

# 「表現の自由」と言葉以外の態度による思想の伝達

——Symbolic speechとSpeech plusの比較を通じて——

徳 永 達 哉

## はじめに

日本の「表現の自由」論には、言論と行動を異なる次元で捉える法的視座が存在している。例えば、最高裁判所は、「入学式の国歌斉唱の際に『君が代』のピアノ伴奏をするという行為自体は、音楽専科の教諭等にとって通常想定され期待されるものであって、上記伴奏を行う教諭等が特定の思想を有するということを外部に表明する行為であると評価することは困難なものであり、特に、職務上の命令に従ってこのような行為が行われる場合には、上記のように評価することは一層困難であるといわざるを得ない」と述べ、楽曲を演奏する身体の行動は、言論といった特定の思想を外部に表明する精神活動と直ちに結びつくものではないと指摘している。さらに最高裁は、ピアノ伴奏を教員に強制する職務命令が、「特定の思想を持つことを強制したり、あるいはこれを禁止したりするものではなく」、特定の思想の有無について告白することを強要するものでもない<sup>(1)</sup>と説明している。この様に、最高裁判所は、心の中の精神活動と指を動かす身体行動とを異なる次元で捉える視座に立っている。

最高裁の判例に示された視座は、訴えの利益となる日本国憲法第19条の内心的精神活動の自由と第21条の外心的精神活動の自由とを切り分けて論じるために示されたものであった。しかし、このような精神活動における内心と外心を切り分ける論理が条文構造から導かれたものであるとしても、この論理が、直

---

(1) 最三小判平成19・2・27民集第61巻1号291頁。

ちに外心的精神活動を制限の対象としている場合には内心の自由が脅かされることは無いとする結論を導くものとなるわけではない。内心を外部に表明する外心的精神活動に対する制限の問題と内心の自由は常に密接な関係にあるはずである。

もちろん、言論と行動を異なる次元で捉える二元論的思考様式に従うのであれば、心と体は異なる次元に位置づけられるのであるから、文字や言葉以外の身振りや手振りなどによる身体の動作の一つ一つが内心的精神活動と密接に関わっているという論が容易に導かれるわけではない。少なくとも、ピアノ伴奏を拒否した教員を職務命令違反で処罰することが内心の思想を脅かす国家権力の行使に当たるかもしれないという視座は想定されることはない。

そこで、本稿は、内心的精神活動と外心的精神活動を一元的に捉える視座の設定を試みることで、これまで十分には意識されてこなかった、身体的な態度による思想の伝達手段に対する憲法学的な視座を検討する。そのために、アメリカ憲法学で示されたSymbolic speechとSpeech plusを比較検討的に紹介する。それにより、日本国憲法第21条の「表現」解釈に一元論的な視座を設定することで示唆されるであろう「表現の自由」の新たな領域を確認しようと試みる。

## 1-1 考察の対象として、「表現」の手段

日本国憲法第21条は、「言論、出版その他一切の表現の自由」を保障すると規定している。一般に、この保障は「すべての表現媒体による表現に及ぶ」と解され、条文にいう「表現」とは、「あらゆる手段による思想発表の自由」であると解されている<sup>(2)</sup>。つまり、思想を発表する一切の手段を含めて「表現」と理解するのである。したがって、言論であれば口頭という手段によって、出版で

---

(2) 宮沢俊義『全訂日本国憲法』（日本評論社1978）246頁。

あれば印刷という手段によって思想が発表されるのである。思想を発表する際の一連の活動の自由が21条の意味する「表現」の自由となる。この場合、いかなる手段を用いるかの選択の自由が確保されていなければ（例えば、印刷所の全てが国営で国の許可がなければ印刷することが許されていないのであれば）、「表現」の自由が完全に保障されているとはいえない。

自らの思想を発表する手段の選択の自由をも含めて、「表現」の自由であると理解するならば、当然、その「表現」を実現する手段を保障しうる憲法学的視座を設定しなければならない。そこで、先ず、「表現」の手段を細かく分解し、手段についての理解を確認する。

例えば、言論における口頭という手段であれば、それは口を動かし音声を発する身体行動によって実現する。また、出版における印刷という手段であれば、腕を動かし文字を書き原稿を印刷所に持ち込み印刷するという一連の身体行動の集積によって実現される。つまり、一口に「表現の自由」の手段といっても、それは、詳細に分解できる数々の身体行動（例えば、発話であれば、唇を動かし声帯を震わせる身体行動）の積み重ねによって形成されたものであって、その集積された身体的な活動の結果が一つの手段として捉えられているということになる。

