

## 「Symbol」とGovernment Speech

徳永, 達哉  
九州大学大学院比較社会文化学府

<https://doi.org/10.15017/4494527>

---

出版情報 : 比較社会文化研究. 12, pp.139-151, 2002-10-31. 九州大学大学院比較社会文化研究科  
バージョン :  
権利関係 :

# 「Symbol」 と Government Speech

トク ナガ タツ ヤ  
徳 永 達 哉

## はじめに

現代における社会的な状況は、あらゆる面で複雑化している。その中では、国家的調整を要する問題が増え、福祉をはじめ国民による社会的要請に応える積極的な給付行政への期待が大きくなっている。社会的要請に応える国家は、「保護者」として、ソーシャル・サービスの実施、産業の管理・統括、及び社会の仲裁というような多角的な役目を引き受けるようになり、国益なり経済の安定なりの目的に奉仕する名目で、国民に対する全面的な干渉システムを形作ることとなった。

この現代的な干渉システムを捉えたアメリカの政治学者 William Bennett Munro は、『見えざる政府』と題する著作の冒頭で<sup>(1)</sup>、アメリカ合衆国の政府とは何かというと、立憲的に組織された政治形態でも、何でもなく、その大部分は人間の目には見えない表面の下で作動するところの諸勢力によってコントロールされたものであると指摘する。

Munro の述べるように、現代的な政府による干渉といったものは、自由に対する抑圧や強制であると直ちに諸個人の目に映るような形態では無くなってきている。このような、一目見ただけでは自由に対する抑圧とは映ってこなかった政府機関の活動が、憲法学的な問題とされる場面がある。それは、例えば思想の伝達を目的としてなされた国旗の焼却に対し、その行為を処罰する法律の合憲性を争った連邦最高裁判所の判決や<sup>(2)</sup>、小学校で行われている星条旗に対する忠誠を誓わせる儀式は、宗教上の誓いを強

制するものだとして合憲性を争った事件など<sup>(3)</sup>、特定の「symbol」を国家機関が主体的に用いる場合である。それは、政府機関が「国民国家」であるとか「国民の統合」といった実体のつかめない思想を伝達する際に、法的な制度や装置の結果によって構成された文化的事象などの「symbol」を、あたかも国民的な実体を構成するものと位置づけたり、「国民国家」であるとか「国民の統合」といった理念を唯一目に見えて顕しているとして位置づけたりすることで、ある特定の「symbol」を法的に創設、登録し、それを国家機関が主体的に用いることによって、「国民国家」や「国民統合」といった観念のもとに単一化同一化された社会を編成しようと諸個人のアイデンティティーを矯正する場合である<sup>(4)</sup>。

政府機関が主体的に用いる特定の「symbol」と一口にいても、「symbol」の形態には様々なものがあり、その解釈にも様々なものがある。そこで本稿においては、「知覚・感情・思考など各種の内的経験を表出し、他者に伝達しようとする精神活動」を為す際の媒体や、その組み合わせなどの、他者に何らかの精神的反応を与えるものの総体と位置づけられる「symbol」の中でも<sup>(5)</sup>、特に、国旗など、法的な制度や装置の結果によって構成された文化的事象である「symbol」のみを考察の対象とし<sup>(6)</sup>、それらを総称して「国家 symbol」と仮説的に分類し、「国家 symbol」を主体的に用いる政府機関の活動そのものを検証する<sup>(7)</sup>。検証するに際し、「国家 symbol」を主体的に用いる政府機関の活動と、合衆国憲法修正第1条との衝突を指摘する government speech という論点を手掛かりに、修正

(1) WILLIAM .B. MUNRO, THE INVISIBLE GOVERNMENT (1928).

(2) See, e.g., Texas v. Johnson 491 U.S. 397(1989).

(3) See, e.g., Newdow v. U. S. Congress, D. c. No. cv-00-00495 (9th Cir. 2002).

(4) See, Spence v. State of Washington 418 U. S. 405(1974).; Smith v. Goguen 415 U. S. 566(1974).; People v. Radich 308 N. Y. S. 2 d 846(26 N. Y. 2 d 114)(1970).; Robert Justin Goldstein, *The Great 1989-1990 Flag Flap: An Historical, Political, and Legal Analysis*, 45U. MIAMI L. REV. 19, 106(1990).; ROBERT JUSTIN GOLDSTIN, FLAG BURNING AND FREE SPEECH (2000).

(5) symbol という概念は多義的で、法的に用いられる symbol 概念も曖昧である。本論では、何らかの思想の伝達となされるモノ・コトを、単に「symbol」と表記する。

(6) この意味での「symbol」は、「感覚的に知覚し得る対象として、主権や国家権威を表現しているもので、例えば国旗、印璽、紋章、王冠などがこれである。」さらに「憲法上の制度や目的、国家的な歴史的事件、祝日などがそれに数えられる。」鶴飼信成『憲法』(岩波書店 1956) 265頁。「symbol」の概念については M. B. Nimmer, *The Meaning of Symbolic Speech* 21 UCLA L. REV. 29, 46(1973)に基づき論を進める。

第1条を逸脱する government speech を拘束しうる憲法理論の可能性を検証する。

## 第1章 修正第1条の基本理念と合衆国の活動

アメリカ合衆国憲法は、諸個人の精神的自由を確保するために、その修正第1条において「連邦議会は、宗教の護持に関わる法律、宗教の自由な活動を禁じる法律、言論または出版の自由を制限する法律を制定してはならない」と定めている<sup>(7)</sup>。最初の移民の多くが英国国教会からの迫害を逃れ、思想・信条の自由を求めて新大陸へ渡ってきたことを考えれば、諸個人の宗教や信条に対する政府機関による干渉を禁じる条項を、最初に掲げているのは当然のことといえよう。従って、修正第1条によって確保されるべき自由とは広汎な思想の伝達活動にあるといえる。

修正第1条によって確保されるべき思想とは、単に政治的なものや、学問的なものに限定されず、諸個人の精神活動にかかわる一切のものに及ぶと解される。そして、その伝達の手段も、情報化社会の進展と共に多種多様なものとなり、言語によるものは勿論、特定の思想を伝達することを目的とする行進<sup>(9)</sup>、ダンス<sup>(10)</sup>、芸術活動<sup>(11)</sup>、ピクエッティング<sup>(12)</sup>、腕章<sup>(13)</sup>、国旗焼却<sup>(14)</sup>、十字架焼却<sup>(15)</sup>、宣伝広告<sup>(16)</sup>、慈善懇願<sup>(17)</sup>、ロックミュージック<sup>(18)</sup>、誰かを中傷する虚偽の声明<sup>(19)</sup>、平穏になされる公園への居座りなど<sup>(20)</sup>、言語によるものだけでなく、言語を伴わない思想の伝達など、各種の通信手段の一切のものを含んでいると解され、思想が伝達

される際には、ある思想を伝達する「送り手」と、「受け手」とが相互に関係し合っており、「送り手」と「受け手」によって営まれる一連の伝達活動のもたらす社会的な機能や影響も考慮される側面であるとされる。

修正第1条の基本的な視点は、以上のような、多種多様な思想の「送り手」と、その「受け手」による相互の伝達活動に対し制限的に働く合衆国の活動を最小限度に喰い止めるところにある<sup>(21)</sup>。それは言い換えれば、合衆国の活動というものには、「善い生」とはいかにあるべきかや、何が正統な思想たるべきかを指図するような、諸個人の精神的自由領域に介入することは出来ないという限界があり、その限界点を明らかにすることである。そして、それを逸脱する合衆国の活動を取り除くことである。

思想の「送り手」と「受け手」による相互の伝達活動に対する制限を取り除くことによって保証されるものは、多種多様な思想のなかから諸個人独自の価値観により特定の思想を選択するという、思想の自由な「選択」である。この自由な「選択」なくしては、精神活動の外への表出によってもたらされる個人の自己実現も、その外への表出によって可能となる特定の思想への賛否表明や世論を通じた政策決定への参加も、まったく無意味なものとなってしまふのである<sup>(22)</sup>。

思想の自由な「選択」が、修正第1条の確保しようとする「言論または出版の自由」としての重要性な要件であることは、真理への到達の価値に立脚する「思想の自由市場」論によっても明らかである<sup>(23)</sup>。

(7) 国旗や十字架など、特殊性を有する表象物を一括して「権威的表象物」と分類する視点を示した論文に、長峰信彦「象徴的表現(1)~(4)」早大大学院法研論集67号167頁(1993)69号197頁(1994)70号321頁(1994)早稲田法学70巻4号161頁(1995)。また、国旗という特殊な表象物の象徴性を指摘した論文に、Sheldon H. Nahmod, *The Sacred Flag and the First Amendment*, 66 INDIANA LAW JOURNAL 511, 537 (1991)。がある。

(8) 飛田茂雄『アメリカ合衆国憲法を英文で読む』(中央公論1998)162頁。修正第1条の表現の自由は、個人的権利の体系の中核をなし、それを構成する要素に、①信条の形成と信奉の権利②手段の如何を問わず思想を伝達する権利③沈黙する権利④聞く権利⑤知る権利⑥集会の権利⑦結社の権利などがある。合衆国憲法には、このような権利規定の数が少ない。それだけに修正第1条は、表現の自由をはじめとする個人的権利の一般規定のような機能を担っており、広範な精神的自由を保障する規定と解されている。修正第1条は、日本国憲法第19条、20条、21条、22条に規定される諸権利を、その一文において包括的に保障している。樋口陽一、吉田善明編『解説世界憲法集』(三省堂1988)56頁参照。

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

(10) *Scha v. borough of Mount Ephraim*, 452 U. S. 61 (1981).

