

Title	信教の自由における「法的多文化主義」と合理的配慮： カナダ憲法理論を素材に
Sub Title	Legal multiculturalism and reasonable accommodation in freedom of religion : focusing on Canadian constitutional law theory
Author	山本, 健人(Yamamoto, Kento)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2017
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.113, (2017. 6) ,p.139- 172
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20170615-0139

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

信教の自由における「法的多文化主義」と合理的配慮

——カナダ憲法理論を素材に——

山本健人

- 一 はじめに
- 二 合理的配慮か制度変更か
 - (一) 合理的配慮は「真の平等」を意味しない？
 - (二) 二分岐アプローチと判断枠組みの統合
 - (三) 若干の検討——合理的配慮と制度変更の組み合わせ
- 三 「法的多文化主義」批判
 - (一) 法と宗教の物語
 - (二) 「異文化接触のモード」論
 - (三) 寛容および合理的配慮の法的条件
 - 1 判例の中の寛容と合理的配慮
 - 2 「法の受け入れられる宗教」と（近代）立憲主義的価値
- 四 「対話」による接触の難点
 - 四 検討——「法的多文化主義」の可能性
 - (一) 「法的多文化主義」の暫定的擁護と課題
 - (二) 対話の意義
 - (三) 裁判所の中での「弱い対話」
 - (四) 「法の基準」の変容可能性？
 - 五 おわりに

一 はじめに

本稿は、移民や外国人の流入等に伴い様々な価値観の混在が加速している現代多文化社会における、多様な価値相互の調整方法として、カナダで有力視されている合理的配慮 (reasonable accommodation) の法理に着目しつつ、信教の自由に関するカナダの憲法理論を検討するものである。信教の自由に注目するのは、多文化の受容において、宗教は最も論争的な側面を有し、多文化の受容における試金石となるからであり、カナダの憲法理論を素材とするのは、多文化主義を国是とするこの国において、信教の自由を中心とした多文化の受容に関する議論が発達しているからである¹⁾。

なお、合理的配慮の法理とは、一般に適用される規則や法律など (以下、単に法規範とする) が特定の個人及び集団が持つ属性——宗教、性別、障害等——ゆえに、当該個人らに負担を課すのであれば、当該法規範の厳格な適用を、配慮する者の「過度の負担」とならない程度で緩和する (典型例は法規範の適用免除) というものである。

この法理については、以下の二つの立場からの批判があるところである。第一に、合理的配慮は少数派に対して配慮をし過ぎているというものである。第二に、この法理は結局、現存する体制 (規則や法律または制度) を温存した上で、そこからの免除を容認するに過ぎないので、「真の平等」足りえない、とするものである。本稿では、第二の立場に対して応答し、合理的配慮の法理の擁護を試みる²⁾。この第二の立場からの批判は、第二章・第三章で確認するよいうに、①合理的配慮は現存する体制を温存するものであるという批判、②合理的配慮を容認する基準がカナダのリベラルな立憲主義の価値 (多数派の価値) に適合する形で設定されているという批判、の二点に大きく分けられる。とりわけ、②の批判論は、単に合理的配慮の法理を批判するに留まらず、カナダ連邦最高裁の採るリベラルで多文化主

義的な憲法解釈そのものに疑義を呈するものとなる。この議論は、極めて鋭い切れ味を持つ、近代立憲主義、リベリズム、多文化主義批判である一方で、法の権威や機能を失墜させる諸刃の剣でもある。そのインパクトに自覚的である提唱者自身も帰結においては抑制的な立場を採るが、その分析過程から導かれる示唆は傾聴に値するものを多分に含んでいる。合理的配慮の擁護を試みる筆者にとっても、そこで展開される議論は避けて通れないものであるため、単に合理的配慮の法理を擁護することからはやや離れるが、この批判論を吟味することとしたい。

以上を踏まえ本稿は、まず①の批判論からの擁護を試みる(第二章)。次に、②の批判論として、合理的配慮の法理を念頭に置きつつ、カナダ連邦最高裁の採用する立場を「法的多文化主義 (legal multiculturalism)」だとして、根源的な批判を加えるバーガー (Benjamin L. Berger) の議論をやや詳細に紹介する(第三章)。そして、この議論を受け止めた上で、法的多文化主義の位置付けと課題を検討する(第四章)。

二 合理的配慮か制度変更か

(一) 合理的配慮は「真の平等」を意味しない？

合理的配慮の法理は、実際には「真の平等」を意味しない、という批判は、同法理がカナダで最初に導入された人権法領域の議論としても、当初より存在したものである。ここでは、合理的配慮として個別の適用免除等の特別扱いを要求するよりも、間接的とはいえ差別的効果を有する法規範や制度を無効とする——制度変更 (institutional change) を求める——方が平等の理念に適うとの主張が展開されていたのである。

人権法領域における合理的配慮について、「平等論」の観点から批判的に検討する代表的な論者は、デイ&ブロー

ドスカイ (Sheleagh Day & Brodsky) である。彼らは、合理的配慮の枠組みは、「不平等」あるいは「真の制度的包摂」に効果的に取り組む性質を欠いているという。まず、彼らは、平等に関する二つの構想を提示する。その一つが「形式的平等 (formal equality)」であり、これは雇用や公的サービスにおいて「個人に対する異なった取り扱いを取り除く」ものである。つまり、少数派集団を周辺化していない限り、現存する制度を受け入れられるものとして認識し、現存の制度に少数派集団を取り込むことを要請する。言い換えると、現存の制度の保障をすべての人が同じように享受できるようにすることの要請である。これに対して、「実質的平等 (substantive equality)」は、「不利な状況に置かれる集団に不平等をもたらす制度的要素を取り除き、文面上すべての者を平等に扱う制度の変更」(強調点筆者、以下同じ)を意味するものである。「実質的平等」においては、不平等をもたらす制度に対して、より深いレベルでの制度的変更が要請されることとなる。⁽³⁾ つまり、すべての人が平等に扱われるように制度そのものを変更することを要求する。もともと、彼らは、平等論が同じ扱いを求めることにのみ限られるわけではなく、異なった扱いを要請することも認識しており、合理的配慮はこうした問題に取り組むものだとする。

しかし、彼らによると、合理的配慮は現存する制度等を温存し、そこからの個別の免除を認めるというマイナーな調整を行うに留まり、制度そのものを変更するという考慮をしていない。よって、合理的配慮は形式的平等に関するものであり、各制度を中心とする社会規範 (social norms) は多数派によって維持されるべきであるという暗黙の前提が存在するのである。⁽⁴⁾

(二) 二分岐アプローチと判断枠組みの統合

デイ&ブロードスカイが以上のような議論を展開した背景には、カナダ連邦最高裁による、間接差別と直接差別を区別しそれぞれに異なった判断枠組みを適用するアプローチの存在がある。連邦最高裁は、安息日を土曜日とする宗

教を信じる労働者と、繁忙日である土曜日の勤務を要求する企業側の労働条件の間で生じた紛争に関するオマリー判決⁽⁵⁾において、「間接差別」という概念を平等論の中に持ち込むとともに、その判断枠組みとして合理的配慮の法理を提示した。しかし、直接差別については、オマリー判決以前から、「真正なる職業上の要件 (bona fide occupational qualification or requirement、以下BFOQ)」の抗弁という枠組みが確立していたのである。これは、連邦最高裁によると、ある規則が「ある労働者、その同僚あるいは公衆を危険にする場合を除いて、効率的で経済的な職務の遂行を確実にするために、合理的に必要」であれば、それはBFOQとなり、この場合当該規則は差別とはならないとするものである⁽⁶⁾。この点、連邦最高裁は、変則的な安息日を設けるWorld Wide Church of Godに改宗した労働者と繁忙日である月曜日の勤務を要求する牛乳工場の使用者との間で生じた紛争に関するデイリープール判決⁽⁷⁾において、直接差別に対してはBFOQによって判断し、間接差別に対しては使用者の合理的配慮に対する義務を前提に過度の負担基準を用いて判断する二分岐アプローチ (bifurcated approach) を提示した。この二分岐アプローチによると、直接差別の事例においては、①BFOQの抗弁が適用され、使用者がこの証明に失敗すると当該規則は無効となる。②次に、使用者は当該規則がBFOQであるとしても合理的オルタナティブが存在しないことを証明しなければならない⁽⁸⁾。この証明に失敗すると当該規則をBFOQとして正当化することは出来なくなる。③そして、この二つの証明に成功すると、当該規則はBFOQとして正当化され、使用者に合理的配慮の義務はないとされる。その一方で、間接差別の事例では、①BFOQの抗弁は適用されず、②その規則が、職務に対して合理的関連性を持つのであれば、当該規則は無効とされず、使用者は「過度の負担」の水準まで合理的配慮しなければならない⁽⁹⁾。

この二分岐アプローチはそれぞれ批判されることとなる。まず、合理的配慮の法理に基づく間接差別の判断枠組みについては、差別を生み出している制度または法規範を真に考慮することなく、間接差別を主張する者に対する特別扱い——個別の適用免除等——が可能かについての議論に終始しているとされ、BFOQの抗弁については、いった

