

愛国心教育と憲法

——合衆国最高裁判所の一九四〇年代の二つの判決を顧みて——

井 上 徹 也

目 次

- 一、はじめに
- 二、公立学校における国旗敬礼の強制に関する二つの合衆国最高裁判所判例
——*Gobitis* 判決（一九四〇年）と *Barnette* 判決（一九四三年）——
- 三、国旗敬礼の強制と合衆国憲法第一修正
- 四、むすび

一、はじめに

わが国においては、一九八九年、小学校・中学校および高等学校の学習指導要領が改正された⁽¹⁾が、そのなかで学校教育活動のなかにおける「国旗・国歌」の重視という方針がかってないほど明確に打ち出された⁽²⁾。つまり、まず第一

に、特別活動⁽³⁾における「国旗掲揚」ならびに「国歌斉唱」の実施の徹底が計られた。従来の学習指導要領では、儀式などを行う場合には、国旗を掲揚し、国歌を斉唱させることが望ましい〔傍点は、筆者による。以下同じ〕、と規定されるにとどまっていたのが、「入学式や卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう指導するものとする」という、より強制的な表現に改められたのである。⁽⁵⁾ 第二に、社会科における「国旗・国歌学習」の強化が学習指導要領に盛り込まれた。これにより、小学校四年生の課程に国旗学習が取り入れられ、六年生の課程には国旗に加えて国歌が、中学校の公民分野で国旗・国歌が新たに取り入れられたのである。⁽⁶⁾ さらに、このうち、特別活動に関する規定は、新学習指導要領の実施年度⁽⁷⁾を待たず、一九九〇年度より実施に移される⁽⁸⁾ことが文部省告示によって示されるとともに、一九八九年度についても、国旗・国歌の取り扱いについては新学習指導要領の趣旨を踏まえて行うようにとの通達が出された。⁽⁹⁾ 文部省がこのようにして、これまでになく積極的に、教育現場に「国旗」と「国歌」の重視と尊重という態度を浸透させようとしたことから、一九八九年の学習指導要領の改訂の中で、「国旗」と「国歌」の取り扱いがとりわけ世間の耳目を集めることになったのである。

さて、わが国では第二次世界大戦後、「国旗」と「国歌」をどのように取り扱うべきかという問題が、敗戦直後の数年間を除き、学校教育においてこれまでも対立の元となってきた。すなわち、国旗・国歌の意義の学習や国旗掲揚・国歌斉唱の実施などを通して学校が愛国心の涵養に積極的に取り組むことを求める圧力が強まってきた⁽¹⁰⁾一方で、そうした動きに対する根強い抵抗が続いてきた。⁽¹¹⁾ それは、ひとつには、文部省は「日の丸」と「君が代」をそれぞれ国旗であり国歌であると断定しているが、現在にいたるまで法制上はそれら（特に後者）が国旗・国歌として必ずし

も明確に位置付けられていないからである。そして、もうひとつの理由であり、より根本的な問題を提起しているのが、戦前・戦中のわが国の歩みによって「日の丸」と「君が代」が国粹主義および軍国主義と結び付いたものとして捉えられるようになり、⁽¹³⁾ 今日に至っても多くの人々のなかにそのイメージが払拭されないまま根強く残っているとい⁽¹⁴⁾う事実である。

このような背景もあって、上に述べたような学習指導要領の改訂によって初等・中等学校に対し「国旗」と「国歌」の重視を要求する文部省の方針に対しては、賛成・反対両方の立場から、公的・私的各種の団体によって多くの意見が表明された。⁽¹⁵⁾ また、教育現場においては、とりわけ入学式・卒業式などの「日の丸」掲揚・「君が代」斉唱の強制に対する反発が見られ、入学式や卒業式で「日の丸」掲揚・「君が代」斉唱が実施されなかったり、あるいは、⁽¹⁶⁾ 教員によって実施が妨害されるなどした結果、関係者が懲戒処分が付されるという事態も少なからず生じてきている。さらには、こうした懲戒処分などの正当性・合法性、ひいては、「日の丸」掲揚・「君が代」斉唱強制の（思想・良心⁽¹⁷⁾の自由の侵害の有無との関係での）合憲性を争うための訴訟も提起されてきたのである。

また、「日の丸」掲揚・「君が代」斉唱およびそれらについての学習の実施の徹底をめぐるトラブルについては、これまでのところ教員に係るものほどには顕現していないものの、児童・生徒による参加の拒否およびそれに対する懲戒処分あるいは何らかの不利益な扱いといったものも、今後文部省の指導・強制の度合いがますます強まってゆくことになれば、社会問題化することが考えられよう。⁽¹⁸⁾

ところで、ここで目を国外に向けてみると、周知のように、アメリカ合衆国においては早くから、公立学校におけ

る国旗敬礼の強制の合憲性が問題となり、すでに一九四〇年代にそれに関する連邦最高裁判所〔以下、連邦最高裁、と略す。〕の判断が示されている。しかも、興味深いことに、連邦最高裁は一九四〇年に国旗敬礼の強制は合憲であるという判決を出しながら、わずか三年後に、立場を改めそれを違憲であるとする判決を下したのである。⁽¹⁹⁾ これら二つの判決（特に、一九四三年の判決）は、今までにも紹介され、⁽²¹⁾ また、学校における「日の丸」掲揚や「君が代」斉唱をめぐる訴訟の当事者によってその趣旨が援用されている。⁽²²⁾ しかし、すでに見たように文部省が「国旗」と「国歌」を通じての愛国心教育をこれまでになく強力に推進しようとしている今日、そのような愛国心教育が憲法に照らしてどのような評価を受けるべきものであるかという問題を検討するために、今一度それらの判決の内容を整理し直し、われわれがそこからいかなる示唆を得ることができるかを探ってみることは決して無意味なことではないだろう。本稿は、このような関心から、右に言及した連邦最高裁の二つの判決の内容を概観し、両判決の論旨を対比して分析を試みるものである。

(1) 改正された学習指導要領全体の概要と特徴について、若井彌一「新学習指導要領——その概要と内容の特徴」季刊教育法八〇号（一九九〇年）三一頁以下参照。

(2) 『日の丸・君が代と新学習指導要領』（エイデル研究所、一九九〇年）一四—二〇頁参照。

(3) 「特別活動」とは、小学校の場合、学級活動・児童会活動・クラブ活動・学校行事（『小学校学習指導要領』（平成元年文部省告示第二四号）一一—一二頁）、中学校の場合、学級活動・生徒会活動・クラブ活動・学校行事（『中学校学習指導要領』（平成元年文部省告示第二五号）一二—一三頁）、高等学校の場合、ホームルーム活動・生徒会活動・クラブ活動・学校行事（『高等学校学習指導要領』（平成元年文部省告示第二六号）二一—二七—二八頁）を内容とする。

(4) 『小学校学習指導要領』前掲 一一三頁、『中学校学習指導要領』前掲 一二四頁、『高等学校学習指導要領』前掲 二一九頁。

(5) 『日の丸・君が代と新学習指導要領』前掲 一八頁、表。

文部省が編集した指導書および解説書によると、本改正の目的は、「日本人としての自覚を養い、国を愛する心を育てるとともに、児童が将来、国際社会において尊敬され、信頼される日本人として成長していく」ために、「国旗及び国家に対して正しい認識をもたせ、それらを尊重する態度を育てる」ことにある（文部省編『小学校指導書 特別活動編』（東山書房、一九八九年）八四頁。同旨、文部省編『中学校指導書 特別活動編』（ぎょうせい、一九八九年）九九頁、文部省編『高等学校指導要領解説 特別活動編』（東洋館出版社、一九八九年）一〇二頁）。

なお、入学式と卒業式以外にいかなる場合に国旗掲揚と国歌斉唱を行うべきかという点については、「どのような行事に国旗の掲揚、国歌の斉唱指導を行うかについては各学校がその実施する行事の意義を踏まえて判断するのが適当である」という指針が文部省によって示されている（『小学校指導書 特別活動編』前掲 八四頁。同旨、『中学校指導書特別活動編』前掲 九九頁、『高等学校指導要領解説 特別活動編』前掲 一〇二頁）。

(6) 小学校四年生の国旗学習については、国土の位置の指導に際して、「我が国や諸外国には国旗があることを理解させるとともに、それを尊重する態度を育てるよう配慮する必要がある」と定められている。（『小学校学習指導要領』前掲 三二頁。）

小学校六年生の社会科では、正しい国際理解の必要性和世界平和への努力の重要性を学ばせる際に、「我が国の国旗と国歌の意義を理解させ、これを尊重する態度を育てるとともに、諸外国の国旗と国歌も同様に尊重する態度を育てるよう配慮すること」が、求められている。（『小学校学習指導要領』前掲 三七頁。）なお、文部省が編集に当たった指導書の中では、ここで言う我が国の国旗と国歌の意義については、「我が国の国旗及び国歌は、長年の慣行により、『日の丸』が国旗であり、『君が代』が国歌であることが広く国民の認識として定着していること」を理解させる必要がある、と説かれている。また、同書ではそれに続いて、我が国の国歌の意義に関し、「憲法に定められた天皇の地位についての指導との関連を図りながら、

国歌『君が代』は、我が国が繁栄するようにとの願いをこめた歌であることを理解させる」よう配慮して指導する必要がある」と説明されている。（文部省編『小学校指導書 社会編』（学校図書株式会社、一九八九年）八二―八三頁。）

中学校の公民的分野においては、国際社会と平和について学ばせる際に、『国家間の相互の主権尊重と協力』との関連で、国旗及び国歌の意義並びにそれらを相互に尊重することが国際的な儀礼であることを理解させ、それらを尊重する態度を育てるよう配慮する」ことが要求されている。（『中学校学習指導要領』前掲 三五頁。）

(7) 新学習指導要領は、原則として、小学校が一九九二年四月一日（平成元年文部省告示第二四号）、中学校が一九九三年四月一日（平成元年文部省告示第二五号）から、高等学校が一九九四年四月一日から同日以降高等学校に入学した生徒にかか
る教育課程について（平成元年文部省告示第二六号附則1）施行された。