(11) *Miller v. California*, 413 U. S. 15, 24 (1973).

(12) *Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. LoganVaiiey Plaza, Inc.*, 391 U. S. 308 (1968).

(13) *Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist.* 393 U. S. 503 (1969).

(14) *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397 (1989).

(15) *R.A.V. v. City of St. Paul* 505 U.S., 120 L.Ed.2d 305 (1992).

(16) *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, 425 U. S. 748, 771 (1976).

(17) *Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Env't*, 444U. S. 620 (1980).

(18) *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U. S. 781 (1989).

(19) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376U.S. 254 (1964).

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

(21) この場合の多種多様な思想とは、個人の好むと好まざるに関わらず、あらゆる価値に基づく思想を想定している。ある思想が、多くの者に不快な感情や反感を抱かせるような場合であっても、その思想の内容には一切関わりなく、憲法のもとに保障されるべきと解する。差別的な思想であっても、その差別的な思想の内容に基づき、規制・取り締まることは憲法に抵触するとの解釈が導かれるのはそのためである。T. I. エマソン(小林直樹・横田耕一訳)『表現の自由』(東京大学出版会1972)参照。

真理を追い求める諸個人は、自由な討論の場、すなわち「思想の自由市場」(free market of ideas)を確保することによって、自由な討論を可能にする<sup>92</sup>。その際には、特に、異論・反論のために戦鬪的に議論する人々によって提示される側面に耳を傾けなければならない。なぜなら、諸個人が、あらゆる選択の可能性を、反対意見にさらすことでテストし、虚偽から真実を選び取るために様々な意見を十分に活用しなければならないからである。仮に新しい意見や反論がまったくの誤りであったとしても、意見の提示と自由な討論は、一般に受け入れられている意見の再考と再吟味をもたらすという非常に重要な役割を担うものとして位置づけられるであろう。また、この理論は、単に個人的な真理到達への過程のみを論じているのではなく、一般的社会的な真理到達への過程をも論じている。それは、社会における政策の決定が、社会を構成する諸個人の選択によって条件づけられるという点からも明らかである。さらに、ここで注意しておかなければならないことは、言論・出版の自由を支える原理的な価値である個人の自己実現も、社会的な政策決定への参加も、諸個人による思想の自由な「選択」が前提条件となっているということであり、思想の自由な「選択」を可能にする場として「思想の自由市場」が想定されているということである。

思想の自由な「選択」を為しうる諸個人を経済市場における「売り手」と「買い手」と見立てて論じる「思想の自由市場」論に対しては、経済原理と同様に見えざる手(invisible hand)が真理へと導くという信条が、現代的社会においては余りにも楽観的で、そのままでは受け入れがたい神話であるとの批判も多い。そもそも、真理への到達といった場合の「真理とは何か」という根本的な問いを立てたとき、その答えは容易には導くことはできないであろう。ましてや思想といったものは、経済市場に例えられるような「商品」とは根本的に異なる。思想の生産と流通は、「商品」のそれとは異なり、歴史的な社会や個性に大きく依存し、流通の場においても文化度・階級差・個人差等に応じて極めて多様に展開されているために、経済市場での価格形成のような法則性は少なくとも一義的には成立しえない。真理としての価値が高い思想が、低い思想に常に勝るといふ保証はないし、時には、天動説や魔女狩りの

ように、今日的な理解としては誤りとされる理論や邪悪とされる信念等が支配的なものとされることさえある。確かにこのような欠陥は否定できないが、それでもなお、「思想の自由市場」論は、今日なお支持されるべき意義を失っていない。それは思想に対する諸個人が、「商品」に対する経済人と同じように必ずしも合理的な判断を下すとは限らないからこそ、自由な討論の場を開いていなければならないという点に「思想の自由市場」論の要点があるからである。

自由な討論から「真理」が選択される保証はないが、討論なしには、すでに多数によって支持され、支配的となっている思想への懐疑は生まれにくい。特に、政府機関による自由な討論の禁圧は、個人の自己実現や、社会的な政策決定への参加といった原理的な価値の実現を妨げるだけでなく、これら原理的な価値を実現するための前提であるあらゆる思想を比較、検討、批判、意見するという思想の自由な「選択」そのものを不可能にしてしまうのである<sup>93</sup>。それ故に、「思想の自由市場」へ干渉し制限的に働く合衆国の活動を最小限度に喰い止めなければならないのである。

表現の自由に関して、伝統的な「思想の自由市場」論を取り上げたのは、上記のような意義を再確認するためだけではない。極めて重要なことは現代の情報化社会において、思想の自由な「選択」を確保してきた「思想・言論の自由市場」モデル自体が、根本的な変容を余儀なくされつつあるという問題を認識するためである。

現代では、思想の自由な「選択」を確保してきた「思想の自由市場」の存立が、その条件を欠くにいたっている。現実的な「思想の自由市場」では、本来、対等に捉えられていた諸個人間に独占的な企業が出現し、予定されていた市場における自動調整作用は失われ、情報の「送り手」と「受け手」の間には、「送り手」側の圧倒的な優位の関係が生じてしまっている。そこでは、「送り手」から送られる一方的な情報を、ただひたすら受け取るだけという、「受け手」における「選択」の不自由という問題の深刻さが増している。そして、さらに重要なことは、政府機関それ自体が最も巨大な情報機関となり、「送り手」として思想の自由市場に参入しているということである。

情報の「送り手」として登場する政府機関は、特定の思

<sup>92</sup> 表現の自由の原理的基礎については、T. I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 YALE LAW JOURNAL 877, 886 (1963) によって呈示された、①個人の自己実現、②真理への到達、③決定への参加、④共同体の安定と変化を支える均衡の以上4つがある。またそれぞれは、孤立したものではなく、「各価値は互いに補足し合っているの、一つひとつが必要であり、一つだけでは十分ではない」ことを強調している。

<sup>93</sup> 真理への到達の価値は、自由な思想の相互交換こそが「真理を発見する最もよい方法」だと位置づけるもので、言論・出版の自由を熱烈に説いた John Milton から、John Stuart Mill を経て、合衆国最高裁判所裁判官であった Oliver Wendell Holmes, Jr. に至るまで、真理発見のためには自由な討論の場「思想の自由市場」(free market of ideas) が不可欠であるとする立場の核心的原理であった。

<sup>94</sup> *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616 (1919) .

<sup>95</sup> J.S. ミル (塩尻公明・木村健康訳)『自由論』(岩波書店1971) 36頁「意見の発表を黙らせることの特有の害悪は、現存の世代および後代の人々を含む人類の利益を奪うことであり、同意見を持つ人々からはなお更だがその意見に反対する人々からさえも奪うということである。」

想を推進するために、多様な表現活動を行い、言語によるだけでなく、視覚、聴覚に訴える「国家 symbol」を媒体とする表現活動も行っている。強大な力を背景に、例えば、「国民国家」や「国民統合」といった観念のもとに単一化同一化された社会を編成しようと、政府機関が「国家 symbol」を媒体に情報の「送り手」として登場する時、それに対峙する「受け手」となる諸個人は、「国家 symbol」の解釈、評価といった思想の「選択」において困難を余儀なくされている。では、「受け手」による自由な「選択」が不完全な状態へと変化しつつあるなかで、アメリカ憲法学は修正第1条の理念を実現するためにどのような論理を展開しているのだろうか。

## 第2章 government speech による抑圧の可能性

アメリカ合衆国は、国旗である星条旗の取り扱いに関し、「愛国的慣習」と題する法律など、各種の法律を設けている<sup>66</sup>。これら「愛国的慣習」に代表される各法律は、星条旗の神聖性を損なわない厳粛な儀式などの正統的たる取り扱いを定めている<sup>67</sup>。また、星条旗の「神聖性を冒瀆する (desecrate)」者に対しては、別途、刑事制裁を以って臨む法律が、連邦法と各州法に用意されている<sup>68</sup>。これらの法律は、国旗の「神聖性を冒瀆する」取り扱いを、落書きなどの表面汚損から、切断や焼却などの損傷行為に至るまで、様々な汚損・損壊を一律に制限し、星条旗は常に敬わなければならないほどの、特別な意味が込められているのだと解する立場に立っている<sup>69</sup>。それ故に、星条旗は

