HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	象徴的表現（一）　ー合衆国憲法第一修正と言葉によらないコミュニケーションについてのー考ー
Author(s)	紙谷, 雅子
Citation	北大法学論集, 40(5-6上), 730-691
Issue Date	1990-08-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16716
Type	departmental bulletin paper
File Information	40(5-6)1_p730-691.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

象徴的表現(1)

―― 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まで本号)
Ⅲ．星条旗という象徴
Ⅳ．Texas v. Johnson，その後

Ⅰ．Texas v. Johnson を契機として

1．合衆国最高裁判所のある判決を巡り，大統領はこの判決の趣旨を覆す憲法修正をすべきであると提案し[1]，連邦議会は圧倒的多数をもって，遺憾の意を表明した[2]。連邦議会には，直ちに憲法修正案が提出され，あるいは，判決の指摘する違憲性を回避するよう起草された法律案の準備が進んでいる[3]。大統領から，議会から，そして，多くの人々[4]から，かくも激しく攻撃された判決とは……星条旗の焼却が合衆国憲法第1修正の保護する表現であると判示した Texas v. Johnson[5] のことである。

本稿は，この星条旗の焼却事件を契機として，象徴的表現，第1修正と言葉によらない表現との関係，そして，第1修正の保護する表現の境

界について，考察する一つの試みである。第1修正と象徴的表現との関係は，ある程度まで独立し，かつ，相互に関係のある，二つの問題を提起する。ひとつは，争われている行為が第1修正の「言論」に該当するかどうかであり，もうひとつは，第1修正上の言論であるならばどのような保護が与えられるかである。ある行為が言論として保護されるかと，どの程度保護されるかとは区別しがたいところもあるが，理論的，分析上は区別する必要がある(6)。そこで，本稿は，象徴的表現の構成要素(II)，および，象徴的表現を規制する利益の評価（III）という構成をとっている。

合衆国最高裁判所は，象徴的表現の判例を通じて，政府の政策を批判する一つの手段としての象徴的表現に関する法理を発展させただけでなく，表現一般を規制する場合に政府の利益が満足させなければならない基準に関する，表現の内容に基づく規制と表現の内容に中立な規制の法理に影響を及ぼす発想を明らかにしている。合衆国憲法第1修正に関するかぎり，象徴的表現についての考察は，表現の自由の中の特異な現象に関する周辺領域を取り扱った末梢的問題とはいえない。

2．問題の星条旗焼却は，1984年8月22日にTexas州Dallas市の市庁舎の前で起こった。

Reagan政権の政策やDallas市に本拠を置くいくつかの企業の方針に反対する「共和党軍資金源観光」と称する政治的デモンストレーションが，当時Dallas市で開催されていた共和党大会に合わせて，実施された。デモンストレーションは，市内を行進し，政治的スローガンを叫び，目標とする企業のある建物をペンキ・スプレイで汚したり，植木鉢をひっくり返したりするものであった。Johnsonはこういった行為には無関係であったが，誰かが抗議の的であった建物の旗掲揚柱から持ってきたアメリカの旗を受けとった。デモンストレーションの終点であるDallas市

庁舎の前で，Johnsonはこの星条旗を拡げて，灯油をかけ，火を放った。Johnsonは星条旗を焼却したことで，Texas州法[7]違反に問われた。星条旗が燃やされている間，デモンストレーション参加者は，アメリカと星条旗に侮蔑的なスローガンを叫んでいた[8]。その間，（デモンストレーションは暴力的ではなく[9]）負傷させられた者，あるいは，身体に危害を加えると脅迫された者はなかったが，星条旗焼却を目撃した証人の何人かは著しく感情を害されたと証言している。デモンストレーションが解散したあと，目撃者のひとりが燃やされた星条旗の残骸を集め，自分の裏庭に埋めた。

事実審Dallas County Criminal Courtは陪審裁判の結果，Johnsonに，1年の禁固と$2,000の罰金の刑を宣告した。Johnsonは，Texas州法§42.09が，Johnsonの自由な言論の権利に対する違憲，違法な制約であること，審理の過程において公平な裁判を受ける権利を否定されたことを主張し，上訴した。州中間上訴裁判所のCourt of Appeals for the Fifth District of Texas at Dallasは原判決を維持したが[10]，刑事に関する州最高裁判所にあたるTexas Court of Criminal Appealsはen bancで原審の判断を覆した[11]。

州裁判所の議論を第1修正との関連でまとめると，Court of Appealsも，Court of Criminal Appealsも，Johnsonの星条旗焼却行為が第1修正に保護される資格のあるsymbolic speech象徴的言論であると判断している[12]。ともに，1974年のSpence v. Washington[13]において定立された「問題の活動の性質と活動が行なわれた実際の文脈，状況[14]」を考慮し，行為者に「ある特定のメッセージを伝達する意図があり……聴衆がそのメッセージを理解する蓋然性が高い状況に置かれている[15]」ならば，それは第1および第14修正の保護する言論であるというテストを用いて，その要件を満足させていると認定した。しかし，Court of Appealsは，治安の妨害を防止し，国家統合の象徴としての国旗を保護するとい

う，州の促進する利益は正当かつ重要なものであり，憲法上の権利侵害を正当化するに足りると判断した[16]が，Court of Criminal Appeals は，治安の妨害を防止するという利益が，正当なだけでなく，規制が正当な利益に合致するよう注意深く起草されていなければならないこと，国家統合の象徴としての国旗の保護は現行の政府の支持だけを正当化するための非常に重要な利益とはいえないことから，州の主張だけでは第1修正の保護する言論を規制し得ないという結論に達した[17]。また，Court of Appeals は，§42.09について文面審査の結果，漠然性，過度の広汎性の主張を退けた[18]が，Court of Criminal Appeals は，漠然性に関し，文面審査を行なう必要はないと判断した[19]といった違いがある。

3．合衆国最高裁判所は州最高裁判所の判決を維持し，上訴を棄却した[20]。法廷意見を書いたのは，Brennan J.，保守化しつつある合衆国最高裁判所におけるリベラル派裁判官の旗頭である。この見解に同調したのは，予想されるように同じくリベラル派の Marshall J. と中間的リベラル派の Blackmun J. だけでなく，保守派の論客 Scalia J. であり，同じく保守派と目されている Kennedy J.[21] であった。保守派の Rehnquist C. J. の反対意見には，中間派の White J. と保守派の O'connor J. が同調しており，中間派の Stevens J. の反対意見とともに，法廷意見へ反論を加えるという意見構成となっている。

法廷意見の論理構成は，次のように三段階をとっている。第一に，Johnson の行なった星条旗焼却が第1修正の保護を受ける expressive conduct 表現行為に該当するか。該当するとした場合，第二に，州の規制が自由な表現の抑圧に関係するのか，それとも，表現とは無関係であって，表現に対する制約は付随的に過ぎないのか。州法の促進する利益に対して，前者の場合にはより厳しい基準のテストが，後者の場合にはより緩やかな，コミュニケーションではない行為の側面に対する規制の基準で

あるO'Brienテスト[22]が適用されるという違いがある。もっとも，州の主張する利益に事実の裏づけがないという可能性もある。規制が自由な表現の抑圧に無関係ではなく，より厳しい基準のテストが適用されるとして，第三に，州の主張する利益が，厳格なテストに照らして，州法の合法性を維持し得るか，本件に即していえば，政治的表現に対して，刑事罰を課すことを正当化するほど非常に重要な利益なのか。法廷意見は，これを否定して，Johnson無罪の判決を下した。

反対意見はいずれも星条旗焼却が第1修正の保護を受ける表現行為であることを否定してはいない。もっとも，Rehnquist C. J. は，Johnsonの採用した表現の方法に社会的価値があり，その思想の表明に不可欠であるとは見ていないので，他の方法が残されており，「喧嘩言葉」と同じように，合法的な政府の規制利益を主張するだけで州は規制を正当化するため，十分立証責任を果たしたことになるという立場をとっている。彼の反対意見の核心は，星条旗が歴史的に，アメリカ合衆国の象徴として独自の地立を占めており，それ故に，政府はこれに特別な保護を与えるべきであるという点にある。反対意見はこれを裏付ける事実として，星条旗冒瀆に関する法律がAlaskaとWyoming以外のすべての州にあることを挙げている[23]。そして，裁判所は社会の多数派の支持に基づいて制定された法律を尊重すべきであるという。Stevens J. も星条旗の国家と国家統合の象徴としての重要性を強調しており，これまで第1修正の解釈という形で形成されてきた象徴的言論の法理を論理的に援用して，星条旗に関する事件にそのまま適用することに反対し，星条旗はアメリカの象徴であって，連邦と州の政府にはその公然たる冒瀆を禁止する権限があるという。さらに，Stevens J. は，本件のJohnson訴追が表現の内容に基づいているのではなく，採用された手段である行為を対象としていることから，州の規制は表現の内容中立性を保っており，州の利益が合法的であれば規制を正当化するのに十分であるという。

これから明らかなように，星条旗焼却は象徴的表現，第1修正の保護する表現行為であると，合衆国最高裁判所の裁判官全員が承認している。

註

(1) Bush大統領は「連邦議会および州には，合衆国の国旗の物理的な冒瀆を禁止する権限がある」という憲法修正案を提案しているという。101 Cong., 1 st Sess., 135 CONG. REC. S 12574 (October 4,1989)．これは，やがて上院において Res. 180として提案，審議，採決された。101 Cong., 1 st Sess., 135 CONG. REC. S 13418-13433 (October 16,1989); S 13503-13520 (October 17,1989); S 13606-13616, 13639-13653 (October 18,1989); S 13721-13733 (October 19, 1989)．Ⅳ.3.参照。

(2) 1989年6月22日に，連邦議会の上院の「著しい失望を表明する」決議 S. Res. 151が，賛成97，反対3で採択された。101 Cong., 1 st Sess., 135 CONG. REC. S 7185-7189 (June 22, 1989)，1989年6月27日に，連邦議会の下院の「著しい憂慮の念を表明する」決議 H. Res. 186が，賛成411，反対5，表決不参加16で採択された。101 Cong., 1 st Sess., 135 CONG. REC. H 3228－3240 (June 27,1989)．最終的には，両院に提出された，合衆国の国旗の冒瀆を犯罪とするという趣旨の憲法修正案と連邦法改正案とを合わせると，50件を越すという。75 ABA J. 130 (October 1989)．

