

## 論説 精神の自由とアメリカ連邦最高裁 : 「精神の自由」の事件をめぐる判例法理

著者	土屋 英雄
雑誌名	筑波法政
巻	40
ページ	1-42
発行年	2006-03-31
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2241/00156084">http://hdl.handle.net/2241/00156084</a>

## 精神の自由とアメリカ連邦最高裁

——「精神の自由」の事件をめぐる判例法理——

土屋英雄

### 〔目次〕

第一部 「精神の自由」に関する連邦最高裁の最新判決

一 「国旗忠誠の誓い」事件控訴審の違憲判決

二 連邦最高裁の判決

三 「学校卒業式での祈りの儀式」違憲判決—良心と信仰の間接的強制の禁止

第二部 「精神の自由」の事件をめぐる連邦最高裁の判例法理

一 ゴビティス事件判決

二 判例変更—バーネット事件判決の衝撃と射程

(1) 判決の直接的射程

(2) 判決の理念的射程

- 三 テインカー事件判決―「学校は全体主義の飛び地ではない」
- 四 バーネット判決以後の学校での国旗宣誓・敬礼の拒否に関わる諸判決
- 五 市民による国旗侮蔑・焼却―連邦憲法修正第一条上の「表現的行為」
  - (1) ストリート事件判決
  - (2) ゴーゲン事件判決及びスペインス事件判決
  - (3) ジョンソン事件判決
  - (4) アイクマン事件判決
- 六 国歌、州の標語、教師在職条件としての思想賛同等に関わる諸判決
  - (1) シェルダン事件判決
  - (2) ウリー事件判決
  - (3) アブード事件判決
- 七 連邦最高裁判例に対する抵抗―ゴビティス事件判決の系譜
  - (1) スペンス事件のレーンクイスト反対意見
  - (2) ジョンソン事件のレーンクイスト反対意見
  - (3) アイクマン事件のステイヴンズ反対意見
  - (4) 抵抗と判例尊重―ジャンセン事件・ウイスコンシン州最高裁判決
- 八 結びにかえて―アメリカと日本の比較の仕方

## 第一部 「精神の自由」に関する連邦最高裁の最新判決

### 一 「国旗忠誠の誓い」事件控訴審の違憲判決

アメリカの連邦第九巡回区控訴裁判所は、二〇〇二年六月二六日、全米の注目を集めた判決を出した。「国旗忠誠の誓い」事件 (Newdow v. U.S. Congress) に関する違憲判決である。

この事件の概要は次の通り。

マイケル・A・ニューダウの娘が通っていたカリフォルニア州の公立小学校は、州法と学区の施策に沿って、教師が生徒を指導して国旗忠誠の誓いを斉唱することで学校日を開始していた。州法（カリフォルニア州教育法）は、公立学校は「適切な愛国的な儀式」で各学校日を始めるように要求し、かつアメリカ合衆国の国旗への忠誠の誓いを行うことは、この要求を満たすと規定していた。この州法を実施するために、ニューダウの娘が通う学区は、「各小学校の学級は一日に一度、国旗への忠誠の誓いを斉唱する」という施策を出していた。

忠誠の誓いの言葉は、連邦議会が一九四二年六月二二日に制定した当初では、「私は、アメリカ合衆国の国旗に、およびそれが象徴する共和国すなわち全ての人に自由と正義をもたらす、不可分の一つの国家に、忠誠を誓います」というものであったが、連邦議会は一九五四年六月一四日、これを修正して、「不可分の」と「一つの国家」の間に「神の下に (under God)」という言葉を加えた。

ニューダウは、彼の娘の教師と学区が忠誠の誓いを斉唱するように娘に強要している、と申し立てたものではなかった。そうではなく、神は存在し、我々の国家は「神の下に一つの国家」であると公言する儀式において、教師が同級生を指導しているのを、娘が見たり聞いたりするのを余儀なくされていることで感情的に傷ついている、と彼は主張したのであった。

ニューダウは、一九五四年の連邦法、カリフォルニア州法および学校区の施策は連邦憲法修正第一条(本件では政教分離関係の条項)に違反するとして、宣言的救済と差止命令による救済を求めて提訴した。第一審の連邦地裁は、この請求を却下した。第二審の連邦第九巡回控訴裁判所は、二対一で、憲法違反の判決を出し、第一審判決を破棄、差し戻した。違憲の裁判官は、アルフレッド・T・グッドウイン(一九七一年、ニクソン大統領任命)とステファン・レインハルト(一九八〇年、カーター大統領任命)であり、合憲の裁判官はフェルディナンド・フェルナンデス(一九八九年、ブッシュ大統領任命)である。

この違憲判決に対する反応はすさまじかった。判決当日、アメリカ大統領報道官のフライシャーは「ばかげた判決だ」というのが、大統領の反応だ」とコメントし、民主党の上院院内総務のトム・ダシュルは「正気でない」と言い、司法省は裁判やり直しを要求した。判決翌日、大統領のブッシュは「判決はアメリカの伝統と歴史から逸脱している」と非難し、また、連邦議会の上院は九九対〇、下院は四一六対三(その他一一)で、判決批判の決議を採択した。

過去も現在も、アメリカで最も激しい憲法上の争点は「国家」と「神」に関わる問題である。そして、これが、今回、国旗忠誠の誓いの違憲判決を契機として同時に噴き出てきた。アメリカでは、特に国家的危機の際に、「国家」と「神」が結びつけられる傾向がある。硬貨に「In God We Trust」の文字が書き込まれたのは「南北戦争」(一八六一―一八六五年)の結果であったし、国旗忠誠の誓いに「under God」の言葉が加えられたのは「冷戦」の真つ盛りするとき(一九五四年)であり、今度の違憲判決への異様ともいえる反応は、二〇〇一年の「九・一一事件」と「報復戦争」開始からさほど時間が経過していない時期のものである。危機意識が「国家」と「神」の問題の扇情性を極端にまでに増幅させたともいえる。

国旗をめぐる憲法問題は、判例の分類上、大きくは国旗宣誓・敬礼の拒否に関わる問題と国旗侮辱・焼却に関わる問

題に分けられる。ニューダウ事件は前者の系譜に属するが、しかし、先述のように、ニューダウは彼の娘が国旗忠誠の誓いの斉唱を「強要」されているので憲法違反だと主張したのではなく、「神の下」の国家を公言する儀式において教師が同級生を指導しているのを、娘が見たり聞いたりするのを余儀なくされていることで感情的に傷ついていると主張したのである。国旗忠誠の誓いの儀式の間、憲法上の権利として、沈黙や着席で拒否の意思表示をすることができるのは既に確立された判例法理である。沈黙や着席で忠誠の誓いを拒否するのでなく、ニューダウが忠誠の誓いの儀式そのものをやめさせるために提起した憲法的根拠は、国家と宗教の結合を禁止する政教分離条項であった。そして、控訴裁判所はこの政教分離条項違反を認定したのである。判決は、連邦最高裁内部でいまだ攻防が続いている政教分離関係事件の審査基準であるレモン・テスト、エンドースメント・テスト、強制テストのすべてを適用し、いずれのテストで審査しても政教分離条項違反であるという結論を出した。

ニューダウ事件は、その後、控訴審の違憲判決の効力停止、二〇〇三年二月二十八日の控訴裁判所の違憲判決（学校区の施策の違憲を確認）等を経て、最終的には、連邦最高裁へ持ち上げられた。

## 二 連邦最高裁の判決

二〇〇三年一月一四日、サーシオレイライ（裁量上訴）を認めた連邦最高裁は、二〇〇四年六月一四日に判決を出した（*Elk Grove Unified School District v. Newdow*, 542 U.S. 1 [2004]）。

当該判決は、①第一審原告のマイケル・ニューダウは、非監護権者の父親として本件訴訟を提起する当事者適格を有しているかどうか（なお、娘の監護権者は母親）、②もし有しているとすれば、忠誠の誓いの学校区の施策は連邦憲法修正第一条（以下、修正第一条と略す）に違反しているかどうかに争点を絞った上で、①でニューダウは当事者適格が

欠けていると判じ、②の忠誠の誓いの違憲性については触れなかった。

法廷意見はステイヴンズ裁判官が執筆し、これにケネディ、スーター、ギンズバーグ、ブライヤーの各裁判官が加わった。レーンクイスト首席裁判官が分離の補足意見を執筆し、これにオコナー裁判官とトーマス裁判官（第一部のみ）が加わった。オコナーとトーマスの各裁判官がそれぞれ分離の補足意見を執筆した。スカリア裁判官は審査と判決に加わらなかった。

当該判決はいわば肩透かしの判決であるかのようなのであるが、しかし、連邦最高裁が本件について正面から憲法判断を下した場合、先行判例である公立学校の卒業式での祈りの儀式に関する連邦最高裁の違憲判決（*Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 [1992]）を維持するかぎり、本件の国旗忠誠の誓いの儀式についても違憲判決を出す可能性があった。このことを明確に述べたのは、分離の補足意見を執筆したトーマスである。もともと、トーマスがそう論じたのは、先行判例のリー事件判決を維持する立場からではなく、判例としてリー事件判決を維持するかぎり、国旗忠誠の誓いの儀式を合憲とすることはできないので、リー事件判決を打ち倒さなければならないという立場からであった（なお、トーマスは、修正第一条の政教分離条項は「州」の政教分離問題には適用されないということも併せて主張していた）。

実際に、国旗忠誠の誓いの儀式を違憲とした控訴裁判所も、違憲の論拠の一つとしてリー事件判決を次のように援用していた。

「本件の学校区の施策と連邦法は、リー事件におけるように、生徒たちをして、宗教的内容をもつ儀式に参加するか、あるいはそれに抵抗するかのどちらかを選択するように、という擁護できない立場に置く」。連邦最高裁がリー事件における卒業式での祈りに関して述べたように、「大多数の信仰者にとっては、非信仰者が信仰者の宗教的行為を尊重すべきという合理的要求にすぎないように思われることは、学校というコンテキストでは、国家の機関を宗教的な正統を

