

## 憲法と同調圧力

徳 永 達 哉

### はじめに

日本国憲法は第一九条において「思想及び良心の自由を、侵してはならない」と規定し、内面的精神活動の自由を保障している。そして、二〇条や二一条において、外面的精神活動の自由を幅広く保障している。一九条が保障する「思想及び良心」の自由は、一般に、内心にとどまる限り絶対無制限の自由であると位置づけられている。というのも、頭の中の思考が他者との衝突を生み出すことはなく、自由の衝突を調整する実質の公平原理が働く余地はないと考えられているからである。その意味で、内心の自由は絶対無制限の自由であるといえる。ところで、思想や良心が他者と衝突するということはないのであろうか。衝突が無いとされる頭の中の思想や良心が脅かされ

るということは本当でないであろうか。

例えば、刑法の脅迫罪や民法の慰謝料請求などの規定が存在している現実を踏まえると、人間相互のかかわりが、内心に対して深刻な影響を与える可能性をもつものであることに疑いはない。このような影響が生じた場合、内面的精神活動に対する重大な侵害が外部からの圧力によって引き起こされていると理解することができる。もつとも、外部からの圧力が目に見えてわかるものであれば、例えば、脅迫であるとか、名誉棄損であるとかいった既存の枠組みの中で法的に捉えることが可能となる。<sup>(1)</sup>しかし、明確な侮辱の表現があるわけでも、具体的な物理的接触があるわけでもない場合、個人を取り巻く環境が持つ雰囲気のようなものを起因として、個人が思想や良心を選択する上での心の葛藤を抱えねばならなかった場合、そこには、内心における矛盾ないし衝突が生じていると捉えることはできないのであろうか。<sup>(2)</sup>

そもそも、人間の精神における内面的な活動は、他人の目に見える形をなすものでも、手で触れることのできるものでもない。そのため、その意味内容を捉えようとしても、客観的な指標に乏しく、法的に捉えることは極めて困難である。まして、内心が侵害されている場面を客観的に評価する指標ともなれば、憲法上の明確な定義が確立されているという状況にあるわけでもない。主観的には間違いなく侵害を感じているのであるが、それを明確化する具体的な法的定義が確立していない場合もある。だからこそ、一九条の解釈は、内心の自由が脅かされている場面の例えに、国家が特定の思想に偏重した結果である「踏み絵」をあげ、そのような直接・間接の圧迫・干渉を生み出す国家の活動を絶対的に禁止しているのである。しかし、違憲となる「踏み絵」を構成する具体的な要件が明確に定義づけられているのかというと、そのような状況にあるわけではない。<sup>(3)</sup>こうした点にこそ、内面的精神活動に向けられた制限を法的に捉えることの難しさが示されている。

したがって、内面的精神活動に対する国家による侵害を憲法問題として具体的に取り上げるためには、現実にある侵害の実態を把握し、その丁寧な考察を通じて、現実の侵害を憲法上の権利侵害として法的に捉え直すことが必要となるのである。そして、この思考経路をたどる過程においては、短絡的な形式主義に陥ることを回避しつつ、実質的な意味で自由を再確認することが求められる。そこで、本稿は、精神的自由に対する実質的な侵害を憲法論として議論するために必要となる論理経路を模索する。そして、それにより精神的自由に対する実質的な国家による侵害を指摘することを試みる。そのために本稿は、沈黙の自由と沈黙を意味する態度との関係に焦点を定めることで、実質的な精神の抑圧となる密やかな間接的強制を考察する。そして、沈黙の自由を脅かす実質的な脅威に対する憲法学的な課題を指摘し、それを解決する糸口を模索したい。

沈黙の自由と沈黙を意味する態度との関係に焦点を定めるとして、その自由を脅かす実質的な侵害の存在を法的に認識しなければならない。<sup>4)</sup> その点で、有効な指標となりえる概念に「同調圧力 (peer pressure)」というものがある。この語は、一般に、「peer」＝「同僚・同輩・仲間」「同士の間で生起する」「pressure」＝「圧力・圧迫」を意味し、「同調圧力」を生み出す社会的な権力関係を指摘する際の用語として社会心理学など他分野において広く用いられるようになったものである。

もちろん、法学の分野においても、社会的な権力関係が生み出す圧力の存在を問題視する視座は、比較的、早い段階から議論されていた。<sup>5)</sup> とはいえ、目に見えない被害を法的に捉えることは非常に難しく、被害者の実感に基づく訴えが繰り返し主張されてきたことで、近年ようやく、「同調圧力」によって引き起こされる人権侵害を法的課題として捉えることができる判断の枠組みが示されてきた。<sup>6)</sup> いわゆるパワー・ハラスメントやセクシャル・ハラスメントといった概念の登場は、捉えがたかった「同調圧力」という現象を顕在化させることのできた裁判保障の例

であったといえよう。そこで、「同調圧力」という新たな指標を用い、沈黙の自由と沈黙を意味する態度との関係の考察を深めることで、訴訟上の形式論のもとでは容易に取り上げることのできなかった諸個人の内心に葛藤を引き起こす密かなる間接的強制という憲法課題を法的視座のもとに位置づけ憲法保障を確実とする論理を導くことを試みたい。<sup>⑧</sup>

例えば、近年成立した「いじめ防止対策推進法」第二条一項は、「この法律において『いじめ』とは、児童等に対して、当該児童等が在籍する学校に在籍している等当該児童等と一定の人的関係にある他の児童等が行う心理的又は物理的な影響を与える行為（インターネットを通じて行われるものを含む。）であって、当該行為の対象となった児童等が心身の苦痛を感じているものをいう」と定義し、物理的影響（結果として物理的な痛みを伴うもの）はもちろん、心理的影響（結果として精神的な恐れや不安を伴うもの）によって引き起こされる精神的葛藤を、直接・間接とを問わず重大な法益侵害と定義している。加えて、物理的・心理的影響力の源となる、「いじめ」を生み出す環境を除去するために適切かつ迅速に対処することを国家機関の責務として掲げている。すなわち、「同調圧力」を生み出す環境を排除することが、諸個人の自由の実現にとって不可欠の条件であることが確認され、それを除去することが国家の務めであるとしているのである。この点は、まさに「同調圧力」の存在を法的に捉えることの必要性を認めたものであるといえ、客観規範として国家の責務を認めたものであるといえよう。とはいえ、この「同調圧力」という概念を用いることで考察することが可能となる個人の精神的葛藤は、訴訟手続の対象としては非常に捉えがたく、日本の裁判蓄積に照らした場合、そのような人権侵害に対する明確な訴訟経路を憲法論が明確に示している状態にあるわけではない。<sup>⑩</sup> まして、国家機関が「同調圧力」に関与しているという問題の設定は、従来の日本の判例法理の枠を超える課題であるということもできる。

そこで、精神的自由を幅広く保障しているアメリカ合衆国憲法修正第一条の法理を参照することで、日本に蓄積した判例だけでは導くことのできなかった解決の糸口を模索する。特に、「同調圧力」による「強制」の存在に言及し、「同調圧力」の存在を審査することで違憲との判断を導き出したアメリカの事例（強制テスト）を手掛かりに演繹的に論を展開することで、「同調圧力」に関する憲法論の具体化を試み、その保障を確実なものとする訴訟論理の検討を試みる<sup>(1)</sup>。

## 一 同調圧力と非言語的コミュニケーション

### 1 「同調圧力 (peer pressure)」を捉える視座の設定

「同調圧力 (peer pressure)」という言葉は、近年、一般によく知られ、多くの場面で言及されるようになったものであるが、具体的な概念感覚は法的には未だうまく捉えられてはいない。そもそも、「同調圧力」とは、同輩を意味する Peer group といった集団（例えば、上下の関係ではない横のつながりによってまとまっている集団など）のなかで発生する圧力全般を指し示す概念で<sup>(2)</sup>、主に、グループ内での多数派の立場に同調するよう働きかける精神的圧力が暗黙裡のうちに形成されることを指し、無言の圧力によって生じる少数派の不利益を論じる際に用いられる概念である<sup>(3)</sup>。

本稿では、特に、無言の圧力という点に注目し、少数派に向けられた暗黙裡に形成された圧力による同調要請を意味する語として「同調圧力」の語を用いる<sup>(4)</sup>。もっとも、個人に対する精神的圧力が目に見えて悪辣な手法（例えば、脅迫・暴力）によって形成されているのであれば、新たな用語を用いるまでもなく、それを違法・違憲と評価

することはできる。しかし、「同調圧力」の語によって捉えようとしている憲法課題は、目に見える明白な手法によつて構成される強制の問題ではない。外形的な指標では直ちに捉えることのできない、個人を取り巻く環境（あるは環境が持つ雰囲気）が生み出す強制力の問題なのである。この様な、目には見えない無言の圧力によつて構成される精神に対する強制こそ、本稿が論じようとする課題なのである。

例えば、ある特定のグループにおいて、グループの方針に賛成するものが多数を占めている場合に、多数派が反対者を異質な存在であるとみなす思想を選択し、反対者を排除すべきとした場合、異質な反対者が見つけだされる可能性が示されるだけで、少数派は自らが反対者であり多数派ではないことを周囲に知られることを恐怖し、真意とは異なる立場（多数派）にある者と映るよう振る舞うであろう。さらに、多数派が反対者を裏切り者とみなし、反対の声など存在しないかのごとく振る舞えば、もはや少数派は声をあげることすらできないであろう。この様に、「同調圧力」は、多数派を形成する人々の眼差しと孤立に対する漠然とした恐怖によつて暗黙裡に形成される。そして、グループ内における標準的価値観が少数派を排除するという傾向を持ったとき、「同調圧力」の暴力的傾向は非常に高くなるのである。もっとも、この場に生じる多数派意見への賛同を促す傾向は、だれかが明確に口に出して主張することによつて生じるという性質のものではない。その主体も客体も特定されないままに、グループ内に存在する抽象的な多数派あるいは少数派によつて標準的に理解されている価値観が存在するという認識が共有され、<sup>(15)</sup>それによつて平均化された全体像が維持されている場合に、そのグループを維持するために多数派への異論を抑圧するという無言の圧力が生み出される。そして、グループ内の少数派が少数であればあるほど、多数派からの無言の圧力は強力なものとなる。そして、この圧力は、特定の空間に多数派と少数派がひしめき合っている様な環境においては常に形成される性質を有するのである。

したがって、「同調圧力」の概念を用いて、内面の自由の侵害を解き明かそうとする視座の中には、自由に対する目に見えない圧迫や干渉を、いかにして捉えるのかという課題が含まれている。特に、諸個人が抱く心の葛藤がいかにして形成されているのかを捉えることが重要となる。諸個人がコミュニケーションの中で感じるであろう排除や孤立への恐怖という心的作用（例えば、特定思想差別への恐怖、特定思想への賛否強制の恐怖、内心が暴かれることへの恐怖など）、すなわち「心の葛藤」が、結果としての外部に表明する言説を左右してしまうという現象が生じた場合に、その「心の葛藤」がもたらす影響力を自由に対する侵害であるとして、いかに説明するのかという課題が含まれている。特に、こうした内面的精神活動の自由の侵害を憲法学上の問題とするためには、本人の意思に反する表明をさせたり、決断することをせまったり、沈黙を余儀なくさせたりするほどの精神的影響力（＝恐怖を感じさせるほどの圧力）が働いたことを、感情論的な恐怖感から論ずるのではなく、孤立することへの恐怖を駆り立てる同調性の原理に基づく「圧力」が現実形成されているという、その状況の中に潜んでいる強制力を自由に対する暴力として考察する枠組みが構築される必要がある。

## 2 「同調圧力」と個人の価値観が衝突する場面 ―「心の葛藤」―

「同調圧力」という社会的圧力の存在を法学的に捉え、憲法学的視座のもとに位置づけるためには、概念確定におけるいくつかのハードルを越えなければならぬのであるが、諸個人が被る、沈黙することを余儀なくされるという事態や意に反する態度を余儀なくされるといった事態など、結果的に生じた「心の葛藤」を引き起こす事態を手掛かりとすることで、そう選択せざるをえないような状況へと追い込む「同調圧力」の存在を捉えることは可能である。また、そのような「同調圧力」が国家機関によって形成されているという文化的・社会的事実を捉えるこ



とができれば、それは明らかな憲法問題であると指摘することができる。そのように考えると、憲法問題として論じえる場面も、ある程度まで絞り込むことが可能となる。仮に、国家機関によって、そのような「同調圧力」が発信されているとすれば、それは、国家機関が示すメッセージと個人の有するメッセージとが相互に関連するような場面においてである。

例えば、アメリカにおける愛国心教育のように、多数派が慣習的に持ちつづけてきた価値観を前提に、国家機関が多数派の価値観を支持する立場を表明し、それを支持する態度を諸個人に求める制度を設けた場合、多数派の多くは意に介することなく、その価値を支持する態度を示すことができるであろう。

しかし、そのような多数派に囲まれた少数派が、国家機関の示す価値への賛意を表す態度を葛藤なく示すことができるのかといえば、それは容易なことではないと予測されるであろう。つまり、例えば、信仰上の理由から立場を表明できない少数者がいた場合、まさに、愛国心を求める「同調圧力」の存在ゆえに、沈黙を余儀なくされるか意に反する表明（本心は反対でも賛成と映る態度）を選択することを余儀なくされることとなるであろう。この様に国家の掲げる価値へと賛同するように求める「同調圧力」と個人の価値観とが衝突する場面にこそ、憲法上の課題が潜んでいるといえるのである。<sup>16)</sup>

日本国憲法のもとで「同調圧力」と個人の価値観とが衝突する場面を設定し考察するとして、例えば、国家の掲げる価値の内容に極端な偏重が確認され、国家による物理的な強制（態度の義務化など）が行われているのであれば、それは国家の中立性を逸脱した思想の「強制」であると明確に指摘することができる。もっとも、国家の掲げる価値の宗教色が濃厚であるとか、国是によって特定の宗教だけが窮地に追いやられているといった事実が明らかであれば、政教分離原則に違反する場面として二〇条一項や三項によって審査すべき課題であるということになる。



しかし、本稿では、国家によって掲げられている価値観が宗教色の薄い世俗的な思想や良心によって構成されている場合において、そこに生み出された「同調圧力」が国家の創り出した環境によって形成されているという、一九条に引き付けて理解すべき場面を掘り起こすことを念頭においている。したがって、宗教的偏重性を審査する必要のない世俗的な価値観によって引き起こされる内面的精神的活動の自由に対する圧迫や干渉の場面が考察の対象となる。

世俗的な価値への「同調圧力」を生み出す環境が国家機関によって形成されている場面に焦点を定めるとして、この「同調圧力」という用語にいち早く注目し、その暴力性（人格的生存を脅かすほどの暴力性）に言及した分野のひとつに学校教育に関する研究がある。<sup>(17)</sup> そのことを踏まえると、国家の掲げる価値へと同調するよう求める現実の圧力が公立の学校といった閉ざされた空間の中で醸成されているような場合が、<sup>(18)</sup> 憲法問題となりえる「同調圧力」の典型であると位置づけることができる。<sup>(19)</sup> したがって、教室空間に生起する「同調圧力」のメカニズムが考察における一つの指標となりえる。

