

## 公共空間における信教の自由

—イスラーム教徒の司法修習生のスカーフ着用に関するドイツの判例の検討を中心として

棟 久 敬

### Religionsfreiheit im öffentlichen Raum

MUNEHISA, Takashi

#### Abstract

Dieser Beitrag behandelt die Religionsfreiheit im öffentlichen Raum (Zum Beispiel Gerichtssaal). Es ist umstritten, ob und inwieweit die Muslime Religionsfreiheit in der Justiz ausüben können. Nach dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts von 2020 darf der Gesetzgeber das Tragen des Kopftuchs von einer muslimischen Rechtsreferendarin aufgrund des Grundsatz der weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates, der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und der negativen Glaubens- und Bekenntnisfreiheit der Verfahrensbeteiligten verbieten. In der Justiz trete der Staat dem Bürger klassisch-hoheitlich und daher mit größerer Beeinträchtigungswirkung gegenüber. In der abweichenden Meinung des Richters Maidowski und der Literatur ist der Beschluß viel kritisiert. Die religiöse Neutralitätspflicht des Staates dürfe nicht mit der Pflicht seiner Amtsträger identifizieren. Das Verbot der religiösen Bekundungen könne tatsächlich nur den muslimischen Frauen angewandt werden. Die von Art.12 Abs.1 GG verbürgte Ausbildungsfreiheit sei im Beschluß nicht genug geprüft. Die Religionsfreiheit der muslimischen Leute, die die Minderheit in der deutschen Gesellschaft sind, muss im öffentlichen Raum, z.B. Justiz, möglichst viel gewährleisten.

**キーワード:** ドイツ基本法, 信教の自由, 国家の世界観的・宗教的中立性, 司法の機能遂行能力, 憲法適合的解釈

**Key words:** Grundgesetz, Religionsfreiheit, Die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates, Die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, verfassungskonforme Auslegung

#### 1. はじめに

筆者は前稿までの研究において、ドイツ連邦共和国基本法（以下、基本法）4条1項及び2項によって保障される信教の自由は法律の留保のない基本権であり、その制約には憲法上の権利や利益が根拠とされなければならないこと<sup>1</sup>、信教の自由と国家の教育委託とが対立している場面においては、信教の自由は社会の少数者にとってこそ必要とされるものという観点から、国家の教育委託を貫徹し、授業からの免除を一般的には認めないとしても、比例原則に即した慎重な衡量が必要であることを

指摘した<sup>2</sup>。その後もドイツでは宗教的な多元化の進行によって、学校以外の公共空間においてもイスラーム教徒が宗教上の教義に従った服装を着用すること等と世俗的な法規範とが衝突する事態が多数発生している。例えば、学校と同様に宗教的背景の異なる多数の訴訟当事者や市民が集まる裁判所でも、イスラーム教徒の宗教上の教義に従った服装の着用と法規範との衝突が近年たびたび争われる事態となっている。これまでに争われた事例を挙げるだけでも、参審員がスカーフを着用することが認められなかったもの<sup>3</sup>、刑事被告人の証人のスカーフ

1 拙稿「留保のない基本権としての信教の自由と法律の留保に関する覚書」秋田大学教育文化学部研究紀要74集（2019年）85頁以下を参照。

2 拙稿「信教の自由と国家の教育委託—宗教的な理由に基づく授業の免除に関するドイツの判例の検討を中心として」秋田大学教育文化学部研究紀要第75集（2020年）83頁以下を参照。

3 ドルトムント裁判所2006年11月7日決定、決定本文はNJW 2007, S.3013を参照。これに対して、ピーレフェルト裁判所2006年3月16日決定（決定本文はNJW 2007, S. 3014を参照）は、公判中にスカーフを着用していることを理由として参審員のリストから削除することは現行法上正当化されず、参審員の公平性に対する疑義については個別の事案において判断されるべきであるとしている。これらの決定に対して学説からは、具体的な危険が生じていない場合には参審員にスカーフの着用を認めるべきであるという見解が提唱されている。これらの決定に対する評釈として、Johann Bader, Die Kopftuch

着用が認められたもの<sup>4</sup>などがある。

さらに最近では、連邦憲法裁判所はイスラーム教徒の司法修習生の女性が修習の一部の業務でスカーフを着用することを法律等により禁止することが争われた事案において、司法修習生の信教の自由・研修の自由と国家の中立性や訴訟当事者の消極的な信教の自由等との衝突という困難な問題について詳細な検討を加えたうえで決定を下している（以下、本件決定）<sup>5</sup>。これらの事例においては、以下のようなことが争点となり得る。すなわち、裁判所という公共空間において、社会の少数者であるイスラーム教徒は、学校と同じように信教の自由を行使することができるのだろうか。行使できるとすれば、それはどの程度なのだろうか。また、仮に信教の自由を行使できるとすれば、その度合いは学校と裁判所とでその性質に応じて異なるのだろうか。本稿は、本件決定とそれに対する学説を検討することを通して、これらの問いに回答することを課題として設定する。

上記の問いに回答するために、以下では、まず、本件決定の事案の概要について説明し（2）、連邦憲法裁判所はこれらの問いに対してどのように回答しているのかについて概観したうえで（3）、本件決定は学校における教師のスカーフが争点となった先例等と比較して、いかなる意義があり、どのように位置づけられるべきかを明らかにする（4）。それに続いて、本件決定に対する学説の反応を概観し、若干の検討を加えることにしたい（5）。

## 2. 事案の概要

本件において、憲法異議を申立てたのはヘッセンで2017年1月2日から司法修習生（Rechtsreferendarin）となったイスラーム教徒の女性（以下、異議申立人）であり、彼女は日常的にイスラーム教の教義に従ってス

カーフを着用していた。一方、法学研修法（Juristenausbildungsgesetz, JAG）26条2項<sup>6</sup>、ヘッセン官吏法（Hessisches Beamtengesetz, HBG）45条<sup>7</sup>（事件当初は旧68条2項）、2007年6月28日のヘッセン司法省令は、スカーフ等の宗教的なシンボルを着用している司法修習生に、①法廷での審理において裁判官席に着いてはならないこと、②公判の指揮・証拠調べを行ってはならないこと、③公判において検察側の代理人を引き受けてはならないこと、④行政修習中に聴聞委員会の審議を主宰することができないこと、を定めていた<sup>8</sup>。これにより、異議申立人は司法修習のうち以上の4つの業務を引き受けることができなくなった。そして、これらの業務をスカーフを着用したままでは引き受けることができない旨が記載された通達を、異議申立人は研修の開始直前に受け取っていた。なお、司法修習生はJAG27条1項<sup>9</sup>に定められているとおり、任命を撤回しうる官吏であり、司法修習中に実施される第二次国家試験に合格すると有資格法曹（Volljurist）となる。

異議申立人はこれを不服としてフランクフルトアム・マイン裁判所へ異議申立を行ったが認められなかったため、2017年2月10日に同裁判所に仮の権利保護申請を行った。この権利保護申請及び後述の行政裁判所での争いを契機として、2017年6月24日にヘッセン司法省令は改正・廃止され、上記4つの業務に参加できなくなったとしても、司法修習の最終評価には影響しないこととなった。

なおその間、2017年4月12日のフランクフルトアム・マイン行政裁判所の決定は、異議申立人がスカーフを着用したまま研修を完全な形で受講できることをヘッセン当局に義務づけたものの、ヘッセン行政裁判所は2017年5月23日、ヘッセン当局の異議申立に応じて異

tragende Schöffin, NJW 2007, S.2964; Kathrin Groh, Angewandte Verfassungsrechtsprechung? - Die Schöffin mit Kopftuch, NVwZ 2006, S.1023ff. を参照。また、ここで言及した問題についての検討として、片桐直人「参審制と信教の自由」宗教法30号（2011年）147頁以下を参照。

