

教育領域に潜むガバメントスピーチ

葛 島 夏 木

(法学専攻 シビック・ガバナンス・コース)

はじめに

第1章 現在のガバメントスピーチ

第1節 ガバメントスピーチ

第1款 ガバメントスピーチとは

第2款 ガバメントスピーチの危険性

第3款 国家による表現活動の有益性

第2節 伝統的憲法学とガバメントスピーチ

第1款 規制と給付の二分論，検閲者と言論者

第2款 二分論の堅持と修正

第3節 現在の日本におけるガバメントスピーチ事例 富山県立美術館事件

第1款 富山県立美術館事件の概要

第2款 富山県立美術館事件の地裁，高裁の判断

第3款 現在日本でのガバメントスピーチ事案の取り扱い

第2章 アメリカでのガバメントスピーチ論

第1節 アメリカにおけるガバメントスピーチ論の生成と展開

第2節 ガバメントスピーチ論以前

第1款 symbolic speech

第2款 学校図書館における蔵書の取り扱い

第3節 「ガバメントスピーチ論」の起こり Mark G Yudof

第1款 ユードフによるガバメントスピーチ論

第2款 School Prayer cases

第3款 Captive Audience

第4節 憲法学者によるガバメントスピーチ論の活発化

第1款 Rust判決

第2款 ロバート・メイブルソープ事件

第3章 ガバメントスピーチから見る国歌斉唱問題

第1節 ガバメントスピーチ抑制の判断枠組み

第1款 ガバメントスピーチを抑制する基準

第2款 1990年代アメリカ憲法学サリヴァン，フィスの示す基準

第3款 ガバメントスピーチと囚われの聴衆

第4款 専門職の職責から見るガバメントスピーチへの統制

第2節 国歌斉唱訴訟

第1款 国歌斉唱訴訟とその背景

第2款 国歌斉唱訴訟の争点

第3節 国歌斉唱問題をガバメントスピーチから捉える 私見

第1款 国歌斉唱問題のどのような点からガバメントスピーチと見るのか

第2款 教育に入り込むガバメントスピーチ

第3款 学校の子どもを対象とすることの特殊性

第4款 本論点における教職員への職務命令による強制は許されるか

第5款 国歌斉唱強制が子どもの何を損なうのか

終わりに

はじめに

現状の社会においては、行政の役割、責任、それに伴い能力も肥大化する一方である。このような政府が人々に何らかのスピーチを行う、メッセージを発信するならば、人々への影響力というものはとても大きい。この政府から人々への影響というものは、もちろん人々を利するために行われるのだが、しかし現実にはそれだけではない。政府が発するものであるために、政府が自らのために行う可能性がある。政府が自身のために人々の考えを誘導、“同意を偽造する”と表現される場合があるのだ。

さらに、この政府からの働きかけは目に見えず、分かりにくいものなのである。私人の内心に現実的直接的に力を行って作用し、支配しようとするならば、これは憲法に違反している可能性に気づきやすい。そのような作用は拒絶し跳ね除けようとするだろう。しかしながら、政府が直接的に強く働きかけてくることは、ほとんど無い。問題は、政府が姿を隠し、何か道具やメッセンジャーを利用して間接的に働きかけてくる場合なのである。また、そのような政府の影響下にあることには気づきにくい。

以上のことから、見えざる政府からの干渉としてのガバメントスピーチが、問題として浮上する。本人自身は気づかないうちに、その思想や考え

方が意図的、偏面的に誘導され、（偽）造られているという危険がある。ゆえに、明確な損害が発生しない以上、ガバメントスピーチは何らの制限を受けず、ほとんど自由に行うことができるという態度では、この問題に全く対処できない。

しかし、だからといって政府からのスピーチをすべて排除することはできない。これは本来人々を利するために行われてきているものなのである。よって、ある特定一部の危険と判断されるガバメントスピーチを止めることを考えていくことが必要とされるわけだが、その線引きを行うことは非常に難しい。しかし事例を取り上げ、その行為がガバメントスピーチであると判断でき、いくつかの危険な条件がそろっている場合に、その行為が排除されるべきガバメントスピーチであるとの判断は可能ではないだろうか、と考える。

本稿では、第1章で現在のガバメントスピーチ論の説明を行い、第2章でガバメントスピーチ論が確立されたアメリカにおいて、どのように議論が起こり、そして展開して行ったのか、その生成と展開を見ていく。そして第3章において、抑制されるべきガバメントスピーチを教育の領域に求め、これを論じていく。

このガバメントスピーチという問題は、現在の社会で議論される重要性がさらに増していくことが予測される。今後ますます情報社会化が進み、人々がより多くの情報を簡単に得やすい社会になっていくわけだが、その裏面として、人々が情報からの影響を受けやすい社会になっていくのだと言うこともできるであろう。つまり、ガバメントスピーチがより効果を発揮しやすい社会となっていくのである。この問題は、将来的にはより重要な意味を持つようになると思われる。

第1章 現在のガバメントスピーチ (government speech, 政府言論)

第1節 ガバメントスピーチ

第1款 ガバメントスピーチとは

ガバメントスピーチとは、その文字通りに、政府が話し手として人々にメッセージ、情報を発するという行為である。日本では政府言論や政府広報と表記されることも多い。この government speech 論は、1980年代にアメリカで興った。

かつては、もっぱら私的主体を統制する公権力として振舞った政府が、今日では、他の私的主体とともに「言論市場の当事者」という資格において、その圧倒的な力を武器に、大規模に言論市場に参入している現状がある。確かに、この言論者としての政府は、伝統的な意味での規制者、検閲者ではない。しかし、これまで規制を防ぐために作り上げられてきた多くの理論をすり抜け、却っていっそう危険な検閲者として振舞うことができるのではないか。このような問題意識のもとに、言論主体としての政府に対して適切な統制を模索しようというのが government speech 論と言われる一連の議論である。

そして、ガバメントスピーチは直接的な形をとる場合と間接的な形をとる場合の2種類が考えられる¹⁾。直接的な形とは、テレビなど様々な媒体を使っての政府広報、記者会見などの、政府自身が明瞭に話し手、情報提供者になる場合である。この場合には政府が話し手の地位にいることは人々に明らかとなっている。間接的な形とは、政府がメッセンジャーを使って行う場合であって、この場合には、話し手としての政府は人々から見え難い。政府が私人の活動(特に芸術活動や表現活動一般)に対して財政援助を行う場合²⁾や、私人に対して一定の表現活動、表示行為を強制する場合がそうである。具体的には、前者では、芸術家または作品に対する

資金援助がある。文学・芸術作品などが歴史的にもこのような形で政府に使われてきたという背景もあり、現在でもしばしばこの問題は議論を呼ぶのである。本章第3節で述べる富山県立美術館における訴訟もこの類型のものである。そして後者で言うと、アメリカの例では国旗への忠誠の儀式の強制、標語・スローガンの入ったナンバープレートの強制³⁾などがあり、日本では検定教科書の使用⁴⁾、君が代斉唱についても同様に捉えることができると考えられる。

また、ガバメントスピーチは、私人ではなく政府が表現活動を行うという意味で、見落すことのできない点がある。表現の自由が、話す自由と同時に話さない自由を持っているのと同様に、ガバメントスピーチにおいても政府が話す場合と話さない場合があることに注意する必要がある⁵⁾。情報の保有者として国家は圧倒的に優位な存在である。これは、政府による自己保有情報の選択的開示、非開示という問題に関わる。つまり、政府は基本的に自己に有利な形で、積極的かつ選択的な形で自己保有情報を公開していくという危険があるのだ。伝統的な表現の自由理論は、話し手として、もっぱら私人を想定しており、話し手としての国家という問題に無警戒であるため、ともすれば政府による情報公開は無条件でよしとされかねない危険がある⁶⁾。

第2款 ガバメントスピーチの危険性

政府が様々な形で言論市場に参入してくることは、私人が参入する場合とは違った危険性が出てくる。国家が圧倒的な「潜勢力」の下に言論市場に介入する⁷⁾と表現される。その国家の持つ、私人と異なる重大な競争力には、経済力、情報の保有、正統性の3つの要素がある⁸⁾。政府は経済的資源において優位に立っていると言え、そして情報収集能力とその保有量にも大きな差がある。さらにこれに加えて、第3に国家のみの固有の力というものが考えられ、これは正統性（legitimacy）である。国家はこの正統性という面において比類なき存在であって、国家が行っている表現活動

というだけで、私人とは異なり一定の正当性 (reasonableness), 信頼を得るであろう。裏書きするだけで一定の議論を正統化する能力は、国家のみ固有に利用可能なものであるといってもいいかもしれない⁹⁾。

このように、国家が私人には持ち得ない強大な力をもって言論市場に参入する場合に、その危険性は、国家をもっぱら外側からの規制者として捉え、憲法学が伝統的に注意を払い対策を考えてきた危険とは違う。政府言論の問題とは、単に言論市場において対立する意見を黙らせる (Silencing) これが伝統的な憲法学が研究の対象としてきた箇所であるが、-という点だけでなく、国家が他の意見をかき消す (drowning out) という点も可能である。しかし、ガバメントスピーチの危険性はここにもとどまらない。

より深刻なことには、政府言論は「同意を偽造する (falsify consent)¹⁰⁾」ことで、民主主義を骨抜きにし、政府は文化の規制者であると同時に社会的意味の構築者としての役割を果たす虞がある。他の言論を排除して、言論市場において相対的に縮小化することによって、他の言論を国民から遠ざけて到達を妨害、政府の言論を唯一正当なものとして人々に伝えることによって、多くの人が政府の価値基準をそのまま承継する。つまり、国家の主たる脅威とは、特定の意識を形成し、しかも巧妙に国家と同じような役割を果たそうとする他の主体の正統性を剥奪することで、国家が尊大な教師になるかもしれないという所にある¹¹⁾。

これらの危険に対抗する最も正統的な安全弁は、啓発された市民の存在である。つまり、政府からの圧倒的スピーチに晒されたとしても、それらの情報を自分の中で整理し取舍選択することができる、自律を失わない人格である。だが、その市民の存在自体が、政府の啓発活動に大きく依存せざるを得ないところに、現代国家における事態の複雑さがある¹²⁾。

第3款 国家による表現活動の有益性

前述のように危険な側面を有するガバメントスピーチとは、一般的、全

面的に許されないものであろうか。それならば問題はそれほど深刻ではない。しかし、ガバメントスピーチには危険性と同時に有益性もあるのであって、その全てを禁止することはできない。この部分が、ディレンマないしはパラドックスと言われる¹³⁾。では、そのガバメントスピーチの有益性とは、ガバメントスピーチは社会に流通する情報量を増大させるものであって、国家が自身の行う活動に関して国民に情報を提供することは、主権者である国民の知る権利に応えるという側面を有している、ということなのである。