(8) 小学校について、平成元年文部省告示第三二号、中学校について、平成元年文部省告示第三三号、高等学校について、平成元年文部省告示第一六七号。

(9) 『日の丸・君が代と新学習指導要領』前掲 一四―一五頁。

(10) 『日の丸・君が代と新学習指導要領』前掲 九八―一〇三頁。

(11) 暉峻康隆『日の丸・君が代の成り立ち』（岩波ブックレットNo.187）（岩波書店、一九九一年）四―二六頁。

(12) 「日の丸」と「君が代」の成り立ちについて、暉峻 前掲、『日の丸・君が代と新学習指導要領』前掲 八九―九二頁参照。

なお、諸外国の国旗と国歌の成り立ち及び法制上の位置付けについて、教科書問題を考える市民の会 編著『世界の国旗と国歌』（岩波ブックレットNo.189）（岩波書店、一九九一年）参照。

(13) 『日の丸・君が代と新学習指導要領』前掲 九二―九六頁。

(14) 暉峻 前掲 六頁。

(15) 「資料 新学習指導要領への意見・声明」『日の丸・君が代と新学習指導要領』前掲 五八―七七頁。

なお、今回の学習指導要領の改訂に対して、撤回を求める意見書等が全国各地の地方議会によって採択され、文部省等に

提出された。こうした地方議会の動きを含め、新学習指導要領に対する反発が強かった理由の中には、「日の丸」・「君が代」をめぐる問題のほかに、改訂作業の指揮に当たった元文部事務次官が、いわゆる「リクルート事件」に関連して収賄容疑で逮捕されたこと、また、新学習指導要領のもとになる答申を行った教育課程審議会の委員の中に同事件の贈賄側のリクルート社元会長が含まれていたこと、といった特殊な事情もあった。（浪本勝年「地方議会は新学習指導要領の撤回をなぜ求めたか——日の丸・君が代問題を中心にして——」季刊教育法八〇号（一九九〇年）五五頁以下参照。）

(16) 石崎誠也「日の丸・君が代の『義務づけ』と教師の懲戒処分」季刊教育法八七号（一九九一年）三九頁以下。

なお、文部省の集計によれば、日の丸・君が代をめぐる問題に関連して被懲戒処分などの制裁措置を受けた者は、一九八九年度八名（減給一名、戒告七名）、一九九〇年度三五名（戒告一九名、訓告一六名）、一九九一年度二一四名（停職二名、減給二名、戒告一二名、訓告等一九八名）であり、新学習指導要領施行後激増している。（教育委員会月報平成二年七月号三六頁（一九九一年度は同年八月二〇日現在）及び同平成三年八月号六六頁（石崎 前掲 三九頁より再引用）。）

具体的な事例の紹介として、青砥恭「文部省・教育委員会が、『日の丸・君が代』でめざすもの——埼玉県立福岡高校の場合——」季刊教育法九三号（一九九三年）一一三頁以下参照。

最近の事例として、たとえば、京都市立銅駝美術工芸高等学校の入学式において、「君が代」斉唱時に起立しなかった教職員に対し、京都市教育委員会が校長を通じて顛末書の提出を求めるという方法で指導を試みていることについて、同委員会内部などから「手ぬるいのではないか。早急に教職員を処分せよ」との声が挙がっているということが報道された。（毎日新聞一九九七年五月二二日朝刊。）また、大阪府教育委員会は、卒業式において「日の丸」を掲揚したことに抗議して卒業証書授与を妨害したこと（に加えて、指導要録の学習評定欄の記入を「差別性がある」と拒否したこと）を理由にして、高槻市立の小学校教師を停職二カ月の懲戒処分にした、と発表した。（毎日新聞一九九七年八月二八日朝刊。）

(17) 最近の例としては、たとえば、京都市教育委員会が一九八六年に、同市立小・中学校に「君が代」の演奏および合唱を録音したカセットテープを配布したことに對して、原告が同市教育委員会関係者および学校長らにテープ購入代金とテープの返還などを求めた訴訟で、大阪高等裁判所は一九九六年一月二五日、カセットテープ購入による損害の発生は認められない

などとして「君が代」の合憲性についての判断を行わず原告の訴えを退けた京都地方裁判所の判断を支持し、原告の控訴を棄却した。(季刊教育法一〇六号(一九九六年)一一二頁。なお、第一審の京都地方裁判所の判決京都地判平成四年一月四日判例時報一四三八号三七頁について、「判例ダイジェスト」京都『君が代』訴訟」季刊教育法九二号(一九九三年)一五八頁以下参照。)

また、大阪府立東淀川高等学校の入学式と卒業式における「日の丸」掲揚を妨害したことを理由として府教育委員会から訓告処分を受けた教員が、大阪府と校長に対し損害賠償を求めていた訴訟で、大阪地方裁判所は一九九六年二月二日、府教育委員会による処分は裁量権の乱用とは言えないとして原告の訴えを退けた。なお、この判決の中で同裁判所は、「日の丸」は「日本を象徴する国旗との慣習法が成立している」という見解を示した。(判例地方自治一四六号三七頁。)さらに、同裁判所は、大阪市立鯉江中学校の一九九二年の卒業式と入学式における「日の丸」掲揚の妨害をめぐる同様の訴訟においても、「日の丸」を「国旗とする慣行と国民的確信が形成されており、一種の慣習法になっている」という判断を示した。(労働判例七〇一号六一頁。)

(18) 前掲の『日の丸・君が代と新学習指導要領』の中では、「日の丸」掲揚に立ち会うことや「君が代」を斉唱することを拒否した児童・生徒は処分されるのか、という問いに対して、「文部省は、子どもや生徒の処分までは考えていない」と答えている。しかし、その一方で、内申書の作成などに当たって、当該児童・生徒が不利益な扱いを受ける恐れをもまた指摘している。(同書 前掲 一一一―一二頁。)

(19) *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U. S. 586 (1940).

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

(21) たとえば、田中耕太郎『教育基本法の理論』(有斐閣、一九六一年)五五二―六二頁参照。比較的最近の文献として、片山等「公立学校における国旗敬礼と修正一条——*West Virginia Board of Education v. Barnette* (1943)を中心に——(二)」宮崎産業経営大学法学論集一卷二号(一九八九年)五五頁、五六―六四頁、大島佳代子「公教育と親の教育権(二)——アメリカ合衆国におけるその保障と制約原理——」北大法学論集四三二号(一九九二年)一二七頁、一四五―四九頁参照。な

お、独自の観点から *Barnette* 判決を分析した研究として、蟻川恒正「日本・国・憲法——思想の自由に鑑みて——」公法研究五九号（一九九七年）二三四頁がある。

(22) たとえば、注(17)で紹介した、「君が代」が録音されたカセットテープの京都市教育委員会による配布の合法性が争われた訴訟において、原告は、自らの主張を正当化するために *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943) を援用した。しかしながら、これは裁判所には受け容れられなかった。(「判例ダイジェスト」京都『君が代』訴訟」前掲 一六二—一六三頁参照。)

二、公立学校における国旗敬礼の強制に関する二つの合衆国最高裁判所判例

——*Gobitis* 判決（一九四〇年）と *Barnette* 判決（一九四三年）——

(1) *Minersville School District v. Gobitis* (1940)

アメリカ合衆国の連邦最高裁判所が、公立学校における国旗敬礼の強制の合憲性という問題に対して本格的に取り組み、それについて自らの見解を明らかにする最初の機会となったのが、*Gobitis* 判決である。⁽¹⁾

本件の事実関係は、概ね以下のとおりである。

Pennsylvania 州 *Minersville* 市の教育委員会は、教員と生徒に対し国旗敬礼の儀式に参加することを義務づけていた。神の言葉として聖書に最高の権威を認める「エホバの証人 (*Jehovah's Witnesses*)」の信徒の子として生まれ育った、一二歳の *Lilian Gobitis* とその弟で一〇歳の *William Gobitis* は、国旗敬礼は聖書によって禁じられている⁽³⁾と真摯に信じるようになっていた。そのため *Lilian* と *William* は、学校において国旗に敬礼することを拒んだので

あるが、二人はそのことを理由として Minersville 市の公立学校へ通学することを禁じられ、無償の教育を受けられなくなってしまう。しかしながら、二人とも就学を義務づけられた年齢にあったため、両親は、二人を私立学校へ通学させることを余儀なくされた。そこで、このことによって課された金銭的負担からの救済を得るため、Lillian と William の父親が、二人に代わって、また、自らも原告として、訴訟を提起し、教育委員会が二人の通学を許す条件として国旗敬礼の儀式への参加を強制することを禁止するよう求めたのである。⁽⁴⁾

これに対して、一審 (Pennsylvania 州東地区連邦地方裁判所) は原告の訴えを認め (21 F Supp 581)、二審 (第三巡回区連邦控訴裁判所) も一審の判決を維持した (108 F 2d 683) ため、被告 (二審上诉人) が上訴しこれが受理された (309 U. S. 645)。⁽⁵⁾

総員九名の裁判官からなる連邦最高裁は、八対一で原判決を破棄した。

本判決の法廷意見を述べたのは、Frankfurter 裁判官である。その骨子は、次のとおりである。

〈1〉 本件で判断を求められている問題は、国旗敬礼の儀式への参加を義務づけ、真摯な宗教上の理由から拒否する子どもに参加を強要することが、合衆国憲法第一四修正⁽⁶⁾によって保障される自由を法の適正な過程によらずに侵害することにあたるか、ということである。⁽⁷⁾

(このような問題設定をした Frankfurter 裁判官は、以下のような理由で、本件の国旗敬礼の強制は、州議会および地方教育行政当局の政策の不当の問題にはなり得ても、裁判所が憲法違反であると決定できるものではない、という判断を行った。)

(同裁判官は、まず、宗教の自由が憲法によって手厚く保護されていることを確認する。)

