

高市改憲戦略と「国旗損壊罪」

成 嶋 隆

はじめに

本年四月一二日の自民党大会で、「時は来た。『（憲法）改正のめどが立った』といえる状態で来年の党大会を迎えたい」と豪語した高市早苗首相（党総裁）は、改憲に向けた諸施策（以下、「高市改憲戦略」と言う。）を強権的に展開している。

高市改憲戦略の概要は、以下のとおりである。全体として、安倍晋三元首相がかつて打ち出した改憲戦略に酷似している。

第一は、現行憲法への抜きがたい敵愾心ないし侮蔑の念が根底にあることである。もともと憲法改正は、自民党が一九五五年の結党以来の党是とするものだが、

党政綱の表現が「現行憲法の自主的改正」となっているように、同党の改憲主張の根底には、現行憲法は「押しつけ憲法」であるとの決めつけが横たわっている。この「押しつけ」論をふまえたうえで、安倍元首相は、「戦後レジームからの脱却」を唱えつつ、現行憲法を「みつともない憲法」とこき下ろした。今また、安倍政治を継承する高市首相は、憲法前文の「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した」という部分につき、「非常におめでたい一文」と侮蔑している。

第二に、改憲戦略の体系という点でも、高市・安倍の両戦略は共通点が多い。筆者のみるところ、両者とも次の五つの「作戦」から成っている点で共通してい

る。――①〈正面作戦〉憲法改正の〈本丸〉である明文改憲を狙うもの。テキストは未確定だが、自民党が二〇一二年に公表した「日本国憲法改正草案」がベースになるとみられる。②〈からめ手作戦〉解釈改憲（憲法典の文言は変えず、その解釈を変えること）により明文改憲と同様の効果をもたらす作戦。「憲法は集団的自衛権の行使を容認している」との閣議決定（安倍内閣、二〇一四年）が代表例。③〈外堀作戦〉違憲立法（憲法違反の法令）を制定して憲法の〈外堀〉を埋め、憲法規範を骨抜きにする作戦。二〇〇六年の改正教育基本法、二〇一五年の安保法制などの例がある。立法ではないが、殺傷能力を有する武器の輸出を解禁した「防衛装備移転三原則」および運用指針の改定（高市内閣、二〇二六年）も〈外堀作戦〉の一環といえる。④〈呼び水作戦〉改憲の機運を盛り上げるために、国民の賛同を得られると見込んだアジェンダを改憲項目に盛り込む作戦。安倍改憲戦略が打ち出した「改憲四項目」が代表例である。⑤〈土俵歪曲作戦〉改憲派に有利となるように改憲手続を改変する作戦。安倍元首相が提唱したが頓挫した「九六条先行改正」案、二〇〇七年の「日本国憲法の改正手続に関する法律」の

制定などの例がある。

以上のように、様々な手法を総動員するかたちで憲法の改変が企図されているが、そのなかで、標題の「国旗損壊罪」をめぐる問題はどのように位置づけられるか。この点、現行憲法には国旗条項が存在しないことから、国旗の問題は改憲問題とリンクするものではないといえるかもしれない。だが、以下に検討するように、現在企図されている「国旗損壊罪」の創設は、いわば現行憲法の心臓部を直撃し、立憲主義を瓦解させる危険な試みである。その意味で、他のいくつかの立法提案（国家情報会議・国家情報局設置法案、スパイ防止法案など）とともに、上記の改憲戦略の一つである「違憲立法」であることは間違いない。その危険性・問題性を剔抉するのが本稿の課題である。

I 「日の丸」の歴史

一九九九年の「国旗及び国歌に関する法律」により「日章旗」（日の丸）が「国旗」と規定されるまで、何が日本国の「国旗」なのかは法的には確定していなかった。こうした法状況の下で、「日の丸」が事実上「国旗」として扱われてきたという歴史的経緯がある。

本章では、明治初期にまで遡って「日の丸」の沿革をたどることとする。

1 明治初期～戦前期

国旗に関する最初の法令は、明治初期に制定された三つの太政官布告である。これらは、郵船・商船・陸・海軍に限定して「国旗」を規定したが、縦横比や日章の直径・位置・色などに相違があつた。明治初期においては、統一的な「国旗」規定は存在していなかったわけである。次いで、国旗についての最初の法律である船舶法（一八八九年）が第二条で「日本船舶ニ非ザレバ日本ノ国旗ヲ掲ゲルコトヲ得ズ」としたが、ここでも「国旗」≡「日の丸」との規定はなかった。