そもそも国家は、ある政策を実現するためには、その政策を採る立場であると表明せざるを得ないし、また国民は民主政治の過程で政府の方針、政策を知っておく必要がある。政府が自らの活動を示し、政策課題を国民に提起した上で、政府としての目標を掲げ世論を牽引していくことも政府言論のひとつである。特にこの国民への活動は、政府が自らの実績と今後の政策の提案を行い国民に支持を訴え、この情報を得た国民によって政府に同意するか否かが決定される、というためのものである。これは民主主義の正規の運行の中にあり、特定の価値観に立脚した政府の表現活動の存在を前提としている¹⁴⁾。ガバメントスピーチは民主主義を可能にするために不可欠でさえある¹⁵⁾。むしろ、国民への説明責任が求められる時代にあっては、積極的な意見表明が求められているとも言える。国家は国民からの情報開示請求を待つまでもなく、その活動や施策について情報提供、説明する責任があるのである。

このような場面以外でも、国家による情報提供が求められる。たとえば、有害な商品や行為に関する情報、紛争、感染病などの危険に対する注意喚起、教育的な広告活動などもこれに含まれる。このような情報提供は、人々が安全に生活していく中で必要な情報であって、政府に対して求められている重要な活動の1つである。

そして、間接的な話し手となる類型においても、国家による表現活動の援助によって、資本主義社会においては十分な発表の機会が与えられにく

い芸術表現や、十分に効果的な表現手段を有さない者による意見の表明に発表の場が与えられることがある。また、一定の勢力、考え方に言論市場が独占される危険性がある場合に、国家はそうした環境にあっては容易に市場に登場しそうにはない私人の表現行為に財政援助を行うことで、言論市場をより豊かなものにすることができ、これによって民主主義や個人の自律といった価値に貢献することができる¹⁶⁾。

つまり、ガバメントスピーチによって思想の市場や社会における情報量が増大し、国民の知る権利に資するという効果もあるのだ。このようにガバメントスピーチには一定の必要性があり、全く無くすことはできない。

第2節 伝統的憲法学とガバメントスピーチ

第1款 規制と給付の二分論、検閲者と言論者

ガバメントスピーチが、伝統的な憲法学においては、ほとんど想定されていなかったことについては、先ほども述べた。このために、これまで政府による表現活動は無制限に行われていたと言える。これは、そもそも憲法とは国家からの私人への規制、強制を制限するためのものであったことと関係がある。しかし、ここに、規制と給付の二分論が問題となる。政府は言論市場に対して、検閲者としての立場で現れる場合と、言論者として現れる場合があるのである。

典型的な検閲者としての場面とは、政府が私的主体の表現活動に対して、規制作用を及ぼす場面である。表現の自由に対しての規制が認められるためには、その目的が已むに已まれぬものであって、手段も目的達成のための最小限にすることが要求される。また表現の自由の規制の中でも内容規制、特に特定の価値観に基づく規制は、恣意的な表現統制を導き易く、原則として認められない。つまり検閲者としての政府の場面では、政府は価値中立でなければならないのである¹⁷⁾。

次に、言論者としての政府とは、政府が私的主体と同じ立場で、自らも言論市場において表現活動を行う場面を指す。具体例には、記者会見、各

種の白書統計の作成と刊行など一般的な政府の広報活動に限らず、危険に対する注意喚起、教育広告などもこれに含まれる。また、政府からの国民への政治説明、同意獲得のための活動は民主政治の根幹であり、この活動の中で特定の価値観に立たないことは難しい。したがって、このような典型的な言論者としての場面では、政府は中立であることを要求されていない¹⁸⁾。

ガバメントスピーチに注目し、政府の言論活動で危険と見なせるものに対して制限を加えようとする考え方からは、伝統的憲法学の採る規制と給付の二分論が大きな障壁となっている¹⁹⁾。司法審査において、伝統的な理論によると、規制行政に対しては人権、利益の侵害のおそれから、審査は厳しくなる。しかし、給付行政の拒否、不許可、撤回、取消しについては政府の判断を尊重するため審査が緩やかになるのである。政府の行為が、たとえ実質的にほとんど同じような結果を引き起こしていたとしても、違憲の推定が働く審査と、違憲の余地がほとんどない審査となり両極になる。もちろんこれは規制と給付の性質の違いから由来するわけだが、しかし現代社会において、「規制」と「給付の拒否」にどれほどの違いがあるだろうか。現代では人権の保障とは、国家からの自由だけでは、形式的に自由が与えられているに過ぎず、政府からの給付があってこそ実現されるものもあると考えられる²⁰⁾。

第2款 二分論の堅持と修正

このような二分論の堅持による問題の発生に対しても、芦部信喜教授は、「国家による自由」についてはやはり消極的に考えるべきであって、現代においても「国家からの自由」を中心に考えていくべき、との意見である。たとえば、表現の自由を知る権利という観点から見ると、社会権ないし請求権としての性格を認めなくてはならなくなってきたが、自由権の本質はそもそも国家の無干渉にあるはずにもかかわらず、むしろ国家からの積極的な関与を必要とするという逆説的な状況にある。社会の変化に伴う

新しい要請に応えながらも、国家からの自由を本質的要素とする近代憲法の人権宣言の伝統的原則を、今日においてもやはり原点に置かなければならないのではないか²¹⁾、と考えるのである。

「現代法の考え方にもあまりにも重点を置いて人権論を構成し、それで現代社会の人権論を割り切ろうとすると、自由権もまた、国家の積極的な援助や関与を必要とするという観点から再構成しなければならないとか、そのような立場を採ることになりがちになるのではないだろうか。しかし、このような考え方は、人権保障という観点からはたいへん問題であり、また危険でもある。なぜなら、言論・表現の自由のような伝統的な自由権について、その社会権的、請求権的な性格を強調すると、公権力の介入・関与を一定限度で認めることになるので、場合によると大変危険な結果を引き起こす可能性もあることに注意しなければならない」²²⁾と述べる。

これに対して右崎正博教授は、伝統的憲法学の考え方の重要性を認めながらも、現代の問題に対応するため、修正していかなければならないとする。「伝統的憲法学に拠る限りは、すべて違憲の疑いを持つ行為となるか、または憲法論として論ずる余地のない問題となるのではないだろうか。そのような議論が現実の提供する状況に対してどれだけ説得であるかはともかく、当に経済的力関係によって言論や情報とメディアから疎外されている大多数の「受け手」の言論の自由、受け手の権利の保護に対する配慮に欠けるのではないかとこの疑問を感じる」²³⁾と述べる。

そこで、「積極的自由」を生かすための条件としては、芦部教授の警告に対して応えなければならない。まず第1の条件として「消極的自由」の確立である。「消極的自由」の確立を基礎において「積極的自由」を構想すべきであり、前者無しに後者は成立しないことに留意する必要がある。第2に、「積極的自由」の確保のための国家からの関与には自ら限界があると考えるべきで、一定の限界設定が必要である。「国家からの関与は、言論の自由を内実化するための、言論の機会の平等性の確保を目的とし、言論の多様性の維持と両立可能な対抗的言論や反論の機会を保障するとい

う「モア・スピーチ」の手段を原則とすべきであり、それを実施するに際しては国家の内容中立性が原則とされなければならない²⁴⁾と述べている。

第3節 現在の日本におけるガバメントスピーチ事例 富山県立美術館事件

第1款 富山県立美術館事件の概要

この第3節では、日本における典型的なガバメントスピーチ事例と言われる富山県立美術館の事案²⁵⁾を取り上げる。日本では現実にどのようにガバメントスピーチが取り扱われているのか、その結果はどうなったのかということ述べていきたい。

事件の概要としては以下のようなものである。県立美術館は、ある芸術家の製作した天皇コラージュ連作版画を購入し収蔵、「86 富山の美術」展にて公開していた。しかし、県議会において議員から「不敬だ」「不愉快だ」などの発言がなされて、これがマスコミに取り上げられ、さらに、この作品を快く思わない団体から抗議、作品の廃棄が求められた。これを受けて、美術館は結局作品を非公開とし、後の1993年に売却した。売却先も非公開とされ、購入には個人の鑑賞にのみ使用するという条件がつけられている。そしてこの作品を収録した図録についても消却される。

このような県立美術館の態様に訴訟が起こされた。作者からは表現の自由の侵害を、県住民からは鑑賞する権利や知る権利の侵害を理由に国家賠償訴訟を、作品売却、図録消却の無効確認訴訟と、作品の買戻し、図録再発行の義務付け訴訟も合わせて提起されている。

この事案は、日本では長年論じてこられなかったガバメントスピーチに触れる問題であったが、判決内容は地方自治法の公の施設についての管理運営に関する規定を適用することによって解決が図られており、ガバメントスピーチ論については積極的に触れられていない。

第2款 富山県立美術館事件の地裁、高裁の判断

両裁判所の判旨は共に、「表現の自由の保障とは、芸術家が作品を制作して発表することを公権力によって妨げられないが、公権力に対し、芸術家が自己の制作した作品を発表するための作為、例えば、展示会での展示、美術館による購入等を求めることはできない」と述べている。これは日本の伝統的憲法学の考え方を採用しており、そもそも憲法で保障される権利は国家からの自由を志向しているものであって、国家へ何らかの作為を義務付けるものではなく、さらに、行政の裁量が認められる分野においては裁判所が判断を行うことについて消極的なのだと述べる。また、知る権利については従来 of 判断を踏んでいる。

地裁判決は、知る権利が具体化されているとし、非公開措置を正当化する管理運営上の障害の存否を、泉佐野市民会館事件²⁶⁾の基準を採用し厳格に審査した。しかし、高裁では、地方自治法244条の公の施設の利用の制限についての同条2項の『正当な理由』があると判断して、施設利用の制限は許されるとし、第一審での県敗訴部分を取り消した。高裁は、非公開措置の知る権利との関連性は遮断され、あくまでも地方自治法244条と条例の解釈の問題とした²⁷⁾。「(泉佐野市民会館事件の)基準は憲法21条が保障する集会の自由を制約するおそれのある事案については相当であるが、本件のような美術品及びその図録の観覧あるいは閲覧に関する事案には厳格すぎて相当ではない。」とし、管理運営上の障害の存否を、「管理運営上の支障が生じる蓋然性が客観的に認められる場合」という緩やかな基準を採用した。この事案のいくつかの判例検討では、この事案が日本における典型的ガバメントスピーチと捉えられ、先行例であるとの見方がされている²⁸⁾。

第3款 現在日本でのガバメントスピーチ事案の取り扱い

この富山県立美術館の事案とその結果について改めて全体を見ていくと、美術館がある芸術家の作品を購入したが、特定の価値観と合わない²⁹⁾とい

うことで抗議行動が起こり、結局美術館はその作品の展示を中止し、人々の目に触れられない場所に売却してしまった、ということになる。本稿は、この特定の価値観に合わないということに端を発し、結果、その作品が公開されることがなくなったという箇所にも焦点を当てるべきであると考えられる。ある特定の価値観に合わないものを、公の表現市場から消すことは、現実に可能なのである。県立美術館の一連の対応が事実上の芸術弾圧として作用している³⁰⁾と見ることもできる。これこそまさにガバメントスピーチ論が最も恐れる事態の1つである。美術館、博物館に加えて図書館においても、特定の価値観に立った意識、思想の誘導が可能であり、現在の日本にはこれらを抑制する法制度、裁判規範となっているものが存在しないのだと言わざるを得ない。