手段という用語の意味をこの様に理解するならば、思想を伝達するための手段が詳細な身体行動を含むものであるとの前提を避けることはできない。したがって、「表現」とは、あらゆる身体行動を含めた「あらゆる手段による思想発表」を意味していると言うことができる。

また、手段の選択の自由を考慮すれば、思想の伝達について、口頭によるのか印刷物によるのか、あるいは踊りによるのかなど、いかなる手段であれ、それを用いることが許された環境になれば真に自由とは言えない（例えば、口頭なら良いが印刷なら違法であるという環境に自由はない）。さらに、いかなる手段を採用するのかを決定すること、つまり、選び取る態度そのものが一つの「表現」の手段となりえることにも注意しなければならない。というのも、

思想の伝達は、自らの選択した「表現」の手段に備わったメッセージ（象徴的な意味づけ）と連携することで、より効果的な伝達機能を発揮する（例えば、あえて座り込みという手段を選べば、そのこと自体が言語に匹敵する思想伝達手段となる）からである。したがって、「表現」とは、「あらゆる手段」を自由に選択できる環境の確保を意味していると言うことができる。

## 1-2 問題意識として、「表現」の手段と「言論／行動」二元論

「表現」の手段に、あらゆる一切のものが含まれているのだとして、それらは、憲法第21条のもとに、どの様に保障されるのであろうか。最高裁判所の示した判断（例えば、公務員の政治的行為の規制の合憲性が争われた猿払事件の判決）を踏まえれば、<sup>(3)</sup>最高裁は「意見表明そのものの制約」と「その行動のもたらす弊害の防止をねらい」とする制約とを区別して論じている。この様な区別は、アメリカ法に言う、純粋言論（pure speech）と行動を伴う表現（speech plus）とを区別する考え方に近似している。つまり、思想を伝達する手段は、いわゆる「言論／行動」二元論（two-level theory）に基づく思考によって、分類されていると考えることができる。<sup>(4)</sup>

例えば、言葉や文字といった純粋な「言論」に基づく伝達手段であれば、その外形的な言葉の要素によって、第21条による手厚い保障が約束される。これに対し、例えば、行事の参加を拒否する態度の表示は、その外形的な身体「行動」の要素によって言葉から切り離された異なる範疇で捉えられる。この分類にしたがい先例は、思想を伝達する手段の中には、「公共の福祉のためにその時、所、方法等につき合理的制限のおのずから存する」ものがあると述べ、<sup>(5)</sup>言葉から切り離された「行動」に基づく処罰を下したとしても「意見表明そのも

(3) 最大判昭和49・11・6 刑集28巻9号399-400頁。

(4) T. I. Emerson, THE SYSTEM OF EXPRESSION (1970) at 18

(5) 最大判昭和25・9・27刑集4巻9号1799頁

の」が傷つけられることないとしてきた。

しかし、思想を伝達する際の身体的な動き、つまり態度というものは、その外形的な「行動」の要素によって機械的に21条の保障対象から切り離してよいものなのであろうか、そして、手段を処罰する場合は必ず表現内容中立規制となるのであろうか、さらに、裁判所は、「表現」を実現する態度の処罰について、それが表現に直接関係しないものであるかについての十分な検討を加えてきたのであろうか。この様な問題意識を出発点とし、次に審査の基準を概観する。

### 1－3 「表現」手段の処罰と憲法適合性審査

思想を伝達する手段に対し、その時・所・方法に基づき規制する法律は、通常、表現内容中立規制と称され、「表現」の内容や伝達効果には直接には関係のない事柄を制限する規制法であると理解されている。したがって、手段の方法に基づく規制の憲法適合性を審査する場合には、二重の基準の法理により、制限の違憲性を推定して審理を進める厳格な審査によるのではなく、制限の合憲性を推定して、その合憲性を再確認する緩やかな審査の基準によって審理が進められる。

この場合に用いられる緩やかな審査基準といえは、中間審査の基準とも呼ばれる「より制限的でない他の選びうる手段」の基準か、厳格度の最も弱い「合理的関連性」の基準のいずれかとなる。とはいえ、思想を伝達する手段を処罰する法律について、いかなる条件の下であれば、それが内容中立規制と分類できるのかについて、また、審査の基準としていずれを用いるかについて、最高裁判所は、明確な基準を導き出しているわけではない。

手段を処罰する法律が表現の内容に関係するものであるかの判断について、裁判所は、上記の「言論／行動」の区分にしたがい、ある意味、機械的な分類を行っている。つまり、座り込みやビラ配り（ビラを配るため移動）といった、外形的に「行動」の要素を含む手段の規制であれば内容中立規制となるという

