

象徴的表現（4・完）

長 峯 信 彦

《目 次》

序 章 問 題 提 起

第1章 徴兵カード焼却

〔1〕 オブライエン判決（以上、早大法研論集67号（一九九三年））

〔2〕 判決論理の表現抑圧性

〔3〕 規制法律の立法動機

第2章 国旗への「不敬」と焼却

〔1〕 視 点 の 設 定（以上、早大法研論集69号（一九九四年））

〔2〕 国旗の「不適正」な使用

〔3〕 国旗の「侮蔑」的使用（以上、早大法研論集70号（一九九四年））

第3章 国旗焼却

〔1〕 ジョンソン判決

〔1〕 法廷意見の概要

〔2〕 意義と評価

〔2〕 一九八九年国旗保護法の立法過程

〔1〕 概観

〔2〕 立法の目的と権限

〔3〕 合憲性の認識

〔3〕 アイクマン判決

〔4〕 小 括

終章 象徴的表現論の意義と課題

- (1) 国家権力と象徴
- (2) 憲法と象徴的表現
- (1) 解釈論の俎上

- (2) 原理論の地平
 - (3) 市民的不服従との接点
- 結語 (以上、本誌本号)

【基本的な問題意識】（あらずじに代えて）

「象徴的表現」(symbolic expression)（または象徴的言論(symbolic speech)）とは、端的に言えば、「非言語的媒体による表現」または「行為そのものによる思想の表明・伝達（コミュニケーション）」のことである。⁽¹⁾ たとえば戦争に抗議する目的で、学生が黒腕章を着用して登校する行為も、あるいは公衆の面前で国旗や徴兵カードを焼いてしまう行為も、使用される媒体が黒布か国旗かという違いこそあれ、いずれも言語に依らずに特定の物体にメッセージを象徴的に託して表現しているという点で、象徴的表現である。またたとえば、国旗への敬礼行為も、それを拒否する行為も、国旗に象徴されているものへの価値判断・賛意、反対）こそ異にして対峙しているものの、両者は共に非言語的な象徴的表現である。あるいは、自分のジャケットに「Fuck the Draft」(徴兵なんかクソ食らえ)と書いた文字をよく見えるように書き、それを着て公的機関内を歩きまわるなどの行為も、(純粹に非言語的媒体に依っているわけではないけれども)徴兵反対などのメッセージを表明した、ある種の象徴的表現だと言えるかもしれない。⁽³⁾ また、ホームレス・ピープルたちが住宅難を訴えて公園で寝泊まりする行為も、政府の住宅政策や地価高騰に対す

る抗議として強力なメッセージを伝えるかもしれない⁽⁴⁾。一方、人種差別を行なっている公民館の前で抗議の意思表明として黒人たちが座り込みをする行為も、そしてそれとは逆に、極めて人種差別的な象徴として知られるネオ・ナチの「かぎ十字」⁽⁵⁾やKKKの「赤々と燃える十字架」⁽⁶⁾を掲げての白人たちのデモンストレーションも、同じく象徴的表現だと主張され得る要素を共有している、と言えるかもしれない。

これら各主張の是非はひとまず措くが、こういった表現行為には少なくとも、言語的要素に依らず行為そのものによってメッセージを伝えるという共通項、そして／あるいは 国旗・徴兵カード・黒腕章など「何かを象徴する物体」(表象物)にメッセージを媒介させている、という共通項が看取されるだろう。つまり象徴的表現は、伝達しようとする「主張内容||メッセージ」が、その「方法・手段||メディア」と切っても切れない関係にある、とだけはひとまず言えるであろう。たとえば国旗焼却では、国旗を焼くという行為が、手段(メディア)となり且つメッセージを象徴する。つまり、メッセージとメディアが一体化しているのが大きな特徴であり、このことからしばしば、「メディアはメッセージである」とか、「メディアそのものにメッセージ性がある」といった言い方がなされる。本稿は、こういった表現行為の問題について、題材をアメリカ憲法の俎上に求め、考察をこころみようとするものである。

さて、以上の諸点をまずは指摘しつつも、象徴的表現を憲法上の問題として論ずる上でより重要と考えられるのは、多くの象徴的表現が「権力・権威への抗議」という要素を広く含有している、という点である。象徴的表現という概念は、ともすると世の中に存在するありとあらゆる人間行為をすべて包含しかねない不定形な危うさを秘めているが、そもそもこの概念が主張されるに至った契機は、ヴェトナム戦争に対する抗議表現として行なわれた徴

兵カード焼却や国旗焼却にあった。今、そういった抗議性を強く有する象徴的表現が「非言語的媒体による表現」として位置づけられるとき、その「非言語的媒体」のほとんどは、単なる普通一般の物とは大きく性格が異なっている、ということに注意せねばならない。たとえば徴兵カードは（ヴェトナム戦争当時まだ義務兵役制だったことを考えれば）、国家権力の発動による・戦争への強制参加命令を意味する書類だったのであり、これを単なる一般書類と同視してしまうことは、そこに凝縮している社会的コンテキストを一切無視することとなり不当だろう。また国旗（星条旗）は、物理的には確かに「赤・白・青の星条模様をした染布」であつても、それが一般の染布と性格が異なるのは、その歴史的・社会的コンテキストに照らしてみても明らかである。星条旗はアメリカ合衆国という国家の存在なしには考えられないものであり、これが合衆国の権力と威光を一身に背負った表象物であることに異論はないだろう。象徴的表現では、（たとえば黒腕章のように）一般的な物を表現媒体に用いて抗議表明がなされる場合もあるけれども、徴兵カードや国旗のように「国家権力の存在・発動と直接関係する物体」または「当該国家の権力と威光を強力に表象する物体」が抗議表現に用いられるときにこそ、国家権力側の反応は神経質となり、憲法上の問題が大きく提起されるのが現実である。今、このような特殊性を有する表象物を一括して「権威的表象物」と分類しておくならば、これらを損傷する表現に込められた象徴的なメッセージに対し、法がどのような論理を以て対応してきたのか、という点はひじょうに興味深い問題である。なぜならここには、国家による基本価値の公定という契機が刑事上の制裁を伴って介入するからであり、ここに焦点を当てた問題提起こそ、象徴的表現を憲法上の問題として議論する意義があると考ええるからである。⁽⁷⁾

(1) 象徴的表現論については、国旗問題を中心に論じた研究、紙谷雅子「象徴的表現 (1) (4・完)」北大法学四〇巻五・六号、四一卷二号、四一卷三号、四一卷四号 (一九九〇～一九九一年) が重要である。

(2) *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* 393 US 503 (1969).

一九六五年二月、ヴェトナム戦争反対を唱えるグループの集会でクリスマス・シーズンのあいだ腕に黒腕章を着用して抗議を表明する旨が決議され、その集会には当時一三～一六歳の中高生だったティンカー等三人も参加していた。一方、デモイン市の公立学校長たちは急きょ対策を協議し、もし黒腕章着用生徒が登校した場合には黒腕章をはずして登校させ、拒否したらはずすまで停学処分にする旨決定した。三生徒は黒腕章を着用して登校し、学校側の指示を拒否、ためにクリスマス・シーズンは停学となった (393 US, at 504-5)。

連邦地裁、連邦控訴裁ともに学校側の措置を「合理的である」と認定し、三人の訴えを斥けた。しかし連邦最高裁は、七対二の多数を以て原審判決を破棄した。フォークス判事による法廷意見はまず、黒腕章着用行為の性格について、『本件状況での黒腕章着用行為は、現実的・潜在的な破壊行為とは、全く異なる。それは『純粹言論 (pure speech)』に極めて近い (closely akin to) ものである』(ibid. at 506) と判示した。そして、『訴訟記録によれば、(当該学校の) 生徒禁止措置が特定の見解表明のみを狙い撃ちにした、表現内容規制であることを指摘した。『訴訟記録によれば、(当該学校の) 生徒の中には国家的政策推進キャンペーンのボタンを着用している者もおり、ひいてはナチスのシンボルである『鉄十字』(Iron Cross) を着用している者さえいたことがわかっている。しかし黒腕章着用を禁じた当該措置は、これらの者には及んでいない。ということとは本件では、特定の象徴、すなわち『黒腕章』——ヴェトナム戦争に抗議・反対を表明する象徴——のみが、狙い撃ちにされたのである。これは明らかに、特定の見解の表明のみを禁じたことになる。このような規制は、学校活動・学校規律に重大かつ実質的な妨害を回避するために不可欠との証明が存しないかぎり、憲法上許容し得ない』(ibid. at 510)

法廷意見はこのように述べ、黒腕章着用は『純粹な言論』に等しいと判示して憲法上の保障を約束した。が、他方では、象徴的表現という概念を慎重に避けてもいる。しかし『厳密に考えるならば、『純粹な言論』は觀念上の虚像でしかない』以上(紙谷雅子「表現の自由 (一)」国家学会雑誌一〇一卷九頁 (一九八八年)、『言論 (speech) と行為 (conduct) を意識的に分断する二元論には、やはり疑問が残る。ところでこの判決では、ブラック判事とハーラン判事が反対意見を表明した。リベラル派のブラックが反対意見を書いたのは注目されるが、彼は本件が『学校』という特殊な領域において起きた問題だということにかなりこだわっている。

当時ヴェトナム戦争の軍事介入を推進していたのはジョンソン政権だったが、ジョンソン大統領は自ら任命したフォータス判事とは「親友」の仲だったという（ウッドワード&アームストロング著『ブレザレン』一三頁（TBSブリタニカ 一九八一年））。しかもフォータスは、判事就任後も政治問題についてジョンソンに度々助言を与えており、ヴェトナム問題関係の閣僚級の会合にさえ出席したことがあると言われている（[1968]アメリカ法283）。そのフォータスが本件で法廷意見を書き、リベラルなブラックと立場を異にしたことは興味深い。

(2) *Cohen v. California* 403 US 15 (1971).

この事件は、コーエンとらう者が例のジャケットを着て裁判所内を堂々と歩いて逮捕された、というものである。連邦最高裁（ハラン法廷意見。五対四。ダグラス、ブレナン、ステュワート、マーシャル賛同）は、適用違憲の趣旨で以下のように判示した。

① 下級審の有罪判決は、コーエンの「言論」(speech)にのみ依拠してしまっていた。② 選抜徴兵制度に対する野卑な隠喩（*vulgar allusion*）は、すぐさま猥褻な表現（*obscene expression*）を構成するわけではない。③ 「Fuck」という単語は、州が禁止することのできる「喧嘩言葉」(fighting words)の範疇には入らない。④ 州は、暴力的反応の可能性や公共道徳の維持といった理由で、公共の談論（*public discourse*）の中から、ある特定の下品な表現（*scurrilous epithet*）を「不快な行為」(offensive conduct)として排除してはならない。⑤ コーエンの行為を禁止するにあたって、州は「個人・公共にとって重大な理由」(compelling reason)を欠いている。したがって、連邦憲法第1修正・第14修正により、「Fuck」という4文字を公けに表示（*public display*）したことを以て有罪とすることはできない。以上が法廷意見の要旨である。

(4) *Clark v. Community for Creative Non-Violence* (CCNV) 468 US 288 (1984).

事件の事実関係は次のようであった。CCNV [Community for Creative Non-Violence: 創造的・非暴力共同体] という名の宗教的結社のメンバーが、ホームレス・ビープルの窮状を訴えるために、冬季の初日から数日間首都ワシントンの二つの国立公園でデモンストレーションを行なうことにし、許可を求めた。これに対して国立公園管理局は、二つの公園に「象徴的テント村」を設営し、デモンストレーションの参加者が夜間もそこに留まること（居留）は認めしたが、国立公園でのキャンプは指定された場所以外では認められないとする国立公園管理規則を盾に、テント村での睡眠は許可しなかった。そのため睡眠禁止の取り消しを求め、内務省長官を相手取って提訴した。

連邦地裁で敗訴、控訴裁で勝訴し、連邦最高裁へと持ち込まれた。ホワイト判事による法廷意見はまず、ここで問題とされてい

る睡眠行為は第1修正によって「一定程度の保障を受ける表現的な行為(expressive conduct)」だと仮定した上で(CCNV, 468 US, at 293)、「およそ表現(expression)は、言語によるものであれ行為によって象徴されるものであれ、すべて合理的な「時・所・方法」規制に服するのだ」とした。そして規制が合憲となるのは、当該規制形態が①言論内容と無関係に正当化され、②重要な(significant)政府利益に仕えるように厳密に起草されていて、③意見表明のための必要代替手段を十分に残している、ような場合だとし、本件ではいずれもその条件が満たされている、とした。なぜなら、ホームレス・ピープルの窮状を伝えること自体が禁止されているわけではなく(①の条件)、またテントの設営・掲示・監視者の居留は認められているのだから、表現の代替手段も十分残されており(③の条件)、本件規制が「首都中心部の公園の維持保全および万人による利用の保障」という重要な(実質的な)政府利益を達成するために限定的なものである(②の条件)からだ、とした。

法廷意見は、「睡眠」という行為を、ホームレス・ピープルたちのデモンストレーション効果を多少高める程度の副次的・補充的な意義しかないとみなしている(CCNV, at 296)。睡眠行為それ自体に対する法廷意見のこの認識こそ、マーシャル判事の反対意見(ブレナン判事賛同)と決定的な隔たりを見せる点である。マーシャルは、冬でも戸外で寝なければならぬホームレス・ピープルたちの窮状が、まさに「睡眠」の実演という形で表現されているのであり、「睡眠」にこそデモンストレーションの中核的意義が存する、と考えている。テント村に名づけられた風刺的な名称(「連邦議会村」「レーガン村・II」)からもわかるように、CCNV側にもメッセージ伝達の主観的意図が存在していることは明らかであり、また、ホームレスという社会問題の現状を考え併せるならば、当該メッセージが観衆から客観的に理解される可能性も高いと判断し(スペンズ・テスト)、彼はCCNVの睡眠行為を「象徴的表現」だと認定した。

(5) ネオ・ナチのかぎ十字表現については、本稿終章の脚注(9)参照。

(6) KKKの十字架焼却表現については、本稿終章の脚注(10)参照。

(7) 本稿冒頭の「基本的な問題意識」は、掲載誌変更に伴う不便解消の一助にと思い掲出した。内容的には、拙稿の連載冒頭の「序章」を要約したものであるため、脚注その他は大幅に割愛させていただいた。詳しくは、拙稿「象徴的表現(1)」早大法研論集六七号(一九九三年)をご参照いただければ幸いです。

第3章 国旗焼却

〔1〕ジョンソン判決（一九八九）

国旗焼却にまつわる一九六九年の連邦最高裁判決（ストリート判決）は、法廷意見が敢えて「焼却」という問題を棚上げして、国旗に対して発せられた侮蔑的な「言葉」への処罰は許されてよいかという形に問題を置き換えて、それを否定する形で結論的には無罪を導き出した（本稿第2章（3））。しかしこの判決は、抗議表現としての国旗「焼却」が表現の自由の名に値するかどうか、という問いに答えていなかった。したがってこれを、国旗焼却という象徴的表現の実質的先例とみなすことには無理があろう。しかしようやく二〇年後の一九八九年になって、その問いに明確に答える判決が連邦最高裁から出た。ジョンソン判決である。⁽¹⁾

（1）法廷意見の概要

この事件の事実関係は次のようであった。一九八四年八月ジョンソンらは、当時のレーガン政権およびダラス市本拠の企業に抗議するために、「共和党戦費調達ツアー（Republican War Chest Tour）」と題する政治デモ（political demonstration）に参加した。そのデモは、ちょうどダラス市で開かれていた共和大会を批判・揶揄するものであった。市内を進行しているうちに、どこかに掲揚してあった星条旗を参加者の誰かが勝手に引つ張ってきて、それを

受け取ったジョンソンがデモ終点のグラス市役所前広場で、「アメリカめ、この赤・白・青よ、おまえに唾吐いてやる」と言いながら灯油をかけて火をつけた。この際、特に暴動が発生するような危険性はなかったが、事件を目撃した人々の中にはひどく感情を害された人もいたという。⁽²⁾ このためジョンソンは国旗等の神聖冒瀆を禁じたテキサス州刑法に違反したかどで逮捕・起訴された。⁽³⁾ (以下その規定)『故意または意図的に(intentionally or knowingly)国旗を冒瀆する(desecrate)ことは犯罪である。ここで「冒瀆する」とは、外観を損い(detace)、損傷し(damage)、又はその行為を目撃・発見する人の感情をひどく害する(seriously offend)』とを知らながら(know)、誤った物理的取扱いをする(physically mistreat)』とを意味する。⁽⁴⁾

連邦最高裁の法廷意見はブレナン判事によって書かれた。法廷意見の論理は概ね二種の論点——①ジョンソンの行為が第1修正上の「表現」だとすると、テキサス州の規制利益は表現に関係(干渉)するのかどうか、②もし規制利益が表現に無関係(不干渉)ならオプライエン・テストが適用されるが、無関係でなければ厳しい審査基準が適用されることになる——から構成されている。⁽⁵⁾ ①は規制利益の表現抑圧性を問い、②は妥当な審査基準の選択を問うている。法廷意見はスペンス判決(↓本稿第2章(2))などに依拠しながら、まずジョンソンの行為を「憲法上の表現」だと認め、⁽⁶⁾ 規制利益の検討に入っている。

州側が主張した第一の利益は、「治安侵害(Breach of the peace)から周辺環境を守る」という秩序維持の利益である。つまり国旗焼却を目撃して怒った人々が報復の拳に出るなどの事態が憂慮されているのだが、しかしこと本件に関するかぎり、平穩は乱されておらず、またひどく感情が害されたという証言も数人のものでしかない。⁽⁷⁾ として、連邦政府への不満表明を個人への直接的侮辱と見紛う人などいえない以上、これは喧嘩言葉(fighting words)とも異

なる。⁽⁸⁾ しかもテキサス州には、治安侵害を特定の禁止する法律が既に存在している。これらを考え併せれば、秩序維持の利益は本件と無関係である、⁽⁹⁾と判示された。

州利益の第二は、国旗を「独立国家たることと国民結合(国家統合)の象徴」(a symbol of nationhood and national unity)として保護(preserve)する、というものである。法廷意見は次のように語っている。『国旗のもつ特別な象徴的価値(special symbolic value)を保護する政府利益は、「スペイン判決で判示されたように」⁽¹⁰⁾国旗焼却の場合でも、表現に関係する利益だと我々は考える。⁽¹¹⁾一方州側は、この種の国旗焼却によって「国旗は国家統合の象徴ではない」とか「国民結合の中に自分が入っていない」等の「誤解」が蔓延することを懸念している。しかし『そういう懸念が意味をもってくるのは、ひとえに、ある人間による国旗の取扱いが一定のメッセージを伝えてしまっているときなのであり、それはつまり、オプライエン・テスト第3基準の意味における「表現の抑圧」⁽¹²⁾に関係している、ということなのだ。したがって本件で我々は、オプライエン・テストとは全く無縁である。』

それでは、この利益は刑事制裁を正当化するほどに重要なものなのだろうか。『ジョンソンが訴追されたのは、合衆国の政策に対する不満を表現したからであって、この種の表現は、第1修正上の諸価値における中核(the core of our First Amendment values)に位置するものにほかならない。』⁽¹³⁾そして、国旗の物理的完全性(physical integrity)を当該テキサス州法がすべての場面で保護しようとはしておらず、わずかに他者の感情をひどく害する場合にのみ保護しようとしている以上、⁽¹⁴⁾『ジョンソンによる国旗の取扱いが法律に違反するか否かは、その焼却行為から生じるであろうコミュニケーション効果(the likely communicative impact)しだいで決まってしまうことになる。しかしこういった規制は表現内容に基づく(content-based)ものである。・先例⁽¹⁵⁾に照らすならば、ジョンソンの政治的表現は、そ

の伝えられるメッセージ内容ゆえに規制されたと言える。したがって我々は、国旗の特別な象徴的性格を保護するという州利益を最も厳格な審査(the most exacting scrutiny)⁽¹⁶⁾に服せしめなければならぬ。⁽¹⁷⁾』

国旗焼却によって本来の象徴内容に疑念が生じれば有害(harmful)⁽¹⁸⁾である、との理由で州は刑事制裁を主張している。しかし『もし、礎石となる原理(bedrock principle)が第1修正に伏在しているとすれば、それは、思想・意見を自己が社会にとって不快・不愉快だ(offensive or disagreeable)との理由だけで政府が禁圧してはならない、ということである。』⁽¹⁹⁾そして『今まで連邦最高裁は、国旗が関係する事件でもこの原理の例外を認めたことはない』⁽²⁰⁾のであって、『憲法典の中にも連邦最高裁先例の中にも、アメリカ国旗のためだけに存在するような独立の司法上のカテゴリー(独立の法領域 separate juridical category)を指し示すものは何一つない』⁽²¹⁾と法廷意見は述べ、国旗が刑事法上特別扱いされない旨を明言している。⁽²²⁾そして『本判決は、自由(freedom)と包括性(inclusiveness)という、この国旗が最もよく映し出しているもの、および、批判に対する寛容は我々の強靱さの標であり源であるという確信、を再確認するものである。・我々は、国旗冒瀆(desecration)を処罰することによって国旗を神聖化(consecrate)しようとは思わない。なぜなら、そうすればまさに、この大切な象徴が表す自由を希薄ならしめてしまうからである。』⁽²³⁾これらの理由により、国旗焼却に対する刑事制裁として主張された州利益はいずれも正当化され得ない。⁽²⁴⁾

以上が法廷意見の概要である。

(2) 意義と評価

ジョンソン判決の意義を端的に云うならば、国旗の「焼却」行為が、表現の自由として憲法の保障に値する、と

明快に述べた点にある。この点、反対意見の急先鋒であり強硬な保守派であるレーンクイスト長官は、『国旗焼却は思想表現として何ら本質的な側面を有していない』⁽²⁵⁾とし、『民主社会が高く掲げる目的は、多数者にとつて害悪となり不快となる行為に対し法的措置をとることである』⁽²⁶⁾と述べ、法廷意見とは真つ向から対立する。⁽²⁷⁾しかし同じ保守派のケネディー判事は、『国旗を侮辱する者をも国旗が保護する、というのは身を刺すような話だ』としながらも、『憲法典の解釈技術の意味においても根本的な意味においても、ジョンソンの行為は言論であつた』⁽²⁸⁾と述べて、法廷意見に同意した。既に本稿第2章で観たように、⁽²⁹⁾ジョンソン判決以前の三つの連邦最高裁判決——一九六九年のストリート判決、⁽³⁰⁾一九七四年のスペイン判決、⁽³¹⁾ゴグーエン判決⁽³²⁾——はいずれも、国旗の焼却に代表される「損壊」行為を、真正面から表現の自由の問題として捉えてはいなかった。（もともと、下級審では注目すべき判決もあるけれども）⁽³³⁾焼却に代表される損壊問題と、それ以外の問題（国旗への侮蔑的言辭、異物添付・逆さ掲揚などの不適正使用、ズボンへの縫い付けなどファッシヨンの使用等）とは、連邦最高裁の判例法理上は分断されたままだったのである。