第2章 アメリカでのガバメントスピーチ論

第1節 アメリカにおけるガバメントスピーチ論の生成と展開

本章では、アメリカでのガバメントスピーチ論の生成と展開、その流れを全体的に見ていく。ガバメントスピーチ論はアメリカ憲法学において創出されたのである。日本においては、近年ようやくガバメントスピーチ論が認識され³¹⁾始めているが、しかしアメリカでは1983年に Mark G Yudof の著作「WHEN GOVERNMENT SPEAKS: POLITICS, LAW, AND GOVERNMENT EXPRESSION IN AMERICA」が発表され、ガバメントスピーチ論は成立したと言われている。また、これ以前においてもガバメントスピーチの概念、危険性は意識されていた。つまり、アメリカでは日本よりもかなり早くから議論が始められているのである。ガバメントスピーチを論じるにあたり、アメリカにおける議論を見ることは有益である。本章では、ガバメントスピーチ論を確立させたと言われ、学校教育について研究したユードフを中心に、時間軸に沿って述べていく。

それぞれの時期について、詳しくは後の各節において述べていくが、ア

アメリカのガバメントスピーチ論成立以前の状況としては、まずは政府が思想市場に立つことを意識されていない。しかし、この言論活動を行っている政府が認識されるようになる。後に学校図書館での蔵書取り扱いについての訴訟が起こるようになり、この諸裁判例の展開がガバメントスピーチ論の成立を準備させた有力な動因の1つとなる。このような展開、学校図書館の蔵書の選定-子どもへの影響ということについて、教育法学者のユードフが関心を示したのである。上述のユードフの著書がガバメントスピーチ論の草分けと言われる。そして1980年代末から憲法学者による議論が活発化することになる³²⁾。

おそらく、この議論を日本に取り入れたのは憲法学であり、現在も主に憲法学分野で議論がなされている。現在の日本では、もっぱら表現の自由、情報を受け取る権利といった問題として捉えられている。そして、憲法学以外の他の法領域においてはあまり認識されていない。おそらく、1990年以降にアメリカの状況を見て、日本の憲法学者がこの議論に注目したのであろうが、他の領域への広がりが現在も無いという状況である。政府からの情報発信行為であっても、このガバメントスピーチ論の視点は考慮されていないことが多い。しかし、憲法以外の法分野、本稿で後に考察する教育法分野においても、この観点からの考察は有益であると考えられる。なぜなら、ガバメントスピーチ論を確立したアメリカでは、元来憲法学者のみの関心事であったわけではなく、むしろ教育法分野における議論において確立したもののなのである。

第2節 ガバメントスピーチ論以前(ユードフ以前の状況)

第1款 symbolic speech

アメリカにおいても、当初は「政府が表現活動を行う」という認識がなかった。よって政府からのスピーチ、情報発信活動は、基本的に何らの制限も受けずに行われてきた³³⁾。しかし、symbolic speech(象徴的言論、象徴的意思表示)という概念が認識されるようになった。

symbolic speech に対する憲法的保護を認めた連邦最高裁判所のリーディング・ケースは、1969年の Tinker 判決³⁴⁾である。そして、この判決が symbolic speech の保護を論じたときに、先例として Barnette 判決³⁵⁾を挙げている。『国旗敬礼が発語の一形式であることは疑いない。symbolism は、観念を伝達するに当たっての、原始的ではあるが効果的な一方法である。体系、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（short cut）である。』という箇所である。判旨は、国旗敬礼拒否を必ずしも信教の自由に限らず、思想良心の自由に基づく国民の態度としても、是認しているように読める³⁶⁾。symbolism をめぐるこの symbolism 言明こそ、symbolic speech 論の諸研究がほぼ例外なく引用する断章である³⁷⁾。

そして、この symbolism 言明とガバメントスピーチが結びつくことになるのである。とりわけ1980年代以降のアメリカ憲法学の新展開は、「表現の自由」論と symbolism 言明とを媒介する潜在的可能性を、急速にひらきつつある³⁸⁾。

第2款 学校図書館における蔵書の取り扱い

アメリカにおけるガバメントスピーチの成立を促したのは、学校図書館における蔵書の取り扱いに関する訴訟であることは先ほども述べた。しかし、なぜ学校図書館に設置されている資料がガバメントスピーチと関わってくるのか。それは、公立図書館が、教育委員会という「政府」の選書計画に従った書籍しか所蔵しない、又は閲覧させないという限りにおいて、ガバメントスピーチと深く交渉している³⁹⁾と言えるからである。「公立図書館は、free な（自由で無料な）図書館であるとしたら government-sponsored speech であって、その所蔵が政府の意思によって濾過された書物群であるとしたら government-screened speech である。図書館利用者は、政府による価値植え込みに曝されることになるというわけである。重要なことは、自己の書齋において自由な個人が図書館において自由であるとは

限らないのであって、そしてこの事実は隠蔽され易いということだ。個人の思想形成の根拠地は、この書齋と図書館の代替の過程で、立憲主義が最も恐れる態様における他律の前線へと変性することができるのである。⁴⁰⁾』という。つまり、図書館の蔵書選択・除籍によって、ガバメントスピーチ論が恐れる危険 政府が支持する言論を大量に市民に向かって発することを実現するのではないか、ということである。この図書館の蔵書問題は、現在の日本においても、ガバメントスピーチの問題として認識され始めており、蔵書選択除籍に関する訴訟が起こされているところである⁴¹⁾。

アメリカでの学校図書館における蔵書取り扱いに関する事案としては、Robert M O'neil が論稿⁴²⁾の中で『Down These Mean Streets⁴³⁾』に関する争いを紹介している。1971年、ニューヨーク25番地区の保護者団体が、『Down These Mean Streets』のコピーがいくつかの図書館にあることについて、本が下品であるとの不満を言い、本棚から削除するように議員に訴えた。結局、本のコピーは元々買った図書館において保管されることになり、子どもの親が請求(学校に通う子どもではない)すれば貸し出しを行う、ということになった。この事案は、本や作品の概念が、ある特定の価値観(「不愉快だ」)によって、世界(子どもの世界)、思想の自由市場と言われる場所から消去されたという点で、富山県立美術館の事案と非常に似ていると言える。

アメリカ憲法学にガバメントスピーチ論を準備させた、有力な図書館裁判例の一つに、Pico 判決⁴⁴⁾がある。この事件は、公立学校図書館の図書排除に関し、最高裁が初めて実体的な判断を行ったもの、と言われている。その事案は、ニューヨーク州のアイランドリー第26学区教育委員会が、州教育法に基づいて同学区の高校、中学校の学校図書館から特定の図書の排除を行った、というものである。9冊の図書を排除し、1冊は親の同意のある場合に限って閲覧を許可する、という決定が行われた。しかし、この決定が実際に依拠していたのは、改選を間近に控えた教育委員が、州内の保守的立場の団体から入手した禁書リストであったと言われる。多数意見

は、思想の内容を理由にアクセスを禁じる（学校図書館に特定の思想の本を置かず、子どもから遠ざける）ことは、正統性の強制に他ならず、この種の規制には言論弾圧と同じく厳しい審査が必要であると述べる。しかし、反対意見は、直接規制と間接規制を区別して、後者の審査は緩やかになるべきと反論する⁴⁵⁾。多数意見に加わるブレナン裁判官は「学校図書館は、図書に含まれる思想を嫌悪しているという理由だけでは、学校の図書館から図書を排除することはできない」という旨を示した⁴⁶⁾。

第3節 「ガバメントスピーチ論」の起こり Mark G Yudof

第1款 ユードフによるガバメントスピーチ論

学校教育に関心を持ち研究を行っていた Mark G Yudof が、前述のような展開に際して、その著書、論稿の中でガバメントスピーチ論を述べていく。これまでは、もっぱら「市民の表現」の自由として捉えられてきた問題に、新たに「政府の表現」の制限として読み直しを行ったのである。ユードフはガバメントスピーチ論の草分けと言われ、後にこのテーマを研究する人々から、まず参照するものとされている。ユードフは、ガバメントスピーチの持つ潜在的な危険性をはっきりと認識し、学者のこれまでの楽観的な態度、失敗を指摘しており、ガバメントスピーチには外的制限が必要だと述べる。また、ガバメントスピーチへの有効な抑制となるものとして、対抗言論の存在、自律的市民の成長、強化を挙げている。そして、やはりその議論の主要な素材は、公立学校での政府の教化政策 indoctrination である。

ユードフはその議論の中で特に、子どもの未熟さと学校の囚われの聴衆的環境に注目する。公教育、学校は government speech の理想的環境⁴⁷⁾、とさえ述べている。学校という場所におけるガバメントスピーチの危険性は、「子ども（聴衆）は囚われていること」、「未熟であること」、「メッセージを聞かないことは許されないこと（聞いている振りをすることは可能）」、「教育というラベルが貼られていること（商業広告とは異なる力を

持つ)」、「生徒個別に対応してくること」、「メッセージの伝達者は、受け取る子どもからすると高い地位に居る(居るように見える)ということ」、「賞罰のシステム(教えられた内容への習熟度に従って学業成績を評価する制度)があること」のために強化されているのである⁴⁸⁾。

子どもは未熟であって、また一般的に大人と比べて思想信条が形成途上であって、外部からの影響を非常に受けやすい⁴⁹⁾状態にあると言ってよい。また、学校という場所、空間は、子どもたちにとっては生活している社会そのものであり、離脱することが困難な場所であって、いわゆる囚われの聴衆の状態にあるのである。囚われの聴衆の持つ危険性が、子どもの未熟さと相乗効果を発して、非常に危険な可能性をもった場を形成していると言わざるを得ない。つまり、ある特定の価値観を有する思想信条を、逃げる場所がない状況で、影響を受けやすい子どもに対して大量に投入する、まさに強化 indoctrination が可能であるというわけだ。ユードフはそもそも、学校での儀礼的行事を「体制による政治的 indoctrination」と規定する⁵⁰⁾。

第2款 School Prayer cases

government speech の典型的発現は“ school prayer cases⁵¹⁾ ”である⁵²⁾という。つまり、学校で行われる「礼拝の時間」と言えるものを指すのであろう。アメリカにおいても、政教分離原則は合衆国憲法修正第1条において定められており、ある特定の宗教を国教と定めることを憲法が禁止している⁵³⁾。行政が礼拝、聖書を読むなどの行為を、それを嫌がる人に強制したならば、おそらく、そのような行政の行動には違憲の疑いが強いとされるだろう。しかし、学校で儀式、慣習的に行われる学校礼拝においては、直接的に強制という形式を採らずに行われているであろうために、違憲とは言えない場合が出てくることが想定される。しかし、この学校礼拝の事案を、ガバメントスピーチの問題として考えると、また違った様相が見えてくるのである。礼拝という行為から抜け出したい個は、友人からの厳し

いプレッシャーに晒されることになり（子どもという段階では友人の同意が物事を決める大きな要因とも言えるため）、礼拝に参加，従うことになり，礼拝という行為に慣れてしまい受け容れることになるだろう。これはまさに，他の思想信条を潜在的にかき消す効果を持ち，同意を偽造する危険なガバメントスピーチと言えるのではないか。