慣習的理解である。しかし、すでに見たように、「表現の自由」を実現する手段に、あらゆるものが想定されると理解するならば、この外形的な区分に対しては疑問が残る。この点に関し、アメリカでは、手段の持つ伝達機能（メッセージ性）に注目し、非言語的な態度の表示であっても、言語に匹敵する伝達機能を備えたものがあるとして、態度の表示を「表現」として保障するための概念探求がなされてきた<sup>(6)</sup>。そこで、アメリカの Symbolic speech と Speech plus という概念を検討する。

## 2-1 Symbolic speech

人間の示す態度の中に、身体的・精神的諸活動の能動的・意味付与的な側面が備わっていることに注目し、言葉を伴わない何らかの「Symbol」（思想を象徴する記号や態度）を媒体とすることで自らの思想を伝達しようとする手段がある。この様な、「Symbol」的な態度の表示について、アメリカでは、Symbolic speech という新たな概念に基づく憲法学的視座が探求されている。<sup>(7)</sup>

Symbolic speech は、一般に、「思想の伝達を目的とした言葉によらない態度（conduct）によって、何らかの思想を主張したり何らかの見解を表明したりするもので、そこに用いられる symbol と、その symbol の用いられた文脈から、その主張や見解の内容が明らかとされる」ものと説明される。<sup>(8)</sup>つまり、

(6) 本稿で用いる「態度」の語は、アメリカ判例における「conduct」を意味している。一般には「行為」の訳語が当てられるが、「言論（speech）」から切り離された「行動・行為（act）」概念との違いを強調するために「態度」の語をあてている。なお、アメリカ判例における「conduct」は、政治学など他分野の指摘する、外部観測的に捉えられる「behavior（行動）」とは区別された「action（行為）」概念に近いものと言える。ハーバマスのコミュニケーション行為（Kommunikatives Handeln/Communicative action）や、オースティンの言語行為（speech act）といった場合の「行為」概念が、それにあたる。本稿では、混同を避けるため「conduct」の語を、状況に対応して自己の感情や意志を外形に表したものとなる「態度」と表記する。

(7) Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989); United State v. Eichman 496 U.S. 310 (1990).

(8) M. B. Nimmer, *The Meaning of Symbolic Speech*, 21 UCLA. L. REV. (1973) at

「言葉」以外の記号や「言葉」を伴わない象徴的な態度を、純粋な言語記号と同列に位置する「Symbol（言論機能を有する指標）」と捉えることで、思想を投影する一連の態度の表示を、一つの「Symbol」と解釈する概念である。日本の憲法学では、「象徴的言論」または「象徴的表現」の訳語で紹介されている。<sup>(9)</sup>

## 2-2 Symbolic speechと「Spenceテスト」

合衆国連邦最高裁判所は、思想を伝達する態度の表示が処罰の対象とされる場合において、その処罰の憲法適合性を審査するために、処罰の対象とされた態度が間違いなく「行動」と分類されるものであったのかを見極める基準を導き出している。この基準は、Spence v. State of Washington 判決（以下、Spence判決）によって導かれたことから、一般に「Spenceテスト」と呼ばれている。<sup>(10)</sup>

Spence判決では、政府の軍事戦略への抗議を訴える星条旗の掲揚が、不適切な「行動」として処罰されたことに対して、この掲揚は本当に表現に関係のない「行動」であったのか、そして、その処罰は「表現の自由」を侵害するものではなかったのかが争われた。処罰された掲揚態度は抗議を目的とする逆さ掲揚で、その星条旗には「ピース・マーク」の落書きがされていた。この掲揚によってSpenceは、州の「星条旗不適正使用禁止法」の違反に問われ有罪が確定していた。これを不服とし、連邦最高裁判所へと上訴したものがSpence判決であった。

Spence判決は、純粋な「言葉」によらない表現であっても、憲法による保障が導かれる場合があるとの前提に立ち、真の争点は「Spenceの掲揚態度

---

29.

(9) 福岡高那覇支判平成7・10・26 判時1555号140頁

(10) Spence v. State of Washington, 418 U.S. 405 (1974) at 410.

に、修正第1条と修正第14条の射程に含まれるほどの思想伝達機能を認めることができるのか否かにある」と述べる。そして、判決は、「多様なsymbolが何らかの思想を表現（expression）する媒体として使われる際にはsymbolが使われている文脈に注目しなければならない。なぜなら、文脈そのものがsymbolに意味を与えているからである」と述べ、その文脈に注目することによって、態度に備わった思想の伝達効果を読み解くことができるとする判断基準を示している。

Spence判決は、「掲揚態度に、何らかのメッセージを伝えようとする意図が存在しおり、周囲の状況（circumstances）においても、それを見た者たちによって、そのように理解される高い蓋然性が備わっていたならば、それは、『表現の自由』の問題となる」と述べている。つまり、①発話者の明確な意図②その理解される蓋然性が確認される態度の表示となれば、たとえ外形的な「言葉」の使用がなかったとしても、それを「Speech」として保障すると判示したのである。

このような身体的な立ち振る舞い（activity）による表現（expression）がSymbolic speechなのである。そして、Spence判決は、Symbolic speechが処罰の対象とされる場合には、その処罰の憲法適合審査は、「言葉」のそれが処罰される場合と同等の審査基準（厳格な審査基準）によって審査されなければならないと判示したのである。<sup>(12)</sup>

(11) Id. at 410, see, e.g., *Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist.* 393 U.S. 503 (1969) at 504-505.