「日の丸」をめぐる戦前期の最大の出来事は、一九三一年に「大日本帝国国旗法案」が帝国議會に提出されたが、貴族院で審議未了・廃案となったという経緯である。この件について大川隆司は次のように解説している。

「大日本帝国のシンボルとしてはすでに天皇そのものの、及びその『御真影』が存在し、旗としても菊花を描いた『天皇旗』が存在する以上、ほかの旗を『国旗』

とするまでもないと、『皇室の藩屏』である貴族院が判断したためでしょう。」（一）

いずれにせよ、一九三一年という、軍国主義・国家主義が最も高揚した時期においてさえ、「国旗」を法定する試みは成功しなかったという事実は銘記されてよいだろう。

2 敗戦～国旗・国歌法制定

「日の丸」の戦後史は、GHQによる「日の丸」掲揚禁止措置に始まる。同措置はごく短期間で解除され、早くも一九五〇年には「君が代」とともに「日の丸」が復活する。そして、「日の丸・君が代」のその後の歴史は、周知のように、これらの国家シンボルへの忠誠が、主として学校教育を通して強要されるという深刻な問題状況を呈することとなった。

「日の丸」を「国旗」と位置づけ、学校儀式などで掲揚や敬礼を義務づけるという施策は、「日の丸は国旗だ」という国民の確信に基づく慣習法」と、早い段階から「国旗・日の丸」と規定していた学習指導要領（文部〔科学〕省告示）とを根拠としてきた。しかし、いずれの根拠論も批判に耐え得るものではなかったこ

ともあり、九〇年代に入り、「日の丸」掲揚等の徹底を追求していた政府は一定の行き詰まりに直面することとなった。そこに降ってわいたのが、一九九九年二月末に広島県立世羅高校長が「日の丸・君が代」問題で苦悩した末に自殺をするという悲劇であった。この事件を受け、野中広務官房長官（当時）は、「教育現場の混乱を解消するため」として国旗・国歌の「法制化」の方針を打ち出した。野中の弁明は、「戦後一貫して追求され、一九七九年には元号法の成立としてその一部が成功した国家的シンボルの法制化の課題を、この事件をまさしく奇貨として一気に達成しようとする本音を糊塗するものにほかならない」(2)が、これを機に国旗・国歌の法制化は一気呵成に進行し、一九九九年の「国旗及び国歌に関する法律」の制定という結果をもたらした。

ところで、「国旗損壊罪」の創設という本稿の論題との関係で、国旗・国歌法制定過程における重要な議論に触れておく必要がある。それは、同法に国旗・国歌の尊重義務を規定すべきかという論点をめぐる議論である。立法過程では、とくに自民党からこの種の規定を置くべきだとの強い主張がなされた。同党の中山

正暉議員らが一九九三年にまとめた「国旗法案」に「国旗は、厳粛に取り扱うものとし、その尊厳を汚してはならない」との規定があつた(3)。ことにも示されるように、法制化推進派には尊重義務規定への明らかな執着があつたのである。しかし、当時の小渕恵三首相は尊重義務規定を設けることに難色を示し、結局成立した国旗・国歌法は、国旗および国歌の定義規定(4)を置くのみで、国民に対しこれらの国家シンボルの「尊重」を義務づける規定は盛り込まれなかった。以上の経緯が示すのは、国旗・国歌法成立後の法状況は、国旗および国歌が国会制定法により正式に定義されたことを除けば、成立前と何ら変わらないということである。

Ⅱ 「国旗焼却」をめぐる日米の司法判断

本論である「国旗損壊罪」創設提案の問題性の検討に移る前に、「国旗損壊」のいわば典型的な行為態様であると思われる「国旗焼却」(Flag burning)をめぐるアメリカ合衆国および日本で生じた裁判例を、考察の参考材料として取り上げたい。