4 連邦憲法裁判所第二法廷第一部会2006年1月27日決定（2 BvR 677/05）。決定本文は、[https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20060627\\_2bvr067705.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20060627_2bvr067705.html) を参照（2021年2月12日最終アクセス）。

5 連邦憲法裁判所2020年1月14日第二法廷決定（2 BvR 1333/17）, BVerfGE153,1. 以下では決定本文はNVwZ 2020, S.461ff. から引用する。

6 法学研修法26条2項<sup>1</sup>「[司法準備実習の]開始により、志願者は公法上の研修関係に任じられる。<sup>2</sup>志願者は『司法修習生』と称せられる。」

7 ヘッセン官吏法45条〔中立義務〕<sup>1</sup>「官吏はその職務において政治的、世界観的、宗教的に中立的にふるまわなければならない。<sup>2</sup>とりわけ官吏は、その職務の遂行の中立性への信頼を損なうかまたは政治的、宗教的または世界観的な平和を危険にさらすことに客観的に値するような衣類、シンボルその他の徴標を着用ないしは使用してはならない。<sup>3</sup>第1文及び第2文の条件が存在するか否かに関する決定においては、ヘッセンのキリスト教的・人道的な特徴をもつ西洋（アーベントラント）の伝統が適切に考慮されなければならない。」

8 厳密には、HBG45条はヘッセン裁判官法2条（「ドイツ裁判官法およびこの法律の定めにおいて何も異なるところがない限りにおいて、裁判官の法関係にはこれに対応してラントの官吏に関する規定が妥当する。」）によりJAG26条に準用されるという関係になっている。

9 JAG27条1項<sup>1</sup>「司法修習生は、その労働能力のすべてを研修に投入しなければならない。<sup>2</sup>司法修習生には、その他の任命を撤回しうる官吏に妥当する諸規定が、ヘッセン官吏法47条及び80条及びヘッセン俸給法3条を除いて準用される。」

議申立人の申立てを却下している。

これを受けて異議申立人は、基本法 12 条 1 項の保障する研修の自由、4 条 1 項及び 2 項の保障する信教の自由、1 条 1 項・3 条 1 項及び 3 項と結びついた 2 条 1 項により保障される権利の侵害を理由として憲法異議を申立てることにより、2017 年 5 月 23 日のヘッセン行政裁判所決定および 2007 年 6 月 28 日司法省令及び省令に基づく外部に影響を及ぼす高権的な活動の際のスカーフ着用禁止の破棄を求めた<sup>10</sup>。

### 3. 決定の概要<sup>11</sup>

連邦憲法裁判所は 7 対 1 で本件憲法異議には理由がなく、HBG45 条 3 文及び JAG27 条 1 項 2 文は憲法適合的に解釈できるため憲法違反と宣言する必要はなく、そのため、異議申立人の信教の自由等の権利も侵害されていない<sup>12</sup> という決定を下している。以下では法廷意見とマイドウスキ裁判官の反対意見についてそれぞれの概要を示す。

#### (1) 法廷意見

##### (ア) 基本権侵害とその正当化

##### ① 信教の自由について

信教の自由は、すべての行為を自己の信じる教義に合わせ、この確信に従って行動する、すなわち信仰に導かれた生活をする個人の権利を保障している。このように、基本法 4 条 1 項及び 2 項は包括的に理解される統一的な基本権である。異議申立人は公法上の研修関係にあるとしても、信教の自由を援用することができる。個別の事例において、宗教や世界観の行使であるか否かを評価する際には、関連するそれぞれの宗教・世界観団体や個々の基本権主体の自己理解が無視されてはならず、この自己理解に説得力があるか否か<sup>13</sup> が基準とされる<sup>14</sup>。

この基準によると、スカーフを着用するムスリムの女

性は、準備実習においても基本法 4 条 1 項及び 2 項に基づく信仰・告白の自由の保護を援用することができる。イスラーム教の内部において肌や頭髪を覆い隠すことについて異なった見解が主張されていることは重要ではない<sup>15</sup>。

信教の自由は留保のない基本権であるため、その制約は憲法それ自体、すなわち第三者の基本権や憲法上の地位を有する共同体の価値に基づくものでなければならず、なおかつ法律上明確に定められたものでなければならぬ<sup>16</sup>。

ヘッセン行政裁判所が、本件の信教の自由を制約する根拠として HBG45 条 1 文及び 2 文と結びついた JAG27 条 1 項 2 文を援用していることには、憲法上の疑義はない。これらの規定は、信教の自由を制約する根拠として十分に確定されたものといえる<sup>17</sup>。

本件において信教の自由と衝突し、信教の自由の侵害を正当化する憲法上の利益としては、国家の世界観的・宗教的中立性の原則、司法の機能遂行能力 (Funktionsfähigkeit) の原則及び第三者の消極的な信教の自由がある。これに対して、裁判官の公平性 (Unparteilichkeit) の要請や世界観的・宗教的な平和の確保という観念は、信教の自由の侵害を正当化する効力を発揮しえない<sup>18</sup>。

国家の世界観的・宗教的中立性はすべての宗派にとっての信仰の自由を等しく援助するような、開かれた、全包括的な立場と理解されなければならない。この原則により、国家が行ってはならないのはただ、ある特定の政治的、イデオロギー的あるいは世界観的な見解に有利になることを目的とした影響力を行使するかまたは、国家が行う措置によりもしくは国家の責任に属する措置により明示的にまたは結果として特定の信仰や世界観と同一化し、その結果として社会における宗教的な平和を内部から危険にさらすということである。また、ある宗教団

10 なお、本件憲法異議と同時に提起されていた仮命令発出の申立てについて、2017 年 6 月 27 日の連邦憲法裁判所第二法廷第一部会決定 (2BvR1333/17) NVwZ2017,S.1128ff. はこれを却下している。この決定について検討するものとして、松村好恵「司法領域におけるイスラーム・スカーフ事件」比較法雑誌 53 巻 2 号 (2019 年) 327 頁以下を参照。

11 本稿執筆時点において、公式判例集を参照することができなかつたため、以下では引用時に雑誌 (NVwZ) の頁数及び決定本文に付されている欄外番号 (Rn.) を記載する。

12 BVerfG, NVwZ 2020, S.462.; Rn.76.

13 この点については、拙稿「信教の自由の保護範囲と国家の宗教的中立性 (1)」一橋法学 14 巻 1 号 165 頁以下を参照。なお、個人の身分証明書に空飛ぶスパゲッティーマンスター教の教義に基づきパスタを湯切りするザルで頭部を覆った状態の写真を貼り付けることを身分証明書および電子証明書に関する政令 (PauswV) 7 条 3 項 4 文に基づき請求したものの、これを認めなかったポツダム行政裁判所 2015 年 11 月 13 日判決 (VG 8 K 4253/13) は、空飛ぶスパゲッティーマンスター教の教義が反進化論のパロディーにすぎないため、基本権主体の宗教的な自己理解に説得力がなく、世界観団体として認められるに足りる十分な根拠がないと判断している。

