

## 公法判例研究

中村, 英樹  
九州大学院法学研究科修士課程

九州公法判例研究会  
九州大学院法学研究科修士課程

<https://doi.org/10.15017/2054>

---

出版情報 : 法政研究. 63 (1), pp.287-305, 1996-07-21. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

## 公法判例研究

九州公法判例研究会

日の丸旗焼き捨てと象徴的表現行為——沖縄国体日の丸

旗焼却事件控訴審判決

福岡高等裁判所那覇支部刑事部平成七年一〇月二六日判

決、平成五年(ウ)第一六号

## 一、事実の概要

今回とり上げる判決は、昭和六二年に沖縄県で開催された第四二回国民体育大会夏・秋季大会（以下「沖縄国体」とする）の中の、読谷平和の森球場で行われた少年男子フットボール競技会（以下「本件競技会」とする）の開始式において、外野スタンドのスコアボード屋上のセンターポールに掲揚された日の丸旗を引き降ろして火をつけた上、同球場にいる人々に掲げて見せた後その場に投げ捨てその

半分を焼失させた被告人の行為が、器物損壊罪、威力業務妨害罪、建造物侵入罪に当たるとして起訴された事件の控訴審判決である。一審の那覇地裁は、被告人側からの公訴権濫用、訴因不特定、威力業務妨害罪及び建造物侵入罪の構成要件への該当性なし、可罰的違法性の不存在、正当防衛等及び正当行為による違法性阻却の主張をいずれも却け、結局一罪として器物損壊罪の刑で懲役一年、執行猶予三年の判決を下した<sup>1)</sup>。この一審判決は多様な論点を含んでいたが、憲法との関連から見て特に注目される点は、被告人側からの①仮に犯罪の嫌疑が認められるとしても軽微事件として起訴猶予処分が相当であるのに、あえて起訴したのは憲法一四条に違反した公訴権の濫用であるから無効である旨の主張、②起訴状記載の公訴事実には器物損壊罪の対象たる器物に関し「国旗」と記載しているが、わが国に国旗が存在するか否か、またいかなる旗が国旗であるか法制化されておらず確定していない以上、「国旗」という記載は意味不明であり本件公訴提起は訴因不特定で無効である旨の主張、③財団法人日本フットボール協会（以下「日ソ協」とする）の弘瀬勝会長（以下「弘瀬会長」とする）による日の丸旗掲揚強制により、読谷村民らの思想・良心の

自由、意思決定の自由（地方自治）、「日の丸のない国体」を行おうという表現の自由が不正に侵害されたのだから、これに対してなされた被告人の器物損壊行為は正当行為あるいは自救行為として、威力業務妨害行為及び建造物侵入行為は緊急避難あるいは自救行為として、違法性が阻却される旨の主張、④器物損壊行為は防衛行為、表現行為及び抵抗行為であり、手段の相当性、法益権衡、必要性及び緊急性もあるので正当行為として違法性が阻却される旨の主張、に対する判断である。順次見ていくと、まず①に関しては、現行法制下では、「公訴提起が無効とされるのは公訴提起自体が職務犯罪を構成するような極限の場合に限られるべきであり」、本件公訴提起はそのような場合に当たらないと判断、次に②に関しては、「国旗という用語は、法律等により国家を象徴する旗として用いるべきものと定められた旗をいう場合もあるが」、「事実上国民の多数により国家を象徴する旗として認識され、用いられている旗をいう場合もある」と指摘した上で、「国内関係において国民統合の象徴として用いる場合の国旗については何らの法律も存せず、国民一般に何らの行為も義務づけていない」<sup>2</sup>もの、「現在、国民から日の丸旗以外に国旗として扱わ

れているものはなく、また多数の国民が日の丸旗を国旗として認識して用いているから」、公訴事実中の「『国旗』とは『日の丸旗』を指すと理解でき」と判断、また③に関しては、「本件競技会の開始式において日の丸旗を国旗として掲揚するかどうか」は「その主催者らの意思によって決定すべき事柄であり、その意思決定過程においては、確かに「弘瀬会長の発言には穩当を欠く点もあったが、これは、読谷村実行委員会が適切な時期に方針を確定し、必要に応じて日ソ協との協議に及ばなかったことが一因となっており」、「このような発言があったことから読谷村実行委員会の意思決定の自由を不当に奪ったということでは、結局、主催者らの意思決定に基づいて日の丸旗が国旗として掲揚されることが決定されたのだから、それが「不正の侵害」や「現在の危難」に当たるとは認められないと判断、そして④に関しては、「民主主義社会においては、自己の主張の実現は言論による討論や説得などの平和的手段によって行われるべきであり、自己の主張を実現するための被告人の実力行使は手段において相当とはいえず、正当行為であるとはいえない」と判断している。また裁判所は、その量刑理由において、「読谷村で生まれ育つ

た被告人が、同村における沖繩戦の歴史、とりわけチビチリガマの集団自決の調査等をおして日の丸旗に対して否定的な感情を有するに至ったこと自体は理解し得ないわけではない」と、焼却行為に至った心情に一定の理解は示しているものの、「民主主義社会においては決して容認し難い逸脱した行為といわざるを得ない」として、それを表現行為の文脈ではとらえず、あくまで量刑理由以上の意味を与えてはいなかった。

控訴審においては、被告人側が「日の丸＝国旗かどうか」という論点を取り下げたため、裁判の焦点は、沖繩の歴史と現状を認識した上で、日の丸旗を焼却した被告人の行為を「表現行為（所謂、象徴的表現）」としてとらえるかどうかということに集まり、一審判決であまり触れられないことのなかった、沖繩の歴史と現状への認識と、「象徴的表現」の法理への裁判所の判断が注目された。