(3) Ⅳ．参照。

(4) 1989年7月のギャロップ世論調査によれば，48%が判決に怒りを，24%が失望を，9%だけが支持を，表明している。さらに，64%が星条旗焼却を禁止する憲法の修正が必要であるとし，そのような憲法修正は言論の自由を危険にさらすという27%をうわまわっている。101 Cong., 1 st Sess., 135 CONG. REC. H 5503-5504 (September 12,1989)．

法律家の反応は世論調査と異なっている。American Bar Association は1989年8月9日の年次総会において，「政治的抗議の形態として，合衆国の国旗の焼却はほとんどすべての市民の感情を著しく傷つけ，害する。敬われている象徴への不敬が示されたために人がいたく不快に思うとき，まさに，自由な言論の訴追ではなく，保護が必要となる」という決議を採択して，判決を覆す憲法修正，制定法による変更に反対している。75 ABA J. 128,130 (October 1989)．

(5) 109 S. Ct. 2533 (1989)．この判決についての邦語の文献としては，「星条旗焼却事件と憲法修正第1条」新聞研究1989年9月 (458) 号90頁，奥平康弘「国旗焼却と表現の自由 —— 合衆国最高裁判決によせて」法律時報

1989年9月（61巻10号）100頁，遠藤比呂通「国家・象徴・表現の自由――国旗冒瀆罪の適用違憲を認めた米連邦最高裁判決」法学セミナー1989年11月（110）号26頁などがある。

(6) See e. g. *First Amendment Protection of Ambiguous Conduct,* 84 COLUM. L. REV. 467,468 (1984); T. I. Emerson, *First Amendment Doctrine and the Burger Court,* 68 CALIF. L. REV. 422,431 (1980).

(7) TEX. PENAL CODE ANN. §42.09 (a) (3) (1989).

§42.09(1989)は，(a)（3）州旗，合衆国旗を，意図的に，知りながら，冒瀆，すなわち，(b)外観を汚損し，損傷し，その他，その行動を目撃，発見するような者の感情を非常に害すことを承知しながら物理的に誤った取り扱いをすることを，(c) class A misdemeanor としている。

§12.21 (1989) は，class A misdemeanor に関して有罪と判断された者を，（1）$2,000以下の罰金，（2）1年以下の禁固，（3）上記の罰金および禁固，のいずれかに処することができると規定している。

(8) 約100名のデモンストレーション参加者のうち，他の国の旗を焼却した者もいたが，Johnson だけが§42.09違反に問われている。Johnson v. State, 755 S. W. 2 d 92, 94 n. 3 (Tex. Crim. App. 1988).

(9) Johnson v. State, 755 S. W. 2 d 92, 94 (Tex. Crim. App. 1988).

(10) Johnson v. State, 706 S. W. 2 d 120 (Tex. Ct. App. 1986).

(11) Johnson v. State, 755 S. W. 2 d 92 (Tex. Crim. App. 1988).

(12) 706 S. W. 2 d 123; 755 S. W. 2 d at 95.

(13) 418 U. S. 405 (1974).

(14) *Id.* at 409-10.

(15) *Id.* at 410-11.

(16) 706 S. W. 2 d at 123-24.

(17) 755 S. W. 2 d 95-97.

(18) 706 S. W. 2 d at 122.

(19) 755 S. W. 2 d at 97.

(20) 109 S. Ct. 2533 (1989).

(21) もっとも，Kennedy J. は，保守派法律家としての心情を吐露する同意意見を記している。109 S. Ct. at 2548.

(22) United States v. O'Brien. 391 U. S. 367,377 (1968).

(23) 109 S. Ct. at 2551 n. 1.

星条旗冒瀆に関する法律はすべての州に存在するともいう。 M. B. NIMMER, FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE THEORY OF THE FIRST AMENDMENT §3.06 [E] [1] n.50 (1984); Comments, *Flag Desecration As Constitutionally Protected Symbolic Speech,* 56 IOWA L.

REV. 614,615 n. 9 (1971); *Flag Burning, Flag Waving and the Law,* 4 VALPARAISO UNIV. L. REV. 345 (1970) の Appendix によると，Alaska 州は1913年に ALASKA STAT. §11.60.220を，Wyoming 州は1905年に WYO. STAT. §6-106を，制定している。

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

1．象徴的表現は，1960年代後半に出現し，新聞，テレビなどのマス・メディアを賑わせ，特異な足跡を第1修正に記したデモンストレーションの新しい抗議形態である。社会的にショッキングな行動によって，メッセージを伝達することは，人数の威力に依拠することなく，マス・メディアの注目を集め，デモンストレーションとしての効果を最大限にする。全国的規模の聴衆を目標とする表現の方法として象徴的表現は大変効果的であった。

象徴的表現の実態的な先駆は，おそらく，People v. Stover[(1)]であろう。高額な住民税に対する平穏な抗議として，1956年から毎年1本ずつ，古い衣服，ぼろ布など，目障りな，「不快感を催させる汚れもの」を干した紐を自宅の庭に設置していた Stover に対処するため，1961年8月，New York 州 Rye 市が，洗濯物を干す紐，その他を道路に面する庭に設けることを禁止する条例を制定した。条例違反に問われた Stover がその合憲性を争った事件である。New York 州最高裁判所は，言葉によらない表現を第1修正にいう言論の形態[(2)]と認定したが，美観を目的とする条例の規制を，police powers に基づく有効な規制であり，かつ，過度な負担を課す prohibitory 規制というより，恣意的ではない regulatory

規制[3]で，一定の行為を制限するため，厳格に，明確に起草された立法である[4]と判断した。これは，年代的にも，実態的にも，確かに象徴的表現の嚆矢ということができるのだが，この頃にはまだ概念自体が成立し，主張されてはいなかった。

自覚的に，表現活動としての自由を主張したのは，徴兵カード，その他のヴィエト・ナムにおける交戦状態に関する抗議活動である。通常，象徴的表現の嚆矢とされるのは，徴兵カードの焼却[5]や返却[6]である。最初にデモンストレーションとして行なわれたときは必ずしも明確な意思表示ではなかったかもしれないとしても，ヴィエト・ナムでの交戦状態と合衆国軍隊の関与が深刻化するにつれて，反戦の意思表示，あるいは，交戦状態へのかかわりを強要する選抜徴兵制度への非難と侮蔑の意思表示として，徴兵カードの焼却が脚光をあびるようになった。しかも，徴兵カードの焼却は象徴的表現であり，第1修正の保護の射程に入るという主張[7]が裁判所で認められた[8]ことから，象徴的表現という概念が，まず，徴兵カードとの関係において注目された。そして，徴兵カード焼却行為が第1修正に保護されないことが確定する[9]と，新たな抗議，意思表示の形態として，徴兵カードの返却[10]が出現した。

インドシナ半島での戦闘が象徴的表現という概念をもたらしたと言っても言い過ぎにはなるまい。

2．1960年代後半以降の政治的異議申し立ての一環，反体制的な見解の効果的な表明として出現したという歴史の浅さから，用いられる用語や概念について若干の混乱が見られる。「象徴的表現」という表現自体，確立しているわけではない[11]。たとえば，symbolic expression 象徴的表現[12]の他，symbolic speech 象徴的言論[13]，symbolic conduct 象徴的行為[14]，symbolic act or action 象徴的行為[15]，symbolic gesture 象徴的身振り[16]，symbolic behavior 象徴的行動[17]，symbolic protest 象徴的抗議[18]が用いら

れている。これらの用語はほぼ同一の概念を意味しているという指摘もある[19]が，管見するところ，重複はしているが，完全に一致した内容を指しているわけではないようである[20]。合衆国最高裁判所は expressive conduct 表現行為[21]，expression of an idea through activity 活動を通じた思想の表現[22]，symbolic act 象徴的行為[23]など，多様な言い回しを用いている。

なお，表現，言論，行為，行動，身振りといったことば自体のもたらすニュアンスの違いが混乱を招く一因となっているように思われる。言論は出版と一対になって，ことばを話す，あるいは，書く，読むという伝統的な表現形態のイメージを持っている。行為と行動はともに言論と対立するものとして考えられる[24]ことが稀ではない。合衆国最高裁判所はしばしば言論の代わりに expression 表現[25]，communication コミュニケーション[26]を用いている。これらのことを考え合わせ，ここでは象徴的表現を用いる[27]。

3．象徴的な振る舞いは，人間が自己表現，自己実現するもっとも基本的な方法，自由な社会の核心である[28]。象徴的表現の発生は，現代社会において人々が思想表明の主体と意見享受の対象とに分離，固定し，有効な伝達方法が少数の者に独占されているので，伝統的な手法を用いては望むような効果が得られないと考える多数の者の無力感と焦燥の結果に他ならない。

コミュニケーションはメッセージとメディアとの複合体であるが，コミュニケーションの有効性を左右するのは，メッセージの内容もさることながら，コミュニケーションの送り手，メッセージを伝えるメディア，コミュニケーションの受け手の存在である。象徴的表現の出現はマス・メディアへの手近な接近の手段を欠く大勢の人々が誕生したことと不可分である。今日，マス・メディアを利用することなしに自らの思想を広

く他の人々に伝えることは決して容易なことではない。無名の人間は，好むと好まざるとにかかわらず，マス・メディアの選択した見解だけを一方的に受けとらざるを得ない。受け取る側から送りだす側への役割交換が容易ならざるところにその原因がある。

マス・メディアの巨大化，寡占化は，マス・メディアを通じて自らの見解を表明できるごくわずかな人と，もっぱら聞き役にまわった大多数の人々という役割の分化と固定化を切実な問題としている。とすれば，人気のない少数意見，刺戟的な見解，社会の中で異なる立場からの対立が予想されるような主張は，それだけでマス・メディアの選択からはずされるかもしれない。裕福な者，影響力や権力のある者であれば，マス・メディアの提供し得る，効果的であるが高価な表現の機会に，金銭を対価として，あるいは，権力に伴う大衆の関心を利用して，アプローチすることができる。マス・メディアの選択する送り手となるためのきっかけ，手段から疎外された者は，権力，影響力，財力以外の方法を模索しなければ，マス・メディアを通じて伝えたいメッセージを広く一般公衆に知らせることはできない。