第3款 Captive Audience

ユードフは，囚われの聴衆⁵⁴⁾というテーマにも強い関心を持っている⁵⁵⁾。ユードフはこの囚われの聴衆の例として，監獄の在監者，精神病棟の患者，軍隊基地の軍人，学校の子ども，公共機関での労働者を挙げている。これは，例えば学校という場所，状況がガバメントスピーチに加わることで，ガバメントスピーチの危険が増すと考えるからである。ガバメントスピーチに対しては有効な制限が見出しにくいのであるが，囚われの聴衆の理論と合わせることで，制限することが可能なのではないかと考えるのである。

アメリカにおける囚われの聴衆に関する事案で，最も典型的でわかりやすい例が，モットー付自動車ナンバープレート装着強制違憲訴訟⁵⁶⁾がある。州のモットー「自由に生きよ，さもなくば死ぬ」を刻んだライセンスプレートの装着を義務付けたニュー・ハンプシャー州法の下で，このモットーを宗教上の信条から受け入れられぬとした「エホヴァの証人」の一人が，当該プレートの表面をテープで覆い隠し，起訴されたという事件である。連邦最高裁は，右州法によるモットー付プレートの装着義務付けを言論の強制と見ることによって，すなわち運転者が言論行為を強制されたと見ることによって，本件への州法の適用を違憲とした。この州法が認められるような状況にあっては，州内で主な生活をする者は，州内を走る自動車の多くによって，そのメッセージを継続的に見せられるということであり，囚われの聴衆に似た状況であると言える。ちなみに，この裁判では州政府によってメッセージ発信の道具とされた市民と政府との争いであって，メッセージを見せられる市民が争ったわけではないという点にお

いて、ガバメントスピーチ論を考える上では注意が必要である。

「囚われの聴衆」論が危険をはらんでいるとされるのは以下の点である。言論の自由が認められている一般社会、誰もが受け手となり得る状況で言論に晒されている人は、それが音ではなく⁵⁷⁾言論である以上、その言論内容の受け取りを拒否したくとも言論を封ずる(言論者を黙らせる)ことは許されないため、自らの意思によって受け手たる資格を放棄するしかないのだ⁵⁸⁾が、囚われの聴衆は受け手となる、受け手とならないという選択肢が無い状況にあるということなのである。つまり、メッセージの受け手となることを強制されている状態と言い得るのである。囚われの聴衆は、どのような情報、言論を自ら選び取るかを選択することができないので、人の精神を統制しようとする企てに対して抑止力、抵抗力が弱いのである。つまり、メッセージを受ける客体が囚われの聴衆であるということは、ガバメントスピーチの危険な効果を増幅するものなのである。

第4節 憲法学者によるガバメントスピーチ論の活発化

第1款 Rust 判決

1980年代末、憲法学者のガバメントスピーチ論への取り組みが活発になる。このきっかけとなったのが、中絶医療と助成の問題である Rust 判決⁵⁹⁾と、芸術への助成が問題となるロバート・メイプルソープ事件⁶⁰⁾である。両事案ともに、政府は市民に間接的に作用しているのであり、政府自身が何らかの表現行為を行っているわけではなく、政府の行動とその効果は市民に認識されていない。しかし、その公費助成による効果が甚だしく大きく、実質的に私人への拘束と見ることができるものであったために給付作用であるとしても看過できない拘束的效果が見受けられ、憲法学者から注目され、規制と給付の二分論への議論が再活性化する。

Rust 判決は、1988年に新たな行政規則により、ある連邦法の解釈が公定されたことにより始まる。その連邦法は、当初は「公金助成を受けた医院は、中絶を実施し又は中絶を助長・推奨してはいけないが、中絶を行う

別医院に患者を紹介することは構わない」という解釈が長く行われていた。しかし、新たな行政規則は「助成を受けた医院では、中絶のために紹介することも、中絶のために助言することもいけなし」という解釈を示した。このため、多くの医院で中絶に関する情報を提供することができなくなった。

従来の妊娠中絶の自由をめぐる憲法訴訟は、政府による規制が、中絶を行うことについての女性の自由な自己決定を阻害するものであるかどうかを問題とするものであり、この訴訟もそのような訴訟に類するものとも言えよう。しかし、この訴訟は同時に、医師の「表現の自由」の制約にあたるのではないかと、との観点からも争われたのである。しかも、この2つの自由は互いに独立しているわけではなく、医師に中絶についての言及を禁ずることは、患者への説明と告知の機会を封ずることになり、これは患者に真正の意味での自由な自己決定を保障しないことであり、つまり女性に妊娠中絶の自由を与えないということに繋がっていく。中絶の自由の問題を表現の自由論へ移行させることとなったのである⁶¹⁾。判決は、規制と給付の二分論に拠って、連邦法とその解釈は合憲判決となった。つまり、中絶の禁止については厳格な審査が必要となるが、中絶への援助を国が拒否する、中絶について言及する医院への助成を拒否することは、中絶の権利侵害とは言えないから、緩やかな審査で足りるとしたのである。中絶に関する情報提供を行う医院へ助成を行わないことは、非中絶の価値奨励という効果を越えて、現実に中絶の選択肢を消す⁶²⁾、中絶禁止という効果を持つのではないかと。助成を必要としない医院が全体のどれほど存在するのか、疑問を持たざるを得ない。

第2款 ロバート・メイプルソープ事件

これはアメリカのNEA（全米芸術奨励基金）をめぐる騒動である。NEAとは合衆国における芸術の振興を目的として、1965年に創設された連邦政府の独立機関である。この機関が、同性愛の描写等を含む写真家口

パート・メイプルソープの回顧展に、多額の助成金を出した。しかし、上院議員の不興から、助成審査の在り方を厳しくする連邦法改正となった。

メイプルソープ論争に際して、NEAの解体が叫ばれたり、助成を進んで拒否する一群の芸術家が現れたりした。しかし、NEAは解体されず方針の改定に留まるのは、芸術への国家関与が芸術文化の存立に欠かせぬものとして、今や公認され始めていることの結果と言える⁶³⁾。もちろん、芸術活動を行う上で、自らの芸術を自らの力で行う自由はある。しかし、それは実質的に芸術を行う自由があるといえるのか、という疑問が残ると言うことができるだろう⁶⁴⁾。ここでの議論は、どのような芸術に援助を行うかという議論であるが、現実には、相対的にでも援助を受けた芸術が市民に触れやすいのであって、援助を受けられない芸術は消えていくことにはなるのではないだろうか。

このメイプルソープ写真展の問題が、ガバメントスピーチ論と合流して憲法議論の引き金となった。条件としてのガバメントスピーチ論、引き金としてのNEAをめぐる騒動、この2つが合流する1990年代初頭のアメリカ憲法学によって召喚されたのが、規制と給付の二分論に対する新たな関心⁶⁵⁾であった。

第3章 ガバメントスピーチから見る国歌斉唱問題

第1節 ガバメントスピーチ抑制の判断枠組み

第1款 ガバメントスピーチを抑制する基準

この節では、危険と捉えられるガバメントスピーチ、許されないガバメントスピーチの判断基準を述べていくことになる。しかし、このガバメントスピーチの抑制という問題は複雑で難しく、明確な解決策は示されていないのが現状と言えるだろう⁶⁶⁾。これは、ガバメントスピーチに危険性と有益性が共存しており、さらに、ガバメントスピーチは間接的な援助として為されることが多く、この制限が難しいからである。また、政府といえ

ども、言論主体として現れている以上は、政府自身にも表現の自由の憲法的保障を及ぼすべきか否かは格別、その言論活動を抑制する法的正当化根拠を見出すことは難しい⁶⁷⁾。しかし、危険なガバメントスピーチの基準を述べる説、抑制を試む説が存在しないわけではなく、これらの説を手がかりに検討する。

国家による自由についての議論も参考にすることができる。国家の関与は、言論の自由を内実化するための言論の機会の平等性の確保を目的とし、言論の多様性の維持と両立可能な対抗的言論や反論の機会を保障するという「モア・スピーチ」の手段を原則とすべきであり、それを実施するに際しては国家の価値中立性が原則とされなければならない。ガバメントスピーチの局面では、受け手の反論やアクセスの機会の保障とともに、少数意見を持つ市民の権利への適切な配慮もなされなければならない⁶⁸⁾。

第2款 1990年代アメリカ憲法学サリヴァン、フィスの示す基準

ガバメントスピーチに統制をかける上での判断基準を、まず1990年代のアメリカでの代表的論者の説に求める。この二人はガバメントスピーチ論の中でも典型的な、芸術への政府助成に対する統制について述べている。

Kathleen M. Sullivan は、その論文の中で「芸術庇護者としての政府は、規制者としての政府と等価物であろうか。」⁶⁹⁾と述べる。この問いは規制と給付の二分論と関係している。給付者としての政府が、規制者としての政府と同じ効果を生じさせていたとしても、給付行為であれば相対的に合憲の推定が働く。これではおかしいのではないか、という論である。サリヴァンは芸術庇護者としての政府の同定する位置を、「二つの極の中間のどこか」と述べる。援助は助成者の示す条件を満たす芸術家に対してのみ与えられるのが一般的である。援助を行う主体が政府であるからといって、芸術表現の内容に着目した条件を付すことを凡そ許さないとするのは、厳格に過ぎるが、いかなる条件を付しても許されるというのも緩やかに過ぎる。サリヴァンが、芸術庇護者としての政府を「二極の中間」に

位置づけるべきと言うのは、このような意味である⁷⁰⁾。

このような論に対して、Owen M. Fissの議論は明快である。フィスは単一の基準を採るべきであると述べ、政府活動に対する憲法的統制に区別を設けることは二重の基準であって、二枚舌であり許されるべきではないと断じる⁷¹⁾。規制と給付の二分論について、「助成を拒否された申請者といえども、自らの企画を自らの力で推し進める自由はある。けれども、助成が、ものを作り出す働きを持っているということ、助成がそれ無しでは存在し得ないような芸術を生み出すことができるのだということ、を踏まえるなら、そのような自由はほとんど形式的なものである。」⁷²⁾という。フィスが二重の基準を否定するのは、助成をしないことが、間接的にであっても、芸術作品(言論)と公衆を引き離すに充分であり、その公的帰結はほとんど同じである⁷³⁾、からである。フィスは公衆、ガバメントからのスピーチに晒され受け手となる人々にとっての帰結について考えているのである。つまり、政府からの規制が人権の侵害となるならば、政府による給付が無いことも全く同等に人権侵害と言えなければならない。芸術家に関しては、芸術活動に対して国家からの給付を受けることこそが、表現の自由を実現するところであるということになる⁷⁴⁾。

第3款 ガバメントスピーチと囚われの聴衆

ガバメントスピーチを規制していこうとすることは、政府が規制主体ではなく言論主体として現れる以上、困難であると言わざるを得ない。しかし、ガバメントスピーチが囚われの聴衆に宛てて発せられる場面に限って、言論の受け手の条件によって統制していくということは可能なのではないだろうか。その根底にあるものは、少なくとも囚われの聴衆に向けたガバメントスピーチに関する限りは、これに何らの統制も課すことができないというのなら、それは自由や人権というものの根本を破壊するものではないのだろうか、と考えるからである。

