

信教の自由と剣道受講義務

戸波江二

目次

一 はじめに

二 学校の剣道実技の実施と生徒の人権

- (1) 校則裁判としての本件の特徴
 - (2) 生徒一般の「自己決定権」の制限か
 - (3) 剣道の受講の必要性
 - (4) 剣道の実施の目的と信教の自由の制限との関係
 - (5) 自由意思に基づく剣道の受講拒否とその責任
 - (6) 剣道の受講義務についての原告の事前の熟知
- ### 三 信教の自由の保障とその限界
- (1) 問題の所在

信教の自由と剣道受講義務

- (2) 信教の自由の意義とその保障の範囲
 - (3) 信教の自由に関する判例
 - (4) 信教の自由に関するアメリカの判例
 - (5) 剣道の必修による信教の自由の制限の合憲性
- 四 受講免除を否定する論理の検討
- (1) 受講免除のための学校による信仰の内容審査は許されるか
 - (2) 受講免除は教育の宗教的中立性ないし政教分離原則に反しないか
 - (3) 受講免除は平等原則に反しないか
 - (4) 受講免除は信教の自由を過度に優遇・特権化することにならないか
 - (5) 受講免除は公教育の理念に反しないか

五 おわりに

一 はじめに

信仰の自由は、個人の思想・精神の形成と発展のために不可欠の自由であり、個人の内面の精神活動に関する最も重要な自由の一つである、およそ近代憲法のうちで、基本的人権のカタログに信仰の自由を掲げていないものはないことはその証左であり、日本国憲法もまた、憲法二〇条で信仰の自由を保障している。信仰の自由は、人権の基礎を

なす個人の尊嚴の原理とも密接に関連している。

信仰の自由のこのような重要性にもかかわらず、現代日本の社会状況の下では、信仰の自由の保障は必ずしも十分とはいえない。信仰者の信仰が、社会のなかで十分に尊重されず、むしろ、信仰が社会的に抑圧されるという事態が生ずることも少なくない。信仰に対する抑圧の形態としては、国家や社会が特定の信仰そのものを抑圧する場合もあるが、むしろ、信仰を抑圧する意図をもたないままに結果的に信仰の抑圧が生じているという場合も多い。意図的でない信仰の抑圧が生ずる原因はさまざまであるが、そのうちの重要なものの一つに、宗教に関する日本の特殊な精神状況が挙げられる。すなわち、多くの国民が特定の信仰を有していないという宗教的無関心の状況の下で、熱心な信仰者に対する無理解・無関心の結果、思わぬかたちで信仰者の信仰に制約を与えるという事態が生ずるのである。

このような事態の適例が、「エホバの証人」剣道拒否事件である。事件は、「エホバの証人」の信者である神戸市立工業高等専門学校（以下「神戸高専」と呼ぶ）の学生¹が、格闘技を行わないという信仰上の理由に基づいて、必修科目である体育の授業のうちの剣道の実技を行わず、そのため、体育の評定の不足によって原級留置となり、一年後に退学処分を受けたというものである。この学生（原告ないし申立人・抗告人であるが、以下では「原告」と呼ぶ）は、神戸高専校長（被告ないし相手方・被抗告人であるが、以下では「被告」と呼ぶ）に対して、進級拒否処分および退学処分の取消しを請求し、また、処分の執行停止を求めて訴訟を提起している。しかし、これまでの執行停止の請求に対する四度の決定²では、いずれも学生の主張は斥けられている。

事件の核心は、宗教上の理由から剣道を受講しない原告に対して、神戸高専が、抗告人の信仰に配慮することなくその体育の成績を低く評価し、ひいては、それによって原告を原級留置・退学処分とすることが許されるかどうか、

ということである。つまり、神戸高専が、信仰上の理由によって剣道を受講しない学生に成績評価の点で不利益を課することは、学生の信教の自由を侵害しないか、という問題であり、あるいは、逆にいえば、学生は信仰上の理由に基づいて剣道の受講義務を免れることができるか、という問題である。そこでは、神戸高専の剣道の授業の実施と学生の信教の自由とが衝突しており、それをどのように調整するかが問題となっているのである。

また、この事件には、学生の自由を学校が教育上の理由によって抑制するという要素があり、そのために、学校の中かでの生徒の人権の制限が争われている校則裁判と共通する特徴が認められる。そこで、事件の問題点を考えるにあたっては、校則裁判での規制の正当化理由とほぼ同じ論理の検討が必要になる。

本稿は、以上のような問題関心から、信仰に基づいて剣道実技を拒否した原告学生に対する被告神戸高専校長の原級留置・退学処分⁽³⁾⁽⁴⁾の当否について考察しようとするものである。

(1) 高等専門学校では在学者は一般に「学生」と呼ばれているが、本稿では普通高等学校の「生徒」の問題もあわせて論ずるので、適宜「生徒」ないし「学生・生徒」と呼ぶことにする。

(2) 原級留置処分の執行停止に対する決定として、神戸地決平三・五・一六判例地方自治八五号三五頁（以下、A決定と略称する）、大阪高決平三・八・二判タ七六四号二七九頁（B決定）、また、退学処分の執行停止申立に対しては、神戸地決平四・六・一二判時一四三八号五〇頁（C決定）、大阪高決平四・一〇・一五（D決定）がある。なお、本案にかかる一審判決（E判決）も言い渡されており（神戸地判平五・二・二二）、原告の請求は斥けられている。

(3) 「エホバの証人」剣道拒否事件に関する論稿として、粕谷友介・法学教室一三八号別冊『判例セレクト'91』一二頁、渋谷秀樹「公立工業高等専門学校の原級留置処分と司法審査」ジュリスト一〇〇二号（平成三年度重要判例解説）七頁、平野武「剣道履修拒否と信教の自由」龍谷法学二五卷一号一—三頁、浦野東洋一「『信教の自由』と学校教育」東京大学教育学部教育行政学研究室紀要一二号一頁、野坂泰司「公教育の宗教的中立性と信教の自由」立教法学三七号一頁、棟居快行「市立高専原級留置処分執行停止申立事件」判例地方自治九二号七四頁、芦部信喜「信教の自由の限界」法学教室一五〇号五四頁、下村哲夫「進級拒否処分と生徒の権利侵害」季刊教育法九二号四〇頁、中村睦男「子どもの信教の自由と学校の裁量」季刊教育法九二号五一頁などがある。

(4) 本稿は、エホバの証人退学事件に際して、原告側鑑定書として一九九二年八月に裁判所に提出した論稿を補正したものである。本稿を執筆するきっかけを与えて下さった原告側弁護士野口勇氏に感謝したい。なお、本鑑定書にかかる裁判は、D決定・E判決・前出注(2)として、残念ながら抗告人敗訴の結果に終わった。本稿は、その判決の批判をも加えて書き改める予定であったが、十分な時間をもつことができず、そのため、不本意ながらD決定にかかる裁判所に提出した鑑定書を最小限度補正したにとどまった。D決定および今後の裁判の問題点については、別の機会に改めて論ずることにしたい。

二 学校の剣道実技の実施と生徒の人権

(1) 校則裁判としての本件の特徴

前述のように、本件には校則裁判と共通する要素がみられるが、その内容に立ち入ってみると、一般の校則裁判とはかなり重要な相違がある。つまり、第一は、生徒に対する規律は、校則裁判では、服装・髪型、バイク乗車の禁止など、生徒に対する生活指導に関する規律であるのが通例であるが、本件では、体育の授業での剣道実技つまり、教育課程に関する規制が問題となつてゐることである。第二は、規制される人権との関係では、校則裁判では、憲法一三条の生徒の「自己決定権」の制限が問題となるのに対して、本件では、原告の信教の自由の制限が問題となつてゐることである。第三は、学校の規制を受ける生徒の範囲に関して、校則裁判では、規制は生徒全般に対して及んでゐることとあひまつて規制が過剰規制ではないかが問題となるが、本件では、生徒一般との関係ではなく、特に原告学生との関係で衝突が生じてゐることである。

以上の特徴をみると、本件での問題の核心が、剣道の実施が学生・生徒の信教の自由を侵害するかどうかにある、したがつて、校則裁判で問題となるような規制の理由の当否は副次的なものにとどまるということが出来る。しかし、本件での被告の主張および裁判の争点、そして特に、裁判所の合憲・適法の理由づけでは、校則裁判で一般にもち出される議論もなされてゐるので、ここでは、そのような一般の問題についてまず検討し、次いで、信教の自由の制限の当否という本件の核心の問題について考えることにする。

(2) 生徒一般の「自己決定権」の制限か

まず、問題の立て方として、剣道の受講を必修とすることが原告の信教の自由を侵害するかどうかを問題とする以前に、剣道の受講の義務が学生一般の権利を侵害するかどうかを問題とすべきであるという見解はありうる。つまり、

剣道の受講を必修とすることが、学生全体、特に剣道を受講したくないと考えている学生一般に対する人権制限となるのではないかと問題である。その場合には、学生のどのような憲法上の人権が問題となるのか、特に剣道実技を強制されない権利が憲法一三条の「幸福追求権」ないし「自己決定権」によって保護されているかどうか、その人権に対する制限の合憲性はどのような違憲審査の基準ないし方法によって判断されるべきか、結論として剣道の受講を義務づけることが違憲となるかどうか、という諸点の検討が必要となる。

しかし、ここではこれらの問題について論ずる必要はないと思われる。それは、①本件では、信仰上の理由から剣道の受講義務を免れることができるかということこそが核心的な問題であり、また、事案としても、学生一般の人権の制限ととらえるべき問題ではないこと、②厳格な審査がなされるべき信教の自由の侵害として論ずることが、人権問題としての本件では必要かつ十分であること、③仮に学生一般の剣道の実技を受講しない権利が憲法上保障されているとしても、実技の必修による制限の違憲審査が厳格になされなければならないとは考え難く、結論的に、剣道の必修による義務が違憲となると考えることは困難であること、という理由からである。

