OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	わが国の国旗・国歌の歴史的意義とその法的位置づけ
Author(s)	大西, 斎
Citation	国際公共政策研究. 2009, 14(1), p. 77-90
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/10124
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

わが国の国旗・国歌の歴史的意義とその法的位置づけ

Japan's National Flag and Anthem:
Historical Significance and Legal Position

大西　斎*

Hitoshi ONISHI*

Abstract

In ceremonies at primary and secondary public schools, some teachers refuse to fly the national flag and sing the national anthem. These teachers have been reprimanded for breach of duty assignment and lawsuits have been filed around the country calling for a reversal of this disciplinary action.

The grounds given by the teachers as plaintiffs in such lawsuits are that Japan's national flag and anthem are historically closely related to State religion Shinto. Flying the flag and singing the anthem, therefore, would mean that the plaintiff venerates the Emperor who heads the Shinto religion. The plaintiff claims that this is infringement of Article 20, Paragraph 1, of the Constitution stipulating the freedom of religion, as well as breach of sovereignty of the people of Article 1 of the Constitution.

This article examines the historical background and significance of the national flag and anthem issue. It clarifies the position in the constitutional law of the *Hinomaru*, the national flag, and *Kimigayo*, the national anthem. It will then consider the lawsuits over the claim by plaintiffs of breach of Article 1 and Article 20, Paragraph 1, of the Constitution.

キーワード：憲法，国旗掲揚・国歌斉唱，天皇，国民主権

Keywords：Constitution of Japan, National Flag, National Anthem, Japanese Emperor, Sovereignty of the people

* 九州産業大学国際文化学部専任講師

目　次

１　問題の所在
２　わが国の国旗・国歌の歴史と意義
（１）「日の丸」の歴史
（２）「君が代」の歴史
（３）学校での国旗・国歌に関する教育の経緯
３　「日の丸・君が代」の日本国憲法下における法的検討と国旗・国歌法の制定
（１）慣習法としての国旗・国歌
（２）国旗・国歌の法制化
（３）国旗・国歌の憲法上の位置づけをめぐる学説の対立
４　イギリスにおける君主の象徴性と国歌
５　憲法１条、20条１項違反の主張に対する判例
（１）憲法１条違反
（２）憲法20条１項違反
結語

１　問題の所在

初等・中等学校の現場では、教職員が国旗掲揚・国歌斉唱を適切に実施しないことにより、職務命令違反で該当の都道府県教育委員会より懲戒処分を受ける事象が見られる。この懲戒処分を不服として各地で処分の取消を求めるなどの訴訟が提起されている。原告側の主張の基底的な部分は、かつての教育権論争の「国民の教育権」説の論を敷衍している感が否めない。

大まかな裁判の争点としては、次のようなものが挙げられる。①国旗掲揚・国歌斉唱の実施を定める学習要領の法的性質についてである、②国旗掲揚・国歌斉唱と教員の教育の自由をどう捉えるか、③国旗掲揚・国歌斉唱を職務命令として命じることは、教員の思想・良心の自由の侵害になる、①と②の点及び③の憲法19条を中心とした点については、別の拙論[1)]において論述してきた。

ただ、③の点に関連して原告は、国歌を斉唱することを強制されるということは、国旗・国歌は、歴史上国家神道と密接に結びついており、結果として天皇を尊重するということにつながり、憲法20条１項の信教の自由の侵害となるし、同１条の国民主権にも違反すると主張する。この点に対しては、まだ論究しておらず、以下に論を展開していきたいと思う。本稿においては、まず、国旗・国歌の歴史的な経緯とその意義を究明していきたい。そのうえで、慣習上においても「国旗及び国歌に関する法律」においても国旗・国歌とされる「日の丸」「君が代」の憲法学的位置づけを明らか

1）大西斎「初等・中等学校における教員の教育の自由に対する法的一考察－学校現場での国旗掲揚・国歌斉唱をめぐる裁判事例の検証を含めて－」（『国際公共政策研究』第12巻第１号所収）大阪大学国際公共政策学会・2007年、123～140頁，同「思想・良心の自由と国旗掲揚・国歌斉唱」（『憲法研究』第41号所収）憲法学会・2009年、163～187頁。

にし、イギリスの君主制と象徴性を考察していく。そのうえで、憲法１条、同20条１項違反の原告主張をめぐる判例の検討を行っていきたいと思う。

２　わが国の国旗・国歌の歴史と意義

（１）「日の丸」の歴史

「日の丸」（日章旗）の基になっている日本の国号は、「聖徳太子の随への国書に見える『日出づる処』、即ち“日本”に遡る」という[2)]。この「日の丸」をデザインとして用いた例としては、「続日本紀」の記述がもっとも古いものとしてあげられる。すなわち、大宝元年（701年）正月元旦に、文武天皇が「藤原宮大極殿で行われた朝賀の儀において『左（東）に日像・青龍・朱雀の幢、右（西）に月像・玄武・白虎の幢』を樹て」て、この日章をデザインに用いたという。ただ、現在の「日の丸」とは少しイメージが異なる点があるといえる[3)]。

むしろ、現在の「日の丸」に近いものは、平安末期の源平の時代に見られ、その後、戦国時代には武田、上杉、伊達氏など多くの武将が「日の丸」を用いた[4)]。江戸時代には、幕府の公的な印として使われだした。幕末の天保頃には外国船との識別のために広く公的に用いられるようになる。特筆にあたいするのが、「日の丸」は、大名や武士だけの間だけで用いられたのではなく、「農民たちの田植え踊りや民俗芸能『三番叟』等では『日の丸』の入った扇子が用いられ」た。それは、天下泰平や五穀豊饒祝う民俗芸能で日の丸は盛んに使われたのである[5)]。