どのような主張であれ，効果的な意見表明の機会がなければ，多くの人々に知られることはなく，ましてや支持されることは覚束ないし，人を説得して効果的な行動に移すことなど，とてもできない。だが，マス・メディアは，できるかぎり多くの聴衆に受け入れやすい，論議を醸し出さないようなコミュニケーションを選択して伝達する。

マス・メディアは，聴衆の関心を引きつけておくため，次々と目先を変え，新しい情報を提供しなければならない。メッセージの送り手は，生き生きとした創造力を用いてメディアの好奇心を煽り，マス・メディアからのアプローチを誘う。それはマス・メディアの性質を逆手に取った戦略のひとつである。マス・メディアの注目を集めずにはおかないような斬新な，ドラマティックな方法を用いることによって初めて，マス・

メディアを利用するために必要とされている資金，地位，名声に恵まれていない無名の人々は，思想を効果的に，統治機関と広汎な視聴者に対して伝達することが可能になる。同調者を動員し，大規模な，または，社会の各層に及ぶ支持母体を印象づけることによって，イヴェントを社会が注目すべき，それ故に，マス・メディアが取り上げるべきできごとに転換させることができるかもしれない。マス・メディアの注目を集めるために，集団を形成して数による影響力を行使する，あるいは，奇抜な行動をするという面は否定できない[29]。現実には，常套手段だけでは，多くの人々にとって受け入れがたい，特異な少数者の声はなかなか伝達されない。

このような認識に基づいて象徴的表現を把握するならば，それが伝統的な言葉による表現ではないことを理由に第1修正の射程の外に切り捨てることはできない[30]。伝統的な表現のための回路に障碍が内在しているとき，さまざまな新しい方法を模索して，その障碍を克服し，あるいは，新しい形態に訴えることで，代替となるコミュニケーションの回路を探し求めることは，インドシナ半島からのアメリカ軍撤退後は消滅してしまう一時的現象ではない[31]。市の公園での反戦集会において徴兵カードに火をつけることは，ヴィエト・ナム戦争に対する反対運動が盛んなときにマス・メディアが好んで取り上げる種類のニュースであった。その結果，徴兵カードを焼却した者の反戦の主張は新聞，テレビなどに報道されることになる。同じ見解が伝統的な形態である演説やパンフレットの配布や集会だけを通じて同じ主張を公表しただけならば，ニュースとして報道されることはなく，多くの人々の耳にその意見が到達することはなかったであろう[32]。象徴的表現のメディアとしての有効性，対マス・メディア戦略としての有効性は，あくまでも機能的な，現象としての有効性にすぎないという指摘，法的概念として，それが有効であるか，意味を持つべきかは，今述べたような現代社会における表現の自由の状況か

らだけでは導きだせないという批判も成り立つ。

しかし，現代社会における表現の自由にとって重要な機能を果たす現象に第1修正上の保護を拒む理由もない。言葉によらないコミュニケーションは，より多様な集団，階層，背景を持ったグループの人が効果的にコミュニケーションを行なうことを可能にし，より広い種類のメッセージの伝達を促進し，より多くに人々にコミュニケーションが到達するのを可能にする。第一に，言葉によらない象徴的表現は言葉によるコミュニケーションとは異なる種類の技能を必要とするかもしれない。言葉によるコミュニケーション能力のさほどない人にも，表現が可能になる。行為によるコミュニケーションに第1修正の保護を否定することは不必要に，言語能力の乏しい人を疎外する。この場合の言語能力とは必ずしも実際に言葉を操る能力だけでなく，言葉によるコミュニケーションを広く公衆に伝達することを可能とする手段としての権力，威信，財源といった，人が活用できる「資源」をも含むと考えることができる。第二に，行為にまで第1修正の保護を拡張すると，言葉で表現するのが困難なメッセージ，行為という媒体それ自体がメッセージであるメッセージ，言葉によるコミュニケーションであったならば気がつかれないようなメッセージがその射程に入ってくる。とくに，伝統的ではない，人気のない思想を表明する場合，言葉で主張されたならばマス・メディアの注目を引かないかもしれないが，行為を通じたメッセージならば劇的効果があるのでマス・メディアに注目されるだけでなく，第1修正の保護が及ぶかもしれない。すると，伝えることができるようになるメッセージ内容の範囲も拡大することが期待される。第三に，コミュニケーションに従事する者の数，コミュニケーションの方法の種類の増大につれて，表現活動が働きかける対象，コミュニケーションの受け手となる人の数も増加する。このように考えると，行為の表現としての価値を保護すること，言葉によらないコミュニケーションに第1修正の保護を及

ぼすことは，話し手・送り手，聞き手・受け手（聴衆・観衆），そして，メッセージを保護する。[33]

4．「メディアはメッセージ」という。[34] コミュニケーションはメッセージとメディアとの，伝達する内容と伝達する手段との，思想と物理的な作用との複合体である。だが，メディアは物理的な作用だけではない。メッセージの受け手の感覚に，程度の違いはあっても，衝撃を与え，影響を及ぼさないメディアはない。コミュニケーションは，一般に，聴覚と視覚を通じてと考えられているが，触覚，臭覚，味覚もコミュニケーションのため，メッセージを伝え，受け取るため，活用される。メディアは，メッセージの内容にかかわらず，人間の感覚に作用し，メッセージも，利用するメディアのいかんにかかわらず，人間の知覚と感性に作用する。そして，メディアとメッセージは相互に影響を及ぼし，お互いの効果を補強することも，相殺することもある。とすれば，メディアの選択はメッセージであり，あるいは，少なくとも，メッセージへの追加情報である。

メッセージの受け手は，メッセージの内容に対する自らの判断に基づいて自らの行動を決定することができる。それゆえに，思想の自由市場の主張を前提とすると，メッセージに基づく政府の介入の合憲性は疑わしい。メディアの受け手は，メディアの物理的作用，刺戟に対して，全く無力ではないにしても，全く自由でもない。メディア，コミュニケーションの方法，表現の形態に対する政府の規制は，社会一般の福祉を増進するために必要な police powers の正当な行使であって，それだけでは憲法上問題とならないと理解されがちである。

しかし，メディアがメッセージであるとすると，規制がメディアを対象とする，表現の内容に基づかない，内容に中立であるにすぎないと主張されても，その合憲性に疑問が生じる場合もあるかもしれない。象徴

的表現は，より多くの，より多様な言論を可能にするという機能的な有効性のほかに，メディアがメッセージ性をもつことから，表現の内容とそれ以外に対する規制二分論アプローチに対する重大な問題を提起している。

表現活動に対する規制に関する伝統的なアプローチは，表現の内容に対する規制と表現の内容に中立な，内容に基づかない，あるいは，内容とは無関係な規制とを区別する[35]。表現の時間，場所，方法など，形態に対する規制は，表現活動の物理的側面に対する規制であり，表現の内容に中立な規制の代表と目されている。

表現の伝達手段，メディアを問題とする規制は，表現の内容に中立であると考えられる。それは表現の自由を実現するための物理的手段であり，通常，代替性がある。この種の規制では，相対立する利益の公平な配分のため，何らかの比較衡量を用いるというアプローチが当然とされている[36]。その合憲性の判断基準は合理性であり，表現の自由と他の利益との比較衡量により決定される[37]。基本的にはそれは憲法の保障する権利の行使，自由の実現の機会に直接影響を及ぼす問題ではない。メディアに対する規制が（i）内容について中立であり，あるいは，（i'）内容について言及することなく，または，（i''）内容や主題を基準とはせず，（ii）意味のある政府の利益に役立つよう規定され，（iii）他のコミュニケーションの回路を十分に残しているならば，その規制は表現の時間，場所，方法および態様に対するものとしては合理的であるとされる[38]。それは，営利的表現に適用される合憲性の判断基準でもある[39]。

メディアは，その物理的なインパクトがそれぞれ異なるので，個々のメディアのもたらす利益侵害の質と影響の程度に応じてメディアに対する規制の必要性は異なる[40]。そのメディアの惹起する害悪が非常に重大であるならば，表現活動は禁止される[41]かもしれない[42]。しかし，表現の時間，場所，方法および態様に対する規制は表現活動の内容を意識しないわけ

ではない[43]。むしろ，よく見ると，表現の内容に基づかない規制，メディアを基準とする規制が事実上特定のメディアに対してだけ格段に強い影響力を持ち，不平等な効果があることは否定できない。第1修正はすべてのメディアを無条件に平等な保護の対象としていない。たとえば，ある表現の方法だけを禁止する規制は，とくに表現の内容を基準としているわけではない。が，他の方法を容易に用いることのできない，あるいは，方法を変更することで多大な負担を強いられる者は，苛酷な結果を余儀なくされるかもしれない。表現の内容に中立な規制であっても，多かれ少なかれ，表現の内容，主題，送り手などによってその効果に差異が生じることは避けがたい。あるメディアの制限に影響されるのは，特定のメッセージを伝えたい場合だけということもある。たとえば，星条旗の侮辱的な取り扱いを処罰することは，同じ焼却行為に意図選別的に作用する。くたびれた星条旗の処分であれば，処罰の対象とならない。が，伝統的でない状況の下での焼却行為は，処罰される。この意味において，星条旗を用いる表現の制限は意図選別的な規制の典型である。伝統的ではない状況のもとでの星条旗焼却の大半は現政権への批判がメッセージであることが多いからである。「メディアがメッセージ」であるならば，メディアに対する規制も表現の内容に対する規制である。これまでメディアを規制する際に用いられてきた，合理的な，表現の内容に中立な規制が，実際には内容に基づいているという場合がここに見いだされる。

合衆国最高裁判所は表現活動における効果的な手段をとくに重要視することはなく，機会が著しく損なわれるのでないかぎり，伝統的ではない表現の手段，方法の採用に好意的ではなく，立法権，行政権の判断を尊重する傾向があるという[44]。表現の内容に基づかないという外見にもかかわらず，特定のメッセージを禁止，制限する隠された意図をもった規制に対して，従来のアプローチでは有効に対処することは困難である。

