

---

種 別： 論説

タイトル： 日本国のもう一つの象徴

著 者： 江藤 祥平

所 収： 『上智法学論集』第 65 卷 4 号（令和 4 年 3 月）255-272 頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

---

## 論 説

---

# 日本国のもう一つの象徴

江藤 祥平

---

- 1 逆の象徴
  - (1) 顔のない男
  - (2) 皇室と民主主義
  - (3) 隠された象徴
- 2 ホームレスの人々の生業
  - (1) アルミ缶集めの規制
  - (2) ホームレスの「職業選択の自由」
- 3 「こじき」禁止の憲法適合性
  - (1) 物乞いという名の表現
  - (2) 生存権か、自由権か
- 4 象徴的言論
  - (1) 込められたメッセージ
  - (2) 無言のプロテスト
- 5 結 - Sovereign Will

## 1 逆の象徴

### (1) 顔のない男

日本国および日本国民統合の象徴とは何か。そう問われて、人が憲法1条に目を向けるのは殆ど必然である。そして、そこに天皇と記されたのを見て、天皇を象徴と答えるのもこれまた必然であろう。ところが、これに異論を唱える憲法研究者がいる。遠藤比呂通である。

問題はそこだけではなくて、天皇が究極的な物事を表す象徴とならないように、我々が逆の象徴をもつことです。象徴天皇を解体していく象徴をもちつづけていくことが、もっと大事なことではないでしょうか<sup>(1)</sup>。

これは一見すると、天皇制の解体を目指した政治的主張のように読める。しかし、遠藤はそのすぐ前で、天皇が象徴で「ある」ことは認めている。その上で天皇とは「逆の象徴」をもつことが大事だと言うのである。一体、逆の象徴とは、何を指すのか。

遠藤によれば、それは「顔のない男」(村上春樹<sup>(2)</sup>)のことである。それは、私たちの集合的記憶から忘却されたもの、例えば、中国やアウシュヴィッツで虐殺されていった一人ひとりの顔のことである。かけがえのない命を大切に作る社会を築くためには、この顔のない人々を象徴として描くことが必要だと言うのである。

この議論の注目すべき点は、「ある」ではなく、「ない」を象徴に据えている点にある。普通、象徴とは、あるものである。十字架であったり、結婚指輪であったり、それ自体はある。これは象徴が不可視のものを具象化する働きをする以上、当然と言えば当然である<sup>(3)</sup>。もし愛が目に見えるなら、わざわざ指輪を持ち歩く必要はない。目に見えないからこそ、指輪という目に見えるものを通じて愛にコミットしようとするのである。

ところが、先の議論で遠藤は、「顔のない男」を象徴として描くという、一見して困難な試みを我々に課している。なぜ象徴として「ある」天皇より

---

(1) 遠藤比呂通『国家とは何か、或いは人間について』(勁草書房、2021年)147頁。議論の背景にあるのは、ヘルマン・ヘラーの国家論である。ヘラーは国家を政治的に重要な作用および反作用の全ての合成力と捉えて、国家権力の中核者、支持者のみならず、反対者にも重要な位置付けを与えた。この点、国家象徴が反対を許さない一方向への統合を志向すると見た遠藤は、「国家象徴の無力化無害化」(同47頁)の力学が必要と考えたのである。

(2) 村上春樹『騎士団長殺し』(新潮社、2017年)参照。遠藤は、村上の依拠する『トレプリンカ叛乱』(みすず書房、2015年)の描写を通じてかかる読解に至っている。

(3) 「象徴とは本来空の不可思議を眼に見、耳に聴くための方便である」(夏目漱石『虞美人草』(1907年)『漱石全集』第3巻所収(岩波書店、1966)51頁)。

も、顔の「ない」男の方を重視するのか。

それは遠藤が、天皇を象徴とは思えない人々の居場所に思いを馳せるからである。憲法1条には、象徴としての地位は日本国民の「総意」に基づくところである。ならば、その総意に漏れる一人ひとりの個人の良心はどうなるのか<sup>(4)</sup>。これが遠藤の議論の根底にある問題関心である。

実は、これは遠藤自身の人生の歩みそのものである<sup>(5)</sup>。かつてアカデミアの世界に身を置いた遠藤は、その職を辞して、釜ヶ崎でホームレス状態にある人々と共に生きる道を選んだ。そこで遠藤が見たのは、その場に存在するにも関わらず、存在しないかのように扱われる人々の姿である。以来、遠藤は、この「存在しない」人々を描き続けてきた。だから、冒頭の遠藤の主張は、単なる理論的な主張にはとどまらない行為遂行的な発話でもある。