## 二、判決要旨

### 控訴棄却

(1) 法令解釈の基礎となる前提事実の誤認の主張について

本件競技会の開始式における日の丸旗の掲揚は主催者である読谷村実行委員会と主管者である日ソ協との協議により実施されたもので、主催者らの意思決定に基づくものであるとの原判決の認定に対する、被告人側からの事実誤認の主張について、本判決は以下のように述べる。すなわち、読谷村長で読谷村実行委員会長の山内徳信（以下「山内村長」とする）が、当初「日の丸旗の掲揚に前向きな発言をしていた」にもかかわらず、「その後の村議会の決議や村民団体の動向、これに見られる村民感情に配慮して」、読谷村実行委員会の「内部的には日の丸旗を掲揚しないで開始式を行う意向を固めたものの」、「協議を求めても同意を得られない自信がなく、反対されることをおそれて、このことについて日ソ協に対し協議を求めようとさえしなかった」ために、「本件競技会の直前に至って、読谷村実行委員会の意向を知った日ソ協側に見れば、日の丸旗を掲揚しないで開始式を行うことは予期しなかったことであり」、「日ソ協の最高責任者である弘瀬会長がこれに抗議し、強い調子で方針の転換を要求したのは当然のことであつて」、「このことに関する記者会見の席上あるいは読谷村関係者との折衝の場での弘瀬会長の発言には穏当を欠

く点がなかったわけではないが、もともと日の丸旗を掲揚しないこととするについては、それまでの読谷村実行委員会の態度に問題があつたうえ、問題の緊急な解決が要請された当時の状況にかんがみると、弘瀬会長の…発言は、読谷村実行委員会の再考を強く求めるための駆け引きとしてされたものと理解でき、これを一方的に非難するわけにはいか」ず、「他方、読谷村実行委員会は、弘瀬会長のこの強固な発言に直面して、急遽、それまでの方針を転換し、日の丸旗の掲揚に踏み切つたものである」ので、「これを弘瀬会長の違法な強制にとみることとはできず、本件日の丸旗掲揚は、曲折はあつたにしても読谷村実行委員会と日ソ協との協議により合意され実施されたものであり、それに関して、読谷村実行委員会の意思決定の自由が損なわれたということとはできない」。

(2) 訴訟手続の法令違反の主張について

① 公訴権濫用の主張について

器物損壊罪は一般的には軽微事件として起訴猶予処分が相当とされており、本件日の丸旗焼却行為については、告訴権者の処罰を求める意思の希薄さ、弘瀬会長による日の丸旗掲揚強制への抗議活動としてなされたのであるから表

現の自由との関係で特に慎重な配慮を必要とすること、法的根拠もなしに日の丸旗掲揚を強制した弘瀬会長と較べて被告人のみを不平等に扱って起訴したことなどから、本件起訴は公訴権の濫用であり無効である、という被告人側からの主張に対し、本判決は、「検察官の裁量権の逸脱が公訴提起を無効ならしめる場合」とは、「公訴提起が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られるというべきである（最高裁判所昭和五五年一月一七日決定・刑集三四卷七号六七二頁参照）」と、一審の判断を繰り返したうえで、被告人の本件行為については、「犯行の動機、手段、態様、結果等からすると、本件起訴が公訴権濫用として無効とされるような極限的な場合に当たらないことは明白であり、また、「被告人の本件行為が国体関係者や社会一般に与えた衝撃の重大性にかんがみると、本件日の丸旗焼却行為を単純な器物損壊と同視できないものがあり、本件起訴を目して不当ということとはできない」と判断した。

② 告訴意思の瑕疵の主張について

本件器物損壊についての山内村長の告訴は、右翼団体による連日の妨害や脅迫の下で、<sup>6</sup>告訴については山内村長に任せるとの被告人の意見を徹したうえで行われたものであ

るから、同村長の真意に基づくものとはいえず告訴意思には瑕疵があり、有効な告訴を欠くものとして公訴棄却すべきである旨の被告人側からの主張に対し、本判決は、山内村長がその告訴調書において「この告訴は、自由な意思に基づくもので人から強制されたものではありません。私としては、告訴することは事件の発生したその日に既に決めておりましたが、本件競技会の円滑な進行をおもんばかってその終了後に告訴することにして、外部の人々の意思によって左右されて告訴したものではありません。」と明らかにしていることなどから、「同村長の告訴意思には何らの瑕疵もなかったことが認められる」としている。また、脅迫や妨害の事実があったことは認められるものの、「このような事実が山内村長の告訴意思そのものに影響を与えたとみることはできない」として、被告人側の主張を却けている。

### (3) 法令適用の誤りの主張について

①威力業務妨害罪の構成要件に該当しないとの主張について

被告人の行為によって会場に混乱が生じたわけでもなく、競技を開始しようと思えばいつでも開始できたのに本件競

技会の開始が一五分ほど遅れたのは、日の丸旗の再掲揚を要求した弘瀬会長の言動によるものであり、本件行為とは相当因果関係がないから業務妨害の具体的危険性が生じたとはいえず、また、被告人は本件行為を自己の表現行為と考えていて「威力」に当たるとの認識を欠き、威力業務妨害の故意もなかった旨の、弁護士側からの主張に対し、本判決はまず「威力」と「妨害」の意義について、「威力業務妨害罪の『威力』とは、人の意思を制圧するような勢力をいい、同罪の成立には、その威力の行使によって現実業務妨害の結果が発生したことは必要ではなく、その結果を発生させるおそれのある行為をすれば足りると解される」として一審判決と同様の理解に立つ。次いで本件について検討を加え、「被告人の本件行為は、日の丸旗の焼却に伴い直後の再掲揚を不可能ならしめるのみならず、大勢の観客が見守る中、多数の関係者により整然と行われていた本件競技会の開始式の運営上、極めて異常な事態として、その運営に携わる関係者らに対し、できる限り本件行為による影響をなくし、従前どおり開始式及びそれに続く競技会を整然と進行させるための対応ないし努力を余儀なくさせるものであり、現実にも：関係者による日の丸旗の再掲

