



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	象徴的表現（２） ー合衆国憲法第 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ー考ー
Author(s)	紙谷, 雅子; KAMIYA, Masako
Citation	北大法学論集, 41(2), 464-399
Issue Date	1990-12-14
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16762
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(2)_p464-399.pdf



象徴的表現(2)

——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 以上本号
- III. 星条旗という象徴
- IV. Texas v. Johnson, その後

II. 象徴的表現とは (続き)

B. 星条旗の伝統的でない取り扱い

1. 言葉によらない表現を理解するため、具体的な事実関係を見ておく必要があると思われる。ここで取り上げたのは、最近20年あまりの間に発生した星条旗の伝統的ではない取り扱いである。1960年代後半にな

象徴的表現(2)

ると、星条旗が象徴的表現に取り極めて重要な位置を占めるような、さまざまな事態が頻発した。以下、その発生した順に記述する。

(1) Freedom March は1965年3月21日に開始されている。Hinton は、Georgia 州 Crisp County における Freedom March 自由の行進のため、郡裁判所に集合し、裁判所の旗掲揚柱から合衆国と州の旗を降ろし始めた。これは半旗にするためと主張されている。他の人々が旗を柱から外し、星条旗を引き裂き、州旗を破損し、それを振り回し始めた。合衆国や州の旗を破損、汚損、汚染、侮辱的に濫用することを違法とする Georgia 州法違反^(1-a)に問われ、州最高裁判所は有罪判決を下した^(1-b)。

(2)1966年6月6日、James Meredith (1962年に James Meredith の University of Mississippi 入学を巡って連邦軍が派遣された。黒人の市民的権利に関する運動におけるシンボリックな若いリーダーのひとりであった。)が射殺されたというニュースを聞いた Street は、New York 市 Brooklyn 区の路上に出て、自分の星条旗にマッチで火をつけた。旗が燃え始めると、手を離したので、旗は歩道に落ちた。また、周囲の人に向かって大きな声で、「Meredith にこんなことが起こるなら、アメリカの旗なんかいらぬ」と話しかけ、公然と言葉や行為によって、合衆国の旗を破損、汚損、汚(けが)し、侮り、踏みつけ、侮辱することを misdemeanor とする New York 州法違反^(2-a)に問われた。州中間上訴裁判所も、州最高裁判所も、事実審裁判所の有罪判決を維持した。合衆国最高裁判所は Street が言葉だけで処罰された可能性を考慮し、原判決を覆し、差し戻した^(2-b)。合衆国最高裁判所は、抗議活動としての星条旗焼却だけを根拠に Street を処罰することの有効についての判断を明示的に回避している^(2-c)。州最高裁判所は州法の文言のうち、「言葉」を削除する解釈をして、新たな事実審理を命じた^(2-d)。

(3)1966年7月以降、Hodsdon は、しばしば、Delaware 州 Wilmington 市の自宅の前庭で、国連旗を右に、星条旗を左に掲揚していた。州は、
北法41(2・463)973

他の旗との関係において、星条旗の位置を常に右、または、上と定めている連邦法違反を理由に、その掲揚行為の差止を請求する訴訟を連邦地方裁判所に提訴したが、連邦裁判所に裁判管轄権がないこと、連邦法第36篇が行動規範に過ぎず、§175には処罰規定がないことから、その請求は退けられた。^(3-b)

Hodsdon は次に「言葉や行為によって、(星条旗を)公然と破損、汚損、汚し、侮り、踏みつけ、侮辱する者を」処罰する Delaware 州法違反^(3-c)に問われた。州最高裁判所は州事実審裁判所による公訴棄却の申し立て却下の審理を拒否し、州法を合憲とする州事実審裁判所の判断を支持した。^(3-d)連邦地方裁判所は州法文面違憲の宣言判決を下したが、連邦控訴裁判所は、州裁判所における訴訟が係属中であることに鑑み、宣言判決を下すべきではないと、原判決を覆した。^(3-f)

(4)1966年12月13日から1967年1月17日まで、New York 市の画廊所有者である Radich は2階にある画廊において、Marc Morrel 制作の立体的な「造形」を13点、展示していた。これらの「造形」の一部分に合衆国の旗やその部分、ヴィエト・コンの旗、ソ連の旗、ナチスのカギ十字、ガス・マスクが用られており、その中でも、星条旗を用いた立体芸術3点が、星条旗を侮辱するとして、New York 州法違反^(4-a)に問われた。「造形」は抗議芸術という種類の彫刻であり、ヴィエト・ナムにおけるアメリカの戦闘活動に対する抗議を表明しているとの説明にもかかわらず、州裁判所では、Radich は有罪となった。^(4-b)Douglas J. は口頭弁論の時には参加したのに、審理、判決に参加しなかったことから、合衆国最高裁判所の意見は同数に分れ、結果として、州最高裁判所の有罪判決が維持された。^(4-c)後の人身保護令状請求において、連邦裁判所は、管轄権の^(4-d)考察の後、州法を Radich に適用されるかぎりにおいて違憲と判断した。^(4-e)

(5)1967年3月7日、New York 州 Liberty 村において、Duncombe が Mexico で購入したポンチョに仕立てた星条旗を愛国心の表示のため羽

象徴的表現(2)

織って食事をしたところ、後日、New York 州法違反^(5-a)を理由に逮捕状が
発給され、有罪の判決を受けた。州法の違憲宣言判決と執行停止の請求
に対して、連邦地方裁判所は、差止命令を必要とする緊急性、人身保護
令状の請求であったとしても前提となる州の救済の不完全さを認定でき
ないので、連邦裁判所のエクィティ上の権限行使を拒否した。^(5-b)

(6)1967年 5 月12日 午後10時30分、Washington 州 Seattle 市 Central
Area Motivation Project (CAMP) において、他の人が星条旗に火を
つけるあいだ、Turner は旗を持っていて、燃え上がると、旗を地面に落
としたのを目撃され、「旗を公然と破損、汚損、汚染、汚し、踏みつけ、
言葉や行為によって侮辱する」ことを禁止する Washington 州法^(6-a)に基づ
いて逮捕された。州最高裁判所は、星条旗冒瀆には侮辱の意図が必要で
あり、陪審への説示が不適切であったとして、審理のやり直しを命じた。^(6-b)

(7)1967年 7 月 4 日、Pennsylvania 大学 State College 恒例の独立記念
日パレードにおいてヴィエト・ナムにおける交戦状態への介入に反対す
る意思表示として Janoff と Haugh は、星条旗の上に「戦争ではなく、
愛し合おう」、「新アメリカ革命主義者」と印刷し、公衆の目に触れるよ
う展示したため、Pennsylvania 州法違反^(7-a)に問われた。裁判官審理による
州事実審裁判所で有罪の判決を受けた後、Haugh は控訴したが、州中間
上訴裁判所は控訴を棄却した。^(7-b) 州最高裁判所は、上告人が政治問題に関
わるデモンストレーションに参加していたことから、政治的デモンスト
レーションに対する同法の適用除外を受けると判断して、原判決を覆
した。^(7-c)

(8)1968年 4 月17日、Ohio 州 Toledo 市内を Saionz は公然と星条旗を
ケープか肩掛けのように用いて、旗を公然と侮辱することを禁止する
Ohio 州法^(8-a)に基づき、逮捕された。州中間上訴裁判所は侮辱を物理的破損
行為と解釈して、Saionz には州法の適用がないと判断した。^(8-b)

(9)1968年 8 月 3 日、Burton は New York 市 Brooklyn 区の空き家に
北法41(2・461)971

星条旗を張りつけ、灯油をかけ、火をつけて、「この旗を燃やすとともに、Johnson, Humphrey, Wallace を燃やすのだ」と述べているところを目撃され、逮捕された。Burton が「星条旗の違法な破損行為」を理由に New York 州法違反^(9-a)に問われたことから、州中間上訴裁判所は有罪判決を維持した^(9-b)。

(10)1968年10月3日に連邦議会下院の非米活動委員会において証言を求めた召喚状に答えて、Hoffman は星条旗に非常によく似たシャツを着て、委員会の開催されていた建物に近づいたところ、「合衆国の旗を、公然と破損、汚損、汚すことによって故意に侮辱した」者^(10-a)を処罰する連邦法に違反すると逮捕され、有罪判決を受けた^(10-b)が、(Washington D. C. 連邦特別区最高裁判所としての)連邦控訴裁判所はシャツ着用が法律の規定する星条旗の物理的な破損、汚損には該当しないと、原判決を破棄^(10-c)した。

(11)1968年11月、大統領選挙の日に Cowgill は合衆国の旗を裁断して縫ったチョッキを着て、公の道路において着用していて逮捕され、星条旗を公然と破損、汚損、汚し、踏みつけることを misdemeanor とする California 州法違反^(11-a)として有罪判決を受けた^(11-b)。

(12)1968年11月14日、Ferguson と Kangas は連邦地方裁判所の正面玄関前の広場で行なわれたデモンストレーションと集会に参加し、星条旗を燃やし、逮捕されて、連邦法違反^(12-a)として起訴された^(12-b)。連邦地方裁判所は連邦法を有効であり、Ferguson を有罪と判断した^(12-c)。

(13)1969年1月20日、大統領就任式の日の午前11時10分頃、大統領就任パレードの道筋にあたるホワイト・ハウスから一区画離れたところで、Joyce は星条旗を引き裂いて、右手の人指し指と中指に結び、V字サインをしていたのを目撃され、連邦法違反^(13-a)に問われ、有罪判決を受けた^(13-b)。

(14)Keough は Rochester Institute of Technology の学生が発行する定期刊行物 Reporter 1969年4月25日号において、ヌードの女性が星

象徴的表現(2)

条旗を背後からまとっている写真の公表、出版、配布にかかわったとして、合衆国の旗を卑しめ、侮辱することを禁止する New York 州法違反^(14-a)に問われた。州中間上訴裁判所は州法を合憲であり、適切に適用された^(14-b)と有罪判決を下したが、州最高裁判所は犯罪とするに足り的事实はない^(14-c)と原判決を破棄した。

(15) Argus は University of Maryland, College Park キャンパスの学生雑誌であり、大学が学生から徴収する「学生活動費」と雑誌に掲載する広告費により賄われている。1969年11月、Argus 編集部員である Korn などが入稿した1969-70年の最初の号の原稿を、外注で印刷しようとしたところ、University of Maryland 学長 Dr. Elkins は州司法長官から、燃えている星条旗の写真を用いた雑誌表紙の印刷・公表が、合衆国や州の旗を、公然と破損、汚し、侮り、言葉や行為によって侮辱することを禁止する Maryland 州法違反^(15-a)となると警告された。大学側は印刷費の支払いを見合わせるという立場をとったので、編集部は表紙を白地に「検閲済み」と印刷したものに變更して、Argus 1969年12月号を出版した。Korn などは、州法違憲の宣言判決と損害賠償を請求する訴訟を提起した。連邦地方裁判所は、学生雑誌の表紙に燃えている星条旗の写真を用いることは「芸術という形態の表現」であり、州法の適用は違憲であると判断^(15-b)した。

(16) 1970年1月15日に地方検事 Cahn は Long Island Vietnam Moratorium Committee などが行っているボタン、バッジなどに転写された星条旗の展示、配布を、合衆国の旗の上に言葉、記号、印などを付加して展示することを misdemeanor とする New York 州法違反^(16-a)であると宣言した。Long Island Vietnam Moratorium Committee は、Cahn の宣言の根拠を明らかにするように要求する訴訟を開始した。連邦地方裁判所は、州法は合憲だが、Long Island Vietnam Moratorium Committee のバッジには適用違憲となると、連邦控訴裁判所は、州法を違憲北法41(2・459)969

と判断した。^(16-b)

(17)1970年1月30日、Massachusetts州 Leominster 市で Goguen はジーンズの尻部に小さな星条旗を縫いつけて穿いて街頭に立っているとこを目撃され、後日、合衆国や州の旗を公然と破損、踏みつけ、汚損、その他侮辱的に取り扱うことを処罰する Massachusetts 州法^(17-a)に違反したとして逮捕された。州最高裁判所は、物理的な冒瀆ではないにしても公然と侮辱的な取り扱いをしたことに該当すると、有罪判決を下した。^(17-b)後の人身保護令状請求において、連邦地方裁判所は州法が漠然としてい^(17-c)ると、連邦控訴裁判所は第1修正に関して過度に広汎でもあると、合衆国最高裁判所は原判決を維持して州法を漠然性ゆえに無効と判断した。^(17-e)

(18)1970年3月10日、Cole は Virginia Polytechnic Institute のキャンパスにおいて、ズボンの尻部に縫いつけた形で星条旗を掲示していたとして、Virginia 州法違反^(18-a)に問われ、有罪判決を受けた。州法の違憲性を根拠にした執行差止の請求を、連邦地方裁判所は裁判管轄権がないと退^(18-b)けた。

(19)1970年3月31日に Waterman は星条旗を「ポンチョ」のように羽織って、ホテルのロビーに入っていた。「ポンチョ」のようにするため、旗には裂け目ができていた。Waterman は、合衆国の旗を、言葉や行為によって、公然と破損、汚損、汚染、汚し、踏みつけ、侮辱、風刺、愚弄、茶化すことを misdemeanor とする Iowa 州法違反^(19-a)に問われ、州最高裁判所の有罪の判決を受けた。^(19-b)

(20)1970年4月9日、North Carolina 州 Charlotte 市の University of North Carolina のキャンパス内で、Parker はジャケットの背中に、上から「平和にチャンスを」という標語とV字サインをつけた星条旗を縫いつけ、着用していたところ、大学警備員に逮捕され、North Carolina 州法違反^(20-a)に問われた。Berg は、明らかにコミュニケーションの意図なく、自分の自動車の屋根に星条旗を取りつけておいたところ、自動車警察

象徴的表現(2)

に没収され、同じく、州法違反に問われた。連邦地方裁判所は州法を漠然性と過度の広汎性から無効であると判断した。^(20-b)

(21)1970年4月21日午後6時頃、Verch は New York 州 Yonkers 市の自分の部屋からほとんど全体を赤茶色のペンキで覆われた星条旗を掲示していたところを、New York 州法違反に問われ、州裁判所は有罪の判決を下した。^(21-a)^(21-b)

(22)1970年5月1日、Texas 州 Houston 市 Rice University, Baker College の学生集会室・食堂の舞台上で、Case は星条旗を肩から掛け、^(22-a) Holland は足で踏み、Van Slyke は鼻をかみ、マスターベーションをしたため、^(22-b)「合衆国の旗を、言葉や行為によって、公然とであると、私かにであるとかかわらず、破損、汚損、汚染、汚し、踏みつけ、侮辱することを処罰する Texas 州法違反に問われ、州裁判所の有罪判決からの^(22-c) 上訴を合衆国最高裁判所は棄却した。^(22-d)^(22-e)^(22-f)

(23)1970年5月6日、Arizona 大学のキャンパス内の建物の2階で、Crosson は床に星条旗を広げて、黄色の液状のものを注ぎかけ、さらに、それに火をつけたことで、「旗を、公然と破損、汚損、汚し、踏みつけ、言葉か行為によって侮辱することを misdemeanor とする」Arizona 州法に^(23-a)基づいて起訴されたが、連邦地方裁判所は州法が違憲であるという宣言判決を下した。^(23-b) Crosson は、同一の行為に関して別に、連邦法に基づいて有罪の判決を受けた。^(23-c)^(23-d)

(24)1970年5月10日、Spence は、数日前に起きたアメリカ軍の Cambodia 侵攻と Ohio 州 Kent State University での州兵発砲と4名の学生死亡に抗議するため、自分の星条旗に取りはずし自由な黒いプラスチック・テープで造ったピース・シンボルを重ね合わせて、Washington 州 Seattle 市内の自分のアパートの窓から掲揚したため、合衆国や州の旗に何かを付着させること、何かを付着させた旗を公然と展示することを禁止する Washington 州法違反に問われた。^(24-a)^(24-b) 州中間上訴裁判所は、

州法を Spence の行為に適用することは憲法上許されず、また、州法は文
 面上過度に広汎であると、有罪判決を覆したが、州最高裁判所は原判決
 を覆した。^(24-c) 合衆国最高裁判所は州法が適用違憲であると、原判決を覆
 した。^(24-d)
^(24-e)

(25)1970年5月11日に、Ohio州 Kent State University で死亡した4
 名の学生とヴィエト・ナムで死亡した40,000名の兵士に哀悼の意を表す
 ため、New York州 Peekskill の Peekskill High School の旗を半
 旗にするという生徒の要請に教育委員会が応じないよう、差止を求めた
 退役軍人 Lapolla の請求に対して、州地方裁判所は、連邦法が慣習の表
 明であること、New York 州法は直接問題に関するものではないこと、
^(25-a)
 条例が半旗とすべき場合を規定していること、今回の状況が政治的観念
 の表明であって、星条旗は抗議の一形態として用いられるべきではなく、
 半旗とすべきものに該当しないことから、請求を容認した。^(25-c)