〈2〉「確かに世界 (universe) の究極的な神秘および人間のそれに対する関係についての信念を積極的に追求するということは、法の埒外に置かれている。政府は、組織的あるいは個人的な信仰または不信仰の表現を妨害してはならない。」どのような礼拝施設におけるものでさえ、信仰の伝播は、あるいは超自然的な存在を否定する信仰の伝播でさえ、保護される。「同様に、合衆国憲法は個人に対して、自分自身の宗教活動の過程において、少数派の人々であれ政治的に有力な人々であれ、他の人々の宗教上の見解を害したことに對する科刑が寛大に免除されることを保障するのである。⁽⁸⁾」

(しかしながら、同裁判官は、今度は、憲法による宗教の自由の保障の限界を説く。)

〈3〉「合衆国憲法が保護する宗教の自由は、特定の教派の教義への忠誠に向けられたのではない一般に適用される立法を排除したことがない。」「宗教に対する寛容を求めての長年にわたる闘争の過程において、良心のとがめが、信仰の促進または制限をねらいとしているのではない一般的な法への服従から、個人を解放するということはなかった。政治社会の持つ適切な関心と相容れない宗教上の信念を有するということだけで、市民は、政治的責務の遂行から解放されはしないのである。この調整の必要性は、再三認められてきた。いくつもの状況において、宗教の自由に関して基本的に考慮すべき事柄がないがしろにされることのないまま、政治権力の行使が支持されてきたのである。」そのような事件のすべてにおいて、「宗教上の信念から服従を拒否する人々への適用に関して支持された、問題の一般的な法は、それなくしては宗教に対する寛容そのものが達しがたい、秩序があり平穩で自由な社会を確保し維持す

るために欠かせないと立法部によってみなされた具体的な統治権限の現れだったのである。」本件においても、「われわれは、法的価値の階層においてなにも劣らない利益を扱っている。国民としてのまとまり (national unity) は、国家の安全保障の基礎なのである。」⁽⁹⁾

〈4〉 本件のような状況は、『政府というものは、必然に、国民の自由を害なうほど強力でなければならないのか。あるいは政府自体を存続してゆけないほど弱体でなければならないのか。』という民主主義の直面する最も深刻なジレンマの現れである。⁽¹⁰⁾

〈5〉 「自由社会の最終的な基礎は、団結心 (cohesive sentiment) という絆である。……国旗は、合衆国憲法の枠組みの中で国内におけるあらゆる相違を、それらがいかに大きかろうと、超越する、われわれの国民としてのまとまりを象徴するものなのである。」⁽¹¹⁾

〈6〉 本件で判断を必要とする争点は、正確には、「さまざまな州の議会およびこの国の何千もの郡と学区の当局者が、それなしでは最終的にいかなる市民的ないし宗教的自由も存在し得ない団結心を喚起するためのいろいろな手段の適切性を決定することを禁止されているか」ということである。公立学校において国旗敬礼を義務づけるといふ判断を合衆国憲法が保障する良心の自由の侵害であると非難することは、裁判所が支配的な能力を持たないことが確実な領域において教育学的・心理学的な独断を表明するのと同様であろう。達成手段は多様であっても、国民の団結心を育むという目的が正当であることは確かである。そして、「その達成のための効果的な手段は、広く存在する国旗敬礼信仰をわれわれが立法権の範囲外に置くことができなくなるほど、未だに不確定であるし科学によって証明

されてもない。⁽¹²⁾」

〈7〉「法廷は、教育政策上の争点について討論するための場ではない。伝統的な民主主義の理想に対する実際の忠誠を確保する微妙な過程において競合する考慮要素の中から選択を行うと同時に、人種的起源と宗教上の忠誠について非常に多様化している国民の中で個人の特異性を尊重することは、われわれの本分ではない。それがわれわれの本分であると考えerことは、事実上、われわれを合衆国の教育委員会にすることになるであろう。そうした権限は当裁判所に与えられなかったし、そうした権限をわれわれは引き受けるべきでもないのである。⁽¹³⁾」

以上が、Frankfurter 裁判官の手になる法廷意見の要旨である。

なお、本判決については、McReynolds 裁判官が意見を付さず結果に同意し、⁽¹⁴⁾ Stone 裁判官が反対意見を述べている。⁽¹⁵⁾

こうして、公立学校における国旗敬礼の強制は合衆国憲法に違反するものではない、という連邦最高裁の判断が示された。ところが、連邦最高裁は、三年後に再び、同様の事件に取り組みことになる。しかも、今度は、結論が逆転してしまうのである。それが、次に概観する、Barnette 判決である。⁽¹⁶⁾

(2) West Virginia State Board of Education v. Barnette (1943)

この事件の事実の概要は、以下に示すとおりである。

Gobius 判決の後、West Virginia 州議会は法律を修正し、「アメリカニズムの理想・原理・精神を教え、育み、永

続させ、また、政府の組織と機構についての知識を増加させるために「同州内のすべての学校に歴史・公民科 (civics)・連邦および同州の憲法を教えるよう義務付け、同州教育委員会にこれらの事項を含む教科課程を定めるよう求めた⁽¹⁷⁾。これを承けて同州教育委員会は、一九四二年一月九日、国旗敬礼が「公立学校の活動計画の正規の部分」となること、及び、すべての教員と生徒が「国旗によって象徴される国家に敬意を表する国旗敬礼に参加することを義務づけられる」ということを命ずる決議を採択した⁽¹⁸⁾。この国旗敬礼を拒絶すれば、生徒は放校処分を受け、国旗敬礼の義務を果たすようになるまでは、法律によって、再入学は認められないことになった。その間当該生徒は、学校を「違法に欠席している」ものとして扱われ、且つ、非行少年として訴えられることもあり得た。また、当該生徒の親または後見人は、訴追され、有罪とされれば、五〇ドル以下の罰金および三〇日以下の拘禁を受けることになって⁽²⁰⁾いた。

国旗敬礼を、それが聖書によって禁じられている偶像崇拜にあたるという理由で、拒否する「エホバの証人」の信者⁽²¹⁾である子どもたちは、同州において、まさに国旗敬礼の拒否を理由として、放校に処されたか放校の危機に瀕していた。さらに、当局は、そうした子どもたちを矯正院 (reformatory) へ送ると迫っていた。また、それらの子どもの親は、訴追されたか訴追されそうになっていた。そこで、エホバの証人の信者であり自分の子どもが同州の公立学校に通学する Barnette らは、当該州法および教育委員会規則は、信教の自由および言論の自由を侵害し連邦憲法のデュー・プロセス条項および平等保護条項に違反し違憲かつ無効であるという理由で、これらの法律および規則の実施の差止命令を求めて、自身と自分たちの子ども及び同様の状況にある同州内の他の人々のために、訴えを提起した⁽²²⁾。

第一審 (West Virginia 州南地区連邦地方裁判所) は、Barnette らの訴えを認め差止命令を出した (47 F Supp 251)。これを不服とした同州教育委員会は、連邦最高裁判所に直接上訴を行った。⁽²³⁾

連邦最高裁においては、総員九名の裁判官が六対三で原判決を維持した。

Jackson 裁判官が述べた法廷意見の要旨は、以下の通りである。

〈1〉 国旗敬礼の儀式への参加を拒否するという本件で被上告人が主張する権利は、他のいかなる個人の権利とも衝突するものではない。また、被上告人の行動が平穏で整然としたものであるということも確かである。本件における唯一の対立は、州の権力と個人の権利との間に、生じているのである。⁽²⁴⁾

州は、「愛国心を喚起するのに役立つ、われわれの歴史およびわれわれの政府の構造と組織に関する、市民の自由の保障を含む、すべてのことを教授と学習によって教えることを要求する」⁽²⁴⁾ことができる。しかしながら、本件において問題になっているのは、生徒に対する信条の表明の強制である。本件の争点は、愛国心の涵養という時間がかかりおろそかにされがちな過程を、強制的な国旗敬礼と宣誓という手っ取り早い方法に代えることが憲法に適合するか、ということである。⁽²⁶⁾

〈2〉 「誓いの言葉と結び付いて、国旗敬礼が発言 (utterance) の一形式であることには疑いがない。象徴の使用 (symbolism) は、原始的ではあるが効果的な思想伝達の方法である。……宗教上の象徴が神学的な思想を伝達するようになるのとちょうど同じように、国家の象徴はしばしば政治的な思想を伝達する。これらの象徴の多くと関連づけられるのが、敬礼・お辞儀・脱帽・ひざまずくことといった適当な、受容または尊重の身振りである。人は、象徴

から自分がそれに込める意味を読み取る。そして、ある人にとって慰めとなり鼓舞となるものは、他の人にとっては戯れとなりさげすみとなるのである。⁽²⁷⁾

〈3〉「強制的な国旗敬礼と宣誓は、一定の信条と心構えを肯定するよう要求することになる」。「意見表明の検閲ないし抑圧は、その表現が州が防止し処罰する権限を与えられている種類の行為を惹起する明白かつ現在の危険を生じさせる時にだけ、われわれの憲法によって大目に見られる、ということは今や当たり前のことである。」ある信条を意に反して肯定するよう命ずることは、沈黙を命ずる場合よりもさらに直接的かつ緊急の理由に基づいてのみ、可能であるように思われる。しかし、本件において強制を行う権限は、国旗敬礼の儀式の間消極的な態度のままいることが、(意に反する信条の表明の強制を正当化する程度のものはおろか) 表現を抑えようとする努力を正当化する程度の明白かつ現在の危険を生ずるといふ主張さえなしに発動されている。「強制的な国旗敬礼を支持するためには、われわれは、自分の考えを表明する個人の権利を保護する権利章典が、公権力が個人に心にもないことを述べるよう強制できる余地を残した、と言わなければならないのである」。⁽²⁸⁾

〈4〉いかなるものであれ愛国主義的な信条に対する評価は人によりさまざまであるから、公務員がこの種の儀式の遵守を命ずることを合衆国憲法第一修正が許すかどうかは、われわれが当該儀式の有用性をどう考えるかということとは関係なしに、検討されなければならない。⁽²⁹⁾ また、被上訴人と宗教上の見解を異にする多くの市民もこのような強制的な儀式が個人の憲法上の自由を侵害すると考えているのであり、「まず最初に国旗敬礼を法的義務とする権限を認定しない限り、非協調的な信念によって国旗敬礼の義務が免除されるかどうかを調べる必要はないのである」。⁽³⁰⁾

