HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	象徴的表現（４・完）　－合衆国憲法第１修正と言葉によらないコミュニケーションについての一考－
Author(s)	紙谷, 雅子
Citation	北大法学論集, 41(4), 582-513
Issue Date	1991-03-28
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16780
Type	bulletin (article)
File Information	41(4)_p582-513.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

象徴的表現(4・完)

――合衆国憲法第1修正と言葉によらないコミュニケーションについての一考――

紙　谷　雅　子

目　次

Ⅰ. Texas v. Johnson を契機として

Ⅱ. 象徴的表現とは

A. 言葉によらないコミュニケーション　以上　40巻5・6号

B. 星条旗の伝統的でない取り扱い

C. コミュニケーションとしての行為　以上　41巻2号

D. 象徴的表現の法理

Ⅲ. 星条旗という象徴

A. 星条旗と法

B. 星条旗を保護する政府の利益　以上　41巻3号

C. 表現の自由と政府の利益

Ⅳ. Texas v. Johnson, その後

A. 1989年星条旗保護法の成立

B. 1989年法と United States v. Eichman

C. 象徴的表現の意義　　以上　本号

C．表現の自由と政府の利益

1．表現の内容に基づく規制と表現の内容に対して中立な規制

1．表現の規制に対する審査の基準を、規制する目的、政府の利益が表現の内容に基づき、あるいは、表現の内容の抑圧に関係するか否かにかからしめている合衆国最高裁判所のアプロウチ[(1)]は、政府が言論を規制するのが、思想、情報の規制の標的とする故に、それを表現する表現活動を選びだして、「コミュニケーションとしての効果」を理由とする場合と、規制の目的が思想、情報の伝播とは無関係であって、その目標を達成するため、思想の流布、情報の流通を付随的に阻害することになる、「コミュニケーションとしての効果」以外のことを理由とする場合とがあると説明することもできる[(2)]。前者を「表現の内容に基づく」場合、後者を「表現の内容に対して中立な」場合という場合もある[(3)]。表現活動に関する合衆国最高裁判所の判断枠組みが、規制の目的を根拠に政府の規制を二分するのであれば、言論を含めた人間行動を規制する政府の利益を、第1修正の諸自由の保護の考慮との関係から、政府の「反言論的利益」と政府の「非言論的利益」とに分けるという発想[(4)]には意味があるように思われる。ここでいう政府の「反言論的利益」とは、ある行為の意味効果を抑圧、規制する目的で政府が表現活動を規制する場合の政府の利益であり、政府の「非言論的利益」とは、表現行為であっても、その非意味効果を規制の対象として政府が規制する場合、政府の規制目的が非意味効果にあるが、付随的に意味効果が制約を受ける場合の、表現の制約を意図しない政府の利益である。

第1修正の存在は、思想、情報の流通を制限せず、自由にまかせることで、その自由が濫用される危険性と、その流通を抑圧することで思想、

情報を抑圧することの危険性との選択が、既になされていることを意味する。それは、政府が、そして社会が、ある思想には賛成できない、不快であると判断するだけでは、その思想の表明を禁止してはならないという、自由な社会と自治を重んじる社会の基本的な立場の表明である。政府が表現活動を規制する際、思想、情報を抑圧することになるような、表現の内容を基準として表現活動を制約する場合、政府の選好[5]、表現の内容がもたらす、コミュニケーションとしての効果[6]を理由としていると推測されるので、意味効果を対象としており、政府の反言論利益に基づいている。表現の自由を圧倒するほど非常に重要な政府の利益がないかぎり、第1修正に抵触するという推定が働く。しかし、政府の規制が一定のメッセージにだけ有利な、または、不利な効果を及ぼすが、直接、あるメッセージを促進、または、抑圧するものではない、いわゆる二次的効果がある場合について、表現の内容に基づく規制ではないという[7]。

表現の自由を保障する第1修正を前提としても、政府の規制が自由な表現の抑圧に関係がない、思想、情報の流れを阻害する意図をもたない場合、表現の内容に基づく規制と異なり、必要以上に表現の自由を制限しないかぎり、違憲とはならない。思想、情報の内容、メッセージ、すなわち、表現の内容ではなく、表現を伝達する手段、表現の形態が、騒音、ゴミ、通行妨害、その他さまざまなニューサンス、害悪を発生させるかもしれない。政府の規則行為は、表現活動のもたらす利点と害悪と、競合する利益相互を比較衡量した結果と見ることもできる。選択された表現の形態のせいで発生する害悪の規制は、表現の内容とは無関係であり、情報の流通を必要以上に制約しないかぎり、妥当な政府の権限行使とされる。表現の内容に対して中立で、意味のある、重要な政府の利益に合致するよう厳格に起草され、他の選び得るコミュニケーションの回路を残している、合理的な表現の時間、場所、方法および態様に関する政府の規制、表現の自由の抑圧とは無関係な重要な政府の利益を促進す

るが、表現の自由に対する付随的制約が政府の利益の促進にとり最小限度必要不可欠であるような政府の規制は、付随的に言論に負担を課すとしても、文面上は表現の内容に対して中立な政府の規制である。このような「表現の内容に対して中立な」政府の規制は表現活動の物理的な側面である非意味効果の規制を目的としており、政府の非言論利益を促進する規制であるという推定が、一応、働く。思想、情報の流通を直接阻害しないと判断されるならば、表現活動に適用される場合にも違憲の推定が働かず、規制の合憲性は、規制する利点と欠点との比較衡量、競合する利益の比較衡量の結果、具体的な状況に応じて、個別的に判断されることになる。もっとも、第一修正の存在は、比較衡量においても、表現の自由に有利なように考慮することを促す指針となるべきなのであるが、多くの場合、かなり緩やかな合憲性判断の審査と理解されているようである。[8]

2．合衆国最高裁判所の分析枠組みに引きつけてみると、表現の内容に基づく規制[9]は反言論利益を促進する。象徴的表現といえども、表現の内容に基づく規制に関しては、言葉による表現と全く同じ取り扱いを受ける。何故ならば、言葉による表現と言葉によらない表現との差異は表現の内容にあるのではなく、表現の形態にあるからである。非常に重要な政府の利益を促進するために厳格に規定され、解釈され、明確な基準により適用された法律に基づいて、実質的、直接的な害悪を引き起こす場合に限り、表現の内容についての規制が及ぶという一般的な法理は象徴的表現にも当然適用される。

表現の内容に対して中立な規制は、通常、表現の形態を対象とする。表現の形態を規制する目的は、表現活動が周囲の状況に及ぼす物理的な影響のコントロールにあり、政府の非言論利益を促進する。言葉によるコミュニケーションにおいて、たとえば騒音を理由とする時間、場所、

音量の規制は、表現の主題、立場を問わない[10]。アボーションという選択を肯定するプロ・チョイスの宣伝カーも、アボーションは殺人であり、選択肢のひとつ足り得ないというプロ・ライフの宣伝カーも、同じ時間、場所、音量規制に従う[11]。

言葉によらないコミュニケーションにおいては、表現の形態がそのまま、内容と分かちがたく結びついている。「メディアがメッセージ」なので、表現の内容に対して中立であると主張される規制が常に非言論利益を促進するとは限らない。一見、表現の内容ではなく、形態を規制しているように思われるにもかかわらず、その表現活動が周囲の状況に及ぼす物理的な影響ではなく、観察した人に感覚的、知覚的な精神の反応を引き起こすことを理由とする場合があることを否定できないからである。たとえば、刺戟的な、不快な表現の形態は、表現の内容と一体となって、第三者の感性を損ない、目撃者を憤怒させるかもしれない。表現の内容、メッセージを具体化するにあたり、表現の形態の比重が増加すればするほど、「メディアがメッセージ」となればなるほど、表現の形態を規制するはずの、表現の内容に対して中立なはずの規制が、表現の内容にかかわってくる。メディアの選択は、メッセージの効果的な伝達、情報の流通を左右し得る。文章による反戦の訴えより、戦場で写された1枚の写真の方が人を説得する効果は大きいかもしれない。そして、第1修正のカタルシス作用、個人の人格形成と自己実現を重視するならば、選択されたメディアは、それだけで、第1修正において、メッセージとともに価値があることになる。

表現の内容を直接対象としないので、一見、表現の内容に対して中立な規制が、メディアの選択に介入することによって、実は、思想、情報を抑圧する意図を秘めている可能性は、おそらく、言葉によらないコミュニケーションであるからこそ、発生する問題である[12]。表現の内容に対して中立であり、自由な表現を抑圧しないように見えるにもかかわらず、

政府の反言論利益を促進する規制をあぶり出すには、政府の利益、なかんずく、反言論利益に注目する必要がある。政府の利益を判別するのは、その第一歩である。

2．政府の利益と目的、動機、規定の仕方

1．表現活動を制約する政府の行為は、第1修正を前提にするかぎり、当然、その合憲性に関して、すべて厳格な審査の対象となるべきかもしれない。現実には、自由な言論の抑圧に関係がある、表現の内容を理由に規制している場合にだけ、政府の行為は、厳格な審査の対象となる反言論利益に基づいていると理解されている。第1修正の自由を制約するには、制約することによって達成される政府の利益が非常に重要であることが立証されなければならない。このことは、政府の利益があからさまな反言論利益の場合だけでなく、政府の利益が明示されていない、「偽装」されている場合にも、政府の規制は厳格な審査の対象となるべきであることを意味するはずである。

しかし、法律の文言が直接表現を抑圧していることが明らかでないかぎり、政府の利益は非言論利益である、行為の物理的側面を規制の対象としており、自由な言論の抑圧とは無関係であると考える傾向が裁判所にはある。合衆国最高裁判所は、広汎な裁量権が認められている政府の行為の目的、動機、意図を探究することについて、「立法の動機について尋ねたり、動機が間違っていると想定しないという、昔からある、賢明な法理」[(13)]について言及する。現実には、支配的な規制理由としての動機の探究にやぶさかではないこともある[(14)]。文面上、もっともらしい目的が主張される場合、政府の行為に違憲となる動機があったと判断することを躊躇する[(15)]。権力分立の建前から、あるいは、統治機関相互の礼譲から、立法府の主張する法律の目的を認めないこと、また、規制が理由のない

抑圧であると、無効にすることはまずない[16]という。裁判所が行なう個別的な利益の比較衡量は、しばしば、問題となっている規制を、合理的に考えれば有用な目的に役立つものであると想定し、その目的を肝要で社会的重要性のある地位に押し上げ、それによって制約を受ける個人の第１修正の自由の行使を、公共の福祉を損なう、たいして意義のない、利己的な行為に貶めるという批判さえある[17]。法律の制定とは、起こり得る結果に気がつかないわけではなかっただけではなく、望ましくない結果が起こり得るのを予期しており、規制の長所短所を考慮した上での結論であるので、圧倒的に違憲な、完全に不法な意図しかなかった場合にだけ無効となるべきであるという立場をとれば、目的を理由にして政府の行為を覆すことは実質的に不可能となる[18]。

裁判所には問題となった法律を分析し、立法事実を検討し、法律の現実的な効果を測定し、結果を評価する能力が、たとえば立法府ほどは、ないという。また、裁判所の役割と司法審査について、統治機構の機能的な差異に着目し、それぞれの機能は異なるので、司法の判断は立法の判断にとって代わり得るものではないと考えるか、統治機構相互の抑制と均衡であり、裁判所も議会と同じ問題についてそれぞれ判断すべきであると考えるかによっても、司法審査に取り組む姿勢は違ってくる。裁判所が議会の多数派の意向を尊重すべきであると考えるならば、政府が正当な立法目的を主張し、目的と規制手段との間に何らかの合理的な関連性を示すことができれば、あるいは、裁量権の濫用、恣意的な適用を防止する明確な基準を提示すれば、その判断を尊重することによって、法律の現実の効果を無視し、実際の政府の意図する利益を見過ごすことになる可能性があるかもしれない。

２．政府の利益[19]が何であるかを判別する第一の手がかりは、法律の立法目的である。立法目的はその文言から、また、法律の制定の過程にお

いても明らかとなると考えられるが、それだけに限定されるわけではない。もっとも、法律が制定された当時の状況から、たとえば「けしからん振る舞い」を処罰するためであったという目的を推測することができる[20]ことも ないわけではない。裁判所は、法律の目的は法律の文面の通りであると無批判に政府の主張を認める場合も、一歩踏み込んで「本当の目的」について検討する場合もあり、また、目的が文面上明らかでないときに、合理的な目的の存在を推定してそれで十分であると判断することも、目的の具体的な内容についてさらに探究して判断することもあるので、法律の目的に関する裁判所のアプロウチは一様ではないとだけ、いうことができる。

確かに、法律の目的は、制定当時の立法府の議事録から、ある程度明らかになるかもしれない。しかし、検討すべき政府の利益は法律の成立時に主張されたそれではなく、適用時に政府が考慮した利益である。だが、現実の適用状況から法律の目的を憶測することはできない。実際には保護を予定していた利益は侵害されていないにもかかわらず、該当する行為の類似性を利用して法律を適用し、刑罰を課すことは、社会状況の変化により新しくその法律で保護すべき対象が発生し、法益の中に取り込まれること[21]とは別である。第1修正が問題になっているかぎり、法律の目的が、そして、政府の利益が、表現の自由の抑圧に無関係である、すなわち、法律が言論を明示的には制限せず、制限する理由が直接表現には関係がなく、そして、表現の内容に対する他者の反応を理由に表現を規制しているのではないということを立証する責任は、政府の側にある。自由が制約されていると主張する側は、政府が表現の自由を抑圧する意図をもっていたことを立証するという負担を負うものではないことはいうまでもない。

その施設の機能を阻害し、利用者などの邪魔になるというわけでもないのに、無言の抗議として公立図書館に居続ける者に対して不法侵入罪

を適用すること[22]、人種差別に抗議するデモンストレーションにおいて、平穏にデモンストレーションに従事する者を保護せず、敵対的な第三者の存在を理由に、証拠はないにもかかわらず、秩序を撹乱する行動を規制する法規を適用して、デモンストレーションを規制すること[23]は、許されない。法律の文言と適用された実態とは一致していなければならない。法律適用の実態は法律の目的を立証、正当化するものではない。適用の状況から法律の目的を明らかにすることは、公権力の行使を既成事実によって合法化する試みになる可能性がある。

3．第二の手がかり、あるいは、法律の立法目的を明らかにするのは、立法の動機である。

憲法上許されざる不当な動機とは、たとえば議員が個人的な名声などを促進するという、または、立法の過程で明らかにしなかった内密の目的があったということではなく、立法府が全体として、表面的にどのように言い繕っていても、特定の思想を抑圧するパターンを構成すると判断されるようなメッセージを、社会に対して伝播していると、評価され得るときを考えるべきであろう。不法な目的の実現を目指すという不当な動機が政策決定過程において重要な部分を占めているならば、そこでの結論、つまり、政策決定過程の産物としての法律は歪曲されてしまったと見ても不合理ではない。不当な動機に対する非難は政府が思想の自由市場において中立でなければならない、少なくとも、特定の見解に立って他の見解を圧倒したり、選好を示してはならないという要請[24]と矛盾することを理由としているように思われる。とすると、不当な動機は、立法者の個人的な意向を反映する動機という意味ではなく、意思決定の集合体としての動機ということになる。

合衆国最高裁判所は立法の動機が不正であったなどを理由に法律自体を評価することはできないという[25]が、立法の目的を確かめるため、法律

の制定過程を検討することは当然のこととされる。[26] 立法府がその当時、その法律が制定されるならば、その結果として表現の一形態を抑圧することが副次的な現象に過ぎないものではなく、新たに発生した抗議形態を抑圧するのを目的とすることを、あるいは、今まで容認していた表現形態についての事後法となること[27]を、その当時認識していた、あるいは、故意に異議申し立てを処罰する規定を設けたならば、あるいは、緊急の必要からではなく、他にも効果的な手段があるにもかかわらず、行政上の便宜を理由に表現を制約する規制が設けられたことが明らかであるならば、法律の文面のいかんにかかわらず、政府が法律を制定する目的は、政府の主張する、表向きの事柄だけでなく、他にもあることを疑うべきである。特定の思想、情報を抑圧するという政府の「隠された」動機があった可能性があると認定されるかもしれない。反言論利益の存在が推定されることもあるであろう。[28]

4．第三に、規制の対象となる行為の範囲とその要件、適用される罰則の重さなど、法律の規定の仕方からも、政府の利益について評価することができる。特定の表現活動を、その内容、観点、主題などを理由に、特別な取り扱いをするときはもちろん、表現の主体、表現の方法などを基準に特別な取り扱いをするときも、そして、表現としての要素はないが行為類型としては同一の行為と表現活動との取り扱いを比較すると、表現活動に課せられる制裁の種類、程度が著しく異なるとき、なかんずく、表現としての要素はないが行為類型としては同一の行為には政府の規制が及ばないのにもかかわらず、表現活動が規制されるとき、何をしたかよりむしろ何を意味したかにより制裁が加えられるよう、法律が規定されていると推測できる。

合衆国最高裁判所が、政府は表明される思想に反対しているので、特定のメッセージを制限しようとしていると認めることは滅多になく、正

当な政府の利益があると評価するのが普通である。特定の見解に対する政府の、意識されているかいないかを問わず、賛意や敵意に基づく規制は、第1修正に抵触する条件を十分備えているということができる。そこで、政府の判断が、意識的な、あるいは、無意識の偏見を是認するものではないかを厳格に審査する必要がある。たとえば人気のない主張ゆえに生じる敵意ある聴衆の反応と警察力の不備を理由に、やじり倒しを容認することは、政府がその主張の保護に躊躇し、聴衆の規制に逡巡しているという、思想に対する偏見に基づく政府の判断を反映しているのかもしれない。仮に、政府の行為がいかがわしい動機に基づいており、あるいは、法律の目的が偏見に基づいている可能性がかなり高いことを行為類型の対比によって示すことができるならば、同一の行為類型の中で特別な扱いを受ける表現活動に対する規制は厳格な審査の対象とするべきであろう。このように考えると、政府の利益の探究は、行為の目的、動機を重視する以上に、規制の効果、行為類型と規制の程度に関する比例原則などに着目する必要があるかもしれない。