14 BVerfG, NVwZ 2020, S.462.; Rn.78f.

15 BVerfG, NVwZ 2020, S.462.; Rn.80.

16 BVerfG, NVwZ 2020, S.462.; Rn.82.

17 BVerfG, NVwZ 2020, S.462f.; Rn.83ff.

18 BVerfG, NVwZ 2020, S.463.; Rn.86.

体の信仰や教義それ自体を評価することもこの原則により禁止される<sup>19</sup>。

国家の中立性原則とは、公職担当者の中立性義務にはかならない。確かに、公職担当者による勤務中の基本権行使がすべて国家の行為と同一視されるわけではない。しかし、この問題は具体的な状況に応じて判断する必要がある。訴訟法上、裁判所では公職担当者にその外面的な態度においても距離やバランスを強調する役割を負わせていることから、開放性や多元性が意図されている学校とは異なる。裁判所における公務の遂行は、外部へ特段の影響を与える性質のものである。以上のことから、本件では公職担当者の行為は国家の行為とみなされる<sup>20</sup>。

よって、裁判官あるいは検察官が弁論中にイスラーム教のスカーフを着用することは、世界観的・宗教的中立性を損なうものとして、国家に責任が課せられる。もっとも、公職担当者による基本権行使と中立性のいずれを重視すべきなのかについては、後述の衡量の段階で決定すべきものである<sup>21</sup>。

次に、司法の機能遂行能力の原則は、裁判官が基本権の擁護に奉仕するために必要な法治国家の基本的条件であるとともに基本法の価値体系である。この能力を発揮するためには個々の裁判官や司法全体への社会的信頼が必要不可欠である。そのために、国家は客観的な観察者の視点から司法の中立性を強調することを意図した措置をとることができる<sup>22</sup>。

そこで、宗教的な表明または国家及びその公職担当者による宗教的なシンボルの使用については、すべての宗教に対して平等に適用されるのであれば禁止することができる。これにより司法の中立性への信頼を確保することができる<sup>23</sup>。

第三者の消極的な信教の自由は、確かに自分とは異なる信仰上の表明、礼拝上の行為や宗教的なシンボルから免れる権利を保障していない。しかし、学校の教室や法廷に十字架が国家の命令により設置されるといったように、国家によって作り出された状況下において、ある特定の信仰の影響や、そうした信仰がはっきりと現れる行為及び信仰をあらわすシンボルに個人が回避可能性なく

対面させられるというような場合には消極的な信教の自由の問題が生じることになる。宗教的・多元的な社会を反映する宗派に開かれた共同学校とは異なり、国家は司法の場では古典的・高権的に市民に向き合うことになる。これは公職担当者が私的に宗教的なシンボルを着用している場合にもあてはまる。これを放置すると、訴訟当事者や一般の人々がスカーフと法廷で回避可能性なく対面せざるを得なくなる。こうした状況を阻止しうるのは国家だけである<sup>24</sup>。

なお、裁判官の公平性という利益を観念することはできるが、裁判官の能力は選抜手続等によって証明されているため、宗教的なシンボルの着用によりこの利益が損なわれることはない<sup>25</sup>。

また、国家による社会における宗教的な平和の確保という利益も、本件においては学校とは異なり憲法上の根拠がないため、スカーフの着用を禁止する根拠とはならない<sup>26</sup>。

信教の自由およびこれと対立する憲法上の利益との間で生じている緊張関係を解消するのは民主的な立法者の責務である。ここで、公職担当者の信教の自由は人間の尊厳と密接に結びついたものであり、高い価値が与えられる。そのため、立法者の決定には主張可能性審査<sup>27</sup>が必要とされる。とはいえ、司法機関の職員に宗教的な服装の着用などの自制を義務づける規制が憲法上の地位を有する価値によって正当化されるかについては立法者に評価特権がある<sup>28</sup>。

以上のことを踏まえて検討すると、本件で衝突している憲法上の地位の中で、他を圧倒するほどの重みのあるものは存在しない。そのため、司法修習期間中に世界観的・宗教的な観点において中立的にふるまう義務についての立法者の決定は憲法上の見地から尊重されなければならない。よって、ヘッセン行政裁判所の決定と決定が根拠とするHBG45条と結びついたJAG27条1項2文の解釈には、憲法上疑義はない<sup>29</sup>。

なお、スカーフを着用する義務に対応するものは、ドイツ社会において多数派を占めるキリスト教には存在しないため、宗教的な表明を一般的に禁止することは異議

<sup>19</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.463.; Rn.87f. 下線部は筆者によるもの。下線部の説明は、後述 4. (1) を参照

<sup>20</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.463f.; Rn.89.

<sup>21</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.464.; Rn.90.

<sup>22</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.464.; Rn.91.

<sup>23</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.464.; Rn.92.

<sup>24</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.464f.; Rn.93ff.

<sup>25</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.465f.; Rn.96ff.

<sup>26</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.466.; Rn.100.

<sup>27</sup> 主張可能性審査については、小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』（尚学社、2016年）Rn.639を参照。

<sup>28</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.466.; Rn.101f.

<sup>29</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.466f.; Rn.103f.

申立人にとっては過酷な制約となる。また、司法修習を終えなければ第二次国家試験に合格することはできない。とはいえ、司法修習のうちスカーフの着用が禁止されるのは、訴訟当事者や一般の人々から見て裁判官や検察官と同一視され、司法修習生であると認識できないような活動に限られており、またそれらの活動は短時間で、標準業務とされていないものもある。さらにこうした活動を行うことができなくても、通達の改正により異議申立人の評価に影響することはなく、異議申立人は十分な水準の司法修習を行うことができる<sup>30</sup>。

## ② 研修の自由について<sup>31</sup>

基本法12条1項は、研修場所を自由に選択する権利や研修において必要とされる活動を保障すること等により、研修の自由を保障している。研修の自由は、職業選択の自由と密接な関連性があり、有資格法曹のように職業の開始に一定の研修が条件とされている場合に研修を許可しないのは、のちに当該職業に就く可能性を排除することになる。本件で禁止された業務も研修において必要とされる活動に含まれるし、立法者もそうした活動を研修の必須の内容とみなしている。つまり、スカーフを着用してこれらの任務を引き受けることを禁止すると、研修の自由を侵害することになる。

もっとも、研修の自由は信教の自由ほど広範に保障されるものではなく、この自由の侵害は上述の信教の自由に対抗する憲法上の利益を保護することにより正当化される。

## ③ 一般的人格権について<sup>32</sup>

一般的人格権は、第三者あるいは一般の人々に対してどのように自分を表現するか、個人が社会で認められるための要求をなすには何が必要かについて自ら決定することができる権利を保障している。スカーフの着用も一般的人格権の一部として、基本法1条1項と結びついた2条1項により保障されるが、この権利の侵害は信教の自由に対抗する憲法上の利益を保護することにより正当化される。

## ④ 性別を理由とする差別的取扱いについて<sup>33</sup>

HBG45条1文は、官吏の性別を問わず等しく、世界的及び宗教的に中立的にふるまうことを義務づけてい

る。同条2文は1文を具体化するものにすぎず、中立性の準則は衣類の着用に限定されない。2017年6月24日のヘッセン司法省令は間接差別となる効果があるが、それも信教の自由への侵害に対するものと同じ理由により正当化される。

## (イ) 憲法適合的解釈

基本法3条3項は、信仰を理由とした不利益取扱いや優遇を禁止している。これは、基本法3条1項の一般的平等原則や信教の自由を補強するものである。これにより、第2次スカーフ決定が示したように、ノルトライン・ヴェストファーレン（以下、NRW）学校法57条3項3文をキリスト教のシンボルの着用は中立命令の例外であり許されると解釈すると、基本法の上記の規定に違反する。これはHBG45条3文の解釈においても同様である<sup>34</sup>。

