

ヘイトスピーチ規制における「公共の平穩」 - ヴンジーデル決定をてがかりに -

櫻 庭 総

- I. はじめに
- II. ヴンジーデル決定
- III. 若干の検討
- IV. おわりに

I. はじめに

ヘイトスピーチ規制に関する論点の一つに、ヘイトスピーチの害悪ないし侵害法益をめぐる争いがある。日本においても、それを個人的法益とみるか社会的法益とみるかの基本的な相違にとどまらず、実に多様な見解が示されている。

ドイツにおけるヘイトスピーチ規制の典型とされる刑法130条の民衆扇動罪では、その保護法益について、人間の尊厳とする見解もみられるものの、第一に掲げるべきは公共の平穩であるとの理解が通説とあってよい¹⁾。しかしながら、学説からは、公共の平穩概念に対して少なからぬ批判が加えられてきたところであり、その危殆化をいかに認定するかについても議論のあるところであった。さらに、旧民衆扇動罪（現在の刑法130条第1項部分にはほぼ相当する）についてはその合憲性を疑う声はほとんどみられないが、後の改正で付加された第3項（ホロコースト否定罪）および第4項（ナチス支配賛美罪）については、その合憲性を疑う見解も散見されるようになる²⁾。そこでは主としてドイツ基本法5条1項が保障する意見表明の自由との

1) Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 29. Aufl., 2014, S.1523, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NomosKommentar StGB, Band2, 5.Aufl., 2017, S.785.

2) 刑法130条の条文は以下の通りである。

「刑法 第130条（民衆の扇動）」

関連が焦点となり、同法5条2項の規定する三つの制約根拠³⁾のうち、とりわけ一般的法律に該当するか否かが論議されるようになる。このような状況のなか、2009年、連邦憲法裁判所により、刑法130条4項の合憲性に関する論争的な決定（いわゆるヴンジーデル決定 Der Wunsiedel-Beschluss : BVerfG,

(1) 公共の平穩を乱すのに適した態様で、

- 1 国籍、人種、宗教若しくはその民族的出自によって特定される集団に対して、住民の一部に対して、若しくは上に掲げる集団若しくは住民の一部に属することを理由に個人に対して憎悪をかきたて若しくはこれに対する暴力的若しくは恣意的な措置を誘発する者、又は
- 2 上に掲げる集団、住民の一部若しくは上に掲げる集団若しくは住民の一部に属することを理由に個人を罵倒し、悪意で軽蔑し若しくは中傷することにより、他人の人間の尊厳を攻撃した者

は、3年以上5年以下の自由刑に処される。

(2)

- 1 上に掲げる集団に対して、住民の一部に対して若しくは上に掲げる集団若しくは住民の一部に属することを理由に個人に対して憎悪をかきたてる文書、暴力的若しくは恣意的な措置を誘発する文書、若しくはそれを罵倒し、悪意で軽蔑し若しくは中傷することにより、他人の人間の尊厳を攻撃する文書（第11条第3項）を、
 - a) 流布し、
 - b) 公然と展示し、掲示し、閲覧させ若しくはその他の方法で目に触れうる状態にし、
 - c) 18歳未満の者に提供し、交付し若しくはこれらの者の目に触れうる状態にし、若しくは、
 - d) これらの文書若しくはこれらの文書から得た一部を、a) から c) の意味で利用し若しくは他の者によるこれらの利用を可能にするために作成し、調達し、交付し、保管し、提供し、広告し、推奨し若しくは輸入若しくは輸出を企行した者、又は
- 2 第1号に掲げる内容の表現を放送、メディアサービス若しくはテレサービスにより流布した者

は、3年以下の自由刑又は罰金に処される。

(3) 公共の平穩を乱すのに適した態様で、公然と又は集会で、国際刑法典第6条第1項に掲げる態様でのナチスの支配下で行われた行為を是認し、その存在を否定し又は矮小化する者は、5年以下の自由刑又は罰金に処される。

(4) 公然と又は集会で、被害者の尊厳を侵害する態様で、ナチスの暴力的支配又は恣意的支配を是認し、賛美し又は正当化することにより、公共の平穩を乱した者は、3年以下の自由刑又は罰金に処される。

(5) 第2項は、第3項及び第4項に掲げる内容の文書（第11条第3項）にも妥当する。第3項及び第4項に掲げる内容を放送又はテレメディアによって一八歳未満の者又は公衆の接近を可能にした者も、第2項第二号により処罰される。