ジョンソン判決の今一つの意義は、そのような国旗焼却が「政治的抗議表現」として認知され得るかぎり、オプライエン・テストの発動は許されず、厳格審査こそが発動されるべきだ、⁽³⁴⁾とされた点である。これによって、審査基準上の理論問題に一定の決着がつけられ、厚い第1修正保障が約束されたことになる。そしてここで、『国旗のもつ特別な象徴的価値（special symbolic value）を保護する政府利益は、国旗焼却の場合でも、表現（の内容）に係る利益である』⁽³⁵⁾と明言されている点には特に注目しておかなければならないだろう。なぜならこれは、焼却に代表されるような損壊行為を規制する利益それ自体、内容規制に該当する、との論理的帰結を導くからである。国家が国旗を「純正な象徴」（unalloyed symbol）として保護する利益それ自体が既に「表現に直接関係する利益である」と

最初に述べたのはスペインス判決であつたが、ジョンソン判決は明確に「焼却・損壞」の問題にまでそのことを拡大したのである。

ただその一方で、これとは矛盾を感じさせるような記述が、法廷意見の行論に見い出されることにも注意しておかねばならない。たとえば、テキサス州法が違憲となつたのは、ひとえに同法が、「他者の感情をひどく害する」こととのみ焦点を当てて国旗冒瀆を規制していたからであつて、すべての場面で国旗の「物理的完全性」を保護していなかつたからである⁽³⁷⁾、とされている点である。つまりジョンソン判決は、「他者の感情をひどく害することを処罰対象とする規制は違憲である」と語つたにすぎず、「他者の感情」とは無関係な中立的規制ならば容認できる、とも読めるのである⁽³⁸⁾。ここには、アンビヴァレントな判決解釈の余地が残されていると言わねばならない。そして現に、一九八九年国旗保護法の立法者たちはそのような理解に立つて法制化を進めていたのだつた(↓本稿第3章(2))。

「物理的完全性」(physical integrity)という概念は、ゴグーエン判決でブラックマン判事が提唱したことに由来する⁽³⁹⁾。国旗の physical integrity の侵害とは、端的に言えば、「国旗の完全な姿(integrity)を物理的に損なうこと」である。そこで問題とされるのは二つのレヴェル、すなわち①切断・焼却等による「形状の一体性破壊」、および②形状の一体性は侵害しないけれども、落書き・踏みつけ・針での穴開け等による「外観の改変」、であると考えられる⁽⁴⁰⁾。ジョンソン判決ではおそらく、ブラックマンや他の中間派(中間保守派)判事の票を獲得するため、ブレナンが彼らに「明白な恭順の意」⁽⁴¹⁾を示して法廷意見草案に書き入れたものと推察される⁽⁴²⁾。しかしこれは換言すれば、仮に物理的完全性侵害のみを構成要件とする国旗保護法が成文化された場合にはそれを合憲とする、との言質を与えるようなものであり、⁽⁴³⁾(右に述べた)ジョンソン判決の本旨とは齟齬をきたすのではないか、と思われる。もつともこの問題

は後にアイクマン判決で軌道修正されるのではあるけれども、少なくともジョンソン判決の段階では、かなり「玉虫色」的な決着と言わねばならないだろう。

今一つの問題点は、ジョンソン判決が理論上はオブライエン・テストと完全に訣別したわけではない、ということである。なぜならジョンソン判決によれば、オブライエン・テストの適用可能性がないのはあくまで「規制利益が表現抑圧に関係するとき」にすぎず、（つまり逆に言えば）もし仮に規制形式の外観において中立的な国旗保護法⁹⁸が表現抑圧に「時・所・方法」のみを規制するような法律⁹⁹が制定され、「表現内容中立規制である」との正当化論理が通用するような場合には、オブライエン・テストの適用可能性が残されている、ということになるからである⁴⁴。連邦最高裁が以前、CCNV判決において、「時・所・方法に対する合理的規制とオブライエン・テストとの差異は、（仮にあったとしても）ほとんどない⁴⁵」、と述べていたことがあらためて想起されよう。しかしここでは（既に第1章で観たように）、オブライエン・テストそのものに多くの問題性が包蔵されているという点を看過してはならないし、また法実践の場においては、（同テストが）実質的には敬讓的な審査基準と同一の機能を果たしてしまっているなど、問題は決して軽微ではない。それはたとえば、オブライエン・テスト第2基準に云う「規制利益の実質性」という概念が、およそ実質的とは言えないような規制利益を正当化する際に適用されているという実態⁴⁷——をみても明らかであろう。厳格審査とは全く異質な敬讓的な審査基準としてしばしば機能しているオブライエン・テストが、「実質的」利益実現のために、象徴的表現を禁圧する理論器具と化してしまふ危険性は依然として残されている、と言わねばならないだろう。

ところで、このジョンソン事件には二つの「皮肉」が伴っている。その第一は、もしテキサス州側の訴追がジョンソンの行なった事実行為のみに焦点を当てていたならば、彼は簡単に有罪となっていたかもしれない、という皮肉である。彼らは集団でいくつもの建物にスプレーを塗りちらし、鉢植を引っくり返すなどした。だからこの事案は実は、建造物損傷罪として扱われるべき性格のものだったのかもしれない。しかしテキサス州側は執拗に国旗焼却に拘泥した。このため彼は「単なる狼藉者」から「第1修正の英雄」へと変身してしまったのだ⁽⁴⁸⁾。第二の皮肉は、この事件のタイミングである。連邦最高裁は一九八二年に、連邦控訴裁で有罪が下ったカイク判決⁽⁴⁹⁾という事件の裁量上訴(certiorari)を拒否した。カイク事件とは、(連邦裁ルートで上がってきたというものを除けば)ジョンソン事件とよく似た国旗焼却の事案だった。もし仮に八二年にカイク事件の上訴を連邦最高裁で採り上げていたら、結果は間違いなく有罪だったに違いない。なぜなら、当時連邦最高裁の構成メンバーには、今回のジョンソン判決反対意見の四人に加え、バーガー長官(当時)が含まれていたからである。バーガー長官は七四年のスペインス判決で、国旗にピースマークを添付した静穏な逆さ掲揚でさえも有罪とする側にまわった人だったから、国旗焼却ともなれば間違いなく有罪を支持したはずである。この、少なくとも五人の有罪支持と覚しき判事たち(バーガー、レーンクイスト、ホワイト、ステイブンス、オコナー)が、(カイク事件では)審査不要と判断して上訴拒否の票を投じたものと思われる。しかし皮肉なことに、このおかげで、国旗焼却問題に対する連邦最高裁の明確な姿勢はほとんど白紙のまま、ジョンソン事件へと持ち越されることができたのだ。さらには、カイク事件の裁量上訴を採り上げようと尽力して失敗したのが、なんと(ジョンソン判決で法廷意見を書いた)ブレナン判事だったというから、⁽⁵⁰⁾歴史は皮肉である。

さて、ジョンソン判決検討の最後に考えておきたいのは、「国旗冒瀆」⁽⁵¹⁾ 処罰——国旗の権威性護持——の問題である。法廷意見は、「国旗のもつ特別の象徴的価値を保護する利益は、国旗焼却の場合でも、表現に関係する利益⁽⁵²⁾」とし、「国旗冒瀆を処罰することによって国旗を神聖化しようとは思わない⁽⁵³⁾」と述べている。これらの判示はひじょうに画期的ではあるが、他方、この判決では、「疲れた人が国旗を泥の中を引きずりながら歩く」ような場合には、「国旗冒瀆」のかどで当該テキサス州法によって訴追され得る、とも述べている⁽⁵⁴⁾。すなわち、自分の行為で人を不快にしてみまうと知りつつ、単に疲れているというだけの理由で国旗を泥の中を引きずって運ぶ行為は、思想・見解の表明という契機を有さず、テキサス州法下では可罰性がある、というのである。このことを一般化すると、たとえば冬の日に暖をとるために国旗を燃やしても、ゴミを焼却する付け火に国旗を用いても、ピクニックや海水浴で国旗をゴザ代わりに地面に敷いても、いずれも政治的表現でないが故に処罰対象になる、という論理を導くであろう。ここにははつきりと、国旗焼却は政治的な抗議表現の限りにおいては許容されても、それ以外の場面では常に国旗の権威が護持されねばならぬ、との姿勢が読み取れないだろうか。つまり、政治過程の健全な維持にとって——というよりはむしろ、反対者・異端者たちのガス抜きの方途として——「役に立つ」限りは国旗焼却を認めておこう、とのコンスイクウェンシャリズム（効果帰結主義）⁽⁵⁵⁾ 的発想が強く読み取れるのである。

そして、これに関連して法廷意見は、国旗の適正な取扱（proper treatment）を刑罰によって強制してはならないが、政府自らそれを推奨すること（recommendation）自体には正当な利益がある、とも強調し⁽⁵⁶⁾、合衆国法典の一箇所をわざわざ例示している。その例示された箇所は、「愛国的慣習（patriotic customs）」⁽⁵⁷⁾ という表題のついた章で、国旗の正統的な使用方法を（罰則はないものの）定めているところである。そこにはたとえば、『アメリカ合衆国の国旗に

対しては、いかなる不敬もはたらいはならない。⁽⁵⁸⁾』といった規定や、『国旗は、いかなる方法であれ、広告目的(advertising purposes)に用いてはならない。・・ペーパーナプキンや箱、または一時的に使用して捨てられることを予定された物に国旗を印刷したり刻印してはならない』⁽⁵⁹⁾といった規定が置かれている。そしてその中でも注目される規定は、『国旗のいかなる部分も、コスチューム(衣装)や競技用ユニフォームとして用いてはならない。しかし、⁽⁶⁰⁾軍人・消防士・警察官・愛国的団体(patriotic organizations)構成員の制服には、国旗の布を添付してもかまわない』という規定である。国家権力の存在・発動と深い関わりを持った職務と、それを積極的に支持する組織の制服にだけ国旗の着用を許容するこの規定は、(たとえ罰則はなくても)合衆国の国旗法制がいかなる価値志向性を有しているかを窺い知る上で大変興味深い。ジョンソン判決は象徴的表現論にとって画期的な意味をもつ判決ではあるけれども、それはあくまで、このような国旗保護法制を前提としその延長線上に位置するものである、という点を看過してはならないだろう。

以上、ジョンソン判決の意義と問題点を瞥見してみた。この整理は、そのままアイクマン判決の検討評価(本稿第3章(3))に結びついてゆくものである。

〔2〕一九八九年国旗保護法の立法過程

(1) 概 観

国旗に火を付ける行為が合憲、というショッキングな結論は、判決論理とは別の次元で、感情的な批判の渦に巻

き込まれていった。⁽⁶²⁾ ブッシュ大統領（当時）ら共和党を中心とする保守勢力はこの機運を利用して一気に憲法修正に持ち込もうとしたが、民主党が多数を占める連邦議会は両院とも、憲法修正ではなく、既存の連邦法（一九六八年国旗冒瀆禁止法、以下「68年法」と略）⁽⁶³⁾ を改正することでこの問題に決着をはかった。⁽⁶⁴⁾ ここには、憲法修正という悪しき決着の仕方⁽⁶⁵⁾ で第1修正が侵害されるのを未然に阻止する、との民主党側の戦略的な牽制が込められていたことも否定できないだろう。⁽⁶⁶⁾ 上院と下院は異なる法改正案を各々発議したが、最終的には両院一致して「一九八九年国旗保護法（以下「89年法」と略）」（Flag Protection Act of 1989）を成立させた。この新法の立法過程で「国旗保護」はいかなる論理で正当化されていたのだろうか。以下、立法者たちの論理と認識を検証してゆこうと思う。

今回の議論で見られる立場は、おおよそ次の三つに大別できる。第一の立場は、ジョンソン判決を冷静に受け容れ、法改正にも憲法修正にも反対・消極的な「静観派」である。いわゆる良識リベラルと呼ばれる人々が概ねこれに該当しよう。第二の立場は、国旗の法的保護は何らかの形で必要だとの見地から、ジョンソン判決と齟齬をきたさぬ形で既存の法律を改正しようとする「法改正派」である。連邦議会で多数派を占め、現に89年法を成立させた勢力でもある。第三の立場は、一般法制の再整備では国旗問題の根本的解決にはならないとし、「国旗冒瀆者を処罰しても第1修正には違背しない」という趣旨の憲法修正をあくまで実現しようとする「憲法修正派」である。ブッシュ政権および共和党ら強硬保守派はこれに該当する。

静観派と法改正派は、憲法修正に対する実践的立場は共に反対であるが、両者は89年法に対する合憲性認識を全く異にする。法改正派は、新法案は中立的であるから合憲だと確信しているのに対し、静観派は（ジョンソン法理に照らせば）89年法は違憲になると認識している。一方、静観派と憲法修正派とでは、両者は89年法が違憲であるとの

認識では一致するものの、そもそも国旗の法的保護に関する前提において大きな隔たりがある。逆に法改正派と憲法修正派とは、憲法修正に対する立場こそ異にするが、国旗の法的保護の必要性を強調する点では前提を共有し、「手段の違い」を除けば連携可能な関係だと言える。⁽⁶⁷⁾ただ憲法解釈となると、両者のあいだには埋めがたい溝が存するのもまた事実である。

89年法が正式に成立したのは、一九八九年一月二八日であった。⁽⁶⁸⁾この法改正に関する議論をまとめたものとして、上院司法委員会の報告書(以下これを「上院報告書」と呼ぶ)⁽⁶⁹⁾があり、立法者たちの価値判断と認識を知る上で有益な資料と思われるので、以下これを素材に検討してゆこうと思う。(この報告書は主に法改正派の視点で貫かれている。) 検討に先立ち、改正対象の一九六八年国旗冒瀆禁止法〔18 U. S. C. § 700(a) (1968)〕の規定をみておきたい。⁽⁷⁰⁾『合衆国国旗を公然と(publicly) 切断し(mutilate) 外観損傷し(detace) 汚損し(defile) 焼却し(burn) 踏みつける(trample)』とよって、故意に侮辱する(knowingly cast contempt)者は、一〇〇〇ドル以下の罰金もしくは一年以下の拘禁、またはその両方に処す。』

これに対し、新しい上院法案(S. 1338)では、『故意に合衆国国旗を、切断し、外観損傷し、焼却し、床・地面へ放置し、または踏みつける行為を行なった者』が処罰対象とされた。⁽⁷¹⁾一方、下院法案(H. R. 2979)⁽⁷²⁾では、『故意に合衆国国旗を、切断し、外観損傷し、焼却し、踏みつけた者』が処罰対象とされた点では上院法案とさほど変わりはないが、『両新法案と68年法との大きな違いは、「公然と」という構成要件と「故意に侮辱する」という構成要件が消えている点である。そして同時に、上院法案と下院法案の注目すべき相違点は、下院法案にのみ次のような明文の例外規定が設けられたことである。』本条項は、使(古)し(worn)となったり汚れてしまった(soiled)国旗を処分する

行為を、何ら禁じるものではない。』この例外規定はそのまま89年法に成文化されたものである。そしてその、89年法成文は以下のとおりである。

18 U. S. C. § 700 (a) (1) 『故意に(knowingly)合衆国国旗を 切断し(mutilate)、『外観損傷し(deface)、『物理的に汚損し(physically defile)、『焼却し(burn)、『床・地面へ放置し(maintain on the floor or ground)、『踏みつける(trample)者は、一〇万ドル以下の罰金もしくは一年以下の拘禁またはその両方に処す。』

§ 700 (a) (2) 『本条項は、使い古し(worn)となったり汚れてしまった(soiled)国旗を処分する行為を、何ら禁じるものではない。』

(2) 立法の目的と権限

上院報告書は合衆国国旗を、「唯一無二の目的をもった唯一無二の象徴(unique symbol)」と位置づけ、⁽⁷³⁾「国旗が保護に値するのは、それが一つの思想を表しているからではなく、多くの思想を表しているからである。・我々が国旗に対してさまざまの形で力強く抱いている感情(diverse and powerfully held feelings)を承認するだけなのである」⁽⁷⁴⁾と述べている。そして「一国の国旗は、独立国家たること(nationhood)と国民の結合(national unity)を深く象徴するものである。・アメリカ国旗は自由の象徴、機会平等の象徴、宗教的寛容の象徴、そして大望を共有する他者への親切心・厚情の象徴である」⁽⁷⁵⁾として⁽⁷⁶⁾いる。

ところで、このような目的を法制化する立法権限は一体どこに由来するのだろうか。今回の法改正論議は連邦法レビューの話であったが、連邦憲法のどの条文にも、連邦の旗(合衆国旗)を制定したり、その物理的保護を名目に

刑事制裁を課す権限を、連邦議会・政府に授権する規定はない。⁽⁷⁷⁾ところが国旗に関しては、この点は意外と曖昧なまま、そのような権限が当然視されてきた。⁽⁷⁸⁾今回の上院報告書も、「連邦議会が国旗の物理的完全性(physical integrity)保護の権限を有することは疑問の余地がなく、またそのことは象徴「表象物」(symbols)や文化史跡(landmarks)を保護する権限とも首尾一貫する」と述べるのみである。⁽⁸⁰⁾これに關してトライブ教授(Laurence H. Tribe)は、上院公聴会で次のように発言している。「連邦最高裁は、政府が事物(things)を保護(protect)する権限を有すると再三述べている。そしてその権限は、保護する理由が情緒的(sentimental)なものであれ何であれ、あるいは、保護する対象が象徴であれ他の何物かであれ、「反対者が存在するという理由で」制限され得るものでは決してない。」⁽⁸¹⁾

ただここで一つ疑問なのは、象徴を「保護」する権限とトライブが言う場合、それはどのような意味における「保護」なのか、という点である。トライブは以前、歴史的唯一性・文化的稀少性をもつ存在については物理的保護の権限が連邦にあると述べたことがあるが、⁽⁸²⁾果たして「私的所有国旗の個人使用全般を規律する権限」にまでそれを拡大する趣旨なのかどうか。⁽⁸³⁾そもそも、史跡・文化財・天然記念物といった世上に稀少な存在を損傷・滅滅から保護すること、公的所有・私的所有にわたって無数に存在する布(星条旗)を物理的損傷から保護することとは、次元を異にしているのではないだろうか。

しかしこの点を完全に同視するレーンクイスト判事は、こう述べている。「もし政府が著作権法によって著作・音楽演奏・演劇における私的財産上の利益(private proprietary interest)を創設することが可能なら、一体なぜ、(国旗の)物理的完全性損傷を禁じ得るような(著作権類似の)「財産上の政府利益」を国旗に關しても創設できないのだろうか(できるはずである)。⁽⁸⁴⁾」このレーンクイストの議論は、仮に星条旗のデザイン模様や配色という次元の話だ

ったならば、著作権の問題となろう。しかし著作権によって守られるのは、思想や芸術的感動を具体化した「表現内容の獨創性・固有性」のはずだから、表現された物体（星条旗）そのものの物理的形狀とは関係がないはずである。したがって、星条旗を作成するにあたって念頭に置かれていた思想（イデオロギー）や愛國的感動を理由に、星条旗の物理的形狀それ自体までが保護されるというのであれば、その場合の保護法益が何であるのか、明らかにせねばならないだろう。

かつてフォータス判事は、個人が国旗を私的所有することとそれに対する連邦政府の規制権限について、次のように述べている。「州や連邦政府は、神聖冒瀆から国旗を保護する権限を有する。・・国旗は特別な種類の動産（special kind of personality）である。そしてその使用は伝統的・普遍的に特別な準則と規制（special rules and regulation）に服している。人は国旗を『所有（own）』してもよい。しかしその所有には特別な負担と責任（special burdens and responsibilities）が条件づけられているのである。⁽⁸⁶⁾」フォータスのこの議論では、連邦権限の根拠は要するに、今まで国旗が「伝統的・普遍的に」（traditionally and universally）特別規制に服してきた、という一点に求められているようである。しかし、もし「伝統」の一言で刑事制裁を課すことが憲法論上正当化され得るのであれば、もはや憲法は、中絶をする女性や同性愛者の権利資格剥奪（ひいては刑事処罰）を「伝統」の一言で正当化し得ることになってしまっただろう。

国旗という象徴存在の必要性と、その物体の物理的形狀を刑事罰を以て一律に保護せねばならないことの必然性との関係は、以上の議論を瞥見してみただけでも依然不分明と言わざるを得ない。⁽⁸⁹⁾ 両者は直線的には結びつかないはずであり、もし仮に結びつくとしても、「象徴たる国旗の尊貴さに挑戦する者は、法の名において封じなければな

らない」という規範命題の媒介なしには成り立ち得ないはずである。この点を糊塗して両者を無媒介に直結させているところに、大きな問題がある。そして同時に、国旗の物理的形狀維持のために、なにゆえ明示の授權規定のない刑事法上の規制権限が発動され得るのか、という問題も考えなければならぬ⁽⁹⁰⁾。歴史的唯一性・文化的稀少性を有する特定の生物・物体・建造物を、減滅・損傷から強制力を以て保護することと、世上に無数に存在する物体(星条旗)の使用方法を強制的且つ一律に規制することは、次元を異にしているはずである。前者を保護する権限の存在ゆえに後者の規制権限の存在を説くのであれば、両者の同質性を論証するところから始めねばならない。

(3) 合憲性の認識

89年法は、結果的には、一九九〇年のアイクマン判決で違憲(ただし適用違憲)と判定されてしまった。では一体、立法者とりわけ89年法成立を推進した法改正派は、この法律(案)の合憲性をどのように認識(予測)していたのだろうか。この点に関する法改正派と憲法修正派との認識のズレは一体何に由来するのか。89年法は果たしてどのような憲法解釈に依拠して正当化されようとしたのか。これらを今一度検証しながら、「一九八九年国旗保護法」が持つ意味について考えていこうと思う。

法改正派は基本的に、「ジョンソン判決は新しい憲法原理を確立したわけでもないし、国旗焼却それ自体に赦免状を与えたわけでもない」と考えていた⁽⁹¹⁾。が、同時に彼らは、68年法(旧連邦法)には国旗を「公然と」「故意に侮辱すること」を処罰対象にするという難点があるとも認識していた。だからこそ、「89年法(案)は、もっぱら行為