それだけに、投げかけられた問いは重い。

## (2) 皇室と民主主義

かくして、本稿は、逆の象徴について論じるものである。実は、筆者も以前、「在る」ではなく、存在の彼方を示す「痕跡」を頼りに導かれる責任をもって、憲法9条と近代立憲主義の接続を試みたことがある<sup>(6)</sup>。痕跡にこだわった理由は、戦争の論理に呑み込まれない主体性を確保するためには、存在からの脱却が必要と考えたからである。しかし、そこまで論じておきながら、「無の象徴<sup>(7)</sup>」ともいわれる「天皇」の位置付けを論じることを怠った。むろん問題の所在には気付いてはいたのだが、その時点では論じ切る用意はなかったのである<sup>(8)</sup>。

---

(4) 一連の君が代起立斉唱訴訟で争われたのもまた、この問題であった。国家象徴をめぐる強制力を発動する公権力に対して、これに反対する教職員は個々の思想良心の自由を盾に闘った。最高裁判所の判決は「儀礼的」な所作であることを理由に権力性の契機を否定したが（最判平成23年5月30日民集65巻4号1780頁）、象徴天皇制の特質はまさしくこの儀礼の裡に宿る点を同判決は見逃している。象徴天皇制の特質を天皇不親政にみるなら（石井良助『天皇』（講談社学術文庫、2011年）349頁）、儀礼を踏襲させるだけで天皇を神聖化するには必要にして十分である。

(5) 以下、遠藤比呂通『不平等の謎』（法律文化社、）iv-v頁。

(6) 江藤祥平『近代立憲主義と他者』（岩波書店、2018年）。

(7) 田辺元「政治哲学の急務」（1946年）『田辺元全集』第8巻所収370頁。

この筆者の問題関心を正面から受け止めてくれたのが、先の「逆の象徴」論である。遠藤ははっきりと、筆者が課題とした「天皇という他者に対する無限責任に転化するおそれ」が、「主たる関心事」にあると述べている<sup>(9)</sup>。

あの時筆者が懸念していたのは、統治機構の存在の彼方にある天皇が、絶対的他者として公共空間を席卷する事態であった。かかる懸念が決して杞憂に終わらないことは、先ごろオリンピック開催に際して感染拡大の懸念を示した天皇を、国民の多数がさしたる違和感なく受け止めたことから分かる<sup>(10)</sup>。むろん、国民の思いに寄り添うこともまた象徴としての務めであるとの見方はありうるが<sup>(11)</sup>、国民が自身の政治的言論を象徴に語りしめるとき、その先に待つのが民主制と天皇制の安定的調和とは限らない。私たちは、その逆の実例を歴史から知っている。

この点で、「逆の象徴」論は示唆的である。この議論の面白いところは、象徴に象徴を充てているところにある。普通、象徴が危険なら、象徴以外に議論に突破口を見出しても良さそうなところを、あえて象徴をもって対峙するのである<sup>(12)</sup>。なぜ象徴にこだわるのかといえば、それは人間存在にとって象徴の持つ重みに、遠藤が自覚的だからである。遠藤の依拠する神学者パウロ・ティリッヒは、人間存在の意味と根拠への問いを究極的な関心事とみており、その究極的な事柄を指し示すものとして象徴を理解していた<sup>(13)</sup>。

---

(8) その後、この問いに対する一つの回答を示したのが、江藤祥平『『個人の尊重』について—『ペルソナ的國家観の行方』』（論究ジュリスト28号(2019年)148頁以下)である。

(9) 遠藤・前掲注(1)164頁。

(10) 2021年6月24日宮内庁長官の定例会見において、西村泰彦長官は、「直接そういうお言葉を聞いたことはない」が、陛下の気持ちをそのように「拝察」しているとした。この発言について、歴史学者の河西秀哉は「憲法に抵触しないよう配慮した」とする一方、政治学者の渡辺治は「国民主権を侵害する」と評している(朝日新聞2021年6月25日朝刊)。

(11) その方向での「國體」護持を評価するものとして、内田樹『街場の天皇論』(東京経済新聞社、2017年)28-32頁。

(12) 憲法学で象徴の短絡的性格に警戒を示すのが、蟻川恒正『憲法的思惟』(岩波書店、2016年)である。もともと、蟻川は象徴天皇がその務めとして「真実に生きる」ことについては肯定的に評価しているように見受けられる(同「真実に生きる」2007年4月20日朝日新聞朝刊)。

存在を否定された人々に対して、存在する権利を見出そうとする遠藤にとって、象徴論は不可欠である。

### (3) 隠された象徴

ところが問題は、この「逆の象徴」の位置づけが、憲法上は明確ではない点にある。それは憲法の明文上の根拠を持たないというにとどまらない。むしろ問題は、この国のあらゆる法理が、逆の象徴を否定する方向を指し示しているかのように見える点にある。その典型がホームレスの人々の権利である<sup>(14)</sup>。生存権の保障とは名ばかりで、その抽象的・相対的な性格を理由に、具体的人間としてのホームレスの顔は隠されてきた。その証拠に、憲法学は、他人の財産権・管理権に服することを理由に否定されるホームレスの居場所を、いまなお権利として構成できずにいる<sup>(15)</sup>。

この問題の本質を鋭く抉り出しているのが、柳美里の小説「JR 上野駅公園口」である。同小説では、皇室関係者が上野公園の美術館などを訪れる際に、「特別清掃」の名の下に一時退去を強制されるホームレスの内面が描かれている<sup>(16)</sup>。その主人公が、移動を禁じられた時間より前に公園に戻り、いざ天皇皇后両陛下の御列車が目の前を通るといふときに、何かを言おうと

(13) See Paul Tillich, *Religious Symbols and Our Knowledge of God*, *The Christian Scholar* Vol. 38, No. 3 (1955), pp. 192-193.