ところが、*Gobius* 判決において当裁判所は、州が生徒一般に国旗敬礼を強制する権限を有することは当然であると決めてかかり、信仰を理由として正当な一般的規範の免除を求める主張を審理しそれを拒否しただけであった。われわれは、より広い見地から *Gobius* 判決の具体的な判決理由を再検討する。⁽³¹⁾

〔5〕 ① *Gobius* 判決は、国旗敬礼をめぐる論争を取り上げることによって当裁判所は、『政府というものは、必然に、国民の自由を害なうほど強力でなければならぬのか。あるいは政府自体を存続してゆけないほど弱体でなければならぬのか。』というジレンマに直面したということ、及び、その答えは前者であるということ⁽³²⁾を述べた。

しかし、権利章典の保障する権利を實行するということは、弱い政府を選択するということではない。それは、政府の強さを達成する手段として、公的に規律された画一性よりも、個人の精神の自由を支持するというだけのことである。「自由な公教育は、非宗教的教育 (secular instruction) および政治的中立という理想に忠実であれば、いかなる階級・信条・政党・派閥の敵にも味方にもなりはしない。しかし、公教育がいかなるものであれイデオロギー的な規律を課すことになっているのならば、各政党ないし宗派は、教育制度の影響力を支配しようとし、それができなければ、その影響力を弱めようとするはずである。」憲法によって課せられた制限を遵守することは、政府を弱体化することにはならないのである。⁽³³⁾

② *Gobius* 判決は、州・郡・学区の教育職員の職務は、彼らの権限を妨げることが『事実上われわれを国家の教育委員会にする』ようなものである、とみなした。⁽³⁴⁾

しかし、合衆国憲法第一四修正は市民を州および州のすべての機関に対して保護するのであり、教育委員会も対象

外ではない。教育委員会は、重要かつ微妙で高度の裁量を要する職務を有するが、権利章典によって課せられる制限の範囲内で職務を遂行しなければならないのである。そして、「もしわれわれが自由な精神をその源で握りつぶし、青少年にわれわれの政治の重要な原則を単なる陳腐な言葉として見くびるよう教えてはならないのであれば、青少年に市民教育を行っているということが個人の憲法上の自由を細心に保護する理由になるのである。」⁽³⁵⁾

③ *Gobis* 判決によれば、これは『裁判所が目立った能力をもたないし、支配的な能力をもたないことが確実である』領域ということになる。自由の保護という役割は、裁判所同様議会にも委ねられている。そして、『政治的変化を引き起こす効果的な手段が開放されている』のであるから、『そのような争いを司法の場に移すよりも、世論という場や議会においてやりあって立法権の賢明な行使という問題を解決する』ことが憲法的には適切なのである。⁽³⁶⁾

しかし、「権利章典の目的はまさに、一定の問題を政治論争の変遷から引き離すこと、それらを多数派と公務員の手の届かない所に置くこと、それらを裁判所によって適用される法的原理として確立することであった。」権利章典によって保障される基本的権利は、選挙の結果とは無関係なものである。⁽³⁷⁾

次に、第一四修正の適用については、それが第一修正の諸原理を適用する媒介として機能する場合、第一修正が定める明確な禁止が基準となり、デュー・プロセス条項に伴う漠然性の多くは解消する。言論・出版・集会・礼拝の自由を規制するには、その規制に合理的な根拠があるだけでは足りはしない。それが可能なのは、州が合法的に保護することができる利益に対する重大かつ直接的な危険を防止するためにその規制が必要な場合だけである。⁽³⁸⁾

また、われわれが公権力の行使に対して権利章典を適用する任務を負うのは、権利侵害の生ずる領域においてわれ

われが際立った能力を有するからというわけではなく、われわれにその任務が委託されているからなのである。「われわれは、公教育のような専門領域における自らの能力を控えめに評価することによって、自由が侵害されている時に、当裁判所の職務であるということを経歴が証明する判断を差し控えることはできない⁽³⁹⁾」。

④ 最後に、*Gobius* 判決の法廷意見はその核心部分において、『国民としてのまとめりは、国家の安全保障の基礎である』ということ、州議会が『その達成のための適切な手段を選ぶ権利』を有するということを論じ、このことから『国民としてのまとめり』の達成を目指す当該強制的手段は合憲であるという結論に至っている⁽⁴⁰⁾。

しかし、「われわれは、被治者の同意により政府を設け、権利章典は、権力者に対してそのような同意を強制するためのいかなる法的機会をも与えていないのである。ここにおいて権力が世論によって支配されなければならない⁽⁴¹⁾」。

本件においては敬礼の対象となっているのがわれわれ自身の国旗であることから問題が困難になっているが、それでも「われわれは、知的かつ精神的に多様であるまたは正反対でさえある自由が社会の組織を崩壊させるということに恐れることなく、憲法の定める制限を適用する⁽⁴²⁾」。知的および文化的多様性は、奇行や異常な態度が時折現れるという代償を払うことによってだけ、存在し得るのである。「もしわれわれの憲法の星座の中に不動の星があるとすれば、それは、上級であれ下級であれ公務員は、政治・国家主義・宗教その他意見の分かれる問題について正統であるものを定めたり、市民にそれらの問題についての信念を言葉や行動によって告白するよう強制することはできない、ということである⁽⁴³⁾」。

〈6〉 国旗敬礼および忠誠の宣誓を強制するという本件における教育委員会の行為は、「教育委員会の権限に課せられた憲法上の制限を超え、あらゆる公的支配から除外することがわが憲法の第一修正の目的であるところの知性と精神の領域を侵害する⁽⁴⁴⁾」。

以上のような理由で法廷意見は、*Gobitis* 判決および同旨の先例を覆し、関連法規の執行を差止める原審の判断を承認した⁽⁴⁵⁾。

なお、本件については、*Roberts* 裁判官および *Reed* 裁判官が、*Gobitis* 判決の判断を支持し、原審の判断を破棄すべきであるとする立場を採った⁽⁴⁶⁾ほか、*Black* 裁判官および *Douglas* 裁判官が連名で同意意見を、*Murphy* 裁判官が同意意見を、*Frankfurter* 裁判官が反対意見を述べている⁽⁴⁷⁾。

かくして連邦最高裁は、わずか三年ほどの間に同様の問題について正反対の解答を示したのである⁽⁴⁸⁾。連邦最高裁のこのように急な態度変更は、直接的には、一部の裁判官の見解の変更および人員の入れ替わりによってもたらされた。すなわち、強制的国旗敬礼を合憲であるとする *Gobitis* 判決において反対の意見を表明したのは、*Stone* 裁判官ただひとりであったが、*Frankfurter* 裁判官が執筆した法廷意見に同調した八名の裁判官のうち、*Black*・*Douglas*・*Murphy* の三裁判官が見解を変え、⁽⁴⁹⁾ また、*Hughes* 首席裁判官および *McReynolds* 裁判官は退職し、その後任の *Rutledge*・*Jackson* 両裁判官は国旗敬礼の強制を違憲であるとする側に与した⁽⁵⁰⁾のである。

一方、連邦最高裁のこのような動きの現実的な背景としては、まず、*Gobitis* 判決について、事件が連邦最高裁に係属していた時期は、第二次世界大戦の脅威が差し迫っていたため、当時の世相が国民感情を一つにまとめる行動を

求めており、そのことが連邦最高裁の判断に反映したと考えられている。⁽⁵¹⁾ところが、この *Gobitis* 判決に対する世間の評価はかなり厳しいもので、激しい批判にさらされることになった。⁽⁵²⁾このことに、戦況が次第に合衆国に有利に展開してゆき、人権保護の重要性を評価する冷静な目を世間の人々が取り戻してきたという事情が加わって、*Barnette* 判決における判例変更が生じたと言えそうである。⁽⁵³⁾

さて、次に視点を変えて判決の内容に着目すると、*Gobitis* 判決と *Barnette* 判決が相反する結論を導き出した原因は何に求められるのであろうか。両者は、同じ争点に対し同じ判断枠組みを用いて異なる結論に至ったのであろうか。それとも、そもそも問題の捉え方・分析の枠組みの設定の仕方そのものが違ったのであろうか。また、両判決の論旨は、共通点のまったく見られない文字どおり正反対のものなのであろうか。これらの点および判決のその他の内容上の特徴を明らかにするために、ここで章を改め、両判決の論理を分析することにした。

(1) *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U. S. 586 (1940).

なお、本判決に先立ち、連邦最高裁は、同様の訴えを四件扱っている (*Gobitis*, 310 U. S. at 592 n. 2) が、いずれについても特に連邦最高裁としての意見を付することなく、そのうち二件 (*Leoles v. Landers*, 302 U. S. 656 (1937); *Hering v. State Board of Education*, 303 U. S. 624 (1938); *Gabrielli v. Knickerbocker*, 306 U. S. 621 (1939)) は、⁽⁵⁴⁾ 実質的な連邦問題 (federal question) の不存在を理由として、残り一件 (*Johnson v. Deerfield*, 306 U. S. 621 (1939)) は、先例に依拠して、却下してある。⁽⁵⁵⁾ (Recent Decisions, *CONSTITUTIONAL LAW — Resolution of State Board of Education Compelling Salute to Flag Held Unconstitutional*, 32 *Geo. L. J.* 93, 94 (1943).)

(2) *Minersville* 市の教育委員会が参加を義務づけた国旗敬礼の儀式は次のようなものである。

まず、右手を胸の上に置き、次に右手を延ばして国旗に敬礼しながら、以下の誓いの言葉を全員がそろって暗唱する。

「私は、私の国の旗、および、それが象徴する共和国、すなわち、すべての人々に自由と正義をもたらす一つの不可分の国家に対して、忠誠を誓います。 ("I pledge allegiance to my flag, and to the Republic for which it stands; one nation indivisible, with liberty and justice for all.")」

(*Gobitis*, 310 U.S. at 591.)