1 ジョンソン事件

合衆国における国旗焼却をめぐる裁判例の筆頭に挙げられるのは、一九八四年にテキサス州ダラスで開かれた共和党大会の際に行なわれた政治的デモンストレーションのなかで、デモ隊の一人が掲揚ポールから引きずり下ろした星条旗に灯油をかけてこれを焼却したグレゴリー・ジョンソンが、テキサス州刑法の国旗冒瀆罪に問われたジョンソン事件である。州の第一審および控訴審は有罪判決を下したが、州最高裁は、国旗冒瀆罪を規定するテキサス州刑法は、本件に適用される限りで違憲であると判示した。次いで、テキサス州からの裁量的上訴(5)を受けた連邦最高裁も州最高裁の違憲判断を維持した。(6)

連邦最高裁の判示で注目されるのは、ジョンソンの国旗焼却行為は「メッセージを伝達する意図」を含む「象徴的言論」(Symbolic speech)であり、言論の自由を保障する合衆国憲法修正第一条の保護を受けるとした点である。その際、同判決が援用した先例の一つが、ウェスト・ヴァージニア教育委員会対バーネット事件の最高裁判決(7)である。この判決は、国旗をめぐる言論に対する合衆国憲法のスタンスにつき、次

のような格調高い判示を行なっている。――「……我々は知的精神的に多様であり、あるいは正反対であってもよいとする自由の保障が社会組織を崩壊させるなどという恐れを抱くことなく、憲法の定める制約を適用する。……意見を異にする自由は、あまり小さな問題に限られるものではない。……その本質が試されるのは、現在の秩序の核心に触れる事柄に関しても意見を異にする権利である。我が憲法という星座に不動の星があるとすれば、……いかなる役人も、政治、国家、宗教あるいは他の個人の意見に関する事柄で何が正当であるかを決めることはできないし、また、市民に対してそれらに関する信念を言葉や行動で表現することを強制できないということである。」

なお、ジョンソン事件連邦最高裁判決に反発した連邦議会是一九八九年に国旗保護法(Flag Protection Act)を制定したが、連邦最高裁は一九九〇年の合衆国対アイクマン事件判決(8)において、同法についても違憲無効との判断を下した。

2 沖繩「日の丸」焼き捨て事件

本件は、日本における国旗焼却をめぐる唯一の裁判

例である。事案は、一九八七年一〇月二五日に開幕した第四二回国民体育大会（沖縄海邦国体）のソフトボール競技の開始式で、メインボールに掲揚されていた日の丸を引きずり下ろしたうえで焼却した知花昌一が器物損壊罪等に問われたものである。

事件の背景には、議会が「日の丸」強制反対を決議したり、八四〇〇人もの村民が「日の丸」掲揚反対署名をするなど、「日の丸」への抵抗感が強い読谷村が「日の丸」を掲げない国体を目指していたところ、日本ソフトボール協会の広瀬会長が、「日の丸」掲揚は国体開催要項に明記されているとし、読谷村が掲揚を拒否するなら会場変更も辞さないと通告したため、読谷村長が「断腸の思い」で「日の丸」を掲揚したといういきさつがあった。（９）

本件訴訟では、一審・那覇地裁が器物損壊罪等の成立を認めて懲役一年、執行猶予三年とした後、控訴審である福岡高裁那覇支部が一審判決を支持して控訴を棄却し、被告人側が上告しなかったため、控訴審判決が確定した。（１０）

本件訴訟の法廷論争を、先に紹介した合衆国における議論と対比させた場合、両者に大きな違いのあるこ

とに気づく。それは、合衆国では星条旗が国旗であることが法的に確定しており、かつ、国旗をめぐるいずれの事案においても国旗冒瀆行為を処罰する法律が俎上に上っていたのに対し、わが国の場合、沖縄の事件が起きた時点で「日の丸」を国旗であるとする法律的根拠はなかったし、「日の丸」冒瀆行為を処罰する法律も存在しなかったことである。この違いゆえ「日の丸」焼却事件では、そもそも国旗とは何かという争点が法廷論争の中心となり、この問題の根底にある思想・表現の自由に関する議論などは展開されなかった。この事情について、琉球大学の高良鉄美は次のように述べ懐いている。――「日の丸焼却事件の公判は、国旗論争から始まったが、法律論としては、確かに国旗を定める法律は無いし、焼却行為を禁ずる法も無いので、知花被告を罰せないという論法は有効ではあろう。しかし、憲法論としては、国旗の法定や焼却行為を罰する法があっても、なおそのような法は憲法の保障する表現の自由を侵害するものであるということになる。したがって、器物損壊罪で起訴されている被告を救済するには、憲法論の展開が必要で、日の丸焼却行為を表現の自由として構成し、器物損壊規定の適用を排除