(14) ホームレスの意義については、「ホームレスの自立の支援等に関する特別措置法」が「都市公園、河川、道路、駅舎その他の施設を故なく起居の場所とし、日常生活を営んでいる者（2条）」と定義するが、「見えないホームレス」の問題も重要である（岡本祥浩「日本のホームレス問題と総合的政策の必要性」総合政策論叢10号（2019）18-19頁）。なお、本稿は同法に倣って、ホームレス状態にある人々のことを単に「ホームレス」と記しているが、形容詞を名詞として用いることの差別意識には自覚的である。その差別意識の克服は、本稿の議論を通じて行われるよりほかない。

(15) 最判平成20年10月3日判時2026号11頁参照（都市公園内に設置されたキャンプ用テントの所在地は、生活の本拠としての実体を具備しているものとはいえず、転入届の不受理処分を適法とした事例）。なお、社会権規約11条の一般的意見は、「占有の形態のいかんにかかわらず、全ての人は、法的に保護される一定の占有権の保障を持つ」としている（一般的意見4第8項a）。ホームレスのテント設置に「占有」が認められるかについては、太田匡彦「明渡か、除却か—『占有』と『事実上の排他的支配』の間に立つ大阪地裁第2民事部」東大法科大学院ローレビュー4巻85頁以下参照。

(16) 柳美里「JR 上野駅公園口」（河出文庫、2014年）。

決めて遂にとった行動は、一直線に遠ざかる御料車に手を振ることだった。

これはむしろフィクションであるが、この国に居場所を持たないという点で、天皇とは最も遠い距離にいるはずのホームレスの内面にさえ、国家象徴の呪縛が無自覚に及んでいることを示す点において、逆の象徴を論ずることの難しさを際立たせている。そして、それを知った主人公が、呪縛から解き放たれようと最後にとった行動が、「人身事故」というすでに私たちにはお馴染みの光景だったとすれば、それをフィクションにとどめておくことは、もはや私たちの想像力の欠如を示すものでしかないだろう。

そうであるなら、今問われるべきは、私たち日本国民の存在の根拠と意味は、天皇という国家象徴との関係以外にはあり得ないのかという点である。ここでは、戦後間もなく津田左右吉が次のように述べていたことが想起されねばならない。

二千年の歴史を国民と共にせられた皇室を、現代の国家、現代の国民生活に適応する地位に置き、それを美しくし、それを安泰にし、そうしてその永久性を確実にするのは、国民みずからの愛の力である。国民は皇室を愛する。愛するところにこそ民主主義の徹底したすがたがある<sup>(17)</sup>。

この津田の言明から75年以上の時を経て、いま再び同じような議論が巻き起こっている。もちろん、皇室を愛するのもまた、個人の自由である。しかし、そこにこそ「民主主義の徹底したすがた」があるというのは、本当だろうか<sup>(18)</sup>。本稿が、逆の象徴の憲法学的な位置付けを論じるのは、この皇室と国民が一体であるとの想定が、真に民主的といえるのかをいま一度確かめたいがためである。

---

(17) 津田左右吉「建国の事情と万世一系の思想」(1946年)今井修編『津田左右吉歴史論集』(岩波文庫、2006年)321頁。

(18) 天皇ナショナリズムをめぐる憲法史を「忘却—遊戯—虚構」の三面から分析するものとして、西村裕一「天皇と戦争／歴史と記憶」南野森編『憲法学の世界』(日本評論社、2013年)81-85頁。

## 2 ホームレスの人々の生業

### (1) アルミ缶集めの規制

「逆の象徴」を論ずる上で、近年、印象的な出来事が各地方自治体で見られる。それは、家庭ごみのごみ集積場から資源ごみを持ち去る行為に対して、条例で罰則を科す自治体が増加しているという事態である<sup>(19)</sup>。資源ごみとは、新聞や段ボールなどの古紙、アルミ缶やスチール缶など、リサイクルの対象となるごみである。これらはごみではあるが、有価物ともなりうるものであり、特に古紙やアルミ缶は近年価格が上昇したこともあって、ごみ集積場から持ち去られるケースが頻発していた。中には、トラックで乗りつけてごみ袋ごと大量に持ち去る組織的かつ大規模なケースも見られ、「持ち去りビジネス」として問題が深刻化していた。

