

# 琉球大学学術リポジトリ

## 沖縄・日の丸旗焼却事件再考

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-09-05 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 森川, 恭剛, Morikawa, Yasutaka メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/1683">http://hdl.handle.net/20.500.12000/1683</a>

## 沖縄・日の丸旗焼却事件再考

森川 恭 剛

## 目次

- 一 はじめに
  - 二 侵害利益について
  - 三 保全利益について
  - 四 比較衡量
  - 五 結びに代えて
- 一 はじめに

一 本稿は沖縄国体日の丸旗焼却事件第一審判決（那覇地判平五・三・二三判タ八一五・一一四、以下第一審判決と表記）と同控訴審判決（福岡高那覇支判平七・一〇・二六判タ九〇一・二六六、以下控訴審判決と表記）を読み返し、同事件の捉え直しを試みるものである。

再検討の視角は二風谷ダム判決（札幌地判平九・三・二七判時一五九八・三三三）により与えられている。同判決は、アイヌ民族を先住少数民族であると認め、アイヌ民族が多く居住する二風谷地域におけるダム建設の事業認定を土地収用法二〇条三号に違反するとしたものである。その際、まず、ダム建設によって得られる工業用水の確保等の利

益と対抗するところの、それによつて失われる利益ないし価値を明らかにして、次に、両者を比較衡量するための判断方法を示している。まず、失われる利益ないし価値とは、「自然との共生という精神的文化を基礎に、地域と密着した先住少数民族であるアイヌ民族の民族的・文化的・歴史的・宗教的諸価値」であるとした。次に、比較衡量の判断方法について、右の諸価値に譲歩を求める場合には、「同化政策によりアイヌ民族独自の文化を衰退させてきた歴史的経緯に対する反省の意を込めて最大限の配慮がなされなければならない」とした。

沖繩国体日の丸旗焼却事件（以下本件と表記）では、被告人Aの行為の背景に、ある種の「歴史的、社会的事実が存することは明らかである」と控訴審判決が述べている。この背景事実が、日の丸旗焼却等の行為の正当性を根拠付けると弁護人は主張したのであるが、控訴審判決にとつて、それは「Aの心情を理解するうえで十分意義のあることであるとしても、これをAの行為の正当性ないしは適法性を根拠付ける事由とすることはできない」のであった。二風谷ダム判決を参考にするなら、こうした違法阻却に関する理論を展開するためには、右背景事実において、日の丸旗焼却行為が保全しようとした利益ないし価値を明確にして、侵害利益との比較衡量において歴史的観点を持ち込む必要があつたと考える。

二 「右背景事実において」日の丸旗焼却行為の保全利益を明確にする、と書いたが、本稿が二風谷ダム判決を参考にしたい最大の理由は、同判決が、「失われる公共ないし私的利益は、少数民族であるアイヌ民族の文化であつて、これまで議論されたことのないもの」であることを自覚しつつ、敢えて右の利益ないし価値を指摘して、その優越性を肯定したことである。原告弁護人によれば、「失われる利益」に関して原告らは、「本件は土地収用であるから、本件土地が収用の対象となることで直接失われる利益は耕作地としての土地そのものと農作物くらいではないかと

いう考えもあり、当初は、どうしたらよいかと悩んでいた」が、「議論している中で、それほど狭く考える必要はないのではないかということ」になり、二風谷地域が「アイヌ民族の歴史・伝説等に照らし、高度の文化的価値を有する地域」であることから、ダム建設は「アイヌ民族の尊厳を否定する」と主張した、ということである。<sup>1)</sup>つまり二風谷ダム判決は、「アイヌ民族の尊厳」という価値の優越性をはじめて法的に確認したことにおいて、大きな意義を有する。そしてこの承認された価値は個人的なものではなく、集団的な次元におけるものである。

二風谷ダム判決は、「ダム建設によつて失われる利益としてアイヌ民族の『文化享有権』を挙げた」と論じられているが、疑問である。<sup>2)</sup>たしかに同判決は、右のアイヌ民族固有の価値が憲法一三条により文化享有権として「その民族に属する個人」に帰属するとしている。しかしここには二段階の理論構成——第一に、ダム建設によつて得られる利益とアイヌ民族固有の価値との比較衡量、第二に、後者を文化享有権として個人に保障する——があるべきであろう。日の丸旗焼却行為をその歴史的社会的背景事実の中に位置づけようとする本稿は、同行為による保全利益を集団的のものあるいは地域的のものとして指摘したのである。

「少数民族にとつて民族固有の文化は、多数民族に同化せず、その民族性を維持する本質的なものであるから、その民族に属する個人にとつて、民族固有の文化を享有する権利は、自己の人格的生存に必要な権利ともい得る重要なものであつて、これを保障することは、個人を實質的に尊重することに当たるとともに、多数者が社会的弱者についてその立場を理解し尊重しようとする民主主義の理念にかなうものと考えられる。」——と述べた二風谷ダム判決は、まず少数民族にとつての民族固有の文化の価値を、それゆえに次にその民族に属する個人の文化享有権を認めたものである。本稿も同様に、まず集団的あるいは地域的な保全利益を指摘して、次にそれゆえに、Aの行為は刑法的に保護されると論じる。これに対して控訴審判決は、日の丸旗焼却行為の歴史的社会的背景事実を「Aの

心情」を説明するものと考えて、「A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」と述べた。これは、目的との意味な関連を欠いた手段・方法に関する検討であった。<sup>3)</sup>

以下の論述で、まず本件行為による侵害利益を、次に保全利益を明らかにし、最後に両者を比較衡量し後者の優越性を示したい。

(1) 房川樹芳「アイヌ民族の『少数民族住民族』性に関する考察」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル六号(一九九九年)二五六頁以下。

(2) 常本照樹「民族的マイノリティの権利とアイデンティティ」(岩波講座現代の法14自己決定権と法)一九九八年、所収一八〇頁。

(3) 井上祐司『争議禁止と可罰違法論』(一九七三年)一三五―八頁参照。高松高判昭四三・四・三〇(判時五三四・一九)を批評する井上は、法益侵害惹起の態様の側面からではなく、法益保全追求の側面から手段の相当性を検討すべきであると論じていた。

## 二 侵害利益について

一 本件起訴状の記載する適用罪名は建造物侵入、器物損壊、威力業務妨害であり、第一審判決は右の三つの罪を科刑上一罪として、「犯情の最も重い器物損壊罪の刑で」、懲役一年の刑を言い渡し、その執行を三年間猶予するとした。罪となるべき事実は次の通りである。

Aは、昭和六二年一〇月二六日、沖縄県中頭郡読谷村字座喜味二、九〇一番地所在の読谷平和の森球場において本件競技会の開始式の様子を見守っていたところ、同球場外野スタンドに建てられた鉄筋コンクリート造りの諸旗掲揚台兼スコアボード（以下「本件スコアボード」という。）の諸旗掲揚台に設置されたセンターポールに国旗として日の丸旗が掲揚されたのを見て、右日の丸旗を引き降ろすとともにその掲揚を妨げるために燃やしてしまおうと決意し、また、右行為によって本件競技会の業務を妨害することになってもやむを得ないと考え、同日午前九時一七分ころ、読谷村長兼読谷村実行委員会会長Bが係員にスコアボード操作室等への出入口戸を施錠させるなどして看守する本件スコアボードの南西側壁面の花ブロックをよじ登ってその屋上に故なく侵入し、センターポールに取り付けられた読谷村所有のロープをあらかじめ準備したカッターナイフで切断した上、同ポールに国旗として掲揚されている読谷村実行委員会所有の日の丸旗一枚（縦一・三メートル）を引き降ろし、これに所携のライターで火をつけ、これを右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、日体協、文部省、沖縄県及び読谷村が主催し、日ソ協が主管し、読谷村実行委員会が運営する本件競技会の運営を混乱させ、その競技の開始を約一五分間遅延させるなどし、もって他人所有の器物を損壊するとともに、威力を用いて本件競技会の業務を妨害したものである。