んその抗弁に成功すれば、個別の適用免除を一切考慮することなく、当該制度ないし法規範を正当化すると批判されたのである。⁽¹⁰⁾

この二分岐アプローチの問題性は連邦最高裁の裁判官の間でも認識されていた。こうした状況の中で、ブリティッシュコロンビア州の採用した森林消防士に適用される体力テスト——とりわけ有酸素運動に関するテスト——が女性隊員に対する間接差別であるとして争われたメイオリン判決⁽¹¹⁾において、マクラクリン (Beverly McLachlin) 裁判官は、合理的配慮の枠組みとBFOQの枠組みを統合したのである。それは以下の三つの要素から成るものであった。

「使用者は、①当該職務の遂行と合理的に関連する目的のために当該規則を採用したこと、②当該規則を正当な職務に関連した目的を満たすのに必要と信じて、公正かつ誠実に採用したこと、③当該規則は、正当な職務に関連した目的の遂行にとって合理的に必要であることを証明しなければならず、当該規則が合理的に必要であることを示すためには、使用者に過度の負担を課することなく、原告の特性を共有する個々の労働者らに合理的配慮を行うことが不可能であることを証明しなければならない」⁽¹²⁾

ここでは、問題となる制度ないし法規範を十分に考慮し、その合理的必要性が証明された後に、合理的配慮の可否が問われることとなる。つまり、使用者には直接差別と間接差別の両方の事例において、制度ないし法規範そのものの妥当性を証明することが求められ、その際には、個人らに合理的配慮をすることが過度の負担であることを示さなければならぬ⁽¹³⁾。かねてより合理的配慮に批判的であったマクラクリン裁判官が、合理的配慮を組み込む形で枠組みを再設定したことは、多少の驚きをもって受け入れられた⁽¹⁴⁾。彼女の意図を含め、この統合された枠組みの意味を考察することは、合理的配慮の平等論の中での位置付けを明らかにする上で重要である。

この点について示唆的な指摘をするシェパード (Colleen Sheppard) は、マクラクリン裁判官はこの統合された枠組

みにおいて、第一に検討されるのは制度そのものであると考えているという⁽¹⁵⁾。実際にメイオリン判決においてもマクラクリン裁判官は有酸素運動のテストそのものを「厳密に審査」している⁽¹⁶⁾。では、何故、合理的配慮を判断枠組みに組み込むのだろうか。シェパードは、合理的配慮の枠組みについてのマクラクリン裁判官の懸念のひとつは、合理的配慮の思考様式によって、制度変更の考慮をすることなく、当該制度によって不利益を受ける少数者の個人等に特別扱いが可能かの考慮に直ちに飛躍してしまうことだとする⁽¹⁷⁾。新たに統合された枠組みにおいては、①そして②の段階で制度的考慮が十分に為された後に、③の段階になつてはじめて合理的配慮に関する考慮を検討することになる。だとすると、合理的配慮は、制度的な妥当性の証明が十分に尽くされ、その証明に成功した後にも、実際に不利益を被っている個人等に使用者の「過度の負担」とならない程度の救済措置を義務付けるものとなり、これは平等を実現する要素として重要なものとなるのである⁽¹⁸⁾。

(三) 若干の検討——合理的配慮と制度変更の組み合わせ

このように、メイオリン判決によつて統合された判断枠組みは、制度変更の可能性を前提に、それが不可能あるいは不合理な場合に合理的配慮の考慮に進むという思考プロセスである。こうした点を捉えて、カナダの平等論を研究する白水隆は、「具体的な方法については今後の判例法理の形成を待つ」と留保しつつも、「個人に便宜を図ることが究極的な解決策ではなく、制度の変換が望ましいと考える」と指摘する⁽¹⁹⁾。合理的配慮をセカンドベストとして捉えるこの指摘は妥当なものと考えられるが、ここでは制度変更のアプローチには合理的配慮とは別種のリスクを伴うこと、そして、制度変更アプローチと合理的配慮の法理を共存させる利点について指摘しておきたい。

まずは、制度変更アプローチのリスクである。合理的配慮が現行制度を温存するという性質を持つことを認識しながらもその擁護を試みるアイゼンバーグ (Avisgai Eisenberg) によると、制度変更のアプローチは、多数派にとって穩

当な方法での少数派に対する配慮で済む合理的配慮よりも大規模な変更に取り組むものであり、より平等的かもしれないが、「それはより一層困難で成功率は極めて低い」のである。⁽²⁰⁾ また、すべての人を同じように扱える制度を構築することが不可能な場合も存在する。多文化主義の著名な理論家であるキムリック (Will Kymlicka) が指摘するように、公用語の設定や、公的な休日の法定等において、あらゆる言語的・宗教的・文化的少数者を満足させる画一的な制度を作り出すことは不可能である。⁽²¹⁾ 多文化主義の最大の功績が多数派文化を基軸にした既存の政治的領域における文化的少数者の不利益の存在を指摘したことにあるとするならば、画一的でしばしば中立性を標榜する公の制度によって、すべての人を平等に扱い得るとの想定には危険が付きまとうのである。

次に、両アプローチを共存させる利点についてである。まず、合理的配慮の方が問題の解決にとってより適切となる領域も存在する。例えば、デイ&ブロードスカイも示唆するように、「個別のニーズ」に対応する取り扱いが求められる障害者の場合には、制度変更の考慮を使用者側に求めること自体が非常に重い負担を課すことになりかねないし、⁽²³⁾ 逐一制度を変更することの意義は乏しいように思われる。⁽²⁴⁾ 本稿の主な検討対象である宗教については、共同住宅のバルコニーに正統派ユダヤ教の個人的な解釈に基づいて、スッカーと呼ばれる仮庵を建築したことが、入居の際に交わした不作為契約に違反するとして争われたアムセルム判決で主観主義的宗教理解——それが真摯な信仰であれば、一般的な教義解釈と離れていても信教の自由の保護領域に入るとする理解——が採用されたため、宗教的信念なしし実践はまさに「個別のニーズ」への対応が求められる問題であると解すべきだろう。⁽²⁶⁾

さらに、この「個別のニーズ」は単独の領域によってのみ生じるわけではない。フェミニズム理論において重要視される交差性 (Intersectionality) 概念⁽²⁷⁾によると、イスラム教徒でありかつ女性である場合等、差別の要因となる事項を複合的に有する者への配慮も重要となる。たとえば、N. S. 判決⁽²⁸⁾では、性的暴行の被害者であるイスラム教徒の女性が法廷で証言する間、ニカブを着用することができるか、が問われており、事項の複合性ととも当事者の置か

れた状況への考慮も必要となる場面が出てくることを示唆している⁽²⁹⁾。このような「個別のニーズ」への適切な対応は、大規模な制度変更ではなく、マイナーな調整を目指す合理的配慮である、と考えられよう。

しかしその反対に、障害や宗教の領域であっても制度変更のアプローチを採る方が適切な場面もある。たとえば、信仰を持つことそのものを差別ないし排除の対象としたり、特定の宗教を排除するようなメッセージを発する制度が存在する場合は、合理的配慮を考慮するよりも、制度変更——法令違憲——を重視する方が適切であり、裁判所もそのような思考をしているように思われる⁽³⁰⁾。

なお、メイオリン判決の統合テストは、人権法領域でのものだが、合理的配慮の法理を信教の自由の中に持ち込んだムルタニ判決⁽³¹⁾における同法理の位置付けは、この統合テストに類似している。ムルタニ判決の法廷意見は、憲章上の権利の制約が正当化可能かを判断する憲章一条に基づくオークス・テストの第三段階である最小限の侵害テストの中に合理的配慮の観点を導入したのである。オークス・テストの第一段階が、法の一般的目的の重要性を、第二段階が目的と手段の合理的関連性を審査するものであるので、制度そのものの目的の重要性とその手段との合理的関連性が審査された後、最小限の侵害であるかを検討する際に合理的配慮の観点が考慮される、という構造になっているのである。

合理的配慮はかつて制度変更のアプローチと対抗的に議論されてきたが、両アプローチは共存可能であり、共存させた方が平等の実現にとって有効であると考えられる。

三 「法的多文化主義」批判

以上のように、制度変更か合理的配慮か、を考えるよりも、制度変更と合理的配慮を共存させることが有益である

という形で、合理的配慮の必要性を擁護した。しかし、合理的配慮の法理には、制度変更アプローチと対比させどちらがより平等に適うのか、という外在的な批判のほかに、合理的配慮が行われる法的な基準に問題があるのではないかと、という内在的な批判が存在する⁽³³⁾。合理的配慮の基準に関するカナダ連邦最高裁の立場は、カナダのリベラルな立憲主義の価値(多数派の価値)に適合する形で合理的配慮を容認する基準を設定するものである、と批判されるのである。本章では、主著『法の宗教——宗教的差異と立憲主義の問題』において、「法的多文化主義」を批判的に検討するという視覚から、カナダにおける法と宗教の関係を論じるバーガーの憲法理論を概観し、合理的配慮の法理を含む、リベラルで多文化主義的なカナダ連邦最高裁の信教の自由論に向けられた根本的な批判論を紹介する⁽³⁴⁾。