(26)1970年5月18日午後1時20分、Texas州 Dallas 市内で Jones は軍
 放出のグリーンの作業着の右胸ポケットに星条旗を縫いつけたシャツと
 足元部分に星条旗を縫いつけたズボンを着ていて、逮捕されたが、3時
 30分に起訴されることなく釈放された。しかし、Jones は5月19日以降
 も、5月19日と同じ服装で地方検事室、その他一公衆の目に触れると
 ころに現われ、逮捕、起訴された。連邦地方裁判所は Texas 州法違憲の宣
 言判決を請求されたが、州裁判所が州法を合憲と判断していること、
^(26-a)
 連邦裁判所は現在係属中の州刑事手続に干渉すべきではないことから、
 その主張を退けている。^(26-b)
^(26-c)

(27)1970年5月29日、Morgan は尻部に6インチ×8インチの星条旗の
 複製を縫いつけたズボンを穿いていて州法違反を理由に、逮捕された。
^(27-a)
 陪審審理の結果、有罪となり、州中間上訴裁判所への控訴は棄却された。
^(27-b)

(28)1970年5月、Sutherland, Schultz, Papke は、アメリカ軍の Cam-
 bodia 侵攻と Ohio州 Kent State University での州兵発砲と4名の学

象徴的表現(2)

生死亡に抗議するため、Illiois 州 Rock Island 市にある連邦政府の建物に隣接した芝生に星条旗を植え込んで、火をつけた。全員、合衆国の旗を公然と破損することを犯罪とする Illinois 州法違反^(28-a)に問われた。Sutherland は州法が文面上違憲である旨の宣言判決を求めたが、連邦地方裁判所は Sutherland に適用するかぎりにおいて合憲と判断した^(28-b)。州最高裁判所の有罪判決は合衆国最高裁判所の破棄、差し戻しを受けた^(28-c)。差し戻し審の中間上訴裁判所は、再び有罪と判断し^(28-d)、合衆国最高裁判所は、連邦法上の争点がないと、上訴を棄却した^(28-e)。

(29)1970年6月14日、Kool は Iowa 州の自宅の窓からピース・シンボルとその背後に上下逆さまになった星条旗の複製を掲揚して、Iowa 州法違反^(29-a)に問われた。州最高裁判所は州法が漠然としているとはいえないが、ここには適用されないとして、事実審の有罪判決を覆した^(29-b)。

(30)1970年6月14日、Texas 州 Dallas 市の二階建の住居の二階のバルコニーから、星条旗から星をはずして代わりに自分でデザインしたピース・シンボルを縫いつけた旗を掲揚して、Renn は Texas 州法違反^(30-a)に問われた。州中間上訴裁判所は、en banc 再審理の結果、陪審に予断を与える検察官の不当な行為があったとして、原判決を破棄、差し戻した^(30-b)。

(31)1970年6月18日に、New York 州 East Hampton で、Gwathmey は星の代わりにピース・シンボルがある星条旗類似の旗を掲揚していたとして New York 州法違反^(31-a)に問われ、州法の違憲判断と執行停止のため、連邦の合議体事実審裁判所の開廷と審理を請求した。連邦控訴裁判所は州法を違憲と判断したが、合衆国最高裁判所に破棄差し戻された^(31-b)。

(32)1970年6月25日に Van Camp はズボンの尻部に星条旗をつけて歩いて、Connecticut 州 Hartford 市を歩いていて逮捕された。合衆国や州の旗に何かを附着させて掲揚し、あるいは、公然と破損、汚染することを処罰する、旗の誤用に関する Connecticut 州法違反^(32-a)に問われ、有罪とされた^(32-b)。

(33)1970年7月4日、Zimmelman は独立記念日であることから、New Jersey 州 Camden 郡 Audubon で自分のアイスクリーム・トラックを赤、白、青に塗り、ピース・シンボルを付着させた星条旗を2本掲揚したところ、Zimmelman には違法行為を行なう意図がなかったにもかかわらず、警告なく逮捕され、合衆国や州の旗に何であれ付着させること、公然と旗を破損、踏みつけ、汚損、汚染することを misdemeanor とする New Jersey 州法違反^(33-a)で有罪とされた。州中間上訴裁判所は州法が付随的に言論の自由を制限することは正当であること、過度に広汎もしくは漠然としていないことから、原判決を維持^(33-b)したが、州最高裁判所は、旗への付着を一律に禁止したにもかかわらず、政府の政策に反対する場合だけを訴追する州法は過度に広汎であり、違憲と判断^(33-c)した。

(34)1970年7月29日午後6時35分、New Hampshire 州 Hampton Beach で、Cline は毛布を纏っていたのを目撃されたが、その毛布にはインクでピース・シンボルが描かれた星条旗がつけられていた。Cline は旗に何かを付着させることを禁止する New Hampshire 州法違反^(34-a)で起訴された。州最高裁判所は州法を合意と判断^(34-b)した。人身保護令状の請求に対して、連邦地方裁判所は州法が過度に広汎ゆえに無効と、連邦控訴裁判所は Cline に適用されるかぎりにおいて州法は違憲と判断^(34-d)した。

(35)1970年8月6日、New York 州の高速道路の通行中に、合衆国の旗のように、前頭部は青地に白星、車体は赤と白の縞に塗装したバンを運転中、New York 州法違反^(35-a)に問われ、逮捕された Baisch は、不法逮捕と違法監禁を理由に損害賠償請求訴訟を提起した。州請求裁判所は、治安妨害を惹起する蓋然性があるような侮辱的な公然たる行為がないならば、州法のいう冒瀆に該当しないと判断し、請求を容認^(35-b)した。

(36)1970年8月18日、New York 州 Southampton 村の駐車禁止区域の海岸に駐車していたトラック内に置かれていた、ピース・シンボルが左上部にある合衆国の旗のような「もの」が New York 州法違反^(36-a)である

象徴的表現(2)

ことを理由とする逮捕・訴追は不法逮捕と悪意ある訴追に当たるという損害賠償請求訴訟において、州請求裁判所は、運転手席の背に置かれていた、画用紙に描かれた、ピース・シンボルが左上部分にある合衆国の旗のような図は州法の構成要件（星条旗、公然とした掲示）を充足しないことは明らかであると、請求を容認し、州中間上訴裁判所も原判決を維持した。^(36-c)

(37)1970年12月4日、Wolfenberger は自分のヘルメットに、ピース・シンボルを重ねた13の星と13の縞の星条旗をつけていたため、逮捕され、合衆国や州の旗に何かを付着させ、公衆の目に触れるよう、展示、掲示することを禁止した Florida 州法^(37-a)および市内で misdemeanor を禁止する Miami 市条例違反^(37-b)に問われた。事実審裁判所は有罪判決を下した。星条旗の誤用法が多くの州で過度の広汎性ゆえに違憲とされていることに鑑み、Wolfenberger に適用されるかぎりにおいて州法は違憲であるという州中間上訴裁判所の判決からの裁量的上訴の請願は却下されている。^(37-c)

(38)Joseph は1970年5月6日、自宅の前に星条旗を上下逆さまにして、血を象徴する赤い旗をその下に、掲揚し、訴追された。Melvin は1970年8月、自分の自動車の窓に星条旗の小さな複製を上下逆さまにして掲示し、警察官に逮捕すると警告を受けた。Oppenheimer は自動車の窓に星条旗の上ピース・シンボルを重ねたステッカーを張っていた。Slovinsky は New Jersey 州 New Brunswick の Douglass College の寮の窓に上下逆さまの星条旗を描いたが、星のうちふたつが赤であった。訴追されるとの警告を受け、星条旗の複製を取り除かざるを得なかった。Cuffie は1970年4月15日、シャツの背中^(37-b)に上下逆さまにした星条旗をピンで止めていて、逮捕され、訴追された。Oldroyd は1970年5月31日、New Jersey 州 Seaside Heights において、白い星をいくつか縫いつけたズボンと赤と白の縞模様のサッシュ・ベルトを着用して、逮捕され、訴北法41(2・453)963

追された。星とサッシュはもともと星条旗の一部であった。New Jersey^(38 a)州法は、合衆国や州の旗を、公然と破損、踏みつけ、そのほか汚損、汚染することを misdemeanor と規定している。OldroydなどはNew Jersey州法の執行停止を求めて連邦地方裁判所に訴訟を提起したが、州法には過度の広汎性故の萎縮効果は認められず、悪意に基づく(選択的な)法の執行の危険はないとの判断から、請求は退けられた^(38 b)。連邦控訴裁判所は、Joseph, Cuffie, Oldroydが実際に訴追されたことから、連邦地方裁判所が判断すべき実質的連邦法上の問題が存在すると、差し戻した^(38 c)。連邦地方裁判所は、訴訟当事者にクラス・アクションを提起するための特定された害悪を主張するクラス不存在と、州法に関する判断回避の法理により、請求を退けた^(38 d)。

(39)1970年に、Liskaは自分の自動車の後部ウィンドウに青地部分に白いピース・シンボルがある以外は星条旗にそっくりなステッカーをつけていたために、合衆国や州の旗を侮るように何かを付着させること、公然と破損、焼却、破壊、汚染、汚し、踏みつけ、その他侮辱することを禁止するOhio^(39 a)州法違反に問われ、有罪判決を受けた^(39 b)。州中間上訴裁判所は、Liskaの行為が同法のいう侮辱的行為に該当しないと原判決を破棄した^(39 c)。

(40)1971年1月1日、Mitchellは、警察の不審尋問を受けたとき、半ズボンの尻部に旗と思われる布をつけて穿いていたため、Ohio^(40 a)州法違反に問われた。Mitchellの説明によれば、ジーンズにできた穴をかがったうえで、星条旗に見えるように刺繍したもので、愛国的な色彩を着るのはカッコいいからである。州裁判所は、Mitchellの行為にはメッセージが欠如しており、旗を侮辱することが目的であったと、有罪判決を下した^(40 b)。

(41)1971年2月11日、University of Iowaキャンパス内で、行なわれたインドシナ戦争に抗議するデモンストレーションのあと、Farrellが手に持っていた星条旗を他の人たちが火をつけて燃やしたので、Iowa^(41 a)州法

象徴的表現(2)

違反に問われた。州最高裁判所は有罪判決を下したが、合衆国最高裁判所は破棄差し戻した^(41 c)。州最高裁判所は、州法がメッセージの内容ではなく、形態を規制しており、自由な表現の抑圧とは関係が乏しいと、再び Farrell 有罪の判決を下した^(41 d)。

(42)1971年2月26日に Saulino は青地部分にミッキィ・マウスが描かれている以外は星条旗によく似た旗を車体の側面に描いたトラックを運転していて、逮捕され、Ohio 州法違反に問われた^(42-a)。州裁判所は州法を合憲と判断し、有罪判決を下した^(42-b)。

(43)1971年5月31日、Leonard など、Georgia 州 Columbus 市警察の黒人警察官は雇用における人種差別に抗議するピケッティングを警察署に対して行ない、とくに制服の袖から星条旗の記章を丁寧にはずしたため、解雇された^(43-a)。不当解雇に関する損害賠償と復職を請求する訴訟が提起された。連邦控訴裁判所が行政行為に対する司法審査と管轄権に関して肯定的に判断した後^(43-b)、「旗事件」を警察官にふさわしくない行為と認定した連邦地方裁判所は請求を却下したが、象徴的言論と認定した連邦控訴裁判所は解雇が言論を理由にするものであるとして、原判決を覆し、差し戻した^(43-c)。

(44)1971年11月23日から12月5日までの期間、Georgia 州 Atlanta 市 Atlanta Civic Center においてミュージカル“Hair”を上演する希望を表明した Southeastern Promotions, Ltd. に対して、市の市営建物体育委員会は、理由を付せず拒否した。委員会の拒否を争う訴訟において、劇中の合衆国の旗の利用が Georgia 州法違反になる可能性が拒否理由のひとつに挙げられた^(44-a)。連邦地方裁判所は、劇中の行為は州法の規定する構成要件を満たさないと、市営施設の利用拒否の判断の見直しの請求を認容した^(44-b)。

(45)1979年11月29日に Georgia 州 Atlanta 市の連邦裁判所の付近での「合衆国のイラン介入」に反対するデモンストレーションにおいて、
北法41(2・451)961

Monroe が星条旗を広げ、Talebi-Negad がライターで火をつけた。これを見ていた第三者が星条旗を奪おうとしたので、警察は、デモンストレーションを解散させ、火を消した。Monroe と Talebi-Negad は、合衆国や州の旗を故意に破損、汚損、汚染することを misdemeanor とする Georgia 州法^(45 a)に基づいて有罪とされ、州最高裁判所は州法が十分に明確で厳密であると、有罪判決を維持した^(45 b)。人身保護令状発行の請願に対して、連邦地方裁判所は州法が重要な利益のために物理的な行為だけを制限すること、Monroe の第 1 修正の利益はほとんど認められないことから令状を拒否した^(45 c)が、連邦控訴裁判所は Monroe に適用されるかぎりにおいて州法は違憲であると原判断を覆した^(45 d)。

(46)1981年5月1日午後9時頃、Georgia州Techwood Homesにて Revolutionary Communist Party (RCP) が配布した紙でできた合衆国の旗をアメリカ帝国主義に抗議して焼却した Bowles などは Georgia 州法違反を理由に、即刻逮捕された。州裁判所は陪審の評決に基づいて有罪と判断し、州と合衆国の最高裁判所への裁量的上訴の申し立ては拒否された。人身保護令状の請求に基づき、連邦控訴裁判所は Monroe v. State Court of Fulton County^(46 b)に従い、州法は本件に適用されるかぎりにおいて違憲であると、原判決を破棄、差し戻した^(46 c)。

(47)1983年10月4日から Malcolm Konner Chevrolet が、1984年10月から Cerami Pontiac が、1985年8月22日から McDonald's が、それぞれ80フィート（約24メートル）の旗掲揚柱から守備隊旗（20フィート×38フィート、約6メートル×11.5メートル）を掲揚していた。1985年11月26日に New Jersey 州 Paramus 区は土地利用規制条例を制定し、休日以外に守備隊旗を区内で掲揚することを禁止した。Malcolm Konner Chevrolet, Cerami Pontiac, McDonald's は、条例違反に問われ、罰金を課せられた。州裁判所は、星条旗掲揚は自由な言論であり、条例は有効な時間、場所、方法、態様の規制とはいえないと判断して、有罪判決

象徴的表現(2)

を覆した。^(47-b)

これらのほかに、いつ、その出来事が起きたのかが確定できなかった事件がいくつかある。

(48) Pennsylvania 州 Cumbola でガソリン給油所を所有経営する Lorenec は、教育委員会の支払拒絶を非難するため、赤地にハンマーと鎌という「ロシアの旗」を星条旗よりも上にしてガソリン給油所の前の旗掲揚柱に掲げ、「赤い旗」を除去するよう州警察に命じられたにもかかわらず、拒否したので、逮捕された。Pennsylvania 州法に基づき有罪の判決^(48-a) (Court of Common Pleas, 1966) からの上訴を州中間上訴裁判所は棄却した。^(48-b) なお、事実審において州法の適用が免除され得る「symbolic protest 象徴的抗議」の主張をしなかったことが指摘されている。^(48-c)

(49) Bunch は、Ohio 州 Cincinnati 市内で星条旗を畳んで結び、ナップサック状にして持ち歩き、市の中心部に着いたあと、星条旗を地面に広げてその上に私物をいろいろ置いたため、Ohio 州法違反^(49-a)に問われた。州裁判所は Bunch の行為は星条旗を侮辱すると、有罪判決^(49-b)を下した。

(50) 政治的集会においてヴィエト・コンの旗を掲示したことで刑事訴追の対象となったことから、Anderson, Nutter などは、「人々を社会的無秩序や法律違反へと扇動するかもしれない、もしくは、そのように計算された象徴として赤い旗その他の記章を掲示、所持すること」を犯罪とする Connecticut 州法^(50-a)を違憲とする宣言判決を求める訴訟を提起した。連邦地方裁判所は州法を過度に広汎故に無効とした。^(50-b)

(51) Sinniger は自分のトラックのシート・カバーに星条旗を用いていたとして、合衆国の旗を公然と破損、踏みつけ、公然と汚損、侮り、汚し、言葉や行為によって侮辱することを処罰する Oregon 州法違反^(51-a)に問われた。州中間上訴裁判所は侮るという意図、治安が実際に脅かされたことの立証は不必要であること、州法違憲の主張が適切に提起されなかったことから、有罪と判断した。^(51-b)

(52)ある日曜日の午後、人で賑わう Texas 州 Dallas 市の公開されてい
る公園で、Deeds は星条旗もしくはそのレプリカを焼却し、Texas 州法^(52-a)
違反に問われた。州最高裁判所は行為の非言論面を規制する州法を合憲、
Deeds を有罪と判決した。^(52-b) 後の人身保護令状請求も却下された。^(52-c)

(53)Thoms は「合衆国や州の旗もしくは旗であるはずのものに、何かを
追加して公然と掲揚、展示し、あるいは、旗の所有権のいかににかかわ
らず、公然と誤用、破損、踏みつけ、その他、汚損、汚染、侮辱する者
は、100ドルの罰金か、6ヶ月の禁固、もしくは両方により処罰される」
という Connecticut 州法が漠然とし、過度に広汎であることから違憲で
あるという連邦控訴裁判所の宣言判決とその執行の差止め命令を求める訴
訟を提起し、星条旗の誤用を禁止する州法は違憲であるという宣言判決
を得たが、合衆国最高裁判所に破棄差し戻されている。^(53-a) Thoms はたとえ
ばチョッキに仕立てた星条旗を着用する意図を明確にしている。^(53-c)