明治３年１月27日に明治政府は、太政官布告57号「郵政商船規則」により「日の丸」を国旗に定めている。また、同年５月には太政官布告第355号で「陸軍御国旗」、同年10月には同布告第651号で「海軍御旗章、国旗章ならびに諸旗章」が定められた。

（２）「君が代」の歴史

国歌である「君が代」の歌詞の伝来は、山田孝雄博士によると延喜五年（905年）「古今和歌集」の「巻七、賀歌の部のはじめに　　題しらす　　讀人しらすと標して

我君は千世に八千世にさゝれ石の巌となりて苔のむすまで

といふ歌を載せてある。之が今いふ『君が代は』の歌の古い形だといはれてゐる」[6)] という。

この歌の「初句の『わが君』は、長寿を祝う敬愛する相手ならば誰でもよく、大君の天皇のみをさすとは限」られないし、初句が「我が君」から「君が代」に変わった時期は明確にしにくいとこ

2）田中卓『「日本」の国号と「日の丸」「君が代」について』國民會館叢書・1999年、22頁。暉峻康隆氏は、神話における天照大神に「日の丸」の原点を見出す。暉峻康隆『日の丸・君が代の成り立ち』岩波ブックレット・1991年、18〜19頁。

3）所功『日本の国旗・国歌－「日の丸・君が代」の歴史と意義－』國民會館叢書・1995年８〜９頁。また、否定的な見解があることを断りながら同旨の意向として、エイデル研究所編集部「日の丸・君が代の歴史」（『季刊教育法』58号所収）エイデル研究所・1985年、12頁。

4）『愚管抄』や『保元物語』『平家物語』『太平記』『梅松論』などに明記されている。また、戦国時代においては、『甲陽軍艦』『会津陣物語』『藤葉栄衰記』などへの記述がある。所・前掲書、９〜10頁。

5）高橋史朗編『私たちの美しい日の丸・君が代〔改訂版〕』明成社・2003年、34〜35頁。

6）川口久雄・志田延義校注『和漢朗詠集　梁塵秘抄』岩波書店・1965年、250頁，山田孝雄『君が代の歴史』宝文館出版・1956年、３頁。

とがある。大切なのは「君が代」の歌詞が、元々「我が君」ということであって「中世から近世にかけて、いろいろな形であらゆるクラスの人々に普及し愛唱されて」きて、「『古今集』以前から賀歌として民謡のごとく親しまれ、やがてそれよりも賀歌としてふさわしい『君が代は』という表現に改められて広まるようになった」[7] ということである。

山田博士は、君が代の本質を「その普及の點即ち上下一般に行き亙つてゐる點から見て、又その古くしてしかも千二百年間絶えず謡はれて來たといふ點から見て、又その祝賀の意の永遠の生命を祝ひつゝある點から見て日本國民の祝歌としてこれ以上のものも無く、これにかはるものも無く、又新にこれ以上のものを何人が作りうべきであらう」といい、そのうえで「明治の始めに･･･國歌となつてしまつたのは自然のことでもあり、當然の事でもあつたといはねばなるまい」[8] という。

明治２年、薩摩藩の砲兵隊長大山巌が選んだ「君が代」に同藩軍楽隊の教師フェントン（John William Fenton）が、曲を付けた。これを明治13年に林広守が唱譜をつくり、海軍省の軍楽教師のエッケルト（Franz Eckert）が和声をつけた。同年11月３日天長節宴会で演奏された。これが現在に伝わる「君が代」である[9]。

現在、外国で歌われている国歌のほとんどが19世紀の資本主義の発達とともに国家統一のなかでの国家意識の高揚の必要から作られたものである[10]。そう考えると、日本の国歌である「君が代」は、古より国民の祝歌として謡われたことを源流として現在に至っているということが特徴としていえる。

（３）学校での国旗・国歌に関する教育の経緯

上述の歴史を経て、現代に受け継がれている国旗・国歌の学校での取り扱われ方を以下に見ていく。

国旗については、明治10年代より日本の官庁、学校、家庭に普及した。なかでも学校では、文部省令の第四号「小学校祝日大祭日儀式規程」が明治24年に発布されると、祝祭日に行なわれる儀式などを通じて修身・国語・音楽を通して全国に「日の丸」の意義深さが広まっていった。

また、「君が代」は、明治14年に文部省が作成した小学校唱歌の教科書『小学校唱歌集　初編』を学校教育において用いたことが国民に浸透していく契機といってよい。その後、上述の明治24年の文部省令、同26年８月12日官報における「小学校において祝日大祭日の儀式を行ふの際、唱歌用

7）所・前掲書、17〜19頁。

8）山田・前掲書、172頁。
また、君が代が歌われ出したのは「鎌倉時代以降のことで、それも長寿を祝う賀歌として」である。それゆえに、「ことさら天皇をさして歌っていたものではないというのが通説」とする。エイデル研究所編集部・前掲論文、18頁。

9）皇室事典編集委員会編著『皇室事典』角川学芸出版・2009年、283頁，結城忠『生徒の法的地位』教育開発研究所・2007年、171〜173頁，田中・前掲書、30〜33頁。

10）世界の国々で歌われている国歌は、大別すると次の三点に分類できる。第一に、君主にたいして忠誠を誓いその栄光を称えるもの、第二に、君主制にたいする反逆や革命を称えるもの、第三に、国家の繁栄と自由を願うものである。エイデル研究所編集部・前掲論文、31頁。
なかには、フランス「ラ・マルセイエーズ」や中国の「義勇軍行進曲」、アメリカ「星条旗」などに代表されるようないかにも勇ましく、激しい内容のものもある。