「単なる赤・白・青に染められた布」ではなく、「200年にわたる独立国家合衆国が、唯一、目に見えて顕されたものである」と解され、たとえ個人の所有物であったとしても、その取り扱いには「特別な準則と規則」に服さねばならない。星条旗は、「特定の義務と拘束」を課せられた「特定の種類の動産」と法的に位置づけられている<sup>70</sup>。

星条旗という「国家 symbol」の解釈に関し、法律は絶えず星条旗を神聖なるものであると位置づけ、その神聖な星条旗を丁重に取り扱う行為のみを正統なるものと推奨する<sup>71</sup>。その結果、星条旗という「国家 symbol」は神聖なるものとされ、星条旗という「国家 symbol」に投影される国家の超越性や神聖性が強調され、国家への忠誠・崇拜・愛国といったメッセージのみが、正統なるものとして保護・強化されてきたのである。これら「愛国的慣習」とも呼べる法文化の下では、国旗の意味する内容は、祖国アメリカへの愛国心・忠誠心そのものであると位置づけられ、国旗である星条旗を丁重に取り扱う行為は儀式化され、繰り返し行われることによって、人々の「市民宗教」とも呼べる特別な感情のなかに<sup>72</sup>、国旗の正統的な取り扱い＝愛国心の表明という公式を創り上げ、文字通り「愛国的慣習」を社会的、歴史的基盤に定着させてきたのである<sup>73</sup>。そして、まさに「愛国的慣習」とも呼べる法的な制度や装置の結果によって構成された文化的事象、つまり「国家 symbol」を媒体とする多様な表現形態を用いることで、政府機関は膨大な公費によって自らマス・メディアの大広告主となり、テレビ・ラジオの番組を通じ、一層、国旗の普及拡大と愛国心高揚に力を入れている。まさに政府機関

<sup>66</sup> 合衆国の連邦法には、国旗に関し、その定義・寸法を定めた4 U.S.C. § 1, 2 (1949) (罰則なし)と、国旗の正統的な使用方法を定めた36 U.S.C. § 141-187 (1942) (罰則なし)がある。この国旗の正統的な使用方法を定めた連邦法は、前半の36 U.S.C. § 141-169を『国民的しきたり (national observances)』と規定し、後半の§ 170-187を『愛国的慣習 (patriotic customs)』として規定している。また、『愛国的慣習』のうちの36 U.S.C. § 172「国旗に対する忠誠宣誓」(pledge of allegiance to flag)には、敬礼儀式と唱和する宣誓文が規定されている。さらに、国旗への冒瀆に対し、刑事制裁を以って規制する法律18 U.S.C. § 700 (1989) & 4 U.S.C. § 3 (コロンビア地区)などがある。

<sup>67</sup> 例えば、合衆国法典中の「愛国的慣習」(Patriotic Customs)という章36 U.S.C. § 176 (1942)には、何人も「アメリカ合衆国の国旗(星条旗)に対しては、いかなる不敬 (disrespect) もはたらいてはならない」と規定している。

<sup>68</sup> アメリカ合衆国の全土には、国旗の神聖冒瀆を禁じる州法が、連邦法とは別に48州にそれぞれ存在している。連邦と州における星条旗冒瀆法につき、紙谷雅子「象徴的表現(3)」北大法学41巻2号209-195頁(1991)参照。

<sup>69</sup> アメリカ合衆国では、連邦制と多民族社会という特殊な社会状況を背景に「国旗は、独立国家であること (nation hood) と国民統合 (national unity) を深く象徴するものである」という命題が、一般的に受け入れられている。See, Testimony of Laurence H. Tribe in *Texas v. Johnson, to THE CONSTITUTION AND FLAG: THE FLAG BURNING CASES*, at 336 (1993) .

<sup>70</sup> See, *Street v. New York* 394 US 576 (1969), at 616-617 [Fortas J. dissenting].

<sup>71</sup> この「特定の義務と拘束」を課せられた特定の取り扱いの中でも最も特徴的であるのが、使い古され汚れた星条旗を、恭しく火の中にともす厳粛なかたちでの焼却行為で、さながら国旗の火葬といった儀式である「国旗が、もはや掲揚するにふさわしい symbol でなくなってしまう場合には、厳粛な方法 (dignified way) で破棄されるべきである。できるだけ焼却によるのが望ましい。」36 U.S.C. § 176(k)1942. さらに、国旗の冒瀆を禁止する18 U.S.C. § 700, (a)(2)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破損行為を禁止するものではない。」と厳粛焼却を適用除外としている。

<sup>72</sup> この「市民宗教」という概念は、Robert N. Bellahによって、合衆国の歴史を貫く共通の価値観、すなわち特定のシンボルや儀礼の中に見られる「抽象的な宗教」について議論するためのたたき台として、導入された概念である。ペラー『心の習慣』(みすず書房1991)参照。なお、「市民宗教」の語は、雑然と幅広く用いられている。そこで、「市民宗教」の最も、中立的定義と考えられる Ellis M. West の、「市民宗教とは、ある国の社会が持つ意味や目的を説明する信条や態度の集合体をさす。そしてこの概念は、その社会の構成員が保持し、また公の儀式や神話、シンボルによって表現されるような、超越的かつ精神的な実体との関係において用いられる。」とする定義に基づく。また、この定義は国家を表象する象徴の変遷を探る上で有効であると考えられる。Ellis M. West, *A Proposed Neutral Definition of Civil Religion*, *JOURNAL OF CHURCH AND STATES* 22 (1980) at 39.

は speech を発しているのである<sup>64</sup>。

合衆国政府は、「国家 symbol」の創設者、管理者となることで、「国家 symbol」である星条旗によって喚起される思想を、愛国心・忠誠心といった文脈に限定している。そして、愛国的な思想を保護し推奨するために、政府機関は主体的に情報の「送り手」として登場し、愛国的な広告や、愛国的な印刷物、さらには国旗を用いた式祭典など、「国家 symbol」を媒体とする speech を絶えず送り続けている。では、このような「国家 symbol」を媒体とする政府機関の speech を、アメリカ憲法学はどのように位置づけてきたのであろうか。

「表現の自由」論は、従来、人権の享有主体である個人に力点を置き、表現への規制者としてのみ政府を論じてきた。伝統的な人権としての「言論または出版」の主体は確かに個人である。従って政府機関が、人権である「言論または出版」の主体となりえることはなく、政府機関による speech という視点は、憲法学的な思考の領域の外にあった。しかし、政府機関は、非常に多様性に富んだ方法で、ある特定の思想を推進するために多くの発言をしている。政府機関は、大統領から下級公務員にいたるまで、数えきれないほどの情報を伝達しており、政府が最大の情報の「送り手」として発展したことは間違いない。「送り手」としての政府機関は、表現形態の変化に即応しつつ多様な「表現 (speech)」を行っている<sup>65</sup>。

現実的に、政府機関が情報の提供者として思想の自由市場に参加し、独占的な地位を確立するに至ったにもかかわらず、政府機関の「表現」によって衝突が生じた場合、つまり「送り手」である政府機関の推奨する思想によって、「受け手」となる諸個人の自由な思想の「選択」に対し何らかの制約・侵害・強制が生じる場合に、政府の「表現」行為にどのような縛りをかけることができるのかという論

点はこれまで深刻には争われてこなかった。少なくとも、「表現の自由」に係わる政府の活動をひたすら「検閲 (censor) 制度」としてのみ位置づけ、「発話者 (speaker)」としての側面を認めぬ伝統的「表現の自由」論のなかに、政府機関による「表現」の存在を認め得る余地は少なかった。ところが、1980年代以降において、アメリカ憲法学の展開には、修正第1条の保障する「表現の自由」と、政府機関による「表現」との衝突を、憲法学的な思考の領域に位置づけるものに government speech 論と呼ばれる議論がある<sup>66</sup>。

government speech 論とは、情報の「送り手」として登場する政府機関の「表現」に対し、修正第1条の理念を貫徹するためには、政府機関の「表現」の限界点を明らかにし、何らかの制限が必要となるかもしれないことを指摘するものである。このことを Thomas I. Emerson は、1966年の著書において指摘している<sup>67</sup>。Emerson は、「表現の自由体系への政府の参加は重要性を増すいっぽうだが、この点に注意が払われることは、これまでほとんどなかった」と、政府機関による「表現」の存在を指摘している<sup>68</sup>。しかし、具体的な解決策を提示するまでには至らなかった。

政府機関を「表現」の主体と捉える視点により合衆国の活動の限界を見極めようとする government speech 論の本格的展開は、Mark G. Yudof の1973年の論稿において為された<sup>69</sup>。Yudof は、これまで「表現の自由」論において、「表現」の主体を一律に個人として捉えられてきた問題設定に対して、「表現」には、個人によるものだけでなく、政府機関によるものも存在し、合衆国による「表現」活動が修正第1条を逸脱するものであるのかを見極める必要があると指摘する<sup>70</sup>。彼は、現実的な情報交換の場面において、政府機関が検閲者 (government as censor) としてだ

<sup>63</sup> See, S.M. GUENTER, THE AMERICAN FLAG, 1777-1924: CULTURAL SHIFTS FROM CREATION TO CODIFICATION (1990).