3．法の分類と偽装された目的

1．合衆国最高裁判所は、合憲性判断に関する限りの一般的な傾向として、法律の起草の仕方を重視する。ある法律が厳格に規定されている、文言上漠然としておらず、恣意的な適用を可能とするような曖昧な基準を提供していない、憲法上保護すべき自由と保護する必要のない行為とを区別して後者だけを規制の対象としているので制約が過度に広汎となっていない、また、文言上、直接表現を制約の根拠としていないならば、合衆国最高裁判所は具体的な適用段階において「派生」する表現の自由への干渉について考慮することのないまま、合憲の判断を下す。法律の規定から生じる曖昧さや恣意的な適用を排除すること、規制すべき

ではない自由までも一括して規制しようとする法律を拒否し、法律に対して、厳格に規定され、限定された内容をもつよう要求することは重要である。[29] しかし、法律の目的と、それを達成するため法律が採用した分類や手段との間には合理的な対応関係がなければならない。

法律の採用する分類に、その目的との関係において、すなわち、ある害悪の除去、または、積極的な善の実現に関して、合理性があるとは限らない。法律の規制の対象となる集合と、害悪に汚染された集合とが過不足なく一致していれば、法律の規定する分類は目的達成に関して必要かつ十分であったことになる(図1)。前者が後者を含むがそれ以外にも及ぶ場合(図2)には、法律の規制が目的を達成するのに必要な範囲以外にも広く及んでいるので、規制の対象を適切な範囲まで絞る必要がある。このような規制は overbroad 過度に広汎、over-inclusive 過大包括である。前者を後者が含む場合(図3)には、規制に該当する行為はすべ

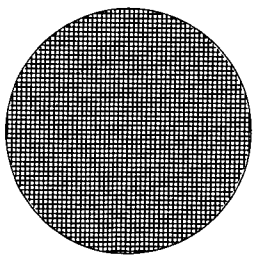
図 1

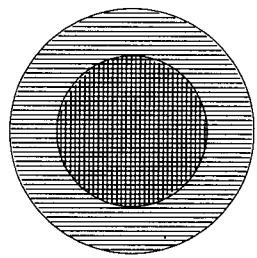
図 2

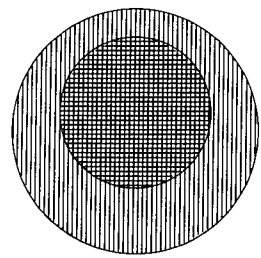
図 3

て規制の目的である害悪に汚染されているが、規制の対象とならない行為の中にも同じ害悪に汚染されている行為が存在する。この分類は法律の目的に関して、同じ立場にあるものをすべて包摂し尽くしていないという問題がある。たとえば、害悪に汚染されている程度がひどい、重大な害悪をもたらす蓋然性があることを絞りの条件とすることによって、規制の対象を合理的な範囲まで限定していることが考えられる。あるいは、表向きの法律の目的とは関係のない条件を設定、あるいは、付加し

て対象を絞り、規制の対象を過度に狭く、必要以上に限定することも考えられる。このような規制はいずれも overnarrow 過度に厳格、under-inclusive 過小包括であり、法律の目的が、規制の対象に照合すると、不正確にしか記述されていないことになる。害悪の重大さを絞りの要件とする場合はともかくも、法律の目的とは関係のない事柄を基準に用いて絞りをかけるならば、表向きの目的とは別に「隠された」目的があると推測されるので、政府はこれに反証しなければならない。また、法律の規制の対象となる集合と、害悪に汚染された集合には、重なり合う部分もあるが、重ならない部分もある場合（図４）、over-inclusive と、under-inclusive とが同時に起こっている。法律の目的と規制対象を規定する分類との対応が不自然であり、経験則に合致しない、合理的ではないということになる。過度に厳格な場合と同様、表向きの目的とは別の目的があるという推定が成り立つので、政府はきちんと反証しないかぎり、過度に厳格な規制の場合以上に、目的が偽装されていると疑われてもしかたがない。

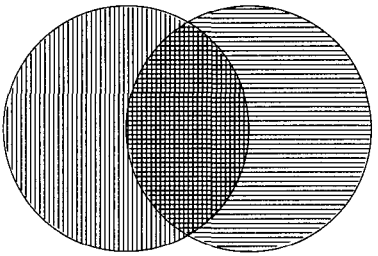

図　4

過度に広汎な法律の場合、規制の対象を、目的に関して一層厳格に、たとえば問題の害悪だけを除去するように限定して規定していないことを理由に、違憲となり得る。しかし、過度に厳格な場合、過度に広汎かつ過度に厳格な場合には、一般論として、害悪は部分的にでも除去されたほうが望ましい、経験上、もっともひどい害悪を対象としているので、そこからはずれた害悪が規制を逃れたとしてもやむを得ない、すべての害悪を一括して除去するという要請は非現実的であるなどの理由、換言すると、政治上、または、行政上、もっともな理由があり、憲法上許されざる目的がない規制は肯定的に評価され得る。この際、目的と対象の

範囲、目的と手段との関連性についての立証責任を規制する側に負わせることは十分考えられるとしても、規制の必要に著しく緊急性があり、かつ、善良な意図をもって採用されたのであれば、合理的とは必ずしもいいがたい、目的に完全には合致しない分類といえども、違憲とならないと判断されるかもしれない。[30]

表現の自由を何らかの形で制約する規制の目的はすべて、憲法上疑わしく、政治上の、または、行政上の必要という理由では正当化するに不十分であるというのは、合衆国最高裁判所の立場ではない。過度に厳格に起草された法律、目的と対象の範囲のずれた法律は、それ自体、立法の不純な動機があるという推定を成り立たせる証拠のひとつということができる[31]かもしれないが、法律の規制の対象となる集合と害悪に汚染された集合を比較し、前者の構成要素を明確にしなければ、決定的なことはいえない。

非言論利益に基づいて行為を規制するはずの法律において、法律の目的、規制の根拠からすれば、現実に規制の対象となっている行為より広い範囲をその対象にしなければならないにもかかわらず、しかもどの行為も同じように取り扱うことが十分可能であるにもかかわらず、極めて限定された範囲の行為だけを処罰する規定は過小包括であり、しかも過小包括であることを正当化する理由が乏しい。このような過度に厳格な規制が、非意味効果からすればそこに該当すべき条件を備えた行為すべてに対してではなく、さらに、たとえば一定の条件を満たした manner 方法で行なわれているので、その性質上、ある思想を表明することになる行為だけを対象として取り上げ、メッセージを意図していないような方法を対象から除外しているとき、しかも、このような区別をする利益が思想の表明を制約する以外にあり得ないと考えられるとき、この規制には、公然とは表明されていない反言論利益を促進するという隠された目標があるとの疑いが生じる。[32]

同じ条件の下にあるものは同じように取り扱う、同じ害悪に汚染されている行為はすべて規制の対象とするということは、基本的には、平等の要請である。平等の要請だけでは政府の行為を判断するのに、第14修正の平等保護に関する合理的基準でよいという見解も成り立たなくもないかもしれない[33]が、平等な第１修正の要請であれば、特定の観点、手段、集団などを差別的に取り扱う目的や効果のある規制には、より厳格な審査基準の適用が期待される[34]。確かに、差別的効果のある選抜的な規制は、平等の要請がなければ、全面的絶対的な禁止と比較して、表現に対する規制の程度が軽微であるので、より制限的ではない規制の手段の要請という第１修正上の観点からは、有効であると判断され得る。そこで、第１修正における平等の要請がどこまで要求されるものであるかを考える必要がある。第１修正は基本的権利であり、第１修正の自由に関わる規制に対しては、当然、合理性の基準ではなく厳格な審査が必要であるということができるかもしれない。平等の要請が重要視されるべきであるならば、表現に対する事実上の不利益、不均衡なインパクト[35]があること自体も、規制が無効であるという主張を裏づける根拠として評価されなければならないというようにも考え得る[36]。過度に広汎な規制も、過度に厳格な規制も、平等な第１修正の要請に反するという欠陥があるとみることもできる。

確かに、Douglas J.のいうように、平等の要請から、問題の害悪を一律に撲滅するか、そのまま放置するかだけが可能な選択の範囲だというわけではない[37]。とくに過度に厳格な分類が、第１修正との関連においてきわめて疑わしく思われるのは、分類の枠組みと行為におけるコミュニケーションとしての要素の存否とが対応しているときである。もっとも、規制の対象となる行為にもならない行為にも、ともにコミュニケーションとしての要素がある場合、分類それ自体が表現に対して悪意を秘めている、すなわち、隠された反言論利益を促進するものであるとはいえな

いかもしれない。もっとも、車内広告における政治的言論と営利的言論[38]、敷地に関係する看板広告における営利的言論と敷地にかかわるか否かに無関係な政治的言論[39]との区別を容認するが、住宅地域におけるピケッティングの禁止とその例外としての労働争議に関わるピケッティングとの区別を容認しない[40]という合衆国最高裁判所の姿勢を説明するのは容易ではない。撲滅されるべき害悪として規制の対象となっている行為が意味効果を伴うものであり、しかも規制されないまま残されているが、同じような害悪をもたらす行為が意味効果を発生させないならば、そのような法律上の分類は平等な表現の自由の要請との関係において、反言論利益を促す分類ということになる。法律の分類が立法目的と厳格に関係がなければならないという要求は常に表現の自由を保護するのに有力な道具とはいえないのかもしれないが、規制が何に向けられているかを明らかにするのには役に立つのではないだろうか。

2．立法府の採用する分類が立法目的に呼応していないので、隠された政府の目的が疑われる場合もあるが、採用する手段が目的に呼応しているとはいいがたい、あるいは、目的達成のためにふさわしい手段が他にも存在する場合もある。表現の方法に対する規制の中には、表現の自由を抑圧することとは無関係であるように見えても、採用された手段が表現活動の規制を意図している場合[41]がある。すべての表現は、表現の内容、メッセージと、そのメッセージを伝達する行為、メディアとから構成されている。行為の中には、歴史的、文化的に、表現であることと一体となっている、メッセージを伴っており、表現活動の一部であると、ア・プリオリに認知される行為がある。たとえば、ビラやパンフレットの配布、戸別訪問と勧誘、募金、ピケッティング、市民的権利に関するデモンストレーションやボイコット、ポスターや屋外看板の掲示などである。表現の方法の利用しやすさ、アクセスの容易さには差があるが、

これらは概して、資力、財力、政治力、影響力に恵まれていない者の表現手段であるということができる。何かメッセージを伝達するために用いられているという推定が働く行為ということができるので、この中の行為のいずれかを制約し得る規制は、第1修正の自由を窒息させないよう、息抜きの空間を確保するように、起草、解釈、適用されるべきであって、このことに裁判所は敏感であることが期待されている。

政府の主張する利益を促進、あるいは、達成するため、ひとつの表現の方法を全面的絶対的に禁止することの妥当性は、同じように表現の内容に対して中立であると主張されるにしても、同じ方法について利用し得る場面を、場所、時間、態様に基づいて限定する場合よりも、表現への影響は大きく、また、起草の仕方として必ずしも望ましいほど厳格とはいいがたい。そこで、ある方法についての全面的絶対的な禁止は、規制する利益とその結果発生する不利益との関係において、表現の自由に関して、均衡がとれない程過度の負担を強いる可能性が高い。どのような規制にも、同じ利益を促進することのできる、より制限的でない選択肢は存在し得るので、より制限的ではない規制の手段が他にも存在することを強調すると、必然的に、当該規制が違憲であるという結論をもたらすことになる。通常、より制限的でない他の選択肢を考慮するとき、他の選択肢の実行性やコストまでも評価の対象とすることなく、あり得べき規制の可能性を指摘すれば、既存の規制が無効と判断されるという結果を回避することができる。そのことは、表現の方法毎に存在する差異と、表現活動が息をする空間が必要であるという要請に必ずしも敏感ではない裁判所の実像を示すことにもなっている。

ある思想とある表現の方法との間には、その内容、対象とする聴衆、場所などとの関連において、密接不可分な関係があるかもしれない。表現する者にとり、ある態様、手段が、他の方法では、代え難い、代替のきかない意義をもつかもしれず、手段、方法、態様を、表現の内容に対

して中立であるはずと、無条件に制限することは、個人のコミュニケーションの方法の選択の否定であり、第1修正の根底にある人間としての能力を最大限発揮するという価値への障害となる。新しい考え、人気のない思想は、しばしば、資力、権力、政治力、影響力などの面において、伝統的な表現の方法へのアクセスに恵まれていない。他に表現の方法、手段を選択する可能性がないわけではないという指摘だけでは、特定の選択肢を制限する際の正当化として、不十分であるように思われる。残された選択の現実性、実行可能性、効果を考慮することなく、抽象的に、他の選び得るコミュニケーションの回路の有無を評価することは無意味である。他に選び得るコミュニケーションの選択肢については、あるメッセージを伝達する何らかの方法 ways が存在すればよいと考えるか、同じメッセージを同じ種類 kind の言論として伝達する回路が必要であると考えるかという議論がある[42]。他の選び得るコミュニケーションの存在は、その要件の設定次第で、コミュニケーションの実質的な禁止の指標として機能するかもしれない。

表現の内容に対して中立な規制は、表現活動に対して一般的で広汎な影響があり、観点に基づく差別的偏見に影響されにくいと考えられている[43]。ところが、さまざまな表現の方法の利用しやすさの違いは、特定の規制がある見解にだけ、ある集団に限って、大きな影響を及ぼすという事態をもたらすことがある。表現の内容に対して中立な規制が、特定の見解、集団にのみ強い影響、差別的な効果をもつかもしれない。表現の内容に対して中立な規制であっても、多かれ少なかれ、見解差別的な効果がないわけではない。合衆国最高裁判所は、表現の内容に対して中立な規制であると主張されると、その規制の観点差別的な効果については、あまり注意を払っていない。表現の内容に対して中立な規制のふりをした偏見に基づく規制、観点差別的な効果がある規制は、実際には内容に基づく規制であるという指摘もある[44]。表現の場所、方法の規制も、特定

の聴衆に到達すること、特定のメッセージを伝達する最も効果的な、または、適切な手段を選択することを妨げるものではない、あるいは、観点差別的な効果があっても、実際には、観点を特定して、差別的な効果を及ぼす意図は認められず、偶然、ある観点に不利な結果となったにすぎないだけかもしれないという見方も成り立つかもしれない。表現の内容を理由としていないということから、規制の中立性を過度に強調すると、表現の態様、手段の意義だけでなく、効果においても、コミュニケーションは一様ではないことを見逃し、軽視する結果になるかもしれない。表現活動が実際に禁止される範囲、禁止の事実が特定の集団に格別に有利な、または、不利な、一言でいうと、不平等な影響を与えるという事実に基づいて、平等な表現の自由の要請上疑わしいということができるかもしれない。このような差別的な効果があらかじめ予期されているような規制は、少なくとも第１修正の自由についての感受性に欠けるということができる。

くるみを割るのになたを持ちだすような、他に適切な、第１修正の自由に対する制約の少ない手段が存在するにもかかわらず、規制すべき害悪の重大さ、軽微さからすれば均衡を失するほどの負担をもたらす手段を用いるような規制も、第１修正の自由について敏感ではないことを窺わせる。たとえ、規制の文言が表現の内容を直接標的にしていないとしても、このような状況における政府の利益は、第１修正の自由と全く無関係であると考えるのは大変不自然であり、反言論利益であることが疑われる。

表現の自由を抑圧するという目的が公然と表明されることは、おそらく、大変稀であり、立法の動機、法律の対象に関する分類や採用された手段の合理性、妥当性、主張される目的との関連性などから、政府が表現の内容に関する中立性を放棄したと判断し得る。表現の内容に基づく規制だけでなく、表現の内容に関する中立性を疑わせるような、表現の

形態の規制も、反言論利益に基づいているということができる。

3．政府の利益が非言論利益であるとき、規制を受ける行為と政府の利益との関係は、二通りであり得る。表現の側面を除いた行為類型が通常、政府の規制を受ける[45]、元来違法な行為[46]であれば、行為者の表現する意図の存否にかかわらず違法であり、規制されると考えられるかもしれない。違反している法律自体の不正さ、不当さを主張する市民的不服従や、戦略的な目的達成手段として、一定の結果の発生を強要する行為も、表現としての側面がありながら、違法であると判断されるのはこのためである。政府の利益が非言論利益ならば、規制が表現の優位にある[47]というのは、このように、ある行為が、その直接的な非意味効果のせいで、当然、規制の対象となる場合をいう。もっとも、明らかに表現活動である行為に対しては、表現であるかぎりにおいて規制を適用すべきではないと裁判所が判断する可能性がないわけではない。星条旗冒瀆に関する法律と政治的デモンストレーションにおける星条旗焼却は、このような場合であると考えることもできなくはないかもしれない。