右の認定事実のうち、威力業務妨害罪に関してはその事実関係に争いがあつたが、第一審判決が「犯情の最も重い器物損壊罪」と捉え、またAが本件当日午後四時から行った記者会見で、「自分自身をかけて『日の丸』を焼きすてた」と述べていることから、本稿ではAの行為については日の丸旗焼却行為を念頭におき、また侵害利益については右行為によるそれを考察することにした。

(1) 争われたのは威力業務妨害の故意について、火をつけた日の丸旗を「球場にいる人々に掲げて見せた」という行為について、およびAの行為と約一五分間の競技会の開始の遅延との因果関係についてである。

(2) 知花昌一『焼きすてられた日の丸』(増補版、一九九六年)四二頁。

二 日の丸旗焼却行為によって日の丸旗の価値が失われたのであるが、この侵害利益の具体的な内容について、第一審で弁護人らは「三五〇〇円の財産的価値」であると主張していた。したがって軽微事件であり起訴猶予処分が相当であった、と公訴権濫用の主張がさらに展開されたが、第一審判決は、「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的な場合に限られるべきである」として右の主張を斥け、日の丸旗の価値についてこの脈絡では言及していない。

これに対して検察官の理解する日の丸旗の価値は国旗としてのそれであった。器物損壊罪の行為客体について「日の丸」の旗(時価三、五〇〇円相当)とあった読谷村実行委員会B会長の告訴状の記載を起訴状では「読谷村実行委員会(会長B)所有の国旗」と変更して、この旨を明示している。しかし、起訴状記載の「国旗」に関して、弁護人らは、日の丸旗を国旗として定める法令が存在しないこと等を理由として、器物損壊罪の訴因の不特定を主張した。第一審判決は、一方で「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」と述べつつも、他方で「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」として、右の弁護人らの主張を斥けている。

では、第一審判決は日の丸旗に国旗としての価値を認めたのか。日の丸旗が国旗であることについては、一九九

九年八月に「国旗及び国歌に関する法律」が制定され法的整備がはかられたが、しかし同法に対して学校教育を通じて天皇による国民意識の統合を推進しようとする狙いがあると強い批判が提起されていることからしても、天皇主権主義から戦争の惨禍を経て、国民主権・基本的人権の尊重・平和主義という三原則を掲げる日本国憲法のもとで、日の丸旗が国旗として象徴すべき内容に関する考察を欠いて、日の丸旗に国民統合の象徴という意味で国旗としての価値を安易に付与してよいとは思われない。弁護人らによれば、沖縄にとって日の丸旗は「戦争と抑圧のシンボル」であり、また読谷村にとつてそれは「皇民化教育のシンボル」であり、そしてその皇民化教育こそが沖縄戦米軍上陸地点となつた読谷村でチビチリガマに避難した八四名の住民に「集団自決」を強制したのであるから、それは言い換えれば「住民を虐殺したシンボル」に他ならない。第一審判決もまた、「読谷村で生まれ育つた被告人が、同村における沖縄戦の歴史、とりわけチビチリガマの集団自決の調査等とおして日の丸旗に対して否定的な感情を有するに至つたこと自体は理解し得ないわけではない」と述べて、沖縄や読谷の歴史が日の丸旗に否定的な意味を付与することについては肯定的である。控訴審判決もまた、「沖縄県民、とりわけ読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」として、右の認識を共有する。したがつて、「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」（第一審判決）という事実が他方であるとしても、その象徴する内容が地域的に異なっているのであるから、右の事実から直ちに日の丸旗が国民統合の象徴として定着している、と導くことはできない。

しかし、第一審判決は、次のような問題のある見解を示して本件日の丸旗に国民統合の象徴としての価値を認めたと。つまり、「日の丸旗をこの意味（国民統合の象徴の意味―引用者）での国旗として用いるかどうか、いかなる場合に掲揚するかは国民各自の自由な意思に委ねられて」おり、そして本件日の丸旗は主催者らの意思決定に基づき国



旗として掲揚され、「その本来の効用に従って現に使用されていたものであるから、保護に値する価値を有する」と。控訴審判決も同様である。「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ったとしても、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。しかしながら、日の丸旗を国民統合の象徴として価値付けるのはその掲揚者の主観的な意思決定であるとするこの考え方は、国民統合の象徴という主観的には根拠づけ得ない価値の根拠を説明するものとは言えないはずである。

(1) 永井憲一「国旗・国歌法と教育」法学セミナー五四一号(二〇〇〇年)五二頁以下、横田耕一「『日の丸』『君が代』と

『天皇制』同六一頁以下等参照。

(2) 本件第一審弁護団最終弁論要旨

三 右のように述べることは、しかし、日の丸旗には「布切れとしての効用」あるいは本件では「三五〇〇円の財産的価値」しかないと理解することと同じではない。「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い」(第一審判決)という消極的な理由で、日の丸旗には「布切れとしての効用」以外の旗としての価値、例えば日本の標としての価値あるいは潜在的に国民統合の象徴としての価値があると認めることは不可能ではないように思われる。

控訴審では、弁護人らは象徴的表現行為の理論を用いて日の丸旗焼却行為の正当性を主張している。これに対して裁判所は、個人の財産権侵害に対する器物損壊罪の適用は表現の抑圧とは無関係であるとして右の主張を斥けた

が、この脈絡では、器物損壊罪の行為客体としての日の丸旗に国民統合の象徴としての価値を認める先の考え方は後退している。控訴審判決の理解するところでは、右の価値は「国旗冒流行為を犯罪とすることによって擁護される利益」であり、器物損壊罪の侵害客体ではないからである。

しかし、ではなぜ日の丸旗焼却行為に器物損壊罪を適用する本件で、国民統合の象徴としての日の丸旗の価値がそもそも問題となっているのか。それはもちろん形式的には起訴状記載の「国旗」の語によるが、しかし実質的には、逆説的であるが、本件日の丸旗焼却行為が日の丸旗の価値を問う象徴的表現行為であったからであろう。つまり日の丸旗焼却行為が象徴的表現行為であるという理解は、同行為が財産的価値の侵害行為に尽きないことを前提としているのであり、Aが「自分自身をかけて『日の丸』を焼きすてた」のは何も「布切れとしての効用」を害するためではなかったであろう。「単純な器物損壊と同視できないものがある」、とは他ならぬ控訴審判決が示した理解である。本件日の丸旗焼却行為は、「戦争と抑圧のシンボル」でありまた「皇民化教育のシンボル」である日の丸旗に対する、国民統合の象徴としての安易な価値付与を許さないとメッセージ性のある表現行為である。したがって本件では、旗としての固有の価値がある、つまり少なくとも何らかの旗として機能している日の丸旗が焼却されたと考える必要がある<sup>11)</sup>。

(1) 山口二郎『日の丸』『君が代』法と民主主義』法学セミナー五四一号(二〇〇〇年)六八頁は、「二一世紀に国民の一体性を持ち越そうとする態度は、近代日本の歴史に学ばないもの」であるとして、「国旗及び国歌に関する法律」の制定を批判している。山口が示唆しているように、グローバル化の進展にともない、国際関係において他国と識別するための旗として、「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い」ことはますます憂慮すべき現実であるように思

われる。それゆえ日の丸旗によって識別されることのない別の単位集団あるいは個人でグローバル化することが必要であるとともに、歴史的反省を踏まえて日の丸旗に新しい意味を付与していく努力が他方で必要であるように思われる。

四 しかし第一審判決は、象徴的表現行為の理論を用いて次のように批評された。第一に、本件は器物損壊罪が適用された事例であるから、侵害利益としては読谷村実行委員会の財産権を指摘すべきであり、しかもその財物は「比較的安価」(第一審判決)であつたことを考慮して、当該表現行為を規制することは是非を検討すべきであつた、とする見解である。<sup>1)</sup> 控訴審判決はこの点について、本件法適用は「表現の抑圧とは無関係」であるとしてオプライエン・テストを適用し、器物損害罪の保護法益の要保護性は高いと敷衍した。オプライエン・テストとは、当該法適用の目的・対象が表現効果に向けられていないとしても、当該法適用による表現の自由に対する付随的な制約がそれにより保護される利益にとって必要不可欠な程度を超えていないことを要件とするものである。ところが控訴審判決では、この利益衡量に関して十分な審査が行われていない。右の見解はこの点に疑問を提起していると言える。