する論法が有効であろう。……そのためにも我が国の法廷へ『象徴的言論』を概念的に導入することが大きな意味を持つであろう。」(11)

Ⅲ 「国旗損壊罪」創設提案の問題性

1 問題の経緯

(1) 外国国章損壊等罪

本章では、本稿のメイン・テーマである「国旗損壊罪」(日本国国章損壊等罪)創設提案のはらむ問題点の検討を行なう。手始めに、国旗損壊行為に関する現在の法状況と、「国旗損壊罪」創設提案の経緯を瞥見しておく。

前述したとおり、一九九九年制定の国旗・国歌法は定義規定を置くのみで、これらの国家シンボルに対する尊重義務を課したり、これらを損壊する行為に刑事罰を科すものではなかった。

一方、現行刑法には、一九〇七(明治四〇)年の制定時から「外国国章損壊等罪」が規定されている(刑法九二条)。次のような規定である。――「第九二条 ①外国に対して侮辱を加える目的で、その国の国旗そ

他の国章を損壊し、除去し、又は汚損したものは、二年以下の懲役又は二〇万円以下の罰金に処する。②前項の罪は、外国政府の請求がなければ公訴を提起することができない。」本条にいう「損壊」は国章自体を破壊または毀損すること、「除去」は客体そのものに変更を加えることなく場所的に移転すること、そして「汚損」は汚し、不潔にすることと解されている。「侮辱を加える目的で」との文言から、目的犯(犯罪構成要件要素として行為者の目的が必要とされる犯罪)に分類され、また第二項の規定は本罪が親告罪であることを示している。

外国国章損壊等罪は、現行刑法における唯一の国旗関連規定であるが、適用事例はさほど多くはない。本罪が適用されたケースとしては、一九五〇～七〇年代に起訴が三件、不起訴が三件(嫌疑なし二件、起訴猶予一件)あつたのみで、一九七七年以降は適用事例がない。

(2) 二〇一二年自民党案・二〇二五年参政党案
今次の「国旗損壊罪」創設問題に至る過程で、これまでに二つの立法提案がなされている。

一つは、二〇一二年五月に当時野党であった自民党が議員立法として提案した刑法改正案である。同案は、「第四章 国交に関する罪」の次に「第四章の二 国旗損壊の罪」を設け、そこに「第九四条の二」として次のような条文を置くものであった。――「日本国に対して侮辱を加える目的で、国旗を損壊し、除去し、又は汚損した者は、二年以下の懲役又は二〇万円以下の罰金に処する。」

もう一つは、参政党が二〇二五年一〇月に参議院に提出した刑法改正案である。条文（「第九四条の二」）は、損壊等の対象を「日本国の国旗その他の国章」とし、法定刑の「懲役」を「拘禁刑」に変えたほかは、上記の自民党案と同一である。

（３）二〇二六年自民党案？

以上の経緯を受け、総理の座に就いた高市早苗は、悲願であった「国旗損壊罪」の創設を改めて政策課題として打ち出した。今回の提案は、刑法改正ではなく新規立法によるものとみられているが、具体的な条文案はいまだ示されておらず、その策定は、自民党が三月末に設置したプロジェクト・チーム（以下「自民P

T」と略記する。）に委ねられている。

2 「国旗損壊罪」創設提案の検討

（１）論点① ―― 「立法事実」論

本節では、今次の「国旗損壊罪」創設提案の問題性を、いくつかの論点に即して検討する。

第一の論点は、同提案に「立法事実」の裏付けがあるかという問題である。「立法事実」(legislative fact)とは、法令の制定・改廃を基礎づけ、その必要性や合理性を支える社会的・経済的・科学的な一般的事実を指すものであり、「国旗損壊」にあてはめれば、当該行為に刑事罰を科すことが必要かつ合理的であることを示す諸事実ということになる。