に供する歌詞並びに音譜」を告示ししたと同時に、「君が代」を単旋律譜で掲げている。また、明治33年には「小学校令施行規則」28条で、学校儀式では君が代を合唱することが定められた。このように学校での授業や儀式において「君が代」の斉唱を行なうことで、児童にとって「君が代」が国歌として当然のものとの意識が定着し「『君が代』に『国歌』の文字をわざわざ冠する必要性は強くなかった」[11]。この後、「君が代」を国歌として公的に扱ったのは、昭和12年に公布された国定教科書「尋常小学修身書　巻四　児童用」においてである。

戦後、連合国軍総司令部（General Headquarters of the Allied Powers　以下GHQ）は、日本の占領と同時に「日の丸・君が代」の掲揚・斉唱を全面的に禁止する。その後GHQは、昭和22年５月より、強い制限を設けながらもごく特定の場合に掲揚・斉唱を認めた。昭和24年元旦、マッカーサーは日本国民への年頭挨拶のなかで、国旗掲揚の制限を解くことを明らかにする。ただ、この戦後３～４年の間で、「日本人が敗戦で自信を失い、占領政策にも幻惑されて自虐意識に陥ったり、国歌や愛国心の否定を“民主化”とか“平和教育”と錯覚して、言論界や教育界などで『日の丸・君が代』にあえて反対するような運動が繰り広げられ」、国民は国旗・国歌への関心を失っていくことになる[12]。

昭和25年10月17日、天野貞祐文部大臣は談話を発表した。それは、学校において祝日などに行事を催す際は、「国旗を掲揚し、国歌を斉唱することもまた望ましい」というものであった。これに対して、教職員組合などから反発がある[13]。

昭和33年、文部省は「学習指導要領」を全面的に改訂する。これによって、「国民の祝日などにおいて儀式などを行う場合には，‥‥国旗を掲揚し、君が代を斉唱させることが望ましい」と規定された。さらに、昭和52年の「学習指導要領」の改訂では、「君が代」を国歌とした。昭和62年、塩川正十郎文部大臣が「文部広報」で、小中学校長に式典での国旗掲揚・国歌斉唱を要請した。しかし、これらのことは、「望ましい」という程度や「要請」ぐらいなら「実施しなくてもよい、と曲解して反対する現場の教員も少なくない」[14] 現状があった。

平成元年には、文部省は「学習指導要領」を改訂する。それにより、「入学式や卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう指導するものとする」と国旗掲揚・国歌斉唱を義務化した。翌平成２年には高等学校にも義務化が広げられる。それにより、平成２年の式典での「日の丸」の掲揚率は90％、「君が代」斉唱が、小中学校で65％、高等学校では75％が実施された[15]。

３　「日の丸・君が代」の日本国憲法下における法的検討と国旗・国歌法の制定

（１）慣習法としての国旗・国歌

佐藤秀夫氏は、歴史的・慣習法的な側面から「日の丸・君が代」を国旗・国歌として認める立場

11）エイデル研究所編集部「学校教育と日の丸・君が代」（『季刊教育法』58号所収）エイデル研究所、1985年、23頁。
12）所功『国旗・国歌と日本の教育』モラルジー研究所・2000年、39頁。
13）日本教職員組合は、「君が代」反対とともに、「新国歌」制定の運動を強固に展開する。佐藤秀夫編『日本の教育課題　第１巻「日の丸」「君が代」と学校』東京法令出版・1995年、569～573頁。
14）所・前掲書『国旗・国歌と日本の教育』、40頁。
15）朝日新聞　平成２年６月19日。

より「法制で規定しようと慣行のままでいようと、国家形成理念の表象として国民多数の主動的な支持や承認を得ているならば、国旗・国歌の機能を十分にもち得る」[16] として、「日の丸・君が代」をあえて国旗・国歌として法制化せずとも、慣習法としてすでに成立しており、法制化は必要条件ではないとした。また、同様の観点から所功教授は、「法令」第二条の「公の秩序又は善良の風俗に反せざる慣習は‥‥法律と同一の効力を有す」るとしており、すでに「日の丸・君が代」は百年以上の実績があり、まさに慣習法として相応の法的根拠を有する[17] とする立場をとった。

これに対して、慣習法としての「日の丸・君が代」では、日本国憲法下において、国旗・国歌としての法的根拠を持っていないという考えもある[18]。また、「『日の丸』のケースと同様に、『君が代』も‥‥国歌であることを通達したわけだが、これまた国旗と同様に国会で議決し法制化したわけではない。その点今もって変わりはない」[19] という同様の視点に立って否定する見解もある。これらの考え方に共通しているのは、「日の丸・君が代」は、議会制民主主義の下、立法機関において国旗・国歌と明確に法制化されていない。だから「日の丸・君が代」が国旗・国歌として慣習的に認められていても、それは法的根拠には成り得ないという論調であった[20]。

（２）国旗・国歌の法制化

国旗掲揚・国歌斉唱が学校現場において法令に基づいた適正な運用に問題が多いなか、平成11年２月28日、卒業式を翌日に控えた広島県立世羅高等学校で、校長が自殺するという痛ましい出来事があった。校長の自殺は、国旗掲揚・国歌斉唱を文部省通達に基づき実施を迫る県教育委員会と、それに反対する教職員組合などとの狭間に立たされたことが要因ではないかといわれた。これを機に、平成11年８月13日「国旗及び国歌に関する法律」が国会で制定・施行された。同法は、第１条１項で「国旗は日章旗とする」、同第２条１項では「国歌は君が代とする」としている。これにより、「日の丸・君が代」の法的根拠は確固たるものとなったともいえる[21]。