(12) Id. at 411. ここで示された「Spenceテスト」は、1989年の星条旗焼却というSymbolic speechを処罰した国旗冒瀆禁止法の合憲性争われた *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989)においても採用されており、Symbolic speechに関わる判例には必ずと言っていいほど採用されるテストとなっている。



## 2-3 Symbolic speechと憲法適合審査

「Spenceテスト」によって、その意図と理解される蓋然性が確認された態度は、Symbolic speechとして、言論に匹敵するものと位置づけられる。言論と同列なのであるから、その処罰は表現そのものに直接関係するものとなる。したがって、その審査は、制限の違憲性を推定して審理を進める厳格な審査によらなければならない。この場合には、いわゆる「必要不可欠な公共的な利益」の基準か、「明白かつ差し迫った危機」の基準が用いられる。Spence判決は「必要不可欠な公共的な利益」の基準を用い、抗議手段としてのSymbolic speechを処罰することに公共的な利益（治安紊乱）の存在を認めることはできなかったとし、無罪とする判決を下している。

Spence判決の示した法理に従えば、例えば、行事への参加を拒否する態度を示したのであれば、それは、言論に匹敵する象徴的な態度の表示、Symbolic speechであると言える。したがって、行事が進行する最中に身動き一つしないでいる態度も口を動かさないままにいる態度も、その場を立ち去る態度も、また、それを実現する上で欠かせない歩行といった身体行動も、すべてをも含めてSymbolic speechであると言えることができるであろう。この様な身体行動の一つ一つが「表現」と深く結びついているのである。したがって、それを処罰することは、表現そのものに対する処罰となる。そして、その審査は厳格な姿勢によるものでなければならない。仮に、反意の表明を目的に口を動かさないままにいる態度が命令違反であるからといって処罰され、その処罰が厳格な審査を受けることも無く放置されている状況があるのであれば、それは、こわれ易く傷つき易い「表現の自由」が脅かされている状況にあると  
<sup>(13)</sup>  
言うことができるのではないだろうか。

---

(13) 芦部信喜『憲法Ⅲ 人権各論〔増補版〕』（有斐閣 2000）

### 3-1 「言論/行動」二元論から導かれたSpeech plusの概念

態度の表示を修正第1条の保障する「Speech」と位置づけるSymbolic speechの概念を確認したが、このSymbolic speechの概念が導かれる過程において最大の障害となっていた思考の様式がある。それは、「言論/行動」二元論に基づく思考である。<sup>(14)</sup>これは、思想の伝達を目的とする態度の表示を、「Speech」＝「言葉/言語 (verbal)」の要素と、「Non-speech」＝「非言語 (non-verbal)」の要素とに二元化し、「言葉」ではないものは思想の伝達効果を有しない「Non-speech」＝「行動 (action)」であると機械的に位置づけ、言葉以外の伝達媒体を「Speech」の射程の外へと機械的に追い出すという思考であった。<sup>(15)</sup>この思考の下では、「Speech」の射程は「言葉」の有無によって判断され、「言葉」を使わない身体的な態度の表示に備わる伝達機能が考慮されることはなかった。その結果、重要な政治的な思想表明を目的とする態度の表示であっても、外形的な身体「行動」を指標に安易な禁圧がゆるぎされていたのである。仮に、「行動」の処罰の憲法適合性が審査されるにしても、それは立法府に対し敬讓的 (deferential review) とも映る審査によるものであった。この様な思考様式に基づき、態度の表示を「行動」へと分類するために裁判所の示したものがSpeech plusの概念であった。

### 3-2 Speech plus

Speech plusは、日本で紹介される場合には「行為を伴う表現」という訳語によって解説されている。<sup>(16)</sup>この概念は、Symbolic speechの概念が形成され

(14) See., *Edwards v. South Carolina*, 372 U.S. 229 (1963); *Gregory v. City of Chicago*, 394 U.S. 111 (1969); *Bachellar v. Maryland*, 397 U.S. 564 (1970) などがある。

(15) See., *United state v. O'Brien* 391 U.S. 367 (1968). at 376.