(6) 第5項の場合も含めて、第2項第1号及び第二号の場合、未遂も処罰される。

(7) 第5項の場合も含めて、第2項の場合、並びに第3項及び第4項の場合には、第86条第3項が準用される。」

3) 基本法5条2項は、1項に定める基本権が、「一般的法律の規定、少年保護のための法律上の規定および個人的名誉権によって制限を受ける」と規定している。

Beschluss v. 4.11.2009 - 1 BvR 2150/08 - BverfGE 124, 300 = NJW 2010, 47.) が示され、一般的法律に関するより詳細な判断枠組みとともに、公共の平穩についても新たな解釈が提示された。

ヴンジーデル決定については、近年、日本においても言及されるようになって⁴⁾。ただし、それらが主として憲法学からの検討であり、また、同決定の分量が比較的厚いこともあり、その全体像や付随する細かな論点の紹介まではなされていないようにも思われる。そこで、屋上屋を架すことを恐れつつも、本稿ではヴンジーデル決定の内容を比較的詳細に辿り、刑法学の視点から、とりわけ同決定の公共の平穩概念の解釈について若干の検討を加えたい。

II. ヴンジーデル決定

1. 事案の背景と概要

(1) 背景

ヴンジーデル決定の背景には、極右勢力によるデモの台頭と、それに対する法的対処をめぐる歴史がある。フォーアベック (Fohrbeck) はその経緯を次のようにまとめている。ルドルフ・ヘス死亡の翌年である1988年から、弁護士であり極右勢力の幹部であったユルゲン・リーガーが、ヘスの墓所のあるヴンジーデルでルドルフ・ヘス追悼集会を申請したのが事の始まりである。これは郡庁により当初は禁止されたものの、最終的には合法的に実行され、120名の参加者があったとされる。以降、これが毎年開催されることとなり、1989年は250名、1990年は1100名と参加者も増加の一途を辿る。これを憂慮した当局により、1991年から2000年までヘス追悼集会は禁止されるこ

4) ドイツ憲法判例研究会「ドイツ憲法判例研究(177) ヴンジーデル決定」自治研究92巻1号(2016)144頁以下(土屋武執筆)、毛利透「ヘイトスピーチの法的規制について—アメリカ・ドイツの比較法的考察」法学論叢176巻2・3号(2014)210頁以下226頁以下、鈴木秀美「ドイツの民衆扇動罪と表現の自由—ヒトラー『わが闘争』再出版を契機として」日本法学82巻3号(2016)417頁以下、菅沼博子「ドイツにおける信条冒瀆罪正当化の試みの憲法学的一考察—宗教をめぐる「情念」の保護のための巧知? (1) (2・完)」一橋法学15巻3号(2016)1223頁以下、16巻1号(2017)69頁以下。

となるが（なお、集会の禁止に抗議する代替行事が開催されたようである）、2001年より再びヴンジーデルで同集会が開催されるようになった⁵⁾。

この間の事情を理解する補助線として、ドイツ集会法の禁止要件に関する論争に多少言及しておく必要がある。集会法15条1項は、「管轄官庁は、処分の通告時に知りうる状況に基づき、集会又は行進の実現に際して公共の安全又は秩序が直接に危殆化されるとき、当該集会又は行進を禁止し又は一定の命令に復せしめることができる」と集会禁止要件を定めている。問題はそこでの「公共の安全又は秩序」の解釈であるが、連邦憲法裁は、1985年のブロックドルフ決定の傍論において、たとえば道路の混雑の回避といった単に一般的な公共の秩序への危険があるというのでは足りず、とりわけ犯罪が行われることを理由とする具体的な安全の危殆化が必要であるとした⁶⁾。かかる意味での危殆化がヴンジーデルでのような極右集会に存在するかが論争的となり、結局、連邦憲法裁は、集会禁止を追認する行政裁判所の判決を退けた⁷⁾。こうした状況のもと、前述したように2001年から再びヴンジーデルで極右集会が行われるようになったのである。

極右勢力は、ヴンジーデル以外にも、2000年に当時建設計画中であったホロコースト警鐘碑に反対する集会をベルリンのブランデンブルク門で開催するなどし、メディアの注目も集めた。さらに、NPD（ドイツ国家民主党）が2005年5月8日に戦後60周年の行事として再びブランデンブルク門で大規模な集会を計画していることが明らかとなる。こうした動向を看過できないと判断した立法府は、急遽、同年3月25日に集会法および刑法130条の改正法を成立させ、これに対処した⁸⁾。NPDによるブランデンブルク門の集会は、改

5) *Till Fohrbeck*, Wunsiedel: Billigung, Verherrlichung, Rechtfertigung, Das Verbot nazistischer Meinungen in Deutschland und den USA, Duncker & Humblot・Berlin, 2015, S. 69 ff.