ただし、学生一般の人権侵害の問題とした場合に、剣道の実技を必修として学生に課する神戸高専の措置に正当化理由があるかどうか、そして、それはどの程度の強さの正当化理由かどうかについて検討されなければならないが、この論点は、本件で神戸高専の剣道の授業の実施と原告の信教の自由との衝突の調整について考える際にも不可欠な論点であるので、後に検討することにする。

(3) 剣道の受講の必要性

体育の単位は必修であるとはいえ、たとえ剣道実技で0点をとったとしても、他の体育種目で高得点をとれば体育の合格点をとることができるのであるから、剣道不受講が単位不認定に直接結びつくものではない、という見解がある。しかし、この議論は問題の本質を回避したものであって、論理的に誤っているとわざるをえない。

本件の事実を全体として評価するならば、原告は、「自己の信仰する宗教上の教義に従い、剣道の実技を受講しなかったために、神戸工業高専で定めた履修科目の一つである体育科目について不認定とされ、原級留置という不利な措置をとられたものであるから、……自己の宗教上の信条に従ったために、被告から不利益な取扱いを受けたものとの見解もあり得よう」というべきである。他の体育種目の成績さえよければ進級できるとする論理は、無事に進級できなかった他の学生については妥当するとしても、現実に進級できなかった原告に対する関係では何の意味ももたない。原告が体育の単位不認定とされたのは、まさに剣道の不受講のために評点を得ることができなかった（年間で準備運動の二・五点のみ）ことが決定的な原因となっており、剣道の不受講に対して評点を与えなかったことと体育の単位が不認定であったこととの間に相当因果関係があることは明らかである。被告の提出の意見書においても、もし平成二年度の一年生全員が剣道を受講しなかった場合に、二五％の学生が体育の単位が認定可能とされているが、これは、四人のうち三人が原級留置となることを意味している。このような数字を示しつつ、「他の体育種目の成績さえよければ進級することができる」という点を強調することは意味がないというべきである。問題の核心は、あくまでも、剣道の不受講に対して評点を与えなかったことの当否にあるのである。

(4) 剣道の実施の目的と信教の自由の制限との関係

被告は、剣道の実施は信教の自由の制限を目的とするものではない、という主張をしていたが、この主張はそれ自体としては異論のないところである。剣道を体育のうちの一科目として導入したことは、学生の身体的・精神的習練を図ることにあると解され、それが信仰の抑制を目的とするものではないことは明らかである。しかし、このことを、剣道の実施が原告の信仰の自由を侵害するものではないとか、憲法二〇条の保障の範囲外の問題であるとかという結論と結びつけるとすれば、それは重大な誤りといわなければならない。

ある国家行為が、人権侵害の意図や目的をもつものではなくても、結果として、人権制限をもたらすというケースは、憲法事件ではよくみられるところである。たとえば、裁判所での証言義務が課せられることによって証人としての新聞記者が取材源の開示を求められ、酒税の確実公正な徴収という目的のために酒類販売業が免許制とされ、結果的に酒類販売業を営むことができなくなる場合がそれである。そして、薬事法距離制限違憲判決のように、国民の健康の保持という正当な目的のための規制であっても、採用された薬局開設の許可制という手段が必要性・合理性に欠ける場合には、規制が違憲となることもありうるのである。また、以上の例では、国は当該規制措置が人権制限を伴うことを知りつつ行っているが、さらにまた、国が人権制限という事態の発生をまったく予想しないで行った措置が事実上人権制限をもたらすという場合もある。国内の生糸業者の保護のために外国からの安価な生糸の輸入を制限した結果、絹織物業者が高価な生糸を使わなければならなくなって損失を被ったという場合や、学校の統廃合のためにきわめて遠距離の通学を余儀なくされたという場合がその例である。本件でも、剣道の実施は正当な目的をもつているとしても、被告人との関係では、剣道の実施が信教の自由の制限として機能するのである。

もちろん、このような場合に、人権の制限が直ちに違憲と判断されるわけではなく、制限の合憲性は別途審査され、

制限が合憲となる場合もありうる。しかし、注意しなければならないことは、問題となった国家行為が人権制限の意図をもたないからといって、当該国家行為が直ちに合憲となるわけではないことである。まず人権制限の事態が生じていることを確認し、次に、その制限の合憲性を審理判断することが必要になるのである。

本件でも、剣道の実施が信教の自由の制限を意図するものではないとしても、剣道の実施を必修とすることによって、結果として原告の信教の自由が制限を受けることになり、そうである以上、そこでの信教の自由の制限が合憲かどうかやはり問題となるのである。

(5) 自由意思に基づく剣道の受講拒否とその責任

原告は自己の自由意思によって剣道の受講を拒否したものであり、その不利益は原告が当然甘受すべきである、という議論が、(4)と連動するかたちで、被告からなされている。しかし、これについても(4)で述べたところが基本的に妥当し、剣道の実施が原告の信教の自由を制限するものであり、原告がそれによって原級留置・退学という(重大な)不利益を被っている以上、剣道の実施が原告の信教の自由を侵害して違憲となるかどうかは当然に問題となるのである。

確かに、被告にとつては、純粹に教育目的の達成の見地から剣道を学生全員に受講させることとしたものであり、そして、たまたま原告が剣道を受講しなかったのであるから、その結果生ずる不利益は原告の負担すべきものであるということになるかも知れない。しかし、この見方は、もつぱら神戸高専側の独自の立場からの主張であつて、これを不利益を課せられている原告との関係で全体的に考察するならば、問題はまったく別のものとなるのである。つま

り、格技をしないことを信仰上の信念としている原告にとって、剣道の実技を行うべき義務を課せられることは、まさに自己の信仰に基づく基本態度に対する侵害と映ることになる。そして、この意味で、学校側の剣道の実施の意図が信仰を抑圧することにあるのではないとしても、剣道の実施は、原告の信教の自由に制限を課すものといえるのである。

別の説明をすると次のようになる。たとえば、ある生徒が病気で長期間体育を欠席し、あるいは、骨折等の事故のために体育実技に参加できなかったなどの場合に、学校は、それらの事情を具体的に斟酌せずに、ただ不受講ということのみをとらえて、単位認定をせず、その生徒を原級留置・退学に処するとすれば、おそらく、その処分は裁量権を逸脱・濫用した違法な処分とみなされなければならないであろう。つまり、学校は、体育を受講しない生徒の単位認定にあたって、受講しない理由は何か、それが正当なものか、という点について斟酌しなければならないのであり、さらに、不受講に正当な理由がある場合には、他の代替措置をとるなどして、単位を認定しなければならないこともあるのである。

本件でも同様であり、問題の核心は、信仰上の理由による剣道の不受講に正当な理由があるかどうか、という点にこそある。つまり、原告が剣道を受講しないことについて、学校側が正当な理由ありと認め、代替措置等によつて単位を認定したとすれば、原告は無事に進級して何の問題も生じないが、しかし、実際には、信仰上の理由による原告の剣道の不受講について、神戸高専は正当な理由なくして剣道を受講しないものとみなし、評点をつけなかったに他ならない。「たまたま原告が剣道を受講しなかったのであり、その不利益は原告が負うべきものである」という主張は、実質的には、「信仰上の理由」が「正当な理由にはあたらない」とする判断を前提としており、そして、本件では、ま

さに、その正当な理由なしとした判断の当否が争われているのである。

(6) 剣道の受講義務についての原告の事前の熟知

剣道が必修であることを熟知しながら入学したのであるから、原告には剣道を履修する義務があり、それを拒否した場合には不利益を受けてもやむをえないはずである、という論理は、これまでの裁判所の判示でも重視されてきたところである。⁽¹⁰⁾しかし、この論理（以下、適宜、熟知・了解論と略称する）は、一見すると説得的なようにみえるが、それを詳細に検討すれば、きわめて問題の多い論理であることがわかる。

「規則のあることを入学時に知っていた」「規則を了解して入学してきた」という論理は、「学校の規則を疑問視する入学希望者は他校を受験すればよく、当校を受験するな」という趣旨を含む。つまり、その主張は、(a)学校は特定の内容の規則の遵守を入学希望者に要求することができ、そして、もしその規則に従いたくないのであれば、別の学校を選ぶべきである、(b)規則を知って入学したということは、規則に従うことに同意したのであるから、規則を遵守すべき義務があり、義務不履行の場合には不利益を課せられてもやむをえない、という意味を含んでいる。そして、この(a)(b)それぞれに問題がある。

(a) 学校が特定の規則の遵守を入学希望者に要求でき、しかも、もしそれに従わない学生・生徒の入学を拒否できるとなると、きわめて重大な問題が生ずる。

第一に、この論理は、まさに学生・生徒を思想によって選別するという機能を果たすものであり、現代公教育制度の下では基本的に不当で支持されえないものといわなければならない。現代公教育制度の下で、学校は教育という公

的任務を達成するよう要請されていることを考えれば、公立学校か私立学校かを問わず、義務教育であると否とを問わず、学校は志願者を広く受け入れなければならぬ立場にあると考えられる。このことを憲法二六条の教育を受ける権利の保障との関係でいえば、入学希望者は原則として学校に入学する権利を有しており、学校は入学希望者を原則として無条件で受け入れなければならず、選抜を行う場合でも、基本的には学習評定・学力検査によるべきであつて、選抜の基礎資料に他の要素を加えることは基本的に許されないと⁽¹¹⁾いうことである。