場、会場を沈静化するための挨拶等が行われ、競技会の開始が約一五分遅れるなどしたのであるから、本件行為をもつて、本件競技会の運営に携わる者の意思を制圧する勢力の行使があつたというに十分であり、かつ、それによる業務妨害のおそれも生じていたことが明らかである」と判示し、また、「弘瀬会長の指示により日の丸旗の再掲揚がされ、競技会の開始もそれを待つなどしたため遅れたことは、…読谷村実行委員会及び日ソ協の協議により日の丸旗の掲揚が合意されていた以上、本件行為に対応する必然の経過であり、本件行為と相当因果関係を欠くものとみることはできない」とした。そして、被告人の故意の有無については、被告人は、「弘瀬会長の申入れの結果、本件競技会の開始式において日の丸旗が掲揚されることになったことを知りながら」、本件行為を行ったのであるから、それが「開始式の進行を妨げるおそれのあるような異常な行動であり、…そのために開始式やそれに引き続き競技会に何らかの混乱を与えかねないものであることを当然に認識していたと認められ、被告人に業務妨害罪の故意が存在したことは明らかであり、「仮に被告人が日の丸旗掲揚反対の表現行為として本件行為に及んだとしても、それは、単

に本件行為の目的にすぎず、そのような目的を有していたからといって、本件行為が『威力』に当たることの認識認容がなかつたということとはできない」として、被告人の故意を認めた。

②建造物侵入罪の構成要件に該当しないとの主張について

本件スコアボードは開かれた競技施設に付属するものであり、被告人の侵入態様も、当初観客も気づかなかつたほどであつて私生活上の平穩を定型的に害する行為とはいえないから、本件スコアボードの屋上はいまだ「建造物」の一部には該当せず、また被告人には、正当行為の実現として、「故なく」侵入するとの認識は全くなかつた旨の被告人側からの主張に対して、本判決は、本件スコアボードの形状や一階の鉄製格子戸が当時施錠されていたことなどから、「本件スコアボードが読谷村及び読谷村実行委員会の長である山内村長が看守する『建造物』に当たるとは明らかである」として、「本件スコアボードの屋上も『建造物』の一部として保護されるものというべきである」と判示し、故意の有無についても、「本件スコアボード南西側（裏側）側面の花ブロックをよじ登つて本件スコアボード

屋上に侵入した」被告人の行為は、「建造物の管理支配を定型的に害するものであることは明らかであり、被告人においても、これが本件スコアボードの管理権者の意思に反するものであることを十分に認識していたものと認められ、建造物侵入罪の故意があったということができる」とした。

### ③可罰的違法性の不存在の主張について

被告人が焼却した日の丸旗と切断したロープは経済的にほとんど価値のないものであり、また競技会の開始が遅れたのも弘瀬会長による日の丸旗再掲揚の命令のためであつて、建造物侵入に対する管理権の侵害もほとんどないなど、本件行為による法益侵害の程度は極めて軽微であり、また、読谷村、同村民、被告人らの精神的自由権を回復するため本件行為の必要性があつたといえ、更に、そのための日の丸旗焼却は表現行為として正当であり、それによつて回復しようとした法益は精神的自由権であつて、侵害された財産権等も軽微であり法益権衡があるので相当性もあり、本件行為は可罰的違法性を帯びない旨の被告人側からの主張に対し、本判決は、「所論は、読谷村民には日の丸旗に対する忠誠心がなく、これを忌避しようという意識のみがあつたのであるから、本件日の丸旗は、国民統合の象徴と

しての機能を果たしておらず、布切れとしての効用しかなかった旨主張するけれども、本件日の丸旗は、主催者らにより国旗として掲揚され現に利用されている際に焼却されたものといえるから、読谷村民らに日の丸旗を忌避しようとする意識が強かつたとしても、本件日の丸旗が布切れとしての効用しなかつたなどとは到底いえない」とした上で、「日の丸旗それ自体の価値は僅少なものであつても、被告人の本件行為は決して軽微なものではない」とし、また、「本件日の丸旗掲揚は、…主催者の一員である読谷村実行委員会と主管者の日ソ協との協議により合意のうえで行なわれたものであつて、主催者らの意思決定に基づくものであり、決して弘瀬会長の違法な強制によるものではないから、これによつて読谷村、同村民、被告人らの精神的自由権が侵害されたものとはいえず」、本件行為の必要性があつたとはいえないので、「相当性の有無を論ずるまでもなく、本件行為について可罰的違法性がないと考えることはできない」と判示した。

