

アメリカ判例に見る「強制」の法理：公立学校における国旗敬礼・祈祷儀式に関する判例を素材として

徳永，達哉
九州大学大学院比較社会文化学府

<https://doi.org/10.15017/4494600>

出版情報：比較社会文化研究. 16, pp.67-81, 2004-10-28. 九州大学大学院比較社会文化研究科
バージョン：
権利関係：



アメリカ判例に見る「強制」の法理

— 公立学校における国旗敬礼・祈祷儀式に関する判例を素材として —

トク ナガ タツ ヤ
徳 永 達 哉

はじめに

自由とは、諸個人が、それぞれにとっての善き生を「選択」し、それを実現するうえで、何者にも邪魔されず、何らの拘束も加えられないということである。この場合の善き生の「選択」とは、諸個人にとって、善いと感じられる生き方を吟味し、選び取ることを指す。当然のことながら、「善い」か「否」かを判断するのは、諸個人の抱く「思想（信条・良心・信仰・学問等々を含むあらゆる精神的活動）」である。この思想を諸個人が自由に「選択」し、実現する環境が整っていなければ、人は自由とはなり得ないのである。憲法によって保障される精神的自由とは、まさに、この思想を「選択」する自由なのである。思想の自由な「選択」を諸個人に保障する際に、生じうる現実的な障害として考えられるものに、多くの人々によって無批判に受容される政治的な現実や、支配的な政治的信条の存在が考えられる。特に、伝統的で支配的な政治的信条の存在を根拠とすることで想像される「国民性(nationality)」、そして、それに拠って建つ「国家(nation state)」の現実的な存在は、諸個人による思想の自由な「選択」の実現にとって、極めて強大な障害になりうる存在であると考えられる。

国家は、国民国家といった幻想を想像し維持するために、教育機関を設け、国家の成員である国民を育成する。現実には実施される「国家による教育」は、国民を育成するというナショナリズムによる要請とともに、思想の自由な「選択」を可能たらしめる諸個人を育成するという自由主義・民主主義による要請のもと、思想の自由な「選択」に対する国家的な抑圧・干渉を、水面下において次第に拡大させている。言うまでもなく、検閲や事前抑制の存在は法的概念として明確な定義のもとにその実体は明らかにされてい

る。しかし、検閲や事前抑制の法的定義には該当しないものであっても、明確に思想「選択」に対する国家的な抑圧・干渉は存在する。この点は、政治学的、社会学的探求によって近年指摘されるものであるが、法的概念としては抽象度が高く法的に捉えにくい。そこで、検閲や事前抑制の法的概念では直ちに捉えられない、まさに、グレーゾーンにある諸個人の自由な思想「選択」に対する国家の抑圧や干渉といった活動を、国家による「選択」への「強制」であると位置づけ、諸個人の自由な思想「選択」に対する「強制」の存在を指摘するアメリカの判例法理を検証することで、諸個人の自由な思想「選択」と「強制」との衝突を法的に解決する論理を探り出すことを本稿の課題としたい。

第1章 修正第1条の基本理念より導かれる「選択」と「強制」

第1節 修正第1条の基本理念

アメリカ合衆国憲法は、諸個人の精神的自由を確保するために、その修正第1条において「連邦議会は、宗教の護持に関わる法律、宗教の自由な活動を禁じる法律、言論または出版の自由を制限する法律を制定してはならない」と定めている。合衆国憲法の権利規定は数も少なく、それだけに修正第1条は言論・出版の自由をはじめとする自由のための一般規定のような機能を担っている。そのため、修正第1条は、広範な思想の選択・交換・伝達といった多様な精神活動を保障する機能を担った規定として発展してきた。

修正第1条によって確保されるべき思想とは、単に政治的なものや、学問的なものに限定されるものではなく、諸個人の精神活動にかかわる一切のものに及ぶと解される。

1 ベネディクト・アンダーソン、白石さや・白石隆訳『増補 想像の共同体』(NTT出版1997)参照。

2 ハンナ・アーレント(志水速雄訳)『人間の条件』(筑摩書房 1994)に指摘されるような、「人びとが自らが誰であるかをリアルでしかも交換不可能な仕方で示すことのできる唯一の場所(65頁)」、「人びとは行為し語るものの中で、自らが誰であるかを示し、他に類のないその人のアイデンティティを能動的に顕わにし、人間の世界に現れる」と示される「公共的空間」に対し、「社会がそのあらゆるレベルにおいて、行為の可性を排除しているということ……社会は、……無数のさまざまな規制を課すことによって、その成員の各々に一定の行動を予期する。そうした規制は、ことごとくその成員を『正常化(normalize)』、彼らを行動させ、自発的な行為や際立った達成を排除する傾向を持つ(64頁)」と指摘される「社会的なもの」の支配の存在などがある。そのほか、千葉真『アーレントと現代：自由の政治とその展望』(岩波書店1996)など参照。

伝達の手段も言語によるものは勿論、特定の思想を伝達することを目的とする行進³、ダンス⁴、芸術活動⁵、ピケッティング⁶、腕章⁷、国旗焼却⁸、十字架焼却⁹、宣伝広告¹⁰、慈善懇願¹¹、ロックミュージック¹²、誰かを中傷する虚偽の声明¹³、平穏になされる公園への居座りなど¹⁴、言語を伴わない思想の伝達をも含み、各種の伝達手段の一切のものを含んでいると解される。思想が伝達される際には、ある思想を伝達する「送り手」とその「受け手」とが、相互に関係し合っており、「送り手」と「受け手」によって営まれる一連の伝達活動のもたらす社会的な機能や影響も考慮されるべき側面である¹⁵。

修正第1条の基本的な視点は、以上のような、多種多様な思想の「送り手」と、その「受け手」による相互の伝達活動に対し制限的に働く合衆国の活動を最小限度に喰い止めるところにある。言い換えれば、合衆国の活動というものには、「善い生」とは、いかにあるべきかや、何が正統な思想たるべきかを指図するような、諸個人の自由な思想選択に介入することは出来ないという限界があり、憲法の要請は、その限界点を逸脱する合衆国の活動を取り除くことにある¹⁶。思想の「送り手」と「受け手」による相互の伝達活動に対する制限を取り除くことによって保証されるものは、多種多様な思想の中から諸個人独自の価値観により特定の思想を選択するという、思想における自由な「選択」である。この自由な「選択」なくしては、精神活動の外への表出によってもたらされる個人の自己実現も、また、そ

の外への表出によって可能となる特定の思想への賛否表明や世論を通じた政策決定への参加も、まったく無意味なものとなってしまふのである¹⁷。

第2節 思想の「選択」と「強制」

思想の自由な「選択」が、修正第1条に保障されるべき重要な要件であることは、真理への到達の価値に立脚する「思想の自由市場」論によっても明らかである¹⁸。

真理を追い求める諸個人は、自由な討論の場としての「思想の自由市場(free market of ideas)」を確保することによって、自由な「選択」を可能にする¹⁹。「思想の自由市場」を確保することによって、諸個人は、言論・出版の自由を支える原理的な価値である個人の自己実現や、社会的な政策決定への参加を実現することができる。諸個人は、あらゆる「選択」の可能性を、反対意見にさらすことでテストし、自らの選び取る思想を模索する。仮に、新しい意見や反論がまったくの誤りであったとしても、異論・反論との自由な討論によって多様な思想を比較検討することができ、既に真理として受け入れられている思想についても再考と再吟味をもたらす²⁰。討論なしには、すでに多数によって支持され、支配的となっている思想への懐疑は生まれにくい。自由な討論への禁圧は、諸個人の自己実現や、社会的な政策決定への参加といった原理的な価値の実現を妨げるだけでなく、これらの原理的な価値を実現するための前提となる多様な思想について、相互に比較し、検討し、批判

3 Gregory v. City of Chicago, 394 U. S. 111(1969).

4 Schad v. Borough of Mount Ephraim, 452 U. S. 61(1981).

5 Miller v. California, 413 U. S. 15,24(1973).

6 Amalgamated Food Employees Union v. LoganVailey Plaza, Inc., 391 U. S. 308 (1968).

7 Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist. 393 U. S. 503 (1969).

8 Texas v. Johnson, 491 U. S. 397 (1989).

9 R. A. V. v. City of St. Paul 505 U. S. 377(1992).

10 Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council Inc., 425 U. S. 748, 771 (1976).

11 Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Env't, 444 U. S. 620(1980).

12 Ward v. Rock Against Racism, 491 U. S. 781(1989).

13 New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254 (1964).

14 Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U. S. 288(1984).

15 表現の自由の原理的基礎については、T. I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 YALE L. J. 877, (1963) によって示された、①個人の自己実現、②真理への到達、③決定への参加、④共同体の安定と変化を支える均衡の以上4つがある(at 878-886.)。またそれぞれは、孤立したものではなく、「各価値は互いに補足し合っているの、一つひとつが必要であり、一つだけでは十分ではない」ことを強調している。

16 See, M. Perry, *Freedom of Expression: An Essay on Theory and Doctrine*, 78 NW. U. L. REV. 1137, (1983)at 1147-1148.

17 See, Bollinger, *Free Speech and Intellectual Values*, 92 YALE L. J. 438, (1983) at 471.

18 See, *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616(1919). 自由な思想の相互交換(free trade in ideas)こそが「真理を発見する最もよい方法」だと位置づける「思想の自由市場」の原理は、言論・出版の自由を熱烈に説いた John Milton から、John Stuart Mill を経て、合衆国最高裁判所裁判官であった Oliver Wendell Holmes, Jr. によって定式化された原理である。Holmes は、諸個人が、諸個人にとっての真理を発見するためには、そこに到達するための手段ないし枠組みとしての自由な討論の場、「思想の自由市場」が不可欠であると主張する。また、「思想を交換する(trade)」こととは、「人生として実験である(as all life is an experiment)」と述べ(Abrams, at 630.)、実験の結果が何であれ、実験における過程にこそ意味があることを強調している。

19 See, *Abrams*, supra note 18, at 630.

20 この点につき T. I. エマソンは、「彼はあらゆる選択〔可能性〕を考慮し、彼の判断を反対意見にさらすことによってテストし虚偽から真実をふるい分けるためにさまざまな意見を十分に活用しなければならない」とし、さらに反対意見を活用できる環境を重要なものとしている。T. I. エマソン(小林直樹・横田耕一訳)『表現の自由』(東京大学出版会 1972) 7頁。

し、交換するといった一連の精神活動となる思想の「選択」そのものを不可能にしてしまうのである²¹。それ故に、「思想の自由市場」を干渉し、制限的に働く合衆国の活動、すなわち思想「選択」への「強制」は、最小限度に喰い止められなければならないのである²²。