行為の惹起する実質的な害悪が存在することが表現としての保護を受ける範囲から当該行為を排除するという推定が働く要件である[48]というアプロウチも考えられないわけではない。だが、このアプロウチをそのまま鵜呑みにすると、害悪をもたらす行為を規制の対象とする、有益な規制であれば、第1修正に関する考慮をしないまま、合憲性の推定が働き、有効であるという結論を導きだすという危険がある。裁判所は、一般に、行為を規制するに十分な意味のある非言論利益があり、その利益の実現を、非意味効果を通じて、妨害する行為を規制した結果、第1修正の自由に対する付随的な制限が発生した場合、その自由に対する制限が政府の利益を促進するのに必要不可欠な制限よりも大きな負担を自由に対して課すのでないならば、その規制は十分正当である[49]と利益衡量を行なっ

ており、カテゴリカルに害悪がある故の適用除外を認めていない。

もうひとつは、行為と規制されるべき非意味効果との因果関係が遠い、あるいは、必然的ではないときである。間接的にすぎない非言論利益が促進されるかもしれないことを理由に行為を規制することは、些細な迷惑や不便を理由に、第1修正の自由を制約することを是認するような事態を容認する。ビラ、パンフレット、回覧、広告その他を配布するために扉をノックし、ベルを鳴らして、住人を戸口のところへ呼びつけて、ビラなどを受け取らせるという戸別訪問と勧誘は、伝統的にしばしば用いられている表現の方法である。戸別訪問と勧誘の禁止はニューサンスや犯罪の防止に役立ち、商業宣伝活動に対する規制としては、合憲である[50]が、営利的行為と同じ行為類型であっても、宗教上の文書を配布するための戸別訪問と勧誘の禁止を規定した条例の促進する利益は、第1修正上の自由を制約するほど大きいとは認められなかった[51]。ゴミが散らかされるのを防止する利益があることは確かであるが、精神的自由よりむしろ経済的自由の一部であると考えられていた商業広告を別にすれば[52]、そのことを理由に街頭などの公共の場所でのビラなどの配布を禁止すること[53]や、ビラ配布に対して課税したり、自由裁量に基づく許可制にしたりすること[54]はできない。星条旗冒瀆に関する法律と治安の維持との間にも、このような間接的な関係しかないと理解することができるようにも思われる。

4．表現の形態と反言論利益

すでに述べたように、表現の内容に対する規制は、何が正当であるかを政府が決定することであり、自由に思想を表明、伝達することを根本から妨げるので、表現の形態に対する規制とは区別されるというのが、今までの第1修正の諸自由を規制する際に用いられた基準であった[55]。と

ころが、象徴的表現に関するかぎり、表現の形態を規制するという形をとりながら、実際には表現の内容に干渉するという規制がある。[56] どのようにして表現するかということへの制限が、何を表現するのかということへの干渉となることがあるので、表現の内容への規制とそれ以外の規制は異なる基準を用いて検討するという場合に、十分保護し得ない領域が存在する。表現を規制する政府の利益を分析した場合においても、一般的には、表現の内容を規制するのが反言論利益、それ以外が非言論利益ということができる。だが、表現の内容を規制していていないようにみえるにもかかわらず、反言論利益によることがあり、これが象徴的表現の領域である。星条旗冒瀆に関する法律は、メッセージとは全く無関係に、方法 method を規制しているに過ぎないという主張[57]は、言葉によらないコミュニケーションを対象としている故に、特別に、表現の内容を規制していないように見えるにもかかわらず、賛成できない行為の規制という偽装の下で、賛成できない思想にしか適用されない規制であるかどうかの検討を要求している。無論、象徴的表現に対する表現の内容以外の規制といえどもすべてが反言論利益に基づくのではなく、非言論利益による場合も、当然、存在する。むしろ、後者が原則であるかもしれない。

政府の利益を分析することにより、ある規制がどのような関心に基づいており、どのような基準で検討されなければならないかが明らかとなる。問題の規制が反言論利益に基づくならば、伝統的な表現の内容に基づく規制に対するのと同じように、厳格な審査の対象となる。規制が非言論利益に基づくものならば、言葉によらないコミュニケーションの多くは、言論要素と非言論要素が行為の同一の過程において結びついているので、非言論要素を規制するのに十分に重要な政府の利益が存在することは第1修正の諸自由に対する付随的な制限を正当とすることができるのであり、その時、主張される第1修正の諸自由への付随的な制限が

政府の利益を促進するために必要不可欠なものより大きくないことが求められる。[58]

政府利益の分析は、象徴的表現の特徴から、表現の内容に基づかないように見える規制に、二種の政府の利益がかかわることを明らかにするのに役立つ。もっとも、表現の内容に基づかないと主張されるにもかかわらず、反言論利益を促進することを疑わせるもっとも顕著な例は、規制が言論要素を伴う行為類型と、言論要素を伴わないけれども、その他の点においては同一の行為類型とを比較したとき、主張されている害悪という理由からは均衡のとれない程まで表現の自由に負担となるような、異なる取り扱いをする場合であるということができる。

註

(1) 表現の内容に基づくか否かを基準とするという合衆国最高裁判所の採用するアプロウチに関しては、市川正人「表現内容の規制・内容中立的規制二分論と表現の自由(一)(二)(三・完)」法経論叢4巻1号1頁(1986)、5巻1号32頁(1987)、7巻1号1頁(1989)が詳細に展開、批判している。

(2) L. H. Tribe, American Constitutional Law §12-2 (2d ed. 1988).

(3) See G. R. Stone, *Flag Burning and the Constitution,* 75 Iowa L. Rev. 111 (1989); G. R. Stone, *Content-Neutral Restrictions,* 54 U. Chi. L. Rev. 46 (1987); G. R. Stone, *Content Regulation and the First Amendment,* 25 Wm. & Mary L. Rev. 189 (1983); G. R. Stone, *Restrictions of Speech Because of its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions,* 46 U. Chi. L. Rev. 81 (1978).

(4) See M. B. Nimmer, Freedom of Speech: A Treatise on the Theory of the First Amendment §2. 04 (1984); M. B. Nimmer, *The Meaning of Symbolic Speech under the First Amendment,* 21 UCLA L. Rev. 29 (1973). 意味効果、非意味効果については、II. C. 2. およびIII. B. 4. 参照。

(5) 政府の選好とは、特定の思想、メッセージに対する賛意、または、敵意から、そのメッセージを内容とする表現活動を促進、または、抑圧するという、あるいは、ある争点に関して一方の見解、立場を他方よりも有利に取り扱うという判断をいう。政府が「正統」な思想を認定することはでき

ない West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U. S. 624, 642 (1943) ので、政府がその選好に基づいて、ある観点を他方より有利に取り扱うことは否定されている。

政府には、メッセージ、思想、主題、内容を理由に表現を規制する権限がない。Police Department of Chicago v. Mosley, 408 U. S. 92, 95-96 (1972). しかし、第1修正の法理は表現の内容を理由とすることなど全くあり得ないという立場をとっているわけではない。表現の内容への言及なしには、名誉毀損、猥褻などに関する法理を説明することはできないからであるが、このような、表現の内容に言及した規制が正当とされるのは、極めて限られた場合に限定されると理解されている see, Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U. S. 568 (1942) ので、思想、情報が流布することで惹起されるかもしれない害悪を理由としても、その害悪が猥褻、名誉毀損、喧嘩言葉などに該当しないかぎり、政府の規制を正当化できないことになる。ここでいう「表現の内容」が、メッセージの内容、思想、意見、ある争点に関する見解、観点を意味することには争いはない。しかし、違憲の推定を意味するといってもよいほどの厳格な審査の対象となる「表現の内容に基づく基準」というときの「表現の内容」は、表現の主題、争点それ自体の選択にまでおよぶ概念であるとはいえないようである。

(6) コミュニケーションとしての効果とは、メッセージが表明されることによって、そのメッセージのせいで、他人の感性が著しく害されること、社会的な混乱や治安紊乱が惹起されることなどをいう。

(7) City of Renton v. Playtime Theatres, Inc., 475 U. S. 41, 47 (1986). But see Boos v. Barry, 108 S. Ct. 1157, 1163 (1988).

(8) See e. g. *The Supreme Court, 1983 Term,* 98 HARV. L. REV. 87, 225 (1984). Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U. S. 288 (1984) に関するコメント。

(9) たとえば、市川正人「表現内容の規制・内容中立的規制二分論と表現の自由(三・完)」法経論叢7巻1号1頁、3-10頁(1989)参照。

(10) 外国政府の政策を支持するデモンストレーションも、反対するデモンストレーションも、当然、同じ取り扱いをうける。Boos v. Barry, 108 S. Ct. 1157 (1988).

(11) Frizby v. Schultz, 108 S. Ct. 2495 (1988).

(12) 表現の内容に対して中立な規制であると、第1修正の自由としては寛容な、厳格な合理性の審査の対象にしかならないと理解されていることもあって、表現の内容に対して中立な規制について、いくつか問題が指摘されている。たとえば、表面的には表現の内容に対して中立な規制であっても、特定の思想、情報を抑圧するという動機に基づいている可能性がある

かもしれないことや、特定の人気のない見解、集団に対してだけ、選択的差別的な影響があることを知りながら実施されているかもしれないことなどである。コミュニケーションにおいて、媒体の意義は一様ではない。手段の代替性の有無、内容と方法の不可分性、他の手段へのアクセス可能性や利用のしやすさに関しても、表現の方法と効果、選択に伴う自己実現といった要素について述べたのと同じように、「表現の内容に対して中立な規制」であると判明すると、規制のインパクトについて、合衆国最高裁判所はあまり敏感であるとはいえない。「表現の内容に対して中立な規制」の問題点が言葉によらないコミュニケーション、象徴的表現においてもっとも露になるというべきかもしれない。

(13) United States v. Constantine, 296 U. S. 287, 298-99 (1935), Cardozo J. の反対意見。立法の動機を探究すべきではない理由としては、動機が不当でも法律自体は適切な場合があり得ること、立法過程において後に違憲と判断されるような言明を意図的に避け、真の動機を隠蔽することも可能なこと、動機の確定は容易ではないことが挙げられる。

(14) See Cornelius v. NAACP Legal Defence and Education Fund, Inc., 473 U. S. 788, 811-13 (1985).

(15) Mueller v. Allen, 463 U. S. 388, 394-95 (1983); Wallace v. Jaffree, 472 U. S. 38, 74-75 (1985), O'Connor の同意意見。

(16) J. H. Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis,* 88 HARV. L. REV. 1482, 1490 (1975). See also, L. H. TRIBE, *supra* note 2 at §12-5 n. 15; J. H. Ely, *Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law,* 79 YALE L. J. 1205 (1970).

(17) *Symbolic Speech,* 43 FORDHAM L. REV. 590, 594 n. 30 (1975).

(18) これは、政府の行為を合憲、違憲にするのは、基本的にはその動機ではなく、その行為に関する権限の有無であると見る発想からきているものと思われる。立法府の多数派の権限の限界について疑わしいとしても、裁判所は積極的に判断すべきではない Texas v. Johnson, 109 S. Ct. 2533, 2555 (1989), Rehnquist C. J. の反対意見、というのも、また、同じ発想のようにも思われる。

(19) 以下、立法府の行為を念頭に、政府の利益について考察するが、行政府の行為をそこから排除する意図ではない。

法の選択的執行は表現の内容に対する政府の偏見を暴露させるという意味において、政府の法執行の態様が反言論利益に基づいていることの証拠となる。法の選択的執行を可能にするのは政府機関に恣意的な裁量の余地を認める権限を与える法規である。法規が裁量権行使の折に政府の選好

の入る余地がないように起草されているならば、言い換えると、法律の目的を促進するよう厳格に起草されているならば、原則として、選択的執行と恣意的な裁量権行使の問題は発生しない。そこで、恣意的な裁量権行使を可能にする法律を制定したことそれ自体も、政府の選好、偏見の存在を暗黙のうちに支持するものであるということができるかもしれない。もちろん、本来は選択的執行の余地がないにもかかわらず、第1修正の自由に対する感受性の欠如から、規制が恣意的に適用されるならば、執行のレヴェルにおいて反言論利益が促進されているということになる。

(20) 徴兵カード焼却がヴィエト・ナムにおける交戦状態に反対する意思表示として認知された後に、故意に徴兵カードを破壊する行為を連邦法上の犯罪とした選抜徴兵法が慌ただしく改正されたという経過と、故意に徴兵カードを破壊してはならないという利益に関する議論の欠如から推察すると、徴兵カード焼却という「けしからん行為」と一体となったヴィエト・ナム反戦思想を処罰することが法律改正の目的であったということができるかもしれない。See D. Alfange, *Free Speech and Symbolic Conduct,* 1968 SUP. CT. REV. 1 ; M. B. Nimmer, *The Meaning of Symbolic Speech Under the First Amendment,* 21 UCLA L. REV. 29, 41 (1973). もっとも、連邦議会での議論はそれほど露骨ではなかったようである。

(21) 第1修正は制定当時、古典的な言論と出版しか予想していなかった。だが、技術革新の成果である、放送、映画などは、さまざまな理由から古典的な第1修正の保護のもとでの取り扱いとは異なっているとはいえ、第1修正の保護の対象となっている。また、表現内容についても、猥褻概念のように時代の風潮とともに変化が見られ、あるいは、かつては法的に保護されるとは認められなかったものが社会の要請に応じて権利として認知されるプライヴァシィのごとき例もある。

(22) Brown v. Louisiana, 383 U. S. 131 (1966).

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

(24) 思想の自由市場と「政府の言論」については、拙稿「『政治的プロパガンダ』という法律の指定と表現の自由 —— Meese v. Keene, 107 S. Ct. 1862 (1987)」ジュリスト945号114頁、116-17頁および註36-41 (1989) に挙げられた文献参照。

(25) United States v. O'Brien, 391 U. S. 367, 383 (1968).

(26) 現実に、合衆国最高裁判所はしばしば制定法の立法過程を審査し、立法の動機を探究しているという。See Senate Report 101-152 at 24 n. 1, September 21, 1989, 1989 U. S. CODE CONG. & ADMIN. NEWS 610, 631 n. 1.

(27) People v. Stover, 12 N. Y. 2d 462, 191 N. E. 2d 272 (1963), appeal dismissed 375 U. S. 42 (1963).

(28) 政府の意図の存否は言論の保護とは全く無関係であり、言論を規制するという効果が生じればそれだけで規制は厳しく審査されるべきであるという考え方もあり得る。J. H. Ely, *The Centrality and Limits of Motivation Analysis,* 15 San Diego L. Rev. 1155 (1978). その場合、政府の利益の重要性と審査の厳格さのレヴェルとは何らかの相関関係にあると考えることe. g. *The Two-Track Model of First Amendment Adjudication after Consolidated Edison Co. v. Public Service Commission,* 62 B. U. L. Rev. 215, 230 (1982) には疑問がある。重要な政府の利益があるという主張が規制の正当事由として認められるのは、審査のレヴェルが緩やかになったためではなく、厳格であってもなお、それに対して耐え得るほどの利益であるからではないだろうか。

合衆国最高裁判所は、第1修正に関する事件における立法府や行政府の動機と規制の有効性との関係について一貫した準則を確立していない *Waiving Rights and Burning Flags: The Search for a Valid State Interest in Flag Protection,* 25 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 591, 597 n. 31 (1990) としても、動機の検討は全く無意味というわけではないと思われる。

(29) 過度の広汎性の理論、漠然ゆえに無効の理論は、第1修正の意味について必ずしも同じ立場をとらない裁判官の間に意見の一致をもたらすことのできる数少ない論拠である。その外観が技術的であり、実体的価値を正面からは取り扱わないこと、司法消極主義でも受け入れられるような、準立法的選択を行なわないことがその主な理由であるという。芦部信喜「公務員の政治活動規制立法の合憲性判断」『現代人権論』285頁 (1974)。See *The First Amendment Overbreadth Doctrine,* 83 Harv. L. Rev. 844 (1970). 懐疑的な見方としては、H. Monaghan, *Overbreadth,* 1981 Sup. Ct. Rev. 1.

規制の対象とする必然性が全くない行為にまで法律の射程が及ぶ包括的な規定は、行為の意図、動機、第三者に与える影響や行為の効果などを基準として適用されることがない反面、想定されていない行為にまで、適用される。たとえば、星条旗の物理的な一体性をあらゆる状況のもとで保護する法律は、「合衆国の旗」を適切に定義しないかぎり、自宅で不正確な星条旗の絵を描くことにも、紙ナプキンをくしゃくしゃにすることにも、適用され得る。See Senate Report 101-152 at 20, September 21, 1989, 1989 U. S. Code Cong. & Admin. News 610, 617-28.

(30) 法律の目的と分類に関しては、J. Tussman & J. tenBroek, *The Equal Protection of Laws,* 37 Calif. L. Rev. 341 (1949) を参照。

(31) M. B. NIMMER, *supra* note 4 at §2. 06 [B] (1984).

(32) See O'Brien v. United States, 376 F. 2d 538, 540-41 (1st Cir. 1968).

(33) Carey v. Brown, 447 U. S. 455, 478, 481-86 (1980), Rehnquist J. の反対意見。

(34) See Police Department of Chicago v. Mosley, 408 U. S. 92 (1972); Grayned v. City of Rockford, 408 U. S. 104 (1972).

(35) Stevens J. は、不均衡なインパクトを考慮することに消極的である。Texas v. Johnson, 109 S. Ct. 2533, 2557 n.* (1989).

(36) *The Two-Track Model of First Amendment Adjudication after Consolidated Edison Co. v. Public Service Commission, supra* note 28 at 253-54 n. 159,

(37) See Railways Express Agency, Inc. v. New York, 336 U. S. 106, 110 (1949).

(38) Lehman v. City of Shaker Heights, 418 U. S. 298 (1974).

(39) Metromedia, Inc. v. City of San Diego,435 U. S. 490 (1981).

