



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	象徴的表現（3） 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一考ー
Author(s)	紙谷, 雅子; HAYASHIDA, Seimei
Citation	北大法学論集, 41(3), 232-158
Issue Date	1991-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16775
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(3)_p232-158.pdf



象徴的表現(3)

— 合衆国憲法第1修正と言葉によらない
コミュニケーションについての一考 —

紙 谷 雅 子

目 次

- I. Texas v. Johnson を契機として
- II. 象徴的表現とは
 - A. 言葉によらないコミュニケーション 以上 40巻5・6号
 - B. 星条旗の伝統的でない取り扱い
 - C. コミュニケーションとしての行為 以上 41巻2号
 - D. 象徴的表現の法理
- III. 星条旗という象徴
 - A. 星条旗と法
 - B. 星条旗を保護する政府の利益 以上 本号
- IV. Texas v. Johnson, その後

II. 象徴的表現とは(続き)

D. 象徴的表現の法理

1. 象徴的表現の法理は、アメリカ軍のカンボジア侵寇を非難して、
星条旗にピース・サインを付着させたうえで上下逆さにして窓から掲揚

象徴的表現（3）

したために、星条旗の不適切な取り扱いを禁止する Washington 州法違反に問われた1974年の *Spence v. Washington* ⁽¹⁾ において確立されている。いわゆる、two-step approach 二段階分析である⁽²⁾。象徴的表現が問題になる場合、第一に検討されるのは、争われている行為が第1修正の射程にはいる「コミュニケーションの一形態」となるほどコミュニケーションとしての要素が十分に存在しているかどうか⁽³⁾、あるいは、純粹な言論に極めて類似しているかどうか⁽⁴⁾である。行為の性質、前後関係、事実状況から、行為にはある特定のメッセージを表現する意図があり、そのメッセージが視聴者に理解される蓋然性が非常に高ければ、行為を用いて思想を表現していると判断することができる⁽⁵⁾。このとき、ある行為を第1修正の保護する表現的行為と、仮定して⁽⁶⁾、次の段階、政府の利益の検討に進むこともある。第1修正との関係に関する判断は必ずしも必要ではなく、一応、コミュニケーションと考え得るときには第1修正の保護があると想定して、最初の判断をしないことも可能であるということであろう。次に、そのような「表現行為」を規制する政府の利益が検討の対象となる。政府の利益と第1修正の保護する権利、自由、この場合には表現の自由との関係が問われることになる。政府の利益が、表現の内容を根拠としている場合にはもちろんのこと、表現の内容に言及している場合、表現の内容を基準にしている場合、あるいは、表現に直接関係し、関連している場合には、厳格な審査の対象となる⁽⁷⁾。政府の利益が表現の内容について中立である場合、内容に言及することがない場合、内容を基準としてはいない場合、すなわち、表現に直接関係ないならば、緩やかな審査基準である、いわゆる O'Brien テスト⁽⁸⁾が用いられる。

政府の利益に焦点を合わせた、この法理は、選抜徴兵カードを焼却して反戦の意思表示とした1968年の *United States v. O'Brien* ⁽⁹⁾、生徒が教室で黒い腕章を着けて反戦の意思表示をした1969年の *Tinker v. Des*

Moines Independent Community School District⁽¹⁰⁾などを通じて形成されてきた。Spence v. Washington の後も、公園にテントに立てて政府の住宅政策の欠如を非難した1984年の Clark v. Community for Creative Non-Violence⁽¹¹⁾、そして、政治的デモンストレーションにおいて星条旗を焼却した1989年の Texas v. Johnson⁽¹²⁾や1990年の United States v. Eichman⁽¹³⁾などにおいて適用されており、これまでのところ、この枠組みが変更されることはなさそうである。

このような象徴的表現の法理という分析手法に問題があるとすれば、政府の利益が表現に直接関係あり、O'Brien テストが適用されなくても、直ちに、厳格審査の対象とならない場合について検討する必要があるかどうかである。象徴的表現に対する規制は、表現の形態に着目しているので、O'Brien テストが適用されると主張され得る。表現の時間、場所、方法および態様に対する規制は、表現に対する規制のうちでも、表現の内容に中立な規制であり、厳格な審査の対象とならない場合があるかもしれない。もっとも、表現の形態に対する規制は、ア・プリオリに表現の内容に中立なので、表現の内容に直接関係がある政府の利益にもかかわらず、なおかつ、表現の内容に中立な規制であるということ⁽¹⁴⁾は論理的に矛盾する、自家撞着であるということになる。

2. 言葉によらないコミュニケーションとしての行為、象徴的表現には、コミュニケーションとしての要素、言論要素と、それ以外の言論ではない要素とが混在している。人の精神作用に働きかける、意味効果をもたらすのが言論要素、環境、状況に物理的に作用する、非意味効果をもたらすのが言論ではない要素である。言葉によらないコミュニケーションについて、コミュニケーションの要素、言論要素が十分に浸透している⁽¹⁵⁾とか、(言論ではない要素が目立たないせいで) 純粋な言論と極めて類似している⁽¹⁶⁾ことが指摘されているが、すでに見たように、言論要

象徴的表現（3）

素の比重、言論要素と言論ではない要素との割合は、コミュニケーションとしての認定過程では、決め手ではなかった。

そこで、言葉によるコミュニケーションと言葉によらないコミュニケーションとの共通要素ではなく、言葉によらないコミュニケーションと同じ形態でありながら、コミュニケーションではない行為との共通要素に目をむけることが考えられる。言論ではない要素の存在である。また、言論ではない要素の存在が言葉によらないコミュニケーションの最大の特徴でもある。

言論ではない要素に着目したのは、Crosson v. Silver⁽¹⁷⁾における Walch J. である。Walch J. は、星条旗と関わる行為の大半は、普通、思想を表明する意図があり、大抵の場合、思想を成功裏に伝達するので、象徴的言論であることは自明であると、星条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同意した。⁽¹⁸⁾（星条旗と関わる）行為に対しては、第1修正の保護を受けるという一応の推定が働き、（それを規制する）制定法は、行為の規制が憲法上許され得るかを判断するため、United States v. O'Brien に従って審査されなければならないとして、非言論要素を規制する重要な、意義ある政府の利益について判断するため、この行為における言論要素と言論ではない要素の抽出を試みている。⁽¹⁹⁾

星条旗が象徴する「何か」、そして、星条旗の焼却が象徴する「何か」に関する理知的、情緒的反応、精神作用をもたらすのが星条旗焼却行為の中の言論要素であり、物体としての星条旗に対する物理的な作用である破損行為が言論ではない要素であるとするならば、赤白青の布を燃す行為が、星条旗の物理的な破損をもたらす言論ではない要素である。しかし、星条旗の物理的な破損はそれを目撃した者、発見した者に激怒、憤慨、嫌悪、諦め、無関心から、賛同に至る精神の反応を呼び起こす。Walch J. は、後者も言論ではない要素のインパクトと位置づけている。⁽²⁰⁾

しかし、それは、星条旗が象徴する「何か」、星条旗の焼却が象徴する「何か」が引き起こして精神の反応、意味効果があって、赤白青の布が燃やされたことへの反応ではない。星条旗を物理的な破損する行為には言論ではない要素と同時に言論要素が存在し得ることを示している。観衆の精神への刺戟は、物理的な破損行為への反応ではあるが、同時に行為の表明する立場への反応でもある可能性が高い。星条旗が焼却されたことに激怒する者は合衆国の政策を非難するというメッセージにも激怒しているかもしれない。(もっとも、政府の政策は非難するが、その表現方法としての星条旗の焼却には激怒するという立場も、当然、あり得る。) 言論要素のみならず直接的なインパクトと言論ではない要素のみならず間接的なインパクトとの区別がはっきりしなければ、Walch J. の言論要素と言論ではない要素の抽出というアプローチは、一層の混乱をもたらすことになる。もっとも、表現行為に関する言論要素、言論ではない要素、意味効果、非意味効果について詳細に論じている M.B. Nimmer⁽²¹⁾ も、言論ではない要素の間接的な意味効果という説明をしており、同じように曖昧である。観衆の感情を刺戟したのが布の焼却という物理的行為ではなく、その布の体現するアメリカ合衆国に対する冒瀆なのか、行為の表明する政府批判のメッセージであるのかを区別する手立ではない。結果として、意味効果に対する、意味効果の制約を主眼とする規制でありながら、言論ではない要素を規制していると説明されることになる。⁽²²⁾

3. 言論ではない要素の抽出のためには、コミュニケーションではないけれども、形態上類似している、比較し得る行為を考える。同型であってもコミュニケーションではない行為にも政府の規制が及ぶ要素があるならば、この型の行為には、コミュニケーションの存否とは無関係に規制され得る言論ではない要素が存在する。行為それ自体が害悪をもたら

象徴的表現（3）

すような場合、政府の規制の根拠が意味行為の抑制でないという一応の推定が成り立つ。規制され得る言論ではない要素がある行為は、言葉によらないコミュニケーションとして第1修正の保護する表現活動であるとしても、言論ではない要素のために第1修正の自由に対する付随的な制約を受けることもあり得る。

このような状況こそ、O'Brien テストが適用されるのにふさわしい。もっとも、「同型であってもコミュニケーションではない行為類型」をどのように規定するか、その抽象化のレベルによって、結論に違いが生じることは否めない。星条旗の焼却と「同型であってもコミュニケーションではない行為類型」には、ただの布を燃す行為も、汚れた、または、古くなってくたびれている星条旗の廃棄処分行為も、該当する。前者であれば、布地を街頭で焼却することは雑踏の中での火事や人身への危険がある、大気汚染をひきおこすという理由から、禁止され得るかもしれない。後者は連邦法⁽²³⁾が奨励する、使われなくなった星条旗の適切な処分方法であるので、奨励こそされても、禁止されることはないと考えられる。「同型であってもコミュニケーションではない行為類型」の抽象化の程度によって、その行為を規制する根拠は大きく変化する可能性がある。そのように考えると、「同型であってもコミュニケーションではない行為類型」に該当すると想定される行為は行為を規制する政府の利益との関係を明らかにするうえで、大きな意味をもつ。言論要素を共有しないにもかかわらず、形態上類似している行為が同一の政府の利益を侵害する故に規制されるならば、その規制は、反証がないかぎり、表現であることに無関係といえることができる。「同型であってもコミュニケーションではない行為類型」の規制とは異なる政府の利益が主張されるとすれば、それはもっぱらコミュニケーションであるということを経由していることになる。そこで、政府の利益の検討なしに、その特色だけでは、象徴的表現についての考察は完了しない。

註

- (1) 418 U.S. 405 (1974).
- (2) *United States ex rel. Radich v. Criminal Court of New York*, 385 F. Supp. 165, 173 (S.D. N.Y. 1974).
- (3) *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. 2533, 2540 (1989); *Spence v. Washington*, *supra* note 1 at 409; *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 376 (1968)
- (4) *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503, 505-06 (1969).
- (5) *Supra* note 1 , 418 U.S. at 409-11.
- (6) E.g. *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288, 293 (1984).
- (7) *Supra* note 1 , 418 U.S. at 411.
- (8) *Supra* note 3 , 391 U.S. at 376-77; see *supra* note 1 , 418 U.S. at 414 n. 8.
- (9) 391 U.S. 367 (1968).
- (10) 393 U.S. 503 (1969).
- (11) 468 U.S. 288 (1984).

もっとも、*Clark v. Community for Creative Non-Violence*においては、象徴的表現も、合理的な時間、場所、方法および態様の規制の対象となるとして、言論の内容に言及することなく、中立に、重要な政府の利益を促進するために厳格に起草された規制が情報の伝達のために他の選び得る手段を十分に残していることを合憲性判定の基準として示唆している。*Id.* at 293. 象徴的行為の規制と時間、場所、方法および態様の規制とは同じである。*Id.* at 298.

- (12) 109 S.Ct. 2533 (1989).
- (13) 110 S.Ct. 2404 (1990).
- (14) 表現の形態に対する規制であることは表現の内容に関係のない政府の利益を無条件に意味するといえるかどうか、ここでは、留保しておく。
- (15) *Supra* note 1 , 418 U.S. at 409; *supra* note 3 , 391 U.S. at 376.
- (16) *Supra* note 4 , 393 U.S. 503, 505-06.
- (17) 319 F. Supp. 1084 (D. Ariz. 1970).
- (18) *Id.* at 1086.
- (19) *Id.* at 1086-87.
- (20) *Id.* at 1087.
- (21) M.B.Nimmer, *The Meaning of Symbolic Speech under the First Amendment*, 21 UCLA L. REV. 29, 36 (1973).

象徴的表現（3）

- ㉔) たとえば *Roth v. United States*, 352 U.S. 964 (1957)以降の猥褻に関する事件すべてにおいて、猥褻というコミュニケーションとしての要素が存在しているにもかかわらず、それを抑圧しようとする明らかにコミュニケーションとしての要素に向けられたと考えるほかない、政府の規制を、合衆国最高裁判所は反言論利益に基づくとは考えていない。*Suppression of Symbolic Speech: Antispeech and Nonspeech Interests*, 22 UCLA L. REV. 969, 978 n.47 (1975).
- ㉕) 36 U.S.C. § 176(k) (1976).

III. 星条旗という象徴

A. 星条旗⁽¹⁾と法

1. 1777年6月14日、大陸会議は、現行のアメリカ合衆国の国旗の母体となった、全体が赤と白の13本の横縞で、その左上部分の青地に13の白い星が（環状に）置かれた星条旗⁽²⁾を13州を統合する旗として採用する決議をした。星条旗⁽³⁾について最初に制定された連邦法は1794年1月13日の法律である⁽⁴⁾。これは、縞の数を15本に、星の数を15に変更すると規定している。その後、このような法律は何回か制定されているが、その最新例は、1947年7月30日の法律⁽⁶⁾ということになる。また、1942年6月22日には合衆国の旗の適切な取り扱いに関する支配的な慣行を明文化した法律⁽⁷⁾が制定されている。

初めて星条旗の利用を規制する法律を制定したのは1897年の Illinois, Pennsylvania, South Dakota の3州⁽⁸⁾であった。19世紀後半に広まった星条旗の広告利用を禁止する同種の制定法は瞬間に一般化した⁽⁹⁾。州裁判所の中には、これら、営利的広告における星条旗の利用禁止は合衆国憲法第14修正が要求する法の適正な手続過程に抵触するという判決を北法41(3・225)1275

下したのもあったが、最初の制定法からわずか10年しか経たない1907年、合衆国最高裁判所は、*Halter v. Nebraska* ⁽¹¹⁾において、星条旗を営利的広告の中で用いることを禁止する Nebraska 州法は合憲であると判決した。もっとも、第1修正は1791年12月15日から合衆国憲法の一部であったが、1919年になるまでは言論規制法規の違憲性が基本的には問題とならなかったこと⁽¹²⁾、1976年までは営利的言論が第1修正の外にあったこと⁽¹³⁾、そして、1925年まで第1修正は州に直接適用されるとは考えられていなかったことも事実である。今日の *Halter v. Nebraska* 判決の評価は、今世紀初頭とは異なるかもしれない。⁽¹⁵⁾

すでに述べたように、まず1890年代、1900年代に星条旗の営利的な利用を禁止する法律が多くの州で制定された。⁽¹⁶⁾ 1910年代の世界第一次大戦の勃発、1920年代の共産主義革命の恐怖の影響のもと、他の州も星条旗に関する法律を制定した。⁽¹⁷⁾ これらの州法の中には、星条旗に関する冒瀆的な、あるいは、不適切な取り扱いに対して罰金を課すだけの規定も、⁽¹⁸⁾ 25年の禁固刑を課すという1918年に成立した Texas 州法のような規定もあった。⁽¹⁹⁾

星条旗に関する事件ではないが、1931年に、明らかに言葉によらないにもかかわらず、赤旗の掲揚は表現と判断されている。⁽²⁰⁾ 政府への反対、アナキズムの象徴として赤い旗の掲揚を平穏な場合も禁止した California 州法、⁽²¹⁾ 通称 red flag law は漠然としており、第1修正に抵触すると述べ、言葉によらない思想の表明に対しても第1修正の保護が及ぶことになった。

星条旗に関する事件として、*Halter v. Nebraska* の次に合衆国最高裁判所が直面したのは、星条旗への敬礼を強要する州法についてであった。1940年の *Minersville School District v. Gobitis* では、公立学校からの放校を伴う星条旗への敬礼の強要は合憲であると判断されたが、⁽²²⁾ 1943年の *West Virginia State Board of Education v. Barnette*

象徴的表現（3）

では、星条旗への敬礼を強要する州教育委員会の決定が第1修正に抵触すると判断された。⁽²³⁾その後、1969年の *Street v. New York* では、星条旗に対する侮辱的な発言だけを根拠として刑罰を課すことは違憲である⁽²⁴⁾と、1974年の *Smith v. Goguen* では、星条旗を公然と屈辱的に取り扱うことを処罰する州法に対して、公式のエチケット違反となる星条旗の取り扱いすべてを禁止するようにも解釈できる規定は漠然としており、無効であると述べられている。⁽²⁵⁾同じく1974年の *Spence v. Washington* では、星条旗の伝統的ではない取り扱い行為は第1修正を援用する表現行為となり得ると⁽²⁶⁾いうのが、合衆国最高裁判所の星条旗に関する立場である。

すでに述べたように、⁽²⁷⁾星条旗は焼却され、⁽²⁸⁾ペンキをかけられ、⁽²⁹⁾引き裂かれ、⁽³⁰⁾踏まれ、⁽³¹⁾ベスト、ポンチョ、ケープ、シャツなどとして身にまわれ、⁽³²⁾ズボンの尻部に縫いつけられ、⁽³³⁾芸術品、出版物の一部として用いられ、⁽³⁴⁾その上に文字や模様をつけられ、⁽³⁵⁾バッジとなり、⁽³⁶⁾ものを覆うように置かれるなど、⁽³⁷⁾さまざまな伝統的ではない方法で取り扱われ、裁判所の前に登場した。そして、裁判所の中には星条旗の取り扱いを規定した州法を違憲と判断するものもあつた。⁽³⁸⁾星条旗に対する伝統的ではない取り扱いを適切に処罰するため、あるいは、違憲判決に対処するため、連邦議会も州議会も、星条旗に関する規定の見直しを実施している。

2. 連邦議会は、これまで星条旗に関していくつかの法律を制定している。

合衆国の国旗は、13本の、赤と白が交互になった横縞で、青地に白い星が連合を表す。⁽³⁹⁾連合を表す星の数は新たな州の加盟に伴い追加され、新しい星条旗は次の7月4日から正式な国旗となる。⁽⁴⁰⁾現行の国旗は、縦を1.0とすると、横1.9、青地部分は縦0.5385（7/13）、横0.76、横縞の幅0.0769（1/13）、星の直径0.0616という比で構成されている。⁽⁴¹⁾