6) ブロックドルフ決定については、赤坂正浩「基本法8条の集会の自由と集会法による規制——ブロックドルフ決定」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）248頁以下も参照。

7) 極右デモ規制に関する集会法論争については、渡辺洋「公安と公序——ドイツ集会法をめぐる論争」神戸学院法学35巻3号（2005）129頁以下も参照。

8) 第4項新設をめぐる立法過程については、櫻庭総『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』（福村出版、2012）132頁以下参照。

正された集会法15条2項⁹⁾により禁止されることとなったが、ヴンジーデルで問題となったのは、改正により新設された刑法130条4項のナチス支配賛美罪である。同項により、「公然と又は集会で、被害者の尊厳を侵害する態様で、ナチスの暴力的支配又は恣意的支配を是認し、賛美し又は正当化することにより、公共の平穩を乱した者」は、「3年以下の自由刑又は罰金に処される」こととなった。前述したように、集会法15条1項の禁止要件に該当するには何らかの「犯罪」が行われる具体的な危険が必要であるとされたため、ならばそれに該当しうる「犯罪」を新設してしまえばよい、つまり、問題となっている極右ネオナチ集会で行われる行為じたいを犯罪化してしまえばよい、というわけである。

(2) 事案の概要

リーガーは、2005年8月20日にヴンジーデルで「彼には自由以上に名誉が重要だった」というスローガンを掲げたルドルフ・ヘス追悼集会を開催すると申請していた。これに対して当局は、2005年6月29日、即事執行命令の形式で、集会法15条1項および刑法130条4項に基づき、市内での屋外および非公開の空間における当該行事およびあらゆる形態での追加行事を禁止した。当該集会を開催することで、新設された刑法130条4項の規定する犯罪が発生する危険があるとされたのである¹⁰⁾。

これに対する仮の権利保護の申請も全ての主務官庁で奏功しなかったため、結局、同年に集会は開催されなかった。そこで主催者のリーガーは、行政訴訟を提起するも、バイロイト行政裁判所により2006年5月6日に棄却され、これへのバイエルン行政裁判所に対する控訴も2007年3月26日に棄却、

9) 集会法15条2項：「集会又は行進は、次の各号を満たす場合に特に禁止され又は一定の命令に服せしめられる。

1 集会又は行進が、ナチスの暴力的及び恣意的支配のもとで人間の尊厳のない扱いを受けた被害者についての、歴史的に突出した超地域的な意義をもつ想起の場で行われるとき、かつ

2 処分の通告時に具体的に知りうる状況に基づき、集会又は行進が被害者の尊厳を侵害するおそれがあるとき。」

10) *Fohrbeck* a.a.O., S.75 ff.

これへの連邦行政裁判所に対する上告も2008年6月25日に棄却されたため¹¹⁾、2008年8月6日に連邦憲法裁に憲法異議を申し立てた。

異議申立人の主張は、おおよそ次のようなものであった。①刑法130条4項は一般的法律ではない。同条は、ナチス支配の被害者という特定の対象のみを保護している。②仮に同条が合憲だとしても、本件に適用することはできない。ルドルフ・ヘスを讃える行為が被害者の人間の尊厳を侵害するとはいえない。③ナチス支配のみを規制対象とするのは、基本法3条の平等原則に反する。歴史上、ナチス支配に限らず共産主義独裁等によっても数百万の人間が殺害されている。④刑法130条4項は明確性原則に反する。とりわけ公共の平穏というメルクマールは不明確であり、ある人物を讃えることで平穏が侵害されることはない。公共性に関わるトピックについては自由な言論を許容する推定がはたらくはずであり、ヘスをユダヤ人等への迫害措置と関連させず、それも平和の使者として讃えることが、ナチスの不法支配の是認に該当するというのは明確性原則に反する。⑤本件集会に人間の尊厳の侵害があると認定されたことも納得できない。ナチスの是認行為からあたかも自動的に尊厳の侵害が帰結されており、なんら事実に基づく認定ではない¹²⁾。