これまでに自民党サイドから示された「立法事実」は、①「外国国章損壊等罪とのアンバランスの解消」、②「将来に向けて国旗損壊を抑止する必要性」などであるが、それぞれ以下のような問題点がある。まず「アンバランス解消」論については、引き合いに出された外国国章損壊等罪の立法趣旨を曲解している点が問題となる。同罪が刑法第四章の「国交に関する罪」

に置かれていることに示されるように、その趣旨は日本の外交上の利益を守ることにあるというのが通説的理解である。「アンバランス解消」論は「筋違い」の議論というほかはない。次に②の「将来に向けての抑止」論についていうと、この主張は、現時点においては国旗損壊行為が頻発していないことを事実上認めるものであり、「立法事実」論としては破綻している。総じて、「立法事実」については岩屋毅前外相の次の指摘があたっているといえよう。——「（あちこちで日の丸が壊されるなど）社会問題化しているわけではない。つまり立法の根拠となる『立法事実』がなく、その必要性が高まっているとは思えません。」（12）

（2）論点② —— 「保護法益」論

第二の論点は、「国旗損壊罪」の「保護法益」（法による保護に値する利益ないし価値）とされるものは何か、また当該「法益」は真に「保護」に値するかという問題である。保護法益について提案者側からは、「日本の威信・尊厳を象徴する国旗に対する愛情や誇り」、「国旗による国民の統合作用」などが挙げられているが、いずれも説得力を欠く。ここでは、この保護法益

論に対する批判的な言説を二つ紹介したい。一つは、前述した国旗・国歌法の制定時に論点となった尊重義務規定の是非についての政府答弁書（一九九九年六月一日）である。回答弁書は、刑法に「国旗損壊罪」の規定がない理由として、「国家の威信の保護の在り方として刑罰をもつて強制することが適当かという根本的な問題がある」と断言している。（13）もう一つは、二〇一二年の自民党による「国旗損壊罪」創設提案に対して発出された日本弁護士連合会会長声明の次のような主張である——「国家の威信や尊厳は本来国民の自由かつ自然な感情によつて維持されるべきものであり、刑罰をもつて国民に強制することは国家主義を助長しかねず、謙抑的であるべきである。」（14）

（3）論点③ —— 「対象行為」論

本論点は、提案されている「国旗損壊罪」がいかなる行為を処罰の対象としているか、またそれらの行為に刑事罰を科すことにいかなる問題があるかを問うものであり、目下の考察テーマの核心部分に位置する論点である。

自民党が「国旗損壊罪」の具体的な条文案をいまだ

提示していない（少なくとも本稿脱稿時点では当該情報が得られていない）ので、いかなる行為を処罰の対象としているかも現段階では不明である。ただ、前述したように「国旗損壊罪」創設提案が外国国章損壊等罪との「アンバランス解消」をその理由としていることからすれば、二〇一二年の自民党提案がそうであったように、外国国章損壊等罪の規定がモデルとされていることは想像に難くない。そしてこのことは、対象行為の確定に一定の困難をもたらす可能性をはらんでいる。すなわち、外国国章損壊等罪の規定には「外国に対して侮辱を加える目的で」との文言があるが、このような主観的違法要素は行為者の内心の自由を侵害する恐れがあるからである。条文案の策定を委ねられた自民PTもこの難点を意識しているらしく、「憲法が保障する表現の自由や内心の自由を侵すことがないよう、損壊の意図や目的といった主観的な要素は排除する方針を確認している。そのうえで、『公共の場所で』『人に著しく不快な感情を催させる方法で』といった案が検討されている（15）」と報じられている。

前述したように条文案が提示されていないので、以下では、外国国章損壊等罪の規定をモデルとする条文

案を想定したうえで、当該規定における対象行為について考察することとする。なお、本論点については、刑法学者・江藤隆之が「日本国章損壊等罪の立法に関する基礎的考察」と題する長文の論稿（16）において極めて緻密かつ冷徹な考察を行っている。もはや紙幅も尽きたので、筆者も学ぶところの多かった同論稿（以下、「江藤論文」と言う。）を紹介するかたちで考察を進めたい。