### ④正当防衛又は緊急避難の主張について

弘瀬会長により違法に強制された日の丸旗掲揚が続けられている限り、急迫不正の侵害又は現在の危難が存在する



というべきであつて、本件行為はそれによつて侵害された読谷村、同村民、被告人らの思想・良心の自由及び地方自治権に基づく意思決定の自由を防衛しようとした正当な回復行為及びそれに不可避的に付随する行為であつて、正当防衛又は緊急避難として違法性が阻却される旨の被告人側からの主張に対し、本判決はまず、「本件日の丸旗掲揚は、読谷村実行委員会と日ソ協との協議により合意のうえであつて、弘瀬会長の違法な強制によるものではない」とくり返し、したがつて「読谷村、同村民、被告人らの思想良心の自由、表現の自由及び地方自治権に基づく意思決定の自由が侵害されたということはないから：急迫不正の侵害又は現在の危難があつたということではない」とし、また、「本件日の丸旗掲揚は、被告人らこれに反対する読谷村民にとっては自己の信条に反する不本意な事態であつたであろうと考えられるけれども、本件競技会の開始式に観客として参加するか否かは各人の自由であり、また、参加して自己の信条として日の丸旗掲揚を認めるか、あるいはそれを無視するかも自由であり、それによつて何らの不利益も受けることはないのであるから、：特定の思想信条

を強制するものということではできず、思想・良心の自由の侵害には当たらない」とした。

次に、被告人が本件日の丸旗掲揚を急迫不正の侵害又は現在の危難と認識し、これに対する正当防衛又は緊急避難として本件行為が許されると判断したかについて検討し、被告人が日の丸旗掲揚までの経過を認識していたこと、本件行為後直ちに逃走したことなどから、被告人は上述のような認識は全く持つておらず、「本件日の丸旗掲揚に抗議するため、逮捕起訴され処罰されることを覚悟の上であえて本件行為に及んだものと認めるのが相当である」とした。また、開始式の前日までは日の丸旗は端のポールに掲揚されると聞いていたのに、当日になつてセンターポールに日の丸旗が掲揚されたためにこれを焼き捨てることを決心した旨の、被告人の公判廷における供述については、「被告人の公判供述によつても、当日、日の丸旗がセンターポールに掲揚されるに至つた経緯については認識していなかった」ことや、「本件行為当日あらかじめ：カッターナイフを用意していたこと」などから、「当日、センターポールに日の丸旗が掲揚されたことは、被告人の予期に反するものではなく、それを見て初めて犯行を決意したとい

うものではなかったものと認められる」ので、当日に日の丸旗がセンターポールに掲揚されたこと「をもって被告人が急迫不正の侵害又は現在の危難と誤認するようなことはなかったものというべきである」とする。

そして、本件行為は抵抗権の行使であり、日本国憲法二条以下に定める憲法原則の擁護の権利の実行又は緊急事態における憲法擁護義務の履行として違法性が阻却される旨の被告人側の主張に対しては、本件日の丸旗掲揚は主催者らの意思決定に基づくものであり弘瀬会長の違法な強制によるものではないとの認定をくり返したうえで、「誹谷村民の思想・良心の自由などの基本的人権を侵害するものではないから、所論は、その前提を欠くものであ」としたが、「もつとも、」とつづけて、沖繩戦で多くの一般住民が犠牲になったことや、チビチリガマと呼ばれる洞窟における誹谷村民の集団自決の事実、被告人が日の丸旗に対して反感を持つようになった経緯について触れ、「これによると、被告人ばかりでなく、沖繩県民、とりわけ誹谷村民の中に日の丸旗に対して本土の住民の中にあるより以上の強い拒否的感情が存することは十分に理解できるところであり、被告人が本件行為のような行動に走ったことの背景に

は「このような「歴史的、社会的事実が存することは明らかである」と述べる。しかし更につづけて、「しかしながら、このことについて広く一般の理解と共感を得るためには、誰でもが相当と認める手段・方法によって根気よくこれを説き、訴え続けることが必要なのであり、被告人の本件行為のごときはその手段・方法において民主社会の到底受け入れ難いところである」として、上述のような「歴史的、社会的背景事実は被告人の心情を理解するうえでは十分意義のあることであるにしても、これを被告人の行為の正当性ないしは適法性を根拠づける事由とすることはできない」と判示する。

##### ⑤象徴的表現行為の主張について

被告人の本件日の丸旗焼却行為は、日の丸旗の掲揚強制に抗議し、その不当性を社会に訴える目的でなされたもので、客観的にもその目的でなされたものと受け止められたものなので、憲法二一条の表現の自由に基づく象徴的表現行為であり、本件建造物侵入と威力業務妨害もそれに不可避的に付随するものである。本件行為は全体的に象徴的表現行為に当たり正当行為として違法性が阻却される旨の被告人側からの主張に対し、本判決はまず、「象徴的表

現行為の法理は、アメリカの判例において形成された理論であり、我が国の憲法の下でこの法理が認められるか否かの問題はしばらくおき、理論的にみて、この法理の適用により被告人の本件行為が不処罰と解し得るかどうかをみることにする」と述べる。そして一般的に、「象徴的表現行為とは、通常の文字又は言語による表出方法に代えて、通常は表現としての意味を持たない行為によって自己の意思・感情等を表出することをいい、(1)行為者が表出する主観的意図を有し、(2)その表出を第三者(情報受領者)が表現としての意味を持つものと理解することを必要とする。そして、象徴的表現行為が処罰されるかどうかの限界については、当該処罰による規制の目的が自由な表現の抑圧に關するもの(表現効果規制)か、それとも表現の抑圧に無関係なもの(非表現効果規制)かによって結論を異にする。前者の場合には、表現の内容の規制に關するいわゆる厳格な基準によって処罰の合憲性が判断される。それに対し、後者の場合には、いわゆるオプライエン・テスト(規制する側の利益と規制される側の不利益との利益較量)によって判断され、その際、①規制目的・対象が表現効果に向けられていないこと、②当該規制が重要であること、③当該

規制が表現行為を不当に制約していないこと、④代替の表現手段があることなどが考慮されなければならない」と述べた後、本件行為が象徴的表現行為といえるかどうかについての検討にはいる。