日本教職員組合は、「『天皇即日本、天皇即日本国民』なので問題はないということのようだが、一方に『君が代』を教えるということは、この主権在民を否定した憲法違反の歌を教えるというこ

16）佐藤編・前掲書、11頁。

17）所・前掲書『国旗・国歌と日本の教育』、47頁。
また、結城忠国立教育政策研究所総括研究官は、わが国においては、「日の丸・君が代は長年の慣行によって国旗・国家として取り扱われてきており、また多くの国民から支持されているという現実もあり」、「『事実たる慣習』の域を超えて、国民の間にすでに法的確信が成立し、ともに慣習法によって根拠づけられている、と解されなくもない」といい「国旗『日の丸』については、このようにその法的根拠を慣習法に求めることは可能だと認められる」とする。結城・前掲書、148頁。
「日の丸」を国旗とした判例としては、平成５年３月23日那覇地判，平成８年２月22日大阪地判がある。

18）日本教職員組合「どうしていま『君が代』『日の丸』かーその背景と法制ー」1983年。

19）暉峻・前掲書、60頁。

20）結城忠国立教育政策研究所総括研究官は、「仮に日の丸・君が代に十分に確たる法的根拠があったとしても、その義務化は法律によることが憲法の要請するところであり、文部省告示による義務づけは法治主義原理に違背し認められない、と解すべきこととなる」とする。結城・前掲書、148頁。また、「君が代」を「国歌と定めるのであるならば」、学習指導要領により「君が代」を国歌として法的に拘束力を与えるのではなく、「法律の形式によるべきである」とする見解もあった。鉢生誠吉・横田耕一『国民主権と天皇制』法律文化社・1983年、374頁。

21）日の丸・君が代を国旗・国歌とする立場のなかにも、そもそも法制化すべきことに疑念を呈する見解もある。いわば、法制化するということは、国旗国歌法の施行前は、学校で国旗・国歌を教える根拠がなかったことにも繋がりかねないという問題点や慣習的にわが国の国旗・国歌として定立しているものをなぜあえて法制化する必要があるかという考えからである。石川水穂「それでは国籍不明の地球市民は育っても『日本人』は育たない」（産経新聞社『月刊正論』2007年９月号所収）2007年、102〜109頁。

とになる」[22] といい、「君が代」は国民主権の面から憲法違反であると指摘する。また、日本弁護士連合会は、「君が代」については、「事実上国歌として位置づけられてきたが、他方、国民の間には、日本国憲法の国民主権などの基本原理と相容れないのではないかという意見も根強くあ」[23] ると問題提起を行なう。同様に、結城忠国立教育政策研究所総括研究官は、「君が代」は、「歴史的な由来はともかく、その歌詞は大日本帝国憲法下の天皇主権＝絶対主義的天皇制国家にはよく適合しえても、民主主義を標榜し、国民主権を基本原理として象徴天皇制をとる現行憲法とは相容れない」[24] という。

これら国民主権の観点から「君が代」が憲法上問題があるという見解に対して、政府は平成11年６月11日、「国旗・国歌法案」の閣議決定で、「君が代」の「君」は、「日本国及び日本国民統合の象徴である天皇」を意味しているとする。それは、「君が代の歌詞は、日本国憲法のもとでは、日本国民の総意に基づき天皇を日本国及び日本国民統合の象徴とする我が国の末永い平和と繁栄を祈念したものと理解することが適当であり、憲法の主権在民の精神に合致するものであると考え」[25] ているからである。

また、「君が代」の意味については具体的には、終戦後、日本国憲法が制定され、天皇の地位が変わり、「君が代」の「君」を憲法１条で「日本国及び日本国民統合の象徴であり、その地位が主権の存する日本国民の総意に基づく」天皇のことを指して、「君が代」は、「日本国民の総意に基づき、天皇を日本国及び日本国民統合の象徴とする我が国のことであり、『君が代』の歌詞も、そうした我が国の末永い繁栄と平和を祈念したものと解するのが適当であると考えている」という。そのうえで、「『代』とは、本来時間的概念をあらわすものでありますが、転じて、国をあらわす意味もあると理解いたしております。また、日本国憲法下で君が代とは、日本国民の総意に基づき天皇を日本国及び日本国民統合の象徴とする我が国のことであり、『君が代』の歌詞も、そうした我が国の末永い繁栄を祈念したものと解することが適当であると考えております。したがって、日本国憲法の主権在民の精神にいささかも反するものではない」との旨の見解[26] を政府として明らかにしている。

（３）国旗・国歌の憲法上の位置づけをめぐる学説の対立

憲法上、「日の丸」「君が代」を国旗・国歌として受け入れることの是非をめぐって解釈上問題とされる。いわば、「日の丸」「君が代」の憲法上の位置づけを「天皇制の象徴・表徴と考えるか、それとも価値中立的に国家の象徴と考えるか」[27]、または、両者を包含して捉えるかにより、自ずと見