したがつて、学校が生徒の選別や排除を行うことになるような独自の教育方針や規則を立てることは原則として許されないと考えられ、その意味で、「規則を了解すること」を実際に入学前の志望者に要求し、その結果、規則に反対の考えをもつ生徒を排除することになるのであれば、そのような選別は許されないと考えるべきなのである。そして、仮に独自の方針を立てた場合でも、その方針は一般的に合理的なものでなければならぬことはもちろん、その方針に従わない生徒に対して不利益措置を課することには慎重でなければならぬと解される。⁽¹²⁾

本件との関係では、神戸高専は平成二年度から入学希望者に対して格技が必修になることを周知させる措置をとつているが、格技の不受講が単位不足・退学につながるようになるならば、この剣道の必修を周知させる措置は、實質的には、本件原告のような信仰をもつている者は退学になる可能性が強いことを周知させることを意味する。それは、實質的には、まさに特定の思想・信仰をもつた者の入学を排除するものとなり、思想信条による差別として憲法一四條、一九條、二〇條違反の事態を招来するのである。

第二に、学校が特定の内容の規則の遵守を入学希望者に要求することができるとする場合に、それでは逆に、入学希望者の側から、入学時に特定の規則の不遵守をあらかじめ要求できることになるのであろうか。あるいは、規則に

従わないとする入学希望者に対して、学校は入学を拒否できるであろうか。規則を了解して入学したことを規則遵守の理由とするのであれば、論理的には、特定の規則を遵守しないことを条件として入学する権利を各入学予定者に認めなければならぬとも考えられる。

本件との関連でいえば、入学希望者が、「剣道は受講しないという条件で入学を認めてほしい」と申し出てきた場合に、神戸高専はどのように対応することになるであろうか。そのような条件付きの入学は認めないというのであれば、前述の思想による選別の問題が登場するし、他方で、条件付きの入学を認めるのであれば、入学説明会において、剣道が必修であることと並んで、あらかじめ入学時に剣道を受講しないという申し出があれば特別に扱う旨を周知させることもあわせて必要となろう。¹³⁾

もちろん、学校は、一定の内容の規則・ルールの遵守を要求することができる。しかし、その場合でも、その規則は内容的に正当なものでなければならず、思想差別的なものであってはならない。この意味で、剣道の必修を入学時に周知させることによって、剣道の不受講に対する不利益が当然に正当化されることにはならないのである。

第三に、さらに考慮に入れなければならないことは、競争試験によって選抜がなされる実際の入試制度の下では、受験生は、現実には、それぞれの学校の校則や規則に配慮して学校を選択している余裕はほとんどなく、また、現状では受験生の学校選択の幅はきわめて限られていることである。そのような状況において「規則に従うのがいやならば、他校を選べ」とする主張は、現実には入学希望者に対して非常に厳しい選択を強いることになる。「規則を了解して入学した」という論理は、規則の遵守を要求する根拠としては、観念的な仮定に基づく粗雑な論理といわなければならない。

(b) 熟知・了解論は、生徒の入学後の在学関係において、規則による権利制限に対する生徒の異議申立に対してもち出される場合にも、きわめて不当な論理となる。たとえば、「入学時に規則を了解して入学してきた」という論理で規則を遵守しなければならないということになると、学校内で妥当している規則がいかにか不合理・不当なものであっても、生徒はそれに対して異議を唱えることができないことになる。たとえば、「女子は男子よりも三〇分早く登校して教室の掃除をしなければならぬ」という規則に対して、それが不当であることを主張した場合であっても、「規則を了解して入学してきた」という理由でその規則に従わなければならないとしたら、きわめて不合理である。

「規則のあることを入学時に知っていた」「規則を了解して入学してきた」という論理は、校則問題での「規則だから守れ」という論理に相通するものがある。つまり、双方とも、規則の遵守の理由を、規則の内容的妥当性によって説明するのではなく、規則の成立手続や相手の同意といった形式的理由によって説明するのである。このような論理は、校則問題が争われたときに学校側のもち出す常套文句であるが、それは、実は、規則の内容について合理的な説明をすることができない場合の苦肉の策であることが少なくない。

規則の遵守の要求は、あくまでも、規則の内容的な正当性に根拠を置くべきである。そして、内容的に不合理・不当な規則は学生・生徒に遵守を要求できないと考えなければならぬ。この意味で、熟知・了解論は、一般に、規則の遵守およびその不遵守に対する不利益の賦課の正当化理由にはなりえないというべきである。

本件においても、問題の核心は、剣道の受講の必修化が原告の信教の自由との関係で内容的に正当なものともみなされうるかどうかということである。ここでは、受講義務および不受講に対する不利益の賦課の内容的正当性が検討されなければならない。内容的に不当な規則であれば、原告が入学時に知っていたかどうかにかかわらず、原告は

遵守するには及ばないのである。

そもそも、熟知・了解論は、学校が学生・生徒に対して規則の遵守を要求する根拠として、入学時に学生・生徒が規則の遵守（多くの場合に規則による権利制限）に同意していることを援用するものである。しかし、そこには、一方では、入学前に学校の規則に不同意である場合には他校へ行け（入学させない）ということを前提にしつつ、他方で、入学時に同意があったことを理由に規則の遵守を要求するという大きな矛盾がある。つまり、同意の前提としての自由意思による決定の契機に欠けはしないかという問題である。

それにも増して、人権の制限について同意していることを挙げて人権制限を正当化する論理の問題点は、それがあてはまる場合とあてはまらない場合があり、さらにまた、あてはまる場合であっても、人権制限を正当化する根拠として必ずしも十分ではないことである。たとえば、いかに同意があろうと、奴隷契約や人身売買契約は違憲無効となる。また、学校内の法律関係と類似性のある公務員関係において、国家公務員の政治的行為を制限する国家公務員法一〇二条一項の合憲性の理由として、「そのような規制があることを知って公務員となったから、それに対して異議を述べることはできない」という論理はあまり聞かれない。もちろん、国家公務員には政治的行為をしてはならないという法の規定を遵守すべき義務がある。しかし、その政治活動の制限が憲法違反であると争われた場合に、熟知・了解論によって国公法一〇二条一項が合憲であることを論証することはおよそできないであろう。⁽¹⁴⁾

同意による人権制限の論理は、雇用契約での人権制限などの限られた局面において、しかも、人権制限の実質的理由を補助する第二義的な理由として用いられるにとどまり、本件のような学校関係にあつては、入学時の包括的な

規則遵守への同意をもって、「同意による人権制限」の有効な根拠とすることはできないと思われる。¹⁵⁾

(5) 剣道の拒否を信教の自由の問題とせず、生徒の一般的活動への侵害とみる見解は、たとえば、後述の日曜日訴訟で、日曜参観授業を信教の自由に対する制約とみるよりも、日曜日の休息に対する制約とみなす見解に通ずる。このような考えを示唆する見解として、たとえば、江橋崇「一九八六年の主要判例／憲法の概観」法学セミナー三八七号二六頁、芹沢斉・法学教室七七号別冊『判例セレクト⁸⁶⁾』一二頁参照。

(6) たとえば、C決定・前出注(2)五四頁は、「第一学年の剣道実技の受講を拒絶する学生は一人いたものの、うち一人は単位を得たこと、……第一学年に原級留置となった学生は、申立人を含めて五人いたが、平成三年度においては、うち三人が剣道実技の受講を拒否したにもかかわらず、体育の単位を得たこと、が一応認められるから、この相手方の措置が申立人の信教の自由に与えた制約の程度はそれほど高いわけではない」としている。

(7) B決定・前出注(2)二八四頁。

(8) 相手方意見書・判時一四三八号六七頁。

(9) 相手方意見書・判時一四三八号六九頁は、「受講を拒否した部分について学業成績の評価が0点にあるという不利益は、当然自らがその責任において負担するべき筋合いのものである」とする。また、B決定・前出注(2)二八四頁も同旨である。

(10) B決定・前出注(2)二八四頁、C決定・前出注(2)五四頁。また、校則裁判でも、熟知・了解論はしばしば援用さ

れている。たとえば、修徳高校パーマ退学事件一審判決（東京地判平三・六・二一判時一三八八号三頁）一五頁参照。

(11) この点に関連して、筋ジストロフィー症の受験生の高校入学不許可処分を取り消した判決（神戸地判平・四・三・三判時一四一四号二六頁）が参考になる。

(12) 独自の教育方針との関係では、私立学校の宗教教育が問題となる。つまり、私立学校では、宗教教育を行うことが認められているが（学校教育法施行規則二四条二項参照）、その際に宗教教育を欠席する自由が認められるかどうかが問題となる。私立学校は教育の自由を有し、独自の教育方針の下で、宗教教育を行うことができるが、しかし、私立学校も公教育制度の枠内で存在するものである以上、教育課程については広く法的規制を受け、また、生徒の権利・自由にも配慮しなければならぬと解される。したがって、私立学校の独自の教育方針が是認されうるとしても、①その教育方針はどのような内容のものであってもよいというわけではなく、公教育の枠内にあり、公教育と抵触しないものであること、また、②是認される教育方針であっても、あらゆる場合にすべての生徒に遵守を要求できるわけではなく、生徒の思想や意見を尊重しなければならぬ場合もありうること、という留保があると考えらるべきであろう。この意味で、私立学校の宗教教育においても、生徒の信教の自由を尊重して、生徒に欠席の自由が認められなければならないと思われる。「規則を了解して入学してきた」からといって生徒の欠席権を否定することは不当であろう。なお、生徒の欠席権をめぐる学説の状況については、さしあたり、戸波江二「教育における中立性」日本教育法学会年報一九号一五四頁参照。

(13) この問題は、法的には、学校と生徒との在学関係をどのように構成するかという問題とも関連する。在学関係を契約と考えると、当事者の自由意思が尊重されることになり、入学希望者は剣道受講に同意しないこともありうるし、また、学校側も、剣道受講を拒否する者との間で在学契約を結ばないこともできそうである。まして、この契約関係を一種の附合契約

