いわゆる「日本国国章損壊等罪」の構成要件について
――ドイツの国章保護規定を参考に――

瀧本京太朗

はじめに

国章（国旗等）を損壊・毀損する行為は現在（2026年6月）のところ、外国の国章が客体となったときは国章損壊罪として可罰的である（刑法92条1項）が、日本の国章（日章旗）が客体となる場合の規定は存せず、他人の財物としての国章を損壊した際に、器物損壊罪として処罰され得るに留まる（刑法261条）。外国国章と日本国章のこうした取り扱いの差異がアンバランスであるとして、近時、日本国章の損壊等に対しても刑事罰をもって臨むべきだとの見解が主張されているのは周知のとおりであり、同時に、これに対する消極的見解も少なくない。

そこで本稿は、「日本国国章損壊等罪」（仮称）を新設するための立法事実につき、まず刑法92条の概要と解釈上の問題点を概観したうえで（第1章）、比較法的知見として、ドイツにおける国章損壊規定（ドイツ刑法90条a）について概観する（第2章）。次に、仮に同罪を制定する際に考えられる問題点を挙げ、構成要件を策定する際の参考資料を提供し、もって、処罰範囲の明確化を期する（第3章）。なお、本稿は2026年6月までに得られた情報を元に執筆したものである。

第1章　日本における国章保護の現状

本章では、わが国において国旗をはじめとする国章の保護がどのように行われているかを概観する。日本国国章損壊等罪の法律案は刑法94条の2として提出されているが、その条文の文言は、外国国章損壊等罪を定める刑法92条を参考としていると思われる。そこで、まず刑法92条に関する議論を見たうえで、刑法94条についてどのような議論が展開されているかを確認する。

第1節　外国国章損壊等罪の保護法益

> 刑法92条
> 1項　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し、除去し、又は汚損した者は、2年以下の拘禁刑又は20万円以下の罰金に処する。
> 2項　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。

(1) 刑法92条の制定理由

外国国章損壊等罪（刑法92条）は「国交に対する罪」として位置づけられ、構成要件は「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し、除去し、又は汚損」することである（1項）。また、本罪は、公訴提起のために外国政府の請求[1]を要する（2項）。

「国交に対する罪」の章に置かれた各犯罪は、旧刑法が現行刑法へと改正されるに際し新設された条文で

あった。改正趣旨を説明する文献によれば、その国に属しない国旗や国章等を、侮辱目的で損壊等した場合には、「通常の侮辱罪」（明治 34 年草案 271 条）に問うか、処罰の必要はないと説明されている[2]。また、外国政府を侮辱する方法は、本条列挙の行為のほか、文書を用いる方法も考えられるが、事実上の困難や、言論の自由を尊重する社会の時流に適合しないとの理由から、国章の損壊等に処罰範囲が限定された[3]。

(2) 保護法益

本罪新設当時、国交に対する罪は、国と国との親交を害する行為を処罰するものと説明されていた[4]。例えば、現在は削除されている刑法 90 条（外国君主への暴行、侮辱）および 91 条（外国使節への暴行、侮辱）は、いずれも君主や使節という個人に対する法益侵害が構成要件とされていたが、これらの行為は「国交ヲ害スルモノナレバ之ヲ罪トシテ處罰セザレ（バ）國交上二影響スルノミナラズ國際法上の許サヽヾル所ナリ」とされ、両罪は国交という、わが国の国家的法益に対する罪と位置づけられていた[5]。これらの条文に続いて置かれた外国国章損壊等罪も、同様の保護法益理解に立つと考えるのが自然であるから、刑法 92 条は外国ではなく日本という国を法益主体と位置づけていることとなる。これは、公務執行妨害罪（刑法 95 条）の保護法益が、暴行・脅迫を受けた公務員個人ではなく、公務の円滑な遂行という国家的法益として理解されているのと同様に考えられよう。

現在の通説も、本罪の保護法益をわが国の円滑な外交作用だと位置づける。国交に対する罪は、外国の利益を害することでわが国の利益を間接的に害するものであるとの理由から、法益主体に外国（政府）も含めるべきとの見解も主張されているが[6]、いずれにせよ、本罪は国家的法益に対する罪であるという認識が、本罪制定時から一貫して続いている。国交に関する罪を「国際社会に対する罪」と位置づけ、本罪は外国の法益を保護する規定と解する見解も見られるが[7]、国際社会に対する罪と呼ぶには、国交に関する罪のラインナップは断片的で法定刑も軽い[8]、あるいは、わが国の刑法が外国の利益のみを、刑事罰を用いて保護していると解することは疑問だと指摘されている[9]。

第 2 節　外国国章損壊等罪の構成要件

本罪は、外国の「国旗その他の国章を損壊し、除去し、又は汚損」することが実行行為である。「国旗」と「国章」は条文上区別されているが、本罪の罪名が「外国国章損壊等」とされていることからも、国旗は国章の一類型と考えられている[10]。

客体となる「国旗」とは、国家を象徴する旗を意味し、「国章」は、国旗のほかに、国家を象徴する「紋章、徽章」が含まれる。実行行為は「損壊」（物理的毀損）、「除去」（場所的移転、および国章を遮蔽すること）、および「汚損」（汚物等で不潔な状態にすること）である[11]。

(1)「外国」の意義

「外国」の意義については、日本国が国家承認を与えていない「未承認国家」も含まれるかが問題となるところ、未承認国家であっても将来的な承認のもとで国交を結ぶ可能性があるという理由で、肯定的に解する見解が通説であると説明されている[12]。

例えば、台湾（中華民国）は、日本国にとって未承認国家であるため、正式な外交関係が存しないが、台湾の国旗とされる「青天白日満地紅旗」を日本国内で損壊した場合に本罪が成立するか否かは、本罪の解釈

において重要な問題となり得る[13]。

未承認国家の国章を損壊した場合も本罪が成立すると解したときは、①外交関係がないのであれば国家的法益を損なうこともないのではないか、②政治的･歴史的経緯により当該国が未承認となっている場合には、本罪が成立すると解釈することにより、第三国から、日本国が当該国を事実上国家承認したのではないかという疑義を差しはさまれることにより、第三国との外交関係が悪化し、かえって国家的法益を損なうのではないか、という懸念が想定される。他方で、正式な外交関係を要すると解したときは、台湾の国旗を損壊しても本罪は成立しないものの、日台間では非政府間での実務的な関係が継続しており、本罪が保護しようとする国家的法益は、事実上害されることとなる。

通説は、将来の国交の可能性を根拠として、外国には未承認国家をも含むと解しているが、本罪が国交に関する罪であるという点に鑑みると、国交は、現に存するものでなければならないのではないだろうか。現に存在していない国交を保護することは、処罰根拠として不十分であろう。未承認国家の国章損壊等行為については、本罪の適用という手段以外の実務的努力によって、国家的利益の回復を図るべきである[14]。

なお、日本政府は、未承認国家による処罰請求があっても、刑法 92 条は適用されないものと理解している[15]。

(2) 国章の掲揚場所

次に、客体となる外国国章が、公的な場で掲揚されている必要があるかについても議論がある。外国の国家機関が公的に掲揚している国章に限られるという説が、比較的通用している見解だと思われるが[16]、私人が掲揚する国章であっても、公共の場所において示威的に損壊するのであれば本罪の客体となり得るとする見解[17]のほか、私的に掲揚されているものは除くが、公共の場所で外国の権威を象徴するものとして掲揚されているものは客体に含むとする見解も有力に主張されている[18]（2 つの有力説は同内容だと整理するものと、別個のものだと整理するものがある）。

たしかに、有力説がいうように、公共の場所で掲揚されている国章であれば、それを誰が所持・所有しているかという点は、国家的法益の法益侵害性に影響しないと考えられるから、私人が掲揚する国章も、一定の限度で客体に含めるべきという主張には理由がある。しかし、私人が自宅で掲揚する国章は本罪の「国章」に当たらないという点はおおむね共通の理解だと思われる一方で、「公共の場所」という限界づけには曖昧さが残るという指摘も存する[19]。

(3) 私人が所有する国章の取り扱い

また、私人の所有する国章を、その所有者自身、もしくは他人が損壊する場面を想定したとき、そこで損壊の客体とされた国章が本罪にいう「国章」といえるための要件については、これまで深く検討されてこなかったように思われる。

例えば国旗に関して、各国において定められている絵柄や色を正確に再現する必要があるだろうか。国旗には日章旗（日本国旗）やドイツ、ポーランド、フランス国旗など、比較的簡易に作成可能なものから、アメリカ、エクアドル、パプアニューギニア、ブータンなどのように複雑な絵柄が描かれ、色数も多いものまで、国旗の種類は多様であるが、正確な再現を要求したときは、複雑な国旗を有する外国については本罪の成立が著しく限定されることとなる。他方で、粗雑なものでもよいと考えると、処罰範囲が不明確となるお

それがある。この点は、日本国国章損壊等罪の構成要件を考える際にも問題となろう。

このほか、他人が私的に所有する外国国章を損壊した場合に器物損壊罪（261条）が同時に成立するかについても、統一的な見解は見られない。この点については肯定説と否定説があり、後者の論拠は、92条1項が261条よりも低い法定刑を定めているのは、国章の財産的価値が低いからであり、261条の成立を除外する趣旨だとする[20]。しかし、その根拠は明らかでない。窃盗罪の事例ではあるが、無効な約束手形や、2銭ほどの石塊、消印済みの収入印紙であっても主観的使用価値という観点から財産的価値が認められ[21]、これらが損壊されていれば261条が成立したと考えられることから、これらとの対比で、国章が261条よりも低い法定刑でしか保護されないと解することには疑問がある[22]。また、92条1項の罪で行為者を訴追するためには外国政府の請求を必要とする（92条2項）から、請求がなかった場合に261条が成立しないとすると、国章損壊行為は不可罰となる。このとき、国章の所有者が私人であったときは[23]、その財産的価値が保護されなくなり、妥当でない。

なお、92条1項の構成要件は「損壊」に加え、「除去」「汚損」という行為も含み、261条よりも広い範囲をカバーしている。このため、損壊が261条と観念的に競合するとしても、除去や汚損も同様に解されるかは自明でない。例えば、汚損が損壊と区別して規定されている点に着目すると、損壊には至らない、すなわち効用を喪失しない程度の汚損行為であっても92条でカバーされると考えられる。除去行為についても、例えば物理的移動を伴って隠匿する行為であれば、器物損壊罪と競合するだろう。また、判例によれば、国章の前面を遮蔽するような行為（最決昭和40年4月16日刑集19巻3号143頁）も「除去」に当たるが、その根拠は、本件遮蔽行為が「国章の効用を滅却させるものであ」るからだとされている。このような理解に基づくと、除去行為も器物損壊罪と競合し得る。これらの罪はいずれも被害者（被害国）の処罰請求を要するから、当該外国政府の側で、92条の処罰請求を行うか、261条の告訴を行うかを選択することとなろう。

(4) 侮辱目的

本罪には、外国を侮辱する目的という主観的要件が置かれているが、この目的は主観的違法要素ではないと解釈するのが通説である。それは、①侮辱目的がなくても、国章損壊行為は外交上のリスクを高めるから、侮辱目的が本罪の可罰性を担保するわけではないこと、②重要なのは、損壊行為それ自体が侮辱的な意味合いを含んでいることであることが根拠とされる。このように考えると、国章損壊行為が持つ侮辱的意味合いを、行為者が確定的に認識していることが本罪の故意の内容であり、こうした要件が「外国を侮辱する目的」という文言で表現されていると解すべきこととなろう[24]。

第3節　日本国国章損壊等罪の法案

第1項　法案の概要

国旗、国章に関する罪は、専ら外国国章損壊等罪のみが規定されているところ、第221回国会では、刑法の一部を改正する法律案が参議院に提出された（参法7号）。その内容は、刑法94条の2を新設し、日本国国章損壊罪を制定すべきというものである。同罪を制定すべき理由は、「日本国に対して侮辱を加える目的で、日本国の国旗その他の国章を損壊し、除去し、又は汚損する行為についての処罰規定を整備する必要がある。」とされ、条文の案は、以下のとおりである。なお、同罪が92条の2ではなく94条の2とされたのは、国交に関する罪が置かれている刑法の第4章ではなく、新たに第4章の2として「日本国国章損壊の罪」という

独立した章を置くことが意図されたからだと思われる。

> 第 4 章の 2　日本国国章損壊の罪
> 第 94 条の 2　日本国に対して侮辱を加える目的で、日本国の国旗その他の国章を損壊し、除去し、又は汚損した者は、二年以下の拘禁刑又は二十万円以下の罰金に処する。

これ以前にも、平成 23 年（第 180 回国会）には、自由民主党から、上記とほぼ同一の条文が[25]、同一の理由で衆議院に提出され（衆法 14 号）、令和 7 年（第 219 回国会）にも、同様の法案が参議院に提出された（参法 3 号）。

いずれの法案も議員提出法案であり、立案担当者の説明はないため、法案の趣旨や保護法益理解については明らかでなく、法案提出者のすべてが一致した見解を有しているかも定かでない。一例として、本罪の制定を支持する論者によれば、外国国章損壊行為が可罰的なのは、その国の国民が名誉・尊厳を侵害されたと感じるからであり、直接的な保護法益が外交上の利益であっても、その先にはその国や国民の名誉を守る意味がある[26]。それを踏まえると、日本国国章損壊罪の保護法益は、「日本国およびそれを愛する国民の名誉・尊厳」であるとされる[27]。論者は、器物損壊罪の成立で足りるとする消極的見解に対しては、「自分の所有する国旗を公然と損壊する行為」が不可罰となり、妥当でないと主張し[28]、侮辱目的を構成要件化すると、侮辱目的の立証が困難となることから妥当でなく、客観的要件として公然性（不特定又は多数が認識可能な状況で国章を損壊すること）を要求することで、裁判実務における運用が明確になり、実効的な法律となると述べる[29]。この論者は、外国国章の損壊行為は当該国民の名誉侵害行為であるという前提から出発しており、そのような保護法益理解に基づけば、日本国章の損壊行為も処罰対象としなければバランスが取れないと主張するものであると考えられる[30]。こうした理解に基づけば、私人が所有する日本国章を公然と損壊する行為も可罰的となる。

なお、2026 年 3 月の時点では、一部報道によれば、仮に日本国国章損壊の罪が制定される場合、刑法改正ではなく新法による対応が想定されているとのことであるが[31]、本稿では刑法 94 条の 2 として扱う。

第 2 項　法案に対する見解

本罪の制定に関する議論は、主として日章旗が行為の客体として想定されていることから、政治的な文脈で展開されることが多い。単位弁護士会や市町村議会などの声明、決議等において賛否に関する見解が表明される場合もある[32]。

制定に批判的な見解は、本罪の制定は、他民族･他国に対し敵対的態度をとることを意味する「排外主義」を加速させるものであるという指摘や[33]、表現の自由を過度に制約するものだという論調が主である[34]。また、他人物である国章については既存の刑法条文で捕捉可能であるから、すでに十分対処されている点[35]や、アメリカでは国旗の焼却行為を禁じたテキサス州法を違憲と判断した最高裁判例がある点に言及するものも見られる[36]。

2026 年 5 月現在、政府与党の党内審査では、法案の提出に肯定的な見解が多いようであるが[37]、慎重な見解も見られる。それによれば、立法事実が存しないことから立法の必要性自体が疑問であり、仮に立法せざ

るを得ない場合においては、憲法 19 条や 21 条が保障する内心の自由、表現の自由に十分配慮したうえで、構成要件は「公的機関が所有する国旗が公的な場において掲示されている場合に、公衆の面前でこれを損壊する行為」のみを処罰するものであり、かつ、その動機の是非を問うことは許されないとし、日本国国章損壊等罪は、保護法益の侵害を要件とする実質犯ではなく、行政取締法規違反のような形式犯として構成すべきだと主張されている[38]。

これに対し、制定に肯定的な見解は、前述のとおり、外国国章損壊等罪のみが置かれているというアンバランスな状況に対する治癒的措置を講ずるべきという論調が主である[39]。しかしながら、こうした「アンバランス論」が、92 条に関する通説的な保護法益理解に照らして整合的かについては、慎重な検討を要する[40]。

刑法 92 条が置かれた趣旨は、前述の通り、わが国の円滑な外交作用という国家的法益を保護する点にあるが、この点から出発すると、誰かが国旗をはじめとする日本国章を損壊した場合に損なわれるのは、行為者の国籍国と日本との円滑な外交作用という、当該国籍国の国家的法益である。よって、行為者が邦人である場合には、日本と日本との円滑な外交作用を侵害することはできないから、日本国章を損壊しても、円滑な外交作用を害することにはならない。日本の刑法典に外国国章損壊等罪のみが規定され、日本国章に対する罪が存しないという点は、確かに一見すると、外国にのみ片面的な保護を与えているとの印象を与え得る。しかし、「刑法 92 条があるから」という理由では、日本国章をも同条と同一の根拠、および同一の構成要件で処罰しなければならないという帰結を得ることはできない[41]。

もっとも、アンバランス論が妥当でないとしても、直ちに日本国国章損壊等罪の必要性が否定されることにはならない。日本国章の損壊行為により、わが国の外交的利益以外の法益が損なわれるのであれば、同罪の制定には理由があろう[42]。