(40) Carey v. Brown, 447 U. S. 455 (1980). しかし、Frisby v. Schultz, 108 S. Ct. 2495 (1988) では、労働争議に関するピケッティングに適用される州法が別にあっても、問題とはならないと判断されている。

(41) 市の街頭におけるゴミ散布を防止するために、ビラ配布を禁止する条例を制定することはその一例である。Schneider v. Town of Irvington, 308 U. S. 147 (1930).

(42) *The Two-Track Model of First Amendment Adjudication after Consolidated Edison Co. v. Public Service Commission, supra* note 28 at 233 n. 84. この論文は、Metromedia Inc. v. City of San Diego, 453 U. S. 490,(1981).を、メッセージを伝達する何らかの方法 ways が存在すればよいという立場 at 516, 549をとる判決、Heffron v. International Society for Krishna Consciousness, 452 U. S. 640 (1981).を、同じ種類 kind の言論として伝達する回路が必要であるという立場 at 655をとる判決と理解しているようである。前者は他の形態 forms が不十分、不適切で実現が不可能なほど費用がかかることから他の選び得る回路が存在するとは想定し得ない 453 U.S. at 516 と、後者は会場外のみならず、会場内においても適切な勧誘の手段を全く否定しているわけではない 452 U.S. at 654-55 と、認定している。

(43) *Id.* at 239.

(44) *Id.* at 252-53.

(45) T. I. Emerson, The System of Freedom of expression 81 (1970).

(46) Kaufman, *The Medium, the Message, and the First Amendment,* 45 N. Y. U. L. Rev. 761, 773 (1970).

(47) Nimmer, *supra* note 4 at 61.

(48) 榎原猛「象徴的表現」阪大法学90号86頁 (1974)、『表現権利論の新展開』147頁 (1982)。

(49) United States v. O'Brien, *supra* note 25 at 377.

(50) Breard v. City of Alexandria, 341 U. S. 622 (1951).

(51) Martin v. City of Struthers, 319 U. S. 141 (1943).

(52) Valentine v. Chrestensen, 316 U. S. 52 (1942), but see Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U. S. 748 (1976).

(53) Tucker v. Texas, 362 U. S. 517 (1946).

(54) Murdock v. Pennsylvania, 319 U. S. 105 (1943).

(55) Notes, *Symbolic Conduct,* 68 COLUM. L. REV. 1091, 1117 (1968).

(56) たとえば愛国心と一体となった星条旗模様の商品が市中で販売されても、see A. H. Loewy, *Punishing Flag Desecrators: The Ultimate in Flag Desecration,* 49 N. C. L. REV. 48, 50 (1970)、星条旗の不適切な取り扱いとして問題とされないのに、反体制的な見解を表明すると見られるときは、星条旗侮辱に関する法律に抵触するとして処罰される。Long Island Vietnam Moratorium Commitee v. Cahn, 437 F. 2d. 344 (2d Cir. 1970).

(57) E. g. Texas v. Johnson, 109 S. Ct. 2533, 2557 (1989).

(58) United States v. O'Brien, *supra* note 25 at 376-77.

IV. Texas v. Johnson, その後

A. 1989年星条旗保護法の成立

1. 本稿の冒頭において、1989年の Texas v. Johnson[(1)]を契機とする合衆国憲法修正、連邦法改正の動きが連邦議会にあり、大統領が合衆国憲法修正を支援していることに言及した[(2)]。合衆国憲法を修正するという提案は実を結ばなかったが、1989年10月28日に星条旗保護法 Flag Protection Act of 1989[(3)]が成立し、連邦法が改正された。1989年6月21日、Texas v. Johnson をきっかけとして始まった憲法論争は新たな段階を迎えた

ことになる。

改正の対象になった連邦法は、18 U. S. C. §700 (1968)。1968年7月5日に Pub. L. 90−381, §2, 82 Stat. 291として成立している[4]。連邦議会は、1960年代に起きた星条旗の焼却などの伝統的ではない取り扱いに対処するため、Washington D. C. コロンビア特別区にしか適用されなかったそれまでの連邦法[5]の罰則を強化したうえ、全国的に適用される連邦法とした。

18 U. S. C. §700 (1968) は、

(a) 合衆国の旗を、公然と破損、汚損、汚し、焼却、踏みつけることによって故意に侮辱した者には、1,000ドルを越えない罰金、1年を越えない禁固のいずれか、もしくは、両方を課す。

(b) 本条項において用いられる「合衆国の旗」とは、平均的な人がそれを見て、とくに考えることなく、アメリカ合衆国の flag, standards, colors, ensign 旗であると信じ得る、その素材、大きさを問わず、アメリカ合衆国の旗、その写し、その一部分、アメリカ合衆国の旗を意味するものを含む。

(c) 本条項は、本条項のなかった場合に州、準州、属領、プエルト・リィコが有する「合衆国の旗」に対する犯罪を罰する管轄権を連邦議会が剝奪する意図があるように解釈されてはならない。

と規定していた。

1989年法は、星条旗の物理的一体性を保護するため、(a)(1)および(b)の「合衆国の旗」の定義を変更し、(a)(2)を追加しただけでなく、法律の合憲性に関する判断手続に関する(d)(1)および(2)を新設した。この結果、新しい18 U. S. C. §700 (1989) は、

(a)(1) 合衆国の旗を、故意に、破損、汚損、物理的に汚 (けが) し、焼却、床または地面に置き、踏みつけた者には、本篇の規定する罰金[6]、1年を越えない禁固のいずれか、もしくは、両方を課す。

(2)　本項は、使い古され、もしくは、汚れてしまった旗の処分に該当する行為を禁止するものではない。

(b)　本条項における「合衆国の flag 旗」とは、その素材、大きさのいかをを問わず、合衆国の旗、もしくは、その一部分として、通常掲揚されている形態を意味する。

(c)　本条項は、本条項のなかった場合に州、準州、属領、プエルト・リィコが有する「合衆国の旗」に対する犯罪を罰する管轄権を連邦議会が剝奪する意図があるように解釈されてはならない。

(d)(1)　本条(a)の合憲性について判断した合衆国地方裁判所の暫定的、もしくは、最終的な判決、判断、命令から、合衆国最高裁判所へ直接上訴をすることができる。

(2)　合衆国最高裁判所は、その争点についてそれまでに判断していない場合、その上訴に関する裁判管轄を受理し、審理予定事件一覧表の上位に置き、可能なかぎり最大限迅速に処理する。

と、規定している。（下線部分が1968年法と異なる箇所である。）

2．1989年法の立法経過を見ると、下院は7月に、上院は8月と9月に、それぞれ司法委員会で憲法修正と連邦法改正に関する公聴会を開催した。[(7)] この結果、上院はS. 1338を、下院はH. 2978をそれぞれ起草した。いずれの法案も、星条旗の物理的一体性の保護をその立法目的として挙げている。

上院において提案された修正法案S. 1338[(8)]は、

合衆国の旗を、公然と、故意に、破損、汚損、焼却、床や地上に置き（展示）、踏みつけた者には、1,000ドルを越えない罰金、1年を越えない禁固のいずれか、もしくは、両方を課す。

と、従来の§700(a)の規定のうち、「汚し」、「侮辱する」という箇所を削除し、また、「床や地上に置く（展示）」を追加することを提言していた。

S. 1338の趣旨は、連邦法を表現の内容に中立な立法とすることである。他人の感情を害するという第三者の反応、あるいは、星条旗を侮辱するという行為者の意図などの主観的要素を犯罪の構成要件から除外し、行為者の意図があったかどうかとは全く無関係に、その行為だけを対象とすることによって、法律は表現の内容に中立となり、合衆国最高裁判所の判決に抵触しないという判断に基づいている。(9)

下院の修正法案 H. 2978(10)は、§700(a)と(b)を次のように修正し、(d)を追加するという提案であった。

(a)(1) 合衆国の旗を、故意に、破損、汚損、焼却、踏みつけた者には、当篇の規定する罰金、1年の禁固のいずれか、もしくは、両方を課す。

(2) 本項は、使い古され、もしくは、汚れてしまった旗の処分に該当する行為を禁止するものではない。

(b) 本条項における「合衆国の旗」とは、その素材、大きさのいかんを問わず、合衆国の旗、もしくは、その一部分として、通常掲揚されている形態を意味する。

(d)(1) 本条項に関して、合衆国憲法第1修正上の合憲性の問題が連邦地方裁判所に適切に提起されたとき、その地方裁判所は、合憲国最高裁判所がまだその問題について判断していない場合、直ちに、合衆国最高裁判所へ、当該争点についての certification 意見確認を求める。

(2) 合衆国最高裁判所は、当該争点についてすでに判断していない場合、意見確認請求に直ちに裁判管轄権を認めて、速やかにその争点について判断する。最高裁判所は、当該争点に関して拘束力のある指示を与えることも、事件全体についての判断を下すために訴訟記録をすべて移送するよう原裁判所に要請することもできる。

(3) 合衆国最高裁判所の Clerk は、上記意見確認の請求を受理したな

らば直ちに、連邦議会下院の Clerk と連邦議会上院の Secreatary にその旨通知をする。連邦議会の各院は、当規定の合憲性を弁護するため、その事件に関して、訴訟参加する権利を有する。[11]

H. 2978は、表現となり得る星条旗冒瀆行為だけを処罰する「公然と」、「侮辱する」、「汚し」など、冒瀆に関する箇所を削除して、表現の内容に中立にすること、保護の対象を掲揚の対象となるような星条旗に限定することと、合衆国最高裁判所による合憲性判断を促進する手続の導入を提言している。上院の提案と同じく、この法案は、星条旗に対する物理的破壊行為を処罰できる星条旗保護法を、合衆国最高裁判所の判決に、そして、第1修正に抵触しないように、制定することを目標としている。そしてまた、連邦法の改正のほうが憲法の修正よりも望ましいという立場に立っている。[12]

このような S. 1338と H. 2978との違いの結果、1989年法の文面として承認された形になるまで、法案は迂余曲折を経ることになった。まず、下院において、H. 2978は、最初、賛成6、反対9で採決が成立せず、延期され、[13]後に、賛成380、反対38、表決不参加12で、9月12日に通過した。[14]下院で成立した法案は、9月13日に上院に送付され、同日中に上院の司法委員会に付託された。[15]すでに述べたように、当初 S. 1338と H. 2978には、些細な文句にとどまらない差異が存在していた。そこで、上院は、H. 2978の certification 意見確認手続の導入、（合衆国を一方当事者とする訴訟における）連邦議会の訴訟参加のような条項は広汎な支持を得にくく、法案成立の支障となるが、早急に連邦法改正を実現する必要があるとの判断に基づいて、H. 2978を修正するという形で両院の調整を計った。[16]すなわち、H. 2978のうち、(a)(1)に関しては「物理的に汚し」および「床もしくは地面に置き」[17]を追加し、(d)の合憲性判断手続に関しては certification ではなく、通常の上訴手続の中で、連邦地方裁判所の判断から合衆国最高裁判所への飛躍上告にあたる直接上訴と裁判所の審理予定に

関する裁量によって迅速な判断を可能にする方法を採用するよう、修正することになった。10月4日に合憲性判断手続に関する改正などを成立させた[18]後、上院は、10月5日に、賛成91、反対9で、修正されたH. 2978を通過させた[19]。下院は10月12日に、ほとんど議論なく、賛成413、反対0、表決不参加19で、上院の修正に合意し[20]、1989年10月28日に、合衆国の旗の物理的な一体性を保護する1989年法が成立した[21]。

3．連邦法の改正でTexas v. Johnsonに対処しようとする連邦議会の多数党民主党の動きに対して、合衆国最高裁判所の憲法判断を覆すことができるのは、合衆国憲法に対する修正だけであるという指摘が、主として共和党から、なされた[22]。この時期、連邦議会に提出された、星条旗を保護するため、合衆国憲法を修正するという提案はひとつではない[23]。たとえば、合衆国の旗に関する憲法修正を司法委員会に提案する決議も含めると、S. J. Res. 165[24]; S. J. Res. 167[25]; S. J. Res. 169[26]; S. J. Res. 171[27]; S. J. Res. 179[28]; S. J. Res. 180[29]などが、議事録に見いだされる。しかし、憲法修正案としての内容がはっきりと明記されている提案は決して多くはない。「合衆国およびそれぞれの州の議会には、合衆国の旗の冒瀆、破損、汚損、汚染、焼却を禁止し、処罰する権限がある」という内容のS. J. Res. 179と、「連邦議会および州には、合衆国の旗の物理的な冒瀆を禁止する権限がある」という内容のS. J. Res. 180が、憲法修正に関する具体的な提案として議事録に挙げられており、S. J. Res. 180が後の議論の中心となっている[30]。

上院も下院も司法委員会で憲法修正のための公聴会を開催しており、18 U. S. C. §700の改正を検討するのと同時に、憲法修正に関しても検討したが[31]、最終的に、どちらの司法委員会も、憲法修正を積極的に支持しないという立場をとった。上院は、1989年10月16日から19日までの4日間をかけて、憲法修正案S. J. Res. 180を検討した[32]結果、賛成51、反対48

という表決となった[33]。上院においては、憲法修正の成立に67票以上必要なので、この憲法修正案は否決されたことになる。このとき、下院では全く審理されなかった。連邦議会、とくに民主党の、有力な議員たちは、1989年夏から秋にかけて、星条旗の保護のためには憲法を修正する必要はない、適切な連邦法を起草すれば十分であると主張して、連邦法の改正を優先する戦略を選択した。その結果、大統領が望んでいた[34]、そして、世論の支持もあった[35]憲法修正ではなく、1989年法が成立し、星条旗に関する連邦法が改正されるにとどまった[36]。星条旗が党利党略の道具となり、憲法修正に対する態度が愛国心に関する踏み絵として用いられる、リベラルであまりにも寛容であると攻撃材料として使われるという議員、とくに、多くの民主党議員の恐れは回避された。1989年法の成立を優先させたことは、少なくとも当面、政治的に賢明な作戦であったということになるのであろう。

おそらく、このテーマでの憲法修正が、これから、連邦議会に提案され、それぞれ三分の二以上の賛成多数で上下両院を通過し、四分の三以上、38州以上の批准を得て、成立することはないと思われる[37]。

4．Texas v. Johnson に鑑みて合衆国最高裁判所が1989年法を合憲と判断する可能性を連邦議会がどのように捉えていたかが、1989年法成立、あるいは、憲法修正の不成立に関する鍵であったと思われる。そこで、連邦議会における議論と上院司法委員会の報告から、1989年法の合憲性に関する議論を見ていく。

Texas v. Johnson が5対4できわどく対立している判決であるため、合衆国最高裁判所が1989年法を合憲とするには、Brennan、Marshall、Blackmun、Scalia、Kennedy JJ. の5名のうち、たったひとりでも、1989年法を合憲であると判断すれば、Texas v. Johnson の少数派、Rehnquist C. J., White, Stevens, O'Connor JJ. とともに新しい多数派を形成するに

は十分である。1989年法の起草方針は、多数派の中でもっとも少数派に「近そうな」メンバーを標的としていたということができるかもしれない。

連邦議会の議員のほとんどは、星条旗が保護されるはずであるということについて疑問を持っていない[38]。合衆国最高裁判所の判決を、なぜ焼却されるのかといった行為と関連したメッセージ、破壊の理由とは全く無関係に、星条旗を保護することを否定する判断、すなわち、星条旗の物理的一体性はとくに保護するに値しないという意味であると理解する者はなかったようである[39]。そこで、連邦議会が規制し得る星条旗の取り扱いと、規制し得ない取り扱いとの境界線を確定すべく、Texas v. Johnson を、そして、第1修正の法理を検討する作業にとりかかった。その中心となったのは、表現の内容に対して中立な規制の理解である。

Texas v. Johnson において法廷意見の中心となったのは、Texas 州法が表現の抑圧に関係していたか否かであった。法律が、伝達されるメッセージ、思想とはまったく関係なく適用されるならば、法律は表現の抑圧とは無関係であるという。Texas 州法がまだ使用可能な星条旗を意図的に破壊したという行為を処罰するのではないことに注目すると、物理的な行為だけに着目し、第三者の反応、侮辱するという意図などを全く考慮にいれない法律ならば、表現の内容に関して中立であるという意味において、Texas 州法と区別される。そのような、第1修正に抵触しない、星条旗の物理的一体性をあらゆる状況のもとで保護する法律を起草することは十分可能である。合衆国最高裁判所が指摘した制定法の欠陥を修正する、すなわち、判決の論旨に沿った新たな立法を制定することは、裁判所による憲法判断を覆し、あるいは、憲法解釈に関する最終的な決定権が裁判所にあることを否定し、裁判所の役割を侵害するものではない。Texas v. Johnson は、星条旗の焼却をそれだけで禁止することについて判断しているわけではない。行為のコミュニケーションとして

の効果を基準に適用されるのではなく、表現の内容に対して中立であり、自由な表現の抑圧に直接関係していないならば、憲法上の欠陥があるとはいえない。

合衆国最高裁判所はこれまで、星条旗の物理的一体性をあらゆる状況のもとで保護する法律の合憲性について判断したことはない。しかも、これまでの判例を丹念に検討すると、星条旗の物理的一体性をあらゆる状況のもとで保護する法律の合憲性を肯定していると考えることができなくもない。たとえば、星条旗の物理的一体性を害する行為の規制であるならば合憲とする Blackmun J. の見解[40]を、Brennan J. は肯定的に引用している[41]。このことから、Texas v. Johnson は、どのような状況においても星条旗の物理的一体性を保護する法律は合憲であるが、コミュニケーションとしての要素に左右される法律は違憲であると考える Blackmun J. の意見を汲み上げて、多数派を構成したと考えることができる。少数派の4名がその見解を変更することはなかなかありそうにないので[42]、仮に、表現の内容に対して中立な、コミュニケーションとしての要素、効果に左右されない法律、Texas v. Johnson に指摘された欠点のない法律が起草されたならば、Blackmun J. はその合憲性を支持する5票目となるに違いない、そして、他にもその法律を合憲と判断する裁判官が出てくるかもしれないと予想された[43]。このように考えるならば、合衆国最高裁判所が新しい連邦法を合憲と判断すると連邦議会の大多数の議員が信じる合理的な根拠が全くなかったわけではないことになる。