- (3) 国旗敬礼が聖書によって禁じられると信じる根拠は特に、以下に引用する旧約聖書の出エジプト記第二〇章第三節・第四節・第五節に求められる。

「三 あなたには、わたしをおいてほかに神があつてはならない。

四 あなたはいかなる像も造ってはならない。上は天にあり、下は地にあり、また地の下の水の中にある、いかなるものの形も造ってはならない。

五 あなたはそれらに向かつてひれ伏したり、それらに仕えたりしてはならない。……」

(*Id.* at 592 n. 1. 聖書の日本語訳は、共同訳聖書実行委員会『聖書 新共同訳』(日本聖書協会、一九九〇年)による。)

- (4) *Id.* at 591-92.

- (5) *Id.* at 592.

- (6) 以下、アメリカ合衆国憲法の修正条項は、第〇〇修正、と表記する。

- (7) *Gobitis*, 310 U.S. at 592-93.

- (8) *Id.* at 593.

- (9) *Id.* at 594-95.

- (10) *Id.* at 596.

ここに言うシレンマは、Lincoln 大統領が連邦議会へ送った教書の中で問いかけたものである。「特別議会に与えた教書(戦争教書)(一八六一年七月四日)」高木八尺・斎藤光訳『リンカーン演説集』(岩波文庫、一九五七年)一〇八―一三〇頁、

- (11) *Id.*
- (12) *Id.* at 597-98.
- (13) *Id.* at 598.
- (14) *Id.* at 601.
- (15) Stone 裁判官の反対意見の概要は、以下の通りである。

〈1〉 本件で問題となった国旗敬礼への参加の強制は、「言論の自由を抑圧する以上のことを行い、かつ、自由な宗教上の行為 (free exercise of religion) を禁止する以上のことを行っているのであるが、これらは第一修正によって明白に禁じられており、また、第一四修正によって保障されている自由の侵害にあたる」。というのは、本件の強制的国旗敬礼によって、「州は、これらの子どもたちに対して……自分が懐いておらず、自分の最も奥深い宗教上の信念に反する感情を表明することを強制するからである」。(*Id.* at 601.)

〈2〉 「明らかに、個人の自由の憲法による保障は常に絶対的なものであるとは限らない。政府には、存続する権利があり、政府に与えられた権限は、必ずしも権利章典の明示の禁止規定によって無視されるとは限らない。……政府は、道徳にとって危険な宗教の実践、そして公共の安全・衛生・良き秩序にとって有害である宗教の実践もおそらくまた抑圧してよいのである。」しかし、州が、青少年に対して、宗教的な良心に反することを公然と確言するよう強制してもよいと言うのは、飛躍である。(*Id.* at 602.)

〈3〉 「政府の利益と合衆国憲法下の自由との競合する要請が存在する場合、また、政府の職務の遂行が憲法の特定の禁止規定に抵触する場合には、可能であれば、両者の本質を保持するために、それらの間の合理的な調整をしなければならぬ」。そして、「そのような調整が合理的に可能であるかどうかを決定するのは、裁判所の職務である」。(*Id.* at 603.)

本件については、仮にわれわれが、問題の国旗敬礼の強制が国民としてのまとまりの形成・維持に寄与する、と信じているとしても、「生徒に自分が信じていないことを確言するよう強制することによって、自分の宗教上の信念に反するある形式

の確言を行うよう命ずることによる他に、国民としてのまとまりの源である忠誠と愛国心を教える方法が存在する」。このような強制によらなくとも、「州は自由に、通学を強制して、われわれの歴史およびわれわれの政府の構造と組織におけるあらゆることの教授と学習による教育を要求することができ、その中には市民としての自由 (civil liberty) の保障が含まれるが、それが愛国心を喚起するのに役立つのである。」(Id. at 603-04.)

〈4〉「合衆国憲法は、たぶん憲法およびそれが設けた政府に対する忠誠の表現を引き出すだろう。しかし、憲法はそのような表現を命じはしないし、いずれにせよ、強制的な忠誠の表現がわれわれの政治の体系において憲法による言論と宗教の自由の保護を覆すような役割を果たすというどんな示唆も与えはしないのである。そして、そのような忠誠の表現は、自発的になされるとき、国民としてのまとまりを促進するかもしれないが、自分自身と自分の親の宗教上の信念に反して子どもたちによってなされるその強制的な表現が、憲法による宗教の自由の保障にもかかわらずそれを強要することを教育委員会の自由にまかせるくらいに重要な役割をわれわれの国民としてのまとまりについて果たすと看なし得ると言うことは、まったく別のことなのである。」(Id. at 605.)

〈5〉合衆国憲法は、民主主義の過程を万難を排して守らなければならないという国民の確信を十二分に表明すると同時に、精神的自由が守られなければならないという信念を表明し、また、そうするよう命じている。したがって、「権利章典の保護の範囲内にあることが疑いのない、ごく少数の人々の宗教の自由を抑えつけるよう作用する本件の立法は、少なくとも、宗教的および人種的少数者の憲法上の自由を侵害するとわれわれが最近判示した立法と同じ司法審査を受けなければならない」。そして、そのような審査をすれば、本件の子どもたちの宗教上の信念が危険にさらされないよう措置を講ずることに伴う不都合が、憲法による保護に値すると考えられてきた信仰を無理矢理侵害されない自由を凌ぐほど重大であるとは言えないのである。(Id. at 606-07.)

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

(17) Id. at 625-26.

(18) Id. at 626-29.

(19) West Virginia 州教育委員会が義務づけた国旗敬礼というのは、掌を上に向けて右手を上げたままで、以下の文句を暗唱するものである。

「私は、アメリカ合衆国の国旗、および、それが象徴する共和国、すなわち、すべての人々に自由と正義をもたらす一つの不可分の国家に対して、忠誠を誓います。」

(*Id.* at 628-29.)

(20) *Id.* at 629.

(21) 「エホバの証人」の信者たちは、国旗敬礼の代わりに、以下に示す誓いの言葉を述べることを申し出たが、受け入れられなかった。

「私は、イエスが祈りをささげるようすべてのキリスト教徒に命ずる、全能の神エホバとその御国に無条件の忠誠と献身を誓いました。」

私は、合衆国の国旗を尊重し、それがすべての人々にとっての自由と正義の象徴であると認めます。

私は、聖書の中に明らかにされている、神の法と矛盾しない、合衆国のすべての法に対する忠誠と服従を誓います。」

(*Id.* at 628 & n. 4.)

(22) *Id.* at 629-30.

(23) *Id.* at 630.

(24) *Id.* at 630-31.

(25) *Gobitis*, 310 U. S. at 604.

(26) *Barnette*, 319 U. S. at 631-32.

(27) *Id.* at 632-33.

(28) *Id.* at 633-34.

(29) *Id.* at 634.

- (30) *Id.* at 634-35.
- (31) *Id.* at 635-36.
- (32) *Id.* at 636 (*Gobitis*, 310 U. S. at 596 を引用).
- (33) *Barnette*, 319 U. S. at 636-37.
- (34) *Id.* at 637 (*Gobitis*, 310 U. S. at 598 を引用).
- (35) *Barnette*, 319 U. S. at 637.
- (36) *Id.* at 638 (*Gobitis*, 310 U. S. at 597, 598, 600 を引用).
- (37) *Barnette*, 319 U. S. at 638.
- (38) *Id.* at 639.
- (39) *Id.* at 639-40.
- (40) *Id.* at 640 (*Gobitis*, 310 U. S. at 595 を引用).
- (41) *Barnette*, 319 U. S. at 641.
- (42) *Id.* at 641-42.
- (43) *Id.* at 642.
- (44) *Id.*
- (45) *Id.*
- (46) *Id.* at 642-43.

(47) Black 裁判官・Douglas 裁判官および Murphy 裁判官は、*Gobitis* 判決における見解を本判決において変更したため、同意意見を述べている。一方、*Gobitis* 判決において法廷意見を執筆した Frankfurter 裁判官は、司法部の自己抑制 (judicial self-restraint) の必要性を強調する長文の反対意見を述べている。

各意見の概要は次のとおりである。

〈Black 裁判官と Douglas 裁判官による同意意見〉

われわれが *Gobius* 判決に同意したのは主に、連邦憲法を、公共の福祉にとって有害であると考えられる行為を州が規制する際の厳しい障害にする気にはなれないという理由からであった。しかし、熟考の末、われわれは、その原理はしっかりとしたものであっても、一定の事例におけるその適用は誤りであるということを確認した (*Jones v. Opelika*, 316 U.S. 584, 623)。「われわれは、われわれの面前にある法律は、第一修正と第一四修正によって被上告人に保障されている宗教の自由に十分な余地を与えていない、と信じる。」 (*Id.* at 643-44.)

〈Murphy 裁判官による同意意見〉

熟慮の結果、私は、自分は裁判官として精神的自由を最大限支持すること以上に高尚な責務を負っていないということを確認した。

「私は、強制的な国旗敬礼から社会に生ずる利益が、必然的に伴う自由とプライバシーの侵害を正当化したり、自分の良心ないし個人的な性向に従って能弁であったり沈黙していたりする個人の自由に対する制限の埋め合わせをするのに十分なほど明確かつ確実であるということに賛成することはできなう。」 (*Id.* at 644-46.)

〈Frankfurter 裁判官反対意見〉

裁判官が職務を遂行する時には、ある法律の賢明さないし害悪についての私見は完全に排除されなければならない。裁判官が決定するのは、立法者が合理的にそのような法律を制定することができたかどうか、ということだけである。

私は、デュー・プロセス条項によって保障される『自由』が当裁判所に、われわれすべてが正当な立法目的であると認めるもの、すなわち、善良な市民性 (*Good citizenship*) の促進を、国旗敬礼と忠誠の宣誓の強制という手段によって達成することを *West Virginia* 州に対して認めない権限を付与する、ということを確認する気にはなれないのである。

(*Id.* at 646-71.)