(16) 例えば、芦部信喜『憲法Ⅲ 人権各論<sup>(1)</sup>〔増補版〕』(有斐閣 2000)。

る以前のアメリカの判例で広く採用されていたものである。Speech plusは、もともと、1960年代の労働ピケティングを扱った連邦最高裁判所が導き出した概念で、ピケティングといった態度を「言葉」に付随した単なる「行動」と理解するために導かれた概念である。この概念のもとでは、言葉以外の態度はスピーチにプラスされた「行動」と機械的に分類され、「Speech」以外の「言葉に付随する行動」と分類される。<sup>(17)</sup>この場合のスピーチとは「言葉」によって構成された「純粋言論 (pure speech)」を意味している。したがって、態度自体に「Speech」と同列に論じられる様な思想の伝達機能が見込まれることはなく、「言葉」以外の態度は直ちに修正第1条の射程の外に位置する「行動」と捉えられるのである。つまり、Speech plusとは、純粋な「言葉」に付随する「行動」を指し示す概念とされていたのである。<sup>(18)</sup>このSpeech plusの概念を確定した判例に、1965年のCox判決がある。<sup>(19)</sup>

Cox判決は、ピケティングといった態度が「Speech」の射程に含まれることのない「行動」なのであるという見解をかなり厳しい口調で述べている。「我々は、断固として、道路やハイウェイにおいて、巡回 (patrolling)、行進 (marching)、ピケティング (picketing) を行うといった『態度による思想伝達 (communicate ideas by conduct)』に対してまで、修正第1条と修正第14条により保障されている『純粋言論による思想の伝達 (communicate ideas by pure speech)』を擁護する場合と同様の自由が認められなければならないとする主張を断固として拒絶する」。<sup>(20)</sup>

判決は、人間が示すあらゆる態度を、純粋な「言葉」によるものとそうでは

---

(17) 本稿では、Symbolic speech との異同を強調するため、「言葉に付随する行動」との意識をあてる。

(18) Emerson, Supra note 4, at 294.

(19) 連邦最高裁判所は、治安妨害・公共通路の妨害の処罰を審査したCox v. Louisiana, 379 U.S. 336 (1965) (Cox I) 判決と、裁判所の中あるいは付近における行進・ピケティングの処罰を審査したCox v. Louisiana, 379 U.S. 559 (1965) (Cox II) 判決を下している。いずれにおいても最高裁はピケやデモの処罰を合憲としている。

(20) Cox v. Louisiana, 379 U.S. 559 (1965) at 555.

ないものと分類する。そして、純粋な「言葉」であれば「Speech」と位置づけるが、そうでなければ「Non-speech」にあたる「行動 (action)」と位置づけるとしている。つまり、Speech plusとは、「言葉」としての純粋性が損なわれた「Non-speech」を意味していたのである。したがって、その処罰が、修正第1条の侵害と捉えられることはなかったのである。

### 3-3 Speech plusからSymbolic speechへ

最高裁の示した Speech plus の概念は態度による思想の伝達を明確に拒絶していた。しかし、だからといって、Speech plus に対する修正第1条の保障を求める義論が一切論じられていなかったかというとは決してそんなことは無い。

例えば、「表現の自由」論の第一人者である Emerson は、純粋な「言葉」から区別された Speech plus について、対象となる態度が間違いなく「Non-speech」となるのかを慎重に確認する必要があると論じた。Emerson は、プラスされた態度の種類によっては、『言葉』による思想の伝達 (verbal communication) と同様の伝達機能が備わる場合があると論じ、そのプラスされた態度が、「言葉の行使 (verbal act)」であったのか、あるいは、その態度が付随している表現 (expression) にとって不可欠な部分となっていたのか、このいずれかが認められれば修正第1条による保障を導くことができると論じていた。この論の場合、態度自体に備わった思想伝達機能は、その本質において認められるものではないが、態度の示めされた状況 (context) において、態度は、何らかの発語 (verbal locution) に付随する一体不可分のものとして位置づけることができる。これにより、態度の処罰を「Speech」の射程において論じることができると Emerson は述べる。また、その際、「言葉」との付随関係が重要な鍵となると論じている。<sup>(21)</sup>

(21) Emerson, Supra note 4, at 294.