強いるために用いる試みであると非信仰者または反対者には見えるかもしれない」。学校の生徒たちの年齢と感受性からして、および学校、教師、同級生たちによつて設定された規範に従うように要求されているという生徒たちの理解からして、忠誠の誓いの施策の強制的効果は、学校という環境においてはとりわけ顕著である。さらに、「生徒たちが儀式に参加するように要求されていないという事実は、バーネット事件と本件を区別する何の根拠ともならない。というのも、各生徒に対する斉唱の要求がなくとも、『神の下に一つの国家』という言葉を生徒が毎日聞くよう要求されているという事実は、強制的効果をもつ」。

控訴裁判所とトーマスが論じるように、リー事件判決を維持するかぎり、なぜ本件ニューダウ事件を違憲とせざるを得ないのか、以下、具体的に検討してみよう。

(なお、国旗に執着が強いレインクイストは―後述のジョンソン事件での彼の反対意見参照―、その分離の補足意見で忠誠の誓いの合憲性に論及しているが、彼も、忠誠の誓いの斉唱を「希望する生徒」が行うことは政教分離条項に違反しないとしつつ、「憲法は、学校の生徒たちが忠誠の誓いの儀式に出席したくないならば、そうしない権利があることを要求している」と論じていることに注意する必要がある。)

### 三 「学校卒業式での祈りの儀式」―違憲判決―良心と信仰の間接的強制的禁止

公立学校の卒業式での祈りの儀式の違憲性が問われたリー事件の概要は次の通りである。

ロード・アイランド州の州都のプロVIDENSにおける公立の中等、高等学校の校長は、その学校の卒業式で祈りを捧げる聖職者を招くことが認められてきた。これはプロVIDENS教育委員会と教育長の施策であった。ネイサン・ビショップ中等学校の校長である上訴人のロバート・リーは、デボラ・ヴァイスマン(一四歳)を含む卒業式でこの祈り



をするために、ラビ（ユダヤ教の教師）を招き、彼に市のセレモニーでの公的な祈りの構成のためのガイドラインが書かれているパンフレットを与え、かつ祈りは非宗派的な内容であるようにと忠告した。卒業式の少し前、連邦地裁は、デボラの父親である被上訴人のダニエル・ヴァイスマンの、卒業式に祈りを含めることを学校当局に禁じる一方的緊急差止命令（temporary restraining order）を求める申立てを拒否した。

デボラとその家族は、一九八九年六月二十九日、学校構内での卒業式に出席し、そこで祈りが朗唱された。その後、ヴァイスマンは、リーおよび他の上訴人（プロヴィデンスの公立学校の当局者）が将来の卒業式で、神への祈りと感謝の祈りを捧げるために聖職者を招くことを禁止する終局的差止命令（permanent injunction）を求めた。そこでの根拠は、修正第一条の政教分離条項である。連邦地裁は、卒業式での祈りは政教分離条項に違反するとして、その行為を続けることを禁じた。その際、判決はレモン・テストのなかの「効果」基準に違反するとした。連邦控訴裁判所は原判決を維持した。判決は二対一。二人のうち一人は地裁の意見を採用したが、もう一人はレモン・テストのすべての部分に違反するとした。

連邦最高裁は卒業式での祈りの儀式は政教分離条項に違反すると判じた。ケネディ裁判官が法廷意見を執筆し、これに、ブラックマン、ステイヴンズ、オコナー、スーターの各裁判官が加わった。ブラックマン、スーターの各裁判官が補足意見を執筆し、それぞれに、ステイヴンズ、オコナーの各裁判官が加わった。スカリア裁判官が反対意見を執筆し、これに、レークイスト首席裁判官、ホワイト、トーマスの各裁判官が加わった。

法廷意見は次のように判じた。

- ① 連邦憲法の修正第一条の宗教の自由活動条項は「良心（conscience）の自由と崇敬（worship）の自由を含む」。良心と信仰（belief）の不可侵は「自由な人々の標識」である。わが法廷がこれまで述べてきたように、「初等・中等

の公立学校において、微妙で強制的なプレッシャーから良心の自由を保護することは高度に配慮される」。

② 一九六二年のエンゲル事件、一九六三年のシェンブ事件での「我々の判決は、とりわけ公立学校における祈りの儀式は間接的強制 (indirect coercion) という特殊な危険をとまなうということを確認している。その強制は学校というコンテキストに限られないかもしれないが、学校では最も明白である」。「大多数の信仰者にとっては、非信仰者が信仰者の宗教的行為を尊重すべきという合理的な要求にすぎないように思われることは、学校というコンテキストでは、国家の機関を宗教的な正統を強いるために用いる試みであると非信仰者または反対者には見え得る」。

③ 「否定できない事実」は、学校による卒業式の監督と管理は、「出席する生徒たちに、神への祈りと感謝の祈りの間、集団として起立するように、もしくは少なくとも、敬意を込めた沈黙を守るようにという公的なプレッシャー―生徒仲間からのプレッシャーとともに―を課するということである。このプレッシャーは微妙で間接的であるけれども、明白な強制 (compulsion) と同じくらい現実的なものであり得る」。

④ 「卒業式に出ている生徒たちの多く―大多数でないにしても―にとつて、起立するもしくは沈黙を守る行為は、ラビの祈りへの参加の表明であることに疑いはあり得ない。…その場合、反対者にとつて起立する行為もしくは沈黙のままでの参加の表明は、参加というよりむしろ単に敬意を示すにすぎないと言われても、その反対者にはほとんど慰みにならない。重要なのは、我々の社会的慣習からして、この状況における分別ある反対者は、その集団的な儀式がその人自身の儀式への参加またはその承認を示すものであると信じ得る、ということである」。「この状況の下で何の侵害もないと認定すれば、それは反対者をして「参加する」か「抗議する」かのジレンマに置く。「我々は、影響にさらされる市民がもし十分発達した成人であるならば、その選択が受け入れられるかどうかに焦点を当てない。しかし、政教分離条項に違反しないためには、国家は初等・中等学校の生徒をこの立場においてはならないと

我々は考える。心理学における研究は、未成年者はしばしば、順応するように仲間からのプレッシャーを受けやすいという、およびその影響は社会的慣習のことがらにおいてが最も強いという一般的な想定を支持する」。

⑤ 「ティーンエイジの生徒は高等学校の卒業式に出席しないという真の選択の自由をもつと言うことは、極端に形式主義である。確かに、デボラは、卒業証書を放棄することなしに卒業式に出席しないという選択をすることができ。しかし、我々は、本件をこのことに集約させることを許さない。我々の社会と文化においては、高等学校の卒業式は、人生の最も重要な祝典の一つであるということを誰もが知っている。卒業式出席を免除する学校のルールは問題外である。出席が公的な命令によって要求されてはならないが、しかし生徒が『自発的』という言葉の意味で自由に卒業式を欠席しているわけでないことは明らかである。なぜならば、欠席は、生徒に青春と高等学校の生活のすべての動機となってきた無形の利益の喪失を要求するからである。卒業式は、生徒の家族と近親者にとって、成功を祝い、感謝と尊敬の相互の願いを表明する機会である」。生徒が「自分の高等学校の卒業式への出席を犠牲にして」、国家が生徒に順応させるようにすることを「憲法は禁止している」。

先行判例としてのこのリー事件判決を打ち倒すことを主張するトーマスは、当該判決は「生徒たちが卒業式へ出席するように要求されていないという事実」と「生徒たちは、卒業式の宗教的部分へ参加するように、何らかの意味で強制されているわけではないという事実を無視した」と、ある意味で的確に指摘している。しかし、より正確には、当該判決は、上の事実を「無視」したのではなく、そうした事実があるうとなかろうと、卒業式での祈りの儀式は連邦憲法に違反すると意識的に判示したのである。

また、トーマスはリー事件とニューダウ事件を比較して、後者は前者よりも違憲性のレベルが高いと、これまた、ある意味で的確な指摘をしている。トーマスは言う。「リー事件判決に従えば、我々は、多くの点においてリー事件での

争点の祈りよりもっと重大な問題を課する本件の忠誠の誓いの政策を違憲としなければならぬ」。というのも、「卒業式での祈りは一時的な行事であり、卒業生たちは（まだ成人でないにしても）成人に近く、また親たちも通常、出席している。これに対して、本件（Ⅱニューダウ事件）の大変若い生徒たちは、親の保護から隔離されて、毎日、毎日、忠誠の誓いにさらされている」からである。さらに、トーマスは、リー事件では「生徒たちは卒業式に出席するように仲間からのプレッシャーを感じるかもしれないが、本件（Ⅱニューダウ事件）でのプレッシャーは微妙どころではない。生徒たちは、實際上、学校へ出席するように：強制されている」と論じる。つまり、「学校卒業式での祈りの儀式」でさえ違憲なのに、ましてや「毎日の国旗忠誠の誓いの儀式」が違憲とならないわけがない、ということである。

トーマスによるリー事件とニューダウ事件の比較はほぼ的をついている。そうであるがゆえに、トーマスはリー事件判決を打ち倒す（判例変更すること）を主張する。しかし、判例変更の主張はトーマス一人である。当面、連邦最高裁が先行判例としてのリー事件判決を打ち倒す可能性は皆無に近い。この判決に加わった現職の裁判官は、ケネディ、ステイヴンズ、オコナー（二〇〇五年七月に辞職を発表）、スーターであり、リー事件で反対意見に加わっていたレンクイスト（二〇〇五年九月に死去）もニューダウ事件では、リー事件判決の維持を前提（独自の解釈を施しているが）にした補足意見を執筆している。リー事件判決後に就任した現職の裁判官のギンズバーグ、ブライヤーが判例変更賛成するとは、その立場からして想像し難い。

## 第二部 「精神の自由」の事件をめぐる連邦最高裁の判例法理

### 一 ゴビティス事件判決

ペンシルヴェイニア州の炭鉱町のマイナーズヴィルに住むゴビティス一家は、聖書を最高の権威とする「エホヴァの

証人」の信徒であり、彼らは、国旗宣誓・敬礼の行為は聖書の命令によって禁じられていと信じていた。ところが、ゴビティス一家の二人の子どもたちが通う公立小学校は、学校活動の一部として国旗への宣誓と敬礼を教師と生徒に要求していた（この儀式の際の誓いの言葉は「私は私の国旗に、およびそれが象徴する共和国すなわち全ての人に自由と正義をもたらす、不可分の一つの国家に、忠誠を誓います」というものであった）。一九三六年、子どもたちは、この要求を拒否したことで、学校から退学させられた。ゴビティス一家は、信教の自由を保障する連邦憲法（合衆国憲法）修正第一条等に基づいて訴訟を提起した。