<sup>64</sup> M. G. YUDOF, WHEN GOVERNMENT SPEAKES: POLITICS, LAW, AND, GOVERNMENT EXPRESSION IN AMERICA (1983) は、「連邦政府は最低でも年間5億ドル以上の公費を支出して、テレビ・ラジオは勿論、映画やスライドフィルムを通じて、多様な「government speech (政府言論)」を大衆に向けて伝達しようとしている。このため、例えば1975年には連邦政府は全米で十本の指にはいるほどの大広告主になってしまった。」事実を指摘し、at7. 「このように政府自らがその権力的地位 (status) と威光 (prestige) を利用して『言論市場』で一般民間人と『競争』することは、当然、言論市場の公正を乱す恐れがある」と指摘している。Ibid., at 156.

<sup>65</sup> 政府の「表現」を第3巡回裁判所は近年、以下のように説明している。「市民の税金は、相当な量の government speech のために使われる。喫煙やドラッグ使用……エイズの弊害を警告する広告を放映するときだけでなく、合衆国の大統領が外国の高官……と会って発言するときも毎回、市民に代わって政府が発言している。つまり、政府は皆に代わって表現行為 (expressive activities) に従事しているのである。実際に、政府は、市民の代表形である。政府のプログラムに全部あるいは一部反対する人々も含む、人口全体の代わりに話したり行動したり、またしなくてはならない公的な地位につく人を選ぶことに賛成してきた。」United States v. Frame, 885 F. 2d 1119, 1131 (3d Cir. 1989).

<sup>66</sup> 蟻川恒正『憲法的思惟』(創文社1994) 34-38頁、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』(東京大学出版会1988) 76頁註(107)、344頁註(27)、阪本昌成『プライバシー権論』(日本評論社1986) 34-38頁。

<sup>67</sup> THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF EXPRESSION (1970).

<sup>68</sup> Emerson, Ibid., at 697-698 「表現の自由」体系における「private participants (私的参加)」の権利のみに関心を集中させてきたそれまでの議論を「laissez-faire perspective (自由放任主義の展望)」と名付け、政府機関の speech に対する視点を欠いていたことを述べている。

<sup>69</sup> Mark G. Yudof, When Government Speaks: Toward a Theory of Government Expression and the First Amendment, 57 TEX. L. REV. 863 (1973).

<sup>70</sup> Ibid., at 865.

けでなく、自ら発話者 (government as speaker) として圧倒的な力をもって言論市場に介入している実態を捉え、政府機関による「表現」活動の有する潜在的な抑圧性を指摘し、これを巡って生起する諸々の法的問題の見取り図を提供する<sup>40)</sup>。

星条旗といった「国家 symbol」の解釈に関し、政府機関が特定の思想を推奨する government speech は、連邦制と多民族社会という特殊な社会状況において、星条旗という「国家 symbol」のもとに国民を束ねるという偉業を成し得たのかもしれない<sup>41)</sup>。なぜなら、星条旗がひとたび登場するだけで多くの合衆国国民が愛国的な文脈を喚起するほどにまでに、星条旗の掲揚=愛国心の表明という解釈は公式化されているからである。では、そのような政府機関が特定の思想を推奨する government speech は、修正第1条の保障する諸個人の自由との関係においてどのような問題を引き起こすのだろうか。

政府機関によって為される特定思想を推奨する government speech と修正第1条の保障する諸個人の自由との衝突を、West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U. S. 624, 632 (1943) 判決は明確に示している<sup>42)</sup>。判決の概要は以下の通りである。

1942年に、West Virginia 州の教育委員会は、公立学校の正規課程の中に、国旗への敬礼を義務づけ生徒と教員の全てが儀式に参加することと、国旗敬礼を拒否することに対しては不服従行為としての処置 (放校処分、刑事処罰など) が課されるべきことを決議した<sup>43)</sup>。この敬礼儀式には、国旗への一定の敬礼姿勢をとると同時に、誓約文を唱和することとされていた<sup>44)</sup>。この国旗への敬礼儀式に対し「イエホバの証人」に属する Barnette は、国旗への敬礼儀式が同教団の教義に反する「偶像崇拜」にあたり、制裁を持って敬礼儀式を強制する州教育委員会の決定は、修正第1条に保障される知的・精神的自由を侵害するものであるとして、自己及び同様の立場にある市民のために、公教育の場での敬礼の義務づけが「イエホバの証人」に対

し不利に適用されることを禁止する差し止めを求め、合衆国地方裁判所へ訴えを起こした。同裁判所は、Barnette 及び同様の立場にある市民に関し不服従時の罰則の適用を制限する判断を下した。この判決を不服とし教育委員会が連邦最高裁判所へ直接上訴したものが本判決である。

連邦最高裁判所は、1943年6月、Barnette の主張を認め、州教育委員会による決議は愛国的儀式を制裁をもって強制するものであり、合衆国憲法修正第1条、修正第14条の保障する知的・精神的自由権を侵害するものであるとし、その執行を禁止した。Barnette 判決において国旗への敬礼を説明する以下の箇所は、「国家 symbol」に関し、政府機関が特定の思想を推奨する際には諸個人の思想の選択を抑圧する危険性が高いことを指摘している<sup>45)</sup>。

「国旗への敬礼が発話の一形式であることは疑いない。symbolism は、観念を伝達するにあたっての、原始的ではあるが効果的な一方法である。体系、観念、制度あるいは人格を象徴するために、紋章ないし旗を使用することは、精神から精神への近道 (a short cut) である。国家の symbol は、宗教的 symbol が神学上の思想を伝えるように政治的思想をしばしば伝達するものである」<sup>46)</sup>。この一節は、国旗への敬礼の意味を論ずる場面において、国旗への敬礼が発話の一形態であることを明確に認めた箇所であるが、特に、国旗それ自体に政治的思想を伝達する機能があることを指摘している。また、州公立学校が国旗を掲げ敬礼を求めることは、「州の側が、現在組織されている政体への忠誠を顕す symbol として星条旗を用いているのである。国家が個人に対して国家の示す政治的観念を受け入れることを言葉と身ぶりですすことを求めているのだ」と述べ<sup>47)</sup>、星条旗は掲げるだけで、愛国的メッセージを伝達し得る機能を有していることを示し、本件では、特に、その愛国的メッセージを政府機関の側が発していることを指摘している。判決の最後は次のように締め括られている。「もしわれわれの憲法的星座の中に不動の星があるとすれば、それは、高官であろうと取るに足らぬ下僚であろうと

40) Yudof の提供した主要な議論の素材は公立学校での政府の教化政策 (indoctrination) であった。Yudof は、常に囚われ未成熟な聴衆を相手に、教育の名の下に特定のメッセージを送ることのできる公立学校は、government speech にとって、またとない環境を準備するものとしてよいと述べ。その理想的環境を構成する諸因子の中で重要とされるのが学校における生徒の captive audience (囚われの聴衆) の傾向であると指摘する。このような問題意識から government speech 論の典型的発現を school prayer cases の中に見ている。Ibid., at 875

42) Guenter, supra note (33), at 63.

43) West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U. S. 624, 632 (1943)

44) West Virginia 州の法律1851 (1) は、国旗敬礼の拒否を、不服従とみなし放校処分とし、服従の意を示す、つまり敬礼儀式に参加しない限り復学を認めていない。また、処分期間は不法な欠席とされる。また、4904 (4) では、不法な欠席者を非行少年とみなし処罰の対象としている。さらに、1847, 1851では、非行少年の両親・保護者の責任を追及しており、有罪と判決されれば50ドル以下の罰金と30日以下の拘留処分を課せられる。

45) Barnette, supra note (43), at 626, Footnote2. 誓約文の内容は、「私は、アメリカ合衆国の国旗と、それが象徴する共和国、すなわち、全ての人々に自由と正義をもたらす不可分一体の国家に対して、忠誠を誓います」というものであった。

46) Michael K. Curtis, Introduction to THE CONSTITUTION AND FLAG: THE FLAG SALUTE CASES, at ix (1993).

47) Barnette, supra note (43), at 632.

48) Ibid., at 633.