とはいえ、HBG45条3文には、NRW学校法57条3項3文のような除外規定は含まれておらず、当該規定はあくまでも中立性違反が存在するか否かに関する決定において考慮されなければならない一つの要素にすぎない。当該規定により、キリスト教的な表明が国家の世界観的・宗教的中立性の原則と一致するか否かの審査を免れるわけではない。また、司法の領域のように憲法上中立性が厳格に妥当することが必要な場面においては、異なった宗教的背景を有する事情を等しく取り扱うことができる<sup>35</sup>。

以上のように、HBG45条3文は憲法適合的に解釈することができる。個別の事例においてキリスト教的な表明を特権化することも可能であると立法者は考えているかもしれないが、他方では行政官庁の決定により、そうした特権化が禁止されることがあるということをも立法者は判断している<sup>36</sup>。

## (2) マイドウスキ裁判官の反対意見

### ① 事案の特殊性

HBG45条は職務中の中立義務・信頼の確保を、特定の職務に限定することなく命じている。職務の限定は具体的な省令があってはじめて可能となる。こうした前提に立つと、スカーフの着用を禁止しうる適用領域が条文上は極めて広く定められていることになる。法廷意見はこのことを適確に理解しているのか疑問がある<sup>37</sup>。

30 BVerfG, NVwZ 2020, S.467.; Rn.105f.

31 BVerfG, NVwZ 2020, S.467.; Rn.107ff.

32 BVerfG, NVwZ 2020, S.467.; Rn.111f.

33 BVerfG, NVwZ 2020, S.467.; Rn.113.

34 BVerfG, NVwZ 2020, S.468.; Rn.114ff.

35 BVerfG, NVwZ 2020, S.468.; Rn.117.

36 BVerfG, NVwZ 2020, S.468.; Rn.118.

また、裁判官や検察官に対して要求しうる事項を司法修習生にも転用しうるのか疑問である。訴訟当事者や一般の人々には、司法修習生が研修中であると認識しえないのは確かであるが、裁判所や検察庁は適切な方法で司法修習生であることを容易に指摘できる。また、司法修習生の活動は指導員の責任のもとに実施され、裁判官や検察官のように職務に対して要求されている責任を負っていない。さらに、準備実習の課題は裁判官や検察官の活動を習い覚え、これらの職においては中立性や公平性が求められることを意識することにある。そこでは司法修習生は指導員の監督下で職務を行うことが想定されているため、裁判官や検察官のような独立性もない。それにもかかわらず、なぜ裁判官や検察官に対して要求しうる事項を司法修習生にも転用しうるのかについて法廷意見が議論した形跡はない<sup>38</sup>。

## ② 比例性審査

法廷意見は、基本法4条1項及び2項における審査を基本法12条1項の審査にも転用しているが、本件では異議申立人は第一に研修の自由が侵害されたと考えている。よって、基本法12条1項の侵害を正当化するための考察において、基本法4条1項及び2項と同じものを援用することはできない<sup>39</sup>。

一方では準備実習は国家により独占されており、他方で準備実習は有資格法曹を付与するための信頼しうる証明でもある。異議申立人のように司法修習においてスカーフを着用していても不利に評価されることはないが、他の修習生であれば処理できる任務に参加できないことによって、研修の特定の内容を修得することは不可能となる。異議申立人に禁止された活動の量や時間は限定されてはいるものの、当該活動は質の面でその他の業務とは違い高度に独立性があり、準備実習全体の任務のなかでも重要な、研修の中心に位置づけられるものである。基本権侵害を正当化する審査においては、以上のような要素を考慮すべきである<sup>40</sup>。

以下では、比例原則により基本権侵害が正当化されるか否かについて審査を行う。まず、国家の世界観的・宗教的中立性により、裁判官や検察官に対して宗教的な服装の着用を禁止することには重要な意義がある。これに

対して、司法修習生は一時的にしか司法に組み込まれておらず、必要であれば研修中であることを説明可能であるため、宗教的な服装の着用などによって国家と同一化するということはない<sup>41</sup>。

次に、司法の機能遂行能力の原則も、裁判官が宗教的なものを公表しないことによって強化されるものであって、司法機関で一時的にしか活動していない司法修習生と裁判官や検察官を同一視することはできない。また、司法修習生は有資格法曹となるために準備実習を強制されている。司法修習生が司法の場で行う活動も、司法の任務そのものではない<sup>42</sup>。

最後に、消極的な信仰の自由は、自分とは異なる信仰の表明や宗教的なシンボルにまったく接しないであることを求める権利まで保障しているわけではない。司法修習生がスカーフを着用することによって宗教的な表明をしていることを国家が容認したからといって、当該表明が国家に帰属するものとされたり、国家によって意図されたものとみなされることもない<sup>43</sup>。

これに対して異議申立人の利益は、研修の一部に参加できないことによって大きく損なわれることになる。確かに、研修の一部から排除されたとしても、業績評価において不利に反映されることはない。しかし、この排除は研修に先立って行われる大学の学習との独立性・実務との関連性といった要素を修習生に与えないことになるため、研修の質に対する著しい損失をもたらすことになる。そのため、上記の利益よりも、異議申立人が自らの信仰に従うという利益や、研修を他の修習生と同じように完全な形で受けることができるという利益に重みづけが与えられなければならないことは明らかである<sup>44</sup>。

## ③ より緩やかな手段

司法への信頼や国家の世界観的・宗教的中立性といった利益を保護するために、スカーフの着用を禁止するよりも緩やかな手段を用いることができる。それは、いかなる個別の事例においてもスカーフを着用している司法修習生の法的地位や研修中でどんな役割を負っているかが訴訟当事者あるいは一般の人々に対して指摘され、必要ときにはそれに伴う問題点について説明が行われるという手段である<sup>45</sup>。

<sup>37</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.469.; Sondervotum Rn.3f.

<sup>38</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.469f.; Sondervotum Rn.5ff.

<sup>39</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.470.; Sondervotum Rn.8f.

<sup>40</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.470.; Sondervotum Rn.10f.

<sup>41</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.471.; Sondervotum Rn.14.

<sup>42</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.471f.; Sondervotum Rn.15.

<sup>43</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.472.; Sondervotum Rn.16.

<sup>44</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.472.; Sondervotum Rn.17f.

<sup>45</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.472.; Sondervotum Rn.19f.

そもそも、訴訟当事者や一般の人々が司法修習生であることを知らないために法廷意見の指摘するような懸念が生じるのだとするならば、こうした説明を加えることによって、訴訟当事者や一般の人々はスカーフを着用している人物が裁判官や検察官ではなく、司法修習生であることを認識するであろう<sup>46</sup>。

#### ④ 法廷意見とは異なる憲法適合的解釈<sup>47</sup>

司法修習生に関する規定は次のように解釈されなければならない。つまり、あらゆる研修が時間的に限られたものであるため、スカーフの禁止は一般には許されないかあるいはきわめて厳格な比例性審査に基づかなければ許されず、司法修習生が研修のために公務を遂行しているという状況が明らかにされているのであれば、宗教的な特徴をもつ服装あるいはそれに類するシンボルや標章を司法修習生に禁止する必要はない<sup>48</sup>。

#### ⑤ 国家の世界観的・宗教的中立性<sup>49</sup>

国家の世界観的・宗教的中立性は、すべての宗派に信仰の自由を等しく援助する寛容で開かれた態度を国家に求めるものである。しかし、公共空間での宗教的に根拠づけられた服装やシンボルの取り扱いに関する長年の論争により、こうした態度は日常生活においては困難であることが明らかとなった。とはいえ、宗教的な含意を有する服装あるいはシンボルによって第三者が影響を受ける性質や蓋然性に経験上の基礎があるとはいえない。