第一審の連邦地裁のマリス裁判官および第二審の連邦控訴裁判所の三人の裁判官は、ゴビティス一家勝訴の判決を出した。とりわけ、まさに第二次世界大戦が勃発した年の一九三九年に出された第二審の判決は、ペンシルヴェイニア州およびその他の州での国旗宣誓・敬礼の強要政策を、当時のドイツのヒトラーの政策に類似のものと厳しく批判した。マイナーズヴィル教育委員会は、連邦最高裁に上訴した。これで、この裁判は俄然、全米の注目を集めることになった。連邦最高裁は速やかに審理を進め、一八四〇年、八対一でゴビティス一家敗訴の判決を言い渡した（*Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586）。法廷意見は、フランクファーター裁判官が執筆した。

法廷意見は、第一に、本件を広く思想・表現の自由の問題としてでなく宗教的信仰の問題として捉え、第二に、宗教的信仰の自由という権利は絶対的なものでなく一定の限界を有し、一般法への服従が要求される場合があるとし、第三に、国民的統一は国家的安全の土台であり、国旗はまさにその国民的統一のシンボルであると認識し、かつ自由社会の基礎は凝集的で一体的な感情をともなう拘束的つながりであり、こうした感情を喚起することは必要であると論じ、第四に、全ての子どもに公立学校への通学を強制することは憲法上で禁止されているが（私立学校へ通う権利があるということを含意）、公立学校において特定のプログラムや儀式で国家への愛着を助長することは許されると述べ、第五に、

アメリカン・デモクラシーの伝統的な理想への忠誠を確保するための適切な方法の選択は、司法ではなく世論や議会に任せられるべきであった。

これは単なる司法消極主義<sup>11</sup>司法的自己抑制でなく、国旗忠誠の宣誓・敬礼の儀式に対して肯定的価値判断をした上で、方法の選択面で司法は介入すべきでないというものであり、司法による現状のほぼ全面的な追認であった。こうした問題を世論や議会に任せるということは、マイノリティの信教の自由、思想の自由をマジョリティの判断に従属させるということを意味していた。この点で、唯一の反対意見を執筆したストーン裁判官が、権力による個人的自由の侵害はほとんど正義とか公共善とかの名目で正当化されてきたし、また権利章典上の問題について司法権が判断を控えるのは、マイノリティの自由の憲法上の保護を一般の世俗的意思へ屈服させるようなものだ、と論じたのは正鵠を得ていた。多数者意思にもかわからず個人の人權は確保されるべきだという視点を欠いた法廷意見には、国旗に象徴される「アメリカン・デモクラシー」に対する盲目的な信仰が伏在していた。そして、この判決は孤立的なものではなく、それまでのアメリカ諸州での国旗に関わる支配的な法実践を、連邦最高裁のレベルで明確に容認したものであった。

この判決後、ストーン裁判官の言うマジョリティによるマイノリティの抑圧が現実のものとなった。ゴビティス夫妻経営の食料品店はマイナーズヴィルの住民からбойкотされ、町から出ていくように脅迫された。他の地域でも、「エホヴァの証人」の集会所が焼き討ちされたり、集会所が襲撃されたり、「エホヴァの証人」側に立った弁護士が殴打されたりした。全米の各州においても、国旗宣誓・敬礼に関する法規が厳格に執行されるようになり、また新たな法規も制定された。この流れの一環として、一九四一年、ウエスト・ヴァージニア州議会が法規を改正して、国旗宣誓・敬礼を含めて、学校教育で「アメリカニズムの理想、原理、精神」を一層強く養成するための措置を採るように各学校に要求した。この法改正が次のバーネット事件連邦最高裁判決を引き出す契機となった。

## 二 判例変更―バーネット事件判決の衝撃と射程

連邦最高裁は、一九四三年、バーネット事件において、六対三で、衝撃的な判例変更を断行し、ゴビティス事件連邦最高裁判決を覆した（West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624）。法廷意見は新任のジャクソン裁判官が執筆した。バーネット事件判決の衝撃性は、第一に、それが連邦最高裁史上で最短かつ完全な判例変更であったこと、第二に、それが、国旗忠誠が必須的であった第二次大戦中に実行されたこと、第三に、短期間に二人の裁判官が交替し、三人の裁判官が自己の見解を変更したこと等に現れていた。

ゴビティス判決からバーネット判決までの三年の間に、ゴビティス事件でただ一人、反対意見を執筆していたストーン裁判官が首席裁判官に昇格し、ヒューズ首席裁判官とマックレイノルズ裁判官が引退して、後任にバーンズ裁判官とジャクソン裁判官が就任し、ゴビティスで法廷意見に加わっていたブラック裁判官、ダグラス裁判官、マーフィ裁判官はゴビティス判決に疑問を抱くようになっていた。バーネット事件で法廷意見に加わらなかった三人の裁判官のうち、ロバーツ裁判官とリード裁判官はゴビティス判決が維持されるべきだとだけ述べ、フランクファーター裁判官がただ一人、詳細な反対意見を執筆した。

バーネット事件においても、主役は「エホヴァの証人」信徒であった。ウエスト・ヴァージニア州教育委員会は、国旗宣誓・敬礼を公立学校の通常の活動プログラムの一部とし、これを拒否する生徒を「不服従」とみなして学校から追放したのみならず、生徒の保護者も訴追を免れなかった。州内の公立小学校に通うバーネット一家の二人の子どもは国旗宣誓・敬礼を拒否して退学処分となった。バーネット親子は、信教の自由と言論の自由を保障した連邦憲法修正第一条および法の適正手続きと平等保護を定めた修正第一四条に依拠して提訴した。

ジャクソン裁判官執筆の法廷意見は、本件は他人の権利と衝突するものでなく、また本件の拒否行動は平穏で秩序正

しいものであったことからして、唯一の問題は、州が国旗宣誓・敬礼を法的義務とする権限を有するか否かであると集約し、そうしてこの権限を認めたゴビティス事件判決の論拠を四つにまとめ、それらをこう全面的に批判した。第一に、ゴビティス事件判決は人民の自由のために政府自身が強くなければならぬとするが、これは政治的議論であり、もしこうした議論が有効に適用されれば、あらゆる自由権が無視されるようになる。第二に、ゴビティス事件判決は州当局の権限に干渉することは裁判所を教育委員会にしようとするが、州当局の権限は権利章典の枠内でのみ行使され得るものである。第三に、ゴビティス事件判決は本件のような争いの解決を世論や議会に任せるべきだとするが、権利章典の目的は、人の基本的権利を政治的論議とかマジョリティの意思とか選挙結果とかに関係なく、裁判所に審判権を行使させることにある。第四に、ゴビティス事件判決は国民的統一は国家的安全の土台であり、その国民的統一のための強制的手段は合憲であるとするが、本件で採用されている強制的行為は、修正第一条があらゆる公的統制から保護することを目的としている知性と精神の領域を侵害している。

ゴビティス事件判決に対するこれらの全面的批判は権利章典の擁護を土台としているが、この論がまさにゴビティス事件判決のいう「緊急事態」の第二次大戦中に展開されたところに、衝動的な意義の一つがあった。つまり、バーネツト事件判決の射程は、平時のみならず戦時においても有効ということを含蓄していたのである。この判決は、その後の国旗等に関わる思想・表現の自由の問題に巨大な影響をおよぼすことになったが、次に、当該判決の射程を直接的射程（事件の争点との関係での射程）と理念的射程（判決を基礎づけた理念との関係での射程）とに分けて整理してみよう。

### （一）判決の直接的射程

- ① 国旗宣誓・敬礼またはその拒否は「象徴表現」であり、修正第一条によって保障される。



- ② 国旗宣誓・敬礼の拒否は他人の権利を侵害・否定するものでなく、平穏で秩序あるものである限り、憲法上で保障される。
- ③ 国旗宣誓・敬礼の儀式の間、それへの参加を拒否するという意見表明に対する検閲や抑制が憲法上で許容されるのは、その意見表明が、公権力が防止し、処罰する権限を与えられている種類の行為で、かつ「明白かつ現在の危険」（または「重大かつ即時の危険」）を示す場合のみである。
- ④ 国旗宣誓・敬礼の拒否の問題は、特定の宗教的見解またはそれが保持されている真摯さが主題ではなく、個人の憲法上の自由すなわち「知性と精神の領域」の自由が主題であり、この領域は修正第一条によって、あらゆる公的統制から保護される。
- ⑤ 知性と精神の領域は、公権力や世論が干渉するものであつてはならず、また議会の投票や選挙結果に任せられはならない。知性と精神の自由が侵害される時は裁判所の審判権が発動される。

## （二）判決の理念的射程

- ① 本件では、直接的には、生徒が起立した上で国旗宣誓・敬礼を拒否した行為が争われているが、当該判決は起立か不起立かに焦点を当てずに、強制そのものが禁止されるとしている。つまり、国民的統一、感情と意見の統一のための一定の方法・手段の強制の禁止である。異議の強制的な除去は、異議者を根絶した後の「幕場」で意思統一するようなものだ、とするのである。判決はまた、この強制の禁止は「異議を唱える自由」「他人と異なる自由」を意味するとし、そして、この自由の実体が試されるのは、些細な事柄についてでなく、「現存の秩序の核心に触れる事柄について他人と異なる権利」があるか否かであると言つ。これからすると、国旗・国歌のみならず国家体制、

国家政策に対して、一定の儀式での不起立およびその他の方法で、または儀式以外の場での一定の方法（例えば黒い腕章の着用）で、個人（生徒だけでなく教師その他も）が異議を唱える自由も憲法上の保障の射程内に入ることになる。「異議を唱える自由」「他人と異なる自由」を行使する多様な方法・手段は、現実には、その後の連邦最高裁の各判決で広く保障されるようになった。