(一) 法と宗教の物語

まず、カナダにおける法と宗教の関係に関するバーガーの問題意識を確認しておこう。彼が問題とするのは、宗教的差異や文化的差異を法的に取り扱う際に、法が常に宗教ないし文化に優位して、宗教的文化的多様性の「管理者」として描写される伝統的な説明の仕方である(at 12)。彼によれば、多文化主義という政治思想にコミットするカナダにおいても、法的領域における多文化主義は「立憲的法の支配(constitutional rule of law)⁽³⁵⁾」それ自体を決して「文化の中に」含めることのない、法的多文化主義として想定される」のであり、したがって「法は文化の領域を離れて管理者の役割」を担っているのである(at 13)。たとえば、N. S. 判決におけるルベル(Louis LeBel) 裁判官による結論同意意見では、宗教的な多文化主義はカナダ人の憲法に根差した生活の重要な一部であるけれど、「同時に、多文化主義の承認は、憲法それ自体の環境(environment of the Constitution itself)の中で起こり、またそれは政治的ないし法的伝統に由来する」と述べられている⁽³⁶⁾。バーガーは、このように構造的に文化に優位し、文化から切り離されたものとして法を位置付ける法と宗教の捉え方を「伝統的物語(conventional story)」あるいは「法的多文化主義」と呼び、

批判的に検討する必要があるとする。

なぜなら、バーガーによると、この伝統的物語には次の二つの問題点があるからである。第一は、この伝統的説明によって、法と宗教の間の緊張関係は解消されていない、という点である。法的多文化主義は「宗教と法の複雑な相互作用によって生じる基本的な緊張関係を解体するというより、温存している」のである。彼はこの証左として宗教に対する合理的配慮や「ケベック価値憲章」をめぐる近年の議論等⁽³⁷⁾を挙げている。現代においても、法と宗教の間の緊張関係は残っており、法と宗教の「永続的に不安定な関係」は、「法によるより良い宗教のマネジメント」を検討しさえすればよいという伝統的物語が偽りであることを示しているのである^(at 15)。

第二は、法が温情な管理者ではない疑いがあるという点である。実際、カナダの至る所で、少数派宗教集団は自らが周辺化されているという感覚を強くし、ますます声高に自身の宗教的主張をするようになっており、典型的には裁判所で扱われる事件の多くに介入するようになっているとされる。つまり、「宗教的多文化主義や宗教に対する法的寛容へのカナダのコミットメントという緩和的なレトリック (palative rhetoric) にもかかわらず、この関係について至る所で不満が見出され」ているのであり、法規制を被る少数派宗教集団等の経験は、法による宗教の管理が「温情的管理 (benignly curatorial) ではなく」ことを示しているのである (at 16)。

バーガーによると、このような問題は、法もまた(より複雑な)文化の一つであるという視点を欠いていることから生じるのであり、(憲)法と宗教の接触に関するダイナミズムを捉えるための新たなレンズが必要となる。バーガーがこのレンズとして試論的に検証するのが「異文化接触のモード」論と呼ばれる議論である。節を改めてこの点を見ることとしよう。

(二) 「異文化接触のモード」論

「異文化接触のモード」論は、アメリカの政治学者であるダルマイヤー (Fred Dallmayr) によって提唱されたものであり、様々な文化間の接触を (非網羅的で乱雑な部分もあるが) 類型化する試みである。⁽³⁹⁾ このダルマイヤーによる類型化は大きく三つのタイプに再分類することが可能である。第一にその方法は様々だが、「文化的な差異を否定するモード」が存在する。このモードには、①征服 (conquest)、②改宗 (conversion)、③同化 (assimilation)、④文化変容 (acculturation) の四つが該当する。征服とは、接触した文化の征服、完全な同化、消滅を意味する接触のモードであり、植民地主義が近代的な典型例である。この征服は二つの文化間の力の優劣関係に基づいて行われる。次に、改宗とは、「人間の性質の共通性ないし固有性」というレトリックを用いた差異の否定である。たとえば、初期頃のキリスト教の宣教などがこの例にあたとされている。同化および文化変容は、一般的に普及している生活様式への変更を間接的に動機付ける仕方での文化間接触である。その主要な対象は、一国内で周辺化された少数派集団であり、地位向上を望む彼らに多数派文化への同化を誘因すること等がその例である。差異を否定するこれらのモードの特徴は、その手法は様々だが、他者の文化を犠牲にして、単一の文化形態の温存に献身するという点である。すなわち、自身自身の文化の優位を確保することへのコミットメントである (at 109-110)⁽⁴⁰⁾。

第二のタイプは「リベラルのモード」である。これは、リベラリズムの採る一般的な態度である「最小限の接触」を意味する「無関心 (relative indifference)」のモードである。すなわち、「文化的多様性に対する無視という姿勢を採用し、文化間の相互作用を緩和するために手続的ないし形式的メカニズムを使用することで、紛争を回避することを望む」ものである。ダルマイヤーによると、このモードは他者の差異を否定する文化的暴力を回避するが、それに留まる。⁽⁴¹⁾

最後の第三のタイプは、「変容可能性のあるモード」であり、対話による接触 (Dialogical engagement) がこれに該当する。このモードは、「二つの文化が相互に学習のプロセスを経験すると同時に、それぞれの伝統的差異の独自性を保持することを意図する思いやりのある尊重と競争的な相互作用 (agonistic mutuality) を要求」する。さらに「異文化接触の対話的モードは、多元主義ないし多様性を積極的に奨励し、他者(の文化)を通して、自分自身の方法が変化することを期待する」のである。ダルマイヤーはこのモードを「規範として最も称賛できるもの」と位置付ける⁽⁴²⁾。

以上、確認してきた異文化接触のモード論は、接触する文化の両側面——接触する二つの文化の両方——に光を当てておられるものであり、それぞれのモードは「異文化接触の文脈における自己関係の性質あるいは可能性に関する想定ないし態度」の異なったあり方によって、類型化されている。バーガーは、このようなレンズを通して、カナダの立憲主義という(法)文化と宗教的文化の相互作用を捉えなおすのである。

(三) 寛容および合理的配慮の法的条件

「異文化接触のモード」論というレンズを通して、カナダにおける法と宗教の接触の再評価はどのようなものとなっているだろうか。バーガーは、カナダ連邦最高裁の判例を中心に検討しこの点を明らかにする。

1 判例の中の寛容と合理的配慮

バーガーは、憲章制定以降の信教の自由に関する議論の中心には寛容 (tolerance)⁽⁴³⁾ として、合理的配慮が位置付けられるとする。たとえば、日曜日主日法を違憲としたビッグM薬局判決において、連邦最高裁は信教の自由の概念を自由な社会の本質と結びつけ、このような社会は、「多種多様な信念、多様な嗜好と探求、行動規範と慣習に配慮 (accommodate) 出来る社会である」と述べる⁽⁴⁴⁾。また、アムセルム判決において、連邦最高裁は「宗教的少数派の権利

及び実践を尊重することないし、それらに寛容であることは、発展した民主主義の証のひとつである」と説明し、「相互の寛容は、すべての民主的社會の土台」であると宣言する。⁽⁴⁵⁾さらに、別の判決において連邦最高裁は、カナダ社會を「多様で多文化的な社會であり、多様性に対する合理的配慮と寛容または尊重という価値によって結び付けられている」と特徴付ける。⁽⁴⁶⁾判例における信教の自由は、寛容と合理的配慮を中心に展開しているのである (at 113)。

バーガーは、こうした連邦最高裁の立場は基本的に異文化接触のリベラルなモードである「無関心」のモードとして捉えられるという。「法は、我々の社會は強く多文化主義に献身しており、このコミットメントは、表現の自由と文化的信念ないし実践の表明を含む、自分自身の生き方を選択するための方法として寛容を要求する」と考えているけれど、「宗教文化が提示する何らかの価値を法文化が借り入れるということは想定されて」おらず、「互いに寛容をもちあす相対的に平等なものとしての対話には従事していない」のである。「法は多様性を支持するけれども、それはよそよそしい」(at 116)。しかし、以上のような寛容や合理的配慮が与えられるのは宗教が法の中心の問題と衝突しない場合に限られる。宗教が法の中心の関心事と衝突するとき、カナダの信教の自由に関する判例はまた違った顔みせるのである。

2 「法の受け入れられる宗教」と(近代)立憲主義的価値

アムセルム判決は、「少数派の権利に対する尊重は、自由で民主的な社會の形成ないし機能の中心である社会的価値と共存しなければならぬ」ともいう。⁽⁴⁷⁾信教の自由は、無制限の権利ではなく「公共の安全、秩序、健康、道徳、あるいは他者の基本的権利及び自由を保護する必要性のための制限には服する」のである。ここで注目すべきは、如何なる場合に宗教的実践が認められるのか、である。