まず上述の(1)(2)の要件について判決は、(1)の主観的要件に關しては認めるものの、(2)の客観的要件については、行為の態様が「読谷村平和の森球場において本件競技会の開始式が整然と行われている最中に、本件スコアボード屋上に侵入し、日の丸旗を焼却するなどしたというものであるから」、「球場内の観客らにおいて、被告人の本件行為をもって、開始式における単なるハプニング又は妨害行為としてではなく、日の丸旗掲揚反対行動として理解し得たかどうか疑問なしとしないというべきである」とする。

次いで判決は、適用法令の性格を検討し、「本件行為が象徴的表現行為に該当するとしても、これに適用される器物損壊罪は個人の財産を、建造物侵入罪は私生活の平穩を、業務妨害罪は業務の安全を、それぞれ保護法益とするものであるから」、それらの「規制目的・対象は表現効果に向けられておらず、表現の抑圧とは無関係といえ、しかも、我々の社会において」そのような「各法益が十分に保護さ

れることは極めて重要なことというべきである」として、本件行為はそのような各法益を侵害したものであるから、これに対しそれらの「各罰則を適用することにより、被告人の表現行為を不当に規制することにはならない」と述べ、以上から「仮に象徴的表現【行為】の法理に従ったとしても、本件行為は象徴的表現行為として不処罰とされるための要件を欠くものであり、これに各罰則を適用しても「何ら表現の自由を侵害するものではないというべきである」とした。

また、アメリカのジョンソン事件の判決<sup>9</sup>と同様に解釈して不処罰とすべき旨の被告人側からの主張について、判決は、ジョンソン事件と本件を比較して以下のように述べる。すなわち、まずジョンソン事件の場合、「ジョンソンは国旗冒瀆罪でのみ起訴されたのであり」、事件のときに「ジョンソンがあつた法的状況は、自己所有の旗を公然と燃やしたに等しいといえるのであり、まずこの点において、被告人の本件行為とは明らかに異なっている」。そして、ジョンソン事件の場合は、国旗冒瀆罪の保護法益として考えられる「静穏な治安の維持」と「国家統合の象徴としての国旗の価値」のうち、後者の問題すなわち規制の目的が

自由な表現の抑圧に関係する場合の問題であつて、「この点においても、非表現効果規制の場合に当たる被告人の本件行為とは大きく異なっているものであり、…ジョンソン事件と本件とを同列に論じることとはできない」。

更に、被告人の本件行為に対する当該各罰則の適用違憲の主張についても、「本件行為は、象徴的言論の法理によつても不処罰とされるための要件を満たしていないのであるから、…前提を欠くものであるとして却けた。

### 三、評釈

本判決の論点は多岐にわたっており、それぞれについて問題を孕んでいるように思われる。まず本判決の基礎をなす事実認定に関して、日の丸旗掲揚に至る経緯における弘瀬会長の発言を、<sup>10</sup>「穏当を欠く点がなかつたわけではないが、…読谷村実行委員会の再考を強く求めるための駆け引きとしてされたもの」として、「本件日の丸旗掲揚は、曲折があつたにしても読谷村実行委員会と日ソ協との協議により合意され実施されたもの」と認定したことについては、弘瀬会長の発言の内容やその態様、読谷村実行委員会の態度を問題としていふこととのバランスなどからして、はた

して妥当であったか疑問が残るであろう。また、公訴権濫用の主張を却けた判断においても、法益侵害の程度が比較的軽微と思われる本件の起訴について、「被告人の本件行為が国体関係者や社会一般に与えた衝撃の重大性にかんがみると、単純な器物損壊と同視できないものがある」と述べるとき、何故衝撃が重大なのか、そこには「日の丸旗」国民統合の象徴としての「国旗」という前提があるのでないか、だとすれば、本件起訴については、「日の丸旗」という器物損壊の対象による、憲法一四条違反といえるような思想的な選別の要素が含まれていないのかどうかを、もっと詰めて論及すべきであったのではないかと思われる。

威力業務妨害罪と建造物侵入罪の構成要件該当性の判断に関しては、ともにやや特殊な事例ではあるが、基本的な論理は、それまでの判例を受けた一審判決と同様である。

また、可罰的違法性不存在の主張について、日の丸旗の国旗としての価値を認めた上で、被告人の行為の態様と法益侵害の状況（「国旗」として現に利用されている日の丸旗及びロープの棄損、スコアボード屋上の平穏な管理の侵害、国体競技会の運営の妨害）からして、消極的判断を示しているのも、近年の判例の流れと同様である。

以下では、憲法との関連で特に重要と思われる、一審判決よりも幾分踏み込んだ判断を示したと考えられる、正当防衛又は緊急避難の主張に関する判断と象徴的表現行為の主張に関する判断の部分について、やや詳しくみていきたい。

① 正当防衛又は緊急避難の主張に関する判断について

被告人側は、弘瀬会長により違法に強制された日の丸旗掲揚とその継続により、急迫不正の侵害又は現在の危難が存在するというべきであり、本件行為はそれにより侵害された読谷村、同村民、被告人らの思想・良心の自由及び地方自治権に基づく意思決定の自由を防衛しようとした正当な行為であって、正当防衛又は緊急避難として違法性が阻却される、と主張した。これに対する裁判所の判断は、前述の通り、本件日の丸旗掲揚は主催者らの意思決定に基づくものであるという認定を基に、したがって被告人側が主張する諸自由の侵害はなかったから、急迫不正の侵害又は現在の危難はなかった、というものであったが、その前提となる事実認定の妥当性はひとまずおくとしても、上の判断に続く部分、すなわち「本件日の丸旗掲揚は、被告人らこれに反対する読谷村民にとっては自己の信条に反する不本意な事態であったであろうと考えられるけれども、本件