しかし右の批判的見解が意義を有するのは、比較的安価な財産的価値に対する表現の自由の価値の優越性を肯定するときである。しかし、右の利益衡量の結論は必ずしも自明ではない。比較的安価な財物を損壊する表現行為が一般的に正当であるとは言えない。<sup>2)</sup> 「利益衡量の結果、Aの表現行為を処罰することは違憲となる可能性がある」とするもう一步踏み込んだ見解があるが、「違憲となる」とする根拠、つまり「三五〇〇円の財産的価値」に対して表現の自由の価値が優越すると判断する根拠は示されていない。<sup>3)</sup> 本件日の丸旗焼却行為が表現行為であることは疑いないが、同行為の優越性を認めるためには、後述するとおり、その表現内容への言及が不可欠である。そして右

行為は日の丸旗における「布切れとしての効用」以外の価値を侵害する限りにおいて表現行為であり、その観点からこそ正当化される余地を有するのであるから、したがって同行為による侵害利益についても日の丸旗における「布切れとしての効用」以外の価値の指摘が必要となる。仮に本件日の丸旗の価値が「三五〇〇円の財産的価値」に尽きるのであれば、弁護人も第一審で主張していたが、公訴提起の利益が否定されるべきであらう。

第二に、「仮に『日の丸』旗を法律で国旗とし国旗冒瀆罪が制定された場合であっても、（中略）ジョンソン判決のルールが妥当すると考えるべきであるから、そのような法律がなく単純な器物損壊罪で起訴された本件の場合には、それでも表現行為の処罰を肯定しうるかの論点をつめるべきではなからうか」とする見解である。<sup>1)</sup> ジョンソン判決のルールとは、星条旗焼却行為がアメリカ憲法修正一条によつて保護される場合に当該行為に国旗冒瀆罪を適用することを違憲であるとする論理のことである。<sup>5)</sup>

つまり右の見解は、国旗としての日の丸旗を冒瀆する表現行為が保護され、器物としてのそれを損壊する表現行為が規制されるのであれば、そこにある種の不均衡を指摘するものであると言える。しかし、右を不均衡であるとする判断は、国旗冒瀆罪の保護する国家的法益が器物損壊罪の保護する個人的法益よりも一般的に法的価値が高いとする考え方を前提とする。しかしこの利益衡量の結論もまた自明ではない。本稿が日の丸旗にその旗としての固有の価値があると認めたことや「国旗及び国歌に関する法律」が制定されたことは、日の丸旗に対して器物損壊罪が保護する財産的価値以上の価値を付与することでは必ずしもないのである。言い換えれば旗としての日の丸旗について固有の刑法的要保護性が認められているわけではないのである。他人所有の国旗が損壊された場合に器物損壊罪を適用するという現在の法制が、右の理解を確認していると言える。つまりそれは、国旗尊重を規範化することが思想・良心の自由に反するという理由で日の丸旗の刑法的要保護性を何れにせよ否定しているか、さもなければ

は日の丸旗の国旗としての価値はその財産的価値に比べてはるかに低いと考えている、ということである。したがって、本稿が「布切れとしての効用」以外の旗としての価値を日の丸旗において認めるとしても、それは国旗冒濫罪を新設して日の丸旗の価値を保護すべきであると主張しているのではない。

- (1) 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（一九九三年）六七頁。
- (2) 争議行為等の際のピラ貼り行為が建造物損壊罪・器物損壊罪における「損壊」にあたるか否かは、一つの論点となっている（最判昭三九・一一・二四刑集一八・九・六一〇、最決四一・六・一〇刑集二〇・五・三七四等）。またピラ貼り行為に対する軽犯罪法一条三三号あるいは屋外広告物条例の適用については、表現の自由と財産権あるいは美観風致の維持等の利益との法益衡量の観点から疑問が提起されている（例えば、井上『前掲書』一四〇頁以下、中山研一「ピラ貼りの刑罰的規制（一）——（六・完）——警察研究六三卷一〇号、同一一号、同二二号、同六四卷一号、同二号、同四号、一九九二—三年、等参照）。なお表現の自由に関する法益衡量ということでは、森川「従犯の因果性と売春防止法における社会的法益」琉大法学五八号（一九九七年）一七九頁以下で、売春防止法六条二項三号の売春周旋目的誘因罪は社会の善良の風俗（性的奴隷制の禁止）を第一次的な保護法益として、売春を助長する表現行為を規制するものであると解釈したことがある。
- (3) 塚田哲之「星条旗・第一修正・リベラリズム（四）完」法政論集一五九号（一九九五年）四一一頁。
- (4) 古川純『日の丸』旗焼却事件」法学教室一五五号（一九九三年）一一一頁。
- (5) 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（一九九二年）四五頁以下参照。
- (6) 西原博史「国旗・国歌法」ジュリスト一一六六号（一九九九年）四八頁。異なる理由からであるが遠藤比呂通『自由とは

何か（一九九三年）四一頁以下も国旗における国民統合の象徴という価値の刑法的要保護性を否定している。なお西原も指摘するように外国国旗損壊罪の保護法益は良好な国際関係あるいは外交作用であると解されている。

五 前項で述べた通り、本稿は「表現の自由の価値∨国旗の価値∨器物損壊罪の保護する財産的価値」という価値序列を前提にしていない。たしかに「表現の自由の価値∨国旗の価値」についてはジョンソン判決等が判断を示している。しかし本件で焼却された日の丸旗に国旗としての価値があったわけではないし、また象徴的表現行為の理論は「表現の自由の価値∨器物損壊罪の保護する財産的価値」と「国旗の価値∨器物損壊罪の保護する財産的価値」について説明するものではないからである。<sup>1)</sup>

本件は、日の丸旗に対する国民統合の象徴としての価値付与を否定するために、日の丸旗の旗としての価値を侵害した行為について、日の丸旗は国旗として国民統合の象徴としての価値を有するという誤解に基づいて公訴提起がなされ、さらに裁判所が、国民統合の象徴という意味での国旗としての価値を本件日の丸旗に認めるといふ誤った判断によってそれを追認した、という構図にある。この意味でたしかに本件は「日の丸裁判」であった。しかし、本件日の丸旗焼却行為は、日の丸旗に対する国民統合の象徴としての安易な価値付与を許さない行為として、これを否定的に表現するだけでは十分ではないのであり、これを裏返して、さらに肯定的に説明されねばならない行為であった。次に、右行為による保全利益について考えて、本件を捉え直すことにしたい。

〔1〕仲地博・水島朝穂編『オキナワと憲法』（一九九八年）一一二頁以下（高良鉄美執筆）が「表現の自由―日の丸焼却事件」と題して本件を取り上げているが、その構成が本件を通してジョンソン判決の意義を説くものとなっているのは偶然では

なからう。

(2) 本件の二つの判決から読みとれるのは、一方で侵害利益は財産的価値であるとする弁護人らの主張に対して裁判所がそれは国旗としての価値であるとしながら、他方で弁護人らの象徴的表現行為の理論——本文で述べたようにこの理論は日の丸旗の旗としての価値への言及を不可欠とする——を排斥するために、裁判所が器物損壊罪の行為客体となつた日の丸旗における財産的価値に着目する、という明らかに噛み合わない対立関係である。

### 三 保全利益について

一 弁護人らは被害輕微を理由とする可罰的違法性の不存在を主張するほか、刑法三五条の正当行為あるいは同三六条の正当防衛にあたるとして日の丸旗焼却行為の正当化を主張していた。正当行為や正当防衛の主張の前提にあるのは、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つた経緯に関する次のような理解である。