第 4 節　小括

本章では、刑法 92 条の保護法益と構成要件の解釈上の論点を概観し、日本国国章損壊等罪の法案と、これらに対する積極・消極の各見解を紹介した。刑法 92 条は、その適用件数が極めて僅少であり[43]、学説における議論も乏しい。「国章」の定義については、私人が所有する外国国章を損壊する行為の可罰性は必ずしも通説的見解が定まっているとはいえず、国章に描かれている絵柄等の巧拙が構成要件に影響を及ぼすかについても、検討が進んでいない。その理由は、そうした検討が不要なほどに、同罪が使われてこなかったからであろう。

刑法 94 条の 2 の草案は、同 92 条をベースにして作成されているが、同条の保護法益理解に徴すると、外国国章を損壊する行為のみを可罰的としていることがバランスを欠くわけではない。そうすると、仮に刑法 94 条の 2 が同 92 条とは異なる保護法益理解が可能だとしても、その構成要件の平仄を合わせる必然性はない。

日本国国章損壊等罪を考える手がかりとして、次章ではドイツにおける、国家及びその象徴に対する誹謗中傷（ドイツ刑法 90 条 a、104 条）の構成要件について概観する。ドイツ刑法 104 条には、日本刑法 92 条と同様に、外国国旗・国章損壊行為を処罰する規定が置かれているが、ドイツでは、自国の国旗・国章も保護の客体とされている（90 条 a）。これらの条文の保護法益や構成要件の解釈を明らかにすることを通じ、日本国国章損壊等罪に対して比較法的な示唆を得ることが、次章の目的である。

また、ドイツ刑法の国章保護規定は 2020 年に大きな改正が実施されたが、その立法事実や改正後の構成

要件を参照することは、日本刑法 92 条の解釈について明らかになっていない点の解明に有益であると同時に、日本国国章損壊等罪の解釈に対しても示唆を得ることが期待される。

第 2 章　ドイツ刑法における国旗・国章の保護

ドイツにおいて、国旗・国章に対する罪は、その客体に応じて、ドイツ刑法 90 条 a（ドイツの国旗等）、90 条 c（EU の旗等）、および 104 条（外国の国旗等）が規定されている（2026 年 4 月現在）。このうち 90 条 c および 104 条（1 項第 2 文以下）は、2020 年の刑法改正により追加された。

本章では、まず国内の国旗・国章を保護するドイツ刑法 90 条 a の沿革について概観する（第 1 節）。次に、2020 年に行われた刑法改正の経緯を紹介したうえで（第 2 節）、これらの構成要件について検討を加える[44]（第 3 節）。

第 1 節　ドイツ国内の象徴保護規定の沿革

第 1 項　帝国刑法 95 条

ドイツには、自国の国旗・国章を保護する規定が古くから存在している。その起源と考えられているのは、帝国時代に置かれていた不敬罪 (Majestätsbeleidigung) である。1872 年帝国刑法 95 条 1 項は、皇帝、領主、ないし滞在している州の領主を侮辱する行為に対し、2 月以上の懲役刑、または 5 年以下の要塞拘禁刑に処することを定めていた。

帝国刑法 95 条が客体としているのはドイツの国章ではなく、皇帝や領主といった個人であり、同条が、ドイツの国章を保護する 90 条 a の起源とすることには違和感があろう。しかし、判例によれば、皇帝は、帝国や国家の概念を体現するもので、帝国や国家それ自体を擬人化したものだとされており[45]、皇帝という個人は、国家という超個人的存在と結び付けられていた。この点を根拠として、不敬罪は皇帝の名誉に加え、国家の名誉も保護していたと考えられており[46]、90 条 a との関連性が看取されることとなる。

第 2 項　共和国保護法

ドイツ帝国は、革命と第一次世界大戦の敗北を経て共和政に移行し（国名は、共和政期であっても Dentsches Reich である）、それに伴い不敬罪は適用領域を失った。このため、皇帝と密接に結びついていた国家それ自体も、侮辱からの保護を受けられなくなったが[47]、1921 年 8 月 26 日に発生した政治テロ事件が契機となり、その 3 日後、帝国領土における公共安全と秩序を回復させるための帝国大統領令が発令された[48]。同令 1 条は刑罰法規ではなかったが、帝国や州の憲法制度を暴力によって変更または廃止することや、民主主義的国家体制の代表者に対する暴力、あるいは法令への不服従を扇動する定期刊行物に対して、最長 14 日間の発行停止処分を行えることが定められた。

翌 1922 年 6 月 24 日にも、先と同一の組織による政治テロ事件が発生し、その 2 日後には共和国保護令が発令された[49]。同令 5 条には禁止行為が列挙され、現在または過去の政府構成員への暴力行為を称賛したり、扇動したり、公然と侮辱する行為が処罰対象とされた（1 ～ 3 号）が、4 号では、共和政体、または帝国若しくは州の色 (Reichs- oder Landesfarben) を公然と侮辱する行為が処罰対象とされ、3 月以上 5 年以下の懲

役刑が定められた（罰金刑の併科も可能）。

その1か月後の1922年7月21日には共和国保護法が公布された[50]。同8条1項では、「公然と、または集会において、帝国若しくは州の憲法で定める共和政体を侮辱し、または、帝国若しくは州の共和制政府の構成員を侮辱し、または中傷することにより、これ〔筆者注:共和政体〕を貶めた者」が、同2項では、「公然と、または集会において帝国または州の色を侮辱した者」が5年以下の懲役刑に処されることとなった。

1930年には第二次共和国保護法が定められ[51]、1922年法8条の構成要件は軽微な修正を経て維持されたが、構成要件には「侮辱」に加え、「または、悪意をもって、かつ、計画して軽蔑する」という文言が追加された（5条1号）。また、5条2号では、「色」(Farben) に加え、「旗」(Flagge) が新たに客体となった（1号の悪意要件も追加された）。

共和国保護法で定められたこうした犯罪は、1932年9月19日に発令された、「国内の平和維持に関する帝国大統領令」[52] 9条に基づく刑法改正で新たに置かれた134条aとなり、現行の90条aの原型といえる構造となった[53]。

帝国刑法134条a

公然と、帝国または州、その憲法、色、国旗、若しくはドイツ国防軍を侮辱し、または悪意をもって、かつ、計画して軽蔑した者は、懲役刑に処する。

第3項　第三帝国における国家保護規定

1933年初頭に発足したヒトラー政権下では、帝国刑法134条aに加え、「国民高揚政府に対する悪意のある攻撃を防止するための大統領令」[54]と、同令を廃止して新たに制定された、「国家および党に対する悪意のある攻撃に対抗し、党の制服を保護する法律」[55]により、国家に対する侮辱行為が規制された。

前者の3条1項は、「故意に、虚偽または著しく歪曲された事実の主張を行い、または流布し、それが帝国または州の福祉、帝国政府または州政府、これらの政府を支持する政党若しくは団体の威信を著しく損なうに十分であるときは、他の規定により重い処罰が定められている場合を除き、2年以下の懲役刑に処し、その主張を公然と行い、または流布したときは、3月以上の懲役刑に処する。」とされた。後者の1条1項では、「これらの政府を支持する政党若しくは団体」が、「国家社会主義ドイツ労働者党またはその支部」へと改められ、国家に対する誹謗中傷の規制は、政治批判に関する表現規制の性質を帯びることとなった。さらに、1935年には刑法134条bが新設され[56]、「公然と国家社会主義ドイツ労働者党と、その支部、象徴、連隊旗、旗、記章、または勲章を侮辱し、または悪意をもって、かつ、計画して軽蔑」する行為が処罰対象とされた（1項）[57]。

第4項　ドイツ刑法90条a

第二次世界大戦終結後、これまでに制定されてきた各規定は、順次廃止されていった。これにより、国家保護に関する規定は、第一次世界大戦終結後の状況と同様に、再び失われた[58]。しかし、こうした規定の不存在は、ナチス的思想が再び台頭することや、左派的なプロパガンダの国内流入を懸念させることとなり、反逆罪をはじめとする国家保護規定の制定が急務となっていた[59]。

1949 年 9 月 22 日、ドイツ中央党（DZP）は、連邦の色および国旗を保護する法律案を連邦議会に提出した[60]。法律案の 1 条では、基本法に定められたものとは異なる方法で連邦の国旗の色を称する行為や、国旗に対する軽蔑的表現を行う行為が処罰対象とされた。この法律案の提出理由では、連邦の旗や色は国家の最も重要な象徴であり、これらは政党間の対立を超越した位置に置かれるべきであるから、これらを悪意ある攻撃や誹謗から、刑罰によって保護する必要がある旨説明されている[61]。

翌 1950 年 2 月 15 日には、ドイツ社会民主党（SPD）が「民主主義の敵に対抗する法律案」を連邦議会へ提出した。この法律案 8 条では、連邦や州の色、または連邦ないし州で法定された標章に対する敬意を損なう行為が処罰対象とされていた。

こうした法律案が出される中、連邦政府は同 9 月 4 日に、1950 年刑法改正法案を提出した[62]。草案の 99 条では、ドイツ連邦共和国またはその州、それらの憲法秩序をはじめ、大統領、州の元首、連邦や州の立法・司法機関、連邦政府および州政府という客体を広範に定め、これらに対する侮辱、または悪意の軽蔑が処罰対象とされた。また、草案 101 条では、ドイツ連邦共和国またはその州の色、旗、紋章、国歌が保護の客体とされ、これらに対する侮辱行為と、公的機関により公に掲揚された「主権の象徴」を除去、破壊、損傷し、または判別不能にする行為を罰することとされた。

政府提出の草案 99 条と 101 条は、翌 1951 年に成立した刑法改正法では、96 条に集約された。その後、数次の改正案を経た後、1968 年刑法改正法により、この規定は 90 条 a に移され、軽微な修正が都度行われながら、1975 年には、現行条文とほぼ同一の文言となった[63]。直近の改正は 2021 年で、「文書」が「コンテンツ」へと改められた[64]。2026 年 9 月現在の 90 条 a の文言は下記の通りである。

> 90 条 a　国家およびその象徴に対する誹謗中傷
> (1) 公然と、集会において、またはコンテンツ（11 条 3 項）の頒布によって、
> 1. ドイツ連邦共和国、州、またはその憲法的秩序を侮辱し、悪意をもって中傷し、又は、
> 2. ドイツ連邦共和国または州の色、旗、紋章、若しくは国歌を誹謗中傷した者は、
> 3 年以下の自由刑または罰金刑に処する。
>
> (2) 公に掲揚されているドイツ連邦共和国またはその州の旗、若しくは公的機関によって公に設置されているドイツ連邦共和国またはその州の高権の象徴を除去し、破壊し、損傷し、使用不能にし、または判別不能にし、若しくはそれらに冒涜的な粗暴行為を行った者も、同様に処罰される。未遂は処罰される。
>
> (3) 犯人が当該行為によって、ドイツ連邦共和国の存立または憲法上の原則に敵対する活動に意図的に従事したときは、5 年以下の自由刑または罰金刑に処される。

第 2 節　ドイツにおける外国国章保護規定の改正経緯――ドイツ刑法 90 条 c の新設、および 104 条の改正

前節では、ドイツにおける自国の国章保護規定の沿革を概観した。では、外国国章は、ドイツではどのように保護されていたか。2020 年の刑法改正前までは、ドイツにおける外国の国旗・国章に対する侮辱行為については、104 条で以下のように規定されていた。

【2020 年改正前の旧規定】
104 条　外国の国旗・象徴の侵害
(1) 法令または公に認められた慣習に基づき公に掲揚された外国の国旗、若しくは国の公認の代表機関によって公に設置された象徴を、除去し、破壊し、損傷し、または判別不能にし、若しくはそれらに冒涜的な粗暴行為を行った者は、2 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

(2) 未遂は罰せられる。

104 条 a　訴追の条件
本節に基づく犯罪は、ドイツ連邦共和国が当該外国と外交関係を維持し、行為時において相互主義が保証され、当該外国政府からの刑事訴追の要請があり、かつ、ドイツ政府が訴追権限を与えた場合にのみ、訴追される。

以上の条文は、2020 年第 58 次刑法改正法 (58. StGBÄndG) により、新たに欧州連合（EU）の旗と象徴を保護する 90 条 c が導入され、104 条 1 項に第 2 文以降が新たに追加されたほか、訴追条件を定めた 104 条 a にも修正が加えられた。

2026 年 9 月時点の現行条文は、下記の通りである（下線部は、第 58 次改正法により追加・修正された部分である)。90 条 a と同様、2021 年に「文書」が「コンテンツ」へと改められている。

【現行条文（2026 年 9 月現在)】
90 条 c　欧州連合の象徴に対する誹謗中傷
(1) 公然と、集会において、またはコンテンツ（11 条 3 項）の頒布によって、欧州連合の旗または歌を誹謗中傷した者は、3 年以下の自由刑または罰金刑に処する。

(2) 公に掲揚されている欧州連合の旗を除去し、破壊し、損傷し、使用不能にし、または判別不能にし、若しくはそれらに冒涜的な粗暴行為を行った者も同様に処罰される。未遂は処罰される。

104 条　外国の国旗・国章の侵害
(1) 法令または公に認められた慣習に基づき公に掲揚された外国の国旗、若しくは国の公認の代表機関によって公に掲揚された国章を、除去し、破壊し、損傷し、または判別不能にし、若しくはそれらに冒涜的な粗暴行為をした者は、2 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。公然と、外国の国旗を破壊し、又は損傷し、よって誹謗中傷した者も同様に処罰される。第 2 文にいう旗と紛らわしいほど類似した旗も、これと同様とする。

(2) 未遂は処罰される。

104 条 a　訴追の条件

本節に基づく犯罪は、ドイツ連邦共和国が当該外国と外交関係を維持し、かつ、当該外国政府からの刑事告訴が存する場合にのみ、訴追される。

第 1 項　連邦参議院での審議

第 58 次刑法改正法は、どのような立法事実に基づき提案されたのだろうか。

この改正法は当初、90 条 c を新設するための法律案として、2019 年 6 月 18 日に、ザクセン州から連邦参議院（上院）に対して提出されたことから始まった[65]。この時点では、104 条の改正に関する言及はない。

法案提出の根拠として述べられていたのは、現行刑法では欧州連合の旗、国歌といった象徴が十分に保護されていないという点である[66]。すなわち、ドイツ刑法 90 条 a ではドイツの、104 条では外国の国旗、象徴などがそれぞれ保護されているが、欧州連合の旗はいずれの条文でも保護されておらず、その損壊は不可罰とせざるを得ない状態になっていた[67]。ザクセン州では、2019 年春に行われたデモにおいて、参加者が欧州連合の旗を踏みながら行進するという光景が見られ、これが立法事実であるとして、2019 年 6 月 28 日と、同 9 月 20 日の連邦参議院議会で説明されている[68]。

法案は 2019 年 9 月 20 日に採決されたが、その際、ベルリン州選出議員から反対の声明が出されている。それによれば、欧州連合の旗などを誹謗中傷や損傷から保護することは正当だが、そうした行為は（各州で定める）警察法や集会法でも規制することが可能であるから、最終手段として刑法を用いるのが適切かは疑問である、と指摘されている[69]。

法案は過半数の賛成を得て可決された。

第 2 項　連邦議会での審議（第 1 読会）

(1) 連邦議会への法案提出と起草支援

法案は、2019 年 10 月 23 日に連邦議会（下院）へと送付された[70]。この時点での草案は、以下の内容であった。

90 条 c（**草案**）　欧州連合およびその象徴に対する誹謗中傷

(1) 公然と、集会において、または 11 条 3 項の文書を頒布することによって、欧州連合の旗または歌を誹謗中傷した者は、3 年以下の自由刑または罰金刑に処する。

(2) 公に掲揚されている欧州連合の旗を除去し、破壊し、損傷し、使用不能にし、または判別不能にし、若しくはそれらに冒涜的な粗暴行為を行った者も同様に処罰される。未遂は罰せられる。

その際連邦政府は、法律案への意見書の中で 90 条 c の新設について基本的な賛意を示したが、欧州連合の旗および歌に対する罪を規定したとしても、そうした象徴を不適切に扱ったすべてのケースが網羅的に本

罪で捕捉されると期待すべきでなく、個別の事例ごとに、議論 (Polemik) と悪意の中傷 (Böswillige Verächtlichmachung) とを慎重に区別すべきとの意見を付している[71]。

連邦議会における法案審議は3回の「読会」(Beratung) を経ることを原則とし、本件の第1読会は2020年1月15日に行われたが、この間に、当時のドイツ議会における連立与党であったCDU/CSU, SPDから修正動議が提出されるに際し、2019年12月11日に、連邦政府が起草支援 (Formulierungshilfe) を実施している[72]。この起草支援の中で、90条cの新設に加え、104条、および104条aの改正案が盛り込まれた。改正案を加味した条文は、下記の通りである。

104条（**草案**）
（1）法令または公に認められた慣習に基づき公に掲揚された外国の国旗、若しくは国の公認の代表機関によって公に掲揚された象徴を、除去し、破壊し、損傷し、または判別不能にし、若しくはそれらに冒涜的な粗暴行為を行った者は、2年以下の自由刑又は罰金刑に処する。公然と、外国の国旗を破壊し、又は損傷した者も同様に処罰される。