ここに，言葉によらないコミュニケーションについての考察をする必要を示す根拠のひとつがある。メディアがメッセージであるようなコミュニケーションにおける適切な法理について検討できるのは，まさに，この場面においてだからである。

5.「象徴的言論とは，言葉によらずコミュニケーションを行なう行為や表現によって，ある思想を主張し，ある見解を表明する。そこで，用いられた象徴と，その象徴が用いられた脈絡から（その主張，見解の内容が）明らかとなる[45]」，「ある人が自己の意見なり，信念なり，思想なり……を，他人に伝達したいと欲するときに右の思想の伝達を，普通なされるように，言語……によってする……のではなく，何かこの思想を象徴する行為をなすことによってするとき，かかる行為を，その思想表現的性格から見て『象徴的表現』という。したがって，象徴的表現とは一口にいえば，非言語的媒体による表現，または，行為による思想の伝達である[46]」というのが，「象徴的表現」のもっとも包括的な説明であろう。思想の自由な流通を確保することで表現の自由の促進をはかる第1修正の目的からすれば，その保護は当然である。しかし，言葉による場合とは異なり，行為を通じてのコミュニケーションに対しては，メッセージが一義的に確定できない，メディア，媒介手段それ自体が社会の利益などを損なうことがあるといった批判がある。言葉によらないコミュニケーションの場合，いつ，どのような場合に，第1修正の保護が及ぶのかが，どのような保護かとともに，当然，問題とされなければならない。

「行為のコミュニケーションの内容に疑いがない場合，いわゆる『象徴的言論』」を合衆国最高裁判所は認めているが，「表現の自由に関する憲法上保護される利益にもかかわらず行為を禁止するにあたり，行為が表現とかくも密接な関係になり，政府の利益を計るのが必要になる時点を決定するテストを確立してはいない[47]」と述べ，象徴的表現について明

確な定義を，あるいは，象徴的表現に関するテストを用いるべきと判断するための基準を，明らかにしていない。これまでの判決によれば，第1修正上の権利は言葉による表現に限定されない。[48]「明らかに無制限なさまざまな行為が，その行為に従事している者がそれによって思想を表現しようとする場合には常に『言論』となるわけではない[49]」が，「第1，第14修正の射程に入るほどコミュニケーションの要素が十分にある」行為も存在する。[50]何かを表現する行為はある程度第1修正に保護される。[51]争われている行為が第1修正の射程に入るコミュニケーションの要素が十分にあるかどうかを決定するには，「あるはっきりとしたメッセージを伝達する（行為者の）意図の存在，および，そのメッセージがそれを見た聴衆によってそのように理解される蓋然性の高さ[52]」が必要であり，さらに，それが第1修正の射程に入るかが「問題の活動の性質と活動が行なわれた実際の前後関係，状況[53]」から判断される。象徴的表現の場合は，口頭もしくは文字による意思表示の場合とは異なるので，行為を表現であると主張する者は，それが表現であることを立証する責任がある。[54]コミュニケーションの要素が十分にある場合には，他の表現と同じように，合理的な時間，場所，方法および態様に関する規制の対象となる。[55]さらに，表現としての側面が存在するにもかかわらず，その行為としての側面を理由に規制されることがある。[56]

とくに，最後の行為としての側面に対する規制に関して，その行為を規制する権限が憲法上存在すること，規制が重要な，実質的な政府の利益を促進すること，政府の利益が自由な表現の抑圧に無関係であること，第1修正の自由に対する付随的な制約が政府の利益を促進するために必要不可欠であるよりも大きくないこと，というO'Brienテストとして知られている定式[57]が非常にしばしば用いられる。[58]しかし，いつ，このテストを適用するのかについての示唆は極めて乏しい。しかも，「象徴的行為は，場合によっては，第1修正の包括的な保護の対象とすべき『純粋な

言論』に極めて類似している」と判断される場合[59]もある。どのような要件を充足すれば，「純粋な言論」に極めて類似するのか，あるいは，どのような要件を充足すれば，表現としての側面が存在するにもかかわらず，その行為としての側面を理由に規制することが第1修正上問題とされないのかについては，示されたことがない。[60]

6．象徴的表現と類似する現象，概念として，座り込み，言論プラス，市民的不服従がある。これらと象徴的表現を区別するために，それぞれについて簡略に説明する。

a．Sit-in 座り込み

市民的権利に対する人種差別の撤廃を求める運動の高まりとともに，1950年代から60年代初頭に頻発した座り込み[61]は，人種を理由として施設などを区分し，異なるサーヴィスを提供する公共施設，交通機関，レストランやランチ・カウンターなどにおいて，その区分を無視してサーヴィスを求め，それに応じるまで居座るという戦略であって，さまざまなサーヴィスの差別，拒否に対する行動による抗議の意思表示である。行為を用いた表現，沈黙したままの座り込みは行為そのものが表現であるという点では象徴的表現に先行していた。

1960年から1966年の間に下された座り込みの判決は全て，人種差別に端を発しており[62]，これらの座り込みに適用されたのは，大部分，不法侵入に関する法規であった。これらの座り込みは，おそらく，主観的に最も平穏な意図のもとで，客観的には最も敵意にさらされた状況において実行されたが，多くの場合，第1修正の表現の自由との関係以外の考慮が優先されたことが指摘されている[63]。

初期の判決，たとえば，Peterson v. Greenville[64]では，ランチ・カウンターでの座り込みは第1修正の保護を受けるべき活動であるという

Petersonの主張には触れず，第14修正の平等保護条項適用のために，state actionがあるかどうかが論じられている[65]。問題は，伝統的でない，刺戟的な表現を優先すべきか，私有地の所有権を保護すべきか，ではなく，州は不退去や不法侵入の罪で私的な差別の実現に手を貸してもよいかという形で提起されていた。このような事情を見ると，第1修正についての議論は，回避されたというよりも，必要と考えられていなかったと思われる。

座り込みが「保護される範囲内にある表現の形態」であるので，一般的な治安妨害の規定だけでは処罰すべきではないという意見がないわけではない[66]が，それに対して「明示的に，第1修正を根拠にして有罪判決を覆すべきであると，ひとりの裁判官が述べた唯一の例」という評価がある[67]。座り込みが第1修正の保護する表現であると，複数の承認を得たのは，ようやく，1966年のBrown v. Louisiana[68]においてであった。そのとき，行為にコミュニケーションとしての価値を認めるのに，座り込みに至るまでの，図書館の利用状況，座り込みの意味が一般公衆に理解されていたこと，他の社会的利益を侵害しないので調整が必要ないことが指摘されている[69]。しかも，ここでも行為が言論に等しくなるための基準をはっきりさせなかったことから，「言語によらない，思想，意見の表明」に関する理論の構築は，1970年代の象徴的表現まで待たなければならなかったのである。

b．Speech Plus 言論プラス

従来，伝達行為の中で，第1修正の保護があるとすでに認められたものに，言葉による表現である「純粋な言論」と対比されて考えられる「言論プラス」がある。言論プラスという言葉はHarlan J.が1963年に最初に用いている[70]。具体的な行為の規制が適正な州の利益を促進することに合理的な関係があり，その利益が憲法上保障されている自由の促進への

予見可能な危害よりも大きいことが，言論「プラス」という行為を規制するための要件であると述べるためであった。[71]

これを取りあげて細部にわたる議論を展開し，広汎な事態への適用を示唆したのが1965年の Cox v. Louisiana における Goldberg J. である。[72] Goldberg J. の指摘は，言論が混在していても規制され，禁止され得る行為があり，部分的に言語を用いている行為を違法としても言論の自由の制約にはならないというものであった。やがて，言論プラスは，言論と行為の両方の要素を伴うこと，そこに憲法上保護される要素と保護されない要素が混在しているせいで，純粋な言論ならば憲法上許されない規制にも，言論プラスは従うかもしれないこと，そのときに非言論の側面のせいで平穏なピケッティングに第1修正が全く適用されないことはないことなどが示された。[73]

言論プラスというアプローチは，分析すれば，物理的な側面と言論の側面は分離でき，州は前者に対して相当広汎に規制することができるという考え方である。[74] たとえば，ピケッティングは自由な言論「プラス」であって，「プラス」の部分は物理的な活動であると[75]考えるならば，言論プラスはそれ自体はコミュニケーションとは見なされないかもしれない行為と一緒になされた言葉による発言[76]，行為を伴うコミュニケーションであって，言葉によらない・行為によるコミュニケーションとは区別される。

しかし，象徴的表現と言論プラスとを区別することなく，純粋な言論ではないが，第1修正の保護がある程度認められる言論に結びついた活動[77]として認識している論者も決して少なくはない。[78] だが，言論プラスは象徴的表現との類似点が多いとはいえ，その行為自体がコミュニケーションであるのか，それとも表現に付随する行為なのかの区別は，両者に与えられる保護の根拠を考慮するならば，重大な差異をもたらすものであり，分けて考えるべき概念である。

c. Civil Disobedience 市民的不服従

市民的不服従は象徴的表現とその外観において非常に紛らわしい形態をとる。そして，ほとんどの場合，抗議をする者は，その抗議行為が憲法上保護されるのか，有効な法律に対する違法な行為なのかを確信して行動するわけではないとすれば，通常主張される抗議活動と市民的不服従との区別には大きな意味はない[79]という見解もある。公の政策に反対する者は，政府，マス・メディア，一般大衆の話題となるのに必要な評判を得やすい象徴的表現を用いる広汎な自由が認められるべきであるという立場から United States v. Spock[80]の弁論において，違憲と信じる法律を犯す共同謀議について，憲法上の保護があるべきであるという主張がなされた。ある行為が伝達行為であり，コミュニケーションの一形態であることを根拠に第1修正の保護が及ぶと主張することは，少なくとも現在の法体系において有効に機能している法律を，コミュニケーション機能の存在という理由だけで無視してよいということである。このような主張こそ，合衆国最高裁判所が受け入れることのできない，思想を表明する意図がある行為全てに第1修正の保護を及ぼすべきであるという見解[81]に他ならない。市民的不服従に伴うドラマティックな効果は，行為が第1修正の保護を受けないからといって減少するものではなく，話題となるのに必要な注目を集めることは憲法の保障する権利，自由とは全く無関係である。