バーガーは、「(憲)法は、問題となっている宗教的実践が受け入れられる宗教 (acceptable religion) から外れてい

るかどうかを評価する」という。彼によると、ここで宗教的差異を寛容（あるいは合理的配慮）できるか否かを決定する評価基準は、議論の対象となつている宗教が、①個人主義的な自律と選択の反映に係しているか、②公的領域を侵食するの単に私的なものとして扱われているのか、③他者の自律ないし平等を制限するのだからである。しかも、この評価基準は、「リベラリズムという現代政治文化によって特徴付けられ」ている「カナダの立憲主義の文化それ自体の内部」から導かれるのである（at 62, 119-120）。

バーガーは判例に則して具体的に説明を加える。まず、①個人主義的な自律と選択の反映については、ムルタニ判決⁽⁴⁸⁾とB. (R.)判決⁽⁴⁹⁾が対照的な判例として挙げられる。公立学校へのカーパンの全面的持ち込み禁止が争われたムルタニ判決では、原告であるムルタニ少年本人の真摯な信仰に基づいた主張であるため、その宗教的主張は個人の自律と選択の反映したものであり、学校の安全や他者の権利への問題もないため、宗教が勝利する。その一方で、エホバの証人の両親による自身の子供（未熟児）に対する輸血拒否が争われたB. (R.)判決では、当事者であるエホバの証人の子供が、自身の信仰について表明したことがなく、したがってその宗教的主張は個人の自律と選択を反映しないので、憲章一条の下で、両親の要求に反して、輸血を行うことが正当化されると判断された。当事者の個人の自律と選択に基づかない宗教的主張は裁判の場で敗北するというわけである（at 121-122）。

②公私の関係については、T W U判決⁽⁵⁰⁾とチェンバレン判決⁽⁵¹⁾が対照される。同性愛を聖書上の罪とする行為規範（code of conduct）を教員、学生、スタッフに課すキリスト教系の私立大学の教員養成プログラムを設置しようとしたことの是非が争われたT W U判決において、連邦最高裁は宗教的信念（belief）と宗教的行為（conduct）を区別し、T W Uを卒業した教員が教室内で同性愛者に対して差別を行った等の具体的な証拠はなく、私的な領域である宗教的信念（内心）の問題に留まる限り、プログラムの設置を否定することは違法であると判断した。ここでの問題は公的領域に関わらないので、宗教が勝利したのである。他方、同性愛を宗教上認められない親への配慮等を背

景に、幼稚園等での絵本の読み聞かせに関するカリキュラムから、同性愛の両親からなる家族を描く絵本を排除する教育委員会の決定⁽³²⁾が争われたチェンバレン判決では、公的な教育機関と親の教育の役割は異なり、公教育の役割は多様な見解を尊重することであるとした上で、上記のような教育委員会の決定を容認することは、公教育に関する政策への宗教的影響力が及ぶことを認めることとなり、法の許容する「公私区分」を侵害するので認められないと判断された。宗教的主張が公共政策に影響を及ぼすことになるため、宗教が敗北したのである (at 124+126)。

③他者の権利等の制限に関係するのが、法廷におけるニカブの着用と被告人の公正な裁判を受ける権利が衝突した N. S. 判決⁽³³⁾である。本判決は、法廷での証人のニカブ着用の可否を判断する枠組みを提示するに留まる⁽³⁴⁾が、その枠組みに従えば、被告人の公正な裁判を受ける権利を侵害しない限りで、ニカブの着用が許容される。したがって、宗教的主張は他者の権利と衝突しない限りで、限定的に容認されるに過ぎない (at 123-124)。

以上のような判例の傾向についてバーガーは、「法が寛容するのは、カナダの立憲的法の支配の体系的規範、コミットメント、実践、象徴に挑戦するような差異でない場合に限られる」と指摘する。さらに、法の設定した分析枠組みで常に判断が行われるため「法は、常に自分自身の文化的理解を正当化する」。すなわち、法の中心的問題と関わる「法と宗教の接触は、異文化接触の改宗あるいは同化のモードの際立った特徴を示すものとなる」のである。換言すると、(憲)法がある宗教的実践の規制を正当化できないのは、「その実践がカナダの立憲主義の基本的なコミットメントに違反していると、我々が誤って考えてしまった」場合であり、反対に正当化できるのは、「その実践が、カナダの立憲主義の基本的なコミットメントに違反している」場合なのである (at 119-120)。

(四) 「対話」による接触の難点

以上のような分析を行うバーガーによれば、判例はいうまでもなく、キムリッカといった多文化主義の理論家の議

論も——最高裁のそれとはやや異なるが——リベラリズムの影響を受けた「法の優位」のもとに構成される「法的多文化主義」となる。まず、キムリックはリベラルな多文化主義の論者であり、文化的少数派集団が集団内に非リベラルな行為を強制することを認めない。そして、リベラルでない文化集団にリベラルな価値を押し付けるべきではないとはいうものの、集団内での内的変化を促すような間接的な介入は行うべきであると主張しているからである。⁽⁵⁵⁾したがって、カナダの法文化は、(理論家による議論も含め)多文化主義や多様性の尊重というスローガンを掲げながらも、リベラリズムの影響を強く受けた「法」の優位を維持した「法的多文化主義」なのである (at 132-133)。

では、こうした状況を打開するためにダルマイヤーが提唱した、規範として最も称賛できる「対話による接触」のモードに転換すべきなのだろうか。バーガーは、このモードへの転換には違った意味での危険があるという。なぜなら、対話のモードは、互いを対等とした上で、相互の変容可能性を認めるモードであるからである。彼は、(近代)立憲主義の際立った特徴あるいは重要性⁽⁵⁶⁾を考えると、「法の優位」(＝法の最終的權威性)を議論の俎上に載せることは躊躇われるというのである。カナダの法文化や判例法理に鋭い批判を向けてきたバーガーが(暫定的に)⁽⁵⁷⁾採用するのは、結局、「無関心」のモードを再評価しつつその線引きを問い直すべきとするものである。⁽⁵⁸⁾つまり、「法の優位」を否定する「対話による接触」は採用できないが、現在法が定立している基準——①個人の自律と選択、②公私区分、③他者の権利等——の要素や線引きの問い直しは継続されるべきであるとする。すなわち、法が無関心でいられる領域の永続的な再検討である (at 138-140)。

四 検討——「法的多文化主義」の可能性

(一) 「法的多文化主義」の暫定的擁護と課題

バーガーの議論は、合理的配慮をはじめとするカナダ連邦最高裁による信教の自由理解は、宗教に対する「法の優位」のもとに成り立っていることを証明し、宗教——とりわけ少数派宗教——に不利な形で、宗教的主張を容認する基準が設定されていることを明らかにする。もともと、こうした理解を不当と判断することは、バーガーが躊躇った「対話のモード」を採用し、「法の優位」すらも変容するものとして議論の俎上に載せることを主張する覚悟を問うものとなりかねない。この点に自覚的なバーガーも（暫定的な）結論においては、「法の優位」を否定する「対話による接触」は採用できないとする。では、より魅力的なオルタナティブがあるかと問われれば、（バーガー自身も含め）現状では、その有力なアイデアがないことを告白せねばならない。

そうだとすれば、暫定的には、その基準となるカナダの立憲主義的価値がリベラリズムの影響を強く受けていることから、カナダで採用されている「リベラルな多文化主義」であるところの「法的多文化主義」を問い続ける、という戦略が有効であると思われる⁽⁵⁹⁾。もともと、バーガーの議論は、「リベラルな多文化主義」あるいは「法的多文化主義」が、「法の優位」といった当該社会における秩序を保つための要請を離れ、宗教的少数派に対して多数派の価値を「立憲主義」⁽⁶⁰⁾という普遍的・中立的にみえるワードを使って強要する、という側面を持ち得ることを暴き出した点で傑出している。法と宗教の接触において、法は、宗教的多様性をより良くマネジメントするというよりも、法それ自身の規範を強要するという野望を有しているようにみえるのである⁽⁶¹⁾。

以上の点を踏まえると、この法的多文化主義には、次の二つの課題が残されているように思われる。第一に、バー

ガーは、ある宗教的「実践がカナダの立憲主義の基本的なコミットメントに違反していると、我々が誤って考えてしまった」場合に当該宗教的実践は容認されるとするが、この認識を改めることは容易ではない。法的多文化主義を受け入れるとしても、宗教的少数派の信仰ないし実践の意味を適切に理解するために、法的多文化主義の枠内で如何にして信教の自由の主張を展開するべきかを問題にしなければならないだろう。第二に、法的多文化主義の意義として、「法の優位」を揺るがすことは避けるべきだが、「法の受け入れられる宗教の基準（以下、単に「法の基準」とする）」には変容可能性が残される。換言すると、法的アリーナで寛容あるいは合理的配慮が可能となる基準については、「継続的に改良し拡張すること」が要求されるのである。⁽⁶²⁾しかし、「法の優位」あるいは多様な文化の「管理者としての法」という見方を維持した上で、どのようにして、「法の基準」を問い直せばいいのだろうか。バーガーは、結局、「宗教的実践の主張が宗教的文化と（憲）法文化の関係を協議するための場となる」というが、この戦略に成功の余地はあるだろうか。