日本の現実にはひきつけた場合、公立学校で実施される式典・祭典により想起される思想に反対する「世界観、主義、主張」を有する個人に対して働きかける、沈黙を余儀なくさせるか意に反する態度を選択することを余儀なくさせる「同調圧力」の存在が問題となり得る。<sup>(20)</sup> この点について、国際化が進む現在の社会を想定するならば、例えば、今後は、公的教育機関が式典や祭典を実施する場合には、多様な信条・信仰（例えば、キリスト教やイスラム教など）を有する学生が集うことを想定しなければならず、多様な学生間に発生する「同調圧力」の問題には十分注意しなければならないと考えられる。また、例えば、現在、公立の小中学校で実施されている地域学習（ふるさと学など）における歴史的行事への参加型体験学習の際に生ずる、儀式（神事や祭事など）を体験する・しない

に関する「同調圧力」にも、多様な児童や生徒が存在しているという現実を踏まえた十分な配慮が求められると考  
えられる。これらの点からも、特に、学校教育環境において形成される「同調圧力」が憲法上の問題となりえる。  
そこで、次に、「同調圧力」を引き起こす環境と、その環境がもたらすコミュニケーションの関係を考察する。そ  
して、閉ざされた空間（例えば教室）内において「同調圧力」がいかにして個人の自由なる意思の選択を阻む抑圧  
となるのかを「同調圧力」を引き起こすコミュニケーションのメカニズムを解明することで指摘することを試みる。

### 3 「同調圧力」をもたらず状況と非言語的コミュニケーション

社会生活を営む人間にとって、人間相互の間で行われている知覚・感情・思考の伝達・交流は必要不可欠な営み  
といえる。人間が社会的動物であるという所以もここにある。憲法学は、このような思想の伝達を総称して一般に  
コミュニケーション（思想の伝達交換）と呼んでいる。そして、コミュニケーションにおいて口を動かし、手足を  
動かすといった多様な動作を単なる身体行動とは異なる範疇に位置づけ、その伝達作用の重要性を強調することで、  
人間社会に不可欠となる精神的活動を保障する論理を提供してきた。憲法は、コミュニケーションを阻害する圧力  
一般を自由に対する脅威と位置づけ、それを排除する論理を構築してきたのである。<sup>(22)</sup>この脅威から保障されるべき  
人間相互のコミュニケーションを日本国憲法の条文に引き付けて理解する場合には、それを「表現」と呼び換えて  
理解した方が近道なのではあるが、本稿では、国家が設定した環境により、沈黙を余儀なくされるか、意に反する  
立場の表明を余儀なくされるといった選択強制が形成される場面に焦点を定めることで、「同調圧力」による内面  
的精神活動の侵害のメカニズムを考察しようと試みている。そのため、ここでは、「思想及び良心」を伝達する精  
神的伝達活動の一般を包括し、コミュニケーションと呼ぶことで「同調圧力」への接近を試みる。<sup>(23)</sup>

人は、多様なコミュニケーションを通じ、自らの考えを向上させ、より善き価値を選び取る精神活動を実践している。諸個人は、コミュニケーションを通じ、意見を交わしあうことで相互に刺激し合い、精神的に向上する。そして、このようなコミュニケーションを通じて獲得した価値なり思想なりに基づき、いかなる考えを選び取るのかという決断・決意を行い、人間として真に自律した精神活動を実現しているのである。このような自由なるコミュニケーションの核心部分にある思想や良心に基づく決断・決意の自由を、あらゆる社会的圧力から解放することが憲法の要請するところであるといえる。<sup>(24)</sup>

すなわち、制限規範としての憲法の課題は、このコミュニケーションにおける諸個人の自由な意思決定に介入する国家的圧迫や干渉を取り除くことなのである。<sup>(25)</sup> その意味において、コミュニケーションを阻害するような国家の介入は、明らかな憲法違反として議論することができる。<sup>(26)</sup> 例えば、検閲や事前抑制といった介入は、法的概念として明確な定義のもとにその実体が明らかにされており、当然、違憲なものとして審査の対象となり得る。<sup>(27)</sup> しかし、検閲や事前抑制といった法的定義に直ちには該当しない形態であっても、自由な思想選択に対する国家的な抑圧や干渉（結果としての委縮的效果・自粛など）が存在する可能性は否定できない。この点は、政治学者や社会学者の探求によっても指摘されているものであるが、その権力構造における抑圧は、依然として法的概念としては捉えにくいものである。

諸個人における自由な思想選択に関与する圧迫や干渉といった不明瞭な国家活動を、選択という精神作用への国家による「強制」であると法的に位置づけようと試みる場合、その「強制」の実態を検証しなければならない。諸個人は、多様なコミュニケーションを駆使し、自らが選り取るべきとする思想を獲得する。そして、コミュニケーションのプロセスにおいて、諸個人は相互に関連した精神的刺激を交換し合うのである。その際には、相手に

強い刺激を与える最も有効な手段を模索するなど、多様なコミュニケーションを活用することで、自らが選び取った思想や信念に対する賛意や理解あるいは異論や疑問などを相手から引き出そうと試み、自らにとつてのより善い価値を選択する道を探求するのである<sup>30</sup>。それが自由な思想実践なのである。

精神的自由が保障される社会とは、コミュニケーションの形態が自由であるがゆえに多様な思想の選択・交換が可能となる社会である<sup>31</sup>。いかなる媒体（＝思想伝達の媒介となりうる手段）を選択するのかという点からも、多様なコミュニケーションが想定され、選択の幅が広がる。それは、ときに正攻法のコミュニケーションであつたり、強弁なものであつたり、奇をてらうものであつたりと、多様な様相を有するものとなる。そのような様相を持つコミュニケーションの形態をアメリカの事例に引き付けて理解するならば、言論と出版はもちろんのこと、特定の思想を伝達することを目的とする行進<sup>32</sup>、ダンス<sup>33</sup>、芸術活動<sup>34</sup>、ピケッティング<sup>35</sup>、腕章<sup>36</sup>、国旗焼却<sup>37</sup>、十字架焼却<sup>38</sup>、宣伝広告<sup>39</sup>、慈善懇願<sup>40</sup>、ロックミュージック<sup>41</sup>、中傷<sup>42</sup>、平穩になされる公園での座り込みなど、言語を伴わない思想伝達の手段を含み、諸個人の精神に作用する多様なコミュニケーションのあり方が憲法によつて想定されいると考えられるのである。そして、その中には明確な言葉を交えたコミュニケーションもあれば、言葉を媒介とせずに意思を伝えるコミュニケーションの手段も想定されているのである。例えば、アイ・コンタクトによつて成立するコミュニケーションなどが想像しやすいであろう。

人間相互のコミュニケーションでは、顔の表情、顔色、視線、身振り、手振り、体の姿勢、相手との物理的な距離の置き方など、言葉によらない非言語的コミュニケーション（non-verbal communication）を媒体とする<sup>43</sup>に、言葉によるときよりも強烈なメッセージを相手に伝える場合がある。この非言語的コミュニケーションによつて構成される精神的な働きかけを踏まえれば、「同調圧力」というキーワードによつて捉えようとする場面がより鮮明

となってくる。

相互にコミュニケーションがなされる環境において、ときとして人は、自らとは異なる意見を持つ者を排除するという決断をなし、その意思に基づき自らが主張すべき思想を選択し、その選択を表明するというコミュニケーションを行う。その排除に基づく意思表示（コミュニケーション）は、同時に、コミュニケーションに参加する者に、同輩から孤立するかもしれないという強い恐れを抱かせる無言の圧力（例えば、異端者であるとのレッテルを貼られ疎外されることを恐れて、疑義を唱えることを断念するなど）を形成し、その参加者に価値の選択・意思の決定を促すようにも働く。つまり、非言語的なコミュニケーションを通じて、自らの思想への賛意を求めたり、その決意・決断を迫るように働きかけたりすることである。この様に諸個人は精神的な影響力を駆使し精神的価値の伝達・交換活動を営んでいるのである。したがって、特定の価値へ同調することを求める圧力的なコミュニケーション、すなわち、「同調圧力」というものは、人間相互の思想が競い合うような場面においては、常に生起し、存在しているコミュニケーションに内在する精神的力場の作用であると位置づけることができるのである。その意味では、コミュニケーションの核心をなす自由なる精神活動というものは、常に、直接的・間接的にせめぎ合い刺激しあう力にさらされているのである。<sup>14)</sup>

とはいえ、多様な力関係を駆使してこそそのコミュニケーションであり、それこそが「思想の自由市場」における自由な競争なのであるとの理解に立てば、圧力的であるというだけで自由の侵害と批判的に論ずることはできない。これではナイーブな恐怖感情論であると非合理的な印象を与えてしまう。また、公的に「同調圧力」が構成され、それによって自ら選択する自由が侵害されていると主張する場合でも、そもそも、自由なるコミュニケーションの場において圧力を感じ取り自らの立場を保全するために閉口したことは、合理的な思考力を有する知恵ある市民が

熟慮の末に導き出した決断であると捉えることができ、そのように理解する民主主義の理想にしたがえば、多数派から疎外されることを恐れて、多数派に配慮した意見を選択することもまた個人の自由であると理解することができる。

したがって、「同調圧力」が存在しているからといって、「心の葛藤」を引き起こすような決断を迫る環境の全てを自由に対する「強制」とみることはいできない。しかしながら、その様な選択に基づく意見の表明が、公的な機関の要請によって公衆の面前で白日の下にさらされるといふのであれば、その意味合いは少々変わってくる。なぜなら、「心の葛藤」を引き起こす孤立への恐怖という側面に暴力的機能が強く作用するということを警戒的に論じなければならぬ可能性があるからである。

というのも、公然と表明できる意見を表明することと、公然と表明しなければならない意見を選択し表明しなければならぬこととの間には決定的な違いがあるからである。

例えば、自らの思想的な選択のもとに表明すべきとした内心を告白することは、諸個人の自由な思想実践と位置づけることができるが、それに対し、自らの選択としては秘匿ないし決断せずに留保をしたいと判断した事柄について賛意なしの反意を明らかにすることが公的に求められた場合、それを表明することは、自らの思想的な選択が白日の下にさらされるという状態を意味する。いずれかの選択を表明せざるを得ない窮地に立たされた者にとってみれば、自らの選択・決定の告白が「強制」されているに等しい状態にあるといえる。

また、仮に、賛意を表明するものが多数派を形成している様な場面では、反意を胸に秘めている者にとってみれば、その告白によって自らの真意が明るみになるという恐れや、告白によって社会的に異端とのレッテルを貼られてしまうのではないかという恐れなど、選択における「心の葛藤」は極めて抑圧的に機能する。さらに、このよう

な選択を迫る圧力環境が、公的機関によってお墨付きを得ているような印象を与えている場合には、その告白要請は、孤立による恐怖を一層駆り立てるように働きかけるものとなる。<sup>(45)</sup> その結果、真意と異なる意見を表明するといふことも起きえよう。

したがって、内心の表明を要求するような「同調圧力」を備えた非言語的コミュニケーションが公的機関によって実施されている場合には、その諸個人における選択において、意に反する選択をせざるを得ないよう働きかける強制力が働くのである。そして、そのような結果的な事象が存在する場合には、そこに積極的に注目し、そのような帰結を導いた国家の政策に潜在している暴力的要素、すなわち、「同調圧力」の存在を慎重に受け止める必要がある。<sup>(46)</sup>

自らの選択を表明せざるを得ないような環境に身をおくことを余儀なくさせる「同調圧力」(例えば、その場から立ち去る(逃げ出す)こと自体が反意の表明と映る場合など)の存在は、ときに内心の告白を強要し、沈黙を余儀なくさせるか、意に反する意見を表明する態度を求めるのである。この様な精神における「心の葛藤」を引き起こす「同調圧力」が公的機関によって形成されているのであれば、それは、憲法上の課題として、極めて警戒的に論じられなければならないこととなるのである。

## 二 意に反する意見の表明を公然と求める「同調圧力」の憲法問題

### 1 現実的なコミュニケーションと沈黙の自由

立場の表明・告白を余儀なくさせる「同調圧力」が公的機関によって形成されようとする場面において、その圧



力は、ときに内心の告白を強要し、沈黙を余儀なくさせるか、意に反する態度を表明することを強要するものとして作用すると考えられる。そして、そのような状況に追いやられることによって個人は選択を迫られ、精神的葛藤を抱える。これを憲法上の課題へと引き付けるならば、それは、告白すること・しないことを決定する内心の作用、あるいは、沈黙すること・しないことを決定する内心の作用といった精神的な意思決定に対する「強制」の問題ということになる。すなわち、憲法第十九条の「思想及び良心」の自由の問題となるのである。<sup>④</sup>したがって、「心の葛藤」を引き起こす「同調圧力」が公的機関によって形成される場合に、その国家の活動が一九条の自由を侵害するほどのものとなるのかを改めて確認しなければならない。

日本国憲法第十九条は、歴史的に「思想」と「良心」が蹂躪されてきたという経験を踏まえ、精神的自由における総則的機能を果たすべく規定されたものである。<sup>⑤</sup>また、日本憲法が二〇条で信教を、二三条で学問を、そして二一条でその他一切の表現を「保障する」と規定し、「思想及び良心」を実践する場合の典型を列挙していることを併せて考えると、「侵してはならない」と定めた一九条を総則として独立させたその背後には、「思想及び良心」という自由は、とりわけて手厚く保障しなければ簡単に蹂躪されてしまうという経験的理解が存在していたことがうかがえる。<sup>⑥</sup>したがって、本条は、「思想及び良心」に抑圧的に働きかける国家の作用を絶対的に禁止する規範としての帰結を導くように解釈されなければならない。特に、日本では、「踏絵」のような非言語的コミュニケーションによって構成される「思想及び良心」への圧迫や干渉を実践した経験を持つているため、そのような非言語的な圧迫や干渉も「思想及び良心」の核心に対する重大な侵害として位置づけなければならない。そのように考えると、自由な意思決定に委ねられるべき諸個人の選択に間接的に働きかける圧迫や干渉も憲法に違反するものとして現実の強制として捉える必要がある。そして、そのような現実的な圧迫や干渉が、いかにして形成されているのかを考

察することで憲法上の侵害を明らかとする必要があるのである。<sup>(50)</sup>そこで、一九条の「思想及び良心の自由」がどのように位置づけられているのかを学説や判例に基づき簡単に確認し、<sup>(51)</sup>内心における葛藤を引き起こす「同調圧力」による「強制」の存在を検討する。

## 2 一九条の「思想及び良心」

告白を余儀なくさせるような状態に追いやられることで、諸個人の心に葛藤を引き起こす「同調圧力」を、一九条の「思想及び良心」を脅かす「強制」として捉えるためには、そもそも、自らが沈黙すべきと決定した「思想」及び「良心」が如何なるものとして位置づけられているのかを確認する必要がある。

### (1) 「思想及び良心」の射程

一九条の「思想」と「良心」は、ともに人の精神的活動の中核を担う「考え」・「思考」という点において共通の精神作用を有するものではあるが、保障すべき「考え」や「思考」の内容が何を意味しているのかという点において、両者の性格は少々異なるものと解されている。すなわち、内面における精神活動うち善悪の判断など倫理的な性格を有する問題についての考え方を「良心」と捉え、その他の問題におけるものの考え方を「思想」と捉えた場合、両者は厳密な意味においては区分すべき異なる概念であることがわかる。<sup>(52)</sup>とはいえ、憲法上の「思想」と「良心」を区別する必要は特にないとするのが通説・判例の示すところで、両者を併せて人の精神的活動の中核となる内面の精神活動を総称するものと解する見解が有力である。そのため本稿も、両者を厳密に区分することはせず、それぞれの側面を一括して内心における考え方ないし見方として捉えることとする。<sup>(53)</sup>