（2）未遂は罰せられる。

104条a（**草案**）
本節に基づく犯罪は、ドイツ連邦共和国が当該外国と外交関係を維持し、かつ、当該外国政府からの刑事告訴が存する場合にのみ、訴追される。

起草支援によれば、まず104条1項に対しては、第2文として「公然と、外国の国旗を破壊し、又は損傷した者も同様に処罰される。」という文言を追加すべきこととされ、公に掲揚・設置されていない国章も、客体に含まれることとなった。ここにいう「国旗」には、法令で定められた国旗に加え、明らかに公式の国旗を模倣して製造され、本物と類似した旗も対象とする、という解釈が示されている[73]。また、104条aについては、訴追条件から「相互主義」と「ドイツ政府の授権」の要件を削除すべきとされている。第1読会では、この起草支援の内容も加味して審議が行われている。

(2) 第1読会での討論

第1読会では通常、法律案を付託する委員会を決定して終了するが、本件では会派の要求により、連邦政府の代表者による法案説明の後に討論が行われた。

起草支援において104条1項第2文を追加する提案を行った趣旨について、政府代表は、①アメリカ合衆国が大使館をテルアビブからエルサレムに移転する決定を下した(2017年12月6日)ことを批判するデモが、12月にベルリンで多発し、その中でイスラエル国旗が燃やされていたこと、② 2019年に行われたトルコ軍によるシリアに対する軍事攻撃に抗議するデモの中で、トルコ国旗が燃やされたことを受け、こうした行為は外国の威信を損ねるのみならず、ドイツと国旗掲揚国との良好な関係をも損ないかねないため、外国の旗を公然と焼却する行為を可罰的にすべきだと説明している[74]。また、104条aの訴追条件については、ドイ

ツ政府を介さず、検察庁や裁判所が直接的に事件に関与した場合でも、ドイツと外国との良好かつ円滑な関係は保証されるため、相互主義の要請と、ドイツ政府による訴追権限の授権という要件は不要であると説明されている[75]。

この説明の後に行われた各会派による演説では、政党の政治的立場を反映した意見表明が行われた。

まず、右派政党とされるAfD（ドイツのための選択肢）は、90条cについて、EUの主権的権威を保護するために、表現の自由や芸術の自由を刑法で制限することは許されないと批判し、法案に対し全面的に拒否する姿勢を示した[76]。AfDはいわゆる欧州懐疑主義の政党として知られているが、イスラエルには親和的であり、104条1項第2文に関する意見は表明されていない。

次に、中道右派として知られ、当時の連立与党の一角を担っていたCDU/CSUは、先のAfDの主張を批判しつつ、90条cと104条1項第2文のいずれにも賛意を示した一方で、「旗」の定義がどのように行われるかについては不明確な部分があるとし、公聴会での議論を注視する意向を示した[77]。

FDP（自由民主党）は、法案の説明において、90条cの保護法益が「欧州連合の威信と欧州の平和の維持」だとしている点に対して、欧州連合の旗を損傷ないし破壊したとしても、欧州の平和が本当に危険に晒されるとは思わない。欧州連合の歴史的価値と、これと結びついた欧州連合の威信は、刑法の条文により高められることも、保護されることもない、と批判している[78]。

Die Linke（左翼党）からは、欧州連合の旗を刑法で保護する国は少数であり、かつ、こうした行為の規制は刑法でなく行政法によっても十分に対応可能であり、刑事規制を差し控えることを民主主義は受け入れるべきだと主張が見られた[79]。

このほか、Bündnis 90/Die Grünen（同盟90／緑の党）から反対意見、SPD（ドイツ社会民主党）から賛成意見が述べられた後、法案は法律・消費者保護委員会へ付託された。

第3項　公聴会での議論

付託を受けた法律・消費者保護委員会は、2020年2月12日に公聴会 (Öffentliche Anhörung) を開いた[80]。公聴会には刑事法の学者、実務家が招かれ、それぞれが事前に意見書を提出した上で発言し、出席委員との討論が行われた。

公聴会は起草支援の内容をベースに行われ、90条cの新設については多くの出席者から概ね好意的な意見が述べられたものの、104条1項第2文については、複数の注文がなされた。出席者は事前に意見書を委員会に提出しており、公聴会での発言内容は、各自の意見書を要約したものである。以下の各出席者の主張内容は、それぞれの意見書を基本としている。

まずEiseleは、先の起草支援において、本物に類似した旗も104条の「国旗」に含まれるとする解釈に対する意見提言を行っている。すなわち、ドイツにおいて、「類似物」を規制する条文がすでに存在していることから、第2文の解釈のみで、外国国旗と紛らわしいほどに類似した旗を規制することは不可能だと述べる[81]。すなわち、秩序違反法（OWiG）124条には無許可で紋章ないし旗を使用する行為が行政違反となり、過料が科されるが、1項で規定されている、国や州の紋章または公用旗 (Dienstflagge) と紛らわしいほど類似する (zum Verwechseln ähnlich) ものも、1項所定の客体と同等であることとされている（OWiG124条2項）。また、ドイツ刑法86条a（違憲組織・テロ組織による識別標章の使用）は、違憲と判断された組織などの識別標章 (Kennzeichen) を使用することを禁じている。この識別標章には旗、バッジ、制服の一部、スロー

ガン、および敬礼の形式が含まれるが、これらと紛らわしいほど類似する (zum Verwechseln ähnlich) ものも、やはりこれらと同等であるとされる。

このように、規制対象物と「紛らわしいほど類似する」客体も規制対象に含めるときは、上記のような規定が明文で置かれていることから、104 条にこうした規定がなかったときは、オリジナルの国旗・象徴と完全に一致するものでなければ保護されないこととなる [82]。

ところで、起草支援の段階では、与党の修正動議による 104 条の改正案は、第 2 文に「外国の国旗を破壊し、または損傷した者も同様に罰せられる。」と規定されているのみであった。Eisele はこの点について、サッカーの国際試合で勝利した際に他国の旗を損傷した場合や、デモの後に不要になった外国国旗を捨てた場合にも、外国政府が処罰を要求した場合には本罪が成立しかねないとの懸念を表明した上で、外国国旗を損傷する行為は、「その行為により当該外国を侮辱した」という要件を追加すべきだと主張している [83]。

次に Heger は、90 条 c について賛成する根拠として、EU 各国は主権の一部を EU へ委譲し、超国家的共同体を形成しているという点を挙げ、90 条 a でドイツの国旗が保護され、104 条では EU 旗が保護されていないのであれば、ドイツの主権を二次的に担っている EU の旗についても保護することは正当化されると述べる [84]。次いで 104 条 1 項第 2 文についても基本的に正当化可能としつつ、Eisele と同様に、公式の旗に類似する旗も処罰対象とする解釈は類推禁止の原則に抵触するとの懸念を表明し、類似物規制については明文で規定すべきだと主張した。また、破壊、損傷の要件について、これを国家に対する侮辱と関連付けるべきという点も同様だが、侮辱の要素を客観面で考慮する Eisele と異なり、Heger は主観面における考慮を主張し、「それによって破壊または損傷された旗と同じ国旗を有する国を侮辱し、若しくは中傷するために」という要件を付加することを提唱している [85]。

ただし、第 2 文について未遂犯処罰が可能かについて、Heger は疑問を呈し、第 2 文の行為の未遂は処罰すべきでないと主張する [86]。

上記 2 名の見解は、実行行為が何らかの形で「侮辱」と関連付けられていることが明確になるのであれば、基本的には 104 条 1 項第 2 文を肯定的に捉えようとするものだといえる。これに対して Klesczewski は、刑法 90 条（連邦大統領に対する誹謗中傷）の規定を援用し、国旗や象徴が他人の所有物であれば器物損壊罪（ドイツ刑法 303、304 条）を適用すれば足り、自己所有にかかる場合は OWiG124 条を適用すればよいという前提を 90 条 a に妥当させ、90 条 c についても、可罰的となるのは、少なくとも EU の存続を損なう意図で行われた誹謗中傷に限定すべきであり、そうでない場合の破壊、損傷行為に対しては OWiG124 条の適用で足りるとし、90 条 c の導入については推奨できないと批判する [87]。また、外国国旗・象徴の保護については、論者自身の考えとしては OWiG124 条を用いるほかに手段はないとしつつ、104 条の構成要件には、外国の存在権 (Existenzrecht) を疑問視する意図を含めるべきだと指摘する（ここでいう「存在権」は、イスラエルの存在権 (Existenzrecht Israels) を意識しつつ発言されていると思われる）。

104 条 1 項第 2 文に対しては、路線バスが路上の旗の上を走行して旗を損傷しても、それで外国の存在権が否定されたことにはならないから、（Heger と同様に）侮辱の意図を構成要件に含めるべきであり、OWiG124 条を用いる方法もあるとしたうえで、結論として、90 条 c と 104 条のいずれについても可決すべきでないとし、法案を批判している [88]。

Samour も、刑法の補充性の観点から、法案に反対する姿勢を見せている。まず 90 条 c については、現に存する 90 条 a の適用件数が極めて僅少であったことを挙げ、刑法を象徴的な立法を行う場としては適して

いないと批判する[89]。104条についても同様であり、2017年から18年における有罪判決はわずか2件であり、第1読会で説明された立法事実があったとしても、補充性の原則に照らし、集会の権利の観点から対処することも可能だとし、過激な批判は民主主義国家において容認されなければならないと述べるほか[90]、模倣された旗を規制対象に含めることについても、これまでの論者の指摘と同様に、類推処罰のおそれを指摘する[91]。

Weigendも、法案に対して懐疑的な姿勢を示している。まず90条cについて、ドイツ国旗を保護する90条aが保護するドイツ国旗はドイツの国家と主権を象徴するものであり、これを侮辱することは国家そのものに影響を与えるが、EU旗はドイツのアイデンティティと関連がないため、ドイツ国旗と同様の保護に値するとは考えられないと述べる[92]。また、こうした理由から、EU旗はドイツ国旗よりも要保護性が低く、90条cを新設するのではなく、外国国旗を保護する104条に3項を追加し、そこでEU旗を客体とすべきである[93]。そして、その構成要件について、104条1項の「法令または公に認められた慣習に基づき公に掲揚された」という要件だと、私的な掲揚もこれに該当し、処罰範囲が広くなりすぎるため、「政府、国家機関、またはそれらの委託により公に掲揚された欧州連合の旗を破壊し、損傷し、若しくは侮辱的な方法で取り扱った者」という要件に限定すべきと主張している[94]。

そのうえでWeigendは、補充性の原則に照らし、EU旗の損壊を刑罰で処断すべきではなく、法改正の核心が公共の場におけるEU旗に対する侵害行為に法的措置をとる点にあるのだとすれば、その手段は刑罰ではなく、秩序違反として処断すれば十分であると述べ、先ほどの構成要件を満たす行為に対しては秩序違反としての過料を科す規定を設けるべきだと主張している[95]。

104条については、やはり「旗」に関する類推の危険を指摘したのち、個人で制作した旗を損壊することで、ドイツとの外交関係を損ねないために罰則が不可欠となる程度に、外国の利益に対する損害を実際に与えているのか疑問であり、合法的な政治的意見の表明と、可罰的な法益侵害の区別は不可能であり、刑法104条の拡張には賛成できないとする[96]。

第4項　第2読会および第3読会

第2読会および第3読会は2020年5月14日に開かれたが、それに先立ち、5月13日に、先の公聴会での意見集約を踏まえ、法律・消費者保護委員会から議決勧告 (Beschlussempfehlung) を含む報告書（BT-Drs. 19/19201）が提出された。報告書は公聴会の内容が取りまとめられたものであるが、議決勧告では、公聴会での発言内容を踏まえ、以下のような修正案が提案され、これが現行の90条c、104条、104条aとなった。

> 90条c　欧州連合の象徴に対する誹謗中傷
> (1) 公然と、集会において、またはコンテンツ（11条3項）の頒布によって、欧州連合の旗または歌を誹謗中傷した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。
>
> (2) 公に掲揚されている欧州連合の旗を除去し、破壊し、損傷し、使用不能にし、または判別不能にし、若しくはそれらに冒涜的な粗暴行為を行った者も同様に処罰される。未遂は罰せられる。

104 条　外国の国旗・象徴の侵害
(1) 法令または公に認められた慣習に基づき公に掲揚された外国の国旗、若しくは国の公認の代表機関によって公に掲揚された象徴を、除去し、破壊し、損傷し、または判別不能にし、若しくはそれらに冒涜的な粗暴行為を行った者は、2 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。公然と、外国の国旗を破壊し、又は損傷し、よって誹謗中傷した者も同様に処罰される。第 2 文にいう旗と紛らわしいほど類似した旗も、これと同様とする。

(2) 未遂は罰せられる。

104 条 a　訴追の条件
　本節に基づく犯罪は、ドイツ連邦共和国が当該外国と外交関係を維持し、かつ、当該外国政府からの刑事告訴が存する場合にのみ、訴追される。

上記の下線部分が、議決勧告により追加された文言であり、104 条 1 項第 2 文には、国旗の損傷行為が侮辱と関連付けられていることが構成要件で明確化されたほか、第 3 文において、公式の旗に類似したものも規制対象である点が明文化された。これらの修正は、公聴会での指摘が反映されたものである。

第 2 読会でも各政党による討論が行われた。賛否に関する立場は第 1 読会と同様であり、AfD は、委員会審議の際に提案し否決された、90 条 c の新設を拒否するとともに、外国国旗の損壊については 104 条ではなく、ドイツの社会的平和に影響を与えることを防ぐ 130 条（民衆扇動）の罪に位置づけるべきとする内容の修正案[97]を、第 2 読会でも提出したが、否決されている。なお、委員会審議において、FDP と Bündnis 90/Die Grünen は、90 条 a1 項（国旗損壊を伴わない侮辱）の客体に欧州連合を追加し、2 項を OWiG に移動させ、欧州連合や国連、NATO などの旗も保護対象としたうえで罰金刑の対象とすることを提案したが、これも否決され[98]、第 2 読会では提案されていない。

第 2 読会で AfD は、法案は欧州連合批判を処罰するものだとして反対した。与党の CDU/CSU は公聴会の議論を踏まえた議決勧告を支持するに際し、新聞社がドイツ国内でイスラエルの旗を実験的に掲げたところ、2 時間とたたずに旗が降ろされ、火をつけられそうになったというエピソードを紹介し、法改正による外国国旗の保護は正当であると主張している[99]。FDP は、先に提出した独自の修正案に依拠し、国旗損壊を処罰するためには、公共の平和を乱すような手段を用いて行われる場合でなければならず、そうでない場合は秩序違反とすべきだとして、議決勧告の内容は刑事政策上の重要度が低いと批判している[100]。また、FDP と共同で修正案を提出した Bündnis 90/Die Grünen は、本改正で EU 旗は保護されるのに、国連の象徴が保護されないのは一貫性を欠くのではないかと疑問を呈した[101]。

こうした討論を経て採決が行われ、法案は SPD、および CDU/CSU の賛成、AfD、FDP、および Die Linke は反対し、Bündnis 90/Die Grünen は棄権して、可決された。

この直後に、そのまま第 3 読会が行われ、最終投票の結果、法案は可決され、再び連邦参議院へ送付された。連邦参議院では討論は行われず、他の法案と一括して採決のうえ、可決されている。

第 5 項　若干の考察

近時のドイツで議論されてきたのは欧州連合と外国の象徴の保護であり、国内の象徴については、すでに 90 条 a が置かれていたためか、改正時には議論されていない。わが国で議論されているのは日本国章の保護についてであるから、この点でドイツの関心と相違しているようにも見える。しかし、以上で見てきたドイツの議論からは、表現の自由や、刑法の補充性という理念的・刑事政策的な問題や、公式の象徴に類似する客体の処理という解釈上の問題が表出しており、これらは日本国国章損壊等罪を考察するに際して、検討されなければならない点である。

まず、公聴会ではどちらかというと消極的意見が目立った。特に 104 条 1 項第 2 文について、類似した旗なども含まれるとする解釈に対する批判が強く、また、刑罰ではなく秩序違反として OWiG124 条で対処可能であるとの見解が、複数人から主張されている。

こうした批判の背景に、政治活動や表現の自由の萎縮の懸念があるのは明らかである。連邦参議院から連邦議会へと法案が送付された際に、連邦政府から、議論と中傷は慎重に区別すべきという見解が付されているが、実際上の区別の基準は、立法時点までに明確化されたとはいいがたい。公聴会では、90 条 a の実務上の取り扱いについて、ミュンヘン第一検察庁で 2016 年から 2020 年 1 月までの間に、本条違反のケースが 17 件捜査されたものの、いずれも起訴に至らなかったという報告もある [102]。表現の自由に配慮した慎重な運用は、議論と中傷の区別が実務上も明確でないことを裏付けているように思われる。

次に、104 条 1 項に第 3 文を追加することで、類推禁止の問題は一応クリアされたようにも見えるが、明確性の観点からの疑問は残っている。「紛らわしいほど類似する」という文言は多分に規範的要素を含んでおり、粗雑に作られた国旗であってもこれに該当する可能性は否定できない。先に述べたように（前章第 2 節）、国旗の造りが簡素であればあるほど、それを粗雑に作っても見かけ上は精巧な国旗に見える場合も考えられる。公聴会では、白い紙に赤い線を 2 本引いたものがオーストリア国旗に紛らわしいほど類似するかという例を挙げつつ、その基準に関する質問があり、これに対し、個別の判断になるものの、本物の外観を思わせ、象徴的な意義が再現されている必要があると回答されている [103]。しかし、客体を見た人の判断は様々であると思われ、この基準によってもなお、あいまいさは払拭できていないのではないだろうか。実際にも、90 条 c に関する有罪判決が出たケースは、今日まで存在していないようである [104]。