江藤論文で「対象行為」を論じているのは「VI 適用範囲の問題」の章である。ここでは、まず国章等を損壊したときに成立しうる現行法上の罪として、器物損壊等罪（刑二六二）、威力業務妨害罪（刑二三四）および建造物等侵入罪（刑一三〇）を挙げ、これらの罪の法定刑が「いずれも提案されている日本国章損壊等罪よりも上限が重い」ことを確認している。そして、例えば他人の日本国旗を損壊したときは、観念的競合（二個の行為が二個以上の罪名に触れる場合であり、それぞれの罪の法定刑のうち、最も重い刑により処断する）として器物損壊罪の法定刑が用いられるので「日本国章損壊等罪を制定する意味はない」とする。威力業務妨害および建造物等侵入がある場合も、日本国章損壊

おわりに

等罪は無意味であるとする。こうした考察を経て江藤論文は、「提案されている日本国章損壊等罪が独自の意味を持つ場面」は「①自己所有の国旗を、②他者の管理する場所に侵入せず、③業務を妨害しない形で損壊した場合」に限定されると結論する。そこで、次に問題となるのは、その限定的な場合を処罰範囲に含むことが許されるかである。この点、江藤論文は、外国国章損壊等罪について「私人が私的に掲揚した国旗を損壊すること、国際関係上好ましいことではないが、処罰には値しないと解すべき」との見解が通説であることを確認し、「同罪とのバランスを意図して制定されるという日本国章損壊等罪もまた、私的に掲揚されている国旗には適用しないという解釈が通説となるだろう」と結論づけ、日本国章損壊等罪の無意味さを説いている。江藤論文の「結語」は、次のような小気味よい一文で結ばれている。――「真の課題は、実質的に死文化が予想される条文制定にあえて政治的経済的コストをかけることが国家にとって真に有益であるか否かの検討にある。」

以上、本稿では「国旗損壊罪」創設提案の問題性を検討してきた。考察を終えるにあたり、提唱されている「国旗損壊罪」の適用上の難点について付言しておきたい。

ここまでの考察からは、いずれ提案されるであろう「国旗損壊罪」の条文案が、「侮辱の目的」といった主観的要素ではなく、行為の外見的態様に着目して処罰対象を定めるようなものとなることが十分に予測される。このこと自体は、人権保障に資する刑事立法のあり方として肯定的に評価しうるかもしれないが、他方では、かかる法条は具体的な事案への適用に際していくつかの困難に直面する。例えば、「損壊」された物が真に「国旗」であるのかが問われる可能性がある。先にみた国旗・国歌法は、「国旗」の「制式」を仔細に法定している（前掲注（4）参照）ので、「損壊」対象がその「制式」に合致するものでなければ、本罪は成立しないことになる。（17）もう一つの困難さは、自民PTの議論にあった「人に著しく不快な感情を催させる方法で」という行為態様の認定に関わる。国旗に

対するなんらかの毀損行為が「人」（他者）に「著しく不快な感情」を「催させた」ことを誰がいかなる方法で認定するのが直ちに問われることは間違いない。そもそも、かかる行為態様を処罰の対象とすることは、先に検討した「立法事実」について、「国旗に対する愛情や誇り」や「国旗による国民の統合作用」といった「事実」が挙げられていたことと無関係ではない。すなわち、そこには、国民の大多数が「日章旗」に愛着の念をもち、この旗が「国民統合」の役割を果たしている、したがってこの旗を損壊することは、見る者にある不快感を惹起する、という無論証の決めつけがあるのである。しかし、例えば、沖縄「日の丸」焼き捨て事件において、「日の丸」を引きずり下ろして焼き捨てた知花の行為が周囲の観衆の拍手喝さいを浴びた事実、学校儀式における「日の丸」掲揚や敬意表明の強要に対し多くの教職員が抵抗している事実などに示されるように、「日の丸」に対する国民感情は決して一様ではない。一方に、オリンピックなどの国際競技の表彰式に掲揚される「日の丸」を見て感涙にむせぶ者もいれば、他方には、この旗が「旧」日本軍がアジアの国々の人たちに突きつけた銃剣の先につけ