② 当該判決は、公教育が政治的議論から距離を置かれるべき理由について、「自由な公教育は、もし世俗的教育と政治的中立性という理想に忠実であるならば、党派的とはならないし、もしくは何らかの階級、信条、政党、党派の敵ともならないであろう。しかし、何らかのイデオロギー的な規律を課すことになれば、それぞれの政党とか宗派とかは教育制度を支配しようとし、またはその支配に失敗すれば、逆に教育制度の影響力を弱めようとするにちがいない」と言う。これからすると、国旗というシンボルが「政治的理念」を伝えるものであるとすれば、その国旗を「政治的中立性」を理想とする公教育の場に、知識教育の対象としてでなく宣誓・敬礼の対象として持ち込むこと自体の正当性が問われることになろう。

③ さらに、判決は単に教育の観点からのみでなく、広く思想・信条の自由の観点から次のように論じていた。「我々の憲法上の星座に不動の星 (fixed star) があるとすれば、それは、いかなる当局者も——上の地位であれ下の地位であれ——政治、ナシヨリズム、宗教において、または見解に関わる他の問題において、何が正統 (orthodox) であるかを定めることはできないし、あるいは市民に対してその信条を言葉や行為によって告白するよう強制してはならない、ということである」。このなかの「あるいは」の後の部分は、言葉や行為による信条の告白の強制の禁止すなわち沈黙の自由の保障を指しているが、「あるいは」の前の部分は、政治、ナシヨナリズム、宗教その他の見解問題について何が正統であるかを当局者が設定してはならないということ、すなわち思想・信条・信仰上での正

統の設定の禁止を指している。強制の有無に関わらないこの正統の設定そのものの禁止はきわめて重要な意義を有している。ただし、判決が、当局者が国民的統一を「説得」と「模範」によつて促すことは問題ではないとしている点に一定の曖昧さがあるが、権力・権威を背景としない純然たる説得や模範はともかくとして、権力・権威を背景とする説得や模範は、正統の設定の範疇内ものとなり得るであろう。いずれにしても、正統の設定の禁止という当該判決の理念的射程は、思想・信条・信仰上の問題の本質に関わるものであり、修正第一条の試金石とも言えるものである。

### 三 ティンカー事件判決——「学校は全体主義の飛び地ではない」

学校生徒の言論の自由の権利についての、バーネット判決以来の最も重要な連邦最高裁判決はティンカー事件判決であるとして、ティンカー事件判決がその冒頭近くで、「学校という特定の環境に照らして適用される修正第一条は、教師と生徒に利用され得る。生徒が教師のいづれかが、言論ないし表現の自由に対する自分たちの憲法上の権利を校門のところで打ち捨ててくる、と主張することはまずできない」と論じているように、事件そのものは生徒の行為に関わるものであったにしても、判決内容は教師にも適用され得るものであった。

判決は一九六九年に出されたが (*Tinker v. Des Moines Community School District*, 393 U.S. 503)、事件そのものは一九六五年に起きている。アイオワ州の公立高校の生徒たちは、ヴェトナム戦争への抗議の意思表示のために黒い腕章を着けて登校したことで、学校当局から停学処分を受けた。この処分の差止め命令を求めて提訴した生徒側は下級審では敗訴したが、連邦最高裁で勝訴した。フォータス裁判官執筆の法廷意見は、バーネット事件判決を継承しながらも、それを内容的にさらに補填・展開していた。

ティンカー事件判決は、「沈黙のシンボルたる腕章」の着用は「静かで受動的な意見表明」であり、それは「純粹な言論 (pure speech)」に類似のものであって、修正第一条上の直接的で主要な権利に関わるものであるとした。腕章着用は一般社会であれば、特別な場合を除いて問題とはなり得ないが、抗議の意思表示としての黒腕章の着用が、何よりも学校という場で認められるとしたところに重要な意義がある。バーネット事件でのような国旗宣誓・敬礼の拒否は、決められた時間かつ決められた場所で行われる儀式においてもであるが、黒腕章の着用は在校時間中かつ学校内全域で可能なものであり、抗議の意思の伝達効果は国旗宣誓・敬礼の拒否よりも明らかに強かつ広いものであった。これはバーネット事件判決の理念的射程から出てくるものではあるが、それを明示的かつ具体的に認めたことに画期性があった。

黒腕章着用によるメッセージの伝達効果が強かつ広いものであったがゆえに、第一審の連邦地裁は、混乱の恐れを理由として学校当局の処分行為を認めたのである。しかし、連邦最高裁は、混乱の恐れのみで表現の自由を抑圧することはできないとしたのみならず、むしろ、この混乱のリスクを引き受けなければならぬと憲法は命じている、と判じた。つまり、「絶対的な統制からのいかなる逸脱も、面倒を引き起こす可能性がある。マジORITYの意見からのいかなる変異も、恐れを生ぜしむる可能性がある。他人の見解からはずれた、教室やキャンパスで話されるいかなる言葉も、口論のきつかけとなったり混乱を引き起こしたりする可能性がある。だが、我々の憲法は、我々がこのリスクを引き受けなければならぬ」と語っており、「また我々の歴史は、我々の国民的強さの基盤とアメリカ人の独立心と活力の基盤は「こうした危険を恐れない自由であり開放性であると語っている」としたのである。

その上、当該判決は、州が特定の意見表明の禁止を正当化するためには、「その禁止が、不人気の見解に常に伴う単なる不快さ、嫌悪以上のものによってもたらされていることを立証できなければならぬ」と断じた。つまり、禁止行

為の正当性の立証責任を当局側に課したのである。具体的には、一九六六年のバーンサイド事件・連邦第五巡回区控訴裁判所判決を引用しながら、禁止された行為を行うことが「学校運営において適切な紀律の要求に物理的かつ実質的に干渉することになる」という事実認定と立証がない場合には、その禁止は支持されることはできない、とした。

上述の、混乱のリスクの引き受けおよび禁止正当化の立証責任の明示は、バーネット事件判決の補填・展開と言える内容のものである。これは、学校現場を、当局者の意思の生徒たちへの一方的な伝達の場合たる「全体主義の飛び地 (enclaves of totalitarianism)」にしてはならないという連邦最高裁の決意の表れであった。つまり、こうである。「我々の制度の下では、州運営の学校が全体主義の飛び地であってはならない。学校当局者は生徒たちに対して絶対的な権力を有していない。生徒たちは、学校の内でも外でも、我々の憲法の下での『人 (persons)』である。生徒たちは、州への義務を尊重しなければならぬと同様に、州が尊重しなければならない基本的権利を所有している。我々の制度の下では、生徒たちは、州が伝えるために選んだことのみを受け取る閉回路の受信人 (closed-circuit recipients) と見なされてはならない。生徒たちは、公的に認められた考えの表現のみに限定されてはならない」。学校現場を全体主義の飛び地にしてはならないという理念は、バーネット判決での憲法上の不動の星としての「正統の設定の禁止」という理念的射程を原的に継承し、展開させたものである。

#### 四 バーネット判決以後の学校での国旗宣誓・敬礼の拒否に関わる諸判決

国旗宣誓・敬礼の拒否は宗教的見解を理由とするのみならず、広く「知性と精神の領域」を理由として認められることは、既にバーネット判決の直接的射程であったが、実際、その後の諸判決において、「良心上の疑念」(一九六六年のホウルデン事件・ニュージャージー州最高裁判決 [Holden v. Board of Education of the City of Elizabeth, 216 A.2D 387])、

「宗教的、政治的信念」(一九七〇年のバンクス事件・フロリダ南部地区連邦地裁判決 [Banks v. Board of Public Instruction of Dade County, 314 F.Supp. 285])、<sup>1)</sup>「良心」(一九七一年のランドクイスト事件・メアリーランド州控訴裁判決 [State of Maryland v. Lundquist, 262 Md. 534])、<sup>2)</sup>「信念・信条」(一九七二年のラッソナー事件・連邦第二巡回区控訴裁判決 [Russo v. Central School District No.1, 469 F.2d 623])、<sup>3)</sup>一九七三年のゲーツ事件・連邦第二巡回区控訴裁判決 [Goetz v. Ansell, 477 F.2d 636]、<sup>4)</sup>一九七八年のリップ事件・連邦第三巡回区控訴裁判決 [Lipp v. Morris, 579 F.2d 834]) を理由とする国旗宣誓・敬礼の拒否が認められてきた。

また、この拒否権の享有主体は生徒のみならず、教師も含むものであることが明示された(一九七〇年のハノーヴァー事件・コネティカット地区連邦地裁判決 [Hanover v. Northrup, 325 F.Supp. 170])、<sup>5)</sup>ランドクイスト事件・前掲判決、ラッソナー事件・前掲判決)。例えば、ラッソナー事件判決は、教師の権利を次のように確認した。学校で黒腕章を着用することによって、ヴェトナム戦争へのアメリカの関与に抗議した教師の権利を審理した一九七二年のジェームズ事件・連邦第二巡回区控訴裁判決は、生徒のそうした権利を明確に認めたティンカー事件連邦最高裁判決に基づいて出された。このジェームズ判決は、保護される表現を行ったことで教師を免職することはできないと判断した。バーネット事件連邦最高裁判決は、学校の生徒は国旗宣誓・敬礼を強いられるべきでないとしたが、このことは教師にも妥当する。生徒も教師も「言論または表現の自由への憲法上の権利を校門のところで打ち捨ててくる」ことはしないとされたティンカー判決の教示は、「我々の手引き」である。

抗議方法については、バーネット判決の理念的射程は、抗議の方法として、起立の上で国旗宣誓・敬礼を拒否するという方法以外のものも想定していたが、現実には、不起立の方法での抗議も権利として認められるようになった(一九六九年のフレイン事件・ニューヨーク東部地区連邦地裁判決 [Frain v. Baron, 307 F.Supp. 27])、<sup>6)</sup>バンクス事件・前掲判決、ゲー

ツ事件・前掲判決、リップ事件・前掲判決)。例えば、このうちゲーツ事件判決は、起立という行為は、敬礼または誓いの言葉の発声と同様に、受容と敬意の表象行為であり、誓いの一部であったし、また誓いの儀式の時間中は退室しておくという選択肢も処罰と同じ効果をもちもので許されないとして、不起立の権利を容認した。