(54)Nicola は、星条旗の、通常、星がある青地の部分にピース・シンボ
ルがある旗を一般公衆の目に触れるところに展示して、合衆国の旗に何
かを付着させること、商品に旗を利用すること、公然と破損、踏みつけ
など侮辱することを禁止する North Dakota 州法違反に問われた。^(54-a) 州最
高裁判所は、問題の旗がピース・シンボルを付着させた星条旗ではなく、
元来合衆国の旗ではないので、州法の適用はないと、有罪判決を覆した。^(40-b)

(55)Kasnett はポケットのところに星条旗がある、もしくは、尻部に星条
旗が縫ってあるジーンズを穿いて、Ohio 州法違反に問われた。州中間上
訴裁判所は有罪と判断した。^(55-a)^(55-b)

(56)Alford は、1970年5月26日に California 州法違反で起訴された。事
実審裁判所で違憲を主張したところ、州中間控訴裁判所は「星条旗の複
製すべて」を星条旗と規定する州法を過度に広汎であり、違憲と判断
した。^(56-a)^(56-b)^(56-c)

(57)Washington 州の公道に駐車中の自動車内にいた Claxton の着てい

象徴的表現(2)

たダンガリーの左膝に裂け目があり、その下の部分に、自分で、装飾的な継ぎ布にするために購入し、縫いつけた小型の合衆国の旗があったので、Claxton は Washington 州法違反に問われたが、州中間上訴裁判所は Claxton の行為が州法の構成要件に該当しないと、有罪判決を覆した。^(57-a)^(57-b)

(58) Texas 州 Houston 市の Sharpstown ショッピング・センターの営業時間中、Delorme はカット・オフ・ジーンズのポケットの間の尻部分に星条旗を縫いつけて、シースルーのだぶだぶのコートの下に着ていたのを目撃され、Texas 州法違反で起訴された。^(58-a) 州中間上訴裁判所は条文中の「私かに」および「言葉による」という箇所を抹消するように解釈することで、漠然性、過度の広汎性の欠陥を除去できると判断した。^(58-b)

(59) Royal は、ジャケットの穴を繕う継ぎのように、星条旗を縫いつけていたことで、合衆国や州の旗を、言葉や行為によって、公然と、破損、踏みつけ、汚し、汚染、侮辱することを禁止する New Hampshire 州法違反に問われたが、州法の違憲性を主張したため、事件は州最高裁判所に移送された。Morrisette は、ズボンの尻部に星条旗をつけていたことが星条旗に対する侮辱であると、同じ州法の違反を問われたが、州法の違憲性を主張したため、事件は州最高裁判所に移送された。2件を合併審理した結果、州法は合憲であると、有罪判決が下された。^(59-a)^(59-b) Royal の人身保護令状請求において、連邦地方裁判所は、Royal の行為は第 1 修正の保護する表現ではなく、州法は過度に漠然としていないと、請求を退けた。^(59-c) が、連邦控訴裁判所は、州法が漠然としていないと、原判決を覆している。^(59-d)

(60) Vaughan は Colorado 州 Boulder 市の公道において星条旗の一部を尻部に縫いつけたブルー・ジーンズを穿いていて、合衆国の旗を侮辱する意図で、言葉や行為によって、破損、汚損、汚染、踏みつけることを misdemeanor とする Colorado 州法違反に問われた。^(60-a) 事実審裁判所は有罪と判断したが、州最高裁判所は州法を文面上違憲であるとして、^(60-b) 原判決を破棄差し戻した。

(61) Jackson は、Georgia 州 Atlanta 市 Hunter Street 799 番地の店舗のショー・ウィンドーに、「建国200年賛歌」と題した、星条旗と男性の裸体写真を展示したため、Georgia 州法違反^(61-a)に問われた。州事実審裁判所は、同法は写真に適用がないと判断したが、州中間上訴裁判所は法律の目的が星条旗の品性維持にあることから、写真にも適用されると、原判決を覆した^(61-b)。

(62) Alabama 州 Montgomery 市にある Alabama 州議事堂の上にあるハリヤードに、Alabama 州旗とかつての南部連合旗を掲揚し、海拔の低いところに合衆国の旗を掲揚することは連邦法違反^(62-a)であるという Holmes の主張に対して、連邦地方裁判所は、連邦法が罰則を伴わない、支配的な慣行の記述であり、訴因、権利侵害がないと、訴えを退けた^(62-b)。その後、州議事堂の頂点には、上から、星条旗、Alabama 州旗、南部連合旗の順で掲揚されている。1988年2月2日に NAACP のメンバーで州議会議員でもある数名が南部連合旗掲揚に抗議するデモンストレーションを実施したところ、州は実力で南部連合旗を取りはずす企てであったと起訴し、1989年1月10日に州裁判所は有罪と判断した。1988年5月20日に NAACP は南部連合旗を州議事堂の頂点に掲揚することは違憲であるとの宣言判決を求める訴訟を連邦裁判所に提起した。1988年12月15日および1989年3月1日に連邦地方裁判所は州の申し立てを受けて審理に入らずに請求を棄却した。連邦控訴裁判所は、連邦法に関しては既判事項であること、NAACP の権利侵害の証拠がないこと、南部連合旗の掲揚を禁止する法律がないことからその掲揚が第13修正、第1修正違反^(62-c)とはいえないと、原判決を維持し、控訴を却下した。

もちろん、これは星条旗の伝統的ではない取り扱いに関する訴訟の網羅的なりすとではないが、Texas v. Johnson⁽⁶³⁾に至るおおよその潮流を見ることが出来る⁽⁶⁴⁾。

象徴的表現(2)

2. これらの事件においても、第1修正との関係に言及した判決は決して多くはない。当初は、星条旗の伝統的ではない取り扱いをコミュニケーションであると主張することに否定的、消極的な立場をとっていた裁判所が多かったが、やがて、より一層積極的な判旨が登場するようになった。たとえば、「『言葉によらない表現』が第1と第14修正の保護する『言論の一形態』となり得ることに疑問はない⁽⁶⁵⁾」、「純粋な言論以外の行為が、第1修正の保護に値する思想の表現の方法となり得ることを認めないわけではない⁽⁶⁷⁾」などである。

1970年になると、言葉によらないコミュニケーションには第1修正に関して何らかの考慮をすることが当然となっていく。たとえば、「人が言葉以外の means 手段によって自らを表現することを選んだという事実だけで、第1修正の保護から全くはずされてしまうということを示唆するものはない⁽⁶⁸⁾」、「表現は話された言葉、書かれた言葉に限定されない。裁判所はある具体的な行為の象徴的意味合いについて judicial notice 司法的に確知をすることができる。表現はそれが言葉によらないことをもって憲法上の保護を奪われない。……象徴的構成要素があることによって行為は規制の外に置かれるわけではない⁽⁶⁹⁾」という文言が見いだされる。

1970年11月13日に連邦地方裁判所 Arizona 地方裁判所の Walch J. は、「(合衆国の) 旗を公然と焼却することは象徴的言論であるという原告の主張に当裁判所は同意する。……合衆国の旗と関係する行為は、すべてでないとしても、大部分が象徴的言論であることは自明である。そのような行為に従事する場合、通常、ある思想を表明する意図をもって。さらに、そのような行為はその思想のコミュニケーションに常に成功している。……そのような行為は第1修正の保護を受けるという一応の推定が働き、(認知され得る表現的要素を持つ行為を禁止する) 法律は、行為の規制が憲法上許され得るかを判断するため厳格に審査されな
北法41(2・445)955

なければならない⁽⁷⁰⁾」と述べている。

その後も、「そのような不敬な（公然たる星条旗焼却）デモンストレーションには第1修正を援用するに足りるコミュニケーションとしての要素があった⁽⁷¹⁾」、「多くの星条旗の用い方、星条旗の加工は……言葉によらない政治的コミュニケーションの手段であり、憲法上の保護に値する『象徴的言論』の形態である。……思想のコミュニケーションや反対の意思表示は話された言葉、書かれた言葉に限定されない。……合衆国の旗と関連する行為は全部でないとしても大部分が象徴的言論である⁽⁷²⁾」、「（ヘルメットにピース・シンボルを重ね合わせた星条旗を付着させていたこと）は、今日のもっとも重要な政治問題の一つに関する自らの見解を表明する手段である。その政治的立場に同意するか否かを問わず、そのような表現は言論の自由への第1修正の権利により保護される⁽⁷³⁾」、「星条旗の公然たる掲揚は『象徴的言論』であって第1修正の完全な保護を受ける資格があることには疑問はない⁽⁷⁴⁾」、「星条旗を焼却する行為にはコミュニケーションとしての側面がある⁽⁷⁵⁾」といった判決があった。

しかし、これらの判決は、言葉によるコミュニケーションと言葉によらないそれとの区別を全く消し去るものではなかった。『行為によって思想のコミュニケーションを行なう者にも……純粋な言論によって思想のコミュニケーションを行なう者に与えられるのと同じ……種類の自由が与えられること』を意味しない⁽⁷⁶⁾、「『象徴的言論』であったとしても、純粋な言論によって思想のコミュニケーションを行なう者に与えられるのと同じ第1修正の保護が、与えられるということにはならない⁽⁷⁷⁾」、「『象徴的言論』や視覚的コミュニケーションによる活動は言葉によるコミュニケーションよりも州の規制を受ける程度が大きい。そのような言葉によらないコミュニケーションの保護は絶対ではなく、有効な州の利益によって限定される⁽⁷⁸⁾」、「公然たる星条旗の焼却は必ずしも憲法上保護される活動ではない。『非言論』要素がかかわっているからである。……公然

象徴的表現(2)

たる星条旗の焼却は明らかに『純粋な言論』行為ではない⁽⁷⁹⁾、「コミュニケーションとしての行為に提供される保護の程度は純粋な言論に与えられるそれと同じではない⁽⁸⁰⁾」、「第1修正の保護がコミュニケーションとしての性質をもっている一定の言葉によらない行為に適用されることは認めるが、行為による思想のコミュニケーションには純粋な言論によるコミュニケーションに与えられているのと同じ程度の保護を保障されていないことは明白である⁽⁸¹⁾」、「純粋な言論と同じ程度の保護は享受しないことは明らか⁽⁸²⁾」であると、繰り返し述べられている。これを「純粋な言論」と「言論プラス」との区別と見ることでもできないわけではない。

「言論と物理的な行為との取り扱いの違いは、二つの間に基本的な違いがあるという事実の認識である。言論は平穏な説得の伝統的な道具であり、異なる見解へと人を転向させるために伝統的に用いられた手段であるので、自由な民主主義に不可欠である。……物理的な行為は純粋な言論と異なる。言論は討議、反論と最終的な合意をもたらすが、公然とした行為はしばしば一種の最終性を持っており、非常にしばしばその一方的、挑発的な性質は、国家の継続的な生命力に不可欠と思われる理性的な対話にとり破壊的となる。もちろん、言論も挑発的になり得るが、パンチがさく裂する音をではなく、同種の挑発的な反応を引き起こす⁽⁸³⁾。」

しかし、このように、言葉によらないコミュニケーションの物理的行為の側面を強調し、表現の手段ゆえに異なる規制が適用されると、どの裁判所も考えていたわけではない。

「この現代において、medium メディアがメッセージであるので、州は話されたり、描かれたりしたならば憲法上保護される思想が、彫刻という medium 手段を通じて表明されたことだけ理由に合法的に処罰することはできない⁽⁸⁴⁾」、「(星条旗を用いた、あるいは、星条旗を想起させる)エンブレムは思想を支持するために用いられるのであり、第1修正の保護するコミュニケーションとなる活動である。……言葉によらない政治
北法41(2・443)953

的エンブレムの表示……は『純粋な言論に極めて類似して』いて、同じ程度の憲法上の保護に値する。星条旗の利用法、変更は……言葉によらない政治的コミュニケーションの同じような手段であり、同じ準則が適用される。⁽⁸⁵⁾」

そこで、第1修正の保護はコミュニケーションの実態の保護であり、メッセージそのものを理由とする規制は検閲に他ならないが⁽⁸⁶⁾、たとえば、他の表現の方法が存在し、メッセージを伝達する可能性があること⁽⁸⁷⁾、州の正当な利益に基づく規制であることは⁽⁸⁸⁾、言葉によらないコミュニケーションに対する規制の適切な根拠であると考えられた。

判決の内容は、象徴的表現の構成要件の定式化と、そのようなコミュニケーションの存在にもかかわらず、規制が認められる条件の定式化とに分化していた。

前者の例としては、「純粋な言論に極めて類似」した象徴的表現の特徴を、コミュニケーションを意図していたことと、コミュニケーションとしての内容を備えていると広く理解されることにあると考えるアプロウチ⁽⁸⁹⁾、コミュニケーションの要素が十分に浸透しているための要件として「活動の性質と、それがなされた現実の脈絡と状況とを組み合わせ」て判断するアプロウチ⁽⁹⁰⁾がある。さらに、詳細な議論を展開している判決が⁽⁹¹⁾ある。それによれば、行為は性質上、通常の活動とはかけ離れており、コミュニケーションをしたいという希望を想定するのではないかぎり、適切に説明できないという意味において assertive 主張がある。そこには行為者があるメッセージの伝達を意図していることも含まれる。送り手には観衆がその行為をコミュニケーションであると理解することを期待する根拠がある。コミュニケーションとしての価値は言葉によって表明できるかに左右されない。

後者、規制の定式化は、行為の言論要素と非言論要素⁽⁹²⁾の抽出を前提として、州は行為の非言論要素に対しては言論要素への付随的制限を伴う

象徴的表現(2)

ような制限をすることができるという非言論要素に着目し⁽⁹³⁾、あるいは、「象徴的言論を制限する規制の有効性は、それが政府の権限内にあること、……重要な、実質的な政府の利益を促進すること、……政府の利益は自由な表現の抑圧に関係がないこと、……主張される第1修正の自由に対する付随的制約はその利益を促進するのに必要不可欠であるよりも大きくないこと⁽⁹⁴⁾」であるという。もつとも、その中でも、非言論要素に対する規制には一定の限界がある⁽⁹⁵⁾と述べている判決もある。

要約すると、第1修正の射程に入る言葉によらないコミュニケーション、象徴的表現は、コミュニケーションの送り手の意図、メッセージが理解される蓋然性の性質と行為が行なわれた状況に基づいて認定される。そのような表現活動に対する規制は、行為の非言論要素に対する制限であって、それが言論要素に対しては付随的な制約を課すにすぎないのであれば、正当であるというのが、多くの裁判所の立場である。

3. 星条旗の伝統的ではない取り扱い、あるいは、一般的に、象徴的表現は、政府、政府の政策への反対、あるいは、思想のコミュニケーションを行なう行為を説明するためにできた⁽⁹⁶⁾と記述されている。政府の政策を批判する者は、その見解を、言葉ではなく、象徴的な振る舞いを通じて表明しようとした⁽⁹⁷⁾。通常は特別に表現的側面を持っているとは考えられていない活動が特定の規制との関係において表現的側面を「取得」する場合がある。規制の制定のきっかけとなった行為が一定のメッセージの表明を意図した場合、その規制と規制の執行をある程度第1修正に関する審査の対象とする必要があるが、表現と密接に関連している行為ほど厳格な審査は要求されない。規制が特定の観点を抑圧する目的で制定されたことが明らかになったならば、初めて、実質的にはそれだけで規制の違憲性が推定されるという法理が適用される⁽⁹⁸⁾。基本的には、象徴的表現の事件は、一旦、当該活動が言論と考慮されるべきであると判断す

北法41(2・441)951

ると、他の言論の事件と異なる争点を提起するわけではない。本当の問題は、話し手の意図ではなく、政府の規制の目的であるというのが典型的な教科書の判例説明的記述である。これらは、行為が言葉によらないコミュニケーションとなるための要件について示唆するところが乏しい。

行為には、コミュニケーションを行なっていると「理解され得る一面がある」ので、人間の行なう行為をあらかじめコミュニケーションとしての行為とそれ以外とに二分するアプロウチがある。⁽⁹⁹⁾ コミュニケーションとしての効果がある行為についてだけ第1修正に関する考慮が必要であると考える。コミュニケーションの受け手の内面に対して働きかける、思想、感情に影響を及ぼす、コミュニケーションであることを意図し、コミュニケーションとしての効果を目的とする行為と、行為それ自体のため、聴衆、観衆に対する影響、反応、効果とは無関係に、人間の必要、衝動などに基づいて行なうコミュニケーションとしての効果が付随的である行為とである。もっとも、通常は後者に属するとしても、特別な状況のもとにおいては、機能的に前者と同じようにコミュニケーションが主要な目的となるという事態がある可能性は認められており、その場合には、従来行為の性質がもたらす害悪の有無に基づいて、コミュニケーションとして取り扱うべきかを判断するという行為のコミュニケーション効果に基づく二分論である。⁽¹⁰⁰⁾ この分類に従うなら、多くの象徴的表現は、通常はコミュニケーションを目的としないにもかかわらず、コミュニケーションを主要な目的としたという特別な状況に該当することが多く、その結果、通常行為に対する規制が、特別な状況においても適用されるであろうことが予想される。換言すると、象徴的表現の非言論要素に対する規制は、その言論要素に対する制約がいかに大きなものであっても、正当とされ得る。

この二分論の延長上に、行為を、伝統的な象徴を伴う行為、日常的行

象徴的表現(2)