最後に、法の優位を前提に寛容と合理的配慮を中心に運営される法的多文化主義の枠内での「対話」の重要性を説く議論を分析し、その後、バーガーの主張する戦略に基づき「法の基準」の変容可能性があるかを検討し、ラディカルなパラダイムの転換を追求する議論によらない、安定的な多文化の受容を可能にする方途を探ってみたい。

(二) 対話の意義

バーガー同様、異文化接触のモード論を意識しながら、「対話」の在り方と信教の自由の関係をより深く探求しようとするのがキスロウィック (Howard Kislowicz) である。⁽⁶⁴⁾彼は、「あらゆる文化的共同体は、他者の真つただ中で存在しており、それらの影響から逃れることは出来ない。……そのことは意識的あるいは無意識的に、ある文化共同体の信念と実践に影響を与え」ており、事実として実際、あらゆる文化的共同体は様々なレベルで相互に対話を行って

いるというパレク (Bhiku Parekh) の指摘を前提にする⁽⁶⁵⁾。キスロウィックはこのパレクの指摘は信教の自由においても同様であり、異文化間の対話は信教の自由にとつて不回避の問題だとする。さらに彼は、バーガーの見解も受け入れられるため、「法の優位」(=裁判所の最終的な法的権威性)の下で、如何にして信教の自由(訴訟)における「対話」が為されるべきかを検討の主眼とする。こうした前提に基づく対話を異文化接触のモード論のいう「対話のモード」と区別するために本稿では「弱い対話」と呼ぶこととした⁽⁶⁷⁾。

キスロウィックは、「弱い対話」の位置付けを検討する前に、そもそも対話とは何を目的にしており、何を達成すれば対話が成功したことになるのかを分析する。彼によると、対話とは、「人々が共有された意味 (shared meanings) を作る出すための象徴的なプロセス (symbolic process)」である。そして、文化横断的な対話の成功は、交渉事項の同意を意味するものではなく、対話に参加するすべての者が「対話の相手に対する尊重と自分自身の文化に付随する価値観の認識」という二つの重要な価値を維持することにあるという⁽⁶⁸⁾。キスロウィックによると、「相互の信用と尊重 (mutual trust and respect) は、意味ある異文化間の対話を達成するための鍵」となる⁽⁶⁹⁾。ただし、「尊重は、異文化間の対話に従事する者は他者の文化的規範についてのあらゆる批判をやめなければならない、ということを示唆する」のではなく、これが要求しているのは、異なった規範や法形式の排除を決定する前に、他者がそのような規範を正当化する背景の理解を試みることであるとする⁽⁷⁰⁾。また、「自己認識 (self-awareness) が重要なのは、自分自身の文化に付随する価値観の認識を持つことが文化横断的対話を効果的にするからだという。しかし、これは文化純粹主義——ある文化は他の文化から孤立して発展している——や文化本質主義——ある文化は不変的かつ静態的、そして没交渉的である——の立場を採ることではなく、自文化を内省するための視点を確保するためのものである⁽⁷¹⁾。このような視点を獲得することを目的とする対話は、他者の価値観を理解するための評価尺度 (criteria) を手に入れることを目的とし、それぞれの文化的価値観そのものを許容することまでもは含まない⁽⁷²⁾。キスロウィックが重視する「弱い対話」は相互

の変容というよりも、ある見方ないし価値観に対する「見解の共有」が可能となることを目指すものである。

このような意義を持つ対話は、まず、市民社会内で文脈に応じて行われる当事者間の対話を意味するが、市民社会内での対話によって問題解決が図られず、かつ、それが法的問題を含んでいるとき、対話の場合は裁判所に移行する。

(三) 裁判所の中での「弱い対話」

対話のフィールドが裁判所に移ると、裁判所は法が優先するべきカナダの立憲主義の価値を設定するため「不対等な対話」となるが、キスロウィックは、裁判過程は「多様な」規範の調整のための合理的な探求 (rational search for normative reconciliation) を反映しなければならず、それは、究極的には当該事件に関連する多様なパースペクティブの統合を作り出すことである、という司法倫理を採用する。そこで裁判官に求められるのは、オルタナティブな規範の提示に開かれていることであり、そのような規範は裁判の場で絶え間なく競われることで進化するのである。そのため、「異質な」あるいは「特異な」宗教的実践が、実はカナダの立憲主義に基づく価値と矛盾しないと裁判所で認められるためには——そして、それを超えて「法の基準」の再考を促すためには——、裁判所における異文化間対話が必要であるとする。その具体例証として、彼は、カナダの信教の自由に関するリーディングケースを社会学的な質的調査の手法を用いて分析し、裁判官にとって馴染のない宗教的実践が、カナダの立憲主義の価値と合致すると法的に翻訳されていく過程を論証する。ここではその具体例のうち最も著名なムルタニ判決に対する分析を紹介しよう。

ムルタニ判決はシーク教徒のカーパンの位置付けが問題となった事例であるが、キスロウィックによると、このカーパンの位置付けに関する理解の変容が重要である。本件の当事者であるムルタニは、シーク教徒であり、カーパン (Kirpan) ——金属製のダガーのようなもの——と呼ばれる宗教的装飾物を常に身に付けていなければならないと信じていた公立学校の生徒である。彼がある日、誤ってカーパンを落としてしまったためカーパンの着用が発覚し、

何度かの交渉の後、最終的に教育委員会が、武器および危険な物体の携帯を禁止した校則に対する違反を理由に学校の安全を守ることを最重要視して、カーパンの全面的な持ち込みを禁止した決定の是非が争われた。

キスロウィックの分析によると、学校や教育委員会等との当初の交渉に際して、カーパンを武器、ナイフとして捉えることが先行し、さらにそれを暴力の象徴と捉える誤認があったのである。⁽⁷⁵⁾カーパンに対する理解(誤承認)そしてシーク教への偏見を取り除くため、当事者は熱心な対話を継続するが、この理解の変容を促進させるきっかけのひとつとなったのが、世界シーク教機関(World Sikh Organization)からの弁護士への派遣であり、キスロウィックはある価値観と法に精通する弁護士の存在は文化横断的な対話を法的次元で行う際に極めて重要になるという。すなわち、弁護士は、クライアアントの宗教的価値と法的価値を相互に翻訳し、両者を媒介する役割を担うのである。⁽⁷⁶⁾そして、当該機関から派遣された弁護士は、カーパンには武器あるいはナイフとしての意味付けはないどころか、シーク教は、カースト制、女性に対する不平等な扱いに反抗するために生まれたのであり、カーパンはその象徴であること、さらにシーク教は個人の自律と表現の自由に好意的であること等を、口頭弁論等を含めて精神的に主張する。シーク教の思想、そしてカーパンの持つ意味がカナダの立憲主義の価値に適合的だとする主張を展開していくのである。⁽⁷⁷⁾

こうした主張の結果、連邦最高裁の法廷意見では、カーパンの位置付けについて注意を払い、カーパンは、シーク教徒の重要な宗教的装飾物の一つであり、それは、『慈悲(mercy)』あるいは『思いやり(kindness)』を意味する“kirpa”、そして、『栄誉(honour)』を意味する“aan”に由来するものである⁽⁷⁸⁾、というシーク教の宗教家の供述書に言及する。その上で、カーパンの形状が、人を傷つけたり、殺害したりするために用いられる危険性がある刃物であるから、これを暴力の象徴として捉え、携帯することを禁止する議論は、「シーク教を信仰する者への軽蔑であり、多文化主義に基づくカナダの諸価値を考慮しないものである」と述べるのである。⁽⁷⁹⁾

キスロウィックによると、このようにしてマルチニ判決における対話は、シーク教におけるカーパンの位置付けに

関する「共有された意味」を作り出すことに成功したのである。これは、ある宗教的「実践がカナダの立憲主義の基本的なコミットメントに違反していると、我々が誤って考えてしまった」ことを立証することにも「弱い対話」が必要であることを意味している。以上のアプローチは、特異と思われるいた宗教的実践が、実はカナダの立憲主義の基本的な価値に違反しないことを対話によって証明しようとするものであり、その意味で、「法の優位」を揺るがすものでも、「法の基準」の変更を迫るものでもない。しかし、「弱い対話」を前提に宗教的実践に関する主張を継続することは、「法の基準」に再考を促すものともなり得ると考えられる。