(conduct) のみに焦点を合わせている。他者を不快にするような故意の有無、国旗を侮辱する故意の有無、目撃者の反応、といったものは一切無関係である。したがって当法案はすべての状況において一律に、国旗の物理的完全性 (physical integrity)⁽⁹²⁾ のみを保護する国家的利益に奉仕するものだ⁽⁹³⁾、と強調されたのだ⁽⁹⁴⁾。法改正派がこれほど「物理的完全性」に固執する背景には、ジョンソン判決 (五対四) を覆すためにギリギリ必要な「寝返りの一票」が、あのブラックマン判事から引き出せるのではないか、との期待がある。彼はジョンソン事件で法廷意見に賛同してはいるものの、以前から「国旗の物理的完全性保護」を主張していた。したがって、もし仮に「物理的完全性」のみに焦点を当てた規制法律が完成するならば、必ずや「合憲」の判示に傾いてくれるに違いない、と目されていたのである。法改正派は、ジョンソン判決の趣旨はあくまで、「国旗の物理的完全性損傷のみを理由に訴追される場合には憲法違反ではない」ということだと認識していたので⁽⁹⁵⁾、もし89年法が成立した後にその合憲性が連邦最高裁で争われた場合には、(トライブも述べているように)「ブラックマン判事の投票態度は、新法案 S.138 を支持するだろうことを強く示唆している」と考えられていた⁽⁹⁶⁾。しかし強硬な憲法修正派は、「非合法化されねばならないのは国旗に対する公然の侮辱 (public casting of contempt) なのだ⁽⁹⁷⁾、と単刀直入に述べ、68年法こそが最も「適切なアプローチ」だと力点を異にする。もし仮に68年法が「違憲」になる可能性があるのならば、それは憲法の方こそ問題があるのであって、唯一必要なことは「現行連邦法 (68年法) の合憲性を確実ならしめること」すなわち憲法修正なのだ⁽⁹⁸⁾、と譲らない。以下、「国旗を象徴として法的に選抜保護すること」と「国旗の厳粛な焼却処分を処罰例外とすること」の二点について、合憲性の認識を観てゆこうと思う。

まず国旗を象徴として選抜保護することについての合憲性認識であるが、上院報告書 (法改正派) の主張によれば、

国旗は一つの象徴「表象物」(symbol)ではあつても、「表象物を保護する利益」の設定は象徴的表現の規制とは無関係だ、という。その論によれば、『国旗は、本質的かつ自然的に保護に値するもの、：象徴(symbol)なのである。・・・アメリカ人が国旗保護を望むのは、それが国旗(The flag)だからである。それ以上の何ものでもない』⁽¹⁰⁾という。そしてトライブ教授(Laurence H. Tribe)も、「物理的表象物(physical symbol)を保護する法律に反映されているのは、その表象物が具現し意味する事柄に対する共感の念(sentiment for sympathy)にはかならない」と述べ、決して表象物破壊者のメッセージを検閲・抑圧する趣旨ではないとしている⁽¹⁰⁾。これに対し憲法修正派のバー司法次官補(William Barr, Assistant Attorney General)は、「国旗保護に焦点を絞った法律が(ジョンソン法理の下で)合憲だ、などと本気で主張できるわけがない」⁽¹⁰⁾と法改正派を厳しく批判する。ジョンソン法理の下では、ある象徴的価値のために選抜して保護するような規制は必然的に表現抑圧性を有するがゆえに無効とされてしまふ、とバーは認識し、憲法修正の必要性を強調している⁽¹⁰⁾のである。

バーは、合衆国の国章(national symbol)に選ばれている鳥「ハクトウワシ」(Bald eagle)・1ドル紙幣の裏に描かれている(鳥)を例に、「たとえハクトウワシがまだ一千万羽も生息していても、国章であることだけを理由にハクトウワシを物理的に特別保護しようとするならば、そういう法律は違憲とされよう」と述べている。つまり、政治的抗議の一方法としてハクトウワシの首を切り落とした者をそれだけの理由で有罪に処すことは違憲だ、と認識している⁽¹⁰⁾。これに対し法改正派のストーン教授(Geoffrey R. Stone)は、ハクトウワシが絶滅寸前の鳥かどうかとは全く無関係に、つまりハクトウワシが国章であることだけを理由に、それを殺した者を刑事処罰に付しても全く合憲である、と反論している。「バー氏の議論に従うと、・・・たとえば合衆国法典第一八巻三三三三条(18 U. S. C. § 333)は、連

邦認可銀行(national bank)⁽¹⁰⁶⁾発行の金銭債務証券(obligation)を損傷することを犯罪としているけれども、合衆国の財政政策への象徴的抗議としてそれを焼却した者にこの規定を適用させれば「違憲」となってしまう、また、アーリントン墓地の埋葬地の神聖冒瀆を禁じる規定も、合衆国の軍事政策への抗議として埋葬地を破壊した者に適用させれば「違憲」ということになってしまっただろう。」⁽¹⁰⁷⁾

しかし、このストーンの例示はいささか苦しいのではなからうか。なぜなら、アーリントン国立墓地を破壊する行為は、国有建造物に対する明確な不法侵害であって、私的所有物としての星条旗を所有者自身が破損する行為とは同視できないからである。また、金銭債務証券焼却を禁じることに債権者保護の理由があることと、表現の自由の問題とは別次元である。法改正派と憲法修正派の合憲性認識のズレは、元を手繰れば現行第1修正解釈の溝に起因すると思われる。ジョンソン判決で連邦最高裁は、『アメリカ国旗のためだけに存在するような独立の司法上のカテゴリー(独立の法領域 separate juridical category)を指し示すものは何一つなく』⁽¹⁰⁸⁾つまり、どのような象徴ならば保護に値するほど唯一無二(unique)であるかを国家は選抜してはならない、と判示している。この判示に対する認識についてだけ言えば、憲法修正派の理解の方が当を得ていると言わねばなるまい。⁽¹⁰⁹⁾

次に、厳粛な焼却処分に対する例外規定についての合憲性認識はどのようなものだったろうか。前述したように、下院法案(H. R. 2978)は、『使い古しとなり汚れてしまった(worn or soiled)国旗を処分する行為を、何ら禁じるものではない』という処罰例外規定をわざわざ設けた。そして合衆国法典(連邦法)でも(既に)、国旗が使い古されたり汚れたりして『もはや掲揚するにふさわしい象徴(fitting emblem for display)でなくなった場合には、厳粛な方法(dignified way)で破棄されるべきである。なるべくなら焼却(burning)によるのが望ましい』⁽¹¹⁰⁾と規定していた(罰則は

ないけれども)。つまり同じ国旗「焼却」でも、「厳粛な方法」での焼却処分は今まで法慣習上許容されてきたのだ。そして下院法案は明確にこれを踏襲したのだ。

これに対し上院法案(S. 1338)は、文面上は、すべての国旗焼却を処罰対象としている。では上院案は「厳粛焼却」をも処罰する趣旨なのだろうか。この点につき上院報告書はこう留保を付す。「正常な方法で使用して月日が経過したことにより (through the normal course of usage and the passage of time) 国旗が使い古しとなり、破れてしまひ、汚れてしまった場合には、国旗の物理的完全性を保護するという政府利益はもはや当てはまらない。そのような国旗は『掲揚するにふさわしい象徴』ではないから、焼却等の処分が付されてよい。上院法案は『既に事実上損壞してしまつた国旗』 (flags which are in effect already destroyed) を処分する場合には適用されないのである。」⁽¹¹⁾この留保は明らかに、解釈運用によつて「厳粛焼却」と「それ以外の焼却」とを選別する趣旨にはかならない。このような法解釈が予測可能性を欠き、法の支配原理に抵触するのは言うまでもないが、要するに上院法案も下院法案と同様、厳粛焼却例外論と軌を一にすることがここに明らかであろう。

しかしここにはなお問題が残っている。いったい「使い古した (worn)」・「破れてしまつた (torn)」・「汚れてしまつた (soiled)」という語はどんな状態を指すのだろうか。これらの判定基準は客観的な明確さを欠き、まさに「不確定概念」⁽¹²⁾そのものではなからうか。またもし仮に、「使い古した」国旗を焼却して政府に抗議の意思表示をしている者がいた場合、その者が警官に咎められて「ここでこれを『処分』しているだけなんだ」と主張したら、一体その者は処罰対象になるのかならないのか。さらには、「正常な方法で使用して月日が経過した」とは一体何時のことであり、誰がそれを判定し得るのか。これらの点は、静観派からはもちろん、憲法修正派からも「解釈による取り繕い」

だと厳しく批判されている。⁽¹³⁾

法改正派は、89年法はあくまで「行為の物理的側面」のみを対象としているがゆえに合憲だと主張してきたのだが、厳粛な焼却処分という黙示的例外を許容した途端、全く皮肉なことに、上院法案は表面上の中立性さえも失って馬脚を現すことになってしまふのである。⁽¹⁴⁾このように、国旗の物理的完全性を刑事制裁を以て保護しようと躍起になった立法者たちの論理が、如何に矛盾と虚構に満ちたものであったか、ここに明らかであろう。人為的に設定された国旗の象徴性を「中立的」に保全することは、決して当該象徴物の物理的完全性損傷への処罰に論理必然的に結びつくわけではない、ということがここに明らかであろう。

〔3〕アイクマン判決（一九九〇）

アイクマン判決⁽¹⁵⁾は、一九八九年国旗保護法（89年法）違反で訴追された国旗焼却事件を扱ったものである。89年法の成文はこうである。

18 U. S. C. § 700(a) (1) 『故意に (knowingly) 合衆国国旗を 切断し (mutilate)、『外観損傷し (deface)、『物理的に汚損し (physically defile)、『焼却し (burn)、『床・地面へ放置し (maintain on the floor or ground)、『踏みつける (trample) 者は、一〇万ドル以下の罰金もしくは一年以下の拘禁またはその両方に処す。』

§ 700(a) (2) 『本条項は、使い古し (worn) となったり汚れてしまった (soiled) 国旗を処分する行為を、何ら禁じるものではない。』

この事件の事実関係は、ジョンソン事件と同様、政治的な抗議表現のコンテクストで国旗焼却を行なったというものである。法廷意見は（ジョンソン判決と同じく）ブレナン判事が書き、マーシャル、ブラックマン、スカリア、ケネディーが参加。反対意見はステイーブンスが書き、レーンクイスト、ホワイト、オコーナーが参加。この五対四のメンバー構成はジョンソン判決のときと全く同じである。アイクマン判決の論理構成は大筋においてジョンソン判決と同じであった。ただジョンソン判決は、テキサス州法が「人々の感情をひどく害する」ことを処罰理由に掲げていたが故に違憲である、と解釈できるようなアンビヴァレントな余地を残していたため、89年法の立法過程ではその点が強調され、新法制定へと事態が推移したのだった。このことはつまり、「他者を不快にする故意」とは無関係な、「もっぱら行為のみに焦点を合わせた」規制法律⁽¹⁰⁾が本当に制定された場合、論理的には、連邦最高裁で合憲とされる可能性があったことを意味していたと言えよう。

またアイクマン判決の今一つの重要な関心事は、対象となる法律が連邦法だった、という点である。ジョンソン判決ではあくまで州法が問題だったけれども、各々の州法の制定の際に常に参考にされ模範とされるのは、一般にはその時時の連邦法である⁽¹¹⁾。したがって今回装いを新たにした連邦法に対し、もし合憲のお墨付きが下ったら、各州ともこぞってこれに倣った形の州法を新たに制定（改正）していたことだろう。この意味でもアイクマン判決は、実は法制度上大きな影響力を及ぼすことになるかもしれない判決であった。以下、法廷意見の概要を観ていきたい。⁽¹²⁾

法廷意見はまずジョンソン判決を振り返りながら、本件においても国旗焼却が表現行為であることを認めて、こゝう述べている。「残された唯一の問題は、この89年法が（ジョンソン判決で違憲となつた）テキサス州法と十分区別され得るような法律かどうか、またアイクマンらの表現的行為（expressive conduct）を禁ずることに当該89年法を適

用するのが合憲かどうか、という点である。⁽¹¹⁾』

政府側は、89年法はテキサス州法とは異なり内容中立的だ、とその合憲性を主張する。そして、すべての状況で「唯一無二で純正なる象徴」(unique and unalloyed symbol)たる国旗のアイデンティティを守るため、国旗の物理的完全性(physical integrity)を保護することには正当な規制利益がある、と主張している。⁽¹²⁾ それに対し法廷意見はこう反論している。『89年法は、廃棄処分を付す以外に国旗を損傷する行為を、その行為の動機、メッセージ内容、観衆の反応によって生じるであろう効果(the likely effects)などとは無関係に禁じている。・なるほど89年法は、禁止行為の範囲について表現内容に基づく明示的制約を課しているわけではない。しかし、にもかかわらず、政府主張の規制利益が表現の自由の抑圧に関わるもの(Be related to the suppression of free expression)であり、且つ、その利益が表現内容に関係している(Be concerned with the content of such expression)ことは歴然としているのだ。〔なぜなら〕私的所有国旗の物理的な完全性を保護する政府利益は、祖国(our Nation)および一定の国家的理想(certain national ideals)の象徴としての国旗の地位を守る必要性、という点に依拠していることが認められる〔からである〕。』⁽¹³⁾

法廷意見は、象徴を守る利益と主権の関係について、脚注の中で次のように敷衍している。『少なくとも一定程度において国旗は、主権存在としての国家(Nation as a sovereign entity)を象徴するものである。政府側は、主権に付随する重要なもの(an important incident of sovereignty)としての国旗の、極めて現実的な法的側面(eminently practical legal aspect)を守ることに正当な非言論利益があると主張している。・我々連邦最高裁は、主権に付随するものとしての国旗の役割を保護する正当な利益が連邦政府にあることを認めはする。・しかし政府側は、89年法が「国

「旗」と「国家」の結びつきを維持する利益をどのよう、⁽¹¹⁾に促進させるのかを説明していないし、またできるものでもない。いずれにせよ、国旗を焼いたところで、国旗と国家の結びつきには何らヒビは入らない。⁽¹²⁾この一節で注目されるのは、象徴としての国旗の役割を守ることがあくまで正当だとその姿勢を保ち続けながらも、国旗焼却行為を昂然と静観する「体制側の余裕」である。

そして法廷意見は、重要なポイントをこう述べている。『89年法の明確な禁止文言はまさに、国旗損壊行為のコミュニケーション効果(communicative impact)』⁽¹³⁾が規制利益の対象であることを確認してしまっている。89年法は、故意による切断、外観損傷、物理的汚損、焼却、床・地面への放置、踏みつけを処罰対象としている。各々の特定用語は——焼却(burn)だけは例外となり得るだろうが——紛れもなく、国旗の不敬な取り扱い(disrespectful treatment)を含意し、国旗の象徴的価値を損なう行為に焦点が定められていることを示している。そして§700(a)(2)で、「使い古しとなり汚れてしまった」国旗の処分に対し明確に処罰免除を規定しているのは、伝統的に国旗への愛国的敬意(patriotic respect)と結びついた行為だけを保護することになる。⁽¹⁴⁾このように法廷意見は、89年法の立法過程で躍起になって展開された規制形態の「中立性」論議を吹き飛ばすかのよう、⁽¹⁵⁾にあつきりと、行為の物理的側面のみを処罰対象とすること自体に(既に)国旗への「敬意」「不敬」という観点選別が混入していると認定し、「中立」たり得ないと斥けてしまった。しかしその一方で、このアイクマン判決もジョンソン判決同様、国旗の「物理的完全性」を保護する政府利益は正当である、との前提を崩していない点に注意が必要である。⁽¹⁶⁾

ところで法廷意見は、厳粛焼却例外論に対してはこう反論している。『もし国旗の象徴的価値を危うくするような国旗焼却はすべて禁じてよく、それでいて逆に、汚れた国旗を厳粛に(ceremoniously)焼却する行為は許容する、と

判示されれば、国旗の意味内容（独立国家たること・国民の結合）を危うくしないときにだけ、自分の姿勢や象徴的意味内容（referents）を伝達してもよいことになる。そのような判決は、とりもなおさず、何が正統（orthodox）たるべきかを規定するのを許容してしまうことにはほかならない。⁽¹³⁵⁾

さらに法廷意見は、89年法の規制文言とコミュニケーション抑圧との実質的な関係について指摘し、同法の「根本的欠陥」を指摘する。『89年法はテキサス州法よりは幾分広範な用語（broader terms）を使ってはいる。しかしここにも根本的欠陥がある。それは、国旗焼却行為から生じるであろうコミュニケーション効果への懸念に根ざして表現を抑圧する、という点である。（一見内容中立的に）広い規制範囲を設定しているけれども、だからと言ってそのことが、表現内容に全く関与しないから正当化される⁽¹³⁶⁾という論理を⁽¹³⁷⁾成立させるわけではない。』以前スペインス事件⁽¹³⁸⁾で問題になったワシントン州法の文言は、「国旗を掲揚するにあたり、その上にいかなる言葉、形状、・・凶柄、・・をも添付（記入）してはならない⁽¹³⁹⁾」と定めていただけだったが、そのような規制形態でさえ、オプライエン・テスト⁽¹⁴⁰⁾第3基準に云う『表現に直接関係する』利益だと判示されたのだ。したがって本件でも、オプライエン・テストを適用することはできない。『それゆえ89年法は「最も厳格な審査」⁽¹⁴¹⁾に服さねばならず、またジョンソン判決で述べられた理由などから、政府利益は、第1修正権利の侵害を正当化させることはできないものなのである。』⁽¹⁴²⁾

以上がアイクマン判決法廷意見の概要である。アイクマン判決の意義を考えるにあたって忘れることのできないのは、89年法の立法過程において、ジョンソン判決の意味（テキサス州法違憲の意味）がかなり限定的にしか理解されていなかった、という点である。たとえば、「違憲となったテキサス州法は必ずしも国旗を焼却・損壊すること自体を犯罪としていたのではなく、国旗に関係する行動が他者にとって不快な意見表明になってしまった場合のみを

犯罪としていたにすぎない⁽¹³⁾」旨を強調していた法改正派の発言は、それをよく物語っている⁽¹⁴⁾。それゆえ89年法は、「国旗を焼却・損壊することそれ自体を犯罪とする」ものとして立法化されたのだった。そして今一つ重要と思われるのは、本件で違憲となった89年法は規制形態だけを観れば、オブライエン事件の際の選抜徴兵法・65年改正法⁽¹⁵⁾に「よく似ている」⁽¹⁶⁾、という点である⁽¹⁷⁾。オブライエン・テストには、今回の89年法を合憲とするぐらゐの融通無碍とした可変性がある以上⁽¹⁸⁾、アイクマン判決でオブライエン・テストの適用が完全に斥けられている、ということは実は重要であろう。オブライエン事件の選抜徴兵法（65年改正法）では「徴兵カードを・・故意に損壊・切断する者」が処罰対象とされ、89年法も「故意に国旗を切断・・焼却・・する者」を処罰対象とする点で近似している。もちろん徴兵カードと国旗の規制利益とでは問題とすべき平面が全く同一というわけではないけれども、中立的外観を採った規制法律に対するオブライエン・テストの適用可能性をジョンソン判決が理論上完全に否定しきつていなかったこと⁽¹⁹⁾、また89年法立法過程ではオブライエン・テストが将来の判決で適用されることが期待されて法案起草がなされたという経緯に鑑みるならば⁽²⁰⁾、アイクマン判決が（一見あっさりとはあるが）オブライエン・テストの適用可能性を否定したことは、理論上は意義があると思われる⁽²¹⁾。

もし仮に、国旗の「物理的完全性」が本当に無色中性的に保護され得るとの大前提が成り立つならば、行為の物理的側面のみ焦点を絞った規制法律が合憲となる可能性は、論理的にはあると言えよう。ジョンソン判決もその可能性を完全に否定していたわけではなかった。そしてこのアイクマン判決でも、「嵐・暴風雨の中での掲揚」といった、決して「不敬」を直接表現しそうにはない国旗の取扱いすべてを規制対象に収めていないがゆえに「物理的な完全性」保護とは言えない⁽²²⁾、としている。ただこのことは、逆に言うと、アイクマン判決も「国旗特別論」に基

づく物理的完全性保護を理論上明確に否定してはいないことを意味しよう。⁽⁴⁴⁾ 89年法の立法論議も、基本的にはこの物理的完全性概念を前面に押し出し、「ブラックマン判事の一票」⁽⁴⁵⁾を引き寄せるべく、ジョンソン判決を「治療」することが至上課題とされた。しかし期待とは裏腹に、ブラックマンは動かぬまま、連邦最高裁はジョンソン判決と全く同じメンバー構成で判決を出したのだった。

89年法が違憲と判定されてしまったのは、ひとえに、立法過程において二つの異質な問い——「規制形態が内容中立的か否か」という規制外観上の問いと、「規制が表現の自由の抑圧に結びついてしまわないかどうか」という実体的な問い——の違いが十分に認識されていなかったからだ、と考えられる。⁽⁴⁶⁾ アイクマン判決は、立法者たちが89年法の「中立的」なる規制文言に潜ませた特殊なイデオロギー性を、文言それ自体の中に実質的に読み取って、違憲判断を下した。このような実質的な価値判断はジョンソン判決では明示的には見られなかったものであり、アイクマン判決の意義として注目されよう。刑事制裁を伴った国旗保護法制自体にそもそも強力なイデオロギー性が潜在している以上、「規制形態が内容中立的か否か」という規制外観上の問いをいくら発してみても、解釈論上の争点の背景に潜む問題——国旗保護の法律に関するかぎりは、如何に条文文言が外観上「中立的」な形態をとっていても、表現の自由の抑圧へと必然的に結びつくものである、という本質的問題——を正しく捕捉することはできないであろう。

〔4〕 小 括

第3章を閉じるにあたり、若干総括的に述べておこうと思う。89年法の立法過程では、静観派、法改正派、憲法修正派、という三つの立場が各々の思惑を込めて激しい論戦が行なわれた。そこでは主に、国旗の「物理的完全性」だけを「中立的」に保護することは可能かどうか、が焦点だったのだが、アイクマン判決はこの大議論を一笑に付すかの如く、あっさりと通り過ぎてしまった。⁽¹⁹⁾ 憲法修正派は、国旗は特別な存在なのだから憲法上も例外扱いにすべきだ、との国旗例外論を愛国心一本槍で突き進めようとした。が、やはりこの種の不寛容愛国主義では十分な支持が集まらず、結局頓挫の憂き目を見るに至った。⁽²⁰⁾ 一方それに対し、法改正派は、象徴たる国旗は特別だとの国旗特別論に立ちながらも、国旗の「損傷」(impairment)と「冒瀆」(desecration)とを峻別すれば法制化は可能だとする二分論を基軸に、限定規制論を展開した。⁽²¹⁾ つまり国旗の「冒瀆」は禁じてはならないが、「損傷」のみを規制対象とすることは物理的完全性の保護であってジョンソン判決とは矛盾しないのだ、と。しかし、仮に文言上「損傷」のみを禁じた法律でも、実際には「冒瀆」規制そのものかもしれないのであって、その判定はひとえに、規制対象となる行為の性格(損傷か冒瀆か)によるのではなく、規制対象となる物体(国旗)の性格によって本質的に決まってしまうはずである。⁽²²⁾