- (48) 本件においては、すでに第一審の *West Virginia* 州南地区連邦地方裁判所が連邦最高裁の判例 (*Gobius* 判決) に反する判決を出しており、この点は先例拘束性の原理に反している。こうした意味でも本件は異例な事例であったと言える。

- (Recent Cases, *Stare Decisis — Supreme Court's Decision Held Not Conclusive on Lower Federal Court*, 56 HARV. L. REV. 652 (1943).)
- (49) Recent Decisions, *Constitutional Law — Freedom of Religion — Compulsory Flag Salute*, 42 MICH. L. REV. 319, 319-20 (1943).
- Black · Douglas · Murphy の三名の裁判官は、*Barnette* 判決に先立ち、一九四一年の *Jones v. Opelika* 判決 (316 U. S. 584) の反対意見の中で *Gobitis* 判決の判断が誤りであったとの見解を表明していた (316 U. S. at 623-24)。 (42 MICH. L. REV. at 320 n. 4.)
- (50) Recent Cases, *supra* note 48, at 653.
- (51) Recent Decisions, *supra* note 49, at 321.
- (52) *Id.*
- ある判例評釈は、「おそらく近年の連邦最高裁判所の判決の中で *Gobitis* 判決の意見のように激しい批判を四方八方から受けたものはなう」と評した。 (*Id.*)
- また、*Gobitis* 判決が社会に及ぼした影響について、「この判決が出た結果、少数宗教に属する者の子供は退学させられたり、両親が処罰されたりするような事例が頻発した。ミシシッピ州では多くの『エホバの承者』が罰せられた。そこでこの判決は世間の批判的となった。」と言われている。(田中耕太郎『教育基本法の理論』(有斐閣、一九六一年) 五五六頁。)
- (53) See, Recent Decisions, *supra* note 49, at 321.
- なお、*Barnette* 判決に対する世間の評価について、「この判決に対する新聞の論評は *Gobitis* 事件の場合よりもよかった」と言われている。(田中 前掲 五六二頁。)

三、国旗敬礼の強制と合衆国憲法第一修正⁽¹⁾

右に内容を概観した、強制的な国旗敬礼および忠誠の宣誓の合憲性をめぐる Gobius 判決と Barnette 判決は、以下のように、異なる問題の捉え方をしている。⁽²⁾

まず、Frankfurter 裁判官が法廷意見を執筆した Gobius 判決は、国旗敬礼を生徒に強制するという州および教育委員会の権限の合憲性は特に問題にはせず、国旗敬礼の儀式に参加するという生徒一般に課せられた義務の特別な免除を、個人的な宗教上の信条を理由として、換言すれば個人の信教の自由を根拠として主張することが認められるか、ということ問い、これを否定している。すなわち、同判決によると、第一に、国民の団結心を育むという立法目的が正当である以上、⁽³⁾その達成のためにどのような手段を用いるかという判断は、もっぱら州議会および教育委員会の裁量に委ねられるべきであって、裁判所の審査の対象外である、⁽⁴⁾ということになる。その理由は、ひとつには、国民の団結心を育てるという目的の実効性ある達成手段は何かということ、⁽⁵⁾確定しているわけではない、一義的には決まらない⁽⁵⁾ということ、また、本件のように生徒が国旗敬礼義務の対象である場合は教育の問題になるが、裁判所は競合する考慮事項の微妙な調整にかかわる教育政策を論ずるにはその能力からして不向きな場所である⁽⁶⁾ということである。そして、第二に、憲法による信教の自由の保障には、特定の信仰の促進ないし制限を目的とするのではない⁽⁷⁾一般的な法の適用を個人の信仰を理由として拒否する自由までは含まれておらず、国旗敬礼の義務についても、個人が信教の自由を盾にして免除を求めることはできない⁽⁸⁾ということになる。

これに対して、Jackson 裁判官によって法廷意見が書かれた *Barnette* 判決は、宗教上の見解の如何にかかわらず多数の市民が、国旗敬礼の儀式への参加の強制を個人の憲法上の自由の侵害と考えるということを強調して、個人の信仰を理由とする一般的な義務の免除の可否を問題にするのではなく、それ以前にそもそも州がそのような義務を個人に課すこと自体が合衆国憲法のもとで許されるのかどうかということを検討し、否という答えを導き出している。⁽⁹⁾

その際、*Barnette* 判決は、まず、信教の自由との関連に限定せず、象徴としての国旗を思想伝達の方法、国旗敬礼を発言の一形式、強制的な国旗敬礼と宣誓を一定の信条の肯定の強要と位置付けることによって、広い意味での表現の自由との関係で問題を捉え、⁽¹¹⁾ 当の権限の合憲性を審査している。そして、その審査の基準について、同判決は、第一修正の保障する自由を政府が規制することができるのは、その規制が州の利益に対する重大かつ直接的な危険 (*grave and immediate danger*)⁽¹²⁾ の防止に必要な場合に限られると主張する。そこで、本件について検討した結果、そのような危険は認定されず、⁽¹³⁾ 結局問題となった教育委員会の行為は第一修正によって保護される自由を侵害する⁽¹⁴⁾ という結論に至ったのである。

以上のような *Gobitis*・*Barnette* 両判決の問題への対処の仕方の違いは、ひとつには、憲法規範、特に人権保障規定を執行する上で裁判所の果たすべき役割についての見解の相違に起因している。⁽¹⁵⁾ まず、*Gobitis* 判決の法廷意見および *Barnette* 判決における反対意見を書いた *Frankfurter* 裁判官は、裁判所が違憲立法審査権を行使する場合の自己抑制 (*self-restraint*)⁽¹⁶⁾ の必要性を強調する。同裁判官は、裁判所のその権限が反民主主義的性格を帯びているため、その権限の濫用を最大限警戒すべきであることを指摘して、⁽¹⁷⁾ 司法の自己抑制だけがその権限の恣意的な行使を制限す

る手段であることを強調する。⁽¹⁸⁾ここから同裁判官は、立法の有効性が問われている場合、立法に対する責任は、裁判所と同様憲法上の権利の保護を責務とし、⁽¹⁹⁾かつ、人民に対して直接責任を負う立法部にあり、裁判所の権限は、「立法部に付与されている広範な権限の範囲内において、立法部が、合理的な正当化理由を付することができると判断を行ったかどうかを決定する」ことだけであるとして、⁽²⁰⁾立法の合憲性に関する立法部の判断の尊重の必要性を説く。そして、国旗敬礼の強制の合憲性という問題についても、この判断枠組みを用いて検討し、Frankfurter 裁判官は、国民の統合を実現するための手段として強制的な国旗敬礼を選択するという判断は不合理とは言えず、⁽²¹⁾また、この種の問題は裁判所に持ち込むよりも議会または世論による決定に委ねるべきである、⁽²²⁾という結論を導き出したわけである。

これに対して *Barnette* 判決の法廷意見からは、裁判所は、権利章典が保障する権利の擁護者として、より積極的な役割を果たすべきである、という立場がうかがえる。すなわち、同意見を書いた Jackson 裁判官によれば、一定の権利を議会および世論という場における政治的論争の影響を受けないようにすること、多数派の意思によっても左右されないようにすることこそが、権利章典を制定する目的なのである。⁽²³⁾したがって、権利章典に含まれる基本的権利の保障に関する問題は、選挙における投票で決定されてはならず、⁽²³⁾裁判所の判断に委ねられるべきである、ということになる。こうした Jackson 裁判官の立場からすると、憲法が保障する自由の侵害が問題になっている場合には、歴史によって正統性が証明されている違憲審査権の行使をためらうことなく、⁽²⁴⁾紛争の解決に当たるべきである、ということになる。本件の争点に関しても、個人の自由の侵害が問題になっている以上、政治過程に判断をあずけるのではなく、裁判所が審査し自らの判断を示すべきであるということになり、問題の強制的国旗敬礼の合憲性審査に踏み

込んだ結果、法廷意見は違憲の判断を下したのである。⁽²⁵⁾

ここに見られるような Frankfurter 裁判官と Jackson 裁判官の見解の対立に代表される議論は、裁判所に認められてきた違憲審査権が本質的に反民主主義的な性格を有することに端を発するものであり、⁽²⁶⁾ 両判決以前から現在に至るまで裁判所が違憲審査権を行使する際には常に多かれ少なかれ問題となる類いのものである。また、いずれの考え方にももつともなところがあり、単純にどちらか一方だけが全面的に正しいと決めつけることはできない。しかし、確かに、構成員である裁判官が公選による洗礼を受けることがなく人民に対して直接責任を負うことができない裁判所が、人民の代表から構成される議会の立法の効力を否定することが可能な違憲審査権を行使するに当たっては、権限の濫用がないよう常に意識的に自己抑制を働かせる必要があるにしても、少なくとも憲法が保障する基本的権利の侵害が争点となっている場合には、立法の内容に立ち入った審査が裁判所に求められるのではなからうか。殊に、本件のように精神的自由の侵害が焦点となっている事件において、自己抑制の必要性を強調して裁判所が踏み込んだ審査を行わないということであれば、裁判所に違憲審査権が認められている意義自体が失われてしまうことになるのではないであろうか。

次に、*Gobitis*・*Barnette* 両判決の結論を分けるもうひとつの要因として考えられるのは、教育の領域において生じる憲法問題に対して裁判所がどの程度関与することができるか、という点についての基本的な立場の相違である。

合衆国においては、まず、連邦憲法第一〇修正⁽²⁷⁾の規定によって、公教育の管理は各州の権限と解され、⁽²⁸⁾ また、各州において、実際に公立学校を管理・運営する権限は伝統的に各地方学区教育委員会に委譲され、学区教育委員会が生

徒の管理に広範な権限と責任を有してきた。⁽²⁹⁾さらに、こうした事情に加えて、教育に関連する問題に対処するためには専門的な知識を必要とする場合が多いということもあり、公立学校内において生徒の権利をめぐって法的な問題が生じた場合、その解決についても学区教育委員会の裁量に委ね裁判所は介入すべきではないか、それとも、裁判所がイニシアチブをとって自らの判断で紛争の解決に当たるべきか、という問題が起こるのである。そして、この論点に關して、兩判決の見解には、以下のような違いが見られる。

まず、*Gobitis* 判決は、裁判所は教育政策上の問題を論ずるための場ではなく、個人の人種的・宗教的な特質を尊重しつつ、伝統的な民主主義の理想に対する忠誠を確保する上で、競合する考慮すべき要素のうちどれを優先するかを決定するのは裁判所の職分ではなく、そのような権限が裁判所にあると判示するならば、裁判所が本来教育委員会の果たすべき役割を担うことになってしまふ、と主張しており、⁽³⁰⁾裁判所が公教育をめぐる問題の解決に關与することに対して消極的な態度を採っている。