22）日本教職員組合、前掲見解。
23）日本弁護士連合会「公立の学校現場における『日の丸』・『君が代』の強制問題に関する意見書」（2007年２月16日）。
24）結城・前掲書、148頁。
25）平成11年６月29日、衆議院衆院本会議における国旗及び国歌に関する法律案（内閣提出）の趣旨説明の小渕恵三内閣総理大臣の答弁。
26）平成11年７月21日、衆議院内閣委員会における小渕内閣総理大臣答弁。
一連の政府の見解に関しては、所功『日の丸・君が代の法制化と公教育の役割』國民會館叢書29・1999年、11～48頁，に詳細な記述がある。
27）横坂健治「象徴としての国歌・国旗」（大石・石川編『憲法の争点』所収）有斐閣・2008年、43頁。

解に相違が生じてくるといえる。

①否定説

憲法上「日の丸」「君が代」を国旗・国歌とするのを否定する考え方は、「日の丸」は、元々は天皇制に由来したのではないが、「天皇制的な精神と結合するように解釈され、排外主義・軍国主義」に利用された。「君が代」については、「歌詞そのものが天皇制支配を賛美するものであり」、「天皇制権力が強化される過程と一体のものであった」。それゆえ、両者とも天皇制と深い関係を有しており、国民主権をとる現憲法とは、相容れられず、大日本帝国とともに「日の丸」「君が代」の「表徴する対象としての国家そのものを喪失することになった」[28]のであって、仮に法律によって「日の丸」「君が代」を国旗・国歌としてもそれは、現憲法上は認めることはできないとする。

また、「君が代」だけ否定する次のような見解がある。「日の丸」は、「君が代」と同様に、「国民を統合する機能を果たすことはいうまでもない」としつも、「君が代」とは異なって、「直接的には天皇と関係がないし、天皇統治とも関係がないし、また日本の侵略とも関係はない。したがって、『日の丸』が内容的に日本国憲法と矛盾するとはいえない」とする。これに対し、「君が代」の「君」は、明治以降には天皇を意味しており、天皇を讃える歌であり、「国民主権原理をとる日本国憲法時代にはまったくふさわしくない」として、「『君が代』を国歌とすることは違憲であるばかりか、国歌としてではなくても公的機関が『君が代』を強制すること、また公的に歌うことはすべて違憲とされなければならない」とする[29]。

さらに、否定説との関連において独自の見解としては、「日の丸」「君が代」が国旗・国歌として法制化されることは憲法違反とは考えないが、法制化された国旗・国歌を国民に義務化したり、強制することは憲法に反し、許されないとする立場がある。この見解をとる論者は、なかでも学校現場での国旗・国歌の強制や義務化に対して否定的に捉える[30]。この点、西原博史教授は子ども中心主義の立場から国歌斉唱を行なうか否かは、子どもの主体性に委ねることを重視している。それゆえ、官や学校からの義務化・強制だけではなく、教員による強制をも否定的に捉える[31]。同教授の見解が注視されるのは、国歌斉唱参加の任意性を担保する意味での強制回避の論理から学校式典中での「国歌斉唱！」の号令は、あくまで拘束力のないものであることを事前に児童･生徒に周知させておく必要性を説いている点においてである[32]。

②肯定説

大石義雄博士は、「日の丸」「君が代」を法制以前の問題として慣習法的に国旗・国歌とする見解をとる論者として天皇の象徴的性格を次のように捉える。帝国憲法における天皇の地位は、「皇祖皇宗依頼の天皇固有の物であ」ったが、日本国憲法では、天皇は、主権の存する国民の総意がその根拠となっている。しかし、「国民主権といっても、日本国憲法上のそれはアメリカやスイスなどの国

28）奥平康弘「国歌･国旗・元号」（奥平・杉原編『憲法学（6）』所収）有斐閣双書・1977年、187～188頁。
29）鉢生・横田・前掲書、374～376頁。
30）藤井俊夫『学校と法』成文堂・2007年、242頁。
31）西原博史「『君が代』伴奏拒否訴訟最高裁判決批判」（『世界』765号所収）岩波書店・2007年、138～139頁。
32）西原博史『良心の自由と子どもたち』岩波書店・2006年、128頁。

民主権とはちがって、天皇を国家および国民統合の象徴と認める国民主権である」。また、天皇に対する忠誠と国家との関係を次のように述べる。「日本では､国家に対する忠誠の道と別に天皇に対する忠誠の道があるわけではなく天皇に対する忠誠すなわち国家に対する忠誠の道なのである」[33)]。上述のことからも、大石博士は、「日の丸」「君が代」を天皇制の象徴と同時に国家の象徴としての役割から捉えているといえる。

また、小森義峯博士は、憲法１条の「象徴」について、「象徴には、人的象徴と物的象徴とがあり、人的象徴即ち一個の人格を以て」象徴としているとする。いわば天皇を人格的象徴と考えるのである。同博士によれば、人格的象徴であらせられる天皇制の存在意義を次の点から立論する。①日本民族の歴史的伝統の所産、②日本民族と共に運命共同体として国難に立ち向かってきた、③国家権威の人的表現者である、④民族文化としての神道の護持者であり実践者、⑤君主としての偉業である[34)]。これらのことからも同博士は、天皇の君主としての立場を是認しており、「日の丸」「君が代」は天皇制の象徴として憲法上肯定するものとしている。