「思想及び良心」を一括して内心と捉えた場合には、その自由なる「考え」の範囲が検討されなければならない。学説は、内心の捉え方（特に「良心」を宗教上の信仰に準ずるものと解し狭く定義すること）に起因する保障範囲・保障対象の捉え方において立場の違いを示している。信条説（狭義説）と内心説（広義説）である。

信条説は、「思想及び良心」の保障対象を宗教上の信仰と同じように扱うべき世界観、人生観、主義、主張、思想、信条等個人の人格形成の核心をなすものに限定するという立場で、謝罪広告事件判決における田中耕太郎裁判官の補足意見や（昭和三十一年七月四日大法廷）、佐藤功、佐藤幸治などの有力な憲法学者らにより論じられてきた。<sup>(54)</sup>この立場からすれば、その範囲は限定的に理解され、その自由が侵害されるという場合には信仰の場合と同様に、その人にとってそれが生命を奪われるにひとしい程度の人格的苦痛ないし屈辱の状態にあると考えられる。これを沈黙の自由に引き付けると、沈黙が破られることにより人格的苦痛や屈辱的な状態が引き起こされる。これに対し内心説は、倫理的、道義的判断や意思の自由を幅広く、その保障対象と捉え、信条説のように信仰に準じるものに限定しない。この立場は、清宮四郎、鶴飼信成、宮沢俊義といった憲法学者らによって論じられていた。これを沈黙に自由に引き付けると、それが破られることにより、倫理的、道義的判断や意思の自由が脅かされる状態が引き起こされると考えられる。<sup>(55)</sup>

とはいえ、信条説においては、一般道徳上、常識上の是非、善悪の判断や一定の目的のための手段、対策としての不当の判断といった倫理的・道義的判断を保障の対象から除外するとして、その区分に疑問が投げかけられている。一方、内心説に対しては、絶対的な保障に値する内心領域を幅広く設定するとしても、保障すべき世界観や人生観と主観的な情念（例えば、憎悪や欲望といった様々な感情や思念など）をも同じレベルで捉えることとなるため、絶対的に保障すべきとする射程範囲が広汎に過ぎるものとなるとの疑問と、その自由を強調するあまり行為

領域より分断された純粹な内心領域のみを対象とすることへの疑問が投げかけられている。とはいえ、諸個人にとってみれば、自らが保持する「思想及び良心」の内容は客観的には容易に定義しがたく、その内容を倫理性や道徳性の高低により分類することも容易ではない。そのような性質を有する以上、その対象は広範・包括的に捉えられるべきであるといえる。

以上のように、「思想及び良心」の正確な内容をいかにして定義づけるのかという作業においては、多くの課題が残されていることが確認されたわけであるが、本稿は、諸個人が抱く「価値観」は絶対的に保障されなければならないという点に的を絞り、一九条を切り札的に用いることで、沈黙の自由における絶対的な保障を導き出す道筋を模索している。そのため、「思想及び良心」を一括して捉え、「宗教」でも「表現」でもないが、信仰と同じように扱うべき世界観、人生観、主義、主張、思想、信条はもちろん倫理的・道義的判断など、その者の人格を形成する際の核となるものを包括的に内心と呼ぶ立場に立っている。そして、その理解から出発し、多様な「思想及び良心」に対する実質的な圧迫や干渉を法的に指摘することが、「同調圧力」を確認する上で重要なことであると考えている。すなわち、一九条のもたらす法的効果と現実的なコミュニケーションによって生起する内心への圧迫・干渉（例えば、内心の告白を強要するとか、沈黙を余儀なくさせるとか、意に反する態度の表明を要求するとか）を、いかにして具体化するのかという課題が次なる考察の対象となる<sup>57)</sup>。

## (2) 「思想及び良心」に対する「強制」と「同調圧力」

現実的なコミュニケーションにおいて、国家は特定の価値観を抱いていることを理由に個人を不利益に扱うことはできない。例えば、特定の思想を取り締まる法律や、特定の思想を排除する処分は明らかにな一九条違反となる。

当然、このような不利益は信条によって差別されないと定める憲法一四条にも違反するものとなる。<sup>(58)</sup>したがって、差別を目的とした「同調圧力」が国家によって設定されるといった場面は明らかに一九条に違反する「強制」となる。<sup>(59)</sup>

次に、国家権力が特定の価値観や事物の是非・善悪の判断を正統的なものとして国民に遵うべきものと強制することは絶対的に禁止される。<sup>(60)</sup>それが国教であれば、明らかに二〇条違反となる。また、特定の価値を支持する立場に回るよう働きかける「同調圧力」は明らかに一九条に違反する「強制」となる。この場合、特定思想を国是と定め推奨することも一九条を脅かす「強制」と位置づけられる。<sup>(61)</sup>したがって、特定の価値観に遵うように振る舞うことを義務づけたたり、あるいは特定の施設への参拝や儀式への参加を義務づけたりすることなど、特定の価値観を奨励する際に発生する「同調圧力」も国家に禁止された活動といえる。いわゆる国教的価値体系を樹立するなど国是を掲げること自体が憲法の禁ずる典型といえる。

そして、最後に、沈黙の自由を脅かすことが絶対的に禁止される。例えば、告白すること・しないことを強要したり、沈黙したり・しないことを決断する自由を奪うことは絶対的に禁止される。そして、その選択を阻むように働きかける「同調圧力」も明らかに一九条に違反するものと考えられる。もともと、沈黙の自由における内容と範囲については必ずしも明確ではなく、沈黙の自由を脅かす国家行為や強制について、その具体的な解釈が十分に示されてきたというわけでもなく、沈黙を阻むよう働きかける「同調圧力」のメカニズムについては検討を要する。この点は、以下で丁寧考察する。

以上、一九条により禁じられた「強制」を生む国家のコミュニケーションが確認され、それに直結する「同調圧力」も一九条に違反することが確認できた。当然、ここに禁止される国家の行為の中には、非言語的コミュニケーション

シヨンによって構成される「同調圧力」も含まれている。そこで、次に非言語的コミュニケーションによって生起する内心への圧迫や干渉という現実的な「同調圧力」を沈黙の自由を手掛かりに考察し具体化することを試みる。

この試みにおいては、外部的行為との関連における内心の自由の保障のあり方が、解釈の主たる課題となる。この点に関し、従来の憲法学は、外部的行為は二一条の表現の自由の保障対象であるとして、一九条の射程から切り離し、一九条は内心に留まる限り「思想及び良心」を絶対的に保障すると解してきた。しかし、心の中には何ものも侵入することはできないと説明するだけでは、現実的に生起する侵害から内面的精神活動を適切に保障することはできないと考える。<sup>(63)</sup> というのも、現実の問題として「思想及び良心」の自由が、それを外的に表現する活動となる態度と密接な関係にあることは間違いないからである。<sup>(64)</sup> また、近年では、「思想及び良心」に反する行為を強制することはできないとする根拠を一九条に求める立場も登場しており、一九条の保障が内心に留まるものに限定されず、外的行為にも及ぶとする可能性が指摘されている。<sup>(65)</sup> この点、一九条に対する従来型の理解では不十分な結果を招くこととなるとして、「内心に有るものを理由とした不利益取扱い」と「内心に有るものに反する外部的行為の強制」の場面を設定することで一九条の現実的な解釈を導いた佐々木説の意義は深い。本稿では、佐々木説の外部行為の強制における「自発的行為の強制」と「外面的行為の強制」の場面に引き付けて、沈黙を余儀なくさせる「同調圧力」を考察する。<sup>(66)</sup>

### 3 沈黙を余儀なくさせる「同調圧力」

沈黙とは、黙って口をきかないということの意味するものであるが、これは、身体や口を動かさないという身体的自由として理解されるのではなく、一九条の「思想及び良心」の自由の性質を踏まえて理解されるべき態度と

なる。すなわち、無言という手段によって構成されるコミュニケーションを意味する。したがって、保障されるべきは、沈黙すべきと選択し、あるいは沈黙しないことを選択するといった、内心における意思の決定過程そのものとなる。したがって、沈黙がなされている場合においては、選択（内面的精神活動）と沈黙（外面的精神活動）とが密接に絡み合っているのだと捉えねばならず、仮に、形式的には外部的行為だけを規制しているにすぎないと見えたとしても、沈黙を破らせるがごとき影響力の中には計りしれない精神的影響力があると想定しなければならぬのである。<sup>(97)</sup>

例えば、国家が拒絶的な選択をした者を処罰したり差別的に扱ったりすることは一九条により絶対的に禁止されることとなる。もつとも、現実的には、そのような手段を国家機関が選択するということは考えにくく、法文上、一九条を侵害するような差別的内容を備えた法律が制定されるということは想定されにくい。では、本稿の議論の対象となりえるような、現実的な圧迫や干渉とはどのような場合に発生するものなのであるのか。

それは、法文といった形式によって明確に捉えることができるようなものではなく、告白を強要するとか、沈黙を余儀なくさせるとか、意に反する態度の表明を強要するなどの、結果的に引き起こされた事象の原因となった現実的なコミュニケーションそのもの（環境それ自体）を捉えて考察することを必要とする、その場の環境が生み出す暴力であると想定することができるとは、したがって、諸個人が、どのような環境におかれていたのが検証されなければならぬ。

この場合、保障すべき具体的な自由を個人の選択に委ねられた内心的精神作用であると定義づけるならば、環境が生み出す外部からの権力をもって抑圧したり強制したりすることが可能であるのかが問題となるが、そのような強制は、内心の自由が心の内に位置しているという性質上、本来的には不可能となるのではないか、ということが



できる。仮に、特定思想を胸に抱くことが権力的に禁止されたとしても、人々の心に抱かれる思想そのものを変えさせることはできないであろう。その意味では、内心の自由は不可侵の領域に存在する絶対的な自由であることに間違いない。<sup>(68)</sup> そのように解すると、自らの意に反する見解を表明することが公的に求められたとしても、諸個人が自らの意思の決定にしたがい、それを拒絶する決断を下すことができたのであれば、あるいは、口をつぐむことが有利であると考え、沈黙するのであれば、それは、「思想及び良心」の自由が保障されたと理解することができ。すなわち、無理矢理に口を開かせたり、手や足を動かすようにさせたりするといった直接の物理的「強制」が存在していないのであれば、「心の葛藤」を抱えたとしてもそれは本人の自由であるという内心の性質に引き付けられた理解を導くことは論理的に可能である。

しかし、この理解は、あくまでも、権利の性質を説明する文脈から導かれたものであって、どの様に保障すべきかを示しているわけではないという点に十分注意しなければならない。すなわち、いかなる暴力にさらされようとも、自らが選んだ価値を手放すことはなく、いかなる暴力によろうとも、その者の心の中に立ち入ることは決して叶わず、無理矢理に跪かせ、頭を下げさせ、手を振らせようとも、自律型人間モデルが貫かんとする信念を捻じ曲げることは決してできないという内面的精神活動の高潔さを強調する文脈において、内心の自由は絶対不可侵の領域に位置する自由であるということに間違いないであろう。

このように、自由の性質に基づき、何者も手出しができない高潔な性質を備えた自由なのであるから、何者かが外形的な態度（例えば敬礼）を求めようとも、心の中の自由、すなわち一九条の自由が揺らぐことは決してないと言語することはできる。しかし、高潔といった内心の自由の性質を語ることと、内心が覆されることは決してないのであるから外部的な態度の強制は一九条の問題にはなりえないという説明とは必ずしもイコールではないのである。

では、一九条が「侵してはならない」とする文言によって保障しようとしているものとは一体何なのであろうか、それは、まさに、圧力にさらされていないという状態なのである。これを言い換えれば、思想や良心を安心して選択できる心的環境が十分に確保されている現実の環境が確保されていなければならないことなのである。いかに高潔なる性質を有する自由とはいえ、過去の経験からも、「心の葛藤」を抱かなければならないような恐怖を感じる環境に自身が追いやられることは、それ自体が、自由に対する脅威であることは明らかである。真意を知られることにより迫害を受けるかもしれないといった憂いや不安を抱くこと自体が自由に対する脅威と理解されるべきものである。つまり、「思想及び良心」を保障することとは、「心の葛藤」なく、多様な思想や良心を選択しうる環境を確保することなのである。<sup>(69)</sup>

憲法のダイナミズムにしたがえば、「心の葛藤」から解放された自由なる環境を確保するためには、国家によるあらゆる干渉を排除しなければならない。そのためには、自由な選択環境を阻害する国家の活動を禁じ、阻害要因を引き起こす国家の活動を排除する必要があるのである。

したがって、本稿が指摘している「同調圧力」によって生み出される内心の告白や沈黙は、それらの行為が強制されていたのか否かの外形を判断するという形式的な審査によるのではなく、そのような選択を迫った結果生じた内心への圧迫や干渉など、「心の葛藤」を引き起こす内心への「同調圧力」を見極める実質的な審査によらなければならない。そして、そのような環境が何者によって形成されていたのかという点に審査の的を絞ることで、「同調圧力」の実態を捉えなければならないのである。すなわち、「同調圧力」を生みだしている環境そのものを、一九条を脅かす侵害と位置づけ、そのような環境に国家が関与することが一九条違反となるという枠組みを設定する必要があるのである。

例えば、告白すること・しないこと、沈黙すること・しないことを選択する結果、その者の思想が推知され、結果的に露呈してしまうような環境が形成されているのであれば、その環境自体に、告白を強要する「同調圧力」が存在しているということとなり、一九条を侵害する「強制」ということになる。そうせざるを得ないように求める「同調圧力」は、結果として意に反する選択を強要するものとなり一九条に違反するものとなる。さらに、推知によって思想が露呈することを恐れ、意に反する態度を示さざるを得ないような状況、すなわち「同調圧力」が国家的コミュニケーションにより形成されているのであれば、それは、自らの意に反する態度の表明を国家機関が「強制」しているということになる。<sup>(10)</sup>これらの「同調圧力」は、一見して直ちに指摘できるものではない、密やかなるものである。しかし、密やかであろうとも圧力は圧力なのである。すなわち、謝罪広告判決における「上告人の屈辱的若しくは苦役的労苦を科し、又は上告人の有する倫理的な意思、良心の自由を侵害することを要求するもの」や、「これを強制することが債務者の人格を無視し著しくその名誉を毀損し意思決定の自由乃至良心の自由を不当に制限する」ものに該当する可能性の高いものということになる。<sup>(11)</sup>なかでも、とりわけ、人格を無視する暴力であると分類できよう。

以上、非言語的コミュニケーションによって形成される「同調圧力」を生み出す環境そのものが、一九条を侵害する「強制」を構成するものであることが確認された。そして、国家は、そのような環境を設定することを厳に慎まなければならないことが憲法によって要請されていることが確認された。

「思想及び良心」に対する「同調圧力」を生み出す環境について、その「強制」の度合いを実態に即して審査し、その「強制」に国家が関与していたのか否かを審査する必要があるのである。とはいえ、「同調圧力」を生み出す環境を審査するとしても、まずは、審査の対象となる環境が、いかなる目的のために何を実施しようとして形成さ