一方、*Barnette* 判決は、この点について次のように論ずる。すなわち、合衆国憲法第一四修正は州による侵害から市民の権利を保護し、教育委員会といえどもその適用の対象外とはならない。教育委員会の職務は、さまざまな要素を考慮してそれらの微妙な調整を行う必要があるため、その遂行に当たっては高度の裁量が認められねばならないけれども、いかなる職務でも権利章典が課す制限の範囲内で行わなければならない。教育委員会は、青少年が一人前の市民になるための教育に従事しているからこそ、個人の憲法上の自由を慎重に守らなければならない。そうでなければ、自由な精神の芽を摘んでしまうことになり、また、青少年は、自国の政治の重要な諸原理が実は単なる御題目

に過ぎないと考えるようになってしまいかねないのである。⁽³¹⁾

ここに示した争点は、本件に限らず、学校における生徒の各種の権利をめぐる訴訟において常に問われるものである。⁽³²⁾ 確かに、教育現場において生じてくる問題に適切に対処するためには、教育に関する専門的な知識を必要とする場合が多いであろうし、とりわけ初等・中等教育の課程においては、児童・生徒が心身両面で未成熟であるため、特に慎重な対応が求められ教育専門的な判断を必要とすることになろう。したがって、裁判所に対しては、できる限り教育委員会の裁量を尊重することが求められよう。このように教育という作用の特性から生じる教育委員会の裁量の尊重の必要性が、*Gobius* 判決の強調するところであるが、そのこと自体は *Barnette* 判決も否定はしていないのは右に見た通りである。しかし、問題は、そのような教育委員会の裁量の限界をどう考えるか、というところにある。

生徒の心身の未成熟性、および、学校教育の目的を達成する上での必要性という二つの見地から、生徒の人権には、一般の成人については認められない制限が課される場合がある⁽³³⁾としても、生徒の憲法上の権利主体としての地位そのものを否定することまではできないはずである。たとえ制約を伴うとしても、生徒もまた憲法による権利の保障を受ける⁽³⁴⁾のである。そうであれば、教育委員会に権限行使にあたって広い裁量が認められるとしても、その裁量は無制約のものではなく、生徒の権利章典上の権利を侵害しない限りという制約を本来伴うものであるということになろう。すなわち、教育委員会は職務上であれ正当な理由なしに生徒の憲法上の権利を制限することは許されず、教育委員会がその限界を超えたかどうかということは裁判所による違憲審査の対象となるべきであろう。こうして考えてみると、教育委員会の裁量の尊重の必要性を説く一方で、憲法の権利章典によってその裁量が限界付けられていることを明確

に指摘し、その点に関する裁判所の審査を肯定する *Barnette* 判決の立場に、より説得力があると言えるのではないだろうか。

以上 *Gobitis* 判決と *Barnette* 判決の相違点に注目してきたが、両判決の公立学校における国旗敬礼についての立場は、共通点がなく全く正反対のものであろうか。それは、*Barnette* 判決が、公立学校における国旗敬礼の実施そのものが憲法違反である、すなわち、いかなる態様のものであれおよそ公立学校における国旗敬礼の実施は憲法上全面的に禁止されると言っているのか、それとも、その一態様が憲法に違反する、すなわち、この場合、拒否に対する制裁によって国旗敬礼への参加を強制することが憲法違反であると言っているにとどまるのか、という点にかかっている。

この点に関して *Barnette* 判決の法廷意見は、公立学校において本件で問題となった以外のやり方で国旗敬礼を実施することが憲法上許容されるかどうか明示的には述べていない。しかし、同判決の法廷意見は、愛国心を喚起することにつながる歴史および合衆国の政治の組織と構造についてのあらゆることを教えるよう州が要求することができるといふ趣旨のことを述べて、⁽³⁵⁾ 違憲性の問題を生ずることなく州が一定の愛国心教育を実施することができるとことを確認している。また、同意見は、本件は生徒に対する信条の表明の強制に関するものであるということ、⁽³⁶⁾ 及び、公務員が説得と模範によって推進する国民の団結は本件では問題となっていないということ⁽³⁷⁾をわざわざ断っている。これらのことから察すると、*Barnette* 判決は、公立学校において国旗敬礼の儀式を行うこと自体を違憲であると決めつけているわけではなく、参加に関して生徒の自発性を尊重する形式での国旗敬礼の儀式を公立学校が実施するこ

とまでは否定していない⁽³⁸⁾、と思われる。公立学校における国旗敬礼および忠誠宣誓の儀式が憲法違反になるかどうかは、個々のケースごとに具体的な実施方法を検討して、それが個人の第一修正の権利を侵害するかどうか判断して決するということになるであろう。

したがって、*Gobitis* 判決と *Barnette* 判決を隔てるポイントは、公立学校において国旗敬礼を実施することが直ちに憲法に違反することになるか、というものではなく、その国旗敬礼への参加を、不参加の生徒に対する懲戒処分およびその親に対する刑罰という手段を用いて、強制することが生徒と親の憲法上の権利を侵害して違憲であるか、ということなのである。そして、アメリカ合衆国において学校が生徒に対して愛国心を育むための教育を行おうとする場合、国民の愛の対象となるその国は市民の権利・自由の保障を政治の基本原理の一つにしている⁽³⁹⁾のであるから、愛国心を喚起するために個人の権利・自由を犠牲にするということは矛盾であり許されないということになる。そうであれば、*Gobitis* 判決と *Barnette* 判決を比較した場合、愛国心を喚起する手段としての国旗敬礼の強制を憲法違反であると認定した *Barnette* 判決のほうが妥当だということになるのではなからうか。

さて、最後に、*Barnette* 判決が、国旗敬礼の強制等の行為の違憲審査基準として、いわゆる「明白かつ現在の危険 (clear and present danger)」の基準⁽⁴⁰⁾もしくはそれに類似の基準⁽⁴¹⁾を適用していることに少し論及しておきたい。この点について、*Frankfurter* 裁判官は反対意見の中で、本件で問題になっている州の権限の合憲性を国家に対する危険の切迫性で判断することは、戦時における扇動的表現に関わる事例⁽⁴²⁾において用いられた「明白かつ現在の危険」の基準の起源と目的とをまったく誤解するものである、という批判を行っている⁽⁴³⁾。この批判に加えて、「明白かつ現在

の危険」の基準は、本来、成人の表現活動について適用されたもの⁽⁴⁴⁾であるところ、成人と子どもの場合では、その判断能力が異なり、子どもは自己の行為から生じる結果を予測するのに十分な能力を具えていない⁽⁴⁵⁾ことが多く、子どもの表現活動については成人の場合に比べてより早い段階での公権力の介入を必要とする場合があるという点、そのような介入がなされたとしても、成人と子どもの場合では表現の自由のもつ意義が異なり⁽⁴⁶⁾、良好な教育環境の維持という利益がこれを正当化できる場合がある⁽⁴⁷⁾という点、さらに、学校においては、教育委員会および教職員の教育専門的な裁量の働く十分な余地を確保することもまた必要であるという点から考えて、生徒の第一修正の権利の侵害が問題となる事例に「明白かつ現在の危険」の基準を適用することには疑問の余地があろう。

(1) 合衆国憲法第一修正は、文言上、連邦政府による侵害から権利を保護する規定であるところ、*Gobitis* 判決と *Barnette* 判決において合憲性が問われているのは州の行為であるため、いずれの事例においても直接適用される憲法の条項は、第一修正ではなく、第一四修正である。しかし、連邦最高裁は、一九二五年の *Gilow* 判決 (*Gilow v. New York*, 268 U. S. 652) を皮切りに、第一修正の権利保障規定が第一四修正のデュー・プロセス条項を介して州にも適用されるといふ立場を採って *おじきり* (*John F. Nowak and Ronald D. Rotunda, Constitutional Law*, 5th ed., 397 (West Publishing Co., 1995))⁷ 本稿で取り上げた二つの判例において実際に問題となっている権利は、第一修正が保障する権利である。

(2) See, Recent Cases, *Constitutional Law — Power of School Board to Compel Pupils to Salute Flag*, 92 U. P. L. REV. 103, 104 (1943).

(3) *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U. S. 586, 598 (1940).

(4) *Id.* at 598-600.

(5) *Id.* at 598.

- (6) *Id.*
- (7) *Id.* at 594-95.
- (8) *Id.* at 595.
- (9) West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U. S. 624, 634-36 (1943).
- (10) *Id.* at 642.
- (11) *Id.* at 632-33.
- (12) *Id.* at 639.
- (13) *Id.* at 633-34, 639.
- (14) *Id.* at 642.
- (15) See, Recent Decisions, *CONSTITUTIONAL LAW—Resolution of State Board of Education Compelling Salute to Flag Held Unconstitutional*, 32 GEO. L. J. 93, 96-99 (1943).
- (16) *Barnette*, 319 U. S. 646 (Frankfurter, J., dissenting).
- (17) *Id.* at 650.
- (18) *Id.* at 648.
- (19) *Gobitis*, 310 U. S. at 600.
- (20) *Barnette*, 319 U. S. at 649.
- (21) *Gobitis*, 310 U. S. at 598.
- (22) *Id.* at 600.
- (23) *Barnette*, 319 U. S. at 638.
- (24) *Id.* at 639-40.
- (25) *Id.* at 640-42.