とすると、入学希望者は学校の提示する条件をのまざるをえないこととなり、きわめて不当な結果となる。生徒の入学関係を契約とみる場合でも、学校の提示する条件は内容的に妥当なものであることが要求されていると解すべきである。この点で、水道・電気・ガス供給契約等で、正当な理由なくして役務提供を拒否することや差別的取扱いが禁止されている（水道法一五条、郵便法六条等、なお、地方自治法一〇条二項、二四四条二項・三項参照）ことが参考にされなければならない。

(14) これに対して、私立高校での教員採用の際に「政治活動をしてはいけない」という条件で雇用された教員の解雇に関する十勝女子商業事件（最判昭二七・二・二二民集六巻二号二五八頁）の事案は、「同意による人権制限」の論理が有効に機能した例といえることができる。しかし、その場合でも、私立高校という特殊性や、政治活動の規制の必要性こそが合憲の決め手となるのであり、そこでは、結局は、人権制限が実質的に合憲であることが不可欠の要素であるのである。

(15) 同意による人権の制限について、ドイツでは、「基本権の放棄」(Verzicht der Grundrechte)の問題として論じられている。ピエロート/シュリンクによれば、基本権の放棄が認められるかどうかは、基本権の種類、放棄に同意した状況などを個別的に検討して決せられることになり、人格的権利については比較的放棄が肯定されることになるが、その場合でも、「放棄が明確な認識の下で自由意思に従ってなされること、つまり、抑圧や欺罔の下でなされているのではないことが、基本権の放棄の許容性の前提となる」とされている(Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 6. Aufl., Rdnr. 158ff., 163)。

本件の場合に、確かに剣道の必修の周知徹底それ自体は、「抑圧や欺罔」とはいえないが、入学を希望している者に対してそれをもち出すのは、事実上の「抑圧」といわなければならない。

三 信教の自由の保障とその限界

(1) 問題の所在

これまで述べてきた論点はいずれも派生的・副次的な問題である。本件で中心的に問題となっているのは、くり返し述べてきたように、信仰上の理由によって剣道の受講の免除を要求することができるかということである。

この問題は、剣道の不受講に対して不利益を課することと信教の自由との対立の問題であり、より一般的には、法的に義務づけられた行為を信仰上の理由に基づいて拒否した者に対して、刑罰その他の不利益を課することができるか、という問題につらなる。この問題について考える場合に基本的に留意すべきことは、答えはイエスかノーかという択一的なかたちで導き出されるのではなく、具体的な事例に応じてさまざまな条件を考慮しつつ、個別的な検討がなされなければならないということである。したがって、ここでは、社会的義務と信教の自由との調整を図るために問題点を多面的・複合的に考察し、実際に則した結論を導き出すことが必要となる。

しかし、少なくとも本件の事案においては、結論的には、被告は、信仰上の理由によって剣道を受講しない原告に対して単位の認定等において不利益を課してはならないと解される。

(2) 信教の自由の意義とその保障の範囲

憲法二〇条の信教の自由の意義について詳述することはできないが、本件との関係では、以下の諸点を特に指摘し

ておきたい。

第一に、信教の自由は、大要、内心における信仰の自由、礼拝や宗教上の儀式を行う宗教的行為の自由、特定の宗教団体を結成し、布教を行う宗教的結社の自由という三つのもを含むが、そのうちで信仰の自由はその中心をなしていることである。したがって、特定の信仰を強制したり、禁止したり、あるいは信仰のゆえに不利益を課することはほぼすべて否定されなければならない。本件での剣道の受講義務の免除の問題は、基本的には、次に述べる宗教的行為と社会的義務との衝突の問題と解するのが妥当ではあるが、しかし、神戸高専に信仰を弾圧する意図はないもの、剣道の実技を要求することが原告の個人の内面への侵犯とみなすことができる点で、信仰の自由への介入という要素も認められることには留意する必要がある。

第二に、内心の信仰が外部に表れ、それが社会的規範と衝突する場合には、信教の自由といえども制約を受けることとがありうることである。そして、その規制が合憲であるかどうかは、信教の自由の制限の目的、態様、程度、規制される信教の自由の内容、規制の目的と信教の自由の制限との関連性などを総合して判断されるべきであるが、その際には、後述するように、厳格な審査基準が適用されなければならない。

第三に、信教の自由の制限にあたって特に考慮されるべきことは、信教の自由の保障が基本的に個人の内面の問題であることにかんがみ、特に少数者の保護、異説の自由が尊重されなければならないということである。そしてまた、規制の正当化にあたって、社会通念や社会意識という社会の多数派の考えや社会一般の考えからして異質のものだという点が強調されてはならないことである。とりわけ日本の社会のように宗教意識が希薄なところでは、個人の信仰が軽視されることがないように十分注意する必要がある。この意味で、本件において、「多数者の信教の自由」を強調

する被告の意見は、そもそも不当というべきである。

(3) 信教の自由に関する判例

信教の自由の行使とその限界については、すでにいくつかの判例がある。

(a) 加持祈禱による傷害致死事件（最大判昭三八・五・一五刑集一七巻四号三〇二頁）

精神障害者の平癒のために宗教行為として加持祈禱を行い、その結果、障害者が死亡したという事件で、最高裁判所は、他人の生命、身体等に危害を及ぼす違法な有形力の行使により被害者を死に致した場合には信教の自由の保障を逸脱したものと判示した。身体に対する暴力の行使によって生命・身体を害する行為は、信教の自由によって免責されないことは当然である。

(b) 牧会活動による犯人の隠匿（神戸簡判昭五〇・二・二〇判時七六八号三頁）

キリスト教会の牧師が、牧会活動の一環として、建造物侵入罪等の被疑者として追われていた高校生二名を教会内に宿泊させ、犯人蔵匿罪で起訴された事件について、裁判所は、被告人のした牧会活動が正当業務行為にあたると判断し、被告人を無罪とした。

判決は、学説では一般に積極的に評価されているが、⁽¹⁷⁾ 信教の自由を理由として無罪とすることに反対する見解もある。また、宗教的行為であつても結果として公共の福祉に反する場合があります⁽¹⁸⁾ であり、その見解もある。

宗教活動であることを理由とする免責は認められるべきであり、その意味で、判決の論理には賛成できる。ただし、

凶悪犯を蔵匿した結果、後に犯罪を誘発してしまった場合のように、すべての場合に免責されると解すべきではなく、したがって、具体的な事情の検討が不可欠であると解される。なお、判決では、被告人にとって牧会活動が信仰のうえで重要であることが認定されており、宗教の内容に立ち入ってその意義を判断していることが留意されるべきである。

(c) 日曜日訴訟（東京地判昭六一・三・二〇行集三七卷三号三四七頁）

日曜教会学校に参加するために、公立小学校で日曜日に実施された父兄参観授業を欠席したキリスト教徒の生徒とその両親である牧師が、日曜日参観授業を欠席の扱いとしたことは信教の自由の侵害であるとして、損害賠償等を請求した事件で、裁判所は、公教育の必要性や宗教的中立性の要請を挙げて、訴えを斥けた。

学説の多数は、教育における宗教的中立性等を重視して判決に賛成しているが、⁽²⁰⁾信教の自由の保護を重視して判決に反対する説も有力である。この判決の基本的立場は、本件に関連する各決定とほぼ共通する。しかし、事件の内容ないし原告の被った不利益の程度という点では、日曜日訴訟では「欠席」の記載という比較的軽微な不利益であったが、本件では「原級留置」「退学」という重大な不利益であったという点で、決定的な違いがある。

(d) まとめ

以上の判例の傾向を概観すると、以下のような特徴を挙げることができる。

- ① 信教の自由を理由とする義務の免除の問題について、これまで裁判所はいくつかの判決を下してきており、そのうちで免除を認めた判決もある。
- ② 義務の免除を認めるかどうかは、具体的な事情を考慮して、衡量によって判断されている。

③免除を認めるかどうかの判断にあたって、信仰の内容や意味、その行為の宗教上の意義・必要性などについて審査している判例もあるが、公権力が宗教に関与することになるとして「宗教的中立性」の原則を優先させた判例もある。

④以上、全体としては、信教の自由と国法上の義務との衝突の問題が争われた例はまだ少なく、有効な判例理論は形成されていない状況にある。

(4) 信教の自由に関するアメリカの判例

信教の自由に関する判例はアメリカではすこぶる多く、しかも、多くの場合に信教の自由に基づく国法上の義務の免除が認められるかどうか争われている。たとえば、古くは、一夫多妻制を認めるモルモン教徒であっても重婚罪の成立を妨げないとした判決 (Reynolds v. United States, 98 U.S.145 (1879)) などがあるが、ここでは、本件に係する事案を中心に主要なものを挙げることにする。⁽²⁾

(a) West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S.624 (1943)

国旗への敬礼を義務づけた公立学校規則が信仰の自由を侵害するとする「エホバの証人」の主張に対して、判決は、信教の自由ではなく、表現の自由の侵害の問題ととらえ直し、国旗への敬礼の強制を違憲と判示した。

(b) Sherbert v. Verner, 374 U.S.398 (1963)

土曜日を宗教上の休日とする Seventh-day Adventist が土曜日に働かないという理由で解雇され、同様の理由で失

業保険の請求を拒否された事件で、判決は、失業保険の請求の拒否が信教の自由の制限となるという立場に立ち、やむにやまれぬ利益 (compelling interest) があるかどうかという厳格な審査を行い、詐欺的な請求を阻止するという利益では不十分であるとして、請求の拒否が信教の自由を侵害すると判示した。

この判決以前には、土曜日を宗教上の休日とする正統派ユダヤ教徒の商人が日曜日休業法によって日曜日に営業できないために損害を受けたとしてその合憲性を争った事件で、判決 (Braunfeld v. Brown, 366 U.S.599 (1961)) は、日曜日休業法が原告の宗教上の行為を違法とするものではないことなどを挙げて、信教の自由を侵害しないと判示している。