現代の情報化社会において、自由な思想「選択」を確保してきた「思想の自由市場」モデルは、根本的な変容を余儀なくされつつある。現実的な社会的状況は、あらゆる面で複雑化している。情報の多様化、複雑化に伴い「思想の自由市場」においては多種多様な思想がひしめき合っている。さらに、その市場において、膨大な情報の中から、諸個人が、それぞれにとっての真理を選び取るためには、場合によっては目や耳にしたくない情報とまでも向き合わなければならない。そのような情報の氾濫を目の当たりにする諸個人にとって何かを選び取るという作業は、時として過酷なものとなるのかもしれない。だからこそ諸個人は、過酷な選択を避けるために国家的な調整を要請し、積極的な国家行政、法律によって今日的な価値基準において好ましくないものを排除しようとしている。

政府機関(government)は「調整者」「保護者」という顔で登場し、あたかも諸個人の自由な選択による苦渋を肩代わりしているかの如く振る舞うのである。このような政府機関による思想「選択」に対する「強制」は、従来、一目しただけでは、自由に対する抑圧とは映ってこなかった政府機関の活動によって引き起こされる²³。それは、例えば、政府機関が、公的な教育機関を通じ、理想的な「市民」を育成するために、「国民国家」であるとか「国民の統合」であ

るとかいった実体のつかめない思想を、諸個人に教化するといった場合である。

公教育機関は、「国民国家」であるとか「国民の統合」であるとかいった実体のつかめない思想を、子供たちに伝達するために、単なる言葉だけによるのではなく、伝統的な慣習や法的な制度の結果によって構成された文化的事象である「symbol」などを用いた教育プログラムを実施する²⁴。このために、政府機関は、ある特定の「symbol」のみを、法的に「正統」なるものとして創設・登録し²⁵、特定の「symbol」のみが、「国民国家」としての実体を構成するものであると位置づけ、特定の「symbol」のみが、「国民国家」であるとか「国民の統合」であるとかといった理念を唯一目に見えて顕しているとして位置づける²⁶。政府機関は、多様な人種や地域からなる合衆国を国民化・国民統合化し、国民国家という「想像の共同体」を、文字通り「想像」してきたといえるだろう²⁷。

公的な教育機関は、「想像」された文化的事象としての国家の「symbol」を、共に共感し合える「共同体」を育成するために、「symbol」を主体的に用いることによって「国民国家」や「国民統合」といった観念のもとに単一化同一化された社会を編成しようと諸個人のアイデンティティーを矯正する教育プログラムを実施する。この教育プログラムが修正第1条に抵触する「強制」となりうる場合があるのである²⁸。

21 Whitney v. California, 274 U. S. 357(1927). 合衆国憲法に基づく「国家における究極の目的は、諸個人が自らの能力を自由に発達させることであり、そして、その政府における恣意的な勢力に対し、熟慮と審議を重ねた(deliberation)勢力が打ち勝ってゆくことにある。我々の建国の祖である独立を勝ち取った先人達はそう信じていた。彼等は自由を目的としてのみならず、また、手段としても重要なものとしていた(at 375)」と述べている。

22 J. S. ミル(塩尻公明・木村健康訳)『自由論』(岩波書店1971)36頁「意見の発表を黙らせることの特有の害悪は、現存の世代および後代の人々を含む人類の利益を奪うことであり、同意見を持つ人々からはなお更だがその意見に反対する人々からさえも奪うということである。」

23 この現代的な干渉システムを捉えたアメリカの政治学者 William Bennett Munro は、『見えざる政府』と題する著作 WILLIAM. B. MUNRO, THE INVISIBLE GOVERNMENT(1928)。の冒頭で、アメリカ合衆国の政府とは何かというと、立憲的に組織された政治形態でも、何でもなく、その大部分は人間の目には見えない表面の下で作動するところの諸勢力によってコントロールされたものであると指摘する。Munro の指摘するように、現代的な政府による干渉といったものは、自由に対する抑圧や強制であると直ちに諸個人の目に映るような形態では無くなってきている。

24 symbol という概念は多義的で、法的に用いられ symbol 概念も曖昧である。本稿では、何らかの思想の伝達となされる際に、媒体となるモノ・コトを、単に「symbol」と表記する。その概念については M. B. Nimmer, *The Meaning of Symbolic Speech*, 21 UCLA L. REV. 29, 46(1973)に基づき論を進める。

25 合衆国の連邦法には、国旗に関し、その定義・寸法を定めた 4 U. S. C. §1-2(1949)、国旗の正統的な使用方法を定めた 4 U. S. C. §4-10(1998)、さらに、国旗への冒瀆に対し 4 U. S. C. §3と、刑事制裁を以て規制する法律 18 U. S. C. §700(1989)などがある。

26 国旗や十字架など、特殊性を有する表象物の象徴性を指摘する論文に、Sheldon H. Nahmod, *The Sacred Flag and the First Amendment*, 66 IND. L. J. 511, 537(1991). がある。

27 「想像の共同体」の概念については、前掲、ベネディクト・アンダーソン、白石さや・白石隆訳『増補 想像の共同体』(NTT出版1997)を参照。アンダーソンは、現在、国民国家に存在論的論拠を与える「国民(nation)」は自明の前提とされているが、「国民(nation)」と「国民主義(nationalism)」の概念について理論的混迷にある中で、「国民(nation)」とは、「イメージとして心に描かれた想像の政治共同体である」(同前24頁)とする「想像の共同体(Imagined Communities)」にとらえ、そうした「想像の共同体」が人々の心の中にかんじて普及するに至ったかの世界的過程を明らかにしている。

28 See, e. g., Spence v. State of Washington 418 U. S. 405(1974) ; Smith v. Goguen 415 U. S. 566(1974) ; People v. Radich 308 N. Y. S. 2d 846(26 N. Y. 2d 114)(1970) ; Robert Justin Goldstein, *The Great 1989-1990 Flag Flap : An Historical, Political, and Legal Analysis*, 45 U. MIAMI L. REV. 19, 106 (1990) ; ROBERT JUSTIN GOLDSTIN, FLAG BURNING AND FREE SPEECH (2000).

第2章 「選択」を妨げる「強制」の存在

第1節 修正第1条における「強制」概念

修正第1条との関係において、自由な思想の「選択」への「強制」に関する事例は数多く存在する。その事例の中でも、公教育の現場における思想「選択」に対する「強制」の問題は、非常に多くの憲法学的問題を提起している。特に、この問題は、宗教に限定されない思想・良心に関わる諸個人による思想「選択」の実現と、公立学校の教育課程において、アメリカの伝統・文化を育成するプログラムと位置づけられ、ほぼ毎日繰り返されている国家への「忠誠の誓い」の文言をその条文とする連邦法の唱和や、唱和時における国旗への敬礼姿勢の維持といった伝統的儀式への義務的な参加要請によって生じる心の葛藤という文脈において登場している²⁹。

心の葛藤を引き起こす教育プログラムとして、公立の初等中等学校での国旗敬礼儀式において唱和されている「忠誠の誓い」は、1942年に連邦法として制定され³⁰、その後1954年の改正時に³¹、崇高な精神性を高めようと「神のもとで」という言葉が付け加えられたもので、「私は、アメリカ合衆国の国旗に忠誠を誓います。そして、その依って建つ共和国、すなわち、神のもとで一つの国、分かつことのできない国、全ての人々に自由と正義をもたらす国に対して、忠誠を誓います」というものである³²。この「忠誠の誓い」の文言を唱和する儀式、唱和時に国旗に敬礼する儀式は、現在も全米の初等中等学校において実施されている。

教室における「強制」と諸個人の自由な思想「選択」という観点に関し、現在もなお、その先例としての確固たる地位を確立しているものに、West Virginia v. Barnette 判

決がある³³。この事例は、「イエホバの証人」信者であった Barnette が、州法により義務化されていた国旗敬礼儀式と「忠誠の誓い」唱和儀式に対して、信仰への背信にあたる偶像崇拜だとして儀式への参加を拒否していた。その結果、義務違反を理由に処分を受け、処分を不服とし提訴したものである。Barnette 判決は、同様の事例を取り扱った先例である1940年の Minersville School Dist. v. Gobitis 判決における³⁴、儀式への参加を拒否した「イエホバの証人」信者に対して義務違反を理由とする処分を下したことを合憲とした判決理由を再検討するかたちで進められた。

先例となる Gobitis 判決では、「忠誠の誓い」の文言を唱和する儀式、唱和時に国旗に敬礼する儀式への参加を、生徒に「強制」しうほどの権限が、州および州の教育委員に憲法上許容されるものであるのか否かは特に問題とされていない。Gobitis 判決では、州が生徒一般に国旗への敬礼を義務づける権限を有することは当然であるとの前提に立ち³⁵、一般に課せられた義務に対し、諸個人の信仰の自由を理由とする免除を認めることが憲法上可能であるか否ということに焦点が置かれていた。

Gobitis 判決は、儀式に参加するように生徒一般に課せられた義務に関し「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だけでは、市民は、政治的責務の遂行から解放されはしない」と述べ³⁶、「イエホバの証人」信者に対する特別な免責特権(immunity)を、個人的な宗教上の信条を理由として主張することは、認められないとしている。また、義務違反を処分する州教育委員会の政策に対し「国民としてのまともは、国家の安全保障の基礎である。法的価値の階層において、いずれにも劣らない利益をもっている。我々は、それを扱っている」と述

29 諸個人の思想と衝突する伝統的儀式を判断してきた先例は、従来、州の権限に基づき、公立学校における国旗敬礼儀式への参加を生徒に強制する法律を定めることは、愛国心を育むためにも、なんら憲法に抵触するものではないとの見解を示してきた。例えば、People Fish v. Sandstorm, 279 N. Y. 523, (1939). to 18 N. E. 2d. 840では、国旗敬礼と愛好教育を義務教育の一貫であると制定する州法に従って、公立学校で実施されていた国旗敬礼儀式に対し、エホバの証人を信仰する13歳の少女が儀式への参加を拒否していた。これに対し、州は、参加拒否をさせたしまった両親の指導は、授業妨害に当たるとし義務就学法違反として少女の両親を告訴した。一審の地方裁判所にて治安判事により両親の有罪が確定した。両親は判決を不服とし控訴した。連邦控訴裁判所によれば、公立学校における国旗への敬礼儀式に関し、「国旗敬礼は、礼拝行為でもなければ偶像崇拜でもなく、まして宗教的な儀式ではない。国旗は宗教と無関係である。……国旗は、根本原則の単なる symbol である」と述べ at 842、国旗を単なる物と捉えた上で、愛国教育・国旗敬礼を義務づける政策の法的性格を検討している。愛国教育の義務づけに関し、罰則規定を伴ってでも推進しなければならないとする背景は、州や合衆国という「政体護持のためには、軍事力のほかに市民の精神力……が必要」であり、「……実際問題として、軍隊は、……国民の士気の低下のために倒壊している。したがって、州が、青少年の愛国心を喚起し、それを保持させる方途を講ずることは正当である。」と述べ at 844、公立学校における国旗敬礼儀式の参加強制、愛国教育の強制は合憲であることを確認した。そのうえで、本件事件につき、13歳の少女の為した、教育の一貫である国旗敬礼儀式に対する拒否は、両親の指導によって拒否させていたという事実に基づくものではなかったため、国旗敬礼儀式に対する処分は就学者自身に与えられるべきものであったと判断し、両親へ対する有罪判決を破棄し起訴状を棄却した。