星条旗の取り扱いは次のように規定されている。国歌「星条旗よ、永遠なれ」が演奏されている間、星条旗が正面になるよう顔を向けて、右手を胸に当てて直立不動の姿で起立しなければならない。⁽⁴²⁾星条旗に対する忠誠の宣誓は星条旗に向かって、右手を胸に当てて直立不動の姿で起立して、行なわれなければならない。⁽⁴³⁾星条旗の掲揚は、適切な照明がなされないかぎり、日の出から日没に限定される。⁽⁴⁴⁾星条旗が、他の旗と一緒に用いられる場合、常に右側、先頭でなければならない。道の中央から掲揚する場合は（東西に向かう道の）北側、（南北に向かう道の）東側を上とする。壇上においては話し手の上、右側でなければならない。星条旗は、掲揚柱をもって掲揚され、垂れ幕のように（棺以外の）物を覆うことはない。⁽⁴⁵⁾星条旗は常に尊敬の念をもって取り扱われなければならない。（敬意を表明するため）ちょっと降下させてはならない。地表、床、水面などに触れるほど低く掲揚してはならない。水平に運んではならない。衣服、カーテン地として用い、たたみ、縄状に繋ぎ、止めてはならない。破損、汚染されるように用いてはならない。天井を覆うため、あるいは、（何かを入れる）器として用いてはならない。いかなるものも星条旗に付着させてはならない。広告目的のために用いてはならず、一時的に使用され処分され得るものに印刷してはならない。衣装、制服の一部として用いることができるのは、軍人、消防士、警察官、愛国団体の制服に限られる。掲揚するにふさわしくない状態になったならば、できれば焼却によって、処分すべきである。⁽⁴⁶⁾星条旗が掲揚され、行進などで通過中は、星条旗が正面になるように、右手を胸に当てて直立不動の姿で起立しなければならない。⁽⁴⁷⁾また、星条旗の商標登録申請は拒否される。⁽⁴⁸⁾これらの規定には罰則がない。

1989年6月21日、Texas v. Johnson⁽⁴⁹⁾が下された時点において、星条旗の取り扱いを刑罰をもって規制していた連邦法は、District of Columbia ワシントン特別区にだけ適用される4 U.S.C. § 3 (1968)と全

象徴的表現（3）

国的に適用される18 U.S.C. § 700 (1968)とであった。

前者は、District of Columbia 地区において、星条旗に、展示する目的で、文字や文様、広告を付着、印刷させた者、そのような星条旗を公然と展示した者、若しくは、星条旗の複製を商品に印刷、付着させることで商品化した者に対して misdemeanor として、100ドル以下の罰金、30日以下の禁固のいずれか、もしくは両方を課すことができると規定している。後者は、合衆国の旗を、公然と破損、汚損、汚し、焼却、踏みつけることによって故意に侮辱した者には、1,000ドル以下の罰金、1年以下の禁固のいずれか、もしくは、両方を課すと規定していた。

3. 実質的に、星条旗の利用を規制する最初の連邦法は、商標登録に関する1905年2月20日の法律⁽⁵⁰⁾であった。同法は、商標登録の際、合衆国の国旗の登録申請は拒否されると規定し、営利的目的で合衆国の国旗を私人が排他的に利用することを禁止している⁽⁵¹⁾。その後、1917年に、District of Columbia 地区だけに適用される連邦法が制定された⁽⁵²⁾。同法は、星、縞の数いかにかわらず、平均的な人が見て熟慮せずに合衆国の国旗であると判断するような星条旗に、展示する目的で、文字や文様、広告を付着、印刷させた者、そのような星条旗を公然と展示した者、もしくは、星条旗の複製を商品に印刷、付着させることで商品化した者、星条旗を公然と、破損、汚損、汚し、侮り、踏みつけ、言葉または行為によって侮辱する者に対し、裁判所は100ドル以下の罰金、30日以下の禁固のいずれか、もしくは両方、課すことができると規定していた。この規定は、1968年7月5日に、「星条旗を公然と、破損、汚損、汚し、侮り、踏みつけ、言葉または行為によって侮辱する者」を除外するよう修正された⁽⁵³⁾。それは、合衆国の旗を故意に侮辱する行為に適用される新しい法律⁽⁵⁴⁾が制定されたためである。1968年法は、当時、頻繁に発生していた星条旗焼却行為を厳罰によって終焉させることを目的として
北法41(3・221)1271

いた⁽⁵⁵⁾という。これが、星条旗を保護し、違反者を処罰する、全国的に適用される最初の法律ということになる。

当初、連邦議会に提出された1968年法の原案は、1917年法から削除された部分に対応する「星条旗を公然と、破損、汚損、汚し、侮り、踏みつけ、言葉または行為によって侮辱する者」を処罰するというものであったが、「侮る」が過度に漠然としていること、「言葉による」が言葉だけでも訴追を可能にするので第1修正に抵触することを理由に、「侮る」「言葉による」が削除された。そして、「踏みつけ、焼却、汚し」などの行為は独立した犯罪の構成要件ではなく、「侮辱」の内容を説明する記述である⁽⁵⁶⁾と説明されている。その結果、1968年法18 U.S.C. § 700(a)は、「合衆国の旗を、公然と破損、汚損、汚し、焼却、踏みつけることによって故意に侮辱した者には、1,000ドル以下の罰金、1年以下の禁固のいずれか、もしくは、両方を課す」という内容になった。

この規定に基づいて起訴されたという記録は、5件である。連邦裁判所は、星条旗の焼却に適用された3件において、法律は有効、合憲であると判示している⁽⁵⁷⁾。星条旗を公然と引き裂くことは同法の処罰対象である⁽⁵⁸⁾が、星条旗に非常によく似たシャツの着用は、法律の規定する物理的な破損には該当しないので、同法の適用はないと判示されている⁽⁵⁹⁾。

制定当時の理解によれば、この法律は、言論や、政治的反対意見、抗議、思想のコミュニケーションを禁止するものではない。また、正統な行為を規定し、積極的な行為を要請していない。むしろ、星条旗を公然と物理的に破壊、侮辱をすることを禁止しているので、意図的な、故意による、星条旗の冒瀆を禁止した法律であり、それ故に、合憲である⁽⁶⁰⁾。法律が禁止しているのは星条旗を侮辱的に焼却するという物理的な行為であって、それは自由な言論を抑圧することにはならない。その行為がヴェトナム戦争への抗議の表現を意図していたかもしれないとしても、関係はないと説明されていた⁽⁶¹⁾。星条旗に対して意図的に行なわれた

象徴的表現（3）

物理的な破損行為を処罰することが、第1修正の保護する表現の処罰になるかもしれないこと、とくに、この法律の促進する政府の利益が直接的に、あるいは、政府の利益は表現の自由の制約を目的とするものではなく無関係であるが間接的付随的に、第1修正の保護する権利、自由を制約するか、といった点についての考慮は全くなされなかったようである。

後に述べるように、⁽⁶²⁾ Texas v. Johnson 判決を契機に、連邦議会は1968年法を改正して、故意に破損、汚染、物理的に汚し、焼却、床または地面に置き、踏みつけた者を、本篇の規定する罰金、1年以下の禁固のいずれか、もしくは両方を課すという法律を1989年10月に成立させた。⁽⁶³⁾ 1989年法は施行とほぼ同時に発生した2件の星条旗焼却事件に適用された。いずれの場合にも連邦地方裁判所は1989年法が違憲であると判断し、⁽⁶⁴⁾ 直ちに合衆国最高裁判所へ飛躍上告された。⁽⁶⁵⁾ 1990年6月11日、合衆国最高裁判所は、1989年法を違憲と判断した。⁽⁶⁶⁾

4. 星条旗の取り扱いを規定しているのは連邦法だけではない。州もそれぞれ、星条旗を、合衆国の旗であるとして州旗とともに、あるいは、崇拝の対象のひとつとして、刑罰をもって保護している。これらの州法の内容にはいくつかのパターンがある。そのプロトタイプとなっているのは、1917年の Uniform Flag Law (UFL) 統一星条旗「法」と1962年の Model Penal Code (MPC) 模範刑法典である。

1917年に National Conference of Commissioners on Uniform State Laws 統一州法全国評議会は、各州が星条旗に関する規制法を制定する場合、モデルとなる UFL を採用した。UFL § 1 は、UFL が適用される合衆国の旗について、合衆国の国旗、星条旗のみならず、その素材いかに問わず、星条旗の複製すべて、星条旗らしく見えるものまで含むと、定義している。§ 2 は、(a) 展示するため星条旗に文字、

文様、広告などを付着させること、(b) 文字、文様、広告などの付着した星条旗を公然と展示、掲揚すること、(c) 星条旗を付着させた商品を製造、販売、贈呈、その他の目的で公然と展示することを、冒瀆として禁止する旨、§ 3 は、公然と破損、汚染、汚し、侮り、踏みつけ、言葉や行為によって侮辱することを破損として禁止する旨、規定している。§ 4 は、合衆国の法律、陸海軍の規則などによって許可された行為、広告宣伝とは無関係な文書などの適用除外についてである。§ 5 は、罰則条項で、§ 2 違反は misdemeanor として罰金を、§ 3 違反は罰金と禁固を併記するようになっている。統一州法全国評議会は、1966年、UFL は時代に適合しなくなったと、取り下げたが、1990年現在、5州に UFL をモデルとした⁽⁶⁷⁾、6州に UFL をモデルとしたと思われる規定がある。連邦法のように、§ 2 の「星条旗誤用」と、§ 3 の「星条旗冒瀆」とを、別々に規定している場合も、UFL モデルの変形ということができる。4州に UFL モデルの「星条旗誤用」規定と「星条旗冒瀆」規定が別々に、3州に UFL モデルの「星条旗誤用」規定が、1州に UFL モデルの「星条旗冒瀆」規定がある⁽⁷⁰⁾⁽⁷¹⁾⁽⁷²⁾⁽⁷³⁾⁽⁷⁴⁾。

1962年5月24日に American Law Institute アメリカ法律協会が採択した MPC は、崇拝の対象に対する冒瀆から保護するべきもののひとつとして national flag 国旗をあげている。MPC § 250.9 は、次のように規定している。「故意に公共の記念碑もしくは構築物又は礼拝所もしくは墳墓を冒瀆し、又は、故意に、国旗その他公衆もしくはその相当部分が崇拝する対象を公共の場所で冒瀆した者は、misdemeanor を犯したものとす。『冒瀆する』とは、汚損、破壊、汚染、その他の行為を目撃、発見した人々の感情を害し、憤怒させるであろうと行為者には分かっている方法で物理的に不適切な取り扱いをすることをいう。」MPC の第13次草案のコメントによれば、それまでの州法では、星条旗だけがほぼ唯一の保護の対象であり、その多くは UFL に依拠していた。

象徴的表現（3）

MPCは崇拝の対象を包括的に拡張したが、その文面は多くの州法を土台に、より厳密に起草されている。⁽⁷⁶⁾ 星条旗に関しては、処罰の対象となる行為を、公共の場所において実施された、意図的な冒瀆、一般公衆の感性を侮辱する行為、物理的な濫用に限定している。

1980年に公表されたMPCのコメントによれば、⁽⁷⁷⁾ 憲法上の問題として、崇拝の対象を冒瀆するのは、それを崇拝する人々の信念、価値に対する反対の意思表示として便利かつ生き生きとした表現方法であり、そのような表現の規制が第1修正上問題となるのは避けがたい。もっとも、*Street v. New York*⁽⁷⁸⁾で指摘された「言葉による侮辱」という規定、*Smith v. Goguen*⁽⁷⁹⁾で指摘された「侮辱的に取り扱う」という漠然とした規定という観点からは、MPCには問題はない。唯一の問題は、このコメントに従えば、所有者の同意がある私有物に対する冒瀆行為を規制する場合に発生する。公共の記念碑や所有者の同意がない私有物に対する冒瀆行為を規制する場合の規制利益には所有物の保護があるが、所有者の同意がある私有物に対する冒瀆行為を規制する場合、所有物の保護とは異なる州の利益に基づいて規制が正当化されなければならない。崇拝の対象を冒瀆するのは、それを崇拝する人々の信念、価値に対する反対の意思表示であるので、その規制は、行為者のコミュニケーションとしての側面を直接対象としており、憲法上重大な疑義がある。コメントの指摘によれば、（治安紊乱を惹起するような行為の処罰は合憲であるが）治安上の問題を引き起こさないような、私有地における私有の星条旗を不適切に取り扱う行為に適用された場合、MPCの合憲性は問題となり得るといふ。⁽⁸⁰⁾ 1990年現在、6州にMPCをモデルとした規定がある。⁽⁸¹⁾ もちろん、星条旗を保護する州法は、UFL, MPCをモデルとするものばかりではない。

これら州法に基づいて違反者に課される刑罰の範囲は極めて広く、多様である。星条旗を焼却した場合、30日以下から10年以下の禁固、15日

ル⁽⁸⁴⁾以下から100,000ドル⁽⁸⁵⁾以下の罰金が、適用される刑罰の上限として規定されている。そして、1990年現在、Alaska, New Jersey, Wyoming の3州に、星条旗の冒瀆、不適切な使用に関する規制がない。

註

- (1) 合衆国の国旗を規制する法律の大部分は、現行の合衆国国旗である50の白い星を備えた星条旗以外の星条旗にも適用されている。たとえば *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969)において焼却されたのは星の数48の星条旗であったので、本稿では、引用の場合を除き、「合衆国国旗」ではなく、「stars and stripes 星条旗」を用いている。
- (2) 伝説は Betsy Ross が徹夜で最初の星条旗を縫いあげた話を伝えているが、実際には、大陸会議へ New Jersey 代表として派遣された Francis Hopkinson のデザインということが明らかになっている。1776年1月1日、Massachusetts 州 Cambridge において掲揚されたと伝えられているのは、赤白13本の横縞の左上部分に連合王国のユニオン・ジャックをあしらった「continental flag 大陸旗」であった。大陸会議で採用された旗は、連合王国からの独立を表すため、ユニオン・ジャックを変更し、その代わりに13の邦の団結を意味する13の星がその位置に置かれた。
- (3) 8 *Journal of Continental Congress* 464. 連邦議会は、1949年8月3日の合同決議 ch.385, 63 STAT. 492, 36 U.S.C. § 157において、1777年6月14日に大陸会議が「13の統合された邦の旗を、赤と白との13の縞と、新しい星座を表すような青地に13の白の星」とするという決議を行なったことを記念して、毎年6月14日を「星条旗の日」と宣言している。1989年6月7日の大統領布告5988号「1989年星条旗週間および星条旗の日」1989 U.S. CODE CONG. & AD. NEWS A71参照。
- (4) Act of January 13, 1794, ch. 1, 1 STAT. 341.
- (5) E.g. Act of April 4, 1818, ch. 34, 3 STAT. 415. 同法は、1818年7月4日以降、合衆国の国旗は、13本の、赤と白が交互になった横縞で、青地に20の白い星が連合を表し、さらに、新たに州が合衆国に加盟する度に、加盟直後の7月4日から星をその数だけ追加することを規定している。
- (6) Act of July 30, 1947, ch. 389, §§ 1, 2, 61 STAT. 641, 現行の4 U.S.C. §§1, 2である。

象徴的表現 (3)

- (7) Act of June 22, 1942, ch. 435, 56 Stat. 379, 現行の36 U.S.C. §§171-82.
- (8) *Flag Burning, Flag Waving and the Law*, 4 VALPARAISO L. REV. 345, 362-67 (1970). 現行の Illinois 州法 ILL. ANN. STAT. ch. 1, para. 3307 (Smith-Hurd 1980)は1897年の Ill. Laws p.229 §4まで、Pennsylvania 州法18 PA. CONS. STAT. ANN. § 2103 (Purdon 1983)は1897年の Pa. Laws ch. 34 §1 まで、South Dakota 州法 S.D. CODIFIED LAWS § 22-9-1 (1988)は1897年の S. D. Laws ch. 119まで遡ることができる。
- (9) 1896年の大統領選挙キャンペーンにおいて星条旗を政治的に利用する行為、たとえば政治的スローガンを星条旗に重ねて、星条旗がその候補者を象徴するかのような印象を与えようとする企てが目に見えたためであると説明されている。E.g. *People v. Street*, 20 N.Y.2d 231, 236, 282 N.Y.S. 2d 491, 495 (N.Y. 1967).

1895年から1906年の間に28州が星条旗を広告として利用することを禁止する法律を制定している *Flag Burning, Flag Waving and the Law*, *supra* note 8 at 346が、それらの規定は同時に、星条旗を公然と破損、汚損、汚し、踏みつけ、言葉もしくは行為によって侮辱することを禁止していたようである。 *Ibid.*

- (10) *Ruhstrat v. People*, 185 Ill. 133, 57 N.E. 41 (1900); *People ex rel. McPike v. Van de Carr*, 178 N.Y. 475, 70 N.E. 965 (1904).
- (11) 205 U.S. 34(1907). 星条旗に関するもっとも初期の判決は *Ruhstrat v. People*, 185 Ill. 133, 57 N.E. 41 (Ill. 1900)であると思われる。州最高裁判所は星条旗を営利的目的に利用することを禁止する1899年4月22日成立の州法 Ill. Laws 234、別名、国旗法を第14修正の法の適正な手続過程に関する条項に反し、違憲と判断している。 *Halter v. Nebraska* 判決当時、28州が星条旗に関する州法をすでに制定していたが、合衆国最高裁判所が、星条旗に何かを追加して公然と掲揚、掲示すること、星条旗を営利的状況において利用すること、星条旗を言葉や行為により侮辱、冒瀆することを禁止する1903年7月3日制定の Nebraska 州法「合衆国の旗の冒瀆を防止処罰する法律」 § 2375, 1 *Cobbey's Anno. Stat.(Neb.)* 1903, ch.139, see 205 U.S. at 37 n.10を、愛国心を促し、星条旗に敬意を表し、国家権力と名誉の象徴を維持する州の利益に基づいて at 42-43、合憲と判断したので、同法に準じた州法が次々と制定されるようになった。Uniform Flag Law 統一星条旗「法」は1917年に採用されており *infra* note 58、第1次世界大戦が契機であったことを窺わせる。A.M. Rosenblatt, *Flag Desecration Statutes: History and Analysis*, 1972 WASH. U. L. Q. 193, 197.