為と異常な行為とに三分するアプローチがある⁽¹⁰²⁾。伝統的に認知されている象徴を活用する場合、星条旗を掲揚するなど行為がかなりの程度メッセージ内容を確定するので、コミュニケーションとして理解される蓋然性が高い。コミュニケーションを目的として、通常は行なわないような「変わった」「異常な」「突飛な」行為に従事することがある。それがコミュニケーションとして以外の目的には役に立たないので、コミュニケーションであるとの推定が容易なことは、伝統な象徴を伴う行為と共通しており、ただ、変わった行為のメッセージ内容が伝統的な象徴を用いる場合よりも歴史が浅いために十分に理解されるほど広く認知されていないので、正確に伝わらない可能性が高いという違いがある。いずれも、コミュニケーションであることを主要な目的とする行為とすることができる。これに対して、日常的な行為には、通常、コミュニケーションとは無関係な機能、目的がある。日常的な行為をコミュニケーションとして用いることを立証することは行為とメッセージとの関連性を考慮にいれるのでないかぎり、困難である。この三分論は、実は行為のコミュニケーション機能の有無を指標する二分論と見ることができる。行為を、コミュニケーションとは本来無関係な日常的な目的、機能がある行為と、それ以外のコミュニケーションを目的とする行為とに分けている。

これらのアプローチに対して、コミュニケーションとして認められる行為の要件設定というアプローチがある⁽¹⁰³⁾。行為が言論と同等であるための要件として多くの論者に共通するのは、コミュニケーションをするという行為者・送り手の主観的な意図と、客観的にコミュニケーションとして理解され得る意味のあるメッセージの存在である。より具体的に、日常的な行動とは異なるので、コミュニケーションの意図があると説明する以外には適切に理解できないような主張があること、観衆が認識し得るような意味のあるコミュニケーションを提供しているという送り手の判断があること、相当実体的な範囲の観衆に理解され得ると客観的に

北法41(2・439)949

判断できることが要求されるが、言葉で正確に表現できる内容であることは必要ではない。⁽¹⁰⁾さらに、重大な社会問題に関わる政治的メッセージである場合には行為と言葉とのギャップは著しく縮まると、メッセージの主題がコミュニケーションを成立させる加重要件である⁽¹⁰⁾と見る立場もある。⁽¹⁰⁾

以上が、伝統的ではない星条旗の取り扱いを例として用いた、言葉によらないコミュニケーションに対する判決と学説の概要である。

註

- (1-a) GA. CODE § 26-7202, 1917 GA. LAWS 203; GA CODE § 86-1210, 1960 GA. LAWS 985.
- (1-b) *Hinton v. State*, 223 Ga. 174, 154, S.E. 2d 246 (Ga. 1967).
- (2-a) N.Y. PENAL LAW c. 40 § 1425 (16) (d). 1967年に、N.Y. GEN. BUS. LAW c. 20 § 136 (d) が同法に代わったが、規定の文言は全く同じである。
- (2-b) *People v. Street*, 20 N.Y. 2d 231, 282 N.Y.S. 2d 491, 229 N. E. 2d 187 (N.Y. 1967).
- (2-c) *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969).
- (2-d) 394 U.S. at 594.
- (2-e) *People v. Street*, 2 N.Y. 2d 1026, 302 N.Y.S. 2d 848 (N.Y. 1969).
- (3-a) 36 U.S.C.A. § 175 (c) (1953).
- (3-b) *Delaware ex rel. Trader v. Hodsdon*, 265 F. Supp. 308 (D. Del. 1967).
- (3-c) DEL. CODE 11 § 532.
- (3-d) *Hodsdon v. Superior Court*, 239 A. 2d 222 (Del. 1968).
- (3-e) *Hodsdon v. Buckson*, 310 F. Supp. 528 (D.Del. 1970).
- (3-f) *Hodsdon v. Stabler*, 444 F. 2d 533 (3d Cir. 1971).
- (4-a) N.Y. PENAL LAW § 1425 (16) (d), (f).
- (4-b) *People v. Radich*, 53 Misc. 2d 717, 279 N.Y.S. 2d 680 (N.Y. Crim. Ct. 1967), affirmed, 57 Misc. 2d 1082, 294 N.Y.S. 2d 285 (N. Y. App. Term. 1968), affirmed 26 N.Y. 2d 114, 308 N.Y.S. 2d 846, 257 N.E. 2d 30 (N.Y. 1970).
- (4-c) *Radich v. New York*, 401 U.S. 531 (1971) affirming by equally

象徴的表現(2)

- divided votes, *People v. Radich*, 26 N.Y. 2d 114, 257 N.E. 2d 30 (1970), rehearing denied 402 U.S. 989 (1971).
- (4-d) *United States ex rel. Radich v. Criminal Court of the City of New York*, 459 F.2d 745 (2d Cir. 1972), certiorari denied sub nom. *Ross v. Radich*, 409 U.S. 1115 (1973).
- (4-e) *United States ex rel. Radich v. Criminal Court of the City of New York*, 385 F. Supp. 165 (S.D. N.Y. 1974).
- (5-a) N.Y. PENAL LAW § 1425 (16-d).
- (5-b) *Duncombe v. New York*, 267 F. Supp. 103 (S.D. N.Y. 1967).
- (6-a) WASH. REV. CODE § 9. 86 (1968). 1969年に州法は「公然と破損、汚損、汚染、焼却、踏みつけにすることによって、故意に旗を侮辱する」ことを禁止すると、変更された。*State v. Turner*, 78 Wash. 2d 276, 474 P. 2d 91, 92 n. 1 (Wash. 1970).
- (6-b) *State v. Turner*, 78 Wash. 2d 276, 474 P. 2d 91 (Wash. 1970).
- (7-a) PA. STAT. ANN. 18 § 4211 (1967).
- (7-b) *Commonwealth v. Janoff*, 215 Pa. Super. 160, 256 A. 2d 874 (Pa. Super. Ct. 1969). Per curium 判決に対して、Hoffman J. の反対意見は政治的デモンストレーション適用除外規定に言及し、無罪判決が適当と述べている。Id. at 877.
- (7-c) *Commonwealth v. Janoff*, 439 Pa. 212, 266 A. 2d 657 (Pa. 1970).
- (8-a) OHIO REV. STAT. 2921. 05.
- (8-b) *State v. Saionz*, 23 Ohio App. 2d 79, 261 N.E. 2d 135 (Ohio Ct. App. 1969).
- (9-a) N.Y. GEN. BUS. LAW c. 20, § 136 (d).
- (9-b) *People v. Burton*, 27 N.Y.S. 2d 198, 316 N.Y.S. 2d 217 (N.Y. Ct. App. 1970).
- (10-a) 18 U.S.C. § 700.
- (10-b) *Hoffman v. United States*, 256 A. 2d 567 (D.C. 1969).
- (10-c) *Hoffman v. United States*, 445 F. 2d 226 (D.C. Cir. 1971).
- (11-a) CAL. MIL. & VET. CODE § 614 (d).
- (11-b) *People v. Cowgill*, 274 Cal. App. 2d Supp. 923, 78 Cal. Rptr. 853 (Cal. App. Dep't Super. Ct. 1969), appeal dismissed *Cowgill v. California*, 396 U.S. 371 (1970).
- (12-a) 18 U.S.C. § 700 (1968).
- (12-b) Kangas は罪状を争わず、1968年12月18日に有罪判決を受けている。*United States v. Ferguson*, 302 F. Supp. 1111, 1112 n. 1 (N.D. Cal. 1969).

- (12-c) *United States v. Ferguson*, 302 F. Supp. 1111 (N.D. Cal. 1969).
- (13-a) 18 U.S.C. § 700 (1968).
- (13-b) *Joyce v. United States*, 259 A. 2d 363 (D.C. 1969), affirmed 454 F. 2d 971 (D.C. Cir. 1971), certiorari denied 405 U.S. 969 (1972).
- (14-a) N.Y. PEN. LAW § 200, N.Y. GEN. BUS. LAW § 136 (d), (f).
- (14-b) *People v. Keough*, 38 A.D. 2d 293, 329 N.Y.S. 2d 80 (N.Y. App. Div. 1972), affirming *People v. Keough*, 61 Misc. 2d 762, 305 N.Y. S. 2d 961 (N.Y. County Ct. 1969).
- (14-c) *People v. Keough*, 31 N.Y. 2d 281, 338 N.Y.S. 2d 618 (N.Y. 1972).
- (15-a) MD. ANN. CODE art. 27, § 83.
- (15-b) *Korn v. Elkins*, 317 F. Supp. 138 (D. Md. 1970).
- (16-a) N.Y. GEN. BUS. LAW § 136 (a)
- (16-b) *Long Island Vietnam Moratorium Committee v. Cahn*, 437 F. 2d 344 (2d Cir. 1970), affirmed *Cahn v. Long Island Vietnam Moratorium Committee*, 418 U.S. 906 (1974).
- (17-a) MASS. GEN. LAWS ANN. c. 264, § 5. Goguenの起訴以降、星条旗の冒瀆、侮辱的取り扱いに関する規定は修正されている。1971年3月8日に制定された1971 Mass. Acts ch. 74 は、「公然と」と「破損」の間に「焼却、その他」を挿入し、1971年8月12日に制定された1971 Mass. Acts ch. 655 は、合衆国の旗の定義を現行の旗以外にも拡張した。*Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566, 609-10 n. 3 (1974).
- (17-b) *Commonwealth v. Goguen*, 279 N.E. 2d 666 (Mass. 1972).
- (17-c) *Goguen v. Smith*, 343 F. Supp. 161 (D. Mass. 1972).
- (17-d) *Goguen v. Smith*, 371 F. 2d 88 (1st Cir. 1972).
- (17-e) *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974).
- (18-a) VA. CODE § § 181. 1-423 et seq.
- (18-b) *Cole v. Graybeal*, 313 F. Supp. 48 (W.D. Wa. 1970).
- (19-a) IOWA CODE § 32. 1.
- (19-b) *State v. Waterman*, 190 N.W. 2d 809 (Iowa 1971).
- (20-a) N.C. GEN. STAT. § 14-381. 1917年に制定された法律は、合衆国の旗に何かを付着させること、営利的目的で利用すること、言葉もしくは行為によって、公然と破損、汚損、汚染、汚し、踏みつけ、侮辱することを禁止していた。旗は合衆国の旗と見えるものを広汎に保護の対象としていた。
- (20-b) *Parker v. Morgan*, 322 F. Supp. 585 (W.D. N.C. 1971).
- (21-a) N.Y. GEN. BUS. LAW § 136.

象徴的表現(2)

- (21-b) *People v. Verch*, 311 N.Y.S. 2d 637 (Ct. of Special Sess. 1970).
- (22-a) *Case v. State*, 489 S.W. 2d 593 (Tex. Crim. App. 1973).
- (22-b) *Holland v. State*, 489 S.W. 2d 594 (Tex. Crim. App. 1973).
- (22-c) *Van Slyke v. State*, 489 S.W. 2d 590 (Tex. Crim. App. 1973).
- (22-d) TEX. PENAL CODE Article 152.
- (22-e) *Case v. State*, 489 S.W. 2d 593 (Tex. Crim. App. 1973); *Holland v. State*, 489 S.W. 2d 594 (Tex. Crim. App. 1973); *Van Slyke v. State*, 489 S.W. 2d 590 (Tex. Crim. App. 1973).
- (22-f) *Van Slyke v. Texas*, 418 U.S. 907 (1974), dismissing appeal from *Van Slyke v. State*, 489 S.W. 2d 590 (Tex. Crim. App. 1973).
- (23-a) ARIZ. REV. STAT. § 41-793 (1956).
- (23-b) *Crosson v. Silver*, 319 F. Supp. 1084 (D. Ariz. 1970).
- (23-c) 18 U.S.C. § 700 (a).
- (23-d) *United States v. Crosson*, 462 F. 2d 96 (9th Cir. 1972), certiorari denied 409 U.S. 1064 (1972).
- (24-a) WASH. REV. CODE § 9. 86. 020 (1), (2).
- (24-b) *Spence* には、いわゆる「星条旗冒瀆法」に該当する WASH. REV. CODE § 9. 86. 030 ではなく、「星条旗誤用法」が適用された。
- (24-c) *State v. Spence*, 5 Wash. App. 752, 490 P. 2d 1321 (Wash. Ct. App. 1971).
- (24-d) *State v. Spence*, 81 Wash. 2d 788, 506 P. 2d 293 (Wash. 1973).
- (24-e) *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974).
- (25-a) 36 U.S.C. § 173.
- (25-b) N.Y. EDUC. LAW § § 419, 420, 802.
- (25-c) *Lapolla v. Dullaghan*, 63 Misc. 2d 157, 311 N.Y.S. 2d 435 (N.Y. Sup. Ct. 1970).
- (26-a) TEX. PENAL CODE art. 152.
- (26-b) *Deeds v. State*, 474 S.W. 2d 718 (Tex. Crim. App. 1971).
- (26-c) *Jones v. Wade*, 338 F. Supp. 441 (N.D. Tex. 1972).
- (27-a) PA. STAT. ANN. 18 § 4211 (1972).
- (27-b) *Commonwealth v. Morgan*, 295 A. 2d 183 (Pa. Super. Ct. 1072).
Per curium 判決に対して、3名の反対意見があり、中でも Hoffman J. の反対意見は控訴人の憲法上の主張にも言及している。
- (28-a) ILL. REV. STAT. ch. 56 1/4, sec. 6, par. 2 (1969), the Illinois Flag Act § 1, par. 2.
- (28-b) *Sutherland v. DeWulf*, 323 F. Supp. 740 (S.D. Ill. 1971).
- (28-c) *People v. Sutherland*, 9 Ill. App. 3d 824, 292 N.E. 2d 746 (Ill.

- 1973), vacated and remanded *Sutherland v. Illinois*, 418 U.S. 907 (1974).
- (28-d) *State v. Sutherland*, 19 Ill. App. 3d 199, 309 N.E. 2d 820 (Ill. App. Ct. 1925).
- (28-e) *Sutherland v. Illinois*, 425 U.S. 947 (1976).
- (29-a) IOWA CODE § 32. 1.
- (29-b) *State v. Kool*, 212 N.W. 2d 518 (Iowa 1973).
- (30-a) TEX. PENAL CODE ANN. § 152.
- (30-b) *Renn v. State*, 495 S.W. 2d 922 (Tex. Crim. App. Ct. 1973).
- (31-a) N.Y. GEN. BUS. LAW § 136 (a).
- (31-b) *Gwathmey v. Town of East Hampton*, 418 U.S. 907 (1974), vacating and remanding 437 F. 2d 351 (2d Cir. 1970).
- (32-a) CONN. GEN. STAT. § 53-255.
- (32-b) *State v. Van Camp*, 6 Conn. Cir. 609, 281 A. 2d 584 (Conn. Cir. Ct. 1972).
- (33-a) N.J. STAT. ANN. 2A: 107-1; 107-2 (1957).
- (33-b) *State v. Zimmelman*, 118 N.J. Super. 345, 287 A. 2d 474 (N.J. Super. Ct. 1972).
- (33-c) *State v. Zimmelman*, 62 N.J. 279, 301 A. 2d 129 (N.J. 1973).
- (34-a) N.H. REV. STAT. ANN. ch. 573: 2 (1955).この規定は1973年に廃止された。
- (34-b) *State v. Cline*, 305 A. 2d 673 (N.H. 1973).
- (34-c) *Cline v. Rockingham County Superior Court*, 367 F. Supp. 1146 (D. N.H. 1973).
- (34-d) *Cline v. Rockingham County Superior Court*, 502 F. 2d 789 (1st Cir. 1974).
- (35-a) N.Y. GEN. BUS. LAW § 136.
- (35-b) *Baisch v. State*, 76 Misc. 2d 1006, 351 N.Y.S. 2d 617 (N.Y. Ct. Cl. 1974).
- (36-a) N.Y. GEN. BUS. LAW § 136 (a).
- (36-b) *Robey v. State*, 76 Misc. 2d 1032, 351 N.Y.S. 2d 788 (N.Y. Ct. Cl. 1973).
- (36-c) *Robey v. State*, 363 N.Y.S. 2d 319 (N.Y. App. Div. 1973).
- (37-a) 12 FLA. STAT. § § 256. 06 (2), 256. 08.
- (37-b) Code of the City of Miami § 38-50.
- (37-c) *City of Miami v. Wolfenberger*, 265 So. 2d 732 (Fla. Dist. Ct. App. 1972).