Sherbert 判決は、Braunfeld 判決とは異なり、信教の自由に対する配慮の姿勢をみせたものであり、その後の判例を先導する先例となった。たとえば、信仰上の反戦思想に基づいて軍需工場での仕事をやめたエホバの証人の信者に対する失業保険の拒否は、信教の自由の侵害になるとした判決 (Thomas v. Review Bd. of the Indiana Employment Security Division, 450 U.S.707 (1981))、Armish の信者である経営者が宗教上の理由に基づいて社会保険税の支払いを拒否したのに対して、社会保険制度の維持にはやむにやまれぬ利益があるとした判決 (United States v. Lee, 455 U.S.252 (1982))、宗教上の信念に基づいて人種差別を行っている学校に対して租税免除措置を否定した内国歳入庁の措置について、教育における人種差別の除去がやむにやまれぬ政府利益にあたるとして、その合憲性を認めた判決 (Bob Jones University v. United States, 461 U.S.574 (1985))、Sherbert 事件と同様に土曜日の労働を拒否して解雇された Seventh-day Adventist に対する失業保険の支給の拒否を違憲とした判決 (Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida 480 U.S.136 (1987)) などがある。

(c) *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S.205 (1972)

学校教育に反対して集団農耕生活を通じての教育を行う宗派 (Armish) の信徒が、一六歳までの子どもたちに就学義務を課した州法の合憲性を争った事件で、判決は、① 一般的教育の国家利益は大きい、信教の自由条項等の基本的権利や利益を制限する場合には絶対ではないこと、② 信教の自由の保護を受けるためには請求が信仰そのものに根拠を置いていなければならないが、Armish の場合には、信仰に根ざした請求であること、③ 就学義務法は、Armish の信徒に対して、信仰を捨てるか、改宗するかを迫るものであり、Armish の信仰を著しく脅かすこと、などを挙げて、その請求を認めた。

この判決は、宗教の内容によっては、義務教育でさえ免除の対象となりうることを示した点で、剣道の受講義務に關する本件に対しても示唆的である。

(d) *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 110 S. Ct. 1595 (1990)

インディアン の宗教儀式で用いられてきている覚せい剤を宗教上の理由で用いたために解雇された者について、失業保険の請求が認められるかどうか争われた事件で、判決は、*Sherbert* 判決の法理の適用を拒否し、覚せい剤の使用禁止という一般的で宗教的に中立な一般的法律が、付随的に信教の自由を制限しているとしても、信仰を理由にその禁止の免除を要求することができないと判示した。

この判決は、従来の判例とは一致せず、連邦最高裁判所の保守化傾向と軌を一にするものである。しかし、この判決の先例の読み方には重大な疑問があり、また、判例の適用範囲についても不明確であって、さらに、有力な反対意見が付されていることもあって、この判決の理論はなお流動的というべきであろう。

(e) まとめ

信教の自由をめぐるアメリカ判例は、多岐にわたり、判例理論も錯綜しているが、大要、以下のような特徴をみてとることができる。

①アメリカ判例では、信教の自由を理由とする社会的義務の免除を求める訴訟が数多く提起されており、裁判所もそれに対して積極的に審査権を行使しており、免除を認める判決も数多く下されている。

②信教の自由の制限については、基本的に、厳格審査基準が用いられており、「やむにやまれぬ政府利益」があるかどうか、他の代替手段がないかどうか(LRA)について厳格な審査が行われている。もともと、ゆるやかな審査で足りるとする判例も登場してきている。

③事案の解決にあたって、②のような違憲審査基準によりつつも、当該事案に則した具体的事情をさまざまに考慮して結論が導き出されている。

④その際に、免除を認めるかどうかの判断の前提として、信仰の内容についても審査しているが、その審査は概括的なものとどまっている。

(5) 剣道の必修による信教の自由の制限の合憲性

以上のように日米の判例を概観し、また、問題が信教の自由の限界という人権理論のなかでもきわめて重要な論点に関するものであることを踏まえ、さらに、信教の自由をめぐる訴訟が今後少なからず提起されるであろうことが予測されることを考慮するならば、本件での信仰を理由にして剣道の実技を拒否できるかどうかという問題の解決にあ

たつては、重要な憲法問題を処理するための確実な法律論を立てて議論すべきであると思われる。これまでの執行停止決定にみられるように、「原告らが……学則その他の諸規則に従わなかったために、不利益を受けたとしても、そのことは、憲法二〇条で定めた信条の自由の保障の範囲外のこと」と説いたり、「剣道実習への参加の強制は、実質的には格技を禁ずる教義に反する行動を事実上強制したと同様の結果となり、そのため、申立人の信教の自由が一定の制約を受けたことは否定することができない」ことは認めつつも、前述二(3)で批判的に検討した主張(注(8)参照)に基づいて「申立人の信教の自由に与えた制約の程度はそれほど高いわけではない」と結論づける論理は、あまりにも粗雑であるといわざるをえない。より緻密で体系的な違憲審査の基準・方法が要求されよう。

本件での合憲性審査には、信教の自由が精神的自由に属することを考えれば、厳格な審査基準が適用されるべきであると解される。具体的には、(a)剣道を必修とすることについてやむにやまれぬ正当化事由があるか、(b)剣道の実技の義務を課されることによつて原告のどのような信仰ないし宗教的行為が、どのように、そしてどの程度制約を受けているか、(c)信教の自由の制約を伴わない他の代替手段があるか、という基準である。⁽²³⁾

(a) 剣道の必修の目的および必要性

剣道の必修科目としての必要性について、被告および裁判所は必ずしも説得的な見解を表明してはいない。たとえば、被告は、剣道の効果について、

「体育の内容としての剣道は次のような優れた教育効果をもっている。

(1) 身体的な面からみた体育的效果

敏しょう性、巧ち性の育成、瞬発力の育成、持久力の育成、正しい姿勢の育成など

(2) 社会的態度発達の面からみた体育的效果

気力の育成、集中力と決断力の育成、礼儀の育成、自主的精神の育成など」

と指摘している。⁽²⁶⁾しかし、この説明からは、剣道についてこのような教育効果を生ずることは理解できるものの、そのような効果は多かれ少なかれ他のスポーツ種目でも認められるところであり、なぜ剣道を特に必修とするのかということは明らかにしない。

また、裁判所は、剣道を体育種目として選択したことについて、何を体育の種目に採用するかは各学校の自主的判斷に委ねられており、健全なスポーツである剣道を採用したも裁量権の逸脱とはいえないと説いている。⁽²⁷⁾しかし、この説明は、神戸高専が剣道を必修種目としたことが違法ではないことの理由とはなりえても、学生が剣道を必修種目として必ず受講しなければならないことの理由とはなっていないのである。

剣道が必修科目として学生に受講を義務づけられているのは、結局は、それが必修科目としての体育の一種目となっているという形式的理由からであり、したがって、剣道そのものを受講しなければならないことについての実質的理由は存在しないように思われる。つまり、歴史・地理、物理・化学、あるいは外国語が必修となっていることについては、それらの教科を学び、必要な知識を修得して活用することが、高等学校・高等専門学校教育の目的に沿うものであり、それを受講しないとすれば高等教育の目的が達成されないと解されるので、学生・生徒はそれらの科目を必ず受講しなければならないといえよう。これに対して、「剣道」を必修とすることには、そのような意味での教育上の必要性は認められないのである。このことは、剣道を体育の必修種目としていない多くの高等学校・高等専門学校において、学生・生徒の体育の教育において何ら教育上の弊害が生じていないことを考えれば、明らかである。

したがって、原告が信仰上の理由から剣道の受講を拒否している本件において、原告に「剣道」を受講させる必要性は大きくなく、必修たる体育の単位を認定するためには、代償措置等によって対応することが十分可能であるといわなければならない。

また、被告は、原告の剣道の不受講によって、公教育が阻害され、学生全体に対する規律の維持ができなくなると指摘しており、この点も原告に剣道の実技を義務づける一つの理由としているようにみえる。しかし、公教育の実施、学生全体に対する規律の維持という理由は、正当な理由なくして剣道を受講しない生徒に対する関係では正当化事由たりうるが、信仰に基づいて剣道を拒否している原告に対する関係では、正当化事由として不十分であるといわざるをえない。⁽²⁸⁾

なお、仮に信教の自由の制限に対する違憲審査基準として厳格な基準が用いられるには及ばず、やむにやまれぬ利益は存在しなくてもよいという立場に立った場合であっても、本件について、信仰上の理由から剣道を拒否している学生に対してまで剣道の実技を強制するだけの必要性を見出すことはすこぶる困難である。

(b) 原告の信教の自由の制約の程度・態様

信教の自由のうちで最も保護されるべきものは、「内心の信仰の自由」「信仰上の教義にしたがって生活する自由」である。そして、信仰上の信念とその実践は、本来個人的・内面的なものにとどまり、その限りで絶対的なものでありうる。格技を行わないという信念は「エホバの証人」の教えの基本原理に根ざすものと考えることができ、そして、それは、格技を行わないという信念を實踐している限りで個人の内面の問題たりうる。

それに対して、剣道の実技を義務づけることは、原告の信仰との関係では、原告の宗教的信念に介入し、それを妨

げるといふ効果をもつ。つまり、ここでの剣道実技と信仰との衝突は、原告のほうから特定の行為を学校に要求するという種類のものではなく、そもそも学校が剣道の実技を義務づけ、それが原告の内面における信仰を抑制する結果をもたらしたというものである。その意味で、原告の信仰の自由を保護する必要性は高いと解される。