30 Pub. L. No. 623, Ch. 435, §7, 56 Stat. 380(1942) (36 U. S. C. §172).

31 Pub. L. No. 396, Ch. 297, 68, Stat. 249(1954). 連邦議会は、もともと36 U. S. C. §172にあった「一つの国」という言葉のあとに「神のもとで」という言葉を付け加えるために36 U. S. C. §172を改正している。

32 現在「忠誠の誓い」の文言は、Pub. L. No. 105-225, §2(a), 112 Stat. 1494(1998)の法改正によって、従来の36 U. S. C. §172は削除され、4 U. S. C. §4に文言は移されている。

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

34 Minersville School Dist. v. Gobitis 310 U. S. 586 (1940)

35 Sandstorm, supra note 29 at 844.

36 Gobitis, supra note 34 at 594.

べ³⁷、国民の団結心を育むという目的が正当であることを確認している。その上で、「公立学校において国旗敬礼儀式を義務付ける州教育委員会の政策を、合衆国憲法の保障する良心の自由に対する侵害であると断じることは、裁判所に支配的な能力の与えられていないことが確実な領域において、教育学上、心理学上の教義を独断することと同様である。達成手段は多種多様であっても、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、「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……法廷には、そのような権限は与えられておらず、そうした権限を引き受けるべきではない」と結論付けた³⁸。Gobitis判決は、国民の団結心を育むという立法目的が正当である以上、その達成のために如何なる手段を用いるかは、州議会、教育委員会の裁量に委ねられるべきもので、裁判審査の対象とならないことと、信教の自由に対する憲法保障には、国旗敬礼儀式への参加を義務づけるといった特定の信仰の促進および抑圧を目的としない一般的な法律の適用に対する良心に基づく法的義務の免除までは含まれていないことを確認した先例であった。

第2節 West Virginia v. Barnette 判決

1942年、West Virginia 州の教育委員会は、公立学校の正規課程の中に、国旗敬礼儀式を取り入れ、生徒と教員の全てに儀式への参加を義務とすることと、国旗敬礼を拒否することに対しては不服従行為としての処置(放校処分、刑事処罰など)が課されることを決議した³⁹。敬礼儀式の間は、国旗への一定の敬礼姿勢を保ちつつ、誓約文を唱和することとされていた⁴⁰。この国旗敬礼儀式に対し「イエホバの証人」信者の Barnette は、国旗への敬礼が同教団の教義に反する「偶像崇拝」にあたるとし、制裁を持って敬礼儀式を強制する州教育委員会の決定は、修正第1条に保障される知的・精神的自由を侵害するものであるとして、自己及び同様の立場にある市民のために、公教育の場での敬礼の義

務づけが「イエホバの証人」に対し不利に適用されることを禁止する差し止めを求め、連邦地方裁判所へ訴えを起こした。連邦地方裁判所は、州教育委員会に対し、Barnette 及び同様の立場にある市民に対する不服従時の罰則適用を制限する判断を下した。この判決を不服とし教育委員会が連邦最高裁判所へ直接上訴したものが本判決である。

連邦最高裁判所は、1943年6月、Barnette の主張を認め、州教育委員会による決議は愛国的儀式を制裁をもって強制するものであり、合衆国憲法修正第1条、第14条の保障する知的・精神的自由を侵害するものであるとし、州教育委員会による制裁処分は修正第1条を逸脱する「強制」とであると断じている。

Barnette 判決の法廷意見は、Jackson 判事によって書かれた。法廷意見は、先例である Gobitis 判決において争点となった市民の一般的な義務と位置づけられる国旗敬礼・「忠誠の誓い」唱和儀式への参加に関し、個人的な良心を理由とする一般的義務の免除の可否を問題とするのではなく、「本件における唯一の対立は、州の権限と諸個人の権利との間に」あり、「本件の争点は、愛国心を喚起させる(arouse)ための道筋において、長い時間を費やすことを必要し、容易におろそかにされがちな教育という方法を、国旗の敬礼や忠誠の誓いを強制することで、近道(short-cut)させる方法に変えることが憲法に適合するかということである。……これは、個々の意見と個人的な態度に触れる思想の自由な選択に関する問題である」と述べ、Barnette 判決の争点は、州の権限として、個々の意見と個人的な態度に触れる国旗敬礼儀式の参加を義務付けること自体が、合衆国憲法のもとにおいて許容されるものであるのか否かであることを確認している⁴¹。

法廷意見は、州による国旗敬礼儀式の義務づけ自体を検討するに際し、州と諸個人との衝突を、信教の自由に限定することなく、国家の symbol である国旗それ自体の機能を、「忠誠の誓い」の文言同様に忠誠心や愛国心を喚起させ

37 Ibid, at 595.

38 Ibid, at 598.

39 West Virginia 州の法律である学校教育法1851(1)は、国旗敬礼の拒否を、不服従とみなし放校処分とし、服従の意を示す、つまり敬礼儀式に参加しない限り復学を認めていない。また、処分期間は不法な欠席とされる。また、4904(4)では不法な欠席者を非行少年とみなし処罰の対象としている。さらに、学校教育法1847,1851では、非行少年の両親・保護者の責任を追及しており、有罪と判決されれば50ドル以下の罰金と30日以下の拘置処分を課せられる。

40 Barnette, supra note 33, at 626, Footnote2. 誓約文の内容は、「私は、アメリカ合衆国の国旗に忠誠を誓います。そして、その依って建つ共和国、すなわち、神のもとで一つの国、分かつことのできない国、全ての人々に自由と正義をもたらす国に対して、忠誠を誓います」というものであった。この「忠誠の誓い」は、1942年に連邦法として Pub. L. No. 623, Ch. 435, §7, 56 Stat. 380(36 U. S. C. § 172) により制定され、その後1954年に、Pub. L. No. 396, Ch. 297, §68, Stat. 249. により連邦議会は、もともと§172にあった「一つの国」という言葉のあとに「神のもとで」という言葉を付け加えるために36 U. S. C. §172を改正している。現在「忠誠の誓い」の文言は、Pub. L. No. 105-225, §2(a), 112 Stat. 1494 (1998)の法改正によって、36 U. S. C. §172は削除され、4 U. S. C. §4にその文言は規定されており、同条には忠誠の誓いを読み上げる際の姿勢について、国旗への注目姿勢を保持すること、その際、心臓の上に右手を置くこと、さらには心臓の上に置かれた右手の指の向きに至るまで、為されるべき敬礼姿勢を細かく規定している。以下は、THE PLEDGE OF ALLEGIANCE「忠誠の誓い」の本文である。「I pledge allegiance to the Flag of United States of America, and to the Republic for which it stands, one Nation under God, indivisible, with liberty and justice for all.」

41 Ibid, at 631-632.

る政府機関による symbol を媒体とする思想の伝達と捉え、国旗への敬礼と「忠誠の誓い」の唱和という態度を強制することは、政府機関によって推奨される特定の見解に対する賛意の表明を「強制」するものであると位置づけている。また、敬礼や唱和といった態度を、内心にある思想を外に表明する思想の伝達活動であると位置づけることで、敬礼や宣誓に対する「強制」は、強制的に内心を告白させるものであり、意に反した賛意を強制的に表明させるものであると解し、諸個人による自由な思想の「選択」に対する侵害として問題を捉えている⁴²。

法廷意見において、国旗への敬礼を説明する以下の箇所は、特殊な symbol である国旗の存在を捉え、政府機関が特定の思想を推奨する際に、その目的が正当であっても推進手段に「強制」が介在した場合には諸個人の思想の選択を抑圧する危険性が高いことを明確に指摘するものである⁴³。

「忠誠の誓いの文言と関連し、国旗への敬礼が発語(utterance)の一形式であることは疑いない。symbolism は、観念を伝達するにあたっての、原始的ではあるが効果的な一方法である。ある体系や観念、制度あるいは人格を象徴するために、紋章ないし旗を使用することは、精神から精神への近道(a short cut)である。運動体、国家、政党、結社、教会などが、その構成員の忠誠心を、旗やのぼり、一定の色や紋様に結びつけようとするのである。……国家の symbol は、宗教的 symbol が神学上の思想を伝えるように政治的思想をししばしば伝達するものである」としている⁴⁴。

法廷意見は、敬礼が単なる態度ではなく発語の一形態であることを確認したうえで、「強制」の所在を法的に論じている。州の公立学校が国旗を掲げ、敬礼を求めることは、「州の側が、現在組織されている政体への忠誠を顕す symbol として国旗を用いているのであり、国家が個人に対して国家の推奨する政治的観念を受け入れることを言葉と身ぶりですすことを求めているのである。……国旗への敬礼と忠誠の誓いを強制することは、国家の推奨する信念と精神的な姿勢を確約させ、肯定するよう命じるものと同様である」。もしも、この敬礼の「強制」が許されるようなことがあれば、それは、「諸個人による自己の信念に基づき発言するという権利を保障する権利章典が、公権力に対し、諸個人による自己の信念に反したことを強制的に発言させることをも認めている」といわざるを得ない事態を引き起こしているのだと述べ、国旗への敬礼が単なる態度ではなく発語の一形態であることと、敬礼儀式への参加の「強制」が、直ちに特定の思想への賛意表明に対する「強制」を構

成するものであることを明確に指摘している⁴⁵。

法廷意見は、諸個人の自由な思想選択において、選択肢の一つとなりうる「愛国主義的な信条に対する評価は諸個人それぞれのものであるが故に、州当局がこの種の愛国的な儀式の遵守を命じることを合衆国憲法修正第1条が許容しうるものであるか否かは、当該愛国的な儀式を良きものと評するのか、悪きものと評するのか、あるいは、別に無害なものと評するのかといった評価とは関係なく検討されなければならない。……公の場においてアメリカ市民に特定の信条に基づく言明の公言を強制したり、特定の信条への賛意を表す儀式への参加を強制したりする権力の合法性の問題は、当該愛国的な儀式の必要性に関する種々の意見とは無関係に考慮されるべき権力の問題を引き起こしているのである」と述べ⁴⁶。先例である *Gobitis* 判決は、州が生徒一般に国旗の敬礼と「忠誠の誓い」の唱和を強制する権限を有することは当然であるとの前提に立ち、個人的な信仰、宗教を理由とする一般的義務の免除を求める主張を審理し否決しただけであったが、本法廷においてはより広い見地から、特定の信条への賛意を表す儀式への参加を強制する権力の合法性の問題と位置づけ、*Gobitis* 判決の具体的な判決理由を再検討するとしている⁴⁷。

Gobitis 判決では「核心部分において『国民としてのまとまりは、国家の安全保障の基礎である』という目的の正当性と、州議会・教育委員会には目的を『達成するための適切な手段を選ぶ権限』が備わっている正当な権限の所在により、『国民としてのまとまり』の達成を目指す当該強制的手段は合憲である」という結論を導き出している⁴⁸。これに対し *Barnette* 判決は、「州当局による説得と実例を通して促進しようとする国民統合という目的が今問題なのではない。問題は、本件においては現在実施されている強制が、その目的達成手段として、合衆国憲法の下に許された手段であるのか否かの問題にある。……統合を達成するための当初の緩やかな手段が失敗に終わると統合達成を決意している者達はますます厳しい手段に頼ることになる。統合を目指す政府の圧力が大きくなるにつれて、その統合が誰のための統合なのかに関する争いがますます強くなる。……反対意見を強制的に排除しはじめるとやがてそれは反対者を根絶やしにする事へと繋がってしまう。……合衆国憲法の修正第1条は、こういう強制の始まりを避けることによって反対者の根絶という結果を避けることを目的としているのである。……権利章典は、強力な権限を持つ政府に、統合への合意を強制するいかなる法的機会をも認めるもの

42 Ibid, at 632.

43 Michael K. Curtis, *Introduction to THE CONSTITUTION AND FLAG : THE FLAG SALUTE CASES*, at, ix (1993).

44 *Barnette*, supra note 33, at 632.