およそ政府が、その情報機関としての圧倒的な優れた能力にものを言わ

せて、言論市場に情報の送り手として登場するときは、一般聴衆に対する関係であっても、彼らへの影響の甚大であることが推察されるところ、まして受け手が囚われの聴衆である場合には、政府による言論の内容が、それらの人々の思考と精神の過程を消去不能な強度を持って侵すであろうことが容易に予測され、そのようにして浸透した政府情報が、たとえ聴衆の精神活動に有益な影響として検出されることがあったとしても、かかる浸透そのこと自身が、個人の思考と精神の自律に対する国家による重大な制約でありうる⁷⁵⁾。

第4款 専門職の職責から見るガバメントスピーチへの統制

政府が言論者として特定の価値観から表現活動を行うことに対して、第1章において述べたように、一部例外を除き原則として憲法上の統制は及ばない。そして、政府の言論活動が、私人の言論を介して行われる場合においても同様である。つまり政府が私人を雇い入れて、政府が用意した言論活動を行わせる場合である。現代の政府は、自らの官僚機構を用いて表現活動に従事するだけでなく、私人を動員して、私人の言論を用いることによって表現活動を行うことも少なくないが、このような場面でも特定の価値観に立つことが許され、自らの価値観を当該私人に押し付けることを許される、具体的には政府の指示から逸脱した場合には、撤回や書き直しを命じることが許されるということである。これがなぜ認められるのかについては、その私人の行う言論が、政府の表現活動の道具になることによってガバメントスピーチになるからであり、政府との取り決めに基づき、所定のプログラムの下で表現活動を行う限り、政府の道具として語る（政府として語る）のであって、私人としての資格において語るのではない⁷⁶⁾からである。つまり、典型的な言論者としての政府は、私人の言論を介して行動する場合においても、価値中立の要請から免れるわけである。

しかし、私人が政府の表現活動の道具となっても、上記同様の単純に政府の価値を表現する者と見るべきでない場合がある。それは、その者が専

専門職の場合である。政府表現を行う行政官，政府表現を代行する私人の場合と，専門職の場合では違いがあるというわけである。専門職とは，特殊な規律，訓練を受けて修得した高度な専門知識・経験に基づく意見を基礎にして任務を遂行する職業の中でも，特に語ることをその職責の重要な構成要素とする職業共同体に属するものを指す。専門職は誰に雇用されようとも被用者としての地位によって完全に規定され尽くされるべきではなく，常に専門性に則った独立の判断を行使する可能性を留保すべきである⁷⁷⁾。したがって，政府が専門職を道具として使用する場合には，専門職としての職責に抵触しない限りにおいて政府の価値観に従わせることができるが，職責遂行のために専門職が不服従に出た場合には，政府はその判断を尊重しなければならない。

蟻川教授は，「政府が行う大綱を定めるなど基本方針の策定と，その解釈，実行との2者の切断」を重視する。一般的な指揮命令権の発動と，具体的な実行の判断とは必ずから差異が生じるものであり，別個に考える必要がある。政府や上級行政機関が現場の実行担当専門職に対して，濫りに具体的な実行内容を命ずることができることは，責任ある職務遂行を妨げ機関として危ぶまれるであろう。政府は大要の設定を越えて現場の実行判断にまで口を挟むことは認められない。なぜなら，そのような介入を許すならば，機関としての職責を全うすることができないからである⁷⁸⁾。

つまり，人を雇用して政府が言論活動を行う場合には，言論を実行するはずの者が政府と価値観を異にしている場合に，取り決めにより原則的に政府の価値観を押し付け，政府の価値観に基づく表現を要求することも許されるが，その者が専門職である場合には，その職責を妨げることは許されないのである。この論に従うならば，富山県立美術館の事案において，学芸員がその専門的判断⁷⁹⁾において購入し展示した芸術作品を，行政が非公開，公の場に出ぬよう無断で売却してしまうことは許されないということになる。

第2節 国歌斉唱訴訟

第1款 国歌斉唱訴訟とその背景

本稿はガバメントスピーチの観点から、現代教育法の問題点を見ていくということが主眼である。そして、そのテーマとして、国歌斉唱、君が代訴訟を設定する。本節では、国歌斉唱についての訴訟の起こされるにいたった背景と、代表的な訴訟を見ていき、現在の実際の裁判ではどのような判断が為されているのかについて見ていきたい。

現代教育法の問題点の最も大きなものの1つに、国歌斉唱、君が代強制訴訟がある。この訴訟が起こった背景としては、1989年に学習指導要領の改正、式典において国旗国歌を実施するものと定めた後、現在の国旗国歌に法的根拠を与える国旗国歌法を制定⁸⁰⁾、その後の教育基本法の改正、愛国心を教育目標に定めるなど、この一連の動きが大きく関係している。そしてこれを受けてか、東京都教育委員会から2003年に「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について」という、いわゆる10・23通達⁸¹⁾を出して、職務命令による式典の厳正かつ適正な実施を求めた。このような職務命令に対して、国歌斉唱時の不起立やピアノ伴奏拒否を行った教職員が、職務命令違反により懲戒処分等を受けることが起こりだした。そして、これを不服として争う裁判が起こされることとなったのである⁸²⁾。

学力テスト、教科書裁判といった戦後の教育裁判の歴史の中で、この君が代訴訟は特徴的であるという⁸³⁾。特に学校における子どもの人権への直結性である。現実には職務命令によって強制の対象とされているのは教師であるが、都教委は大多数の生徒の不起立を「不適正な事態」と捉え、3・11通知⁸⁴⁾、3・13通達⁸⁵⁾によって教師に対し生徒の指導を強調し、生徒の不起立を教師の不適正な指導と捉えている。10・23通達は「...の実施について」だが、3・13通達は「...の指導について」である。教師の思想・良心の自由主張は、子どもの思想良心の自由保障を目的とした教師の自由主張でもある⁸⁶⁾。

これらの訴訟の中で現在注目されるのが、予防訴訟⁸⁷⁾とピアノ伴奏拒否処分事件⁸⁸⁾である。予防訴訟は東京地裁が違憲判決を下した裁判であり、君が代ピアノ伴奏を拒否して処分された音楽教師が起こした取消訴訟は最高裁で敗訴が決まっており、結果が違っている。なお、この最高裁合憲判決には藤田宙靖裁判官の反対意見が付されており、この意見は特に注目されている。

第2款 国歌斉唱訴訟での争点

これらの訴訟で争点となるのは、職務命令によって国歌を歌うこと、起立することを命じることは、そもそも教職員の何らかの人権、ここでは憲法19条思想・良心の自由⁸⁹⁾を制限しているのか、制限があったとして、それは憲法上認められる制限か、ということである。

については、ピアノ伴奏拒否取消訴訟の最高裁のみが、何らの人権侵害は無いとしている⁹⁰⁾。これに対して1・2審は、職務命令によって命じられた内容は、それ自体は外部的行為であり、内心領域における精神的活動まで否定するものではないが、人の内心領域における精神的活動は外部的行為と密接な関係を有するものといえるから、思想良心に反する行為を行うことを強いるもので、憲法19条に違反するのではないかが問題となる。予防訴訟地裁では、内心の思想に基づいてこのような思想を持っている者に対し不利益を課すに等しい、と述べている。

次に 個人の思想信条を制限する命令であっても、許される制限かどうかという点であるが、1・2審は、侵害は正当化されうるという理論を展開した。学習指導要領からすれば、ピアノ伴奏を命じる内容の本件職務命令を発する必要性、選択肢の一つとして相当性があったとし、職務命令の発出に関しては校長にその裁量権があり、出された職務命令自体は目的、手段も合理的な範囲なものと言うことができ、思想良心の自由といえども公務員の職務の公共性に由来する内在的制約を受けることからすれば、本件職務命令が自由を制約するものであっても、受忍すべきものと判断して

いる。対して予防訴訟の地裁では、まず、思想良心の自由といえども、それが外部に対して積極的または消極的な形で表されることにより、公共の福祉に反する場合には、必要かつ最小限度の制約に服するという基準を示す。そして、校長の本件職務命令により、教職員の思想・良心の自由を制約することは、学校教職員の地位にあることを考慮しても、制約は必要かつ最小限度の制約を超えるものであり、憲法19条に違反するとしている。

第3節 国歌斉唱問題をガバメントスピーチから捉える 私見

第1款 国歌斉唱問題のどのような点からガバメントスピーチと見るのか
本稿においては、ガバメントスピーチに晒される対象は学校の子どもと設定し、訴訟における当事者である教職員への問題は論じない。また、斉唱強制問題の本質について、「子どもの心の中に対してまで権力が踏み込むことの異常さが本質だと考える時、子どもに対するイデオロギー的教化は許されない、という一般的な命題に到達する。」⁹¹⁾という、何よりも子どもを中心に考える視点に立つ⁹²⁾。とすると、職務命令によって国歌に対する起立やピアノ伴奏等を命じられる教職員は、ここでは、政府の価値観に基づいて言論メッセージを発する道具という位置に立つことになる。

つまり、特定の価値観からのメッセージの送り主は政府であって、それを仲介して子どもに伝える役割を担うのが教職員、そしてガバメントスピーチに晒されるのが子どもである。つまり、典型的な間接的ガバメントスピーチにあたる可言えよう。政府の言論を仲介し間接的に伝える道具に位置する者が、多くの場合、政府によって実質的に強制されていると見ることができる点も共通している⁹³⁾。

そして、政府が送る、教職員が媒介する価値内容とは、「児童・生徒に国旗及び国歌に対して一層正しい認識をもたせ、それらを尊重する態度を育てるため」(10.23通達)というものであろう。この「正しい認識」とは、抽象的で一義性に欠けるが、国旗、国歌やその背後に存在する国家というものへの敬意を醸成させる、と推測できる。学習指導要領の改訂から教育

基本法改正、愛国心条項までの一連の流れを見れば、そのような意図があることは明らかである。また、職務命令に違反する教員に対して懲戒処分を課すことも、国旗国歌に否定的な人格への否定的イメージを植えつける。

判例の中でも、この国歌斉唱強制という問題がガバメントスピーチに関する問題であると見ることができる。上記最高裁判決における藤田裁判官の反対意見において、「『君が代』の斉唱をめくり、学校の入学式のような公的儀式的場で、公的機関が、参加者にその意思に反してでも一律に行動すべく強制することに対する否定的評価（従って、また、このような行動に自分は参加してはならないという信念ないし信条）」といった側面が含まれている可能性があるものであり、本件では後者の側面こそが、本件では重要なのではないかと考える。」と述べられている。この側面こそ、ガバメントスピーチへの教職員の抵抗であると見る。つまり、教職員の拒否行動は、国旗国歌への拒否表示ではなく、国旗国歌の強制（ガバメントスピーチの実行）への拒否を表示するものと捉えるのである。また、予防訴訟判決でも、10・23通達について「教職員に対し一方的な一定の理論や観念を生徒に教え込むことを強制することに等しく、…」と述べており、これはまさに職務命令による起立やピアノ伴奏の強制的実施が、子どもへのガバメントスピーチであることを示している。