学校内での黒腕章の着用による抗議を認めたティンカー事件における、校内での表現の制約を正当化する立証責任は学校当局にあるとする法理、および混乱の恐れは表現を制約する根拠とならないとする法理は、国旗宣誓・敬礼の拒否の事件でも適用されるようになった。その一つのフレイン事件判決は、「座ったままでいるという原告に選択された特定の形態の抗議が、物理的に他の生徒の権利を侵害したり混乱を引き起こしたりしたということを学校側が当法廷を説き及ぼさなければならぬ」とし、また「無秩序の恐れは、修正第一条の権利の平和的な行使を制限する根拠から除外されてきた」と判示した。これのみならず、当該判決は、「教育上の観点」または「礼儀に訴えかけること」も「修正第一条の保障内の表現に対する強制的な対応措置の根拠としては不十分である」とし、また他の生徒が同調したという事実は混乱とか無秩序を引き起こしたことにはならず、むしろ「修正第一条は、効果のない抗議 (ineffective protests) と同様に、好結果の異議 (successful dissent) も保護する」とした。これらは、バーネット判決とティンカー判決の補填・展開と言える重要な内容を有していた。このうち、好結果の異議の憲法上の保護の法理は、ハノーヴァー事件判決において、教師の行為が生徒へ影響を及ぼす場合にも適用された\*。

\* 「混乱の恐れ」との関係では、生徒新聞の発行を学校側が他の生徒の反発を理由として禁止しようとした行為について、たとえ他の生徒が反発して現実に学校活動を混乱させたとしても、そのことで新聞発行した生徒側が犠牲にされるべきではないとした判決も出されている (Sullivan v. Houston Independent School District, 307 F. Supp. 1328 (S.D. Tex. 1969))。

## 五 市民による国旗侮蔑・焼却——連邦憲法修正第一条上の「表現的行為」

### (一) ストリート事件判決

不起立による国旗宣誓・敬礼の拒否にしても、黒腕章の着用によるヴェトナム戦争抗議にしても、それらは基本的に「静かで受動的な意見表明」であったが、国旗侮蔑・焼却となると、それが能動的で、場合によっては騒々しい意見表明であることによって、より緊張した憲法解釈が求められてきた。

連邦最高裁は一九六九年のストリート事件では、言葉と行動を分離することによって厳しい事例を切り抜けた (Street v. New York, 394 U.S. 576)。ニューヨーク州法下で国旗に対する言葉による侮蔑と国旗焼却によって訴追され、下級審で有罪にされた被告人を、連邦最高裁は、当該州法は国旗に対して侮蔑的な言葉を話すことで処罰しているので、その州法の本件への適用は違憲であるとした。つまり、判決は、国旗焼却という行動でなく侮蔑的な言葉のみに焦点を当てて被告人を無罪としたのである。この判決は五人の裁判官によるものであるが (法廷意見はハーラン裁判官が執筆)、残りの四人の裁判官は国旗焼却という行動で有罪とした (このうちの一人は侮蔑的言葉でも有罪とした)。

当該判決は、本件で想定される「政府の利益」は、①被告人が他人に不法な行為を言葉でそのかすのを抑制するという利益、②挑発された他人が治安妨害を引き起こすような扇情的な言葉を被告人が話すのを防止するという利益、③被告人の言葉から通行人の感情を保護するという利益、④被告人が国旗に当然の敬意を示すのを確保するという利益であるが、これらのいずれの利益も被告人の有罪を正当化しないとされた。つまり、第一に、被告人は不法な行為を他人にそそのかしたのではなく、アメリカの国旗を捨ててべきだという考えを公共の場で唱導したにすぎない。第二に、一部の人間が被告人の言葉に挑発されるかもしれないが、その言葉は「平均的な人間 (the average person) を報復へと挑発し、そのことで治安妨害を引き起こし得る」ような「喧嘩言葉 (fighting words)」であるほど本来的に扇情的なものではなかつ



た。第三に、我々の憲法下では、公共の場での思想の表現は、それを聴く者の一部を不快にさせるといふ理由だけで禁止されることはできない。第四に、バーネット判決が言うように、憲法上の星座の不動の星は「正統」の設定の禁止であり、憲法的に保障された「精神的に多様で、対立さえする自由」および「現存の秩序の核心に触れる事柄について他人と異なる自由」は、挑戦的で侮蔑的な意見を含めて、国旗についての意見を公共の場で表明する自由を包含している。当該判決におけるこれらの無罪の論拠は、言葉の問題に関する限り、連邦最高裁のそれまでの判例に沿っていた。

## (2) ゴーグエン事件判決及びスペンス事件判決

連邦最高裁は一九七四年に、国旗侮蔑に関連する二つの判決を出した。

一つは、アメリカ国旗を尻のところに縫い付けたズボンを着ていた被告人がマサチューセッツ州法下で訴追されたゴーグエン事件の判決であるが (Smith v. Goguen, 415 U.S. 566)、連邦最高裁は、当該州法の侮蔑条項は過度に広範で漠然としているという理由で違憲と判断した。本件では、より本質的な国旗侮蔑の問題それ自体は争点とはならなかった。

もう一つは、カンボジア侵攻等に抗議して、ピース・シンボルを張り付けたアメリカ国旗を自分のアパートの窓から逆さまに垂らしていたことで、一定の加工をした国旗の展示を禁止したワシントン州法下で訴追されたスペンス事件の判決である (Spence v. Washington, 418 U.S. 405)。この判決は、事件の性質上、ストリート事件判決での四つの「政府の利益」の第一点を除いた三点との関係で判断した。治安妨害については全く問題にならず、また通行人の感情については、ストリート事件判決と同じ趣旨のことが述べられた。さらに、国家の純粋なシンボルとしての国旗を維持するという政府の利益については、判決はこう論じた。国旗は人によって様々な程度で異なった意味をもち、人はシンボルからそれに自ら注ぎ込む意味を受け取る。シンボルは「意味のスペクトル (a spectrum of meanings)」を同時に伝達する。国旗

もそうである。被告人は神聖冒流法の下で訴追されているわけではなく、また国旗を恒久的に損傷したり破壊したりしたわけでもない。被告人は、国旗が思想を伝えるために常に使用される仕方に類似した方法で国旗を展示したにすぎず、これは修正第一条の保障の範囲内にある。

当該判決が、その直接的射程として、加工した国旗を窓から逆さにつるすという行動による思想表現は修正第一条上の権利であるとしたことは、言葉による思想表現に焦点を当てていたストリート判決をさらに展開したものである。また、当該判決における、国旗は使用の仕方で自由に自分の思想を伝達することができるという「意味のスペクトル」論の内容は、理念的にバーネット判決での「正統」の設定の禁止とも関係する一定の意義を有している。これらの点はともかく、このスペイン事件は、国旗が被告人本人の所有であったこと、加工国旗の展示が本人のアパートの窓であったこと、神聖冒流法下で訴追されていたのでないこと、国旗を恒久的に損傷・破壊したものでないこと等からして、事案の性質はさほど深刻な憲法問題を内包してはいなかった。ところが、次のジョンソン事件は異なっていた。

### (3) ジョ、ンソン事件判決

一九八九年のジョンソン事件では、国旗が他人所有であったこと\*、行為がダラス市庁舎前で行われたこと、国旗等の冒流を禁止するテキサス州法下で訴追されたこと、レーガン政権に抗議するため国旗を恒久的に破壊したこと等からして、連邦最高裁は国旗に関わる本質的な憲法問題の審理を避けることができなかつた。

連邦最高裁は五対四で、当該州法の適用は修正第一条違反であるとした (Texas v. Johnson, 491 U.S. 397)。ブレナン裁判官が法廷意見を執筆し (これに、マーシャル、ブラックマン、スカリア、ケネディの各裁判官が加わった)、ケネディ裁判官が補足意見を執筆した。また、レーンクイスト首席裁判官 (これに、ホワイト、オコナーの各裁判官が加わった)

とステイヴンズ裁判官がそれぞれ反対意見を執筆した。

\* この事件のレーンクイスト反対意見は、ジョンソンが国旗を「合法的な所有者から盗んだ」としているが、より正確には、ジョンソンは、デモ参加者の一人によって国旗掲揚ポールから下ろされた国旗を手渡されたのである。また、日本の沖繩国体「日の丸」焼却事件の控訴審判決（福岡高裁那覇支部判一九九五年一〇月二六日、判時一五五五号一四〇頁）は、ジョンソン事件が「日の丸」焼却事件と「明らかに異なっている」点として、ジョンソンが「自己所有の旗を公然と燃やしたに等しい」ことをあげているが、これも不正確である。

当該判決は審査を次のように段階づけた。まず、本件の国旗焼却が修正第一条の発動を許すような「表現的行為」であるか否かを決定しなければならない。次に、国旗焼却が「表現的行為」であるとすれば、州の規制が「自由な表現の抑圧に関わるもの」であるか否かを決定しなければならない。もし表現の抑圧に関わるものでない場合は、オブライエーン事件判決での「より厳格でない基準」が適用され、もし表現の抑圧に関わるものである場合は、州の規制は「最も厳格な審査」に服することになる。

そうして判決は、まず、修正第一条の保護は「言論」のみに及ぶものではなく、このことは、学校で黒腕章を着用したティンカー事件の判決、「白人専用」場所に黒人が座り込みをしたブラウン事件の判決、劇の上演でアメリカ軍服を着用したシャハト事件の判決が、それぞれの表現的性質を認めてきたし、また、国旗に加工したスペンス事件の判決、国旗敬礼を拒否したバーネット事件の判決、赤旗を展示したストロムバーグ事件の判決は、それぞれ国旗に関係する行為の意思伝達の性質を承認してきたと述べた上で、本件の国旗焼却も「意思伝達の要素が十分に染み込んだ」行為であっ

た、とした。

次に判決は、州の規制が自由な表現の抑圧に関わるものであるか否か、換言すれば、州の利益が表現の抑圧とは関係がないものか否かを、州が主張している利益である①治安妨害の防止、および②国家性と国民的統一のシンボルとしての国旗の維持との関係で判断した。