45 Ibid, at 633-634.

46 Ibid, at 634.

ではない。……本件が困難を極めるのは、判決を下す諸原理が不明瞭だからでなく、問題となっている旗が合衆国の国旗だからである。それでもなお我々は、知的精神的に多様であって、我々とは相容れない存在となる自由を保障することが社会的組織の崩壊を導くといった恐れを抱くことなく、憲法の定める国家への制約を適用する」と述べ、国旗敬礼儀式への参加拒否は、「現在の秩序の核心に触れる事柄に関して意見を異にする権利である」とし、参加を強制することは、「国民としてのまとまり」といった統合への同意を強制的に求めるものに過ぎないのだと断じている。⁴⁹

Barnette 判決の最後は、次のように締め括られている。「もしも、我々の憲法的星座の中に不動の星があるとすれば、それは、高官であろうととるに足らぬ下僚であろうと、いかなる公官吏も、政治やナショナリズムや宗教やその他の個人の意見に関する事柄で、何が正統であるべきかを指図したり、市民に対してそれらに関する信念を言葉や行動

によって告白するように強いることはできないということである⁵⁰。つまり、いかなる国家権力であろうとも、諸個人による自由な思想の選択を妨げてはならず、ましてや、意にそぐわない思想への賛意、さらには、胸に抱く思想の告白を「強制」することは許されないということである。

第3節 「選択」を妨げる「強制」

Barnette 判決において展開された論理は、国旗という symbol は、愛国的メッセージを喚起させるほどの機能が備わった特殊な symbol であり、国旗への敬礼とは、愛国的メッセージに対する賛意の表明であると位置づけた。国旗や敬礼といった symbol に、言語と同等のコミュニケーション機能が備わっていると捉えることで、政府機関による国旗敬礼や忠誠の誓い唱和を推進する政策の中には、本来、諸個人の自由な思想「選択」に委ねられ、その選択肢の一つとなりうる愛国主義的信条への賛否に関し、政府機

47 Ibid, at 636. Barnette 判決は Gobitis 判決の具体的な判決理由を再検討するとしている。

1. Gobitis 判決では、国旗への敬礼や「忠誠の誓い」の唱和儀式にまつわる事例と向き合うことによって、「最高裁はリンカーンの提起したジレンマに直面したという、それは『政府というものは、必然的に、諸個人の自由を脅かすほどに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得ないほどに弱体でなければならないのか』というものであった。そして、強力な政府を支持するというのが Gobitis 判決の答えであった(at 636, See, Gobitis, 310 U. S. 586, at 596). Barnette 判決は、これに対し「強力な政府を支持するというのは、公権力によって規律化される統合よりも、強力化の手段として、個人の精神的自由を固守することを意味するものである。……自由な公教育は、非宗教的な教育、政治的中立という理念に忠実であるかぎり、党派的ではなく、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(at 636-637.)」と述べ、強力な政府を支持するということは政府に強制的な権限を認めることではなく、自由を強固に保障する力強さを支持する立場に立つことであると解している。

2. Gobitis 判決では、州、群、学区の教育委員会の政策に対し、司法が審査し「その権限に干渉することは『当該裁判所を事実上、国家の教育委員会にする』ようなものである(at 637, See, Gobitis, 310 U. S. 586, at 598.)」と解していた。これに対し Barnette 判決は、「合衆国憲法修正第14条は、州および州によって創造されたすべての機関から、すべての合衆国市民を保護することを目的としている。現在、すべての州に適用されており教育委員会もその例外ではない。教育委員会は重要かつ微妙で高度の自由裁量を要する職務にあるが、その職務はすべて権利章典によって課せられる制限の範囲内において遂行されなければならない。我々がその源において自由な精神を享受し、政府の依って立つ重要な自由原理を崇高なものとして尊重することを教えるのであるならば、青少年に市民化教育を行うことこそ、州教育委員会が諸個人の憲法上の自由を実直に保護しなければならない責務を負うこととなる(at 637.)」と解している。

3. Gobitis 判決では、さらに、州教育委員会の政策と諸個人の精神的自由との衝突問題を、司法の立法に対する関係と修正第14条の適用とに関連づけ、次のような論理を展開した。「この問題は、裁判所が特別に支配的な権能を持つ分野にあるものではない。自由を保護する役割は司法同様に立法府にも委ねられている。……『このような争いを司法の場に移すよりも、世論の公開討論の場である立法府の議会において討議し立法権の賢明な行使によって解決される』ことこそが憲法的には適切である(at 637, See, Gobitis, 310 U. S. 586, at 598.)」と論じられていた。これに対し Barnette 判決は、「個人の生命、自由、財産、言論の自由、出版の自由、信仰と集会の自由といった権利およびその他の基本的権利は投票に委ねられたり、選挙の結果に左右されたりはしない。……修正第1条の原則に違反するが故に、修正第14条とも衝突する法律を審査する場合、……例えば、公共施設を規制する州の権限には、デュー・プロセス条項テストに関する限り、立法府の解釈する『合理的基礎』を持つあらゆる規制を課す権限が含まれる。しかし、言論の自由、出版の自由、信仰と集会の自由は、そのような弱い根拠に基づいて侵害されてはならない。これらの自由が制限を受ける場合は、国家が合法的に守ることが出来る公益に対する重大かつ差し迫った危険性がある場合のみである。確かに州当局に直接関わる条項は修正第14条であるが、注意すべき重要な点は、本件を最終的に決定づけるのは修正第1条の最も具体的な制約原理だということである。……公教育といった専門分野において司法はその権能を控え目に評価しなければいけない。だからといって、自由が侵害されている場合には、歴史的に認証されてきた当該裁判所の権能を差し控えることはできない(at 639-940.)」と、本件における問題を修正第1条との問題で捉え州教育委員会の権限の合憲性審査として、諸個人の精神的自由に対する規制は、州の規制利益に重大かつ差し迫った危機の存在の場合に限られると主張している。

4. 最後に、Gobitis 判決では、「核心部分において『国民としてのまとまりは、国家の安全保障の基礎である』という目的の正当性と、州議会・教育委員会には、目的を『達成するための適切な手段を選ぶ権限』が備わっている正当な権限の所在により、『国民としてのまとまり』の達成を目指す当該強制的な手段は合憲である(at 640, See, Gobitis, 310 U. S. 586, at 595.)」という結論を導き出している。これに対し Barnette 判決は、本件における問題の核心は、統合の目的如何にあるのではなく、その手段にあるのだし、参加を強制することは、「国民としてのまとまり」といった統合への同意を強制的に求めるものに過ぎないのだと断じている(at, 641)。

48 Barnette, supra note 33, at 640. See, Gobitis, 310 U. S. 586, at 598

49 Ibid. at 641-642.

50 Ibid. at 642.

関自らによる愛国主義的信条への賛意、同意、合意を促すメッセージが内在していたことを指摘している。Barnette判決は、敬礼儀式への参加「強制」は特定の思想への賛意の表明を「強制」するものとなると判断し、国旗を媒体とする政府機関による意思伝達活動に、諸個人の内心に対する告白を「強制」する力が内在していることを明確に示した。諸個人に対し、敬礼を「強制」することで政府機関の推奨する政治的理念を伝達することは、まさに、政府機関が愛国的メッセージのみを正統なものであると限定し、それを「強制」するものであって、諸個人に思想の「選択」を「強制」することは修正第1条のもとに保障される知的・精神的自由を侵害するものとなることを明示的に指摘した判決であった。

Barnette判決を受け、その後の判例法理は、公立の学校においては、国旗敬礼や「忠誠の誓い」唱和といった儀式への参加を義務づけることは、子どもらに内心の告白を「強制」することであり、合衆国憲法修正第1条を逸脱するものであると解している⁵¹。また、これらの儀式を拒否する場合の理由についても、特定の宗教に基づく場合に限定することなく「良心 (conscience)」に基づく場合にも認められる⁵²。その後、多くの事例がBarnette判決に依拠し、州当局

の実施する「忠誠の誓い」の唱和、国旗敬礼儀式への義務的な参加要請を、内心の告白や特定思想の支持を「強制」するものと位置づけ、意にそぐわない儀式に参加しない自由を担保することにより、諸個人の自由な思想の選択活動を保障する論理を構築している。

第3章 「強制」概念の拡大

第1節 「選択」肢の提示による「強制」回避

Barnette判決によってもたらされた「強制」の法理は、州当局の実施する「忠誠の誓い」の唱和、国旗への敬礼儀式への義務的な参加要請を内心の告白や特定思想の支持を「強制」するものであると断ずることにより、諸個人の自由な思想の選択を保障する理論を構築した。しかし、Barnette判決もあらかじめ確認していたように、問題とされたものは、州当局による義務的な参加という「強制」的手段であった。すなわち、強制的でなければ州当局の実施する国旗への敬礼儀式、敬礼姿勢を維持したまま行われる「忠誠の誓い」唱和儀式は、修正第1条の問題を引き起こすものではないという反対解釈が当然に導かれるものであった。事実、Barnette判決以降、多くの州立学校は、良心を