この「行動」と「言葉」の切り離すことのできない一体不可分性を強調する観点から、後のSymbolic speechの概念へと結びついたのである。とはいえ、Symbolic speechの登場した当初は、Speech plusとの区別は正確にはなされておらず、Symbolic speechという語もSpeech plusの概念を新しく呼び変えた程度のものであるとして紹介されることが多かった。そのため、Symbolic speechの登場した1960年代後半から1970年代初頭にかけては、それぞれが混同されることも多く、初期の事例においても二元論からの脱却は果たせずにいた。以上、Symbolic speechとSpeech plusの異同を確認したが、両者の違いは「言葉」以外の態度の持つ伝達効果を考慮するのか否かにあった。これを踏まえ、思想伝達の手段を処罰する法律が、表現の内容に関係するものとなるのか否かを審査する場合の基準について検討してみる。

#### 4-1 態度の表示を処罰する法律の憲法適合性審査

Speech plusとSymbolic speechの違いは、裁判所が、「言葉」以外の態度をコミュニケーションとして捉えるのか否かという点に関わっている。現在の連邦最高裁判所がSpeech plusの概念を放棄している点を考慮すれば、およそ、すべての態度の表示がSymbolic speechとして一旦は位置づけられ、「言葉」の場合がそうであった様に、例えば、定義づけ衡量により、価値の高い政治的Symbolic speechと価値の低い喧嘩言葉的Symbolic speechとが分類され、その処罰の違憲性（検閲性）が審査される。とはいえ、Symbolic speechが「言葉」以外の態度の表示によって構成されることを考えれば、態度の方法に基づく制限を完全に免れるということとはできない。つまり、態度の表示は、その時・所・方法によって規制する法律により制限される場合が生じるのである。したがって、検討すべき課題は、政治的意見を表明する「言葉」以外の態度の表示（例えば、敬礼拒否の態度）を処罰する法律が間違いなく内容中立規制となるのか否かを審査する基準についてということになる。

#### 4-2 表現内容中立規制 —Symbolic speechとSpeech plus—

表現内容中立規制に対する審査基準といえば、中間審査基準と言われる「より制限的でない他の選ぶ手段」の基準か、厳格度の最も弱い「合理的関連性」の基準のいずれかが用いられることとなる。

態度の表示をSymbolic speechと理解すれば、その処罰の合憲性は「Speech」の内容規制に相当する「厳格な審査」によって判断されるであろう。これに対し、態度の表示をSpeech plusと理解すれば、政治的意見を表明する「言葉」以外の態度の表示は「Speech」から切り離された「行動」と分類され、その態度が他の何かに優越して保障されることはないであろう。むしろ価値の低いものとして、その制約が内在的に理解されるであろう。したがって、社会秩序の維持と危険防止の観点から態度の処罰が正当化される（合理性の基準）。

このようなSpeech plusとSymbolic speechの性質的な違いにより、同種の態度の表示を同一の基準で審査していたにも関わらず、全く異なる判決が導かれた連邦最高裁判所の事例がある。それが、徴兵カードの焼却が問題となったO'Brien 391 U.S. 367 (1968) 判決と、星条旗の焼却が問題となったTexas v. Johnson 491 U.S. 397 (1989) 判決である。それぞれの事例において、修正第1条の射程に含めるべきかが争われた「言葉」以外の態度は、共に、物を燃やすという焼却態度であった。そして、その焼却処罰の憲法適合性を審査した基準が、O'Brien 判決の示した「O'Brien テスト」であった。そこで、次に、「O'Brien テスト」と、Symbolic speech・Speech plusの関係を見る。

#### 4-3 「O'Brien テスト」 —合理的関連性の基準の運用—

「O'Brien テスト」とは、純粋な「言葉」に付随する「行動」を処罰することで付随的に生じる「Speech」の制限について、その制限が合憲であることを証明するための合理的な根拠を示すためのテストで、「①付随的な制限が、

憲法によって与えられた政府の権限のうちに留められるものであり、②付随的な制限が、重要なまたは実質的な（significant or substantial）政府利益を促進するものであり、③その利益が、自由な表現（free expression）の抑圧とは全く無関係であり、そして、④その付随的な制限が、上記の政府利益の促進にとって必要不可欠とされる制限を越えないのであれば（必要以上に大きくないのであれば）、規制は十分に正当化される」というものである。

この「O'Brien テスト」を導きだしたO'Brien 判決は、焼却態度をSymbolic speechではなく「行動」となるSpeech plusと位置づけ、②を強調するなかで、価値の低い「行動」の自由と政府利益とを比較衡量し、その処罰の合理性を強調した。そして、焼却態度の処罰を上記の基準を満たす合憲と判断した。これに対し、焼却態度を政治的なSymbolic speechと位置づけたJohnson判決は、Symbolic speechに対する処罰を、内容規制に準じる処罰と想定し厳格な審査を行うとした。そして、上記のO'Brien テストを用い、特に③の点を強調することで、焼却態度の処罰を違憲と判断した。