いかなる公官吏も、政治やナショナリズムや宗教やその他の個人の意見に関する事柄で、何が正統であるべきかを指図したり、市民に対してそれらに関する信念を言葉や行動によって告白するように強いることはできないということである」<sup>49</sup>。

Barnette 判決において展開された論理は、星条旗などの「国家 symbol」には、ひとたび登場するだけで、愛国的メッセージを発するほどの機能が備わっており、星条旗への敬礼行為は、愛国的メッセージに対する賛意の表明と位置づけ、国旗への敬礼儀式の中に、政府機関によって為される特定の思想を推奨する government speech が存在していることを指摘することで、敬礼儀式への参加の「強制」が、特定の思想への賛意表明を「強制」するものであると、「国家 symbol」を媒体とする government speech による「強制」の場面を明確に示した。敬礼を強制することで政府機関の推奨する政治的理念を伝達することは、まさに、政府機関が愛国的メッセージのみを正統なものとして限定しそれを強制するものであって、諸個人に「選択」を強制することは修正第1条のもとに保障される知的・精神的自由を侵害するものとなることを明示的に指摘した判決であった。

Barnette 判決における「国家 symbol」を媒体とする government speech を指摘する論理をさらに展開し、「国家 symbol」を媒体とする government speech による「強制」の場面を示した事例として、星条旗などの「国家 symbol」に対する冒瀆表現を処罰することも、修正第1条のもとに保障された知的・精神的自由を侵害するものとなりうることを明示的に指摘した United State v. Eichman 496 U. S. 310, 317 (1990) 判決がある。

Eichman 判決は、1989年に改正された星条旗保護法に対し、その抗議の表明を目的に為された星条旗の焼却を、取り扱った判例で、国旗への冒瀆を処罰する星条旗保護法そのものが修正第1条のもとに保障された知的・精神的自由を侵害するものとなりうるのか否かが争われたものである。判決の概要は以下の通りである。

Eichman 判決は、まず、星条旗の焼却による思想の表明活動が、修正第1条の保護対象となる表現活動であることを確認した上で、星条旗焼却など国旗の冒瀆的取り扱いを処罰する1989年の星条旗保護法が、表現の内容に中立的な法律であるかどうかという点を検討している<sup>50</sup>。

1989年の星条旗保護法は、その条文において星条旗を「故意に、破損、汚損、物理的に汚し、焼却、床または地

面に置き踏みつけることを処罰の対象としているが、これらの特定の用語は一焼却だけは例外となり得るだろうが—紛れもなく、国旗の不敬な取り扱い (disrespectful treatment) を含意し、国旗の象徴的価値を損なう行為に焦点が定められていることを示している」。また、星条旗保護法(a)(2)には、「使い古され、または、汚れてしまった」国旗への厳粛なる焼却 (ceremoniously burns) 処分などを、明確に処罰の対象から除外している。このことは、「伝統的な国旗への愛国的敬意 (patriotic respect) と結びついた行為だけを保護する」ものである。「もしも、国旗の象徴的価値を危うくするような国旗の焼却はすべて禁じてよく、逆に、使い古され、汚れた国旗を厳粛に焼却する行為は許容すると判示されれば、国旗の意味内容とされる独立国家たること、国民統合 (nationhood and national unity) を危うくしないときにだけ、国旗とその指示対象に対する自分の考えや態度を伝達してもよいことになる。そのような判決は、とりもなおさず、何が正統 (orthodox) たるべきかを規定することを許容してしまうことにほかならない」<sup>50</sup>。

1989年の星条旗保護法は、「国旗への損壊行為から生じるであろう思想伝達による影響そのものを規制の対象にすることを確証してしまっている」。このような星条旗保護法の規制形態は、メッセージの内容に基づく規制であり修正第1条に抵触する恐れの高め高いものであると判断した。また、本判決における立法府による「国旗の焼却を禁止すべきという意見が、全国的に大多数を占めていることを理由に、この結論の変更を要求する」という見解に対し、次のように反論している。「たとえ、そのような大多数の意見があったとしても、ある言論 (speech) に対して立法府の主張するように大多数の批判に基づき言論を抑圧することは、より重要な批判的な声をも修正第1条の保護対象の外に追いやってしまうことにつながる」と述べ、あらゆる思想の表明を保護する修正第1条の重要性を確認している<sup>50</sup>。

Eichman 判決の最後は、次のように締め括られている。「合衆国政府は、国家の symbol などを制定し、それに対して敬意を表する取り扱いを促進しうるかもしれないが、1989年の星条旗保護法はそれを越えて、表現のコミュニケーションの効果を理由に、特定の表現のみを刑事制裁を伴って禁止している。我々は、国旗の焼却が多くなると感情を深く傷つけることを承知しているが、もし、修正第1条の背後を貫く原則があるとすれば、それは、社会があ

<sup>49</sup> Ibid., at 642.

<sup>50</sup> United State v. Eichman 496 U. S. 310 (1990).

<sup>51</sup> Ibid., at 317.

<sup>52</sup> Ibid., at 318. See, Boos v. Bary 485 U. S. 312, (1988).

る思想に対して不快であるとかそれに同意できないという理由だけでは、政府はその思想の表明を禁止してはならないということである。国旗への冒瀆を処罰することは、この星条旗という象徴 (emblem) を崇拜し、崇拜に値するものと志向する自由をも薄弱化させてしまうのである」と述べ、Eichman によって為された抗議を目的とする星条旗の焼却など、思想の表明のために為される国旗冒瀆に対し、星条旗保護法を適用することが修正第1条のもとに保障された知的・精神的自由を侵害するものとなるとの判決を下した<sup>53</sup>。

Eichman 判決における論理は、1989年の星条旗保護法それ自体に、そもそも国旗への「敬意」「不敬」という観点が潜在している以上、「規制の形態が内容中立的か否か」という規制の外観上の問いをいくら発してみても、必然的に表現の自由の抑圧へと結びつくものであるとした。このような、法律の背後にある志向性に対する実質的な価値判断は、過去の判決では見られなかったものであった<sup>54</sup>。

Eichman 判決において展開された論理は、星条旗それ自体が愛国的な speech を構成していると捉える視点を展開することで、星条旗保護法の条文が、星条旗を愛国的なものとして価値づける思想のみを正統なものとして位置づけている以上、星条旗という「国家 symbol」を「確固たる国家理想の象徴として保護しようとする政府の思惑には、……政府の理想と一致しないようなメッセージが伝えられる時に限って」、その者を規制し排除するという思想の自由な選択にとって極めて抑圧的なものであると指摘し星条旗を法的に保護するためであっても政府機関が実質的な価値判断を下すことは、修正第1条を脅かす極めて表現抑圧的なものであることを示している。

Barnette 判決と Eichman 判決により示された論理は、まず、政府機関によって為される特定の思想を推奨する government speech の存在を白日の下にさらすことで、政府機関が実質的な価値判断を下し「何が正統 (orthodox)」たるべきかについて語られる際に生じる抑圧を指摘している。政府機関が「何が正統」たるべきかを判断することは、政府機関にとって正統的とされる思想と異端とされる思想とを決定することを意味するのである。そして、このような正統・異端の決定は政府の憎む思想を排除することであり、権力によって特定の価値観を一元化することである。一元的な価値観が国家権力を背景に固定

化された状況では、諸個人による価値の選択の幅はおのずと狭められ、諸個人の自由な思想の「選択」が妨げられることを意味しているのである<sup>55</sup>。

Barnette 判決と Eichman 判決によって示されたように、「何が正統 (orthodox)」たるべきかについて国家権力が判断し、その判断を「強制」することが自由な思想の選択を妨げるものであることは明白である。特定の思想を政府機関が強制することは今更論じるまでもなく、修正第一条を侵害するものである。ここで問題として論じるべき課題は、一目で判るような物理的な「強制」の所在ではなく、一目見ただけでは、自由に対する抑圧とは映ってこなかった政府機関による「強制」の存在である。つまり、諸個人の自由な思想の選択を妨げ、抑圧的に働く可能性の極めて高い政府機関による government speech を見極め、それが修正第1条の許容しうる活動なのであるのかどうか判断する基準を導くことである<sup>56</sup>。

国旗に代表される愛国的な「国家 symbol」の存在は、政治的共同体の統合において強力なものであり必要なものであった。それは、「国家 symbol」の発生・形成の歴史に照らせば明らかであろう<sup>57</sup>。しかし、「国家 symbol」による政治的結合というものは、「送り手」となる政府機関が、単なる government speech によって、いくら「国家 symbol」とは神聖なるものであると主張し、その神聖性を強化することで統合を図ろうとしても、「受け手」となる共同体が自主的に「国家 symbol」の神聖な性質を受け入れなければ、その効果はほとんど発揮されない。事実、「国家 symbol」への知的で感情的な愛着や、政治的共同体への忠誠といったものは、国家による「強制」のみによるのではなく大多数の者の支持、要請によるものである。しかし、「国家 symbol」を神聖かつ愛国的なものにあらわれであるという思想を促進する場合において、政府機関による「国家 symbol」を媒体とする government speech が、諸個人の感性に影響を与える暗示的な役目を果たしていることもまた否定しがたい事実である<sup>58</sup>。

国旗といった「国家 symbol」の性質を、神聖で崇敬に値するものへと誘導するとき、政府機関の government speech による操作は、ひとたび、特定の「国家 symbol」は、政治的共同体の大多数の者にとって実際に尊敬に値するものだ、大多数のものがそれを受け入れているのだ、と宣伝するだけで、その宣伝の背後に潜む、知性や感情に訴える影響力によって、その能力を十分に発揮する。政府機

<sup>53</sup> *Ibid.*, at 319

<sup>54</sup> Nahmod, *supra* note (7), at 521.