これに対して、連邦政府の主張はおおよそ次のようなものであった。①刑法130条4項は基本法5条1項に反しない。同条の規制する行為はそもそも意見表明の自由の保護範囲外である。いずれにせよ、同条は公共の平穏と被害者の尊厳を保護法益とする一般的法律である。一般的法律の是非を判断する際の利益衡量においては、公共の平穏および人間の尊厳が優越する。基本法1条1項に規定される人間の尊厳の保護は常に他の法益に優越し、また、刑法130条4項の行為は、公論の自由を危殆化するものであり、それを保護するた

11) ただし、刑法130条4項に関しては行政裁判所の解釈は必ずしも一致していないことが指摘されている。パイロイト行政裁判所判決は、そもそも憲法論に立ち入っておらず、バイエルン行政裁判所判決は、一般的法律の解釈につき、「判例形式」に依拠し、刑法130条4項は一般的法律ではないとしながら、基本法5条2項の個人的名誉権による制約により正当化可能とした一方、連邦行政裁判所判決は、一般的法律の解釈につき、「特別法説と衡量説の連結形式」に依拠し、刑法130条4項は一般的法律として正当化可能だと判示している。Fohrbeck, aa.O., S.78 ff.

12) BverfGE 124. 300 (Rn.24-27).

め公共の平穩が優越する。②たとえ一般的法律でないとしても、基本法5条2項の個人的名誉権による制約によって正当化される。刑法130条4項は、生き残った被害者の名誉および死亡した被害者の死後の人格権をも保護している。③意見表明の自由と人間の尊厳では、常に後者が優先されねばならないし、当該表現はもとより公論に資する表現ではないため、自由な言論の推定もはたらかない。④明確性原則にも違反しない。刑法130条4項に規定されている要件はいずれも他の刑法典および判例を参照することで具体的に解釈可能であり、明確である。⑤具体的な適用にも憲法違反はない¹³⁾。

これらを受けて、連邦憲法裁は2009年11月4日、刑法130条4項は基本法に違反せず、原審である連邦行政裁判所の判断にも適用違憲は見受けられないとの判断を示した¹⁴⁾。

2. 決定の概要

では、いかなる理由で連邦憲法裁は刑法130条4項の合憲性を導出したのであろうか¹⁵⁾。いわゆる要旨として抜き出されているのは次の箇所である。

1. 刑法130条4項は、一般的法律ではないとしても、基本法5条1項及び2項に違反しない。ヨーロッパおよび世界の大部分にもたらされたナチス支配の不法および恐怖が一般的な類型に馴染まないこと、およびドイツ連邦共和国がこれに対する対抗的構想として成立したことに鑑みると、基本法5条1項及び2項は、ナチスの暴力的及び恣意的支配のプロパガンダの是認に制限を加える規定について、意見に関連する法律に関する特別法の禁止の例外を含んでいる。

13) BverfGE 124. 300 (Rn.30-39).

14) なお、異議申立人は2009年10月29日に死亡しており、その関連で憲法異議の効力についても判示がなされているが (Rn.40-47)、本稿では割愛する。これに関しては、土屋・前掲144頁参照。

15) なお、異議申立人は、基本法4条や欧州人権条約10条等も引き合いに出しているが、これらについて連邦憲法裁は本件との関連性がないと一蹴しているため (Rn. 46)、本稿では割愛する。

2. 基本法5条1項及び2項がこの種の特別規定を許容することは、意見表明の自由の実質的内容を弱体化させるものではない。基本法は、その内容がもたらす精神的影響を考慮することで極右またはナチス思想の流布を一般的に禁止することを何ら正当化するものではない。

原審の連邦行政裁判所が刑法130条4項は一般的法律として正当化されるとしていたのに対して、連邦憲法裁判所は刑法130条4項が一般的法律ではないことを正面から認める。しかしながら、ナチスの過去とドイツ連邦共和国の設立趣旨に鑑みると同条のような規定を基本法は例外的に許容しているとする【要旨1】。ただし、例外を許容したからといって、あらゆるナチス思想を処罰することまで許されるわけではなく、意見表明の自由の保障内容を弱めることにはならないという【要旨2】。