51 Holden v. Board of Education of the City of Elizabeth 46 N. J. 281 (1966). 当時、ニュージャージー州は、州法によって公立学校では毎日、国家への「忠誠の誓い」の文言を条文とする連邦法の唱和、唱和時の敬礼姿勢の維持という儀式を行うことを定めていた。この定めに対し、イスラム教徒ブラック・ムスリムと呼ばれる宗教を信仰していた子どもたちが、イスラムの教えによれば全能の神アラーこそ唯一の忠誠を誓う対象であり、国旗は単なる symbol にすぎず、単なる symbol に敬礼や忠誠を誓うことは、教典であるコーランの教えに反するものであるとして、宣誓文言の唱和儀式を拒否した。その結果退学処分となった。処分の対象となった儀式参加の拒否につき、州法は、例外的に「敬礼・忠誠を良心的に拒否する子ども、または、合衆国が外交特権を付与している外国政府派遣代表の子息は、宣誓儀式の間、男子は脱帽し、気をつけの姿勢で起立するだけでよいから、国旗への敬意を表すべきである」とする免除規定が定められていた。処分を受けた子供らの親は、当該処分にに対し、良心的拒否に基づき免除規定を適用し、処分の撤回、復学を求め提訴した。州最高裁は、州法に国旗への忠誠敬礼儀式を定めた規定が、例外的に良心的拒否を認めている以上、当該免除規定は宗教的信条との関わり合いを問うことなく、良心的拒否を望む生徒に、良心的拒否規定を適用しなければならないとした。Barnette判決によれば、修正第一条によって保護される精神的自由は、「特定の宗教的自由に限定されるものではなく、知性と精神という(Barnette, at 634)」、より広範な領域まで及ぶものであると解しているのである。at 390. 「免除規定の『良心的拒否』という文言自体は、当該例外規定の適用範囲を広いものとしている。」「良心の命じるところは、個人の内面に属することであり往々にして計りがたいものである。良心の命は、しばしば公衆道徳や宗教の教義によって導かれるが、諸個人が異なるように、良心の命は、個人の解釈と処理のしかたによって差があるものである。良心の命が、国民の平和、福祉、安全にとって明白かつ現下の危機をもたらすような影響を及ぼさない限り、いかに気まぐれと思われるような良心の命であっても、人間に特有の意志に反して試されるようなことがあってはならない。……合衆国憲法、州憲法および州法によって企図されている自由は、原告のように良心的に拒否する者の信条を包含するほどに広範なものであることを確認する」at 391. と判示し、Barnette判決の趣旨を貫徹している。

52 Russo v. Central School District No. 1, 469 F. 2d 623 (2d Cir. 1972), cert. denied, 411 U. S. 932 (1973). 国家への「忠誠の誓い」を定めた連邦法の条文を唱和、唱和時における敬礼姿勢の維持を、すべての生徒と教職に要求する旨を校内に掲示していた。当該高等学校では、校内放送において、教員または生徒のひとりが「忠誠の誓い」の文言を読み、そのほかの教員または生徒は各教室で起立して放送の声に合わせて「忠誠の誓い」を復唱し、敬礼する儀式が行われていた。本件においては、当該高校の美術の試験教員であった Russo は、当該教室での「忠誠の誓い」復唱・敬礼儀式の最中において、気をつけの姿勢で起立したものの、新造の上に右手をおく敬礼姿勢をとることなく、「忠誠の誓い」の復唱もしなかった。当該教員による唱和・敬礼拒否の理由は、「忠誠の誓い」にある「全ての人々に自由と正義をもたらす」との文言は、現実の合衆国国民の暮らし向きを反映するものではないとし、この「忠誠の誓い」を口にすることは、自己に対する偽善行為(act of hypocrisy)にあたるものであった。教育委員会は、Russoによる唱和・敬礼拒否を受け、また、Barnette判決以来、国旗への敬礼拒否について係争的な問題が頻発していたことも考慮して、当該掲示の内容を撤回した。撤回に伴い「忠誠の誓い」唱和儀式の最中であっても、誠実な良心に基づく信念を理由に、儀式へ参加できない生徒は、儀式中着席したままであることが許されるとする規定を新たに設けた。しかし、教育委員会は、その1ヶ月後に、理由を示すことなく Russo を免職した。この免職は、国旗敬礼、宣誓拒否に因るもので、修正第1条を侵害するとして Russo が提訴した。連邦地裁は、教育委員会の提出した忠誠拒否と任期満了に伴う免職理由を確認し訴えを棄却。これに対し連邦控訴裁判所は、Barnette判決に基づき、教育委員会の免職決定の直接的な理由が国旗敬礼、宣誓拒否に因るものであったことを認め、校内の教員と生徒の修正第1条の保障を認めた Tinker, 393 U. S. 503 (1969)判決に適用することで、Russoの良心の自由を侵害していることを認め原審を破棄した。教育委員会は連邦最高裁へ裁量上訴を請求したが、棄却とされ、連邦控訴裁判所の判決が確定判決となった。

理由とする参加拒否を制度的に保障する事で、州当局の実施する国旗敬礼儀式、敬礼姿勢を維持したまま行われる「忠誠の誓い」唱和儀式を、適正な手続きとして合憲の推定を受けるものと位置づけ、良心を理由とする参加拒否という選択肢を生徒に認めることで滞りなく国旗敬礼・「忠誠の誓い」唱和儀式を継続的に実施している。そのため、州当局の実施する国旗敬礼儀式・「忠誠の誓い」唱和儀式と、諸個人の自由な思想「選択」活動との衝突は後を絶たない。

州当局の実施する国旗敬礼儀式、敬礼姿勢を維持したまま行われる「忠誠の誓い」唱和儀式は、自由な思想「選択」を担保するために、良心を理由とする儀式への参加を拒否する選択肢を諸個人に保障する。このことにより、修正第1条に関わる問題を回避したかのごとくの様相を保っていた⁵³。しかし、Barnette 判決以降、「強制」回避の手法として用いられてきた儀式の参加を拒否する選択肢を形式的に設けるだけで、果たして、諸個人は本当に自由な思想の選択を阻害する「強制」から解放され、憲法的に保障されていると言えるのであろうか。参加を拒否する選択肢を形式的に設けたとしても、諸個人が儀式の参加を拒否するという事は、学校の全員が起立して唱和・敬礼する中から、退席するか、あるいは不参加の意思を表示しながら座ったままか、立ったままにいるといった特別の思想を表明する態度を採ることを意味する⁵⁴。そのような形式上でも内心を表明せざるを得ない状況を作ることに事実上の不利益が予測される場合には、参加を拒否する選択肢が憲法的に保障されているとは評価しがたいのではないだろうか。

Barnette 判決により、明確な「強制」による儀式への参加は修正第1条に抵触するものであることは明らかとなった。次に問題となるのは、公教育機関において国旗や「忠誠の誓い」といった symbol を媒体とする教化政策が、どのような場合に「強制」を構成し、違憲なものとなるのかを、いかにして判断するのかである。そのためには、「強制」そのものの法的概念をいかにして捉えるかという課題が解決されなければならない。

公立学校において、アメリカの伝統・文化と位置づけられ、ほぼ毎日繰り返される「忠誠の誓い」の唱和、唱和時の敬礼姿勢の維持といった伝統的な儀式の実施において、Barnette 判決以降、強制的に敬礼させたり、唱和させたりする手法は形の上ではなくなった。しかし、このような伝統的儀式の実施と拒否者における心の葛藤という問題は以前解消されないままである。諸個人における心の葛藤の問題は、儀式の存在そのものを疑問視する文脈において新たな展開を見せている。

修正第1条は、その文言のもとに、「言論・出版」の自由とともに、諸個人による思想「選択」の表れである「宗教」活動の自由をも保障している。特に「連邦議会は、宗教の護持に関わる法律、宗教の自由な活動を禁じる法律、……を制定してはならない」とする文言は、establishment 条項(国教樹立禁止条項)として政教分離(separation between church and state)原則の基礎をなしている。establishment 条項によって国家は宗教的中立性を要求され、国家と宗教との完全な決別が期待され特に公的教育機関における宗教の取扱いには厳格な中立姿勢が求められるのである。これに対して、連邦最高裁判所はこれまで、修正第1条の establishment 条項が意味するところは「政府はさまざまな宗教と無宗教に対して中立でなければならない」ということであり、公立学校から宗教を排除することではないという判断を下してきた⁵⁵。さらに最高裁は「宗教の刷り込み(indoctrination)であるのでなければ、宗教について教育することは、完全な教育を実現するための重要な部分をなす」ものであるとして、公立学校において実施される宗教教育の重要性を確認している⁵⁶。これにより、公的機関に代表される政府機関においてもある程度までの宗教との関わり合いが許容されている⁵⁷。

Barnette 判決以降、州当局の実施する国旗敬礼・「忠誠の誓い」唱和儀式への参加要請と、諸個人の自由な思想選択との間において生じる心の葛藤という問題は、修正第1条の「言論の自由」条項により導かれる「良心の自由」へ

53 Mark G. Yudof, *When Government Speaks: Toward a theory of Government Expression and the First Amendment*, 57 TEX. L. REV. 863 (1973). 公立学校において実施される国旗敬礼、忠誠の誓い儀式の中に、常に囚われ未成熟な聴衆を相手に公教育の名の下に推進される政府機関による教化政策(indoctrination)、すなわち government speech の存在を指摘する Yudof は、Barnette 判決を「学校における学童の囚われの聴衆(captive audience)性に対してさえ政府機関による教化政策の注入する機会を否定しなかった at 891」と批判する。Barnette 判決は、義務的な敬礼儀式の参加という特定の手段の合憲性のみを問題とすることで解決を図ったと位置づけられている。これに対し、「バーネット判決が禁遏したのは国旗敬礼の強制のみであるとする見解は、たしかにこの判決をめぐりよく行われている見解である。しかし本判決が、はたして非強制的態様での国旗敬礼の合憲性を前提しているかという点になると、その言質を判決自身の内に検索する試みは、ただちに暗礁に乗りあげる。……そうであってみれば「バーネット判決は非強制的敬礼を是認している」という……理由づけは、今や自明の公理から引き下ろされたと言わなければならないだろう。」とする国旗の symbol としての機能を強調する Barnette 判決理解を展開している。蟻川恒正『憲法の思惟』(創文社1994)38頁を参照。

54 修正第1条の保障する言論の概念には、言葉を伴わない特定の態度によって思想を表明する symbolic speech も当然含まれる。例えば、儀式において、政府が、座ったままの者を無理やり立たせれば、反意の symbolic speech に対する重大な侵害となる。

55 *Epperson v. Arkansas*, 393 U. S. 97(1968) at 104 ; *See, School District of Abington v. Schempp*, 374 U. S. 203(1963) at 216.

56 *Agostini v. Felton*, 521 U. S. 203(1997) at 236.

57 *See, County of Allegheny v. ACLU, Greater Pittsburgh Chapter*, 492 US 573(1989) at 647-648 (opinion of STEVENS, J.).