- (26) 合衆国における裁判所の違憲審査権と民主主義との関係をめぐる議論について、松井茂記『アメリカ憲法入門〔第三版〕』(有斐閣、一九九五年) 八三—八七頁参照。
- (27) アメリカ合衆国憲法第一〇修正は、「この憲法によって合衆国に委任されず、また州に対して禁止されていない権限は、それぞれの州または人民に留保される。」と規定する。(日本語訳は、樋口陽一・吉田善明編『解説 世界憲法集 第三版』(三省堂、一九九四年) による。)
- (28) 合衆国憲法が、教育に関する権限を連邦議会に与える規定を持たないことから、このように解されている。(マーサ・M・マッカーシー／ネルダ・H・キャンブロン「マカベ著 平原春好／青木宏治訳『アメリカ教育法——教師と生徒の権利——』(三省堂、一九九一年) 一一頁。)
- (29) 上原 崇『アメリカの生徒の権利と義務——生徒指導への法的アプローチ』(東信堂、一九八四年) 六頁、マッカーシー／キャンブロン「マカベ 前掲 一一—一七頁。
- (30) *Gobitis*, 310 U. S. at 598.
- (31) *Barnette*, 319 U. S. at 637.
- ところで、*Barnette* 判決のこの部分には学校における生徒の人権の保障という観点から特に注目すべき内容が含まれている。重複することになるが再び引用すれば以下の部分である。
- 「もしわれわれが自由な精神をその源で握りつづし、青少年にわれわれの政治の重要な原則を単なる陳腐な言葉として見くびるよう教えてはならないのであれば、青少年に市民教育を行っているということが個人の憲法上の自由を細心に保護する理由になるのである。」
- 生徒は、学校に在籍することによって、学校外では受けることのない人権の制限を受ける。したがって、生徒の人権の制限について論ずる場合には、学校という環境の特殊性を考慮に入れる必要がある。その際、ややもすれば、学校という場は教育を行う場所であるから、生徒が人権を制限されるのは当然という考えに傾く恐れがある。右の判示は、こうした傾向に歯止めをかけるものといえる。すなわち、本判決によれば、教育委員会が、学校において将来の市民を教育しているからこそ、

生徒の人権を制限するにあたっては慎重でなければならぬ、ということになる。その意味で、本判決は、学校における生徒の人権の保障の理論を構築してゆく上での重要な原則を提示したといえることができるであろう。

実際においても、次の注(32)で言及する Tinker 判決は、生徒の第一修正の権利は学校環境の特別な性質に照らして適用されると言う原則を示した (Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503, 506 (1969))。上で、生徒の表現の自由を限定的に捉える方向に向かうのではなく、それを広く認める判断を行ったのであるが、その原因の一つは、本判決の影響ではないかと思われる (Tinker 判決は、Barnette 判決のこの部分を引用している。Tinker, 393 U.S. at 507.)。

(32) 一例を挙げれば、州立学校において Darwin の進化論を教授することを禁止する Arkansas 州法の合憲性が争われた事件に関連して、連邦最高裁は、以下のように述べて、教育委員会の裁量の尊重という要請と裁判所による憲法上の権利の保障という要請との調和点を示した。

「全般的に、わが国の公教育は、州と地方の当局者による管理に委ねられている。裁判所は、学校制度の日常の運営において生じ、直接的に且つはつきりと基本的な憲法上の価値に関係するのではない争いの解決に干渉しないし、することはできない。」

(Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97, 104 (1968))：本判決において連邦最高裁は、当該州法は、第一四修正を介して州に適用される第一修正の政教分離条項に違反する、と判示した。

また、公立学校の生徒の憲法上の権利の保障に関する代表的な判例において、連邦最高裁は具体的な事案の検討に先立ち、同裁判所が、一方で、教員と生徒の第一修正の権利を認めてきたのであるが、また一方で、州および教育委員会の包括的な権限を認める必要性を強調してきたという事実を指摘し、当該事案の解決には、矛盾をはらんだこれら二つの要請の調整が必要であることを示している。(Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503, 506-07 (1969))：本判決において連邦最高裁は、Vietnam 戦争に抗議するための黒い腕章を着用して生徒が登校することを学校当局が禁止したことは第一修正に違反する、と判示した。

(33) 初宿正典・高橋正俊・米沢広一・棟居快行〔著〕『いちばんやさしい憲法入門』（有斐閣、一九九六年）六一―八頁（米沢広一 執筆）参照。

(34) 注(32)で言及した *Tinker* 判決において、連邦最高裁は以下のように述べて、第一修正の権利の保障が学校内の生徒にもおよぶことを明言している。

「学校環境の特別な性質に照らして適用される第一修正の権利は、教員と生徒が行使できるものである。生徒または教員が校門で自分の言論ないし表現の自由の憲法上の権利を放棄するということは、ほとんど主張することができない。」

(*Tinker*, 393 U.S. at 506.)

(35) *Barnette*, 319 U.S. at 631.

(36) *Id.*

(37) *Id.* at 640.

(38) 「判例ダイジェスト」京都『君が代』訴訟」季刊教育法九二号（一九九三年）一五八頁、一六三頁。

なお、国旗敬礼・忠誠宣誓を生徒の自発的な意思に委ねる体裁をとった事例を扱った判例について、片山 等「公立学校における国旗敬礼と修正一条——West Virginia Board of Education v. Barnette (1943) 事件を中心に——（二）」宮崎産業経営大学法学論集一卷二号（一九八九年）五五頁、六三―六四頁参照。

(39) *Barnette*, 319 U.S. at 631.

(40) *Id.* at 633-34.

(41) *Id.* at 639.

Barnette 判決の法廷意見は、(38)で「重大かつ直接的な危険 (grave and immediate danger)」と(39)と(40)を用いているが、*Frankfurter* 裁判官はこれを「明白かつ現在の危険」の基準を採用したものととして批判をしている。(*Id.* at 662-63 (*Frankfurter*, J., dissenting).)

なお、*Barnette* 判決の法廷意見は、意見表明を抑制することが憲法上許されるのは、州が防止し処罰する権限を与えら

れている種類の行為が行われる「明白かつ現在の危険」がその表現によって生ずる時だけであり、何らかの信条を意に反して認めさせるためには、さらに直接的でかつ緊急の理由が必要とならう、という趣旨のことを述べている (*Barnette*, 319 U. S. at 633) ので、「明白かつ現在の危険」の基準より厳格な基準を適用したようにも読める。

(42) *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47 (1919).

(43) *Barnette*, 319 U. S. at 662-63 (Frankfurter, J., dissenting).

(44) John H. Garvey, *Children and the First Amendment*, 57 *Tex. L. Rev.* 321, 349, 356 (1979).

(45) *Id.* at 338-51,

なお、この点に関しては、別稿で検討する予定である。

(46) *Id.* at 356.

四、む す び

以上、アメリカ合衆国における国旗敬礼と忠誠宣誓をめぐる一九四〇年代前半の二つの連邦最高裁判例の内容を概観し、両者を対比させてその特徴を分析してきたが、これらの判決は、われわれがわが国における愛国心教育のあり方を考えてゆく上でも参考とならう。合衆国とわが国では、歴史的・文化的背景が異なるし、国旗と国歌の法的な位置付け・国旗と国歌に対する国民感情などの面でも違いがあるなど様々な事情の相違があるため、合衆国の判例理論がそっくりそのままわが国において通用しないとしても、日米両国は、思想の自由・信教の自由・表現の自由などの個人の人権の保障を憲法の基本原理としているという点では一致しており、国旗・国歌をめぐる憲法問題に

ついでに基本的な考え方には共通するものがあるはずである。

Barnette 判決は、公立学校において国旗敬礼・忠誠宣誓の儀式を行うこと自体を憲法違反とするのではなく、不参加の生徒およびその親に対する制裁を規定することによって生徒に参加を強制することが、個人の第一修正の権利を侵害し憲法違反であると断じている。これは、別の言い方をすれば、公立学校において国旗敬礼・忠誠宣誓を行う場合には、生徒およびその親の第一修正の権利を最大限尊重する配慮が必要である、ということになる。このルールは、わが国の学校における国旗および国歌の取り扱い方にも妥当すると思われる。すなわち、わが国において、公立学校の行事のなかで国旗掲揚および国歌斉唱を行うとすれば、その実施に際して生徒およびその親の思想の自由・信教の自由・表現の自由など憲法上の権利を最大限尊重する配慮が必要となる。この配慮が不十分であれば、憲法違反の問題が生ずることになる。合衆国の場合とは異なり、わが国においては、愛国心教育をめぐる法的问题が、教員が学校行事の際に国旗敬礼・国歌斉唱の実施への協力を拒んだことを契機として表面化することが多いが、教員との関係においても、その思想・信条の自由などに対する十分な配慮がなされるべきである、というのが憲法の要請であろう。

さて、最後に、合衆国とは異なるわが国特有の問題を確認しておきたい。それは、合衆国の場合、*Gobitis* 判決にしても *Barnette* 判決にしても国旗の法的正統性は争点となっていないのに対して、わが国の場合、第一章(はじめに)で触れたように、そもそも「日の丸」・「君が代」の国旗・国歌としての法的正統性が論争の種となっている¹⁾ということである。このうち「日の丸」についてはそれを国旗と定める法的規定が必ずしも存在しないわけではないが、

いずれにしろ両者ともに法律によって国旗・国歌と定められているわけではない。⁽²⁾ 国が、どのような方式によるものであれ学校行事において「日の丸」掲揚・「君が代」斉唱を行うよう指導してゆくというのであれば、(愛国心の大切さを説きながら自国の国旗・国歌をきちんと法制化することを怠っているのはいかがなものかという素朴な疑問は別としても)、これは国民の精神的自由や教育を受ける権利など基本的権利にかかわるものなのであるから、やはりまず第一に国旗・国歌を法制化してその後学習指導要領によって指導を行うという過程をたどるべきではないだろうか。

アメリカ合衆国において、連邦最高裁が *Gobitis* 判決と *Barnette* 判決という短期間の間に下された二つの判決において、同一の問題について判断を変更したということについては法的安定性という観点から批判もあろう。しかしながら、一旦は公立学校における国旗敬礼・忠誠宣誓の強制を合憲であると決定した連邦最高裁が、戦況が次第に有利に展開しつつあったとはいえ、戦時にもかかわらず冷静に、市民の権利の保障が合衆国の政治の基本原理であるという原点に立ち返って再考し判例変更を勇断したという経験から今われわれが学ぶべきことは決して少なくないであろう。

(1) 『日の丸・君が代と新学習指導要領』(エイデル研究所、一九九〇年) 一二九―三四頁参照。

(2) 『日の丸・君が代と新学習指導要領』前掲 八九―九二頁参照。