れたものなのかを審査する必要がある。具体的には、特定の環境、例えば、催しが行われているような場合において、特定の価値観に基づき同調することを求める圧力が存在していたのかを判断しなければならず、何らの外的指標（態度の要求など）によって、その環境の実態をとらえるよりほかに道はない。となれば、結局のところ「思想及び良心」を外的に表出する際に示される態度など、非言語的コミュニケーションに関与する国家の活動実態を審査するよりほかない。<sup>(72)</sup>

「思想及び良心」に対する保障の態様を踏まえれば、例えば、公立高等学校の校長が教職員に対し、卒業式等の式典における国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを命じる職務命令を下すことが、それに従う考え方を個人に「強制」し、それに反する考え方を抑圧するようにも作用するものであることを想定しなければならぬ。そして、この種の「強制力」、すなわち「同調圧力」が多くの非言語的コミュニケーションの中に潜在していることも想定しなければならない。これらを踏まえると、個人の「思想及び良心」に反する行為を法が「強制」し、それにより法と良心の衝突が引き起こされ、その様な状況下で、やむなく法に従うという環境によって個人の「思想及び良心」が侵害されることも想定されうる。

特に、外部からの一定の作用、働きかけによって自己の思想や良心の領域が侵害されようとしている環境においては、それを防護するために、外部からのそうした作用・働きかけに対して防衛的・受動的にとられる拒否・拒絶の態度は、自己の「思想及び良心」の自由の保障にとつて、不可欠な内心の表出として捉えられるべきものとなる。もっとも、態度に対する「強制」が問題となる場合、何らかの態度（例えば、跪くなどの態度）によって明確な思想（畏敬・崇拜）が表されているのであれば、それは、むしろ「表現そのもの」に対する「強制」として憲法二一条の射程において論じた方が訴訟形式論としては合理的といえる。<sup>(73)</sup>とはいえ、現実の訴訟状況を考慮すると、思

想と密接な関係にある態度それ自体が、二二条の保障対象に含まれるのか否かを争う段階においては、非言的コミュニケーションによって構成される態度それ自体は、言論／行動二分論による安易な分類によって、二二条の直接の対象（表現そのもの）から外されることもしばしばである。また、態度の表示に基づく表現について、特定の態度を規制する法律に潜む違憲性を論じるとしても、これも、言論／行動二分論によって、態度の規制は内容中立規制と安易に分類され、その実質的な表現内容（表現される思想内容そのもの）に対する侵害が慎重に審査されることは少ない。この場合、態度を規制するということがそれ自体が「表現そのもの」への直接の侵害であることを確認するためには、態度それ自体が内心と不可分の関係にあることが確認されなければならないのである。それを論じるためにも、その前提となる、非言的コミュニケーションによって形成される「同調圧力」を生み出す環境そのものが「思想及び良心」の自由に対する「強制」を構成するものであることを確認する必要があるのである。次では、このことを明確に指摘したアメリカの事例を考察することにより、国家による思想の「強制」とそれを見極めるための憲法学的視座について検討する。

### 三 「密かなる間接的強制」を捉える憲法学的視座

#### 1 アメリカ合衆国憲法修正第一条と伝統的文化教育

総則的機能が期待される日本国憲法第一九条の規範力をより現実的なものとするためには、「思想及び良心」を脅かす非言的コミュニケーションに関与する国家の活動実態を審査するための判断枠組みが示されなければならない。すなわち、国家の「同調圧力」を審査する基準である。繰り返しになるが、「同調圧力」が明確な「表現」

や「宗教」に関するものであれば、二一条や二〇条に基づく判断枠組みにより審査することができる。しかし、本稿が考察する「同調圧力」は、明確な言語によるものではない無言の圧力であり、もっぱら世俗性の高い思想や良心に関わる「同調圧力」なのである。そこで、多様な精神活動を一つの条文で広汎に保障するアメリカ合衆国憲法修正第一条の法理を参照することで、その総則的機能を読み解き、国家の「同調圧力」を審査するための判断枠組みを検討する。

アメリカ合衆国憲法修正第一条は、「連邦議会は、国教を樹立する法律を制定し、もしくは信仰上の自由な活動を禁止する法律を制定してはならない。また連邦議会は、言論および出版の自由を制限し、あるいは人民の平穩に集会する権利、ないし苦痛時の救済に関し政府に請願する権利を制限する法律を制定してはならない」と定め、表現の自由条項、信教の自由条項及び国教樹立禁止条項により精神的自由を幅広く保障し、<sup>(76)</sup> 外面的精神活動の自由と内面的精神活動の自由を不可分のものと位置づけ、自由を実質的に保障する法理を提供している。<sup>(78)</sup>

修正第一条のもとは、内心の自由をより実質的に保障するために、自身の思想・良心が推知されることで結果的に露呈してしまうような環境それ自体を内心に対する脅威であると位置づけ、そのような環境に個人を立たせることこそが「強制」にあたると考えられている。そして、そのような「強制」を生み出す環境に国家が関与することが禁じられている。<sup>(79)</sup> この点は、特に、政教分離原則を掲げる国教樹立禁止の法理により具体化されている。国教樹立禁止条項は、諸個人の自由な思想選択を脅かす国家の干渉を排除するために、国家と宗教との決別を宣言し、特に公的教育機関における宗教の取扱いについては厳格な中立姿勢を要求している。修正第一条は、いかなる理由があろうとも国家機関が「同調圧力」に関与することを禁止しているのである。そして、多様なコミュニケーションがひしめき合うことで生み出される思想の選択環境において、真の意味での自由を確保するためには、国家機関



が立ち入ってはならない空間があるということを示唆しているのである。<sup>(80)</sup> 本稿とのかかわりでは、「同調圧力」と常に隣り合わせの環境である学校空間と、公的教育機関の実施する文化教育の関係が問題となる。

公的教育機関における宗教的価値観の取扱いについて、連邦最高裁判所は、これまで、修正第一条の国教樹立禁止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ぬ」ということであり、公立学校から宗教を完全に排除することではないとする判断を下してきた。さらに、最高裁は「宗教について教えるということは、宗教の刷り込み (indoctrination) となるのでなければ、より完全な教育を実現するうえで重要な役割を果たしている」と述べ、<sup>(81)</sup> 公立学校で宗教を教えることの重要性を確認しており、現在、公的教育機関では宗教との関わり合いをある程度まで持つことが許容されている。とはいえ、政府が特定の宗教に偏重することは、当然、憲法により禁じられており、偏重の結果もたらされる「強制」も禁じられている。そうした中、文化的な価値に基づく教育が引き起こす「心の葛藤」が表現の自由と政教分離の両方の観点から議論されている。

修正第一条の中立要請のもと、公的教育機関が伝統的文化教育を実施する場合には、生徒個人が有する宗教的背景に鑑み、慎重な配慮が求められている。<sup>(82)</sup> 特に、伝統的・文化的価値を体现する儀式が執り行われる際には、儀式的持つ影響力が精神に強制的働きかけることに注意が必要となる。<sup>(83)</sup> この点は、公立学校で実施される「忠誠の誓い」の儀式に潜在する圧力が修正第一条に違反していると指摘した *Barnette* 判決が示されて以降、公的教育機関は世俗的な儀式であったとしても、例えば、卒業要件と定めるなど、その参加を義務づけることは憲法に違反する「強制」となることが確認されている。<sup>(84)</sup>

*Barnette* 判決が示されて以降は、世俗的な儀式であったとしても公的教育機関が儀式の参加を義務づけることは修正第一条に違反する「強制」と判断される。儀式を催す際には欠席や退席など何らかの選択肢が用意されてい



ければ修正第一条を逸脱する「強制」にあたると解されている。その結果、現在では、公的儀式が実施される場合に参加の義務が課されることは形式的にはなくなっている。しかし、公的な教育機関で実施される伝統的な儀式行事は依然として続けられており、儀式への参加を要請する学校と、それを拒絶する者の心の中にうまれる心の葛藤という問題は依然として解消されないままであった。「忠誠の誓い」の唱和、唱和時の国旗への敬礼儀式が世俗的とされているとはいえ、そこで教えられる価値は、アメリカの市民宗教と捉えることのできる価値を含んでおり、諸個人における「心の葛藤」という憲法課題は、儀式の存在そのものを疑問視する文脈において、新たな展開を示す必要性に迫られた。この文脈における問題に対して、*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したものに「強制テスト」の登場がある。

「強制テスト」は、州によって生み出される心理的圧迫や干渉を判断するために導かれた枠組みで、*Lee v. Weisman*, 505 U.S.577 (1992) によって示された基準である<sup>(38)</sup>。このテストを分類するとすれば政教分離における「過度のかかわりあい」を審査するレモン・テスト、エンドースメント・テストの系列に属する。しかし、「強制テスト」は、諸個人との衝突をきたす慣習化・世俗化した儀礼的儀式について、そこに潜む宗教的濃淡を厳格に審査することで、州と宗教との結びつきを検証するテストとは異なり、思想や良心に対する精神的圧迫となる「同調圧力」を実質的に検証することで、諸個人の思想的背景や、良心を打ち明けることを余儀なくさせる圧力が、儀式自体の中に備わっていないかを審査する枠組みを示しているのである。この「強制テスト」を考察し、日本への示唆を検討する。

## 2 Lee v. Weisman, 505 U.S. 577

「強制テスト」を導き出した Lee v. Weisman 判決では、州立学校において合衆国の伝統的な文化行事と位置づけられてきた卒業式での祈祷儀式が、政府の権力を背景に特定の価値観への共感を要請する「同調圧力」を形成しているとして、その違憲性が争われた<sup>(38)</sup>。この判決で連邦最高裁判所は、Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971) によって導かれた Lemon・テストは適用せずに、「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国家の活動を審査する基準を打ち出した。これが、州による思想選択への「強制」があった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」であった。以下、少し長くなるが、Lee v. Weisman 判決をみる。

### ◇事実の概要

アメリカの公立学校では「忠誠の誓い」の唱和、唱和時の星条旗への敬礼、そして聖書の朗読、賛美歌の合唱、祈祷といった儀式がほぼ毎日繰り返されている。これらの儀式は、アメリカの伝統的文化的儀式と位置づけられ、伝統的文化教育の一環であると捉えられているのであるが、修正第一条を逸脱する国家の行為となるのではないかと、その違憲性が議論されていた<sup>(39)</sup>。

本件の舞台となった Rhode Island 州 Providence 市では、公立学校の卒業式に聖職者を招き祈祷と祝福を行う儀式が長年の慣例となっていた。一九八九年六月二九日、Nathan Bishop 中学校の Lee 校長は、慣例に則り卒業式に

聖職者を招き祈祷式を催すこととした。卒業式での祈祷について校長は、事前に、聖職者に対し「キリスト教徒・ユダヤ教徒全国会議 (National Conference of Christians and Jews)」が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)」を手渡し、特定の宗派に偏らない非宗派的な祈祷式を行うように要請した。<sup>90)</sup> この卒業式での祈祷に対し、同校の卒業を控えていた Deborah Weisman の父 Daniel Weisman が、卒業式の四日前に Providence 市の市民として、また、Deborah の訴訟後見人として、公立学校が卒業式において祈祷と祝福を行うことを禁ずる緊急差止命令を Rhode Island 地区連邦地方裁判所に求めた。しかし、裁判所は審理の時間がないことを理由に訴えを退けた。結局、卒業式では祈祷が行われ、Deborah Weisman とその家族は卒業式に出席した。

一九八九年七月、Deborah の父 Daniel Weisman は、再び、公立学校が、今後、卒業式の式典に聖職者を招き祈祷式を催すことを禁じる終局的差止命令 (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なるとして国教樹立禁止条項に違反するとの判決を下した。これに対し、連邦控訴裁判所は、連邦地方裁判所の判断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。<sup>91)</sup>

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、「本判決の行方を特徴づけ、支配している主要な事実は、州政府が初等・中等学校における卒業式式典において宗教的祈祷を実施することを推奨し、実際に実施していたということである」。そして、「この卒業式への出席と祈祷式への参列は、確かに、卒業証書授与のための必要条件となっているわけではなかったが、現実的には極めて義務的であったといえる」と述べ、「そこには、捉えがたい強制的圧力が存在していた」と、州が公的に祈祷式を主催した場合、そこには容易には捉えがたい「強

制」が生み出されていたと指摘する。そして、この様な特定価値を奨励する儀式を催すことが、修正第一条の国教樹立禁止条項によっても禁止されている精神に対する「強制」を構成するものであると指摘する<sup>(94)</sup>。

### ◇法廷意見

法廷意見は Kennedy 判事によって書かれている。法廷意見は、これまでに連邦最高裁判所が判断してきた、学校が催す儀式における宗教性の審査事例との違いを次のように強調する。

連邦最高裁判所は、州の活動が、修正第一条のもとで許容された宗教との係わり合いに留まる程度のものであるのか否かを審査してきた事案との違いを次のように強調する。

「本件は、州議会の開催が、毎回、祈祷によつてはじまるという宗教的慣例を争った宗教の適合性を審査した事案とは異なり<sup>(95)</sup>」、「本件において、審査すべき本質的な問題は、卒業式において宗教的な儀式が執り行われていたのか否かの問題ではなく、そのような儀式が執り行われる際に、それに葛藤を覚える生徒が順応せざるを得ない心境へと追いやられているという事実である」と述べ、「心の葛藤」を引き起こす環境に焦点を定める。そして、「本件においては、我々を深く悩ませてきた政府と宗教のかかわり合いにおける境界線を審査する基準について、その基準に基づく検討が求められているわけではない<sup>(96)</sup>。……本件では、レモン・テストを改めて検証する必要性はないのである」と述べる<sup>(97)</sup>。そして、「近年、最高裁によつて示された、州政府にも宗教的活動を實踐する権限がある程度まで容認されているとする論理は、決して、国教樹立禁止条項が確立した根本的な規範に取って代わるものではない。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のである。そして、『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

で政府が働きかけてはならないこと確約するものである。このことに、なんら、疑いを差し挟む余地はないのである。……本件における、学校主催の祈祷式における州政府の関与は、これらの中心的な原則に違反する性質のものとなるのである」と、<sup>99</sup>中学校において実施された祈祷式そのものが修正第一条の国教樹立禁止条項に違反する「強制」を内在するものであったのだと指摘する。

法廷意見は、さらに、州政府の関与の実態について「本件では、校長が、祈祷を実施すべきだと決定した。この決定は結局のところ州政府に帰属し、憲法の観点からいえば、州政府が祈祷を実施するという政令を発したも同然となる」と評価する。そして、「そもそも、州が特定の宗派の聖職者に祈祷を行わせると決定することは、他宗派に属する者にとってみれば分裂・分断を引き起こすほどの不和をもたらすものとなることは明らかである。もちろん、この様な不和を引き起こすという可能性は宗教にかかわる公的政策の全てに付随し得るものではある。それゆえ、不和が存在するから、あるいはその可能性があるからといって、直ちに、宗教に便宜を図ろうとする国家の試みの全てが有効性を失うわけではない。しかし、不和における具体的な問題は、それが公立の学校という、密かなる強制力が存在する環境においてなされているということに問題がある。本件の儀式は、生徒に参加あるいは出席を避けるという選択を可能とする真の意味での選択肢が用意されていない環境において実施された儀式であった。そうである以上、この問題を放置するわけにはいかない。」と述べ、<sup>100</sup>「現実的には、生徒にとってみれば参加が義務づけられていると考えられるといった、宗教上の心の葛藤をもたらす空間において、祈祷式を行うことそれ自体が憲法に適合的であり得るかどうかが問題なのである」と指摘し、審議を進める。