本件競技会開催の前年である一九八六年一二月に読谷村議会が「日の丸掲揚、君が代斉唱の押しつけに反対する要請決議」を採択し、またその開催年である翌八七年三月にはB村長自身が「チビチリガマの集団自決の悲劇(八四人)」を想起しながら、かつて「日の丸」「君が代」が果たした歴史的事実への一顧の反省もなく、学校現場へ日の丸旗掲揚と君が代斉唱を強制することは、誠に遺憾である旨の施政方針演説を行つていた。さらにこの間、読谷村内の全有権者の過半数を超える八二〇〇余名から、「私たちは、『日の丸』、『君が代』が、歴史的にいかなる役割を果してきたか、そして、その押しつけがいかなる結果をもたらすことになるか、沖縄戦の痛苦な体験を通してよく知つてい(る)」として、日の丸旗掲揚と君が代斉唱の強制に反対する旨の署名が集められていた。つまり読谷村と同村民は、本件競技会開始式において日の丸旗を掲揚しないことを固く決意していた。日体協(財団法人日本体育

協会)の国民体育大会開催基準要綱・同細則には、競技会開始式における日の丸旗掲揚について定める規定はない。しかし、本件競技会を主管する日ソ協(財団法人日本ソフトボール協会)のC会長が、開始式四日前に、日の丸旗を掲揚しなければ読谷村外への会場変更もありうる旨を電話でB村長(読谷村実行委員会会長)に伝えるとともに同趣旨の記者会見を行い、日の丸旗掲揚を強制した。B村長は、「明らかに違法かつ不当な手段で人生で一番苦しい心境に追いやられ自由意思を抑圧された結果、重大な害悪を避けるため『断腸の思いで』日の丸旗掲揚を決意せざるをえなかった。」つまり、C会長によるこの日の丸旗掲揚の強制に対する防衛行為あるいは抵抗行為が、弁護人らによれば、日の丸旗焼却行為であった。

では、日の丸旗焼却行為はどのような利益保全を目的とする防衛行為あるいは抵抗行為であったと主張されていたであろうか。弁護人らによれば、開始式において日の丸旗が掲揚されることは読谷村、同村民、開始式参加者及びAの思想・良心の自由に対する侵害となり、また「日の丸のない国体」を開催しようとする同村、同村民及びAの表現の自由に対する侵害となる。しかし日の丸旗は掲揚されたため、読谷村実行委員会所有の日の丸旗を用いたこのC会長の日の丸旗掲揚強制という不正の侵害行為に対して反撃し、開始式を日の丸旗のない状態にして、右の憲法上の価値を保全・回復するために、右日の丸旗が焼却される他なかったという。

第一審判決は、このような主張に対し、C会長による日の丸旗掲揚の強制の事実を否定して、主催者らの意思決定に基づく日の丸旗の掲揚が不正の侵害であるとは認められないとしたあと、さらに「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って、(中略)Aの実行使は手段において相当なものとはいえない」として正当行為の主張も斥けた。学問の自由・大学の自治を保全利益とする暴行行為が問題となつたポポロ事件と思想・表現等の自由を保全利益とする監禁行為が問題となつた舞鶴事件を検討した内藤謙によれば、



最高裁判例が具体的事案について超法規的違法阻却事由の存在を認めていない理由は、憲法上保障された権利・自由の侵害に十分な配慮を示さないか、あるいはその事実を否定することと、補充性の原則を嚴格に要件化することにある<sup>②</sup>。本件でも、同じ方法が踏襲されていることが分かる。控訴審でもう一度、日の丸旗掲揚の強制の事実の有無が争われ、また象徴的表現行為の理論を用いた正当行為の主張が積極的に展開されたが、右の判断方法に変更はなかった。

(1) 本件第一審弁護団最終弁論要旨

(2) 内藤謙『刑法講義総論(中)』(一九八六年)七二—二頁。

二 もちろん日の丸旗の掲揚が日ソ協と読谷村実行委員会の協議に基づくものであったとしても、二つの本件判決は次の論点を省いているが、読谷村民及びAとの関係で日の丸旗掲揚が強制されたと認める余地は失われない。また開始式参加者との関係でも、日の丸旗掲揚は「多衆に対して日の丸を誇示する力があり、大会参加者をして、いやでも見たくもないものを見させるという結果をもたらし、その者の精神の自由を侵す」と論じることがな可能である<sup>①</sup>。後者については、学校教育における生徒に対する日の丸旗掲揚の強制が生徒の思想・良心の自由を侵害することと解されていることと論点は共通するであろう<sup>②</sup>。これに対して前者を議論するためには、Aを含む多くの村民の意思に反して、「押しつけられて」、読谷村において、日の丸旗が掲揚されることによって、侵害される価値があることを示す必要があるであろう。言い換えれば、Aを含む読谷村民の思想・良心の自由あるいは表現の自由に対する侵害があるとして主張されたことは、読谷村民一人一人——競技会開始式に参加したか否かに関わらず、また婦人

会、老人クラブ、自治会、青年会等を通して競技会の開催準備に積極的に関与したか否かに関わらず——の精神的自由権に対する侵害を指しているのではなく、むしろ何らかの地域的に保全されるべき利益が存在することの認識を前提にして、それに対する侵害があったことを指摘している、と理解すべきであろう。本稿が明確にしたいのは、この地域的あるいは集団的な保全利益である。

本件前日の次の出来事が示唆的である。「日ソ協は、読谷村の住民感情を斟酌して、C会長以下選手団約五〇〇名が翌二五日に読谷村内の地下壕チビチリガマ（沖繩戦において住民八十数名による集団自決が行われた場所）を参拝することを表明し、同日、参拝に赴いた。しかし、Aやチビチリガマ遺族会の一部の者は、C会長は日の丸旗の掲揚を強制するものであるとして、同会長の参拝を拒否したため、選手団のみが参拝し献花した。」（控訴審判決）——控訴審判決がこの事実と言及したのは、読谷村実行委員会と日の丸旗掲揚について「協議」する日ソ協C会長が「読谷村の住民感情を斟酌していた」、という認識からであると考えられる。しかし本稿がこの出来事を取り上げるのは、C会長の献花を拒否することと日の丸旗焼却行為の共通性に注意を促したいからである。

C会長はその資格がないとの理由で、チビチリガマでの献花を拒否されている。C会長をその場で拒否した遺族の一人は、五人の家族（親弟妹）が「集団自決」の犠牲になつていてる女性である。また親戚四家族一五名が同じく犠牲になつた別の遺族も「四日前に会場変更の発言をした人が、村民をおびやかしている中で来たもので来るべきではないと思つた。私もかつとなつた。」と証言している。「集団自決」とは、「親が子を、兄弟同士が、つまり最愛の者同士が殺し合わねばならない状況」である。それは「話せば村の中で誰もが傷つくことははっきりして」おり、「生き残つた人々自身のなかでもそれは思い出すことが苦しいほどの体験」としてあつた。この事実がAらにより調査されるのは一九八三年であり、この調査を通してそれを追体験したことが、Aをして「あの行為（日の丸旗焼

却行為—引用者)にたたせていった」とAは述べている。Aをして右の遺族らとともにC会長を拒否させた行為の動機も、もちろん「集団自決」の追体験にあるであろう。それゆえ約五〇〇名の選手団が一人ずつ献花する間、Aは「集団自決」の理由等を彼らに説明し続けたのである。<sup>6)</sup>

このように、二つの行為は「集団自決」という同じ立脚点を有している。そして一方は、日の丸旗を掲揚しなければ会場変更もありうる旨の「穏当を欠く」「強固な」(控訴審判決)発言を行い、日の丸旗掲揚を押しつけているC会長を拒否する行為であり、他方は、そうしてC会長に押しつけられた日の丸旗を拒否する行為である。つまり両者は、「集団自決」の観点からして許容できないという意味において同じもの(C会長と日の丸旗)に対して、その同じ意味を持つて為された行為である。それゆえ、右の二つの行為は保全すべき共通の利益を有していたと考えられるのである。