第2款 教育に入り込むガバメントスピーチ

現代教育の領域、特に学校においてガバメントスピーチが入り込み、子どもの自律的な成長への大きな脅威となっているのは、そもそも教育という領域にはガバメントスピーチ抑制を阻害する要因があるからではないのか、とも考えられる⁹⁴⁾。ガバメントスピーチをめぐる問題構造が教育の場面に典型的に発現したことは、教育と統治との浅からざる牽連を示唆して含意的⁹⁵⁾なのである。

この点につき、いわゆる国家の教育権と教師の教育権の論争が関係していると考えられる。つまり、旭川学テ事件判決⁹⁶⁾によって、教育内容の決定に

ついて国、教師、親がそれぞれ一定の権限を持つことが確認された⁹⁷⁾わけだが、この判決の後に続く教育裁判、例えば教科書検定裁判などにおいて、国家が教育に介入する正当化根拠としての文脈で用いられるようになってきているのである⁹⁸⁾。この学テ判決が示した権限の配分は、国家の教育権限を広範に捉えるものであると認識しており、後の裁判に見る限り、裁判所は教育分野におけるガバメントスピーチを避けられないものだと考えていると見られよう。高津判決⁹⁹⁾では、教育の対象が子どもであればこそ、国家の教育権説との結びつきの要請が強いと判示している。

しかし、旭川学テ判決をそのように読むべきではないとする説もあり、これがガバメントスピーチの抑止に有用である。“国の教育権”は最高裁で是認されていないと見るのが正しい¹⁰⁰⁾、とする説である。判決は確かに、国は教育内容についても決定する権能を有すると述べるが、国民の教育人権や教育の性質に基づく介入の限界をも語っている。「教育内容に対する国家的な介入についてはできるだけ抑制的であることが要請されるし、殊に…子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法26条、13条の規定上からも許されないと解することができる…」と判示する。判決は、国の教育内容決定権と同時に、国民の教育人権と教育基本法による制約も強調しており、“国の教育権”までを認めていない¹⁰¹⁾。教育行政の本分とはやはり広域的な大綱基準の作成であり、教育領域でのガバメントスピーチを禁じている。

第3款 学校の子どもを対象とすることの特殊性

次に、ガバメントスピーチに晒されることになる子どもに着目していく。子どもは批判能力において、大人と比較して一般的に劣っていると言わざるを得ない。つまり、ガバメントスピーチの最大の危険である、価値植え込みに対する抵抗力が非常に弱い。また、そうであるからこそ、特定の価

値観とのみの接触から子どもを守ることを期待される国家に対して、教育権が否定されてこなかったのである。

さらに、学校という状況は、ガバメントスピーチの危険な効果を増大させる。学校の子どもは囚われの聴衆である、という論である。一般的には、学校とは強制的に閉じ込められている場所ではないし、大まかに朝9時から13時までの3、4時間滞在する場所に過ぎないのかもしれない。しかし、子どもにとって、特に低年齢であれば、それまで唯一の世界であった家庭に替わる、次なる世界と言える場所であろう。また、遊ぶ相手も通常は学校の友人であって、そこは学校の世界の延長の範囲内とも言える。

この学校という点について、ユードフは強い関心を持っている。「生徒はただ聞いている振りをすることを許されるのみである。発せられるメッセージには教育というラベルが貼られており、他のメッセージとは一線を隔す正当性が与えられている。メッセージを主に発するはずの教職員は、ただその内容を流すだけでなく、子どもに個別に対応することができる。発信者である教職員、大人は概して子どもから見て相対的に高い位置に居る(絶対的な存在に映ることさえもあろう)。学校という場所における成績評価とは、そもそも教師から教えられた内容を子どもが実行できるかというものであり、模倣することこそが高い評価につながるというシステムなのではないか。また、個人が独自の意思を持って、集団で行われる行為からの脱出を試みようとした場合には、周囲の友人からの厳しいプレッシャーに遭い、子どもにとって物事を決めるにあたっては友人の同意を重要な契機とするのであろうために、そのプレッシャーに従うのだ。」¹⁰²⁾と述べる。これは現代においても通用するだろう。

つまり、学校の子どもは逃げ場のない囚われの聴衆ということができ、特にガバメントスピーチからの影響を受けやすい、危険な効果を発生させやすい状況が重なっていると言える。

第4款 本論点における教職員への職務命令による強制は許されるか結論から言うと許されない。なぜなら、そのような職務命令によって、教職員が国家に対する敬意や愛国心というメッセージを発し、それを見る子どもが受け取ることによって、そのような価値観を唯一正しいもの、絶対的なものとして認識してしまう可能性があるからである。前述の最高裁判決では、「伴奏を行う教諭等が特定の思想を有するというを外部に表明する行為であると評価することは困難」と述べ、特定の価値の発信は無いとしている。しかし、子どもは、ピアノ伴奏や国旗国歌に対して起立する教職員を見て、たとえそれが儀式上の慣習であったとしても、そこに特定の思想を見るであろう。上記判例の述べる論は、子どもに対しては当たらないと考える。

本章第1節の判断基準によって述べていくと、この職務命令は、対抗言論などのモア・スピーチを禁じるものであって、他の言論と子どもの接触の妨害を目的とするものである。また、受け手は子どもであるために、自発的に反論し対抗言論が発生するとは考えにくい。たとえ子ども個人が反論を口にするにはあったとしても、学校という場による支配的なガバメントスピーチに対抗することはできないであろう。特に日本の社会や学校にあっては、思想良心の自由が未確立のため、個人的拒否・不参加の自由の存在は軽視されやすいようであり、実際に斉唱拒否を実行すると目立ってしまい、特に子どもにとっては実行困難なことではないのか¹⁰³⁾、とも考えられる。

また、本来国家の教育行政における役割とは、大綱的な基準、たとえば学習指導要領、の作成に留まるべきであって、教職員という教育に関する現場の専門職の判断は尊重されるべきである。政府はその専門的判断からの行動を妨害し、または判断に反する行為を強制することはできない。これは既に旭川学テ事件判例で示されている国家の教育権と国民の教育権の議論によっても示されている。親、教師、国家の教育権能の範囲には違いがあるのであって、分担される。つまり、行政と教師は各々の専門分野に

において権能を持つべきであり、他者の専門分野においてその職責遂行の妨害を行うことは許されない。

そして、最も大きな批判点は、ガバメントスピーチが囚われの聴衆に対して為されるという危険な状況に加えて、さらに受け手が未熟な子どもであるということである。前述のように「政府による言論の内容が、それらの人々(子ども)の思考と精神の過程を消去不能な強度を持って侵すであろうことが容易に予測され、かかる浸透そのこと自身が、個人の思考と精神の自律に対する国家による重大な制約でありうる」ということを免れないであろう。

第5款 国歌斉唱強制が子どもの何を損なうのか

本稿では、教育を受ける権利条項を強調し、教育を受ける権利、学習権、成長発達する権利への侵害、これを奪うものではないか、という批判を展開する。

判例が認めた学習権とは、「(憲法26条の)規定の背後には、国民各自が、一個の人間として、また一市民として成長発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利を有すること、特に自ら学習することのできない子どもは、その学習要求を自己に施することを大人一般に対して要求する権利を有するとの観念が存在していると考えられる。」¹⁰⁴⁾という。また、自覚的な事物の学習によって成長発達することが人間の特質であり、人は全て人間と生まれた以上は学習によって人間らしく成長発達していく権利を当然に有しているのであって、この教育を求める人の学習の権利こそまさに人権に値する¹⁰⁵⁾。人間としての成長発達に関し、子どもの学習による人格的成長を主に考えられており、現代教育学は子どもの人間の能力の合法的な発達の保障を重視して、創造性を含んだ発達可能態として捉えなおすこととなった¹⁰⁶⁾。

つまり、自らがどのような人格に成長発達していくかを、子ども自身が決定する権利と捉えることができる¹⁰⁷⁾。ガバメントスピーチによって、

他の言論が極小化されてしまい、政府の言論のみに晒されることは、子どもがどのような人格に成長するのか選ぶことを不可能にし、自由に成長発達する権利を侵害している。また、そのようにして人格が出来上がってしまった後は、回復、修正することは難しいため、教育や保護、パターンリズムといったことを考慮に入れても、なお許されないであろう。

結 語 に

本稿では以上のように、ガバメントスピーチという題材を取り扱い、これが教育領域においてどのように作動しているのか、ということについて論じてきた。ガバメントスピーチは、政府が採る特定の価値観に基づくメッセージを、言論市場に大量に投入するというもので、その言論に晒された市民は影響を受け、自身の自律を全うすることができない。ガバメントスピーチの危険とは、政府の価値観への誘引である。これを指して、「同意の偽造」と評す。

しかし、これが子どもに投入された場合、子どもの特質と相まって重大な侵害を発生させる。未熟な子どもは、その人格形成において発展途上であり、他者からの影響を受けやすい。このような子どもに対してガバメントスピーチを発するならば、政府の価値意識が子どもを容易に侵していくことが推測できよう。また、ガバメントスピーチと囚われの聴衆という問題もある。メッセージの聞き手となることを拒否できない囚われの聴衆に対して、ガバメントスピーチを発するならば、聴衆はその影響を強く受けることになる。

現在、ガバメントスピーチに対して、抑制するための明確な基準は定立されていない。ただ、信教の自由と関わる領域においては、例外的に、その抑制が認められるようである。しかし、同じように人格の重要部分についての問題であるにもかかわらず、宗教領域とそれ以外を区別しているように見え、この点には疑問が残る。

しかし、この上記2つの危険な条件が重なる場面、つまり囚われの聴衆である子どもに対して、ガバメントスピーチを大量投入した場合に、その侵害の程度は計り知れない。このような事態はもはや絶対に看過することができない。これが本稿の核心である。そして、そのような危険な状況の例として挙げるのが、学校の子どもであり、国歌斉唱問題である。現在訴訟で争われているのは教師に対する職務命令、処分であるが、本稿は、子どもを護ることこそを第一に考え、教師をガバメントスピーチのメッセンジャー、子どもをそのメッセージの受領体と見て、いかに子どもの自律を護るかを考えた。ゆえに、教師も子どもの自律を侵す主体となる可能性も否定しない。

このように、現在の教育領域において、重大な危険が存在しているわけだが、そのような事態に陥っていることに、子どもの成長発達権、人格成長への意思をこれまで考慮に入れてこなかった、ということが関係しているのではないだろうか。子どもが、「自分自身が、どのように成長し発達していくか、どのような人格を形成していきたいか、を決定する」という考えを無視してきたのではないか、という論である。過去においては、間違いなくそのような時期があったと指摘され、教師による子どもへの価値植え込みが事実あったといわれる。現代では、行政からの価値、思想の押し付けが非難されているが、やはり子どもの自らの意思による成長という観点が置き去りにされているという感が否めない。

- 1) ガバメントスピーチの細かい分類に関しては、Randall P. Bezanson & William G. Buss, *The Many Faces of Government Speech*, 86 Iowa L. Rev. 1377, 1348-88 (2001) が参考になる。
- 2) 森脇敦史「言論活動への政府資金助成に対する憲法上の規律」*阪大法学*53号(2003) 113頁において、言論市場への政府の助成について、アメリカにおける判例議論を参考に考察されている。
- 3) *Wooley v. Mayunard*, 430 U.S. 705「自由に生きよ、しからずんば死を。」といった言葉が入ったライセンスプレートの乗用車への装着を義務付けたニューハンプシャー州法の下で、宗教上の信条から受け入れられぬと抵抗し、起訴された事件。この事案は囚われの聴衆の危険も含んでいる。第2章第3節も参照。