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があまりにも貴重であり、政府機関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。修正第一条は、宗教的信念と信仰の維持における伝達と崇

拝について個人的領域における自己の責任の下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。……学校当局には特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にしてみれば、学校当局から参加や出席を要請されていると受け取るだろう。……本件における学校の関与のあり方は、卒業式における祈禱式に公的儀式としての象徴性を与え、儀式を拒否することを望む学齢期の子供たちに思想選択におけるジレンマという心の葛藤を引き起こさせる環境へと追いやっているのである」と指摘し、<sup>(四)</sup> 祈祷を望む生徒と望まない生徒それぞれの「心の葛藤」の存在に焦点を定め審議を進める。

法廷意見は、学童における「心の葛藤」の存在に鑑みるに、本件における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。

「修正第一条は、言論の自由と宗教の自由をまったく異なる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かかわる内心の自由を保障する。なぜなら我々にとって最も重要となる思想の表明は、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。<sup>(五)</sup> これは全く逆に、信仰の自由と宗教にかかわる内心の自由を保障するメカニズムは、宗教に関する論争や言論活動において、政府が主たる参加者となることは許されない。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自体が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。

修正第一条より導かれる宗教的態度（礼拝）の自由は、言論の自由条項により導かれる思想の自由と並行して良心の自由と崇拝の自由を保障する。これに対し、国教樹立禁止条項は、宗教的事項に対する国家干渉の形態を特別

に禁止するものである<sup>(16)</sup>。……この解釈は国教樹立禁止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を示す態度であったとしても、その態度が、ひとたび政府の手にかかる<sup>(17)</sup>と洗脳 (indoctrinate) と強制 (coerce) のための政策になりかねないというものである。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。これは、押しつけでない真の信仰心を確保することではしか護ることのできない良心の自由を、重大な危機に陥れる「強制」以外のなものでもないのである」と指摘している<sup>(18)</sup>。

学校教育の場という、限定された特別な法的空間において実施される儀式は、「先例が指摘してきた通り、学齢期の子供たちの思想の選択におけるジレンマという心の葛藤を引き起こさせる環境へと追いやっている<sup>(19)</sup>」であり、良心の自由への密かな強制の圧力にさらされているという懸念が高まる。とりわけ、公立学校における祈禱行事は、良心の自由への密かな強制という具体的な危険をはらんでいることが認められている。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が、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なるものである。

学校教育の場では、信仰を有する大多数の者にとってみれば、宗教への当然の敬意を、無信仰者や他宗派者に求めるに過ぎないといった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、学校という国家機関の用いる宗教こそ正統なるものとして承認することを強制することと受けとめられるかもしれない<sup>(20)</sup>。

こうした現象について、「本件の卒業式に対する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禱と祝福の間、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同調圧力とならんで、公的圧力が働いていたことを否定できない事実がある。同調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。……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行為は祈禱への参加を表明することに疑問の余地がない。これこそが、宗教的行為の要点である。したがって、起立あるいは沈黙することは参加ではなく単なる敬意であると言われても、非信者にとつてたいした救いにはならない。重要なのは、我々の社会的慣習では、集団的行動は自らの参加あるいは賛意を意味すると良識ある非信者が信じる可能性があることである。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、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今は問わないが、国家は国教樹立禁止条項に則り、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考えてる。……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、「心の葛藤」を引き起こす「選択」への「密かな間接的」な「強制」が修正第一条の禁止する国家のコミュニケーションであると断ずる。

法廷意見は最後を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ぬ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、政府が求めた遵奉は国教樹立

禁止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当であつた。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つて、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。この問題での我々の法理は、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、国家によつて侵害されているのか否かを確定する審査基準のひとつを影響するものとなる<sup>(9)</sup>。「我々は、卒業時及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。しかし、本件が問題としているのは、反対する若い卒業生が協調行動を促される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つてこれは禁止されている。よつて原判決を維持する」とする判決を下した。<sup>(10)</sup>

#### 四 「密かな間接的な強制」を判断する枠組み

##### 1 「強制テスト」

「強制テスト」は、「レモン・テスト」<sup>(11)</sup>、「エンドースメント・テスト」<sup>(12)</sup>とともに、国教樹立禁止条項に基づき国家の中立性を審査するテストの系譜に属するものであるが、国家の政策における宗教色の濃淡を審査し、宗教との「過度のかかわりあい」を検出する「レモン・テスト」や「エンドースメント・テスト」とは異なり、「心の葛藤」を引き起こす「密かな間接的な強制」の存在を手掛かりとすることで国家の違憲性を判断するテストである。

精神的自由に対する「強制」を検出する際、この「強制テスト」が登場するまでは、明確な法形式による強制の存在を指摘することができなければ、国家機関により生み出された「強制」の存在を審査することはできないでいた。つまり、具体的な法律による侵害が指摘されてはじめて、違憲となる「強制」であるとの判定を導き得たのである。これに対し、「心の葛藤」を引き起こす環境自体を修正第一条に抵触する「強制」と位置づける、「強制テスト」の判断枠組みのもとでは、現実的に存在する密かなる間接的な強制をも、現実的に修正第一条を侵害している「強制」として検出するのである。

そもそも、政府機関の活動の中に修正第一条を逸脱する「強制」が存在していたのか否かを判断する枠組みを示したのは、一九八九年の *Allegheny County v. Greater Pittsburgh ACLU*, 492 U.S. 573 の *O'Connor* 判事（「強制」の存在に言及したパートⅡには *Brennan* 判事と *Steven* 判事が同意している。）の一部補足一部反対意見であった。<sup>(11)</sup> ここで提唱された「強制」の射程は、非常に広く、「強制」とは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法律に基づく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) な態度など、間接的なものも含み定義づけられるべきものであった。これを受け、連邦最高裁判所も「強制」という概念を幅広く現実的に理解し、修正第一条によって禁止すべき国家による思想の「強制」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。<sup>(12)</sup> そして、「強制テスト」は、そのような「密かな間接的な強制」、すなわち「同調圧力」を引き起こす環境を「強制」と位置づけ、そのような環境に国家機関が関与することを固く禁じたのである。

*Lee v. Weisman* 判決では、「同調圧力」を引き起こしがちな学校環境において儀式を行う際に、校長がパンフレットを渡し、世俗的な内容の儀式を執り行うよう要請したことが国家の関与であるとし、その関与が、特定思想への

「同調圧力」にお墨付きを与え、周囲の者に公式な表明であるとの印象を与える場での告白の要請となり、その結果として、「心の葛藤」を引き起こさせた<sup>(15)</sup>と判断している。

宗教的儀式への参加を義務づける法律も思想の内容に基づく選択を強制する法律も存在せず、ただ、世俗的な儀式が執り行われたという事実しか存在しない場合、すなわち、形式的な直接強制が目に見て明らかでない場合は、問題となる政府の活動について、その宗教色の濃淡をその指標とし、政府の宗教目的を見極めようとしても儀式自体はもともと世俗的なものであるから、その宗教色を指摘することは困難となり、先例の示した国教樹立禁止条項違反を検出する「レモン・テスト」、「エンドースメント・テスト」をパスする可能性は高いものとなる。これに対し、政府が信教の自由条項により導かれる思想及び良心の自由に対して、何らかの「強制」を与えているのではないかを見極めようとする「強制テスト」においては、政府による活動目的にみる宗教色の濃淡は直ちに問題とはならず、その効果への審査に重きが置かれている。しかも、その効果への審査は、宗教を促進するか否かによる宗教の援助をみてはかるのではなく、諸個人の信仰心に及ぼす効果を実質的に審査する。すなわち、国家の活動の結果、諸個人の信仰心に窮屈な思いをさせるといった「心の葛藤」を生じさせたことが「強制」であり、そのような「同調圧力」を生む環境が、信仰の自由を侵害していると判断するのである。そして、そのような環境に国家が関与していたのか否かによって違憲性が判断されるのである。

## 2 「強制テスト」が示唆する課題

「強制テスト」を用いて「同調圧力」を検出するためには、結局のところ、諸個人の置かれた環境がどのようなものであったかを審査するしかない。だが、その端緒となるのは、例えば、賛意を意味する態度をさせられたであ

るとか、沈黙を余儀なくされたとかといった、その境遇に身をおく者の実感、すなわち「心の葛藤」に基づく。そして、外部に表出され態度を手掛かりに、「心の葛藤」を引き起こした「強制」の存在を判断することとなる。もちろん、この場合に想定される告白や沈黙を余儀なくさせる手続それ自体は、内面的精神活動の内容の制限を直接の目的とするものではない。本来の目的は別にあるが、告白や沈黙の態度を余儀なくさせる手続きの結果引き起こされる「心の葛藤」が問題となり得る。したがって、いわゆる間接的・付随的制限に類する制限であり、いわゆる内容中立規制に類する制限が「強制テスト」の審査対象となる。つまり、一見、間接的・付随的に見える制限であっても、実は、思想及び良心を直接的に侵害する可能性があるとして審査をすすめることとなる。また、この審査をすすめるにあたっては、人間相互のコミュニケーションにおいては、内面的精神活動と外面的精神活動とが一体不可分の関係にあるものと解釈することを出発点とすることを意識しておかなければならない。確かに、審査の対象となりえる国家の活動は、形式的には外面的精神活動に対する密やかな間接的な強制となるものがほとんどである。しかし、「強制テスト」は、それを内面を直接的に脅かす「同調圧力」であると位置づけ、実質的な「強制」を審査するのである。そして、内心そのもの（思想及び良心の内容）に重大な精神的影響が及ぼされているのであれば、そのような現実的な侵害を与える環境を「強制」と位置づけ、そこに国家が関与することを絶対的に禁じるのである。<sup>(16)</sup>

ここに、非言語的コミュニケーションに關与する国家の活動実態を審査する憲法学的視座の獲得が可能となったわけである。もともと、内面／外面、表現／行動、表現内容規制／表現内容中立規制といった精神と肉体の二元論が支配的な理論状況においては、「強制テスト」の入り口となる内面的精神活動と外面的精神活動の密接な関係を前提とする解釈を採用するだけでも大きな意味を有する。少なくとも、間接的・付随的に見える制限の合憲性が審

査される場合には、従来のような合理性を確認する立法府に対し敬讓的な審査となるのではなく、より厳格な審査がなされるべきとなる。また、内面的精神活動の自由に対する侵害を實質的に審査する「強制テスト」の登場は、これまで、法律に基づく手続きだけを「強制」と捉えてきた狹義の解釈に対し、<sup>(17)</sup>法律に基づく「強制」によらない場合であっても、例えば、卒業式のような重要な日に生徒が欠席できようはずもなく、その式典内で祈祷儀式を実施することは、結局、暗黙裡のうちに生徒に選択の負担を強いることとなるとして、その實質的な「強制」を見極めることを可能とする視座を提供するのである。もともと、この精神的に自由に対する實質の「強制」を見極める拡張的な尺度は、国家と宗教との関わり合いを審査してきた国教樹立禁止条項の審査基準の中において、今後、いかなる審査基準を採用すべきなのかという課題を提起しており、<sup>(18)</sup>「強制テスト」の登場により、全ての問題に決着がついたというわけではない。<sup>(19)</sup>

結局のところ、Lee v. Weisman 判決が導き出した「強制テスト」を、国教樹立禁止条項に関する一般的な審査基準と位置づけることが適當であるのか否かの問題については直ちに解答が導かれるものではない。<sup>(20)</sup>しかし、法廷意見に示唆されたがごとく「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、修正第一条は、国教樹立禁止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思想及び良心の自由、すなわち、内心における思想の「選択」の自由を保障するものであることに疑いはない。<sup>(21)</sup>したがって、Lee v. Weisman 判決によって導き出された「強制テスト」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一条は許容しないことを明確に示す法理を確立する。

Lee v. Weisman 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、それ自体が、公立学校という特別な法律関係に拘束される空間においては、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を、内心の告白や特定思想の支持を「強制」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「密かな間接的な強制」を構成するものとして、憲法上許容されない国家の活動であるとの帰結を導き出している。

### 3 「同調圧力」の審査と厳格な審査基準

「同調圧力」を生み出す環境に国家機関が関与していたのか否かを見極める「強制テスト」の登場は、日本における、「心の葛藤」を引き起こす公的環境による「密かなる間接的強制」の憲法課題を解決する糸口を示している。もちろん、アメリカ連邦最高裁判所が導き出した「強制テスト」を、日本の法廷に持ち込むことで直ちに、日本の問題、例えば、国旗掲揚・国歌斉唱に関する儀式の違憲性を争うことができるようになるということにはならない。というのも、国旗掲揚・国歌斉唱に関する儀式を支える文化的・社会的諸条件において、「日の丸」と「星条旗」とでは、その背後にある文脈に大きな違いがあるからである。アメリカの憲法問題が直ちに日本国憲法の問題となるわけではない。では、この「強制テスト」が示唆する課題から何を学ぶべきなのであろう、それは、「強制テスト」という判断の枠組みを可能とする憲法の基本的ダイナミズムによる思考経路なのではないだろうか。すなわち、明確な表現によらない無言の圧力を生みだしている世俗的な儀式によって「同調圧力」が形成されている場合に、その圧力によって現実的に精神的自由が侵害されているのであれば、その侵害を実質的に審査し、その審査過程に



においては、厳格な基準に基づき審査すべきであるという、判断の枠組みにおける道しるべがアメリカの「強制テスト」から導き出されるのである。このことは、間接的・付随的制限と一九条の憲法問題においては、厳格な審査基準を採用すべきであるという提案を意味する。

例えば、日本の最高裁判所は、国旗掲揚・国歌斉唱の際に起立する行為を、国旗に対する敬意を表す態度であると評価し、「自らの歴史観ないし世界観との関係で否定的な評価の対象となる『日の丸』や『君が代』に対して敬意を表明することには応じ難いと考える者が、これらに対する敬意の表明の要素を含む行為を求められることは、その行為が個人の歴史観ないし世界観に反する特定の思想の表明に係る行為そのものではないとはいえ、個人の歴史観ないし世界観に由来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行動（敬意の表明の要素を含む行為）を求められることとなり、それが心理的葛藤を生じさせ、ひいては個人の歴史観ないし世界観に影響を及ぼすものと自由についての間接的な制約となる面があることは否定し難い」と述べている。この点は、内面的精神活動と外面的精神活動の一体不可分性を強く意識した見解であるといえ、一見、間接的・付随的に見える制限であったとしても、現実的には内面的精神活動に重大な影響を及ぼす可能性が想定されていると読むことができ、「強制テスト」の前提となる、内心と外心を包括的に保障する一九条の制限規範性が導かれる余地が示されている。したがって、日本の審査実情において検討されるべきは審査密度をより高めるうえで必要となる判断枠組みであるといえる。この点に関し、日本の最高裁は、「このような間接的な制約について検討するに、個人の歴史観ないし世界観には多種多様なものがあり得るのであり、それが内心にとどまらず、それに由来する行動の実行又は拒否という外部的行動として現れ、当該外部的行動が社会一般の規範等と抵触する場面において制限を受けることがあるところ、その制限が必要かつ合理的なものである場合には、その制限を介して生ずる上記の間接的な制約も許容され得るものという