- (1) 本件第一審弁護団最終弁論要旨。
- (2) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法1』(第三版、二〇〇一年)二九一頁、西原「前掲論文」四八頁。
- (3) 下嶋哲朗『チビチリガマの集団自決』(凱風社版、二〇〇〇年)一四五頁以下。
- (4) 『同書』五二頁以下。
- (5) 本件第一審弁護団最終弁論要旨。
- (6) 知花『前掲書』一七頁以下、二七頁以下、一三三頁以下、野田正彰「かなしい象徴—沖繩と『日の丸』」世界一九八八年三月号二六〇頁以下、下嶋『白地の赤く百円ライター』(一九八九年)一二三頁以下参照。

三 C会長がチビチリガマでの献花を拒否されたのは、その資格がないという理由からであった。C会長には「資格がない」とは、次のような意味であると考えられる。第一に、読谷村民が日の丸旗掲揚に反対することの意味をC会長が理解していないことは明らかであること、つまり、チビチリガマでの「集団自決」という犠牲は皇民化教育によって強いられた「苦しい」こと、「痛苦的体験」であり、この経験を受け継いでいる読谷村では、それゆえに日の丸旗掲揚に反対している、ということを理解せず、日の丸旗掲揚を押しつけて、読谷村民とりわけ「集団自決」の遺族の反感をかかっている、それがC会長であることである。言い換えれば、C会長は「集団自決」と日の丸旗の結びつき、つまり「集団自決」をもたらしした「皇民化教育のシンボル」として、すなわち「住民を虐殺したシンボル」として、日の丸旗が読谷村で認識されていたことについて理解を欠くため、「資格がない」のである。第二に、C会長によるこの日の丸旗掲揚の押しつけが、皇民化教育と同じ性質のものであること、つまり沖繩の苦難と犠牲を繰り返す性質の行為であることである。言い換えれば、C会長は沖繩に対して抑圧的に行為しているために、「資格がない」のである。

したがって、にもかかわらずC会長がチビチリガマを訪れたことは、第一に、「死者への冒瀆」であると捉えられたのであり、第二に、そのことよって、「集団自決」した住民八四人は再び殺されたようなものであると評価されたのである。言い換えれば、C会長の行為は、第一に、沖繩戦犠牲者に対する冒瀆、すなわち平和への願いに敵対する行為であり、第二に、沖繩に犠牲を強いる行為であった。

牧港篤三はこの出来事について「ヤマトと沖繩のいびつな関係を拡大し収縮した形の象徴的事件として印象に残った」と記している。「拡大し収縮した」とは、この一つの出来事が「ヤマトと沖繩」のある形態の歴史的關係を映し出している、という意味であると考えられる。その歴史的關係については、安仁屋政昭が次のように述べている。

日本ソフトボール協会が国体開催要項をたてにとつて、読谷村に日の丸掲揚・君が代斉唱で圧力をかけたことは、海邦国体の最大の汚点であった。沖繩県民の歴史と平和への願いに対する挑戦とも考えられる。<sup>⑦</sup>

圧力をかけたことは、沖繩県民の歴史に対する挑戦であると書かれている。琉球処分が強行されて以来、沖繩に對する同化政策が進められたが、「同化」政策とは「多数者の側を主体として少数者に同化を強制する過程」であるから、その強制の過程は沖繩に對する差別となつた。安仁屋によれば、「差別と同化は表と裏の関係にある」<sup>⑧</sup>。そして本土防衛あるいは「国体護持」のための捨て石とされた沖繩戦はその「終着駅」としてあり、その悲劇の頂点として「集団自決」があつた。<sup>⑨</sup> アメリカの統治下におかれた戦後沖繩では軍事基地化が進められ、その基地被害は日米安全保障体制のもと復帰後も絶えない。このような歴史を指して既述の施政方針演説でB村長は、「沖繩に對する日本の歴史的な差別であり政治的抑圧以外の何ものでもありません」と述べたのであつた。もちろん同化政策に對しては受容と抵抗の二側面があるが、安仁屋が想起しているのは、沖繩の人たちの沖繩への強い帰属意識によつてその根底において支えられているところの、抑圧・差別に對する抵抗の歴史である。とりわけ復帰後は、平和への願ひという形で、この抑圧的・差別的な関係への抵抗の意思表示が行われており、これが「沖繩の心」あるいは「沖繩の尊厳」と呼ばれているものである。<sup>⑩</sup>

C会長の献花を拒否することがこのような歴史的関係を凝縮した行為であるなら、日の丸旗焼却行為も同様であり、したがつてそれは法的にも歴史的な抜い視野で評価されなければならないのである。

(1) 「集団自決」と皇民化教育の関係については、金城重明『「集団自決」を心に刻んで』(一九九五年)等参照。

(2) 沖繩戦とりわけその住民被害に関する沖繩における調査研究史と、戦後沖繩史における日の丸の取り扱いは日の丸に対する認識の変化が、どのように関係しているかについて、本稿では説明をしていない。この点について田中伸尚は「沖繩が完全に『日の丸』を捨てるのは、七〇年代の自衛隊配備の問題をきっかけに沖繩戦の『読み直し』が始まってからである」と述べている(同『日の丸・君が代の戦後史』二〇〇〇年、一五〇頁)。―後者(戦後沖繩史における日の丸)については、仲宗根勇「沖繩における天皇制と日の丸・君が代」等『新沖繩文学・沖繩―日の丸・君が代』(臨時増刊号、一九八六年)所収の諸論稿、新崎盛暉『日本になった沖繩』(一九八七年)一一頁以下、崎原盛秀「学校現場と日の丸・君が代」(新崎盛暉・川満信一編『沖繩・天皇制への逆光』一九八八年、三三〇頁以下)、保坂廣志「沖繩における日の丸・君が代問題と世論」(菅孝行編『叢論日本天皇制Ⅲ』一九八八年、二四二頁以下)、田中『前掲書』一二九頁以下等参照。

(3) 田中『前掲書』一三三頁で次のように述べられている。「八七年の『海邦国体』への天皇訪沖が目前に迫ると、一気に沖繩の人びとの前に『日の丸』『君が代』問題が立ち現れたのである。結果的に、『日の丸』『君が代』は沖繩の人びとをまたもや抑圧していったのである。」

(4) 新崎『小国主義の立場で』(一九九二年)一六六頁。

(5) 高良勉『琉球弧(うるま)の発信』(一九九六年)一一二頁。

(6) 牧港篤三「国体雑感・上」沖繩タイムス一九八七年一〇月二九日朝刊。

(7) 安仁屋政昭「祭りの後・1」琉球新報一九八七年一月四日朝刊。

(8) 石田雄『記憶と忘却の政治学』(二〇〇〇年)五一頁。

(9) 安仁屋「沖繩戦と天皇」(新崎・川満編『前掲書』所収)二二頁。川満「沖繩における天皇制思想」(後掲一四二頁注(4))

参照) 一〇九頁には、「世がわり」として置県を受けとめた民衆は、(中略)「ヤマトフウ」に変わっていく役人によって物質的にも精神的にも、いよいよ身を屈していかなければならなかった」とある。

(10) 金城「皇民化教育の終着駅」(新崎・川満編『前掲書』所収) 一〇四頁以下。

(11) 「沖繩の心」については「ヤマトンチユーになりたくて、なりきれない心」(西銘順治元沖繩県知事) だとする説明もある。ので、本稿では「沖繩の尊厳」ということばを用いたい。

四 弁護士らによれば、日の丸旗は、沖繩にとつて「戦争と抑圧のシンボル」であり、読谷村にとつて「皇民化教育のシンボル」あるいは「住民を虐殺したシンボル」であるから焼却されたのであった。象徴的表現行為の理論に即して言えば、「Aは、日の丸旗について、沖繩戦の惨禍を招いた皇民化教育の象徴であり、その掲揚に反対している読谷村民の意思を押さえつけて本件競技会の開始式に日の丸旗を掲揚することはふさわしくないと考え、これに抗議するために」(控訴審判決) 行したのであった。つまり、その表現する内容は、戦争の惨禍の再来を拒否するという平和への願いと、沖繩に苦難と犠牲を強いる押さえつけを拒否するという抵抗の姿勢であった。したがって、右の行為を歴史的に抜いた視野で考察するときには、第一に「戦争のシンボル」としての日の丸旗の、第二に「抑圧のシンボル」としてのその損壊行為として、その意味を理解しなければならぬ。

