

意見陳述

ただいまご紹介にあずかりました、桃山学院大学の江藤でございます。

本日は、意見を述べる機会をいただき、ありがとうございます。

刑法研究者の立場から、刑罰法規新設についての理論面と適用面に分けて意見を申し上げます。

1 理論面

a) 立法事実

まず、理論面について申し上げます。

刑罰法規を新設する場合には、単に「その行為は望ましくない」というだけでは足りません。刑罰は、国家が個人に対して科す最も強力な制裁であり、用いるには、必要性、相当性、処罰範囲の明確性が求められます。ここで問題となるのが、立法事実です。

立法事実とは、法律の必要性を根拠づける事実であり、目的だけでなく手段の合理性も含みます。つまり、刑罰の新設によらなければ解決できないという事実も必要です。

たとえば、他人の所有する国旗を損壊した場合には、現行法においては、器物損壊罪の問題となります。また、建物に侵入して国旗を損壊したような場合には、建造物侵入罪なども問題となり得ます。さらに、業務妨害や侮辱などを伴う場合には、それぞれ既存の刑罰法規によって対応可能です。

そうすると、本法案が独自の意味を持つのは、主として、自己の所有する国旗を他人の業務を妨害する等なく損壊するという、自己所有物を用いた比較的穏当な表現を処罰するときのみということになります。そうすると、表現の自由等との抵触が問題となりますし、立法事実としてもその必要性・相当性の説明が不十分であると考えます。

b) 保護法益

第2に、保護法益についてです。法案骨子では、保護法益を「国旗を大切に思う国民感情」としています。たしかに、感情を法益とする規定は現行法にも存在します。しかしながら、感情法益の曖昧さや、今回法案が規制する対象が民主社会において重要な表現の自由であることに鑑みると、単に国民感情というだけでは保護法益として不十分であると考えられます。刑法学では、社会倫理・道徳を守らせるためだけに刑罰を使ってはならないという意味で、保護法益が重視されます。今回の法案が、社会倫理・道徳を超える法益を示しているかには疑問が残ります。

c) 客体

次に、客体の問題があります。

国旗国歌法は、国旗を日章旗と定め、その制式を示しています。しかし、法案第1条に規定されている客体の規定は、制式から外れるものを含む趣旨であると解釈できます。すると、「国旗損壊」ではなく「国旗のようなもの損壊」を処罰することになり、客体が不明確となって、罪刑法定主義上の問題が生じます。

d) 行為態様

行為態様の規定についても同様の問題があります。

法案は、「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、公然と国旗を損壊等した者」を処罰対象としています。「公然と」とは、刑法では、不特定または多数人が認識し得る状態を意味すると解されます。そのため、配信や SNS 投稿にも公然性が認められ、政治的抗議や芸術表現との境界が問題になります。立法の議論や骨子において「対象ではない」と説明されているとしても、制定された条文がこれらを含みうると解されるならば、これらを処罰対象に含んでしまう可能性があります。

また、「人に著しく不快又は嫌悪の情を催させる」という表現も曖昧です。何がこれにあてはまるかは、受け手の価値観によって大きく異なります。特に国旗に関わる表現は、政治的な意味を帯びやすいものです。そのような領域で、不快感や嫌悪感を基準に処罰範囲を画すると特定の思想傾向の表現のみを処罰することにつながりかねず、問題があると思われます。

2 適用面

a) 適用範囲

次に、適用面について申し上げます。

ここでは、既存の外国国章損壊等罪との比較が参考になります。刑法 92 条は、外国に対して侮辱を加える目的で、その国の国旗その他の国章を損壊等した場合を処罰しています。

しかし、私が確認した公判裁判例の限りでは、有罪確定例は明治 40 年の制定以来約 120 年間で 1 件にとどまります。その 1 件の事案においても、外国国章損壊について無罪とした地裁判決と同罪を有罪とした高裁判決とで刑の重さは変わりませんでした。このことは、外国国章損壊等罪の適用が実際上意味を持ってこなかったことを示しています。

公刊された判例集で確認できる 92 条の有罪例は「国章」に関するこの 1 例のみであり、「外国国旗」を損壊して有罪判決が確定した事案は見当たりません。おそらく存在しないか、存在してもきわめて例外的であると思われます。したがって、本法案の立法のきっかけとなった「外国国旗損壊は処罰されるのに、日本国旗については処罰されない」という前提は、実際とは相当程度異なるものといえます。

このような実情からすると、日本国旗損壊罪は、外国国旗損壊とのバランスにおいては、適用には困難が予想されます。反対に、日本国旗損壊を処罰するようになれば、これまで処罰してこなかった外国国章損壊の処罰がバランス論として生じてくるかもしれません。

b) 刑の重さについて

さらに、刑の重さについても問題があります。

学説上、他人所有の外国国章を損壊した場合には、器物損壊罪ではなく、より軽い外国国章損壊等罪が成立するとする有力な見解があります。この解釈を本法案に当てはめると、日本国旗損壊罪が成立すると、他人所有の国旗を損壊した場合に、現行の器物損壊罪よりも刑が軽くなることとなります。

私自身はこの見解をとりませんが、その場合でも、他人所有の国旗損壊について器物損壊罪を超えて刑が重くなることはありません。

そうすると、他人所有の国旗については、いずれの見解をとっても、本法案の制定が実質的な意味を持たないか、場合によっては刑が軽くなるという逆効果を生じ得ます。結局のところ、本法案が独自の意味を持つのは、先述のように、主として自己所有の国旗を損壊する場面に限られますが、そうすると、表現の自由との緊張関係が強まり、検察官が公訴を提起することにも相当に慎重な判断を要することになると思われる。

c) 現実におきうること

では、実際の適用は困難なら、成立させておいて使用しなければ、問題はないのかと言えば、そうではありません。まず、表現の萎縮が生じます。

刑罰法規は、起訴に至らない段階でも影響を及ぼします。たとえば、国旗を用いたパフォーマンスについて相談を受けた法律家は、摘発される可能性はほとんどないと思いつながら「やめておいた方が安全である」とアドバイスすることになると考えられます。刑事罰のリスクがわずかでもあれば、そのリスクをとるようすすめることは困難であり、表には出ない形で表現が差し止められます。法律相談に至らずとも、抗議活動、芸術表現、映像作品などで不安が生じれば、表現行為は控えられます。国会で、芸術表現は対象外であると説明があっても、一般国民にとっては、通報されて警察が事情を聴きに来る可能性があるだけでも負担ですから、国旗を用いた表現は何であろうと控えようとすると考えられます。

また、立件できない事案でも、本法案が成立すると通報がなされ、現場の警察実務に負担が生じ得ます。たとえばデモの現場で通報が相次ぎ、警察官に「なぜ逮捕しないのか」と迫る者が現れば、現場の負担は増します。

適用面から考えると、本法案によって期待される実益はきわめて限定的である一方、表現の萎縮や警察実務への負担といった無視しえない副作用が生じ得るものと考えま

す。

3 まとめ

最後にまとめです。

国旗に対する敬意は、社会において重要な価値であり得ます。国旗を損壊する行為に、嫌悪感を覚える人がいることも理解できます。私もそのひとりであります。しかし、刑罰法規を新設するためには、単にその価値が重要であるというだけでは足りません。刑罰による保護が必要か、既存の法制度で対応できないか。処罰範囲は明確か、表現に過度の萎縮を生じないか、現実の不都合を生じないか等、慎重に検討する必要があります。

本法案については、なお重大な課題が残されています。したがって、その審議については、廃案にすることも含む、より慎重な議論が求められるものと考えます。

私からの意見は以上です。ありがとうございました。