- (12) E.g. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). それ以前の第1修正に関する判例と学説については、D.M. Rabban, *The First Amendment In Its Forgotten Years*, 90 YALE L.J. 514 (1981).
- (13) *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942); *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748(1976).
- (14) *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).
- (15) *Johnson v. Texas*, 109 S.Ct. 2533(1989)の反対意見は *Halter v. Nebraska*, *supra* note 10 をそのまま今日でも有効な先例として引用し、さらに、“Olympic”という経済的に価値のある表示の排他的利用を肯定した *San Francisco Arts & Athletics v. United States Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987)を、貴重な象徴に対する所有権類似の権利を肯定する判決として引用している。109 S. Ct. at 2552. 法廷意見は、*Halter v. Nebraska*, *supra* が政治的言論ではなく、純粋に営利的言論に関する判決であり、かつ、第1修正が第14修正を通じて直接州に適用される前の判決であることを指摘し、*id.* at 2545 n. 10. 先例から、州の見解を促進するために星条旗に関する表現行為を禁止することが許されるという理解はできないと述べている。*Id.* at 2545.
- (16) See *Halter v. Nebraska*, *supra* note 10 at 39 n. *. もっとも、多くの州法の内容は営利的な利用禁止には限定されていなかったようである。この時期に、1897年の Illinois, Pennsylvania, South Dakota の3州 *supra* note 3 に続いて、1898年に New Jersey, Vermont 州が、1899年に California, Massachusetts, Minnesota, New Hampshire, New York 州が、1900年に Iowa 州が公然と星条旗を破損、汚損することを禁止する法律を制定している。1901年には Colorado, Indiana, Michigan, North Dakota, Oregon, Wisconsin 州が、1902年には Connecticut, Maryland, Ohio, Rhode Island 州が、1903年には Delaware, Maine, Missouri, New Mexico, Utah 州が、1905年には Hawaii, Idaho, Kansas, Montana, Nebraska, Wyoming 州が、1909年には Washington 州が星条旗の不適切な取り扱い、冒瀆に関する法律を制定している。*Flag Burning, Flag Waving and the Law*, *supra* note 8 at Appendix 362-67.
- (17) 1912年に Louisiana 州が、1915年に West Virginia 州が、1916年に Mississippi, South Carolina 州が、1917年に Georgia, North Carolina, Texas 州が、1919年に Arizona, Florida, Nevada, Oklahoma 州が、1923年には Tennessee 州も星条旗に関する規定を設けている。その後、1930年には Kentucky 州が、1932年には Virginia 州が、それぞれ

象徴的表現 (3)

- 同種の制定法を成立させた。 *Flag Burning, Flag Waving and the Law*, supra note 8 at Appendix 362-67.
- (18) E.g. TEX. CIV. STAT. ANN. art. 6139 (1970); 1917 Tex. Gen. Laws 123 § 1.
- (19) TEX. PEN. CODE ANN. § 152 (1918). 州内において、公然とであると密やかにであるとを問わず、合衆国の旗 . . . を破損、汚損、汚し、侮り、踏みつけ、言葉又は行為によって侮辱した者は、2年以上、25年以下の期間、収監される。
- (20) *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931).
- (21) CAL. PENAL CODE § 403a.
- (22) *Minersville School District v. Gobitus*, 310 U.S. 586 (1940).
- (23) *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).
- (24) *Street v. New York*, 392 U.S. 576, 593 (1969).
- (25) *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566, 575 (1974).
- (26) *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974).
- (27) II.B.1. 参照。
- (28) II.B.1. の事案に即していうならば、(2), (6), (9), (12), (15), (23), (28), (41), (45), (46), (52)である。
- (29) II.B.1. の事案に即していうならば、(21)である。
- (30) II.B.1. の事案に即していうならば、(1), (13)である。
- (31) II.B.1. の事案に即していうならば、(22)である。
- (32) II.B.1. の事案に即していうならば、ポンチョ(5), (19), ケープ(8), (14), (22), (44), シャツ(10), (26), (53), チョッキ(11), ジャケット(20), 毛布(34), ヘルメット(37), ジャケットやズボンの継ぎ当て(40), (57), (59)である。
- (33) II.B.1. の事案に即していうならば、(17), (18), (27), (32), (40), (55), (58), (60)である。
- (34) II.B.1. の事案に即していうならば、(4), (14), (15), (61)である。
- (35) II.B.1. の事案に即していうならば、(7), (24), (29), (30), (31), (33), (34) (37), (38)である。
- (36) II.B.1. の事案に即していうならば、(16)である。
- (37) II.B.1. の事案に即していうならば、(51)である。
- (38) *Crosson v. Silver*, 319 F. Supp. 1084 (D. Ariz. 1970) ⇒ ARIZ. REV. STAT. § 41-793 (1956); *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)⇒CAL. MIL. & VET. CODE § 611 (1970); *People v. Vaughan*, 514 P. 2d 1318(Colo.1973)⇒COLO. REV. STAT. § 40-23-3(1)(1969); *Anderson v. Vaughn*, 327 F.Supp. 101 (D. Conn. 1971)⇒CONN. GEN. STAT. § 53-7; *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974)⇒MASS. GEN. LAWS ANN. c.264, § 5; *Royal v. Superior Court of New Hampshire, Rockingham County*, 531 F.2d 1084 (1st Cir. 1976)⇒N. H. REV. STAT. ANN. 573:4 (1955); *State v. Zimmelman*, 62 N.J. 279, 301 A. 2d 129 (N.J. 1973)⇒N. J. STAT. ANN. 2 A:107-1,107-2(1957); *Cahn v. Long Island Vietnam Moratorium Committee*, 418 U.S. 906 (1974), affirming *Long Island Vietnam Moratorium Committee v. Cahn*, 437 F.2d 344 (2d Cir. 1970), *Gwathmey v. Town of East Hampton*, 437 F.2d 351(2d Cir.1970)⇒N. Y. GEN. BUS. LAW §136(a); *Parker v. Morgan*, 322 F. Supp. 585(W.D. N.C. 1971)⇒N.C. DEN. STAT. § 14-381.
- 39) 4 U.S.C. § 1. Act of July 30, 1947, ch.389 §1, 61 STAT. 641は、48州を表す48の白い星を規定していた。
- 40) 4 U.S.C. § 2. 1959年8月24日の行政命令10834号、24 F.R. 6865. この行政命令によれば、Hawaiiが同日、合衆国の州として連合に加盟したので、1960年7月4日から、国旗の白い星の数は50となった。
- 41) 1959年8月24日の行政命令10834号、24 F.R. 6865.
- 42) 36 U.S.C. § 171 (1976).
- 43) 36 U.S.C. § 172 (1976).
- 44) 36 U.S.C. § 174(a) (1976).
- 45) 36 U.S.C. § 175(a)-(o) (1976).
- 46) 36 U.S.C. § 176(a)-(k) (1976).
- 47) 36 U.S.C. § 177 (1976).
- 48) 15 U.S.C. § 1052(b) (1962).
- 49) 109 S.Ct. 2533 (1989).
- 50) 33 STAT. 725, ch.592 § 5 (1905).
- 51) 現行の15 U.S.C. § 1052(b), *supra* note 44 である。
- 52) Act of February 8, 1917, ch. 34, 39 STAT. 900. この法律は全く同じ形で、1947年にも制定されている。Act of July 30, 1947, ch.389 §1, 61 STAT. 641.
- 53) Act of July 5, 1968, Pub.L. 90-381, §3, 82 STAT. 291, 4 U.S.C. § 3 (1976).
- 54) Act of July 5, 1968, Pub.L. 90-381, §1, 82 STAT. 291. 以下、1968年

象徴的表現（3）

法という。

- 55) 1968年法の立法史については、1968 U. S. CODE CONG. & AD. NEWS 2507, 2509; S. Rep. No. 1287, 90th Cong., 2d Sess. 参照。
- 56) *Exploiting the American Flag : Can the Law Distinguish Criminal from Patriot ?* 30 MD. L. REV. 332, 334 (1970). 「委員会は、法案 H.R. 10480 が裁判所において直面するかもしれない違憲という主張に無事対処できると信じている。法案は言論、思想のコミュニケーション、政治的異議申し立てや抗議を禁止するものではない。法案は正当な行為を規定し、積極的な行動を要求するものではない。法案が禁止するのは合衆国の国旗の物理的な不敬、破壊に公然と従事する行為である。法案の文言は、意図的、故意、偶然ではない、または、うっかりとした、国旗の公然たる物理的な冒瀆行為を禁止している。言葉を発することは禁止されていない。法案が禁止する行為の具体的な例には、国旗を焼却し、もしくは、引き裂くこと、唾を吐きかけたり、汚したりすることで、侮辱することがある。法案に用いられている表現には漠然としたところ、不確かな点は全くない。」 1968 U. S. CODE CONG. & AD. NEWS 2507, 2509, 22 S. Rep. No. 1287, 90th Cong., 2d Sess., as cited in *United States v. Crosson*, 462 F.2d 96, 101 n. 5 (9th Cir. 1972).
- 57) *United States v. Cary*, 897 F.2d 917 (8th Cir. 1990); *United States v. Crosson*, 462 F.2d 96 (9th Cir. 1972), certiorari denied 409 U.S. 1064 (1972); *United States v. Ferguson*, 302 F. Supp. 1111 (N.D. Cal. 1969).
- 58) *Joyce v. United States*, 454 F.2d 971 (D.C. Cir. 1971), certiorari denied 405 U.S. 969 (1972).
- 59) *Hoffman v. United States*, 445 F.2d 226 (D.C. Cir. 1971).
- 60) *United States v. Crosson*, 462 F.2d 96, 101 n. 5 (9th Cir. 1972), certiorari denied 409 U.S. 1064 (1972); *Joyce v. United States*, 454 F.2d 971, 986-87 n.36 (D.C. Cir. 1971), certiorari denied 405 U.S. 969 (1972).
- 61) *United States v. Crosson*, 462 F.2d at 102 (9th Cir. 1972).
- 62) IV. 参照。
- 63) Flag Protection Act, Act of October 28, 1989, Pub.L. 101-131, 103 STAT. 777 § 1(a)(1), 18 U.S.C. § 700(a)(1) (1989). 以下、1989年法という。
- 64) *United States v. Haggerty*, 731 F. Supp. 415 (W.D. Wash. 1990); *United States v. Eichman*, 731 F. Supp. 1123 (D. D.C. 1990).
- 65) 18 U.S.C. § 700(d)(1) 本条(a)項の合憲性について判断した合衆国

地方裁判所の暫定的、もしくは、最終的な判決、判断、命令から、合衆国最高裁判所へ直接上訴することができる。

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

- (66) United States v. Eichman, 110 S.Ct. 2404(1990).
- (67) A.M. Rosenblatt, *Flag Desecration Statutes: History and Analysis*, 1972 WASH. U. L. Q. 193 n.22.
- (68) ME. REV. STAT. ANN. tit. 1 ch.9, p.66 (1989)参照。
- (69) 以下の数値は、筆者の入手可能であった資料に基づいている。連邦と州における星条旗冒瀆に関する法律一覧表 *infra* 参照。
- (70) Illinois, Louisiana, Mississippi, Rhode Island, West Virginia.
- (71) Arkansas, Iowa, Kansas, New York, Pennsylvania, South Carolina.
- (72) Maine, Maryland, Michigan, Vermont.
- (73) Kentucky, Virginia, Washington.
- (74) Florida.
- (75) MPCには、日本語訳として「法務省刑事局訳『アメリカ法律協会模範刑法典(1962年)』刑事基本法令改正資料 第8号(1964)」がある。本稿の翻訳は、それとは異なる。
- (76) Tentative Draft No.13, § 250.4 p.39.
- (77) MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES (Official Draft and Revised Comments) Part II *** (1980).
- (78) Street v. New York, 394 U.S. 576 (1969).
- (79) Smith v. Goguen, 415 U.S.566 (1974).
- (80) MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES, *supra* note 63 at 417-20.
- (81) Alabama, Delaware, Hawaii, Kansas, Kentucky, Tennessee, Texas. Oregon 州法は MPC の変形である。
- (82) ILL. ANN. STAT. ch.1 para. 3351 (1980).
- (83) MONT. REV. CODE ANN. § 45-8-215 (1987).
- (84) ILL. ANN. STAT. ch.1 para.3307 (1980); KY. REV. STAT. 2.060 (1985); MISS. CODE ANN. 97-7-39 (1972); ORE. REV. STAT. 166.075 (1981); R. I. GEN. LAWS ANN. § 11-15-2 (1981); S. C. CODE ANN. § 16-17-220 (1988); W. VA. CODE ANN. § 61-18 (1989).
- (85) 18 U.S.C. § 700(a)(1)(1989). 州法では MONT. REV. CODE ANN. § 45-8-215 (1987)の50,000ドル以下が最高額である。

象徴的表現(3)

連邦と州における星条旗冒瀆に関する法律一覧表

法域	現行の制定法 (1. 最初の法律制定時) (2. 最新の法律制定時)	規定された刑罰の上限(and/or)
連邦法	18 U.S.C. § 700 (1989)	1年以下の禁固 100,000ドル以下の罰金
	(a) (1) 合衆国の旗を、故意に、破損、汚損、物理的に汚(けが)し、焼却、床または地面に置き、踏みつけた者には、本篇の規定する罰金、1年以下の禁固のいずれか、もしくは、両方を課す。 (2) 本項は、使い古され、もしくは、汚れてしまった旗の処分に該当する行為を禁止するものではない。 (b) 本条項における「合衆国の旗」とは、その素材、大きさのいかんを問わず、合衆国の旗、もしくは、その一部として、通常掲揚されている形態を意味する。 (1. Act of July 5, 1968, Pub.L. 90-381, § 1. 82 STAT. 291.) (2. Flag Protection Act of 1989, Pub.L. 101-131, 103 STAT. 777.)	
	4 U.S.C. § 3 (1968)	30日以下の禁固 100ドル以下の罰金
	星、縞の数のいかんにかかわらず、平均的な人が見て熟慮せず合衆国の国旗であると判断するような星条旗に、展示する目的で、文字や文様、広告を付着、印刷させた者、そのような星条旗を公然と展示した者、もしくは、星条旗の複製を商品に印刷、付着させることで商品化した者を、裁判所は100ドル以下の罰金、30日以下の禁固のいずれか、もしくは両方、課すことができる。 (1. Act of February 8, 1917, ch. 34, 39 STAT. 900.) (2. Act of July 5, 1968, Pub.L. 90-381, § 3, 82 STAT. 291.)	
	15 U.S.C. § 1052(b) (1962)	
	合衆国、州、自治体、外国の旗、紋章、その他記章などを構成し、それがその一部であるようなものを商標として登録する申請は拒否される。 (1, 2, 33 STAT. 725, ch. 592 § 5(1905).)	

州法

州の制定法は逐語訳の代わりに、それぞれの法律のモデルとなったと思われる類型を表示している。(【 】に入った部分は、UFLには

ないが、州法の中に列挙されることがある表現を補足している。)

参考類型

UFL-marking: 公然と展示するため flag, standard, color, ensign, shield 星条旗、もしくは、それを写したものの、明らかに星条旗を意味するもの(以下、「星条旗」という)word, figure, mark, picture, design, drawing, advertisement【character, notice, token, inscription, devices, symbol, name】文字、文様、広告、デザインなど(以下、「文様など」という)を place【appends, annexes, affixes】, caused to be placed【appended, annexed, affixed to】置く、【付ける、加える、くっつける、】置かせる【付けさせる、取り付けさす、付着させる】(以下、「付着させる」という)ことを禁止する。

UFL-exposure to public view: 文様などの付着した星条旗を expose to public view, manufacture, sell, expose for sales, give away, have in possession for sale, to give away or for use for any purpose 公然と展示、製造、販売、贈与、販売贈与その他の目的で所持する(以下、「公然と展示する」という)ことを禁止する。

UFL-merchandising: 広告、注目、飾り、区別のため、星条旗を付着させた article of merchandise, receptacle, thing for holding or carrying merchandise 商品、商品を入れ、運ぶ器(以下、「商品」という。)を公然と展示することを冒瀆として禁止する。

UFL-desecration: 公然と mitilate 破損(1)、deface 汚損(2)、defile 汚し(3)、defy 侮り(4)、trample upon 踏みつけ(5)、【burn 焼却(6)、cut 切断(7)、tear 裂き(8)、mistreat 誤用し(9)】言葉や行為によって cast upon contempt 侮辱(10)、【dishonor 不名誉な取り扱い(11)、desecrate 冒瀆(12)、damage 損傷(13)、pollute 汚染(14)、目撃、発見した者の感性を outrage 憤怒させ、あるいは、immediate physical retaliation 即時の身体的報復を惹起するような物理的な取り扱い(15)】をすることを禁止する。

MPC: 故意に公共の記念碑もしくは構築物又は礼拝所もしくは墳墓を冒瀆し、又は、故意に、national flag 国旗その他公衆もしくはその相当部分が崇拜する対象を公共の場所で冒瀆した者は、軽罪を犯したものとする。『desecrate 冒瀆する』

象徴的表現(3)

とは、deface 汚損、destroy 破壊、damage 損傷、pollute 汚染、その他その行為を目撃、発見した人々の感性を outrage 憤怒させるであろうと行為者には分かっている方法で物理的に不適切な取り扱いをすることをいう。

- Alabama ALA. CODE § 13A-11-12(a)(2) 1年以下の禁固
2,000ドル以下の罰金
MPC
(1. 1915年という。)
(2. Acts 1977, No. 607, p.812 § 5555.)
- Alaska 該当する州法はない。
(1. 1913年という。)
- Arizona ARIZ. REV. STAT. § 13-3703 4箇月以下の禁固
750ドル以下の罰金
UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-desecration の変形、(1)(2)(3)(5)(6)(11).
(1. 1913年という。)
(2. 1977年法 Laws 1977, ch.142 § 100.)
備考：Crosson v. Silver, 319 F. Supp.1084 (D. Ariz. 1970)は ARIZ. REV. STAT. § 41-793(C) (1956)を違憲と判断した。
- Arkansas ARK. CODE ANN. § 5-51-207(a) 1年以下の禁固
1,000ドル以下の罰金
UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-merchandising, UFL-desecration の変形、(1)(2)(10)。
その他に、星条旗を広告宣伝に利用することを禁止している。
(1. 1919年の Act. No. 64 §§1-3.)
(2. 1989年 Law No. 841 § 1.)
- California CAL. MIL. & VET. CODE § 614 6箇月以下の禁固
1,000ドル以下の罰金
UFL-desecration の変形、(1)(2)(3)(5)(6).
(1. 1899年という。)
(2. 1970年法 ch.1364 p.2531 § 2.)
備考：Alford v. Municipal Court for Sacramento Judicial District, 26 Cal.App.3d 244, 102 Cal.Rptr. 667(Cal. Ct. App.1972), certiorati denied sub nom. California v.

Municipal Court for Sacramento Judicial District of Sacramento County, 409 U.S. 1109 (1973)は、星条旗を定義した CAL. MIL. & VET. CODE § 611(1970)を違憲と判断した。

- Colorado COLO. REV. STAT. § 18-11-204(1) 6箇月以下の禁固
750ドル以下の罰金
(a)星条旗を侮辱、侮蔑する意図をもって、もしくは、(b)その行為や結果を観察するような人の感性を刺激し、憤怒させる意図をもって、もしくは、(c)治安紊乱、暴動の煽動を惹起する意図をもって、もしくは、(d)治安紊乱、暴動の煽動となり得る状況の下で、星条旗を公然と破損、汚損、汚し、踏みつけ、焼却、切断、裂くことは違法である。
(1. 1901年 ch. 124 § 3.)
(2. 1963年法 § 40-11-204.)
備考：People v. Vaughan, 183 Colo. 40, 514 P.2d 1318 (Colo. 1973)は COLO. REV. STAT. § 40-23-3(1)(a) (1969)を違憲と判断している。
- Connecticut CONN. GEN. STAT § 53-258 (a) 1年以下の禁固
1,000ドル以下の罰金
UFL-marking, UFL-desecration の変形、(1)(2)(3)(5)(9).
(1. 1902年の Rev. § 1386.)
(2. 1971年の P.A. 241)
備考：Thoms v. Heffernan, 473 F.2d 478(2d Cir. 1973)は、CONN. GEN. STAT. § 53-255 (1971)を漠然としていて過度に広汎であると、違憲判断を下したが、合衆国最高裁判所は破棄差し戻した。Heffernan v. Thoms, 418 U.S. 908(1974). この訴訟中に § 53-255は改正され、§ 53-258(a)が成立した。
- Delaware DEL. CODE ANN. tit.11 §1331 2年以下の禁固
1,000ドル以下の罰金
MPC
(1. 1903年という.)
(2. 1986年法 65 Del. Laws ch. 463.)
- Florida FLA. STAT. ANN. § 256.05 60日以下の禁固
500ドル以下の罰金
UFL-marking, UFL-exposure to public view.

象徴的表現 (3)

	FLA. STAT. ANN. § 256.06	60日以下の禁固 500ドル以下の罰金
	UFL-deseccration(1)(2)(3)(4)(5)(10).	
	FLA. STAT. ANN. § 876.52	1年以下の禁固 1,000ドル以下の罰金
	星条旗を insult 侮辱する意図で、公然と破損、汚損、踏みつけ、焼却することを禁止する。	
	(1. 1919年の ch. 7819 § §1-3.)	
	(2. § 256.05は1957年法 ch.57-74 § 1. § 256.06 は1927年法 Comp. Gen. Laws § §8117, 8118. § 876.52は1967年法 ch.67-2200 § 1.)	
Georgia	GA. CODE ANN. § 26-2803	1年以下の禁固 1,000ドル以下の罰金
	星条旗を、故意に破損、汚損、汚すこと、星条旗を営利的広告に用いることを禁止する。	
	(1. 1917年という。)	
	(2. 1968年 pp.1249, 1323.)	
Hawaii	HAWAII REV. STAT. § 711-1107	1年以下の禁固 1,000ドル以下の罰金
	M P C	
	(1. 1905年という。)	
	(2. 1972年 ch. 9 § 1.)	
Idaho	IDAHO CODE ANN. § 18-3401	6箇月以下の禁固 300ドル以下の罰金
	UFL-deseccration の変形、(1)(2)(5)(6).	
	(1. 1905年という。)	
	(2. 1981年 ch. 323 § 2.)	
Illinois	ILL. ANN. STAT. ch. 1 para. 3307	15ドル以下の罰金
	州法にしたがって掲揚されている旗に、故意に損害を与え、汚損し、破壊することを禁止する。	
	ILL. ANN. STAT. ch. 1 para.3351	
	前段	30日以下の禁固 100ドル以下の罰金
	UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-merchandising.	
	後段	5年以下の禁固 5,000ドル以下の罰金

UFL-deseccration(1)(2)(3)(4)(5)(10).