第一の「戦争のシンボル」としての日の丸旗を拒否した側面は、肯定的に言い換えれば、平和の価値を保全し追求しようとするものであった。平和の価値は、憲法前文によれば、日本国民が恒久のそれを念願し、また平和的生存権として全世界の国民がひとしく享有すべきものである。学説上は、平和的生存権の裁判規範性について消極説と積極説の間で争いがあるが、消極説においても、「直接の裁判規範性の有無が必ずしも法的権利性の決め手ではな

い」とされ、また積極説においては、右の権利は平和のための積極的政策を推進する基本原理としての意義を有すると説かれ、あるいは日本から発信して国際社会においてその確立を主張することのできる人権である等と考えられている。何れにしても平和主義は憲法の基本原則であり、憲法において平和的生存権が認められ、平和が高い価値を認められていることは議論の余地のないことである。

かつて自衛隊法一一一条の武器等損壊罪の成否が争われた恵庭事件（札幌地判昭四二・三・二九判時四七六・二五）では、平和主義の観点から自衛隊法について違憲審査をすることが求められたが、判決はこれを回避し、被告人らにより切断された電話通信線は「防衛の用に供する物」に該当しないと見て、右切断行為の構成要件該当性を否定した。恵庭事件では被告人らはその飼育する乳牛への砲爆音による被害を防止するために行為したということである。

これに対して日の丸旗焼却事件では、平和の価値が、Aの行為の保全利益として、価値衡量の判断の対象となる。<sup>1)</sup> 平和の価値がAの行為の保全利益であることは、Aの行為がその平和的生存権に基づくものであったことを意味している。平和の価値と平和的生存権との関係については、二風谷ダム判決が、少数民族にとって民族固有の文化の価値は本質的なものであるから、その民族に属する個人に民族固有の文化を享有する権利があったように、平和の価値は戦争の惨禍によって再び侵害されてはならない尊いものであるから、その戦争の惨禍から免れるべき個人に平和的生存権がある、というものであると考えられる。問題は、平和的生存権の内容として、「戦争のシンボル」からの自由が含まれているかであるが、この点はたしかに平和的生存権を「軍備による国の防衛を認めない権利」と積極的に解するにせよ、また「戦争のない状態で暮らす権利」と広く解するにせよ、<sup>5)</sup> 議論の余地が生じる。刑法的には問題は、戦争のシンボル（日の丸旗）の焼却行為が平和の価値の保全行為としての目的適合性あるいは必要性の要件を充足するか、であると言えるが、この点はたとえ否定的に解したとしても、その程度を超えた過剰な行為



として、違法減少の効果を認めることができるように思われる。

第二の「抑圧のシンボル」としての日の丸旗を拒否した側面では、Aの行為の保全利益は日本本土との関係における沖繩の尊厳であり、Aの行為は抑圧的な行為に対する抵抗行為、あるいは差別的な行為に対する反差別行為として理解することができる。Aの第一審意見陳述書はこの点について次のように述べている。「沖繩の歴史的体験、文化、地域性等、特異性を本土の権力者は真摯に受けとめるべきです。(改行) 沖繩の特異性をのばし、普遍化することが沖繩のためであり、ひいては日本のためになるものとかたく信じております。(改行) 私の行為は、沖繩の特異性を無視し、本土一体化、日本画一化を強引に推しすすめようとする本土権力者、それに追従する沖繩の現権力者に対するささやかな抵抗でしかありません。」

問題は、日本本土との関係における沖繩の尊厳の価値を法的にどのように適示するかである。この問いに対して本稿が提起したいのは、憲法一四条の平等の法的価値に基づいて、反差別の観点から、その重要性を導くことである。もちろん、「法の下の平等」の意義を反差別の観点から理解することは、江橋崇の指摘があるように<sup>6)</sup>、憲法一四条の解釈学において、あるいは平等論としてオーソドックスではなく、したがってこの方法については予め説明すべき多くのことがある。しかし、その一つの理論的な特徴である点、つまり集団間に差別的関係がある場合に、そこに平等の法的価値侵害を認めることについては、らい予防法制のもとでのハンセン病隔離政策によるハンセン病患者に対する差別について検討した際に、そのように考えることが適当であることを論じた<sup>7)</sup>。ここでも、その考え方を敷衍して、沖繩に対する差別的な日の丸旗の押しつけに対して、反差別行為として、憲法一四条から導かれる沖繩の尊厳の価値を保全利益とする、日の丸旗焼却行為が行われた、とする見解を提示したい。

右のような見解は必ずしも例外的ではない。一九九六年の沖繩県知事署名等代行職務執行命令訴訟(最判平八・八・

二八判時八・一一・一二)では、駐留軍用地特措法の適用に関して上告理由書で前沖繩県知事から次のような憲法一四條違反の主張が出されていた。第一に、狭隘な島嶼県沖繩に極端なまでに米軍基地が集中しており、そのため沖繩県民に対する基地被害が深刻である、という駐留軍用地特措法その他の基地提供法令の運用の実態があり、その一環として同法を適用することは、沖繩県民の平等権を侵害するものであること、第二に、右のような米軍基地の存在が沖繩県の地域振興開発等における自立的発展を著しく阻害している、という同法その他同法令の運用の実態があり、その一環として同法を適用することは、沖繩県（地方公共団体）の平等権を侵害するものであること、第三に、同法が沖繩県のみを対象として運用されているという実態があり、その一環として同法を適用することは平等原則に反することである。このような適用違憲の主張を斥けた最高裁は、憲法一四條違反について一義的に明白と言えないことや司法審査の限界を超えること等をその理由として述べたが、この点は措くとしても、右の主張の基調は本稿と同じである。とりわけ駐留軍用地特措法が沖繩県のみを対象として運用され深刻な基地被害が生じていることは、沖繩の側に、平等の法的価値の侵害が生じていることを端的に表している。しかも原審福岡高裁那覇支部に提出された沖繩県側の第一準備書面の構成をみれば、戦前、沖繩戦、戦後と続く沖繩の苦難の歴史から説き起こし、米軍基地の形成過程を説明し、基地被害の実態を明らかにして、そして平和的生存権の侵害と憲法一四條違反を主張した後、ようやく財産権侵害の指摘が行われている。沖繩の苦難の歴史への言及が不可欠であるのは、右の平等の法的価値の侵害とは他ならぬ沖繩の尊厳の侵害であるからである。それゆえ前沖繩県知事が代理署名を拒否したことは沖繩の尊厳を回復する行動として歴史的に強く支持をえたのであった。

もちろん沖繩県の主張と本稿の見解との間には平等原則や平等権の主体に関して考え方の相違がある。二風谷ダム判決を参考にすると本稿の考え方は次の通りである。第一に、沖繩に苦難と犠牲を強いてきた日本本土と沖繩との

歴史的関係を真摯に受けとめるなら、沖縄の尊厳に尊い価値を認めることは、反差別の観点から平等の法的価値(平等原則)を確認した憲法一四条の要諦である。第二に、沖縄の尊厳を保全利益とするAの行為は、その平等性に基づくものとして正当化の余地を有している。

(1) 佐藤孝治『現代法律学講座5憲法』(第三版、一九九五年)六四七頁。

(2) 山下健次「平和研究と平和憲法学」(深瀬忠一・杉原康雄・樋口陽一・浦田賢治編『恒久世界平和のために』一九九八年)