この違いは、最高裁が、「O'Brien テスト」を厳格審査の基準として運用したのか、積極目的規制を審査する合理的な基準として運用したのかという違いによる。今日の連邦最高裁判所がSpeech plusの概念を放棄したことを考慮すれば、現在の「O'Brien テスト」は、Symbolic speechの処罰が自由な表現の抑圧と全く無関係であることを証明できない限りは違憲と判断する厳格な基準として機能するものとなったと見ることができる。

したがって、政治的意見を表明する「言葉」以外の態度の表示を処罰する法律について、その法律が間違いなく内容中立規制となるのか否かを審査する「O'Brien テスト」は、厳格な審査の基準として運用されなければならない、その合理性の根拠につき、処罰の合憲性を主張する側に立証責任が求められる厳しい基準として運用されなければならないのである。仮りに、「O'Brien テスト」が合理性の基準として、緩やかに運用されているのであれば、それは、「表現の自由」が脅かされる状況にあるということなのである。以上の点を踏まえ、

日本の状況を確認する。

## 5-1 日本の最高裁判所が示した態度の処罰を審査する基準

日本の最高裁は、表現をその時・所・方法によって規制する法律に関し、思想を外部に発表するための手段であっても、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限であれば、憲法第21条の「表現の自由」を脅かすことにはならないと判示している。では、「公共の福祉のため必要かつ合理的な制限」なのかどうかは、いかにして判断するのであろうか。先例は、「政治的行為の禁止が右の合理的で必要やむをえない限度にとどまるものか否かを判断するにあたっては、禁止の目的、この目的と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の三点から検討することが必要である<sup>(22)</sup>」と判示する。つまり、「合理的関連性」の基準である。これが確認されれば、「公共の福祉のため必要かつ合理的な制限」として合憲との判断が下される。

この「合理的関連性」の基準が用いられる場合、日本の裁判所は態度の表示をSymbolic speechと捉えるのであろうか、それともSpeech plusと捉えるのであろうか、残念ながら答えは後者である。現在、日本の裁判所でSymbolic speechの存在を認めた判決は出されていない。

したがって、Speech plusにおける二元論的思考様式にしたがった審査が行われていることになる。つまり、1968年当時のO'Brien 判決がそうであった様に、「行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益」の比較衡量が行われるのである。この場合、価値の低い「行動」の自由に「公共の福祉」を上回る価値が見込まれることはないであろう。

Speech plusにおける理解にしたがえば、「公共の福祉のため必要かつ合理

(22) 最大判昭和49・11・6 刑集28巻9号399-400頁。



的な制限」を合憲的に受けると想定される態度の表示は、表現の「手段が他人の権利を不当に害する」ものと直ちに想定される。

この点に関して、日本の先例は、「たとえば思想を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の財産権、管理権を不当に害するときものは許されない」と述べ<sup>(23)</sup>、これを処罰したとしても憲法第21条に違反することはないとしている。ここに云う、他人の権利を「不当に害するときもの」とは、「軽犯罪法に規定されるビラ貼り」<sup>(24)</sup>、「教育委員会法に規定される戸別訪問」<sup>(25)</sup>、「食糧緊急措置令に規定される煽動」<sup>(26)</sup>といった、形式的に刑罰法規に該当する手段を意味する。したがって、特定の態度の表示について、それを取り締まる法律が存在する場合、その違憲性を問う余地は狭いものとなる。

先例によれば、態度の表示が形式的に刑罰法規に該当すれば、「たとい思想を外部に発表するための手段であっても」、「もとより許されないところであるといわなければならない。したがって、この程度の規制は、公共の福祉のため、表現の自由に対し許された必要かつ合理的な制限であって」<sup>(27)</sup>、「公共の福祉のためにその時、所、方法等につき合理的制限のおのずから存する」ものとなるのである<sup>(28)</sup>。

さらに、「国民はまた、新憲法が国民に保障する基本的人権を濫用してはならないのであって、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負うのである（憲法一二条）。それ故、……政府の政策を批判し、……国民として負担する法律上の重要な義務の不履行を懲罰し、公共の福祉を害するものである。されば、かゝる所為は、新憲法の保障する言論の自由の限界を逸脱し、社会生活において道義的に責むべきものであるから、これを犯罪として処罰する法規は

---

(23) 最三小判昭和59・12・18刑集第38巻12号3026頁。

(24) 最大判昭和45・6・17刑集24巻6号280頁。

(25) 最大判昭和25・9・27刑集4巻9号1799頁。

(26) 最大判昭和23・5・18刑集3巻6号839頁。

(27) 最大判昭和45・6・17刑集24巻6号280頁。

(28) 最大判昭和25・9・27刑集4巻9号1799頁。

新憲法第二一条の条規に反するものではない<sup>(29)</sup>」としている。つまり、最高裁判所は、「表現の自由」を実現するための手段であっても、それが形式的に刑罰法規に該当するのであれば、その手段は、「他人の権利を不当に害する」手段となるとし、その処罰は審査するまでもなく合憲となるとしているのである。