象徴的表現(2)

- (38-a) N.J. STAT. 2A: 107-2.
- (38-b) *Oldroyd v. Kugler*, 327 F. Supp. 177 (D. N.J. 1970).
- (38-c) *Oldroyd v. Kugler*, 461 F. 2d 535 (3d Cir. 1972).
- (38-d) *Oldroyd v. Kugler*, 352 F. Supp. 27 (D. N. J. 1972), certiorari denied 412 U.S. 924 (1973).
- (39-a) OHIO REV. CODE § 2921. 05.
- (39-b) *State v. Liska*, 26 Ohio Misc. 9, 268 N.E. 2d 824 (Ohio Mun. Ct. 1970).
- (39-c) *State v. Liska*, 22 Ohio App. 2d 317, 291 N.E. 2d 498 (Ohio Ct. App. 1971).
- (40-a) OHIO REV. CODE ANN. § 2921. 05.
- (40-b) *State v. Mitchell*, 32 Ohio App. 2d 16, 288 N.E. 2d 216 (Ohio Ct. App. 1972).
- (41-a) IOWA CODE § 32. 1 (1971).
- (41-b) *State v. Farrell*, 209 N.W. 2d 103 (Iowa 1973).
- (41-c) *Farrell v. Iowa*, 418 U.S. 907 (1974), vacating and remanding *State v. Farrell*, 209 N.W. 2d 103 (Iowa 1973).
- (41-d) *State v. Farrell*, 223 N.W. 2d 270 (Iowa 1974), appeal dismissed *Farrell v. Iowa*, 421 U.S. 1007 (1975).
- (42-a) OHIO REV. CODE § 2921. 05.
- (42-b) *State v. Saulino*, 29 Ohio Misc. 25, 277 N.E. 2d 580 (1971).
- (43-a) 1971年5月から9月にかけての一連の出来事については、*Community Action Group v. City of Columbus*, 473 F. 2d 966 (5th Cir. 1973) 参照。
- (43-b) *Leonard v. City of Columbus*, 551 F. 2d 974 (5th Cir. 1977), affirmed by rehearing en banc 565 F. 2d 957 (5th Cir. 1978).
- (43-c) *Leonard v. City of Columbus*, 705 F. 2d 1299 (11th Cir. 1983).
- (44-a) GA. CODE ANN. § 26-2803 (1970).
- (44-b) *Southeastern Promotions, Ltd. v. City of Atlanta*, 334 F. Supp. 634 (N.D. Ga. 1971).
- (45-a) GA. CODE ANN. § 26-2803.
- (45-b) *Monroe v. State*, 250 Ga. 30, 295 S.E. 2d 512 (1982).
- (45-c) *Monroe v. State Court of Fulton County*, 571 F. Supp. 1023 (N. D. Ga. 1983).
- (45-d) *Monroe v. State Court of Fulton County*, 739 F. 2d 568 (11th Cir. 1984).
- (46-a) GA. CODE ANN. § 26-2803.

- (46-b) 739 F. 2d 568 (11th Cir. 1984).
- (46-c) *Bowles v. Jones*, 758 F. 2d 1479 (11th Cir. 1985).
- (47-a) Borough of Paramus Ordinance No. 85-32.
- (47-b) *State v. Malcolm Konner Chevrolet*, 226 N.J. Super. 692, 545 A. 2d 275 (N.J. Super. Ct. Law Div. 1988).
- (48-a) Act of June 24, 1939, Pa. Laws 872, § 211, as amended, Act of August 8, 1967, Pa. Laws 201, § 1, 18 PA. STAT. § 4211.
- (48-b) *Commonwealth v. Lorenc*, 281 A. 2d 743 (Pa. Super. Ct. 1971).
- (48-c) 281 A. 2d at 744-45, Spaulding J.
- (49-a) OHIO REV. CODE § 2921. 05.
- (49-b) *State v. Bunch*, 26 Ohio Misc. 161, 268 N.E. 2d 831 (Ohio Mun. Ct. 1970).
- (50-a) CONN. GEN. STAT. § 53-7. この規定は1971年10月1日に削除された。
Anderson v. Vaughn, 327 F. Supp. 101, 102 n. 1 (D. Conn. 1971).
- (50-b) *Anderson v. Vaughn*, 327 F. Supp. 101 (D. Conn. 1971).
- (51-a) OR. REV. STAT. 162. 720 (4).
- (51-b) *State v. Sinniger*, 486 P. 2d 1303 (Or. Ct. App. 1971).
- (52-a) TEX. PENAL CODE ANN. Article 152.
- (52-b) *Deeds v. State*, 474 S.W. 2d 718 (Tex. Crim. App. 1971).
- (52-c) *Deeds v. Beto*, 353 F. Supp. 840 (N.D. Tex. 1973).
- (53-a) CONN. GEN. STAT. § 53-255.
- (53-b) *Heffernan v. Thoms*, 418 U.S. 908 (1974), vacating and remanding *Thoms v. Heffernan*, 473 F. 2d 478 (2d Cir. 1973), affirming *Thoms v. Smith*, 334 F. Supp. 1203 (D. Conn. 1971).
- (53-c) *Thoms v. Smith*, 334 F. Supp. 1203, 1206 n.5 (D. Conn. 1971).
- (54-a) N.D. CENT. CODE § 12-07-04, 12-07-05.
- (54-b) *State v. Nicola*, 182 N.W. 2d 870 (N.D. 1971).
- (55-a) OHIO REV. CODE § 2921. 05.
- (55-b) *State v. Kasnett*, 30 Ohio App. 2d 77, 283 N.E. 2d 636 (Ohio Ct. App. 1972).
- (56-a) CAL. MIL. & VET. CODE § 614 (d) (1970).
- (56-b) CAL. MIL. & VET. CODE § 611 (1970).
- (56-c) *Alford v. Municipal Court for Sacramento Judicial District*, 26 Cal. App. 3d 244, 102 Cal. Rptr. 667 (Cal. Ct. App. 1972), certiorari denied sub nom. *California v. Municipal Court for Sacramento Municipal Court District of Sacramento County*, 409 U.S. 1109 (1973).

象徴的表現(2)

- (57-a) WASH. REV. CODE 9. 86. 030.
- (57-b) State v. Claxton, 7 Wash. App. 598, 501 P. 2d 192 (Wash. Ct. App. 1972).
- (58-a) TEX. PENAL CODE art. 152.
- (58-b) Delorme v. State, 488 S.W. 2d 808 (Tex. Crim. App. 1973).
- (59-a) N.H. REV. STAT. ANN. § 573 : 4.
- (59-b) State v. Royal, 305 A. 2d 676 (N.H. 1973).
- (59-c) Royal v. Superior Court of New Hampshire, Rockingham County, 397 F. Supp. 260 (D. N.H. 1975).
- (59-d) Royal v. Superior Court of New Hampshire, Rockingham County, 531 F. 2d 1084 (1st. Cir. 1976), certiorari denied 429 U.S. 867 (1976).
- (60-a) COLO. REV. STAT. § 40-23-3 (1) (1969).
- (60-b) People v. Vaughan, 514 P. 2d 1318 (Colo. 1973).
- (61-a) GA. CODE ANN. § 26-2803 (1977).
- (61-b) State v. Jackson, 143 Ga. App. 88, 237 S.E. 2d 533 (Ga. Ct. App. 1977).
- (62-a) 36 U.S.C. § 175、いわゆる、Federal Flag Code 連邦星条旗法 §§ 170-78の一部である。
- (62-b) Holmes v. Wallace, 407 F. Supp. 493 (M.D. Ala. 1976), affirmed without opinion 540 F. 2d 1083 (5th Cir. 1976).
- (62-c) NAACP v. Hunt, 891 F. 2d 1555 (11th Cir. 1990).
- (63) 判例集に記載されなかった事件、裁判にまで至らなかった事件も非常に多数あったようである。E.g. *Flag Desecration under the First Amendment: Conduct or Speech*, 32 OHIO ST. L. J. 119, 119 n.1 (1971); Note, *Flag Desecration—The Unsettled Issue*, 46 NOTRE DAME LAW. 201, 201 and nn. 1 to 6, 215 nn. 107, 109, 110 (1970); A. H. Loewy, *Punishing Flag Desecrators: The Ultimate in Flag Desecration*, 49 N.C. L. REV. 48, 54 n. 17 (1970). 法の選択的執行も否定できない。Id. at 52 n. 11 (1970).
- (64) 109 S. Ct. 2533 (1989).
- (65) E.g. 1967年5月5日の判決：「真摯な動機や暴力的ではない行為に象徴的とラベルを張っても、必ずしも、その行為が第1修正の保護する言論に転換するわけではない」People v. Radich, 53 Misc. 2d 717, 279 N. Y.S. 2d 680, 684 (N.Y. Crim. Ct. 1967)、1969年8月8日の判決：「被告人が思想を表現する意図をもっていただけで問題の行動に「言論」というレッテルを張り得るという見解には同意できない」United States

- v. Ferguson, 302 F. Supp. 1111, 1113 (N.D. Cal. 1969)、1969年8月14日の判決：「第1修正は、行為の自由をではなく、言論の自由を保護する」
- Hoffman v. United States, 256 A. 2d 567, 569 (D.C. 1969).
- (66) 1967年7月7日の判決：People v. Street, 20 N.Y. 2d 231, 234, 282 N.Y.S. 2d 491, 493 (N.Y. 1967).
- (67) 1969年5月27日の判決：People v. Cowgill, 274 Cal. App. 2d Supp. 923, 78 Cal. Rptr. 853, 855 (Cal. App. Dep't Super. Ct. 1969).
- (68) 1970年2月18日の判決：People v. Radich, 26 N.Y. 2d 114, 127-28, 308 N.Y.S. 2d 846, 856 (N.Y. 1970).
- (69) 1970年3月18日の判決：Hodson v. Buckson, 310 F. Supp. 528, 533 (D.Del. 1970).
- (70) Crosson v. Silver, 319 F. Supp. 1084, 1086-87 (D. Ariz. 1970).
- (71) 1971年2月23日の判決：Sutherland v. DeWulf, 323 F. Supp. 740, 744 (S.D. Ill. 1971).
- (72) 1971年11月9日の判決：Thoms v. Smith, 334 F. Supp. 1203, 1208 (D. Conn. 1971).
- (73) 1972年8月29日の判決：City of Miami v. Wolfenberger, 265 So. 2d 732, 734 (Fla. Dist. Ct. App. 1972).
- (74) 1971年5月18日の判決：Anderson v. Vaughn, 327 F. Supp. 101, 103 (D. Conn. 1971).
- (75) 1982年10月5日の判決：Monroe v. State, 250 Ga. 30, 295 S.E. 2d 512, 514 (Ga. 1982).
- (76) 1967年7月7日の判決：People v. Street, 20 N.Y. 2d 231, 234, 282 N.Y.S. 2d 491, 493. (N.Y. 1967).
- (77) 1969年5月27日の判決：People v. Cowgill, 274 Cal. App. 2d Supp. 923, 78 Cal. Rptr. 853, 855 (Cal. App. Dep't Super. Ct. 1969).
- (78) 1970年12月24日の判決：Long Island Vietnam Moratorium Committee v. Cahn, 437 F. 2d 344, 349 (2d Cir. 1970).
- (79) 1971年2月23日の判決：Sutherland v. DeWulf, 323 F. Supp. 740, 744 (S.D. Ill. 1971).
- (80) 1971年11月9日の判決：Deeds v. State, 474 S.W. 2d 718, 719-20 (Tex. Ct. Crim. App. 1971).
- (81) 1971年10月26日の判決：Joyce v. United States, 454 F. 2d 971, 987-88 (D.C. Cir. 1972).
- (82) 1973年5月31日の判決：State v. Royal, 305 A. 2d 676, 679 (N.H. 1973).
- (83) 1971年10月26日の判決：Joyce v. United States, 454 F. 2d 971,

- 987-88 (D.C. Cir. 1971).
- (84) 1970年2月18日の判決: *People v. Radich*, 26 N.Y. 2d 114, 127-28, 308 N.Y.S. 2d 846, 856 (N.Y. 1970).
- (85) 1970年12月24日の判決: *Long Island Vietnam Moratorium Committee v. Cahn*, 437 F. 2d 344, 348 (2d Cir. 1970).
- (86) 「自由な言論の憲法上の保障はコミュニケーションの形態よりもむしろ実態に及ぼされることと、特定の表現の mode 方法を用いる権利が正当化されるのは、何らかの正当な州の利益のためではなく、その土台となる思想や考えを検閲する目的のためだけで非合法化された場合であることである」 *People v. Street*, 20 N.Y. 2d 231, 234-35, 282 N.Y.S. 2d 491, 493-95 (N.Y. 1967)、「自由な言論の憲法上の保障はコミュニケーションの形態ではなく、むしろ実態に及ぶ」 *People v. Cowgill*, 274 Cal. App. 2d Supp. 923, 78 Cal. Rptr. 853, 855 (Cal. App. Dep't Super. Ct. 1969)、「第1修正の自由な言論の権利は、言葉だけでなく、行為によって思想のコミュニケーションの形態ではなく実質に及ぶ」 *People v. Keough*, 38 A.D. 2d 293, 329 N.Y.S. 2d 80, 82 (N.Y. Sup. Ct. 1972).
- (87) 「州が特定の行為の禁止を公衆の健康、安全、福祉を促進する目的で設けたことを立証できるならば、『そのような禁止が言論や表現に影響を及ぼすという状況』をもってしても、他のコミュニケーションの回路が開かれており、利用できるかぎり、その立法が第1修正に抵触するとはいえない」 *People v. Street*, 20 N.Y. 2d 231, 235, 282 N.Y.S. 2d 491, 495 (N.Y. 1967)、「万一、星条旗の焼却が言論として認められたとしても、この行為の禁止は聴衆を奪い、聴衆に到達するためのほかの means 手段を奪うものではない」 *United States v. Ferguson*, 302 F. Supp. 1111, 1114 (N.D. Cal. 1969).
- (88) 「州の正当な州の利益に基づいて特定の形態の利用を規制することができる」 *People v. Cowgill*, 274 Cal. App. 2d Supp. 923, 78 Cal. Rptr. 853, 855 (Cal. App. Dep't Super. Ct. 1969).
- (89) E.g. *Johnson v. Texas*, 706 S.W. 2d 120, 123 (Tex. Ct. App. 1986); *Monroe v. State Court of Fulton County*, 739 F. 2d 568, 571 (11th Cir. 1984); *People v. Vaughan*, 514 P. 2d 1318, 1321 (Colo. 1973).
- (90) E.g. *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405, 409-11 (1974).
- (91) E.g. *United States ex rel. Radich v. Criminal Court of New York*, 385 F. Supp. 165, 173 n. 33 (1974).
- (92) *Crosson v. Silver*, 319 F. Supp. 1084, 1087 (D. Ariz. 1970).
- (93) *State v. Cline*, 305 A. 2d 673, 674-75 (N.H. 1973); *Deeds v. State*, 474 S.W. 2d 718, 720 (Tex. Ct. Crim. App. 1972); *State v. Spence*, 5

- Wash. App. 752, 490 P. 2d 1321, 1324-25 (Wash. Ct. App. 1971).
- (94) *Thoms v. Smith*, 334 F. Supp. 1203, 1208 (D. Conn. 1971).
- (95) 「州には、規制が言論それ自体を侵害し、規制するのでないかぎり、行為の非言論面を規制する権利がある。……この準則は、行為が憲法上保護される象徴的言論であり、言論と行為を分けることができないときには用いることができない」 *State v. Spence*, 5 Wash. App. 752, 490 P. 2d 1321, 1324-25 (Wash. Ct. App. 1971)、「州は、一定の状況の下で、象徴的言論の非言論要素を規制し、言論要素に対して正当化できるような付随的制限をすることができる。」 *State v. Cline*, 305 A. 2d 673, 674-75 (N.H. 1973).
- (96) W.B. LOCKHART, Y. KAMISAR, J.H. CHOPER, *CONSTITUTIONAL LAW* 1144 (4th ed. 1975).
- (97) G. GUNTHER, *CONSTITUTIONAL LAW* 1169 (11th ed. 1985).
- (98) L.H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* § 12-7 (1988).
- (99) J.E. NOWAK, R.D. ROTUNDA, J.N. YOUNG, *CONSTITUTIONAL LAW* §§16. 48, 16. 49 (3d ed. 1986) / R. D. ROTUNDA, J.E. NOWAK, J.N. YOUNG, 3 *TREATISE ON CONSTITUTIONAL LAW: SUBSTANCE AND PROCEDURE* § § 20. 48, 20. 49 (1986).
- (100) F.S. HAIMAN, *SPEECH AND LAW IN A FREE SOCIETY* 25-38 (1981). 他にも、M.B. Nimmer, *The Meaning of Symbolic Speech under the First Amendment*, 21 *UCLA L. REV.* 29, 33-38 (1973); T. Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, 1 *PHIL. & PUB. AFF.* 204, 206 (1972). このようなアプロウチを行為の言論・非言論二分論といえることができるかもしれない。
- (101) 正当な利益に対する重大な脅威となることを象徴的表現の成立と関連させて、規制の必要性と表現として認定されることを逆相関関係にあるとしている。L.R. Velvel, *Freedom of Speech and the Draft Card Burning Cases*, 16 *U. KAN. L.REV.* 149, 161 (1968)参照。
- (102) *First Amendment Protection of Ambiguous Conduct*, 84 *COLUM. L. REV.* 467 (1984).
- (103) E.g. *Flag Desecration Under the First Amendment: Conduct or Speech*, 32 *OHIO ST. L. J.* 119 (1971); Comments, *Flag Desecration as Constitutionally Protected Symbolic Speech*, 56 *IOWA L. REV.* 614 (1971); Notes, *Symbolic Conduct*, 68 *COLUM. L. REV.* 1091 (1968).
- (104) E.g. Notes, *Symbolic Conduct*, 68 *COLUM. L. REV.* 1091, 1109-17 (1968).
- (105) *Flag Desecration Under the First Amendment: Conduct or*

Speech, 32 OHIO ST. L. J. 119, 128 (1971); Comments, *Flag Desecration as Constitutionally Protected Symbolic Speech*, 56 IOWA L. REV. 614, 622 (1971).