ジョンソン判決に端を発した国旗論議において、右派コミュニタリアニズム陣営などの保守派は、国旗焼却を「権利の濫用」事例として大々的に槍玉に挙げ、憲法修正をぶち上げることで政治的主導権を握ろうとした。つまり、国旗焼却をダシにすることで、中絶その他の権利主張をも封殺していこうとの「一挙両得」戦法に出たのだった。⁽²³⁾

連邦最高裁の保守化が夙に進む中で、この二つの国旗焼却判決だけは、表現の自由が手厚く保障されたという意味でレーンクイスト・コートの中ではかなり異色と言えるかもしれない。⁽¹⁵⁾しかしここで見過ごせないのは、一連の国旗騒動の過程で一番得点を稼いだのはいったい誰であったか、ということである。端的に言えば、それは静観派ではなかっただろうか。ジョンソン・アイクマン両判決の法廷意見をまとめ上げたブレナン判事をはじめ、いわゆる良識リベラルのエリートたちは、自由の擁護者というオモテの評価を受けたのは確かである。が、その「自由の国アメリカ」の「体制側の余裕」をあらためて内外に明らかにしたことで、彼らエリートたちこそ、体制内において有形無形の果実を得ることになるだろう。つまり静観派こそは、最も賢明に「一挙兩得」に思いを馳せた人々ではなかったのだろうか。⁽¹⁶⁾

国旗焼却には常にパラドックスが伴う。それは、ひとたび国旗焼却が「権利」として公権力および社会から完全に「お赦し」をもらって日常の現象になってしまったなら、⁽¹⁷⁾もはや抗議表現としての非日常性は失われてしまうかもしれない、というパラドックスである。⁽¹⁸⁾換言すれば、国旗焼却という象徴的表現が憲法論として先鋭な問題を提起するのは、ひとえに、国家権力が国旗を権威づけ、見えざるコンフォーミティー醸成のための手段として有形無形の縛りをかけてくるからにはかならない。このパラドックスが解けてしまったとき、国旗焼却も象徴的表現論において重要な意味を喪失するであろう。

- (1) Texas v. Johnson 491 US 397 (1989).
 この判決に *see, e.g.*, 奥平康弘「国旗焼却と表現の自由」法時六一巻一〇号（一九八九年）、遠藤比呂通「国家・象徴・表現の自由」法教一一〇号（一九八九年）、紙谷雅子「象徴的言論としての国旗の焼却」ジュリスト九六三号（一九九〇年）、紙谷雅子「Texas v. Johnson, United States v. Eichman」[1991] アメリカ法 262、塚田哲之「星条旗・第一修正・リベラリズム（一）（四）完」名大法政論集一五二号、一五三号、一五六号、一五九号（一九九四〜九五五年）参照。
- (2) *ibid.* at 399.
- (3) 第一審（ダラス刑事地方裁判所）はジョンソンに有罪を言い渡し、1年の禁固刑および二千ドルの罰金を課した。一方、第二審（テキサス州中間上訴裁判所）は、ジョンソンの行為を「象徴的言論」(symbolic speech)だと認めたものの、結論の有罪は維持した。それに対し第三審（テキサス州刑事上訴裁判所）は、これを「象徴的言論」と認めて無罪を言い渡した。これを州側が上訴する形で、連邦最高裁審理へとなったのである(*ibid.* at 400)。
- (4) テキサス州刑法 [Tex Penal Code § 42.09 (a) (3) & (b) (1989)] では、国旗・州旗、公共記念物 (public monument)、礼拝・埋葬の場所 が尊崇の対象 (venerated objects) と指定され、冒瀆が禁じられている (*ibid.* at 400 n. 1)。
- (5) *ibid.* at 402-3.
- (6) *ibid.* at 404-7.
- (7) *ibid.* at 407-8.
- (8) *ibid.* at 409.
- (9) *ibid.* at 410.
- (10) *ibid.* at 410 [*quoting* Spence v. Washington 418 US 405, 414 n. 8 (1974)].
- (11) Johnson, at 410.
- (12) *ibid.* at 410.
- (13) *ibid.* at 411.
- (14) *ibid.*
- (15) Boos v. Barry 485 US 312 (1988).

- (16) Johnson, at 412 (*quoting* Boos v. Barry, at 321).
- (17) Johnson, at 411-12.
- (18) *ibid.* at 413.
- (19) *ibid.* at 414.
- (20) *ibid.* at 414.
- (21) *ibid.* at 417.
- (22) たゞ一方で法廷意見は、『我々が反対なのは（当該州法の）目的（ends）ではなく、その手段（means）である』（*ibid.* at 418）と述べ、厳格審査とは異質な「立法目的と規制手段の合理的関連性」基準を彷彿とさせるような叙述をしていることに注意しておきたい。それによると、いけなしいのは刑事制裁を加えることであって、州が国旗の適正な取扱い（proper treatment）を大衆に推奨するよう（recommendations）自体は正当な利益である、とされている。これはバーネット法理を（ある意味で）忠実に踏襲したものと見えよう。しかしながら、愛国心育成のための積極的な「政府言論」的施政が、思想・表現の自由を一切脅かさないという保証は与えられたものではない。
- (23) *ibid.* at 419-20.
- (24) *ibid.* at 420.
- (25) Johnson, at 430 (Rehnquist, J., dissenting).
- (26) *ibid.* at 435 (Rehnquist, J.).
- (27) ジョーンズ判決でのレーンクワイスト反対意見は、明示的に共同体主義（コミュニタリアニズム）哲学を披瀝しているわけではなくけれども、共同体主義の中核にある諸価値に関心を抱いていることは明らかである。（“The Supreme Court, 1988 Term — Leading Cases” 103 Harv. L. Rev. 137, 254 (1989)）
- (28) *ibid.* at 420-21 (Kennedy, J., concurring).
- (29) 拙稿「象徴的表現（ ∞ ）」早大法研論集七十号（一九九四年）参照。
- (30) Street v. New York 394 US 576 (1969).
- (31) Spence v. Washington 418 US 405 (1974).

- (32) *Smith v. Goguen* 415 US 566 (1974).
- (33) たとえば一九七〇年の国旗焼却事件(ロンドン判決)(アリゾナ地区連邦地裁)では、「合衆国国旗と結びついた行為のほとんど (most conduct associated with the United States flag) が象徴的言論であることは自明である」と判示されている。また、「国旗を損傷・焼却するなどの行為の中には「表現要素と認知すべきもの」(a recognizable expressive element) が含まれているから、それを規制する法律に対しては厳格審査で臨まねばならない」とも語られている。連邦最高裁のシモンソン判決よりも二〇年も前に「実に」シモンソン法理を先取りするものな判決が出つたのである。(Crosson v. Silver 319 F. Supp. 1084 (D. Ariz. 1970) Walsh, J. の法廷意見に後掲(90)参照)
- (34) *Texas v. Johnson* 491 US, 410.
- (35) *ibid.* at 410.
- (36) *Spence v. Washington* 418 US 405, 414 n. 8 (1974).
- (37) *Johnson*, at 411 n. 6.
- (38) *see*, Geoffrey R. Stone “Flag Burning and the Constitution” 75 *IOWA L. Rev.* 111, 116-22 (1989).
- (39) *Smith v. Goguen* 415 US 566, 590-91 [Blackmun, J., dissenting] (1974).
- (40) *physical integrity* とは、単に物理的に integrate をれた「形状の一体性」(＝①のレヴェル)のことだけを意味しているわけではなく考えられる。元々、*ゴッューエン判決* (*Smith v. Goguen* 415 US 566, at 591 [Blackmun, J., dissenting] (1974)) でトーマンが問題にしたのは②のレヴェル、すなわち針で国旗をスポンに縫い付けることが *physical integrity* の侵害に当たる、という点であった。一九八九年国旗保護法の立法過程においても、①のレヴェルだけでなく②のレヴェル、すなわち、外観損傷、床・地面への放置、踏みつけ、のいずれもが *physical integrity* の侵害に当たる、として問題とされていた。現に同法では、①②両方のレヴェルが共に *physical integrity* の保護に関係があるとして成文に含まれている。また、アイクマン判決法廷意見でも、暴風雨の中で雨水や強風に国旗が曝されること自体が *physical integrity* の侵害に当たるかもしれない、との認識を示されている ([*United States v. Eichman* 496 US 310, 317 n. 8 (1990)]。それらの用法からわかるように、*physical integrity* には①と②の両方のレヴェルが含まれている、と考えられる。(ただし以上述べた事柄は、*physical integrity* が現実にはどのような語として通用しているかの事実認識の問題であって、その価値評価の問題とは次元を異にしてしていることをあらためて付言しておくたい。)

- (41) Charles Tiefer “The Flag-Burning Controversy of 1989-90: Congress’ Valid Role in Constitutional Dialogue” 29 Harv. Journal on Legislation 357, 372 (1992).
- (42) Kent Greenawalt “Over The Land of the Free: Flag Burning as Speech” 37 UCLA L. Rev. 925, 937 (1990).
- (43) 国旗のふを特別に選抜して保護する法律が、そのシモンソン判決によつて論理的には一切繰り出されたわけでは、その私の見解とは逆の見解を示すところである。e. g., Gregory Herbert, Note, “Waiving Rights and Burning Flags: the Search for a Valid State Interests in Flag Protection” 25 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Rev. 591, 607 (1990).
- (44) Stone, *supra* note 38, at 118.
- (45) Clark v. Community for Creative Non-Violence (CCNV) 468 US 288, 298 n. 8 (1984).
- (46) 拙稿「象徴的表現(2)」早大法研論集六九号（一九九四年）特記脚注(25)(23)(40)参照。
- (47) Geoffrey R. Stone “Content-Neutral Restrictions” 54 Univ. of Chicago L. Rev. 46, 51 (1987).
- (48) Arnold H. Loewy “The Flag-Burning Case: Freedom of Speech When We Need it Most” 68 North Carolina L. Rev. 165, 173 (1989).
- (49) Kime v. United States 673 F. 2d. 1318 (1982).
- (50) Kime, *ibid.*; cert. denied, 459 US 949, 74 L. Ed. 2d 207 [Brennan, J., dissenting] (1982).
- (51) 次のアマーの指摘には傾聴すべきものがある。「国旗の『冒瀆』を語るときは、聖なるもの(“the sacred”)と冒瀆的なもの(“the profane”)、宗教的なもの(“the spiritual”)と世俗的なもの(“the secular”)との境を曖昧にするものがある。…冒瀆(“desecration”)とこの言葉の彼方には、国旗法制の後ろ楯となつてゐる多数の人々が共有する、国旗に対する崇拜とも似た精神姿勢(“near-worshipful attitude”)を見て取れるに違ひない。多くの者によつて、国旗冒瀆は神聖冒瀆の一種なのである。」[Akhiil Reed Amar “The Case of the Missing Amendments: R. A. V. v. City of St. Paul” 106 Harv. L. Rev. 124, 133 n. 62 (1992)].
- またナーモッドによれば、シモンソン判決の反対意見者たちの言動は「一種の宗教的な衝動」(“a religious impulse”)に基つてゐる。その指摘によつて、Sheldon H. Nahmod “The Sacred Flag and the First Amendment” 66 Indiana Law Journal 511, 531 (1991).
- (52) Johnson, at 410.

- (33) *ibid.* at 420.
- (34) *ibid.* at 403 n. 3.
- (35) ショーンン判決法廷意見が「リベラル」で「個人主義」的な哲学の表れだ」という言い方で評する見解がある(*e.g.*, “The Supreme Court, 1988 Term — Leading Cases” 103 *Harv. L. Rev.* 137, 253 (1989))。たしかに「この判決がらわゆる「リベラル」な判決であることは間違いないだろうが、一つ注意しておきたいのは、ショーンン判決は決して、原理論レヴェルに云うところの個人主義的契機（個人の自己実現）を重視するものではないのではないか」という点である。なぜならこの判決では「政治的表現」というファクターがことのほか強調されており、民主主義的契機こそが法廷意見の基調だと考えられるからである。法廷意見を書いたブレナンが、思想的にはマインクルションと親近関係にあったとの指摘も、ハンコックは考察の一助になるかもしれない。*see, e.g.*, ARCHBALD COX, *THE WARREN COURT*, 95 (Harvard Univ. Press 1968).
- (36) *ibid.* at 418.
- (37) 36 U. S. C. § 170-187 (1988).
- (38) 36 U. S. C. § 176 (1942).
- (39) 36 U. S. C. § 176 (j) (1942).
- (40) 36 U. S. C. § 176 (j) (1942).
- (41) 憲法修正に「さしつかせ」*see, e.g.*, Tifer, *supra* note 41; William W. Van Alstyne “Freedom of Speech and the Flag Anti-Desecration Amendment: Antinomies of Constitutional Choice” 29 *Free Speech Yearbook* 96 (1991).
- (42) 国旗焼却問題は、保守派による「言論・表現の自由制限戦略」に利用される恰好の口実となった。*see* DAVID KAIRYS, *WITH LIBERTY AND JUSTICE FOR SOME*, 57-62 (The New Press 1993).
- (43) 後掲(70) 参照。
- (44) もっとも民主党内部においても、リベラル派が憲法を修正することに大きな躊躇を覚えていた一方で、保守派にはブッシュ政権と同じく憲法修正をも辞さない立場があった。とも報道されている。
- (45) Robert J. Goldstein “The Great 1989-1990 Flag Flap: An Historical, Political and Legal Analysis” 45 *Univ. of Miami Law Rev.* 19, 66 (1990).

(69) Charles Fried "The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty" 59 Univ. of Chicago L. Rev. 225, 229 n. 25 (1992).

(67) たとえば上院議員の中には、憲法修正派ではあっても、「ジョンソン判決を覆すために」新法案を支持する者もいた。このように、実現の具体的可能性が低い憲法修正に固執するよりも、新法案を成立させてしまおう方が、一定の治癒につながる現実的である。この判断がはたらいたのだった。現にこの新法案は、下院では当初三八〇の賛成（反対三八、棄権一二）を以て通過したのに対し、修正後の再通過では、反対ゼロの賛成四一三（ただし棄権一九）で通過している。上院でも賛成九一（反対九）の圧倒的多数であった。この数字からは、国旗を政争の具にすることで法改正派（主に民主党主流派）が、愛国心一本槍の熱烈な憲法修正派とリベラルな、非愛国的、静観派とのあいだに位置して、一見憲法修正派に肩入れするようであるが、実は政局の主導権を握る、という駆け引きの構図が見え隠れしそである。そしてまた、表立って国旗保護法制を否定することは選挙対策上好ましくないと判断から、とりあえず法改正派に与しながらも、一般法律でありさえすれば再び連邦最高裁に違憲判決を出してもらえれば問題はなし、と高を括って法改正に賛同した民主党リベラル派の動きも、この数字からは読み取れそうである。（see, 上院 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 12655 (October 5, 1989); 1989 U. S. Code Cong. & Admin. News, vol. 4, P. 184 / 下院 101 Cong. 2nd Sess., 136 Cong. Rec. H 5500 (September 12, 1989); H 6989, 6991 (October 5, 1989)）

(68) 一連の経過を若干記しておきたい。まず下院では、ジョンソン判決の一月後の一九八九年七月、司法委員会の「市民的権利および憲法上の権利に関する小委員会」において4回の公聴会が開かれた。これは、下院が発議した新「国旗保護法案」(H. R. 2978 = House of Representatives Bill 2978: 通称 by Brooks, Flag Protection Act of 1989)を審議するためである。この下院法案は、九月一二日下院本会議を、賛成三八〇、反対三八、棄権一二の多数を以て通過した〔101 Cong. 2nd Sess., 136 Cong. Rec. H 5500〕。これは翌日上院へ回付され、その日のうちに上院司法委員会の審議にかけられた。

一方上院では、司法委員会が八月と九月に四回の公聴会を開いた。これは、上院発議の新法案 (S. 1338 = Senate Bill 1338: 通称 Biden-Roth-Cohen Flag Protection Act of 1989) と、憲法修正を求める決議案 (S. J. Res. 180 = Senate Joint Resolution 180: 両院共同決議 180号) の審議に際して広く意見を求めるためである。この上院法案 (S. 1338) は八九年九月二日に上院へ趣旨報告 (report) され〔1989 U. S. Code Cong. & Admin. News, vol. 4, P. 184〕、ちょうど同時に上院に係属していた下院法案 (H. R. 2978) と合体して修正されることになった。つまり両院の協議により、形の上では上院法案 (S. 1338) を下院法案 (H. R. 2978) が

吸収合併することで合意に達したのである。(上院報告書には、『下院法案は、上院法案原文の文言を含む形で修正された後、上院法案の代わりに(上院司法委員会を)通過した』と記載をされている。1989 U. S. Code Cong. & Admin. News, vol. 2, P. 610) 果た、今回の場合、連邦法の改正を急ぎたいとの考えから、一方の院(上院)を通過した法案を他の院(下院)が修正せず通過させる(承認する)という方法が採られている。これにより、同一内容の法案修正された H. R. 2978 を両院で通過させたことになる。上院で修正された H. R. 2978 は、十月五日上院を賛成九一、反対九で通過した(101 Cong. 1st Sess. 135 Cong. Rec. S 12655 (October 5, 1989); 1989 U. S. Code Cong. & Admin. News, vol. 4, P. 184)。その後一〇月二二日、修正 H. R. 2978 付下院本会議を賛成四一三、反対〇、棄権一九で通過した(101 Cong. 2nd Sess. 136 Cong. Rec. H 6989, 6991 (October 5, 1989))。こうして国旗保護法案は両院を通過し、あとは大統領の署名を待つばかりとなったが、ブッシュ大統領はこの法案に署名しなかったため、一〇月二八日に自然成立した(1989 U. S. Code Cong. & Admin. News, vol. 4, P. 184 n. 3)。これはブッシュ政権が、連邦法の改正よりも憲法修正こそを強く望んでいたのである。

(5) Senate Report (Judiciary Committee) No. 101-152 (Sept. 21, 1989) [To accompany S. 1338] [以下 Senate Report と略。本稿では、1989 U. S. C. Cong. & Ad. News, vol. 2, P. 610-635 掲載の版を引用する。] 本稿は上院の審議過程を中心に検討する理由は、下院法案(H. R. 2978)が上院法案(S. 1338)を吸収合併する形で統一審議された場が、この上院司法委員会だったからである。上院委員会で修正された修正下院法案(修正 H. R. 2978)が、下院本会議での再採決の際ほとんど議論もなれずに圧倒的多数(賛成四一三、反対〇、棄権一九)で通過したという立法経過に鑑みれば、法案審議の実質はこの上院委員会にあったと考えられる。

上院司法委員会の公聴会では延べ二〇時間にわたり、総計二六人の発言者(witnesses)によって宣誓証言(testimony)が行なわれた。主な発言者の氏名・所属は以下の通り。上院議員：サーモンド、ドル、クーパー等五人／司法次官補(Assistant Attorney General)：バー(William P. Barr)／学者：トライン(Laurence H. Tribe)／ストーン(Geoffrey R. Stone)／グリスウォルド(Erwin N. Griswold)／ボーク(Robert H. Bork)／モナハン(Henry Monaghan)／ホルドマン(Gordon Baldwin)／デリンジャー(Walter Delinger)／ウィリアムソン(Brady Williamson)等一〇人／以下の各団体代表(約一名)：アメリカ在郷軍人会(American Legion)／傷痍軍人会(Disabled American Veterans)／海外従軍復員軍人会(Veterans of Foreign Wars)／アメリカ肢体障害退役軍人会(Paralyzed Veterans of America)／ベトナム戦争復員軍人会(Vietnam Veterans of America)。

(70) 既存の連邦法とらうのは 18 U. S. C. § 700 (1968) のことである。本稿ではこれを「68年法」と呼ぶ。以下、その条文。
 『(a) 合衆国国旗を公然と (publicly) 切断し (mutilate) 外観損傷し (deface) 汚損し (defile) 焼却し (burn) 踏みつける (trample) ことになつて、故意に侮辱する (knowingly cast contempt) 者な、一〇〇ドル以下の罰金もしくは一年以下の拘禁、またはその両方に処す。』 [18 U. S. C. § 700 (a) (1968)] (傍点長峯)

『(b) この条項で使われている「合衆国国旗 (flag of the United States)」という語は「アメリカ合衆国の「旗」 (flag, standard, colors, ensign) もしくはそれが写されたり表示されたもの (picture or representation) 」、またはそれらの全部もしくは一部分を指し、旗の材質 (substance) を大々々 (size) のごみに拘らす、……普通人 (average person) が熟慮せずに見ても国旗とわかるようなものを意味する。』 [18 U. S. C. § 700 (b) (1968)]

かつてこの68年法の前身の連邦法には、『言葉であれ行動であれ (either by word or act) 国旗に対して挑戦的態度をとつたり (defy) 侮辱したり (cast contempt) してはならぬ』という規定があった。しかしこの規定では「漠然性ゆえに違憲無効」と判示される惧れがある、と司法長官から忠告され、それを受けて68年法が制定されたという。see, *Smith v. Goguen* 415 US 566, 582 n. 30.

(71) 八九年法・上院参議版 (S. 1338) 『故意に (knowingly) 合衆国国旗を、切断し (mutilate) 外観損傷し (deface) 焼却し (burn) 床・地面へ放置し (maintain on the floor or ground) または踏みつける (trample) 行為を行つた者は、①一〇〇〇ドル以下の罰金 (be fined not more than \$ 1000) ②一年以下の拘禁 (be imprisoned for not more than one year) のどちらか、または両方に処す。』 [1989 U. S. Code Cong. & Admin. News, vol. 2, P. 619]

(72) 八九年法・下院参議版 (H. R. 2978) 『(a) (一) 故意に (knowingly) 合衆国国旗を、切断し (mutilate) 外観損傷し (deface) 焼却し (burn) 踏みつけた (trample) 者は、①本篇の規定する罰金 ②一年以下の拘禁 (imprisonment) のどちらか、または両方に処す。(二) この条項は、使用古し (worn) となり汚れてしまった (soiled) 国旗を処分する行為を、何ら禁じるものではない。(b) この条項で使われている「合衆国国旗 (flag of the United States)」という語は、旗の材質 (substance) や大々々 (size) のいかに拘らず、合衆国の旗またはその一部分として、普通一般に掲揚 (commonly display) される形態 (form) にある国旗をすべて意味する。』 [101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. H 5500 (September 12, 1989)] (傍点長峯)

(73) Senate Report, *supra* note 69, at 611.

上院報告書は基本的に法改正派の視点で書かれているが、憲法修正派も国旗を、崇敬されるべき「唯一無二の象徴」(unique symbol)とし、「極めて多様な人々を結合(unite)させる」ことの唯一の象徴(the one symbol)と位置づける点では負けてはいない[ibid. at 628]。一方、静観派も国旗を「苦難の未勝ち取った権利と自由を象徴し、アメリカを偉大たらしめるもの」とする点では同じだが、同時に「国旗によって象徴されている最も重要な権利は、おそらく他人と異なる権利(right to differ)である」とも述べている点が注目される。[ibid. at 626]

(74) Senate Report, *supra* note 69, at 611, 611 n. 1.