（四）「法の基準」の変容可能性？

法の基準の変容可能性に関する近時の例としては、二〇一五年に下されたロヨラ判決⁽⁸⁰⁾が示唆的である。本件は、ケベック州のカトリック系私立高校ロヨラが、ケベック州が州内の学校に義務的に課している倫理・宗教文化教育プログラム (Ethics and Religious Culture Program; 以下、ERCPとする) からの免除を求めた事例である。ERCPは二〇〇八年に導入され、ケベック州内の学校に公立/私立⁽⁸¹⁾、宗教系/非宗教系を問わず適用される中立的で客観的な宗教および倫理観についての授業を卒業に必要な単位としてカリキュラムに組み込むことを義務付ける教育プログラムである⁽⁸²⁾。なお、ケベック州の教育等担当大臣が私立学校の提供する独自のプログラムがERCPと同等のものと判断すれば、当該私立学校はERCPの設置を免除されるという規定も存在した⁽⁸³⁾。ロヨラはこの免除措置を申請したが、担当大臣によってロヨラの設置するプログラムは宗派的で、非中立的、非客観的であるため、ERCPと同等ではないと判断されたので、訴訟となったのである。

本判決の多数意見を執筆したアベッラ (Rosalie Silberman Abella) 裁判官は、宗教的信念には「個人的側面と集団的側面の両方」があるとして、「憲章に基づく信教の自由」は、宗教的信念の性質を説明するだけでなく、その宗教的

信念と集団的な組織あるいは伝統を通して為される宗教的信念の表明の間にある深いつながりを説明しなければならぬという⁽⁸⁴⁾。本件に関係する宗教の集団的側面は、カトリックの宗教系私立学校を通して行われるカトリック信仰の表明ないし伝達であり、宗教の集団的側面はロヨラの極めて重要な主張であるとする。アベツラ裁判官は、連邦最高裁はカトリックの両親が自身の子供をカトリックとして純粋に育てることが妨げられるとして、子供のERCPからの離脱が争われたSL判決において、「多様な宗教に触れさせる」ERCPは、「信教の自由の侵害とはならない」としたが、本件は、ロヨラが「カトリシズムの集団的実践及びカトリックの信念の伝達のために設立された私的な宗教組織であるため、SL判決のケースとは区別される」という⁽⁸⁶⁾。ただし、アベツラ裁判官は、宗教の集団的側面は、個人の宗教的信念の「表明」として理解されているとし、宗教の集団的側面に関する議論を個人主義に引き付ける形で展開している⁽⁸⁷⁾。

本判決にはマクラクリン裁判官とモールドレイバー (Michael Moldaver) 裁判官による少数意見が付されているが、この少数意見はアベツラ裁判官の多数意見よりも宗教の集団的側面の容認を促進させるものである。少数意見は、「個人の信教の自由を保護することは、ロヨラのような宗教教育組織を含む宗教組織の信教の自由を保護することを意味する」と述べ、個人の自由と関連させつつも宗教的組織それ自体も憲章二条a項の信教の自由を享有することを承認しているのである⁽⁸⁸⁾。

このロヨラ判決は、カナダ社会にとって特異な宗教集団から提起されたものではないが、集団的側面の考慮の必要性に言及しており、これまで個人主義に基づいて宗教的主張を許容してきた「法の基準」が変容可能であることを示唆するものと評価できよう⁽⁸⁹⁾。本判決において宗教の集団的側面が認められたことに「弱い対話」がどのような効果を与えたかは、現在のところ明らかではなく、また「法の基準」を抜本的に変容させたわけでもないが、「宗教的実践の主張が宗教的文化と(憲)法文化の関係を協議するための場」となり、「法の基準」を変容させる可能性を含め、

信教の自由の理論を發展させたことは間違いない。⁽⁹⁾

五 おわりに

最後に本稿での議論をまとめておく。まず、①合理的配慮は現存する体制を温存するものであるという批判に対しては、合理的配慮とより大規模な制度変更のアプローチは共存可能であり、共存させた方が平等の実現にとって有効であることを指摘した。次に、②合理的配慮を容認する基準がカナダの立憲主義の価値に適合する形で設定されているという批判に対しては、この批判論を正面から受け止めてオルタナティブを提示しようとする、「法の優位」そのものを議論の俎上に載せなければならないことに鑑み、暫定的にはリベラルな多文化主義に親和的な、法の優位を前提に寛容と合理的配慮を中心に運営される法的多文化主義が擁護され得ることを主張した。そして、法的多文化主義においては、「法の優位」の枠内で「弱い対話」を前提に信教の自由の主張を展開する必要があること、また、主張の継続によって「法の基準」を変容させる可能性があり得ることを指摘した。

とりわけ、法的多文化主義にもいったんは批判のメスを入れたバーガーの議論からは、多文化の受容の問題が、少数派の問題だけでなく、多数派の問題でもあることが示唆されよう。それゆえ、寛容そして合理的配慮というポジティブなイメージを喚起する言葉の裏で、「我々／多数派」の価値観を押し付けているかもしれないことには自覚的でなければならぬ。そして、キスロウィックの議論が示唆するように「宗教的多様性に起因する難問を解決するためには対話が必要」であり、多元的価値の混在が加速する現代社会においては、他者との対話が回避の出来事である⁽⁹⁾。その対話は、市民社会の領域に限られず、裁判官や弁護士を含め、司法の場においても求められているのである。

[付記] 本研究はJSPS科研費 (JP15J07675) の助成を受けたものである。

- (1) 山本健人「『カナダの多文化主義』に基づく憲法解釈の側面——信教の自由における『承認』の原理を中心に」法学政治学論究一〇七号(二〇一五年)三三頁。この見方を共有するものとして、栗田佳泰「多文化社会における憲法学の序論的考察——日本・アメリカ・カナダの信教の自由を素材に」法政理論四八巻四号(二〇一六年)七四—七五頁。
- (2) 合理的配慮の法的位置付け等を含め、第一の立場に対する応答については、山本健人「カナダにおける信教の自由と合理的配慮の法理——その多文化主義的擁護に向けた緒論」法学政治学論究一一〇号(二〇一六年)二〇九頁以下を参照。
- (3) Sheagh Day, Gwen Brodsky, “The Duty to Accommodation: Who Will Benefit?” (1996) 75 Can. Bar. Rev. 433 at 435, 461.
- (4) *Ibid.* at 461.
- (5) *Ont. Human Rights Comm. v. Simpson-Sears*, [1985] 2 SCR 536. なおこの文脈において、特定の集団ないし個人を狙い撃ちにして雇用上の不利益を課す規則(たとえば、この職場では黒人は採用しない)等が直接差別となり、職務上の必要性に基づいて採用した規則(たとえば、繁忙日の出勤)等が偶然に特定の集団ないし個人に不利益を課すものが間接差別である。
- (6) *Ontario Human Rights Commission v. Eubricoke*, [1982] 1 SCR 202 at 208.
- (7) *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta*, [1990] 2 SCR 489. なお、連邦最高裁は、本件を間接差別の事例であると位置付け、月曜日の欠勤について病気等の理由による欠勤が認められているのに、年に数回の宗教的理由による欠勤が認められないのは合理性を欠き、「過度の負担」なく合理的配慮が可能であったとした。
- (8) BFOQといえるとしてもその規則が過剰包摂である場合等には、より適切な規則の設定(合理的オルタナティブ)が可能である。たとえば、ブルサード判決では、ブルサード市の職員の採用に関する反縁故主義(anti-nepotism)ルールが比例性を欠いて厳し過ぎると判断された。See *Brossard v. Québec (Comm. des droits de la personne)*, [1989] 2 SCR 279.
- (9) See also, Day & Brodsky, *supra* note 3, at 440–442.
- (10) Colleen Sheppard, “Of Forest Fires and Systemic Discrimination: A Review of British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U.” (2001) 46 McGill L. J. 533 at 539–540.
- (11) *British Columbia (Public Service Employee Relation Commission) v. B.C.G.E.U.*, [1999] 3 SCR 3 [Meiorin].
- (12) Meiorin, *ibid.* at para. 54.