教育領域に潜むガバメントスピーチ（葛島）

- 4) ガバメントスピーチと教科書検定の問題については、藤井樹也「政府の言論と個人の自律」法学教室 No. 212（1998）39頁、において述べられている。
- 5) 作為的政府言論と不作為的政府言論として問題にしている。Mark G Yudof, WHEN GOVERNMENT SPEAKS: POLITICS, LAW, AND GOVERNMENT EXPRESSION IN AMERICA (1983) 5-10頁。
- 6) 坂口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法律時報74巻1号（2002）32頁。
- 7) 蟻川教授は、ガバメントスピーチが言論市場に参入する際の、私人には無い強大な競争力を、「潜勢力」と表現する。蟻川恒正『憲法的思惟』（創文社、1994）31-42頁。同「思想の自由」樋口陽一編『講座憲法学第3巻 権利の保障』（日本評論社、1994）105頁。同「国家と文化」『岩波講座 現代の法1 現代国家と法』（岩波書店、1997）191頁。同「政府と言論」ジュリスト No. 1244（2003）93頁。
- 8) 坂口正二郎 前掲注6）32頁。
- 9) Sanford Levinson, The Tutelary State: “Censorship,” “Silencing,” and the “Practice” 195, 196頁。
- 10) Mark. G. Yudof 前掲注5）15頁。
- 11) Sanford Levinson前掲注9）
- 12) 蟻川恒正「政府と言論」前掲注7）94頁。
- 13) Mark. G. Yudof 前掲注5）15, 18-50頁。
- 14) 蟻川恒正「政府と言論」前掲注7）93頁。
- 15) 坂口正二郎 前掲注6）33頁。
- 16) 坂口正二郎 同上 33頁。
- 17) 蟻川恒正「政府と言論」前掲注7）92頁。
- 18) 蟻川恒正 同上 92, 93頁。
- 19) 森脇敦史「言論市場の「自由」と「制約」について Cass R. Sunsteinの「現状中立性」批判を手がかりとして 阪大法学51号（2002）939頁において、サンステインの議論を参考に国家による自由と制約の区別について述べられている。
- 20) 蟻川恒正「国家と文化」前掲注7）205-209頁。
- 21) 芦部信喜『司法のあり方と人権』（東京大学出版会、1983）124, 125, 128頁。
- 22) 芦部信喜 同上。
- 23) 右崎正博「現代国家と自由 言論の自由をめぐる現代的問題状況についての覚書」憲法理論研究会編『人権保障と現代国家』（敬文堂、1995）133-135頁。
- 24) 右崎正博 同上。
- 25) 富山県立美術館事件、天皇コラージュ事件とも言われる。富山地判平成6年12月16日判例時報1699号120頁。名古屋高判平成12年12月16日判例時報1726号111頁。
- 26) 泉佐野市民会館事件 最判平成7年3月7日判例時報1525号34頁。採用された基準は厳格なものであった。「単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、客観的な事実に照らして、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要である」という基準が用いられ、これは強い違憲の推定の働く基準である。

- 27) 鈴木秀美「県立美術館収蔵作品の非公開と「知る権利」」ジュリスト No.1202 平成12年度重要判例解説14, 15頁。
- 28) 美術館の自由と制約について原告側から主張がなされている。博物館は資料の収集等、一般市民への公開、教育という3つの事業を行っている(博物館法3条)が、このような博物館の運営にとって重要なことは、理念目的が確固としたもので、市民の表現の自由、知る権利、鑑賞する権利を保障し、不当な支配に服することなく自主性、独立性を堅持することであり、この自主性独立性の原則を博物館の自由とも呼ぶのである。また、この博物館の自由は、設置者や管理者の恣意的な運用を許すものではなく、市民に対し公共的な責任を持ち努力が求められているのであって、このような観点から博物館の自由は制約を受けているのだという(判例時報1699号126頁)。裁判所の答えは、この博物館の自由への制約は、市民の知る権利等を保障する観点からのものであるということから、つまりところ知る権利等が本件非公開措置等によって侵害されたか否かについての判断に帰することになり、そうすると、本件非公開措置等が違法であるか否かについて、美術館の自由に対する制約の逸脱という観点から別個に判断する必要をみない(同137頁)。本件はまさに、美術館の専門的判断の限界が問題であるにもかかわらず、美術館の独立性、自由の検討を抜きにした曖昧さが残っている。池端忠司「下級審・時の判例」ジュリスト No.1152(1999)162-164頁。
- 29) ほんの一握りの人々の「好き嫌い」に左右されるものであり得ることを知らしめて十分である。富山の場合には、右翼が極めて重要な役割を果たしたが、これは一般的な構図の典型例である。奥平康弘「芸術活動・作品鑑賞の自由を考える」時の法令1455号(1993)40頁。
- 30) 鈴木秀美 前掲注27) 15頁。
- 31) 富山県立美術館事件が注目されたことによって、日本でもようやく認識され始めたように思われる。裁判の第一審判決は1998年である。日本におけるガバメントスピーチの先駆的論文は、奥平康弘「福祉国家における表現の不自由 富山県立近代美術館のばあい」法律時報60巻2号75頁(1988),と云われる。
- 32) 蟻川恒正「政府と言論」前掲注7) 92頁脚注2), 3)。
- 33) ユードフの著書が発表される以前においても、政府言論という概念について全く認識されていなかったわけではない。Zechariah Chafee Jr. *Government and Mass Communications* (Hamden, Conn.: Archon Books, 1965), at 721-93. Thomas I. Emerson. *The system of freedom of Expression* (New York: Vintage Books, 1970), at 697-716.
- 34) Tinker 判決 *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503 (1969). ヴェトナム反戦の意思を表明するため生徒が黒い腕章をつけて学校に通うという行為に、表現の自由の保障を与えた。
- 35) *Barnette* 判決 *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). 州の法律で義務付けられた国旗敬礼を拒否した子どもが、公立学校を退学処分になった事案。宗教上の理由から、国旗敬礼拒否の主張を容れエホヴァの証人に対し当該国旗敬礼からの免除 exemption を認めた。鈴木光治「アメリカにおける国旗敬礼拒否事件」教育38巻12号(1988)97頁。

- 36) 兼子仁 『教育法 (新版)』(有斐閣 1978) 109頁。
- 37) 蟻川恒正 『憲法的思惟』前掲注7) 32頁。
- 38) 蟻川恒正 同上 34頁。
- 39) 蟻川恒正 「思想の自由」前掲注7) 128頁。
- 40) 蟻川恒正 同上 129頁。
- 41) 最判平成17年7月14日 中林暁生「公立図書館における図書廃棄と著作者の表現の自由」平成17年度重要判例解説ジュリスト臨時増刊 No. 1313 (2006) 17頁。
- 42) Robert M O'neil, Libraries, Liberties and the First Amendment, 42 U. Cin L. Rev 209 (1973).
- 43) 『Down These Mean Streets』。自叙伝体の、ニューヨークスパンニッシュ (イースト) ハーレムでの生活の記述。Harlem とはニューヨークマンハッタン島北部黒人居住地区。著者 Piri Thomas はプエルトリコ作家。本には禁句表現が多く使われており、バリオ (barrio = Hispanic) の生活の現実、過酷なものを描いている。しかし、同時代の民族、ゲッター (昔のユダヤ人地区、少数民族、スラム街) 文学の批評家は、力強く刺激的な本でアメリカ大衆が読むべき本である、と評した。
- 44) Pico 判決 Board of Education, Island Trees Union Free School District No. 26 v. Pico 457 U. S. 853(1982)。州内の中学校生徒が、合衆国法典に基づき、教育委員会と委員を相手方に、右決定についての違憲宣言的判決と差し止め命令の発給を求めて連邦地裁に出訴した。決定は、教育的価値に基づいたものではなく、委員の個人的な政治的嗜好などを理由としたものであると主張したのである。連邦地裁は事実審を経ることなく原告を斥け、控訴審は原判決を破棄、事実審への差戻しを命じた。最高裁は5対4で控訴審を支持し、事実審への差戻しとなる。
- 45) 角替晃「公立学校図書館の図書排除と第1修正の権利」憲法訴訟研究会、芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣、1998) 104、105頁。
- 46) このブレナン意見について、言論弾圧以外を目的とする、教育的配慮からの排除であるとされた場合には、図書排除が認められてしまうとも考えられる。角替晃 同上。
- 47) Mark G Yudof 前掲注5) 213頁。蟻川恒正教授は、「教育とは、囚われの聴衆に宛てた government speech に対し、政府が冠した美称である。」と表現する。蟻川恒正「思想の自由」前掲注7) 123頁。
- 48) Mark G. Yudof 前掲注5) 213頁。
- 49) 教科書裁判において、子どもの未熟さゆえに、国が学校教科書について検定を行わなければならないと述べられている。つまり、日本の判例において、子どもの未熟さを理由に、外部からの子どもの思想信条の形成への影響が大きい、子どもが影響を受けやすい客体ということは認められている。
- 50) David L. KIRP & MARK G YUDOF, EDUCATIONAL POLICY AND THE LAW: CACES AND MATERIALS (1974) 90頁。
- 51) アメリカの公立学校における祈祷、聖書朗読についての訴訟 Engel v. vital, 370 U. S. 421(1962), School District of Abington v. Shempp, 374 U. S. 203 (1963)。松井茂記『アメリカ憲法入門 (第5版)』(有斐閣 2004) 237頁。