- (106) 合衆国最高裁判所は、行為の性質と状況に着目することで、個別的な利益衡量に基づいた主観的な意図と客観的な認識を要件とするアプローチを採用している。

C. コミュニケーションとしての行為

1. 行為が、言葉を用いなくてもかかわらず、コミュニケーションを構成する可能性があることは否定できない。この場合のコミュニケーションは、シグナルを送ること、あるいは、メッセージがあることを漠然と意味することになる。

第1修正以外の分野では、行為が意思表示となり得ることは以前から認められていた。たとえば、契約、著作権、証拠、商標などの分野である⁽¹⁾。

言葉によらない意思表示について、不法行為における名誉毀損と契約において形成された法理は参考になると思われる。たとえば、名誉毀損については、コミュニケーションの送り手が名誉毀損の意図をもって、言及の対象となった者の名誉を損なう内容を、第三者、コミュニケーションの受け手に理解され得るように公表して、対象となった者の社会的評価が傷つくような状況をもたらすことによって成立するという⁽²⁾。

合衆国の各法域におけるそれぞれの要件を検討することは本稿の目的を大きく離れることになるので、ここではリステイトメントの記述をその一例としてあげておく。

a. 名誉毀損の場合、コミュニケーションの意味、内容の確定は、現実の具体的な状況から判断される、コミュニケーションの送り手の意

図と受け手の理解に基づいている。

名誉毀損におけるコミュニケーションの意味するところは、送り手の表現する意図であったことであると、コミュニケーションの受け手が正しく、もしくは、間違っていたとしても合理的に、理解した⁽³⁾ことである。基本的には、文書、口頭の言葉によるか否かにかかわらず、コミュニケーションされた事柄の意味は、受け手の理解した内容に即して判断される。たとえば、そのコミュニケーションの意味が微妙に表現されていて、通常の人がその意味をコミュニケーションの送り手、受け手のように理解し得なくとも、コミュニケーションの送り手の他者の名誉を損なうという意図と、受け手のそのコミュニケーションがある者の名誉を損なっているという理解とが合致した場合、そのように意図され、理解された意味がコミュニケーションの意味となる。もともと、通常の人ならば直ちに理解するほど明白であっても、コミュニケーションの受け手が理解しなければ、送り手の意図にもかかわらず、名誉を損なうコミュニケーションはなかったことになる。

コミュニケーションの受け手の理解の合理性を判断するにあたって、その用いられた言語に親しんでいる者が通常理解する意味がその言葉に与えられる。暗示、当てこすり、修辭的表現、比喩的表現、信念の表明、ほのめかし、皮肉、風刺であってもよく、冗談であっても冗談と理解されなければよい。条件つき叙述、仮定的話法であって、そのような条件、仮定にもかかわらず、合理的に理解して、名誉を損なうならば、名誉毀損となる。コミュニケーションの受け手が名誉を損なうと実際に理解しなかったならば、用いられた言語が合理的に考えて名誉を毀損する解釈が可能であるというだけでは十分ではない。しかし、あるコミュニケーションに関して特定の受け手が名誉毀損の意味を実際に認めたというだけでも十分ではない。そのコミュニケーションの送り手に意図がなかったならば、受け手の一方的な理解だけでは足りない。送り手に名誉を損

象徴的表現(2)

なう意図がなかったならば、名誉を損なうという受け取り方はその言語の合理的な解釈とはならない。

コミュニケーションの意味を理解するにあたり、その言葉はその文脈の中で理解されなければならない。その言葉が単独で用いられたならば名誉毀損となるとしても、その文脈によっては、そのような解釈が不合理であるように説明、限定され得る。反対に、単独で用いられたなら、無邪気な、名誉毀損的とはいえない言葉であっても、その文脈上、名誉毀損の足り得、名誉毀損的と理解され得る。この場合の文脈とは通常一緒に聞こえ、あるいは、読むコミュニケーションすべてであるが、その範囲は、そのときの状況によって決定される。

コミュニケーションの意味を決定するにあたり、受け手が知り得る範囲において、コミュニケーションがなされた状況すべてを考慮すべきである。この場合の決め手は、コミュニケーションの受け手となる者が表現の意図するところとして、コミュニケーションの意味を合理的に理解した内容であるかである。すなわち、コミュニケーションの受け手の理解した内容が決め手となる。

b. 契約の場合、コミュニケーションの意味、内容の確定は、当事者の意思と相手方の理解に関する当事者の期待、知識に基づいている。

約束は口頭もしくは文書で（言葉を用いて）述べることができ、または行為から全部もしくは一部を推測することができる⁽⁴⁾。

契約については、明示的、または、黙示的ということがあるが、その区別は法的効果に基づくのではなく、同意を表示する手段に基づいているに過ぎない。同意は、言葉、その他の行為をもって、表示され得るが、そこには沈黙も含まれる。そこで、約束をする意図は、言語によって、あるいは、取引の過程、商慣行、契約内容の履行など、他の状況によっても、表示される。混乱はしばしば当事者の行為といった事実から推測

される、現実の、言葉によらない契約に対して、「事実に基づく黙示」という表現を用いるところにある。

同意の表示は、その全部または一部を、書面もしくは口頭で、または他の作為もしくは不作為により行なうことができる。当事者の行為は、その者が行為をなす意思を有しており、かつ、相手方がその行為から同意を推定するかもしれないことを行為者が知り、または、知り得べきである場合を除くと、同意の表示としての効果を有しない。当事者の行為は、たとえその者が実際には同意していない場合でも、同意の表示となることがある。そのような場合において、結果として成立する契約は、詐欺、強迫、錯誤、もしくは、そのほかの瑕疵原因により取り消される可能性がある⁽⁵⁾。

言葉だけが表現の唯一の媒体ではない。行為もしばしば言葉と同じようにはっきりと、約束や申し込まれた約束への同意を伝え得る。法が契約の有効性、または、強制可能性に関する形式について特定の要件を設定していない場合、それが書面、口頭、行為、部分的に書面、口頭、行為が混在した表示のいずれかであることは、約束の効果に違いをもたらさない。言葉と同じように、言葉によらない行為は異なる人にとり、異なることを意味する。その状況全体のさまざまな要素がその行為の解釈において関連してくる。

このように見ると、メッセージは、契約の場合、コミュニケーションの送り手の意図と受け手の理解に関する期待を基に、不法行為における名誉毀損の場合、コミュニケーションの送り手の意図と受け手の理解を基に、確定される。コミュニケーションに関する判断は、コミュニケーションの送り手の意図（主観的要素）と、コミュニケーションの受け手の理解（客観的要素）を主軸として、現実の具体的な状況から導きだされる。

2. 合衆国最高裁判所も認めているように、ほとんどすべての人間活動、たとえば道を歩いたり、友達と待ち合わせることに、表現の萌芽が見いだせる。けれども、そのような表現の可能性だけでは、その活動を第1修正の保護の射程に置くには十分ではない。⁽⁶⁾

言葉によらないコミュニケーションについて考察する場合、行為の「シグナル性」、「コミュニケーションとしての要素」に基づいて、コミュニケーションの成立を検討することが可能である。

行為は現象として「シグナル性」をもっている。自動車を時速100キロで運転すると、非常に短時間で移動し、距離的に大変離れたところまで行くことができる。これを行為の非意味効果という。これは、行為が、環境、状況に対して物理的に作用する結果であって、人がその行為を観察した結果生じる精神の作用には影響されず、感覚的、知覚的反応とは無関係である。時速100キロで運転されている自動車を観察した者は「スピード違反!」「危ない運転!」といった感想をもつかもしい。これを行為の意味効果という。人が行為を観察した結果として示す、精神作用を媒介とする反応である。これには、理性の知覚的な反応も、感性の情緒的な反応も含まれる。意味効果の発生は、行為者の予定、予想するところであったかもしれないが、場合によっては、行為に従事する者の意図とは全く関係なく、発生する。また、人の行為に限定されず、落雷の音、稲光といった無生物現象も、毛を逆立てた猫、しっぽを振る犬といった人間以外の生物の行為も、観察した者にとっては意味効果をもち得、シグナル性がある場合もないわけではない。行為にはコミュニケーションとして理解され得る側面があるというときには、行為のシグナル性を意味している。しかし、これだけでは、第1修正の保護するコミュニケーションとしての行為の範囲としては広範すぎる。⁽⁷⁾

第1修正の保護するコミュニケーションが成立するためには、行為に
北法41(2・423)933

シグナル性があるという事実が土台となっている。しかし、シグナル性、意味効果だけでは第1修正の保護の範囲を明らかにするには十分ではない。

3. 解釈学において、テキストの意味を確定する際に、実際のテキスト、著者の意図、読者の理解について検討することが基本的な作業とされている。⁽⁸⁾これと対応するように、コミュニケーションを成立させるのはメッセージだけでなく、コミュニケーションの送り手と受け手であり、メッセージと合わせて、これらをコミュニケーションの3要素ということが出来る。言葉によらないコミュニケーションにおいても、送り手、受け手とメッセージとが、まず、検討の対象となる。⁽⁹⁾

a. コミュニケーションの送り手

1. コミュニケーションが成立するためには送り手がいなければならない。「第1修正に基づく保障の主要な関心は、伝えたいと考えるメッセージを、さまざまな形態を用いて伝達するという、表現のための完全な機会があることにある。⁽¹⁰⁾すでに述べたように、観察する者は、送る側の存否、送り手の意図の有無にかかわらず、メッセージを認知し得る。しかし、ある思想を伝達したい者、コミュニケーションを意図する送り手が、第1修正との関係において意味をもつ。

第1修正の保護するコミュニケーションの成立する要件として、まず、コミュニケーションの送り手、行為者に意図があることを挙げる事が出来る。ある行為がコミュニケーションとして成立する第1の条件として、行為に従事する者に、その行為を通じて、ある意味効果を発生させる、メッセージを送る、コミュニケーションを行なうという意図が必要である。人がその行為によって何かメッセージを伝えるつもりで、ある行為を行なう場合、コミュニケーションの送り手の主観的意図が存在す

象徴的表現(2)

る。

行為は言葉と異なり、通常、コミュニケーションの主要な手段として用いられていないので、コミュニケーションの手段としては多義的であり、曖昧なメッセージを伝達する蓋然性が高い。そのため、行為者の意図しない場合にも、「シグナルが送られている」、「メッセージが発信されている」という錯覚をもたらし、予期しない意味効果を生じさせるかもしれない。行為者の意図のいかんにかかわらず、コミュニケーションである、第1修正の保護が及ぶと考えることもできないわけではない。しかし、コミュニケーションを目的としていない行為をコミュニケーションに取り込むことはかえって混乱を招く。コミュニケーションとして意図されていないが行為を第1修正が保護しなくても、コミュニケーションの送り手となる意思をもたない者が行為を選択する際に、そのことを理由とする悪影響を受けない。第1修正の保護からはずされることがその行為に従事するという決心に対して萎縮効果を及ぼすということは考えられない。反対に、コミュニケーションであることを意図した行為を第1修正が保護しないことは、コミュニケーションの送り手となる意思がある者のメディア選択において、選び得る手段を限定する。第1修正の保護からはずされることが、その行為をコミュニケーションとして用いることに対する負の誘因となる。メディア選択の幅を狭めることは、場合によっては、表現活動を阻害するほどの障碍となるかもしれない。コミュニケーションを行なう意図がある者にとり、主観的な意図の存在を第1修正の保護の前提とすることは、自由な表現を促進こそすれ、その阻害因子とはならない。同時に、第1修正は偶発的なシグナルまでも保護するものではなく、また、その必要もない。

2. ある行為がコミュニケーションとして意図されているという判断の基準になるのは、まず、行為の性質である。コミュニケーションと
北法41(2・421)931

して理解するのでなければ適切に説明できないような日常的な行動とはかけ離れた、特異な行為である場合、人々の特定の意味をもつものとして認知されている象徴を用いた行為である場合、日常的であっても同時に象徴を伴うと理解される行為である場合など、その目的がコミュニケーションであつたに違いないと推測する際の決め手となる。もつとも、行為の性質だけでは一応の推測が可能なだけであつて、反証しがたい根拠になり得ないという反論も十分成り立つ。行為の行なわれた状況や同時代的背景、行為者のアイデンティティなどといった、第三者が独自に判断し得る情報も、行為時やその後の発言など、行為者自身が提供する情報である言葉による補完的な説明も、行為の性質を理解し、主観的な意図の存在について判断する際に参考となる。

言葉による補完的な説明のタイミングは主観的な意図の存否を左右しない。行為が表現であるという主張ができる、許容される時点を、行為時、行為と同時に行なわれた場合に限定する必要はない。行為の後しばらく時間を経てからでも、その行為はコミュニケーションを意図したものであるという主張をすることは認められるべきである。たとえば訴訟の過程において、被告人が行為者として、その行為によりコミュニケーションを意図していたと主張することでもこの要件は満たされる。そして、問題の行為が第1修正の表現の自由としての保護に値するか否かを検討すべく、次の段階、コミュニケーションとして成立するかについて、コミュニケーションの受け手とメッセージに関する検討を行ない、コミュニケーションとして成立するかの認定作業を続けることになる。なお、市民的不服従はこの段階で、行為者の主観的な意図が第1修正の保護を及ぼすのにふさわしくないという理由で除外することができる。

言葉によるコミュニケーションに関しては意図を問題としないにもかかわらず、行為の場合にだけ意図の存在を要求することについて、批判がないわけではない。⁽¹²⁾主観的意図の存在をコミュニケーション一般に関

象徴的表現(2)

する成立の要件とすることは不合理であるかもしれない。しかし、行為に関するかぎり、行為者にコミュニケーションの意図があるのかははっきりしないときもあり、コミュニケーションの意図があることは明らかであるとしても、メッセージ内容がはっきりとしていないときもある。意図がすぐに理解され得るようには明示されていなかったとしても、ただ単に、意図が隠されていたのではなく、受け手が意図を理解できなかっただけかもしれない。合衆国最高裁判所は明白な、メッセージと理解される内容が欠如していたように見えることを理由に、表現ではないと判断したことがある。コミュニケーションの送り手が愛国の精神と考えるメッセージを伝統的ではない方法で表明したことを、裁判官というコミュニケーションの受け手は混乱しているのでメッセージとして成り立たないと受けとったのかもしれない⁽¹³⁾。主観的にはコミュニケーションの意図が全くなかったと立証できないかぎり、ただちに、行為が表現であるという主張を退けるべきではなく、主観的な意図が行為時に明白に示されていないから、受け手がメッセージを理解しなかったかもしれないからといって、コミュニケーションであったはずはないと、断言する必要はないように思われる。

3. 主観的な意図の存在の確認は、送り手の存在の確認である。この作業が、コミュニケーション成立の認定作業における入り口の役割を果たすことになるので、当事者がコミュニケーションの意図があったと主張することで、一応その意図の存在が推定され、少なくとも、コミュニケーションとなるための最初の要件が満たされると考えてよいと思われる。

コミュニケーションの送り手にかかわる主観的な要素としては、コミュニケーションの意図の他、受け手、観衆の存在についての送り手の認識と、送り手の意図するメッセージ内容とがある。送り手が目標とし

北法41(2・419)929

て想定したコミュニケーションの受け手の存否、想定 of 合理性などについては観衆のところで、送り手の意図したメッセージ内容の確定、主観的な意図と受け手の認識との乖理については、メッセージのところで、検討する。

b. コミュニケーションの受け手

1. 聴衆には、話し手の自己表現の権利に左右されない、独自の第1修正上の権利、重要な社会の利益がある。この権利は、他にそのよう(14)な情報を入手する手段があり得るといふ事実によっても損なわれることはない。(15)

コミュニケーションの受け手、行為を観察する者、観衆、聴衆はコミュニケーションの成立に不可欠である。コミュニケーションの送り手がいかに努力しても、現実に受け手となるべき者がいない、全く誰も気がつかないならば、メッセージは全く伝わらない。観察されなかった行為は、未遂に終わったコミュニケーションといふことができる。受け手が不在であるとき、コミュニケーションは必要な要素のひとつが足りないため、成立しない。コミュニケーションの目標となる観衆の存在は全く架空であってはならないといふことができる。

受け手の存在に関する基準として、送り手の想定する、目標となる観衆が現実に存在すること、目標となる観衆の想定に合理性があること、予期せぬ観衆であってもコミュニケーションの受け手となる人、観察する者が現実に存在することなどが考えられる。(16)

観衆がコミュニケーションの送り手が予定していた受け手、目標としていた人々でなければ、現実の観衆と予期していた観衆とが一致しなければ、コミュニケーションが成立しないというわけではない。本来目標としていた観衆ではない観察者であっても、観衆が架空ではない証しとしては十分である。窓から逆さまに掲揚されていたピース・シンボルを

象徴的表現(2)

つけた星条旗を実際に見た可能性があるのは、その取りはずしを命じた2名の警察官だけであることを覆す証拠は全くないが、そのことは、その旗を見て感受性に衝撃を受けたかもしれない観衆の存在を否定するものではなく、むしろ、現実には他に誰も見なかったかもしれないことはそのような感受性を保護する Washington 州法の適用を否定する根拠とはならなかった。⁽¹⁷⁾ 目標であった観衆が現実⁽¹⁷⁾にその場にいなかったとしても、現実⁽¹⁷⁾に受け手の役割を果たす者が存在すれば、コミュニケーションは成立する。