の「強制」という文脈とともに、国旗敬礼・「忠誠の誓い」唱和儀式的存在自体を、アメリカの市民宗教とも捉えられるアメリカの伝統と文化の中において育まれた特定の宗教観に基づく慣習儀式であると位置づけ⁵⁸ 政府機関による国旗敬礼・「忠誠の誓い」唱和儀式の実施は、諸個人による宗教上の思想「選択」において拒絶者の心に葛藤をもたらす萎縮効果を有するものだとし、修正第1条の establishment 条項により導かれる「良心の自由」への「強制」を引き起すという文脈においても提訴がなされている。この後者の文脈による問題に対し *Barnette* 判決より導かれた「強制」の法理を手掛かりに、その解決の糸口を示唆するものに「強制テスト」の登場がある。

「強制テスト」は、establishment 条項に関する訴えに対し、州による宗教への心理的な圧迫や強制の有無によって政府機関による宗教的活動の合憲性を審査するテストで、1992年の *Lee v. Weisman*, 505 U. S. 577により導かれたものである⁵⁹。

Lee 判決は、州公立学校において国旗敬礼・「忠誠の誓い」儀式と同様に合衆国の伝統的行事として位置づけられてきた卒業式における祈祷儀式に対し、聖職者を招き祈祷を行うという州公立学校の政策は、政府の権力と宗教的儀式とを同一視させ、宗教を促進する効果を有するものに他ならないとして establishment 条項に反する州の行為であると断じ、公立学校の卒業式において聖職者による祈祷を行わないよう差し止めを求める訴訟であった⁶⁰。この *Lee* 判決で法廷意見は、1971年の *Lemon v. Kurtzman*, 403 U. S. 602以降⁶¹ establishment 条項に関する事件の大部分において用いられてきた政府機関の目的、効果及び宗教への関与の程度によって合憲性を審査する「レモン・テスト」は⁶² 適用せずに、公立学校における儀式祈祷および宗教活

動に関する判例のみから結論を導くことが出来るとし、「憲法は、最低限において、何人に対しても宗教を支持し、宗教活動に参加するように強制してはならないことを政府に課し、国教となる宗教や宗教的信念を確立するように、あるいはそうする傾向のある方法で行動するように政府が強制してはならないことを規定している」とする憲法の核心的原理によって⁶³ 政府機関の宗教活動を審査する基準を打ち出した。これが、州の政策の中に思想「選択」への「強制」が介在してことを理由に違憲の結論を導き出した審査基準「強制テスト」である。

第2節 *Lee v. Weisman*, 505 U. S. 577

Rhode Island 州 Providence 市の公立学校では、卒業式式典において聖職者を招き祈祷を行う慣行が定着していた。1989年6月29日、Nathan Bishop 中学校の *Lee* 校長は、慣行に従い卒業式において聖職者を招き祈祷を催した。卒業式での祈祷に関し、校長は、キリスト教徒・ユダヤ教徒全国会議(National Conference of Christians and Jews)の作成したパンフレット「世俗的式典のための指針(Guidelines for Civic Occasion)」を事前に聖職者へ渡し、特定の宗派に偏らない世俗的な祈祷を行うよう要請していた⁶⁴。この卒業式式典における祈祷に対し、同校の卒業を控えていた *Deborah Weisman* の父 *Daniel Weisman* が、式の4日前に Providence 市の納税者、また、*Deborah* の訴訟後見人として、学校職員が卒業式に祈祷と祝福を行わせることを禁ずる緊急差し止め命令を Rhode Island 地区連邦地方裁判所に求めた。裁判所は審理の時間がないことを理由に、この申し立てを却下した。結局、*Deborah Weisman* とその家族は卒業式に出席し、そこで祈祷が行われた。

1989年7月 *Deborah* の父 *Daniel Weisman* は、再び、

58 アメリカの宗教社会学者 Robert N. Bellah は、1967年の論文“Civil Religion in America”(「アメリカの市民宗教」河合秀和訳『社会改革と宗教倫理』(未来社 1973))、1975年の *THE BROKEN COVENANT* (松本滋、中川徹子訳『新装版 破られた契約-アメリカ市民思想の伝統と試練』(未来社 1998))、1985年の *HABITS OF THE HEART* (島蘭進、中村圭志訳『心の慣習-アメリカ個人主義のゆくえ』(みすず書房 1991)) などにおいて、合衆国には、国民としての自覚や国家の歴史的存在について道徳的凝集力を発揮する宗教的次元が存在しており、歴史を貫く共通の価値観を顕在化するものとして、国旗や忠誠の誓いなどの伝統や法的な制度によって構成された文化的事象である「symbol」の中に存在する「抽象的な宗教」を「市民宗教」として指摘している。なお、「市民宗教」の語は近年雑然と幅広く用いられている。そこで、「市民宗教」の最も中立的定義と考えられる Ellis M. West の、「市民宗教とは、ある国の社会が持つ意味や目的を説明する信条や態度の集合体をさす。そしてこの概念は、その社会の構成員が保持し、また公の儀式や神話、シンボルによって表現されるような、超越的かつ精神的な実体との関係において用いられる。」とする定義に基づく。Ellis M. West, *A Proposed Neutral Definition of Civil Religion*, *JOURNAL OF CHURCH AND STATES* 22(1980) at, 39.

59 *Lee v. Weisman*, 505 U. S. 577 (1992).

60 *Ibid*, at 584.

61 *Lemon v. Kurtzman*, 403 U. S. 602(1971).

62 レモン・テストは、1971年に、私立小中学校への公費助成を規定する州法に対し、その合憲性を争ったレモン判決において導かれた基準で、次のいずれかの要件をクリアできなければ、establishment(国教樹立禁止)条項違反となる。(1)その法または行為が世俗的目的を持つかどうか(2)その主要な、もしくは第一の効果が宗教を促進したり禁止したりすることになるのかどうか(3)宗教に対する政府の「過度のかわりあい」をもたらすかどうかを問うものである(*Lemon*, 403 U. S. at 612-613.)。

63 *Lee*, *supra* note 59, at 587.

64 *Ibid*, at 581. 配布されたパンフレットには、公的な無宗派の世俗的式典における祈祷は「どんな種類の祈りでも世俗的式典には不適當であるかもしれない」ことを認めるけれども、公的な無宗派の世俗的式典における祈祷は「包括性と感受性」を持って作成するようにすすめられていた。

公立学校職員らが今後、卒業式式典において聖職者を招いて祈祷を行わせることを禁じる差止訴訟の終局判決(permanent injunction)を求めた。これを受けた連邦地方裁判所は、「レモン・テスト」を適用し、公立学校の卒業式で祈祷を行うことは、政府の権力と宗教的儀式とを同一視させ宗教を促進させる効果を有するものとして establishment 条項に反すると判決し、祈祷の継続を禁止した。連邦控訴裁判所では連邦地方裁判所の意見をそのまま受け入れ原審を維持した。本件は、裁量上訴が認められ連邦最高裁判所において争われたものである。

連邦最高裁判所は、裁量上訴を認め本件事案を審議するにあたり、「本判決の境界を特徴づけて、そしてコントロールする主要な事実、州政府官吏が中等・高等学校における卒業式式典での宗教的慣例である祈祷の公演を援助・指揮していることである。学校当局のコントロールは、祈祷に反対する学生にまで、国家の資金援助する宗教的な活動に対する出席と参加を、直接に、学区が卒業証書の受領のための条件としているわけではないけれども、現実的な感覚で、義務的であり、参加への強制の存在が確認できる」と述べ⁶⁵、卒業式での祈祷の中に州による「強制」の存在が隠されていた以上、修正第1条の establishment 条項によって禁止されるべきであると判断し、連邦最高裁判所は、祈祷の継続を禁止した原判決を維持すると判決を下した。

Lee 判決の法廷意見は Kennedy 判事によって書かれた。法廷意見は「このケースでは、最近議論される州に認められた宗教への便宜(accommodation)の範囲に関し⁶⁶、我々を分裂させている難しい問題である宗教への便宜の境界線を左右する定義と原則を再考することを要しない。……なぜなら初等・中等の公立学校における祈祷や宗教的行事との関わり合いを支配的してきた先例のみによって⁶⁷、Providence 市の政策は違憲のものであるという裁定が拘束的に下されるからである。従って本件においてレモン・テストを再考する必要はない」と述べ⁶⁸、「政府が自由に宗教を行使することを許容するかもしれないという論理は⁶⁹、establishment 条項によって課された根本的な国家の限界に取って代わるものではない。少なくとも合衆国憲法は、政府が宗教あるいは宗教行事を支持するか、あるいは参加するかを何人にも強制してはならないこと、『国教あるいは宗教的な信頼を国教として確立させるか、あるいはそうす

る傾向がある』方法で、国家が行動をしてはならないことを確約するものであることは疑問の余地がない。……学校における祈祷に対する政府の関与は、これらの中心的な原則に違反するものである」とし⁷⁰、学校における祈祷に対する政府の関与は修正第1条の establishment 条項に反するものであると断じる。

法廷意見はさらに、学校当局の関与について「学校職員、校長は、祈祷を実施すべきだと決断した。この選択は政府に帰属し、憲法の観点からいけば政府が祈祷を実施するという政令を発したも同然である。……特定の聖職者に祈祷を行わせる政策が他宗派にとって差別的である可能性は明らかである。もちろん、差別的であることは宗教に関する国家の決定全てに付随し得る。しかし、それが存在するから、あるいはその可能性があるからといって、あらゆる場合に宗教の便宜を図ろうとする国家の試みが有効性を失う問題を生じるわけではない。しかし、本件における具体的な強制の問題は、それが中・高等学校という特殊な場所であったが故に、現実的な宗教儀式的最中に生徒への密かな強制的圧力が存在し、生徒には、出席あるいは参加したかのごとき態度を避ける真の選択肢が存在し得ないものであった。そうである以上、問題を放置するわけにはいかない。」と述べ、「現実的に考えて、生徒が参加を余儀なくされ、宗教上の心の葛藤をもたらす祈祷儀式を学校当局が実施することそれ自体が合法であり得るかどうかが問題であると指摘し審議を進めている⁷¹。

Lee 判決法廷意見は、「修正第一条の信教の自由条項は、宗教的信念と宗教的表現はあまりにも貴重であり、国家が禁止したり命令したりはできないことを意味している。憲法は、宗教的信念と信仰の維持及び伝達は非国家的領域において責任のもとに選択し、遂行する自由を約束している。そして、反対者や異議をもつ非信者に対する自由を保障することにも配慮がなされなければならない。……公立学校当局にはとくに、これらの配慮が要求される。学校職員が祈祷の内容を管理し、運営を行えば、参加したくないと考えている生徒は出席・参加を要請されているものと受け取るだろう。……本件における学校の関与の在り方では、卒業式における祈祷は国家行為としての象徴性を帯び、拒否を望む学齢期の児童を思想選択でのジレンマという心の葛藤にまみわれる」と指摘し⁷²、祈祷を望む生徒と望まない生徒それぞれの「心の葛藤」を引き起こす「強制」の存在に

65 Ibid, at 586.

66 See Marsh v. Chamber, 463 U. S. 789(1983). 州議会において毎日の開会式での牧師を招いての祈祷を合憲とする判例。

67 See County of Allegheny v. ACLU, Greater Pittsburgh Chapter, 492 U. S. 573(1989); Lynch v. Donnelly, 465 U. S. 668(1984).