さらに留意すべきなのは、正式なものと紛らわしいほど類似する旗の規制が、90 条 a および c には及んでいない点である。この点については立法資料を参照しても議論された形跡がなく、学説でも「ミスにしか見えない」と批判する論者もおり [105]、原因は明らかでない。類似物の規制には明文の根拠が必要との前提に立てば、90 条 a および c の客体は、法令の基準に基づいて製作された「本物」のみが保護の対象となる [106]。また、OWiG124 条に関する指摘も、90 条 a および c については及んでおらず、国内の国章と、外国の国章の保護は、それぞれ異なる根拠に依拠されていることが示唆される。

第 3 節　ドイツ刑法 90 条 a、104 条の構造

以上のような改正経緯を踏まえ、本節では、各条文の保護法益や解釈について、学説における理解を概観する。改正では 90 条 c の新設が主題であったが、ここでは措き、ドイツ国内の象徴を保護する 90 条 a と、104 条については新設された 1 項第 2 文、第 3 文の解釈を中心に取り扱い、日本国国章損壊等罪の検討に対する示唆を得る。

第 1 項　ドイツ刑法 90 条 a

(1) 保護法益

通説的理解によれば、本罪は、ドイツ連邦共和国の威信、連邦の構成州、憲法的秩序および国家の象徴に対する誹謗中傷を処罰することで、国家や憲法的秩序の存立を保護することを目的とする規定であると説明される[107]。90 条 a に規定されている客体への中傷を容認すると、国家やその象徴を無視するという風潮がまん延することから、そうした状況となる前の段階での処罰が正当化される（処罰の早期化）[108]。多くの文献では、本条の保護法益に関する説明の際、「90 条 a は国家の名誉を保護するものではない」という点への言及が出発点となっている[109]。また、判例も、90 条 a の目的は、「自由民主主義的秩序に基づく国家体制としての特殊な性質と形態を備えたドイツ連邦共和国、およびその州を誹謗中傷から保護すること」だと述べる[110]。ただし、裁判例のレベルでは、連邦鷲を誹謗中傷した被告人の行為が「重大な名誉侵害」(schwerwiegender Ehrangriff) であり、刑法 90 条 a1 項第 2 文の保護範囲に含まれると判示したケースも存する（本節第 3 項（2）参照）[111]。

保護法益について問題となり得るのは、「国家の威信」(Ansehen des Staates) の内実である。威信とは「国家の価値に関する国民の意識」であり[112]、判例によれば、国家の威信は 90 条 a の保護対象 (Schutzgegenstand) であるとされており[113]、保護法益である「国家の存立」や、学説および判例が一致して否定する「国家の名誉」とは区別されている。

もっとも、90 条 a の保護法益を考える際、国家の威信という要素に言及する必要性は、判例の文言を踏まえても、明らかではない。構成要件に列挙される行為が国家の存立を害することを端的に示せば、あえて国家の威信に言及する必要は乏しいはずである。

しかし、ドイツ連邦共和国やその州それ自体、あるいは国旗、国章等を侮辱、誹謗中傷するなどの行為が、なぜドイツ連邦共和国等の存立を害するかを説明するのは困難である[114]。例えば、同じように国家の存立を保護する条文として 81 条（反逆罪）が挙げられるが、その実行行為は暴力や脅迫を伴う。このような実行行為により国家の存立が損なわれることは明らかだが、侮辱程度の行為が、国家の存立を損ねるといえるためには、何らかの説明を要する。その説明に用いられているのが、国家の威信という要素だとされる[115]。すなわち、侮辱や国章損壊といった行為は、国家の威信を損なう、つまり国家の価値に対する国民の意識を悪化させるものであり、このような行為が蓄積されていくと、最終的には国家の存立や、その憲法的秩序をも損ない得ると考えられる。先行研究においては、このような理解に基づく国家の威信を、「中間的法益」(Zwischenrechtsgut) と呼ぶことがある[116]。

(2) 公然性

90 条 a の 1 項、2 項はいずれも、実行行為について公然性を要求している。すなわち、1 項では実行行為が「公然と」(öffentlich) 行われることを要件とし、2 項では、客体が公然と掲揚・設置されていることが要件とされている。公然性とは、個人的な人間関係によらない、大きな人的集団にとって認識され得る状態を意味し、現実の認識は不要である。この集団は 3 人以上であればよいとされる[117]。

ただし、1 項では公然性のほか、「集会において、またはコンテンツ（11 条 3 項）の頒布によって」という要件が並置されており、公然性は認められない場合でも、本罪が成立する余地は残されている。

(3) 客体

① ドイツ連邦共和国、州、憲法的秩序（1 項 1 号）

日本で議論されている保護の客体は、国旗をはじめとする「象徴」だが、ドイツではより抽象的な、国や州それ自体、あるいは憲法的秩序も、本条 1 項 1 号で保護の客体とされている。ただし、「ドイツ連邦共和国」や「州」は、単に国家だからという理由で保護されているのではなく、「自由民主主義的に定められた、社会的存在」として保護の対象とされている[118]。「ドイツ連邦共和国（およびその州）の存立」の意味内容は、ドイツ刑法 92 条 1 項で定義されている。同条は、「本法において、ドイツ連邦共和国の存立を侵害した者とは、外国による支配からの自由を失わせ、国家の統一を損ない、またはドイツ連邦共和国に属する領土を分離させた者をいう。」と規定しており、支配からの自由、国家の統一、および領土の保全が、国家を存立させるための要素とされている。

「憲法的秩序」(Verfassungsmäßige Ordnung) とは、国家における共同生活の基礎を意味し、これには基本法 18 条の意味における自由民主主義の基本的秩序、基本的な政治的国家機構およびその機能、および複数政党制が含まれる[119]。ドイツ刑法 92 条 2 項には国家的法益に関連する用語の定義が定められているが、ここにいう「憲法上の原則」(Verfassungsgrundsätze) は、「憲法的秩序」を具体化するものだとされる[120]。この概念は、憲法に基づく、あるいは憲法から形作られた法秩序全体を指すものであり、個別の法規や国家機関に対する中傷はこれに含まれないが[121]、そうした中傷が間接的に国家機構全体に向けられている場合には、例外的に国家秩序への攻撃とみなされる場合があり得る[122]。

② 色、旗、紋章、国歌（1 項 2 号）

1 項 2 号では、色 (Farbe)、旗 (Flagge)、紋章 (Wappen)、および国歌 (Hynme) が保護の客体とされている。

ドイツ連邦ないし構成州の「色」「旗」は、基本法 22 条で規定されている、黒、赤、金[123] の三色旗（連邦旗）のほか、多数の規則で定められているものが客体となる[124]。連邦旗の保護は基本法 22 条に根拠を有するが、同条に定められているのは旗の色のみである（2 項）。しかし、連邦旗が憲法的地位に置かれているのは、国家の権利として、国家の自己表現と、国民の国家意識に訴えかける目的で、このような象徴を用いることが前提とされているからだとされる[125]。

「紋章」とは、金色の下地で縁取られた黒色の鷲 (Bundesadler) の紋章を指すものとされ、下地のない鷲単体では紋章に該当しないが、これを中傷した場合はドイツ連邦共和国に対する中傷となり得る[126]。なお、州以下の地方自治体の旗や紋章は、本条では保護されない[127]。

ドイツ刑法 90 条 a では「国歌」も保護の客体となっている。国歌として保護されるのは、一般に歌われている第 3 節のみである。国歌については法律の定めがあるわけではないが、数十年間にわたる習慣と、1952 年にドイツ連邦の首相と大統領との間での書簡のやり取りから、第 3 節のみが国歌に該当するとの判断が示されている[128]。

③ 2 項の客体について

2 項では「旗」と「象徴」(Hoheitszeichen) が客体とされる。象徴は公的機関によって公に設置されている必要があるが、旗の掲揚は公的機関による必要がない。よって、私人や法人が掲揚した旗でも客体となり、掲揚の理由も問わない[129]。

通説によれば、これらはいずれも、建物などに公然と掲揚・設置されている必要がある。例えば、デモ行進や政治集会などにおいて、手持ちの旗を燃やしたり損傷させた場合には、2項としては処罰されない[130]。もっとも、この場合は、1項2号により、ドイツ連邦共和国に対する誹謗となり得るとされている[131]。また、行為者が所有する客体であっても本罪は成立する[132]。

旗は公共の場所にあるか、公共の場所から見える位置に掲揚されていればよい[133]。「掲揚」という文言に徴すると、他人が実行行為を現実に認識していたことも要求されていない[134]。

「象徴」とは、国家（州）の権力を公的かつ権威的に表明するシンボルを意味し、旗、境界標、標識、国境の遮断棒、彫刻、小旗などが該当し得る。これらの象徴は、連邦共和国または州の象徴でなければならないが、これらを設置する主体は国や州に限られず、地方自治体の公的機関の指示に基づいて設置されたものでもよい[135]。設置場所については旗と同様の公然性が求められるが、任意の人間が認識可能であるような場所に置かれていればよく、室内であっても、不特定の人が出入りする空間であれば認められる[136]。

(4) 1項の実行行為

1項の実行行為は、“beschimpft”、“böswillig verächtlich macht”、および“verunglimpft”とされる。いずれの文言も、日本語では誹謗、中傷、侮辱、名誉毀損など、様々な訳出が可能であるが、連邦政府が提供する、非公式の英訳を手がかりにすると、“beschimpft”は侮辱的な言葉を用いること、“böswillig verächtlich macht”は悪意をもって中傷 (disparage) すること、“verunglimpft”は貶める、中傷する (denigrate) という用語となる。本稿では、ドイツ刑法典の邦訳資料[137]も参照し、訳出している。

① 侮辱 (Beschimpfen)

まず、「侮辱」(Beschimpfen) とは、その形式または内容に照らして、特に侵害的に軽蔑を表明することをいう。これは、形式面では表現が粗野であったり、内容面では不品行な態度での非難が見られる場合に、特に侵害的であると判断される[138]。こうした表現方法の点から、この行為態様は、1項第2文の「誹謗中傷する」(verunglimpfen) よりも違法性が高いものと理解されている[139]。当該表現が侮辱に当たるかは、偏見を持たない第三者の視点から判断され（本節第3項参照）、行為者の意図や、実際にその表現に接した者がどのように解釈したかは重要ではない[140]。

ただし、政治的批評に関する表現は、その内容が誤りで、表現方法が強烈で、かつ正当でない場合であっても、その表現の本質的要素が論争にあり、中傷が主要な目的でなければ、「侮辱」には当たらない[141]。

② 悪意の中傷 (böswillig verächtlich machen)

次に「中傷」(verächtlich machen) とは、あらゆる表現により、1項1号が保護する連邦共和国、州、憲法的秩序に対する国民の敬意を無価値にし、あるいは尊敬に値しないと思わせることを意味し、評価に関する陳述でも該当し得る[142]。また、道徳的に不名誉な内容を含む必要はない[143]。90条aは名誉に対する罪ではなく、したがって、国家は名誉保護の権利を有さないため[144]、基本法5条1項第1文（表現の自由）に照らすと、「中傷」に該当するためには、問題となる表現が、少なくとも間接的に、90条aの保護法益が侵害されるに足りるような表現方法でなければならず、単なる論争は、国家の名誉を損ない得る表現であったとしても、「中傷」には該当しない[145]。判例によれば、連邦共和国と、その自由民主主義的基本秩序は粗悪

(minderwertig) であり、「第三帝国」と取り換えるべきだという言論は、単なる論争を超えた、悪意の中傷であるとされた[146]。非暴力での政府転覆を呼びかけるだけでは悪意の中傷に該当しないが[147]、例えば国家に対する反逆罪（ドイツ刑法 81 条 1 項）に当たる状況下で政府転覆を呼びかけた場合には、悪意の中傷に該当し得る[148]。

また、「悪意」(Böswilligkeit) とは、侮辱の意図を有しながら、卑劣な、敵意のある、または非難すべき動機によって行為したといえる場合に認められる、行為者の内心状態である。例えば、自身の主張を否定する事情から目をそらしたり、過激な表現を弱める可能性があったのに、その表現効果を得るために思いとどまったりした場合には、その帰結として、悪意に相当する動機の存在が認められる[149]。

「悪意の中傷」と「侮辱」の違いは、その主観面に求められる。「悪意の中傷」は、常に意図的な行為が前提とされるが、「侮辱」の場合は侮辱的な趣旨や文言を、行為者が認識していたかという点のみが問題となる[150]。

③ 誹謗中傷 (Verunglimpfen)

1 項 2 号の「誹謗中傷」という文言は、90 条（連邦大統領）や 90 条 b（連邦の機関）にも置かれている。しかし、前述のとおり、本条は国家の名誉を保護するものではないため、90 条、90 条 b とは異なり、事実の主張または価値判断による、重大な誹謗中傷ないし軽蔑を流布することと理解され[151]行為が国家の名誉を毀損するか否かは考慮されない（そもそも、国家の名誉権は否定されている）。例えば、体制を批判する表現や、主張内容が誤りだと思われる論争における表現は、侮辱や悪意の中傷と同じく、貶める行為には該当しない。1 項 2 号は象徴を保護する条文だが、これが国家に対して、批判や拒否に対する免疫を与えることになってはならないと指摘されている[152]。

象徴を誹謗中傷したといえるための基準は、その表現行為が、ドイツ連邦共和国の基礎を形作っているものに対し、象徴を用いて疑問を投げかけたか否かである。この判断に当たっては、その表現行為が持つ意味を常に検討しなければならない[153]。

(5) 2 項の実行行為

90 条 a2 項の実行行為は、客体を除去 (entfernen)、破壊 (zerstören)、損傷 (beschädigen)、または使用不能 (unbrauchbar machen)、若しくは判別不能にする (unkenntlich machen) 行為と、「冒涜的な粗暴行為を行った」(beschimpfenden Unfug verüben) と規定されている。

「除去」とは、掲揚されている客体を、その場から移動させる一切の行為をいい、客体を領得する意思は必要ない。除去した客体が移動した距離も問わず、掲揚されていた場所からすぐ近くに移動させても「除去」に該当するが、掲揚されていることが要件のため、これから掲揚される予定の旗を除去しても、少なくとも本罪の「除去」には当たらない[154]。

「破壊」と「損傷」は物理的毀損の程度の違いであり、前者は客体の実用性を完全に失わせる状態にすることをいい、後者はその程度には至らないものの、実用性を減じさせる行為を指す[155]。「使用不能にする」とは、象徴としての有用性を失わせる一切の行為をいう[156]。この要件は、物理的な損壊に当たらない行為をカバーするものと思われる。

「判別不能にする」とは、客体を認識できなくすることをいい、客体を覆ったり、ペンキを上から塗ったりした場合は、容易に原状回復が可能であれば「損傷」には当たらないが、判別不能にする行為に該当する。

同様に、旗をしまい込んで見えなくすれば、やはり判別不能となる[157]。この要件は、その他の行為態様に対して、いわゆる受け皿構成要件としての機能 (Auffangfunktion) を有するとされる[158]。

「冒涜的な粗暴行為を行った」(beschimpfenden Unfug verüben) とは、客体を侮辱する意味合いを有しながら行われる、粗雑で侵害的な軽蔑の表明行為であり、客体に放尿したり、旗が掲揚されているポールをのこぎりで引き倒したりする行為がこれに当たる[159]。このとき、客体の本質的な機能を破壊することまでは要しない[160]。

また、「行った」といえるためには、行為者自身の行動で、客体に別の物体を付加させたり、客体の構造を変容させるというような、客体に何らかの影響を与える必要がある[161]。

「破壊」の典型的な行為は国旗を燃やす行為であるが、前述のとおり、条文上、公に掲揚されている国旗でなければ、燃やしても 2 項の対象とはならないが、1 項 2 号の、連邦共和国の旗に対する誹謗行為と判断される可能性がある。

第 2 項　ドイツ刑法 104 条

(1) 保護法益

日本刑法 92 条（外国国章損壊等罪）の通説的な保護法益理解は、前述のとおり、もっぱら日本の外交上の利益であると考えられている。これに対してドイツでは、本条は（日本と同様に）外国との円滑な関係を妨げられないという自国の利益に資するという見解[162]が見られるほか、もっぱら外国の名誉を保護する規定だと理解する見解も有力である[163]。通説は、この両者が保護法益だと理解しており、外国の利益を保護することで、最終的に自国が外国との国際紛争に陥ることを防止することが可能となると説明されている[164]。

ドイツ刑法 90 条 a の法定刑と対比すると、外国の国旗・国章は、ドイツの各種象徴よりも保護の度合いが弱い。

(2) 構成要件

本罪の実行行為には、90 条 a2 項と共通するものが複数存し、解釈はそれらと同一である。1 項第 2 文以降が、2020 年改正で追加された文言である。先に述べたように、「紛らわしいほど類似する」(verwechselnähnlich) という要件を満たす旗がどのような形状をしている必要があるかは不明確であり、この点はドイツ刑法の解説書等においても明らかにされていない。