問題は、偶然その場に居合わせた者がコミュニケーションの受け手たり得るのか、その場に居合わせた者は行為をコミュニケーションとして理解する感性を備えていなければならないかである。その場に居合わせた者に対して、ある行為を、内容的に漠然としていても、何かメッセージを意図していると「わかる」ことが期待されていると考えることも、送り手の意図した意味効果をかなり正確に理解することが必要条件である、不可欠であるとも考えることも、いずれも可能である。偶然、観察する機会があった者がコミュニケーションの受け手たり得るかについて考察するにあたり、その行為が行なわれた状況、時間、場所、同時代的背景や出来事、その時点における一般公衆の関心事、用いられた象徴の認知普及の程度、範囲なども考慮に入れなければならないであろう。コミュニケーションを成り立たしめるような受け手であるためには、象徴とメッセージ内容との関連性について、送り手と共有するところがなければならないと思われる。コミュニケーションの送り手が想定する受け手が現実⁽¹⁷⁾に存在する必要はないが、誰かがコミュニケーションの受け手となること、言い換えると、何らかの形でメッセージをある程度理解する観衆が実在していることは必要であるかもしれない。これを、コミュニケーションとしての行為を観察した結果、精神の作用を媒介とする反応、意味効果が惹起された、合理的に考え得る根拠あれば、第2の要件で北法41(2・417)927

ある観衆の存在が肯定されるということもできる。

観衆の存在について、コミュニケーションの送り手の判断を重視することも考えられる。コミュニケーションの目標として設定する範囲の、観衆と想定される人の存在が不合理、不自然でないかぎり、コミュニケーション成立の要件としての観衆は存在するという一応の想定をする。そのような観衆は存在しない、し得ないという反証をもって、コミュニケーションは不成立となる。この場合、問題は送り手が目標とする観衆、想定している範疇の人がいると考えることが合理的であるかどうかである。もちろん、コミュニケーションの受け手を、市民の大多数、一般人、平均的人間、合理的な判断をする人に限定する理由はない。市民の中の少数であっても、コミュニケーションの観衆となる蓋然性が高い、あるいは、そのコミュニケーションに対する感受性をあらかじめ備えた集団であれば、メッセージを適切に理解する可能性が他の人々よりも高く、送り手が想定するコミュニケーションの受け手となると思われる。ここでもまた、受け手の反応レベルを、内容的に漠然と、何かメッセージを意図していると「わかる」ことと考えることも、送り手の意図した意味効果をかなり正確に理解することを要求することも、いずれも可能である。

コミュニケーションの送り手は、観衆の存在を想定してコミュニケーションを行なうという選択をする。送り手による観衆の存在についての判断は、主観的な意図の存在から十分推測することができる。主観的な意図の存在に加えて、送り手による主観的な観衆の存在について送り手の判断を尊重することは、同じことがらを二重に評価することになるといふ批判も成り立つ。

以上のことから、コミュニケーションの成立要件としての受け手は、送り手以外の第三者が判断した現実の観衆の存在を原則とする。さらに、コミュニケーションの目標となる観衆が存在すると想定しても不自然で

象徴的表現(2)

はない状況があれば、現実はその不在が示されないかぎり、その想定を一応受け入れてよいと考える。

コミュニケーションの成立に観衆、聴衆が必要であるということは、コミュニケーションが公然と実行されることを前提としている。もっとも、密やかに、少なくとも公然とはなく、行なわれた行為まで処罰する法律もないわけではない⁽¹⁸⁾。これらは、観衆の存在、延ては、コミュニケーションの成立が(星条旗の焼却という)犯罪の成立と無関係であるからと説明されよう。密やかな行為が処罰され得るのは、行為がコミュニケーションとしての要素とは全く無関係な側面を理由とする、重要な政府の利益を促進し、しかも、表現の対する付随的な制約が表現とは無関係な政府利益の促進のため必要以上に大きくないということになる⁽¹⁹⁾。政府の利益が公然性に欠ける行為の処罰を正当とすべきかの判断の根拠となる。もちろん、行為が公然となされたのでないならば、その行為は聴衆というコミュニケーションの要素のひとつが欠けている。公然とであるか否かにかかわらず犯罪となる行為は、コミュニケーションとしてではなく、その行為自体が害悪であるという理由から処罰の対象とされる。政府の利益がコミュニケーションにかかわっているならば、全く観衆のいない場合にまで規制することは、明らかに過度に広汎な規制である。第1修正との関係において違憲の疑いが濃いということになる。

c. メッセージ

1. コミュニケーションの送り手が伝達したいと考えた情報内容を、伝達する媒体に適合するよう、記号・シンボルへと転換すると、メッセージとなる。コミュニケーションの受け手は、記号に転換されている情報、すなわち、メッセージを情報へ復元することによって、メッセージの意味内容を把握し、反応する。コミュニケーションが成り立つためには、メッセージが不可欠であるが、同じメッセージであっても、内容について

北法41(2・415)925

ての理解は送り手と受け手、受け手相互において、同一とは限らない。メッセージの内容は、送り手が何かを伝えるつもりであったのかと、受け手がそれをどのように、何と理解したのかの両者をはっきりさせなければ、明らかにならない。その基本的な手順は、送り手の意図するメッセージの内容、主観的な意図と、受け手の理解したメッセージの内容、(送り手の主観に基づかない、左右されないという意味での)客観的認識とを、まず捜し出して、次に、主観的意図と客観的認識とを比較検討することである。主観的意図と客観的認識との不一致が著しいならば、コミュニケーションは成立しない。

行為はコミュニケーションの通常的手段ではないので、送り手の主観的意図と、受け手の客観的認識とが一致しない可能性が、言葉を用いたコミュニケーションよりも、ある。もともと、言葉によるコミュニケーションにおいても送り手の意図と受け手の認識は必ずしも一致するものではない。⁽²⁰⁾ ことばには「コミュニケーション」な面と「エクスプレシブ」な面がある。送り手の意図した通りの意味が受け手に伝えられると、送り手と受け手は言葉のコミュニケーションな面を通して共通した意味を共有する。メッセージの伝達が成立する。しかし、送り手の意図した内容のうちで受け手に伝わらない部分もあり、意図しなかった意味を受け手が受け取る場合もある。エクスプレシブな面とはコミュニケーションな機能が作用していない場合における言葉の働き、機能である。言葉が厳密に定義されていないとき、多義的、浮動的なとき、認識的・知覚の意味とともに情緒的意味をもっているとき、送り手と受け手の間での意味の共有が実現しないかもしれない。言葉が呼び起こす意味は人それぞれ異なる。言葉によるコミュニケーションであっても、メッセージが必然的に一義的に確定できる、明白であるとは限らない。

普段からコミュニケーションに用いられている言葉と、いつもはコミュニケーションに用いられているわけではない行為とを比較すると、

象徴的表現(2)

コミュニケーションに用いられたときの行為の特徴は、解釈についての明白な約束事⁽²¹⁾を欠いている点である。解釈についての規則・コードが欠如している結果、行為は一義的な定義を持たず、状況によって、人によって、意味に変動があることも稀ではない。その意味内容は、言葉以上に共有されていないかもしれない。もっとも、知性ではなく感性に、論理ではなく情緒に訴える場合、一定の行為は言葉よりも格段に効果的であることもないわけではない。星条旗の焼却が、誰の目にも、星条旗の象徴する事柄に対する激しい否定の意思表示であることには、疑問の余地がない。問題は、星条旗は何を象徴しているかである。

コミュニケーションに用いられる行為は、しばしば、「コミュニケーション」であるよりも、「エクスプレシヴ」であるということが出来る。意味内容が共有されにくいので、送り手の意図が観衆、あるいは、観衆と目されていた人々に全く認識されないこともある。主観的な意図とは別のメッセージとして認識させるかもしれない。主観的にはコミュニケーションの意図が全くなかったにもかかわらず、受け手がメッセージをそこに「読み込んで」しまうかもしれない。行為の場合には、それゆえに、送り手の主観的意図と、受け手の客観的認識との一致が、言葉の場合とは異なり、有効なコミュニケーションとして成立するための第3の要件となる。もっとも、主観的意図と客観的認識がどこまで一致しなければならないかについて、言葉における曖昧さを前提とすると、それほど厳密に、完全な一致が必要であるということにはならないであろう。

行為の多義性という問題をもっとも安易に解決する方法は、送り手の主張をそのまま採用することである。送り手の主張するメッセージの内容が行為の意味であると考えれば、送り手は行為で表現するだけでなく、言葉でメッセージを補い、さらに、観衆の存在について、観衆に期待するメッセージの内容に関する理解について、行為のなされた状況、コンテキストなどについて、多くの情報を提供することができる。当事者で

あるので、伝聞に左右されず、最も生々しい情報を最も多量に持っている。その点では確かに重要な情報源である。しかし、ある行為は思想の表明に該当する、コミュニケーションであると主張するだけで、言論と認められることはない⁽²²⁾ので、行為者はそれがコミュニケーションであると立証しなければならない。送り手の主張をコミュニケーション成立の決め手とすると、これまで、送り手のコミュニケーションに関する意図の存在や目標とする観衆の存在の合理性において、相当程度送り手の観点を優先したコミュニケーション成立の要件を設定している⁽²²⁾ので、内容についても送り手の主張を決め手とすると、実質的な証明なしに、コミュニケーションに関する行為者の主張を認容することになる。メッセージについて行為者の主張を重視することは行為の多義性解消の決め手とはならない。

行為の多義性、あるいは、解釈についての約束事の欠如を解消するため、メッセージの内容を言葉によって表現できる行為、象徴として伝統的に理解されている行為に限定するという主張もあり得る。

メッセージの内容を言葉によって表現できる行為に限定する理由は、それ以外、メッセージの内容を確定する方法がないのではないかという考えに基づいているようである。言葉によって表現できなければコミュニケーションは成立しないという前提に立つと、言葉によらないコミュニケーションのメッセージ内容が言葉で表現され得ること、言葉を用いて一義的に確定できることが、コミュニケーションの成立要件となる⁽²³⁾。あるメッセージが理解されるためには、言葉でなければ正確に伝わらないと考えるならば、行為とは別に、言葉で説明することが必要である。行為によるコミュニケーションにおいて、メッセージは常に言葉で補足される、あるいは、補足されなければならないことになる。すると、行為はそのコミュニケーションにとり必ずしも不可欠ではなくなるので、それ自体コミュニケーションの単独の手段として意味がなくなる。言葉

以外のメディアを選択した者は、ある行為を言葉によらない表現と認知させるためのメルクマールとして、その意見が言語化されない理由を明らかにし、行為がある思想の表明の本質的な部分をなすことを立証しなければならぬのであろうか。言葉の多義性、曖昧さを考慮すると、このような考えは、言葉と言語のコミュニケーションな面を過大評価している。言葉が行為より雄弁であるとは限らない。言葉だけでは十分に伝えられない情報的な内容を行為は直感的に理解させることができるかもしれない。メディアがメッセージと不可分であるので、言葉に表現し直すと、別の、違う内容のコミュニケーションになり得る。メッセージの内容を言葉で表現すること、言葉で確定できることはコミュニケーションの必要条件ではない。言葉で雄弁に自分の意見を表現できない人は、言葉によらず、他の手段を用いて意見を表明することの方を選ぶかもしれない。思想は言語化されるものであり、されなければならないと考えると、そのような人々から意見表明についての適切な機会を奪ってしまう。言葉によってメッセージを確定できることはコミュニケーションの要件とはすべきではない。

象徴として伝統的に理解されている行為に限定するという考えは、一見不合理ではない。これまで伝統的に、頻繁にコミュニケーションのため用いられてきた行為を用いたコミュニケーションにおいて、メッセージがひどく誤解されるとは考えにくい。その行為のコミュニケーションな面が広く知られており、象徴としての意味が広汎に認知されているからであろう。ある行為を新しくシンボルとして用いても、その意味が認知されていなければ、伝えたい内容が誤解を受ける可能性は高い。行為によるコミュニケーションにおいてメッセージの内容を明らかにするためには、行為とその象徴としての意味に関する認知の普及度、象徴としての一般性を考慮することは有益である。伝統的に象徴として利用されている行為であれば、その意味するところに関して、一義的に、誤解され

ずに、認識されると思われる。このことから、象徴の伝統性を言語過程における規則性に代替し得る要素と見ることもできないわけではない。もっとも、象徴の認知の程度は、観衆の範囲とコミュニケーションのコンテキストによって、大きく変動する。コンテキストの作用次第で、行為は比較的容易にコミュニケーション的な象徴としての地位を獲得するかもしれない。伝統的に象徴として用いられている行為がより曖昧でないとしても、そのことによってこれまで象徴としてコミュニケーションに用いられたことのない行為を、当然、コミュニケーションから排除する理由にはならない。行為の多義性の解消のために、伝統に基づいて認知されている象徴に限定することはコミュニケーション成立に必要でも不可欠でもない。送り手と受け手のアイデンティティ、行為の性質、全体のコンテキストを参考にメッセージを理解するとすれば、従来用いられたことのない行為にも、象徴としての地位は否定し得ない。伝統は象徴としての行為を限定する要因ではない。

以上のことから明らかなように、多義的なメディア、媒体を用いた場合、コミュニケーションの成立において決定的なのは、受け手がメッセージを理解した内容、客観的認識であり、それが主観的意図と重複すればするほど、有効な、効果的なコミュニケーションということになる。

コミュニケーションの有効性という観点から見ると、受け手にメッセージがきちんと伝わるのが何より大切である。その際、行為を用いるかどうかの基準、より一般的にメディア選択の指標は、具体的なメディアの利用しやすさ、他の権利、自由、社会的利益に対する侵害の相対的な小ささ、そして、コミュニケーションとして効果的なことにある。コミュニケーションの送り手が言葉によらないコミュニケーションを選択した理由は、行為が主観的に見て、この基準を満たすものであったからのはずである。コミュニケーションを具体化する過程において、他の手段と比べると、行為者は利用しやすい、効果的である、他の利益と衝突

象徴的表現(2)

しないと判断して、その行為を選択していると推測される。もっとも、送り手が、「意図するメッセージは、このメディアを通じて、正確に、適切に、希望するように伝わるであろう」と、主観的に判断することと、送り手の意図するメッセージが、実際に、受け手に、正確に、適切に、希望したように伝わることは異なる。

メディアの選択は、コミュニケーションを行なうという決断と一体であり、目標とされた観衆についての考慮と同じように、これを過度に重視する必要はないかもしれない。受け手についての想定と同じようにコミュニケーションの効果、メッセージが意図の通りに伝達され得るものであったかについてまで送り手の希望的観測に委ねることになりかねないからである。

メディアの選択についての客観的な評価は、受け手の範囲の設定によって大きく異なってくるかもしれない。偶発的な受け手に対して、象徴とメッセージの内容との関連性について、送り手と意味を共有することを要求するのと同じ理由から、メディアの選択について、その行為の行なわれた状況、時間、場所、同時代的背景や出来事、その時点における一般公衆の関心事、用いられた象徴の普及の程度や範囲から、メディアがメッセージを十分に伝え得るものであったかどうか、不合理な選択でなかったかどうかの評価を下すことは可能であろう。利用されたメディアが賢明な選択であると評価される必要はないとしても、許容される合理的な選択の幅の中にはいるかどうかを判断することは不当ではないかもしれない。

2. コミュニケーションの主観的意図を理解する土台は、メッセージの内容に関する送り手の主張である。送り手は、行為を言葉で補完し、さらに解釈コードを提供し、コンテキストについて説明することができる。これらの情報の他に、あるいは、送り手が行為以外に参考となる情

報を提供しなかったとき、第三者が主観的意図について考慮する項目としては、行為者のアイデンティティ、その行為の行なわれた時間、場所、状況、同時代的背景や出来事、その時点における一般公衆の関心事などと、主張されるメッセージの内容との関連性ということになると思われる。

コミュニケーションに関する客観的認識を明らかにすることは、主観的意図ほど容易ではない。受け手の範囲の設定、メッセージの内容を特定する際の厳密さの程度により、同じメッセージに関しても差異が生じることが予想される。

予定されている、目標となるべき観衆が認識するであろうと予想するメッセージの内容について、合理的な根拠に基づいて、送り手が明確に示すことができるならば、現実の観衆の客観的認識の検討は不要であるという考え方もあり得ないわけではない。契約の場合に見られたような、送り手の意思と、受け手の理解に関する送り手の知識、期待を根拠にコミュニケーションの成立を推定する、送り手の重視のアプローチを準用し得ないわけではないからである。もっとも、契約の場合、送り手を重視することで発生する錯誤などの危険を負担するの⁽²⁵⁾も送り手である。コミュニケーションの成立において、送り手重視に基づくリスクの負担について考えると、受け手の反応を誤って予想していたという場合、コミュニケーション不成立のリスクを負担するのは送り手ということになる。行為を取り巻く、全体的な状況、コンテクストから導きだされるといえ、送り手の主張をそのまま受け入れる場合と同じ理由から、現実の観衆の客観的認識の検討は不要であるという考え方の妥当性には疑問がある。

コミュニケーションにおいては、メッセージができるかぎり正確に伝達されることが重要である。そこで、名誉毀損の場合に見られたように、受け手となる者がコミュニケーションの送り手の意図するところとして、コミュニケーションの意味を合理的に理解した内容を客観的認識と