しかし他方で、基本権の保障を拡大するのではなく制限する効果をもつ可能性のある法解釈や行政実務が、国家の世界観的・宗教的中立性の従来の理解に全くふさわしいものであるかは疑わしくなっている。そうであるとしても、憲法に基づいて宗教上の義務を感じていることを表明している司法修習生に「有資格法曹」のための研修を制限するのではなく、活動の余地を与えたままにしておくことが支持されるべきである。

以上のように、法廷意見の理由づけにも結論にも同調

することはできない。しかし、本件で基本権侵害の根拠となっている法令上の規定は憲法適合的に解釈することができるため、憲法違反と宣言する必要はない。

#### 4. 先例との関連性と本件決定の位置づけ

本件決定は、連邦憲法裁判所がかつて公立学校の教師によるスカーフの着用を原則として容認していたこともあり、従来の判例とどのように関連づけられるのかが問題となる。そこで、以下では本件決定が先例と比較していかなる意義があり、どのように位置づけられるべきかを明らかにすることにしたい。

##### (1) 学校と司法における中立性の異同

本件決定に先立ち、連邦憲法裁判所は2003年に公立学校の教師がスカーフを着用することを禁止するためには法律上の明確な根拠が必要であるという判決を下した<sup>50</sup>。この判決を受けて、各ラントで教師の宗教的な服装などを規制する法律が制定されていった。例えば、NRW 学校法 57 条 4 項 1 文は教師による宗教的な表明を禁止していた。この規定の憲法適合性が争われた2015年の第二次スカーフ決定において、連邦憲法裁判所は、次のように判断している。

教師のような公職担当者であっても、勤務中にスカーフを着用するなどにより信教の自由を援用することができる<sup>51</sup>。……また、教師がスカーフを着用するからといって、それが国家に帰責されるわけではない。生徒は教師の信仰に適った服装に直面しているにすぎず、それは他の信仰や世界観を持つ教師によって通常、相対化される。……その限りでは、諸宗派に開かれた多宗派混合学校は、宗教的・多元的社会を反映している<sup>52</sup>。教師のスカーフ着用を禁止するためには、学校の平和や国家の世界観的・宗教的中立性に対する具体的な危険<sup>53</sup>が発生していることが必要である<sup>54</sup>。……なお、NRW 学校法 57 条 4 項 3 文は、キリスト教的・西洋的教養・文化価値を特権化するものであり、憲法適合的解釈は不可能である。そのた

<sup>46</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.472f.; Sondervotun Rn.21f.

<sup>47</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.473.; Sondervotun Rn.23ff.

<sup>48</sup> なお、試用中、任期付き、名誉職、終身の裁判官・検察官の宗教的な服装については本件では決定できないとされている。

<sup>49</sup> BVerfG, NVwZ 2020, S.473.; Sondervotun Rn.26.

<sup>50</sup> BVerfGE 108,282. この判決に対する検討として、渡辺康行『「内心の自由」の法理』（岩波書店、2019年）35頁以下を参照。

<sup>51</sup> BVerfGE 138, 296,328(Rn. 84). この決定に対する検討として、小山剛「第二次スカーフ決定」自治研究 96 卷 1 号 (2020 年) 145 頁以下を参照。

<sup>52</sup> BVerfGE 138, 296,337 (Rn. 105).

<sup>53</sup> なお、2003 年判決では、抽象的な危険があれば、ラントの立法者は法律によりスカーフの着用を禁止しうるとされていた (BVerfGE 108,282,303 (Rn.49).) が、この判決の主な争点は法律上の根拠なしにスカーフの着用を禁止しうるかという点にあったため、この部分は現在では傍論と理解されている。

<sup>54</sup> BVerfGE 138, 296,342 (Rn. 116f.).

<sup>55</sup> BVerfGE 138, 296,350ff.(Rn. 131ff.)

め、宗教的な理由に基づく不利益取扱いの禁止（基本法3条3項及び33条3項）と一致せず無効である<sup>56</sup>。

一方、2015年決定にはシュルツェビアー・ヘルマンズ両裁判官による次のような反対意見がある。

教師が宗教的な表明を行うと、生徒は授業に参加しないという方法以外でこれから逃れることはできない。教師は生徒にとっては権威的な人物なので、教師の宗教的な表明に生徒は日常生活よりも強い影響を受ける<sup>57</sup>。……また、教師は信教の自由の主体であると同時に公職担当者であり、国家の中立性を義務づけられる国家の代表である。国家の中立性義務は公職担当者の中立性義務である。教師は国家の教育委託を維持するために、自らの宗教的な表明を自制しなければならない<sup>57</sup>。

このように、第二次スカーフ決定では、教師が勤務中に信教の自由を行使し、スカーフを着用することを容認している。この姿勢は本件決定においても維持されているものの、司法修習生に関しては教師とは異なり、シュルツェビアー・ヘルマンズ両裁判官による反対意見に基づき、裁判官や検察官と同様の任務を訴訟当事者や一般の人々の前で遂行している限りで、スカーフの着用は国家に帰責するものとみなしている。

また、本件決定は国家の世界観的・宗教的中立性原則について、注意深く読むと、上述3.(1)(ア)①で下線部を付した箇所において、国家に禁止される行為を従来の判例に比べると具体的に明示していることがわかる<sup>58</sup>。この点で本件決定は中立性の内容を従来よりも具体化したとはいえ、中立性の一般的な理解については、従来の確立した判例と整合的に位置づけることはできるだろう。

## （２）第三者の消極的信教の自由

本件と同様に、裁判所における宗教的なシンボルが問題となった事例として、法廷における十字架事件決定<sup>59</sup>がある。この事件では、国家の命令によって法廷に十字架が設置されることによって、異なった信仰をもつ者の消極的な信仰の自由が侵害されるか否かが争点となって

いた。この争点について、連邦憲法裁判所は次のように述べている。

十字架が単に存在しているというだけでは、異なった信仰をもつ者に十字架……との同一化を求めることも、何らかの積極的な行為を求めることもない。そのため、十字架が設置されることに対して多くの人は異議を述べることもなく、特定のキリスト教的な見解との同一化も訴訟当事者や代理人、証人にとって受け入れられないものとはならない<sup>60</sup>。

しかし、個々の訴訟当事者が自らの宗教的・世界観的な確信に反して「十字架の下で」法的紛争の審理を行わなければならない、国家とある特定の宗教が同一化していると感じられる設備を受忍しなければならないというような、彼らにとって回避しえない強制によって基本法4条1項の基本権を侵害されたと感じうることは認められなければならない<sup>61</sup>。

この決定では、国家によって設置された宗教的シンボルの下で、回避可能性がない状態で審理を行うことは訴訟当事者の消極的な信仰の自由の侵害となると判断されている。確かに司法修習生のスカーフは国家が着用を命じたものではないが、本件決定は上述の第二次スカーフ決定の反対意見に依拠して、公職担当者の宗教的なシンボルの着用は国家が設置を命じた十字架と同一視しうると判断している。

## （３）司法の機能遂行能力の原則

司法の機能遂行能力の原則について、従来の判例はおおむね次のように理解している。

基本法、とりわけ法治国家原理は裁判が実効的なものでなければならないということに特別な意義を付与している。連邦憲法裁判所はたびたび、刑事訴訟においては実効的な刑事訴追・犯罪の防止のための要求、可能な限り完全な真実の探求という公共の利益を強調してきたし、民事訴訟においても司法が十分に機能しつづけ、実体上適切な決定を求めて裁判所が努力することに重大な公共の利益があることを認めてきた<sup>62</sup>。

<sup>56</sup> BVerfGE 138, 296,359,364f.(Rn. 10f.)