客体は、公的に掲揚・設置された旗ないし象徴（第 1 文）と、それ以外の国旗（第 2 文）に区別されている。第 1 文の「法令」とは、狭義に解釈すると、旗の掲揚に直接関連するもののみが該当し、例えば外交関係に関するウィーン条約 20 条には、「使節団及び使節団の長は、使節団の公館…及び使節団の長の論送手段に派遣国の国旗及び国章を掲げる権利を有する。」とされている[165]。「公に認められた慣習」(Anerkannter Brauch) については、その範囲が不明確となるおそれがあることから制限的な解釈が志向されるべきとされ（基本法 103 条 2 項）[166]、具体的には、外国の祝祭日、オリンピック等のスポーツ競技会、国際会議、ホテルでの会合、船舶などが挙げられている[167]。「公に掲揚された」(öffentlich gezeigt) とは、任意の多数の人から旗が見える状況であればよく[168]、客体が建物の中に設置・掲揚されていてもよい[169]。

「象徴」は、法令や慣習によるのではなく、外国の、公認の代表機関が公に設置したものであることを要する。象徴は国家権力のシンボルであり、旗や紋章がそれに当たる。「公認の代表機関」(Anerkannte

Vertretung dieses Staates) とは大使館や領事館がその典型とされる[170]。象徴は「公に設置された」(öffentlich angebracht) ことを要するが、「公に掲揚された」と同様である[171]。

(3) 他罪との関係

日本刑法の議論でも、国旗損壊罪と器物損壊罪との関係が問題となっているが、ドイツ刑法 104 条は同 242 条（窃盗）、249 条（強盗）、および 253 条（恐喝）と観念的競合の関係となり得る[172]。303 条（器物損壊）ないし 304 条（公共財産の損壊）に対しては、104 条の成立が優先されるが、被害国の政府から、104 条 a に基づく処罰請求がなされない場合には、器物損壊罪により処断されることとなる[173]。

第 3 項　90 条 a、104 条に対する制約原理

以上のような、国旗や象徴に対する侮辱的言動、あるいは損壊等の行為は、政治的活動、ないし芸術活動の一環として行われた場合には、基本法 5 条によって保障される表現の自由の行使として、その構成要件該当性が否定される場合があり得る。ドイツでは、90 条 a1 項 1 号の制約原理として意見表明の自由（基本法 5 条 1 項第 1 文）が、同 1 項 2 号の制約原理として芸術の自由（基本法 5 条 3 項）が挙げられている[174]。104 条は、いずれの憲法的権利の問題ともなり得る[175]。連邦憲法裁判所は、いずれの制約原理についても、過去の判例において慎重な検討を加え、保護されるべき表現と、保護に値しない可罰的な中傷表現を区別してきた。

(1) 表現の自由（基本法 5 条 1 項第 1 文）

まず、表現の自由が問題となるケースにおいて、連邦憲法裁判所は、基本法 5 条はもともと権力批判のから生じたもので、国家は厳しい政治的批判を甘受しなければならないことから、当該表現が「論争」なのか、あるいは「侮辱」ないし「悪意の中傷」なのかを慎重に区別すべきという前提に立つ[176]。そのうえで、国家に対する批判や、たとえ憲法に敵対するような政治プログラムを宣伝した場合であっても、そうした理由でこれらを処罰するように刑法 90 条 a を解釈してはならないことを明言し[177]、表現が可罰的となるのは、こうした政治的意図を超えて侮辱行為が行われた場合に限られ[178]、表現の自由に最も親和的な解釈が、その表現の解釈として選ばれるべきとされている[179]。

90 条 a は制限的な運用をすることが要求されているが、このような理解を助ける判例として、BVerfGE 93, 266 が挙げられる。この事件は 1980 年代に流行した、ドイツ国防軍ないし個々の兵士について、「兵士は殺人者だ」などと主張する内容の言論について、侮辱罪（刑法 185 条）が成立するかが争われたケースであり、兵士の名誉の保護と表現の自由が問題となった。連邦憲法裁判所は、ある言論を法的に評価する際の枠組みについて、概ね以下のような判断を下し、結論としては、「兵士は殺人者だ」という言論は、表現の自由として保護される旨判示された[180]。

「あらゆる表現の法的評価の前提は、その表現の意味が正しく理解されていることである。表現による犯罪に有罪判決を下す際にそれが欠けているときは、許される表現が抑圧される結果となりかねない。さらに、そのような有罪判決が出されると、表現の自由の行使一般に対して悪影響を及ぼす危険がある。なぜなら、表現を行おうとする者が、その表現に対する突拍子もない、あるいは根拠のない解釈によって処罰される危

険を自身で負うことになるからである。このような状況では、すでに解釈の段階で、表現が許容されるか否かの事前判断が行われているため、基本法5条1項第1文からは、基本権を制限する法律の解釈と適用に関する要件だけではなく、問題となっている表現の解釈に関する要件も明らかになる。」

「解釈の目的は、ある表現の客観的な意味を確かめることである。したがって、決定的なのは表現者の主観的意図でも、その表現によって影響を受けた者の主観的理解でもなく、先入観のない、理解力のある聴衆の理解に基づいた、その表現が持つ意味である。その際は、常にその表現の文言を出発点としなければならないが、文言がその表現の意味を確定的に決めるわけではない。意味というものは、それが表現の受け手にとって認識可能であったという限りにおいて、問題となる表現が置かれている言葉の文脈や、表現が行われた際の付随事情によっても決定される。よって、問題となった表現の一部を、他との関連なしに考察することは、意味を確実に解明するという要請を、原則として満たさない。」

「問題となっている表現の意味を明らかに誤り、それに基づき法的な評価を裏付ける判決は、表現の自由という基本権に反する。同様のことは、裁判所が多義的な表現について、事前に論理的な根拠を用いて、他にもあり得る解釈を排除しないまま、有罪判決を導く解釈を行った場合にも妥当する。」「表現または状況が名誉毀損的ではない解釈を許容するならば、この解釈を無視した刑事判決は、基本法5条1項第1文に違反する。」

以上のように、連邦憲法裁判所は、問題となった表現は、偏見のない第三者の視点から全体的に考察すべきであり、表現の持つ意味が多様に解釈可能な場合は、合法的な意味内容を完全に除外できることが論理的に明らかにならなければ有罪判決を導くことはできないという判断を下した。この判断枠組みは90条aにも妥当するものであり、本件は、同条を制限的に運用し、表現の自由を最大限尊重すべき根拠となる判例だといえよう。

その他の判例を見ると、例えばBayObLG NJW 1998, 2542では、「ファシストのドイツ連邦に死を！」というスローガンが「侮辱」に該当するかが問題となったが、この表現は、ドイツ連邦共和国を国家主義的・全体主義的だと非難するものではあるものの、ドイツを非法治国家とみなしたり、ナチ政権と同一視するような内容ではないため、90条aの「侮辱」には該当しないとされている[181]。

(2) 芸術の自由（基本法5条3項）

芸術の自由が問題となる局面においても、90条a、ないし104条に該当し得る行為は、単に外形的な部分のみで判断するのではなく、構成要件に該当し得る侮辱行為であっても、それが単なる誇張表現や歪曲的表現であったり、悪趣味な言動にとどまっているのか、あるいは、それを超える重大性を有しており、およそ芸術の自由としての保護に値しないかを、全体的な視点に立って判断すべきとされる[182]。作品全体について複数の解釈が可能な場合は、憲法の基本的価値を攻撃的でない方法で疑問視するような解釈が、複数あり得る解釈のうち、ただ1通りしか存しない場合であっても、可罰性は否定される[183]。このような考え方は、表現の自由と基本的に同一である。

ただし、90条a1項2号の客体が、芸術の自由として認められるような行為により中傷された場合に、常に可罰性が否定されるわけではない。基本法5条3項は無条件で保証されるが、第三者の基本権や、他の基本権規定により制限される場合はあり得る。芸術作品であっても、それが憲法で保証される秩序を侵害し、

国家の存立や憲法を直接的に危殆化させる場合には、制限を免れない[184]。芸術の自由と他の憲法的権利が問題となる場合には、両者の価値を最大化するために、均衡がとれるような調整を図るべきとされ、その際は、いずれかの権利が常に他の権利に優先すると考えることは許されない[185]。

判例を見ると、BVerfG NJW 2001, 596 は、「我々が生きるために、ドイツは滅びなければならない」という歌詞を連呼する歌が 90 条 a に触れるのではないかが争われた事件であったが、連邦憲法裁判所は、歌の構造を考慮しつつ、この歌はドイツの社会的現状を風刺的に描いたものであり、文学的な引用も見られることを指摘したうえで、こうした芸術的意味を考慮せずに、歌が 90 条 a に抵触すると判断した原審を破棄している。

これに対して、BGH NStZ 1998, 408（3 StR 54/98）は、歌を演奏しながら拡声器を用いてスローガンを流布し、歌に含まれる侮辱的表現を増幅させたというケースであり、連邦通常裁判所は、当該表現は単なる誇張を超えると判断し、原審の有罪判決を維持した。

LG Frankfurt NJW 1989, 598 は、ドイツの紋章である連邦鷲が、ドイツ第三帝国の象徴であるかぎ十字（ハーケンクロイツ）をつけた帝国鷲とキスをする絵（他人が製作したもの）を、国勢調査に反対するリーフレットに使用して配布した被告人の行為について、フランクフルト地方裁判所は、この絵はドイツ連邦共和国の紋章に対する軽蔑の表明であり、「連邦鷲をこのように描写することは、政治的風刺画で通常見られるような、国家の象徴を戯画化する他の描写とは比較できない。これは重大な名誉侵害であり、刑法 90 条 a1 項 2 号の保護範囲に含まれる。」と判示した[186]。

LG Aachen, NJW 1995, 894 は、ドイツ国旗の彩色をした小さな旗を、警察の馬が残した馬糞に数秒間突き刺したという被告人の行為が 90 条 a2 項に該当するかが争点となったが、アーヘン地方裁判所は、この行為はネオナチが「帝国戦旗」をかぎ十字旗の代用として掲げていたことに対する抗議として行われたという解釈が可能であるとして、被告人を無罪とした。また、同裁判所は捕捉として、仮にドイツ国旗への侮辱が認められたとしても、本件行為は多角的な考察を踏まえると、芸術の自由の範疇に属すると判示している。

第 4 節　小括

本章では、ドイツにおける国内外の国旗・国章に対する罪について概観した。

ドイツ国内の国旗等保護（90 条 a）について、ドイツ法の特徴としては、国家それ自体が保護の客体とされていることと、国を象徴する多くの物が、歌や色に至るまで広汎に客体とされていること、また、象徴に対して有形力を行使する場合のみならず、言論や表現活動によって、国家や象徴を攻撃する行為も構成要件とされている点が挙げられる。このような広汎な規制は、90 条 a は国家の存立や憲法的秩序という利益を保護するものだとの理解によって正当化されている。

もっとも、こうした広汎な規制が存する一方で、具体的な適用に際しては、ドイツの裁判所は抑制的な運用を心掛けているように思われる。裁判所は、表現の自由や芸術の自由（基本法 5 条）は無制限に保証されるわけではないとしつつも、90 条 a の成否が問題となる局面では、当該言論ないし作品を全体的に観察し、あり得る解釈をすべて洗い出したうえで、国家の存立を害するような解釈しかできないようなケースでなければ可罰的ではないという姿勢を明確に打ち出している。こうした解釈は、90 条 a の広汎な保護範囲を、国民の行動の自由という観点から制限し、処罰範囲の限定および明確化を図るものである[187]。

ドイツ刑法 90 条 a は、反政府勢力による批判を抑制するために用いられてきたとされる[188]。先に見たよ

うに、同条の源流は帝政時代の不敬罪に遡り、1922年に制定された共和国保護法8条には、現行の規定と類似した条文が見られる。この条文は1932年に刑法134条aとして新たに制定され、翌年以降に成立したナチス政権では、同条を基にして、政府や政策を批判する内容の言論が厳しく規制する法律が制定された。第二次世界大戦終結後、刑法134条aは廃止されたが、1951年には96条aとして再度制定され、主に共産主義勢力ないし左派勢力に対して適用されてきたとされる[189]。表現を規制する刑罰法規は、容易に政治的闘争の道具に転化し得るものであることに鑑みると、ドイツの裁判所の法運用は、日本法に対しても示唆を与えるものである。

裁判実務の傾向としては、表現内容にナチスに関連する要素が含まれていると、裁判所の判断は厳格になっているような印象を受ける。それは、当該表現が、連邦共和国をナチ政権と同一視するような内容ではないとか、ネオナチに対するアンチテーゼであるという理由で90条aの成立を否定したり、かぎ十字と帝国鷲を連邦鷲と一体化させて描かれた絵が、通常の風刺画とはみなされない、重大な名誉侵害だと断じられていることから推察可能である。ドイツ刑法86条aで、ナチス式の敬礼やかぎ十字（ハーケンクロイツ）の使用が禁止されていることからも、ナチス的要素は、連邦共和国の存立や憲法的秩序を否定するものだという認識がドイツ社会の根底にあるものと考えられる[190]。

日本国国章損壊等罪との関連では、ドイツにおいて国旗を焼却（破壊、損傷）する行為の規制は、その旗が公然と掲揚されている場合とそうでない場合とに区別される。前者は90条a2項が明文で規制しているが、後者については解釈により、同1項2号に基づく規制が及ぶとされている。しかし、後者の行為が実際に処罰されたケースが存するかは不明である[191]。いずれの国旗焼却行為も、その行為が表現の自由の保護を受けるかどうかは別途判断されるから、国旗を燃やしたという事実のみで、直ちに犯罪が成立するわけではない。この点も、日本法に対して示唆的である。

ただし、外国国旗の場合について、ドイツ刑法104条の改正をめぐる議論は、イスラエル国旗がデモ行進中に焼却されたことに端を発している。この文脈からすると、立法者は、国旗の焼却行為に対する憲法的保護を与えることを予定していないようにも見える。この点につき、104条の保護法益理解は90条aとは異なるから、政治的表現であっても国旗焼却のような行為は許容されないのか、あるいは、保護法益理解にかかわらず、デモ行進中の外国国旗焼却行為であっても行為の内容解釈が行われるのかは、判例の蓄積を待たなければ判然としないだろう。

第3章　日本国国章損壊等罪の構成要件について

前章では、ドイツにおける国章保護規定の構成要件と、その解釈について概観した。そこで得られた知見を踏まえ、本章では、日本国国章損壊等罪が制定された場合における構成要件解釈のあり方について検討を加える。

第1項　保護法益理解

(1) 日本国の存立および憲法的秩序

まず、94条の2の保護法益をどのように理解すべきか。第1章で論じた通り、92条の保護法益は外交上の利益であるという理解が通説であり、日本国章を保護する根拠とはならない。では、ドイツ刑法90条a

の検討で得られた保護法益理解を、94 条の 2 にも妥当させることは可能だろうか。

ドイツ刑法 90 条 a の保護法益は、「国家および憲法的秩序の存立」である。このような利益は普遍的に肯定され得るものではあるため、日本刑法 94 条の 2 における保護法益として用いることは可能であろう。

しかし、ドイツにおいてこうした保護法益理解がなされている根拠は、90 条 a には 3 項が置かれ、国家の存立や憲法的秩序に敵対的な活動に意図して従事した場合に刑を加重する規定があるからだとされる。そうすると、このような規定が置かれていない場合には、ドイツと同様の保護法益理解をすることが可能かは、慎重に検討しなければならない。

前述のように、本条には政治的闘争の道具として機能し得る危険が常に内在しており、国家の存立という名目のもとで言論を弾圧することは、当然許容されない。94 条の 2 の保護法益としてこうした見解を採用する場合は、国旗損壊行為の処罰が政治的弾圧を招かないかを常に検討しつつ、構成要件該当性判断を行わねばならない。単に政治デモ行進の際に国旗を燃やしたというのみで、国家の存立を脅かす行為と判断できるかは疑問の余地があろう[192]。ドイツでは、ドイツ国旗を燃やす行為は連邦共和国に対する侮辱であり、国家の存立を危殆化させる行為だと考えられているが、ドイツにはナチス政権時代の記憶が現在も影を落としており、こうした国情ともあいまって、国旗焼却行為に対する厳しい態度が採られている可能性を考慮すべきである。

このように、保護法益を日本国の存立および憲法的秩序に求めるのであれば、本罪は国家的法益に対する罪と理解すべきこととなろう。

(2) 国旗に対する敬愛感情

このほかに、94 条の 2 の保護法益と位置付けることが可能な法益は考えられるだろうか。例えば、本罪の新設をすべきとする見解の中には、「国旗を大切に思う国民の感情」を保護する必要性が指摘されることがある[193]。「感情」を直接の保護法益とする日本の刑罰規定としては、礼拝所不敬罪（188 条 1 項）や死体損壊罪（190 条）が、宗教的感情を保護する規定として挙げることができるほか、直接的に感情を保護するものではなく、社会的風潮の悪化を防止するために置かれている規定もある。例えば公然わいせつ罪（174 条）やわいせつ物頒布等罪（175 条）は健全な性風俗・性秩序を保護し、児童ポルノ禁止法は、被害児童の保護に加え、児童を性的搾取の対象とする風潮のまん延を防ぐことを目的とする法律であるし、賭博罪（185 条以下）は、賭博で財産を得ることで、怠惰・浪費の風潮を生み出し、健全な経済的秩序を損なうため、これを防ぐために置かれている。このほか、動物愛護法も、動物愛護の精神を社会的秩序として保護するものであると考えられている[194]。