この一見して込み入った論理の展開を、以下でやや丁寧に追ってみることにしたい。なお、ドイツにおいて基本権侵害を判定するにあたっては、当該国家措置が基本権に介入したといえるか、いえるとして、その介入が憲法上正当化できるかという二つの部分問題に分けられ、前者はさらに保護領域の問題と保護領域への介入の問題に細分化でき（その意味で、①保護領域、②介入、③正当化の三段階審査といえる）、後者は法律の留保原則や比例原則によって審査されることになる¹⁶⁾。したがって、本決定もこの順序に沿って判示されている。

(1) 保護領域への介入

まず、刑法130条4項により規制される表現について、これをはじめから基本法5条1項の保護領域外とすることはせず、刑法130条4項による規制は基本法5条1項の保障する意見表明に対する介入であるとする。すなわち、「その言明内容に関する個人の主観的関連によって特徴付けられるもの」であれば

16) ボード・ピエロート／ベルンハルト・シュリンク（永田秀樹／松本和彦／倉田原志訳）『現代ドイツ基本権』（法律文化社、2001）4頁。

すべて「意見」であるというリユート判決以来の枠組みを確認し、その限りで、その真偽、根拠の有無、情緒的か理性的か、価値の有無、危険の有無を問題とすることなく、意見は基本法の保護を享受するとする。基本法は、たしかに市民が憲法の一般的価値を承認し実現することへの期待に基づいてはいるが、価値への忠誠を強制するものではない。したがって、政治秩序の根本的変革を企図する意見も保護の対象となるのであり、現行秩序のラディカルな否定であるナチス思想の流布でさえ、基本法5条1項の保護領域から除外されることはないと言われる。これに対して、刑法130条4項は、ナチスの暴力的恣意的支配の是認、賛美、正当化に関係する表現を処罰するものであるから、同条は意見表明の自由の保護領域に介入しているとする¹⁷⁾。

(2) 一般的法律の位置づけと刑法130条4項の例外性

刑法130条4項が保護領域への介入にあたるかすれば、その介入の正当性が問題となる。本決定は、以下のように、基本法5条2項の定める制約根拠の一つである一般的法律に関して新たな判断枠組みを提示し、刑法130条4項がこれには該当しない、すなわち一般的法律としては正当化できないとする。

ア) 一般的法律の判断枠組み

本決定は、まず、一般的法律の定義として、「意見それ自体を禁じておらず、意見の表明それ自体に向けられてもおらず、特定の意見とは無関係に保護される法益の保護のみに資するものと解される。この法益は法秩序のなかで一般的に保護されるものでなければならず、それゆえ、その侵害が意見表明によるかその他の方法によるかに関係なく保護されるものでなければならぬ」と判示し、従来の枠組みである「特別法説と衡量説の連結形式」を確認したうえで¹⁸⁾、次のように論を進める。

この枠組みに従うと、ある規範が行為を意見表明の内容と全く無関係に規

17) BverfGE 124, 300 (Rn.48-51).

18) BverfGE 124, 300 (Rn.54).

制している場合、一般性に関して何ら疑義は生じない。これに対して、規範が意見表明の内容に関連している（意見制約的法律である）場合、そこからただちに一般性の性格が剥奪されるわけではなく、法益侵害の防止を目的としていることをもって、意見中立的であることが推定される。実際にもこれに基づき連邦憲法裁は、これまで刑法185条以下の侮辱罪や刑法旧130条の民衆扇動罪の旧規定等を一般的法律であると評価してきた。ただし、そこから何らかの法益保護が認められるとただちに一般性が保障されるといった倒錯した結論が導かれてはならない。内容関連的な規範が法益を保護しているという事実は、「その一般性をあらゆる場合に保証するのではなく、法治国家的な距離を保ち意見中立性の命題を維持していることの傍証〔Indiz〕に過ぎない」¹⁹⁾。

このように判示したうえで、本決定は、法益保護が決定的な基準ではなく、「ある規範を一般法律とするか特別法とするかは図式的には答えの出せない問題である」としながら、さらなる判断枠組みを新たに示した。すなわち、「そこでとりわけ検討されるべきは、ある規範がどの程度、抽象的-内容関連的な、異なる立場に開かれた基準に限定されているか、それとも具体的-観点関連的な、とりわけ何らかのイデオロギーに関連する区別に基づいているか」であるとする。それによれば、ある規範が一定の政治的、宗教的または世界観の見解の支持者のみに向けられていることが看取でき、公的な意見闘争に影響を及ぼすようなものであればあるほど、特別法の傍証が備わってくることになり、また、意見制約的法律がある事象についての特定の歴史解釈に関連する場合または一部の限られた人的範囲の法益保護に限定されている場合は、特別法の特徴〔Anzeichen〕があるとされる。したがって、「全体として問題となるのは、意見制約的規範が政治上および世界観上の意見闘争における異なる具体的な諸立場と原則的かつ内容的な距離を保ってい