- (13) Sheppard, *supra* note 10, at 541.
- (14) たとえば、メイオリン判決の中でもマクラクリン裁判官は「間接差別の分析はおそらく女性が統合されるべき主流な男性的規範をエントレンチすることに仕えている」と述べている。Meiorin, *supra* note 11, at para. 36.
- (15) Sheppard, *supra* note 10, at 551.
- (16) Meiorin, *supra* note 11, at para. 42.
- (17) Sheppard, *supra* note 10, at 550.
- (18) Sheppard, *supra* note 10, at 551.
- (19) 白水隆「憲法上の平等権概念と間接差別——カナダにおける議論を素材として(二)」法学論集一七一巻四号(二〇一二年)九三頁。なお、人権法領域における合理的配慮の法理については白水の研究から多くの示唆を受けている。
- (20) Avigail Eisenberg, "Rights in the Age of Identity Politics" (2013) 50 *Osgoode Hall L. J.* 609 at 626-627.
- (21) ウィル・キムリッカ(角田猛之他監訳)『多文化時代の市民権』(晃洋書房、一九九八年)一六七—一七三頁。
- (22) 浦山聖子「民族文化的少数者の権利」愛敬浩二編『人権の主体』(法律文化社、二〇一〇年)二二四頁。
- (23) Day & Brodsky, *supra* note 3, at 469-471. 「個別のニーズ」に対応することの重要性については、川島聡ほか「合理的配慮」(有斐閣、二〇一六年)等を参照。
- (24) もちろん、反対に制度変更を重視すべき場合も存在する。たとえば、実際に制度変更のアプローチを採用し、有酸素運動テストそのものを違法としたメイオリン判決のようなジェンダーが問題となる場合には、女性あるいは男性等といったある程度抽象化可能な集団のニーズに関わるため、個別の適用免除を認める等の合理的配慮の考慮よりも制度変更のアプローチを重視した方が適切であると考えられる。なお、制度変更アプローチと合理的配慮アプローチの差異を示す好例は、シェパードによって提示され、白水によって既に紹介されている以下の事例である。ある企業の職場において、会議が夕方の四時から六時までと社内規則によって設定されているが、そこに勤務する労働者Xは、託児所に預けている子供を六時前に迎えに行かなければならないと想定する。このとき、会議の時間を六時までと定める規則は、一見中立的であるが、幼い子供を持つ労働者Xに対する間接差別を生じさせている。この想定に対して、制度変更を試みるのであれば、会議のスケジュールそのものを変更することになり、合理的配慮を試みるのであれば、労働者Xに会議の早退を認め、かつ、それが不利益評価にならないようにする。合理的配慮による措置でも妥当かもしれないが、会議の後半に出席できない労働者Xは、不利益

- 評価こそ受けないものの、ほかの労働者と十分なコミュニケーションを採ることが出来ないことを理由にリーダーシップを發揮しなければならぬ重要なポジションに就くことが困難になるかもしれない。したがって、可能であれば制度変更が望ましいことになる。白水・前掲注(19)八九―九〇頁、Sheppard, *supra* note 10, at 552-553.
- (25) *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 SCR 551 [Amselem].
- (26) 合理的配慮の法理との関係は、山本・前掲注(2)二一九―二二〇頁を参照。
- (27) 交差性概念はアメリカの批判的人種理論の論者であるクレイショール(Kimberlé Crenshaw)によって、「黒人女性」という複合的な要因による差別の現状を把握するために導入された概念であり、現在「フェミニズムの理論において重要視されている。交差性概念から合理的配慮を捉える視点を提示するものとして、飯野由里子「多様な差異を踏まえた合理的配慮」川島他・前掲注(23)一八一頁以下も参照。See Kimberlé Crenshaw, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex" (1989) U. Chicago Legal F. 139.
- (28) *R v. N. S.*, [2012] 3 SCR 726 [N. S.].
- (29) Vrinda Narain, "The Place of the Nigab in the Courtroom", (2015) 9 ICL Journal 41 at 50.
- (30) See *Zyberberg v. Sudbury Board of Education*, [1988] 52 DLR (4th) 577; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, [2015] 2 SCR 3, 参照。山本・前掲注(1)四八―五一頁。
- (31) *Mulani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 SCR 256 [Mulani].
- (32) 佐々木雅寿「カナダ憲法における比例原則の展開——『オークス・テスト(Oakes Test)』の内容と含意」北大法学論集六三巻二号(二〇一二年)六〇四頁以下参照。
- (33) この種の批判に関連し、合理的配慮の法理は、「配慮する者」と「配慮される者」を区別し、「我々があなたに配慮を与える」という植民地主義的特権を想起させると主張するラティカルな立場に基づく批判もある。かなり極端な立場からの批判であると思われるため、本稿では取り上げない。Lori G. Beaman, "It was all slightly unreal: What's Wrong with 'Tolerance and Accommodation in the Adjudication of Religious Freedom?'" (2011) 23 Can. J. Women & L. 442.
- (34) Benjamin L. Berger, *Law's Religion: Religious Difference and the Claims of Constitutionalism* (Toronto: University of Toronto Press, 2015). なお、本書の中心をなす論稿の初出は「Law's Religion: Rendering Culture" (2007) Osgood Hall L. J. 277; "The Cultural Limits of Legal Tolerance" (2008) 21 Can. L. J. & Jur. 245. 以下、その公表以来「バーガーの議論はカ

- ナダの信教の自由論に多大な影響を与えてきた。本章における本書からの引用は本文中の括弧内に引用頁を記す形で行う。
- (35) バーガーは、「立憲主義 (constitutionalism)」と「立憲的法の支配 (constitutional rule of law)」をほぼ互換的に用いる。従って、バーガーの描く「立憲主義」は憲法を頂点とする(憲)法秩序による統治を意味すると考えられる。
- (36) N. S., *supra* note 28, at para 72.
- (37) 合理的配慮は社会的な現象としても知られており、ムルタニ判決を契機として、ケベック州を中心に合理的配慮による宗教的少数派への配慮の行き過ぎが国家的な議論となったのである。See, Gérard Bouchard & Charles Taylor, *Building the Future: A Time for Reconciliation* (Government of Quebec, 2008).
- (38) これは、二〇一四年にケベック州で、公務員が職務を行うときや、公共のサービスを受ける際に宗教的シンボルの着用を禁止すること等を目的とする「ケベック価値憲章」と呼ばれるケベック人権憲章の改正を含む法案がケベック州議会選挙の争点となったことに起因する。参照、飯笹佐代子「ケベック価値憲章」をめぐる論争「ケベック研究六号(二〇一四年)三〇頁以下、山本健人「国籍取得と多文化国家カナダ——イスハーク判決の位置付けとその憲法問題」法政論叢五三巻一号(二〇一七)一四三—一四五頁等。
- (39) Fred Dalmayr, *Beyond Orientalism* (Albany: State University of New York Press, 1996); 邦訳(片岡幸彦監訳)『オリエンタリズムを超えて』(新評論、二〇〇一年)。
- (40) See also, Dalmayr, *Ibid.* at 3-18.
- (41) *Ibid.* at 24-27.
- (42) *Ibid.* at 31.
- (43) 紙幅の都合により、本稿では取り上げることが出来なかつたが、バーガーは、現代リベラル社会における寛容を批判的に検討するブラウンに依拠しつつ、カナダ連邦最高裁や多文化主義、リベラリズム理論が詳細な批判的検討なしに採用する「寛容」の言説にも批判の目を向けており、興味深い。なおブラウンは、寛容の言説が常に支配的な社会権力あるいは政治権力のために文明と野蛮を区分すると鋭い批判を向けつつも、「いくつかの種類の暴力や虐待を和らげている寛容の価値まで自動的に否定されるわけではなら」とも指摘しており、「寛容」の取扱いの難しさを示唆している。See, Wendy Brown, *Regulating Aversion* (Princeton University Press, 2006); 邦訳(向山恭一訳)『寛容の帝国』(法政大学出版局、二〇一〇年)。
- (44) R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 SCR 295 at 336.

- (45) Amselem, *supra* note 25, at paras. 1, 87.
- (46) *Chamberlain v Surrey School District No. 36*, [2002] 4 SCR 710 at para. 21 [Chamberlain].
- (47) Amselem, *supra* note 25, at para. 1.
- (48) Multani, *supra* note 31.
- (49) *B. (R.) v Children's Aid Society*, [1995] 1 SCR 315.
- (50) *Trinity Western University v. College of Teachers*, [2001] 1 SCR 772.
- (51) Chamberlain, *supra* note 45.
- (52) *See Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [1998] 60 BCLR (3d) 311 at para. 94.
- (53) *N. S.*, *supra* note 28.
- (54) この枠組みについては、山本・前掲注(2)二二五―二二七頁を参照のこと。
- (55) キムリッカ・前掲注(21)二二六頁以下。バーガーはキムリッカのほかに、多文化主義の理論としてシャカール (Ayelet Shachar) の理論を取り上げるが、彼女は、キムリッカの議論では集団内のヴァルネラブルな成員(主に女性や子供)への視点が不足していることを指摘し、この解決策を示す優れた理論を提示するものの、リベラルな多文化主義の枠を超えるものではないとする。またバーガーは、タリー (James Tully) の議論も取り上げるが、対話的立憲主義を構想する彼の議論は、むしろ異文化接触の「対話的モード」に接近するとして、示唆的ではあるが採用できないとする。See Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdictions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001); James Tully, *Strange Multiplicity* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995). タリーの議論については、長谷部泰男「文化の多様性と立憲主義の未来」同『比較不能価値の迷路』(東京大学出版会、二〇〇〇年)四九頁以下、高木康一「カナダ憲法における多文化主義」憲法問題二二三号(二〇一二年)四七頁以下も参照。
- (56) バーガーがカナダの近代立憲主義の際立った特徴として何を指定しているかは明示されていないが、彼の議論を見る限りでは、法の支配という要請、憲法上の権利ないし人権の保障、そして、リベラリズムの影響を強く受ける個人主義、個人の自律と選択、公私区分であると考えられる。Berger, *supra* note 34, ch1, ch2.
- (57) バーガーは、より優れたオルタナティブな議論は何かを結論付けるまでには至っておらず、これを「当面の課題」として 548° Berger, *supra* note 34, at 19, 148.