自治体としても、このような行為を黙認する訳にはいかない。一般廃棄物の適正処理は自治体の責務であり、勝手な持ち去り行為が横行すると廃棄物処理計画に狂いが生じる。余分な回収コストが生じる可能性や、資源ごみを売却した場合の逸失利益も生じる。市民のごみ分別意識やリサイクル意識の低下につながるおそれもあるし、騒音や衛生環境の悪化により住民の福利低下も予想される。公共事業の実効性と信頼性を確保するためにも、規制の必要があることは否定しがたい<sup>(20)</sup>。

しかし他方で、アルミ缶集めを生活の糧としているホームレス状態にある人々の存在がある。最近では、神奈川県川崎市がその持ち去りを禁止する方向で検討に入ったが、その際にも生業を失うホームレスへの対応が問題とな

---

(19) 概要については、環境省環境再生・資源循環局 廃棄物適正処理推進課「平成 29 年度『資源ごみ』の持ち去りに関する調査 報告書」参照。

(20) もっとも、この規制の必要性を子細に見ていくと、それを裏付ける事実が十分ではない可能性が指摘されている。京都市の「空き缶持ち去り禁止条例」について、永橋爲介ほか「空き缶回収野宿者への聞き取り調査から検証する京都市『廃棄物の減量及び適正処理等に関する条例』改正プロセスにおける野宿者像とその向き合い方 (上)」立命館産業社会論集 48 巻 4 号 62-67 頁。

った<sup>(21)</sup>。市としては、個別の事情に応じて、求職活動支援や福祉による自立支援を強化することで、持ち去り禁止への理解を求めた。しかし、事情は何であれ、結果としてこれらのホームレスはほぼ唯一の収入源を絶たれることに変わりはない。福祉による自立支援があるとの一事をもって、このような規制をホームレスに対してまで及ぼすことが憲法上許されるのかが、ここでは問われなければならない。

## (2) ホームレスの「職業選択の自由」

まず問われるべきは、ホームレスの人々のいかなる憲法上の権利が制約されているとみるかである。この点、ホームレスは集めたアルミ缶を換金して生計を立てていたのであるから、憲法22条の保障する「職業選択の自由」を制約していると見るのが自然であろう。事実、過去に古紙の持ち去りを禁止する条例が憲法に違反しないかが争われた世田谷清掃・リサイクル条例事件において、2審判決は、持ち去り禁止の規制が、営業の自由の侵害に当たるか否かという文脈で憲法論を展開している<sup>(22)</sup>。そして、憲法適合性の審査基準として、積極目的の規制の場合に用いられる明白性の原則を適用して、規制を合憲と結論づけている。

けれども、アルミ缶を集めるホームレスの人々の権利を、古紙回収業者の権利と同じ職業選択の自由として構成することには違和感を禁じえない。この点、職業とは、薬事法判決が述べるとおり<sup>(23)</sup>、「自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値をも不可分の関連を有するもの」であり、「社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有」するものである。これは有機的連帯を原理とする「分業社会」に組み込まれたロマン派的な職業観を語るものである<sup>(24)</sup>。他方、ホームレスのアルミ缶集めは、

---

(21) 川崎市の対応方針については、神奈川県川崎市環境局「資源物等の持ち去りへの対応方針」(2021年4月30日公表)を参照。

(22) 東京高判平成19年12月18日判時1995号56頁(最高裁は欠前提処理のため、この問題に言及していない)。なお、同判決の1審は、文言の不明確性を理由に憲法31条違反を認めたが、2審はこの理解を覆している。

(23) 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁(薬事法違憲判決)。

(24) 石川健治「営業の自由とその規制」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、2008

この有機的連帯から排除された彼らが、ようやくの思いで見つけた生業である。今更それを有機的連帯と称して、この分業社会にホームレスの人々を安易に組み込むことは、排除の事実を隠蔽することに他ならない。

そもそも職業選択の自由とは、封建制の否定の上に成り立つ資本主義の自由であるが、ホームレスは、その資本主義の競争原理からはこぼれ落ちた人々である。その彼らを、再び職業選択の自由で救い出せると考えるのは、ナイーブな想定にすぎる。さらに言えば、ホームレスの人々には、目下アルミ缶集めを除いて、他に魅力的な職業の選択肢があるわけではない。選択の自由は、複数の魅力的な選択肢があって初めて認められることからすると<sup>(25)</sup>、アルミ缶集めを職業として選んだからといって、そこに選択の自由があったとみるのは、これまたナイーブな想定である。

以上の議論は、ホームレスに職業選択の自由を主張させないことで、彼らの自由を否定しているように見えるかもしれない。しかし、真実は逆である。もしその思いを真剣に受け止めようとするなら、職業選択の自由では不十分なことは明らかである。職業選択の自由の下では、持ち去りビジネスを行う業者も、生存をかけて行うホームレスも、所詮は同じことをする営業主体でしかない。それでは「社会的相互関連性」の名の下に、自由を制約されることは目に見えている。事実、世田谷清掃・リサイクル条例事件が用いた「明白性の原則」のような緩やかな基準の下では、ホームレスの固有の事情を考慮する余地は一切存在しない<sup>(26)</sup>。

では一体、いかなる自由を主張すれば、ホームレスの存在をより良く基礎づけられるのか。この文脈で注目すべきは、軽犯罪法1条22号の規定であ

---

年) 150 頁。

(25) See Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Clarendon Press 1986) at 369-378.