「市民的不服従」は憲法上有効な，ある法律に反対する思想を表明するため，その法律が禁止している行為をあえて行なうことである。その行為は，法律の要請する通常の義務を支配するのに十分であると思われる倫理的，道徳的原理に基づいてなされたこと，その性質上非暴力的であること，直接的な損害を他の人々に与えないことがその要件とされている[82]。違法な行為に従事することは，単に言葉を用いるときよりも，その主張にドラマティックな効果をもたらすこと，言葉によらず，行動で

主張を明らかにすること，無名の者が行なっても広く社会の注目を集め得るのでマス・メディアへのアクセスを容易ならしめることなど，象徴的表現と同一視される要素は沢山ある。しかし，市民的不服従には第1修正の保護が及ばない。市民的不服従はある法律に反対する思想を表明すると同時に，その法律を犯すことにより被る不利益を甘受することの表明である。課された刑罰に進んで服する姿勢は確信犯独特のものであり，そのことで一層問題の法律の不当さが鮮明になる。刑罰に自ら率先して服すること自体，制度的には適正に定められたとしても，道徳的に見て，従うことのできないほど不正不当な法律であるという違反者の側の良心の確かさを裏づけるものであるとされているからである。不正不当であると信じる法律に従うべきではないという道徳上の認識を実践に移すには，その法律が現行の法秩序の中においては有効に機能しているゆえに，処罰を受ける覚悟がその前提として必要なのである(83)。行為者にその行為の違法性の認識が欠けていたこと，あるいは，その法律が憲法をその頂点とする法体系の中で有効性に欠けていることを主張し，自らの行為は違法性を阻却され，行為の責任はないと論じることはできない。

市民的不服従の目的はその法律に違反することによって，法律をばかにし，その執行を妨害したり，その政策を不利な立場に追い込むことで，その機能が果たせなくなるようにすること，あるいは，法律の目的，手段の不正さ，不当さを露にすることにより，究極的にはその廃止をもたらそうとすることである。社会に対し，問題を提起し，緊張関係を明らかにすることで政策決定過程に影響を及ぼし，変革を求めること，社会の柔軟性を高め，安定と変革の均衡を保つことが容易になると期待されている。しかし，望む結果を説得によってではなく，強要や圧力により得ようとしているので，市民的不服従は社会に対する危険性が高い。とすれば，思想を表明，伝達すること自体が目的である象徴的表現とは，同じように思想を表明，伝達する現象として見ると，混同しやすい伝達

行為であるが，それが，他の目的に付随する手段であることを見きわめて，厳格に区別することが必要である。以上が市民的不服従と象徴的表現とを，第1修正の自由について考慮する際，同列に論じるべきではないという理由である。

市民的不服従が第1修正の保護の射程外におかれるのは，行為の目的のせいであるということができる。

座り込みは，その時代背景から，言論に等しくなるような行為の要件について明らかにならないまま，デモンストレーション一般という表現方法の類型に吸収されてしまったように思われる。言論プラスは，言論に付随する行為として，はっきり象徴的表現と異なる。市民的不服従は，第1修正に基づいた憲法上の保護を主張すべきではないというストイックな立場であるので，言葉によらないコミュニケーションというカテゴリィと一義的な結びつきがない。それぞれ，性質上，象徴的表現とは違った特質を備えている。

7．ア・プリオリに表現であると分類されてきた行為と，言論とレッテルを張ることができないような行為との区別の根拠として，コミュニケーションの要素の有無を考えることができる。[84] また，行為のコミュニケーションの要素，シグナル性以外に，暴力性・非暴力性，不快さ，違法性，伝統的でないこと，あるいは，他の表現手段の存否が，行為を第1修正の対象とするべき，あるいは，行為に対する規制の正当性を示す根拠として，一応，考慮され得る。

a．暴力性，非暴力性

平穏なピケッティングには表現としての保護が及ぶ[85]が，暴力行為と結びついたピケッティングは表現としての保護を受けない[86]ので，ある行為

が表現の一形態として認められるのは，それが暴力的でないからであるという理由が述べられることがある[87]。象徴的表現の非暴力性，平穏さを強調する立場もある[88]が，平穏に行なわれることが言葉によらないコミュニケーションである場合の必然的な属性であるとか，行為の暴力性がコミュニケーションではないという根拠を示すということはできない。コミュニケーションとして認められるか否かを問わず，暴力が惹起する害悪，治安維持などを理由とする規制の根拠となる蓋然性が高いというにすぎない。もちろん，メッセージを制約するため，行為の暴力性を口実とする規制が正当化されることがあるかもしれない。それでも，暴力性は，コミュニケーションとしての属性を左右するものではないと思われる。

b．不快さ

表現の生々しさが人々の感性を刺戟し，不快感を催させるなら，それは禁止すべきであるという主張がある。言葉によらない表現は行為をして語らしめる結果，単に言葉によるよりも生々しいので影響力があり，コミュニケーションとして一層効果的であると考えることもできる。思想は，それが他の人にとり不快であるからといって，表明することを禁止できない[89]。「意見の自由な交流[90]」はさまざまな意見の存在とその公表を前提としている。不快な思想と不快さをもたらす表現の形態，メディアとは違うという見方もあり得る。人々の感性を刺戟する内容は「平均的な人をして応報を引き起こしやすい，治安を乱す」煽動的な fighting words 喧嘩言葉[91]のカテゴリーに入らないかぎり，そして，入る場合にも表現を自由を不当に侵害しないよう注意深く規定された法律によらなければ[92]，処罰されないが，同じ内容であってもその不快さが言葉ではない表現の形態，方法に由来するのであれば，それは表現の内容ではなく，メディアの問題なので，規制し得る[93]かもしれない。

言葉によらない表現の方が言葉が上手に働きかけられないような感情に訴えるには効果的であるかもしれない。憲法の保護する表現は知的認識作用に限られず，感性に訴える情緒的機能にも，当然，及ぶ[94]ので，人々の感性を刺戟する表現方法であっても，その惹起する不快さ自体が表現の内容に取り込まれたものとなり，「喧嘩言葉」の要件を満たさないかぎり，規制されない。不快さそれ自体は，行為がコミュニケーションとして成立するのには無関係である。

c．違法性

行為のもつ伝達機能をもっぱらその違法性に求める見解がある[95]。コミュニケーションとしての行為の効果は違法性にあると考えるわけである。たとえば，徴兵カードの焼却や破損が法律で禁止されていなかったならば，それが表現の一形態として用いられることはなかったという，この見方の前提は，1965年の選抜徴兵法改正以前，すでに徴兵カード焼却という象徴的な抗議形態があった事実に反する[96]。

行為の違法性に焦点を当てることは，象徴的表現と市民的不服従との違い，あるメディアを採用したことが結果的には法律などの禁止するところであった場合と，法律に違反することによってその法律の不正不当を露にする意図であった場合とを混同することになる。行為のもつコミュニケーションとしての効果が，行為の違法性，法律に違反することに左右されているとは考えにくい。行為の違法性ではなく，目新しさ，ドラマティックな意外性が，コミュニケーションとしての効果を高めている。

合理的な目的がある法律の規制が存在すれば，象徴的表現は，第1修正にもかかわらず，規制され得るという見解[97]がある。行為を規制する法律の存否が象徴的表現の規制の是非と直接結びつきをもち，一体となっているのであれば，行為に対する第1修正の保護を主張することは無意

味である。違法性を，象徴的表現の特徴とすることは適当とはいえない。

効果的なコミュニケーションであることと法律に違反することとに関連性があるという見解の背後には，「表現」のレッテルを張ることで，さまざまな行為を，必要な，あるいは，望ましい政府の統制の対象からはずすことになるのではないかという恐れがあるかもしれない。しかも，その雄弁さ，効果的なコミュニケーションとしての価値が行為の違法性にあるのではという疑念も窺える。これまでコミュニケーションであると考えられていなかったような，目新しい選択肢に関して，違法であるかもしれないという可能性があるために，メディアの範疇から排除すると，実質的に選択し得る表現を，内容と方法とにおいて極めて限定することになる。

d．伝統的ではないこと，あるいは，他の表現の手段の存在

象徴的表現に対して，伝統的な表現の手段，方法，メディアを選択すべきであったと主張されることがある[98]。

メディアの選択の基準として，コミュニケーションとしての有効性，利用しやすさ，他の権利や社会的利益に対する侵害の相対的な小ささ[99]などが考慮される。伝統的な表現の方法は，日常的に用いられているのでメッセージが理解され易い，少なくとも誤解されない可能性が高い，合法的であることがすでに検証されている，過度に刺戟的でなく，好ましいということが理由としてあげられるかもしれない。これらの理由は，表現の方法選択の多様性が認められても，伝統的な手段の選択がとくに望ましいと，半ば強制的に，従来から採用されてきたメディア選択を方向づけるものとして主張されよう。これに対して，伝統的ではない手段を用いる消極的な理由としては，他に利用できる手段がない，他の手段よりも容易に利用できる，伝統的なメディアの利用が困難，あるいは，不可能である，通常の手段が有効に機能しないといったことがあるかも

しれない。伝統的ではないメディアを積極的に用いることがとくに適切であるような要件として，伝統的なメディアと機能的に等しいメディアである[100]，メッセージの内容，コミュニケーションの送り手，受け手とメディアとの間に特別な関連性が認められること[101]が考えられる。

象徴的表現の特徴がその表現の形態にあることから，実際にコミュニケーションの送り手の側にある表現方法の選択の可能性，送り手にとり，自らの選択した形態以外にも選び得る手段が存在していること，とくに伝統的な方法がまだ残されていることが，象徴的表現に対する第1修正の保護と関係があると主張されることがあり得るかもしれない。

表現の送り手の側に，オーソドックスなものも含めて，選択肢があったことを指摘する論者は少なくない。たとえば，禁止された表現方法はわずかであり，他の表現手段までもが奪われたわけではない。あるいは，意見それ自体ではなく，たとえそれがドラマティックでもっとも効果的な方法であるとしても，その見解を伝えるひとつの特定の方法が禁止されたことは，伝統的な方法があくまでも残されているかぎり，問題とはならない[102]。実定法に違反するにもかかわらず，行為がその違法性を免れるのは，その表明する思想を伝達するために，言論，出版などの通常の手段が有効に働かない場合に限られる[103]。

メディア選択の基準に照らし合わせてみたときに，伝統的な表現の方法が利用可能であるならば，コミュニケーションとしての有効性，有用性，利用しやすさに著しい問題がある場合にも，すでにその合法性，社会の許容性が検証されている伝統的な表現の方法を選択すべきであると，コミュニケーションの送り手を，刑罰をもって，強制することには疑問が残る。送り手はあるメディアを選択することによって，コミュニケーションの効果のみならず，他の人の権利，自由や社会的利益の侵害に基づく制約の可能性についてのリスクを負担する決断をしている。そのうえ，法的手段を通じてメディア選択の方向づけを行なう必要はとく

にないように思われる。

このように見てくると，行為の暴力性，非暴力性，不快さ，違法性，あるいは，他に選び得る，とくに，これまで用いられてきた伝統的な表現の方法が他にあることは，コミュニケーションとしての行為について考慮に入れるべき性質のひとつであるとしても，第1修正の保護を受ける，あるいは，規制を正当化するときの決め手にはならないと考えることができる。

註

(1) 12N. Y. 2d 462, 191 N. E. 2d 272 (N. Y. 1963), appeal dismissed Stover v. New York, 372 U. S. 42 (1963).