本件で剣道の受講を原告に義務づけることは、原告に対してはきわめて重大な自由の抑圧をもたらすことになる。すなわち、原告は、進級のために信仰の教えに反して剣道を受講するか、あるいは、忠実に信仰を守って剣道を拒否し、原級留置・退学という危険をあえて甘受するか、という厳しい選択を迫られるのである。ここにおいて、原告の信教の自由は重大かつ根本的に侵害されているのであり、このような事態について「不利益の程度は低い」ということはとうていできないのである。さらに、原告は実際に信仰を守って剣道を拒否したために、現実に退学という重大な不利益を被っているのである。

また、宗教上の理由で義務を免除した場合に生ずる効果について、たとえば、麻薬の使用という違法行為や重婚の放任というような社会秩序に対する重大な影響がある場合と比較するならば、本件で原告に剣道を免除することによつて生ずる弊害は大きいとはいえず、そもそも弊害が生じないとみることさえできよう。

(c) 他の代替手段の存否

前記(a)のように、体育の種目として剣道を必ず行わなければならないとする理由はない。むしろ、問題は体育の単位認定なのであるから、他の種目で代替することが十分可能であり、また、レポート等によつて単位を認定することもできる。これらの代替措置の実施は、他の高校学校・高等専門学校でそれを実施しているところもあることに例証されているように、被告が主張するほど実現困難であるとはおよそ思われない。

(d) まとめ

以上のところを総合すると、剣道の受講を義務づけ、受講しない場合に不利益を課することは、原告との関係では、原告の信教の自由の侵害をもたらす違憲の措置であると判断される。したがって、被告は、原告に対して剣道の受講を義務づけることはできず、義務の不履行（剣道の不受講）に対して不利益を課することができないことになる。

なお、原告に対してどのような救済措置を講ずるかは、教育に責任を負う者としての被告の裁量に委ねられる。剣道に代わる体育の種目で代替することが合理的であると思われるが、また、レポートによって評価するか、あるいは、剣道がなかったものとして合格最低点をつけることもできよう。しかし、何の救済措置もとらずに0点としたままとすることは許されないのである。

(16) 相手方意見書・判時一四三八号七〇頁は、「なるほど、政教分離原則は、申立人の主張するように、元来、少数者の信教の自由を擁護するための手段であったかも知れないが、だからといって申立人の主張するように、多数者の信教の自由を無視してよいという結論が誤っているのは明白であろう」とする。

(17) たとえば、久保田きぬ子・ジュリスト六一五号（昭和五〇年度重要判例解説）一二頁。

(18) 前田光夫・宗裁判例百選（第二版）二五頁。

(19) 粕谷友介・憲法判例百選Ⅰ（第二版）八〇頁。

(20) 松井茂記・法学教室七一号一一二頁、芹沢斉・宗裁判例百選（第二版）二二頁。山口和孝・教育判例百選（第三版）四四頁等。

四 受講免除を否定する論理の検討

(1) 受講免除のための学校による信仰の内容審査は許されるか

本件での被告の措置の合憲性については、三(5)で検討したような方法によって審査を行うのが妥当であるが、その他に、信仰に基づく剣道受講の免除を認めることを否定する論理がいくつか主張されている。

まず、信仰に基づく剣道受講の免除を認めると、学校は学生・生徒の信仰に立ち入って審査しなければならぬことになるという見解がきわめて有力に主張されている。³¹この議論は、学校が生徒の信仰に立ち入ってはならないという原則論を説いている点では妥当な見解を含む。しかし、それを理由として、本件の場合にまで教育の内容への関与を否定している点で、正当とはいえない。

学校が生徒の信仰を詮索したり、生徒の信仰を序列化して別異の取扱いをすることが原則として許されないことは認められなければならない。しかし、生徒が信仰を理由に学校規則上の義務を拒否する場合には、学校がその理由の当否について判断し、そのために生徒の信仰や宗教について聞くことは是認されるべきである。生徒が信仰を理由に義務の免除を請求している以上、そして、その生徒の信教の自由が保護されなければならない場合がありうる以上、生徒の主張に理由があるかどうかの審査を拒否する必要はなく、また、拒否できないのである。生徒の宗教に干渉できないという立場を厳格に貫くと、信仰に基づいて義務の免除を求める宗教者の要求はいかなる場合も取り上げられないことになり、結果的に生徒の信教の自由の制限が放置されることになるという状況を認識すべきである。

もつとも、そこで宗教の内容を審査するといつても、宗教の意義・教義およびそれと義務の免除の申し出との関連性について、生徒の主張に合理的根拠があるかどうかを一応審査することで足り、したがって、それは宗教の内容に對する詳細な審査である必要はないと解される。そして、實際にも、一般的・概括的調査で生徒の主張の可否は十分に判断できるものと思われる。また、仮に右のような表面的な内容審査さえ許されないと考えるとしても、そこから信仰を理由とする免除請求に對して全面的な否定論を導き出すべきではなく、親の願書ないし所属宗教団体の聖職者の証明等の添付を求めてそれによつて判断していくという方途が採られるべきであろう。

なお、エホバの証人を信仰する学生・生徒による剣道の実技の拒否に對して代償措置を設けている高等学校・高等専門学校はかなりの数に及ぶが、それらの学校で代償措置が与えられる際に、宗教の内容の審査において不適当な審査がなされたり、審査が困難であるという事実は聞かれない。むしろ、それらの学校は、生徒の言い分を聞くことによつて、真に宗教上の理由による剣道の免除請求かどうかを容易に判断しているというのが実情であると推測される。学校が宗教の内容に立ち入つて判断することはできないという論理は、一見すると正当なように見えるが、具体的には必ずしも実情にあつた議論ではなく、少なくとも本件の場合には原告の主張を訴ける理由にならないように思われる。

(2) 受講免除は教育の宗教的中立性ないし政教分離原則に反しないか

(1)の問題とも関連して、信仰に基づく剣道受講の免除を認めることになると、学校が信仰に基づいて学生・生徒を特別に優遇することになり、教育における宗教的中立性の原則ないし政教分離原則に違反することになるといふ議論

もきわめて有力である。⁽³²⁾ この議論は、基本的に政教分離原則を厳格な分離を要求している点では正当な指摘を含むが、しかし、とりわけ本件のように、信教の自由と政教分離が衝突している事例においても厳格な分離を要求している限りで適切とはいえない。

(a) 政教分離原則の意義

政教分離原則は、国家と宗教との結合を禁止し、国家の宗教的中立性を確保することによって、個人の信教の自由を確実に保障することを目的としており、個人の信教の自由の保障のための前提をなす原則である。国家と宗教との分離の程度について、学説の多数は、戦前の国家と神道との結合による他宗教の弾圧の歴史を踏まえて、政教分離原則は「厳格な分離」でなければならないと説くが、他方で、判例は、津地鎮祭事件（最大判昭五二・七・一三民集三一巻四号五三三頁）以来、国家と宗教との完全な分離は不可能であるとして、いわゆる「ゆるやかな分離」論を展開してきている。

政教分離原則については、日本の歴史的過去の体験の反省に基づき、そして、信教の自由の保障をより確実にするために、原則として厳格な分離が要求されていると解すべきである。しかし、政教分離原則と信教の自由とが対立し、厳格な分離を貫徹ばかえって信教の自由が制約を被るといふ事態は生じうるのであって、そのような場合には、政教分離原則も信教の自由に対して歩を譲ると解すべきであるように思われる。政教分離原則に関するアメリカ判例でも、政教分離原則と信教の自由との対立がありうることを前提にしつつ、「政教分離原則と信教の自由とをいかに調和(accommodation)させるか」が問題とされており、政教分離違反の違憲審査基準としての目的効果基準(Lemon test)

もそのような状況から成立してきたのである。⁽³³⁾

(b) 厳格な分離論からみた本件の問題点

本件について、学説の多数説である厳格分離説をそのまま本件にあてはめるならば、被告の説く結論が導き出される可能性は高いと推測される。すなわち、学校が特定の宗教を有利に扱うことは、国家の宗教的中立性を揺るがし、ひいては憲法の政教分離原則に反すると判断されることになると思われるからである。

しかし、本件において、厳格な分離論に依拠して原告の免除の請求を斥けることは妥当とはいえないように思われる。ただし、本来信教の自由の保障を強化するための政教分離原則が、かえって信教の自由の制限を正当化する根拠として用いられることはまさに背理であるからである。信教の自由の保護のための措置が政教分離原則に反しないかどうかの問題となった場合には、政教分離原則は譲歩すると考えるべきであろう。

また、「宗教的中立性」は教育における重要な原則ではあるが、しかし、その観念は多義的であり、また、教育において、生徒の信教の自由をはじめとする他の原則よりも常に優位に立つものとは解されない。宗教的中立性は、公立学校が宗教に関する教育や行事・実習を行う場合にとりわけ問題となる原則であると理解すべきであり、生徒の信教の自由の保護が問題となるときに、その自由を制限するための根拠として援用することは背理であると思われる。⁽³⁴⁾

(c) ゆるやかな分離論からみた本件の問題点

完全な分離を否定する最高裁判例に照らしてみた場合、信仰を理由とする剣道の不受講に対して、政教分離原則をもち出して信教の自由の保護を否定する見解は、判例の趣旨に反するよう思われる。

津地鎮祭事件最高裁判決は、「政教分離規定は、いわゆる制度的保障の規定であつて、信教の自由そのものを直接保障するものではなく、国家と宗教との分離を制度として保障することにより、間接的に信教の自由の保障を確保しようとするものである」と説き、政教分離規定が信教の自由の保障を確保することを重視している。そして、それに続けて、「ところが、宗教は、……教育、福祉、文化、民俗風習など広汎な場面で社会生活と接触することになり、そのことからくる当然の帰結として、国家が、社会生活に規制を加え、あるいは教育、福祉、文化などに関する助成、援助等の諸施策を実施するにあつて、宗教とのかかわり合いを生ずることを免れないこととなる」として、実際の社会生活における国家と宗教とのかかわりが不可避なことを説き、そして、「したがつて、現実の国家制度として、国家と宗教との完全な分離を実現することは、實際上不可能に近い」と結論する。