①の治安妨害の防止については、判決は、本件の国旗焼却を理由としていかなる治安の混乱も起きなかったし、起きる恐れもなかったとしたのみならず、さらに続けて、一部の人々が「ひどい不快感」を覚えたとしても、それを根拠に表現を禁止することは許されず、むしろ「我々の政治制度の下での自由な言論の主な機能は、紛争を招くことである。実際、自由な言論が不安の状況を誘い出したり、現状への不満を生み出したりする時、さらには人々の怒りをかき立てる時に、自由な言論の高い目的が最も満足させられると言ってもよい」(一九四九年のターミニロー事件連邦最高裁判決)ということ承認してきた、と判示した。そうして、判決は、本件の表現的行為は「平均的な人を報復へと挑発し、そのことで治安妨害を招きそうな喧嘩言葉」(一九四二年のチャプリンスキー事件連邦最高裁判決)の範疇に入らないし、「分別ある見物人 (reasonable onlooker)」がジョンソンによる連邦政府の政策への不満の一般的表現を、直接的で個人的な侮蔑または乱闘の誘引と見なすこともない、と論じた。

単に「治安妨害の可能性」の立証だけでは表現抑制の根拠となり得ないとした判決のこの部分は重要な意義を有している。ティンカー事件判決が、学校での意見表明の自由の憲法上の保障は「混乱のリスクの引き受け」をも前提としていと明示したが、本件のジョンソン事件判決はターミニロー事件判決を引用することによって、「混乱のリスクの引き受け」の原理を学校外での一般社会にも適用した。また、当該判決の法理は、「平均的な人」「分別ある見物人」でない一部の者が、国旗焼却に挑発されたふりをして意図的に治安妨害を引き起こした場合、その責任は治安妨害を起こし

た者にある（つまり、当局の取締り対象は意見表明者ではなく、意見表明者への攻撃者である）ということをも含意していた。

②の国家性と国民的統一のシンボルとしての国旗の維持という州の利益が、本件の国旗焼却という表現に関係しているか否かについては、当該判決は、国旗に反映されているとされ、存在せず、他の理念を反映しているという被告人のメッセージの伝達の抑制に本件の州の規制は関係しているとして、本件には「より厳格でない基準」であるオプライエン・テストは適用されないと判断した。

最後に、当該判決は、国旗の特殊な象徴的性質を維持することへの州の利益を「最も厳格な審査」の下で検討し、次のように結論づけた。

「もし修正第一条に基盤的原理があるとすれば、それは、政府は社会が不快だとかまたは賛同できないかと思うだけで、ある考えの表現を禁止することはできないということである」。先行判例は、国旗に関わる場合でさえ、この原理に例外を認めてこなかったし、州が国旗に関係する表現的行為を禁止することによって、国旗についての州の考えを助長してもよいと示していない。「書かれた又は話された言葉」と「非言語的行為」の区別は、本件のように、非言語的行為が表現的である場合には、またその行為の規制が表現に関する場合には、重要でなく、そうした行為も憲法上、保護される。州は、国旗の象徴的役割を危うくし、そうした場合には国旗焼却を禁止でき、他方で、国旗の象徴的役割を助長する場合―例えば、汚れた国旗を儀式的に焼却する場合―には国旗焼却を許すことができる、もし当法廷が判断するとすれば、それは、シンボルとしての国旗を「一つの方向においてのみ」使用してもよいと当法廷が言うことになる。それはまた、国家性と国民的統一という国旗の象徴性を危うくしない場合のみ、国旗を焼却することができることと、州が「何が正統であるかを定める」のを当法廷が認めることになる。人種差別否定という神聖な理念の広い普及

は「思想の市場 (the marketplace of ideas)」に任されるのと同様に、国旗の扱いも「諸原理の馬上槍試合 (the joust of principles)」に任される。国旗のためにこの例外を作るのは許されない。政府は、純粋なシンボルとしての国旗を維持するために「努力 (efforts)」することへの正当な利益をもっているが、このことは、政治的抗議の手段として国旗を焼却することを処罰してもよいことを意味しない。本件判決は「国旗が反映している自由と包摂の原理」の再確認であり、本件のような国旗焼却の許容は「我々の力の表示と源泉であるという信念」の再確認である。

この結論部分は、それまでのバーネット、ストリート、スペンスという国旗に関連する連邦最高裁判決の法理を、国旗焼却という行為に焦点を当てて継承・補填・展開したものである。このうちの「諸原理の馬上槍試合」論は、バーネット事件判決での正統の設定の禁止の原理を異なった角度から述べたものとして注目される。ただし、バーネット事件判決での既述の「説得」と「模範」の許容の問題と同様に、本件ジョンソン事件判決が、純粋なシンボルとしての国旗を維持するために努力することへの政府の利益を許容していることには一定の曖昧さがある。国旗の扱いが「馬上槍試合」に任されるのであれば、政府も一介の対等な「騎士」にすぎない。もし、政府が権力とか権威を後ろ盾にして試合に出場するとすれば、公正な試合は期待されない。判決のいう「諸原理の馬上槍試合」論を維持するには、政府の「努力」は権力とか権威を背景としない行為に限定されなければならないであろう。

#### (4) アイクマン事件判決

ジョンソン事件判決に衝撃を受けた連邦議会の上院と下院は、それぞれ九七対三、四一一対五という圧倒的多数で、当該判決を批判する決議を採択し、あわせて連邦議会は、一九八九年、「国旗保護法 (The Flag Protection Act)」を成立させた (正確には、一九六八年連邦法の改正)。この法律は、アメリカ国旗を故意に損傷・冒瀆・焼却等をした者に刑

事罰を課すると規定していたが、「擦り切れた又は汚れた」国旗の処分のための行為は処罰から除外していた。連邦最高裁に対する連邦議会の明白な挑戦であった。国旗保護法の違憲性は意外に早く連邦最高裁の審判の対象となった。市民が国旗保護法に挑戦したアイクマン事件である。二つの国旗焼却事件を併合審理した連邦最高裁は一九九〇年、五対四で国旗保護法の適用は違憲であると判示した（*United States v. Eichman*, 496 U.S. 310）。違憲（ブレナン、マーシャル、ブラックマン、スカリア、ケネディ）と合憲（スティーヴンス、レーンクイスト、ホワイト、オコナー）の裁判官の顔触れはジョンソン事件と全く同じであった。

ブレナン裁判官執筆の法廷意見は、ジョンソン事件判決とほぼ同様の論理で国旗保護法の適用を違憲としたが、今回は特に連邦議会の法律ということで、次のような指摘を行った。国旗焼却の禁止を支持する「国民的合意」を連邦議会が最近確認したことに照らして、当法廷のジョンソン事件判決を再検討するようにといい連邦議会の提唱を当法廷は拒否する。このような合意が存在すると仮定しても、「言論を抑圧する政府の利益は、その言論への人民の反発が大きくなるにつれて、より重くなるという示唆は、修正第一条とは全く関係のないものである」。

要するに、連邦議会が「国民的合意」を背景として、いくら連邦裁判所に圧力をかけようとも、その圧力に全く影響されずに、連邦裁判所は憲法解釈の権限を独立して行使するという、至極までも当然のメッセージを発信したのである。

## 六 国歌、州の標語、教師在職条件としての思想賛同等に関わる諸判決

### （一）シエルダン事件判決

アメリカでは国旗宣誓・敬礼の拒否に関わる事件は多いが、「国歌」斉唱の拒否に関係する事件は少ない。その数少

ない例の一つが、小学校での国歌斉唱の際に、宗教上の理由により起立を拒否して停学処分されたことの違憲性が争われたシエルダン事件である。

国歌斉唱の拒否に対する処罰を違憲とする判例法理は、国旗宣誓・敬礼の拒否に対する処罰を違憲とする法理とはほぼ同じである。シエルダン事件に対する一九六三年のアリゾナ地区連邦地裁判決も、バーネット事件連邦最高裁判決に依拠して処罰を違憲と判断した (*Sheldon v. Fannin*, 221 F.Supp. 766)。シエルダン事件での拒否理由は宗教上のものであったが、判決は、バーネット判決は「修正第一条全体に固有の原理、すなわち、統治権力は戦時の『国民的統一』という名目においてさえ、何らかの信条の不本意な表明を直接的に強いることは許されない、という原理に基づいていた」として、宗教信仰以外を理由とする拒否も広く認めた。その上で、判決は、学校側による起立強要の正当化理由は「紀律の維持」ということであるが、これは生徒が有する修正第一条上の権利の「優越的地位 (*preferred position*)」と比較すると、全く薄弱なものであり、実際的にも、起立の拒否の容認は、紀律上の問題を引き起こすというよりむしろ学級全体にとって「アメリカ政治のすばらしい授業」となる、と判示した。

## (2) ウリー事件判決

ニューハンプシャー州法は、州の標語「自由か、しからずんば死か」の文字を乗用車のナンバープレート上に掲出するように要求し、違反者は処罰された。同州の市民が、その標語は本人の「道徳的、宗教的、政治的信念」に合わないとして、自分の乗用車のナンバープレート上の標語を覆い隠したことで、逮捕・処罰された。ウリー事件である。連邦地裁は市民側の主張を認めて、将来にわたって州が市民を逮捕・訴追することを禁止した。一九七七年の連邦最高裁判決も連邦地裁判決を肯定した (*Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705)。



バーガー首席裁判官執筆の法廷意見は、標語を覆い隠す行為を「象徴的言論 (symbolic speech)」の観点から判断した連邦地裁判決と異なつて、本件を思想の自由上の「全く話さない権利」に根拠づけて、次のように論じた。「修正第一条によつて保護される思想の自由の権利 (the right of freedom of thought) は、自由に話す権利と全く話さない権利の両方を含む」。「宗教的、政治的、イデオロギー的な主義を広める権利を守る制度はまた、他方で同時に、このような理念を助長するのを拒否する権利も保障する。話す権利と話さない権利は、「個人の精神の自由」の広義の概念の相互補完的な要素である」。本件のような「本人が受け入れ難いと考えているイデオロギー的な観点の遵守を促進する手段となるように個人に強制する州の方策」は、修正第一条が保障する「知性と精神の領域」を侵害する。州民の多数が標語の押しつけに賛成しているという事実によつても本件は合憲とならない。国旗敬礼もアメリカ人の多数が賛成している。「修正第一条は、個人がマジヨリテイとは異なつた見解をもつたり、または道徳的に賛成できないと考える理念を、ニューハンプシャーが命じるような方法で促進するのを拒否したりする権利を保護している」。