<sup>57</sup> BVerfGE 138, 296, 359,367(Rn. 14).

<sup>58</sup> これを示唆するものとして、Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 8.Aulf., 2020, Rn.537ff.

<sup>59</sup> BVerfGE 35,366. この決定に関する検討として、井上典之「信仰の自由と法廷の宗教的シンボル」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』（信山社、2003年）121頁以下がある。なお、本件では十字架の設置についての明確な法的根拠は存在していなかった。

<sup>60</sup> BVerfGE 35,366,375.

<sup>61</sup> BVerfGE 35,366,375f.

<sup>62</sup> BVerfGE 77,65,76; 80,367,375; 106,28,49.



このように、法治国家原理を維持・発展させていくために、基本法は司法に高い価値を付与してきたことは明らかである。その前提として、司法の機能遂行能力の原則が必要とされることを判例は繰り返し確認している。本件決定は、司法修習生がスカーフを着用することによって、司法のこうした機能が損なわれうることを危惧したものである。

#### (4) 小括

以上のように、本件決定はそれぞれの争点において、従来の確立した判例におおむね整合的に位置づけることができる。すなわち、国家の中立性の解釈には内容の具体化のように若干の変化があるものの、①学校とは異なり司法では厳格な中立性が求められること、②そのため司法修習生の行為は国家の行為とみなされ、宗教的なシンボルの着用は消極的な信教の自由を侵害すること、③司法修習生によるスカーフの着用は法治国家原理を維持・発展させるための司法の機能を損なうという本件決定の理由づけは、従来の判例と調和するように説明することが可能である。

### 5. 学説の反応と若干の検討

本件決定は社会的にも注目を浴びた事件ということもあり、多くの評釈が公表された。本件決定に特異な点としては、その圧倒的多数が決定に対して批判的な立場をとっているということである<sup>63</sup>。とはいえ、各論者によりその理由づけや批判の対象は異なっている。以下ではそれぞれの論拠について概観したうえで、若干の検討を加えることにしたい。

#### (1) 決定に対する学説からの批判

##### ① 国家と公職担当者を同一視することは妥当なのか?<sup>64</sup>

本件決定は、国家の中立性を公職担当者の中立性と同一視している。しかし、本件決定において連邦憲法裁判所も認めているとおり、司法修習生をはじめとする公職担当者も基本権主体であり、職場であったとしても職務

の遂行と基本権行使は区別して考える必要がある。そうだとすると、スカーフの着用は国家の中立性が適用される国家権力の行使ではなく、信教の自由の行使となるはずである。司法修習生がスカーフを着用していたとしても、それは国家の命令によるものではない以上、国家の中立性には反していない。国家の中立性は、国家が特定の宗教と同一化することを禁止している。司法修習生がスカーフを着用した状態で研修に従事すると、司法修習生による措置は国家に帰責されることにはなるが、国家は宗教的な活動と同一化しているわけではない。

##### ② 抑制の要請<sup>65</sup>

本件決定をはじめとして、従来の連邦憲法裁判所の判例においては、国家の中立性は信教の自由などの基本権との衡量に服し、事案ごとに優劣が決められる性質のものとしてきた<sup>66</sup>。しかし、判例の中立性理解には誤りがある。国家の中立性は、近代の世俗的な国家を構成する原理であり、基本法もこの基本原理に立脚している。よって、国家の中立性は信教の自由などの基本権との衡量にはなじまない。そこで、本件においては司法修習生のスカーフの着用の可否は、基本法 33 条 5 項に基づく抑制の要請 (Mäßigungsgebot) により判断しなければならない。この要請は、伝統的な職業官吏制の原則の一内容であり、勤務中の官吏その他の職員が政治的、宗教的・世界観的な表明や活動を自制することを求めるものである<sup>67</sup>。これにより公職担当者の基本権行使の制約を正当化することも可能ではあるが、それぞれの官職に適合するものに限り制約は許容されるため、宗教的な活動を一般的に禁止することは認められず、個別の事案ごとに判断する必要がある。

本件を抑制の要請に基づいて検討してみると、勤務中に信仰の働きかけを行ったり、他者に影響を与えたりするような行為があったと認められない限り、司法修習生のスカーフの着用を禁止することはできない。

##### ③ 学校と裁判所の区別は可能なのか?<sup>68</sup>

本件決定において連邦憲法裁判所は、学校とは異なり、

<sup>63</sup> もっとも、2017 年の仮命令決定時においては学説の評価は分かれていたようである。この決定に対する学説については、松村、前掲註 10, 342 頁以下を参照。

<sup>64</sup> Frauke Brosius-Gersdorf/Hubertus Gersdorf, Kopftuchverbot für Rechtsreferendarin: Unanwendbarkeit des Neutralitätsgebots, NVwZ 2020, S.428f.; Wolfgang Hecker, Das BVerfG, das Kopftuchverbot im Justizbereich und die Folgen für die öffentliche Verwaltung, NVwZ 2020, S.423f.

<sup>65</sup> Brosius-Gersdorf/Gersdorf, (Fn.64), S.432.; dies./ders., Fehlverständnis des Neutralitätsgebots für den Staat, VerfBlog, 2020/3/03, <https://verfassungsblog.de/fehlverstaendnis-des-neutralitaetsgebots-fuer-den-staat/> (2021 年 2 月 12 日最終アクセス)

<sup>66</sup> この点については、上述 4. (1) (2) のほか、拙稿「ドイツにおける公教育の中立性」一橋法学 10 卷 1 号 (2011 年) 361 頁以下を参照。

<sup>67</sup> Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd.2, 3.Aufl., 2015, Art.33, Rn.99f.

<sup>68</sup> Brosius-Gersdorf/Gersdorf, (Fn.64), S.431.; Claus Dieter Classen, Anmerkung, JZ 2020, S.418.

司法は古典的・高権的な場であるために厳格な中立性が求められること、訴訟当事者や一般の人々は回避可能性なく司法修習生のスカーフと対面せざるを得なくなることで、消極的な信教の自由が侵害されると述べている。しかし、なぜこのような区別ができるのか明らかではない。学校も就学義務や成績評価、生徒の進級決定などの面においては高権的な場と評価することもできるだろう。このように、本件決定における学校と司法との区分は恣意的なものとして評価せざるをえない。

また、本件ではHBG45条が任命撤回までの官吏としての司法修習生に準用されるために、スカーフの着用が禁止されることになっている。本件決定では、司法の領域での宗教的な表明が同条により禁止されるか否かのみが検討されており、行政の領域に関しては準司法的な聴聞手続が問題となっているにすぎない。しかし、同条は官吏に適用されることが想定されている点で、違憲と評価せざるを得なくなる。というのも、本件決定では学校と司法とがはっきりと区別され、学校での宗教的な表明は制約されないとされているが、ヘッセンでは教師は官吏であり、同条が適用されるからである。