その象徴的な価値のため、星条旗を保護する、物理的な破壊を禁止するという法規に関する政府の利益は、必然的に表現の抑圧に関連しているという見解[44]は、政治的コンテクストにおいて実施される象徴的抗議に適用されるかぎりにおいて、すべての法律を違憲とすることになるという指摘がなかったわけではない[45]が、このような見解はむしろ非現実的であると上院司法委員会の多数派は判断したようである。しかし、委員会

の少数意見は、一見すると中立である法律も政治的表現に適用されるならば、違憲と判断される蓋然性は高く、表現の内容に対して中立な、包括的な規定は過度に広汎となる可能性があり、ここで例外を設けることは規定が表現の内容に対して中立であるという主張と抵触することになると指摘している。[46] もっとも、当初から、1989年法の合憲性について懐疑的な見解が議会の中にもなかったわけではない。[47]

5．憲法判例を変更できるのは、合衆国最高裁判所と憲法修正であるからこそ、第11修正と第16修正が提案され、成立した。[48] 星条旗を、故意に冒瀆した者、政治的な意思表示の一環として星条旗を物理的に破壊した者を処罰するためには、Texas v. Johnson を覆さなければならず、憲法修正が必要であったという主張[49]はもっともであったのかもしれない。これはもっぱら、Texas v. Johnson の判旨、射程についての理解にかかわってくるが、Texas v. Johnson は、政治的コンテクストにおける星条旗焼却行為が目撃者に及ぼす影響を基準にその行為を処罰する州法を適用することは違憲であると判断したと、把握するならば、これを覆す憲法修正案の内容は、「連邦と州の議会には、第1修正にもかかわらず、政治的コンテクストにおいて、あるいは、どのような状況において実行されたかを問わず、星条旗を『冒瀆する』行為を処罰する法律を制定する権限がある」ということになるのではないかと思われる。[50]「冒瀆する」行為には、侮辱を意図した行為、目撃者に及ぼす影響を基準に判断される行為なども含まれ得る。とすれば、星条旗という第1修正の及ばない対象を創設し、権利章典についての例外を設ける、先例のない憲法修正ということになる。

反面、1989年法は、Texas v. Johnson において合衆国最高裁判所が指摘した欠陥に類似する1968年法の欠陥を是正する試みであった[51]と考えることもできる。合衆国憲法に抵触せずに1989年法に基づいて処罰され得

る行為は、少なくとも政治的コンテクストにおいて実施されたのではない、表現としての要件に欠けるため第1修正の射程に入らない、星条旗の物理的な破壊行為に限られることになると思われる。換言すると、1984年にJohnsonが行なったような行為を処罰するために1989年法を適用すれば、合衆国最高裁判所は違憲と判断せざるを得まい。星条旗の象徴としての意味を考えるならば、政治的コンテクストから離れて用いられることは極めて稀であるので、どのように起草されたとしても、1989年法の運命は最初から決まっていたということになるかもしれない。(52)

註

(1) 109 S. Ct. 2533 (1989).

(2) I. 1. 参照。

(3) Pub. L. 101-131, 103 STAT. 777, 18 U. S. C. §700 (1989). 以下、1989年法という。

(4) III. A. 3. 参照。以下、1986年法という。

(5) 4 U. S. C §3, Act of February 8, 1917, ch. 34, 39 STAT. 900.

(6) この犯罪は、連邦刑事法上、Class A misdemeanor に該当するので、罰金の上限は100,000ドルである。18 U. S. C. 3571(b)(5) (1989).

(7) 下院司法委員会市民的権利、憲法上の権利に関する小委員会は1989年7月13日に、合衆国最高裁判所の Texas v. Johnson 判決に対抗する憲法修正案、連邦法修正案に関する公聴会を開催した。Metzenbaum 上院議員、Michel 下院議員、Montgomery 下院議員の証言があった。7月18日の公聴会では一般公衆からの証言があった。7月19日の公聴会では、司法省法務局司法次官補 William Barr と一般公衆からの証言があった。7月20日の公聴会では、Hughes 下院議員、Bevill 下院議員、Douglas 下院議員、Jacobs 下院議員、Ackerman 下院議員、Schuette 下院議員、Weiss 下院議員と一般公衆からの証言があった。

上院司法委員会は8月と9月に公聴会を開催している。1989年8月1日に開催した、S. 1338, S. J. Res. 179, S. J. Res. 180に関する公聴会では、Thurmond 上院議員、司法省の William P. Barr、Charles McC. Mathias, Jr. 前上院議員、Erwin N. Griswold、Charles J. Cooper、American Enterprise Institute の Robert H. Bork、Harvard University Law School の Lawrence H. Tribe、University of Chicago Law School の

Geoffrey R. Stone の証言があった。

1989年9月12日に、H. 2978が下院を通過し、上院に送付された後に開催された9月13日の公聴会では、合衆国の旗の物理的一体性の保護に関する提案について、Dole 上院議員、Dixon 上院議員、在郷軍人会の H. F. Gierke、負傷退役軍人会の John F. Heilman、外国戦争退役軍人会の Walter G. Hogan、肢体障害退役軍人会の R. Jack Powell、ヴィエトナム戦争退役軍人会の Mary Stout、James H. Warner、Gary Freeman、Harry G. Summers 大佐の証言があった。14日の公聴会では、University of Wisconsin Law School, Madison の Gordon Baldwin と Brady Williamson、Duke University Law School の Walter Dellinger、Dickinson College の Eugene Hickok、Northwestern University Law School の Stephen Presser の証言があり、星条旗の物理的一体性の保護に関する公聴会を終了した。委員会は、審議の結果、星条旗の物理的一体性の保護に関する S. 1338についての肯定的な報告と、憲法修正に関して否定的な結論に達した旨の報告を上院本会議に対して1989年9月21日に行なった。101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 11684 (September 21, 1989).

(8) S. 1338, Biden-Roth-Cohen Flag Protection Act of 1989.

(9) Senate Report No. 101-152, September 21, 1989, reprinted in 1989 U. S. Code Cong. & Admin. News 610, 613. See also, 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S7457-58 (June 23, 1989); S 8087-97, S 8103-05 (July 18, 1989). 上院司法委員会から本会議への法律案に関する報告は1989年9月21日である。101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 11684 (September 21, 1989).「汚し」、「侮辱する」の削除に関する説明は、101 Cong., 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 12601-02 (October 4, 1989) 参照。

(10) H. 2978 by Brooks, Flag Protection Act of 1989.

(11) 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. H 5500 (September 12, 1989).

(12) 残念ながら、House Report No. 101-231, September 7, 1989は入手できなかった。

(13) 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. H 5514 (September 12, 1989).

(14) 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. H 5562 (September 12, 1989).

(15) Calendars of the House November 13, 1989.

(16) 上院の法案と下院の法案との違いを調整し、かつ早く法案を成立させる方法として、両院協議会を通じた正式の調整作業ではなく、一方の院で成立した法案を他方の院がそのまま承認し、あるいは、わずかな修正を行なう。修正された場合には、修正された法案を再び第1の院がそのまま承認することで、両院が同一の法案を通過成立させたことになる。今回はこの方法によったものである。

(17) 1989年3月16日、上院は18 U. S. C. §700(a)の焼却の後に「合衆国の旗を床もしくは地面に掲示（展示）すること」を挿入するS. 607を賛成97、反対3で通過させた101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 2812（March 16, 1989）が、1989年3月23日に下院において司法委員会に付託されたままになっていた。135 Cong. Rec. H 894（March 23, 1989）. これは1989年2月にSchool of Art Institute of Chicagoの美術展会場において、星条旗に包まれた棺と星条旗焼却シーンのフォトコラージュを展示し、壁から床に及ぶように星条旗が置かれていて、観衆は星条旗を踏まなければ鑑賞できないようになっていた展示"What is the Proper Way to Display the U. S. Flag?"をきっかけとする法律改正の提案であった。"What is the Proper Way to Display the U. S. Flag?"はUnited States v. Eichmanの被告人のひとり、Scott Tylerの作品であったという。United States v. Eichman, 731 F. Supp. 1123, 1125 n. 1 (D. D. C. 1990); *Art and First Amendment Protection in Light of Texas v. Johnson,* 14 Nova L. Rev. 487, 499 (1990). 今回の全面的な§700改正を契機に改めて「床もしくは地面」条項を挿入したことになる。

(18) 合憲性判断に関する迅速な手続の採用に関するBiden/Thurmond上院議員の修正案Amendment No. 949, 135 Cong. Rec. S 12601と、床や地面に置くことを禁止するDole/Dixon/Thurmond上院議員の修正案Amendment No. 950, S 12607は同意された。S 12603, S 12608（October 4, 1989).

旗を汚すことを禁止するWilson上院議員の修正案Amendment No. 951, 135 Cong. Rec. S 12616と旗の冒瀆の公然性を犯罪成立の要件とするDole上院議員の修正案Amendment No. 952, S 12619は、翌日審理となった。Wilson修正案は賛成76、反対24で承認されたが、Dole修正案を棚あげにするという採決の結果は賛成53、反対47であった。S 12654-55(October 5, 1989).

(19) 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 12655 (October 5,1989).

(20) 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. H 6728 (October 5,1989); 135 Cong. Rec. H 6989,6991 (October 12,1989).

(21) 両院を通過した後、大統領府に送付されてから10日以内の法律案を大統領は承認、あるいは、拒否できる。その10日以内に大統領が何も処置をとらなくても、連邦議会が開会中のときは、法律案は大統領の署名なしでも自動的に法律になる。

Bush大統領がこの法律案に署名しなかったことは、連邦法の改正よりも憲法修正が望ましいという大統領の立場を表明するものと理解されている。

(22) Sensenbrenner, 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. H 5501 (September 12,1989). 上院司法委員会報告 Senate Report No. 101-152の中で、Humphrey 上院議員は制定法で合衆国最高裁判所の判決を覆すことはできない at 29,1989 U. S. Code Cong. & Admin. News at 630と、Hatch と Grassley 上院議員は連邦法の改正は無駄であり、憲法修正しか、星条旗冒瀆を禁止する方法はない at 24-27, 1989 U. S. Code Cong. & Admin. News at 630-34と述べているが、Thurmond 上院議員は連邦法の改正と憲法修正は両立するが、憲法修正が望ましいという立場を採っている at 18, 1989 U. S. Code Cong. & Admin. News at 626.

(23) 下院に提案されただけでも38案あったという。Shumway, 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. H 5513 (September 12,1989).

(24) Wilson, Dole, Thurmond, Wallop, Helms, Hatch, Kassebaum, Grassley, D'Amato, Dixon, 101 Cong. 1 st Sess., 135 Cong. Rec. S 7350-51 (June 22,1989).

(25) Thurmond, Dole, Hefflin, McClure, Nickles, McConnell, Wilson, McCain, Gramm, Symms, Hatch, Pressler, Wallop, Cochran, Lott, Murkowski, Warner, Robb, Dixon, Simpson, Burns, Armstrong, Moynihan, D'Amato, Shelby, Kassebaum, Grassley, Exon, Garn, Coats, DeConcini, Bentsen, Roth, Rudman, Kasten, Mack, Fowler, Heinz, Jeffords, Byrd, Hollings, Ford, 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 7352 (June 22,1989).

(26) Hatch, Thurmond, 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 7353 (June 22,1989).

(27) Grassley, 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 7541 (June 23,1989).

(28) Byrd, 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 8087 (July 18,1989).

(29) Armstrong, Bentsen, Bond, Boschwitz, Breaux, Bryan, Burdick, Burns, Byrd, Coats, Cochran, D'Amato, Danforth, DeConcici, Dixon, Dole, Domenici, Exon, Ford, Fowler, Garn, Gramm, Grassley, Heflin, Heinz, Helms, Hollings, Johnston, Kassebaum, Kasten, Lott, Lugar, Mack, McCain, McClure, McConnell, Murkowski, Nickles, Nunn, Pressler, Reid, Robb, Rockefeller, Roth, Rudman, Shelby, Simpson, Stevens, Symms, Thurmond, Wallop, Warner, 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 8097-8103, S 8105-07 (July 18,1989). これは最終的に憲法修正に賛成した議員よりも2名少ない。Danforth と Rudman 上院議員はそれぞれ討議の中で見解の変更を表明し S 13511 (October 17,1989), S 13522 (October 17,1989)、最終的には憲法修正に反対する票を投じた。

(30) Bush 大統領が公表した憲法修正案も、S. J. Res. 180と同じ文言であっ

た。See 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 12574 (October 4,1989).

(31) *Supra* note 7.

(32) 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 13418-33 (October 16,1989); S 13503-20 (October 17,1989); S 13606-16, S 13639-53 (October 18,1989); S 13721-33 (October 19,1989).

(33) 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 13733 (October 19,1989).

(34) See I. 1. note 1.

(35) 1989年7月の時点で、64%が憲法修正を支持していた。See I. 1. note 3.

(36) もっとも、憲法修正も、連邦法改正も必要はないという見解もなかったわけではない。See Metzenbaum上院議員の見解 Senate Report No. 101-152 at 19-21, 1989 U. S. Code Cong. &Admin. News at 626-28; 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 12596 (October 4,1989); S 13608 (October 18,1989).

(37) 1990年6月11日、合衆国最高裁判所が United States v. Elichman, 110 S. Ct. 2404 (1990) において1989年法を違憲と判断した結果、憲法修正がもう一度連邦議会で取り上げられた。See *infra* IV. B. 6.

(38) 連邦憲法の条文のどこを探しても、連邦議会に国旗を制定、保護する権限を明示的に授与する規定はない。D.L. Faigman, *By What Authority? Reflection on the Constitutionality and Wisdon of the Flag Protection Act of 1989,* 17 Hastings Const. L. Q. 353 (1990). そこで、星条旗保護法を擁護するには、第1修正の半陰影を容認するような、憲法の文言と歴史に厳密に拘束されない憲法解釈を採用せざるを得ないはずである。しかし、1989年法の擁護者の多くが権利章典の解釈において憲法の文言と歴史に厳密に拘束されるべきであるという立場を採っている。Id. at 360-63.

(39) E. g. Biden, 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 12572 (October 4,1989); Bumpers, S 12594 (October 4,1989), Cohen, S12582 (October 4,1989); Dodd, S 13727 (October 19,1989); Durenberger, S 13729 (October 19,1989); Hollings, S 12610 (October 4,1989); Kerry, S 13609 (October 18,1989); Simon, S12593 (October 4,1989); Spector, S 12586-87 (October 4,1989), S 13513 (October 17,1989).

(40) Smith v. Goguen, 415 U. S. 566 (1974) における反対意見 at 590-91.

(41) Texas v. Johnson, 109 S. Ct. 2533, 2543 n. 6 (1989).

(42) もっとも、Hatch上院議員は、Blackmun J. が表現の内容に中立な連邦法の合憲性を支持する可能性よりも、Stevens. J. が先例拘束性の原理を尊重して、Texas v. Johnson の多数派に同調する可能性のほうがあると述べている。101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 13505-06 (October 17,

1989). 現実にも、1989年法に関する Stevens J. の意見には、先例拘束性の原理への言及と留保が見られる。United States v. Eichman, 110 S. Ct. 2404, 2414 (1990).

(43) E. g. Senate Report No. 101-152 at 13-15, 1989 U. S. CODE CONG. & ADMIN. NEWS at 622-24. 上院司法委員会の公聴会で表明された情報に基づいたのであろう、Hatch 上院議員は、Blackmun. J. が表現の内容に対して中立な連邦法の合憲性に関して4名の少数意見に賛成するという一部の人が信じている可能性に言及している。101 Cong. 1st Sess., 135 CONG. REC. S 13505-06 (October 17, 1989). もっとも、Hatch 上院議員は、むしろ、Stevens. J. が先例拘束性の原理を尊重して多数意見に賛成するようになる、つまり、連邦法を違憲と判断するという可能性のほうが高いと考えている。S 13505-06(October 17, 1989), *supra* note 42.

(44) See. e. g. 司法省司法次官輔 William P. Barr, Senate Report No. 101-152 at 5 n. 3, 1989 U. S. CODE CONG. &ADMIN. NEWS at 614 n. 3.

(45) *Ibid,* at 24, 1989 U. S. CODE CONG. &ADMIN. NEWS at 631.

(46) Hatch と Grassley 上院議員の少数意見 at 22-28, 1989 U. S. CODE CONG. &ADMIN. NEWS at 628-35.

(47) 星条旗冒瀆行為を政治的言明以外の目的で行なうことは考えられないからである。Gramm, 101 Cong. 1st Sess., 135 CONG. REC. S 12600 (October 4, 1989). Texas v. Johnson 以降、政治的表現に適用されるかぎりにおいて、文面上、表現の内容に対して中立な制定法も無効と判断されるであろう。Grassley, S 12588 (October 4, 1989). See also, Hatch, S 12577, 12579 (October 4, 1989); Lott, S 12595 (October 4, 1989).