八一―九頁以下。

(3) 横田「『平和的生存権』の『国際化』に向けて」(深瀬他編『前掲書』)八七―三頁以下。

(4) 本件日の丸旗焼却行為が平和の価値を保全利益とすることについて、前項では、C会長の献花を拒否する行為に即して、読谷村では「集団自決」という戦争の惨禍をもたらしたシンボル、すなわち「住民を虐殺したシンボル」として日の丸旗が認識されていたことをその論拠としたが、この点に注(2)を付し、沖縄戦における住民被害と日の丸の関係について十分な説明を本稿で行っていないことを附記した。そのため平和の価値を保全利益とする根拠も十分とは言えないが、さらに議論を進めるためには沖縄戦と天皇制の関係への言及を必要とする。今後の課題としたい。なおこの論点に関する先行研究は蓄積があるが、岡本恵徳が「天皇の戦争責任の問題と結びつけて沖縄戦の体験が語られ出すのは、一九七〇年代以降」であると述べているのは、「沖縄戦の読み直し」(田中)と関連して興味深い。川満信一「沖縄における天皇制思想」(同『沖縄・根からの問い』)所収、一九七八年、初出は一九七〇年)が沖縄での天皇制論の始まりだとされている(岡本「復帰一五年・天皇制の問い方」、新崎・川満編『前掲書』)所収、二〇五頁以下)。

(5) 横田「前掲論文」(本項注(3))八八―〇頁。

(6) 江橋崇「自己決定権を支える人権行政」(『岩波講座現代の法14自己決定権と法』一九九八年)二四一頁以下。安西文雄「法の下の平等について」(『国家学会雑誌一〇五巻五・六号(一九九二年)五六頁以下が「敵意ある差別の構造」について論じているのは貴重である。

(7) 森川「法律による差別という被害」*疏大法学六六号*(二〇〇一年)一頁以下。

(8) 遠藤「積極的平和論の基礎」(『岩波講座現代の法1現代国家と法』一九九七年)一二三頁で代理署名訴訟の論点が次のように定式化されている。「沖繩は、アメリカ軍政下の施設をそのままにして、合衆国から日本に返還されたが、返還から二五年もたった現在、全アメリカ基地の七五%が沖繩に集中している。安保条約の合憲性ということを前提としたとしても、これは差別で許されないのではないか」。

(9) 沖繩県編『沖繩苦難の現代史』(一九九六年)二〇九頁以下。

(10) 比屋根照夫『近代沖繩の精神史』(一九九六年)八頁以下参照。

#### 四 比較衡量

一 本件日の丸旗焼却行為の侵害利益は日の丸旗におけるその旗としての価値とその財産的価値であり、本件審理はこのうち前者の旗としての価値を問うものとして提起された。他方で右日の丸旗焼却行為の保全利益は平和の価値と沖繩の尊厳であり、本稿が右行為をその歴史的社会的背景事実の中に位置づけて、とりわけその保全利益として明確化したいと考えたのは後者の沖繩の尊厳であった。したがって日の丸旗の旗としての価値と沖繩の尊厳とを価値衡量して、日の丸旗焼却行為の違法性について判断することにした<sup>1)</sup>。

違法阻却の一般原理については、社会的相当性説と法益衡量説の対立があるが、前者については、行為態様の相

当性(行為無価値)の判断が主観的であると、また後者については、法益衡量の基準が主観的であると批判が提起されている。<sup>2)</sup> 本稿は侵害された価値(結果無価値)と保全された価値について客観的に価値衡量を行う立場をとるものであり、その価値衡量の基準については、「常に現実的な事実関係の中で、実存との距離、すなわち実存にとつての切実さによつて、その都度」、価値の序列化を行うという方法に従う。<sup>3)</sup>

さて、この基準を本件に用いると、まず保全された価値については、歴史的な重みがあり、しかも常に保全・回復されなければならない重要性の高いものとして、少なくとも沖繩では受けとめられている。これに対して侵害された価値については、読谷村実行委員会所有の日の丸旗におけるその旗としての価値という観点からすると、その国旗としての掲揚についてはもともと「断腸の思い」であったとされているから、告訴状に『日の丸』の旗(時価三、五〇〇円相当)と記載されているように、その比較的安価な財産的価値に付加して記載すべき程度の別の価値がその日の丸旗にあったということではなかったと考えられる。またその当時の社会的な日の丸旗の旗としての価値という観点からしても、国民統合の象徴としての価値は歴史的に否定されたまま定着しておらず、いずれにせよ固有の刑法的要保護性を認める程のものではない。そうすると、読谷村民に押しつけられねばならない必然性・切実さなどない旗が、沖繩の尊厳の前に斥けられたのが本件における価値衝突の実態であった。つまり、本件日の丸旗焼却行為の違法性は完全に阻却されなければならなかった。Aの行為はその平等権に基づくものとして正当であった。

(一) 弁護人らは第一番最終弁論の冒頭で、弁論をはじめめるにあたって指摘しておきたいことがあるとして、次のように述べていた。「まず本件が沖繩で起きたという点である。いうまでもなく、沖繩は本土各府県とは異なつた幾つかの特色がある。

（改行）その一つは、歴史・文化の伝統からくる特色である。その差異は日常的には潜在化されているが、事あるときはこれが顕在化する。（改行）特に明治以来大日本帝国が行った、強制と差別の問題についてはきびしいものがある。（改行）もう一つは、太平洋戦争において、天皇はじめ本土国民のための捨て石として、唯一地上戦の戦場となった、という点である。（改行）住民のほとんどは、財産のすべてを失い、親族を失い、軍隊により惹き起こされた諸々の事などが、今日なお他より極めて強く意識されているのは、当然である。（改行）これらのことから、仮に本土において正当とされることでも、沖縄では不当と感ぜられ、本土においては不当と非難されることでも、沖縄では正当とされるものを創りだしている。」

（2）梅崎進哉・宗岡嗣郎『刑法学原論』（一九九八年）二〇八頁以下。

（3）『同書』二〇六頁、宗岡『法と実存』（一九九六年）二四頁以下、四三頁以下、同「ゲルニカ判決における知的頹廢」久留米法学三二・三三合併号（一九九八年）二〇三頁以下。

二 一点だけ補足しておきたいのは、ノーマ・フィールドが読谷村ではAの行為を遺憾と見るのは共通の感覚であつたと報告している点である。もちろんこれは右行為の違法性を示唆するものではない。

フィールドは米軍基地とリゾート施設が読谷村に基地被害と環境破壊をもたらす反面で経済的利益をもたらし、いることを指摘したあと、「こういう事情はどつちつかずの両価的態度をばぐくむ」と書いている。<sup>2</sup> 両価的なるものが、あるいは諸価値が、先鋭な価値衝突を回避したところで辛うじて均衡を保っているのが日常生活の現実であり、このことは差別の問題として例外ではない。

差別の問題は重層的であり、差別者と被差別者という立場は互換性をもって個人を規定しているのが通常である。

そのような中で個人がある特定の被差別者として立ち現れるのは、一般に、その特定の従属的集団が支配的集団に対して激しく価値を衝突させたときである。沖縄と日本本土との関係について言えば、両者は地理的な距離に隔てられており、その間に存在する差別的関係は、常に緊迫したものとして沖縄の人たちを規定することはない。本件の場合、海邦国体の開催を契機として「日の丸」「君が代」の問題が沖縄に持ち込まれた一九八七年は、「沖縄の人々にとつて、復帰後に迎えた何度目かの大きな「試練の年」<sup>3</sup>」であり、これに抗して読谷村民の多くは日の丸旗掲揚と君が代斉唱の強制に反対する旨の署名をした。その中でとりわけAは、チビチリガマでの「集団自決」の追体験を読谷村で最も強く行った者の一人として、いわばその「試練」を最も強烈に引き受けた個人であった。それゆえAは、はつきりと抵抗行為にでて価値を保全しようとした。しかし、B村長とともに「屈服」したか、いわば黙して「試練」を引き受けていた多くの人たちにとつて、Aの行為は均衡を崩すもの、つまり、徹しく映ったのである。「旗を引きおろしたのはいい、でも燃やしたのはまずかった」とは、そのような心情であろう。しかし、Aを告訴したB村長が、「Aが正しいということは、歴史が証明するでしょう」と語った、とフィールドは伝えている<sup>4</sup>。Aの行為を正しく評価するためには、両価的な世界に歴史的な観点から分け入って、保全すべき価値を確認する作業が必要なのである。