(26) 他方、消極目的の規制とみれば、厳格な合理性の基準やLRAを要求することが可能となる(廃棄物処理法1条を参照)。しかし、一般廃棄物の収集及び運搬は市町村が自らの事業として実施すべきものであり、それに関する許可も、消極目的で問題となる営業許可のような警察許可ではなく、地域の業務量に応じて市町村の処理計画との整合性を担保するためになされる計画許可である。そこでは新規参入は基本的に禁止され、業者の独占体制が認められるため、積極目的に近い性質を有していると解される(関連して、最判平成16年1月15日判時1849号30頁参照)。

る。

### 3 「こじき」禁止の憲法適合性

#### (1) 物乞いという名の表現

軽犯罪法1条22号は、「こじきをし、又はこじきをさせた者」に対して、拘留又は科料に処するとしている。この規定は、刑罰としては軽いとはいえ、今日でも現実に適用をみる規定である<sup>(27)</sup>。

ここで注目すべきは、ホームレスによるアルミ缶収集は「こじき」そのものではないとはいえ、それと似通った構造を有している点である。すなわち、ホームレスの人々が、各住居を訪ね歩いてアルミ缶の物乞いをしたならば、それは金品を要求するものとして「こじき」に該当するとされる可能性がある。持ち去りの場合には、直接的な引き渡しの代わりに、廃棄→収集という迂遠なプロセスを辿る点に違いがあるにすぎない。

では、仮にアルミ缶を物乞いする行為が軽犯罪法1条22号の罪に当たるとして起訴されたとき、被告人は一体いかなる憲法上の主張をなしうるか。この文脈で「職業選択の自由」を主張するのは、明らかにミスリーディングである。「こじき」は相手方の善意に訴えかけて寄付をお願いする行為であり、対価を提供しないという点で職業としての性質をおよそ有さないからである。事実、仏僧が鉢を持ち食物を乞う托鉢は「こじき」ではないと解されているが、その理由は、宗教的行為(修行)の一環として信教の自由によって保障されるからであり、職業選択の自由による保障を受けるからではない<sup>(28)</sup>。

---

(27) 同規定の立法趣旨について、法務省刑事局軽犯罪法研究会編著『軽犯罪法101問』(立花書房、1995年)192-193頁。なお、同規定は明治41年制定の「警察犯処罰令」2条2号の規定を引き継いだものである。また、「浮浪の罪」も定めた軽犯罪法1条4号も参照。

(28) 内務省布達甲第8号(明治14年8月15日)は、僧侶の托鉢禁止を廃止し、托鉢者は管長の免許証を携帯すべきものとした。

この点で、アメリカでは、従来から物乞いをする行為 (begging, panhandling) は、修正1条の「表現の自由」の保護範囲に含まれると理解されてきたことは興味深い<sup>(29)</sup>。連邦最高裁曰く、「慈善目的で寄付を要求する行為は、様々な言論の利益を含んでいる。情報のやり取り、見解やアイデアの流布、宣伝、原因の唱導である。これらはいずれも修正1条の保護範囲である<sup>(30)</sup>」。たしかに、物乞いには単に金品を要求する行為とは違いがある。傷痍軍人が行う物乞いには、戦争被害を顧みない社会への抗議の意図が込められているだろうし、失業者が行う物乞いには、資本主義が生み出す富の格差への抗議が込められているかもしれない。

同時に、物乞いの自由は、それに応える側の権利でもある。公園での炊き出しは、それだけをみれば単なる食品の提供であるが、そこにはホームレスも社会の重要な構成員であるというメッセージを公衆に伝達する意図が込められている。それだけに、公園のような伝統的パブリックフォーラムで、一般人の目に入るような形で行うことには重要な意味がある。アメリカでは、公園における炊き出しを規制する条例について、連邦巡回控訴裁判所は、実施団体は「社会的経済的地位に関わらず、人々は皆等しく食糧へアクセスできることは人権である」とのメッセージを発しているとして、第1修正（表現の自由）の問題として議論すべきとしている<sup>(31)</sup>。

## (2) 生存権か、自由権か

以上の議論に対しては、物乞いと上記メッセージの結びつきは偶然的であり、物乞いを表現の自由として保護する必要はないとの批判がありうる。た

---

(29) アメリカにおける物乞い規制を含めたホームレス規制の現状については、橋本圭子「アメリカにおける反ホームレス法の憲法適合性 (1)」*広島法学* 39 巻 4 号 140 (77) 頁以下を参照。

(30) *Vill. of Schaumburg v. Citizens for a Better Env't*, 444 U. S. 620 at 632-633. 但し、同判決の事案は厳密にはNPOが「慈善目的で寄付を要求する行為 (charitable solicitation)」に関するものであって、ホームレスの物乞い (begging) に関するものではない点に注意を要する。後者の場合も保護範囲に含まれるかどうかは、それが象徴的表現として認められるかどうかにかかっている。

(31) *Fort Lauderdale Food Not Bombs v. City of Fort Lauderdale*, 901 F. 3d 1235 (2018).