(2) Id. at 191 N. E. 2d at 276.

(3) Id. at 191 N. E. 2d at 275-76.

(4) Id. at 191 N. E. 2d at 276.

(5) E. g. United States v. O'Brien, 391 U. S. 367 (1968). D. Alfange, Jr., *Free Speech and Symbolic Conduct: The Draft Card Burning Case,* 1968 SUP. CT. REV. 1参照。

(6) E. g. Oestereich v. Selective Service System Board 11, 393 U. S. 233 (1968).

(7) E. g. United States v. Miller, 367 F. 2d. 72, 78 (2d Cir. 1966) certiorari denied 386 U. S. 911 (1967); Smith v. United States, 368 F. 2d 529 (8th Cir. 1966); United States v. Edelman, 384 F. 2d 115 (2d Cir. 1966).

(8) O'Brien v. United States, 376 F. 2d 538, 541 (1st Cir. 1967).

(9) United States v. O'Brien, 391 U. S. 367 (1968), reversing 376 F. 2d 538 (1st Cir. 1967).

(10) 徴兵カード返却を抗議の手紙と大差がないと見る者もいる。T. I. EMMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 89 (1970). しかし，選抜徴兵委員会は返却された徴兵カードを証拠とした徴兵カード常時携帯義務違反に基づいて再分類を実施したので，法定の分類を変更する委員会の権限が争われることになった。Oestereich v. Selective Service System Board 11, *supra* note 6 では，徴兵カード返却のもつ意思表示と

しての効果，意味など，返却行為が表現であるかについての判断はなく，返却行為を理由にしてIV-D (聖職候補の学生としての法定の兵役免除)からI-A (兵役に即刻就く資格あり)に再分類する選抜徴兵委員会の権限行為の根拠とその妥当性について判断されている。

National Students Association v. Hershey, 412 F. 2d 1103 (D. C. Cir. 1969)によれば，選抜徴兵規則の違反や違法なデモンストレーション，その他の証拠を，徴兵資格についての再分類の根拠として考慮に入れるようにと，選抜徴兵局の局長が各地の選抜徴兵委員会に出した通知について，それが実施に移される前であっても，それによって個人の具体的な権利が侵害されたことが明らかになる前であっても，第1修正の自由の行使を差控えさせるようなchilling effect萎縮効果をもつことから，裁判所が訴訟として受理するのに必要な，事件性の要件を十分満たすという。ここで問題とされたのは，法的に拘束力のある規則ではなく，法律上は全く私的な通知に過ぎない。また，現実にこの通知に基づいて再分類が行なわれ，不利益をこうむった個人が発生したわけでもないにもかかわらず，このような判決が下されたことは，返却の結果としての不所持を恣意的に摘発することが，表現の自由を侵害する政府の行為と判断される蓋然性の高いことを暗示しているように思われる。

しかし，1980年代になると，裁判所の姿勢に変化が見られる。1980年の大統領命令に基づいた選抜徴兵制度への登録復活に関して，登録しない旨の意思表示を公然と行なった者だけをMilitary Selective Service Act違反で訴追するという政策を採用したことに関し，訴追政策が公然たる抗議活動を選抜の基準とする，恣意的な法の執行であり，第1，第14修正違反であるという主張に対して，合衆国最高裁判所は，政府が抗議活動を選抜の基準としているという立証がないと判断した。言い換えると，第1修正違反の主張と立証の責任を，通常の言論の場合と異なり，政府から行為者に転換し，第1修正の自由の行使を差し控えさせるようなchilling effectへの配慮はない。Wayte v. United States, 470 U. S. 598 (1985).

(11) 榎原猛「象徴的表現」『英米判例百選I公法』114-15頁参照。

(12) E. g. United States v. Miller, 367 F. 2d 72, 79 (2d Cir. 1966); L. H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 826 (2d ed. 1988); G. R. STONE, L. M. SEIDMAN, C. R. SUNSTEIN, M. V. TUSHNET, CONSTITUTIONAL LAW 1201 (1986); G. GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 1169 (11th ed. 1985); 榎原猛「象徴的表現」『表現権利論の新展開』(1982)，初出，阪大法学89号1頁 (1974)，90号71頁 (1974)の論文題。

(13) E. g. Cowgill v. California, 396 U. S. 371, 371 (1970); United States v. O'Brien, 391 U. S. 367, 376 (1968), もっともこれはO'Brienの主張

の部分である; J. E. NOWAK, R. D. ROTUNDA, J. N. YOUNG, CONSTITUTIONAL LAW §§ 16. 48, 16. 49 (3d ed. 1986); M. B. NIMMER, FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE THEORY OF THE FIRST AMENDMENT § 3. 06 (1984); P. A. FREUND, A. E. SUTHERLAND, M. D. HOWE, E. J. BROWN, CONSTITUTIONAL LAW 1205 (4th ed. 1977); W. B. LOCKHART, Y. KAMISAR, J. H. CHOPPER, CONSTITUTIONAL LAW 1144 (4th ed. 1975); M. B. Nimmer, *The Meaning of Symbolic Speech under the First Amendment,* 21 UCLA L. REV. 29, 46 (1973); T. I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 16 (1970); 伊志峯恵徹「象徴的言論に関する考察――アメリカの判例に則して――」琉大法学 13 号 27 頁 (1972); 伊藤正己「象徴的言論」『現代社会と言論の自由』287 頁 (1974); 中川剛「象徴的言論の領域」広大政経論集 19 巻 2 号 51 頁 (1969); 伊藤正己，最近の判例 United States v. O'Brien, 391 U. S. 367 (1968) ――選抜徴兵カードを焼却することを処罰する法律は言論の自由を保障する第 1 修正に違反しない［1970-1］アメリカ法 60, 62。

(14) E. g. G. R. STONE, L. M. SEIDMAN, C. R. SUNSTEIN, M. V. TUSHNET, CONSTITUTIONAL LAW 1201 (1986); Note, *Symbolic Conduct,* 68 COLUM. L. REV. 1091 (1968)の論文題; Alfange, Jr., *Free Speech and Symbolic Conduct: The Draft-Card Burning Case,* 1968 SUP. CT. REV. 1.

(15) E. g. Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U. S. 503, 505 (1969), ここで合衆国最高裁判所は事実審裁判所のいいまわし 258 F. Supp. 971, 972 (S. D. Iowa 1966)をそのまま用いている; O'Brien v. United States, 376 F. 2d 538, 541 (1st Cir. 1967); Loewy, *Punishing Flag Desecrators: The Ultimate in Flag Desecration,* 49 N. C. L. REV. 48, 56 (1970).

(16) E. g. T. I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION, *supra* note 13 at 87; *Symbolic Conduct, supra* note 14 at 1093 n. 12.

(17) G. GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 1169 (11th ed. 1985).

(18) E. g. Commonwealth v. Lorenc, 281 A. 2d 743, 744 (Pa. Super. Ct. 1971).

(19) 榎原猛「象徴的表現」前提論文 *supra* note 12 at 86.

(20) 以下はもっぱら星条旗の伝統的ではない取り扱いに関する判決に限定されているが，他の象徴を用いた場合にもあまり差はないと思われる。Symbolic speech の例としては，United States ex rel. Radich v. Criminal Court of the City of New York, 385 F. Supp. 165, 174 (S. D. N. Y. 1974); State v. Kool, 212 N. W. 2d 518, 520 (Iowa 1973);

People v. Vaughan, 514 P. 2d 1318, 1322 (Colo. 1973); State v. Royal, 305 A. 2d 676, 679 (N. H. 1973); State v. Cline, 305 A. 2d 673, 674-75 (N. H. 1973); People v. Sutherland, 9 Ill. App. 3d 824, 292 N. E. 2d 746, 748 (Ill. 1973); State v. Mitchell, 32 Ohio App. 2d 16, 288 N. E. 2d 216, 221 (Ohio Ct. App. 1972); State v. Spence, 5 Wash. App. 752, 490 P. 2d 1321, 1324-25 (Wash. Ct. App. 1971); Thoms v. Smith, 334 F. Supp. 1203, 1208 (D. Conn. 1971); State v. Waterman, 190 N. W. 2d 809, 811 (Iowa 1971); Anderson v. Vaughn, 327 F. Supp. 101, 103 (D. Conn. 1971); Long Island Vietnam Moratorium Committee v. Cahn, 437 F. 2d 344, 348-49 (2d Cir. 1970); Crosson v. Silver, 319 F. Supp. 1084, 1086 (D. Ariz. 1970); Hodson v. Buckson, 310 F. Supp. 528, 533 (D. Del. 1970); People v. Radich, 26 N. Y. 2d 114, 127, 308 N. Y. S. 2d 846, 856 (N. Y. 1970)があり，symbolic expressionの例としては，State v. Farrell, 209 N. W. 2d 103, 105 (Iowa 1973); State v. Royal, 305 A. 2d 676, 679 (N. H. 1973); Hoffman v. United States, 445 F. 2d 226, 228 (D. C. Cir. 1971)がある。ほとんどが肯定的脈絡において用いられている。Symbolic conductの例としては，State v. Farrell, 209 N. W. 2d 103, 105 (Iowa 1973); Deeds v. State, 474 S. W. 2d 718, 719-20 (Tex. Ct. Crim. App. 1972)があるが，いずれも否定的意味で使われている。

最近では，symbolic expressionの例が増加しているようである。たとえば，University of Utah Students against Apartheid v. O'Neil, 671 F. Supp. 1105, 1106 (W. D. Va. 1987); University of Utah Students against Apartheid v. Peterson, 649 F. Supp. 1200, 1207 (D. Utah 1986)である。それに対して，symbolic speechの例は，Redgrave v. Boston Symphony Orchestra, Inc., 855 F. 2d 888, 894 (1st Cir. 1988); Farrakhan v. Reagan, 669 F. Supp. 506, 512 (D. D. C. 1987)がある。他にsymbolic communication象徴的コミュニケーション，University of Utah Students against Apartheid v. O'Neil, 660 F. Supp. 333, 337 (W. D. Va. 1987)という例もある。

(21) Texas v. Johnson, 109 S. Ct. 2533, 2538 (1989); Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U. S. 288, 293 (1984).