この法廷意見のいう「思想の自由の権利」の内容としての「自由に話す権利」と「全く話さない権利」は、実は、バーネット事件で連邦最高裁のマーフィ裁判官の補足意見が明示していたものであるが、その時はマーフィ裁判官は「思想と宗教の自由の権利 (the right of freedom of thought and of religion)」の内容として述べていた。この点はともかく、「全く話さない権利」は沈黙の自由を意味しているが、それは単なる内心の自由のみでなく、内心を防衛するための外的な拒否行為をも含んでおり、また、その権利の具体的内容として提示されている「宗教的、政治的、イデオロギー的な理念を助長するのを拒否する権利」および「本人が受け入れ難いと考えているイデオロギー的な観点の遵守を促進する手段となることを拒否する権利」は、本件のような事例のみならず、国旗宣誓・敬礼や国歌斉唱のような場合にも適用され得るものである。また、本件の標語附着にしても国旗敬礼にしても、マジヨリテイが賛成しているという事実が「知

性と精神の領域」の侵害を合憲化しないという法理は、「国民的合意」があるからといって国旗保護法を憲法的に正当化できないとしたアイクマン事件連邦最高裁判決の法理と理念的に通底していた。

### (3) アブード事件判決

ミシガン州のデトロイト市教師連合は、同市教育委員会に雇用された教師の独占的組合であり、この組合と教育委員会は、「エイジェンシー・ショップ」条項（交渉代理条項であり、これはミシガン州法により公認されていた）を含む団体交渉協約を締結していた。当該条項は、たとえ組合員でなくとも、在職の条件として組合費相当額を組合に支払うことを要求していた。一部の教師が、組合は本人たちの賛同しない経済的、政治的、宗教的な種々の活動・事業を行っているので、組合費相当額を支払う意思がなく、この支払いを在職条件として強制する「エイジェンシー・ショップ」条項は修正第一条に違反するとして提訴した。アブード事件である。

本件では争点が複数あったが、在職条件としての思想賛同の拒否に関わる部分について、その拒否を認めた連邦最高裁判決は、バーネット事件判決での「正統」の設定の禁止の原則を中核に据えて、一九七七年、次のように判示した（*Aboud v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209）。「修正第一条の心臓部には、個人は自由に自分の信条をもつべきだ」といふ観念が、および自由な社会では人の信条は州によって強制されるのではなく、本人の精神と良心によって形成されるべきだ」といふ観念が存在する」。バーネット事件判決での「正統」の設定の禁止の原則は、本件にも適用されるのであり、組合と教育委員会等が「公立学校の教師としての職を保持する条件として、本人が反対するイデオロギー的な主義の支持に貢献するよう教師に要求することを禁止している」。

当該判決は、「エイジェンシー・ショップ」条項そのものを無効としたわけではないが、バーネット事件判決での「正

統」の設定の禁止の原則に直接的に依拠して、思想賛同を教師の在職条件とすることを明確に禁止したものと見て注目される。

#### 七 連邦最高裁判例に対する抵抗——ゴビティス事件判決の系譜

一九四〇年のゴビティス事件連邦最高裁判決は、国旗忠誠の宣誓・敬礼の儀式に対して肯定的価値判断をした上で、方法の選択面で司法は介入すべきでないという見地を探ることによって、当時の現実を司法的にほぼ全面的に追認した。この判決に関して、本稿は既に、世論や議会の多数者意思にもかかわらず個人の人権は確保されるべきという視点を欠いた法廷意見には、国旗に象徴される「アメリカン・デモクラシー」に対する盲目的な信仰が伏在していた、と論じておいた。ゴビティス事件判決における、「国民的統一は国家的安全の土台である」という信念、世論や議会の多数者意思を尊重するのが「デモクラシーの伝統的理念」とする確信、「一体化感情」を喚起する方法の決定は連邦でなく各州に任されているとする認識、これらは、既述のように、この判決に孤立して出ていたものでなく、「建国」以来の「アメリカン・デモクラシー」の核の部分を集中的に表出していたものである。そうであるがゆえに、このゴビティス事件判決の思想は、三年後の劇的なバーネット事件連邦最高裁判決にもかかわらず、かつバーネット判決の法理が連邦最高裁で継承・補填・展開されてきたにもかかわらず、その後も依然として根強く存続したし、現に存在している。

ゴビティス事件判決の系譜に属する判決は、各州の裁判所または連邦裁判所の下級審において出されており、そのなかの少数が連邦最高裁にまで持ち上げられて審理されるにすぎない。その連邦最高裁においてさえ、本質的にはゴビティス事件判決の系譜に属すると考えられる反対意見が繰り返し提示されている。例えば、一九七四年のスペンス事件でのレーンクイスト反対意見、一九八九年のジョンソン事件でのレーンクイスト反対意見、一九九〇年のアイクマン事件で

のステイーヴンズ反対意見がそうである。

### (1) スペンス事件のレーンクイスト反対意見

スペンス事件のレーンクイスト反対意見は、わざわざ古い判例集のなかから一九〇七年のハルター事件連邦最高裁判決を抜き出して、自分の見解をこう代弁させた。「問題の州法は、明らかに、ネブラスカ州の人民の間に愛国感情を培養する目的のなかにその起源があるので、我々は、その目的のための立法において、州が職務を誤ったとか、誰かの憲法上の権利を侵害したとかを宣告するのに気が進まない。反対に、州が不可分につながっている合衆国を愛するよう  
に人民を奨励するあらゆる法的手段において、それを選ぶ職務は各州に任ざれているということは、合理的に肯定される」。パーガー首席裁判官とホワイト裁判官が加わった当該反対意見は、ゴビティス事件判決の系譜に属しているが、内容上は比較的やさほど刺激的ではない。

### (2) ジョンソン事件のレーンクイスト反対意見

ところが、ジョンソン事件のレーンクイスト反対意見は（これにホワイト、オコナーの各裁判官が加わった）、ゴビティス事件判決の土台にあった「愛国主義」の喚起のための国旗という思考、換言すれば「アメリカの大義」のために自己犠牲の精神を喚起する国旗という思考を臆面もなく出していた。こうである。――

国旗は、アメリカの独立の際、国内では一三州の植民地を團結させるのに、対外的には国家主権の承認を獲得するために役立つ。第一次と第二次の二度の世界大戦では、多くのアメリカ人が「アメリカの大義」のために外地で死んだ。第二次大戦中の硫黄島では、アメリカ海兵隊は團結して日本軍と戦った。勝利した海兵隊は<sup>ナベチ</sup>插鉢山の頂上にアメリカ国

旗をはためかしたが、それには約六〇〇〇のアメリカ人の生命が犠牲となった。アーリントン国立墓地の硫黄島記念碑はその出来事を記録している。朝鮮戦争におけるアメリカ軍の陸海共同の仁川上陸の成功は、作戦の一時内にアメリカ国旗を掲げることで記録された。「政府は兵士をアメリカ軍へ徴集することができる。軍では兵士は戦闘しなければならぬし、ひよつとすると国旗のために死ななければならないかもしれない」ところが、当法廷判決によれば、「兵士がその下で戦う国旗を、政府は公共の場で燃やすことを禁止してはならない」とされるのである。「私は、テキサス州法が本件に適用されるのを支持する」。

国旗の最も重要な機能の一つが、戦争時に兵士に自己犠牲の精神を発揮させることであることはつとに知られている。つまり、国旗は「死」と不可分の国家シンボルであるわけである。このことを連邦最高裁の首席裁判官たるレーンクイストが、何の躊躇もなくかつ気分昂まりを出して、認めているところに一種の異様さがある。

### （3）アイクマン事件のステイヴンズ反対意見

アイクマン事件のステイヴンズ反対意見は（これに、レーンクイスト首席裁判官、ホワイト、オコナーの各裁判官が加わった）、上のレーンクイスト反対意見を継承し、かつそれにアメリカの「理想」を引きつけて、次のように言う。アメリカ国旗の「象徴的価値」は少なくとも二つある。第一に、「国家的危機の時期において、国旗は、平均的市民に、圧倒的重要性をもつ社会的目標を獲得するために個人的犠牲を払うように鼓舞し、動機づける」。第二に、「あらゆる時代において、国旗は、我々の社会を特徴づけている諸理想を追求することの卓越した重要性を想起させるものとして奉仕する」。この後者について、当該反対意見はさらに詳しく説明する。「国旗は、アメリカ人が我々の歴史を通して、情熱的に擁護し議論してきた理念すなわち自由、平等、寛容という理念を比類なく象徴している。国旗は、そのような理

想への我々の国家的関与の精神を具体化している」。世界に対しては、「アメリカ国旗は、我々がこれらの理想のために奮闘し続けるという約束である」。国内に対しては、「アメリカ国旗は、自由と平等のための闘争は止むものではないということ、および我々の同僚市民のすべてに対する我々の寛容と敬意の義務は、我々に賛同しない人々―実際には、その考えが嫌悪すべきで不快な人々でさえ―をも含み込んでいるということの両方を想起させるものである」。よって、政府は、国旗の「象徴的価値」を保護すべきである。

まさにここには、ゴビティス事件判決と同種の「アメリカン・デモクラシー」に対する盲目的信仰ないし「アメリカン・デモクラシー」の自己中心的な宣揚が出ている。アメリカ国旗が象徴しているとされる「自由、平等、寛容」を、はたしてアメリカ人がアメリカの歴史を通して「情熱的に擁護」してきたものであるかどうか、称賛的な著作（アメリカ内外を問わず多い）を読むことによつてでなく、自ら少しでもアメリカ史を点検すれば、そのいかがわしさが透けて見える（この論証は、土屋英雄『自由と忠誠』尚学社、二〇〇二年、一六二頁以下参照）。ゴビティス事件で、抵抗の対象となった国旗忠誠の誓いの言葉は、「私は、私の国旗に、およびそれが象徴する共和国すなわち全ての人に自由と正義をもたらす、不可分の一つの国家に、忠誠を誓います」というものであった。ゴビティス事件では抵抗は宗教的理由によるものであったが、宗教的理由によるもの以外の、その後の国旗宣誓・敬礼拒否の事件の多くは、国旗への忠誠の誓いの言葉のなかの「全ての人に自由と正義をもたらす」国家という部分は「事実を反映していない」とか「偽善である」とかの確信に基づいていた。実は、この確信は決して「奇妙な」見解ではなく、歴史的に十分な根拠があつたことに注意する必要がある。