しかに、見る人によっては、物乞いに何のメッセージも見出さない可能性はある。この点は、ある行為が象徴的表現として認められるのはいかなる場合かという論点である。一般にアメリカの最高裁では、①行為者が特定化されたメッセージを発する意図を有していること、②その行為を見た人によって、そのメッセージが理解される蓋然性(likelihood)が高く認められること、の2つの要件を満たせば、象徴的表現として保護されるとされている<sup>(32)</sup>。

物乞いの形態も多様であるから、上記の要件を満たすか否かはケースによるが(as applied)、一般にホームレスが公園や道路で物乞いする場合には、象徴的表現として保護を受ける場合が多いと考えられる。というのも、ホームレスにとっての物乞いは自らの生存を賭けた訴えであり、その行為に経済的側面しか見出さないことはあまりにも近視眼的だからである。もちろん、例えば地下鉄の中のように聴衆が囚われの身にある時にまで、物乞いの自由を認めることは、否定されるべきだろう<sup>(33)</sup>。しかし、托鉢が信教の自由の保障を受けることとのバランスから言っても、生存を賭けた訴えが表現の自由の保障を受けないとは考え難い<sup>(34)</sup>。

この議論に対しては、生存を問題にするなら、何も表現の自由によらなくても、生存権の保障で足りるという批判は考えられる。たしかに、物乞いをする必要がないように生活保護を実施するのは福祉国家の責務であるし、その方が当人の人格的利益の保護には資するかもしれない。しかし、生活保護の受給は権利であって、義務ではない<sup>(35)</sup>。行政の自立支援のルートから外

---

(32) Spence v. Washington, 418 US 405 at 410-11. 日本の文脈において、象徴的言論の議論が同じく妥当するかどうかは議論がある(福岡高那覇支判平成7年10月26日判時1555号140頁参照)。

(33) See Young v. New York City Transit Authority, 903 F.2d 146 (2d Cir.).

(34) 「生きるためのぎりぎりの『生存権』は、同じく自己保存の要請によって基礎づけられているはずの所有権を覆す切り札となる。」(長谷部恭男『神と自然と憲法と』(勁草書房、2021年)191頁)。

(35) この点で、生活保護申請にあたって、扶養照会が事実上のハードルとなっていた点は見逃せない。この問題をめぐって、2021年3月30日に厚生労働省の事務連絡『「生活保護問答集について」の一部改正について』によって、今後の運用においては要保護者の意思が尊重される方向で改善が見られたことは大きな進歩である。

れると排除されるような政策は、社会的包摂策として妥当とはいえない<sup>(36)</sup>。また、生活保障を国家との関係だけに落とし込むことは、一般市民からホームレスの窮状を覆い隠すことにもつながる。その実態を分かってもらおうと、直接市民に訴えかける行動を表現の自由の行使として否定する理由はどこにもない。

もとより、以上の議論は、「こじき」が表現の自由の保護範囲に含まれることを示したものにすぎず、その制約がいかなる場合でも許されないことを意味しない。時・場所・方法を規制する内容中立規制であれば、制約が正当化される余地はある<sup>(37)</sup>。しかし、現行の軽犯罪法は、いかなる限定を付すこともなく、およそあらゆる場面において「こじき」一般を規制していることからして、過度に広汎な（overbroad）規定と言わざるを得ない。表現の自由に対する萎縮効果が極めて大きいことに鑑みると、合憲限定解釈を施すことも難しく、当該条文は法令違憲と解すべきである<sup>(38)</sup>。

## 4 象徴的言論

### (1) 込められたメッセージ

そこで次なる問題は、その「こじき」と似通った構造を有するホームレスのアルミ缶集めをどのように評価すべきかである。この点、アルミ缶集めは誰かに直接的な働きかけをするものではなく、外形的にはごみ収集に過ぎな

---

(36) この点で包摂策を変遷させることで新しい自立支援の形を可能にするものとして、雑誌「ビッグイシュー」の包摂策が注目に値する（八嶽加容子「社会的包摂策変容の可能性―「ビッグイシュー」を事例として―」京都社会学年報 27 巻 69 頁以下）。