このように、教育の場面での国家と宗教とのかかわり合いにおいてゆるやかな分離を説く判決の論理からすれば、「宗教上の理由に基づいて有利な取扱いをすることは政教分離原則に反することになりかねない」というように、安易に政教分離原則をもち出して信教の自由の制限を合理化する前述の原審決定の見解はきわめて問題であることとなる。

それにも増して重要なことは、津地鎮祭事件最高裁判決では、完全分離説が不当であることの理由の一つとして、「刑務所等の教誨活動も、それがなんらかの宗教的色彩を帯びる限り一切許されないとすることになれば、かえつて受刑者の信教の自由は著しく制約される結果を招くことにもなりかねない」ことを挙げていることである。この刑務所内の教誨の例は、受刑者が宗教的な教誨を望んだ場合に、刑務所長は、受刑者の宗教を特別に扱うことになるという理由で、受刑者の希望を拒否することはできない、ということを含意していると解される。つまり、信教の自由の

保護のためには政教分離原則は譲歩することがあるということを示唆しているのである。

この刑務所の事例は、まさに、本件の学校の措置と原告の信教の自由との関係にもあてはまるであろう。信仰上の理由で剣道を拒否する学生に対して、政教分離原則を根拠に保護を拒み、結局、信教の自由を制限することは、最高裁判決の挙げる事例に照らして、是認されないと解されるのである。

なお、この点に関連して、アメリカの判例には、州立大学学生の宗教活動のための大学施設の利用申請に対して、宗教的利用を認めると国教樹立条項 (establishment clause) に反するという理由で、一般学生に認められている施設利用を拒否した大学の措置の合憲性が争われた事件で、表現内容の差別的規制を国教樹立条項によって正当化することはできないとした判決 (Widmar v. Vincent, 454 U.S.263 (1981)) があることが参考になろう。

(3) 受講免除は平等原則に反しないか

信仰に基づく剣道受講の免除を原告に認めると、他の生徒との関係で平等原則が害されることになるという議論がある。しかし、この議論は問題の本質をとらえていない外的⁽⁶⁾の議論である。

憲法一四条の平等原則が相対的平等を意味し、対比される二つのグループの間の異なった取扱いに合理性が認められれば、それは平等原則に違反しない、ということは学説・判例が一致して認めるところである。したがって、本件でも、信仰上の理由によって原告を特別に扱うことが平等原則に違反するかどうかは、その特別の扱いに合理性があるかどうかによって決せられるべきことになる。つまり、本件では、原告の宗教上の理由に基づく剣道不受講に対して代替措置等の優遇措置が採られた場合に、その優遇措置に合理性が認められるかどうかによって、平等原則違反か

どうか判断されることになるのである。

それでは、原告に剣道の受講の免除を認めることに合理性が認められるか。この問題は、結局、神戸高専が原告に免除を認めずに、剣道の不受講に対して特別の措置をとらないまま低い評点をつけることが、原告の信教の自由を侵害しないかどうか、という問題に帰着する。そして、神戸高専のそのような措置が原告が信教の自由を侵害するという結論に到達するならば、神戸高専は原告の剣道の不受講について特別の扱いをしなければならぬことになる。信教の自由の侵害を回避するためになされる特別の扱いが平等原則に違反することは生じえないのである。

結局、平等原則違反の論点は、神戸高専の措置が原告の信教の自由を侵害しているかどうかという問題に付随する従たる問題にすぎず、主要な論点とはならないのである。

なお、もし信仰上の理由による剣道の不受講者に対して特別の扱いをすることが平等原則違反となるのであれば、現に、多くの高等学校・高等専門学校において採用されている代替措置による救済は、平等原則違反の措置ということになりかねない。このような代替措置の付与による救済が違憲となるとはどうてい解されないが、宗教に対する特別の扱いが他の生徒との関係で平等原則違反とする見解は、これらの代替措置も平等原則違反と考えるのである。仮に代替措置をとるかどうかが学校の裁量に委ねられていると論ずるのであれば、代替措置をとることが平等違反となるとはおよそ考えられないはずである。

(4) 受講免除は信教の自由を過度に優遇・特権化することにならないか

信仰を理由とする義務の免除を認めると、それによって信教の自由が特権化しないかという問題が生じうる。しか

し、この問いは若干不明確であり、次のように問題を立て直すことが必要である。すなわち、信仰に基づいて義務を免除し、その限りで信教の自由に特別の保護を与えることが原理的に可能であることを認めたくえで、どの程度の保護を信教の自由に与えた場合に許容される限界を超えた特権の付与となるか、という問題である。そして、この問題は、結局、学校における信教の自由の保護の限界の問題に帰着する。

学校と生徒の信教の自由との関係について、橋本公巨教授は、本件に関する鑑定書の末尾で、宗教上の理由に基づいて憲法・進化論・世界史・生物学その他の科目について授業を拒否した者にまで単位を与えるべきことになるのかどうかを問うておられる。⁽³⁶⁾

まず確認されなければならないことは、ここで問われた問題は本件での剣道の受講の免除の問題とは直接に関係しないことである。ただし、信仰に基づく義務の免除が認められるかどうかは、義務の免除が問題となった個々の状況に依存するのであって、一律に答えが導き出されるわけではないからである。信仰を理由とする義務の免除は、それぞれの具体的な事情を検討した結果、義務の免除が認められる場合もあれば、認められない場合もあることになる。それであるからこそ、被告の主張やこれまでの裁判所の決定のように、学校内での信教の自由の保護を一律に否定する立場は偏狭にすぎ、妥当ではないのである。

信教の自由に対する保護の限界をどこに置くかの判断は難しい問題であるが、しかし、だからといって、限界線を引くことはできないと解し、ひいては、一律に保護を否定しようとする解釈は妥当ではない。憲法上の権利としての信教の自由は個人の内面の人格に関する自由であり、それを理由なく制限することは許されないのであって、このことは学校のなかで学生・生徒に対する関係でも保障されなければならない。

信教の自由に対するどのような保護が行き過ぎの措置として否定されるべきかは、一般的にいえば、信教の自由の制限の違憲審査基準について前述したような審理の枠組みを基本とし、具体的な事情に依じて個別的に判断していくことになる。特に学校における信教の自由については、信教の自由の主張が学校の課した一般的義務の免除を求めらるものか、それとも学校に特別な積極的な要求をするものか、信教の自由に対してなされる優遇措置がどのようなものか、教育内容に関わることか、などの要素を検討することが必要であるといえよう。

たとえば、高等学校の文化祭に際して、特定宗教に関する研究の展示の要求に対して、学校は、学校内の教育環境の維持の観点からそれを拒否することもできるし、また、生徒の信教の自由を尊重してそれを認めることもできるであろう。また、生徒が宗教活動のために学内の集会施設の利用を申し込んだ場合に、その要求が学校に特別措置を積極的に求めている点にかんがみ、学校は原則としてその要求を拒否できると思われるが、その施設が他の学生集会のためにも利用できることになっていた場合には、拒否することは許されないと解されよう(前述のWidmar事件参照)。

これに対して、学校での教育内容についての宗教上の要求については、是認される余地は乏しいと思われる。たとえば、天地創造説を教えること、進化論を教えないことを要求することは、教育の内容に関する要求である点でも、宗教の側からの積極的な関与である点でも、また、公教育の普遍性の観点からしても、是認されないとと思われる。本件の場合には、教育内容に関する要求ではあるが、前述のような信教の自由の制限の具体的な状況と「剣道」の必修の特殊性等を総合的に考察すれば、信仰に基づく免除を認める必要があると判断されるのである。

(5) 受講免除は公教育の理念に反しないか

原告に剣道受講の免除の免除を認めると、公教育の理念およびその実現が阻害されることになるという議論もある。⁽⁸⁷⁾しかし、被告のいう「公教育」の理解については若干疑問がある。

被告のいう公教育とは、すでに定められた教育体系の下で、課せられた教育内容を生徒が理解し習得していくという点に求められているように思われる。そして、それ自体は誤りとはいえない。つまり、学生の年限に応じて定められた一定の重要な内容の知識を、同学年の学生に共通に教えることは、教育の公共的任務の達成のためには必要なことと考えられるからである。このことは、教育の機会均等、教育水準の確保の要請として、学テ事件最高裁判決（最大判昭五一・五・二一刑集三〇巻五号六一五頁）でも認められているところである。しかし、他方で、公教育においては、学テ判決が同様に強調するように、「子どもの教育は、専ら子どもの利益のために行われるべきもの」であり、「子どもの教育は、教育を施す者の支配的権能ではなく、何よりもまず、子どもの学習をする権利に対応し、その充実ははかりうる立場にある者の責務に属する」という要素が含まれていることを十分に考慮する必要がある。公教育は子どもの学習権を重視すべきであり、そのために、一人ひとりの子どもの個性を尊重し、子どもの自主的で自発的な能力の発展を図ることも、公教育にとって重要な課題となるのである。その際には、教育の多様化の要請も看過できないものとなる。

このような観点から本件との関係で教育内容について考えると、必修科目には、重要な教育情報を提供し、学生の思考力を高めるという意義が認められるので、公教育の要請の一側面に照らして、義務の免除は強い正当化理由がない限り認められるべきではないといえよう。しかし、本件で問題となった剣道の場合は、必修である体育のうちの

種目にすぎず、剣道に代わる体育の種目を受講させることよつて十分に体育的教育目的は達成されるのである。その場合に、原告が信仰に基づいて剣道の実技を拒否することがなぜ公教育のあり方を曲げることになるのか、なお疑問が残る。