<sup>55</sup> Nahmod, *supra* note (7), at 547.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Guenter, *supra* note (33), at 63.

<sup>58</sup> See, Mirsky, *Civil Religion and the Establishment Clause*, 95 *YALE L. J.* 1237, 1255 (1986).

関の government speech による操作は、「国家 symbol」を明らかに神聖なものだと誘導することはできないが、諸個人に対し、愛国心や神聖さといった感覚を共有するように影響を及ぼすことは可能である。事実、政府機関による愛国的な「国家 symbol」を促進するための government speech は、国家的な行事の際、国旗やその取り扱いを媒体に愛国的なメッセージや国旗の神聖性を促進するメッセージを当たり前ものとして送っている。このような政府機関による government speech の第一の目的は、まさに愛国的な感覚を共有するように影響を及ぼすことである。このように、政府が、「国家 symbol」を媒体とし government speech を通じて特定のメッセージを創造し操作する場合には、諸個人の自由な思想の選択に抑圧的に働く危険性が極めて高いことは、Barnette 判決や Eichman 判決によって示されている。この、特定のメッセージを政府が創造し操作することの潜在的な抑圧性を、憲法上の問題として考察する場合に、大きな可能性を秘めているのが、政府が行う国旗といった「国家 symbol」を媒体とする government speech が、どこまで許されるのかという観点である。

「国家 symbol」である国旗の取り扱いに関し、すでに政府機関が立法や教育を通じて公共の財産に関する政府自身の考え方を主張し続けている以上、修正第1条との関係を考察しなければならない。つまり、「国家 symbol」を通じて特定のメッセージを創造し操作する government speech が、諸個人の自由な思想の選択に抑圧的に働くという可能性を想定する必要があるということである。

このような仮説的可能性を想定するのは、本論が、情報機関としての政府機関が圧倒的な優位にものをいわせて言論市場に情報の「送り手」として登場するときは、一般聴衆への影響が甚大であることが推察され、政府機関による表現の内容が、消すことのできない強力な影響力をもって、諸個人の思考と精神の過程に浸透しうることが容易に予想されるからである。そして、そのようにして浸透した政府情報が、たとえ精神活動に有益な影響として検出されることがあるとしても、かかる浸透それ自身が、個人の思考と精神の自律に対する国家による重要な制約でありうるという観点に立つからである<sup>59</sup>。

政府を話し手として検討すると、国旗といった「国家

symbol」を媒体する表現や、演説などの言論による表現のどちらを通して、修正第1条は、政府の government speech を保障するものではない、ということが認められなければならない。Barnette 判決も述べたように、多くの判例は、政治的・教育的な文脈において、政府が強力なイデオロギー性を含んだ government speech を行う場合には、修正第1条における問題を引き起こす可能性を示唆している<sup>60</sup>。ところが、この点に関し、近年最高裁は、修正第1条の文言は「政府が Flag Day を公言することによって、あるいは国旗を掲げるために（国旗の保護を支援するために公的なお金を使うことも含めて）公的な財産を使うことによって、国旗に対する敬意を推進することを妨げるものではない」とし、政府機関は、その見解を他者に伝達する government speech を合法的に遂行しうる機能を備えているのだと述べ、government speech の合憲性と安全性を主張している<sup>61</sup>。

しかし、実際には先例が示すように<sup>62</sup>、愛国的な「国家 symbol」として国旗が一般化された社会の中で国旗と対峙するとき、諸個人は、「国家 symbol」を媒体とする government speech の操作によってある特定の方向に感じ、考え、動くように影響を受け続けている。「人間は権力の闘争にいつも symbol を用いてきた。しかし、最近になって私たちはそれらの symbol の重要性に気づくようになってきた。……権力グループの必須のテクニックの一つは、大衆を説得する道具となるように symbol を最も効果的に操作することである。……人間はロジックよりもイメージに著しく敏感である……抽象的な概念よりも具体的な symbol に敏感である……このような説得のテクニックは権力者が操作する symbol の効果に依存しており、また symbol は権力者らが望む全体の結合の範囲にかかわる依存する。これらの symbol の能力は桁はずれなのである。人間は思考を所有するが、symbol は人間を所有する」のである<sup>63</sup>。

「国家 symbol」と諸個人が対峙するときは、個人としての、また政治的な共同体の一員としての国民にとって、政治的、社会的、経済的意味を常に含意するのである。政府が、国旗といった「国家 symbol」を、もし政治的コントロールのための government speech の道具にするのなら、我々は政府の government speech を、常に監視し

<sup>59</sup> Yudof, *supra* note (34), at 111-138.

<sup>60</sup> Barnette, *supra* note (43)., *See, e. g.,* Epperson v. Arkansas 393 U. S. 97 (1968)., Edwards v. Aguillard 482 U. S. 578 (1993).

<sup>61</sup> *See, Testimony of Laurence H. Tribe in Texas v. Johnson, to THE CONSTITUTION AND FLAG: THE FLAG BURNING CASES, at 336 (1987).*

<sup>62</sup> 国旗の取り扱いと諸個人の思想表明活動との衝突として、国旗の上下を逆さにして掲揚することにより日常的掲揚と異質のメッセージを伝えようとした *Spence v. State of Washington* 418 U. S. 405 (1974). や、ズボンの尻の部分に国旗を縫い付けて戸外を歩いた *Smith v. Goguen* 415 U. S. 566 (1974). さらに、として男性性器を淫らに象った彫刻物に国旗の図柄を塗色した布を巻き付けたことが、国旗への侮辱として論議を呼んだ *People v. Radich* 308 N. Y. S. 2d 846 (26 N. Y. 2d 114) などがある。

<sup>63</sup> Max Lerner, *Constitution and Court as Symbols*, 46 *YALE L. J.* 1290, 1293 (1937).

なければならない危険な状態にさらされているといえるのである。

### 第3章 government speech の制限の基準

憲法は、government speech の上に、いくつかの明確な限界を設定している。例えば、政府機関には、国教を樹立するような government speech は認められていない。また、政府機関の政策と衝突する人種グループあるいはエスニック・グループを冷遇する government speech は許されない。しかし、憲法は、government speech を一律に禁止するものではない。連邦最高裁判所は、政府機関もその立場を表明する能力を有するとはっきりと述べてきた。そして、政府機関による government speech を修正第1条の原則のもとに承認してきた<sup>64</sup>。確かに、明らかに特定の諸個人を排除・抑圧する government speech は、特別な審査基準を設けるまでもなく違憲であり、政府も、そのような government speech には慎重である。問題なのは、政府が情報の提供者として思想の自由市場に登場し、ある特定の方向に感じ、考え、動くように影響を与える government speech である。

政府機関は、あらゆる情報の提供のために、莫大な公的資金を投じて、言語によるものは勿論、「国家 symbol」を媒体として感覚に訴えるものなど、多様な government speech を行っている<sup>65</sup>。

このような多様な government speech は、思想の自由市場においては、諸個人によって送られる private な speech と混在している。この混在した状況の中から諸個人との衝突を生み出す government speech を法的に捉え、さらに、憲法を逸脱するものに一定の縛りを与える上で有効な指標となると考えられるものに、公的資金の支出の有無があげられる。この点を、早い時期から指摘していたのが John Hart Ely であった。

Ely は、思想の自由市場に流通している government speech の問題点を次のように指摘する。思想の自由市場においては多様な speech が混在している。そのような状況において、諸個人との衝突を生み出す government speech とは、政府機関が特定の思想のみを優遇するような立場にあることを明らかにするものであると指摘している。

例えば、もし政府機関が、公的資金の援助を条件として

特定の思想を優遇しようとするならば、それは明らかに修正第1条を侵すものである。なぜなら、政府機関は、公的資金を援助する手段によって、政府機関にとって促進に値する思想のみを選抜しているからである。この選抜こそ諸個人の自由な思想の選択を妨げる government speech である<sup>66</sup>。さらに、Ely は「思想の自由市場に関して、あるメッセージを禁止の対象として選抜することと、あるメッセージを保護の対象として選抜することは、同じである。異端的な表現への制限を規定することによって、正統な意見が育成され、政府の受け入れる表現に対する庇護を承諾することによっても、正統な意見が育成される」と述べ、このような政府機関による思想の選抜は、修正第1条に反して「何が正統たるべきか」を決定する間接的な手段であるとして批判し、そもそも政府機関には speech をなす能力に欠けていると指摘している<sup>67</sup>。

Ely は、そもそも政府機関による government speech は、修正第1条の下に保障される諸個人の人権である private な speech とは同等と看做し得ないとし、人権の主体にならない政府の government speech を制限することは何ら修正第1条と衝突するものではない点を確認している。そのうえで、政府機関による government speech は思想の選抜であり、修正第1条に反する思想の自由な選択・表明への抑圧であると、government speech そのものの違憲性を指摘している<sup>68</sup>。Ely の議論に従えば、問題となる government speech は、政府機関によって発せられる speech と、公的資金の援助を受けた諸個人によって発せられる private speech の両方を含め、公的資金に基づく speech の全てが、特定の思想を優遇しようとする government speech となり、修正第1条を逸脱するものであると言える。

Ely の議論に対し、公的資金に基づく speech の全てを、思想を優遇する government speech とみなし、government speech を一律に制限することこそ、実は、諸個人の真理探究能力を過小評価するもののだとして Douglas W. Kmiec は、独自の見解を述べている。「政府が特定の表現を禁止したり特定の表現を保護することが、正統たるものを生み出す」という Ely の議論に従って government speech を一律に制限することは、そもそも「話し手、聞き手の双方による表現したり、評価したりする諸個人の思想を選択する能力を否定するもの」である。「確かに、政府機関は、公的な資金の援助を条件とすることで、政府の

<sup>64</sup> See, e. g., *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U. S. 748, 769-70 (1976) (prohibition on advertising drug prices unconstitutional).