- (58) バーガーはこの企てを「無関心としての法の寛容 (law's tolerance as indifference)」と呼び、この立場は「単純なものでも美德のないものでもない」とする。Berger, *supra* note 34, at 129. なお関連して、(憲) 法論としての「無関心」インディファレンツ」を論ずるものとして、石川健治「インディファレンツ——〈私〉の憲法学」比較法学四二巻二号(二〇〇九年)一四五頁以下。
- (59) 「カナダの多文化主義」を、社会統合を目的とした、個人主義を基調とする「リベラルな多文化主義」であると位置付けるものとして、山本・前掲注(一)等を参照。また、カナダの多文化主義の成功を多文化主義の「過小」にあるとする高木康一の診断は、ラディカルな多文化主義の危険性の裏返しとしても理解可能であろう。高木・前掲注(55)五六頁。
- (60) ただし、「立憲主義」の意味の多義性については、南野森「立憲主義」同編『憲法学の世界』(日本評論社、二〇一三年)二頁以下等参照。
- (61) Berger, *supra* note 34, at 148. この点、一般的に法に反映されるのが多数派の宗教的価値であるとすれば、その強要は「暴力性そのもの」となる場合もある。大屋雄裕「宗教の近代性とその責任——空知太神社事件」駒村圭吾編『テキストとしての判決』(有斐閣、二〇一六年)二九一頁。
- (62) Berger, *supra* note 34, at 129.
- (63) Berger, *ibid.* at 128-129.
- (64) Howard Kislowitz, "Faithful Translations?: Cross-Cultural Communication in Canadian Religious Freedom Litigation", (2014) 52 Osgoode Hall L. J. 141.
- (65) Bhiku Parekh, *Rethinking Multiculturalism* 2nd ed. (New York: Palgrave Macmillan, 2006) at 163.
- (66) Kislowitz, *supra* note 64, at 156-158.
- (67) なお、キスロウィツクは *コトバ* という「弱い対話」としてコミュニケーション (communication) という語を使うが、「対話のモード」との対称性を明らかにするため、本稿では「弱い対話」とした。
- (68) Kislowitz, *supra* note 64, at 153.
- (69) Ken Tsutsumibayashi, "Fusion of Horizons or Confusion of Horizons?: Intercultural Dialogue and Its Risks" (2005) 11 Global Governance 103, at 111.
- (70) Kislowitz, *supra* note 64, at 153-154.

- (71) *Ibid.* 文化本質主義と合理的配慮の関係については Eisenberg, *supra* note 20.
- (72) *Ibid.* see also, Tsutsumibayashi, *supra* note 69, at 106-107.
- (73) この点、合理的配慮の法理はその手続的側面との関係もあり、広く市民社会での異文化間の対話を促進するものとして評価されるが、その検討・評価は(憲)法学を専門とする筆者の能力を超えるものである。この側面については、飯笹佐代子「多文化社会ケベック、共存の模索」ケベック研究創刊号(二〇〇九年)六二頁以下、仲村愛「ケベック州の「和解」の原理」ケベック研究四号(二〇一二年)九〇頁以下を、合理的配慮の法理の手続的側面については、山本・前掲注(2)を参照のこと。
- (74) Jeremy Webber, "A Judicial Ethic for a Pluralistic Age" in Omid Shabani, ed. *Multiculturalism and Law* (University of Wales Press, 2007) at 88.
- (75) 例えば、当事者へのインタビュから以下のようなやり取りが指摘される。「私がナイフなど持ったことがないと言うと、……先生は、あなたが身に着けているのは武器もしくはナイフではないのかと言った。私は違うと言った。では、あなたが服の下に持っているものは何かと先生は尋ねた。私はカーパンだと答えた」。Kislowicz, *supra* note 64, at 171.
- (76) こうした観点から、弁護士役割を論じるものとして、*see*, James Boyd White, *Justice as Translation* (Chicago: University of Chicago Press, 1990); Diana Eades, "Telling and Retelling Your Story in Court: Questions, Assumptions and Intercultural Implications" (2008) 20 *Current Issues in Crim. Just.* 209.
- (77) Kislowicz, *supra* note 64, at 171-172.
- (78) Multani, *supra* note 31, at para. 37.
- (79) Multani, *ibid.* at paras. 70-71.
- (80) *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, [2015] 1 SCR 613, [Loyola]. 本件は信教の自由の集団的側面に関する価値の問題のほかにも多岐にわたる問題を有するが、紙幅の都合もあるため、その他の論点の検討は別稿にて行いたい。
- (81) *An Act Respecting Private Education*, CQLR, c E-9, 1, s. 25, 35.
- (82) E R C P の主な目的は「他者の承認」と「共通善 (common good) の学習」であり、これを達成するために、生徒が①倫理的問題を自覚する、②宗教的事象を理解する、③対話に従事する能力を発達させることを求める。Loyola, *supra* note 80, para. 11; Spencer Boudreau, "From Confessional to Cultural: Religious Education in the Schools of Quebec" (2011) 38

- Religion & Education 212, at 220. この点に関連して、多文化社会における (公) 教育の役割を論ずるものとして、松尾陽「リベラルで民主的な社会に対するアーニッシュユの問ひかけ——The Story of Wisconsin v. Yoder, 409 U.S. 205 (1972)」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカ憲法と公教育』(成文堂、二〇一七年) 一七四—一八二頁参照。
- (83) *Regulation respecting the application of the Act respecting private education*, CQLR, c. E-9.1, r. 1, s. 22.
- (84) Loyola, *supra* note 80, paras 59-60.
- (85) *S. L. v. Commission scolaire des Chênes* [2012] 1 SCR 235.
- (86) Loyola, *supra* note 80, para. 61.
- (87) Loyola, *supra* note 80, para. 33. なお、アベッラ裁判官は、ERCPの免除条項の「同等」のプログラムの提供という文言に着目し、「これはERCPとほとんど酷似したプログラムを用意しなければならないことを意味せず、そのように理解した担当大臣の認定は、法律の目的と信教の自由の価値の比較衡量に失敗しているとする。その一方で、ロヨラは自由に宗教教育を行っていいわけではなく、平等、人権、民主主義を含む国家の中心的価値を促進させる正当な利益を州政府は有しているので、ロヨラの提示するオルタナティブがこれに適合するかを検討する必要が別途存在するとして、このような観点から大臣の認定を再考すべく、本件を差し戻している。
- (88) Loyola, *ibid.* at paras. 91-95. 少数意見は結論においても多数意見よりラディカルで、差し戻して検討するまでもなく、ERCPからの免除を認めるべきだとする。
- (89) 法は宗教を個人主義の観点から認識してきたと論じるバーガーもこの判決の持つインパクトを認めている。Berger, *supra* note 34, at 77 foot note 52; See also, Howard Kislowicz, "Loyola High School v. Attorney General of Quebec: On Non-triviality and the Charter Value of Religious Freedom" (2015) 71 S. C. L. R. (2ed) 331. この点、法廷意見が、集团的権利に親和的な見解を提示しつつきたニョーマン (Dwight Newman) の著作を引用しつつある点も興味深いトピックである。Loyola, *supra* note 80, para. 60. See Dwight Newman, *Community and Collective Rights* (Oxford: Hart Publishing, 2011).
- (90) Howard Kislowicz, "Developments in Religious Freedom: What Sagunay and Loyola Tell Us and Don't>About the Trinity Western University Law School Cases" (2016) 72 S. C. L. R. (2ed) 75, at 81.
- (91) 栗田佳泰「宗教の自由——いかなる場合であれば宗教上の理由に基づいて法的義務を免れることができるか。」大沢秀介・大林啓吾編著『アメリカの憲法問題と司法審査』(成文堂、二〇一六年) 一九二頁。なお、栗田が指摘するように、当

然ながら立法府にも他者との対話が求められるし、合理的配慮の議論が示唆するように、行政にも求められる。後者については、山本・前掲注(2)を参照。

山本 健人 (やまもと けんと)

所属・現職

慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

日本学術振興会特別研究員(DC1)

駒澤大学法学部非常勤講師、立正大学法学部非常勤講師

神田外語大学外国語学部非常勤講師

慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

最終学歴

日本公法学会、全国憲法研究会、憲法理論研究会

所属学会

日本法政学会、日本カナダ学会

専攻領域

憲法、移民法

主要著作

「カナダの多文化主義」に基づく憲法解釈の側面——信教の自由における「承認」の原理を中心に」『法学政治学論究』第一〇七号(二〇一五年)

「カナダにおける信教の自由と合理的配慮の法理——その多文化主義的擁護に向けた緒論」『法学政治学論究』第一一〇号(二〇一六年)

「国籍取得と多文化国家カナダ——イスハーク判決の位置付けとその憲法問題」『法政論叢』三卷一号(二〇一七年)