(1. 1897年 p.229 § 5.)

(2. ILL. ANN. STAT. ch. 1 para.3307は1972年法 P.A. 77-2446. ILL. ANN. STAT. ch. 1 para.3351は1972年 P.A. 77-2447 § 1.)

Indiana IND. STAT. ANN. § 35-45-1-4 1年以下の禁固
5,000ドル以下の罰金
故意に、知りながら、公然と、星条旗を損傷、汚し、旗の上を歩くことを禁止する。

(1. 1901年という)

(2. 1977年 P.L. 26 §22.)

Iowa IOWA CODE §32.1 30日以下の禁固
100ドル以下の罰金

UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-merchandising, UFL-deseccration の変形、(1)(2)(3)(4)(5)(10)の他、風刺、あざ笑い、茶化すことを禁止する。

(1. 1900年 (28 G.A.) ch. 131 § 1.)

(2. 1978年 (67 G.A.) ch. 1029 §10.)

Kansas KAN. STAT. ANN. § 21-4111 1箇月以下の禁固
500ドル以下の罰金

MPC

KAN. STAT. ANN. § 21-4114 1年以下の禁固
2,500ドル以下の罰金

UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-merchandising, UFL-deseccration の変形、(1)(2)(3)(5).

(1. 1905年という。)

(2. KAN. STAT ANN. § 21-4111は1971年 ch.109 §2.

KAN. STAT. ANN. § 21-4114 は1970年 ch. 307 § 1.)

Kentucky KY. REV. STAT. § 2.060 30日以下の禁固
100ドル以下の罰金

UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-merchandising.

KY. REV. STAT. § 525.110 12箇月以下の禁固
500ドル以下の罰金

MPC

象徴的表現 (3)

- (1. 1930年という。)
(2. KY. REV. STAT. § 2. 060は1974年 Act ch. 406 § 296.
KY. REV. STAT. § 525.110(2)は1974年 ch. 406 § 221.)
- Louisiana LA. REV. STAT. § 14:116 90日以下の禁固
100ドル以下の罰金
UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-
merchandising, UFL-desecration の変形、(1)(2)(10).
(1. 1912年法 No. 34.)
(2. 1960年法 No. 544 § 1.)
- Maine ME. REV. STAT. ANN. titl 1 § 253 50ドル以下の罰金
UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-
merchandising.
ME. REV. STAT. ANN. titl 1 § 254 6箇月以下の禁固
500ドル以下の罰金
UFL-desecration(1)(2)(3)(4)(5)(10).
(1. 1903年という。)
(2. 1977年 ch.696 §§7, 8.)
- Maryland MD. ANN. CODE art. 27 § 82 500ドル以下の罰金
UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-
merchandising.
MD. ANN. CODE art. 27 § 83 1年以下の禁固
1,000ドル以下の罰金
UFL-desecration(1)(2)(3)(4)(5)(10).
(1. 1902年という。)
(2. 1918年法 ch.281 §§74A, 74 B.)
- Massachusetts MASS. GEN. LAWS ch.264 § 5 1年以下の禁固
100ドル以下の罰金
公有であると私有であるとを問わず、星条旗を公然と破
損、踏みつけ、汚損もしくは侮辱的に取り扱うこと、「文
様など」を星条旗に「付着させる」こと、星条旗をパレ
ードにおける募金その他の器となるように用いること、文様
などの付着した旗を「公然と展示する」ことを禁止する。
(1. 1899年法 ch.254.)
(2. 1971年法 St.1971, ch.74, St.1971, ch.655.)
備考: Smith v. Goguen, 415 U.S. 566 (1974)は MASS.
GEN. LAWS ch.264 §5(1970)を違憲と判断している。
- Michigan MICH. COMP. LAWS §750.245 90日以下の禁固

100以下の禁固

UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-merchandising.

MICH. COMP. LAWS §750.246

90日以下の禁固

100ドル以下の罰金

UFL-deseccration(1)(2)(3)(4)(5)(10).

(1. 1901年という。)

(2. 1931年法 No. 328 §§245, 246.)

Minnesota

MINN. STAT. § 609.40

90日以下の禁固

700ドル以下の罰金

(1)故意に公然と星条旗を破損、汚し、侮辱すること、(2)「文様など」、本来その一部でないものを星条旗に「付着させ」、もしくは、そのように変造した星条旗を公然と展示すること、(3)星条旗を描写した商品、包装紙、器を製造、公然と展示すること、(4)星条旗を営利的広告の目的で用いることを禁止する。

(1. 1899年法 ch. 163.)

(2. 1971年法 ch. 23 §45.)

Mississippi

MISS. CODE ANN. § 97-7-39

30日以下の禁固

1,000ドル以下の罰金

100ドル以下の罰金

50ドル以下の過料

UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-merchandising, UFL-deseccration(1)(2)(3)(4)(5)(10).

(1. 1916年法 ch. 118.)

(2. 1971年法 ch. 311 § 1.)

Missouri

MO. ANN. STAT. § 578.095

1年以下の禁固

1,000ドル以下の罰金

目的をもって公然と破損、汚損、汚し、踏みつけ、その他冒瀆することを禁止する。

(1. 1903年という。)

(2. 1980年法 p.500 § 1.)

Montana

MONT. REV. CODE ANN. § 45-8-215

10年以下の禁固

50,000ドル以下の罰金

目的をもって、知りながら、(a)星条旗を公然と破損、汚し、侮辱すること、(b)「文様など」、本来その一部で

象徴的表現（3）

はないものを旗に「付着させ」、そのように変造された星条旗を公然と展示すること、(c)星条旗を描写した商品、包装紙、器を製造、公然と展示すること、(d)星条旗を営利的広告宣伝で用いることを冒瀆として禁止する。

(1. 1905年という。)

(2. 1981年法 ch. 198 § 7.)

Nebraska NEB. REV. STAT. § 28-928 3箇月以下の禁固
500ドル以下の罰金
星条旗を破損、汚損、汚し、焼却、踏みつけることによって意図的に侮辱、あざ笑うことを禁止する。

(1. 1905年という。)

(2. 1977年法 Laws 1977, LB 38 § 213.)

Nevada NEV. REV. STAT. § 201.290 6箇月以下の禁固
1,000ドル以下の罰金
社会への奉仕によって刑を代替することができる

公然と展示するため、「文様など」を、星条旗に「付着させ」、そのように「文様など」が「付着した」星条旗を公然と展示すること、公有物であると私有物であることを問わず、星条旗を公然と意図的に破損、踏みつけ、引き裂き、他人の所有する星条旗を意図的に悪意をもって取り外し、名誉を毀損し、悪く、侮辱的な言い方で星条旗について話し、その他汚損、汚すことを禁止する。

(1. 1919年 C&P § 338.)

(2. 1919年法 § 438; RL § 6603.)

New Hampshire N. H. REV. STAT. § 646:1 1年以下の禁固
1,000ドル以下の罰金
星条旗に(1)目的をもって、権限なく、記しをつけること、(2)知りながら、そのような星条旗を展示すること、(3)広告の目的で星条旗を生産物などに付着されること、(4)目的をもって、知りながら、星条旗を破損、汚すこと、(5)州から贈与された星条旗を本項に反して用い、星条旗返却要請に従わないことを違法とする。

(1. 1899年法66:1.)

(2. 1971年法 ch. § 518:1.)

New Jersey 該当する法律はない。

(1. 1898年という。従来 of N. J. STAT. ANN. § 2A : 107-1 to 2A : 107-4 (1904) を 1978 年法 L.1978, ch. 95§2C: 98-2 が廃止した。この時制定された §2C : 33-9 は、公共の記念碑、記章、象徴、営造物、礼拝の場所、墓地の冒瀆を禁止している。)

New Mexico N. M. STAT. ANN. § 40A-21-4 petty misdemeanor
法律に定められた以外の目的で星条旗を使用すること、言葉や行為で星条旗を侮辱すること、愛国的歴史から見て無関係な名称、物などを星条旗に塗り、印刷、付着させることで広告目的に用いることを、星条旗の不適切な使用方法であると規定している。

N. M. STAT ANN. § 30-21-4 (詳細は不明)

(1. 1903年という。)

(2. 1963年法 ch. 303 § 21-4.)

New York N. Y. GEN. BUS. LAW § 136 1年以下の禁固
1,000ドル以下の罰金

a. UFL-marking, b. UFL-exposure to public view, UFL-merchandising, c. 商業目的の文書、書類に星条旗を印刷、刻印、付着させること、d. UFL-desecration (1)(2)(3)(4)(5)(10), e. くじ引き、質入れに用いること、f. 星条旗に対して言葉や行為によって侮辱する記章、プラカードなどを展示し、g. 募金その他のための器として用いることを禁止する。

(1. 1899年法 ch.676.)

(2. 1965年法 ch.1031 § 52.)

備考：§ 136(a) に関して、漠然とし、過度に広汎であり、違憲とされている。Long Island Vietnam Moratorium Committee v. Cahn, 437 F.2d 344(2d Cir. 1970), affirmed sub nom. Cahn v. Long Island Vietnam Moratorium Committee, 418 U.S.960 (1974).

§ 136(d) は、言葉について、違憲である。Street v. New York, 394 U.S.576 (1969).

North Carolina N. C. GEN. STAT. § 14-381 6箇月以下の禁固
500ドル以下の罰金
意図的に、知りながら、星条旗を侮辱すること、すなわち、公然と破損、汚し、汚損、踏みつけることに限らず物理的な行為に従事することを禁止する。

象徴的表現(3)

(1. 1899年という。)

(2. 1971年法 ch. 295.)

備考: 1917年法 ch. 271は、Parker v. Morgan, 322 F. Supp. 585 (W.D. N.C. 1971)で、違憲と判断された。

North Dakota N. D. CENT. CODE ANN. § 12.1-07-02 1年以下の禁固
1,000ドル以下の罰金
星条旗を公然と破損、汚損、汚し、焼却、踏みつけること
で、知りながら星条旗を侮辱することを禁止する。

(1. 1901年という。)

(2. 1973年法 S.L. 1973 ch. 116 § 7.)

Ohio OHIO REV. CODE ANN. § 2927.11 90日以下の禁固
750ドル以下の罰金
星条旗を、目的をもって、権利なく、汚損、損傷、汚染、
その他物理的に不適当な取り扱いをすることを冒瀆として
禁止する。

(1. 1902年という。)

(2. 1987年法 141 vS 316. MPC の変形。)

Oklahoma OKLA. STAT. tit. 25 § 155 100ドル以下の罰金
星条旗に印刷、レタリングを施すこと、星条旗を広告の目
的、器として用いることを禁止する。

OKLA. STAT. tit. 21 § 371 3年以下の禁固
3,000ドル以下の罰金

星条旗やその複製に広告、営利的目的を持ったものを印
刷、付着させ、商標、ラベルとして用いることを禁止す
る。

OKLA. STAT. tit. 21 § 372 3年以下の禁固
3,000ドル以下の罰金

星条旗を、侮辱的に、または、悪意をもって、裂き、焼却、
踏みつけ、破損、汚損、(非愛国的または冒瀆的な目的で
用いて恥辱をもたらすような行為を含む) 汚し、侮り、不
敬の念をもって取り扱い、勝手に破壊し、言葉や行為に
よって侮辱することを禁止する。

(1. 1919年という。)

(2. 25§155は1939年法 p. 8 § 5. 21§371は1919年法 ch. 72
p. 113 § 1. 21§372は1971年法 ch. 1 § 1.)

Oregon ORE. REV. STAT. § 166.075 30日以下の禁固
500ドル以下の罰金

MPC の変形。「冒瀆」の代わり「abuse 濫用」と規定する。

(1 . 1901年という。)

(2 . 1971年法 ch.743 §224.)

Pennsylvania 18 PA. CONS. STAT. ANN. § 2102 1年以下の禁固

2,500ドル以下の罰金

UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-merchandising, UFL-desecration の変形、公然たると密やかたるとを問わず、(1)(2)(3)(5)(10).

18 PA. CONS. STAT. ANN. § 2103 2年以下の禁固

5,000ドル以下の罰金

悪意をもって掲揚されている星条旗を取り外し、汚し、傷をつけ、取り去り、損傷、侮辱、破壊することを禁止する。

(1 . 1897年 4 月29日法 P.L. 34 § 1.)

(2 . §§2102, 2103とも1972年法 P.L. 1482 No.334 § 1.)

Rhode Island R. I. GEN. LAWS. ANN. § 11-15-2 30日以下の禁固

100ドル以下の罰金

UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-merchandising, UFL-desecration(1)(2)(3)(4)(5)(10).

(1 . 2 . 1902年法 ch.986 § 1.)

South Carolina S. C. CODE ANN. § 16-17-220 30日以下の禁固

100ドル以下の罰金

UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-merchandising, UFL-desecration(1)(2)(3)(4)(5)(10)の他、蔑笑することを禁止する。

(1 . 1910年法1910 S.C. Acts 26, p. 753.)

(2 . 1958年法1958 S.C. Acts 50, p. 1676.)

South Dakota S. D. CODIFIED LAWS ANN. § 22-9-1 1年以下の禁固

1,000ドル以下の罰金

故意に星条旗を侮辱すること、すなわち、公然と破損、汚損、焼却、踏みつけることを禁止する。

(1 . 1897年法 ch. 119 § 172.)

(2 . 1985年法 ch. 172.)

Tennessee TENN. CODE ANN. § 39-17-311(a)(2)

11箇月29日以下の禁固

2,500ドル以下の罰金

MPC

象徴的表現 (3)

- (1. 1923年という。)
(2. Acts 1989, ch. 591 § 1.)
- Texas TEX. PENAL CODE ANN. § 42.09 1年以下の禁固
2,000ドル以下の罰金
- MPC
TEX. REV. CIVIL STAT. § 6139 50ドルの過料
UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-
merchandising, UFL-desecration(1)(2)(3)(4)(5)
(10).
(1. 1917年法 ch.123 § 1.)
(2. § 42.09は Acts. 1973, p. 883 ch. 339 §1. § 6139は1917
年法 p.81.)
- Utah UTAH CODE § 76-9-601 6箇月以下の禁固
299ドル以下の罰金
(a) 故意に、権限なく、星条旗に記しなどを付着させる
こと、(b) 知りながら権限なく記しのついた星条旗を展
示すること、(c) 広告の目的では他の複製を商品に付着
させること、(d) 知りながら、公然と破損、汚損、汚し、
焼却、踏みつけて、旗を侮辱することを、星条旗濫用とし
て禁止する。
(1. 1903年という。)
(2. 1973年法 ch. 196 § 76-9-601.)
- Vermont VT. STAT. ANN. tit. 13 § 1902 1年以下の禁固
1,000ドル以下の罰金
UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-
merchandising.
VT. STAT. ANN. tit. 13 § 1903 1年以下の禁固
1,000ドル以下の罰金
UFL-desecration(1)(2)(3)(4)(5)(10).
(1. 1898年という。)
(2. 1947年法 No. 202 § 8754, 8755.)
- Virginia VA. CODE § 18.2-487 12箇月以下の禁固
1,000ドル以下の罰金
UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-
merchandising.
VA. CODE § 18.2-488 12箇月以下の禁固
1,000ドル以下の罰金

星条旗を、公然と侮辱するため焼却すること、破損、汚損、汚し、踏みつけ、侮るため衣服として着用することを禁止する。

(1 . 1932年という。)

(2 . 1975年法 ch. 493 § 14, 15.)

Washington WASH. REV. CODE § 9. 86. 020 1年以下の禁固
5, 000ドル以下の罰金
UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-merchandising.

WASH. REV. CODE § 9. 86. 030 1年以下の禁固
5, 000ドル以下の罰金

知りながら星条旗を侮辱する、すなわち、公然と破損、汚損、汚し、焼却、踏みつけることを禁止する。

(1 . § 9. 86. 020は1901年法 ch. 154 § 1. § 9. 86. 030は1909年法 ch. 249 § 423.)

(2 . § 9. 86. 020は1919年法 ch. 107 § 2. § 9. 86. 030は1919年法 ch. 107 § 3, 1969年法 ch. 110 § 1.)

West Virginia W. VA. CODE ANN. § 61-1-8 30日以下の禁固
100ドル以下の罰金
UFL-marking, UFL-exposure to public view, UFL-merchandising, UFL-desecration(1)(2)(3)(4)(5)
(10).

(1 , 2 . 1915年法 ch. 44.)

Wisconsin WIS. STAT. ANN. § 946. 05 2年以下の禁固
10, 000ドル以下の罰金
故意に公然と星条旗を破損、汚し、侮辱することを禁止する。

WIS. STAT. ANN. § 946. 06 9箇月以下の禁固
10, 000ドル以下の罰金

故意に、(a) 「文様など」、本来その一部ではないものを星条旗に付着させ、(b) そのように付着させた星条旗を公然と展示し、(c) 星条旗を描写した商品、包装紙、器を製造、公然と展示し、(d) 星条旗を営利的広告宣伝目的で利用することを禁止する。

(1 . 1901年という。)

(2 . 1977年法 ch. 173 §§ 118, 119.)