(75) Texas v. Johnson 491 US, at 437 (Stevens, J., dissenting).

(76) 国旗を賛美する情緒的なフレーズは「しばしば判決文(反対意見も含め)の中にも見受けられる。たとえばレンクイストはこう語っている。『国旗の意味するもの[意義](significance)として我々市民の大多数に湧き起る感動的な気持ち(emotional feelings)は、法律家の「作成した」準備書面や裁判官の意見などといった次元では到底表し切れない。……なぜなら、国旗は単なる赤・青・白に染まった布ではなく、二百年にわたる独立国家が、まさに目に見えて顕されたもの(the one visible manifestation of two hundred years of nationhood)だからである。』(Smith v. Goguen, 415 US 566, 602-603 [Rehnquist, J., dissenting] [1974]) またホワイット判事はこう述べている。『国旗の存在を認識する現象、あるいは国旗が「独立国家」と「国民の結合」に与った大切な象徴——国民(Nation)によって創られ、一定の特性(attribute)を付与されている象徴——とあることを承認する現象は、「おまわりに当たり前のことならぬ」完全に説明する必要を全く要しない。』(Smith v. Goguen 415 US 566, 587 [White, J., concurring] [1974])

(77) David L. Faigman “By What Authority?: Reflections on the Constitutionality and Wisdom of the Flag Protection Act of 1989” 17 Hastings Constitutional Law Quarterly 353, 354 (1990).

(78) 国旗保護の権限については、連邦議会の権限を列記した連邦憲法第一編(Article I)の「半影部分」(penumbra)にその授権が黙示的に許容されているはずだ、という見解がある。この「半影」理論を連邦最高裁が初めて採用したのは、*ブライヴァシー*権を初めて「基本的権利」と認めた*グリスウォールド*判決であったが([Griswold v. Connecticut 381 US 479 (1965)]、この法理を国旗の場合にも適用し、憲法第一編諸条項の「半影」の中に国旗保護目的の刑事制裁権限が含まれている、というものである。また一方、連邦憲法第一編8節18項の「必要かつ適切条項」(necessary and proper clause)の中に根拠を見出す見解もある。しかし

こういった議論は、憲法を厳格解釈する論者にしてみれば「不明確なもの」にしか映らないだろう。というのは (フエイグマンによれば)、89年法の支持者の多くは厳格解釈主義者だと言われているからである (Faignan, *supra* note 77, at 354, 360-63)。もしそうだとすると、憲法(第1修正も含め)制定時の意図(original intent)に忠実たんとする厳格主義者が、権利章典の拡大解釈を論難する一方で、第1編の議会権限の拡大解釈だけを許容するのは、まさに矛盾した態度ということになろう (Faignan, at 354)。

(79) Senate Report, *supra* note 69, at 613.

(80) 上院報告書は「象徴(表象物)や文化史跡を保護する際の原則は、それらを脅かす者が誰であれ、それらの者のメッセージを選び抜いて規制してはならぬ」として *id.* (at 613)。

(81) Testimony of Laurence H. Tribe, Aug. 1, 1989 at 143 (Senate Report, *supra* note 69, at 613)。

(82) トライブは(自分の論文の中で)次のように述べている。「もし政府にマックヘンリー要塞を歴史的記念物として保護することができるのだったら、あのマックヘンリー要塞に掲揚されていた由緒ある合衆国国旗もまた、保護してよいことになるだろう。…このような由緒ある歴史的な国旗を損壊する利益が、それを保護する政府利益に優越することなどほとんど無理だと言わねばなる

か5。」(LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, 799 (2nd ed. 1988)) (マックヘンリー要塞とは「国歌『the Star-Spangled Banner』の作詩者フランシス・スコット・キイが歌詞を着想した場所。独立戦争の際マックヘンリー要塞がアメリカ側の手に落ち、そこに高々と掲げられた星条旗を見て感動したキイが、即座に詩に書き留めたものが歌詞の原型になったという。) またトライブは、連邦政府が国旗記念日を設定したり国旗製造を公的助成するなど愛国心発揚目的で公金支出することについては、「政府が表現活動を少しでも規制するのなら、すべての活動に対して公平な立場で臨まなければならないのは当然だ」とした上で、「しかしそれはなにも、政府がイデオロギー的に中立であらねばならない」ということを意味しない」(TRIBE, at 807)とも述べている。つまり強制は不可だが、政府が自ら発言してはならないという趣旨ではない、とする。たとえは、「政府が国旗記念日を制定したり、公共の所有物において国旗を掲揚するなどして国旗に対する敬意の念を増進させようとしても、判例法理上は第1修正と何ら抵触しない」というのが、トライブの認識である。

法改正派がトライブ教授の発言をしばしば好意的に引用しているところから、少なくともトライブは新法案に積極的に反対はしていないかったと推測される。しかし、もしトライブ自身が法案に対して明確な支持を公聴会で表明していれば、法改正派は必ずその発言を上院報告書に明記していたと思われるから、トライブ自身、意識的に微妙な立場を維持し続けたのであろう。ちなみに彼

は、翌年（一九九〇年）に再び国旗保護法案（89年法とは異なる法案）が連邦議会に提出された際には支持を表明したという。〔101
Cong. 2d Sess., 136 Cong. Rec. H 4088 ~ 4089 (June 20, 1990) ↓後掲(83)参照〕

(83) このようにトライプが「改説」したことにつき、トライプ自身の説明によれば、世論の変化も含めた諸々の政治的な情勢変化が理由だとする。しかし彼は、従来の自説との関係（矛盾の可能性）については何ら釈明しようとしな。これは、トライプのよ
うに民主党リベラル派に近い学者たちが、新法制定（法改正）が憲法修正かどうに「悪しき選択」の中で、「よりましな選択肢」(the
lesser of two evils)を選ばざるを得なかったからなのかも知れない。see Murray Dry “Flag Burning and the Constitution” 1990
Supreme Court Rev. 69, 87-88 (1991). (↓前掲(82)参照)

(84) *Smith v. Goguen*, 415 US 566, 602-603 [Rehnquist, J., dissenting] (1974).

(85) かつてウォーレン長官(Warren, C. J.)は、『州・連邦ともに』国旗冒瀆行為やその名誉を汚す(disgrace)行為から国旗を保護す
る権限を確実に有している[Street v. New York 394 US 576, 605 [Warren, C. J., dissenting] (1969)]と述べ、またブランド判
事も、『合衆国国旗の故意の焼却を州が犯罪とすることを禁じるものは、連邦憲法の中には一切存在しない』(Street, at 610[Black
, J., dissenting])と述べている。連邦最高裁判事の見解として見られるのは概ねこのようなもので、州権限と連邦権限との形式的
な区別は常に言及されてくるものの、その実質的区別を国旗保護に関して詳述した例はほとんどないと思われる。

(86) *Street v. New York* 394 US 576, 610 [Fortas, J., dissenting] (1969).

(87) see *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973).

(88) see *Bowers v. Hardwick* 478 US 186 (1986).

(89) 国旗冒瀆に関して「つまり基本的な問題は、国旗のどのような国家指定による象徴(designated symbol)を通じて政府が「発言する」
ことが果たして許されるのかどうか、またそのような政府選定象徴を用いた不敬の言論・表現を果たして禁ずることができるのか
か」か「である」Steven G. Gey “This is not a Flag: The Aesthetics of Desecration” 1990 Wisconsin L. Rev. 1549, 1580
(1990).

(90) 一九七〇年アリゾナ地区連邦地裁がクロッソン事件という国旗焼却事案を扱ったとき、州権限について明確な説明を行なった
ことがある。(Crosson v. Silver 319 F. Supp. 1084 (D. Ariz. 1970) Walsh, J. の法廷意見) (以下その抜粋)

『州の権限のうちで、本件のような刑事立法を合憲たらしめる根拠として当裁判所が認めるものは、唯一、ポリース・パワー（公

共福祉権能)のみである。したがって、忠誠心・愛国心(Loyalty or patriotism)を維持する利益に基づいて国旗の神聖冒瀆を禁じようとする『憲法上の州権限』なるものは、我々は明確にこれを否定する。』(ibid. at 1087)

国旗保護を目的とする州の刑事立法制定権限を、これほど明確に限定した判決も珍しいと思われる。一般には、立法権限に対する関心は薄いし、州権限に至っては広く認容してしまっからである。そしてまた、この判決は国旗関係の象徴的表現に関する判断がまた連邦最高裁で確立されていなら一九七〇年の時点のものでもあり、その意味でも画期的と言えるかもしれない。(4前掲(33)参照)

(91) Testimony of Brady Williamson, at 14 (Senate Report, *supra* note 69, at 618).

(92) 前掲(40)参照。

(93) Senate Report, *supra* note 69, at 613.

(94) たゞえは法改正派のウィリアムソン教授は、こう主張する。「新法案の隠された長所は、国旗に関する議論において見られがちでないかなる偽善をも排する潜在力を有することだ。もし我々が国旗を国の象徴として心底保護したいと思うのなら、国旗をすべの冒瀆から守ることに真剣でなければならぬ。」(Testimony of Brady Williamson, Sept. 14, 1989, at 39-40) また、ある上院議員は、「この法案を成立させることで、憲法の原理を弱めることなく、国旗と憲法の擁護者としての我々の責務を完遂できる」となすと述べている。(Opening statement of Senator Kohl, Aug. 1, 1989 at 42-43)

(95) Answer of Laurence H. Tribe to written question [2-a.] from Chairman Biden (Senate Report, *supra* note 69, at 622-23).

(96) ibid.

(97) ibid. at 632.

(98) ibid. at 632. [憲法修正派のハッチ上院議員とグラスリー上院議員による反対意見書]

(99) ibid. at 632.

(100) Transcript of proceedings, Sept. 14, 1989, at 94 (Senate Report, *supra* note 69, at 613). 法改正派の代表格バイテンは、「国旗が損壊されたときに表明されたメッセージは大多数のアメリカ人にとって無意味である、として次のように述べている。」「もし街角を歩いていて国旗が燃やされる状況に遭遇したら、どのアメリカ人も咄嗟の本能で消化器をつかんで火を消す、と私には思わ

れる。」バイデンの云う「咄嗟の本能」なるものが所詮は社会心理上の条件反射でしかないことは言うまでもない。ただ注意しておきたいのは、国旗論議となるべく「科学的な」トピックが堂々と議会を闊歩している、という事実である。

(10) Written Statement of Laurence H. Tribe, Aug. 1, 1989, at 5 (Senate Report, *supra* note 69, at 613).

(11) Senate Report, *supra* note 69, at 631.

(12) Testimony of William Barr, Aug. 1, 1989, at 70-71 (Senate Report, *supra* note 69, at 614 n. 3).

(13) Transcript of proceedings, Aug. 1, 1989, at 140-141.

(14) ストーン教授はジョンソン判決の直後に発表した論文において、第一に「ジョンソン判決は「正しい」(correct)と評価している。そして第二に「国旗焼却を禁ずる法律制定をジョンソン判決に齟齬する」となく行なうことは可能か、という点につき、「可能だ」と言わ切っている。第三に「国旗焼却を禁ずる法律を第1修正と矛盾せずに制定することは可能か、という点につき、「おそらく可能だ」(possibly)と云っている。第四に「ジョンソン判決を覆すべく憲法修正をすべきか、については、「すべきでなから」と否定している。(Stone “Flag Burning and the Constitution”, *supra* note 38, at 111)」。第二・第三はいずれも「国旗焼却を禁ずる一般法律を制定した場合」を想定しているわけだが、「注目されるのは、法律自体はジョンソン判決と両立可能だと言わ切っている一方で、第1修正と齟齬をきたさずに可能か、という段になると「おそらく可能だ」とトーンダウンしている点である。

上院委員会でストーンは、公開の場での裸火(はだかび open fire)使用の規制(路上での国旗焼却や焚き火などへの一律の規制)を行なう内容中立的な法律を仮定し、こう説いている。「仮定の裸火規制法は、テキサス州法と異なり、コミュニケーションとしての効果(communicative impact)に依拠しないので、表現抑圧とは無関係であり表現内容規制には該当しない。したがって、最も厳格な審査に服す必要もなから。つまり、「裸火規制法」はジョンソン法理に単純に支配されない。」(Geoffrey Stone, written statement, at 6 (Senate Report, *supra* note 69, at 618 n. 5))。このストーンの主張に対し、憲法修正派からは、「裸火規制法と89年法とは無関係である。…なぜなら国旗冒瀆禁止法は、国家の象徴としての国旗の役割を守るために、国旗のみに関わる特定行為のすべて(all specified conduct)を禁止するものだからだ」と反論されている。(Minority Views of Senator Hatch and Grassley (Senate Report, at 631))

(15) 連邦認可銀行(national bank)とは「連邦政府の認可を得て設立された銀行」のことで、National Bank Actに基づいて組織されている。アメリカでは二州以上にまたがって銀行業務を行なうことが原則として禁じられてきた歴史があるため(もっとも近

年はそうではないが）、national bank は「全国銀行」を意味しない。一方 state bank は、「州政府の認可を得て設立された銀行」の on での national bank と対比される語である。

(107) Answer of Geoffrey Stone to written questions 5 from Senator Grassley (Senate Report, *supra* note 69, at 614 n. 3).

(108) Texas v. Johnson 491 US 397, 417 (1989).

(109) 憲法修正派のジョンソン判決理解は当を得ているけれども、しかしそれゆえに、現行第 1 修正が国旗保護にとって邪魔な存在との意識もまた強固である。

(110) 36 U. S. C. § 176(k). (1988).

国旗に関する取り扱い方法は、「愛国的慣習」(Patriotic Customs) (36 U. S. C. § 170-187 (1988))；その原型は一九三一年・四二年に制定され、現在に至っている〕として定められている。これは罰則規定のない法律である。一方 89 年法は罰則規定のある刑事立法である。本文に引用した「厳肅なる方法」での焼却処分の規定は、愛国的市民団体や復員軍人団体 (Veteran's group) などが、使い古し国旗を厳肅焼却処分に付すことの典拠となっているようである。〔↓前掲(57)〜(60)参照〕

(111) Senate Report, *supra* note 69, 613 n. 2.

(112) Minority Views of Senator Metzenbaum (Senate Report, *supra* note 69, at 628).

静観派のメッツェンバウム (Metzenbaum) 上院議員の反対意見書は、次のように述べられている。『89 年法案の下だと、ある国旗が処分値するほど十分ホロボロになつていた (tatter) かどうかに関しては不確定概念 (amorphous concept) のまま、被告の有罪が決せられることが予想される。この点で留意せねばならない点は、使い古しの国旗を焼却処分する機会を保護している以上、どんなに努力しても、この〔不確定性の〕問題は付いて回る性質 (inherent) のものだ』と云うことである。同様の不確定性は、「使い古し (worn) の古く語をいかに定義するか」という点にも現れている。』(ibid. at 628 n. 1).

(113) 前掲(112)参照。

(114) Minority Views of Senator Hatch and Grassley (Senate Report, *supra* note 69, at 632 n. 3).

(115) United States v. Eichman 496 US 310 (1990).

(116) *see*, Senate Report, *supra* note 69, at 613 ; Stone "Flag Burning and the Constitution", *supra* note 38.

(117) Comments, "Flag Desecration as Constitutionally Protected Symbolic Speech" 56 IOWA L. Rev. 614, 615 (1971).

- (11) 「この事件は明らかだ、政治的言論 (political speech) を扱ってどうせのびまわって、国旗および国旗の像・図柄の営利的な利用 (commercial exploitation) を規制するよほどの法律の合憲性を審査しようとするのだ。」 (Eichman, at 315 n. 4; see, *Halter v. Nebraska* 205 US 34 (1907))
- (119) Eichman, at 315.
- (120) *ibid.* at 315.
- (121) *ibid.* at 315-16.
- (122) *ibid.* at 316 n. 6.
- (123) *ibid.* at 317.
- (124) *ibid.* at 317 n. 8.
- (125) *ibid.* at 317. see, *West Virginia State Board of Education v. Barnette* 319 US 624, 642 (1943).
- (126) *Boos v. Bary* 485 US 312, 320 (1988).
- (127) Eichman, at 317-18.
- (128) *Spence v. Washington* 418 US 405 (1974).
- (129) *Wash Rev Code* § 9. 86. 020 (*Spence*, at 406-7).
- (130) *Spence v. Washington* 418 US, 414 n. 8.
- (131) *Boos v. Bary* 485 US, 321.
- (132) Eichman, at 318.
- (133) *Senate Report, supra* note 69, at 616 (Written Statement of Walter Dellinger; Sept. 14, 1989, at 4).
- (134) 89年法案の中心的な提出者ハイマン上院司法委員会委員長 (法改正派) は、ジョンソン事件の焦点が公然焼却であった点を強調し、非公然焼却 (秘密裡の焼却) を処罰するためにも新法が必要だと強調する。「もしジョンソンが黙って歩いて行って、誰も見ていないところで国旗を焼却したら、判決はジョンソンが有罪だとは述べなかつただろう。テキサス州法の下だと、このような場合でも、彼は有罪にはならないのである。つまりテキサス州法の下では、単なる国旗焼却に対処するには不十分なのだ。」 (Transcript of proceedings, Sept. 13, 1989, at 111-12)

- (135) United States v. O'Brien 391 US 367 (1968).
- (136) Gey, *supra* note 89, at 1550.
- (137) Greenawalt, *supra* note 42, at 931.
- (138) Gey, *supra* note 89, at 1566.
- (139) *see*, Calvin R. Massey "Pure Symbols and the First Amendment" 17 Hastings Constitutional Law Quarterly 369, 372 (1990) ; Gey, *supra* note 89, at 1550.
- (140) Stone "Flag Burning and the Constitution", *supra* note 38, at 112.
- (141) 本稿第3章(2)参照。
- (142) アイクマン判決をシモンソン判決の単なる「二番煎じ」と捉える見解は少なくともなく。[*e.g.*, Dry, *supra* note 83, at 97 ; Nahmod, *supra* note 51, at 522] たしかに両者は、価値論的には軌を一にするものである。その限りにおいて、両者を「同じ」と評するものは正しいだろう。しかし、シモンソン判決の論理およびそれを受けての89年立法過程を觀てきて明らかのように、法論理上は、シモンソン判決で明確に否定されていたことがアイクマン判決で（あつさりとはあつたが）否定されているのである。したがって、この点を度外視して「同じ」と評する見解には、やはり疑問を呈せざるを得ない。
- (143) Eichman, at 317 n. 8.
- (144) Gey, *supra* note 89, at 1550.
- (145) Senate Report, *supra* note 69, at 622, 633 n. 5 ; *see*, Smith v. Goguen 415 US 566, 590-91 [Blackmun, J., dissenting] (1974).
- (146) Herbert, *supra* note 43, at 597 n. 32.
- (147) Tiefer, *supra* note 41, at 372.
- (148) 前掲(16)参照。
- (149) Stone "Flag Burning and the Constitution", *supra* note 38, at 117-18.
- (150) Gey, *supra* note 89, at 1580-81.

- (147) DAVID KAIRYS, WITH LIBERTY AND JUSTICE FOR SOME, 57 (The New Press 1993).
- (148) Nadine Strossen "The Free Speech Jurisprudence of Rehnquist Court" 29 Free Speech Yearbook 83 (1991).
- (149) Mark Tushnet "The Politics of Constitutional Law", *in* DAVID KAIRYS (ed.), THE POLITICS OF LAW, 219, 233-35 (Revised ed., Pantheon Books, New York 1990).
- (150) ステイブンス判事は反対意見の中で、禁煙が支配的となった現代アメリカ社会を念頭に置いてか、次のように述べている。『かつてはドラマチックだった抗議表現も、今ではむしろ平凡となってしまった。こんにちの『思想の市場』においては、ヴェトナム戦争の徴兵カードを公然焼却することに比べれば、タバコに火を付けることの方が挑発的とさえなっている。いずれ国旗焼却だって、同じような反応を生むかもしれない。』(Eichman, at 323 (Stevens, J., dissenting)) このステイブンスの叙述は、物の譬えとして述べられているので多少誇張はあるが、それを差し引いても、国旗焼却に関してそうなるとはとても思われない。
- (151) Tushnet, *supra* note 153, at 233-35.

