的確信を授業に持ち込もうとする教師に生徒を対面させたりすることによって、生徒をその意思に反して強制的に他者の信仰表明、宗教儀式上の行為、又は宗教上のシンボルに直面させることを禁止される。繰り返しになって恐縮であるが、この場面でも消極的信仰の自由は国家に対する防御権である。従って、生徒が学校において宗教的シンボルの着用又は宗教儀式上の行為によって自己の信仰の自由を行使するケースにおいては、せいぜいのところ、他の生徒に対する国の保護義務が関係するにすぎない。生徒の信仰表明について国に責任を負わせることはできず、この場合、国の責任は、様々な宗派の生徒が学校において共存することができるようにする点にあり、消極的信仰の自由に対する国の保護義務は、学校平和を維持する任務、つまり、国の教育任務の実現及び秩序正しい授業進行と対立する紛争（宗教的紛争を含む。）を認めないという任務と

重なる。少なくとも、国の保護義務は、国が生徒及び教員を共にしない宗教とのあらゆる出会いから保護しなければならぬというところまでは及ばない。様々な信仰上の確信に活動の余地を与える社会において、個人は、他人の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに触れさせられない権利を有していない（なお、連邦行政裁判所は、本件においては、生徒及び教員は、原告の祈禱に逃げ道もなく直面させられているわけではなく、自分が認めていない他の宗教の影響に、生徒及び教員に期待することができない仕方ですらされているわけではない、と指摘しており、ある人が、他人の信仰表明、宗教儀式上の行為などに「逃げ道なく」直面させられている場合は、別の議論があるかもしれない。）。

このような連邦行政裁判所の考え方を下敷きとして、一八年公法系第一問及び採点実感を讀み直すと、次の二点を指摘できる。まず、採点実感は、「不快なものを見たくないとか、あるいはおよそあるものを見たくないという感情の保護……を憲法第一三条や第二一条に基づく権利であるとする答案が目についた」と指摘するが、筆者も、憲法一三条及び二一条の保障する基本権は国家に対する防御権であり、他者の基本権行使を制約する根拠として使うには「検討ないし一定の留保が必要であるとの意識」を持つ必要があると考える。つぎに、かりに、様々な信仰上の確信に活動の余地を与える社会において、

個人は、他人の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに触れさせられない権利を有していないとの連邦行政裁判所の考え方が表現の自由にも当てはまるとすると、様々な意見、思想、表現に活動の余地を与える社会（日本国憲法が想定する社会は、まさにそのようなものである。）において、個人は、他者の意見、思想、表現等に触れさせられない権利を有しないと考えられる。このような考え方を踏まえると、「不快なものを見たくないとか、あるいはおよそあるものを見たくないという感情の保護それ自体を……制約目的として認めることについて、検討ないし一定の留保が必要である」との採点実感の指摘は正当であると考えられる。ただし、採点実感の指摘が正しいとしても、答案の出来が良くなかったことについて、司法試験受験生を責めることはできないことは、すでに述べたとおりである。

以上が、一八年公法系第一問に関する筆者の感想であるが、筆者としては、近い将来において、一八年公法系第一問に含まれる上記の問題点について若干の検討をする機会を持ちたいと考えていることを、最後に申し上げておきたい。