(22) Spence v. Washington, 418 U. S. 405, 411 (1974).

(23) Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U. S. 503, 505 (1969). ただし，これは連邦地方裁判所の判決258 F. Supp. 971 (S. D. Iowa 1966)について述べている部分である。

(24) E. g. Cox v. Louisiana, 379 U. S. 536, 555 (1965); Cox v. Louisiana,

379 U. S. 559, 563 (1965); T. I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 9 (1970).

(25) E. g. Grayned v. City of Rockford, 408 U. S. 104, 117 (1972); Police Department of Chicago v. Mosley, 408 U. S. 92, 95 (1972); Bantam Books, Inc. v. Sullivan, 372 U. S. 58, 70 (1963).

(26) E. g. Pell v. Procunier, 417 U. S. 817, 827 (1974).

(27) すべてのコミュニケーションは象徴を必ず使用しているということもできる。M. B. Nimmer, *The Meaning of Symbolic Speech under the First Amendment,* 21 UCLA L. REV. 29, 33 (1973). しかし，ここでは本来伝達機能を持たないものを思想の表明に役立たせていることをいう。

(28) F. S. HAIMAN, SPEECH AND LAW IN A FREE SOCIETY 6 (1981).

(29) H. Alexander, *Communication and Politics: The Media and the Message,* 34 LAW & CONTEMP. PROBS. 255 (1969). だが，マス・メディアが一見非力なものに逆に利用されているように見える状況においてさえ，メディアは単なる表現活動の媒体，メッセージの運び手ではない。マス・メディアは「生きのよい」表現活動を材料に，主体的に選択した，時には濾過，歪曲，誇張されたメッセージを伝達する。表現活動に実際従事する者とは別の意図や価値観の担い手である。

(30) 連邦議事堂の前の遊歩道での野営は「その見解の効果的な流布にとり，不可欠であったマス・メディアのかなりの注目を引くことができた。」Vietnam Veterans Against the War v. Morton, 379 F. Supp. 9 (D. D. C. 1974).

「言葉が他の象徴より本質的に神聖なことなど何もない。……憲法は，普通は口頭によるコミュニケーションである言葉を意味する「言論」の自由を保護する。……言葉は他の象徴よりも曖昧でないかもしれない。言葉はコミュニケーションの共通媒体である。しかし，そのコミュニケーション形態に憲法上の保護を限定しなければならないという理由は全くない。……憲法上，意味のある区別は言論と行為ではなく，コミュニケーションである，主張のある行為と，そうではない行為との区別である。」L. Henkin, *The Supreme Court 1967 Term, Foreword: On Drawing Lines,* 82 HARV. L. REV. 63, 79-80 (1968).

(31) たとえば，南アフリカにおけるアパルトヘイトへの抗議として掘立小屋を大学のキャンパスに建てること Students Against Apartheid Coalition v. O'Neil, 838 F. 2d 735 (4th Cir. 1988), affirming 671 F. Supp. 1105 (W. D. Va. 1987), 660 F. Supp. 333 (W. D. Va. 1987) altered; University of Utah Students Against Apartheid v. Peterson, 649 F. Supp. 1200 (D. Utah 1986).

(32) L. R. Velvel, *Freedom of Speech and the Draft Burning Cases,* 16 U. KAN. L. REV. 149, 153 (1968).

(33) *First Amendment Protection of Ambiguous Conduct,* 84 COLUM. L. REV. 467, 470-71 (1984).

(34) M. MCLUHAN, UNDERSTANDING MEDIA: THE EXTENSION OF MAN 23 (1964).

(35) E. g. L. H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW § 12-2 (2d ed. 1988); G. GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 1164 (11th ed. 1985). 表現の内容に対する規制と，時間，場所，方法および態様に対する規制とを対比させている判決の例としては，Young v. American Mini Theatres, Inc., 427 U. S. 50, 63-64 (1976)がある。

(36) T. I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 345, 359 (1970).

(37) E. g. C. E. Baker, *Unreasoned Reasonableness: Mandatory Parade Permits and Time, Place and Manner Regulations,* 78 NW. U. L. REV. 937 (1983).

(38) 最近の例としては，Ward v. Rock Against Racism, 109 S. Ct. 2746, 2753 (1989). この判決はClark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U. S. 288, 293 (1984); Heffron v. International Society for Krishna Consciousness, Inc., 452 U. S. 640, 648 (1981)を引用している。

(39) E. g. Ward v. Rock Against Racism, 109 S. Ct. 2746, 2753 (1989)も，Heffron v. International Society for Krishna Consciousness, Inc., 452 U. S. 640, 648 (1981) も，Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U. S. 748, 771 (1976)を引用している。

(40) Niemotko v. Maryland, 340 U. S. 268, 282 (1951), Frankfurter J. の同意意見; Kovacs v. Cooper, 336 U. S. 77, 97 (1949), Jackson J. の同意意見。

(41) I. R. Kaufman, *The Medium, Message and the First Amendment,* 45 N. Y. U. L. REV. 761, 773-74 (1970).

(42) E. g. 住宅地におけるピケッティングの禁止が争われたFrisby v. Schultz, 108 S. Ct. 2495 (1988).

(43) J. H. Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Role of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis,* 88 HARV. L. REV. 1482, 1498 (1975).

(44) G. Stone, *Content-Neutral Restriction,* 54 U. CHI. L. REV. 46, 78 (1987).

(45) United States ex rel. Radich v. Criminal Court of the City of New York, 385 F. Supp. 165, 174 (S. D. N. Y. 1974).

(46) 榎原猛「象徴的表現」『表現権利論の新展開』85頁 (1982)。

(47) Cowgill v. California, 396 U. S. 371, 371 (1970).

(48) Brown v. Louisana, 383 U. S. 131, 142 (1966).

(49) United States v. O'Brien, 391 U. S. 367, 376 (1968).

(50) Spence v. Washington, 418 U. S. 405, 409 (1974).

(51) Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U. S. 288, 293 (1984).

(52) Spence v. Washington, *supra* note 50 at 410-11.

(53) *Id.* at 409-10.

(54) Clark v. Community for Creative Non-Violence, *supra* note 51 at 293 n. 5.

(55) *Id.* at 293.

(56) *Id.* at 294.

(57) United States v. O'Brien, *supra* note 49 at 337.

(58) もっとも，このO'Brienテストは，言葉によらないコミュニケーション，言論要素と非言論要素とが分かちがたく密接に混じりあっているとき391 U. S. at 376についてだけでなく，より広汎に，表現の内容に基づかない規制に関するテストとしても非常に頻繁に用いられている。E. g. Ward v. Rock Against Racism, 109 S. Ct. 2746, 2753 (1989); Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U. S. 748, 771 (1976).

(59) Tinker v, Des Moines Independent Community School District, 393 U. S. 503, 505-06 (1969).

(60) Spence v. Washington, *supra* note 50における，コミュニケーションの送り手のメッセージを伝達するというはっきりとした意図と，そのメッセージがそれを見た聴衆によって理解される蓋然性418 U. S. at 410-11を，行為が言論になるときのテストと考えることは十分可能である。*First Amendment Protection of Ambiguous Conduct,* 84 COLUM. L. REV. 467, 476 (1984). しかし，行為に表現としての側面以外の側面がほとんどない場合はともかく，明らかにコミュニケーション以外の有用性を備えている場合，コミュニケーションの意図がある「ふり」をして第1修正を援用するという虚偽の動機，主張を排除する手立てとして，表現の内容を評価する必要が生じるという危険がある at 484.

(61) Bell v. Maryland, 318 U. S. 226, 278 (1964), Douglas J. の同意意見のAppendix IIIを参照。

(62) E. g. Boynton v. Virginia, 364 U. S. 454 (1960); Garner v. Louisiana, 368 U. S. 157 (1961); Taylor v. Louisiana, 370 U. S. 154 (1962); Peterson v. Greenville, 373 U. S. 244 (1963); Lombard v. Louisiana, 373 U. S. 267 (1963); Griffin v. Maryland, 378 U. S. 130 (1964); Barr v. Columbia, 378 U. S. 146 (1964); Robinson v. Florida, 378 U. S. 153 (1964); Bell v. Maryland, *supra* note 61; Bouie v. Columbia, 378 U. S. 347 (1964); Hamm v. Rock Hill, 379 U. S. 306 (1964); Blow v. North Carolina, 379 U. S. 684 (1965); Brown v. Louisiana, 383 U. S. 131 (1966).

(63) 多くの機会があったにもかかわらず，合衆国最高裁判所は，人種差別に抗議するため，レストランやランチ・カウンターに座り込むことが第1修正の権利行使に該当するかどうかの判断を回避するのに成功している。T. I. Emerson, *The Right to Protest,* N. DORSEN ed., THE RIGHTS OF AMERICANS 211 (1970).