そもそも公教育の理念は、教育制度全般の基礎にある包括的な基本理念であつて、そこでは、生徒の人格の形成と自主性・自発性の発展が重要な要素となる。それにもかかわらず、生徒の自由や権利を制限する根拠として公教育の理念がもち出されことは矛盾である。本件では、学校は、公教育の名の下で学生の信仰を無視して信仰に反することを強制し、さらに義務に従わないとして学生を原級留置・退学処分が付しているが、この態度は果して「公教育」の名に値するものであろうか。

(31) C 決定・前出注(2) 五五頁は、「信仰上の理由で、必修科目について履修を免除することになると、学校側が、履修拒絶が宗教上の理由に基づくものかどうか判断しなくてはならなくなるが、そうすると、必然的に公教育機関である高等専門学校が宗教の内容に深く係わることになり、この点でも、公教育の宗教的中立性に抵触するおそれがある」とする。また、日曜日訴訟での多数説(前出注(20))の諸論稿の重視する理由もこれである。

(32) C 決定・前出注(2) 五五頁は、代替措置に関連して、「剣道の実技に参加していないにもかかわらず、信教の自由を理由として、参加したのと同様の評価をし、又は、剣道がなかったものとして六五点を基準として評価したとすれば、宗教上の理由に基づいて有利な取扱いをするることになり、……公教育に要求されている宗教的中立性を損ない、ひいては、政教分離原則に反することにもなりかねない。教育基本法九条一項に定める宗教に対する寛容等も、あくまで、この宗教的中立性を前提

とするものであり、宗教に教育上の理由に対して絶対優先する地位を認めるものでない」と論じている。

(33) アメリカにおける政教分離原則について分析した拙稿として、戸波「政教分離原則の法的性格」憲法訴訟と人権の理論五二五頁以下参照。

(34) 宗教的中立性の意義およびその問題点についての私見の詳細は、戸波「教育における中立性」日本教育法学会年報一九号一五一頁以下参照。

(35) B 決定・前出注(2)二八四頁は、憲法一四条等を引用しつつ、「合理的な理由もなく、特定の宗教を信仰する者とそうでないものと異なる取扱いをすることは許されない」と説いている。また、相手方意見書・判時一四三八号六九頁も、「申立人らを信教上の理由で特別に扱うことは、公立学校において信教上の理由で学生を差別扱いすることになり、逆に平等取扱いの原則や宗教教育の禁止に反する結果となる」と論じている。

(36) 橋本公亘・平成四年五月一八日付鑑定書二六枚目は、「この事件で若干の学者から原告の主張を支持する見解が述べられているようであるが、これに対して次のような疑問を呈示しておきたい。かりに、これらの論者の『憲法』の授業に対して、学生たちの中から、信教上の信条に基づき授業を拒否する者が出た場合に、どのように対処するつもりであろうか。……推測するに、これらの論者におかれても、『憲法』の授業拒否については、本件についての彼等の意見と同様の見解を表明することはないであろう。多分、『憲法』と『剣道』とは違うという答えが、かえってくるであろう。しかし、それでは、進化論や世界史や生物学はどうなるのか、その他の諸科目については、どうなるのか。理論の斉合性を欠くことになりはしないかと述べる。

(37) 相手方意見書・判時一四三八号六九頁(前出注(27)参照)。

五 おわりに

一般的法的義務と信教の自由との対立の調整をどのように行うべきかという問題は、そもそも難問に属する。その問題の解決は、一方の利益に全面的な優位を与えることによってではなく、双方の利益を尊重し、具体的事情を勘案しつつ両者を調整することによって図られるべきである。そして、本件の場合には、前述のような総合的衡量に照らして、原告の信教の自由の利益を保護することが必要であると解されるのである。

本件の事案で最も気になることは、神戸高専の原告に対する姿勢がきわめて硬直したものであることである。神戸高専は教育の実施を第一次的に優先させ、原告たる学生の信教の自由をまったく顧慮していない。ここでは、宗教に対する敵対心さえ見え隠れしているように思われる。教育を担当する者は、学生の教育の円滑な実施のために努力すべきであり、また、特に学生の信教の自由についても寛容であることが要求されよう。⁽³⁸⁾

他方で、原告の剣道拒否の態度もかたくなである。しかし、信仰者が自己の信仰に固執し、他の意見に妥協しない態度をとることは、歴史上のさまざまな事件の示すところである。憲法二〇条の保障する信教の自由もまた、そのような非妥協的な信仰をもとりこんだ保障であると解すべきである。信仰者のそのような頑固さに対しては、その態度を改めることを要求するのではなく、寛容の精神で接することが重要であり、また必要であろう。

信教の自由と国法義務との対立に関する裁判、そして、学校内での生徒の信教の自由の問題は、諸外国でも大いに論じられ、裁判で争われている。たとえば、アメリカでは、連邦最高裁判所は、国法義務と信教の自由との対立の調

整という困難な課題にすでに早くから踏み込んでおり、その調整の方法について個々の事情に応じて苦心の判決が下されてきていることは、先にみた通りである。また、厳格な政教分離主義をとるフランスでも、たとえば、公立中学校でイスラム教徒の女生徒がチャドル（ヴェール）をかぶったまま授業に出席したことに端を発する最近のチャドル事件において、公教育が生徒の信教の自由を排除することができるかどうかが、激しい議論を引き起こしている。³⁹さらに、学校内でキリスト教の宗教教育が正規の科目として採用されているドイツでも、当然のことながら、宗教教育のあり方や他宗教への配慮、信教の自由との対抗関係に関して多くの議論があり、重要な憲法判例が積み重ねられてきている。⁴⁰

日本では、その宗教心の希薄な国民性のゆえにか、信教の自由に関する訴訟はあまり提起されてこなかった。しかし、国際化の進展や人権意識の高揚などにもない、今後は、信教の自由の侵害を争う訴訟は増加すると推測される。したがって、本件の裁判では、信教の自由の保障の限界について、将来を見通した論理的で説得力のある判決が下されることが期待される。「剣道の実施は信教の自由の制限を目的とするものではない」、「原告は自由意思で剣道の受講を拒否したのだから、その不利益は原告が当然甘受すべきである」、「剣道が必修であることを知って入学したのだから、剣道を履修する義務がある」、「宗教を特別に扱うことは他の生徒との関係で平等原則に違反する」など、内容のない論理によって信教の自由の保護を一律に排除することは、決してなされるべきではない。

また、本件では、学校内での学校による学生・生徒の人権制限が問題となつていてという点で、校則裁判とも共通する要素がある。そして、学校内での生徒の人権規制が裁判で争われる場合、そこには学校側に重大な落ち度があることが少なくないことが注意されるべきである。けだし、学校側の措置が妥当であるならば、通常、生徒は不利益を

受けても裁判所で争おうとは考えないからである。それでもなお裁判で学校の措置の是正を要求する場合、その生徒の言い分のうちに納得できる理由を見出すことは困難ではない。在学関係における生徒に対する学校側の措置の当否について訴訟が提起された場合には、裁判所は慎重で緻密な審理を行うことが特に要求される。

(38) 信教の自由に対する寛容が求められる場合として、たとえば、給食の例が考えられる。「給食を残さずに食べること」というルールは、それ自体としては異論のないところであり、学校は、一般的には、生徒にその遵守を要求することはできない。しかし、それを画一的・硬直的に要求することになると、重大な事態が生ずる。たとえば、「そばアレルギー」の生徒に對してそばを食べさせることはあつてはならないのであり、無理に食べさせたのでなくとも、生徒に事故があつたときは責任を負わなければならないことがありうる。(札幌地判平四・三・三〇判時一四三三号一二四頁参照)。それでは、信仰上の理由から特定の食物を食べない生徒に對して、「残さずに食べよ」と促すことはどうであろうか。たとえば、豚肉を食べないイスラム教信者に豚肉を、牛肉を食べないヒンズー教徒に牛肉を、それぞれ残さず食べるように促すことは、やはり、生徒の信仰を踏みにじる粗野な措置であつて、許されないとわなければならないであろう。「給食を残さずに好き嫌いなく食べる」というルールは、それ自体は信教の自由を制限するもので何でもないが、特定の個人に對する関係では、生命をもおびやかす違法な要求となり、また、信仰の自由を侵害するものとして機能するのである。

本件の場合にも同様の状況がある。剣道実技の実施に對して、ぜんそく・アレルギー等の身体的理由から実技を行うことができない学生・生徒に對して、剣道を行うことを強制することはとうて許されない。そして、そうであれば、信仰上の理由から剣道を拒否している生徒に對しても剣道を強制できないというべきである。少数者の信仰の尊重と心の痛みへの配慮

がまさに要求されるのである。

(39) チャドル事件については、樋口陽一「《Republican》と《Democrate》の間」憲法学の展望三二九頁以下、小泉洋一「フランスにおける国家の宗教的中立性」甲南法学三二巻一・二号一頁以下参照。なお、コンセイユ・デタは、一九九二年一月二日、チャドル事件について判決を下し、公教育の中立性と生徒の信仰の自由との調整について、生徒が学校内で特定の宗教に所属していることを表明するための標章を着用することは、それ自体としてはライシテ(Laïcité)の原則と抵触するものとはいえないと説き、宗教的標章を一般的・絶対的に禁止する校則は生徒の表現の自由に対する理解不足であるとして、校則の取消を求める原告の請求を認めた。C. E., 2 novembre 1992, M. Kherouaa et autre ; conclusions de D. Kessler, R. F. D. A. 1993 p. 112.

(40) ドイツにおける教育における宗教問題を論じたものとして、西原博史「公立学校と良心の自由(一)(三)」早稲田社会科学研究四一号八七頁以下、四二号一四九頁以下参照。