終章 象徴的表現論の意義と課題

権力・権威への抗議という契機を内在した象徴的表現の問題を考えるにあたって、一貫して本稿の問題意識の底流にあったのは、個人対国家という二項対立の図式であった。そもそも権利というものが、「対抗する力の相互否定的な緊張関係を通して肯定される」ところの・動的な社会関係についての「観念」⁽¹⁾として捉えられるのであれば、憲法上の権利を特質づける大きなメルクマールは、個人と国家権力との「対立性・緊張関係」にほかならない。一般に、権利成立のための基礎的条件またはその前提は、権利主体者間における①平等性、②対立性、③正当性の相互承認、④利益範囲の定量性、の四点に整理できると考えられるが、言論・表現の自由の分野において個人と国家の関係を規律する上で特に重要なのは、この「対立性」の契機であろう。⁽³⁾これを本稿の行論に即して言えば、象徴的表現において最も緊張関係を有する局面は、「国家権威への遵奉強要」⁽²⁾が、法の名を借りて、「個人の精神的自由」に対し直接間接の強制的契機を以て作用する、という現実である。

〔1〕 国家権力と象徴

この問題を考えてゆくにあたって重要と思われるのは、象徴的表現とみなされる表現行為に用いられる媒体の性格が、決して一様ではなく、これらをすべて同じ次元で論じてはならないのではないか、ということである。一般

に表現媒体は、言語的媒体（文字、文書、演説等）と非言語的媒体（国旗、徴兵カード、KKKの燃える十字架、ネオ・ナチのかぎ十字紋章、黒布、身体等）に大別しうるであろうが、象徴的表現が現実社会で大きな問題となるのは、多くの場合「私的所有の非言語的媒体」に關してである。⁽³⁾そしてこれを更に、国家権力との緊張関係——権力的契機の有無——という視角から眺めてみるならば、一口に非言語的媒体と呼ばれるものの中にもさまざまな性格の媒体が混在し、そこには何らかの区分整理が必要である、と考えられる。本稿では、国旗のような「国家の権力と威光を強力に表象する物体」または徴兵カードや軍服の⁽⁶⁾ような「国家権力の存在・発動と直接関係する物体」を総称して「権威的表象物」と仮説的に分類し、それ以外の表現媒体（ナチスのかぎ十字等）を「非権威的表象物」と分類して、これらのあいだに一定の境界を設けようと試みた。⁽⁸⁾両者の大きな相違点は、ひとえに、権威的表象物の存立には国家権力作用が直接的にはたらいっているのに対し、非権威的表象物の存立にはそのような契機がない、という点にある。

もっとも、国旗もネオ・ナチの「かぎ十字」紋章⁽⁹⁾もKKKの「赤々と燃える十字架」⁽¹⁰⁾も、何らかの意味をもった「象徴（表象物）」という点では同じレベルにある、とひとまずは言えるであろう。⁽¹¹⁾たとえば国旗焼却と十字架焼却は、共に言語的媒体に依らずに特定の表象物を焼却することによってメッセージを表明するという点で、大きな類似性が認められる。しかしながら、国旗（星条旗）という象徴は、その存在そのものの成り立ちにおいて合衆国家の権力的契機が始源的に介在し、本来的に国家の権威を表象する物体として定立されている。それは合衆国家とその政府を「最も強力に象徴するもの」⁽¹²⁾にはかならない。それに対し、KKKやネオ・ナチの象徴は、その存在そのものの成り立ちにおいて合衆国家の権力的契機は介在しておらず、むしろその特異な歴史的経緯・社会的背景に

より、社会内部の特定集合（特定諸個人）に対してのみ「人を踏みにするようなメッセージ」⁽¹³⁾を発する、という特殊性を有する。それゆえ、ここには大きな段差が認められるはずであり、これら両者のあいだに存する異質性を看過・相対化して問題を同一次元に溶解させてしまうことは、象徴的表現論が憲法論として有する本来の意義——個人と国家権力との緊張対抗関係という視座——を希薄ならしめてしまうのではないかと危惧される。そして、このように問題を整理することによってはじめて、「なにゆえ国旗の問題が、象徴的表現という平面において重要な憲法問題たり得るのか」という問いに、一つの回答を出し得るのではないだろうか。⁽¹⁵⁾

大衆を操作し自己の正当性をプロパガンダしてゆく権力にとっては、「象徴（表象物）」の存在ほど便利で都合のよいものはない。なぜなら権力を維持するためには、理知に訴えるよりは情動に訴えた方が、より自発的な服従を効果的且つ簡易に引き出すことができるからである。国旗・国歌・記念日といったさまざまな象徴形式は、かのメリアム（C. Edward Merriam）の言い方を借りるならば、心からの賞賛と忠誠心（whole-souled admiration and loyalty）の獲得を旨として情緒に働きかける「権力のミランダ（Miranda）」⁽¹⁶⁾にほかならない。かつてナチス・ドイツが、民衆に忠誠心を無理なく植え付ける一方策として、かぎ十字（Hakenkreuz）紋章を祭儀演出の視覚的手段として盛大に用いたことは夙に知られているが、⁽¹⁷⁾これなどは紛れもなく「権力のミランダ」の典型である。

しかし、ナチスに限らず現代の権力者たちもまた、程度の差こそあれ常に、「剣に對するのと劣らないぐらいの関心を象徴に對して抱き、軍隊に對するのと劣らないぐらいの関心をプロパガンダに對して抱いている」⁽¹⁸⁾のである。そして、これが大きな意味合いをもってくるのは、最も重大な権力発動——戦争——の場合であろう。かのラスウェル（Harold D. Lasswell）も指摘しているように、「プロパガンダが成功するのは、攻撃心（aggressiveness）・罪

悪感(guilt)・弱み(weakness)・愛情(affection)に対する操作が狡猾に行なわれる場合」である。⁽¹⁹⁾ 戦争によって「危機が昂じれば、常に『国家国民(Nation)』が大きくクローズ・アップされよう。そこでは自国の象徴が、敵国の象徴と対比されながら、全ての耳目を集めるところとなる。「脅威に晒されている」という感覚はますます愛情を必要とし、そしてそれだからこそ、自国の象徴は限りなく頼りがいがあって優しく、限りなく力強く賢明なもの、と再評価されてゆく」のである。⁽²⁰⁾ しかし、こういった象徴操作と戦争遂行とが同時進行した場合には、まさにラッセル(Russell Brand Russell)の言うように、戦争の危険は、一種の群衆心理(mass psychology)を引き起し、そしてそれがこんどは逆に、戦争の危険と専制政治の可能性とを倍加させてゆくのである。⁽²¹⁾ もっとも、たとえ戦争という事態には立ち至っていないとしても、国旗・国歌・儀式等のさまざまな象徴形式を通じ、情緒に訴えながら権力角逐への大衆動員が日常的に試みられるとき、説得は煽動に、そして遂には操縦へと近づいてゆくことに、十分注意しておかねばならない。象徴こそは、「国家組織の中における異質的分子を統一にまで溶接する」機能をもったイデオロギーにほかならないのであって、⁽²²⁾ この意味からしても、まさしくメリアムの言うように、「象徴は棍棒ではなく、磁石(magnet)なのである」。⁽²³⁾ そして、「ある象徴に対する信仰・感情の奥底に潜んでいるのは、忠誠というステレオタイプ(stereotypes of loyalty)なのだ」という点こそ、ここであらためて認識されなければならないことだろう。

国旗という象徴を国家が権力作用を以て定立することは、それ自体既に、濃厚なイデオロギー性を包蔵させている、と言わざるを得ない。⁽²⁷⁾ そもそも旗というものが、触知可能な政治シンボルとして、何ごとかを語り何ごとかを伝える使命を帯びた存在である以上、⁽²⁹⁾ 象徴としての表象物(a symbol qua symbol)たる国旗は、本質的に表現(言論)としての構成要素たりうる、と考えられる。⁽³⁰⁾ この意味からすれば、国旗の持つ「純粋な象徴」(pure symbol)は、

ほとんど無比特殊な存在(*sm. generic*)だと言えるかもしれない。⁽³¹⁾そして、それゆえにこそ国旗冒瀆行為は、国家象徴のもつ神聖性に対する「疑問・反駁」という契機を強く秘めた「対抗象徴」(*a counter symbol*)だと考えられるのである。⁽³²⁾つまり、象徴定立行為というものに当初から権力的恣意が混入している以上、そしてまさにそうであればこそ、当該象徴(表象物)を特殊な使用に供することにより(*e.g.* 国旗焼却などの象徴的表現)、象徴の権威づけを計る権力的メッセージと対峙した、逆のメッセージ(抗議・反対)の発信が原理的に可能になってゆくのだと考えられる。

〔2〕憲法と象徴的表現

(1) 解釈論の俎上

アメリカ最高裁(および下級審)での象徴的表現の処理においては、今まで「オプライエン・テスト」⁽³³⁾が少なからぬ影響力を持ってきた。このテストの要旨は、『規制が憲法上の権限の範囲内』(第1基準)の場合、『表現抑圧に無関係で』(第3基準)且つ『実質的な政府利益を促進する』(第2基準)かぎりは、表現に対する『付随的な制約』(第4基準)が容認される、というものである。ここには、表現主体の「主張内容」メッセージと、それ以外の部分「方法・手段」メディア」とは完全に分離(分解)可能である、との前提が根底にある。そしてこれは、『言論』と『行動』とを殊更に区別し、『行動』の方をとりわけ危険視する言論—行動二分論(*speech-conduct dichotomy*)の承譜にあると思われる。⁽³⁴⁾しかし、そもそも「表現的な振る舞い」というのは、一〇〇%行動であり且つ一〇〇%表現である⁽³⁵⁾と考えられる以上、問題の対象はそのような分解可能な複数行為ではなく、分解不能な「単一過程の行為」であろう。

また、そのような二分論的思考においては、時には象徴的表現の方が「純粹言論」よりも穏やかである、という現実さえ完全に忘れ去られてしまつて⁽³⁶⁾。象徴的表現では、伝達されるメッセージとそのメディアとは切つても切れない関係にあるという点が重要であり、まさに「メディアそのものにメッセージ性がある」という点にこそ、象徴的表現の象徴的表現たるゆえん(存在理由)があると考えられる。第1修正が言論・表現の自由の「縮減(chriding)」を禁じているにも拘らず、表現の実効性の縮減の段となると、判例法理の解釈論俎上ではあまり真剣に考慮されてこなかつたのではないか、と思われる。⁽³⁹⁾ これらを総合すると、オブライエン・テストの基本的発想は、象徴的表現論に対し時として痛烈なアンチ・テーゼを突きつけることになるであらう。

一方、オブライエン・テストの問題点は、法実践の場での機能という点にも見い出されよう。同テストの第4基準、『規制が表現の自由に付随的制約をもたらしたとしても、当該規制利益にとって不可欠なもの以上に大きくならないこと』は、一見LRAテストを示唆している。しかし、LRAテストは本来かなり慎重な審査であるのに対し、⁽⁴⁰⁾ 法実践におけるオブライエン・テスト第4基準は、それとは全く異なる姿に変形しているというのが実態なのであつた。⁽⁴¹⁾ したがつて(まさにエマソンが指摘するように)、この第4基準がLRAテストのように厳しく適用されないかぎり、オブライエン・テストが表現の自由に資する形で働くことは全く期待できないだろう。⁽⁴²⁾ もちろん、第4基準と第2基準は、もし本当に、厳格に適用されるのであれば、言論保障に資する潜在可能性を理論的には有している、とも見なせるだろうから、⁽⁴³⁾ その限りでは、オブライエン判決が一定程度「第1修正保障にとって順風となる驚き」をもたらす可能性があつた、とも言えるかもしれない。⁽⁴⁴⁾ しかしここで注意しておきたいのは、こういった「ひじょうに大きな融通の幅」⁽⁴⁵⁾ が逆に災いして、オブライエン・テストの実際の姿は、極めて敬讓的な審査と実体的に同一

化してしまっている、という点である。⁽⁴⁶⁾つまりこのテストは、意図的にせよ無意識的にせよ、表現の自由(象徴的表現)に資するべく審査基準の厳格度を上げる(または維持する)発想とは、逆の方向で機能する危険性を内包しているのである。それゆえ、オプライエン・テストは「極めて厳密に定められた範囲」でしかその支配力を及ぼしてはならない、⁽⁴⁷⁾と考えられる。

このようなオプライエン・テストに実質的に代置しうる形で象徴的表現論に登場したのが、「スペンス・テスト」であった。(本稿第2章でふれたように)この準則は一九七四年のスペンス判決⁽⁴⁸⁾(国旗を逆さにしピースマークを添付して掲げたかどで訴追され、無罪となった事案)で示されたもので、重要な先例的準則の位置を占めている。このテストでは、ある表現行為が憲法の保障する「象徴的表現」と認定されるためには、①特定のメッセージを伝達しようとする行為者側の主観的意図の存在、②当該メッセージが周囲の観衆から理解され得る客観的可能性、の二つが必要条件とされた。⁽⁴⁹⁾憲法上意味をもつのが「言論」と「行為」の区別ではなく、「何かを語ったり伝えたりする行為」と「そうでない行為」の区別であるならば、⁽⁵⁰⁾スペンス・テストはこの点を適切に定式化したものと言えよう。このテストが第1修正保障に対し一定の貢献を果たしてきたことは確かであり、⁽⁵¹⁾たとえばジョンソン判決⁽⁵²⁾で初めて国旗焼却に厳格審査が導入されたのも、スペンス判決の存在に負うところが少なくない。⁽⁵³⁾その意味でも、スペンス・テストは象徴的表現論に新たな地平を切り開いた、と言えるのではないだろうか。⁽⁵⁴⁾ただその一方で、このテストが将来にわたってオールマイティーな指針となり得るか、は微妙であろう。なぜならこのテストでは、「特定のメッセージであれば何でも許容される」とさえ解釈できる余地を論理的には含んでおり、⁽⁵⁵⁾また、多くの観衆に理解されるコミュニケーション形態だけを限定的に保障する、という重い制約を課しているからである。⁽⁵⁶⁾

「法は表現内容に中立的でなければならぬ」という解釈論上の命題は、語り継がれてきた約束の言葉である。しかし権威的表象物にまつわる法実践の場で、果たしてこの「約束」が守られていたのだろうか、と考えてみると、その答えは、実に漠としたものでしかない。(本稿で既に論証をこころみたとくに)たとえば徴兵カード焼却(オプライエン判決)においては、それを禁止することが「中立的利益」あるいは「実質的利益」の実現に資すると一貫して説明されてきたにも拘らず、その判決論理と立法過程(立法動機)の中味をやや詳さに調べてみれば、そこで企図されていたことは紛れもなく、「国家に不忠誠な者・愛国心の欠如した者への処罰」という一点に収斂し、「中立的」「実質的」という抽象語は内実を失った虚構として機能しているにすぎなかった(本稿第1章)⁽⁵⁷⁾。オプライエン判決が第1修正保障にとって「恥辱の極み」であったとの評価は、この意味において、あながち過言ではなからう。また、国旗を「不適正」使用したり「侮蔑的」使用するなど、国旗に「不敬をはたらく」表現は、その態様が穏当だったたり非冒瀆的な場合にかぎり、半ば恩恵的に第1修正保障に浴したにすぎなかったのである(本稿第2章)⁽⁶⁰⁾。このことは、たとえば焼却に代表される劇的な国旗損壊行為が、一九八九年(ジョンソン判決)に至るまで決して合衆国最高裁の認めるところではなかった、という歴史にも如実に現れている。さらに、一九八九年国旗保護法の立法過程を検証してみれば、これまた明らかなように、国旗固有のイデオロギー性を「中立的な規制形態」の下に正当化しようとする論理は、あの徴兵カード焼却禁止の論理(選抜徴兵法・一九六五年改正法の立法動機)と本質的に軌を一にするものであった。

このように、権威的表象物にまつわる象徴的表現をアメリカ最高裁や議会が処理する場合、コミュニケーションに伴う権威否定的なメッセージに対し、常に重大な関心と懸念がそれぞれの論脈で明示的に又は暗黙裡に語られて

いる、という実態を見逃すことはできない。⁽⁶¹⁾

(2) 原理論の地平

象徴的表現がな、ゆえ憲法の保障に値する表現なのか、という原理論的な問いに対しては、表現の自由における主観的・個人主義的契機（個人の自己実現という価値）および客観的・民主主義的契機（制度の健全維持に資する手段的価値、効果帰結的価値）、の両方向からの位置づけが共に妥当するのではないかと思われる。⁽⁶²⁾ 表現の自由の原理論については、かつてトーマス・エマソン（Thomas I. Emerson）が、かのブランドイス判事（Louis D. Brandeis）の意見を整理・発展させて、並列的な四つの根拠にまとめたものがよく知られている。⁽⁶³⁾ ①個人の自己実現、②真理への到達、③決定（民主過程）への参加、④共同体の安定と変化を支える均衡、がそれである。ここで、個人の権利としての表現の自由を原理づける上で重要な関係があるのは、①・②・③であろう。そしてさらに、②と③は、民主的政治過程・思想の自由市場といった「制度」の健全な維持に重点が置かれている点で、純粹な主観的契機には見られない効用主義的色彩を帯びている。原理論は、①の個人主義的契機と、②③の効果帰結主義的契機という二系列の契機を対比・関連づける中で論じられてきた。

ただ、表現の自由の原理論におけるこの二つの契機は、ともすると必要以上に、異質な対立項と位置づけられる傾向があった。それはたとえば、軸足を完全に「個人の自己実現」に置くベイカー（C. Edwin Baker）⁽⁶⁶⁾と、軸足を完全に「民主主義」に置くマイクルジョン（Alexander Meiklejohn）⁽⁶⁷⁾とのあいだに、かなりの隔たりが存することからも容

易に想像できよう。⁽⁶⁸⁾しかしこの二系列の契機は、果してそれほど別世界のものであろうか。両者は発想の在り方こそ異にしているものの、何らかの媒介項を経て架橋される共通土俵を十分持ち併せているのではないだろうか。たとえば、「自由で民主的な制度を健全に維持するために表現の自由が必要だ」と主張されるとき、そこには効果帰結主義的(効用主義的)色彩が濃厚である。が、これとても、「自らのことは自ら主体的に参加して決める」という自己統治・自己参加の発想、すなわち自主性・自律性の契機があつてはじめて成り立つのだと考えれば、個人主義的契機とも十分連結し得るはずである。まさにレディッシュ(Martin H. Redish)が述べているように、民主主義制度やその必須過程とされる思想の自由市場は共に、個人の自己実現という究極的価値にとつての「副価値」(subvalue)である。⁽⁶⁹⁾とも考えられるのである。あるいはまた、このレディッシュの議論をさらに発展させたペリー(Michael J. Perry)のように、「二系列の契機は共に適切で補足し合うものである(complementary)と捉える立場に立てば、両契機は「ぴったりと一致した一つのカテゴリー」(congruent... one category)になる」とさえ言い得るかもしれない。⁽⁷⁰⁾

A..個人主義的契機

象徴的表現の基礎づけにおいて、主観的・個人主義的契機は、不可欠の原理的支柱である。⁽⁷¹⁾象徴的表現ではメッセージとその表現方法(メディア)とが分かち難く結びついているけれども、表現方法(メディア、手段)の選択それ自体が、個人の自己実現にとって重要な意味をもつと考えられるのである。⁽⁷²⁾ただし、このことは決して、個人の無制約の利己充足すなわち「放恣」が表現の自由の名の下に全て容認される、ということを意味しない。かつてジョン・ロックも述べていたように、そもそも近代立憲主義において措定されてきた「自由」の中には、「各人がその欲

するがままを行なう自由」という観念は始源的に排されていたはずである。⁽⁷³⁾ マイクルジョンの指摘を俟つまでもなく、「理性ある社会の常識においては、絶対無制約の権利(qualified right)なるものの存在は認められな」からである。⁽⁷⁴⁾ 近時のアメリカでの原理論においても、ペリーやボリンジャー(Lee C. Bollinger)、ライト(R. George Wright)といった論者によって、(議論の在り方は異なりながらも)放任と自己実現との境界が自覚的に強調されていることは、あらためて留意されなければならないだろう。⁽⁷⁵⁾ (もっとも、連邦最高裁は、表現主体の意図よりも政府の規制利益にばかり焦点を当てて考察してきたから、象徴的表現における個人主義的契機は判例法理の上でも決して重視されてはいたわけではない、ということもあらためて付言しておきたい。⁽⁷⁶⁾)

象徴的表現論においては、「個人の自己実現」という契機は質的次元ではひじょうに重要であるが、しかしこれのことさら量的次元で強調することには、いささか慎重でなければならないと思われる。なぜなら、ともすれば象徴的表現論は、世の中に存在するありとあらゆる人間行為を「憲法上の表現だ」と容認する主張に変形しかねない危うさを秘めているからである。たとえば、国家が戦争を遂行していることに抗議するために学生たちが黒腕章を着用して授業に臨む行為と、特定の級友をいじめめる目的で(いわゆる)「葬式ごっこ」を演出すべく皆で黒腕章を着用して授業に臨む行為⁽⁷⁷⁾とを比較して、「果たして両者はどこが異なるのか？ 共に黒腕章着用で同じではないか？」といったような主張がそれである。しかもその場合、いじめめる側の生徒にとっては黒腕章着用こそが彼らの「自己充足」なのだ、とさえ主張されるかもしれない。もっとも、こういった主張は、大概は後者(いじめ)を否定する論を採りながら、実は両者の外観の類似性を理由に前者(戦争への抗議)をもワン・セットで否定する、という象徴的表現論全否定の機能を往々にして果たしがちである。しかし、特定個人(諸個人)を標的に絞ってその人間的尊厳を

傷つけるような行為が、いかなる意味においても憲法が保障すべき「象徴的表現（表現の自由）」であろうはずはなく、両者を同次元で論ずることは多大の疑義を差し挟まざるを得ない。黒腕章着用のような非権威的表象物が問題になつている場合には、メッセージが客観的に理解される可能性をスペイン・テストによつて判断し、保障の適否を検討することが妥当と思われる。また、これとは異なる事例では、たとえば、「国旗焼却も十字架焼却も、表象物の焼却という点では同じ行為ではないか」、⁽⁷⁹⁾といった主張があるかもしれない。たしかに国旗焼却も十字架焼却も、一部の人々を不快にするかもしれない、という点では決して「無刺激」とは言えないし、また外観も類似してはいる。しかし十字架焼却は、単に一部の人々を「不快にする」レヴェルを越え、特定諸個人をあえて、標的に選ぶことにより他者の人間的尊厳そのものを否定する契機を秘めている点で、⁽⁸⁰⁾「個人の尊厳」を基軸とする近代憲法規範とは背反する、⁽⁸¹⁾と考えられる。

これらの例を瞥見してみてもわかるように、象徴的表現という概念の外延画定には、象徴定立にまつわる権力的契機の介在有無を礎にした象徴（表象物）性格論に併せ、個々の行為の外観上の物理的観察を越えた「何らかの価値的なるもの」、すなわち「なによえ憲法の保障に値いすべ、きなのか」という実体的価値論・規範論が不可欠になつてくると思われる。⁽⁸²⁾これは象徴的表現論の今後の課題ではなからうか。

B・民主主義的契機

象徴的表現の原理的基礎を論じるにあたり、客観的・民主主義的契機は、特殊現代的な情報化社会に対する特別な認識を踏まえた場合、とりわけ重要な意味をもってくるだろう。というのは現代社会では、情報がマスコミや大

企業など特権的少数者によって独占的に支配されているために、社会の価値観の意図的な操作の危険性が現実化した状況だと認識され得るからであり、弱者・少数派の意思表明がもはや従来の「言論市場」では無力化・空洞化している、と考えられるからである。しかしその一方では、公権力がその地位と威光を利用して自ら「政府の言論」(government speech)⁽⁸⁴⁾をふんだんに流しているという現実がある。このような形での「言論の自由競争」は、当然、本来の公正な在り方からは程遠い⁽⁸⁵⁾。そればかりか、我々の眼前に現れ出てくる諸々の「出来事」さえ、実は、一部の人々によって周到且つ巧妙に仕組まれた「疑似的な出来事(Pseudo-events)」(タニエル・ブアスティン)⁽⁸⁶⁾にすぎないかもしれないのである。たとえば、いわゆる「世論」なるものも、ひょっとしたら「言論市場」という砂上の楼閣⁽⁸⁷⁾で予定どおりに製造された「出来合い」現象でしかないかもしれないのである。こういった言論状況を是正してゆくために、サンスタイン(Cass R. Sunstein)が提唱するような「言論へのニュー・ディール」(a New Deal for Speech)⁽⁸⁸⁾は、おそらく必要に違いない。

マスメディアを自ら利用できる機会が皆無に等しい個人、あるいは、仮にメディアを利用してきても全く主体的に利用できない市井の一個人にとっては、もはや民主過程の歪みに対して抗議を行なうこと自体が難しいだろう。象徴的表現論は、このように歪んだ現代「言論市場」に警鐘を鳴らし、抗議の意思表明をすることで、個人が自律的な表現主体になるための新しい表現方法は何か、を模索するものだったと思われ⁽⁸⁹⁾。閉塞された「民主過程」に風穴を開け、あるべき姿に政治過程を回復させていかなければ、弱い立場の個人は実質的にはいつまでも排除されたままである。一つの排他的決定は次なる恣意的決定につながり、さらには第二・第三の専断的決定を生んでゆく。しかも、もしこれが「軍備拡大」「徴兵制施行」「戦争開始」のような重大決定だったらどうだろうか。徴兵された