これを日本国国章損壊等罪についていえば、同罪は日本国章を損壊する行為を禁止しないときは、日本国章や、ひいては日本国自体に対する不敬の風潮がまん延するため、国旗をはじめとする国章をむやみに中傷しない社会的秩序を保護するために置かれる、社会的法益を保護する規定だということが想定され得る。

確かに、一般論として、自国の国旗・国章が損壊されている風景を目の当たりにして、プラスの感情を抱くことはなく、そうした行為に対しては否定的評価が加えられて然るべきではある。しかしながら、そうした行為を刑罰によって予防すべきかについては、刑法の補充性、謙抑性の観点から慎重な検討を要するだろう。

本稿は、仮に 94 条の 2 が制定されるのであれば、同条は、国家の存立や憲法的秩序という国家的法益を保護するものと理解すべきと考える。

第２項　構成要件の解釈

日本国国章損壊等罪の草案（94 条の 2）は、92 条の文言とほぼ一致していることから、その構成要件の解釈も、92 条の解釈に規定されると考えるのが自然である。ただし、その際は、保護法益との関係を無視することはできない。保護法益が異なるのであれば、条文の解釈も変わり得るからである。

これまで、92 条の解釈に際しては、先行研究自体が僅少であり、比較法的知見を参照する必要性も乏しかった。しかし、日本国国章損壊の罪の新設議論が契機となり、これを規定する 92 条を立ち入って検討する必要性は増大している。第 1 章における検討からも分かるように、同条に関し、通説的といえる見解は未だ存しない。そうすると、前章で得られた比較法的知見を用いて、92 条の処罰範囲を適切に画定させることは、今後制定されるかもしれない 94 条の 2 の処罰範囲をも、同時に画定することにつながる。

(1)「公然性」「掲揚」の要否

まず、客体となる国章は、公に掲揚されている必要があるか。

この点につきドイツでは、国内の国章を保護する刑法 90 条 a では明文でこれを要求する一方、外国国章を保護する 104 条では、公に掲揚されていなくてもよいこととされているが、前述の通り、公に掲揚・設置されていないドイツ国旗等を損壊した場合であっても、その行為に公然性が認められればドイツ連邦共和国に対する侮辱罪が成立し得るから、処罰範囲は実質的に重なっている。

わが国において、この問題は、客体となる国章がどのような場所で掲揚されている必要があるか、という公然性の観点から検討されてきた。学説上は、国章等は少なくとも「公共の場所」に掲揚される必要があるとする見解が多いことから、公然性は「国旗」「国章」の解釈から導かれていると思われる。しかし、92 条は外国の「国旗その他の国章」と規定するのみであり、ドイツのような公然性や、「掲揚」という要件を解釈により読み込めるかは、難しい問題である。

①　公然性について

例えば、デモ行進の際に国旗を燃やしたり破り捨てたりした場合、あるいは YouTube などのプラットフォームで、国旗を燃やしている場面を撮影し、配信（公開）した場合にも、公然性が認められるかは検討を要するほか、国章が「掲揚」ないし「設置」される必要があると解した場合には、公然性が認められても、「掲揚」要件が欠けることとなろう。

不特定または多数が認識可能な状態という、典型的な「公然性」の解釈に基けば、自宅内での配信行為なども、公然性は認められよう。とはいえ、92 条はわいせつ物の公然陳列や、特定の人物に対する名誉毀損のような罪ではなく、外交上の利益を損ねる罪であるから、個人が公然と国旗を損壊した場合にも、こうした法益が侵害され得るかは、自明ではない。

ドイツ刑法 104 条 1 項第 2 文では、私人による外国国旗の損壊が新たに処罰対象とされたが、そこでは「公然と」という要件が置かれたのみである。これは、同条がデモ行進などの際に国旗を燃やす行為を捕捉することを意図した規定であり、日本の議論における「公共の場所」よりも広汎な概念であると思われる。

この点については、およそ誰にも知られないままに、自身が所有する外国国旗を損壊するような場合には、92 条との関係でいえば、およそ外交上の利益を害することはなく、当罰性は存しない。よって、少なくとも実行行為は第三者が知覚可能な状況下で行われなければならず、日本の学説が、実行行為が「公共の場所」

で行われることを要すると解していることには理由があろう。

第1章で見たように、確かに「公共の場所」という文言には曖昧さが残る。しかし、ドイツのような「公然と」という文言だと、自宅の部屋で動画配信を行いながら旗を燃やす場合や、自宅の庭で旗を燃やす行為なども規制対象となり得る一方で、これらは「公共の場所」ではない。「公共の場所」という解釈に依拠した場合は、こうした行為は規制されないと考えられる。このような理解を前提とすると、不特定または多数の者が自由に通行可能な場所は、少なくとも「公共の場所」といえよう。例えば、路上で行われるデモ行進の際に国旗が焼却された場合や、公園などで客体を損壊した場合も、92条（または94条の2）の対象となる。

② 掲揚について

他方で、客体が（公共の場所に）掲揚されていることを要するかについては、本稿は消極に解する。なぜなら、国章が公共の場所において損壊される以上、これが掲揚されているか否かで、法益侵害性に差異を生じないからである。例えば、行為者が所有する旗を手に持って、これに火をつけた場合は不可罰となるが、旗を旗柱（フラッグポール）に据え付けて掲揚した後に火をつけた場合は処罰されるという結論に合理性があるとはいえないだろう。ドイツにおいても、掲揚・設置要件は実質的に希薄化されており、処罰を限定する機能を果たしているとはいい難い。

(2)「国旗」「国章」の意義

次に問題となるのは、個人で製作した国章も保護の客体になるかという点である。

ドイツ刑法104条1項第3文には、オリジナルの旗と紛らわしいほどに類似するものも客体とする規定が置かれている。前述のとおり、改正案の提出時点では、「類似物」は解釈により規制対象とされていたが、類推禁止の原則からの懸念があったため、成文化されたという経緯がある。こうした類推禁止の観点は、わが国の解釈にも妥当するだろう。特にわが国の場合、日章旗の造りは外国に比して非常に簡素であり、製作しやすいことから、こうした類似物は容易に製造可能である。

例えば、中心に置かれている日章が、中心から水平方向ないし垂直方向に、わずかにずれていた場合や、旗の図形が長方形ではなく正方形になっていたり、日章の円が正円ではなく楕円になっていたり、円の色が紅色ではなく赤黒くなっていたり、青色だったりした場合のように、国旗国歌法で定める制式[195]とは異なる旗も、客体として保護されるのだろうか。この切り分けが明確に、かつ明文で行われない限り、私的に製作された旗を保護の客体として認めることは困難である。

また、仮に国旗国歌法の制式に基づき、精確に製作された旗であれば、それが私人によって製作されたものであっても[196]、公共の空間においてこれを焼却したときには本罪の成立が肯定され得るものの、焼却された旗が制式に沿うものであったかを確認する術がなければ、事実上処罰は困難となろう。この点は、特に客体を完全に滅失させる場合には、常に問題となり得る。

本稿は、現状では、92条および94条の2にいう「国旗」とは、原則として、各国の正式なデザインと一致する旗を指すと解するのが自然であり、類推解釈の問題を生じさせることもないと考える。94条の2の「日本国の国旗」とは、国旗国歌法が定める制式に基づいた旗を指すこととなろう[197]。しかし、「その他の国章」については、ドイツのように法令の定めがないため、何をわが国の国章と定義するかは曖昧である。伝統的には、「菊花紋章」が日本の国章として位置付けられていると考えられるが[198]、同条で国章を保護すること

自体が仮に肯定されたとしても、その定義は別途定める必要があろう[199]。

この点で検討を要するのは、海上自衛隊の自衛艦に交付される「自衛艦旗」（いわゆる旭日旗）の扱いである。自衛艦旗は日本国籍を示す旗であり、自衛隊法施行令１条の２、および同条２項が指定する別表第一の制式により規定されている。自衛艦が停泊しているときは、艦首に日章旗、艦尾に自衛艦旗を掲揚することが一般的であることから、自衛艦旗は国旗そのものではないが、国章に準ずる扱いをすることが不可能ではない。しかし、旭日旗の意匠は自衛艦旗以外にも、社会内の様々な場面で用いられることがあり、自衛艦旗のみを保護する根拠は乏しい。自衛艦旗を保護するためには､国章を定義する法令上の根拠が必要である。

(3) 損傷行為

実務上問題となり得るのは､客体が完全に滅失するのではなく､一部が損傷しているようなケースである。わが国の議論で見たように（第１章)、公共の場所において掲揚されている、私人が所有する国旗を、所有者自身で損傷させた場合はどのように考えるべきか。この場合も、制式に基づかない形状の物が保護の対象とならないのは、上述のとおりである。

こうした場合に考慮すべきなのは、表現の自由との調和である。ただし、日本刑法 92 条で構成要件化されているのは、国旗等を「損壊」「除去」および「汚損」する行為そのものであって、これらの行為の結果として損壊・汚損された旗は、構成要件該当性に影響しない。よって、例えば自宅で国旗を損傷したり汚損させたうえで、それを公共の場所で掲げたとしても、行為が公共の場所で行われていない以上、規制は及ばない。この点は、国旗のみならず、国家それ自体に対する侮辱をも構成要件に含め、手持ちのドイツ国旗の焼却を「連邦共和国に対する侮辱」と解釈するドイツ刑法の枠組みと大きく異なる。日本刑法 92 条や 94 条の２は、ドイツよりも表現の自由に対する保護が厚いと評価することも可能である。

(4) 日本国に対して侮辱を加える目的

92 条の侮辱目的については、故意とは別の主観的要素ではなく、当該国章損壊行為が侮辱的な意味合いを有することを確定的に認識していればよいとされてきた。しかしながら、国章を損壊する行為には通常侮辱的な意味合いが含まれるだろう。このような理解によれば、侮辱目的の要件は、単に故意の内容を確認的に規定したにすぎないこととなるが、侮辱を加える「目的」という文言の解釈として適切かは疑問である。こうした文言を維持する限り、正面からこうした目的を要求すべきである。

こうした理解に対しては､「日本国に対して侮辱を加える目的」という要件の判断が不安定なものになりかねないという正当な懸念が提起可能であり[200]、この懸念に応えるためには、侮辱目的の実体を明確に定義することが求められるだろう。具体的には､「侮辱」とは「形式または内容に照らして、特に侵害的に軽蔑を表明すること」であり､「侮辱する目的」とは､「もっぱら日本国を侮辱する目的」を意味すると解すべきである[201]。

このように解すると、表現の自由を最大限保障する観点から、政治的な主張の一環として国旗を損壊するような場合には、その行為が一見侮辱的な外観を呈していたとしても、侮辱目的は否定される。典型的なケースとして、デモ行進の際に、当該国の政府に抗議する意思を示すために国旗を焼却したり、国旗に×印をつけたりする行為は、表現の自由の一環として許容せざるを得ない。侮辱目的が肯定されるのは、こうした正当な目的をまったく有さず、損壊行為の外形から考えられ得る意味内容について、表現の自由を最大限尊

重しながら解釈したとしても、侮辱以外の目的を見出し得ないような場合であろう。

第 3 項　日本国国章損壊等罪の処罰範囲

本稿におけるこれまでの考察を踏まえると、日本国国章損壊等罪が仮に制定された場合には、①国旗国歌法の制式に沿って製作された日章旗を、②公共の場所で損壊する「侮辱」行為であって、③政治的批判などの意図を有さず、専ら日本国の存立や憲法的秩序を否定する目的で、④行為の意味内容を解釈しても、表現の自由の行使として正当化できるような解釈がおよそ不可能であるものが、処罰対象となると考えられる。

こうした処罰範囲は、保護法益を日本国の存立および憲法的秩序と捉えても、あるいは国章をむやみに中傷しない社会的秩序と捉えても、同様に妥当するだろう。上記③、④は表現の自由の観点から要請される要件であり、保護法益に左右されることはない。本罪を社会的法益に対する罪と理解しても、③のような目的要件を要求すべきである。

また、仮に①にように、制式に沿うことを求めると、処罰範囲が狭くなりすぎて不当だというのであれば、これに類似する旗も規制対象であることを明文で示すべきであろう。しかし、その外延は極めてあいまいにならざるを得ない。

終章

1　本稿のまとめ

本稿は、日本国国章損壊の罪が新設された際の解釈方法について考察を加えるものである。同罪は、過去複数回にわたり国会に提出されたが実際に成立することがなく、今般の議論においても成立しない可能性は存する。実際にも、2026 年 3 月現在、日本国章を損壊する行為に対しては、刑罰を設けない案が浮上しているという報道がなされている[202]。あくまで案の一つであると思われ、本稿執筆時点において、法案の行く先を予測することは不可能であるが、仮にそうなった場合には、国章損壊行為を規制する措置としては、比較的マイルドな方法であろう。

ただし、将来にわたってこの状況が続くことが保障されているわけではない点は、押さえておくべきである。今後、社会内で日本国章の損壊行為が頻発するようになれば、いつでも犯罪化の議論は生じ得る。構成要件のあり方にもよるが、国民の行動の自由の保障と法益保護の要請が正面からぶつかることは容易に予想される[203]。本稿は、そうした状況における条文解釈の、ひとつの指針としての役割を果たすものである。

本稿ではドイツ法を比較法の対象として、ドイツにおいて自国、ないし他国の国旗・国章に対する罪の構造を概観してきた。本稿は、ドイツでは自国の国旗が保護されているのだからわが国でも保護可能だと主張するものではないが、ドイツとわが国では国情が異なるのだから日本国国章損壊の罪を導入すべきでないという結論を得たわけでもない。OSCE 参加国のうち 36 か国には、国家の象徴に対する侮辱を罰する規定が置かれているという報告があり[204]、国ごとに、そうした規定が必要である根拠がそれぞれ存するはずである。わが国でも新規定を導入するのであれば、やはり具体的な根拠を基にして、なぜ導入する必要があるのか、どのような行為が処罰されるのか、表現の自由の行使と法益保護はどのように調和されるのかを、丁寧に論証していくべきである。

もっとも、比較法的知見を手がかりにして 92 条、94 条の 2 の構成要件について検討して分かったのは、

現行の 92 条がカバーし、あるいは将来 94 条の 2 がカバーし得る処罰範囲は、実は狭いのではないかという点である。国章の損壊によらない侮辱行為をも処罰対象とするドイツと異なり、国章を損壊する行為のみを実行行為とするわが国の規定は、その条文解釈が厳格になされるべきことにも鑑みると（第 3 章）、92 条や 94 条の 2 が問題となる場面は極めて限定的となるのではないだろうか。

こうした制限的な解釈に基づく処罰範囲では狭すぎるというのであれば、これまで提言されてきた 94 条の 2 の草案自体を変更すべきこととなろう。実際上も、94 条の 2 の保護法益理解が 92 条と異なるのであれば、両者の構成要件を統一する必要は、本来存しないはずである。しかし、構成要件がどのようになろうとも、表現の自由を損なうことがあってはならない。誰の目にも不快に映る表現行為であっても、原則として刑罰の行使には慎重にならねばならないのは、民主主義国家が背負うべき政治的コストである。

また、本稿の検討の過程で、現行刑法 92 条の条文解釈の方法についても、いくつかの帰結が得られた。上述のとおり、私的に製作された旗の取扱いや「類似物」の構成要件該当性のほか、保護法益理解、侮辱目的の解釈、観念的競合の取り扱い、および「外国政府」の範囲については、ドイツ法から示唆を得るところが大きい。これらの点は、日本国国章損壊等の罪を主題とする本稿の「副産物」といえよう。

2　2026 年 5 月時点での政府与党案（骨子案）

(1) 骨子案の内容

日本国国章損壊等罪のあり方をめぐっては、2026 年 4 月から 5 月現在にかけて、政府与党案の骨子が報道によって少しずつ明らかにされてきた。あくまで骨子案であり、構成要件がどのような文言となるのか、骨子案の内容がすべて取り入れられるのか、今後の野党との折衝により処罰範囲が変更されるのかなど、不確定要素は多いが、報道を頼りにして知り得た内容は、以下のとおりである[205]。

まず、本罪の保護法益は、「国旗を大切に思う一般的な国民の感情」であり、これは社会的法益を保護することを意図していると思われる。

処罰対象となる行為は「自ら公然と損壊、除去または汚損する行為」であり、損壊行為を配信する行為も処罰対象で、リアルタイムかどうかを問わない。第三者が損壊している場面を配信する行為は処罰対象外だが、共謀がある場合はこの限りでない。

客体については、「一般に布・紙などで造り、主にさおに掲げて標識・装飾するもので実社会で用いうるもの」とされ、これには自己所有の国旗も含まれるが、アニメや絵画の一部として描かれた旗や、生成 AI による創作物のほか、お子様ランチの旗は含まれない。