## (4) 抵抗と判例尊重—ジャンセン事件・ウイスconsin州最高裁判決

ジョンソン事件判決後は、連邦議会は、バーネット判決の法理の換骨奪胎どころか、国旗冒濫等を禁止する憲法修正案にさえ着手した。この修正案は、一九八九年、九〇年、九五五年、九九九年に議会に提出されたが、いずれも下院または上院で三分の二の賛成がとれずに否決されている。例えば、九九九年提出の修正案は、下院では三〇五対一一四により可決されたが、上院で六三対三七（三分の二に四票の不足）により否決された。これらのことや世論調査の結果からして、アメリカの「多数者意思」は国旗冒濫等を禁止する修正案に賛成であるとみてよい。これを支えているのが、アメリカの「自由、平等、寛容」という理念を比類なく象徴している」とされるアメリカ国旗への自己中心的思い入れである。そして、この思い入れは、多数者意思に関係なく個人の人権が保護されることを担保すべき連邦最高裁においてさえ、ゴビティス事件判決からアイクマン事件ステイーヴンズ反対意見まで連続と存続している。

また、ジョンソン事件、アイクマン事件の連邦最高裁判決によって、国旗冒濫関連の各州法（連邦の国旗保護法も）が廃止されたわけではないということにも注意する必要がある。しかも、違憲判決が出される場合でも、州レベルでは「しぶしぶ」という感じである。例えば、ウイスconsin州法に関係する、一九九八年のジャンセン事件ウイスconsin州最高裁判決がそうである（*State of Wisconsin v. Janssen*, 580 N.W.2d 260, [Wis.1998]）。これを次にみてみよう。

一九九六年、ジャンセンとその友人の数人は、ウイスconsin州のアップルトン市内のゴルフ・コースに掲揚されているアメリカ国旗を三度にわたって盗み、三回目の時には、「ゴルフ・コースの金持ち野郎へ。おまえたち馬鹿者どもはいつになったら分かるようになるのだ？……おまえたちが国旗を掲げるかぎり、我々はそれを燃やしてやる。……」という趣旨の手書きのメモを現場に残した。ジャンセンは約一ヶ月後に逮捕され、「国旗を意図的かつ公然と損壊、冒濫したり又は侮蔑したりする者」を処罰する同州の国旗冒濫禁止法等によって訴追された。第一審（the circuit court

for Outagamie County) と第二審 (the court of appeals) はいずれも、当該州法は「文面上、漠然としていて過度に広範である」という理由で違憲であると判示した。

同州最高裁も下級審判決を支持し、当該州法は文面上、過度に広範であることで違憲であり、またその過度の広範性は、限定解釈することによって、または同法内の違憲条項を切除することによって、治癒されることができない、と判示した。州最高裁判決は結論的には、連邦最高裁のストリート事件判決（一九六九年）、ジョンソン事件判決（一九八九年）、アイクマン事件判決（一九九〇年）等に依拠して違憲の判決を出したが、判旨全体にはゴビティス事件判決の思想が濃厚に浸透していたことに注意が必要である。

州最高裁判決は、まず、その判決文の冒頭近くで、ジョンソン事件でのレーンクイスト反対意見のなかの、「多数のアメリカ人は、いかなる社会的、政治的、思想的な信念をもつかにかかわらず、国旗をほとんど神秘的な崇敬の念 (mythical reverence) でもつてながめている」という文章を引用した上で、次のように言う。「アメリカ国旗は自由の世界的なシンボル (a world-wide symbol of freedom) である。国旗は、我々がアメリカ人としての生活のなかで果たしてきた犠牲的行為を象徴しており、我々の大部分にとって尊敬と名誉を受ける価値を有している」。また、当該判決はその判決文の最後近くで、ジョンソン事件でのケネディ補足意見のなかの、「辛いことは、時には我々が出したくない判決を出さなければならぬことである。我々がそうした判決を出すのは、法体系と憲法がそういう結果を強制しているという意味で、その判決が正しいからである」という文章を引用した上で、次のように言う。「ジャンセンの行為に我々は深く嫌悪感を抱いている。その行為は不快なものであり、いかなる社会的価値も全くない。多くの者にとって、特にわが国のために戦ってきた者にとって、はずかしめである」。「わが国のシンボルを守るために合衆国憲法を修正するのが、この国の人民の意思であるならば、それは通常の政治的回路を通してなされなければならない」。



これらの論述は、「アメリカン・デモクラシー」を象徴する「国旗」への盲目的信仰を背景として出されたゴビティス事件判決の思想的系譜に属するとみてよい。にもかかわず、州最高裁は憲法の命令に従うことが「我々の唯一の職務である」として、結論的には違憲判決を出した。これはこれで、裁判所としてのりっぱな見識である。連邦憲法および連邦最高裁のこれまでの判例が（とりわけ後者が）、「国旗」等の問題上でぎりぎりの歯止めとなっていることの意義がここにある。

#### 八 結びにかえて—アメリカと日本の比較の仕方

最後に、アメリカの「国旗・国歌」等の問題と日本の「日の丸・君が代」等の問題と比較して考える場合に注意すべき点を指摘しておく。この両者の問題を比較検討する際に重要なのは、アメリカと日本の各憲法に共通する二つの原理からアプローチすることである。一つは個人の人権保障という原理であり、もう一つは人民主権（国民主権）という原理である。

アメリカの「国旗・国歌」等が強制される場合、それは連邦憲法上の信教の自由、思想の自由、表現の自由を侵害することになるということは、バーネット事件判決後、少なくとも連邦最高裁の判例法理として確立されてきた。つまり、アメリカでは、二〇世紀中葉から、憲法上の個人の人権保障という原理との関係で、「国旗・国歌」等に関連しての沈黙の自由、強制されない自由、その自由を行使したことで不利益処分を受けない自由等は、政治上と社会上の「多数者意思」との間に鋭い緊張・対抗関係がありながらも、司法上で保障されてきた。また、人民主権の原理との関係では、アメリカの「国旗忠誠の誓いの言葉」「国歌」等は、歴史的に深刻な自家撞着性を内包しているにしても、それらの形式的内容は、少なくとも抽象的にはアメリカ人民の「主権者意識」を養成・高揚させる機能を有していても、「主権者

意識」を減退・摩滅させる機能を有していない。つまり、アメリカの「国旗忠誠の誓いの言葉」「国歌」等は形式内容的には憲法上の人民主権の原理と相克するものではない（ただし、アメリカの「国旗・国歌」が、アメリカ人民以外の人々―アメリカ国内と国外―にとつては、「抑圧」「支配」「侵略」の象徴として機能する場合があったことは、日本の「日の丸・君が代」と同様である）。

他方、日本の「日の丸・君が代」の強制が、連邦憲法下での「国旗・国歌」の強制と同様に、日本国憲法上の信教の自由、思想の自由、表現の自由を侵害するものであることは明白である。しかし、これに関する日本の最高裁の具体的な判例法理は未確立である。つまり、憲法上の個人の人権保障の原理との関係では、日本の「日の丸・君が代」についての沈黙の自由、強制されない自由、その自由を行使したことで不利益処分を受けない自由等は、政治上、行政上、社会上で既に現実に侵害されていないながらも\*、これに対する司法上の規制がまだほとんど及んでいない。また、国民主権の原理との関係では、一体としての「日の丸・君が代」は、その歴史的側面からしても内容的側面からしても、それが浸透すればするほど、国民のなかに「臣民意識」を養成・高揚させる機能を有しているも、国民のなかに自立した「主権者意識」を養成・高揚させる機能は有していない。つまり、「日の丸・君が代」は内容的に憲法上の国民主権の原理の基盤を掘り崩すものである。仮に「国旗・国歌」が必要だとすれば、それは、少なくとも、国民主権の原理に沿い「主権者意識」を養成・高揚させるものでなければならぬ（当然、こうした類の「国旗・国歌」でさえ、その強制は憲法上、許されない）。要するに、「日の丸・君が代」の強制という現実、憲法上の個人の人権保障の原理と国民主権の原理の両方を侵害しているものである。この二重侵害は、その放置の期間が長くなればなるほど、日本国憲法の土台が確実に溶解していくことになる。

\* 日本でのこの侵害は「多数者意思」に基づくものではないということにも注意すべきである。たとえば、二〇〇四年の東京都民の世論調査によれば、「都教育委員会は、卒業式などの式典で、君が代斉唱時に日の丸に向かつて起立することを教職員に義務付ける通達を出しました。こうした対応をどう考えますか」という質問に対して、「日の丸、君が代を敬うのは当然で、義務付けも当然だ」の答えが二四・九%、「日の丸、君が代を敬うのは当然だが、義務付けは行き過ぎだ」という答えが三六・七%、「内心の自由の問題で、義務付けるべきでない」という答えが三五・四%で、後二者の義務付けは行き過ぎ・義務付けは行き過ぎないが合わせで七二・一%であった（東京新聞二〇〇四年七月五日）。二〇〇五年の同様の世論調査でも、義務付けは行き過ぎ・義務付けは行き過ぎないが七〇・七%を占めている（東京新聞二〇〇五年六月二日）。

アメリカ司法界に部分的だが根強く存在する「国旗・国歌」信仰の危険性を認識する必要があると同時に、少なくとも連邦最高裁がバーネット事件判決以後に展開してきた判例法理については、同じく個人の人権保障の原理と国民主権の原理を土台とする日本国憲法を「日の丸・君が代」との関係で解釈する際、最低限の目安として参考に値する内容を有しているとはいえる。ここでの「最低限」とは、紹介・導入を主としてきた日本の輸入憲法学（広くは輸入法学）を能動的に克服し、輸入源以上に豊かな内容をもつ憲法学を志向すべきことを含意している。

### 【付記】

本稿は、二〇〇四年一月三〇日に東京地裁へ提訴された国歌斉唱義務不存在確認等請求事件の原告側弁護団に依頼されて執筆した法廷提出「意見書」である（正式の提出日付は二〇〇五年一月三十一日）。本誌への掲載に当たって、紙数制約の関係で、第三部「資料―『精神の自由』の享有主体の学校教師に関する諸判決の詳細」を割愛した。