68 Lee, supra note 59, at 586-587.

69 See Marsh v. Chamber, supra note.

70 Lee, supra note 59, at 587; See, Lynch v. Donnelly, 465 U. S. 668 (1984). at 678

71 Ibid, at 588.

72 Ibid, at 590.

焦点を定め審議を進める。

Lee 判決法廷意見は、学童における「心の葛藤」を引き起こす「強制」の存在に鑑みるに、本件学校当局の政策は憲法の基本的ダイナミズムを見過ごすものであったと指摘する。「修正第1条は、言論の自由と宗教の自由をまったく異なったメカニズムによって保障している。言論・出版の自由は、政府が言論市場に参加する時でさえ、完全なる思想の表明を確保することによって言論の自由とそれに係わる良心の自由を保障する。なぜなら我々の最も重要な言論・思想の表明は、まさしくその対象となる思想を、政府それ自身のものとして採用するよう説得するものとなるからである⁷³。これとは全く逆に、信仰の自由と宗教に係わる良心の自由を保障する方法は、宗教に関する論争や言論活動において政府は主たる参加者となることはない。なぜなら憲法制定者は、政府が特定の宗教に偏重することを、全ての自由に対する抑圧になると考えていたからである。

修正第1条より導かれる信教の自由条項は、言論の自由条項に極めて類似する良心の自由と礼拝の自由をも包含する。そして特に、establishment 条項は、宗教的事項に対する国家の介入形態を完全に禁止する原理である⁷⁴。このような解釈は establishment 条項の基礎となった歴史的な教訓に基づくものである。その教訓とは、はじめは寛容を伴う宗教的見解であったものが、ひとたび政府の手にかかると洗脳(indoctrinate)と強制(coerce)のための政策になりかねないということである。国家が特定の信仰のみを用いるということは、国家が特定の信仰のみに正統的地位を与えているということと同様なのである。学校当局の政策は、押しつけてない、自発的な真の信仰心を担保することでしか護り得ない諸個人の良心の自由を、重大な危機に陥れる強制以外のなにものでもない」と指摘している⁷⁵。

学校教育の場という特別な法的、社会的圧力によって限定された空間において、実施される儀式の中では「先例の指摘してきた通り⁷⁶、学齢児童は、常に良心の自由への密かな強制的圧力にさらされているという疑念は払拭できない。とりわけ、公立学校における祈祷行事では、国家による良心の自由への密かな強制が働くという具体的な危険を孕んでいることは明白である。この良心の自由への密かな強制に対する懸念は、なにも学校教育の場に限られるものではない。しかし、何よりも、良心の自由への密かな強制は、学校教育の場において最も顕著に顕れるものである。

学校教育の場では、大多数の信仰を有する者にとってみれば、宗教的行為への当然の敬意を、無信仰者や他宗派者に求めるに過ぎないと見受けられる寛容を求める事柄であったとしても、無信仰者あるいは非信者にとってみれば、公立学校という国家機関の用いる宗教こそが正統なるものであると、承認することを強制されているのだと受けとめられるかもしれない⁷⁷。こうした現象について本件は、卒業式に対する州学校当局の監視とコントロールには、列席する生徒に対して祈祷と祝福の間、集団として起立するか少なくとも敬意ある沈黙を守るよう仲間からかかる圧力とならんで、公的圧力が働いていた事実を否定することはできない。この圧力は密かで間接的なものであっても、あからさまな強制と同じく現実的であり得る。もちろん、我々の文化では、起立あるいは沈黙は、ある見解への賛成を意味するだけでなく、他者の見解への単なる敬意をも意味し得る。……しかし、卒業式に列席する生徒の大半とはいえないまでも多くの者にとって、起立あるいは沈黙という態度が意味するものは、祈祷への参加に同意し、望んで参加したのだと理解されるであろうことには疑問の余地がない。これこそが、宗教的行為の要点である。したがって、起立あるいは沈黙は参加ではなく単なる敬意であると言われても、非信者にとってたいした救いにはならない。なぜならば、このような事態は、我々の社会的慣習の中では、たとえ拒絶を意味する沈黙であっても、賛意の集団と共に参列してしまえば、自らも参加意思あるいは賛意を表明している者と同様であると、良識ある反対者は思わざるにおられないからである。こうした状況を憲法違反でないとすることは、反対する者をあらゆる意味で、参加するか、抗議するかのジレンマという心の葛藤に立たせることになる。ジレンマという心の葛藤に立たされる者が、成熟した大人である場合、その選択への強制が認められるものであるかどうかは、今は問わないが、国家は establishment 条項に則り、初等中等学校の生徒をこのジレンマに立たせてはならないものとする。……国家による選択への強制は許容し得ないという憲法上の制約原理は、政府が正統性を強要するために直接的手段を用いてはならないのと同じく社会的圧力を用いてもならないということである」と述べ、学校当局の実施する卒業式式典における祈祷には、「心の葛藤」を引き起こす「選択」への「密かな間接的」「強制」が介在するものであったと、祈祷儀式自体をも断じている⁷⁸。

73 Ibid, at 591. See, Meese v. Keene, 481 U. S. 465(1987) at 480-481 ; Keller. State Bar of California, 496 U. S. 1(1990) at 10~11 ; Abood v. Detroit Bd. of Ed., 431 U. S. 209(1977) at 2279-232.

74 Ibid, at 591. See, Buckley v. Valeo, 424 U. S. 1(1976) at 92-93, n. 127.

75 Ibid, at 592.

76 See, e. g., School Dist. of Abington v. Schempp, 374 U. S. 203(1963) at 307 (Goldberg, J., concurring) ; Edward v. Aguillard, 482 U. S. 578(1987) at 584 ; Board of Ed. of Westside Community v. Mergens, 496 U. S. 226(1990) at 261(KENNEDY, J., concurring).

77 Lee, supra note 59, at 592 ; Engel v. Vitale, 370 U. S. 421 (1962)にて、公立学校での祈祷行事に伴う間接的な強制的危機を指摘する。

78 Ibid, at 593.

法廷意見は最後に次のようにまとめている。「我々は、一人あるいは複数の市民が反対したからといって、宗教的意味をもつ国家行為の全てを無効とするわけではない。非宗教的なメッセージと同じく、あらゆる宗教行為に反対者があることは考えられるが、反対者がいるだけで全てが違法となるものでもない。また、我々は、諸個人が良心の自由を実現するために非協調的な行動を選択し、その代償として社会的な孤立、あるいは反感にすらも耐えなければならない場合があることを知っている。しかしながら、本件を検討する限り、学校当局が学童に求めた遵奉の態度は establishment 条項の違反を免れるにはあまりにも高度の強制を形作るものであった。

本件における祈祷行事は特に不適當であった。なぜならば、あらゆる事実上の意味で州当局は、全ての学生に対し、特異な重要性を持った行事を催すことによって、明白な宗教的な式典への出席と参加を強制したからである。本件事案において導かれた我々の法理は、必然的に、国教反対者の宗教的自由の権利(dissenter's rights of religious freedom)が、国家によって侵害されているのか否かを確定する審査基準の一つとして影響を与えるものとなる。……我々は、卒業時および教育期間を通じて、宗教的価値観、宗教行為、宗教関係者が公立学校及び生徒と係わりあう場があることを認めている。それでもなお、本件が問題として指摘しているのは、反意を抱く若い卒業生が、結果的に協調行動を採らざるを得ない卒業式において、宗教行為を行うことができるかということだけである。本裁判所の判断からして、学校が生徒に宗教行為に参加するよう説得したり強制したりすることはできない。本件では、この「強制」が行われており、修正第一条の国教樹立禁止条項によってこれは禁止されている。よって上訴裁判所は原判決を維持する」とする判決を下した。⁷⁹

第3節 「強制」概念の拡大

Lee 判決により導かれた「強制テスト」は、「レモン・テスト」、「エンドースメント・テスト」⁸⁰とともに、政府と宗教の関わりを establishment 条項違反として争った判例の系譜に属するものであるが、Lee 判決より導き出された「強

制テスト」は、その様相を少々異にする。

Lee 判決より導き出された「強制テスト」は、諸個人の宗教などに関する思想「選択」において「心の葛藤」を引き起こす政府機関の活動を establishment 条項に抵触する「強制」として定位し、政府が、特定の信条のみを正統なるものと志向し、儀式などの文化的事象である symbol を媒体に、特定の信条に依拠した発言や行事を実施する場合には、諸個人にとってみれば、間接的ではあるものの良心の自由への現実的な「強制」が介在しているとして、現実的な「強制」の存在を審査する基準である。

そもそも、政府機関が信教の自由条項により導かれる良心の自由を「強制」したか否かを審査する基準は、1989年の *Allegheny County v. Greater Pittsburgh ACLU*, 492 U. S. 573の一部補足一部反対意見の中で提唱されていたものである。この「強制」の存在に基づく審査基準における「強制」の概念は極めて広く、宗教のための直接的な課税や信仰の国教化といった具体的な承認や便宜供与に限られるものではなく、信仰に対する国家的な承認や便宜供与を想起させる象徴的(symbolic)な態度であっても「強制」に当たる場合があることを指摘するものであった⁸¹。これを受け、Lee 判決における法廷意見も「強制」という概念を広く現実的に理解し、断ずるべき「強制」の概念とは、「心の葛藤」を引き起こす「密かな間接的な強制」をも含む概念であると解している⁸²。このように「強制」概念を、通常この言葉から喚起されるよりも拡大して解釈することによって、図らずも *Barnette* 判決の反対解釈より導かれてしまった、参加拒否といった選択肢を提示するだけで「強制」という汚名を免れるといった解釈、極端に言えば、たとえ公立学校に代表される政府機関が特定の宗教観に基づく教化政策を実施しようとも、その教化政策において、形式的に拒否手続きが用意されていれば合憲のものと推定されるとの解釈の余地を大幅に狭めるものであった。

Lee 判決より導かれた「強制テスト」は、先例において、establishment 条項に関する審査基準として用いられてきた「レモン・テスト」、「エンドースメント・テスト」に見られるような、問題となる政府の宗教的活動について、その宗教色の濃淡をその指標とし、政府の宗教的目的を見極