所功教授は、「日の丸」「君が代」と象徴について、日本国憲法１条における「日本国民の総意」を憲法制定当時の日本国民だけに限定すべきではなく、「過去と現在と未来にわたる日本国民の総意において、天皇が日本国の象徴であり、そして日本国民統合の象徴にほかならない」という。これは、「天皇を日本国の象徴と仰ぎ、また国民統合の象徴と仰いでいかなければならない」ことを意味している[35)]。「君が代」の歌詞の「君」は、古より国民を指しその祝賀を意味するところであった。ところが、明治になって「天皇陛下を奉祝する」ことを意味するようになる[36)]。それゆえ、「明治以来の国歌『君が代』を今も慣習的に受け継いでいる」限り、「君が代」の「君」は天皇を指すと考えられる。そうすると天皇個人の御長寿を祝うことが、国歌として相応しいかという問題が生じてくる。これを解明するうえで大切になってくるのが、「日本は今なお“君主国”なのか、それとも君主なき“共和国”なのか、をハッキリさせることにより結論が変わって」くるという。日本国憲法は、第１章で立憲君主制を明確にしており、天皇は「単なる個人ではありえず、まさに二千年来の歴史的連続性を担って、日本国の独立性と日本国民の統制を体現される“至高の公人”にほかな」らず、当然「君が代」の「君」も天皇を指し、天皇の御長寿を祈念することは、「天皇により象徴される日本国および日本国民をすべての長久繁栄を祈る」[37)] ことになり、国民主権との整合性の観点からも憲法上「日の丸」「君が代」の問題が生じる余地はないとする。

33）大石義雄『日本憲法史と日本国憲法』嵯峨野書院・1984年、158頁、199～200頁。

34）小森義峯『天皇と憲法〔改訂新版〕』皇學館大学出版部・1991年、70～78頁。

35）所・前掲書『国旗・国歌と日本の教育』、150～151頁。
また、園部逸夫教授は、国民の総意に基づく象徴に関して、わが国の歴史において、皇室が国民との関係を大切にし、歴代の天皇が「国民と苦楽を共にし、国の安寧を祈る存在としての位置」からも「象徴天皇という制度のあり方は、長い歴史を経て現在に至る皇室の国民に対するお気持ちに沿う制度であるとともに、‥‥憲法制度上、皇室に対する国民の意識と密接に関係あるもの」として十分尊重していくことの必要性を説く。園部逸夫『皇室制度を考える』中央公論新社・2007年、66～68頁。

36）昭和12年に公布された国定教科書『尋常小学修身書　巻四　児童用』において、掲載された解釈では次のように説明されている。「君が代」の歌は、「我が天皇陛下のお治めになる此の御代は、千年も萬年も、いや、いつまでも続いてお栄えになるやうに」という意味で、まことにおめでたい歌であります。私たち臣民が「君が代」を歌ふときには、天皇陛下の萬歳を祝ひ奉り、皇室の御栄えを祈り奉る心で一ぱいになります。

37）所・前掲書『国旗・国歌と日本の教育』、48～52頁。

憲法１条でいう「国民主権」という場合の「国民」には、天皇を含むすべての国民を指すのであり、国民一人一人に主権があるというのではなく、天皇を含めた国民全体に主権があると考えるべきである。このことは「国家権力が天皇を含むすべての国民から発し、国家活動が国民全体の意思に基づいて行われていくことを意味する」[38] のであって、それゆえ憲法１条の国民主権と天皇制は矛盾するものではない。

君主に関しては、次の４つの要素が含まれていると考えるのが一般的である。①統治権の重要な部分（行政権が特に大切）を掌握している、②世襲制の独任機関である、③対外的な代表権を有する、④国の象徴である、①の権能を天皇に認めることを日本国憲法は否定している。しかし、世界の君主制をとっている国の多くの君主が、名目的・抽象的な君主として形式化している実情を勘案すれば、かりに天皇に政治的な実質的権能が乏しいとしても、君主としての性格を認めることは可能といえる。このように考えるなら上述の肯定説に立つ論者の論である「君が代」の「君」は天皇を指すとしても、憲法上の「国民主権」と「君が代」の歌詞の間に齟齬があるとはいえない。

さらに、平成11年８月13日施行の「国旗及び国歌に関する法律」は、一般国民になんら法的義務を課しておらず[39]、憲法19条、20条１項、21条１項に違反するとはいえない。

以下においては、イギリスにおける君主の象徴性を見ていき、近時の学校現場における国旗掲揚・国歌斉唱をめぐっての職務命令違反における処分を不服とした訴訟における原告側主張の憲法１条、20条１項違反をめぐる判例を中心に検討していきたい。

４　イギリスにおける君主の象徴性と国歌

日本国憲法における天皇の象徴性は、国民主権と君主制を両立させているイギリスの君主制を範とした。

イギリスの君主制度は、「11世紀にさかのぼり、継続しつづける世襲的な君主制度であり、国歌及び国民統合の人格的象徴とされ、国民の忠誠心に基づき希望を託す中核的な存在」[40] である。「イギリスの国王は主権者（sovereign）と呼ばれているが、これはイギリスの形式上の主権者は国王であることを示している」[41]。それゆえ、イギリスの国家機関は女王の政府、女王の軍隊などと呼ばれるが、それは形式上のことにおいてである[42]。伝統的に女王がもっていたコモン・ロー上の大権は、議会制定法によって制限されたり、廃止された[43]。榎原猛博士は、国会議員を含む英国人のアンケ

38）百地章『憲法の常識　常識の憲法』文藝春秋・2005年、79頁。

39）「国旗及び国歌に関する法律」が成立するに伴い、平成11年８月９日に内閣総理大臣は談話を発表している。そのなかで「今回の法制化は、国旗と国歌に関し、国民の皆様方に新たに義務を課すものではありません」としている。また学校での国旗・国歌の運用に関して、「法制化に伴い、学校教育においても国旗と国歌に対する正しい理解が促進されるものと考えております。我が国のみならず他国の国旗と国歌についても尊重する教育が適切に行われることを通じて、次代を担う子どもたちが、国際社会で必要とされるマナーを身につけ、尊敬される日本人として成長することを期待いたしております」としており、法的義務を否定している。http://www8.cao.go.jp/chosei/kokkikokka/kokkikokka.html.