られていた⁽¹⁸⁾という史実を知り、これを「日本国旗」として受け入れることに抵抗感を覚える者もいるだろう。このように、「国旗」観が多様化している事実をふまえるならば、政権にとつて都合の良い「国旗」観のみに依拠する立法には大いなる疑問符が付くといわざるをえない。

【注】

(1) 大川隆司『国旗・国歌とこころの自由』高文研、二〇〇五年、四四頁。

(2) 成嶋隆『国旗・国歌法』の憲法・教育法的検証』杉原泰雄先生古稀記念論文集刊行会編『二一世紀の立憲主義——現代憲法の歴史と課題——』勁草書房、二〇〇〇年、三七六頁。

(3) この規定が一九三一年「大日本帝国国旗法案」の第一条（国旗ノ取扱ハ嚴肅ヲ旨トシ苟モ尊嚴ヲ汚瀆スヘカラス）に酷似しているのが注目される。

(4) 国旗については、一条一項で「国旗は、日章旗とする」と定め、同一項で「日章旗の制式は、別記第一のとおりとする」と規定する。別記第一「日章

旗の制式」には、画像の後に「一寸法の割合及び日章の位置」および「二彩色」が定められている。さらに、同法の附則③は、「当分の間」として、別記第一とは異なる寸法比率と日章の位置を特例として認めている。

(5) 「裁量的上訴」(certiorari) は、アメリカ法に特有の制度であり、上訴を受理するかどうかが上級裁判所の裁量にかかる場合を指す。(田中英夫編集集表『BASIC 英米法辞典』東京大学出版会、一九九三年、二七～二八頁参照)

(6) Texas v. Johnson, 57 L.W. 4770 (1989).

(7) West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 576 (1969).

(8) United States v. Eichman, 496 U.S. 310(1990).

(9) 高良鉄美「日の丸焼却と表現の自由(上)」琉大法学四八号(一九九二年三月) 七七～七九頁。

(10) 福岡高那覇支判平七・一〇・二六判例時報一五五五号(一九九六年四月) 一四〇頁。

(11) 高良鉄美「日の丸焼却と表現の自由(下)」琉大法学四九号(一九九二年九月) 二〇頁。

(12) 毎日新聞二〇二六年一月一日付。

(13) 衆議院議員石垣一夫君提出「国旗・日の丸、国歌・君が代」法制化等に関する質問に対する答弁書。

https://www.shugin.go.jp/internet/itdb_shitsumona.nsf/html/shitsumon/b145031.htm

(14) 刑法の一部を改正する法律案(国旗損壊罪新設法案)に関する会長声明。

https://www.nichibenren.or.jp/document/statement/year/2012/120601_2.html

(15) 朝日新聞二〇二六年五月二二日付。

(16) 江藤隆之「日本国章損壊等罪の立法に関する基礎的考察」桃山法学四四号(二〇二六年) 二三～五〇頁。(以下、同論文からの引用には注を付さない。)

(17) この事情は、国旗・国歌法における「制式」の法定が「裏目に出た」ことを示唆する。

(18) 浦部法穂「国旗・国歌法」法学教室二三二号(二〇〇〇年一月) 特集「クローズアップ憲法」二四頁。

(なるしま たかし 新潟大学名誉教授・日本教育法学会元会長)

補説：論文「高市改憲戦略と『国旗損壊罪』」の「にいがた県民教育研究所ホームページ」への掲載にあたって

このたび、『にいがたの教育情報』144号（2026年6月刊）に掲載された拙稿「高市改憲戦略と『国旗損壊罪』」（同誌18～30ページ）が、発行者である「にいがた県民教育研究所」のご厚意により、同研究所のホームページに掲載されることになりました。また、拙稿を脱稿した5月中旬以降、「国旗損壊罪」創設問題をめぐる情勢が急展開していることに鑑み、ホームページへの掲載を機に「補説」を執筆してはどうかとの提言もいただきました。これらのご高配に感謝し、本稿にて拙稿の考察を補足いたします。