## 5-2 合理的関連性の基準

以上のように、日本の最高裁は、Speech plusにおける思考に従い、態度の表示を「表現の自由」の範囲から当然に外れたものと捉えている。したがって、態度の処罰は、憲法第21条から切り離された「行動」の処罰として審査されることとなる。また、その際は、精神的自由以外の自由（経済的自由）規制立法を審査する場合と同様の緩やかな審査基準が採用されることを意味している<sup>(30)</sup>。

態度の表示が「行動」と位置づけられているのであるから、その処罰は内容中立規制ということになる。内容中立規制に対する憲法適合性審査の在り方を示した判例（立川ビラ配り事件）によれば、内容中立規制には「合理的関連性」の基準が用いられる。すなわち、①態度の表示を処罰する目的が必要かつ合理的であり、②その目的とそれを達成する態度の取り締まりの間に合理的関連性があり、③態度の処罰により得られる利益と失われる利益とが均衡していれば、「公共の福祉のため必要かつ合理的な制限」として合憲との判断が下されることになる<sup>(32)</sup>。この3項目の審査について、最高裁は、特に、第③項目の自由と規制の利益衡量を念入りに審査することを示し、その審査については、食糧緊急措置令に基づく煽動処罰の判例を参照している<sup>(33)</sup>。これは、つまり、実質的には、人権制約原理としての「公共の福祉」概念に基づく利益の衡量により審査する

(29) 最大判昭和23・5・18刑集3巻6号839頁。

(30) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣 1981）197頁。

(31) 最二平成20・4・11 刑集第62巻5号1224頁。

(32) 最大判昭和49・11・6 刑集28巻9号399-400頁。

(33) 最大判昭和23・5・18刑集3巻6号839頁。

ことを意味しているのである。繰り返しとなるが、日本の最高裁判所は、態度の表示をSpeech plusと捉えている<sup>(34)</sup>。そのため、この「合理的関連性」の基準は、表現とは切り離された、積極的規制を審査する際と同様の緩やかなものとして運用されることになる。

### むすびにかえて—Symbolic speechの法理が示唆する法的視座—

日本国憲法第21条の「一切の表現の自由」という文言を媒介とすれば、アメリカの「表現の自由」論における様な「Speech」＝「言葉・言論」という概念による縛りを受けることなく、多様な態度による思想の伝達の存在を導くことができる。つまり、Speech plusにおける二元論を脱却し、「言葉」に限らず、あらゆる伝達媒体を「Symbol」として捉え、その「Symbol」の文脈によって思想を伝達する手段を含めて一切の「表現」であると理解する視座を設定することができるのである。Symbolic speechを排除する様な文言上の制約は何も無いのである。

Symbolic speechの法理が日本の最高裁判所で確認されれば、これまで、特定の思想を外部に表明するための手段であると判断することが困難と捉えられてきた身体的な態度の表示は「表現」と位置づけられ、その禁止や処罰によって生じる心の葛藤といった問題は、「表現」に対する「強制」の問題として再構成されることとなる。そして、態度の表示がSymbolic speechと位置づけられるのであれば、それらの処罰は、たとえ外形的な身体の動きを指標とする取締りであっても、一旦、内容規制となる可能性を考慮して審理されねばならず、厳格審査基準をクリアできない限り違憲と判断されこととなる。これにより、態度に対する「表現」としての優越的な保障を可能とすることができる。「表現」の手段について日本の最高裁は、近年、「表現の自由は、民主主義社

---

(34) 最三小判昭和59・12・18刑集第38巻12号3026頁。

会において特に重要な権利として尊重されなければならない、……政治的意見を記載したビラの配布は、表現の自由の行使といえることができる」との見解を述べている。<sup>(35)</sup> この見解は、これまで、「ビラ配布が言論出版という純粹の表現形態でなく、一定の行動を伴うものである」<sup>(36)</sup>としてきた従来の Speech plus に基づく理解からの変化を意味している。その意味で、日本の裁判所も、Speech plus から Symbolic speech へと憲法学的視座を転換する時期にさしかかっていると言う事ができるのではないだろうか。そして、Symbolic Speech の概念を確認し、言葉以外の態度による思想の伝達を保障する「表現の自由」論を確立する時期にさしかかっていると言う事ができるのではないだろうか。

---

(35) 最二小判平成20・4・11 刑集第62巻5号1224頁、最二小判平成21・11・30刑集63巻9号1765頁。

(36) 最三小判昭和59・12・18刑集第38巻12号3026頁。