個人の生命が失われてしまったあとでは、あるいは戦禍に市民が斃れてしまったあとでは、仮に政治過程は回復できても、命は回復できないのである。

抗議の表現(言論)が公権力によって狙い撃ちされ易いことは今に始まったことではないけれども、国旗のように社会的に創り出された愛国的象徴は、(たとえばアメリカでは)市民宗教(civil religion)を押し進め、そしてそれがひとたび軍事的色彩を帯びた愛国主義と結びつくと、そこから距離を置くこととする個人には大変な脅威となつてゆく。歴史的にも、愛国的象徴の巧妙な操作こそは、批判者を抑圧する重要手段だったことを決して忘れることはできない。⁽⁹³⁾ もっとも、民主主義社会は多数決を大前提とする以上、多数派にとつて不快な国旗焼却を法的に処断するところをが制度本来の目的に適っている。⁽⁹⁴⁾ との議論も一方において根強いだろう。しかし、たとえ如何にそれが不快であろうとも、当該民主主義の立脚点たる「憲法の純粹に命ずるところ」(pure command of the Constitution)を省みずしては、本末転倒の議論となつてしまうのではなからうか。また、憲法典は国旗焼却のような「過激」な表現までは保障してはいなかったはずだ、と説く議論もある。たしかに国旗焼却は、憲法典の中では「言及」されてはいない。がしかし、憲法典に明記されている一般的・抽象的な権利——「言論の自由(freedom of speech)」——に「最適の解釈」を施すことで、それは十分根拠づけられる、と考えられる。⁽⁹⁶⁾

象徴的表現の客観的な原理的基礎として、「公権力への抗議」というフアクターが重要な意味をもつ理由は、(右にみたように、たとえば)徴兵制施行や戦争開始といった・個人の生命に関わる重大な国策決定に対して、あるいはその他の重大な決定に対して、制度的決定の誤りを積極的に明らかにし矯正すべく、当事者たる諸個人による実効的な抗議表現の機会を保障するからにほかならない。これは、民主主義制度の健全な維持に少なからず直結し、民主

過程への主体的参加という契機を濃厚に秘めているはずである。このように、「ほとんど唯一の・あるいは最も手っ取り早い表現方法」⁽⁹⁷⁾である単独デモンストレーションとしての象徴的表現⁽⁹⁸⁾は、いみじくもカルヴェンが述べたように、現代民主主義社会における「貧者の印刷機」⁽⁹⁹⁾なのである。⁽¹⁰⁰⁾

(3) 市民的不服従との接点

象徴的表現の原理論的考察と深く関連して、最後に欠かせないのは「市民的不服従」(civil disobedience)⁽¹⁰¹⁾の問題である。既に述べてきたように、権力・権威への抗議という契機を本質内在するような象徴的表現においては、私利私欲のみに基づく自己誇示のたぐいとはかなり異質な側面を有していると思われる。そもそも象徴的表現論が主張されるに至ったきっかけは、ヴェトナムへの侵略的軍事介入に対する抗議・反対の意思表示にあつたのであり、また一九九一年の湾岸戦争の際にも、合衆国内各地で星条旗焼却が行なわれて緊張を生んだことは記憶に新しい。⁽¹⁰²⁾これらの現実はまさに、戦争や国防の問題が表現の自由——特に国旗などの権威的表象物をめぐる問題領域——に対して緊張を課し、国旗や国歌の物理的使用方法について規律するだけなのだとの中立的外装をまとった論理を口実にしながら、常に表現の自由の体系に挑戦してくることを如実に物語っている。⁽¹⁰³⁾それゆえこの種の象徴的表現は、問題が「戦争」という緊張関係の次元に発展する場合には、市民的不服従の問題とも（直接的な論点は異にするものの）根幹において通じ合うことになるだろう。

市民的不服従は、かつてソロー(Henry David Thoreau)が奴隷制継続とメキシコ戦争遂行に抗議して納税拒否など

を行なったことに由来するが、その定義(根拠づけ)となると、論者によりさまざまである。たとえばロールズ(John Rawls)は、「法や政府の政策に変更を生じさせようとの目的で通常なされるところの、公共的(public)・非暴力的(nonviolent)・良心的(conscientious)で且つ政治的な(political)法違反行為」と定義づける。一方、トーマス・エマソン(Thomas I. Emerson)によれば、①有効(valid)な法律に違反する行為であること、②遵法という通常の義務を圧倒する(overcome)に足るだけの道徳原理(moral principle)を礎とすること、③本質的に非暴力であること、④他者に直接の危害を一切与えないこと、の四点が必要な条件だとされる。ロールズが「政治的」正義論の地平に市民的不服従の根拠を見い出そうとするのに対し、エマソンは「道徳原理」に礎を築こうとする。この点ドウオーキン(Ronald Dworkin)は「ロールズよりはエマソンに近いと言えるだろう。市民的不服従の例としては、良心的兵役拒否や納税拒否あるいは徴兵カードの返還、といった行為があげられるだろう。ただいずれにせよ、ここで留意しておきたいのは、市民的不服従においては「法律違反(場合によっては憲法典違反)」というファクターが、それ自体不可欠の構成要素になっている、という点である。これに対し、象徴的表現というコミュニケーション行為は、あくまで法規範(表現の自由)の枠内に止まることが大前提なので、(仮に象徴的表現が結果的に法違反という事態を随伴したとしても)両者のあいだには、原則的には、分水嶺が確認可能である。(10)

もつとも、いくら市民的不服従が法違反行為だと言っても、それは決して憲法価値の全否定ではなく、むしろ憲法価値の実質的体现のために現実の改善を目指す、やむにやまれぬ窮余の策だと考えられる。まさにドウオーキンの言うように、「我々は、最高裁判所が憲法だと語るところのものを、常に憲法(the Constitution)だとみなしてしまいうわけにはいかないのである。(11)」このように、憲法価値という大局に照らして観るならば、エマソン(T. I. Emerson)

が的確に述べているように、市民的不服従は表現の自由の目的に奉仕しそれを補完するもの——市民的不服従は、表現の自由にとって「強力な薬」のようなもの——とは考えられないだろうか。⁽¹¹⁾なぜなら、表現の自由の行使としての象徴的表現は法秩序そのものを瓦解させてしまうような切迫した危険性はないけれども、もしひとたびそういった自由な表現市場が完全に機能不全となり、民主的な政治過程回復のために大胆な荒療治が必要となった際には、市民的不服従という「強力な薬」こそが必要とされるからである。ただ、薬は過剰投与すると逆に致命的となってしまうように、市民的不服従も必要以上に多発すると、法秩序ひいては立憲民主体制そのものを危殆に瀕せしめかねない。⁽¹²⁾その意味において、市民的不服従は象徴的表現とは異なり、「両刃の剣」的な存在だとも言わねばならないだろう。

しかし、ここで同時に考えておきたいのは、立憲民主体制下における市民的不服従の意義と本質についてである。市民的不服従は法律違反を直接伴う行為ではあるけれども、同時にそれは、他者や社会全体に対して強く訴えかけるといふ、社会連帯的な目的意識に支配されたコミュニケーション行為なのではないか、という点である。ただその最終的判定を、制度上の法実践の場に委ねきらない、というにすぎない。いみじくもロールズが述べているように、市民的不服従における「最終的な上告審は、裁判所でも行政府でも立法府でもなく、選挙民全体 (the electorate as a whole) なのである。」⁽¹³⁾つまり市民的不服従には、「社会全体に対するはたらきかけ」というコミュニケーションの契機が深く内在している、という点において、象徴的表現とは原理的レヴェルで通底すると考えられる。

結 語

象徴的表現の問題は、講学上は表現の自由の一項目として扱われるけれども、權威的表象物にまつわる象徴的表現の背景に潜む問題は、「個人の自由」と「國家の權威」⁽¹⁵⁾との始源的な非親和性——緊張對抗關係——にほかならない。したがってこれを、ただ單純に「一項目」的局所の次元で捉えきってしまうことは、象徴的表現論が憲法論として有する本来の意義を閑却させ、その課題を細かな技術論のレヴェルにのみ限局させることになってしまつてしまふ。國家權威への遵奉強要に対し自律的・主体的に對峙する象徴的表現が、どのような法論理によつて抑圧されてゆくのかという事實認識レヴェルでの問い、そして、なにゆえ象徴的表現が憲法の保障に値すべき表現なのかという規範的レヴェルの問いは、「個人と國家」「自由と權威」という古くて新しい對立軸を、憲法という価値平面の上であらためて確認することによつて生きてくるものと思われる。本稿は、こういった問いに對するささやかな視点を試論的に提示したにすぎないが、今後はこういった問題意識を基底に据えながら、憲法の価値とは何か、を考へてゆきたいと思ふ。

(完)

- (1) 川島武宜「權利の体系」(一九五一年)、同著作集第一卷『法社会学Ⅰ』二二六頁(一九八一年)。
- (2) 渡辺洋三『法を学ぶ』二二〇—二六頁(岩波新書 一九八六年)。
- (3) 言論・表現の自由という「權利」を論ずる場合、とりわけ重要なのは「對立性」の契機だと思われる。なぜなら、もし對立性

の契機を捨象してしまうならば、たとえば文部省の教科書検定官の主張のように、「戦前の日本にだって言論の自由はあったのだ」という理屈が罷り通ってしまうからである。（この種の例を持ち出すまでもなく）言論・表現の自由において最も重要なことは、公権力を批判する自由が完全に保障されているかどうか、である。仮に、「公権力を賛美する言論の自由」がありさえすれば、言論の自由はある、ということになるのであれば、いかなる専制独裁国家・全体主義国家においても言論・表現の自由はふんだんに保障されている、ということになろう。このような理屈が「犬の餌だって食べ物には変わりない」という詭弁に等しいことは言うまでもなく。

(4) もっとも「言語」といっても、それは究極的には、シンボルの一種でしかないと考えられる。まさにヘンキンが言うように、「象徴よりも言葉の方に本質的に神聖なものが存在しているのではない。」[Louis Henkin "Foreword: On Drawing Lines" 82 Harvard L. Rev. 63, 79 (1968)] またサンスタインも、次のように述べている。「言葉(words)は単なる記号(sign) すなわち表現された意味の表象(symbols of expressive meaning)ではない。しかしそのカテゴリーは、なにも言葉にだけ限定されるわけではない。言葉というものは、表象[象徴](symbols)の一般的カテゴリーのほんの一例でしかない。たとえば手話(sign language)は、言葉から構成されてはいないけれども、立派に憲法上の保障に値いするものである。このことは、黒腕章着用やテモ行進にも同じように当てはまる。『言論』に対する憲法上の保障は決して言葉に限定されるものではない。『言論(speech)』というタームが最良の形で理解されるには、表現された意味の表象が形態の異同に拘らず全て包含されなければならない。」[CASS R. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH, 181 (The Free Press 1993)]

(5) 身体行使による象徴的表現(e.g., 座り込み、ハンスト等)は、本稿における直接の考察対象ではなかったため、あまり論及できなかつた。この点おことわりしておきたい。

(6) 徴兵カード焼却の問題については、一九六八年に連邦最高裁から出たオブライエン判決が有名である。(『本稿第1章・早大法研論集六七号、六九号』)

(7) 一般市民が軍服を着用して反戦風刺劇を演じたことが、軍服の無権限着用に問われた事件がある。シャクト判決である。
Schacht v. United States 398 US 58 (1970).

事件の概要を簡単に記しておく。その反戦風刺劇は、三人だけの街頭寸劇であった。軍服を着用したシャクトら二名が「立派なアメリカ人になるぞ！」などと叫びながら、ヴェトコンになぞらえた一人を水鉄砲で撃つ。二人は、撃たれて倒れた者に駆け寄り

て曰く、「おいと、ハリヤ孕み女じゃないか! (My God, this is a pregnant woman)」。寸劇の内容はきつとこんなものであったが、水鉄砲には赤い着色水が入っていたため、撃たれた者はあたかも血を流して死んでいるような外観を呈した。このため、ヴェトナムでは米軍は妊婦まで平然と殺戮していたらしい、ということが非常にリアルに描かれてしまったのである。シャクトは、「権限なく (without authority)」、軍服 (uniform) またはその特徴ある部分 (distinctive part) を着用した者は・処罰する』(18 U. S. C. § 702 (1949)) に違反したかどで起訴され、有罪となった。これに対しシャクトは、同じ連邦法の別規定「演劇または映画の上演に際して軍服着用の場合、軍の信用を落とすことにならぬ (not tend to discredit... armed force) のであれば、着用してもよい。」(10 U. S. C. § 772 (f) (1956)) を根拠に、演劇での軍服着用は許容されているはずだ、と主張した。

連邦最高裁 (ブラック判事の法廷意見) は、次のように判示した。①シャクトら素人俳優の街頭での寸劇は 10 U. S. C. § 772 (f) いう「演劇の上演 (theatrical production)」に該当する (398 U. S. at 61-62)。②連邦法は、一方の 18 U. S. C. § 702 では軍服の無権限着用を禁止しておきながら、他方の 10 U. S. C. § 772 (f) では「軍の信用を落とすことにならぬのであれば」との条件付きで演技者 (actor) に着用を許容しているが、これは明らかに「演技者 (素人・玄人問わず) の表現の自由」を侵害し第1修正違反である、と判示した (at 62-63)。

さて、この事件で若干整理が必要と思われるのは、シャクトが起訴されたのが法律論上は、「軍の信用を落とすことにならぬ」ような演劇をしたからではなく、「無権限のまま軍服を着用して演劇をした」からだった、という点である。現にシャクト自身、主張の根拠条文として用いたのは 10 U. S. C. § 772 (f) の方であった。これに対し連邦最高裁は、シャクトが無権限着用者であったことは認めつつも (398 U. S. 59)、まず①を認定することで、シャクトの無罪の道を開いた。(この点、ホワイト・バーガー・ステュワートの三判事は、それを認定するのは陪審だとして見解を異にする)。ただ同時に、無罪にするにあたっての根拠条文 10 U. S. C. § 772 (f) それ自体に、『軍の信用を落とすことにならぬのであれば』との瑕疵 (違憲となる一節) があつたため、ブラック法廷意見はその点も併せて実体判断を行ない、違憲と判示したのであった。

(8) 拙稿「象徴的表現(1)」早大法研論集六七号 (一九九三年) 参照。

本稿では「権威的表象物」と「非権威的表象物」という区分整理を自覚的に行なってきたけれども、アメリカの研究者による分類では、黙示的ながらも、これと似た区分整理がなされてきていると思われる。たとえば多くの著作等で、「象徴的表現」または「象徴的言論」という項目において、徴兵カード焼却、国旗焼却、黒腕章着用、公園での宿泊睡眠によるデモンストレーション、等が

代表的事案として挙げられているのが普通である。そしてその一方で、諸々の人種差別的表現 (e.g. ネオ・ナチのかぎ十字行進、KKKの十字架焼却)の問題は、「ヘイトスピーチ (hate speech)」と呼び慣わされ、「象徴的表現」とは一定の境界が設けられている。しかしながら、論者によっては、こういった境界を曖昧にしたり取っ払ってしまうことにより、公権力に対する抗議表現としての象徴的表現と、個人（諸個人）を標的に絞った攻撃的表現（ヘイトスピーチ）とを同一視して、両者をワン・セットで憲法上の保障に浴せしめよう、または（逆に）憲法保障から全て排除しよう、と意図されている場合がある。この点、注意を要する。たとえばRAV判決 [R. A. V. v. City of St. Paul 120 L. Ed. 2d 305 (1992)] のスカリア法廷意見は、(直接的な論点は喧嘩言葉法理をめぐるカテゴリー・アブローチの話であったが)、まさにこのような意図を秘めた議論だったと思われる。この点については、長峯・後掲(10)で若干述べた。

(9) ネオ・ナチのかぎ十字行進については、スロキー事件等が有名である。see, *Village of Skokie v. The National Socialist Party of America* (NSPA) 336 N. E. 2d 347 (1977); *Skokie v. NSPA* 373 N. E. 2d 21 (1978); *Collin v. Smith* 447 F. Supp. 676, 578 F. 2d. 1197 (1978). ネオ・ナチも含め、人種差別的な表現のアメリカにおける事例につき、内野正幸「人種の誹謗の禁止をめぐる(一)〜(三)充」法時六一巻三号、六号、七号（一九八九年）。また欧米諸国も含め全般的に、内野正幸『差別的表現』(有斐閣 一九九〇年) 参照。一方、ナチス支配(ドイツ)におけるハーケンクロイツの分析としては、宮田光雄「ナチ・ドイツの精神構造」(岩波書店 一九九一年) が示唆に富む。

(10) KKKの十字架焼却の事案については、see, *R. A. V. v. City of St. Paul* 505 U.S. 112 S. Ct. 2538, 120 L. Ed. 2d 305 (1994). この判決に関し、紙谷雅子「表現の自由——憎悪と敵意に満ちた言論の規制」ジュリスト二〇二二号（一九九三年）、市川正人「R. A. V. v. City of St. Paul」[983] アメリカ法305、長峯「憎悪と差別の表現——第1修正法理の新奇な展開」大須賀明編『社会国家の憲法理論』所収(敬文堂 一九九五年) 参照。十字架焼却という行為は、アフリカ系アメリカ人(黒人)やユダヤ人を排撃する白人右翼団体KKK等が、威迫の目的で行なう「儀式」として知られている。KKKにつき、松田武「クー・クラックス・クラントと市民的自由」今津・横山・紀平編『市民的自由の探究』三七頁(世界思想社 一九八五年)、アメリカの排他的右翼集団全般につき、J. リッジウェイ「アメリカの極右」(新宿書房 一九九三年) 参照。

(11) 純粹に物理的な観点から言えば、「紙製の国旗も木製の十字架も、共に木のバルブから製造されているという点で、何ら差異はない」と言えるかもしれない。そして、これと同じ論法を用いれば、「ある一枚の布切れを国旗たらしめているのは当該布切れを染

色している独自のインクにはかならないのだから、その意味では、ニューヨークタイムズの印刷に用いられるインクと本質的差異のあらうはずがない」⁽¹²⁾と評するが、これは Akhili Reed Amar “The Case of the Missing Amendments: R. A. V. v. City of St. Paul” 106 Harv. L. Rev. 124, 135-36 (1992) の議論は、物理的分析としてなら納得できよう。ただ、現実的物理的現象を、専ら写真的に観察・定式化することが即、憲法論としての適切さにつながるのかどうか。ここにはもう一つ、国家権力との緊張関係をどのように評価するか、という点が置き去りにされてはならないはずである。その意味において、単なる物理的現象論だけを以て論ずることには若干の違和感を禁じ得ない。

(12) MARTIN H. REDISH, FREEDOM OF EXPRESSION — A CRITICAL ANALYSIS, 116 (Michie Co. 1984).

(13) R. A. V., *supra* note 10, 120 L. Ed. 2d, at 334 (White, J., concurring).

(14) もちろん、権威的表象物が発するメッセージ内容の解釈については、現実には、人によりさまざまに把握の仕方があり得るだろうから、現実の場面（事実の平面）でこれら権威的表象物が百パーセント「国家の権威」を表象する物体だと解釈される保証はないかもしれない。しかし、こういった、現象面で捉えられた「解釈の驚くべき多義性」(Parker v. Morgan 322 F. Supp. 585, 588 (W. D. N. C. 1971))ゆえに、権威的表象物と非権威的表象物との区別を無視・相対化してしまうことは、事実と規範を混同した議論土俵に迷い込むことにつながるのではないだろうか。なぜなら、憲法論としてより、重要な点は、権威的表象物のメッセージについての解釈が実際に、多義的であるか否かの現象問題ではなく、権威的表象物の定立それ自体に当初から権力的恣意が混入しているという法制度上の契機にこそ見い出されるはずだからである。そして、その解釈内容・価値評価を決定する権限（有権解釈）が、ほかならぬ国家権力の手に一元的に掌握されている、という「規範の平面」の問題にこそ焦点を当てなければならない、と私は考える。

(15) マッセイの象徴論は、「純粹象徴」(pure symbol)と「混合象徴」(mixed symbol)とを二本立ての議論である。それによれば、純粹象徴とは「メッセージを伝達するだけの存在」で、「当該象徴の有形物としての存在 (corporeal existence) は、必然的にその象徴的メッセージと融合することになる」という。この前提に立つと、国旗は「ほぼ完全に純粹な象徴」であり、「ほとんど無比特殊な存在 (sui generis) 」と位置づけられる。そして、純粹象徴におけるなにかの非象徴的機能は、その象徴的メッセージによって掻き消されてしまうほど僅かではない、とされている。

これに対し「混合象徴」とは、「象徴的メッセージを伝達しながらも、同時にそれとは無関係な実用的機能をも併せ持つようなも

の」だとされ、メルセデスベンツ(富・特権の象徴、輸送機能)、国会議事堂やホワイトハウス(国の象徴、オフィス・集会場等の世俗的機能)などが例示されている。混合象徴の場合には、非言論的規制利益が(主として)非象徴的側面に向けて設定されているならば正当化される。そして、「オブライエン・テストは、必ずしも純粹象徴・混合象徴といった区別を明確に述べているわけではないが、このような現実を認識したものである」とトマッセンは述べている。(Calvin R. Massey "Pure Symbols and the First Amendment" 17 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 369, 372-74 (1990))

このマッセイの議論は概ね了とする。ただ、徴兵カード焼却問題に対する考え方は、私とは若干異なるのかもしれない。マッセイから観ればおそらく、徴兵カードは純粹象徴ではなく混合象徴であり、そしてそれゆえに、両者を峻別する象徴論へと結びつくであろう。しかし(マッセイの議論土俵に乗って述べるならば)、徴兵カード焼却で問題となったのは、徴兵カードという混合象徴に含まれるところの、まさに強度の「純粹象徴」的要素にはかならない。オブライエン・テストは、徴兵カードに内在するこの純粹象徴的要素を狙い撃ちする機能を果たすがゆえに、本質的に、問題の次元が国旗焼却と同レベルにあるのではないか、というのが私の考えである。本稿が「権威的表象物」の中に国旗と徴兵カードを同一範疇として括ってきたのは、このような理由による。

- (16) C. Edward Merriam "Political Power — Its Composition and Incidence" (1934), in *A STUDY OF POWER*, 102-131 (The Free Press 1950). (メリアム『政治権力(上)』(斉藤真・有賀弘訳)一四七頁以下(東大出版会一九七三年))
- メリアムは、権力の常套手段としてその表舞台に看取される二つの側面、①心からの賞賛と忠誠心の獲得を狙って情緒にはたつきかけられる「権力のミランダ」(Miranda)、「すなわち権力の安定化のために大衆の情動を統合する同一化のシステムと、②合理化(rationalization)を旨として理知に働きかける「権力のクレテンダ」(Crendenda)、「すなわち権力安定化のための正当化の象徴システム」について述べている。もっとも、実際にはこの両側面は、人間の行動様式の中で驚くほど見事に統合されて機能しており、区別できないほど混雑合わっている」と述べている。(Merriam, *ibid.* at 106 / 訳書一五三頁)
- (17) 宮田光雄『ナチ・ドイツの精神構造』二〇四頁以下(岩波書店一九九一年)。
- (18) Merriam, *supra* note 16, at 308. (メリアム『政治権力(下)』四五〇頁)
- (19) HAROLD D. LASSWELL, *POLITICS — Who Gets What, When, How*, 39 (Whitney House 1936).
- (20) LASSWELL, *ibid.* at 41.