上記のように拙論脱稿後に情勢の急展開がみられ、この「補説」を執筆している6月29日時点での情勢の特徴として、以下の諸点が確認されます。第1は、提案の具体的な内容が明確になったことです。提案の形態としては、刑法の一部改正法案ではなく、単行法としての「国旗の損壊等の処罰に関する法律案」という形態がとられ、各条文の規定も確定しております。第2は、法案の規定に新たに論争の火種となりうる文言が盛り込まれていることです。例えば、「定義」に関する第1条には、「国旗」とは、「国旗及び国歌に関する法律（……）に定める国旗として用いられていると社会通念上認められる有体物をいう。」（下線は成嶋。以下同じ）と定められております。つまり、国旗国歌法が仔細に定めている「日章旗」の「制式」に厳密には従っていなくとも、〈国旗らしく見える旗〉を損壊した場合も処罰の対象となる、ということです。「罰則等」を定める法案第2条にも問題があります。同条の第1項は「人に著しく不快又は嫌悪の情を催させるような方法により、公然と国旗を損壊し、除去し、又は汚損した者」を処罰の対象としておりますが、同条第2項には、「前項の方法に該当するかの判断は、行為の外形、周囲の状況その他の客観的な事情を総合的に勘案して行うものとする」という、驚くべき規定が置かれています。要するに、取り締まり当局の恣意的な「総合的勘案」による処罰が条文上も容認されているというわけです。現情勢の第3の特徴は、国旗損壊処罰法案の問題性がより鮮明になったことを受け、これを批判する論陣にも議論の精緻化がみられるという点です。例えば、この法案が違憲立法であることはもはや明らかですが、では憲法のどの規定に違反するかという点につき、議論が精緻になってきました。これまでは、憲法19条の思想・良心の自由（内心の自由）および21条の表現の自由に違背するとの批判論が中心でしたし、拙論もこの2カ条に違反するとのスタンスをとりました。これに対し、直近の批判論には、新たに憲法31条の「罪刑法定主義」に違反する、さらには「法の下での平等」に関する憲法14条が禁ずる「信条による差別」に当たるとの論調がみられるようになりました。拙論はこの2つの憲法規定との関連については触れておりませんでしたので、その不明を恥じるころですが、上

記の法案第 2 条第 2 項の規定は、まさしく罪刑法定主義に背馳するものであり、同法案の違憲性を増幅させていると思われます。罪刑法定主義とは、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と定める憲法 31 条の基礎にある憲法原則であり、そのエッセンスは、〈いかなる行為が禁止されているか、また、違反した場合にいかなる罰が科されるかを国民に対して公正に告知するため、犯罪と刑罰は、国民代表機関である国会の定める法律により、前もって明示されなければならない〉という点にあります。この罪刑法定主義には、「法文の明確性」の要請が当然に含まれており、刑罰法規の文言が漠然・不明確である場合は、そのことだけで違憲と判断されます。罪刑法定主義の問題は、今後の論戦において重要な論点になると思われますので、上記のようなこの原則の意義を再確認しておくことが必要でしょう。なお、やや細かい論点ですが、6 月 26 日の衆院内閣委員会で日本共産党の畑野君枝議員が、被疑者逮捕の原則である令状主義の例外として認められる現行犯逮捕に言及しているのが注目されます。畑野議員は、とくに警察官のみならず一般私人も現行犯逮捕ができることに着目し、「警察官や私人による主観的判断によって逮捕され、取り返しのつかない人権侵害を受けることになる」、「一般市民に疑心暗鬼を呼び起こし、思想・信条の異なる市民同士がお互いの言動を監視し合う社会につながりかねない」と警告しています (<http://www.hatano-kimie.jp/report/18435>)。きわめて重要な指摘といえるでしょう。

「補説」の最後に、掲載された拙稿における記述の誤りを訂正させていただきます。論文 22 ページ下段の最終行に、沖縄「日の丸」焼き捨て事件を「日本における国旗焼却をめぐる唯一の裁判例」と記述しましたが、その後の調べで、1996 年に、旧日本海軍殉職者記念碑付近に掲揚されていた「日の丸」が燃やされる事案(器物損壊罪適用)があったことが分かりました。お詫びして訂正(補足)いたします。

(2026 年 6 月 29 日 成嶋 隆)