<sup>65</sup> 例えば、政府が行う喫煙や麻薬の使用による弊害を警告する広告、*United States v. Frame*, 885 F. 2d 1119, 1131 (3d Cir. 1989).

<sup>66</sup> John Hart Ely, *Flag Desecration: The Roles of Categorization and Balancing*, 83 HARV. L. REV. 1482, 1506 (1975).

<sup>67</sup> *Ibid.*, at 1507.

<sup>68</sup> *Ibid.*, at 1504.

視点によって特定の思想のみを選抜し優遇するが、そのような選抜を受け入れることは、強制ではないし、反対もできる」そして、政府機関によって選抜、優遇された特定の思想を伝達する government speech を聞いたとしても、諸個人は「自分たちが何を聞いているのかを評価できる能力を有する」のであり、government speech も private speech と同様に対処できる。つまり government speech を一律に制限することこそが、諸個人の判断に委ねられる自由な思想の「選択」を阻害するものだと批判している<sup>69</sup>。

しかし、このような立場からの反論は、government speech によって諸個人の感性に訴えられる影響力の危険性を直ちに解消するものではない<sup>70</sup>。例えば、テロ事件以降、合衆国では、政府機関によって愛国心を高揚する追悼儀式が繰り返されている。そのような中では、政府機関の外交政策に対して、抗議の意思を伝えようとして星条旗を焼却するような者は、おおよそ敵としてか常軌を逸しているとしか映らないであろう<sup>71</sup>。このような private speech とは同等にみなし得ない government speech の与える影響力の危険性を指摘する Robert Kamenshine は、政府機関によって発せられる speech と、公的資金の援助を受けた諸個人によって発せられる private speech の両方を含む、公的資金を投入された government speech について、修正第1条に基づく限界を明確にする基準を検討している<sup>72</sup>。

Kamenshine は、公的資金を投入された government speech、すなわち直接的な政府機関による宣伝などの government speech や、政府機関により助成を受けた私的な宣伝のプログラムといった思想の伝達を、単なる情報の伝達のための活動と捉えるだけでなく、特定の思想を支持するよう諸個人を説得するものと捉えている。Kamenshine は、Ely と同様に民主的な政治過程への参加における思想の選択・表明という自由の行使に対し、政府機関に

よる政策的な government speech が抑圧的に働くと考え、公的資金の投入された government speech は、修正第1条を逸脱していると位置づけている。それは、すでに Ely の論放でも示されたことであるが、Kamenshine は、公的資金の投入された government speech は全て憲法を逸脱する合衆国の活動であると指摘した上で、その典型的な例として星条旗保護法などの法律の他、特定の思想を擁護する政策全般をも government speech としてその違憲性を指摘している。しかしながら、Kamenshine 自身も、部分的に認めている点であるのだが、多様な思想が混在する思想の自由市場の中から明らかに制限の対象となる政府機関の発する speech や、政府によって助成金を与えられた private speech の修正第1条を逸脱する government speech だけを明確に区別し、さらに一律に禁止する基準の確定は極めて困難な作業である。

なぜなら、government speech を全般的に制限する基準の確定するということは、「政府が、他の立場よりも一つの政治的な立場を偏重することを防ぐだけでなく、保守的な伝統的美術界に対し現代アートを支援する government speech や、モダンダンスに対し伝統的なバレエを擁護する government speech、成人専用娯楽に対する家族向け娯楽の促進といった government speech をも閉め出してしまふ」ことを意味するからである<sup>73</sup>。確かに、government speech を公的資金の支出によって捉えようとすることは、多様な形態をとる government speech の領域に一定の見取り図を与えるものであるが、政府機関による助成によって法的弱者の声が確保されている現実をも制限しかねないという不合理な問題をはらんでいる<sup>74</sup>。

Kamenshine は、この不合理な問題を留保しつつ制限の基準を模索している。彼は、「政治的表現」に関係する government speech にのみに適用する「公平原則 (fairness doctrine)」に類する厳格な制限を提案する<sup>75</sup>。

Kamenshine の提案するテストは、まず公的資金の有無

<sup>69</sup> Douglas W. Kmiec, *In the Aftermath of Johnson and Eichman: The Constitution Need Not Be Mutilated To Preserve The Government's Speech and Property Interests in the Flag*, BRIGHAM YOUNG UNIVERSITY LAW REVIEW, 577, 638 (1990) at 605.

<sup>70</sup> 諸個人の感性に訴えることの危険性を Yudof は、「常に囚われ未成熟な聴衆を相手に教育の名の下に特定のメッセージを送ることのできる公立学校は、government speech にとってまたとない環境を準備するものといってよい。その理想的環境を構成する諸因子の中で重要とされるのが、学校における生徒の captive audience (囚われの聴衆)の傾向である。」と指摘する。Yudof, *supra* note (36), at 875.

<sup>71</sup> これは、日本の場合であるが、「天皇・皇族にたいして危害を加えたり、皇室に損害を与えようとした者は、従来よりしばしば精神病患者認定される (71年の葉山御用邸放火犯人など)」横田耕一、針生誠吉共著『国民主権と天皇制』(法律文化社1983) 272頁とあるように、アメリカ人であれば、国旗を侮辱できるはずもなく、そのような行為にでるはずがないといった感情が支配的である場合、愛国以外の思想は、その選択肢から除外されるであろう。

<sup>72</sup> Robert Kamenshine, *The First Amendment's Implied Political Establishment Clause*, 67 CALIF. L. REV. 1104 (1979).

<sup>73</sup> *Ibid.*, at 1111.

<sup>74</sup> Kmiec, *supra* note (26), at 608.

<sup>75</sup> Kamenshine, *supra* note (66), at 1113. この「公平原則 (fairness doctrine)」は、そもそも、1934年の連邦通信法という法律に規定されていた原則である。これは、放送業者に対して、「公共の利益 (public interest) のために事業を運営し、公共的な重要性のある争点に関し相対する意見を検討するための合理的な機会を与えること」を要求する原則である。しかし、この公平原則は、本来は公共的な重要性のある問題の討論を高揚させることを目的としていたが、実際には放送業界の表現活動を萎縮させてしまったことから廃止同様になっている。芦部信喜『宗教・人権・憲法学』(有斐閣 1999) 171-191頁参照。

によって government speech であるかを判断し、それが修正第1条に抵触するものであるのかどうかを government speech の「公共的な重要性 (public importance)」の有無によって審査している。そして、仮に「公共的な重要性 (public interest)」があるものとしたら、「政府機関によって発せられる speech と、公的資金の援助を受けた諸個人によって発せられる private speech の両方による government speech が厳格な審査基準に見合うためには、完全な中立性を有していなければならない」と政治的中立性によって審査されるとしてある<sup>76</sup>。しかしながら、この審査基準は「公共的な重要性」の判断によって公的領域と私的領域との間に境界線を描くという極めて難解な課題を残したままとなっている。government speech を制限する基準を設定するうえで、公的資金の支出に基づく表現を全て government speech と看做し、一定の制約を課とする Ely や Kamenshine の議論は、government speech 総体を問題として捉える場合には、Kamenshine が部分的に認めているように、多くの不合理な問題を抱え込んでしまう。まして、公的領域と私的領域における明確な区分の判定基準は、憲法学に多くの課題を突きつけている難問である。government speech の問題において、公的機関に属する諸個人の私的な表現をいかに憲法上位置づけるのかは極めて重要な課題であろう。

このように government speech 一般に関する制限基準を模索する段階においては、未だ多くの課題が残されている。しかし、「国家 symbol」に対する解釈について政府機関が government speech を行っている場合には、Ely や Kamenshine の議論は有効に機能する。国旗といった「国家 symbol」は、その含意するメッセージ性によって極めて政治的な性格を持ち<sup>77</sup>、その政治的な性格ゆえに、国旗