79 Ibid, at 598-599.

80 *Lynch v. Donnelly*, 465 U. S. 668(1984) at 694. 市が公費によってクリスマスにキリスト生誕の飾りを公園に設置することの合憲性を争った事件において導かれたものが「エンドースメント・テスト」である。*Lynch* 判決において連邦最高裁判所は、州議会が毎日牧師の祈祷で活動を開始することを合憲と判断した *Marsh v. Chamber*, 463 U. S. 789(1983). を受け、憲法制定者達が宗教の果たす役割を認めていたこと、合衆国憲法は、自由の名の下に市民が宗教的寛容を身につけるためにも政府と宗教との一定の関わり合いを許容するものであること指摘し、政府の行為が、特定の宗教を「是認・支援(endorsement)」する目的ないし効果を持つ場合に限り、当該政府の行為を establishment 条項違反と判断する審査基準を導き出した。*Lynch* 判決において、クリスマス日にキリスト生誕の飾りを設置することは世俗的目的によるもので、宗教を是認・支援する効果は認められないとし、飾り付けのための市庁舎広場の提供と公費支出は、なんら establishment 条項に抵触するものではないと判断した。

81 Lee, supra note 59, at 660-661 (KENNEDY, J., concurring in judgment in part and dissenting in part)

82 Ibid, at 592-593.

めようとする視線よりも、むしろ、政府による宗教的活動の手段に着目し、信教の自由条項により導かれる良心の自由に対し何らかの「強制」を与えているのかを見極めようとする政府による宗教的活動の手段と実質的な効果への視線に重きが置かれている。この政府の宗教的活動の目的と効果のどちらを強調するのかという「テスト」の異相は、国家と宗教の関わり合いを審査する establishment 条項の審査基準に、いかなる「テスト」を採用すべきであるのかの問題として現れている。⁸³

結局のところ「強制テスト」を establishment 条項に関する一般的な審査基準と位置づけることが適当であるのか否かの問題は、直ちに回答が導かれるものでもない⁸⁴。しかし、法廷意見に示唆されるがごとく、「強制」の存在を憲法の基本的ダイナミズムのもとに捉えるならば⁸⁵、修正第1条は、establishment 条項と信教の自由条項とともに言論の自由条項とも極めて類似し近接する良心の自由、すなわち、内心における思想「選択」の自由を保障するものである⁸⁶。

Lee 判決は、特定思想の存在がひとたび政府の手にかかると洗脳(indoctrinate)と強制(coerce)のための政策になりかねないという歴史的教訓に基づき、それぞれの条項に係わる内心における思想の選択に対する見えにくい政府の干渉を最小限に止めようというものである。そして、その保障のメカニズムにおいて、思想「選択」の自由を侵害する政府の「強制」には、「心の葛藤」を引き起こす「密かな間接的な強制」が含まれ、そのような「強制」的な政府活動を修正第1条は許容しないことを明確に示す法理を展開するものであった。

Lee 判決における「強制」概念の解釈上の拡大は、儀式に参加するか否かの「選択」を迫ることそれ自体について、公立学校という特別な法律関係に拘束された空間においては、諸個人における自由な思想選択に対する、儀式への義務的な参加要請は、内心の告白や特定思想の支持を「強制」

するものであると断ずるのみならず、「心の葛藤」を引き起こす儀式それ自体こそが、「密かな間接的な強制」を構成するものであるとして、憲法上許容されない国家の活動であるとの論理を導き出している。

おわりに

諸個人の自由な思想「選択」活動において、その「選択」を阻害する政府機関の活動を、合衆国憲法修正第1条を逸脱する国家による「選択」への「強制」と定位し、「強制」概念の内容を、判例法理がいかにして憲法的な視座に捉えてきたのか、そして、憲法を逸脱する政府機関の活動をいかなる法理によって制限してきたのかをアメリカの憲法判例にみた。アメリカの公立学校における国旗敬礼・祈祷儀式と、諸個人の思想「選択」に関する心の葛藤を巡る判例において展開された憲法の基本的ダイナミズムのもとに「強制」の存在を捉える議論は、我が国における一目しただけでは、自由に対する抑圧とは映ってこなかった政府機関の活動、例えば、学校教育機関といった、合理的な教育的裁量権を委ねられた政府機関の活動に対する憲法的限界を考察するに際し、重要な示唆を与えるものであろう。

Barnette 判決と Lee 判決の法理によって導かれた「強制」の法的概念に従えば、日本国憲法第19条より導かれる「沈黙の自由」や、第20条1項より導かれる「信仰告白の自由」において、内心の告白や、特定思想の支持を「強制」することは憲法原理として認められないことになる。つまり、政府機関の主催する儀式に対して「参加しない権利」を認めない場合は、精神的自由への「強制」に該当するのである。これにより、政府機関は、参加を拒否する選択肢を準備しておくことこそが「強制」を回避するための道となり⁸⁷、政府機関は、参加の拒否を含め可能な限りの選択肢を提示することを憲法原理によって要請されるものである

83 この点を、Blackman 判事は、その補足意見において、「本件においては『宗教的な行事に対しての事実上の参加要請を感じられる』ことから、卒業式での祈祷が違憲であると考え。しかし、法廷意見に同意するに足る強制を確認できるものの、政府による強制の法理が、我々の先例が導き出した判例法理である国教禁止条項違反の審査基準にとって必要な要件ではないことは明らかである。……『強要の存在による審査は……establishment 条項の必要な要素となるものではない(Committee for Public Ed. & Religious Liberty v. Nyquist, 413 U. S. 756(1973) at 789.)。』……そして我々は本件事案を、establishment 条項に基づき審査した場合、市民が従うことを強制されていたか否かにかかわらず、本件事案は、政府による宗教への是認・支援と宗教への積極的な掛かり合いを審査するエンドースメント・テストによって違憲であると確認できる(Lee, at 604)」と意見し、本来はエンドースメント・テストによるべきであったと主張する。Souter 判事による補足意見では、「強制の有無を establishment 条項の審査基準とすべきとの議論は確かに説得力がある。……政府の動力、高い評価、そして資金的支持が特定宗派の信仰の後ろに置かれるとき、宗教的な少数者の上に蔓延る公認の宗教に従う間接的な強制的なプレッシャーはわかりやすい。しかし、establishment 条項の論点はそのさらに先に行くものである。我々は、Epperson v. Arkansas, 393 U. S. 97(1968)においてダーウィン(Darwin)の進化理論の教授を禁じた州法について、問題の州法は明らかに、宗教的信仰を支援すること、あるいは参加することを誰かに強制するものではなかったけれども無効と判断した。なぜならば、それは非常に宗教的な目的のために制定されたものであったからである(Lee, at 919.)」と述べ、「強制テスト」が先例と衝突すること「強制」の有無を強調することが establishment 条項の本来的な役割を無意味なものとしてしまうことなど基準としての精度に疑問を投げかける。

84 See Kathleen Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term, Foreword*, 106 HARV. L. REV. 22(1992).

85 See T. Mccoy & G. Kurtz, *A Unifying Theory for the Religion Clauses of the First Amendment*, 39 VAND. L. REV. 249 (1986).

86 See Kamenshine, *The First Amendment's Implied Political Establishment Clause*, 67 CALIF. L. REV. 1104(1979).

87 この点は、マイケル・ウォルツァー(山口晃 訳)『義務に関する11の試論-不服従,戦争,市民性-』(而立書房2000)参照。

と言える⁸⁸。またさらに、多様な選択肢が制度的に用意され、自由な思想「選択」をなし得る外形的な環境にあったとしても、実質的に「選択」すること自体を強要されるような場合には、自由たり得ない。すなわち、Lee 判決により導かれたごとく、政府機関が「選択」を迫る場合には、告白を強いられる上での「心の葛藤」が引き起され「密かな間接的な強制」が働いているということである⁸⁹。

Barnette 判決の法理と Lee 判決の法理によって導かれた「強制」概念の確定化は、そもそも、国家には、原理的に立ち入ることができない領域があり、政策として実施し得ない手段があることを具体的に例示するものであった。このような、国家による思想「選択」への「強制」の存在を具体的に例示し、法的概念として明確化していくことは、先人たちが「自由」の法的概念を「人権」として確定化し、具体的に例示し続けることによって、国家権力によって侵されてはならない諸個人の「自由」な領域を獲得し拡大してきた憲法学的な営みと同様なのである。すなわち、諸個人の「自由」拡大への懸念がささやかれ、「福祉国家」への期待が高まりつつある現代において、国家による思想「選択」への「強制」の存在を具体的に例示し続けることは、伝統・文化や愛国心といった無批判に受容され続けている政治的な現実や、支配的な信条を背景に、容易に肥大化する国家の活動領域に対して、国家のしてはならないこと、国家の原理的限界事項を、「強制」として具体的に例示し続けることによって、国家の活動領域を最小限度に止めようとする憲法学的な営みにほかならないのである。国家は、再び、諸個人の自由な思想の「選択」に対し立ち入ることのできず、ただの傍観者として手をこまねいているしかない存在であることを確認する必要があるのではないだろうか。本稿は、国家の活動における限界を再確認し、国家における原理的に活動不能な領域が存在することを具体的に指標化することで、国家の特定の活動が人権侵害を引き起こすかもしれないという、国家活動への萎縮的効果を目論むものである。そして、さらなる「強制」概念の確定化により、合理的な裁量権を委ねられた政府機関の活動においても、諸個人の自由な思想の「選択」への危機が懸念され

る場合には、国家による思想「選択」への「強制」の存在を指標とすることによって、その衝突を解決する審査基準の論理的な構築を模索していきたい。

88 「エホバの証人」剣道実技拒否事件判決、民集50巻3号469頁、判時1564号3頁、我が国の最高裁判所も、通常であれば「心の葛藤」を引き起こさないであろう格闘技の履修を、宗教的な良心に反することを理由に拒否した者を処分した事例において、合理的な教育的裁量権を委ねられた学校当局・学校長に対し、良心の自由、すなわち、内心における思想「選択」に対する「心の葛藤」を回避するために、代替措置を講じる義務が学校長にあったことを明示し、裁量権を委ねられた政府機関の責務遂行と、その手段の限界を示している。

89 このように導かれる Barnette 判決と Lee 判決との法理を展開し、公立学校の教育政策に「強制」の存在を指摘し、提訴された事件に、Elk Grove Unified School District v. Newdow, Docket Number : 02-1624, (Decided : June 14, 2004)がある。この訴えに対し、最高裁の判断は、娘の父親であった Michael Newdow が親権訴訟にて親権の認められなかったことを受け、Newdow の当事者適格を認めることは出来ないとして原審を破棄したものであるが、この判決の原審となった連邦控訴裁判所による幻の判決では、アメリカの伝統的な文化である連邦法「忠誠の誓い」の文言それ自体の合憲性を Barnette 判決の法理と Lee 判決の法理によって、学童に「心の葛藤」を引き起こさせる強制となりうる国家の活動であると判断する論理を展開するものであった。See Newdow v. U.S. Congress (Amended February 28, 2003) No. 00-16423; Newdow v. U. S. Congress (Filed June 26, 2002) No. 00-16423; Newdow v. U. S. Congress, 292 F. 3d 597 (9th Cir. 2002); Newdow v. U. S. Congress, 313 F. 3d 495 (C. A. 9 2002); Newdow v. U. S. Congress, 313 F. 3d 500 (C. A. 9 2002)。