損壊の対象が本罪の客体となるかどうかの切り分けは、「実物の国旗を用いた実写映画等の芸術的表現は社会通念上、相当と認められるものは対象外と考えられる」との観点により行われ、法案には、表現の自由等に配慮する旨の規定が、構成要件とは別に設けられる。また、外国国章損壊等罪にあるような侮辱目的は構成要件に盛り込まず、「人に著しく不快または嫌悪の情を催させるような方法・状態」が行為態様・結果に関する要件となる。

(2) 骨子案について考えるべきこと

構成要件は、今後の立法過程でさらに精緻化されていくと思われるが、処罰すべき行為や客体については、検討すべきことが多い。

まず、保護法益と処罰対象行為との整合性が問題となり得る。日本国国章損壊等罪の保護法益が「国旗愛護の感情」であれば、アニメや映画、AIなどで国旗損壊の場面を描写する場合にも、国旗愛護の感情は害されるはずである。これらが表現の自由への配慮として処罰から除外されるとしても、動画配信における損壊行為がなぜ表現の自由による保護を受けないのかは、説明を要すると思われる。

例えば、カメラの前で国旗を焼却した後、それを映画として公開すれば不可罰だが、動画投稿サイトなどで配信した場合に処罰されるというのであれば、表現媒体による区別の合理的根拠が問われる。社会通念上相当とされる「動画配信」があるとしても、社会的相当性や芸術的表現という基準は相当に曖昧であるし、そもそも国旗を損壊するという行為は、現在の社会通念において、相当な行為とは考えられていないのではないか。そうであれば、こうした基準による処罰の限定は困難となろう。この点に関連して、日本国旗が損壊される場面として、政治デモが想定されるが、デモ行進の際に国旗が損壊されたときは、表現の自由の行使として不可罰となるかについても、骨子案のみからは明らかとならない。

次に、「人に著しく不快または嫌悪の情を催させるような方法・状態」という要件についても、より一層の明確化が求められる。同じ国旗損壊の場面を見ても、表現の受け手が「著しく不快」になるか、「やや不快」になるか、不快とならないかは、受け手ごとに異なる。例えば、日本国旗に黒のサインペンで「寄せ書き」をしたものをSNSにアップした場合に、好意的な反応をする人もいれば、日本国の象徴の取り扱いとして不適切だと批判する人が現れることも考えられる。寄せ書きは処罰対象外として想定されているようであるが[206]、例えば、侮辱的な文言で寄せ書きを行った場合にも当然に処罰対象外とされるかは、なお明らかでない。国旗を焼却する場合も、例えば、神社の「お焚き上げ」などで焼却するなら不可罰となるかは不明である。この要件をそのまま構成要件化しようとする場合には、明確性の原則の審査に耐えられるか、慎重な検討を要するだろう。この要件は、表現の自由に対する配慮の表れだとされるが、外形的・客観的に判断しているというだけでは、処罰範囲が明確となるわけではない[207]。むしろ、客観的要件に加えて主観的な目的要件による限定を並行して行うことで、処罰範囲は限定されるはずである[208]。

さらに、「国旗」の定義も、明確性の原則に沿う形で検討しなければならない。特に、白い布の中心付近に、赤い円を雑に描いた旗や、日章の色が異なっていたり、円が楕円であるような旗はどのように扱われるだろうか。「実社会で用いうるもの」ことが要件化されるのであれば、このような雑に作られた旗は、およそ処罰対象外となるが、「実社会で用いうるか」という基準も多分に規範的であり、本罪の客体となり得る「国旗」の範囲の明確化は、構成要件化に際し必要となる。

以上のように、骨子案は、総論的な要件を示しながら、処罰をしない行為についても列挙しているが、表現の自由として保護される範囲の明確化や、「著しい」「不快」「嫌悪」といった程度概念をどのように構成要件化するかについては、立法上の課題となるだろう。これらが曖昧なまま立法された場合には、真に処罰する必要のある国旗損壊行為が仮に存在したとしても、捜査機関が立件することを躊躇する可能性もある。

立法者意思が明確であっても、そうした意思が裁判において必ず考慮されるかは不透明である。立法に際しては、解釈の余地が存しない程度にまで構成要件を明確化させ、表現の自由に対する萎縮効果をおよそ生じさせないよう最大限の配慮をすべきであろう。

※脱稿後、国旗の損壊等の処罰に関する法律（令和8年法律第69号）が成立し、8月13日から施行された。

[1] 「告訴」でなく「請求」と規定されたのは、一定の手続形式に従う必要のある告訴を外国政府が行うことは困難であるからとされる。奥村政雄『新刑法正義』（明治大学出版部、明治 40 年）223 頁参照。

[2] 法典調査会編『刑法改正案理由書』（上田屋書店、明治 34 年）106 頁参照。ただし、草案 271 条の「通常の侮辱罪」は、公然と「人を侮辱したる者」を構成要件としており、国旗等の損壊行為により侮辱される「人」を想定し得るかは疑問がある。なお、帝国に滞在する外国君主又は大統領に対する侮辱は、草案 107 条で別途規定されていた。

[3] 奥村・前掲注（1）225 頁参照。

[4] 大橋誠一＝嶋村次男『新刑法註釈書』（広英舎、明治 40 年）164 頁参照。

[5] 福井淳編『改正新刑法註解：鼇頭逐条講義』（修文館、明治 40 年）81 頁。

[6] 松原芳博「国家の存立に対する罪、国交に対する罪」法セ 721 号（2015 年）93 頁参照。

[7] 団藤重光『刑法綱要各論（第 3 版）』（創文社、1990 年）163 頁。

[8] 井田良『講義刑法学・各論（第 3 版）』（有斐閣、2023 年）599 頁参照。

[9] 山口厚『刑法各論（第 3 版）』（有斐閣、2024 年）551 頁、西田典之著＝橋爪隆補訂『刑法各論（第 8 版）』（弘文堂、2025 年）465 頁参照。

[10] 井田・前掲注（8）600 頁、西田・前掲注（9）466 頁参照。

[11] 井田・前掲注（8）600 頁、西田・前掲注（9）466 頁参照。

[12] 西田・前掲注（9）466 頁は、こうした見解が通説だとする。

[13] 井田・前掲注（8）600 頁は、外国とは「国際法上承認された日本以外の独立国」であり、日本との外交関係の有無は問わないとするが、この理解によれば、国際法上の承認を有さない台湾は、この定義から外れることとなろう。

[14] 台湾（中華民国）の国旗の前面を遮蔽した行為が本罪に当たるかが争われ、最高裁において本罪の成立が肯定された判例が存する（最決昭和 40 年 4 月 16 日刑集 19 巻 3 号 143 頁）。しかし、本件の実行行為は昭和 36 年になされており、その時点では、日台間は正式に国交が結ばれていた（日台間が断交されたのは、昭和 37 年 9 月 29 日である）。

[15] 第 28 回国会衆議院外務委員会議事録（昭和 33 年 4 月 9 日）11 頁（岸信介発言）、第 30 回国会衆議院予算委員会議事録（昭和 33 年 10 月 3 日）18 頁（岸信介発言）参照。

[16] 前田雅英ほか編『条解刑法（第 5 版）』（弘文堂、2025 年）299 頁、浅田和茂『刑法各論（第 2 版）』（成文堂、2024 年）502 頁参照。

[17] 井田・前掲注（8）600 頁、西田・前掲注（9）466 頁、高橋則夫『刑法各論（第 5 版）』（成文堂、2025 年）648 頁参照。松宮孝明『刑法各論講義（第 6 版）』（成文堂、2024 年）461 頁も同旨だが、掲揚場所が公の場所に限るかについては明確な記述がない。

[18] 山口・前掲注（9）552 頁、西田・前掲注（9）466 頁参照。

[19] 大塚ほか編『大コンメンタール刑法（第 3 版）』（青林書院、2018 年）86 頁〔亀井源太郎〕、西田ほか編『注釈刑法第 2 巻』（有斐閣、2016 年）14 頁〔古川伸彦〕参照。

[20] 山口・前掲注（9）553 頁。

[21] 大判明治 43 年 2 月 15 日刑録 16 輯 255 頁（約束手形）、大判大正元年 11 月 25 日刑録 18 輯 1421 頁（石塊）、最決昭和 30 年 8 月 9 日刑集 9 巻 9 号 2008 頁（収入印紙）参照。

[22] 西田・前掲注（9）467 頁は、観念的競合を認めると常に器物損壊罪の刑が優先することになり、本罪がより低い法定刑を定めた意味が没却されると指摘する。器物損壊罪は、わが国所定の方式による告訴を要するから、刑法 92 条が「請求」で足りるとしている趣旨（前述）に鑑みると、刑法は、外国政府は 92 条の請求のみを行うという想定をしているといえる。しかし、外国政府が告訴を行うことが妨げられているわけではないから、両罪は観念的競合と考えるのが自然だと思われる。

[23] 象徴の帰属が外国政府にある場合、92 条の処罰請求をしないなら、261 条の告訴もしないと思われるが、より重い法定刑での処罰を求めて、261 条で、わが国の様式に沿った告訴を行うことも考えられる。

[24] 西田ほか編・前掲注（19）15 頁、山口・前掲注（9）553 頁参照。

[25] 刑罰は「拘禁刑」ではなく「懲役」であった。

[26] 北村晴男「国旗損壊罪に反対する者たちの欺瞞」月刊 Hanada116 号（2026 年）259 頁参照。

[27] 北村・前掲注（26）259 頁以下。

[28] 北村・前掲注（26）260 頁。

[29] 北村・前掲注（26）260 頁参照。

[30] 保護法益に関する言及はないが、外国国章損壊等罪のみが規定され、日本国章を客体とする罪が置かれていないのはアンフェアであり、バランスを取るべきと主張するものとして、梅村みずほ「日本は自国の文化を守れ――土葬墓地・スパイ防止法・国旗損壊罪」WiLL254 号（2026 年）214 頁、高市早苗「これをやらずに何をやる「国旗損壊罪」で日の丸を守れ」正論 653 号（2025 年）222 頁参照。

[31] 読売新聞オンライン「国旗損壊罪は新法で対応、自民党調整…議員立法で今国会の成立目指す方針」（https://www.

yomiuri.co.jp/politics/20260319-GYT1T00464/）（2026 年 3 月 23 日最終閲覧）

[32] 批判的見解として、札幌弁護士会（https://satsuben.or.jp/statement/2026/01/29/1047/）、広島弁護士会（https://www.hiroben.or.jp/iken_post/3952/）（いずれも 2026 年 3 月 5 日最終閲覧）

反対に、日本国国章損壊等罪を早期に制定するよう求める意見書も、自治体において提出ないし可決されている。例えば、北海道旭川市議会（令和 7 年 12 月 15 日提出）、宮城県仙台市議会（令和 7 年 12 月 17 日可決）、埼玉県吉川市議会（令和 7 年 12 月 16 日提出）、佐賀県鳥栖市議会（令和 7 年 12 月 22 日可決）、北海道議会（令和 8 年 3 月 19 日可決）。

[33] 平井美津子「政治が教育を変える愚を繰り返させないために：国旗損壊罪は必要ない」地平 2026 年 2 月号 53 頁以下参照。

[34] 「（社説）国旗損壊罪の新設案　窮屈な社会が待っていないか」朝日新聞朝刊東京本社版 2025 年 11 月 24 日、6 面、「（インタビュー）自国国旗の損壊罪、必要？　憲法学者・志田陽子さん」朝日新聞朝刊東京本社版 2025 年 12 月 10 日、13 面、志田陽子「国旗損壊罪が不要で有害である理由」週刊金曜日 1321 号（2021 年）28 頁、前山忠「『国旗損壊罪』で、表現の自由が危ない」先駆 1055 号（2026 年）40 頁以下、「現政権が刑罰創設し損壊罪を科すという国旗とは何か」月刊住職 28 巻 4 号（2026 年）47 頁以下参照。

[35] 志田・前掲注（34）28 頁参照。

[36] 志田・前掲注（34）28 頁以下、西川伸一「『一つになろう』の標語の下に日本国旗損壊罪の新設案が息を吹き返すことを懸念する」週刊金曜日 844 号（2011 年）11 頁参照。

[37] 「首相肝いり、国旗損壊罪　意図や目的で罰せず　自民 PT、「表現の自由」めぐり論点まとめ」朝日新聞朝刊東京本社版 2026 年 4 月 25 日、3 面参照。

[38] 「「政治的なアピール」自民・岩屋氏、国旗損壊罪を危惧　党 PT での発言を HP で説明」産経新聞（2026 年 4 月 1 日）https://www.sankei.com/article/20260401-LSKVNSYYWVGKPH6R7C4VXAUZN4/（2026 年 5 月 8 日最終閲覧）、岩屋毅「国旗損壊罪は必要ない」月刊日本 30 巻 6 号（2026 年）36 頁以下参照。

[39] 例えば、高市・前掲注（30）116 頁、ナザレンコ・アンドリー「尊ぶのが当たり前：国旗・国歌」マンスリーウィル 253 号（2026 年）234 頁参照。

[40] アンバランス論について、通説的な保護法益理解を前提とすれば、理論的には誤りだとするものとして、亀井源太郎「刑罰による国章の保護」法時 98 巻 3 号（2026 年）1 頁参照。

[41] 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 44 号（2026 年）31 頁参照。

[42] 江藤・前掲注（41）32 頁以下は、保護法益として「国家の威信」および「国旗やそれが象徴するところの国家に対する敬愛感情」と理解する可能性について検討している。

[43] 過去の起訴事例は 3 件（不起訴は 3 件）で、1977 年の事例を最後に、適用されたケースはないとのことである。https://news.tv-asahi.co.jp/news_politics/articles/000495417.html（2026 年 4 月 3 日最終閲覧）

[44] ドイツのほか、アメリカ、スペインについても比較法的検討を加えるものとして、江藤・前掲注（41）35 頁以下参照。

[45] RGSt 5, 46, 47.

[46] Tobias Ebling, Die Vorschrift des § 90a StGB, Nomos, 2018, S. 27.

[47] Ebling, a.a.O.(Anm. 46)S. 28.

[48] ebd.

[49] RGBl. I 1922, S. 521.

[50] RGBl. I 1922, S. 585.

[51] RGBl. I 1930, S. 91.

[52] RGBl. I 1932, S. 548.

[53] Ebling, a.a.O.(Anm. 46)S. 30.

[54] RGBl. I 1933, S. 135.

[55] RGBl. I 1934, S. 1269.

[56] RGBl. I 1935, S. 839.

[57] Ebling, a.a.O.(Anm. 46)S. 31.

[58] Ebling, a.a.O.(Anm. 46)S. 31 ff.

[59] Ebling, a.a.O.(Anm. 46)S. 32.

[60] BT-Drs. 01/25.

[61] ebd. このほか、国旗や色に対する誹謗中傷は、民主主義に対する闘争であるとも言及されている。

[62] BT-Drs. 01/1307.

[63] BGBl. I 1975, S. 1.