40）United Kingdom Information Services, The Monarchy in the United Kingdom, 1960, p.8.

41）佐藤寛行・西修『日本国憲法を考える』学陽書房・1984年、113頁。

42）Vernon Bogdanor, The Monarchy and the Constitution, Oxford University Press, 1995, pp.70-72.

43）Attorney-General v.De Keyser' Royal Hotel Ltd.1920.AC508.

ートの結果を踏まえて、「女王の大権がほとんど形式化してしまっている現在、英国においては、女王のこの象徴機能は」、「実際政治上の機能よりむしろ重要である」[44] という。まさに、国民から尊重されるべき象徴の地位と役割を満たしているのがイギリスの君主制といえる[45]。

同博士は、イギリスの君主制の威厳的効用を象徴（symbol）という用語を用いて説明したバジェット理論から、イギリスの君主制とわが国の天皇制の象徴概念を分析する。それによれば、イギリスの君主制における象徴とわが国の天皇制の象徴ではその意味内容においてかなりの隔たりがあるという。それは、日本国憲法下の天皇が政治的に無権力・無能力である点においてイギリスの女王と大きな差があると考える。同博士は、むしろパジェットのいう象徴は、帝国憲法のおける天皇に近いという。しかし、女王は政治に関与しないのであり、この点において帝国憲法下の天皇とは異なり、むしろ日本国憲法における象徴に近いものがあるという。元来、「両者はともに実際政治から隔離されていながら象徴であるという点ではきわめて類似する。しかし、天皇は主権者ではなく、女王は主権者である。この点が根本的に異なる」と、同博士は考える。女王が主権者であるということはあらゆる国権の源泉であり、法上、国家の意思は女王の意思である。この法的な現実が、「国王大権の形式化という現実にもかかわらず、女王を象徴とみて愛国心および忠誠の中核とする観念を容易にしている」という。そのうえで、同博士は、「国王大権の実質的減少ないし消失、国民教育の向上にもかかわらず君主の象徴的機能がかえって増大した最大の理由はイギリス帝国主義の発展にともなうこのコモンウェルス（The British Commonwealth：筆者）の自由な結合の象徴としての女王の威厳的効用の発見およびその増大以外のものではない」[46] という。

同博士の見解からも明らかなように、日本国憲法は、イギリスの君主制を模範としているかに見えるが、やはり根本的な点で異なる[47]。これは、終戦後GHQが帝国憲法の天皇制を廃止するため「元首」という言葉を避けるために、「総司令部のマッカーサー草案起草担当者の一人、ケイディス大佐は、『象徴』という表現を、特にどこかに根拠を求めたのでなく、『ふっと考えついて、つくり出したもの』だといっている」[48] ことからも明らかである。日本国憲法制定当時、緻密な論拠をもった整合性のある憲法草案づくりが行われたのか疑念をもたざるをえない。

イギリスにおける国歌は、法制化されているわけではなく19世紀に入ってから慣習上用いられている。規模の大きな公式行事や皇族が臨席する場において斉唱されることが多い。その第一節の歌詞の“God save our gracious Queen”（神よわれらが慈悲深き 女王陛下を守りたまえ），“Long live our noble Queen”（われらが高貴なる女王陛下の永らえんことを）を見ると、イギリス国民が女王を

44）榎原猛『君主制の比較憲法学的研究』有信堂・1969年、324～326頁。

45）V. Bodanor. op. cit., pp.305-309.

46）榎原・前掲書、327～331頁。なお、コモンウェルスについては、V. Bodanor. op. cit., pp.240-297に詳しい。

47）小森義峯博士によれば、日英君主制の類似点は、①世襲制である、②その地位は、対外的には元首であり、対内的には統治権の総攬者である、③大臣助言制がとられ、君主の責任が問われないことが挙げられる。また、相異点としては、①日本の天皇は万世一系であるが、イギリスはそうではない、②君主制の存在根拠が日本が神意であるのに対して、イギリスは民意である、③君主制を支える精神的基盤として、日本では神道があるのに対し、英国では英国教会が存在する、④統治の方法が、日本の天皇が王道主義を基本とするのに、英国は覇道主義を基本とする。小森・前掲書、208～227頁。

48）江藤淳編『占領史録　第３巻』講談社・1982年，高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程Ⅱ』有斐閣・1972年。佐藤・西・前掲書、113～114頁。

国の象徴として尊厳の念をもって迎えいれていることがよく分かる。わが国の場合、象徴としての天皇を讃える国歌として「君が代」を捉えると、「憲法の基本的精神に反する」といわれるかもしれないが、「むしろ逆に、第一条で言うところの、日本国及び日本国民統合の象徴である天皇の御代は、『千代に八千代に、さざれいしの』、というように私は解釈するわけで、その解釈に基づけば（イギリスの国歌も日本の君が代も本質は：筆者）同じだと思う」[49] という見解がある。

５　憲法１条、20条１項違反の主張に対する判例

（１）憲法１条違反

国歌ピアノ伴奏拒否裁判 [50] 一審、二審における原告の主張は、「憲法一条は、主権が国民に存することを宣言するところにその本質があり、天皇は日本国及び日本国民統合の象徴でしかないことを示す規定である」とする。そのうえで、「『君が代』の『君』とは天皇のことであるという政府答弁によれば、『君が代』は主権者ではない天皇を礼賛するものであることになり、主権者は国民であると宣言した同条と真っ向から衝突する違憲の歌であることにな」り、原告に違憲の歌のピアノ伴奏を強制する本件職務命令は憲法１条に違反するという。