べきである」と述べ、いわゆる、緩やかな審査基準を採用している。これに対し、「強調テスト」の判断枠組みを踏まえるならば、すくなくとも、その必要性と合理性を審査するにあたっては、その審査基準の厳格密度度は高いものとなる。そもそも、一九条を軸とするのであるから絶対的保障の立場から原則的に違憲と判断しなければならぬ。したがって、「心の葛藤」を引き起こす国家作用については、その目的がやむにやまれぬ必要不可欠な（最高度に重要性の高い）公共的利益であり、規制手段は、その公共的利益のみを具体化するように厳格に定められていなければならないこと（必要最小限のものであること）の要件の充足が求められる（挙証責任は公権力側にある）厳格な審査基準を採用すべきとの判断の枠組みを提示することが可能となる。さらに、一九条の総則的規範性により、信教や表現の自由における間接的・付随的制限の違憲性判断審査においても、厳格な審査基準を採用すべきとする主張が可能となるのである。また、仮に、従来の枠組みに引き付け、間接的・付随的制限を合理的で必要やむを得ないものとして許容するとした場合であっても、それを審査する際の基準は厳格（違憲推定）に運用されねばならない。したがって、例えば、①制限の目的が重要な公共的利益を促進するものであり、②思想及び良心の自由の抑圧と無関係であること、③規制手段の思想及び良心の自由に及ぼす付随的効果（間接的影響）は制限の立法目的を促進するために是非とも必要という限度を超えるものでないこと、という三つの要件で構成される基準を満たさなければ、違憲との評価をまぬがれないことになる。<sup>(12)</sup> 厳格な運用の場合は、特に、②の点が、慎重に審査されねばならず、間接的であれ付随的であれ「思想及び良心」を侵害しているのであれば違憲のものとして位置づけるべきであろう。このように「同調圧力」という概念を用い、それを検出する「強制テスト」を用いる思考経路をたどることにより、日本の裁判が示してきた判断の枠組みのもとでは容易に捉えることのできなかった審査すべき新たな項目の存在が浮かび上がってきた。そして、その項目を誠実に審査すべきとすることで、現実的な人権侵

害に対する憲法論を導く視座が示された。そして、この視座の獲得により、制限されたことに真に気がつかず見過ごされてきた小さな制限の中に潜む深刻な憲法問題を解き明かす糸口が示された。今後は、具体的な事例に即した実践的な解釈に基づく検討がなされねばならず、精神的な自由に対する間接的・付随的制限の憲法問題は今後の検討課題であり続ける。

## おわりに

日本国憲法は、個人の精神的自由が蹂躪された経験を踏まえ、「思想及び良心」の自由を絶対の価値として位置づけ一九条を創設した。したがって、その解釈において、実質的な精神圧迫となる国家の行為を絶対的に排除する制限規範として位置づけられなければ一九条の本来的な意義は失われてしまう。その意味において、「同調圧力」という概念を通じて、一九条の保障範囲を拡張する解釈を検討することには大きな意味がある。そして、この保障範囲を拡張的に捉えようとする思考実験は、現実の裁判における技術的な実践論と並行してなされるべき課題であるといえるのではないだろうか。

精神的自由に対する現実の抑圧に対抗しうる一九条の解釈が求められているとはいえ、今日、全体主義といった物々しい勢力が悪意を持って人々を欺き、精神的自由のない抑圧社会を生み出すというような事態は現実的には起こり得ない。現代における思想の統制は、むしろ、「誠実に自由を守ること願いながら、自由を制限することが自由を守る最上の方法であると考えるもの」によって引き起こされる。「彼らは、将来多くの自由を守るために、今少しばかりの自由を制限することを提案している」。現代社会に生きる我々は、「非常に大きな自由を享有している

ので、少しばかり自由が制限されても、制限されたことに真に気がつかずに大きな自由を享有していると信じがちである」。つまり、われわれは、「われらの自由を不注意に扱っている」のである。しかし、問題は、この小さな自由の制限が、積み重なって行くと、大きな自由の制限となり、そうなる間に、われわれが以前には自由に慣れていたのと同様に、自由が制限されることに慣れてしまうことである。「自由の制限は、自由を守るためには必要だから正当である、とすることは、結果において、自由を全く抹殺することになりかねないのである」<sup>⑧</sup>。

本稿が考察した「同調圧力」を生み出す環境というのは、まさに、わずかばかり自由を制限することを提案するものなのである。多様な価値を有する人間同士の安定した調和や和を尊ぶのであれば、少数者の「心の葛藤」は寛容なる自身の思想選択により解決されるべき心の問題となるのかもしれない。しかし、自由相互の矛盾と衝突を予め避けるために、一人、二人の少数派の内心（時として憎まれがちな思想）を制限する程度であれば許容できるとするという選択は、結局、ひとりの人間の内心の自由を尊重しないということと同じなのである。憲法の制限規範性を強調する視座のもとでは、精神的自由に関するいかに小さな制限であったとしても、それを見過ごすことはできず、絶対的な保障を導く一九条論が検討されるべきとなるのである。その意味からも、「同調圧力」を生み出す環境に国家機関が関与していたのか否かを見極める「強制テスト」のさらなる考察は、日本における沈黙の自由論に多くの示唆を与えるものとなるのではないだろうか。

(1) 「検閲」や「事前抑制」という法的指標では検知できないような抑圧であっても、表現内容の中核をなす、思想の選択を脅かす国家による抑圧や干渉は存在している。ただ、裁判という場において政府の影響力を指摘する明確な法概念が定義さ

れてこなかっただけである。この法的定義の定まらない抑圧の存在については、政治学や社会学などによつてはやくから指摘されていた。例えば、Hamah Arendt は、THE HUMAN CONDITION の中で、とらえがたい密やかな圧力の存在を指して「社会的なるもの (Social)」と名づけ、「これらのルールはこつこつその成員を『正常化 (normalize)』し、そのように振る舞わせ (behave)、ひいては自発的な行動 (action) や際立った偉業を排除する傾向をも持つ (at 40)」と論じ、人々を特定の方角へと仕向ける特殊な抑圧と干渉の力場が目に見えない形で存在していることを指摘している。See Hamah Arendt, THE HUMAN CONDITION, 2nd ed (University of Chicago Press, 1998) at 40-41. 詳しい訳は、ハンナ・アレント (志水速雄訳)『人間の条件』(筑摩書房、一九九四年) 六三―六五頁を参照。この様な法的指標では直ちに検知できない影響力によって、人々は、時として、自らの思想を秘匿しなければならない窮地へと追いやられているのではないだろうか。仮のその圧力に政府が関与しているとするならば、それは、憲法学上の課題として検討しなければならないものとなるのである。

- (2) 法的指標が直ちに検知できないような抑圧の結果、精神的自由が間接的・付随的に制約される場面は間違いなく存在している。この点は、猿払判決 (最大判昭和四九年十一月六日・刑集二八巻九号三九九頁) が示した間接的・付随的制約論を手掛かりに考察することができる。これを、内容規制・内容中立規制の区分に置き換えて、本稿の問題意識に引き付けて理解すると、直ちに検知できないような抑圧を一九条が保障する頭の中のかえに基づく規制なのか、考えとは結びつかない行動を規制している場面なのかに分類することで、一九条の侵害を読み解くことができる。この点、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回―憲法的論証を求めて』(日本評論社、二〇一三年) 二三四頁以下参照。

- (3) 憲法一九条の保障範囲を内心に限定する従来の通説的判断枠組みのもとでは、内心は外部行為から完全に切り離されたものと位置づけられている。それゆえに、個人の精神作用の結果として表出した態度と内面的な精神活動に密接な関係性が存在している可能性について、それが議論の前提とされる場面は極めて少なく、個人が抱える心的葛藤を具体化しうる明確

な論理が確立しているわけではないのである。小泉良幸「思想・良心に基づく外部的行為の保障のあり方」法学セミナー六三四号（二〇〇七年）五一頁、榎透「『君が代』ピアノ伴奏拒否事件にみる思想・良心の自由と教育の自由」専修大学社会学年報四四号（二〇一〇年）六九頁。

(4) 例えば、佐々木弘通「『人権』論・思想良心の自由・国歌斉唱」成城法学六六号（二〇〇一年）一頁、同「思想良心の自由と国歌斉唱」自由人権協会編『憲法の現在』（信山社、二〇〇五年）二八七頁は、一九条の現実的な解釈実践として、「内心に有るものを理由とした不利益取扱い」の絶対的禁止と、「内心に有るものに反する外部的行為の強制」となる「自発的行為の強制」と「外面的行為の強制」の違憲性についてより丁寧に考察する必要があると指摘する。

(5) 最大判昭和二十三年一月一七日・刑集第二卷二二号一五六五頁、最大判昭和三十一年七月四日・民集一〇卷七号七八五頁。

(6) 水谷英夫著『職場のいじめ・「パワハラ」と法』（信山社、二〇〇六年）、同『職場のいじめ・パワハラと法対策、第三版』（民事法研究会、二〇一〇年）参照。

(7) 静岡地方裁判所平成二十三年二月一日公務外認定処分取消請求事件（通称地公災基金静岡県支部長公務外認定処分取消）判例地方自治三六七号五九頁。尚、セクハラ判断基準（平成十年十一月十三日人事院規則一〇一一〇）が存在しているのに対し、未だ捉えがたいパワハラに関する規則は定まっていない。

(8) 思想及び良心の自由に関して間接的・付随的制約の論理を導入した事例に、起立斉唱命令事件における一連の判決がある。最二小判平成二十三年五月三〇日・民集第六五卷四号一七八〇頁、最一小判平成二十三年六月六日・民集第六五卷四号一八五五頁、最三小判平成二十三年六月一日・民集第六五卷四号二一四八頁、最三小判平成二十三年六月二一日・集民第二三七号五三頁、最三小判平成二十三年七月七日・刑集第六五卷五号六一九頁などがある。

(9) 平成二十五年六月二八日に平成二五年法律第七一号として公布されたいじめ防止対策推進法は、無視や仲間はずれなど、

児童等が行う、心理又は物理的な影響（当該行為の対象となった児童等が心身の苦痛を感じることを与える行為をいじめと位置づけ、いじめが、いじめを受けた児童等の教育を受ける権利が著しく侵害し、その心身の健全な成長及び人格の形成に重大な影響を与えるのみならず、その生命又は身体に重大な危険を生じさせるおそれがあるものであることに鑑み、いじめの防止等のための対策の基本となる事項を定めている。ひそやかで暗黙のうちに形成されるいじめへの同調を法的に定義づけようとするものであった。

- (10) 国家機関の行為が憲法によって禁じられた侵害行為をなしていると考えられる場合であっても、個別的利益を明確に主張できなければ法的保護を求めることは直ちにはできないが、この点について、日本の最高裁判所（最二判平成一八年六月二三日判決補足意見・判例時報一九四〇号一二三頁）は、「確かに、国民はそれぞれが、思想、信条、信仰の自由をもっており、……それぞれの国民のもつ自由を享受した結果として相互に寛容さが求められるのに対し、……国民は国の行為に対しては格別の寛容さが求められることはない……そして、我が国憲法は政教分離を規定し、国及びその機関に對しいかなる宗教的活動も禁止しており、……厳格に解されるべきものであると考える。しかしながら、この憲法の規定は国家と宗教とを分離するという制度自体の保障を規定したものであって、直接に国民の権利ないし自由の保障を規定したものではないから、これに反する行為があったことから直ちに国民の権利ないし法的利益が侵害されたものと言うことはできない」と判断している。とはいえ、仮に「公権力が自己の信じる宗教によって静謐な環境の下で特別の関係のある故人の霊を追悼することを妨げたり、その意に反して別の宗旨で故人を追悼することを拒否することができるのであって」、それが行われたとすれば、強制を伴うものでなくとも法的保護を求め得るものと考えられるとされている。

- (11) この様な問題設定の枠組みについて、例えば、樋口陽一・加藤周一『時代を読む「民族」「人権」再考』（岩波書店、二〇一四年）は、「社会的圧力というよりは、モブとしての暴力と制度的多数の中間……たとえば社会の雰囲気であったり、隣



組の空気であったり（二〇一頁）」と述べ、周囲に足並みをそろえようとする「圧力」のもとたらず委縮効果を警戒している。そして、「そういう問題に対する法的対処の、それこそ技術的な仕掛けというのが、アメリカやドイツでは、それなりに発達しています。……一見かんでいると思えないようなことにも「人権侵害に一枚」かんでいるというフィクションをかぶせることで、憲法上の表現の自由とか、思想、良心の自由の範囲を広げようとする技術があります。そういうものに対して、日本の裁判所はまったく取り入れていないわけではないが、比較すれば明らかに冷淡です（二〇二―二〇三頁）」。それ故、「たとえば教科書検定問題は、言いたいことを言わせないだけでなく、あることをお上と言わせるということだ。それは表現の自由というだけでなく、お上が言いたいことを一方的に教室という限られた空間で発するわけだから、自由の侵害という次元――いや、それ以上の重大な話「思想の自由の侵害」となってきます。……侵害するだけでなく、国家の側が一方的にメッセージを発するという問題です（二〇四―二〇五頁）」と論じ、自由に対する重大な侵害に国家が一枚かんでいると想定することで憲法価値の普遍性を高め広げていく論を展開する必要があることを示唆している。「〔内は筆者。〕」

(12) 同調圧力という発想は、一見、新しいテーマのようにも見えるが、古くから指摘されていた問題でもある。例えば、ジョン・ロックは、無言の圧力の存在を世論ないし世評の法と題して、「……徳と悪徳は、どこでも、行動自身の本性で正しい行動または正しくない行動を表すと称される名まえであり、……人々がどこでも、自分たちの間で称讃に値すると判断した行動に徳という名まえを与え、……こうして、どこでも徳または悪徳と呼ばれ、そう見なされるものの尺度は、……ひそかな暗黙の賛同によつて、世界の人々の色々な社会・民族・集団のうちに確立され……るのである」と解説する。ジョン・ロック著（大槻晴彦訳）『人間知性論（二）』（岩波書店、一九七四年）三四三頁。ロックは、道徳規範を神法、市民法、世論ないし世評の法の三種に区別し、神法により行動が義務となるか罪となるかが語られ、市民法により合法か違法かを構成することが語られ、世論ないし世評の法により美徳と悪徳を語ることが出ると解説する。ロックは、合意に関する思考について、

合意が間接的に社会の統一の問題、つまり公共性の問題を孕んでいるとし、公共的な場によって世論概念を捉える視座が示唆されている。そして、人は「孤立への恐怖」を通じ、世論という公的場における従順を強いられると解説するのである。同上、三五一頁。

- (13) See e.g., D.R. Clasen & B.B. Brown, *The Multidimensionality of Peer Pressure in Adolescence*, 14(6) JOURNAL OF YOUTH AND ADOLESCENCE 451 (1985).