象徴的表現(2)

して、決め手とする受け手重視のアプローチを準用することも考えられないわけではない。言葉によるコミュニケーションの場合、反証のないかぎり、送り手の意図したメッセージは観衆にとっての行為の意味効果、客観的な認識の内容と一致すると一応推定して、客観的認識の内容を確定することができる。コミュニケーションとしての行為の場合には、送り手の主観的意図と、観衆の客観的認識が一致するという推定は働かない。受け手の客観的認識は、送り手以外の者がその行為を観察したときの反応ということになる。観衆の範囲と、観衆毎に異なるかもしれない解釈についてのコードが送り手のコードとどれほどまで違うのか、一致するのかが、主観的意図と客観的認識の「ずれ」を明らかにするのに役立つ。

メッセージ理解の基準となる観衆とは、送り手が目標とする観衆と現実にコミュニケーションの受け手となっている人々の両者である。このような人の解釈についてのコード、了解が客観的メッセージを確定する基準となるのにもっとも適切であると思われる。コミュニケーションの送り手以外の人間が理解した、そして、理解し得ると合理的に考えられるメッセージ内容、客観的認識も、その行為の行なわれた時間、場所、状況、同時代的背景や出来事、そのときの一般公衆の関心事、用いられた象徴の認知普及の程度、範囲、象徴とメッセージ内容との関連性、行為者の言葉による補完的情報の提供に基づいているであろう。そのような客観的認識と送り手の主張に基づく主観的意図との一致がコミュニケーション成立の第3の要件であるとするのは不自然ではない。この場合、両者の重複、あるいは、ずれの許容範囲が重要となる。すでに述べたように、言葉によるコミュニケーションにおいても送り手の意図と受け手の認識が必ずしも完全に一致するものではない。行為に関しても、主観的意図と客観的認識を厳密に考え、一致することをコミュニケーションの成立要件として要求するのは酷であるかもしれない。行為に対

北法41(2・407)917

して、言葉以上にコミュニケーション的な側面が充足されていることを、送り手の主観的な意図と受け手にとっての意味効果、両者のメッセージ内容のある程度の一致を要求するのは当然かもしれない。両者の内容が全くずれてしまっているならば、行為はコミュニケーションとして失敗であったことになり、第1修正に基づく保護は、おそらく、無用であろう。象徴的表現は、ハード・コア・ポルノグラフィと同じように、「見ればわかる」⁽²⁷⁾かもしれないが、見なくとも、メッセージを伝達するのに十分コミュニケーション的な表現であるかを、ある程度予測できるような指標が必要である。

もっとも、主観的意図と客観的認識について、その行為の性質と実際に行為が行なわれた状況、前後の関係など、共通する要素が、考慮されるべきであると、挙げられているので、結論に大きな相違が生じることは予想しがたい。主観的な意図の内容と客観的認識の内容は、理論上は、異なるかもしれないとしても、実質的に重複する、実際には差異のあまりないメッセージを認定することになるかと思われる。

反証のないかぎり、送り手の意図したメッセージは観衆にとっての行為の意味効果、客観的な認識の内容と一致すると一応推定し、客観的認識の内容を確定するというのが言葉によるコミュニケーションの場合である。行為がコミュニケーションと判断される場合には、送り手の主観的意図と、観衆の客観的認識が一致するという推定が働かない。それゆえに、メッセージに関して主観的意図と客観的認識のある程度の、現実の一致を要件としてよいと考える。

4. これまで、行為にコミュニケーションとしての機能があるときの判定基準について二通りのアプローチが示されている。ひとつは、行為それ自体の特色からコミュニケーションとしての行為を種々雑多な行為の中から選別する。もうひとつは、行為者の意図や観衆の認識に基づい

象徴的表現(2)

て、コミュニケーションとしての行為を選別する。現実のコンテクストを重視している前者のアプローチは、行為をコミュニケーション効果に基づいて、あるいは、コミュニケーションであることとは独立した日常的な機能の存在に基づいて二分することを示唆している。⁽²⁸⁾ 後者のアプローチは、行為者の意図(主観的要件)、観衆の理解(客観的要件)に基づくメッセージの確定を示唆する。⁽²⁹⁾ 合衆国最高裁判所は、後者を採用し、⁽³⁰⁾ 個別的な比較衡量を行なっている。

伝統的な象徴を伴う行為がコミュニケーションとして容易に認められること、コミュニケーションとして以外には説明がつかないような異常な、突飛な行為であるならばコミュニケーションとして認めやすいことなど、前者には長所も多く、また、コミュニケーションとなる行為に関するイメージを把握する際に有効な示唆となることは見逃せない。しかし、このようなカテゴリーカルなアプローチでは、現実の判断において、もう一度、行為の「成分」分析を行なわないで結論に到達することは不可能である。言い換えると、前者においても、主観的意図、客観的認識に基づくメッセージ確定の作業は不可避である。後者は、新しい象徴が出現した場合に、コミュニケーションの構成要素を検討するので、より個別具体的な状況に応じた判断を下す可能性があるように思われる。

ある思想を表明する手段として言葉を選ぶか、行為を選ぶかは、どうすればもっとも有効に人々にその考えを訴えることができるかという考慮にかかっている。行為者にとり、観衆が意図する意味効果を理解できる行為でなければ表現の手段としてそれを選んだ意味は失われる。ある行為がある思想、内容を表現していると理解されるために、思想の内容と表現の方法との結びつきは決定的な意味をもっている。だが、行為者が行為時にそのことをあえて明示する必要はない。そのような関連が適切なものであったか否かは、客観的に認識される内容が主観的な意図と一致すれば、判明する。表現の内容と形態との独特の結びつきの評価も

含めて、有効なコミュニケーションが成立するならば、行為であっても表現としての機能を果しているといえることができる。

第1修正は思想の流通を促進するために、表現の自由を保障している。行為が自らのもつ多義性を克服したならば、第1修正の保護の射程に入るのは容易である。言葉は思想の表明、伝達のための通常的手段なので、容易にコミュニケーションの送り手の意図するところと、受け手の認識するところとは一致する。行為はその点、日常的に伝達機能をもたないので、コミュニケーションとしての機能を果たすため、受け手を重視し、行為者の主観的な意図とともに、視聴者の知覚、客観的な認識とがメッセージの内容を確定するために考慮され、その一致が必要とされている。無限にある行為の中で、ある行為が第1修正の保護する自由のひとつとして認定されるためには、個々の具体的な事件において、その行為のなされた状況やその前後の事情が示す内容が、送り手の主観的な意図においても、観衆の客観的な認識においても、言葉によるコミュニケーションに優るとも劣らないような、効果的なコミュニケーションであることが必要である。そのために、主観的意図の存在、観衆の存在、メッセージに関する送り手の主観的意図と観衆の客観的認識の一致という3要件が意味をもつ。この判定過程において、単に言論を伴う活動、本来のコミュニケーションではない行為をその前後関係から言葉による話し振りに含ませた、表現に付随する行動である言論プラスとは、行為自体が表現であることで、また、法律に違反することによりその法律の不正不当をあらわにする意図に基づく市民的不服従とは、表現するために行なった行為が結果的に法律の禁止するところと抵触したにすぎないことで、象徴的表現と区別することができる。

ある行為にコミュニケーションの要素が十分に浸透していると、その行為は第1修正の保護すべき射程、範囲にはいる。行為は圧倒的に言論要素からなると認められることは必要ではない。行為がコミュニケー

象徴的表現(2)

ションとして成立するのは、行為が純粋な言論と極めて類似する⁽³²⁾など、行為における言論要素の割合が決め手であるような印象もないわけではないが、現実にもそのような言論要素と言論でない要素の割合について判断することはできない。

行為の場合、コミュニケーションの送り手、受け手と、メッセージという3要素に対応する、主観的意図、観衆とメッセージの主観的意図と客観的認識の一致という要件を満たすと、第1修正の保護の対象となるコミュニケーションが成立する。これはまた、メッセージ内容の確定における客観的認識を十分に考慮するという最近の解釈学の傾向にも呼応している。このような要件を満たす行為は、コミュニケーションとして、思想の流通を促進し、人々の幅広い選択を、政治的にも、社会的にも、個人のレヴェルにおいても可能にし、社会の穏やかな変革と個人の人格の充実、形成を実現するという第一修正の目的の一部となる。言葉によらないコミュニケーション、象徴的表現は、第1修正の保護する表現行為であるという理解は、上記の要件を充足する行為を念願においている。

註

- (1) M.B. NIMMER, FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE THEORY OF THE FIRST AMENDMENT § 3. 06 [A] n. 2 (1984).
- (2) E.g. R.A. SMOLLA, LAW OF DEFAMATION § 4. 01 (1986). なお、名誉毀損の成立をコミュニケーションの受け手の認定と受け手に対する効果に着目する recipient 受け手重視アプローチがコモン・ロー法系の原則であるという。Id. at § 4. 01.
- (3) A.L.I., RESTATEMENT (SECOND) TORTS § 563 (1977).
- (4) A.L.I., RESTATEMENT (SECOND) CONTRACTS § 4 (1979). 松本恒雄「第二次契約法リステイトメント試訳(一)」民商法雑誌94巻4号111頁(1986)を参照。
- (5) Id. at § 19.
- (6) City of Dallas v. Stanglin, 109 S. Ct. 1591, 1595 (1989).
- (7) 意味効果と非意味効果について、M. B. NIMMER, *supra* note 1 at

§ 3.06 [C] 参照。

- (8) 著者の意図した内容の再現がテキスト解釈である。テキストは著者とのコミュニケーションの手段である、という古典的な解釈学と比較すると、最近の理論は読者の主観的な理解、テキストと読者との対話、すなわち、(客観的に確定できないという意味での)主観性を重視する。これは、テキストの意味、著者の意図について客観的に判断し、確定することはできない、主観的な読者の解釈がテキストの意味として検討されなければならないという立場である。

第1修正に関する法理をこのような観点から見ると、名誉毀損における *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) の actual malice 現実の悪意の法理は、公務員についての叙述の虚偽性を知っていた、あるいは、知り得る立場にあったのに知ろうとしなかったコミュニケーションの送り手の意図に着目している。古典的な解釈学と類似のアプローチである。これに対して、象徴的な行為に関しては、行為者の意図と、それを見た聴衆がメッセージを理解する蓋然性とは重視されている。See, *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405, 410-11 (1974). 解釈学の文脈でというならば、著者の意図のみならず、読者の理解を検討している。これが、象徴的表現に特有なアプローチなのか、それとも、新しい解釈学の傾向を(無意識にせよ)反映するものなのかは、注目に値する。

- (9) コミュニケーションの過程から、その構成要素を「発信体」、「記号化」、「表現化」、「記号解読」、「受信体」と分解することがある。さらに、コード、メッセージ、チャンネル、コンテキストを付け加えることもある。すなわち、伝達意図の主体である「発信体」は、その内的体験、精神作用を記号へ転換するメカニズム、「記号化」の過程を経て、媒体により伝達され、意味の対応がある記号であるメッセージを具体的な媒体形態、メディアを選択して「表現化」し、チャンネルを通じて、コミュニケーションのメッセージとメディアの意味内容に反応する個人や集合体である「受信体」が記号から精神内容を復元するメカニズムである「記号解読」を行ない、知覚上、感覚上の刺戟を得る。「記号化」と「記号解読」に関する既存の約束事、一般的規則が「コード」であり、補足的な、個別の判断要素が「コンテキスト」である。記号化は本稿のコミュニケーションの送り手の主観的意図、表現化はメディア選択、記号解読は受け手の客観的認識とほぼ対応する。本稿では、記号化、表現化が発信体の、記号解読が受信体の内心のプロセスであって、外から見えないことに鑑みて、送り手、メッセージ、受け手という大きな区分を用いている。

- (10) *Young v. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50, 76 (1976).

- (11) E.g. 髪を長く編むことでアメリカ・インディアンの誇りと伝統を表明

- すること *New Rider v. Board of Education*, 480 F. 2d 693 (10th Cir. 1973), certiorari denied, 414 U.S. 1097 (1973).
- (12) M.B. NIMMER, *supra* note 1 at § 3. 06 [E] [1] [a] .
- (13) *Cowgill v. California*, 396 U.S. 371 (1970), appeal dismissed *People v. Cowgill*, 274 Cal. App. 2d Supp. 923, 78 Cal. Rptr. 853 (App. Dep't Super. Ct. 1969). たとえば、現在の政府やその政策に敵対的ではなく、国家への忠誠にも該当しないメッセージを漠然と表明するような行為に対して、コミュニケーションとしての要素を十分に認定できないと考えた Harlan J. はアペールを棄却するにあたり、Cowgill の行為に認識し得るコミュニケーションとしての側面があったことを立証していないと、棄却に同意している at 371-72.
- (14) E.g. *Pacific Gas & Electric Corp. v. Public Utilities Commission of California*, 475 U.S. 1 (1986); *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301 (1965).
- (15) *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 756 (1976).
- (16) コミュニケーションの目標とされた者と第三者、偶然その場に居合わせた者とを区別し、聴衆の利益 audience interests と傍観者の利益 bystander interests とは異なるという区別も考えられる。See T. Scanlon, *Freedom of Expression and Categories of Expression*, 40 U. Pitt. L. Rev. 519 (1979). ここでは、受け手の存否それ自体を問題にしているの
で、受け手の利益の異同の問題は取り扱わない。
- (17) *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405, 409 (1974).
- (18) E.g. TEX. PENAL CODE ANN. § 152 (1974). この州内において、公然と、もしくは、密やかに、合衆国の旗……を破損し、汚染し、侮り、踏みつけ、言葉や行為によって侮辱するものは2年から25年の拘禁刑に課す。
- (19) See, *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968).
- (20) 鶴見俊輔は、サンタヤナ哲学の意味と言葉について、次のように記述している。哲学者の企図したとおりの意味が読者に伝わる時に哲学者と読者は「共通の意味」を占有する。これを「伝達」といい、伝わる内容を「伝達価値」という。もともと伝えようと企図した意味の中での伝わらない部分、企図しなかった意味が読者によって受け取られる場合の言葉の働きを「表現」という。表現において呼び起こされる意味は、その人によって大いに異なる。用語が厳密に定義されておらず、多義的で、認識的意味のみならず情緒の意味を含むときには「共通でない意味」を促進する表現価値が高くなる。鶴見俊輔『アメリカ哲学(下)』74-75頁(1976)。
- (21) 言葉のもつ一義的な性質は本来的なものではなく便宜上の理由から設

けられた、この言葉をこの意味で用いるという約束事に他ならない。これを言語過程の規則性といい、与えられた枠組みに即してしか円滑に機能しない強制力とともに、言葉の鋳型機能と称する。岡部慶三「言語とコミュニケーション」『講座 現代社会とコミュニケーション基礎理論』33-35頁 (1973)。

- (22) *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 376 (1968).
- (23) A.H. Loewy, *Punishing Flag Desecrators: The Ultimate in Flag Desecration*, 49 N.C. L. REV. 48, 57 and n. 26 (1970).
- (24) *Adderley v. Florida*, 385 U.S. 39 (1966) における Douglas J. の反対意見 at 48-56 は、デモンストレーションの抗議内容と場所との関連性について論じている。
- (25) 上田誠一郎「英米法における『表現使用者に不利に』解釈準則(一)～(三・完)」民商法雑誌100巻2号226頁、100巻4号601頁、100巻5号836頁 (1989年) 参照。
- (26) See *First Amendment Protection of Ambiguous Conduct*, 84 COLUM. L. REV. 467 (1984). この論文では、メッセージ内容と象徴との関連性を、日常的行為が象徴的表現と判定されるために考慮される要素と考えているが、私見では、象徴とメッセージの関連性は、日常的行為以外にも積極的に活用する余地があると思われる。上記論文のいうところの異常な行為、伝統的な象徴を伴う行為においても、象徴とメッセージとの関連がしばしば意識的に利用されており、メッセージ理解に役立っていると思われるからである。
- (27) *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964). 定義はできないとしても、その範疇に該当するものは直感的に認定できるという、猥褻、ハード・コア・ポルノグラフィに関する Stewart J. の叙述である。
- (28) E.g. *First Amendment Protection of Ambiguous Conduct*, 84 COLUM. L. REV. 467 (1984); F.S. HAIMAN, *SPEECH AND LAW IN A FREE SOCIETY* 25-38 (1981).
- (29) E.g. *United States ex rel. Radich v. Criminal Court of New York*, 385 F.Supp. 165 (S.D. N.Y. 1974); *Suppression of Symbolic Speech: Antispeech versus Nonspeech Interests*, 22 UCLA L. REV. 969 (1975); M.B. Nimmer, *The Meaning of Symbolic Speech under the First Amendment*, 21 UCLA L. REV. 29 (1973); Notes, *Symbolic Conduct*, 68 COLUM. L. REV. 1091 (1968).
- (30) E.g. *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. 2533, 2539 (1989); *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405, 409-11 (1974).
- (31) *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405, 409 (1974); *United States v.*

象徴的表現(2)

O'Brien, 391 U.S. 367, 376 (1968).

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

訂正 北大法学論集 40巻5・6合併号(上)

695頁21行目 Righths → Rights

724頁2行目 法学セミナー → 法学教室