(64) 373 U. S. 244 (1963).

(65) T. Lewis, *The Sit-in Cases: Great Expectations,* 1963 SUP. CT. REV. 101; M. Paulsen, *The Sit-in Cases of 1964: "But Answer Came There None",* 1964 SUP. CT. REV. 137 参照。

(66) Garner v. Louisiana, 368 U. S. 157 (1961)の Harlan J. の同意意見 at 199.

(67) I. Heyman, *Civil Rigths 1964 Term: Response to Direct Action,* 1965 SUP. CT. REV. 159, 177 n. 67.

(68) 383 U. S. 131, 141 (1966), Warren C. J., Fortas, Douglas JJ.

(69) Notes, *Symbolic Conduct,* 68 COLUM. L. REV. 1091, 1096 (1968).

(70) 「訴訟は，憲法上の権利擁護の企てと関連しているか否かにかかわらず，『行為』であり，言論『プラス』である。」NAACP v. Button, 371 U. S. 415, 455 (1963)反対意見。

(71) 「言論プラス」は，労働争議に関するピケッティングにその源があるという理解がある。おそらく，次のような意見をその根拠にいるのではないかと思われる。「ピケッティング……は自由な言論というだけではなく……伝達される思想の性質とは無関係に行動を挑発し，制約的規制の対象とならざるを得なくなる。」Bakery and Pastry Drivers Union Local v. Wohl. 315 U. S. 769, 776 (1942), Douglas J. の同意意見; 「その行為が，部分的に口頭，文書，印刷によって，言語という手段を通じて開始，表示，実行されたということだけで，一連の行為を違法とすることが，かつて一度も言論・出版の自由の制約と考えられたことはない。」Giboney v. Empire Storage and Ice Co., 366 U. S. 490, 502 (1949); 「ピケッティ

ングは事実問題として言論」同等ではなく，従って法律上も同一のものと見なされるわけではない。そこで，その実施の状況，態様や目的が州の政策上許容されないならば，州の規制の対象となる。」Hughes v. Superior Court, 339 U. S. 460, 465-66 (1950); 「『平穏』であっても……ピケッティングは思想のコミュニケーションだけではなく，州の規制が免除されるわけではない。」International Brotherhood of Teamsters, Local 695 v. Vogt, 354 U. S. 284, 289 (1957).

(72) 「純粋な言論により思想を伝達する者に第1および第14修正が提供するのと同じ種類の自由が，道路におけるパトローリング，行進，ピケッティングというような行為により思想を伝達しようとする者にも与えられるという主張は，とくに排斥される。」Cox v. Louisiana, 379 U. S. 536, 555 (1965). 「この制定法の対象となる行為は，表現と集会，結社とが混じり合っていても，規制の対象となる。」Cox v. Louisiana, 379 U. S. 559, 563 (1965).

(73) E. g. Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza, Inc., 391 U. S. 308, 313-14 (1968).

(74) *First Amendment Protection of Ambiguous Conduct,* 84 COLUM. L. REV. 467, 473 (1984); *Peaceful Labor Picketing and the First Amendment,* 82 COLUM. L. REV. 1469, 1488 (1982).

「純粋な言論」と「言論プラス」という区分は見かけ倒しであるという批判は古くからある。E. g. A. Kamin, *Residential Picketing and the First Amendment,* 61 NW. U. L. REV. 177, 210-12 (1966). 伝達する内容抜きには，「純粋な言論」も，騒音や紙屑である。H. Kalven, Jr., *The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana,* 1965 SUP. CT. REV. 1, 23. それでも，「純粋な言論」と「言論プラス」という区別は全く放棄されているわけではない。ある行為が思想のコミュニケーションの単なる，邪魔とならない手段，行為の物理的行動の要素が思想を伝達するのに必要な限界を越えないとき，その行為は「純粋な表現」，「純粋な言論」である。表現の物理的行動の要素が思想のコミュニケーションの邪魔にならない手段という限界を越えると，それは「言論プラス」となる。「言論プラス」を規制するために政府は，「言論プラス」が社会の重大な利益に影響をあたえること，「言論プラス」を容認するための個人の利益は行為が社会に及ぼす好ましくない効果と比較すると不十分であること，政府の利益を促進するために純粋な言論に対してもっとも厳格な制約を用いていることを立証しなければならないという。Sovereign News Co. v. Falke, 448 F. Supp. 306, 391-92 n. 323 (N. D. Ohio 1977); Kucinich v. Forbes, 432 F. Supp. 1101, 1111-12 (N. D. Ohio 1977); Kucinich v. Forbes 判決を引

用したものに，Princeton Education Association v. Princeton Board of Education, 480 F. Supp. 962, 969 n. 6 (S. D. Ohio 1979)がある。

(75) Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc., 391 U. S. 308, 326 (1968), Douglas J. の同意意見。

(76) M. B. NIMMER, FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE THEORY OF THE FIRST AMENDMENT § 3. 06 [B] n. 15 (1984).

(77) E. g. Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U. S. 503, 513 (1969); *Flag Desecration under the First Amendment: Conduct or Speech,* 32 OHIO ST. L. J. 119, 125 (1970).

(78) 中川剛「象徴的言論の領域」広大政経論集29巻2号51頁 (1969); D. Alfange, Jr., *Free Speech and Symbolic Conduct: The Draft-Card Burning Case,* 1968 SUP. CT. REV. 1, 24; *Flag Desecration under the First Amendment, supra* note 77 at 124.

(79) L. R. Velvel, *Protecting Civil Disobedience Under the First Amendment,* 37 GEO. WASH. L. REV. 464, 465 (1969). 抗議行為は，平穏で抗議をもたらした問題に(伝統，その他の理由から)関連しているならば，言論として考慮されるべきである。*Id.* at 465-66. むしろ，市民的不服従の可罰性は，抗議の対象となっている争点の重大さと採用された手段がもたらす効果，害悪の重大さを基準に決めるべきである。L. R. Velvel, *Freedom of Speech and the Draft Card Burning Cases,* 16 U. KAN. L. REV. 149, 177 (1968).

(80) 416 F. 2d 165 (1st Cir. 1969).

(81) United States v. O'Brien, 391 U. S. 367, 376 (1968).

(82) T. I. Emerson, *Freedom of Expression in Wartime,* 116 U. PA. L. REV. 975, 1004 (1968). 市民的不服従に対する伝統的な立場は，その処罰を甘受すべしというものであった。F. A. Allen, *Civil Disobedience and Legal Order,* 36 U. CIN. L. REV. 1 (1967); C. Black, *The Problem of the Civil Disobedience with American Institutions of Government,* 43 TEX. L. REV. 492 (1965).

(83) Notes, *Symbolic Conduct,* 68 COLUM. L. REV. 1091, 1122 n. 168 (1968).

(84) 「行為に内在するコミュニケーションの要素が第1修正の援用するのに十分である……。」United States v. O'Brien, 391 U. S. 367, 376 (1968). 「第1と第14修正の射程に入るのに十分な程度コミュニケーションの要素が浸透している。」Spence v. Washington, 418 U. S. 405, 409-10 (1974).

(85) Thornhill v. Alabama, 310 U. S. 88 (1940).

(86) Milk Wagon Drivers Union, Local 753 v. Meadowmoor Dairies, Inc., 312 U. S. 287 (1941).

(87) Grayned v. City of Rockford, 408 U. S. 104, 116 (1972).

(88) L. R. Velvel, *Freedom of Speech and the Draft Card Burning Cases,* 16 U. KAN. L. REV. 149, 152 (1968).

(89) Street v. New York, 394 U. S. 576, 592 (1969).

(90) Abrams v. United States, 250 U. S. 616, 630 (1919).

(91) Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U. S. 568 (1942).

(92) *Id.* at 574.

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

(94) Cohen v. California, 403 U. S. 15, 26 (1971). 星条旗の伝統的でない取り扱いのコンテクストでは，支配的な見解にとっての不快さはコミュニケーションとしての側面を持っている行為の規制を正当化しない People v. Radich, 26 N. Y. 2d 114, 127, 308 N. Y. S. 2d 846, 856 (N. Y. 1970) ことや，平均的な市民の感受性は規制の決め手とはならない State v. Spence, 5 Wash. App. 752, 490 P. 2d 1321, 1324 (Wash. Ct. App. 1971) ことが言明されている。

(95) J. H. Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis,* 88 HARV. L. REV. 1482, 1489 (1975).

(96) D. Alfange, Jr., *Free Speech and Symbolic Conduct: The Draft-Card Burning Case,* 1968 SUP. CT. REV. 1, 3.

(97) E. g. E. CORWIN'S THE CONSTITUTION AND WHAT IT MEANS TODAY 287 (13th ed. H. Chase & C. Ducat, 1973); 伊藤正己「象徴的言論」『現代社会と言論の自由』289頁 (1974).

(98) E. g. Texas v. Johnson, 109 S. Ct. 2533, 2553 (1989). 他に選択肢が存在することは特定の表現の方法を否定する根拠となる。他に表現の方法があれば，特定の表現の方法は保護されない。United States v. Miller, 367 F. 2d 72, 81, 82 (2d Cir. 1966), certiorari denied 386 U. S. 911 (1967).

(99) 言葉は他の行為一般に比較すると，メディアとして侵害的ではなく，加害性が低いという。T. I. EMERSON, SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 9 (1970).

(100) 言葉と同じように効果的にメッセージを伝える，すでに認知された象徴を伴う行為は，言葉とコミュニケーションとしての機能を比較しても遜色はない。

(101) あるメディアが特定のメッセージの伝達にとくに適していることは，そ

のメッセージとメディアとの関連性，一体性から判断される。コミュニケーションの送り手，受け手，観衆とメディアとの距離，利用しやすさから，あるいは，他の手段と比較して環境，状況に適合的であることから，たとえば学校内における黒い腕章の着用 Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U. S. 503 (1969)，公立図書館における静かな sit-in Brown v. Louisiana, 383 U. S. 131 (1966)から，関連性が示されることがある。

(102) Alfange, *supra* note 96 at 27.

(103) 伊藤正己「象徴的言論」, *supra* note 97 at 289.