- (14) *id.*, at 464, 「同調圧力」の存在は、グループ内部における標準性・水準性を保ち、メンバーに対する忠誠・忠義 (loyalty) を維持・継続する場合においてきわめて重要な役割をはすものと考えられている。

- (15) 発話と行為体の関係については、ジュデイス・バトラー著 (竹村和子訳) 『触発する言葉 言語・権力・行為体』(岩波書店、二〇一五年) を参照。

- (16) 前掲註8、最一小判平成二三年五月三〇日、最一小判平成二三年六月六日、最一小判平成二三年六月一四日、最一小判平成二三年六月二二日、最一小判平成二三年七月七日のそれぞれにおいて最高裁は、国歌斉唱の際の起立行為について、「一般的、客観的に見ても、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であり、そのように外部から認識されるものであるということができる……。そうすると……「日の丸」や「君が代」に対して敬意を表明することには応じ難いと考えられる者が、これらに対する敬意の表明の要素を含む行為を求められることは、……異なる外部的行動(敬意の表明の要素を含む行為)を求められることとなり、それが心理的葛藤を生じさせ、ひいては個人の歴史観ないし世界観に影響を及ぼすものと自由についての間接的な制約となる面があることは否定し難い」と述べ、心の葛藤を生じさせる間接的な強制が一九条に違反する国家の行為であることを示唆している。

- (17) See Clay V. Brittain, *Adolescent Choices and Parent-Peer Cross-Pressures*, 28(3) AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW 385 (1963).

(18) See e.g., *Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist.* 393 U.S. 503 (1969). 適正な環境を管理しなければならない学校という特殊な空間においても、教師と生徒の精神的自由は憲法によって保障される。学校の門の前で憲法の保障が立ち止まることはなく、生徒はもちろん学校組織における教師にも個人として思想・良心の自由が保障される。しかし、特定の空間（例えば、生徒を指導する教師との密閉空間・教室など）においては教師が権力構造を形成する側に位置する場合もあり、その場合には、教師の精神的自由が制限される可能性は否定できない。See e.g., *Russo v. Central School District No.1*, 469 F.2d 623 (2d Cir. 1972), cert. denied, 411 U.S. 932 (1973).

(19) 例えば、意に反する儀礼的行為を拒絶するために起立を拒否するなどは、「同調圧力」への抵抗を表す態度として捉えることができる。抵抗のために沈黙を貫く態度について、いわゆるピアノ伴奏拒否事件の反対意見において、藤田宙靖裁判官は、「……学校の入学式のような公的儀式の場で、公的機関が、参加者にその意に反しても一律に行動するべく強制することに対する否定的評価……といった側面が含まれる可能性がある」と指摘し、本稿の指摘する同調圧力の存在を示唆する意見を述べている。最三小判平成一九年二月七日・民集六一巻一号二九一頁。

(20) 公立学校で実施される式典・祭典については、例えば、国旗掲揚・国歌斉唱に反対する「世界観、人生観」を「思想及び良心」と位置づけることができるのかについて最高裁は、「子どもの思想及び良心の自由を実質的に保障する措置をとらないまま『君が代』を歌わせるという人権侵害に加担することはできないという思想及び良心」は、「『君が代』が過去の我が国において果たした役割に係わる上告人自身の歴史観ないし世界観及びこれに由来する社会生活上の信念等ということができる」と述べている。前掲・最判平成一九年二月七日。安藤高行「最近の最高裁の君が代訴訟判決の検討——若干の疑問を込めて——」九州国際大学法学論集一九卷三号六三頁、辻 雄一郎「思想良心の自由」——最近の最高裁判決を中心に——『憲法問題』25号（三省堂、二〇一四年）七頁。

(21) 教育基本法第二条(教育の目的)は、「教育は、その目的を実現するため、学問の自由を尊重しつつ、次に掲げる目標を達成するよう行われるものとする」と定め、その第五号において、「五 伝統と文化を尊重し、それらをはぐくんできた我が国と郷土を愛するとともに、他国を尊重し、国際社会の平和と発展に寄与する態度を養うこと」と定めている。この規定にしたがい、全国の公立学校では「歴史的に形成されてきた国民、国土、伝統、文化などから成る歴史的、文化的共同体」としての国家を愛する教育がなされており、具体的には、ひむか神話や国造り神話などの神話・伝説、あるいは地域色の強い盆踊りや祭事など「我が国の文化遺産や伝統芸能などについて調べたり体験したりすることを通じて、我が国の歴史や伝統文化に対する理解と愛情をはぐくむ指導」(第一六五回国会参本第一二号・総理大臣)が教育プログラムとして実施されている。

(22) 一般的にコミュニケーションと呼ばれている精神的活動を、日本国憲法の条文に引き付けて理解するならば、それは、一切の表現の自由を保障する二一条の課題であるといえる。その点は、代表的な教科書(芦部信喜・高橋和之補訂『憲法(第六版)』(岩波書店、二〇一五年)一七五頁以下など)の指摘するとおりである。そして、それは同時に、精神的自由の総則的役割を果たしている一九条の問題でもある。特に、本稿が注目する「同調圧力」を生み出す無言の圧力の存在は、一九条二〇条二一条にまだがる現実的な課題であるといえる。もともと、各条文にまたがっている課題であるがゆえに、その侵害を根拠づける具体的な権利性の議論が散漫になってしまっているという実情もある。本稿では、「同調圧力」の結果として侵害されている内面的精神活動の自由を具体的権利として捉えるために、一九条へと引き付けて理解することを試み、そこから解決の糸口を模索する。

(23) 沈黙を余儀なくさせるという結果から、侵害されたとする具体的権利を検討する場合に、謝罪広告事件最高裁判決(最大判昭和三十一年七月四日・民集一〇巻七号七八五頁)、猿払事件最高裁判決(最大判昭和四九年一月六日・刑集二八巻九号

三九九頁)、を踏えると、一九条から論を進めるよりも二二条の表現の自由から論を進めた方がよりよいように思われる。しかしながら、無言でいる態度それ自体を、表現そのものとして捉える視座(例えば symbolic speech の法理)が日本の判例法理の中には未だ定着していない実情を考慮すると、先ず、態度を強制することが表現そのものを侵害するものとなるという思考を確立しなければならない。そこで、本稿は、先ず、沈黙を余儀なくさせるという結果を引き起こすコミュニケーションを一九条の問題として設定し論を進めることで、何らかの態度を要求する「同調圧力」により脅かされる内面的精神活動の自由の具体化を試みる。

- (24) 人間の自由についてロックは、「人間が自分自身の心の選択ないし指図に従って、考えたり考えなかったり、動かしたり動かさなかったりする能力をもつかぎり、そのかぎり人間は自由である。……したりしなかったりが、これを指図する心の選択に続いて等しく起こらないようなとき、そうしたときはいつも、行動はことによると有意的であっても、人間は自由ではない。」と指摘する。前掲ロック『人間知性論(二)』一三四頁。つまり、自らの選択を脅かす圧力こそが自由を侵害する「強制」となるのである。憲法は、この「強制」を国家に禁じているのであるから外的行為の規制も内心に対するものとして警戒的に捉えなければならない。

- (25) See *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).
- (26) See *M. Perry, Freedom of Expression: An Essay on Theory and Doctrine*, 78 *Nw. U. L. Rev.* 1137 (1983) at 1147-1148.
- (27) 最大判昭和五九年一二月一二日・民集三八卷一二号一三〇八頁、最大判昭和六一年六月一日民集四〇巻四号八七二頁。
- (28) See *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, (1971).
- (29) See *Whitney v. California*, 274 U.S.357 (1927), (BRANDEIS, J., concurring). 人は討議を生み出すコミュニケーションを用いることで、より善き価値へと接近することを可能とするのである。この点を連邦最高裁判所のブランドイス判事は、

「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 (ends)」と述べている。

- (30) 思想を交換し合う人間社会を念頭置き、その中で真理への到達がなされると考える「思想の自由市場」論によっても、この点は明らかである。「思想の自由市場」(free market of ideas) の原理は、自由な思想の相互交換こそが「真理を発見する最もよい方法」だと位置づけるもので、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. に至るまでに論じられてきた核心的原理で、真理発見のためには自由な討論の場「思想の自由市場」が不可欠であるとする立場である。

- (31) See *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).  
 (32) See *Gregory v. City of Chicago*, 394 U.S. 111 (1969).  
 (33) See *Schad v. Borough of Mount Ephraim*, 452 U.S. 61 (1981).  
 (34) See *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 24 (1973).  
 (35) See *Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308 (1968).  
 (36) See *Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist.*, 393 U.S. 503 (1969).  
 (37) See *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).  
 (38) See *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).  
 (39) See *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 771 (1976).

- (40) See *Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Env't*, 444 U.S. 620 (1980).
- (41) See *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).
- (42) See *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
- (43) See *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984).
- (44) Arendt は THE HUMAN CONDITION で、人間が人間として相互に現れることが言論と活動（行為や態度）の特殊性格であるとし、その特殊性が明るく光り輝く「公共的空間」のもとでは、「人びとは活動と言論において、〔あるいは自らの思考に基づく行いと自らが口にする言葉を通して〕自分がだれであるかを示し、そのユニークな〔あるいは唯一無二の個人としての〕人格的アイデンティティを積極的〔あるいは主体的・自律的〕に明らかにし、こうして人間世界にその姿を現わす。……しかし、その肉体的アイデンティティの方は、別にその人の活動が無くても肉体のユニークな〔あるいは個人の特徴的な〕形と声の音の中に現れる。その人が『なに』（“What”）であるか——その人が示したり隠したりできるその人の特質、天分、能力、欠陥——の暴露〔あるいは公表すること〕とは対照的に、その人が『何者』（“Who”）であるかというこの暴露〔あるいは発覚・露呈・推知されること〕は、その人が語る言葉と行う行為の方にすべて暗示〔あるいは暗黙裡に示〕されている。それを隠すことができるのは、完全な沈黙と完全な消極性だけである (at 178-179)。(ハンナ・アレント (志水速雄訳)『人間の条件』(筑摩書房、一九九四年)二九一頁参照(「」は論者)」と指摘する。すなわち、唯一性を根拠とする個人はひとたびコミュニケーションに参加するだけで、自らの意図を離れ、評価され、解釈され、認識されるのである。そして、この暗黙裡のうちに示された自画像は周囲の敵対心をあおるものとなるかもしれない危険性ははらんでいるのである。千葉眞『アーレントと現代…自由の政治とその展望』(岩波書店、一九九六年)も参照。
- (45) 人間という存在が、いかに孤立するということに恐れを抱き、多数派にあるという立場がいかに強大な影響を及ぼすも



のであるかについては、人間の本性に肉薄することで人間社会の政治性を論及したジェームズ・マディソンの「権力篡奪防止策」における「各個人の意見の強さ、その行動に対し意見がどれだけ実際に影響力をもつものかは、同じような意見をもっている人と彼が想像する人が他にどれだけいるかということに依拠するものであることも、これまた等しく真実であろう。人間の理性というものは、人間自身と同様に、ひとりにしておかれると臆病で用心深いものであるが、他の者といっしょになるとその人数が増えるに従って大胆になり、自信をもつようになるものである」とする指摘に明らかである。A.ハミルトン・J.ジェイ・J.マディソン（斎藤眞・武則忠見訳）『ザ・フェデラリスト』（福村出版、一九九八年）二四七頁。

- (46) 思想及び良心の領域において、内心の核心部分を直接否定するような外部的行為を強制することは一九条違反となり得るとする議論（核心・外縁論）は以前からなされていた。たとえ形式的に間接的・付随的に映る制約であっても「厳格な審査」によって違憲性を審査すべきと考えるが、現在、日本の最高裁判所が、核心・外縁論を明示的に示しているかという点、決して、そのような状況にあるわけではない。詳しくは、渡辺康行「『思想・良心の自由』と『信教の自由』——判例法理の比較検討から」樋口陽一・森英樹・高見勝利・辻村みよ子・長谷部恭男編『国家と自由・再論』（日本評論社、二〇一二年）一四一―一四五頁、一五五―一五八頁参照。

- (47) 佐々木・前掲・『「人権」論・思想良心の自由・国歌斉唱』一頁、同「思想良心の自由と国歌斉唱」二八七頁参照。

- (48) 例えば、日本国憲法の制定過程において、政府の起草した憲法改正案の大意に関する説明書の中で、松本烝治は、「日本国民ノ言論、宗教及思想ノ自由並ニ基本的人権ハ現行憲法ニ於テモ相当ノ保護ヲ享ケ得ヘキ規定アルニ拘ラス實際上ハ十分ニ尊重セラレ且或場合ニハ大ニ蹂躪セラレタルコトアルハ反民主的政府ノ下ニ於テ悪法力制定セラレタルト及法律力濫用セラレタルカ為ナリ」と指摘し、精神的な自由が蹂躪されてきた従来までの状況を全く変えて、適正なる立法と法適用によって精神的自由を一層完全に保護しなければならないと述べている。佐藤達夫『日本国憲法制定史第二卷』（有斐閣、一九六四

年) 七〇一頁。

(49) 例えば、憲法改正草案に関する想定問答増補第一号二号(昭和二十一年六月)は、「問 第三章において、基本的人権にのみ重点を置き、基本的義務に力の入れ方が少ないやうに見える理由如何。答(一) 我が国では、いわゆる封建的遺制のため、従来基本的人権の尊重が足らず、ことに今次戦争においては、その蹂躪された程度が甚しかった。……このことは、またボツダム宣言の明らかに指摘するところであつて」と説明している。佐藤達夫著佐藤功補訂『日本国憲法制定史第三卷』(有斐閣、一九九四年)四六九頁。また、「ボツダム宣言の達成によって日本国民が数世紀に亘って従属させられてきた伝統的社会は匡正されるであろう」と論じたマッカーサーは幣原喜重郎との会談で、「人民は精神を奴隸的狀態に置いた日常生活に対する官憲的機密審問から解放され、思想の自由、言論の自由および宗教の自由を抑圧せんとするあらゆる形態の統制から解放されねばならぬ。……能率増進を装い、あるいはかかる要求の下に大衆を強制することを停止せねばならぬ(昭和二〇年一月一日総司令部発表)」ほどに、精神的自由が国家権力によって蹂躪されていると語られていた。佐藤達夫『日本国憲法制定史第一卷』(有斐閣、一九六二年)二四五頁。

(50) 一九条の保障にかかる「思想および良心の自由」の意義については、二〇条や一四条との関係においても基本的理解を容易にさせない問題が存在しており、日本の最高裁が示した判例だけでは、その問題解明の糸口が直ちには導かれない状況にあるといえ、「思想及び良心」の自由は、「不確実な憲法秩序となっているといわざるを得ない」と一九条による司法解決の限界も指摘されている。戸松秀典『憲法』(弘文堂、二〇一五年)一九一頁以下参照。

(51) 佐々木弘通「思想および良心の自由」『新基本法コンメンタール憲法』一四五頁以下は、第一九条に違反する国家による「不利益扱い」・「外面的行為の強制」・「自発的行為の強制」の三類型を提示し、内心に対する直接的・間接的制約を違憲のものと判断しうる枠組みを提示している。利用可能な一九条解釈の実践として示唆に富む考察を示している。本稿は、ここに

ヒントを得、「不利益扱い」・「外面的行為の強制」・「自発的行為の強制」を内心に対する直接の制約と理解し、特に「外面的行為の強制」・「自発的行為の強制」の類型に属する、告白を余儀なくされることと、沈黙を余儀なくされることを考察し、その強制を生み出す「同調圧力」を考察している。

(52) 哲学や政治学などにおける「思想」・「良心」の用例や定義を踏まえるならば、両者の違いを認識し、異なる概念として厳密に区分することは可能となる。宮沢俊義『全訂日本国憲法』（日本評論社、一九七八年）二三五頁。

(53) 「思想」と「良心」を一括して捉える立場は、さらに、「思想及び良心」を一つの概念として捉える立場、両者を「内心における考え方ないし見方」という一つの実体の二側面とみる立場、良心を思想の中に含ませてしまうという立場の三つ立場に細分化することができるが実質的な相違をうみだすものではないとされる。西原博史『良心の自由増補版』（成文堂、二〇〇一年）一八頁。