この主張に対して、一審、二審の判決は、「原告は、主権者ではない天皇を礼賛する『君が代』は憲法一条に違反する旨主張するが、天皇は日本及び日本国民統合の象徴であるから（憲法一条）、『君が代』の『君』が天皇を指すからといって、直ちにその歌詞が憲法一条を否定することには結び付かない」として原告の主張を退けた。

（２）憲法20条１項違反

国歌斉唱義務不存在確認等請求事件一審判決 [51] において原告は、国旗掲揚・国歌斉唱は、信教の自由の侵害になると主張する。その言い分は、①日の丸，君が代は，歴史上国家神道と密接な結びつき，宗教と不可分の関係にある、②君が代を尊重するということは，天皇を尊敬するということであり、神道を信仰するということになる、③それゆえ、憲法20条１項に基づき，「外部的強制から自己の信仰を保護，防衛するため不可欠な場合，入学式，卒業式等の式典において，国旗に向かって起立しない自由，国歌を斉唱しない自由，国歌斉唱に際してピアノ伴奏をしない自由」の不存在を主張する、また、④原告らがこのような信教の自由を享受することによっても，入学式，卒業式等の式典における学校運営に重大な支障が出たり，他の教職員，生徒，保護者の基本的人権を侵害することはないともいう。

これに対して、判決は、第１に、日の丸，君が代は，明治時代以降，第二次世界大戦終了までの間，皇国思想や軍国主義思想の精神的支柱として用いられてきた。第２に、国旗・国歌法により，

49）黛敏郎・星野安三郎対談「日の丸・君が代と天皇制」（『季刊教育法』58号所収）エイデル研究所・1985年、50～51頁。
50）東京地判平成15年12月３日　判時1845号135頁。
東京高裁平成16年７月７日〔http://www.hiraoka.rose.ne.jp/C/k040707tky.htm〕。
最高裁判所平成19年２月27日　民集第61巻１号291頁。
51）東京地判平成18年９月21日　判時1952号44頁。

日の丸，君が代が国旗・国歌とされても、なお国民の間で宗教的，政治的にみて日の丸，君が代が価値中立的とは認められない。第３に、国民の間には，式典において，国旗掲揚・国歌斉唱に反対する者も少なからずいるとして、「このような世界観，主義・主張を持つ者の思想・良心の自由も、他者の権利を侵害するなど公共の福祉に反しない限り，憲法上，保護に値する権利というべきである」と判示した。

本判決には、多くの問題点がある。まず、帝国憲法では天皇は現神人であったが、日本国憲法においては、象徴である。これが、なぜ国家神道の宗教的価値観と直結するのか疑問である。また、仮に原告らのいうように信教の自由に関する主張を認めても、地方公務員である原告らは、思想・良心の自由と同様に，信教の自由も，公共の福祉の見地から職務の公共性に由来する内在的制約を受けるのは当然のことである。さらに、国民のなかに、国旗掲揚・国歌斉唱に反対する者が、少なからずいるから、その権利は憲法上の保護にあたいするとのことであるが、上述したように「国旗及び国歌に関する法律」は、一般の国民になんら法的義務を課しておらず、それをもって少数の国民の反対意見から教員の信教の自由が保障されるという論はあまりにも飛躍しているのではないかと思われる。

結語

百地章教授は、郷土愛（パトリオティズム）は、自然と身につく感情であるが、「国家意識さらには愛国心（ナショナリズム）は、本能だけでなく教育等によって初めて育まれるものである」。それだけに、「愛国心を育成するためには、意識的な努力や自覚的な営み、さらには教育が必要である」[52]という。

また、高橋史朗教授は、「国旗・国歌論議には健全な日本人を育成するという教育の視点が欠けており、義務教育において子どもたちに国旗と国歌の意義を理解させ、これを尊重する態度を育てることの教育的意味について十分に考慮されてきませんでした」[53]と学校でのこれまでの取り組みの問題点を指摘する。

学校における式典において国旗掲揚・国歌斉唱が厳粛に行わなければならない。それは、法令以前の問題として、学校において、自国の国旗・国歌を正しく学び理解することにつながるからである。また、そのことが自国に対する敬愛とともに、他国に対する敬意の表れにもなる。これからの国際社会においては、自国のみならず他国を尊重する姿勢こそ大切である。それが、憲法前文にある国際協調の精神を涵養することにもなる。

しかし、残念なことに、一部の教員のなかには信教の自由や思想・良心の自由や教員の教育権などを主張して国歌斉唱に対して拒否的行動に出るものが今でもいる。もし、教員が思想・良心の自由を楯にして、起立しなかったとしたら、式場の中にいる児童・生徒は教員の姿を見て式典におい

52）百地・前掲書、29〜30頁。
53）高橋・前掲書、181頁。

て起立することは容易なことであろうか。それゆえ、消極的な不作為も積極的妨害行為も児童・生徒の教育を受ける権利に悪影響を与えるという点では同じといえよう。今後は、子どもの教育を受ける権利を保障する意味からも、学校における式典では、適正に国旗掲揚・国歌斉唱が運用されることが望まれる。

最後に、今後わが国において、国民に、国旗・国歌の法的尊重義務を明確にする必要という意見を取り入れようとするのであれば、憲法を改正して憲法にそのことを明確に規定することも必要と思われる。ただし、その場合であっても他の基本的人権の抵触に配慮がいることはいうまでもない。