(37) もっとも、アメリカの連邦裁判所は Reed 判決（135 S. Ct. 2218（2015））以降、かかる規制を内容に基づく規制とみる傾向にある（*See, i. e., Norton v. City of Springfield*, III. 806 F.3d 411（7<sup>th</sup> Cir. 2015））。

(38) これに対しては、日本国憲法 27 条は「勤労の義務」を規定していることから、「こじき」の禁止はむしろ憲法上の要請であるとの批判が考えられる。しかし、様々な事情により勤労の義務を果たすことが困難な者に対してまで、この要請を貫徹することが妥当とは思われない。生活保護の仕組みを利用することが本人にとって困難な事情がある場合には、尚更そうである。

い以上、そこに純粋な表現行為を見てとることは容易ではない。また、ごみ集積場は、道路や公園のような伝統的パブリックフォーラムではないため、表現の場と解するのは難しそうである。殊に、日本の最高裁は、他人の管理権や財産権に服する場所における表現行為に全く価値を見出していない<sup>(39)</sup>。ほとんど狙い撃ちではないかと見られる事例でさえそうなのだから<sup>(40)</sup>、適正な廃棄物処理というより一般的な公益がある本件の場合には尚更そう理解されるはずである。

しかし他方で、アルミ缶集めに含まれる象徴的な要素を見逃すこともできない。ホームレスへのある聞き取り調査において、24年間にわたって路上生活を続けてきたCは、条例による回収の禁止の知らせを受けて、「空き缶は取ったらいいとおもう。そこから、市や住民との話し合いが始まる」と語ったとある<sup>(41)</sup>。つまり、空き缶集めが、市や住民との話し合いのきっかけになるということである。これは大変に重みのある一言である。なぜなら、これに倣えば、アルミ缶の持ち去りをホームレスに対して禁止することは、話し合いの機会を奪うことを意味するからである。

とはいえ、なぜアルミ缶の持ち去り行為から、話し合いが始まるといえるのか。何もアルミ缶を持ち去らなくても、話し合いはできるのではないか。そう考える人は、想像力が乏しい。そもそも物乞いすることが「こじき」として許されないこの世界では、行政や住民と話し合いをする手段は限られている。というのも、かの軽犯罪法の規定が、ホームレス＝「こじき」＝違法な存在という暗黙の類推を、私たちの無意識の裡に働かせるからである<sup>(42)</sup>。

---

(39) 最判昭和59年12月18日刑集38巻12号3026頁(吉祥寺駅構内ビラ配布事件)参照。

(40) 最判平成21年11月30日刑集63巻9号1765頁(葛飾事件)参照。同事件は、特定の政党のビラであることを理由に住民が警察に通報・逮捕したというものであり、適正手続の観点から大いに疑問が残る事案であった。

(41) 永橋爲介ほか「空き缶回収野宿者への聞き取り調査から検証する京都市『廃棄物の減量及び適正処理等に関する条例』改正プロセスにおける野宿者像とその向き合い方(下)」立命館産業社会論集、49巻1号85頁の発言参照。

(42) その意味で、ホームレス襲撃事件において時に語られる「見下した意識」の形成において、法はひとり無咎責でいることは許されない。法の負のシンボル作用に着目するものとして、志田陽子「シンボルをめぐる政治と憲法」法学セミナー738号(2016年)47-49頁参照。

その類推に抗して、ホームレスの側から話しかけるのには相当な勇気が必要となる。他方、行政は支援を通じて話し合う機会はあるが、そこでのホームレスは、あくまで保護の対象としての他律的な存在にとどまる。対等に話し合う自律的な存在としてのホームレスは、そこにはいない。

これに対して、アルミ缶集めであれば、ホームレスが主体となって、様々な問いを社会に投げかけることができる。実際、人は、空き缶を自転車の荷台に山積みしているホームレスの姿を見て、様々なことを感じているはずである。なぜアルミ缶を回収しているのか、なぜホームレスになったのか、なぜ生活保護に頼らないのかと考える人もいれば、街の美観にそぐわないとして不快感や嫌悪感を感じる人もいるだろう。無関心という人も中にはいるかもしれないが、それでも無関心を装うという意味での態度決定は迫られている。いずれにせよ、アルミ缶を集めるホームレスの姿を見た人々は、何らかの応答義務を課されているのである<sup>(43)</sup>。そこでは無言ではあるが、たしかに話し合いは始まっている。

## (2) 無言のプロテスト

これは民主主義の中の「われら」に安住する人々に対して、そこから排除されたホームレスが、社会に対してある種のプロテストに従事していることを意味する。民主主義の本質は、その構成員に平等な尊重と配慮がなされることにある。しかし、法が「こじき」を例外なく違法とし、また社会が野宿を困難とするような排除アート (hostile architecture) を用いるとき<sup>(44)</sup>、ホームレスがこの社会で平等な位置を占めていると見ることは困難である。その構造的差別の不条理を訴えて市民の関心を引き起こすためには、ホームレスが自ら主体となって、行政や市民に対して問題を提起することは不可欠であり、それはアルミ缶集めという彼らにほとんど唯一残された生き方をもって