- (21) BERTRAND RUSSELL, *Power* — A NEW SOCIAL ANALYSIS, 201 (1938) (Urwinn Paperbacks 1960). 『ラッセル』権力——その歴史と心理』(東宮隆訳) 三三〇頁(みすず書房 新装版一九九二年)。
- (22) 福田歓一「権力の諸形態と権力理論」岩波講座『基本法学6 権力』八二二頁(岩波書店 一九八三年)。
- (23) 鶴飼信成『憲法における象徴と代表』五頁(岩波書店 一九七七年)。
- (24) Merriam, *supra* note 16, at 37.
- (25) C. WRIGHT MILLS, *THE POWER ELITE*, 312 (Oxford Univ. Press 1956). (C. W. ミルズ『パワー・エリート(下)』(鶴飼信成・綿貫謙治訳) 二二〇頁(東大出版会 一九六九年) 参照)
- (26) 本稿に云う「イデオロギー」とは、ひとまず宮沢俊義教授の用法にならない。「その本質上現実と一致しなくてはならぬ科学的概念として自らを主張する表象であって、実は現実と一致しないもの」——「現実隠蔽観念」「現実と一致しない表象」——と定義しておく。イデオロギーは、現実を隠蔽する機能によって「常に、ある社会における支配層に奉仕する」性格がある、ということに注意しなければならぬ。〔宮沢俊義「国民代表の概念」(一九三四年)、同『憲法の原理』一八六―七頁(岩波書店 一九六七年) 参照]
- もつとも、近代立憲主義の基本支柱たる「個人の尊厳」「人権」といったものも所詮は西欧近代のイデオロギーでしかない、という意味で「イデオロギー」という言葉を使うとすれば(eg. 「文化帝国主義」批判)、およそ近代立憲主義憲法の法理論は全て「イデオロギー」の一言でかたづけられてしまうかもしれない。しかし本稿は、このような見地からの問題提起をひとまず括弧に入れた上で議論を進めている。

(27) 前掲(14) 参照。

(28) D. L. カーツナー『儀式・政治・権力』一四頁以下(勁草書房 一九八九年)。

(29) WILLIAM W. VAN ALSTYNE, *FIRST AMENDMENT*, 252 (The Foundation Press 1991).

(30) Melville B. Nimmer “The Meaning of Symbolic Speech under the First Amendment” 21 UCLAL. Rev. 29, 56-57 (1973).

(31) Massey, *supra* note 15, at 372.

(32) Nimmer, *supra* note 30, at 57.

(33) United States v. O'Brien 391 US 367 (1968).

象徴的表現(4・完)

- (25) John Hart Ely "Flag Desecration : A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis" 88 Harvard L.Rev. 1482, 1495 (1975).
- (26) THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION, 81 n. 32 (Random House 1970).
- (27) Howard M. Friedman "Why Do You Speak That Way? —— Symbolic Expression Reconsidered" 15 Hastings Constitutional Law Quarterly 587, 595-96 (1988).
- (28) CASS R. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH, *supra* note 4, at 182 (The Free Press 1993).
- (29) 「メッセージ (the medium) はメッセージ (the message) の Massey, *supra* note 15, at 372. 但し、紙谷雅子「象徴的表現 (一)」北大法学四〇巻五・六号一八五八頁 (一九九一年) も同旨。
- (30) Friedman, *supra* note 36, at 590.
- (31) 「R.A.ボストワック」 青部信彦『現代人権論』二九五頁以下 (有斐閣 一九七四年) 参照。
- (32) GERALD GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW, 1224 (12th ed. 1991).
- (33) Thomas I. Emerson "First Amendment Doctrine and the Burger Court" 68 California L. Rev. 422, 451 (1980).
- (34) GUNTHER, *supra* note 41, at 1224.
- (35) VAN ALSTYNE, *supra* note 29, at 253.
- (36) Steven G. Gey "This is not a Flag : The Aesthetics of Desecration" 1990 Wisconsin Law Rev. 1549, 1565 (1990).
- (37) Geoffrey R. Stone "Content-Neutral Restrictions" 54 Univ. of Chicago L. Rev. 46, 50 (1987).
- (38) VAN ALSTYNE, *supra* note 29, at 253.
- (39) Spence v. Washington 418 US 405 (1974).
- (40) *ibid.* at 410-11. スペンズ判決の出発点前記「ソニーのフロッピーディスクを重視する見解は既に存在していた。」(e.g., Note "Symbolic Conduct" 68 Columbia L. Rev. 1091, 1104 (1968).)
- (41) Henkin, *supra* note 4, at 79-80.
- (42) Robert J. Goldstein "The Great 1989-1990 Flag Flap : An Historical, Political and Legal Analysis" 45 Univ. of Miami Law Rev. 19, 63 n. 397 (1990). 「スペンズ・テストは、いつ如何なる場合に行為が表現を構成しうるのかを判断した。連邦最高

裁では真に最初の指針である。」

- (52) Texas v. Johnson 491 US 397 (1989).
- (53) Murray Dry “Flag Burning and the Constitution” 1990 Supreme Court Rev. 69, 92 (1991).
- (54) see GUNTER, *supra* note 41, at 1222-23 n. 3.
- (55) スペンズ・テストに対する批判として、次のようなことが言われている。「不明確に語ったり聴衆に理解しにくい形で語ると言論保障を失う、などというのは幻滅させられるような話だ。それにスペンズ・テストは、特定のメッセージであれば何でもかまわず許容してしまうのかどうかははっきりはしていない。しかしここでの中心的ポイントはこの「スペンズ・テストの」要件が、第1修正のテキストから導かれたものでもなければ、ましてや正しい推論(fair inference)によるものでもない、ということである。」
[Wright, *infra* note 75, at 163 n. 55]
- (56) 憲法保障の必要条件に「客観的に理解される可能性」を加えることは、「自己表現(self-expression)の利益を十分に承認してはならぬ」がゆえに問題である、との指摘が以前からあった。[e.g., “Development in the Law: The National Security Interest and Civil Liberties,” 85 Harv. L. Rev. 1130, 1138 n. 18 (1972); 全文和訳「国家の安全と市民的諸自由」法時四五卷一一号、八一—一二八頁(一九七三年)]
- スペンズ・テストという先例的準則は、実際には、象徴的表現を厚く保障しようとの意図から誕生した、というよりはむしろ、国旗の使用方法を「非冒瀆的」な形態に限定せんがための、判事相互間での複雑なせめぎ合いの産物だった、と考えられる。この点については、拙稿「象徴的表現(3)」早大法研論集七十号、三二二頁以下(一九九四年)で若干述べた。
- (57) 拙稿「象徴的表現(1)(2)」早大法研論集六十七号、六十九号(一九九三—四年)参照。
- (58) STEVEN H. SHEPPIN, THE FIRST AMENDMENT, DEMOCRACY, AND ROMANCE, 81 (Harvard Univ. Press 1990).
- (59) 画期的と評されるスペンズ判決であっても、「国家の象徴」として国旗を保全する利益よりも第1修正上の権利主張の方が優越する、などとは決して述べられていなかった。[JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW, 1111 (West 1991)]
- (60) 拙稿「象徴的表現(2)(3)」早大法研論集六十九号、七〇号(一九九四年)参照。
- (61) この点につき、マッセイの指摘は傾聴に値いする。国旗のような「純粹象徴が、物理的暴行から政府権力によって保護される象徴的表現(4・完)

場合には、もはや政府は、言論と無関係な利益を促進させることはできない。なぜならそのような非言論利益は全く存在しないからである。」したがって、「ある表象物がその象徴的メッセージから離れると何も重要な意味を持たなくなるような場合には、当該表象物の物理的完全性（メディアア medium）を保護するということは、とりもなおさず、その象徴的メッセージを保護するということになり、同時に、当該表象物への損壊に暗黙裡に込められた（当該象徴的メッセージへの）異議異論を封殺する、ということでもあるのだ。」〔Massey, *supra* note 15, at 372-74〕 また、ジョンソン判決でも同様語られている。『国旗の象徴的役割（symbolic role）を危殆に瀕せしめてしまうような場合に国旗焼却をすくって禁止しておくきながら、その象徴的役割を促進させるような国旗焼却（*e. g.*, 使用済み国旗の厳粛焼却）となると許容するのであれば、・・・もはや国旗は、一つの方向性のみ（only one direction）を有した象徴として使用が許可されるに等しくなっている。』〔Texas v. Johnson 491 US 397, 416-17 (1989)〕

(62) 紙谷雅子「象徴的表現(4)」北大法学四一巻四号一九七四頁（一九九一年）。

(63) 表現の自由の原理論については、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』第一章（東大出版会 一九八八年）が重要な先駆的研究である。

(64) ブランダイス判事は、かつてホイットニー判決の補足意見において、アメリカ建国の究極目的は『各個人の能力（facilities）を発展させること』にあり、政治においては『熟慮の力（deliberative forces）が恣意の力に優越しなければならぬ』と述べている。そして彼は、建国者の信念を説明するところ形を採りながら、次のように述べている。『自由（liberty）は、目的（end）としても手段（means）としても価値づけられる。幸福の秘訣（the secret of happiness）は自由であり、自由の秘訣は勇氣にある。自分の意思に従って考え、考えたままを語ることは、政治的真実（political truth）を発見し広めてゆくにあたり、欠かすことのできない手段である。自由にとって最大の脅威は、惰性的な人々だ。〔それゆゑ〕公共の討論（public discussion）は、政治的義務（political duty）なのである。…公共的討論の過程に注がれた理性の力（power of reason）を信じるがゆゑに、法によって強制された沈黙は避けねばならない。なぜなら、力へ事を決するところ議論（argument of force）こそは最悪のものだからだ。』〔Whitney v. California 274 US 357, 375-76 [Brandeis, J., concurring; joined by Holmes, J.] (1927)〕

(65) T. I. Emerson, "Toward a General Theory of the First Amendment" 72 Yale Law Journal 877, 877-86 (1963). (ホイーモン『表現の自由』（小林直樹・横田耕一訳）一―三二頁（東大出版会 一九七二年））

(66) *see*, C. Edwin Baker "Scope of the First Amendment: Freedom of Speech" 25 UCLA L. Rev. 964 (1978).

- (75) *see*, ALEXANDER MEIKLEJOHN, POLITICAL FREEDOM—THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE (1948; Oxford Univ. Press 1965); A. Meiklejohn “The First Amendment is An Absolute” 1961 Sup. Ct. Rev. 245 (1962).
- (76) 1961年12月15日、奥平・前掲(75)参照。
- (77) REDISH, *supra* note 12, at 40-52.
- (78) Michael J. Perry “Freedom of Expression : An Essay on Theory and Doctrine” 78 Northwestern Univ. L. Rev. 1137, 1143 (1983).
- (79) *see*, Baker, *supra* note 66; C. EDWIN BAKER, HUMAN LIBERTY AND FREEDOM OF SPEECH, 308 n. 9 (Oxford Univ. Press 1989).
- (80) REDISH, *supra* note 12, at 116.
- (81) JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, II, § 57 (Student Edition, P. 306, Cambridge Univ. Press 1988).
- (82) A. MEIKLEJOHN, *supra* note 67, at 25.
- (83) *see*, Perry, *supra* note 70; Lee C. Bollinger “Free Speech and Intellectual Values” 92 Yale L. J. 438 (1983); R. George Wright “A Rationale from J. S. Mill for the Free Speech Clause” 1985 Sup. Ct. Rev. 149 (1986).
- (84) Friedman, *supra* note 36, at 601.
- (85) 黒腕章着用は「基本的な問題意識」脚注(76)参照。
- (86) 近年の校内「いじめ」問題の解決は、まさに焦眉の急である。いわゆる「葬式」等が原因となつて若い命が失われてしまったことは記憶に遠くないが、本稿に例示した「黒腕章着用による葬式」は、あくまで私が架空のケースとして設定したものである。私がここであえて「いじめ」を例に挙げたのは、(本文でこのあとすぐに出てくる)十字架焼却行為が、まさに強者(白人)による弱者(黒人)への「いじめ」に似てゐるのではないかと考えるからである。
- (87) R. A. V. v. City of St. Paul 505 US—, 112 S. Ct. 2538, 120 L. Ed. 2d 305, at 319-20 (1992) [Opinion of the Court, written by Scalia, J.]
- (88) ネオ・ナチのマークをユダヤ教のシナゴークにスプレーで書いたり、他人の敷地内で木製十字架を焼却するなどの蛮行(vandal-
象徴的表現 (4・完)

- ism)は、通常の遂行よりも厳しく処罰すべきだ、と主張を見解じ、*e.g.*, NOWAK & ROTUNDA, *supra* note 59, at 1112.
- (62) Frank I. Michelman "Saving Old Glory: On Constitutional Iconography" 42 *Stanford L. Rev.* 1337, 1361-62 (1990).
 国旗焼却と十字架焼却とを区別して論ずるブントルマンを批判する見解をLippé *e.g.*, Martin H. Redish & Gary Lippman "Freedom of Expression and the Civic Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications" 79 *California L. Rev.* 267, 301-4, 303 n. 209 (1991).
- (63) 表現の自由をこのレベルで保障するかという違憲審査基準の問題は、自由や権利の実体的価値論なへしては語れなからでなか、この傾聴すべき指摘がある（奥平・前掲(63)六四頁脚注(18)）。このことは、象徴的表現論の基礎づけにならざる等しく語つてはまるべからう。
- (83) 大須賀明「国家の積極的関与と自由主義」*ジュリスト*一〇〇〇号、六頁（一九九二年）。
- (84) *see*, MARK G. YUDOF, *WHEN GOVERNMENT SPEAKS* (Univ. of California Press 1983).
- (85) YUDOF, *ibid.* at 156.
- (89) DANIEL J. BOORSTIN, *THE IMAGE— A GUIDE TO PSEUDO-EVENTS IN AMERICA*, 9-12, 39-44 (Vintage Books, New York 1961). (タニトニ・トマス・トニ「幻影の時代」一七頁以下、四八頁以下、三三三七頁（東京創元社 一九六四年）参照）
- (82) CASS R. SUNSTEIN, *THE PARTIAL CONSTITUTION*, 204 (Harvard Univ. Press 1993).
- (88) Cass R. Sunstein "Free Speech Now" 59 *Univ. of Chicago L. Rev.* 258 (1992).
- (88) 伊藤正司『憲法【新版】三〇七一―八頁（弘文堂 一九九〇年）』。
- (90) Harry Kalven "The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana" 1965 *Sup. Ct. Rev.* 1, 23 (1966).
- (91) Sheldon H. Nahmod "The Sacred Flag and the First Amendment" 66 *Indiana Law Journal* 511, 537, 548 (1991).
- (92) Robin West "Foreword: Taking Freedom Seriously" 104 *Hav. L. Rev.* 43, 93-98 (1990).
- (93) Vincent Blasi "The Checking Value in First Amendment Theory" 1977 *Am. B. Found Research J.* 521, 640 (1977).
- (94) Texas v. Johnson 491 US 397, at 435 [Rehnquist, J., dissenting] (1989).
- (95) Johnson, *ibid.* at 420 [Kennedy, J., concurring].
- (96) Ronald Dworkin "Unenumerated Rights: Whether and How *Roe* Should be Overruled" 59 *Univ. of Chicago L. Rev.* 381,

- (97) 佐藤幸治「表現の自由」、芦部編『憲法Ⅱ 人権(Ⅰ)』四八二頁(一九七八年)。
- (98) 紙谷雅子「表現の自由(二)」国家学会雑誌一〇二巻七二—一〇二頁(一九八九年)参照。
- (99) Kalven, *supra* note 90, at 30.
- (100) ただし象徴的表現論が、規範の問題として、国家権力に対して社会権的保障を直接要求するものではないことは、あらためて確認されなければならない。象徴的表現論では、あくまで自由権の拡充に焦点が当てられているのである。
- (101) 市民的不服従についての文献は多いが、さしあたり *see* Hugo Adam Bedau(ed.), *CIVIL DISOBEDIENCE IN FOCUS* (Routledge 1991).
- (102) 国旗焼却が行なわれる場合、それはほとんど間違いなく、公権力に対する批判・抗議といった契機を濃厚に含んだコンテクストだと思われる。もっともそれらは、(たとえばステイブンス判事が述べるように)『国への愛情とは矛盾せず、また、国旗が象徴する理念に対する敬意の念とも矛盾しない』ことも多いかもしれない。つまり『国旗焼却者は、アメリカ国民の本来の姿(integrity)に向けて非難告発を行なっているのかもしれない。それは、アメリカ国旗への敬意の念がもはや、偽善以外のなものでもなくなってしまうことへの非難告発なのであろう。』(United States v. Eichman 496 US 310, 320 [Stevens, J., dissenting] (1990)) その意味では、次のような指摘にも説得力があると思われる。「単に儀礼的に国旗に敬意を示すよりも、不敬の振る舞いの方が、時には確実に、より真剣な愛国的懸念の表れなのかもしれない。誰でも、少なくとも心の中では、国旗に『敬礼』していることと思われる。しかし、国旗への忠誠宣誓を機械的に行なう者よりも、焼却を行なう者の方が、実は真実の敬意を示しているのかもしれないのだ。」(Donald Meiklejohn “The First Amendment: Freedom of Speech” 25, 65 n. 66, in *VIRGINIA VAN DER VEER HAMILTON* (ed.), *HUGO BLACK AND THE BILL OF RIGHTS* (Univ. of Alabama Press 1978)) (ただし「私自身がこのように見解を支持しているわけではないことを付言しておく」)
- (103) エマソンと木下毅『現代アメリカ憲法』一〇七頁(東大出版会 一九七八年)。
- (104) Henry David Thoreau “Civil Disobedience”, in *CIVIL DISOBEDIENCE IN FOCUS*, *supra* note 101, at 28. (ソーロウ『市民の抵抗の思想』(山崎時彦訳) 未来社 一九七八年) またこれと併せて、山崎時彦『市民の抵抗の思想』法律文化社 一九七七年、平野仁彦『市民の不服従』研究序説(一)(三)完(京都大学法学論叢一一一巻三号、一一二巻二号、一一二巻四号(一九八二—一三年))

等、参照。

- (105) JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE, 364 (Harv. Univ. Press 1971).
- (106) EMERSON, *supra* note 35, at 89-90.
- (107) R. DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, 206-222 (Harvard Univ. Press 1977). [「トウウォーキン『権利論』二七五頁以下（木鐸社 一九八六年）」]
- (108) ロールズとトウウォーキンの市民的不服従論の異同については、e.g., 蟻川恒正『憲法的思惟』五七頁以下（創文社 一九九四年）参照。
- (109) もっとも、「一口に「法違反」といっても、取り敢えずは法律に違反した形で抗議活動をしている者が、起訴されたのち訴訟で最終的に勝訴してしまった場合、果たしてそれは「法違反」ということになるのか、ならないのか。少なくとも、抗議行為に携わっているその時点では、来るべき裁判の結果など知るよしもないだろう。’ see, Lawrence R. Velvel “Protecting Civil Disobedience under the First Amendment” 37 George Washington L. Rev. 464, 465 (1969).
- (110) Henkin, *supra* note 4, at 82. また、紙谷雅子「象徴的表現（一）」北大法学四〇巻五・六号一八五一頁（一九九〇年）も同旨。
- 象徴的表現と市民的不服従との境界をひとまず認識しておくことは、議論の上では有益かもしれない。しかし実際には、そのような明確な境界は引きにくいことの方が多いのではなからうか。両者の違いをひとえに「行為の目的のせい」に求める見解もあるが（紙谷・前掲、一八四九頁）、たとえば自らは象徴的表現目的で徴兵カード焼却をした者と、市民的不服従目的で徴兵カード焼却をした者との境界は、一体誰がどのように判定しうるのだろうか。あるいはまた、当初は市民的不服従「目的」で抗議活動を行っていた者が、起訴されてのち、実はあれは象徴的表現「目的」だったのだと主張を転じ、ために見事に第1修正上の権利を獲得してしまったような場合、果たしてその「行為の目的」というファクターは客観的に有効な区別基準たり得るのだろうか。
- (111) DWORKIN, *supra* note 107, at 211.
- (112) EMERSON, *supra* note 35, at 90.
- (113) EMERSON, *ibid.*
- (114) RAWLS, *supra* note 105, at 390.

(15) 本稿では「権威」という言葉を、実体的権力とそれに由来する非実体的な威光を総称的に表す語として仮説的に用いてきたが、ここで重要と思われる点は、権威の確立と安定において常に不可欠とされるのが、権力主体と被治者とのあいだの共通の抽象的規範意識だということである〔福田歓一「権力の諸形態と権力理論」 岩波講座『基本法学 6 権力』八一―一二頁（岩波書店 一九八三年）〕。一般に、権力の主たる本質は強制にあると考えられるのに対し、権威はそのような直截的な強制の次元とは異なる（ひとまず）は言えるであろう。ただその一方で、「権威は蓄積された経験を背景として人々に重くのしかかっているのであって、権威を拒否する（こ）とは、ことうした歴史的な重みをはねのけるに等しい。権威の受容は、生活領域で権威への服従に巻き込まれていることなのである」とも指摘されている（小川晃一『政治権力と権威』二八九頁（木鐸社 一九八八年） 傍点は長峯）。また他方では、「既定の権威が弱められたり崩壊したりする場合や、あるいはその権威が、人々にアピールする目的や目標によって挑戦される場合に、権力が発生しがちである」（R. ニスベット『現代社会学入門（二）』七一頁 南博訳（講談社学術文庫 一九七七年））という見地から、「権威の黄昏」は「権力の曙」につながるとして権威の重要性と必要性を特に強調する向きもある。しかし、社会的力学関係においてそういういった権威の必要性が看取されたにしても、象徴的表現論において焦点が当てられるべき問題は、現実社会で国家の権威（*sovereignty*） 国旗の権威）がしばしばそのようなことを口実に、法の名において少数者を抑圧する名分と化してゆく、という実態である。

【付記】

本稿は元々、早稲田大学大学院法研論集で連載を始めたものだったが、このたび紙幅の都合により、掲載誌を変更させていただいた。このことに伴い、早大法研論集、早稲田法学面誌ならびに読者各位にご不便おかけしたことを、この場を借りてお詫び申し上げたい。

また、変更を許諾してくださった早稲田大学法学会に感謝申し上げます。