(48) 第11修正は Chisholm v. Georgia, 2 Dall. 419 (U. S. 1793) を覆すためであり、第16修正は Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co., 157 U. S. 429, 158 U. S. 601 (1895) を覆すためであった。

(49) Bush 大統領と Thornburgh 司法長官が憲法修正の必要性を明らかにしているが、その他、W. P. Barr, R. H. Bork, C. J. Cooper, S. B. Presser, E. W. Hickok, Jr. などが Texas v. Johnson を覆すためには、憲法修正が必要であると、上院司法委員会の公聴会で述べているという。101 Cong. 1st Sess., 135 CONG. REC. S 12574 (October 4, 1989); S 13420 (October 16, 1989). See also S. B. Presser & A. L. Presser, Rights, Responsibilities and the Flag, an excerpt from the Chicago Tribune, Sept, 27, 1989, as reprinted in S 12575 (October 4, 1989).

(50) M. Tushnet は、W. Van Alstyne は憲法修正が Texas v. Johnson を覆すとは考えていないという。M. Tushnet, *The Flag Burning Episode: An Essay on the Constitution,* 61 U. COLO. L. REV. 39, 48 n. 31 (1990). D.L.

Faigman は、憲法修正は連邦議会に星条旗の物理的冒瀆を禁止する権限を授与することになるが、この権限と第1修正との関係はこの憲法修正においては曖昧なままであると見ている。D.L. Faigman, *supra* note 38 at 359 n. 30.

(51) Biden, 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 12581-82 (October 4, 1989).

(52) 合衆国最高裁判所が1989年法を違憲無効と判断する蓋然性が高いという見解について、C.R. Massey, *Pure Symbols and the First Amendment,* 17 Hastings Const. L.Q. 369, 376-77 (1990).

B. 1989年法とその後

1. 1990年2月21日、Washington 州 Seattle 市の連邦地方裁判所において、B. J. Rothstein J.は、1989年法の発効とほぼ同時にあたる1989年10月28日早朝、Washington 州 Seattle 市の合衆国郵便局の前で開催された1989年法の制定に抗議する政治集会において、郵便局の星条旗を焼却したと、1989年法に基づいて起訴された M. Haggerty, J. Campbell, D. Strong, C. Garza の4名の被告人に対して、第1修正の自由な言論の行使を理由に、起訴を棄却した。(1)

思想を伝達するという意図とメッセージの明らかに政治的な性質から、被告人の行為が第1修正の適用される「表現行為」であることは、明白であると述べたうえで、Rothstein J.は、1989年法に関する政府の利益の分析に移った。合衆国最高裁判所のいう表現の内容に対して中立であるとは、規制された言論の内容に言及することなく、政府の利益を正当化することであり、制定法の根拠と射程によって決定される。1989年法は政治的象徴として星条旗をとくに保護するために選び出している。合衆国最高裁判所は他に選び得る手段があるという議論をすでに否定しており、1989年法は物理的一体性を常に保護するため適用されるのではなく、否定的なメッセージに関してだけ適用される。星条旗の象徴的価

値とは別に、その保護は主権に付随するという主張には、立法の経過においてそれを裏づける事実がなく、主権と星条旗との関係も象徴であり、主権に否定的な言論だけを処罰することになるのみならず、焼却行為が主権を害するという因果関係が不明瞭である。1989年法における政府の利益は言論の抑圧に関連しているので、厳格な審査の対象となるが、どれも、1989年法の制定に至る状況すらも、厳格な審査に要求される非常に重要な利益の存在を意味しない。

この意見の基礎は、第1修正の中心的な目的は政治的反対意見を保護することにあり、星条旗を他の象徴と異なって取り扱う憲法上、法律上の根拠はないという点にある。

2．1989年10月30日の昼頃、Washington D. C.の連邦議事堂の東側階段において、1989年法に抗議し、政府の外交、内政政策に抗議する政治的デモンストレーションのさなか、星族旗をいくつか燃やしたS. Eichman, D. Blalock, S. W. Tylerの3名[(2)]は、1989年法に基づき、起訴された。1990年3月5日、Washington D. C.の連邦地方裁判所において、J. L. Green J.は、1989年法を違憲であるとして、被告人の起訴を棄却した[(3)]。

Green J.は、1989年法とTexas v. Johnsonについて説明したうえで、被告人の星条旗焼却行為は、その前後関係から明白な政治的性質を有し、第1修正の保護する表現的行為を構成とすると判断した。表現行為に対する規制は原則として純粋な言論に対する場合ほど厳格な審査の対象にはならないが、政府の真の目的が行為の言論要素の抑圧にある場合、保護されている表現の形態を抑圧するために起草された規制をいぶりだすため、政府の利益に的を絞った検討が必要であると述べた。規制が表現の内容に対して中立であることの立証は、その規制が対象となる言論の内容に言及することなく、規制の理由を正当化することであり、その決め手は、立法の射程ではなく、理由である。1989年法は星条旗を象徴と

して保護するために制定されたのであり、内容に基づく規制として厳格な審査の対象となる。主権に付随する利益に関しては、立法過程において主張されていないだけでなく、不敬な行為しか処罰の対象としないので、内容に基づく規制であることを正当化することにはならない。1989年法が制定されたこと、憲法修正の動きがあったことは、星条旗の保護が政府の非常に重要な利益であることの証であるという議論は受け入れられない。

この意見も、第1修正の中心的な目的は人気のない政治的反対意見を保護することにあり、社会はその不快さに堪えなければならず、第1修正は例外を予定していないという。

3．これらの、星条旗についての伝統的ではない取り扱いは、この頃、決して例外的な現象ではなかったのかもしれない。

合衆国政府は、1989年12月に、California州Sonoma市において合衆国の中米に関する外交政策を非難して星条旗を焼却したJames Byrdを起訴しないと、1990年2月21日に決定した。(4)

1990年1月に、California州San Francisco市においてパナマ侵攻に抗議して、授業において小さな星条旗を焼却した社会科の教師Timothy Babbidgeに対する起訴は提起されていないが、FBIが授業を受けた生徒106名を尋問したことが明らかにされている。(5) もっとも、Texas v. Johnsonのせいで、星条旗焼却行為が激増したという証拠はないという見解もある。(6) それに対して、1989年以来、1,000件以上の星条旗焼却事件が起こっているという指摘もある。(7)

4．1989年法は、その合憲性を速やかに判断できるよう、合衆国最高裁判所への直接上訴を規定している。(8) 合衆国政府は直ちに直接上訴の手続をとった。合衆国最高裁判所は、裁判管轄権を認め、(9) United States v.

Haggerty と United States v. Eichman を、直ちに、併合審理することにした。1990年5月14日の口頭弁論の後、合衆国最高裁判所は、1990年6月11日、1989年の Texas v. Johnson と同じく、5対4で、1989年法を違憲と判断した。[10] Brennan J.が法廷意見を起草しており、Stevens J.の反対意見に Rehnquist C. J, White, O'Connor JJ.が同調している。法廷意見と反対意見との分れ方、構成は Texas v. Johnson と同じであった。

Brennan J.は、星条旗焼却が猥褻、喧嘩言葉と同じように、第1修正の完全な保護の対象とならないという政府の主張を退け、1989年法と Texas v. Johnson において違憲と判断された Texas 州法との相違について、まず、検討している。1989年法は、行為の動機、行為者の意図するメッセージ、目撃者に対して及ぼし得る影響とは無関係に、星条旗の焼却を禁止している。しかし、星条旗の物理的一体性を保護する政府の利益は星条旗が国家の象徴である点に基づいていること、そして、国家の理念と矛盾するメッセージを伝達する星条旗の取り扱いだけを禁止していること、その文言が星条旗の象徴的価値を損なう蓋然性のある行為に絞って禁止していることから、1989年法には、明示的に表現の内容に基づく制約はないが、その政府の利益は自由な表現の抑圧に関係していると判断している。そして、厳格な審査の対象とした結果、星条旗焼却を禁止するという「全国民的合意」があったとしても、国民の多くが禁止を望んでいることが政府の利益の重要性を変更するものではないと、上告を却下した。

Stevens J.は、先例拘束性の原理から、法廷意見の立場を尊重すべきかもしれないと述べながらも、星条旗焼却行為の意図するメッセージは多様であり、多義的であるのに対し、星条旗の象徴としての価値を保全する政府の利益は一貫しており、政府の起訴は抗議内容に左右されないこと、禁止規定が他の思想伝達の手段に干渉していないことを指摘し、思

想を表明する手段を選択する個人の自由の重要性、国家の象徴としての重要性、星条旗焼却の許容がもたらす象徴としての価値の変化についての、個々の裁判官の価値判断の相違によって、法律の合憲性についての判断が異なり得ると、反対意見を書いたことを弁護している。

5．United States v. Eichman について、合衆国最高裁判所の判断が下される前、1990年4月11日から5月2日の間に実施されたGallup社の世論調査では、第1修正の自由な言論の保障によって星条旗焼却が保護されるという見解に賛成する人は25%、反対する人は71%、合衆国最高裁判所が1989年法を違憲と判断した場合、連邦議会と州が星条旗焼却を違法にできるような厳格に起草された憲法修正に賛成する人が71%、反対する人が26%、星条旗焼却を違法にする憲法修正が自分の言論の自由を危険にさらすと思う人は25%、思わない人は73%であった。(11)

1990年5月22日から24日の間に実施されたThe New York Timesの世論調査では、政治的抗議としての星条旗焼却行為を違法であるべきと考えている人は83%あり、合法であるべきと考えているのは14%に過ぎない。全体のうちで59%が憲法修正によっても星条旗焼却行為などの違法性を維持すべきと考え、20%が憲法修正には反対している。(12)

合衆国最高裁判所がUnited States v. Eichmanを判断した直後の6月13、14日に実施されたというNewsweek誌の調査では、判決支持が37%、不支持が58%、憲法修正賛成が68%、反対が27%であった。しかし、同じNewsweek誌が1989年7月に実施した世論調査では、Texas v. Johnsonの支持が28%、不支持が65%、憲法修正賛成が71%であったという。(13) 憲法修正案が連邦議会を通過したならば、四分の三以上の州議会が過半数の支持によって憲法修正案を批准する可能性、そして、第27修正が成立する可能性は、世論調査から見るアメリカ市民の反応だけから判断するかぎり、決してなかったわけではない。

6. United States v. Eichman の判決を知った Bush 大統領は昨年と同じように憲法修正を圧倒的に支持すると言い[14]、7月4日の独立記念日までに憲法修正の表決を期待していると、連邦議会に迅速な対応を求めた。連邦議会には、直ちに、憲法修正と連邦法改正が提案された[15]。

連邦議会下院司法委員会は、星条旗焼却行為を非難し、権利章典の擁護を確認する H. Con. Res. 339に関する肯定的な報告、および、連邦議会と州に合衆国の旗の物理的冒瀆を禁止する権限を認める憲法修正を提案する H. J. Res. 350に関する否定的な報告を下院本会議に対して1990年6月19日に行なうことを決定した[16]。下院は、6月21日、憲法修正案 H. J. Res. 350を検討した結果、賛成254、反対177という表決となった[17]。下院においては288票以上必要なので、この憲法修正案は否決されたことになる。

上院本会議は、6月25日と26日の二日間、憲法修正案 S. J. Res. 332の討議をした結果、賛成58、反対42という表決となった[18]。

1989年、1990年と続いた、連邦と州の議会に星条旗を保護する権限があることをはっきりとさせるため、憲法修正に訴えるという動きはこれで終焉すると思われる。

7. 合衆国最高裁判所は、これまでにも機会があったにもかかわらず、星条旗焼却に関して正面からの判断を回避してきた。1969年の Street v. New York[19]では、アメリカの旗を言葉で侮辱したことを理由に処罰することを違憲と判断して、行為に関する判断を回避している。星条旗の伝統的ではない取り扱いに関する先例である Smith v. Goguen[20]も、Spence v. Washington[21]も、あるいは、Cowgill v. California[22]も、星条旗の「焼却」ではなかった。星条旗焼却行為の処罰自体の合憲性が問題となった事件においても、最高裁判所は事件の内容に立ち入ることなく、州最高裁判所の有罪判決を破棄差し戻し[23]、裁量的上訴を拒否し[24]、実質的な連邦法上

の問題がないと上訴を拒否し[25]、あるいは、連邦控訴裁判所の判決について、有罪判決からの裁量的上訴を拒否している[26]。合衆国最高裁判所はこれまで20年ほど、この問題、星条旗の焼却について、判決の射程を限定し、裁量的上訴管轄権を行使して、審理を回避していた。何故、1988年になって[27]、論争を招かずにはおかない問題を審理することにしたのかという疑問がないわけではない。たしかに、1980年代になると、1970年代以上に連邦裁判所の判断と州裁判所の判断が一致しなくなったということはできるかもしれない[28]。しかも、第1修正の自由にかかわる重要な分野であるので、全国的なレヴェルで法を確立する必要がある[29]ことも否定できない。合衆国最高裁判所が裁量的上訴管轄権を行使するべき種類の事件のひとつであった。

ひとつの可能性は、星条旗に関して、第1修正と象徴的表現の法理を適用しないという新たな方向を樹立する機会であると考える裁判官が、裁量的上訴申請を受理するのに必要な4名いることである。通常の投票パターンからすると、Scalia, Kennedy JJ.は、保守ブロックの一部として投票することが予想されるので、Texas州最高裁判所の判決を覆すことは可能であると、4名が判断したとしてもおかしくはない。合衆国という共同体を中心とする価値観、共同体主義が合衆国最高裁判所において抬頭しつつある兆候ということになる。

もうひとつの可能性は、保守ブロックといわれる人々の構成が、実際には、保守的な価値観を政府の介入をもってしても実現させるという保守派と、政府は個人の自由、権利に原則として介入すべきではないというリバータリアンとを含んでいたというものである。もっとも、星条旗に関する以外の分野に関して、Scalia, Kennedy JJ.を、他の裁判官よりもリバータリアンであるということには躊躇を覚えるので、この仮説は成り立ちがたいかもしれない。

いずれにしても、何故、合衆国最高裁判所が、急に、この問題と取り

組み始めたのかという疑問は残されている。

8．Texas v. Johnson, United States v. Eichman において展開された第1修正の法理に基づいて、1968年法、1989年法、1990年法案を検討すると、少なくとも1968年法と1989年法は第1修正に抵触するという疑いが濃厚であった。[30]

Texas v. Johnson の後、1968年法はそのままでは違憲の可能性があったと思われる。「侮辱」という主観的な文言は、客観的な要件というよりも（裁判官、陪審、法執行者の）主観的な判断と反応を考慮の基準としていたという意味で Texas 州法ほどではないとしても、同種の欠陥があった。連邦議会が実際に§700を修正しなくとも、主観的な要素を排し、価値中立的に適用すべく、解釈されていく可能性は、これまでの例[31]からも、まったく期待できなかったわけではない。としても、1968年法を表現の内容に対して中立であるように解釈するのは極めて難しいと思われる。[32]

Texas v. Johnson の判旨に照らすと、1989年法が合憲と判断されることは考えにくい。確かに、「公然」「侮辱」を削除することによって文面上違憲と判断される余地は少なくなったかもしれない。しかし、§700(a)(1)と§700(a)(2)を対比させると、明らかに行為者の動機を基準に星条旗の焼却を禁止していること、§700(a)(1)で禁止されている破損、汚損、物理的な汚し、踏みつけといった行為には攻撃的な、積極的な破壊行為のイメージがあること、意図的な行為だけが問題となっていることなど、文面上、1989年法が本当に表現の内容に対して中立な規制といえるか、疑問である。また、しばしば指摘されるように、故意に星条旗を破損する意図は否定的なメッセージのため以外には予想するのが困難である。物理的一体性を損なう行為を禁止することで、星条旗を肯定的なコンテクスト以外には用いさせないという規定は、表現の内容

に対して中立であるかのように見せようとしているけれども、実際には、星条旗を用いた否定的なメッセージの伝達を禁止するので、表現の内容に基づいていることを否定するのは至難の技である。星条旗を国家の象徴として、政治的コンテクストにおいて特別の意味をもち、政治的コノティションと不可分であることが多い。政治的な主張、思想内容と関わる規制であるので、否定的な利用方法だけを禁止すると、複数存在し得る見解のうち、ある立場をとれば星条旗を利用し得るにもかかわらず、他の立場をとると星条旗を利用し得ないということになる。これでは、表現の内容に対して中立であるとはいえない。1989年法が合憲である可能性は乏しく、とくに政治的活動の一部としての星条旗冒瀆行為に対して適用されるならば、かなりの確率で違憲と判断されることが予想される。

もっとも、このような見解は合衆国の法律家に共通の理解であったわけではない。Texas v. Johnson で問題となった Texas 州法は目撃者の反応、コミュニケーションとしての効果を基準にしていることを問題とする法理に基づいているので、表現の内容に対して中立な、自由な表現の抑圧に無関係な S. 1338に直接適用されるものではない。[33] S. 1338も H. 2978も、その文面上、表現の内容に中立で、明確かつ執行に困難が伴わない。法案は行為の表現としての効果ではなく行為そのものを問題としているので、Texas v. Johnson の法廷意見を構成した5名のうち、少なくともひとりは Texas 州法と区別して、有効と判断すると思われる。[34] 星条旗の物理的一体性をあらゆる状況において保護するという単純な法律は合憲と判断される、もっともな、合理的な根拠がある。[35] Texas v. Johnson は僅差の法廷意見であり、星条旗破壊に関する法律すべてを無効とするには心もとない先例である。法案は、多数派の構成を変更させる程度に、違っており、合憲と予測するのは十分に可能である。[36] これまでの記録を前提とすると、少なくとも5名の裁判官、Rehnquist C. J., White,

Stevens, O'Connor, Blackmun, JJ.は、見解を理由とする訴追でなければ、第1修正に抵触せずに、星条旗焼却を処罰できるという結論を出すのではないか[37]という判断などがあった。