---

(43) これは「他者」の「顔」を根拠に、受動的に応答責任が課されるとするレヴィナスの議論に通じている (E. レヴィナス (熊野純彦訳) 『全体性と無限 (上)』 (岩波文庫、2005年) 138頁)。

(44) 法におけるアーキテクチャの意義については、松尾陽編『アーキテクチャと法』 (弘文堂、2017年) 所収の諸論稿を参照。

して初めて効果的に表現できるものである。

もとより、アルミ缶収集が象徴的言論として認められたとしても、公共の福祉による制約には服する。そして、収集行為を行うごみ集積場は伝統的パブリック・フォーラムには当たらない以上、その制約が正当化される可能性は十分にある<sup>(45)</sup>。しかし、象徴的言論であるからには、政府の側には立法事実についての相応の立証責任が課される。特に、長年にわたりホームレスがアルミ缶集めを行ってきたという事実状態を覆そうとするからには、それがホームレスの排除を目的とする隠れた観点規制でないことを担保するために、政府は他に選びうる制限的な手段がないことを綿密に論証する必要があるだろう。少なくとも、適正な廃棄物処理というような抽象的な理由づけで、具体的人間としてのホームレスの存在を隠すことは許されるべきではない。

その立証責任を果たした結果であれば、同じ制約が正当化されるにしても、憲法的含意は全く異なる。職業選択の自由という見せかけの自由の衣を被せて、当該規制は不合理であることが明白とは言えないと述べることから、何も生まれない。しかし、ホームレスの生き方を一つの象徴として認知すれば、仮に規制によりアルミ缶収集は不可能になったとしても、対等な個人としては認められたわけであるから、話し合いの余地は生まれている。たったそれだけの違いであるが、その「たった」があるかどうか、私たちが近代立憲主義に踏みとどまれるかどうかを占う試金石である。現状はそれに失敗していると言わざるを得ない。

## 5 結— Sovereign Will

憲法1条にある天皇を象徴とする「総意」は、GHQ草案の sovereign will

---

(45) なお、集合住宅におけるピラ投函の事案では、邸宅侵入罪(刑法130条前段)で処罰しても憲法21条1項に反しないとされている(最判平成20年4月11日刑集62巻5号1217頁)。よって理論上はアルミ缶集めのための立ち入りもまた同罪に問うことは可能であるが、こちらは生存権の行使と隣り合わせであることが十分に考慮されるべきである。

を日本語に訳したものである。つまり、ここでいう総意は、主権による制約を背負ったものとして理解されねばならない<sup>(46)</sup>。そうである以上は、主権論に課された「一者」と「多者」の問いを引き受けざるを得ない。それは「多者」からいかにして「一者」へと至ることができるかという問いである。ここで天皇にその答えを求めることは、結論の先取りである。天皇を象徴とする総意とは何かと問われて、それは天皇であると答えることは、憲法1条を無意味な規定としてしまう。

かかる問題意識から、本稿は、「多者」の中でも見落とされがちなホームレスの存在をめぐって、議論を展開してきた。ホームレスは固有の居場所を有さないという点で、皇居という絶対的な位置を占める象徴天皇とは対極に位置している。その意味で、このホームレスを逆の象徴として見出す営みは、憲法1条の総意を基礎付ける上で不可欠な営為である。

本稿では、その逆の象徴性は、アルミ缶集めという象徴的言論によって示される可能性を示した。アルミ缶集めは、ホームレスが誰かに頼らず生計を立てるためのほとんど唯一の生き方であるとともに、それは同時に自身の実存のあり方を社会へ投企するという無言のプロテストでもあった。

この象徴的言論が認知された世界であれば、冒頭の柳美里の小説で示された主人公が、果たして別の行動を取ったのかは分からない。同じように、御料車に手を振ったのかもしれないし、あるいは背を向けたのかもしれない。ただいずれにしても、その時の彼は、無自覚にではなく、一人の主体として振る舞っていることだけは確かである。皇室と民主主義の調和を語るのであれば、最低限そのような主体性を確立することは必要である。

その意味で、象徴と逆の象徴の接近は、主権の存する国民の総意を成り立たせる上で、今後も不可欠である<sup>(47)</sup>。

---

(46) 嘉戸一将『主権論史』（岩波書店、2019年）で展開された二つの主権理解（主権と主権者の区別）を参照。日本国憲法1条にいう「総意」は、主権者の全能性を謳ったものではなく、その逆として理解されねばならない。

(47) 本稿は、矢島基美『現代人権論の基点』（有斐閣、2015年）第1部で投げかけられた問いに対する私なりの応答である。

【付記】本稿は、科学研究費補助金・若手研究(20K13322)の成果の一部である。

(一橋大学法学研究科准教授)