[64] BGBl. I 2020, S. 2600.
[65] BR-Drs. 285/19. 連邦参議院の議員は選挙ではなく、16 ある各州から、人口比に応じて計 69 名が派遣される。
[66] BR-Drs. 285/19, S. 1.
[67] 特に、90a 条にいう「旗」とは、1996 年に出された「ドイツの国旗に関する命令」(FlaggAnO) で規定されるドイツ国旗、連邦大統領旗、および公用旗を指す。BGBl. 1996 I S. 1729.
[68] BR-Plenarprotokoll 979, S. 287, BR-Plenarprotokoll 980, S. 335.
[69] BR-Plenarprotokoll 980, S. 401(Anlage 11). 例えば、警察法に相当する「ベルリン州の公共安全および秩序の保護に関する一般法」(ASOG Bln) では、人が危険を生じさせたときは、その人に対して措置が行われ（13 条 1 項）、物体から危険が生じた場合には、その管理者に対して措置が講じられると規定されている（14 条 1 項）。また、一般的な権限として、警察は、個別のケースにおいて存する危険から公共安全・秩序を保護するために必要な措置を講ずることができる（17 条 1 項）。
[70] BT-Drs. 19/14378.
[71] BT-Drs. 19/14378, S. 9 ff.
[72] Formulierungshilfe der Bundesregierung für einen Änderungsantrag der Fraktionen des CDU/CSU und SPD.（https://www.bundestag.de/resource/blob/687572/a88151c1ac695cc48f84ae8d835363f7/ausschussdrucksache.pdf）（2026 年 3 月 10 日最終閲覧）文書公表日は 2019 年 12 月 17 日となっている。
[73] Formulierungshilfe der Bundesregierung für einen Änderungsantrag der Fraktionen des CDU/CSU und SPD, S. 3.
[74] BT-Plenarprotokoll 19/139, S. 17375(B).
[75] BT-Plenarprotokoll 19/139, S. 17375(C).
[76] BT-Plenarprotokoll 19/139, S. 17376(A),(B).
[77] BT-Plenarprotokoll 19/139, S. 17377(B),(C).
[78] BT-Plenarprotokoll 19/139, S. 17378(A).
[79] BT-Plenarprotokoll 19/139, S. 17378(D).
[80] Wortprotokoll der 81. Sitzung(öffentliche Anhörung zum Gesetzentwurf des Bundesrates „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafrechtlicher Schutz bei Verunglimpfung der Europäischen Union und ihrer Symbole “, BT-Drucksache 19/14378)des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz am 12. 2. 2020.（公聴会議事録）
[81] *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, S. 3 ff.
公聴会では、出席者が事前に意見書を提出し、連邦議会の各委員会のサイトで出席者ごとに公開されることがあるほか、公聴会議事録の末尾に出席者の意見書が集約される場合もある。本件に関するは個別に公開され、かつ、集約されている。
[82] *Eisele*, a.a.O.(Anm.81)S. 4.　論者は、米国の星条旗に描かれている 50 個の星の数が 51 個になっている場合などを想定し、こうしたケースも確実に捕捉できるようにすべきだとする。
[83] *Eisele*, a.a.O.(Anm.81)S. 4 ff.
[84] *Heger*, Stellungnahme zur Anhörung im Rechtsausschuss am 12.2.2020 zur Ergänzung eines § 90c und Änderung der § § 104 f. StGB, S. 4.
[85] *Heger*, a.a.O.(Anm.84), S. 6. 論者によれば、国旗を燃やす行為はこの要件に該当する。
[86] *Heger,* a.a.O.(Anm.84)S. 7.
[87] *Klesczewski*, Gutachterliche Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf eines... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafrechtlicher Schutz bei Verunglimpfung der Europäischen Union und ihrer Symbole, BT-Drucks. 19/14378, S. 5-6.
[88] *Klesczewski*, a.a.O.(Anm.87)S. 8.
[89] *Samor*, Stellungnahme zur Anhörung im Rechtsausschuss am 12.02.2020 zur Ergänzung eines § 90c und Änderung der § § 104 f. StGB: Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafrechtlicher Schutz bei Verunglimpfung der Europäischen Union und ihrer Symbole, BT-Drucksache 19/14378, S. 2.
[90] *Samor*, a.a.O.(Anm.89)S. 4 ff.
[91] *Samor*, a.a.O.(Anm.89)S. 5.
[92] *Weigend*, Stellungnahme in der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 12. Februar 2020
zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetz-buches – Strafrechtlicher Schutz bei Verunglimpfung der Euro-päischen Union und ihrer Symbole(BT-Drs. 19/14378), S. 2.
[93] *Weigend*, a.a.O.(Anm.92)S. 2.
[94] *Weigend*, a.a.O.(Anm.92)S. 6.　論者は、歌に対する中傷は観念し得ないため、歌は客体から除外すべきと主張する。

[95] *Weigend*, a.a.O.(Anm.92)S. 8 ff.
[96] *Weigend*, a.a.O.(Anm.92)S. 4 ff.
[97] BT-Drs. 19/19201, S. 7 ff.
[98] BT-Drs. 19/19201, S. 8 ff.
[99] BT-Plenarprotokoll 19/160, S. 19973(D)ff.
[100] BT-Plenarprotokoll 19/160, S. 19974(D)ff.
[101] BT-Plenarprotokoll 19/160, S. 19976(B).
[102] *Franck*, Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz am 12. Februar 2020 zu dem Gesetzentwurf des Bundesrates zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafrechtlicher Schutz bei Verunglimpfung der Eu-ropäischen Union und ihrer Symbole, S. 3.
[103] Wortprotokoll der 81. Sitzung(a.a.O.(Anm.80))S. 23.(Eisele)
[104] *Zöller*, Die Verunglimpfung von Symbolen der Europäischen Union(§ 90c StGB)– Wehret denAnfängen!, GSZ 2025, S. 1.
[105] *Elisa Hoven*, Ratio und Reichweite des strafrechtlichen Schutzes von Flaggen, JZ 2020, 835(842).
[106] ただし、何をもって「本物」とするかも定かではない。例えばドイツ国旗なら、市中で販売されている旗であってもよいのか、公的機関などが掲揚しているもののみを指すのか、多義的な解釈が可能である。
[107] *Heinrich Wilhelm Laufhütte/ Annette Kuschel*, Leipziger Kommentar zum StGB, 13. Aufl., 2021, § 90a Rn. 1.
[108] *Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 1.　本罪は抽象的危険犯とされる。
[109] *Stephan Anstötz*, Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, 5. Aufl., § 90a Rn. 1; *Hans-Ullrich Paeffgen*, Nomos Kommentar zum StGB, Band 2, 5. Aufl., § 90a Rn. 2.
[110] BGHSt 6, 324(325).
[111] LG Frankfurt, NJW 1989, 598(599).
[112] Ebling, a.a.O.(Anm. 46)S. 71.
[113] BGH, NJW 1964, 1481(1482).
[114] Ebling, a.a.O.(Anm. 46)S. 70.
[115] ebd.
[116] ebd., S. 72.
[117] *Anstötz*, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 23; *Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 1.
[118] BGH NJW 1954, 1818; *Anstötz*, a.a.O.(Anm.117) § 90a Rn. 4.
[119] BT-Drs. I/1307 S. 33.　同様の文言はドイツ刑法 81 条（国家に対する反逆罪）1 項にも規定がある。
[120] *Anstötz*, a.a.O.(Anm.109), § 90a Rn. 5.
[121] *Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 4.
[122] *Anstötz*, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 6; BverfG BeckRS 2008, 42250 Rn. 50 ff.
[123] 連邦旗を「黒、赤、マスタード」と呼ぶ表現は 90 条 a1 項 2 号に該当し得るが、原審がこの点の分析をせずに有罪判決を下したため、連邦憲法裁判所がこれを破棄した事件として、BverfG, NJW 2009, 908. 連邦憲法裁判所が、当該表現が 90 条 a に該当する可能性に言及した点に対する批判として、Preisner, „Schwarz-Rot-Senf" – Aufregung angebracht?, NJW 2009, 897.
[124] *Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 5; Anstötz, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 7.
[125] BverfG, NJW 1990, 1982; Anstötz, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 7.
[126] *Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 6; Anstötz, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 8. OLG Frankfurt NJW 1991, 117 は、連邦鷲と、ナチスのかぎ十字を掲げた帝国鷲 (Reichsadler) が抱き合っている絵を描いた行為が 90 条 a 1 項 2 号に該当するという地方裁判所の判決を破棄し、「連邦鷲の中傷は、多くの場合は連邦共和国に対する侮辱、または悪意の中傷とみなされる」と判示し、1 項 2 号の成立を否定して原審に差し戻した。
[127] BT-Drs. I/1307 S. 38.
[128] BVerfG, NJW 1990, 1985; *Hellenthal*, NJW 1988, 1294(1297).
[129] *Anstötz*, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 20.
[130] デモ行進中に掲げられた国旗も 2 項の客体となると解するものとして、Tobias Ebling, Flaggenverbrennung strafrechtlich betrachtet: Kritische Anmerkungen zu § 90a StGB, juris-Monatenzeitschrift 2018, 342(343 ff).
[131] *Eisele*, a.a.O.(Anm.81)S. 4; *Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 10.
[132] *Anstötz*, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 19.
[133] ebd., Rn. 20. 掲揚の動機も問われない。
[134] ebd.
[135] ebd., Rn. 21.

[136] ebd.
[137] 2006 年 3 月 1 日時点でのドイツ刑法典を日本語に翻訳した法務資料 461 号は、“beschimpft”を「誹毀」、“böswillig verächtlich macht”を「悪意で侮辱」、“verunglimpft”は「誹謗」と訳している。また、2021 年に刊行された刑事法制資料（樋口亮介ほか編）では、それぞれ「冒涜」「悪意で侮蔑」「不敬な行為」とされている。
[138] BGH NStZ 2000, 643(644).
[139] *Paeffgen*, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 8.
[140] ebd; BGHSt 7, 110(111); OLG Frankfurt a. M. NJW 1984 1128(1129).
[141] BVerfG BeckRS 2008, 42250 Rn. 44; BGHSt 19, 311.
[142] BGH NStZ 2003, 145; Anstötz, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 12.
[143] BGH NJW 1953, 271(272).
[144] BGH NStZ 2019, 659 Rn. 11.
[145] *Anstötz*, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 12. BVerfG NJW 2012, 1273(1274 ff.) は、政治的内容の演劇に際して頒布されたビラの内容が、論争の域を出ないものであると判示した。
[146] BGH NStZ 2003, 145.
[147] BGH NStZ 2002, 592(593).
[148] *Anstötz*, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 12.
[149] ebd., Rn. 13.
[150] *Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 16.
[151] *Anstötz*, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 14.
[152] ebd.
[153] ebd. 例えば BVerfG NJW 1990, 1982 では、連邦旗に排尿するようなフォトモンタージュについて、下級審が本罪の成立を肯定したのに対し、連邦憲法裁判所は、フォトモンタージュの表現としての意味合いを分析したうえで、本件フォトモンタージュは芸術として保護される旨判示した。
[154] *Anstötz*, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 22.
[155] *Anstötz*, a.a.O.(Anm.109) § 87 Rn. 16.
[156] *Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 39.
[157] *Anstötz*, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 22. *Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 40 によれば、この要件は他の実行行為に該当しない場合に、「受け皿」としての機能を有する。
[158] *Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 40.
[159] ebd. なお、“ beschimpfenden Unfug”という行為は、本条のほかに、168 条（死者の平穏を乱す行為）にも規定がある。
[160] *Paeffgen*, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 37.
[161] *ebd; Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 41.
[162] *Kargl*, Nomos Kommentar zum StGB, Band 2, 5. Aufl., § 104 Rn. 1.
[163] *Kreß/Raube*, Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, 5. Aufl., § 104 Rn. 1.
[164] *Kreß/Raube*, a.a.O.(Anm.163)Vor § 102 Rn. 5; Sternberg-Lieben/Weißer/Eser/Schuster, Tübinger Kommentar Strafgesetzbuch, 31. Aufl., 2025, Vor § 102-104a Rn. 2.
[165] *Kreß/Raube*, a.a.O.(Anm.163) § 104 Rn. 7. このほか、領事関係に関するウィーン条約 29 条にも、類似の規定が置かれている。
[166] ebd; *Kargl*, a.a.O.(Anm.162) § 104 Rn. 2.
[167] ebd. 掲揚する主体は私人でも差し支えない。
[168] *Kargl*, a.a.O.(Anm.162) § 104 Rn. 2.
[169] *Georg Bauer/Duscha Gmel*, Leipziger Kommentar zum StGB, 13. Aufl., 2021, § 104 Rn. 4.
[170] *Kreß/Raube*, a.a.O.(Anm.163) § 104 Rn. 10.
[171] ebd.
[172] *Kargl*, a.a.O.(Anm.162) § 104 Rn. 6.
[173] *Bauer/Gmel*, a.a.O.(Anm.169) § 104 Rn. 7.
[174] *Paeffgen*, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 24, 26.
[175] *Kreß/Raube*, a.a.O.(Anm.163) § 104 Rn. 16,17. ただし、芸術の自由はあまり問題とならない（が、適用が排除されるわけではない）とする。
[176] BVerfG BeckRS 2008, 42250 Rn. 44; BVerfG NJW 2012, 1273.
[177] BVerfGE 47, 198(232).

[178] ebd.
[179] LG Berlin, Strafverteidiger 2020, 187(188); Sternberg-Lieben/Weißer, a.a.O.(Anm.164) § 90a Rn. 24.
[180] 連邦憲法裁判所の判断枠組みに関する詳細な先行研究として、嘉門優「ドイツにおける名誉に対する罪（4)」法時97巻6号（2025年）94頁以下参照。
[181] BayObLG NJW 1998, 2542(2544); *Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 12; *Anstötz*, a.a.O.(Anm.109) § 90a Rn. 11. この判例に基づくと、ドイツを非法治国家、ないしナチと同一とみなすような内容の言論は規制の対象となり得る。
[182] *Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 29; BGH NStZ 1998, 408.
[183] *Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 29; BVerfGE 81, 298(307).
[184] *Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 30.
[185] *Laufhütte/ Kuschel*, a.a.O.(Anm.107), § 90a Rn. 31. BverfGE 81, 278(297 ff) は、ドイツ刑法90条aで保護される価値が、芸術の自由に対して明らかに優先すると理解した地方裁判所の判断を憲法違反とした。
[186] ただし、前掲注（126)OLG Frankfurt NJW 1991, 117の理解に基けば、本件は紋章ではなくドイツ連邦共和国に対する侮辱に該当する。
[187] ただし、「先入観のない、理解力のある聴衆」の解釈という判例の文言は、実質的には無内容だとする批判がある。*Christian Becker*, NStZ 2019, 661 ff.
[188] *Gottfried Krutzki*, »Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole« Eine Dokumentation zu § 90a StGB, Kritische Justiz 1980, S.294(295 ff). ドイツ刑法90条aの沿革については、このほかに、Ebling, a.a.O.(Anm. 46)S. 26 ff.
[189] *Krutzki*, a.a.O.(Anm.188)S. 296 ff.
[190] *Becker*, a.a.O.(Anm.187)S. 661 ffは、右派政党の台頭により、ナチス的な語彙の可罰性が曖昧になりつつあるが、「もちろん、このことは、ナチス的な色合いの表現の可罰性がいかなる状況でも排除されるだろうということを意味するものではない」と述べる。
[191] 2項に該当する国旗焼却行為は、報道により伝えられることがある。https://www.ksta.de/koeln/koeln-20-jaehriger-verbrennt-deutschlandflagge-haftstrafe-moeglich-126060（2026年3月30日最終閲覧）
[192] 同旨の見解として、*Becker*, a.a.O.(Anm.187)S. 661.
[193] 例えば、「小林鷹之氏「無罰則は違和感」 国旗損壊罪法案巡り」共同通信、2026年3月28日（https://www.47news.jp/14055785.html）（2026年3月26日最終閲覧)、「参政党「国旗損壊罪」で罰則規定を主張」日経電子版、2026年3月25日（https://www.nikkei.com/article/DGXZQOUA25BM50V20C26A3000000/）（2026年3月26日最終閲覧）
[194] 江藤・前掲注（41）33頁は、国旗やそれが象徴するところの国家に対する敬愛感情を保護法益と理解する立場を「十分にありうる」とする。
[195] 国旗国歌法1条2項による日章旗の制式（別記第一）には、旗の寸法の割合や日章（中心の円）の位置、彩色が定められている。彩色について、制式には「紅色」とのみ書かれているが、具体的なカラーコード（R,G,Bの各数値）は不明である。
[196] もっとも、日本国旗を商業的に製作している企業も、すべて私人である。ここでは、商業的な意図ではなく、個人的に製作したものを想定している。
[197] このように考えると、自身で製作した日章旗の大半は処罰対象から除外されることとなろう。
[198] 商標法4条は、「国旗、菊花紋章、勲章、褒章又は外国の国旗と同一又は類似の商標」は商標登録の対象とならない旨規定している。
[199] 菊花紋章は、皇室の紋章として皇室儀制令（大正15年10月21日皇室令第7号）により定められていたが、昭和22年に廃止されている。
[200] 亀井・前掲注（40）3頁参照。
[201] この点につき、例えば、日本と、その友好国との外交関係を貶める意図で日本国旗を燃やすような場合にも、「もっぱら」日本国を侮辱する目的があるかが問題となり得るが、本稿は、積極に解する。ここでいう「もっぱら」とは、国旗損壊行為の目的に関する要素であり、侮辱の対象が複数国であっても、その中に日本が含まれていれば「もっぱら日本国を侮辱する目的」があると考えてよいだろう。
[202] 「国旗損壊罪、罰則なし案が浮上「刑法には位置づけず」新法検討」毎日新聞（https://mainichi.jp/articles/20260323/k00/00m/010/189000c）（2026年3月23日最終閲覧）
[203] 仮に、令和8年国会で罰則のない理念法が制定されたとしても、こうした法律を根拠として、地方公共団体の条例で、日本国章の損壊行為を処罰する規定が制定されることも考えられる。
[204] *Dunja Mijatović*, Defamation and Insult Laws in the OSCE Region: A Comparative Study, 2017, S. 18 ff.
[205] 「国旗損壊　創作物除外　自民PT、骨子案を大筋了承」毎日新聞東京朝刊2026年5月23日、1面、「自民PT、国

旗損壊罪は「動画投稿」にも罰則　法案骨子案示す」毎日新聞（https://mainichi.jp/articles/20260515/k00/00m/010/068000c）（2026年5月23日最終閲覧）、「自民国旗損壊PTが論点整理　自己所有の国旗も対象と明確化」毎日新聞（https://mainichi.jp/articles/20260424/k00/00m/010/291000c）（2026年5月23日最終閲覧）

206 「国旗寄せ書きは処罰の対象外　自民、損壊罪法案で想定例」（https://news.yahoo.co.jp/articles/57c9e8a549353d115e31d3efc03d3d3876aa85b8）（2026年6月9日最終閲覧）

207 「「現代刑法学に逆行」 専門家が語る国旗損壊罪の問題点とは？」毎日新聞（https://mainichi.jp/articles/20260512/k00/00m/010/356000c）（2026年5月24日最終閲覧）において、江藤隆之は、国民感情を守るのであれば侮辱目的の行為のみを禁止すべきであり、目的規定がなければ、古くなった国旗を捨てる行為が処罰対象となりかねず、処罰範囲が不当に広がるおそれがあると指摘する。

208 例えば、通貨偽造罪（刑法148条1項）や公文書偽造罪（同155条1項）は、「行使の目的」による限定を行っているし、児童ポルノ単純所持罪（児童ポルノ禁止法7条1項）も、「自己の性的好奇心を満たす目的」を構成要件とすることで、処罰範囲の限定を図っている。