競技会の開始式に観客として参加するか否かは各人の自由であり、また、参加して自己の信条として日の丸旗掲揚を認めるか、あるいはこれを無視するかも自由であり、それによって何らの不利益も受けることはないのであるから、  
 …特定の思想信条を強制するものということはできず、思想・良心の自由の侵害には当たらない」と述べる件は、裁判所の一種の「開き直り」ともとれるのであり、諸自由侵害の主張の相手方が私人たる日ソ協及び弘瀬会長であるとしても<sup>(11)</sup>、本来日の丸旗とは必然的関連性を持たない国体競技会の開始式において、日の丸旗という、歴史的にみて極めて強い思想性を持つものを掲揚するにつき、観客の側の選択可能性という観点からのみで論じ尽くせる問題なのか(そこにおいて「自由」にしても、「本件日の丸旗が布切れとしての効用しかなかったなどとは到底いえない」として、本件日の丸旗に特定の価値を認めた判断と矛盾するのではないかと思われるが)、また、本当に何らの不利益を受けることにもならないのか<sup>(12)</sup>が、日の丸旗掲揚決定までの過程の民主的正当性との関連も含めて、問題とされるべきであろう。

また、本件行為を抵抗権の行使及び憲法擁護義務の履行

として違法性を阻却すべきとした被告人側の主張に対する判断において、本判決は、沖縄戦の歴史やチビチリガマの村民集団自決、それらの調査を通じて被告人が日の丸旗に對して反感を持つようになった経緯に触れ、被告人の本件行為の背景にはそのような「歴史的、社会的事実が存することは明らかである」と明言している。しかしそのような本件行為の背景は、後述するように、象徴的表現行為の客観的要件の判断要素として考慮されることはなく、「被告人の心情を理解するうえで十分意義のあること」とされるに留まっている。そして、日の丸旗に対する拒否的感情について「広く一般の理解と共感を得るためには、誰でもが相当と認める手段・方法によって根気よくこれを説き、訴え続けることが必要なのであり、被告人の本件行為のごときはその手段・方法において民主社会の到底受け入れ難いところである」という件を読む限りでは、「象徴的表現(あるいは象徴的言論)」と呼ばれる類型のうちの主要な問題領域、すなわち一見犯罪の構成要件に該当するような表現行為は、「民主社会」においては表現の自由を享受できる余地は全く無いかの如きである。では本判決は、「象徴的表現行為」に對してどのような判断を下したといえるの

であろうか。

②象徴的表現行為の主張に関する判断について

学説においては、「象徴的表現（行為）」又は「象徴的言論」（以下、判決に倣い「象徴的表現行為」で統一<sup>13</sup>）と呼ばれる表現類型を、憲法二一条の保障範囲に含ましめる説が有力であり、<sup>14</sup>このことは憲法二一条が「…その他一切の表現の自由」を保障している趣旨からしても正当であろうと思われるが、判決は、「象徴的表現行為の法理は、アメリカの判例において形成された理論であり、我が国の憲法の下でこの法理が認められるか否かの問題はしばらくおき<sup>15</sup>」として、その採用を留保している。その上で判決は、「理論的にみて」、該法理の適用により被告人の行為を不処罰とできるかを検討するが、まず一般的に、象徴的表現行為の定義については、「象徴的表現行為とは、通常の文字又は言語による表出方法に代えて、通常は表現としての意味を持たない行為によって自己の意思・感情等を表出することをい<sup>16</sup>」う、としており、学説のそれと大差はなく、その要件も、「(1)行為者が表出する主観的意図を有し、(2)その表出を第三者（情報受領者）が表現としての意味を持つものと理解することを必要とする<sup>17</sup>」として、主観的要件と

客観的要件を設定する点で、学説におけるとほぼ同様である。<sup>18</sup>次に、象徴的表現行為の保障の限界については、学説においては内容規制と内容中立規制を区別し審査基準に差異を設けることに反対する一元説も存在するが、<sup>19</sup>両者を区別して異なった違憲審査基準を適用する二分論が（論者によって境界領域について若干の違いはあるものの）多数説であり、<sup>18</sup>本判決も、表現行為に対する規制を「当該処罰による規制の目的が自由な表現の抑圧に関するもの（表現効果規制）」と「表現の抑圧に無関係なもの（非表現効果規制）」とに二分し、前者の場合は「いわゆる厳格な基準によって処罰の合憲性が判断され」、後者の場合は「いわゆるオプライエン・テスト（規制する側の利益と規制される側の不利益との利益衡量）によって判断され」る、としている。以上のような判決が提示する枠組みは、連邦最高裁判所のジョンソン事件判決の法廷意見の示したアプローチと全く同じである。<sup>19</sup>

そして判決は、上述の判断枠組みにしたがって被告人の本件行為を検討するが、その中では、本件日の丸旗焼却行為が象徴的表現行為に該当するための客観的要件が疑問に付されている。理由は、該行為の態様が「本件競技会の開