1990年の連邦法改正案 H. R. 5091は、連邦議会下院に1990年6月20日、下院司法委員会へ付託されるため、提案され[38]、6月21日に憲法修正案が否決された後、審理された。1990年法案は、法案提出のタイミングなどから、法案成立を予期してはおらず、政治的効果を狙ったものという見方があり[39]、1989年法のときのように連邦議会の司法委員会での検討がなかったことを、重大な欠陥であると見る者もいた[40]。もっとも、提案者は、Charles Fried, Bruce Fein, Laurence Tribe, A. E. Howard などがこの法案を支持していると述べており[41]、星条旗を保護しなければならないという雰囲気のもとでは、この法案でも、直接本会議にかけた場合に必要な三分の二の多数を得て、成立させることができると判断したのかもしれない。

H. R. 5091は§1で1990年星条旗保護法という名称を、§2で

(a) 直ちに暴力をもたらす合理的な蓋然性のある状況の下で、直ちにの暴力を惹起する意図をもって、合衆国の旗を破壊、損傷する者には100,000ドル以下の罰金、1年以下の禁固のいずれか、もしくは、両方を課す。

(b) 合衆国の所有する合衆国の旗を盗み、知りながら自己の、または、他人の使用に転用し、意図的にその旗を破壊、損傷する者には250,000ドルの罰金、2年以下の禁固のいずれか、もしくは、両方を課す。

(c) 合衆国の使用のために留保されている場所、合衆国の排他的または競合的管轄権下にある場所において、自己の所有しない合衆国の旗を盗み、知りながら自己の、または、他人の使用に転用し、意図的にその旗を破壊、損傷する者には250,000ドルの罰金、2年以下の

禁固のいずれか、もしくは、両方を課す。

(d) 本条項は、本条項のなかった場合に州、準州、属領、プエルト・リィコが有する管轄権を連邦議会が剝奪する意図があるように解釈されてはならない。

(e) 本条項における「合衆国の flag 旗」とは、その素材、大きさのいかんを問わず、合衆国の旗、もしくは、その一部分として、通常掲揚されている形態を意味する。

と規定し、§3で、合衆国の旗に対して最大限の保護を提供するために、各州は、この法律の規定に類似した禁止規定を制定するべきであるという連邦議会の意向を表明している。[42]

1時間足らずの審議の結果、連邦議会下院は、H. 5091を成立させるための議事規則の停止について、賛成170、反対246、留保17で否決した。[43]

1990年法案は、一般的な星条旗の破壊、損傷に関しては即時的な暴力が発生する蓋然性を要件とした結果、表現の内容に対して中立な、自由な表現の抑圧に関係がない規制であるという要件を満たしているようにも思われる。Brandenburg v. Ohio 以来、ある言論は、暴力行為や違法行為を煽動しているとしても、その言論が直接、切迫した暴力行為や違法行為の煽動や害悪の発生に向けられており、かつ、害悪が煽動により発生するという蓋然性がないかぎり、禁止されないという法理は確立している。[44] これは、煽動の対象となる聴衆が同調し、治安紊乱となる場合にも、敵対的な聴衆が挑発に反応して不穏な雰囲気となり、迷惑であるというときも同じである。星条旗の意図的な破壊行為が、警察力の行使では統制できないほどの敵意ある聴衆を発生させ、治安を脅かす恐れが切迫しているという蓋然性が高い状況において適用されたのでないかぎり、規制は政府の偏見と敵意に基づく恣意的法執行と判断される可能性がある。敵対的な聴衆が発生した場合においてさえ、表現活動に従事する者は、敵対的な聴衆から保護されるべきであって、治安紊乱の責任を

負うべきなのは前者ではなく、後者であるべきである。[45] 合衆国の所有する星条旗、合衆国の所有、管理する場所における自己の所有しない星条旗の破壊、損傷の処罰は、文面上は、連邦政府の所有物の保全、連邦政府の管轄下にある場所の治安維持などの利益が考えられるので、それだけでは、表現の内容に対して中立な、自由な表現の抑圧に関係がない規制である。もっとも、星条旗の意図的な破壊を伴わない、連邦政府の所有物の保全、連邦政府の管轄下にある場所の治安維持に関する規定[46]と比較した場合、250,000ドル以下の罰金、2年以下の禁固という罰則規定が極めて重刑を課すのであれば、その罰則の重さが政府の「意図的に星条旗を破壊、損傷する」行為に対する嫌悪を明らかにしているということができるかもしれない。もっとも、現実には、立法の動機が、政治的デモンストレーションにおける場合も含めて星条旗の冒瀆行為を禁止することにあるのは明らかなので、合衆国憲法の下では許されないと判断される可能性があるという指摘もないわけではない。[47]

9. Texas v. Johnson, United States v. Eichman は、第1修正に関するすでに確立した法理と考えられている、表現の内容に基づいているか否か、あるいは、自由な表現の抑圧に関連しているか否かを規制に対して適用される合憲性の審査の決め手とする判断に基づいていた。アメリカ市民としての感情とは別に、多くの法律家は判決を支持している。[48] Texas v. Johnson も、United States v. Eichman も、表現の規制に関して新しい理論を導入し、あるいは、象徴的表現に関する画期的な法理を新たに展開したわけではない。確かに、合衆国最高裁判所は「表現の内容に対して中立」というときに従来よりも比較的厳しい基準を採用しているという印象もないわけではない。1989年法が表現の内容に対して中立であることに留意した上で起草されたにもかかわらず、合憲であると判断されなかった理由のひとつに、表現に対する規制が、表現の内容

に対して中立であるかどうかと、自由な表現の抑圧に無関係であるかどうかという問いの違い[49]が、十分に認識されていなかったからということもあるように思われる。しかし、全体としてみるとき、これらの判決は、星条旗焼却に関してはリーディング・ケースであるとしても、広い意味において象徴的表現に関するリーディング・ケースとして、後々まで言及されるとは考えにくい。むしろ、事件は刺戟的な性格ゆえに政治的に利用され、極めてよく知られるようになった面がある[50]。合衆国最高裁判所は、少なくとも、1990年6月までは、政治的デモンストレーションなど、政治的言論において、星条旗の使用は、それが切迫した暴動など治安上の問題を直ちにもたらすのでないかぎり、第1修正の自由の行使として保護されるという立場をとっていた。Brennan J. の後任に D. Souter が新しく着任した[51]1990年開廷期以降の合衆国最高裁判所の動向を予測することは困難であり、憶測は控えるべきかもしれないが、Souter J.がよい意味での「法律家」であるかぎり、すでに確立し、しかも高く評価されている法理を安易に否定し、簡単に先例を覆すということは、あまり考えられないように思われる。

註

(1) United States v. Haggerty, 731 F. Supp. 415 (W. D. Wash. 1990).

(2) 1989年法のきっかけとなった Texas v. Johnson, 109 S. Ct. 2533 (1989) の被告人 G. L. Johnson も、このデモンストレーションに参加し、星条旗に火をつけようとしたが、失敗した。Johnson は本件の被告人と一緒に1989年法違反で逮捕されたが、起訴されなかった。United States v. Eichman, 731 F. Supp. 1123, 1125 (1990). 被告人側はこれを政府の策略と主張している。*Id.* at 1125 n. 4.

(3) United States v. Eichman, 731 F. Supp. 1123 (D. D. C. 1990).

(4) The New York Times, February 23, 1990, A10 col. 1. 1990年2月23日版 A10頁。

(5) *Ibid.*

(6) See Metzenbaum, Senate Report No. 101－152 p. 21, September 21,

1989, reprinted in 1989 U. S. CODE CONG. & ADMIN. NEWS 610,628.

(7) Douglas, 101 Cong. 2d Sess., 135 CONG. REC. H 3475 (June 12,1990).

(8) 18 U. S. C. §700 (d), see IV. A. 1.

(9) United States v. Eichman, 110 S. Ct. 1779 (1990).

(10) United States v. Eichman, 110 S. Ct. 2404 (1990).

(11) 101 Cong. 2d Sess., 136 CONG. REC. E 1900 (June 12, 1990); H 3669-70 (June 14, 1990); H 3672 (June 14, 1990).

Gallup社の世論調査は、さらに星条旗焼却に対する意見、態度を調査している。たとえば、星条旗焼却に関して、完全に自分の意見が決まっている場合を5、自分の意見が全然決まっていない場合を1とすると、5(完全に決まっている)が68%、4が16%、3が9%、2が3%、1(全く決まっていない)が3%であった。星条旗焼却問題に関して自分が取りそうな行動については、自分と同じ立場の団体などに寄付をする人は53%、しない人は44%、自分と同じ立場の団体などのボランティア活動をする人は44%、しない人は54%、星条旗焼却問題に関する請願書に署名する人は86%、しない人は13%、選挙において星条旗焼却に関する候補者の態度を基準に投票する人が57%、しない人が40%、公職についている人に対してこの問題に関する手紙を書く人は65%、書かない人は34%である。

(12) The New York Times, June 12, 1990, B7 col. 1. 1990年6月12日版 B7頁。

(13) 「国旗の保護と憲法修正第1条——米国連邦最高裁判決と議会の動き——」新聞研究1990年9月(470)号82頁、84頁。

(14) The New York Times, June 12, 1990, A1 col. 1 and B6 col. 1. 1990年6月12日版 A10頁、B6頁。

(15) H. J. Res. 350「連邦議会及び州には、合衆国の旗の物理的冒瀆を禁止する権限がある」101 Cong. 2d Sess., 136 CONG. REC. H 3602 (June 14, 1990) という Michel/Montogomery 修正案には191名の共同提案者がいるという。H 4000 (June 21, 1990).

S. J. Res. 332.「連邦議会及び州には、合衆国の旗の物理的冒瀆を禁止する権限がある」という文言は、下院の H. J. Res. 350のみならず、1989年の S. J. Res. 180とも全く同じであった。この憲法修正案はすでに1990年5月に提案済みで、Bush 大統領も、司法省も支持しているという101 Cong. 2d Sess., 136 CONG. REC. S 7670 (June 11, 1990)。Dole, Hatch, Grassley, Dixon, Simpson, Reid, Armstrong, Hollings, Boscwhitz, Burns, Shelby, Coats, Cochran, D'Amato, Domenici, Garn, Gramm, Burdick, Heinz, Helms, Kasten, Lott, McCain, McConnell, Murkowski, Nickles, Pressler, Warner, Lugar, Ford, Symms, Wilson, Hefflin,

Thurmond, Breaux, Exon, Bryan, Baucus, DeConcini, McClure, Stevens, Gorton, Roth, Wallop, Kassebaum, Hatfield, S 7717, 7725 (June 11, 1990); S 7803, 7818 (June 12, 1990).

Cooper/Wyden proposal H. R. 5901星条旗保護法 Flag Protection Act of 1990 (1990年法案) H 3896 (June 20, 1990.) の具体的な内容についてはIV. B. 8参照。

(16) 101 Cong. 2d Sess., 136 Cong. Rec. D 763 (June 19, 1990) ; H 4009 (June 21, 1990).

(17) 101 Cong. 2d Sess., 136 Cong. Rec. H 4087－88 (June 21, 1990). 賛成の内訳は、共和党159、民主党95、反対の内訳は民主党160、共和党17であるが、約40名の民主党員は、反対の票数が修正案の成立を阻止するに足りるのを見届けてから、賛成に回ったという話もあるようである。「国旗の保護と憲法修正第1条 ── 米国連邦最高裁判決と議会の動き ──」新聞研究1990年9月 (470) 号82頁、83－84頁。

(18) 101 Cong. 2d Sess., 136 Cong. Rec. S 8736－8737 (June 26, 1990). 1989年10月19日の採決結果 101 Cong. 1st Sess., 135 Cong. Rec. S 13733 (October 19, 1989) と比較すると、Baucus, Cohen, Conrad, Gorton, Graham, Spector, Hatfield の7名が憲法修正案反対から賛成に、Wilson が留保から賛成に、Robb が賛成から反対に回ったことがわかる。

(19) 394 U. S. 576 (1969).

(20) 415 U. S. 566 (1974).

(21) 418 U. S. 405 (1974).

(22) 396 U. S. 371 (1971).

(23) Farrell v. lowa, 418 U. S. 907 (1974), vacating and remanding State v. Farrell, 209 N. W. 2d 103 (Iowa 1973); Sutherland v. Illinois, 418 U. S. 907 (1974), vacating and remanding People v. Sutherland, 9 Ill, App. 3d 824, 292 N. E. 2d 746 (Ill. 1973).

(24) Kime v. United States, 459 U. S. 949 (1982); State v. Farrell, 223 N. W. 2d 270 (Iowa 1974), certiorari denied Farrell v. Iowa, 421 U. S. 1007 (1795).

(25) Sutherland v. Illinois, 425 U. S. 947 (1976), appeal dismissed People v. Sutherland, 29 Ill. App. 3d 199, 329 N. E. 2d 820 (Ill. 1975).

(26) United States v. Ferguson, 462 F. 2 96 (9th Cir. 1972), certiorari denied 409 U. S. 1064 (1972).

Georgia 州法を違憲とする Bowles v. Jones, 758 F. 2d 1479 (11th Cir. 1985) および Monroe v. State Court of Fulton County, 739 F. 2d 568 (11 th Cir. 1984) からの上訴はなかった。

(27) Texas v. Johnson, 488 U. S. **, 109 S. Ct. 257 (1988), certiorari granted.

(28) 少なくとも、1980年代は判決を見るかぎりにおいて、州裁判所は星条旗焼却を第1修正の保護する表現行為と判断している。E. g. Johnson v. State, 755 S. W. 2d 92 (Tex. Crim. App. 1988). しかし、連邦裁判所は必ずしもそう判断していない。United States v. Cary, 897 F. 2d 917 (8th Cir. 1990); Kime v. United States, 673 F. 2d 1318 (4th Cir. 1982), affirmance order; Kime v. United States, 459 U. S. 949 (1982), certiorari denied では第1修正上の主張は認められなかったが、Bowles v. Jones, 758 F. 2d 1479 (11th Cir. 1985); Monroe v. State Court of Fulton County, 739 F. 2d 568 11th Cir. 1984) では認められている。

もちろん、1980年代を通じて、共和党大統領による federal court packing 連邦裁判所の抱き込みが連邦地方裁判所、連邦控訴裁判所において実現している H. SCHWARTZ, PACKING THE COURTS (1988) ゆえに、連邦裁判所と州裁判所の判断に差が表われてきたということができるかもしれない。

(29) See Rules of the Supreme Court, R. 10 (1989).

(30) 1968年法と1989年法に関しては1989年11月時点の判断である。

(31) E. g. People v. Street, 2 N. Y. 2d 1026, 302 N. Y. S. 2d 848 (N. Y. 1969).

(32) 1968年法が違憲であるという評価は1989年の Taxas v. Johnson 以前からもあった。E.g. *Congressional Prohibition of Contemptuous Flag Burning Suppresses Constitutionally Protected Free Speech,* 40 WASH. & LEE L. REV. 1541 (1983).

(33) G. Stone の上院司法委員会公聴会での発言 see 101 Cong. 1st Sess., 135 CONG. REC. S 12574 (October 4, 1989).

(34) B. Williamson と G. Baldwin の上院司法委員会公聴会での発言 see 101 Cong. 1st Sess., 135 CONG. REC. S 12574 (October 4, 1989).

(35) W. Dellinger の上院司法委員会公聴会での発言 see 101 Cong. 1st Sess., 135 CONG. REC. S 12574 (October 4, 1989).

(36) H. Monaghan の上院司法委員会公聴会での発言 see 101 Cong. 1st Sess., 135 CONG. REC. S 12574 (October 4, 1989).

(37) L. Tribe の上院司法委員会公聴会での発言 see 101 Cong. 1st Sess., 135 CONG. REC. S 12574 (October 4, 1989).

(38) 101 Cong. 2d Sess., 136 CONG. REC. H 3896 (June 20, 1990). 提案者は、Cooper, Boucher, Wyden, Pashayan, Bryant, Petri, Houghton, LaFalce, Torricelli, McMillen (Maryland), Carper, Ford (Tennessee),

McCurdy, Dorgan (Noth Dakota), Clement であった。

(39) Douglas, 101 Cong. 2d Sess., 136 Cong. Rec. H 3895－96 (June 20, 1990), Sensenbrenner, H 4089 (June 21, 1990).

(40) Walker, 101 Cong. 2d Sess., 136 Cong. Rec. H 3896 (June 20, 1990), Sensenbrenner, H 4089 (June 21, 1990).

(41) Cooper, 101 Cong. 2d Sess., 136 Cong. Rec. H 4088－89 (June 20, 1990).

(42) 101 Cong. 2d Sess., 136 Cong. Rec. H 4088 (June 21, 1990).

(43) 101 Cong. 2d Sess., 136 Cong. Rec. H 4094－95 (June 21, 1990).

(44) 395 U. S. 444, 447 (1969).

(45) Gregory v. City of Chicago, 394 U. S. 111 (1969); Terminiello v. City of Chicago, 337 U. S. 1 (1949).

(46) E. g. 合衆国の財産を故意に損傷し、強奪する者に対して、損傷物に100ドル以上の価値がある場合は10,000ドル以下の罰金、10年以下の禁固を、100ドルを超えない価値しかない場合は1,000ドル以下の罰金、1年以下の禁固を課すことができる。18 U. S. C. §1361 (1990).

(47) See G. R. Stone, *Flag Burning and the Constitution,* 75 Iowa L. Rev. 111, 122 (1989).