(1) ノーマ・フィールド『天皇の逝く国で』(大島かおり訳、一九九四年)九二頁。

(2) 『同書』六四―五頁。

(3) 高良勉『前掲書』一一三頁。

(4) ノーマ・フィールド『前掲書』六五頁。

(5) 『同書』六三―四頁。

(6) 『同書』一一九頁。

## 五 結びに代えて

一 二風谷ダム判決の比較衡量論を参考にした本稿の考察は、差別的な行為に対する反差別行為を刑法的に保護する超法規的違法阻却・減少論である。

平川宗信は「差別の解消・平等の実現に関して刑法がなしうることは、一定の差別行為を犯罪として処罰することである」としつつも、刑法のこの役割については限定的に理解すべきであると述べていた。<sup>1)</sup>しかし、人種差別撤廃条約の履行状況に関する日本政府の報告書を審査した人種差別撤廃委員会の最終所見(二〇〇一年三月)は、「人種差別を犯罪とする」ことを日本政府に勧告しており、差別の問題について刑法理論は課題を負わされている状況にある。本稿は差別行為を犯罪とすることについて判断を示していないが、反差別行為の刑法的保護というもう一つのアプローチを提起している。

このもう一つのアプローチは、憲法一四一条一項の「法の下の平等」の意義の異なる理解によって、つまりそれを反差別の観点から理解することによって可能となった。というのは、差別行為は人間の尊厳に対する攻撃を含むが、これがもつばら人間の尊厳に対する攻撃であるなら、それに反撃する行為は人間の尊厳を回復する行為であつて、その行為を正当化するために、敢えて憲法一四一条を参照する必要はないからである。そのように考えるとき、そこからはそれを反差別行為として刑法的に保護しようとする理論構成は生まれてこない。これに対して本稿は、差別行為に対する反差別行為は侵害された平等を回復しようとする、と考えている。この点を少し補足して結びに代えたい。



(1) 平川宗信『刑法各論』(一九九五年)二六六頁。

(2) 反差別国際運動日本委員会編『現代世界と人権15国連から見た日本の人種差別』(二〇〇一年)二二八頁。

二 平川によれば、差別行為を規制する罪の保護法益は、被差別者の生命・身体・自由・人格・財産等であり、これは差別行為の行為客体が個人である場合もそうでない場合も、そうであるとされる。例えば、差別的名誉毀損は、個人の名誉に対する攻撃として理解できる。アメリカのヘイト・クライムの立法例に見られるような差別的暴力行為の場合もそうであるとされる。これはその差別的動機の部分に照らして刑を加重する方法であるが、客観的違法論の枠組みでこれを理解するなら、差別的動機が被害者の人格に対する特別な攻撃性を有しているとするか、あるいは差別的動機が差別を助長する効果に侵害性を認めることになるであろう。仮に後者であるとすれば、差別の助長とは、既存の差別を前提とするが、その前提とされた差別とは一般に集団間において存在するもの、つまり支配的集団による従属的集団に対するものである。本稿はここに平等の法的価値(平等原則)の侵害された状態があると理解するものである。したがって差別を助長する行為の違法性を理解するのは困難ではない。

しかしこれは個人的法益への還元論(平川の論理)の方法ではない。還元論では、差別の助長とは差別行為の助長であると理解して、個人的法益への間接的侵害を認めるのである。つまり危険犯の構成である。人種差別撤廃条約四条(a)が禁止する人種的優越・憎悪思想の流布や人種差別の扇動等についても解釈は同様である。しかしそうすると、教唆犯の解釈論との整合性からしても、「相当程度の具体的・実質的な危険の存在が必要」と考えねばならない。つまり「処罰は、きわめて限定的にしか許容されない」。それゆえ平川は、差別意思・差別感情<sup>(2)</sup>の表示をその本質とする、集団に対する侮辱罪、すなわち直接的に集団を対象とする犯罪類型が考慮に値するとしたのである。

しかしこの種の犯罪もやはり集団を通じて間接的に個人的法益を侵害するものであるとされた。内野正幸が「差別の集団侮辱を集団に属する多数人の名誉感情に対する危険犯」として構成したことが紹介されている。その内野は、「名誉感情が侵害されたことを立証するのはむずかしい」から、「被差別集団のなかのある者の名誉感情が害される実際の危険が生じたこと、つまりその表現が被害者に伝わったこと」を要件としていた。<sup>3)</sup>しかし、これは論理としては危険性の擬制であるし、そもそも、そのような解釈論を要してまで、集団に対する侮辱行為を規制する利益が高いのであれば、言い換えれば、それほど差別の法益侵害性について関心を寄せているのであれば、それは端的に平等侵害として構成すべき性格のものであるように思われる。

というのは、差別行為を個人的法益に還元して不足が生じないのは、財の等しい配分を問題にして、ある財の稀少が、その財に対する個人の権利の侵害を構成するとき、それが差別行為である、と考えるときである。しかし、等しい財の配分自体に価値があるのではなく、「等しいものは等しく、異なるものは別異に」取り扱うことにおいて配分の正義は比例的である。それゆえ憲法学では合理的な差別と不合理な差別を論じている。

しかし、差別行為を法的に問うとは、そこに匡正的な観点あるいは被害回復的な観点を持ち込むことであるように思われる。したがってここでは合理的な差別という観念を入れる余地はなくなり、差別的な関係を前提とすれば、反差別的であることが合理的である。例えば、沖繩と日本本土の間で沖繩に対するヤマトの尊敬をも取り上げて、「尊厳」の等しい配分について考える必要はないであろう。集団間において差別的な関係が存在するとき、とりわけ財の配分論は差別の実態にそぐわない論理であるように思われる。

ハンセン病隔離政策によるハンセン病患者集団に対する差別を考えると、その差別性は、ハンセン病患者を総じて被差別の社会的地位に置くことによってもたらされたのであった。そのためハンセン病患者は、差別・偏見を恐れて、怯

えて生活せざるを得ないのであった。もちろんこの被害は、差別的なハンセン病政策によって助長された個別の差別行為によってもたらされた間接的被害ではない。たしかに、差別的な政策によって個人的法益の間接的な侵害がもたらされたのではあるが、しかし、それが差別的な政策による差別という被害であることは、それがハンセン病患者を総じて被差別の社会的地位に置くものであったことを指して説明する以外にないのである。言い換えればハンセン病政策の差別性は、集団的な平等の法的価値の侵害を指して説明する以外にないのである。<sup>3)</sup>

以上の議論は、差別行為を犯罪とする場合の保護法益の適切な捉え方について論じているものではない。差別的な名誉毀損を個人的法益に対する侵害行為と理解することに問題はないし、それどころか、差別行為はそのように、つまり個人的法益に対する罪を構成する限度で、刑法的に規制すべきである、という議論も可能であるからである。あるいは個人の法益に対するものであれ集団に対するものであれ、差別行為は差別行為として犯罪類型化するのではなく、特定の行為類型を取り出して（個人の名誉の毀損、少数民族の聖地の冒瀆等）、その類型において、犯罪化する方法もある。差別（平等の法的価値侵害）は遍在しており、また立場は互換的であるから、その全てを刑法的に規制することはできないからである。ここで述べようとしているのは、差別行為を個人的法益侵害に還元する議論は差別行為の差別性をつかみきれない、ということである。

本稿は、集団間に差別的関係が存在するとき、差別行為に対する反差別行為は、当該行為者の平等権に基づくものとして、正当化の余地を有すると述べた。平等原則（反差別の観点からする平等の法的価値）とこの平等権との関係についても本稿は議論をしていない。右に素描した点とともに稿を改めて論じたい。

(1) 平川『前掲書』二六九頁。

- (2) 『同書』二七〇—一頁。
- (3) 内野正幸『差別的表現』（一九九〇年）一五九頁
- (4) 森川「前掲論文」（二四三頁注（7））七二頁以下。

（二〇〇一年一〇月二五日）