Wyoming 該当する州法はない。

象徴的表現（3）

備考：WYO. STAT. ANN. § 8-3-102(b) (1978)は、星条旗に関する法律の制定を予定している。

（1. 1905年という。）

B. 星条旗を保護する政府の利益

1. 星条旗に関する最初の合衆国最高裁判所の判決である *Halter v. Nebraska* において、Harlan J. は、星条旗に対する侮辱が治安紊乱をもたらし得ること⁽¹⁾、国家の権力と威信の象徴に対して公然と表明された不敬に対処することは州民の福祉のために認められること⁽²⁾、そして、星条旗を大切に思う者の感情を害し、憤慨させる用法をそうでない用法と区別し得ることを指摘している⁽³⁾。それから半世紀以上経って、もうひとりの Harlan J. は、星条旗を言葉によって侮辱することを禁止する政府の利益として考え得る項目として、（1）他の人が違法行為を犯すような煽動を抑止すること、（2）言葉があまりにも煽動的で物理的に身体への報復をもたらすように（目撃者を）怒らせて、治安紊乱を惹起するという事態を防止すること、（3）通行中の第三者の感性の保護、（4）言葉によるインパクトとは無関係に、確実に星条旗に適切な尊敬の念を表明するようにすることを挙げている⁽⁴⁾。1974年の *Spence v. Washington* は、*per curiam* で、（1）治安の維持、（2）通行人、第三者の感性の保護、（3）星条旗に対する適切な尊敬の念を示すこと、（4）国家の純粋な象徴として national flag 国旗を保存することを挙げている⁽⁵⁾。そして、Brennan J. は、1989年に政府の利益として Texas 州が主張しているのは治安の維持と国家統合の象徴の保護⁽⁶⁾であり、1990年に連邦政府が主張している政府の利益は星条旗の象徴としての一体性の保護⁽⁷⁾であると指摘している⁽⁸⁾。

2. 1989年の *Texas v. Johnson* においても、1990年の *United States*
北法41(3・195)1245

v. Eichman においても、議論の中心は星条旗が国家の象徴であることであった。合衆国最高裁判所の裁判官は全員、星条旗が国家の象徴であることを否定しているわけではない。

Texas v. Johnson の法廷意見は、星条旗の象徴としての価値の保護は、Johnson の星条旗焼却という表現活動が行なわれたコンテキストと直接関係がある、星条旗の取り扱いがあるメッセージを伝達するときだけ生じる政府の利益であるので、O'Brien テストにいう自由な表現の抑圧に関係している⁽⁹⁾という。Texas 州法は、すべての状況において星条旗の物理的一体性を保護することを目的としておらず、意図的に他者の感情を著しく害するときだけ保護するので、Texas 州法に違反するという判断は、行為にコミュニケーションとしての効果があるかに左右される。観衆に対する情緒的なインパクトは表現の内容とは無関係な二次的効果ではないので、Texas 州法は内容に基づく規制であり、星条旗の特別な象徴的性格を保持するという州の利益はもっとも厳格な審査の対象となる⁽¹⁰⁾。

United States v. Eichman の法廷意見は、星条旗焼却が、猥褻、喧嘩言葉のように、第 1 修正の完全な保護を享受しない表現の mode 手法であるという連邦政府の主張を退けた上で、行為者の動機、意図しているメッセージの内容、それを目撃した者に対する効果とは無関係に、すべての状況において星条旗の物理的一体性を保護すると主張する利益は、実際には、星条旗の取り扱いがメッセージを伝達するときだけにかかわってくるのであり、自由な表現の抑圧⁽¹²⁾と関連していると判断した。星条旗に批判的な言論と行動を区別し、国家統合を促進する以外の象徴的な利用を否定し、さらに、星条旗だけを法理上特別に扱う根拠は、これまでの先例からは導きだせない⁽¹³⁾。

反対意見は、星条旗は国の象徴として独特の地位を占めていることを重視して、Johnson の行なったような星条旗焼却を政府は禁止するこ

象徴的表現（3）

とができるという立場を取っている⁽¹⁴⁾。歴史的に見て、星条旗に対する侮辱は、場合によっては、その場で処罰し得る行為であり、⁽¹⁵⁾「冒瀆」という概念が、行為者が意図したメッセージに基づいてではなく、行為を目撃した者の感性が著しく害されることによって、成立するので、コミュニケーションの規制における中立性の義務に反することは⁽¹⁶⁾はないという。

(1) 表現の禁止が話し手の意図している思想を抑圧することとは関係のない正当な社会の利益を根拠にしている場合、(2) 表現の禁止がこれらの思想を他の means 手段を通じて表現する話し手の自由へのいかなる干渉も伴わない場合、(3) 表現の methods 方法に対する完全な選択の自由を話し手に容認する利益が禁止を維持する社会的利益と比べて重要性に乏しい場合、特定の表現方法を禁止することができる。⁽¹⁷⁾ Eichman や Haggerty の星条旗焼却行為は、物理的・身体的報復的攻撃の可能性にもかかわらず、ある争点に関する確信を表明したものである。⁽¹⁸⁾ 表明された思想の内容は同時代的、政治的な前後関係によって判断されるが、一義性に欠け、曖昧である。⁽¹⁹⁾ しかし、政府の利益は、星条旗焼却行為の思想的な多様性、行為の個別的なメッセージの内容に左右されることなく、一貫して、象徴としての価値を保護する（ので、表現の内容を根拠に、表現を抑圧する規制ではない）。⁽²⁰⁾ さらに、象徴としての価値は、⁽²¹⁾ 限定された財産権を連邦政府や州にもたらすという指摘もある。

もっとも、治安に関する議論が合衆国最高裁判所の判決中、全くなかったわけではない。Texas v. Johnson において州は、ある表現に気分を害された観衆は必然的に治安に対する脅威となるのであって、そのため、表現を禁止し得ると主張した。⁽²²⁾ 観衆の反応を根拠として表現を禁止することは、heckler's veto やじり倒しを容認していない、これまでの⁽²³⁾ 先例と矛盾する。何人かの目撃者が感情を著しく害されたことは事実であるが、⁽²⁴⁾ 星条旗を焼却する行為が現実には治安に対する脅威ではなく、⁽²⁵⁾ 直ちに違法な暴動を引き起こすような煽り、唆しであり、しかも、その

ような行動が発生しそうな状況が現実には惹起されていたとはいえなかったこと⁽²⁶⁾、平均的な人をして個人的な報復に至らしめるような喧嘩言葉ではなかったこと⁽²⁷⁾、さらに、治安を維持することを目的とする州法が存在することなどから、合衆国最高裁判所は、この星条旗焼却のコンテキストにおいて、星条旗を保護する規定を用いて治安を維持することは適切ではないと判断している。

3. Texas v. Johnson を契機に制定された連邦の星条旗保護法⁽³⁰⁾の合憲性を巡る訴訟において、司法省、連邦議会上院と連邦議会下院がそれぞれ、政府の利益について主張している⁽³¹⁾。1989年法制定の目的は星条旗の物理的一体性の保護であるが、それが星条旗の象徴的価値を保全するためであることについて、司法省も連邦議会も同意している⁽³²⁾。

司法省の見解によれば、1989年法の表面的な理由は星条旗の物理的一体性の保護であるが、その基礎となっている政府の利益は星条旗を政治的な象徴として保護することにある。政府の利益は、その定義からして表現の抑圧に関係している。象徴としての星条旗に関する政府の利益を脅かすのは星条旗の象徴としての価値を損なうメッセージを伝達する行為だけである⁽³³⁾。厳格な審査の対象とならないような制定法を起草するのは不可能であるが⁽³⁴⁾、星条旗の保護が重要な政治的目標であると宣言して大統領が憲法修正を呼びかけたこと、同じ趣旨から連邦議会が連邦法を改正するため1989年法を制定したことから、星条旗の保護が Texas v. Johnson の判決時よりも重要な、厳格な審査に耐え得るほど非常に重要な利益になっている。1989年法の制定自体が政府の利益が非常に重要であることの証拠であるという⁽³⁵⁾。

連邦議会上院も、1989年法の基礎にある目的は星条旗を政治的象徴として保護することにあると、同意している。象徴として星条旗の物理的一体性を保全することによって、すべての人が星条旗を利用できるよう

象徴的表現（3）

にすることが1989年法の目的である。具体的には、星条旗の象徴性が戦時などに国家の保全に役立つこと、戦死した者の家族の感情を尊重すること、多元的社会における共通の基盤を提供すること、星条旗の保護の下で自由に自分の考えを表明できるという通知手段としてなど、積極的な目標が挙げられている⁽³⁶⁾。そこで、星条旗の物理的一体性を保護するため、メッセージを伝達する意図や観衆に対するコミュニケーションとしての影響のいかんを問わず、一定の破壊的行為が禁止されている⁽³⁷⁾。行為のコミュニケーションとしての影響、メッセージを伝達するという意図とは無関係に、特定の取り扱いが禁止されている。故に、1989年法は表現の内容について中立である⁽³⁸⁾。危害が加えられる事態から星条旗を保護することは表現の抑圧とは関係ない⁽³⁹⁾。

連邦議会下院は、象徴的価値から物理的一体性を保護するのが政府の唯一の利益であるとは主張せず、さらに、国家の主権を根拠とする利益を主張した。星条旗を加害行為から保護することには、主権に付随する、象徴的価値とは別の具体的な、確定した、法的意味があるという⁽⁴⁰⁾。

4. 星条旗を保護する政府の利益について、詳細に検討するに先立って、政府の利益を表現とのかかわりを基準にして分類すると、政府の利益を意味効果に基づく反言論利益と、非意味効果に基づく非言論利益とに大別することができる⁽⁴¹⁾。

政府の反言論利益は、行為の持つ意味効果、観察する人の精神の知覚的、感覚的反応を理由に行為を抑圧し、規制する。行為が惹起する感覚的、知覚的な反応自体、そして、そのような反応を引き起こす表現の内容を規制の理由とし、対象としている。非言論利益は、行為の非意味効果、環境や状況に対する物理的な作用を規制する。その行為が観察されたかどうか、人の精神活動に反応を引き起こしたかどうかは全く問題ではない。表現を規制するという場合、表現の内容を根拠に、思想の表現

を制約し、あるいは、情報の流通と思想の伝達を抑圧するのは、前者であると考えられるが、後者も表現に対する付随的な制約をもたらさないわけではない。

反言論利益に基づく制約は、表現を直接制限するので、厳格な審査の対象となると考えられる。その表現が何を表明したかという内容が規制の根拠となるならば、規制する政府の利益は反言論利益ということになる。

表現活動に影響を及ぼすとしても、その目的、政府の利益が自由な表現の抑圧とは関係がない、非言論利益を促進する規制であるならば、表現の自由に対する制約が発生しても、表現の自由を制約することそれ自体が規制の目的であったのではなく、他の目的を達成するための付随的な制約であるという。規制が、何を意味したか、何を伝達したかを理由としているのではなく、どのように伝達するかを理由としているので、表現を理由とした規制ではない。「言論の内容を統制する意図はないが、その放縱な行使を付随的に制限する規制⁽⁴²⁾」と説明される。これは、表現の内容に対する規制と、表現の内容以外、形態に対する規制という二分論を前提とした分け方である。ある思想を表明する他の方法を妨害しないことを前提として、ある表現を、その内容ではなく、内容以外の理由⁽⁴³⁾で惹起される害悪の重大さに応じて、規制し得る。社会は、表現の内容以外を意味する、「形態」がもたらす、コミュニケーションとしては副次的、間接的、付随的な影響、非意味効果の重大さによっては、表現以外の価値を優先しなければならないことがある。そのような場合、表現の内容の場合と異なり、表現の形態を基準として規制することが予想される。表現の内容に中立な、合理的な、時間、場所、方法および態様に関する規制もそのひとつであろう。

しばしば、表現の形態に対する規制は、表現の行なわれる物理的な状況が制約されていることを規制の根拠、理由として挙げている。同じと

象徴的表現（3）

きに、同じ場所で、多くの人が同じように表現活動に従事したいという希望を調整し、あるいは、表現活動に従事するという希望と他の活動に従事するという希望との衝突を回避するため、比喩的な意味で交通整理が必要になる。⁽⁴⁴⁾

表現の内容に対する規制が反言論利益であることに問題はないが、直接表現の内容を問題としない、形態に対する規制の場合、政府の利益について一律に決定することはできない。ビラ配付を禁止するのは、ゴミの発生防止を目的とする可能性もあるかもしれないが、特定の政治的主張の機会を奪うためであるかもしれない。⁽⁴⁵⁾ 表現の形態に対する規制によって、表現の内容にふさわしい形態の採用が現実には不可能となり、一定の思想の表明が沈黙させられる結果となったならば、しかも、規制のこのような効果が意図的であった、予期されていたならば、これは、権利、自由、利益の調整を計る「交通整理」としての規制ではなく、表現の意味効果への干渉を意図した規制、反言論利益に基づく規制と考えるほうが適切であろう。政府の利益が表現の内容に直接言及しない場合にも、表現の形態を規制する場合にも、反言論利益であるという状況が発生し得る。

5. 星条旗を保護し、その冒瀆を刑罰をもって取り締まる政府の利益は、大きく分けると、a. 国家と国家統合の象徴として星条旗を保護すること、その系として星条旗の完全な姿、物理的一体性を保つこと、あるいは、星条旗に対する尊敬の念を表明するように期待すること、b. 第三者、一般公衆の感性の保護、c. 治安の維持と、その系としての喧嘩言葉の禁止ということになる。もっとも、治安が脅かされるのも、目撃した人の感性が損なわれるのも、目撃者が激怒し、憤慨して、行為者を攻撃するのも、星条旗が国家と国家のもっとも重要な理想を体現する「象徴」であることに由来すると括ってしまうこともできなくはない。

とすれば、政府の利益は、星条旗が国家を象徴することに尽きるとい
 ことができるかもしれない。

a. 国家の象徴

1. 星条旗が、アメリカ市民の目に、過去の伝統と未来に至る理想、
 自由、正義、平等といった共和国の理念を意味することは否定できな
 い。国家の象徴として独自の地位を占め、国家の主権を体現し、国家の
 存在の象徴であるのは、星条旗に限らず、すべての国旗についても真実
 である。

そこで、「合衆国憲法が、アメリカの国旗の意図的な焼却を犯罪とす
 ることを州に禁止しているというのは私には信じられない」⁽⁴⁹⁾、「第1修正
 が、連邦法と48州の法律を無効にすることには同意できない」⁽⁵⁰⁾という反
 応が判決中に現われることになる。この種の法律は長年にわたって存在
 しており、その合憲性、合法性を真面目に問題にする者など、いるはず
 がないとも主張される。⁽⁵¹⁾これを別な形で表現すると、第1修正の下で発
 展した象徴的表現の法理は、星条旗には適用されない、州は競合するイ
 デオロギーがもたらす騒動に星条旗が煩わされないようにすることがで
 きるという見解になる。⁽⁵³⁾

これに対して、合衆国憲法の文面にも、また、合衆国最高裁判所の先
 例にも、星条旗にだけ適用される独自の法領域、法理が存在することを
 示すものはないという立場を、合衆国最高裁判所は採用している。⁽⁵⁴⁾

星条旗はアメリカ合衆国を象徴し、アメリカ市民を統合する。星条旗
 の伝統的ではない取り扱いは、時の政府に対する抗議形態としてもっと
 もわかりやすい。だが、星条旗を用いた抗議行為には、時の政府とその
 政策に対する異議申し立てとして政府の政策を公然と討議の対象とする
 ために思想の自由市場へ持ち込むきっかけと理解されるのではなく、ア
 メリカ合衆国とその理念を否定する意図があるかのように、行為の趣旨

象徴的表現（3）

をすり替えて、非難される危険が伴う。象徴を用いた表現の問題のひとつは、その象徴が何を象徴するのかについての理解にしばしばズレが存在していることと、そのズレを、意識的にか無意識的にか、利用したすり替えが頻発することにある。星条旗が国家と国家統合、共和国の理念といった政治的象徴を意味するにもかかわらず、あるいは、それ故に、星条旗は思想の自由市場の外にあるという主張は、政府の政策を批判する政治的言論を封じる潜在的な危険をはらんでいる。星条旗が国家の象徴であることから、星条旗を用いることはその政治的コンテキストを抜きにしては語れないことが多い。星条旗に関わる象徴的表現を第1修正の射程から除外することは、政治的な言論の保護がその中心的な意味であると位置づけられている第1修正の存在意義を蔑にすることになる。言い換えると、星条旗がとくべつだからこそ、より多くの言論を促すよう、その法理は形成されなければならない。

1989年に改正される前の連邦法にみられる、「知りながら、公然と星条旗を侮辱する⁽⁵⁵⁾」という規定では、行為者の意図が重要視されており、具体的には人気のない見解を主張し、議会の多数派にとって受け入れがたい思想を伝達しようとする政治的な表現に従事する意図がある場合にだけ、処罰の対象となる。これは、星条旗の物理的一体性の保護、星条旗の適切な利用を損なう行為からの保護を根拠、政府の利益とする規制ではない。明示的な表現の内容に基づく検閲規定そのものである⁽⁵⁶⁾。

1989年法は、焼却という星条旗に対する同一の行為であっても、冒瀆的、侮辱的要素を具備し、その象徴的価値を損なう蓋然性のある場合と、冒瀆的、侮辱的な要素の欠如している、伝統的に愛国的な行為とされる場合とでは、異なった取り扱いを規定している⁽⁵⁷⁾。それは行為そのものをコミュニケーションの要素のない行為として処罰するのではなく、行為者の意図と態度を侮辱的かどうかという観点から選別し、「悪い」態度、政府の是認しない趣旨の行為だけを処罰することである⁽⁵⁸⁾。表現の

内容、メッセージを理由に、特定の観点だけを処罰する、もっとも狭義の表現の内容に基づく規制である。

2. 言葉で星条旗を侮辱することは第1修正上保護^(5.9)されている。それにもかかわらず、行為で同一のメッセージを表明する場合には第1修正が及ばないという主張がある。その根拠は、星条旗が歴史を通じて人々の敬意と尊重の対象となっていたこと、^(6.0) 国家の象徴であることに求められる。^(6.1) 言葉による侮辱と行為による侮辱とに、第1修正上意味のある違いがあり、コミュニケーションとして異なる取り扱いをすることを正当化する根拠を示し、立証しないかぎり、行為による星条旗冒瀆に関する規制だけを思想の自由市場から除外する、あるいは、第1修正の適用を否定するという主張は成り立ちがたい。このような区別が妥当性をもって成立するためには、同一の思想を表現するにしても、行為による表現は言葉による表現とは異なって、より大きな、深刻な害悪をもたらすことが明らかにならなければならない。言葉による冒瀆は星条旗の国家の象徴としての価値を損なわないが、行為による冒瀆は国家の象徴としての価値を損なうのであろうか。言葉よりもジェスチャーの方が生々しく、刺戟的であるとすれば、それは、目撃者の感性の保護、喧嘩言葉を含む治安の問題として処理され得る。同じように星条旗を侮辱する場合にも、言葉による侮辱は第1修正の保護する自由の行使であり、処罰されないが、行為による侮辱は第1修正とは無関係であり、政府として見過ごすことのできない問題であるという分け方は、象徴的表現を第1修正の保護する自由として肯定するかぎり、星条旗が国家の象徴であることから、直接導きだせない。「国旗を国旗として保護することと、ジェスチャーや顔の表現によって態度の表明を禁止することとは同じではない。第1修正が政府に対して抗議する人々の権利を、政府とその権威の象徴と考えられているものをあざ笑い、侮り、侮辱し、無視するこ

象徴的表現（3）

とを含めて、保護することは言を待たない⁽⁶²⁾」からである。言葉による侮辱とジェスチャーによる侮辱との第1修正上の相違は、後者に対して O'Brien テストが適用され得ることにある⁽⁶³⁾。

星条旗にはコミュニケーション機能がある⁽⁶⁴⁾。星条旗には国家の象徴という政治的に重要な意義があるということが政府の唯一の利益である。この利益は政治的表現と無関係ではなり得ない⁽⁶⁵⁾。象徴の象徴としての象徴性は言論の本質的な構成要素である⁽⁶⁶⁾。国家の象徴として星条旗を保護するという利益は、象徴を象徴である故に保護する。それは、ある特定の思想への尊敬の保護である。United States v. O'Brien の表現を借りるならば、「自由な表現の抑圧に関係のない利益」ではなく、表現に直接関係している⁽⁶⁸⁾。そのあり得べきコミュニケーションとしての影響への関心から表現を抑圧している⁽⁶⁹⁾。星条旗の象徴としての役割を危険にさらす場合だけを処罰し、同じ物理的一体性を損なう焼却行為であっても、使い古され、汚れてしまった星条旗の処分という、象徴としての役割を促進する場合を奨励することは、象徴の利用をひとつの価値、ひとつの方向としてしか、是認していない。これは、国家が正統な見解を確定することである。政府が規定した象徴を限定されたメッセージの伝達にだけ用いることを容認することは、市民に、政府の政治的選好を押しつけることになる⁽⁷⁰⁾。

星条旗は一般的に市民のものである⁽⁷¹⁾ことから、政府は市民の委託に基づいた星条旗について特別な権益があると考えても不自然ではないかもしれない。このことと、星条旗にはコミュニケーション機能がある、星条旗は政治的なメッセージを伝達するということから、星条旗は政府の言論のひとつであるということも不可能ではないかもしれない。星条旗は国家の象徴であるということ、政府の言論とみだてるならば、政府は市民を特定の観点、内容を支持するよう、「洗脳する」という政府の言論の危険性を指摘する⁽⁷²⁾言明は、まさに、星条旗に該当する。そこで、