始式が整然と行われている最中に、本件スコアボード屋上に侵入し、日の丸旗を焼却するなどしたものであるから」ということであるが、これは、行為の暴力性・違法性等が表現の意図を不明確にする<sup>(20)</sup>という判断に基づくものと考えられる。しかしながら、行為の暴力性や違法性は表現の自由として保護されない<sup>(21)</sup>ということの決め手にはならず、観衆において行為者のメッセージを理解し得たかどうかは、その行為の行われた時間、場所、状況、同時代的背景や出来事、そのときの一般公衆の関心事、用いられた象徴の認知普及の程度、範囲、象徴とメッセージ内容との関連性等から確定されるべきであり、<sup>(22)</sup>本件については、焼却行為が行われたのが、判決も認定したように悲惨な戦争体験を持つ沖繩なканずく読谷村であったということ、その舞台となった開始式は日の丸旗掲揚に関して様々な曲折を経ており、そのこと自体は広く認知されていたこと、弘瀬会長が、日の丸旗が掲揚されなければ会場の変更や選手の引き揚げもあることを記者団に対し公言していたこと、国体開催決定後、沖繩では日の丸・君が代をどう扱うかの議論が行われていたこと、該日の丸旗が「国旗」として掲揚されていたこと、更に、現に使用されていた日の丸旗を引き降ろし

て焼却したことは、被告人の抗議の意思をむしろ明確化すると思われること等を考慮すると、本件焼却行為が観客らにおいて表現行為として理解された、すなわち日の丸旗掲揚に抗議する象徴的表現行為とされる客観的要件をも満たすと考えてよいように思われる。

次に判決は、本件適用法令の性格を検討し、器物損壊罪、建造物侵入罪、業務妨害罪の「規制目的・対象は表現効果に向けられておらず、表現の抑圧には無関係といえる」とする。この点は一応肯首し得るとしても、問題となるのは次のオプライエン・テストによる利益衡量である。学説においては、オプライエン・テスト自体に対する批判もあるが、<sup>(23)</sup>仮にオプライエン・テストに則して利益衡量するとしても、本判決では、「本件行為が象徴的表現行為に該当するとしても」（傍点筆者）、我々の社会において器物損壊罪、建造物侵入罪、業務妨害罪それぞれの保護法益が「十分に保護されることは極めて重要なことといふべきである」から、それらを侵害した本件行為を処罰しても「被告人の表現行為を不当に規制することにはならない」とされており、表現の自由という重要な利益が、特に本件においては軽微な侵害を被ったに過ぎない個人の財産、私生活の



平穩、業務の安全に劣後されている。ここでもし、「本件行為が国体関係者や社会一般に与えた衝撃の重大性にかんがみ」て「単純な器物損壊と同視できない」という考慮が働いていたとすれば、それはまさにメッセージがメッセージたるが故の規制、判決がいうところの表現効果規制であるといえるのではないかと思われるが、いずれにしてもここでは表現の自由に相当の価値付けが与えられてはいない。

判決は、アメリカのジョンソン事件判決との相違点を挙げ、本件をジョンソン事件と同列に論じることができないとし、それは確かに判決の述べる通りであると思われるが、以上みてきたように、判決が行った判断枠組みにしたがったとしても、本件行為が日の丸旗掲揚に対する抗議を示す象徴的表現行為として不処罰とされる余地は相当にあったと思われる。

これまで労働争議や政治的表現活動を扱った判例の中で現れたのが、所謂「言論プラス」と呼ばれる表現行為類型に関する判断であったのに対し、本判決は、「象徴的表現行為」という表現行為類型について言及している点、また、沖縄の歴史や被告人の心情に対して、一審判決よりも幾分

踏み込んだ表現で理解を示してみせはした点について、一定の評価はできるように思われる。しかし、沖縄の歴史や被告人の心情に対する言及も、判決全体の中で然るべき位置付けを与えられておらず、リップサービスの域を出ていない印象であるし、結局日本国憲法の下で象徴的表現行為の法理は認められるのかどうか、その手段・方法の相当性はなにを考慮して判断されるのか等については、不明瞭な部分を残したままである。被告人が上告しなかったことで本裁判は幕を閉じたが、そして被告人においても、メディアを用いて自らの意見を広く観衆に伝えるという象徴的表現行為の目的は達したといえるかもしれないが、表現行為そのものを規制するのではない法令が多数を占める中、今後本件類似のケースが再び裁判の俎上に載ることも予想される。その際には、本判決の曖昧性を払拭し、各人の表現手段の多様性と結果の予測可能性を担保して、表現の自由の実質的保障に資するような判決が示されるべきであろう。

(1) 那覇地裁平成五年三月二三日判決、判例時報一四九九号一五七頁、判例タイムズ八一五号一一四頁。一審判決に対する評釈として、古川純「日の丸」焼却事件」法学教

室一五五号一〇八頁、木下智史「日の丸焼き捨てと表現の自由」法学セミナー四六四号六四頁、高良鉄美「『日の丸』旗焼却と表現の自由」法学教室判例セレクト一九九三年七頁。

(2) 一九九一年、大阪府立東淀川高校の卒業式と入学式で日の丸旗掲揚を妨害したとして、大阪府教育委員会から訓戒処分を受けた同校の教諭と実習助手が「日の丸掲揚の強制は違憲で、処分は不当」として大阪府と校長を相手に損害賠償を求めていた裁判の判決が、一九九六年二月二二日、大阪地裁で下され、その中で日の丸について「日本を象徴する国旗との慣習法が成立している」と、本件よりも踏み込んだ判断を示した(毎日新聞一九九六年二月二三日朝刊参照)。

(3) 昭和六一年一二月、読谷村議会において「日の丸旗掲揚、君が代斉唱の押しつけに反対する要請決議」が採択されている。

(4) 註(3)と同じころ、読谷村内において日の丸旗掲揚や君が代斉唱の強制に反対する旨の署名が村民の三割近い八〇〇〇名余りから集められている。

(5) 山内村長の、日の丸旗を掲揚しないという意向を知った弘瀬会長は、昭和六二年一〇月二二日、同村長に対し電話で、日の丸旗を掲揚しなければ会場の変更や選手の引き揚げがあり得る旨を伝えた、とされる。また同月二三日、記者団に対し、日の丸旗の掲揚等が行われない状態であれ