(54) 浦部法穂『憲法学教室 全訂二版』（日本評論社、二〇〇六年）一二二―一二三頁。

(55) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一一年）一二四頁。

(56) 宮沢俊義著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（日本評論社、一九七八年）二三五頁。

(57) 佐々木・前掲・コメンタール一四七頁の〈根底的価値ゆえの「絶対」的保障〉の論理を強く意識し、本稿では、「自発的行為の強制」と「外面的行為の強制」を、いかにして捉えるのかについて、その糸口を考察する。

(58) 最大判昭和三五年四月一八日民集一四卷六号九〇五頁など、不利益取扱いにおける現実的な解釈の実践は乏しい。

(59) 最大判昭和四八年一月二日民集二七韓一一号一五三六頁、思想・信条による雇用差別という局面では、一九条よりも一四条の問題とされる傾向が高いが、一九条に引き付けて理解すべき課題も多く残されていると考える。奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、一九九三年）一六六頁。

- (60) 伊藤正己『憲法（第三版）』（弘文堂、一九九五年）二六〇頁。
- (61) 芦部信喜『憲法Ⅲ 人權各論（一）「増補版」』（有斐閣、二〇〇〇年）一〇六頁。
- (62) 土屋英雄『思想の自由と宗教の自由』（尚学社、二〇〇三年）一三頁。
- (63) 「君が代」のピアノ伴奏や斉唱といった外部行為による侵害、象徴付随行為の強制に対する憲法上の限界に対する考察として、西原・前掲・『良心の自由』四二六頁以下、四五四頁以下参照。
- (64) 態度を強制することが「思想及び良心」を侵害することについて争った国歌斉唱義務不存在確認等請求事件判決（平成一六年（行ウ）第五〇号・第二二三号・第四九六号、平成一七年（行ウ）第二三五号）において東京地裁は、「人の内心領域の精神的活動は外部的行為と密接な関係を有するものであり、これを切り離して考えることは困難かつ不自然であり、入学式、卒業式等の式典において、国旗に向かって起立したくない、国歌を斉唱したくないという思想、良心を持つ教職員にこれらの行為を命じることは、これらの思想、良心を有する者の自由権を侵害している」という判決を下し、態度の内心の密接性を指摘している。
- (65) 佐々木・前掲・「思想及び良心の自由」一四五頁、西原・前掲・『良心の自由』四二九―四三二頁、高橋和之『立憲主義と日本国第三版』（有斐閣、二〇一三年）一六六―一六七頁、渡辺康行『思想・良心の自由』と『国家の信条的中立性』（二）——『君が代』訴訟に関する裁判例および学説のどうこうから——『法政研究七三卷一号（二〇〇六年）』一頁。
- (66) 佐々木弘通『思想良心の自由と国歌斉唱』自由人權協会編『憲法の現在』（信山社、二〇〇五年）二八七頁。
- (67) 例えば、謝罪広告 昭和三十一年七月四日 藤田八郎反対意見、外部的行為と内心が密接な関係にあり、外部行為の制限が、その核心となる内心に重大な影響を及ぼすものとなるとする理解は精神的自由の当然の前提として理解されていたはずである。例えば「精神的自由が保障されないところに、民主主義も機能せず、民主主義も内実を伴ったものとなりえない。……

とくに国家権力や社会の多数から憎まれている精神的な活動の自由が、憲法の保障として重要であることを忘れてはなるまい。……まず、精神的自由のうち思想・良心の自由をとり上げよう。……これは、人間の内面的な精神活動の自由を保障するものであり、……内心の活動の基底とするのであり、……精神的自由の根幹を占め……各種の精神的自由の基盤をなす自由であり、……最も強い保障を受けるもの」という解説の仕方からも明らかであろう。伊藤正己『憲法（三版）』（弘文堂、一九九五年）二五六頁、「思想の自由が表現の自由と密接に結びついているために、表現の自由を保障すれば十分であると考えられていた……しかし、……治安維持法の運用にみられるように、内心の自由そのものが侵害される事例が少なくなかった。日本国憲法が、精神的自由に関する諸規定の冒頭において、思想・良心の自由をとくに保障した意義は、そこにある。」芦部・高橋・前掲『憲法』一五〇頁、「内心の自由と表現の自由は、実際には分離は困難である。」高橋・前掲・『立憲主義と日本国憲法 第三版』（有斐閣、二〇一三年）一六六頁。高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第三版』（有斐閣、二〇一三年）(68) 宮沢・前掲・『全訂日本国憲法』二三五頁、佐藤功『憲法（上）』（有斐閣、一九八三年）二九八頁。

(69) See *United States v. Schwimmer* 279 U.S. 644 (1929) at 655. 多様な思想や良心を選択しうる環境を確保することの重要性について連邦最高裁判所の判事を務めたHolmesは、「憲法でいけばん護らなくてはならない原理は、思想の自由である。そして、思想の自由とは我々と一致する者たちの思想の自由ではなく、我々の思想の自由を保障することなのである」とさえ述べている。したがって、自らの思想選択において、憎まれ排除されそうだからといって、それを恐怖し口をつぐむような社会が存在しているのであれば、それはもはや抑圧的に支配された社会なのであり思想の自由市場が機能不全に陥っているとみなすべき社会なのである。そのような社会では民主的手続きによる回復が困難なことは歴史が示してきたとおりである。それゆえの精神的自由の優越的地位なのであるから、諸個人が思想を選択し表明する瞬間に何らかの委縮効果が働いているのであれば、それは憲法違反として警戒的に論ずるべきものとなるのである。

- (70) 小林直樹『憲法講義 改訂版(上)』(東京大学出版会、一九七五年)三一六頁、奥平『憲法Ⅲ』(有斐閣、一九九三年)一六七頁。
- (71) 謝罪広告事件において最高裁判所は意に反する態度を命じることが一九条を侵害する間接的強制を構成する可能性を示唆している。最大判一九五六年七月四日民集一〇巻七号七八五頁。
- (72) 態度を強制することが「思想及び良心」を侵害することについて、東京地裁は二〇〇六年九月二一日、「人の内心領域の精神的活動は外部的行為と密接な関係を有するものであり、これを切り離して考えることは困難かつ不自然であり、入学式、卒業式等の式典において、国旗に向かって起立したくない、国歌を斉唱したくないという思想、良心を持つ教職員にこれらの行為を命じることが、これらの思想、良心を有する者の自由権を侵害している」という判決を下している。
- (73) 森脇敦史「象徴的言論—象徴への態度が示すもの」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由Ⅰ状況へ』(尚学社、二〇一一年)一二二頁。
- (74) 最大判昭和四九年一月六日・刑集二八巻九号三九九頁、最大判昭和四九年一月六日・刑集二八巻九号三九九頁。
- (75) 原文「Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.」
- (76) See *Schaefter v. United States*, 251 U.S. 466 (1920) at 474. 修正第一条は「信教、言論、出版、集会の自由、請願権」に対する制限を禁止し、広範な精神的自由に対する保障を一文において示している。そのため修正第一条を根拠とする具体的権利の中には、日本国憲法第一九条、二〇条、二一条、二三条をはじめ二三条を経由して具体化される私法上の権利を含めた広汎な精神的自由が想定されていると解することができる。

(77) See e.g., *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990). symbolic speech の登場により、修正第一条の下では、内心と外心が一体不可分の関係にあることが前提として確認されている。

(78) 松井茂記『アメリカ憲法入門〔第七判〕』（有斐閣、一九八九年）一四二頁以下参照。

(79) See *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). *Barnette* 判決において最高裁は、「もしも、我々の憲法という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について、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や信条を、言葉や行動によって告白するように強いたりすることはできないということである。(at 642)」と、国家に禁じられた強制的行為を明確に指摘する。

(80) *Barnette* 判決において最高裁は、学校の実施現場で実施されている「忠誠の誓い」について、「国家の側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振りで示すことを求めているのである。この種のコミュニケーションを強制することにより生み出される葛藤の問題は、歴史的にも古く、権利の章典の立法者たちにもよく知られていた問題である。その意味で、星条旗の敬礼や『忠誠の誓い』の唱和を伴う儀式の参加を強制することは、特定の信条における心のあり方を強引に確約させる強制に他ならないという点に注意しなければならない。……この様な強制が容認されると言うのであれば、それは、自己の信念に基づく思想の選択を個人の自由として保障しているはずの修正条項が、公的権力の中には自己の信念に反する思想を口に出させるよう強制することのできるほどの権限が含まれていると言っている、と認めるようなものである (Id. at 633-634.)」と指摘し、教室といった閉ざされた空間で生起する「同調圧力」に国家が関与することを絶対的に禁止する。

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



- (82) See M.G. Yudof, *When Government Speaks: Toward a Theory of Government Expression and The First Amendment*, 57 *Tex.L.Rev.* 863 (1973) は、公立学校で行われている伝統的文化教育を政府による洗脳・すり込み (Indoctrination) として論じる枠組みを模索する。公教育の場を、「常に囚われ未成熟な聴衆を相手に、教育の名の下に特定の理想を送ることのできる公立学校は、Government Speech についての理想的環境を準備するものといつてよい。この理想的環境を構成する諸因子の中で重要とされるのが、学校における生徒のCaptive Audience (囚われの聴衆) の傾向である (at 875)」と述べ、政府の観点をすり込み・洗脳するために実施されるGovernment speechの典型が、公立学校で実施される星条旗敬礼儀式であると指摘する。
- (83) See Sheldon Nahmod, *The Sacred Flag and the First Amendment*, 66 *INDIANA L.J.* 511 (1991), at 545; Yehudah Minsky, *Civil Religion and the Establishment Clause*, 95 *YALE L.J.* 1237 (1986), at 1255. 特に国家的理想を奨励し説得しようとする過程においては、公的教育機関をはじめ政府が奨励する文化的行事は、個人の感性に直接に働きかけ、暗示的な影響を及ぼす役目をはたしている。したがって極めて洗脳性の高い政府の思想伝達として警戒して対峙しなければならないものと位置づけられる。

- (84) See *Holden v. Board of Education of the City of Elizabeth* 46 N.J. 281 (1966).
- (85) アメリカの宗教社会学者 Robert N. Bellah は『*Civil Religion in America*, 96 *DAEDALUS* 1 (1967), at 1-21, R・N・ベラー (河合秀和訳) 「アメリカの市民宗教」『社会変革と宗教倫理』(未来社、一九七三年) 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の道徳的凝集力を発揮するための宗教的次元が存在していることを指摘し、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「抽象的な宗教」を「市民宗教」と名付け考察している。この語は近年幅広く用いられてゐる。さうして Ellis M. West, *A Proposed Neutral Definition of Civil Religion*, 22 (1) *JOURNAL OF CHURCH AND STATES* 23 (1980). 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、それを指摘する際に用いられる(註39)」とする定義に基づき、この語を用いる。

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

(87) *Id.*, at 584.

(88) レモン・テストは、一九七一年に、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かどうか(3) 宗教に対する政府の「過度のかかわりあい」をもたらすかどうかを問うものである(403 U.S. 602 at 612-613.)。

(89) See Jesse H. Choper, *Religion in the Public Schools: A Proposed Constitutional Standard*, 47 MINN. L. REV. 329 (1962)

(90) 505 U.S.577 (1992) 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禱は「どんな種類の祈りでも世俗的式典には不適当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禱は「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。

(91) *Id.*, at 585.

(92) *Id.*, at 586.

(93) *Id.*, at 588.

(94) *Id.*, at 599.

- (95) *Id.* at 586, *see* Marsh v. Chamber, 463 U.S. 789 (1983). 州議会が毎日の開会式に牧師を招いての祈祷を行うことは国教樹立禁止条項にふつて禁じられた政府の宗教活動にはあたらないとして、合憲とした判例。
- (96) *Id.* at 586, *see* County of Allegheny v. ACLU, 492 U.S. 573 (1989); Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38 (1985); Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668 (1984).
- (97) *Id.* at 586–587.
- (98) *Id.* at 587, *see* 463 U.S. 789.
- (99) *Id.* at 587.
- (100) *Id.* at 588.
- (101) *Id.* at 590.
- (102) *Id.* 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 227–232.
- (103) *Id.* at 591. *see* Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976) at 92–93, n. 127.
- (104) *Id.* at 592.
- (105) *See e.g.*, School Dist. of Abington v. Schempp, 374 U.S. 203, (1963) (Goldberg, J., concurring) at 307; Edward v. Aguillard, 482 U.S. 578, (1987) at 584; Board of Ed. of Westside Community v. Mergens, 496 U.S. 226, (1990) (KENNEDY, J., concurring) at 261–262.
- (106) 505 U.S.577 (1992) at 592, *see* Engel v. Vitale, 370 U.S. 421 (1962). 連邦最高裁判所は公立学校での祈祷行事に伴う間接的な強制の危険性を指摘する。

(107) *Id.* at 593.

(108) *Id.* at 598.

(109) *Id.* at 599.

(110) See supra note 88, *Lemon*, 403 U.S. at 612-613.

(111) *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判決 (*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、当該政府の行為を国教樹立禁止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、クリスマスの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、なら国教樹立禁止条項に抵触するものではないと判断した。

(112) *Pittsburgh* 市庁舎などの公共財産の上に設置された二つのデイスブレイ (キリスト生誕像とユダヤ教の燭台・メノラー) の合憲性が争われ、単独で設置されたキリスト像は違憲でクリスマスツリーの隣に設置された燭台は単なる装飾とみなされ合憲となった。

(113) 505 U.S.577 at 660-661 (KENNEDY, J., concurring in judgment in part and dissenting in part)

(114) *Id.* at 592-593.

- (115) *Id.*, at 593. この点は、是認テストにも通ずる。前掲註111参照。
- (116) 間接的であれ思想内容に対する直接的な制約となり得ると解する視点は、内面的精神活動と外面的精神活動が一体不可分の関係にあり、身体的な態度の表明は単なる行動ではなく、思想及び良心の内容を具体的に表す「表現そのもの」である<sup>22</sup>と解するsymbolic speechの法理に基づく視座に非常に近い。See e.g. *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397 (1989), *United State v. Eichman* 496 U.S. 310 (1990).
- (117) See e.g. *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962), *Elk Grove Unified School District v. Newdow*, 542 U.S. 1 (2004).
- (118) この点を、*Blackman*判事は補足意見において、「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える。しかし、法廷意見に同意するに足り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。……『強制の存在による審査は……国教樹立禁止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、国教樹立禁止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の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(505 U.S.577 at 604)」と述べ、卒業式での祈祷の世俗性を否定し、宗教と位置づけたうえで、それを是認すること(お墨付きを与えること)で生まれる「過度のかかわりあい」を見極めれば十分であったと指摘し、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。
- (119) See e.g. *Epperson v. Arkansas*, 393 U.S. 97 (1968).
- (120) See *Kathleen Sullivan, The Supreme Court, 1991 Term-Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV.L.REV. 22

(1992).

(121) See Robert D. Kamenshine, *The First Amendment's Implied Political Establishment Clause*, 67 CAL. L. REV. 1104 (1979).

(122) See *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

(123) W. ゲルホーン (猪俣幸一・鶴飼信成・橋本公亘・和田英夫訳)『言論の自由と権力の抑圧』(岩波書店、一九五九年)

四三頁。