Yudof のように、政府の言論を、星条旗を国家の象徴として用いることを制限するという議論には、おそらく、ならない。

しかし、星条旗に対する冒瀆的取り扱い、星条旗の本来的なメッセージを「加工」する行為であると理解することは不可能ではない。⁽⁷³⁾ 政府の政策批判など、星条旗冒瀆行為のメッセージと対立するのは、国家の象徴という星条旗自体のメッセージであって、ここで衝突、対立しているのは二つの第1修正上の自由である。通常、このような場合適用される調整原理は「交通整理」であると考えられている。⁽⁷⁴⁾ しかし、看板に対する落書きは看板のメッセージを加工し、そのメッセージを表示した者、そこを利用する権利がある者の第1修正の権利を侵害する。それは、本来の表現、メッセージを物理的な力によって中断させることであり、観衆の敵対的な反応に基づく「やじり倒し」と類似しているとも考え得る。Police power にこのような強制的な中断、やじを野放しにしないことを期待するのはもっともかもしれない。⁽⁷⁵⁾ しかし、星条旗自体を政府の言論と見たてた場合にも、政府の言論を野放しにして、それと対立する観点、内容だけを制約の対象とすべきではない。Police Power の行使は、政府の選好する観点、内容以外の言論の流布を制限するのではなく、むしろ、広げるようなものでなければならない。

3. 国家を代表する象徴であるとは、それがさまざまな州の人々のものであるということの意味する⁽⁷⁶⁾ という指摘がある。星条旗の保護については判断は、裁判所ではなく、人々の意思に委ねられるべきである。人々の意向を反映する連邦法、州法を軽々しく無効すべきではない⁽⁷⁷⁾ とも主張される。その根拠は、星条旗が市民が国家との一体性を感じることを促進する「統一要素」⁽⁷⁸⁾ であり、国旗を選択する権限には、この選択を効果的に実行するために必要かつ適切な権限、侮蔑的な破壊から保護する権限、⁽⁷⁹⁾ 国旗の代表する忠誠と愛国心を維持する利益が伴うからである。

象徴的表現（3）

すべての市民と州には、星条旗をそのままの、完全な状態で保つという利益があり、それは、個人の市民としての権利と個人的自由に優越する⁽⁸⁰⁾と主張される。確かに、象徴は、無形の、そうでなければ意味のある観察の対象となり得ない何かを、確かな形のある存在に転換する。星条旗の存在は市民が国家とのアイデンティティを獲得するのを促すことも事実であろう。その点から、星条旗は国家に対する人々の支持を集める統合的要素である⁽⁸¹⁾と考えられる。これらの主張も、星条旗は国家の象徴であるということの内容にすぎない。

国旗を制定する国家、連邦政府の権限が、市民の意向に基づくにしても、国家主権に基づくにしても、そのことから、直ちに、国旗に関する法理には第1修正が及ばないということにはならない。しかし、国旗を制定する権限には、国旗として定められたデザインの旗を人々が国旗としてふさわしく取り扱うことを国家が期待するだけでなく、ふさわしい扱いをするよう、人々に強要する権限が付随するののかという問題があり、さらに、そのような権限は国家の象徴の保護という利益に基づく規制を正当化するのに必要なほど、非常に重要な根拠であるのか、憲法上の権利を制約し得るほど重要な根拠であるのかも問われる。尊敬の態度を示すという積極的な行為の強要と、不敬な態度を示さないという不作為の強要とを区別することもできる。これまでの先例を見ると、国旗に対する強制的な敬礼の要請、すなわち、積極的な作為の強要は第1修正に抵触する⁽⁸²⁾。自らののではない見解を表明しない、沈黙の権利も、積極的な作為の強要ということから、第1修正に保護される⁽⁸³⁾。沈黙の権利は、比較衡量の結果、国家の自己保存の利益などに抵触しないかぎり、自らの意に反して自らの意見の表明を強要されないことを意味する⁽⁸⁴⁾。しかし、自らの見解を表明してはならないという沈黙の、不作為の強制は、表現の自由に対する正面からの挑戦ではないだろうか。そして、星条旗への不敬な表現の抑圧と政府、政権担当者に対する侮辱的な非難の検閲を冷

静に選り分けるのは、非難の対象となった当事者には容易ではないかもしれない。

国旗が国旗として尊重されるのは、国旗の代表する理念が正当であって、偽善ではないという実体のせいであって、その内実が伴わなければ、尊重という外形を強いても、無意味であるかもしれない。あるいは、外形を充足することが内容を実現する近道であるかもしれない。どの考えを妥当とするかは、究極的には価値判断の問題であり、政府の選好を優先する根拠はない。

国旗を制定する権限に、国旗を破壊させないという要素が含まれるとしても、その処罰権限が現行の国旗以外の星条旗、星条旗類似の物体にも及ぶことについて、そして、国旗を制定する権限のある連邦の統治機構と、そのような権限のない州の政府との違いについて、考え直さなければならない。たとえば、前者は、星条旗に関する規制の適用対象を著しく限定することを必要とすることになる⁽⁸⁵⁾。後者については、州の利益は正当かつ実質的⁽⁸⁶⁾である、十分に重要⁽⁸⁷⁾であるという主張もあるが、国家の利益の補助⁽⁸⁸⁾と性格づけ、「国旗に関して立法する権利に関する州の利益はそれほど承認されていない⁽⁸⁹⁾」という見方もある。国家の象徴という利益に限るならば、州の利益が、第1修正上の自由を制約し得るかは、疑わしい⁽⁹⁰⁾。星条旗は集合としての人々に所属しており、州には星条旗を国家の象徴として保護するユニークな非常に重要な利益があるというが、憲法上の権利侵略を正当化するほど十分に実質的、重要ではない⁽⁹¹⁾。象徴としての星条旗は政府の利益の中でもっとも基本的な、自己貫徹と自己保存という利益に役に立つ。象徴の一体性を保全するという利益は重要である。この利益は本来的には連邦政府が主張するべき利益であり、州の主張は派生的であるので、重要ではなく実体があるということにとどまる⁽⁹²⁾。州の国家統合の象徴を促進する正当な利益はそれほど非常に重要とはいえない。星条旗が国家統合、愛国心を燃え上がらせる能力を失う

象徴的表現（3）

「重大かつ即時の危険」にさらされているとはいえないので、星条旗を意味のない一枚の布に貶めてしまわないため、州法は不可欠であるという州の主張の根拠は明らかではない。⁽⁹³⁾ 星条旗は象徴として、州の police power 行使の対象となるが、象徴の使用は police power 行使に対する制約を提供する第1、第14修正によって保護され得るのかもしれない。⁽⁹⁴⁾

4. 星条旗の取り外しのきくテープを貼りつけるような、原状回復の可能な一時的な加工と、修復のできない物理的な破壊とを区別し、前者の場合とはともかくも、後者を防止する正当な利益があるということが出来るかもしれない。星条旗それ自体を破壊から守ることは、星条旗に対する態度を基準として処罰することとは異なり、思想の内容、表現の内容とは無関係である。星条旗の物理的一体性とと呼ばれる政府の利益の主張である。合衆国最高裁判所は、いかなる状況においても、星条旗の物理的一体性を保護するという規制の合憲性についての判断を留保している。⁽⁹⁵⁾ 通常、星条旗の完全な姿を保全し、物理的一体性を維持するという根拠、政府の利益は、その象徴としての価値から導きだされている。⁽⁹⁶⁾ が、国家の象徴として星条旗を保護する政府の利益とは別に、星条旗の物理的一体性を保護する政府の利益が存在するという考えがある。たとえば、政府には、星条旗の物理的一体性を保護するという政府の利益を創設することが可能である。⁽⁹⁷⁾ 州には星条旗の一体性を保護する利益がある。⁽⁹⁸⁾ 重要な先例に拘束されないならば、そのような（星条旗の伝統的ではない取り扱いとなる）行為が暴力を惹起するかどうかとは無関係に、星条旗の破損、汚損、焼却を禁止し、その他物理的一体性を保護することは、（それだけで）星条旗冒瀆において第1修正の権利行使を制限するために十分な根拠となる。⁽⁹⁹⁾ そして、星条旗の物理的な破壊行為を防止する制定法は行為の言論ではない側面だけを制限する。行為者が伝達しようと考えている象徴的な言明を付随的に制約するという制定法の効果

北法41(3・181)1231

は、それだけで、制定法を違憲とするものではない。⁽¹⁰⁰⁾ 表現行為の存在、性格について考慮することなく、星条旗の物理的一体性を損なうことになるさまざまな利用を処罰するのは、自由な表現の抑圧に関係がない政府の利益に基づく⁽¹⁰¹⁾と主張されている。

しかし、星条旗の完全な姿を保全し、物理的一体性を維持する州の利益の真の性質は、単に「国旗の物理的な一体性」を保全するだけでなく、「国家と統合の重要な象徴」としての星条旗を保全することにある。政府が保護しようとしているのは星条旗の布地ではなく、その性格である。⁽¹⁰²⁾ 少なくとも、政治的な表現としての星条旗の利用を規制する政府の利益は、表現の自由⁽¹⁰³⁾に直接関係している。星条旗の単なる物理的な破壊はその象徴としての価値に影響を及ぼさない。星条旗の物理的一体性が問題となるのは、その取り扱いがメッセージを伝達するときだけに限られる。⁽¹⁰⁴⁾ 「政府が促進しようとしている利益は象徴としての星条旗であり、物体としてのそれではない。星条旗の物理的な破壊禁止 — された行為のコミュニケーションではない要素 — は政府の利益に影響しない。象徴としての星条旗の価値は星条旗の物理的な破壊によって減少しない。政府が関心を持っているのは星条旗に対する軽視と侮辱の公然とした表明 — 禁止された行為のコミュニケーションとしての要素 — の抑圧にだけある。というのは、象徴としての星条旗の価値はそのような態度が公然と明らかになることによって悪い影響を被るかもしれないからである。⁽¹⁰⁵⁾

しかし、「政府は、国家統合の象徴を創りだすことができるが、その象徴が代表する地位、感情について強制的に命令することができずれば、その象徴と関係があるとされている、一連の政府が承認したメッセージを規定することはできない。⁽¹⁰⁶⁾ 「星条旗は政治的、社会的、経済的哲学表現の vehicle 媒介であってはならない。」⁽¹⁰⁷⁾ (州の利益は) 第1修正の権利と明白な nexus 関連性がなく、星条旗の物理的一体性を保護

象徴的表現（3）

するために（州法が）限定的に適用されるという主張を支持する証拠はない。⁽¹⁰⁸⁾ 州の星条旗の一体性を保全する利益は自由な表現の抑圧に無関係とはいえない⁽¹⁰⁹⁾という反論もある。

星条旗を物理的な破壊から守るという利益、物理的一体性の保護という利益は、たとえば星条旗焼却が火事の原因になったり、道路が燃えかす、布の切れ端で汚されるから、大気が煤煙で汚染されるから、星条旗がただの赤白青の布であるからではなく、国家の象徴であることを根拠とすることは否定できない。

もっとも重要なのは、星条旗の物理的一体性を保護する根拠が国家の象徴であるとき、行為者が表現行為に従事するかぎりにおいて、そして、その行為が表現の自由と関連しない政府の利益を損なわないかぎりにおいて、思想の表明とコミュニケーションの保護を考慮する際、表現に関する具体的な物理的な媒介 medium の選択は全く無関係であり、物理的な破壊の有無は問題解決の決め手となり得ないことである。⁽¹¹⁰⁾

この利益を主張する政府に対しては、星条旗の象徴としての価値は物理的な破壊によって影響されるものではないという根本的な疑問を投げかけることもできるかもしれない。

5. 星条旗に対しての人々が適切な尊敬の念を表明するよう期待することは、星条旗が国家の象徴であることと不可分であると主張されるかもしれない。

州には、愛国心、国家への愛と誇りとを促進する利益がある⁽¹¹¹⁾という主張に対して、愛国心、国家への忠誠を維持するという利益に基づいて星条旗の冒瀆を禁止する利益が存在するという主張は決して認められない⁽¹¹²⁾という反論がある。さらに、愛国心、忠誠と国家、市民の統合という政府の利益によって星条旗に対する尊敬の念の表明を強制し、星条旗への不敬な表現の抑圧を正当化することが、（国家ではなく）政府自体に対

する侮辱的で不敬な見解の検閲となり得ると指摘されている。象徴を象徴であるゆえに象徴への尊敬の念を保護するという政府の利益は、政府がある特定の思想への尊敬を命令し、別の思想によって反対されるべきではないと命令することである。⁽¹¹⁴⁾

Street v. New York において Harlan J. が挙げた、言葉によるインパクトとは無関係に、国旗に適切な尊敬の念を表すことを確保する利益は、文面上問題がないようであるが、星条旗の掲揚に関する一連のタブーを強制することによって、星条旗の崇拜を要求する効果があることになるので、自由な社会にはふさわしくないと批判されている。⁽¹¹⁵⁾

一方において、政府が星条旗に対する尊敬の念を強要することと、不敬の念を防止することとの間には有意義な違いはないという見解がある。⁽¹¹⁶⁾ 他方において、強制的な国旗に対する敬礼と忠誠宣誓は精神的態度と信念に関する積極的な肯定を要求する。不敬の念を表明することの禁止は、星条旗やその代表する価値への尊敬に関する affirmation 肯定を要求するものではないという見方がある。⁽¹¹⁷⁾ もっとも、特定の観点以外の思想表明を禁止することは、表現の観点を基準とする、もっとも狭義の表現の内容に基づく規制である。⁽¹¹⁸⁾

6. 星条旗が国家、国家統合の象徴であることとの関連において、限定的な所有権論、星条旗トレード・マーク、商標論といった問題提起も考慮する必要がある。

星条旗の象徴としての価値は、限定された財産権を連邦政府や州にもたらすという。⁽¹¹⁹⁾ 星条旗の所有権は完全なものではなく、その使用権、収益権は、政府の限定された財産権によって制約される。国家を代表する象徴であるとは、それがさまざまな州の人々のものであるということの意味する。赤白青の布でできたこの象徴の複製を個人は購入することができるが、星条旗の象徴するものは私的所有権の対象とはならないと説

象徴的表現（3）

明される。

その具体的な所有権の所在にいかんにかかわらず、国家に星条旗の限定的な「所有権」があるならば、星条旗冒瀆行為は、不愉快で同意できない思想の問題ではなく、重要な国家の財産の価値を減少させる行為となる。⁽¹²¹⁾政府の利益として保護されるのは一般的な意味における所有権、⁽¹²²⁾その星条旗の所有者の所有権ではなく、私的に所有されている星条旗に対する財産権上の利益である。これは伝統的な意味における所有権的利益ではない。郵便切手、政府発行の債権、貨幣と見間違ふようなものを政府以外の存在が印刷すること、軍服を許可なく着用することなどが禁止されているのと同じように、私的に所有されている星条旗に対して存在する政府の財産権を保護する政府の利益が存在する。もっとも、星条旗の場合、制定法は中立ではなく、その物理的一体性を侵害したとしても、「侮辱的に」侵害しない者には適用されない。⁽¹²³⁾個人は星条旗を「所有」するかもしれないが、この所有権は特別の責務と責任の対象となっている。星条旗はある意味で財産であるが、特別な義務と制限を持った財産であり、これらの義務と制限の条件がそれ自体恣意的でも、憲法の下での政府の権限を逸脱するものではない。⁽¹²⁴⁾しかも、政府が著作権法によって、著作物、音楽の演奏、劇場での公演に対して私的所有権的利益を創設することが可能であるのならば、同じように、私的に購入された、個人が所有する星条旗に対してもその物理的一体性を損なう行為を禁止するという、星条旗に対する政府の利益を創設できないとはいえない。⁽¹²⁵⁾

政府の限定的な所有権論は、星条旗自体への物理的破損、破壊行為に関して、政府には星条旗の冒瀆を禁止するに足りるほど十分な財産権上の利益はない、⁽¹²⁶⁾現実の所有権の所在を無視しており、星条旗が私有物であり、⁽¹²⁷⁾技術的には政府の所有にはないと反駁される。

国旗を指定、描写し、その利用、展示、処理について規制する政府の権限の有効性には疑問の余地はないとしても、星条旗は国有財産であ

り、政府はその製造、模造、販売、所持、利用について規制することができる⁽¹²⁸⁾という主張は妥当であろうか。確かに、言葉、象徴、広告などは星条旗に異質であり、星条旗に異質な何かを付着されることは星条旗の物理的な性質を変更し、そのデザインに干渉し、機能を邪魔する⁽¹²⁹⁾だけでなく、星条旗が伝達することになっている、国家の象徴というメッセージの伝達を妨害する⁽¹³⁰⁾。聴衆は、話し手の演説を、たとえばやじり倒して中断させる権利をもたないので、やじり倒して中断することを法律で禁止することができるのと同じように、星条旗のメッセージを中断、干渉する行為を法律で禁止することができるという主張もある。⁽¹³¹⁾

個人や私的集団などが国家の象徴と関係があるかのように、または、支持されているかのような間違っただ印象を与えないように、国家の象徴が私的に盗用、流用されることを防止する必要があるのは象徴としての国旗の特別なユニークな性質⁽¹³²⁾で、それは、国家に特殊な「財産権」、所有者の所有権、使用権、用益権を制限する権限を与えるものではない。星条旗を使用すると、合衆国が何らかの支持をしたかのような外観、印象を与える可能性があるかもしれないとしても、星条旗の使用は国家や政府の独占⁽¹³³⁾するところではない。星条旗は、generic designation⁽¹³⁴⁾の法理によって、誰でも自由に使用することができる。国家の象徴が国家に独占されていないならば、それが「私的に盗用、流用される」こともない。

そして、星条旗は、政府のトレードマークではない。その掲揚が陸軍、海軍、公共の建物、政府の行事に限定されているという意味で「公式」、政府がその使用を独占すること、あるいは、その使用を「御用達」のサインとしてコントロールすることを意味しない。政府が星条旗を星条旗としてその使用と掲揚を合理的に規制することができるということは、政府は赤、白、青の三色、縞、星の模様を自分のものにしてよいという意味ではない。星条旗に関してコントロールする制定法が合憲

象徴的表現（3）

であるためには、厳格に起草され、定義された国旗以外の色と形態の収用を注意深く回避するものでなければならない。⁽¹³⁵⁾

星条旗が国家の象徴であることから、星条旗の利用に関する特別の権限、とくに私的所有権を制約する権限が連邦と州の政府にあるという結論は、当然には導きだせないと思われる。

7. 星条旗がアメリカ合衆国を象徴し、アメリカ市民を統合するのは、情緒的、知性的な反応である。象徴は言論の本質的な構成要素であり、星条旗には、とくに政治的表現のコンテキストにおいて、コミュニケーション機能がある。国家の象徴として星条旗を保護するという利益は、象徴を象徴である故に、そのあり得べきコミュニケーションとしての影響のせいで、表現を規制する。政府の利益が国家を象徴する星条旗の保護であるならば、星条旗冒瀆が言葉によるか、行為によるかは、区別として意味をなさない。星条旗が国家の象徴であることから、星条旗の利用に関する特別の権限、とくに私的所有権を制約する権限が連邦と州の政府にあるという結論は、当然には導きだせない。

国家の象徴として星条旗を保護する利益は、連邦の場合と州の場合とで、その権限の有無、重要性の評価に違いがある。州の利益は、連邦のそれに対して、補完的といえることができそうである。しかも、連邦の利益に関しても、星条旗の象徴的価値を保全するという社会の利益の評価が、合理的な裁判官が異なった結果を選択するような価値の問題である⁽¹³⁶⁾とすると、星条旗焼却のインパクトが純粋に象徴的であるがため、焼却を容認することが象徴の価値を高揚させるとも、低下させるとも、主張され得る。国家の象徴であることそれ自体がそのような第1修正に対する直接的な重荷を正当化する保護の利益なのかは、判断の分れるところである。それ故に、星条旗は思想の自由市場の外にあるという主張は、政府の政策を批判する政治的言論を封じる潜在的な危険性、第1修正の存在意義を蔑にする可能性がある。言い換えると、星条旗がとくべつだ