ば会場の変更、選手の引き揚げを考えざるを得ないと語った。

(6) 本判決では、日の丸旗焼却行為後の同年一〇月二七日、読谷村役場に対し男から爆破予告の脅迫電話があり、翌二八日には被告人の経営するスーパーマーケットが放火されたり、右翼関係者が村内を回るなどしていたことが認定されている。なお、右翼団体によるその後の訴訟妨害等については、下嶋哲朗「ルポ『日の丸』裁判(1)」(37)「法学セミナー」四二四〜四六〇号に詳しい。

(7) 焼却された日の丸旗は、三五〇〇円(下嶋哲朗「強制された日の丸」法学セミナー四六四号五六頁によると三二〇〇円)とされる。

(8) 開始式自体は、本件行為後も予定どおり続行された。

(9) *Texas v. Johnson*, 109 S. Ct.2533 (1989).

この判決に対する評釈、研究としては、奥平康弘「国旗焼却と表現の自由」法律時報六一巻一〇号一〇〇頁、遠藤比呂通「国旗・象徴・表現の自由」法学教室一一〇号二六頁、同「自由とは何か」(日本評論社一九九三年)三五頁、紙谷雅子「象徴的言論としての国旗の焼却」ジュリス ト九六三号一三四頁、同「象徴的表現(1)」(4)「北大法学論集四〇巻五・六合併号七三〇頁、四一巻二号四六四頁、四一巻三号二二二頁、四一巻四号五八二頁、高良鉄美「象徴的言論小考」『公法学の開拓線』(手島孝先生還暦祝賀論集)(一九九三年)二九頁、伊志嶺恵徹「星条旗焼却事件

にみる象徴的言論と司法権」琉大法学四八号四五頁などがある。

なお、本判決後のアメリカ社会の反応を概観したものと  
して、清水隆雄「国旗冒瀆と憲法改正」ジュリスト一〇八  
二号一七〇頁がある。

(10) 註(5) 参照

(11) 日ソ協の上部団体である財団法人日本体育協会が制定した「国民体育大会開催基準要項」には、大会の開始式には「国旗掲揚」として日の丸の掲揚を必ず取り入れるものとされているが、各競技別の開始式については、右基準要項を受けた「国民体育大会開催基準要項細則」により、「国旗掲揚」は取り入れられていない。ところが、沖縄県実行委員会常任委員会が決定した「沖縄国体開始式・表彰式実施要項」では、各競技開会式の式典内容に「国旗掲揚」が取り入れられている。また、沖縄国体を二年後に控えた一九八五年九月、文部省は公立学校の入学式・卒業式での「国旗と国歌の適切な取り扱いの徹底」を求める通知を出し、日の丸の浸透を図っている。判決のように本件日の丸掲揚を日ソ協と読谷村実行委員会との「合意」としてしか見えないならば、今回の事件の裏にある「誰が、どのような目的で、「国旗」の掲揚に固執するのか」という問題が見えなくなるように思える。

下嶋前掲註(6)、高良前掲註(9) 四六、四七頁、五〇  
一五頁、横田耕一「憲法と天皇制」(岩波書店 一九九

〇年) 一一二、一一八頁参照。

(12) この点、蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編「講座憲法学3」(日本評論社 一九九四年) 一〇五頁は、示唆に富む観点を提供してくれるように思われる。

(13) 用語法については、紙谷前掲註(9) 論文(1) 七二二、七二一頁参照。

(14) 伊藤正己「憲法(新版)」(弘文堂 一九九〇年) 三〇七頁、佐藤幸治「憲法(第三版)」(青林書院 一九九五年) 五一三頁、阪本昌成「憲法理論III」(成文堂 一九九五年) 四二、四四頁。

(15) 伊藤前掲註(14) 三〇七頁、芦部信喜編「憲法II人権(1)」(有斐閣 一九七八年) 四五三頁(佐藤幸治執筆)、阪本前掲註(14) 四二頁、紙谷前掲註(9) 論文(1) 七二四頁。

(16) 芦部編前掲註(15) 四八〇頁、阪本前掲註(15) 四二頁、紙谷前掲註(9) 論文(2) 四〇四頁。

(17) 市川正人「表現の内容規制・内容中立規制二分論」長谷部恭男編著「リーディングズ現代の憲法」(日本評論社 一九九五年) 九九頁。

(18) 芦部信喜「憲法学II」(有斐閣 一九九四年) 二二七、二三五頁、佐藤前掲註(14) 五二五、五三四頁、樋口陽一「憲法」(創文社 一九九二年) 二一九頁、戸波江二ほか「憲法(2)」(有斐閣 一九九二年) 一五四頁(松井茂記執筆)。ただし、奥平康弘「憲法III」(有斐閣 一九九三年) 一八六頁は、いくつかの問題点を指摘する。また、阪

本前掲註(14)三四〜三七頁は、このような二分論を批判し、「表現行為規制／非表現行為規制」という二分論モデルを提示する。

- (19) Texas v. Johnson, 109 S. Ct. 2538—2539.
- (20) 池端忠司「象徴的言論」岩間昭道／戸波江二編『憲法II(第三版)』(日本評論社 一九九四年)一四七頁参照。
- (21) 紙谷前掲註(9)論文(1)七〇二頁。
- (22) 紙谷前掲註(9)論文(2)四〇七頁。
- (23) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣 一九八一年)二六八〜二七一頁、芦部編前掲註(15)四八一〜四八二頁。

※本判決の資料入手に関し、琉球大学法文学部の高良鉄美教授に大変御世話になった。ここに記して謝意を表したい。

(中村 英樹)