- 52) Mark G Yudof 前掲注5) 214頁。この「school prayer」と君が代問題の関係で、西原博史教授は「宗教教育の禁止条項で対処できるのはごく一部であり、君が代は一種の賛美歌であり、日の丸は十字架の役割を果たし得る」と述べる。西原博史『良心の自由(増補版)』(成文堂 2001) 182頁。宗教と関わらない人権への、ガバメントスピーチに対しては、その人権を護るための防御は薄いと言える。
- 53) the Establishment Clause = 国教条項。合衆国憲法修正第1条；宗教の国定を禁じ政教分離を定める。
- 54) 日本における囚われの聴衆に関する訴訟としては、市営地下鉄の車内放送(商業宣伝放送)の差し止めを求めた事案が有名である。(最判昭63年12月20日 判例時報1302号94頁)。
- 55) Mark G. Yudof 前掲注5) 31頁。
- 56) Wookley v. Maynard, 430 U.S. 705 (1977)。蟻川恒正「思想の自由」前掲注7) 115頁。
- 57) 「他者から自己の欲しない刺激によって心の静穏を害されない利益」を護ろうとする原理と、いわゆる「囚われの聴衆」を保護しようとする原理は、たとえ同じ利益に奉仕しようとするところがあるとしても、原理として別個であり混同してはならない。蟻川恒正「思想の自由」前掲注7) 107頁。
- 58) 蟻川恒正「思想の自由」前掲注7) 110頁。
- 59) Rust 判決 Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173 (1991)。
- 60) ロバート・メイブルソープ事件。1989-1990年秋にかけて、回顧展が開催されアメリカ各地の美術館を巡回して開催された。たまたまオハイオ州の美術館で公開中の1990春に、そのうちの数点が州法の「わいせつ」にあたるとして、刑事事件となった。陪審は無罪評決となったが、この種の芸術活動に対する国庫補助のあり方そのもの論議となり、芸術援助国家基金(National Endowment for the Arts, 略NEA)に関する法律問題となる。このメイブルソープに関する問題は、後に日本においても発現し、1993年、ある私人がメイブルソープ写真集を国内に持ち込もうとしたところ、東京税関において、わいせつ物にあたるとして輸入を禁止されるという事件(最判平成11年2月23日 判例時報1670号3頁)が起こっている。奥平康弘「芸術活動・作品鑑賞の自由を考える R・メイブルソープのばあい」時の法令1455号(1993)。なお、最新の判例(最判平成20年2月19日 第一審東京地判平成14年1月29日 判例時報1797号16頁)においては、メイブルソープ写真集が風俗を害すべき書籍、図画には該当しないとの判断がなされている。
- 61) 蟻川恒正「国家と文化」前掲注7) 192頁。
- 62) この法律が有効となる地域において、中絶の情報が得られない、中絶という選択肢が消えるという点で、ここでも囚われの聴衆の理論に似ているとも言える。
- 63) 蟻川恒正「国家と文化」前掲注7) 205頁。
- 64) この理論は教科書検定制度において、検定不合格とされても何ら表現の自由を侵害するところはないとする説に、疑問を呈する可能性はないだろうか。
- 65) 蟻川恒正「国家と文化」前掲注7) 206頁。
- 66) 坂口教授はその論稿の中で「問題は複雑で難しく、筆者は何らの解決策を提示する能力を持ち合わせていない。」という。坂口正二郎「芸術に対する國家の財政援助と表現の自由」前掲注6) 30頁。

- 67) 蟻川恒正「思想の自由」前掲注7) 111頁。
- 68) 右崎正博「現代国家と自由」前掲注23) 135頁。
- 69) Kathleen M. Sullivan, Artistic Freedom, Public Funding, and the Constitution, in PUBLIC MONEY & THE MUSE: ESSAYS ON GOVERNMENT FUNDING FOR THE ARTS 80, 81(Stephen Benedict ed., W. W. Norton & Company, 1991).
- 70) 蟻川恒正「国家と文化」前掲注7) 208頁。
- 71) 蟻川恒正 同上 208頁。
- 72) Owen M. Fiss, Art and the Activist State, in Fiss, THE IRONY OF FREE SPEECH27, 34 35 45 (Harvard University Press, 1996).
- 73) Owen M. Fiss, Art and the Activist State 同上34, 35, 45頁。
- 74) 蟻川恒正「国家と文化」前掲注7) 209頁。
- 75) 蟻川恒正「思想の自由」前掲注7) 112頁。
- 76) 蟻川恒正「政府と言論」前掲注7) 94頁。
- 77) 蟻川恒正 同上 95頁。
- 78) 蟻川恒正「国家と文化」前掲注7) 214, 215頁。
- 79) 富山県立美術館の事例において、学芸員がその専門的知識による判断でもって購入したことは、その購入時の資料によって示されている。富山県立近代美術館を考える会編著『公立美術館と天皇表現』（桂書房 1994.6）には学芸員の購入の所見が示されている。
- 80) なお、この国旗国歌法制定の1999年時には、強制することはない旨の国会答弁（1999年6月29日、衆議院本会議における小淵恵三首相の答弁）がなされている。
- 81) 「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について（通達）」15教指企第569号 平成15年10月23日。
- 82) 国旗国歌問題は近年になって出てきたものではなく、1960年代から各地で日の丸・君が代をめぐる法紛争は生じていた。1990年代になると、日の丸君が代の妨害や引き下ろし、卒業式における抗議に対する処分が争われた。これらの中では、教師が生徒の抗議発言及び不起立に応じたゲルニカ訴訟（福岡地判平成10年2月24日判例タイムズ965号277頁）が生徒の人権主張と教師の自由との関係が問われた先駆的事例と言われる。2000年代に入ると積極的な抵抗活動ではなく、命令拒否という不作為、斉唱の際の不起立やピアノ伴奏拒否に対する処分が争われるようになる。市川須美子「日の丸・君が代裁判の教育法的検討」日本教育法学会年報36号（2007）101頁。
- 83) 市川須美子 同上 105, 106頁。
- 84) 「入学式・卒業式の適正な実施について（通知）」15教指高第525号 平成16年3月11日。
- 85) 「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の指導について（通達）」17教指企第1193号 平成18年3月13日。
- 86) 市川須美子 前掲注82) 106頁。
- 87) 東京地判平成18年9月21日 判例時報1952号44頁。君が代斉唱・ピアノ伴奏義務の不存在確認、義務違反を理由とする処分の差し止めなどを求めた。
- 88) 最三小判平成19年2月27日 判例時報1962号3頁。君が代のピアノ伴奏の職務命令及びその違反にかかる戒告処分が争われた。東京地判平成15年12月3日判例時報1845号135頁。

東京高判平成16年7月7日最高裁判所民事判例集61巻1号457頁。

- 89) 思想・良心の自由だけでなく、教育の自由から論じていく方法も存在するが、実際の裁判では思想信条の自由によって進められる。確かに国歌の実施には愛国心の醸成という要素が強いので、教育の自由の問題と捉えることができ、予防訴訟の原告には、そのような国家の介入に反対するという意見が強い。
- 90) 公立小学校における入学式や卒業式において君が代が斉唱されることが広く行われていることは周知の事実であり、客観的に見て、その教職員等の行為自体は通常想定され期待されるものであって、「上記伴奏を行う教諭等が、特定の思想を有することを外部に表明する行為である、と評価することは困難」とする。そして、上告人に対して、特定の思想を持つことを強制したり、あるいはこれを禁止したり、...とみることもできない、と判断した。そもそも職務命令は、思想信条の自由に抵触しないということである。
- 91) 西原博史「君が代」伴奏拒否訴訟最高裁判決批判「子どもの心の自由」を中心に」世界765号(2007)138, 139頁。
- 92) 西原博史教授は、子ども中心ではなく、教師の思想信条を守ることを中心に考えることは、教師の行為が子どもの成長発達に対して及ぼす影響をすべて教師の善意に解消する(つまり教師の拒否行為が子どもへの圧力となりガバメントスピーチになり代わる)という危険性を述べている。この点で予防訴訟判決に対し懐疑的である。西原博史 同上140頁。西原教授は、思想・良心の自由条項からの国歌強制への批判を展開する。「君が代」斉唱の強制と思想良心の自由」早稲田社会科学研究所51号1995 77頁。『良心の自由(増補版)』(成文堂 2001)421頁。
- 93) 例えば、表現内容によって選別される政府助成を受けた芸術(逆に言うと政府の助成条件に沿った芸術。芸術とは一般的に助成を受けなければ存在できないとも言える。)、妊娠中絶について助言をしないことが条件の助成を受ける医院(果たして公的助成を受けずに経営が成り立つ医院がどれほど存在するのか)である。
- 94) 現代教育について「本来、優れた人間教育というのは、当然関係各人の、例えば教職員、父母、子どもの人権を全てふまえて行われているはずであるのに、人間を育てる人間教育の場である学校において、他の社会生活分野よりも人権をないがしろにしやすいという矛盾的現状が存在しているのである⁹⁴⁾」との評価もある。兼子仁「君が代、学校教育、情報人権」日本教育法学会年報21号(1992)32, 33頁。
- 95) 蟻川恒正「思想の自由」前掲注7)123頁。
- 96) 旭川学テ事件 最判昭和51年5月21日 判例時報814号33頁。
- 97) 「親は、……、教師の教授の自由も限られた範囲において認められるが、それ以外の領域においては、国は、子供自身の利益の擁護のためまたは子供の成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において子供の教育内容を決定する権能を有する…」という部分である。
- 98) 旭川学テ判決の評価は、好意的なものとして評価する立場(兼子仁など)と、その本質は国家の教育権説であるとして厳しく批判する立場(有倉遼吉など)とに意見が分かれた。なお、文部省側は国家の教育権説を承認したものとして捉えている。内野正幸「教育を受ける権利と教育権」別冊ジュリスト No.155憲法判例百選 [第4版](2000)300頁。ま

た、同書第5版（米沢広一「教育を受ける権利と教育権」別冊ジュリスト No.187（2007）308頁）では「国家の権限行使を正当化する脈絡で本判決を引用している...」とのみ述べられている。

- 99) 高津判決（第一次家永教科書検定訴訟第一審）東京地判昭和49年7月16日 判例時報751号47頁。「公教育の場における教育方法や教育内容に対する国の教育行政が原則として排除され、ただ全国的な大綱的基準の設定や指導助言をなしうるとどまるとするほど右教師の教育の自由ないし独立が排他的、絶対的でありうる筈はないのである。」と述べる。
- 100) 兼子仁教授は、「現実の教育担当者による内容決定は、子供の学習要求に直接対応しながら、その集団的統一に向かう。したがって、もし一般の基準レベルで制約を受けても、具体的内容決定の自由がいきているかぎり、国民の教育権とよべよう。これに対し、国家機関が教育内容決定権を認められても、それは性質上、一般的な基準設定を主にしてどれほど具体的レベルに進めるのか、という仕組みであらざるをえない。そこで、単なる教育行政権にとどまらず、“国の教育権”と有意味によべるためには、一般の基準から具体的内容まで全部にわたる包括的な教育内容決定権を国が持たなければならないだろう。ところが最高裁判決は、包括的な国の教育内容決定権は説を極端な見解として退けているのだ。」と述べている。兼子仁「最高裁学テ判決のうけとめかた」季刊教育法59号（1985）127頁。
- 101) 兼子仁「最高裁学テ判決のうけとめかた」同上125頁。
- 102) Mark G. Yudof 前掲注5）213頁。
- 103) 兼子仁「君が代、学校教育、情報人権」前掲注94）37, 38頁。
- 104) 旭川学テ事件判決より 前掲注96）。
- 105) 兼子仁『教育法（新版）』前掲注36）198頁。
- 106) 堀尾輝久、兼子仁『教育と人権』（岩波書店 1977）43頁。
- 107) この「自らがどのような人格に成長していくかを決定する」という点については、思想信条の自由条項からも語られている。「一人ひとりの個人が、自分らしい生き方を模索する上で、自分なりの知的体系と自分なりの倫理的基準を形成し、内面化していくが、思想良心の自由は、こうした精神作用そのものの不可侵性を確保することを目的とする。」、
「思想良心の自由が思想良心形成の自由を含むことについては、学説上一般に承認されている。これに基づき、「政府が一定の思想又は世界観を勧奨もしくは誹謗・抑圧することは慎重でなければならない」ことが帰結され、また、「国家権力が特定の思想や価値観ないし事物の是非・善悪の判断を正統的なものとし、国民に対しそれに従うべきことを強制することは、本条によって当然に禁止される」ことになる。西原博史「「君が代」斉唱の強制と思想良心の自由」前掲注92）84, 85, 88, 89頁。