#### ④ 客観的な観察者とは？<sup>69</sup>

本件において、連邦憲法裁判所は客観的な観察者の視点から司法の中立性を強調することを意図した措置をとることができることを根拠として、司法修習生がスカーフを着用したまま4つの業務に参加することはできないことを正当化している。しかし、客観的な観察者とは誰のことなのだろうか。仮にそのようなものを想定できるとしても、司法修習生の宗教的な要求を適切に理解するうえで前提とされる存在ではない。このようなものを基準として連邦憲法裁判所が司法修習生の信教の自由について審査しているとすれば、政治的な多数派の手から少数者の権利を保護することをその正当性の決定的な根拠としている裁判所の存立基盤を揺るがすことになりかねないだろう。

#### ⑤ 宗教的な不利益取扱い<sup>70</sup>

本件では、司法の場においてはすべての宗教的な表明を禁止するというようにHBG45条を憲法適合的に解釈することができ、キリスト教などを特別扱いしていない

ため、連邦憲法裁判所は当該規定を憲法違反とはしなかった。しかし、法廷意見のこのような論拠によれば、他の宗教的なシンボルのうち、目立たないものについては禁止されない可能性がある。つまり、イスラーム教のスカーフのように常に目に見えるような服装は禁止され、目立たない小さな宗教的なシンボルは許容されるといった運用により、宗教間で不平等な取扱いが生じるおそれがある。また、本件においてスカーフを着用したままでは参加できない4つの研修はいずれも裁判官や検察官となるためには必要不可欠のものであった。これによって、ムスリムの女性にのみ裁判官や検察官となる道が閉ざされてしまったという点で、差別的な取扱いが生じている。こうした不平等な取扱いは、基本法33条3項により許されない。

#### ⑥ 消極的な信教の自由は侵害されていない<sup>71</sup>

本件決定においては、法廷は宗教的なシンボルと回避可能性なく対面させられる場と位置付けられ、公職担当者を含め国家がこうした状況を作り出すことにより消極的な信教の自由が侵害されるとされている。しかし、宗教的なシンボルは、政治的な意見を表明するメダルのようなものとは異なり、外部に働きかけるような性質をもっていない。また、消極的な信教の自由は、自分にはなじみのない宗教的なシンボルなどに接しない権利まで保障しているわけではない。さらに、本件決定において連邦憲法裁判所は法廷の壁に設置された十字架と裁判官のスカーフとを区別できていない。前者は国家の命令により設置されたものであるのに対して、後者は裁判官や司法修習生が個人の宗教的な義務に従っているものである。このような区別によれば、法廷意見の想定するような、国家によって作り出された、宗教的なシンボルと回避可能性なく対面させられるという状況は発生していないといわざるを得ない。

#### ⑦ 立法者による解決は妥当なのか？<sup>72</sup>

本件決定は、信教の自由と国家の中立性などの対立する憲法上の利益との衡量を民主的な立法者にゆだねている。しかし、民主的な手続における多数決から少数者の基本権を保護することは憲法裁判所の任務である。信教の自由や宗教を理由とした差別的取扱いの禁止は、民主

<sup>69</sup> Klaus F. Gärditz, Kopftuchverbot für Referendarinnen bestätigt: Ein Bundesverfassungsgericht des Ressentiments . in: Legal Tribune Online, 27.02.2020, [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/40511/\(2021年2月12日最終アクセス\)](https://www.lto.de/persistent/a_id/40511/(2021年2月12日最終アクセス))

<sup>70</sup> Stephan Sura, Verfassungsmäßigkeit des Kopftuchverbots für Rechtsreferendarinnen, NZA-RR 2020, S.274ff.; Hecker, (Fn.64), S.425.; Anna Katharina Mangold, Justias Dresscode, zweiter Akt, VerfBlog, 2020/2/27, <https://verfassungsblog.de/justitias-dresscode-zweiter-akt/> (2021年2月12日最終アクセス)

<sup>71</sup> Mangold, (Fn.70.); Hecker, (Fn.64). S.423f.

<sup>72</sup> Mangold, (Fn.70.); Hecker, (Fn.64). S.424f.

的な交渉のプロセスに乗せられてはならない。連邦憲法裁判所がこのような立場をとった背景には、コンラート・ヘッセの実践的整合<sup>73</sup>という手法がある。これは、「すべての人が受け入れられる」調和を達成することを求めるものであるが、信教の自由などの基本権が問題となっているところではこの手法を用いることはできない。仮にスカーフを着用するムスリムにのみ宗教的な表明を禁止するなどにより負担が押し付けられるとすれば、それこそ連邦憲法裁判所のいう「安住の地」とはいえない。

以上のように、本件決定に対して学説の圧倒的多数は批判的な立場をとっている。この立場によるならば、司法修習生が信教の自由を裁判所という公共空間においてスカーフを着用するといった態様で行使することを一般的に規制することは認められないということになる。

## (2) 決定を支持する学説

これに対して、少数ながら本件決定を支持する学説もある。とはいえ、その論拠は法廷意見とほぼ同じであるため、以下ではその概要を紹介するにとどめたい。

ムッケルは、法廷意見と同様に、司法には中立性が強く求められることから、司法修習生であっても検察官や裁判官と同じ職務を遂行している場面では、信教の自由が制約されることを指摘する<sup>74</sup>。その理由は次のとおりである。訴訟当事者や一般の人々にとっては、弁護士とは異なり裁判官や検察官を選ぶことはできず、また、裁判官や検察官は公共のために働いているからである。また、司法には中立性が強く求められる以上、スカーフだけでなく、十字架やキップも認められず、法廷に十字架を設置することも認められない。もっとも、本件で信教の自由の侵害を正当化する利益として第三者の消極的な信教の自由を援用することは適切ではない。本件ではスカーフを着用した司法修習生と対面する時間も場所も限定されているため、消極的な信教の自由が侵害されるような事態、すなわち、特定の宗教的な教義の影響を受け、価値の教え込みが生じる危険性が発生しているよう

な事態は想定されないからである。

## (3) 検討

本件決定が学校と司法との間で中立性の厳格度を区分した背景には、上述 4. (2) でも言及した法廷における十字架決定の際の議論がある。この決定の後に、ベッケンフェルデは、学校のように国家が特定の社会生活の領域を保護・監督するところでは開かれた中立性が、司法や警察のように高権的機能の担い手として国家が活動しているところでは距離をとる、厳格な中立性が求められるということを描き示していた<sup>75</sup>。この指摘に従うならば、確かに、本件決定のとおり、司法機関の職員が宗教的なシンボルを着用して訴訟当事者や一般の人々と対面することは許されないと推測することも不可能ではないように思われる。しかし、これはあくまでも国家によって設置された宗教的なシンボルに対する指摘であって、司法修習生をはじめとする公職担当者の着用する宗教的なシンボルとは区別して考える必要があるだろう。また、それでも厳格な中立性を要求するとしても、学説の指摘にもあったように、本件の規制は中立的な外観を装い、その実イスラーム教という特定の宗教を狙い撃ちにした規制ないしは差別的取扱いではないか、それで本当に厳格な中立性といえるのかという疑念を拭うことはできない。本件決定において、連邦憲法裁判所はこの疑念を払拭するために、2015年の第二次スカーフ決定のように、立ち入った検討をする必要があったのではないだろうか。

また、一部の学説が指摘しているように、スカーフを着用したままでは4つの業務を引き受けることができなくなることによって、裁判官や検察官となることができなくなることになるならば、将来、有資格法曹となった後の選択肢が狭められるおそれがある。仮にそうだとするならば、スカーフを着用する司法修習生に対してのみ「参入規制」を行っているということになる。これに関連して、マイドウスキ裁判官の指摘したとおり、信教の自由の侵害を正当化する審査と同じ基準で審査するの

<sup>73</sup> Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20.Aufl., 1999, Rn.72,318.