からこそ、より多くの言論を促すよう、星条旗に関する表現の法理は形成されなければならない。

政府の利益が国家の象徴の保護であるという場合、それは常に、星条旗のもたらす感覚的、知的な精神の反応を理由とする反言論利益であると断言してもよいように思われる。

b. 感性の保護

1. 1971年の *Cohen v. California*⁽¹³⁷⁾ 以来、目撃した人の感性を害する表現も第1修正の保護の対象となっている。星条旗に関する侮辱的な言葉さえ、第1修正の保護する自由な言論であり、平均的な市民の感性を害する蓋然性が高いことは規制の決め手とはならない。「第三者の感性、感情の保護は州の関与するところではない。」⁽¹³⁸⁾ 「思想が一部の聴衆にとり offensive 不快であり、感情を害するという理由だけで思想の公表を禁止することは憲法上許されないことは確立している。」⁽¹³⁹⁾

一般公衆の感性の保護において考慮される事項は、場所、方法、態様によって、異なり得る。場所によっては、捕われの聴衆が発生するかもしれない。最初に遭遇したときはともかく、感情を害された者が、簡単に、直ちに、不快な状況を自ら避けることができたかどうかによって、捕われの聴衆に対して思想を強要しているかが判断される。⁽¹⁴¹⁾

一般公衆の感性を害する表現が第1修正に保護されるとしても、言葉と比較すると、行為は、理性ではなく、感性に直接訴えるので、破廉恥な行為が与えるショックは同一のメッセージが言葉で表現された場合よりも格段に大きいかもしれない。第1修正は、現在のところ、理性的な知覚の対象だけを保護することはなく、感性的情緒の対象にもその保護を及ぼしてしている。行為をア・プリオリに第1修正の適用から除外する理由として、「感性の保護」を挙げることは困難である。

目撃した人が感性を著しく害され、憤怒するのは、行為が伝達するメッ

象徴的表現（3）

セージの結果であると同時に、媒介として利用されたメディアが星条旗であるためである。政府の政策を批判する、政府に抗議するなどのメッセージは、明らかに第1修正の保護する思想の伝達である。同じメッセージが異なるメディアを通じて伝達される場合、より知的な言葉ではかき乱されない感性を刺戟するとしても、それだけでは、第1修正のもとで異なる取り扱いを容認する根拠とはならないように思われる。確かに、「抗議をするという点から見ると、象徴的行為は言葉より騒々しいことが多い⁽¹⁴²⁾」としても、それだけでは、「感性の保護」を理由に、第1修正の自由を制約することは困難であるように思われる。

「感性の保護」を理由とする政府の利益は、星条旗のもたらす感覚的、情緒的な精神の反応を理由としており、表現の抑圧に関連がある、反言論利益であるということができる。

c. 治安の維持

1. 治安に関する議論は、星条旗冒瀆の起きた状況、行為のコンテクストに著しく左右される。たとえば、1990年になって下された星条旗焼却に関する連邦裁判所の判決のうち、United States v. Haggerty⁽¹⁴³⁾とUnited States v. Eichman⁽¹⁴⁴⁾は治安の維持に関する議論を全くしていないが、United States v. Cary⁽¹⁴⁵⁾は星条旗焼却が暴動の継続を促進する即時的な脅威であったと、治安に関する政府の利益を理由に、1968年法を合憲と判断した⁽¹⁴⁶⁾。

治安の維持が、州の重要な、正当な政府の利益であることを否定する見解はない。星条旗冒瀆法は一般に治安紊乱の防止に役立つという有効な、重要な目的⁽¹⁴⁷⁾があり、州は、秩序への脅威となる行為の形態を禁止することができる⁽¹⁴⁸⁾という。もっとも、星条旗冒瀆法は治安の維持を目的とする規定ではない⁽¹⁴⁹⁾という見解もある。仮に治安上の危険に対処し得るとしても、星条旗冒瀆行為それ自体だけでは第1修正を制約するには不
北法41(3・173)1223

十分であり、州は公的秩序の即時的な不安、治安紊乱の明白かつ現在の危険を立証する客観的な証拠を示さなければならない。⁽¹⁵⁰⁾ 治安を脅かすのは星条旗冒瀆行為の象徴する思想のせいではなく、行為の性質それ自体が暴力を招くことがあるからで、⁽¹⁵¹⁾ 純粋な言論であっても第1修正の保護が及ばなくなることがあるように、象徴的表現も第1修正の保護が及ばなくなる場合があるという。⁽¹⁵²⁾

ある表現が、暴力行為、違法な行為、その他、治安紊乱をもたらすかもしれないというだけでは、その制限を正当化することはできないという原則は象徴的表現にも適用される。⁽¹⁵³⁾ 治安紊乱の危険性があると判断されるには、抽象的な危険ではなく、現実の脅威が存在しなければならないことが、星条旗冒瀆行為のコンテキスト依存性を高めている。治安への脅威、実質的な害悪をもたらす蓋然性が⁽¹⁵⁴⁾ 現実に存在するならば、その防止は州の重要な利益である。⁽¹⁵⁵⁾ しかし、もっとも刺戟的な冒瀆行為であるはずの星条旗焼却に関してさえ、確実に、どのような反応があるかについて、断言することはできない。⁽¹⁵⁶⁾ ⁽¹⁵⁷⁾

2. 星条旗の冒瀆行為と治安との関係は、冒瀆行為が同調者を煽り、唆し、その他、刺戟となって暴動など違法行為に従事するきっかけとなる、違法行為の煽動と、冒瀆行為を目撃した一般公衆が行為者に敵対的に反応し、暴力行為に及ぶきっかけとなる報復行為の惹起とがある。換言すると、州には、他の人が違法な行為を犯すよう煽動することを禁止する利益と、治安妨害となる報復的行為を惹起することを禁止する利益とがある。⁽¹⁵⁸⁾

星条旗冒瀆行為には、内在的に、同調している周囲の人々を必然的に暴動などの違法な行為に駆り立てるよう、人々を刺戟するという性質があるわけではない。⁽¹⁵⁹⁾ そして、平穏な革命の公然たる主張に対して刑事罰を課すことは禁止されている。⁽¹⁶⁰⁾ 星条旗冒瀆行為は直ちに違法行為の煽動

象徴的表現（3）

になると、規制することはできない。ある行為が公共の秩序に対して潜在的、仮想的な危険をもたらす可能性だけで刑事罰を課すのに十分であるという基準は、憲法上の権利行使を萎縮させるかもしれない⁽¹⁶¹⁾。

星条旗冒瀆行為はそれ自体、本質的に inflammatory 人を激昂させる⁽¹⁶²⁾、本来非常に刺戟的であるという場合、同調者に対する違法行為の煽動ではなく、むしろ、「平均的な人をして報復するよう刺戟し、治安紊乱をもたらす蓋然性が高い」「喧嘩言葉」に類似する結果をもたらし、治安が紊乱する可能性があるという意味であろう。平均的な人をして報復するよう刺戟することから、これを暴力的行為を惹起させるような個人的侮辱として規制することは立法裁量の範囲にはいる⁽¹⁶⁴⁾、治安を維持する政府の利益には合理的な疑問を挟む余地はないので、州は、police powers に基づいて治安、安全、住民の福祉を脅かす行為形態を禁止することができるとの観点から、星条旗の公然たる冒瀆は、煽動であり、喧嘩言葉と同じように、治安を脅かすという考えもある⁽¹⁶⁵⁾。治安に影響するのは、星条旗冒瀆行為の言論ではない要素がもたらす観衆、聴衆に対するインパクトであるという⁽¹⁶⁶⁾。しかし、暴力的な報復を招く危険性といっても、「平均的な人をして報復するよう刺激し、治安紊乱をもたらす蓋然性が高い」、特定の個人に対する「喧嘩言葉」になるほど、内在本質的に油に火を注ぐような性質のものではない⁽¹⁶⁷⁾、合理的な観衆は星条旗冒瀆行為を直接的な個人的侮辱と取ることはない⁽¹⁶⁸⁾ので「喧嘩言葉」には該当しない、星条旗冒瀆行為はすべて「喧嘩言葉」と類似しているという示唆は受け入れがたいように思われる⁽¹⁶⁹⁾。星条旗冒瀆行為が直ちに敵対的な聴衆の報復行為をもたらす、必ず治安を妨害するということができない。

3. 治安の維持という州の政府の利益と表現との関係について、それは自由な表現の抑圧と全く関係がないと主張されている⁽¹⁷⁰⁾。メッセージ

それ自体ではなく、暴動という事実関係においてメッセージを伝達する手段に対する反応として治安素乱の継続を防止することが規制の目的であり、その規制は表現の時間、場所、方法および態様に対する規制に類似しており、内容に基づく規制ではない。⁽¹⁷¹⁾ 第三者の感性を損なうことが構成要件でない場合、表現行為のコミュニケーションとしてのインパクトとは無関係であり、治安の維持、表現の means 手段が惹起する暴力からの保護に直接関係した規制であって、表現の時間、場所、方法および態様に関する。治安の維持は表現を抑圧することと無関係である。⁽¹⁷²⁾ 治安素乱を防止し、秩序を維持する州の利益は、付随的で最小限度においてしかコミュニケーションを禁止しないので、自由な表現の抑圧とは無関係である。⁽¹⁷³⁾

そのメッセージを表明する、他のコミュニケーションの回路が残されているので、⁽¹⁷⁴⁾ 自由な表現の制限は有意とはいえない。直ちに暴力的な反応を惹起する蓋然性が内在するような表現活動に対する禁止は、治安を維持するために必要な、付随的に最小限度の制限である。⁽¹⁷⁵⁾ 自由な言論の保障はコミュニケーションの形態よりも、その言論の substance 実質に関心がある。⁽¹⁷⁶⁾ 星条旗冒瀆法は、メッセージの内容ではなく、メッセージを表現する形態に向けられ、規制している。故に、制定法は自由な表現の抑圧には十分無関係である。⁽¹⁷⁷⁾ しかし、星条旗冒瀆法は時間、場所、方法および態様の規制とはいいきれない。⁽¹⁷⁸⁾

政府が主張する治安維持に関する利益も自由な表現の抑圧に関係がないわけではないという主張もある。象徴的表現においては、メッセージがメディアであり、メディアがメッセージであるからである。⁽¹⁷⁹⁾ 星条旗冒瀆の文脈においては、冒瀆行為の伝達する特定の思想がまさに暴力的、不法な反応をもたらすと心配されている。政府の目的が暴力という結果を回避するために思想のコミュニケーションを抑圧することであるかぎりにおいて、それは反言論利益、言論の抑圧を目的とする利益である。⁽¹⁸⁰⁾

象徴的表現（3）

コミュニケーションとしての行為がもたらす害悪から、治安妨害が発生する。⁽¹⁸¹⁾

さらに興味深いことに、治安の維持という政府の利益は、もっぱら州に帰属する、連邦政府には治安を維持する police power がないという考えもある。連邦の政府は、連邦政府の所有物破壊、悪意ある損傷に関する連邦法に基づいて、起訴することができ、それは表現の抑圧に無関係である。⁽¹⁸³⁾

d. その他の利益

1. 星条旗は動産として、州の規制の対象となると主張されることがある。州は、生命への危険、財産への危険があるとき、平穏な私有物、公共施設の利用に関する他者の権利侵害を回避するため、合理的に起草された police power を行使でき、財産権の侵害は必然的に規制を無効にするわけではない。⁽¹⁸⁴⁾たとえば、公共の場で衣類、布地の焼却を misdemeanor として禁止しても、焼却が火災の発生、大気汚染、交通障害となる危険があるので、市民の憲法上の権利が損なわれるとはいえない。仮に公共の歩道において私有財産の焼却を禁止することが許されるならば、星条旗の焼却にだけ、異なる準則を適用する根拠はない。⁽¹⁸⁵⁾もちろん、星条旗冒瀆法を公共の場における放火禁止規定と理解するのはいささかこじつけの感があり、星条旗冒瀆法は動産保護規定、放火禁止規定ではないと反論されている。⁽¹⁸⁶⁾

2. 他に、感性の保護とは別に、捕われの聴衆の問題があるという見方もできるかもしれない。コミュニケーションの効果を考えると、多くの星条旗冒瀆行為は公然と実施される。実施の場所としては、閉鎖的な、聴衆に逃げ場を与えないところより、広く一般公衆が近づくことのできる、アクセスの容易な、言い換えると、立ち去ることも容易なところ

ろを選択すると思われる。

簡単に展示された星条旗、星条旗冒瀆行為を避けることができるならば、⁽¹⁸⁷⁾捕われの囚人が発生することはない。

6. 星条旗を保護する政府の利益、国家の象徴、一般公衆の感性、治安の維持のうち、前二者は星条旗冒瀆行為の意味効果に基づく、反言論利益であると断言できる。大統領の政策に反対して星条旗を焼却することも、大統領を歓迎して星条旗を振るのも、星条旗という象徴を用いた政治的メッセージの伝達というレベルでは同じである。星条旗冒瀆行為は星条旗の政治的メッセージ、意味効果を前提としており、星条旗の「冒瀆」に焦点を絞った法は政府の反言論利益に基づいている。

後者の場合、治安の維持それ自体は非言論利益であるように思われる。しかし、治安紊乱を惹起する原因となっているのは、星条旗が国家の象徴であることに起因する星条旗冒瀆行為の意味効果、人々の精神的な反応である。コミュニケーションとしての星条旗冒瀆行為の意味効果の間接的、二次的インパクトをも反言論利益とするならば、治安の維持も反言論利益となり得る。治安の維持という政府の利益はコミュニケーションの要素のない、しかし、行為類似としては同一の行為、たとえば「布の焼却」に対しても適用されるわけではない。このように見ると、実は、治安の維持という政府の利益も、星条旗冒瀆行為に関するかぎり、反言論利益であると考えることができる。象徴的表現においては、コミュニケーションではないが、形態上類似している、比較し得る行為、「同型であってもコミュニケーションではない行為」について考察することの必要性があらためて明らかとなった。

象徴的表現（3）

註

- (1) 205 U.S. 34, 41 (1907)
- (2) *Id.* at 42.
- (3) *Id.* at 45.
- (4) *Street v. New York*, 394 U.S. 576, 591 (1969)
- (5) 418 U.S. 405 (1974).
- (6) *Id.* at 412.
- (7) *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. 2533, 2541 (1989).
- (8) *United States v. Eichman*, 110 S.Ct. 2404, 2408 (1990).
- (9) *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. at 2542.
- (10) *Id.* at 2543.
- (11) *United States v. Eichman*, 110 S.Ct. at 2407-08.
- (12) *Id.* at. 2408, 2409.
- (13) *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. at 2545, 2545 ; *United States v. Eichman*, 110 S. Ct. at 4746.
- (14) *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. at 2548-52, 2554-55, Rehnquist C.J. の反対の意見、*id.* at 2556, Stevens J. の反対意見。
- (15) *Id.* at 2552, Rehnquist C.J. の反対意見。
- (16) *Id.* at 2557, Stevens J. の反対意見。
- (17) *United States v. Eichman*, 110 S.Ct. at 2410, Stevens J. の反対意見。
- (18) *Ibid.* at 4746, Stevens J. の反対意見。
- (19) *Id.* at 2411, Stevens J. の反対意見。
- (20) *Ibid.* Stevens J. の反対意見。
- (21) *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. at 2552, Rehnquist C.J. の反対意見。
- (22) *Id.* at 2541.
- (23) E.g. see *Gregory v. City of Chicago*, 394 U.S. 111(1969); *Terminiello v. City of Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), but see *Feiner v. New York*, 340 U.S. 315 (1951).
- (24) *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. at 2541.
- (25) *Ibid.*
- (26) *Id.* at 2542.
- (27) *Ibid.* もっとも、Rehnquist C.J. は、offensive 不快な、derisive あざ笑う、annoying 煩い言葉によって、injury 損害を与え、治安の紊乱をもたらすような言葉は、思想の表明に必要不可欠ではなく、社会的に価値が乏しい *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-72 (1942) こと、あるいは、他の手段で伝達し得ない内容ではない109

S.Ct.at 2553ことから、Johnson の行為も思想の表明にとって不可欠ではなく、治安を損なう傾向のある行為であると述べて、それゆえに、喧嘩言葉と同じように処罰の対象となることを示唆している。Ibid.

- (28) TEX. PENAL CODE § 42. 01(1989).
- (29) Texas v. Johnson, 109 S.Ct. at 2542.
- (30) Flag Protection Act of 1989, Pub.L. 101-131, 103 STAT. 777. 1989年10月28日成立。以降、1989年法という。
- (31) United States v. Eichman, *supra* note 8 ; United States v. Eichman, 731 F. Supp. 1123, 1128-29 (D. D.C.1990); United States v. Haggerty, 731 F. Supp. 415, 419 (W.D. Wash. 1990).
- (32) United States v. Eichman, 731 F. Supp. at 1128-29.
- (33) United States v. Haggerty, 731 F. Supp. at 419.
- (34) *Id.* at 419 n. 5.
- (35) United States v. Eichman, 110 S.Ct. at 2409; United States v. Eichman, 731 F. Supp. at 1130; United States v. Haggerty, 731 F. Supp. at 422.
- (36) United States v. Eichman, 731 F. Supp. at 1129 n. 7.
- (37) United States v. Haggerty, 731 F. Supp. at 419.
内容中立な規制とは、「規制された言論の内容に言及することなく、正当化される」言論に対する規制のことである。Ibid.
- (38) United States v. Eichman, 731 F. Supp. at 1129.
- (39) United States v. Haggerty, 731 F. Supp. at 420.
内容中立性を決定するのは立法の射程ではなく、根拠、理由である。星条旗を保護する正当性根拠が表現の抑圧に関係しているのであれば、法律が文面上、行為者の意図、行為の影響いかんにかかわらず誰にでも適用されるものであっても、内容中立ではない。Ibid.
- (40) United States v. Eichman, 110 S.Ct. at 2408 n. 6; United States v. Eichman, 731 F. Supp. at 1130; United States v. Haggerty, 731 F. Supp. at 420.
合衆国最高裁判所は、「主権」に付随する性質の核心的機能に関する規制として、星条旗を利用した営利的搾取を念頭においているようである。110 S.Ct. at 2408 n. 6.
- (41) 反言論利益と非言論利益については、M.B.NIMMER, FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE THEORY OF THE FIRST AMENDMENT § 2.04, 2.05 (1984); M.B.Nimmer, *The Meaning of Symbolic Speech under the First Amendment*, 21 UCLA L. REV. 29, 38 (1973) 参照。