といった「国家 symbol」に対する政府機関の解釈というもの、常に中立なものを保てないということは Barrette 判決と Eichman 判決によって明らかである。

国旗といった「国家 symbol」が政府機関によって政治的コントロールのための government speech に利用されるのであれば、諸個人の自由な思想の選択を確保し選択に対する干渉を排除するためには government speech の活動領域を限定し封じ込める必要がある。「国家 symbol」を媒体とする government speech が政府機関によって行われる状況において、Ely や Kamenshine の指摘する公的資金の支出の有無という一つの指標は、思想の自由な「選択」を妨げる政府機関の活動をその様態の変容に対応し見極める極めて有効な基準となる可能性を示すものであると考える<sup>78</sup>。

## おわりに

アメリカにおいて展開された government speech への問題提起は、近年、「国旗及び国歌に関する法律」が成立した日本の問題を考えるに際し、重要な示唆を与えるものであろう。政府機関が「送り手」として登場し、国旗といった「国家 symbol」に関し、その意味内容を特定の文脈に限定する government speech を行う際に作用する思想の選択・表明の自由に対する抑圧を無視することができないからである。

現代日本は、多様化する国際世界を背景にして、ある意味で強力な国家が政治的、経済的に要請される状況にある<sup>79</sup>。そのような政治的、経済的な要請に奉仕する名目で国民の統合が図られ強化されている。しかし、そのような政府機関の活動が、諸個人の感性に訴える影響力を持って

<sup>76</sup> Ibid., at 1115-1116.

<sup>77</sup> Douglas W. Kmiec, supra note (26), at 607. 但し、Kmiec は、修正第1条の保障は government speech にも及ぶとの立場をとっており、国旗を掲げる government speech を政府の正当な利益と位置づけている。See, Note, *The Voice of Government as an Abridgement of First Amendment Rights of Speakers: Rethinking Meese v. Keen*, 1989 DUKE L.J. 654, 666 n.76.

<sup>78</sup> Ely, supra note (6), at 1506. これは、日本の場合であるが、「国家 symbol」を媒体とする government speech と考えられるものに、一般的に天皇の象徴行為と呼ばれている政治的行為が上げられる。今日、政府は、象徴天皇には「国家機関としての国事行為」、「私人としての私的行為」、「象徴という地位から象徴としての行為 (清宮説)」があると解する三種類説の立場によって、国事行為以外の行為を公的に認める立場を、政府はとっている。近年有力な学説は、第三類型の象徴という地位から象徴としての行為説 (清宮説) に対して、内閣総理大臣や最高裁判所長官などの国家機関が、日本国憲法の定めた権限を行使するほかに、そのような地位にあることに伴って、その権限に属するとはいえないが、私的ともいえない行為を行うことがあるという実状から、地位に伴って社交上要請される儀礼的な事実行為が天皇にも認められるのではないかとする、「公人的行為説」(小嶋和司「天皇の公的行為と私的行為」(ジュリスト300号、1964年)をとっている。いずれにせよ、政府が、国事行為以外の行為を公的に認めた結果、天皇の公的行為領域は拡大され、天皇が国民の前に公的資格で登場する場面が広がっている。このような拡大した象徴行為や、公人の行為に対して、公的とも私的とも明確な区分が困難な場合に、公費によるものかという指標によって、憲法上の政教分離に関わる公的機関の活動に縛りをかけ得るものであることを示している。従って、「国家 symbol」を媒体とする government speech への制限基準の指標としても公金の支出という要素の有効性が認められる。横田耕一「憲法と天皇制」(岩波書店1990)、横田耕一、針生誠吉共著『国民主権と天皇制』(法律文化社1983) 377頁以下、横田耕一「天皇」『現代憲法講座上』(日本評論社1985) 38頁以下参照。

<sup>79</sup> 横田耕一「『国民統合』と象徴天皇」世界 670号 (岩波書店 2000) 79頁。

<sup>80</sup> 例えば、日本では、天皇に対する不敬が犯罪であるとの意識が高い。この点を横田耕一「国民と天皇」法学セミナー418号 (1989) 60頁は、天皇に対する不敬罪が刑法より削除されても、「天皇に対する不敬といった概念・意識は、憲法解釈を通して維持されることになった。」と指摘している。そして、実際にも不敬罪意識の残存を示す事例は数多くある。同上60-62参照。

いるにもかかわらず、諸個人の精神的自由が脅かされると  
いう危機感は薄い<sup>80</sup>。

確かに、現実的な社会的状況は、あらゆる面で複雑化し  
ている。情報化に伴い「思想の自由市場」においても、多  
種多様な思想がひしめき合っている。さらにその市場にお  
いて、膨大な情報量の中から、諸個人はそれぞれにとって  
の真理を選び取るためには、場合によっては目や耳にした  
くない情報とまでも向き合わなければならない。そのよう  
な情報の氾濫を目の当たりにする諸個人にとって何かを選  
び取るという作業は、時として過酷なものとなるのかもしれ  
ない。だからこそ諸個人は、過酷な選択を避けるために  
国家的な調整を要請し、積極的な国家行政、法律によって  
今日的な価値基準において好ましくないものを排除しよう  
としている。政府機関は「調整者」「保護者」という顔で  
登場し、あたかも諸個人の自由な選択による苦渋を肩代わ  
りしているかの如く振る舞うのである。しかし、このよう  
な肩代わりこそが、結果的に諸個人の自由そのものを抹殺  
するものなのである<sup>81</sup>。つまり「われらの自由を不注意に  
取り扱っている」状態にあると言える<sup>82</sup>。だからこそ、国  
家を最大の敵とし、諸個人の自由にこだわる憲法学的視  
点を強調する必要があるのである。

国家を最大の敵とし、諸個人の自由な思想選択に対する  
国家権力による抑圧的な介入を監視する視点を通して、現  
代的状況を見てみれば、日本国憲法には「国家 symbol」  
を通じて国民国家の統合を図る「場」が設定されているこ  
とは明らかである<sup>83</sup>。さらに、政府は、愛国的な「国家  
symbol」が実際に尊敬に値するものと宣伝する govern-  
ment speech によって<sup>84</sup>、愛国心や神聖さといった感覚を  
共有するように影響を及ぼしていると考えられる。

アメリカにおける government speech を巡る憲法上の  
議論は、日本においても、「国家 symbol」を媒体とする  
government speech がなされた場合には、その govern-  
ment speech が、諸個人の自由な思想選択を抑圧的にする  
可能性が極めて高いことを示唆するものであり、憲法を逸  
脱し、諸個人の自由を侵害するこのような government

speech を監視するためには、公的資金の支出という指標  
が有効な基準となりうるものであることを示すものであ  
ったと考えられる。そして、government speech を監視する  
視点は、憲法を逸脱する政府機関の広汎な活動を常に、監  
視する censor としても極めて有効に機能するものである  
と考える。

<sup>80</sup> まさに、Ely の指摘したように、ある思想の表明を、禁止するためでも、保護するためでも、あらゆる思想を判断し選択するという諸個人  
の自由を、政府に委ねることは、政府の受け入れる思想のみを庇護することを承諾することであり、政府の受け入れない思想を異端として排  
除することに繋がるのである。そのような場合、諸個人は自由な思想の選択・表明が抑圧されるのはすでに明らかであろう。

<sup>82</sup> W. ゲルホーン（猪俣幸一、鶴岡信成、橋本公、和田英夫訳）『言論の自由と権力の抑圧』（岩波書店1959）ゲルホーンが「誠実に自由を守  
ることを願いながら、自由を制限することが自由を守る最上の方法であると考える者が最も危険なのである。」と指摘するように、自由を制  
限することには細心の注意が必要である。非常に多くの自由を享有している人々は、少しばかり自由が制限されても、制限されたことに真に  
気がつかずに大きな自由を享有していると信じがちである。

<sup>83</sup> 日本国憲法第6条、第7条に規定される「国事行為は天皇が国民統合作用を果たす重要かつ十分な『場』を提供していることがわかる。」  
横田・前掲註（1）81頁。

<sup>84</sup> 「国旗及び国歌に関する法律」が成立したが、「日の丸」「君が代」が象徴天皇制と関係して、学校教育の現場で、子どもたちに強制的に働  
く場合に、近代国家の government speech の限界の問題となる。横田耕一「『日の丸』『君が代』と『天皇制』」法学セミナー541号（2000）  
63頁。また、天皇への不敬事件の事例にもあげられる「天皇コラーージュ事件」は、横田耕一「憲法と天皇制」（岩波書店1990）209頁、日本に  
おける government speech 問題の典型であったと考えられる。この判例につき、奥平康弘「福祉国家における表現の不自由—富山県立近代  
美術館」『法律時報』60巻2号（1988）75頁参照。