<sup>74</sup> Stefan Muckel, Anmerkung, NVwZ 2017, S.1128. なお、ムッケルのこの評釈は2017年の仮命令決定に対するものである。本件決定後に発表されたもののうち、本件決定を支持するものとして、Noreen von Schwandenflug, Anmerkung, NVwZ 2020, S.474f.; Thomas de Maizère, Religion im öffentlichen Raum, 2020, S.32f. を参照。

<sup>75</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Kreuze(Kruzifixe) in Gerichtssälen ?, ZevKR 1975, S.131ff.; ders., Der säkularisierte, religionsneutrale Staat als sittliche Idee, in:dern., Wissenschaft Politik Verfassungsgericht, 2011, S.84ff. また、Heinrich de Wall, Neutralität in der Schule, in: Weilert/Hildmann, Religion in der Schule, 2018, S.141ff. は、警察官のように国家権力を執行する立場にある者と、教師のように生徒に一人の人格として向き合う者とはスカーフの着用の可否が異なることを指摘している。

<sup>76</sup> 国家の中立性に関する近年の詳細な検討として、Horst Dreier, Staat ohne Gott, 2018, S.95ff.; Elias Bornemann, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates, 2020. を参照。

<sup>77</sup> 同様の見解として、Friedhelm Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 8.Aufl., 2020, S.371.

ではなく、研修の自由の侵害を正当化する審査においては異なった考察が必要だったのではないだろうか。

さらに、本件決定は異議申立人の基本権と、対立する憲法上の権利や利益のうち、いずれにも他を圧倒するほどの重みのあるものは存在しないため、民主的な立法者による解決にゆだねられている。その際、立法者は客観的な観察者の視点から司法の中立性を強調することも可能とされている。こうした解決手法は従来の判例においても採用されてきたものであり、本件に特異なものではない。また、信教の自由は法律の留保のない基本権であるため、その制約には憲法上の権利や利益が根拠とされなければならない、両者の間で実践的整合が図られるべきであるということも、従来の判例が述べてきたとおりである。しかし、実践的整合とは、民主的な立法者が信教の自由と対立する権利や利益のうちどちらか一方を恣意的に優先することを容認するものではなく、あくまでも信教の自由と対立する権利や利益のいずれもが最大限発揮されるような解決策を見出すことを求める原理である。連邦憲法裁判所は、少数者の信教の自由を保障するという観点から、どのような解決策が両者の利益を最大限発揮しうるものであるかをまずは自らが提示する必要があるのではないだろうか。

他方で、本件決定を批判する学説にも問題がないとはいえない。例えば、国家の中立性は近代の世俗的な国家の基本原則であるため衡量にはなじまないということが一部の学説により指摘されていたが、中立性に関するこのような理解は、従来の判例や通説とは大きく異なっている。仮に判例や通説とは異なったかたちで中立性を理解し、衡量にはなじまないということを批判の論拠とするのであれば、それに先立って中立性についてのより詳細な検討が必要となるのではないだろうか<sup>76</sup>。

## 6. おわりに

本稿は、司法修習生のスカーフをめぐる連邦憲法裁判所決定を軸として、公共空間において信教の自由を行使することができるのか、できるとすればそれはどの程度なのかについて検討してきた。裁判所という公共空間に

においても、社会の少数者であるイスラーム教徒の信教の自由は最大限保障されるべきであり、その規制は例外的かつ限定的なものでなければならない、ということが本稿の一応の結論である。スカーフなどの宗教的なシンボルを排除することで、公共空間を無色透明なものとすることによって問題を解決すべきではない<sup>77</sup>。仮にそのような解決策をとるならば、結局のところ、社会の多数派の伝統的な宗教のみを追認するというメッセージを社会の少数者に発することにもなりかねない。宗教的に多元化したドイツ社会においては、裁判所を含め公共空間において少数者の宗教的な表明を最大限尊重する方向で統合を進めていくべきである。国家の世界観的・宗教的中立性は、本来厳格に国家と宗教を分離するものとは理解されていない以上、社会の少数派であるイスラームのスカーフをも積極的に受け入れるべきである。

この点については連邦憲法裁判所も、一部の業務に限ってスカーフの着用を禁止し、それを理由として不利益な評価とはならないことを確認するといったように、一応は考慮している形跡がみられる。しかし、本件決定は司法における厳格な中立性を強調するあまり、信教の自由が後景に退いてしまっている点では問題がないとはいえない。これに対して学説の評価は、中立性の解釈などに問題があるとはいえ、本稿の結論とほぼ一致する。学説の解釈が今後の判例の動向に取り入れられていくのか、今後の動向を注視する必要がある。

裁判所という公共空間における信教の自由をめぐる問題はこれで終結したわけではない。本件決定後も、バイエルンで同様の事件が争われている<sup>78</sup>ほか、ベルリンでは本件決定後、上級地方裁判所長官がスカーフを着用している司法修習生にも研修の指導員が同席していれば法廷での起訴状の読み上げや公判における検察官側の代理の業務を引き受けることを容認するように、行政実務を変更する文書を公表したのに対して、ベルリン最高裁判官・検察官評議会は、この文書について、法務大臣の命令がない状態では従う必要がないばかりか違憲であるとの見解を表明したことが報じられている<sup>79</sup>。この件について、学説からは、官吏も職務中であっても基本権を行

<sup>78</sup> VerfGH München, Entscheidung v. 14.03.2019 – Vf. 3-VII-18; VGH München, Urteil v. 07.03.2018 – 3 BV 16.2040. なお連邦行政裁判所は2020年11月12日の判決において、スカーフの着用を禁止するには明確に定められた法律上の根拠が必要としている。決定本文は <https://www.bverwg.de/121120U2C5.19.0> (2021年2月11日最終アクセス) を参照。この事件における憲法異議申立人による本件決定に関する論稿として、Aqilah Sandhu, Gleichmacherei statt Gleichheit, VerfBlog, 2020/2/28, <https://verfassungsblog.de/gleichmacherei-statt-gleichheit/> を参照。(2021年2月12日最終アクセス)

<sup>79</sup> Staatsanwälte halten Kopftuch-Erlass für verfassungswidrig, <https://www.tagesspiegel.de/berlin/kammergerichtspraesident-hat-uns-nichts-zu-sagen-staatsanwaelte-halten-kopftuch-erlass-fuer-verfassungswidrig/26225950.html> (2021年2月12日最終アクセス)

<sup>80</sup> Gärditz, Rechtsreferendarin in der Berliner Provinz: Ein neuer „Kopftuchstreit“, VerfBlog, 2020/10/04, <https://verfassungsblog.de/rechtsreferendarin-in-der-berliner-provinz/> (2021年2月12日最終アクセス)

使することができ、その制約は比例原則の枠内でのみ認められること、官吏の職務中の宗教的な表明を規制するベルリン憲法 29 条に関する法律によれば、確かに司法修習生も高権的な任務を遂行することもあり得るとしても、同法 4 条により、職務上の上司である上級裁判所長官の決定により例外的に司法修習生にはスカーフの着用が認められることなどから、最高裁判官・検察官評議会の見解に対する批判が寄せられている<sup>80</sup>。このように、

関連する訴訟の経過や、本件決定後のそれぞれのラントの動向については、今後も注視する必要があるだろう。また、従来の判例と本件決定において信教の自由の制約を審査する基準に変化はないのか、あるとすればなぜ・どのように変化しているのかといった、他の判例との関連についても検討する必要がある。これらの問題については、本稿では検討することはできなかったため、今後の課題としたい。