象徴的表現（3）

- (42) *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415, 453 (1963).
- (43) *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77, 85 (1949).
- (44) 明白かつ客観的に定式化された基準に基づき、公平な手続にしたがって、決定が下されること、決定に対して効果的な司法的監督があること、さらに、異なる権利、自由、利益の衝突の場合にはさまざまな利益を合理的に調整することが期待されている。T.I. EMERSON, *TOWARD A GENERAL THEORY OF THE FIRST AMENDMENT* 102-03 (1966). 異なる権利、自由、利益の衝突を合理的に調整するということは、同じメッセージを、一方が言葉で、他方が行為で表現したとき、異なる規制の対象となり、異なる政府の利益に基づいて、異なる結果をもたらし得ることである。
- (45) See *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233 (1936).
- (46) *United States v. Eichman*, 110 S.Ct. at 2411, Stevens J. の反対意見、*Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. at 2556, Stevens J. の反対意見。
- (47) *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. at 2548, Rehnquist C.J. の反対意見。
- (48) *Halter v. Nebraska*, 205 U.S. at 41.
- (49) *Street v. New York*, 394 U.S. at 610, Black J. の反対意見。
- (50) *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. at 2552, Rehnquist C.J. の反対意見。
- (51) A. FORTAS, *CONCERNING DISSENT AND CIVIL DISOBEDIENCE* 16 (1968), as cited in M.B. NIMMER, *FREEDOM OF SPEECH*, *supra* note 41 at § 3.06 [E][b][i] n.73.
- (52) *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. at 2556, Stevens J. の反対意見。
- (53) *Deeds v. State*, 474 S.W.2d 718, 721 (Tex. Ct. Crim. App. 1972).
- (54) *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. at 2546.
- (55) 18 U.S.C. § 700(a) (1968).
- (56) *Kime v. United States*, 459 U.S. 949, 955 (1982), Brennan J. の反対意見。See also, *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 556, 588-90 (1984), White J. の同意意見。
- (57) その端的な例は、1989年法 § 700(a)(1)における処罰規定と、§ 700(a)(2)における例外規定である。See also *United States v. Eichman*, 110 S.Ct. at 2409.
- (58) *Goguen v. Smith*, 471 F.2d 88, 102 (1st Cir. 1972).
- (59) *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1968).
- (60) *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. at 2554, Rehnquist C.J. の反対意見、citing *Street v. New York*, 394 U.S. at 605, Warren C.J. の反対意見、at 610, Black J. の反対意見、at 615-17, Fortas J. の反対意見。

見。

- (61) *Id.* at 2555, Rehnquist C.J.の反対意見。
- (62) *Parker v. Morgan*, 322 F. Supp. 585, 589 (W.D. N.C. 1971).
- (63) *Kime v. United States*, 459 U.S. 949, 952 (1982), Brennan J. の反対意見。
- (64) *State v. Spence*, 5 Wash.App. 752, 490 Pa.2d 1321, 1324 (Wash. Ct.App. 1971).
- (65) *Kime v. United States*, 459 U.S. 949, 952 (1982), Brennan J. の反対意見。
- (66) *United States ex rel. Radich v. Criminal Court of New York*, 38 5F. Supp. 165, 176-77 n.45 (S.D. N.Y. 1974), citing M.B. Nimmer, *supra* note 41 at 56-57.
- (67) *Ibid.*
- (68) *Spence v. Washington*, 418 U.S. at 414 n. 8.
- (69) *United States v. Eichman*, 110 S.Ct. at 2409.
- (70) *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. at 2546.
- (71) *Monroe v. State*, 250 Ga. 30, 295 S.E.2d 512 (Ga. 1982).
- (72) M.G. YUDOF, *WHEN GOVERNMENT SPEAKS* 156 (1983).
- (73) 政府と言論と第三者のメッセージに対する「加工」の議論に関しては、拙稿『『政治的プロパガンダ』という法律の指定と表現の自由—Meese v. Keene, 107 S.Ct. 1862 (1987)』ジュリスト945(1989. 11. 15)号114頁参照。もっとも、本稿で取り扱っているのと異なり、政府が第三者の言論を「加工」することが問題となっている。
- (74) E.g. T.I. EMERSON, *supra* nota 44 at 102-03
- (75) J. Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 HARV. L. REV.1482, 1504 (1975). G.R.Stone は、政府の言論を、他の言論以上に積極的に保護することを否定する必要はないという立場から、政府の言論を中断する行為の規制を、表現の内容に基づく差別的な取り扱いとはみていない。G.R.Stone, *Flag Burning and the Constitution*, 75 IOWA L.REV.111, 119-20 (1989).
- (76) *Monroe v. State*, 250 Ga. 30, 295 S.E.2d 512, 514 (Ga. 1982).
- (77) *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. at 2555, Rehnquist C.J. の反対意見、*Spence v. Washington*, 418 U.S. at 416, Burger C.J. の反対意見。
- (78) *Johnson v. State*, 706 S.W.2d 120, 124 (Tex. App. Ct. 1986), citing *Monroe v. State Court of Fulton County*, 739 F.2d 568, 574 (11th Cir. 1984).

象徴的表現（3）

- 79) *State v. Mitchell*, 32 Ohio App. 2d 16, 288 N.E. 2d 216, 222 (Ohio Ct. App. 1972), citing *United States v. Ferguson*, 302 F. Supp. 1111, 1114(N.D. Cal. 1969).
- 80) *State v. Spence*, 5 Wash.App. 752, 490 Pa. 2d 1321, 1330 (Wash. Ct. App. 1971), Williams J. の反対意見。
- 81) *Monroe v. State Court of Fulton County*, 571 F. Supp. 1023, 1026 (N.D. Ga. 1983).
- 82) *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).
- 83) *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977).
- 84) *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109, 128 (1959).
- 85) 州法の中には、the national flag 現行の国旗と規定して e.g. DEL. CODE. ANN.tit.11 §1331; HAWAII REV. STAT. § 711-1107; KAN. STAT. ANN. §21-4111; KY. REV. STAT. §525.110; MO. ANN. STAT. § 578.095; N.M.STAT. ANN. § 40A-21-4; ORE. REV. STAT. § 166.075、保護の対象を 4 U.S.C. § 1 が規定する国旗に限定している場合がある。しかし、連邦法も、多くの州法も、保護の対象をそのように狭く限定していない。E.g. 18 U.S.C. § 700(b) (1989).
- 86) *Johnson v. State*, 706 S.W. 2d 120, 124 (Tex. App. Ct. 1986).
- 87) *Sutherland v. Dewulf*, 323 F. Supp. 740, 744 (S.D. Ill. 1971).
- 88) *Id.* at 745.
- 89) *State v. Mitchell*, 32 Ohio App. 2d 16, 288 N.E. 2d 216, 222 (Ohio Ct. App. 1972).
- 90) 国家の象徴という利益に捕われなければ、屋条旗に対する公然たる冒瀆は社会的価値が余りにも乏しいので（秩序維持という）州の利益の方が大きいと主張される。See *Deeds v. State*, 474 S.W.2d 718, 720-21 (Tex. Ct. Crim. App. 1972).
- 91) *Monroe v. State Court of Fulton County*, 739 F. 2d 568, 573 (11th Cir. 1984), citing *United States v. Crosson*, 462 F. 2d 96, 105 (9th Cir. 1972), Brown J. の反対意見。
- 92) *Monroe v. State Court of Fulton County*, 571 F. Supp. 1023, 1026-27 (N.D. Ga. 1983).
- 93) *Johnson v. State*, 755 S.W.2d 92, 97 (Tex. Cr. App. 1988).
- 94) *State v. Spence*, 5 Wash.App. 752, 490 Pa.2d 1323(Wash. Ct. App. 1971).
- 95) *Texas v. Johnson*, 109 S.Ct. at 2543.
- 96) See e.g. *United States v. Eichman*, 731 F. Supp. 1123, 1128-29 (D.

- D.C. 1990); *Spence v. Washington*, 418 U.S. at 413-14 and n.8 ;
Monroe v. State Court of Fulton County, 571 F. Supp. 1023, 1026
(N.D. Ga. 1983); *State v. Farrell*, 223 N.W.2d 270, 273(Iowa 1974).
- (97) *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566, 603 (1974), Rehnquist J. の反対意見。
- (98) *Monroe v. State Court of Fulton County*, 571 F. Supp. 1023, 1026
(N.D. Ga.1983); *State v. Royal*, 305 A.2d 676, 680 (N.H. 1973).
- (99) *United States ex rel. Radich v. Criminal Court of New York*, 385
F. Supp. 165, 176-77 n.45 (S.D. N.Y. 1974), citing *Smith v. Goguen*,
415 U.S. at 587, White J. の同意意見、415 U.S., at 591, Rehnquist
J. の反対意見。
- (100) *Monroe v. State*, 250 Ga. 30, 295 S.E.2d 512, 515 (Ga. 1982).
- (101) *Smith v. Goguen*, 415 U.S. at 599, Rehnquist J. の反対意見。
- (102) *Spence v. Washington*, 418 U.S. at 412, Rehnquist J. の反対意見。
- (103) *Kime v. United States*, 459 U.S. 949, 950 (1982), Brennan J. の反対意見。
- (104) *United States v. Eichman*, 110 S. Ct. at 2408.
- (105) *United States v. Crosson*, 462 F. 2d 96, 108 (9th Cir. 1972),
Browning J. の反対意見。
- (106) *Johnson v. State*, 755 S.W.2d 92, 97 (Tex. Cr. App. 1988).
- (107) *Lapolla v. Dullaghan*, 63 Misc.2d 157, 311 N.Y.S.2d 435. 441
(N.Y. Sup.Ct. 1970).
- (108) *Goguen v. Smith*, 471 F.2d 88, 98(1st Cir. 1972).
- (109) *United States v. Haggerty*, 731 F. Supp. 415, 419 and n.5 (W.D.
Wash. 1990); *Monroe v. State Court of Fulton County*, 571 F.
Supp.1023 (N.D. Ga. 1983).
- (110) *Kime v. United States*, 459 U.S. 949, 953 (1982), Brennan J. の反対意見。
- (111) *State v. Royal*, 305 A.2d 676, 680 (N. H. 1973).
- (112) *Crosson v. Silver*, 319 F. Supp. 1084, 1087 (D. Ariz. 1970).
- (113) *United States v. Crosson*, 462 F.2d 96, 110 (9th Cir. 1972),
Browning J. の反対意見。
- (114) *United States ex rel. Radich v. Criminal Court of New York*,
385 F. Supp. 165, 176-77 n. 45 (S.D. N.Y. 1974), citing M.B.
Nimmer, *supra* note 41 at 56-57.
- (115) *Street v. New York*, 394 U.S. 576, 591 (1969).

象徴的表現（3）

- (116) Long Island Vietnam Moratorium Committee v. Cahn, 437 F. 2d 344, 349 (2d Cir. 1970).
- (117) Monroe v. State Court of Fulton County, 739 F.2d 568, 573 (11th Cir. 1984), citing United States v. Crosson, 462 F.96, 105 (9th Cir. 1972), Brown J. の反対意見。
- (118) Bowles v. Jones, 758 F.2d 1479, 1481(11th Cir. 1985), Kravitch J. の反対意見。
- (119) Texas v. Johnson, 109 S.Ct. at 2552, Rehnquist C.J. の反対意見。
- (120) Monroe v. State, 250 Ga. 30, 295 S.E.2d 512, 514 (Ga. 1982).
- (121) Smith v. Goguen, 415 U.S. at 587, White J. の同意意見。
- (122) Texas v. Johnson, 109 S.Ct. at 2557, Stevens J. の反対意見。
- (123) Smith v. Goguen, 415 U.S. at 595-96, Rehnquist J. の反対意見。
- (124) Street v. New York, 394 U.S. at 617, Fortas J. の反対意見。
- (125) Smith v. Goguen, 415 U.S. at 603, Rehnquist J. の反対意見。
- (126) Crosson v. Silver, 319 F. Supp.1084, 1087-88 (D. Ariz. 1970).
- (127) United States ex rel. Radich v. Criminal Court of New York, 385 F. Supp. 165, 176 (S.D. N.Y.1974), citing Spence v. Washington, 418 U.S. at 412.
- (128) Smith v. Goguen, 415 U.S. at 587, White J. の同意意見。
- (129) *Ibid.*
- (130) J. Ely, *supra* note 75 at 1504.
- (131) *Id.* at 1499.
- (132) Spence v. Washington, 418 U.S. at 412-13.
- (133) See 15 U.S.C. § 1052(b). 星条旗をトレード・マークとして登録することはできない。この禁止条項は合衆国政府にも適用される。
- (134) 一般的な名称は著作権、商標としての権利主張の対象とならない。See M.B. NIMMER, *supra* note 41 at § 3.06[E][b][iv] n.99.
- (135) Parker v. Morgan, 322 F. Supp. 585, 588 (W.D. N.C. 1971).
- (136) United States v. Eichman, 110 S.Ct. at 2411, Stevens J. の反対意見。
- (137) 403 U.S. 15 (1971).
- (138) Street v. New York, 394 U.S. at 592.
- (139) Crosson v. Silver, 319 F. Supp. 1084, 1087-88 (D. Ariz. 1970).
- (140) United States ex rel. Radich v. Criminal Court of New York, 385 F. Supp.165, 178(S.D. N.Y.1974), citing Spence v. Washington, 418 U.S. at 412.
- (141) Spence v. Washington, 418 U.S. at 412; United States exrel.

Radich v. Criminal Court of New York, 385 F. Supp. 165, 178-79 (S.D. N.Y.1974).

- (142) T.E.Hill, Jr., *Symbolic Protest and Calculated Silence*, 9 P.M.L. & PUB. AFF. 83, 84 n.1 (1979).
- (143) 731 F. Supp. 415 (W.D. Wash. 1990).
- (144) 731 F. Supp. 1123 (D. D.C. 1990).
- (145) 897 F.2d 917 (8th Cir. 1990).
- (146) 897 F.2d at 926.

Cary が星条旗を焼却したのは、1988年3月18日、Minnesota州 Minneapolis市において開催された、アメリカ軍をホンジュラスへ侵襲させるという合衆国政府の決定に抗議するデモンストレーションにおいてであった。このデモンストレーションを通じて全部で6件の星条旗焼却が起こったが、最後に星条旗に火をつけて Armed Service Recruitment Center 志願兵募集センターに投げ込んだ Cary だけが直ちに逮捕され、連邦法18 U.S.C. § 700に基づいて起訴された。§ 700は当時、1968年法であった。1988年8月に連邦地方裁判所は陪審審理の評決に従い、(星条旗を国家の象徴として保護するという政府の利益に基づいて *id.* at 919 n. 7) 有罪と判断し、3箇月の禁固と25ドルの特別 assessment 罰金を Cary に課した。Texas v. Johnson, 109 S.Ct. 2533(1989)はその約1年後であった。Cary は、Texas v. Johnson の結果、有罪判決は覆されるべきであると上訴したが、連邦控除裁判所は、治安の維持という別な政府の利益があると、有罪判決を維持した。

もっとも、18 U.S.C. § 700(1968)の立法史は、それが治安維持を意図したことはないことを示しているという。United States v. Crosson, 462 F.2d 96, 110 (9th Cir. 1972), Browning J. の反対意見。

- (147) Monroe v. State Court of Fulton County, 571 F. Supp. 1023, 1027 (N.D. Ga. 1983).
- (148) State v. Farrell, 209 N.W.2d 103, 107 (Iowa 1973).
- (149) Kime v. United States, 459 U.S. 949, 954 (1982), Brennan J. の反対意見。
- (150) Monroe v. State Court of Fulton County, 739 F.2d 568, 575 (11th Cir. 1984).
- (151) State v. Farrell, 209 N.W.2d 103, 107 (Iowa 1973), citing Deeds v. State, 474 S.W.2d 718, 721 (Tex. Ct. Crim. App. 1972).
- (152) Goguen v. Smith, 471 F.2d 88, 102 (1st Cir. 1972).
- (153) See Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).
- (154) United States v. Cary, 897 F.2d at 927, McMillian J. の反対意

象徴的表現（3）

見。

- (155) *People v. Von Rosen*, 13 Ill.2d 68, 147 N.E.2d 327, 329 (Ill. 1958).
- (156) *State v. Kool*, 212 N.W.2d 518, 521 (Iowa 1973).
- (157) 星条旗焼却のメッセージに同調する者にとり、それはお祭り騒ぎのクライマックスかもしれない。目撃する者が星条旗焼却に激怒しても、その結果、必然的に、報復的行為に走るとは限らない。しかも、敵意ある聴衆の存在は警察の保護を必要とする e.g. *Edwards v. South Carolina*, 372 U.S. 229 (1963)としても、個人に対する侮蔑的な喧嘩言葉 e.g. *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971)を除くと、表現行為を制約する根拠とはなり得ない。M.B.NIMMER, *supra* note 41 at § 3.06 [E] [b][ii].
- (158) *Goguen v. Smith*, 471 F.2d 88, 102 (1st Cir. 1972).
- (159) *Crosson v. Silver*, 319 F. Supp. 1084, 1088 (D. Ariz. 1970).
- (160) *Street v. New York*, 394 U.S. at 591.
- (161) *United States ex rel. Radich v. Criminal Court of New York*, 385 F. Supp. 165, 179 (S.D. N.Y. 1974).
- (162) *Johnson v. State*, 706 S.W. 2d 120, 123(Tex. App. Ct. 1986).
- (163) *Crosson v. Silver*, 319 F. Supp. 1084, 1088 (D. Ariz. 1970).
- (164) *Crosson v. Silver*, 319 F. Supp. 1084, 1088 (D. Ariz. 1979), citing *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).
- (165) *Sutherland v. Dewulf*, 323 F. Supp. 740, 745 (S.D. Ill. 1971).
- (166) *Crosson v. Silver*, 319 F. Supp. 1084, 1088 (D. Ariz. 1970).
- (167) *Street v. New York*, 394 U.S. at 592.
- (168) *Monroe v. State Court of Fulton County*, 739 F.2d 568, 575-76 (11th Cir. 1984).
- (169) *Goguen v. Smith*, 471 F.2d 88, 102 (1st Cir. 1972).
- (170) *United States v. Cary*, 897 F.2d 917, 929 (8th Cir. 1990), *McMillian J. の反対意見*, *Sutherland v. DeWulf*, 323 F. Supp. 740, 745 (S. D. Ill. 1971); *Crosson v. Silver*, 319 F. Supp. 1084, 1088 (D. Ariz. 1970).
- (171) *United States v. Cary*, 897 F.2d 917, 923 (8th Cir. 1990).
- (172) *Id.* at 924.
- (173) *People v. Sutherland*, 9 Ill.App.3d 824, 292 N.E. 2d 746, 748 (Ill. 1973).
- (174) もっとも、表現手段が禁止されていない、他の手段が存在すると立証しても、表現の内容に基づく規制が合意になるわけではない。Kime v. United States, 459 U.S. 949, 956, n9 (1982), Brennan J. の反対意見、

- citing Consolidated Edison Co. v. Public Service Commission, 447 U.S. 530, 541 n.10 (1980).
- (175) People v. Sutherland, 9 Ill. App. 3d 824, 292 N.E.2d 746, 748 (Ill. 1973).
- (176) Sutherland v. DeWulf, 323 F. Supp. 740, 746 (S.D. Ill. 1971).
- (177) State v. Farrell, 209 N.W.2d 103, 107 (Iowa 1973).
- (178) United States v. Cary, 897 F.2d 917, 930 (8th Cir. 1990), McMillian J. の反対意見。
- (179) State v. Farrell, 209 N.W.2d 103, 110 (Iowa 1973), McCormick J. の反対意見。
- (180) Monroe v. State Court of Fulton County, 739 F.2d 568, 574 (11th Cir. 1984), citing Nimmer, *supra* note 41 at 53-54.
- (181) United States v. Cary, 897 F.2d 917, 928 (8th Cir. 1990), McMillian J. の反対意見。
- (182) 18 U.S.C. §§81, 1363 (1990).
- (183) United States v. Cary, 897 F.2d 917, 929 (8th Cir. 1990), McMillian J. の反対意見。
- (184) Street v. New York, 394 U.S. 576, 615-16 (1969), Fortas J. の反対意見。
- (185) *Id.* at 616, Fortas J. の反対意見。
- (186) Kime v. United States, 459 U.S. 949 (1982), Brennan J. の反対意見、State v. Farrell, 209 N.W.2d 103, 106 (Iowa 1973).
- (187) Spence v. Washington, 418 U.S. at 412.