Thornburgh 司法長官は、1990年法案は、切迫した暴力の発生に関しても、連邦政府の所有物の保護に関しても、既存の法以上の保護とはならないと述べている。101 Cong. 2d Sess., 136 Cong. Rec. H 4090 (June 21, 1990). 治安の維持という利益のため、切迫した暴力行為の発生する蓋然性が高い煽動に対する規制であるならば、第1修正に抵触しないという前提からのモデル法案があるので、紹介する。

1) 身体への危害、財産の破壊をもたらし得るような暴力的な聴衆の反応を惹起する意図をもって、故意に、知りながら、合衆国の旗を破壊、汚損、破損、踏みつけ、焼却することは、犯罪である。

2) 身体への危害、財産の破壊をもたらすような暴力的な聴衆の反応が惹起されるかもしれないと合理的人間が予測するような状況の下で、故意に、知りながら、合衆国の旗を破壊、汚損、破損、踏みつけ、焼却する者は、あらかじめ (……当局) へ許可を申請しなければ、許可を要件とする本条項に違反する。

a) 許可担当当局は、行為の許可証に、合理的な時間、場所、方法および態様に関する制約を具体的に明記する。当局はこの許可権限を用いて、合理的かつ安全な態様で行為を実施する者を妨げてはならない。

b) 1) の構成要件である身体への危害、財産の破壊をもたらし得る暴力的な聴衆の反応を惹起する意図をもって行動した場合、たとえそれ

が許可要件の時間、場所、方法および態様に関する規制に従っていたとしても、2)の許可要件を充足したことは、1)に対する抗弁とはならない。

3)この法律において「合衆国の旗」とは、公式なまたは通常合衆国の旗として認識されているemblem, banner, standardやそのコピーであり、かつ、その性質や大きさにかかわらず、掲揚できるものをいう。この用語は、文書、定期刊行物、便戔、絵画、写真、衣類、装身具にみられる星条旗には適用されない。

4)損傷ある合衆国の旗の適正な処理方法に関する連邦法の規定に従ってなされた行為には、2)の下で犯罪となる行為であっても、2)は適用されない。

このモデル法案は、暴力的な聴衆の反応を惹起する行為と、聴衆の感情を損い、憤怒させる行為とは区別し得ると考えている。許可制は、混乱の発生が予測され得るときに、当局にそれに対処する準備の時間を与えると、正当化されている。*Flag Desecration Statutes After Texas v. Johnson — A Legislative Solution to a Political Problem,* 14 So. Ill. U.L.J. 625, 652-54 (1990).

(48) たとえばAmerican Bar Assocaitionは Texas v. Johnsonを支持する決議を採択している。75 ABA J. 128, 130 (October 1989). 判決の批評としては、*Recent Development,* 64 Tulane L. Rev. 265, 270 (1989); G. R. Stone, *Flag Burning and the Constitution, supra* note 41 at 111, 114; *The Supreme Court 1988 Term, Leading Cases,* 103 Harv. L. Rev. 249, 249−50 (1989).

(49) 表現の内容に対して中立な規制であるか否かと、自由な表現の抑圧に無関係な規制であるか否かという問いが、必ずしも同じ結果をもたらすわけではないという指摘について、*Waiving Rights and Burning Flags: The Search for a Valid State Interest in Flag Protection,* 25 Habv. C.R.-C.L. L. Rev. 591, 597 n.32 (1990).

(50) K. Greenawalt, *O'er the Land of the Free: Flag Burning as Speech,* 37 UCLA L. Rev, 925, 926-27 (1990).

(51) 1989−90年開廷期の終了後の1990年7月、1956年以来合衆国最高裁判所のメンバーであったWilliam Brennan J.が辞意を表明した。Bush大統領はその後任に1990年4月から連邦控訴裁判所第1巡回区の裁判官となっていたDavid Hacket Souterを直ちに指名した。Souter J.の指名は1990年10月2日の連邦議会上院本会議において、賛成90、反対9で承認された。101 Cong. 2d Sess., 136 Cong. Rec. S 14374, S 14413 (October 2, 1990). Souter J.は、1990年10月9日、宣誓を済ませ、審理に参加している。111

S. Ct. LXXXIX.

C．象徴的表現の意義

1．人が星条旗をいつもとは違った、伝統的ではない方法で取り扱うとき、それは愛国心を誰もしていない形で吐露したのかもしれないし、他の人と違ったことをすれば目立つと考えたからかもしれない。あるいはそれは、アメリカ合衆国や連邦政府の政策に対する政治的な意思表示、典型的な政治的言論に入るコミュニケーションであるかもしれない。星条旗というメディアを用いて、星条旗の象徴する「何か」についてのメッセージを伝達しようとする企てであることは否定できない。言葉によるコミュニケーションにも多義的なところがあるのは否めないが、星条旗を用いたコミュニケーションは、言葉を用いた場合より一層、行為者が伝えようと考えているメッセージである主観的な意図と、観衆が伝達されていると理解したメッセージ、受け手の客観的な認識とが一致しない可能性は否めない。一般に、星条旗が何を象徴するのかについて、漠然とした了解は存在しているといっても、それは万人の共通認識として、一義的に確定した内容があるわけではない。星条旗を用いた行為が言葉によらないコミュニケーションを意図していることについて、疑問の余地はないと思われることが少なくはないが、コミュニケーションの内容が何であるかについては曖昧模糊として考えられることが多い。

星条旗の焼却行為の場合にも、それがコミュニケーションの企てであることに異論はない。問題は、燃やされる星条旗が「何」を象徴するか、その内容について、人々の間に必ずしも一致する見解があるわけではないことにある。もっとも、その「何か」に対する明確な抗議であり、反対の意思表示であること、しかも、個人的な好き嫌いに基づいた判断ではなく、国家と関連する政治的な意思表示であることは否定できない。

古びて、くたびれた星条旗を処分する場合、他に暖をとる手段が全くないのでやむを得ず唯一の可燃性物体であった星条旗を焼却する場合など、理論的には考えられなくもないが、公然と、政治的デモンストレーションの一部として、政府の建物の付近で、実施される星条旗の焼却行為が、政治的な意味合いをもたないことは予想しがたい。星条旗の焼却が象徴的表現であり、非常にしばしば第1修正の核心となっている政治的言論となる可能性がきわめて高いことは事実である。[(1)]

星条旗という表現の媒体を、否定的なコンテクストにおける用法に限り、刑罰をもって禁止することは、肯定的なコンテクストにおける使用を積極的に是認していることと合わせると、一定の見解だけに有利、または、不利な状況を生じさせており、観点差別的な効果がある。それは、星条旗という手段を用いるという表現の方法に対する制約という外観をとりながら、実態としては、一定の見解だけを、政府が選択的に禁止するという、表現の内容に基づく制約に他ならない。このような場合、表現の方法に対する規制であると主張されても、星条旗というメディアの使用のあり方がそのままメッセージを構成していることから、表現の内容に基づいた規制となる。象徴的表現においては、メディアがメッセージであり、表現の内容と方法とが不可分があることを考慮し、特定のメッセージに対する選択的、差別的な効果をもたらすようなメディアに対する制約は、表現の内容に基づく規制として、厳格な審査に服すべきであることになる。[(2)]

2．言葉によらないコミュニケーションであっても、第1修正の保護の射程に入る。しかし、言葉以外の手段に依拠する場合、言葉の場合と異なり、それがコミュニケーションであるという一応の推定が働かない。そこで、第1修正の保護を主張する側に、その行為は言葉によらないけれどもコミュニケーションであること、行為を通じて思想を表明してい

ることを立証する責任がある。合衆国最高裁判所は、その行為の性質や、行為が起きたとき、場所などの前後の関係、事実状況などから、ある行為には、特定のメッセージを表明する意図があり、そのメッセージが目撃者に理解される蓋然性が高ければ、第1修正の保護の射程にはいると判断している。もっとも、合衆国最高裁判所は、言葉によらないコミュニケーションが保護すべき表現であるか否かについての判断を、明確な基準を適用することによってではなく、そのコミュニケーションに対する規制が適切であるか、望ましいか、規制の利益、目的、手段などを基に正当化できるかといった基準から判断し、そこから逆に、問題の行為が保護すべき表現の範囲に入るか否かの結論としているという指摘が古くからあり[(3)]、合衆国最高裁判所のアプロウチは分析の焦点を政府の利益に絞っている結果、コミュニケーションの送り手とその利益に対してわずかな注意しか払っていないと批判されている[(4)]。

コミュニケーションは、人の精神に作用し、反応をもたらす言論要素と、環境、状況に物理的に作用する言論ではない要素とから構成されている。言葉によらないコミュニケーションの中には、純粋な言論と極めて類似していると評価される行為も、言論要素と言論ではない要素とが分かちがたく密接に結びついていると評価される行為もある。前者においてはおそらく言論ではない要素がそれほど目立たず、後者においてはおそらくその存在が無視しがたいほど顕著であるということであるのかもしれない。言論ではない要素が混在していることは、言論プラスのごとき第二級の表現という取り扱いを前提としているわけではなく、また、そのような構成要素の混在のあり方が第1修正の保護についての決め手となっているわけでもない。言い換えると、言論要素の比重、言論要素と言論ではない要素との割合の違いは、言葉によらないコミュニケーションの認定において大きな違いをもたらすものとは、判例理論上、考えられていない。このことは、ある行為が象徴的表現であると判断され

ても、そのことだけで、その行為を規制する法律が当然のごとく、無効となるといったことを意味しない。ある行為が象徴的表現であると判断されるとはじめて、第1修正上の法理が適用されるようになるにすぎない。この点は伝統的な、言葉を用いた表現の場合と同じである。伝統的な表現を第1修正が保護するときに問題となる、さまざまな事柄が象徴的表現の場合にも問題となる。言葉による表現がすべて無差別な取り扱いを受けることはないのと同じ理由から、すべての象徴的表現が同じように、一律には扱われない。しかし、このことから、直ちに、象徴的表現という概念が不要であるということにはならない。象徴的表現というカテゴリィは、表現行為を規制する政府の利益の検討において、重要な意味がある。

現在、第1修正の法理の中核となっているのは、表現の自由とそれを制約する政府の利益との関係を、表現の内容に関わる規制であるか否かによって二分するアプロウチである。表現の内容に対して政府が何らかの干渉を企てる場合、それは、表現の、コミュニケーションとしての効果を理由としており、表現の内容に基づく規制であって、政府の規制目的は反言論利益を促進することにある。このとき、表現活動に対する政府の規制は厳格な審査の対象となる。政府が表現活動を制約するのは、表現の内容を理由とする干渉だけにとどまらない。表現の内容以外の側面、表現の形態に対する制約は、コミュニケーションとしての効果以外の要素が表現活動の一部として及ぼし得るインパクトを理由としており、表現の内容に対して中立な規制であって、政府の規制目的は言論ではない利益を促進することにあると理解されている。ところが、象徴的表現の場合、行為を通じて思想を表明することから、メディアがメッセージとなる。表現の内容と形態とが一体となっているので、通常は、表現の形態に対する制約と理解され得る規制が、特定の表現の内容、とくに、ある観点にだけ、際だって有利に、または、不利に働き、実質的には表

現の内容に基づく制約となることが起こる。そこで、通常の表現活動、言葉によるコミュニケーションの場合と異なり、言葉によらないコミュニケーションにおいては、表現の内容にかかわらない規制であると主張されていても、メディアに対する制約がそのままメッセージに対する制約となる場合があることを考慮する必要がある。特定のメッセージに関して、選抜的差別的な効果を及ぼすメディアの制約であることが明らかとなったならば、そのような「表現の内容以外を理由とする」と主張される制約であっても、表現の内容に基づく規制である疑いが強く、厳格な審査の対象となる。もちろん、象徴的表現に関する形態の規制がすべて表現の内容に基づく規制へと自動的に転換し、常に厳格な審査の対象とならなければならないというわけではない。言論ではない要素を対象とする形態の規制、表現の内容に対して中立な規制は、象徴的表現に対しても存在する。後者は、というよりもむしろ、前者の疑いがないかぎり、規制は、合衆国最高裁判所の採用している二分論を前提とするならば、より厳格ではない審査に服する。

象徴的表現においては、コミュニケーションとしての効果以外のことを理由とするという規制に対しても、不釣り合いなほど特定の見解に負担をもたらすことはないか、選択的差別的な効果はないかなど、実質的にコミュニケーションとしての効果を理由としてはいないかを慎重に検討する必要があるという意味において、この概念は第1修正の法理として、存在意義がある。

3．象徴的表現の重要性は、象徴的表現を用いることでコミュニケーションの送り手が、表明したい思想を、対象とする聴衆に、効果的に伝達することができることにある。他の手段に依拠するよりも上手に表現できるかもしれない、言葉よりも邪魔、妨害とならないかもしれない、マス・メディアの注目を集めることが容易になるかもしれない、人間と

しての能力を活用しているという満足感を与えるかもしれない、他の表現の形態を促進するかもしれないといった、実利的な利点も考えられる。[5]

象徴的表現という概念は、表現を、思想の表明という機能を主観的に備える現象と見るのか、客観的に思想の表現という機能を果たす現象と見るのかという認識のギャップに、一応の橋渡しをしている。送り手に伝えたい思想があること、受け手にある情報が伝達されたと理解することだけではコミュニケーションは成立せず、送り手の意図した内容が確実に受け手に伝わることが必要である。表現として第1修正の保護を受けるには、送り手の主観的意図が存在し、かつ、それが受け手の客観的認識とある程度一致することが必要となる。

表現の自由を保障する根拠は、いくつか主張されている。社会について、自分について、さまざまな決定を下すため、人は多くの情報を入手し、それに基づいて、適切な判断、選択を行なう機会が与えられなければならない。そこで、さまざまな思想や情報が、その根源で切断されないこと、換言すると、情報の流れが途中で干渉を受けないことが重要となる。もちろん、このような流れを中断なく、維持することには、他の社会的、個人的利益に常に必ず優先する絶対的な価値があるというわけではない。他の利益との調整が表現の自由の限界を画すると理解されている。猥褻、名誉毀損など、表現の内容が表現の限界となるのと同じように、演説による騒音、ビラ配布によるゴミ、戸別訪問によるプライヴァシィの侵害やニューサンス、ピケッティングやデモンストレーションによる交通妨害、暴力的な集会による治安紊乱など、表現の形態も、表現の自由行使の限界を画する。しかし、これらの限界、他の利益との調整も、思想の自由市場が不当に妨げられることなく、機能することを前提としている。多種多様な情報の流通は、媒体となるメディアを広く人々に解放することによっても実現が容易になる。言葉によらないコミュニケーションに、思想の自由な市場へのアクセスを認めることも、より多

くの人が市場に、送り手として、そして、受け手として加わることを可能にする。象徴的表現は、表現の自由の、「手段」的、「道具」的側面から支持され得る。

思想の自由市場という表現の自由の根拠は、表現の自由それ自体が人間にとって価値があるということを否定するものではない。それを表現のカタルシス作用というかどうかは別にして、表現は人間がその能力を最大限に生かすひとつの選択であり、表現すること自体がもたらす充実感は、文学者、芸術家に独占されるものではない。表現するという選択の重要性は、「何を」というメッセージのレヴェルにおいても、「どのように」というメディアのレヴェルにおいても、妥当する。そこで、表現の手法が言葉に限定されず、表現する者の主体的な判断に委ねられることは、表現の自由それ自体の価値を実現するのに、極めて大きな意味をもつことになる。象徴的表現は、「価値」、「目的」としての表現の自由という根拠からも、支持され得る。

註

(1) C.R. Massey によれば、星条旗は象徴としての機能しかない。他に機能がなく、メッセージを体現するしか重要な意味をもたない「純粋な象徴」であるとき、その物理的一体性の保護は、すなわち、メッセージの保護であり、同時に、象徴の破壊に暗示される象徴としてのメッセージへの反対の抑圧なしに星条旗を保護することはあり得ない。象徴としてのメッセージの体現以外の機能があればともかくも、象徴の物理的存在がメッセージと必然性に融和しているときに、その破壊の禁止が言論と関係のない利益を促進することはない。「純粋な象徴」においては表現の form 形態と content 内容とは分離し得ない。C. R. Massey, *Pure Symbols and the First Amendment,* 17 HASTINGS CONST. L.Q. 369, 371, 393-94 (1990).

(2) 日本には、法的な意味において、国旗はなく、従って、国旗の取り扱いについて規定した法律も存在しない。とすれば、星条旗の焼却にかかる合衆国最高裁判所の法理は、一見、日本の憲法状況とは、関係がないかのようにも思われる。もっとも、一般的な意味において、象徴的表現について無関心であってもよいということにはならないであろう。

仮に、合衆国最高裁判所が、Texas v. Johnson や United States v. Eichman において表明した考えの中で、日本においてとくに重要と思われることがあるとすれば、それは、ある表現が多くの人の感情を害し、感性を損なうと非難されても、あるいは、社会がある思想に同意できないと判断しても、政府はそれだけで、その表現、あるいは、思想の表明を、禁止できないという、至極当たり前のことである。たとえ品のない、不快な表現を禁止すべきであるという「国民的な合意」があり、そして、多数の支持を受けた制定法の成立がその証拠として示されたとしても、それは憲法上の価値を社会的常識のくびきにかけることを正当化するものではないという考えは、自由な社会において、とくに裁判所が礎とすべきことのように思われる。

(3) Notes, *Symbolic Conduct,* 68 COLUM. L. REV. 1091, 1092, n. 8 (1968).

(4) H.M. Friedman, *Why Do You Speak That Way ? Symbolic Expression Reconsidered,* 15 HASTINGS CONST. L.Q. 587 (1988).

(5) *Id.* at 593-601.

資料入手について、Jean Heilmann Grier, 金原恭子両氏を煩わせたことについて、とくに感謝し、ここに記す。