19) BverfGE 124, 300 (Rn.56). また、このことから、ハーケンクロイツの提示等を禁止する刑法86条1項4号ではナチス組織という文言が明文で登場するが、刑法86条1項の規範全体の文脈で見れば、ナチス思想のみならず、公的に禁じられた団体および結社すべてに対するものであるから、特別法ではなく、一般的法律と解しうるとされている。

るか否かである」とする²⁰⁾。

この基準によれば、刑法130条4項は一般的法律とはいえないとされる。すなわち、たしかに当該規定は、公共の平穩といった法益保護に資するものではあるが、この保護を内容的に開かれた一般的な方法で行ってはおらず、ナチズムに関する特定の立場を表明する意見にのみ向けられている。当該規定は、暴力被害者一般の保護に資するものではなく、あらゆる全体主義体制の暴力的および恣意的支配の是認、賛美および正当化にも意識的に向けられておらず、ナチズムに関連する表現のみに限定されたものとなっている。制定過程からも、当該規定がルドルフ・ヘスの年次追悼集会に対処するものであることは明らかであり、公的意見闘争における、具体的で政治的な、とりわけ危険だと評価された見解に対する立法者の応答と解さざるを得ない。当該規定は、既に構成要件において具体的－観点関連的な基準を規範化しており、一般的法律ではなく、特定の意見表明、すなわちナチスの暴力的恣意的支配の是認から生じる特殊な法益侵害を防止するための特別法である²¹⁾。本決定はこのように判示した。

イ) 基本法5条1項及び2項の内在的制約

刑法130条4項が一般的法律に該当しないのであれば、それはもはや許されない基本権への介入であると解するのが自然であるようにも思われる²²⁾。ところが、前述の【要旨1】で示したように、本決定は、同規定が基本法5条1項および2項に合致するとする。

まず、歴史的背景として、①ナチスによる不法がもたらした唯一無二の残酷な歴史的事実、②基本法がこれへ対抗的構想として制定されたこと、③ナチス体制の克服および再発防止は世界的なコンセンサスでもあり、戦後秩序

20) BverfGE 124, 300 (Rn.60).

21) BverfGE 124, 300 (Rn.61).

22) なお、「基本法5条2項の意見制約的法律の一般性の要請は、名誉保護の規定にも及ぶ」として、刑法130条4項を特別法としたうえで、基本法5条2項の個人的名誉権に依拠して正当化することもできないとされている (Rn. 62-63)。

全体を特徴付けていることが示される。具体的には次のように判示している。①「ヨーロッパおよび世界に未曾有の苦痛，死および弾圧をもたらした当時の非人間的な体制は，ドイツ連邦共和国の憲法秩序にとって反面教師的にアイデンティティを刻印する意義を有しており，その意義は，唯一のものであり，一般法律的な規定の基礎だけでは把握できないものである」。②「ナチスの不法支配からの意識的な脱却は，歴史的に，基本法の制定および施行に参与したあらゆる諸組織，とりわけ議会評議会の中心的関心事であったのであり，基本法秩序の骨格を形成している。基本法は，まさにナチス体制の全体主義に対する対抗的構想として理解できるのであり，その土台から細部に至るまで，歴史的経験から学んでその不法の再発を防止することを目的としている」。③「ナチス機構の徹底的な克服および全体主義的ナチスドイツ復興の阻止は，すでに，連合軍によるドイツ国家再建にとって主要な動機であり，……新憲法の創出をもって占領地域から軍政官が州首相を委託した1948年7月1日のフランクフルト文書の本質的な思想的基礎を形成していた。EUの発足と並んでとりわけ欧州人権条約をはじめとする複数の国際条約にとっても，ナチスによるあらゆる文明成果の破壊という経験が決定的な影響を残している。それらは戦後秩序全体を刻印し，ドイツ連邦共和国の国民意識の結合を今日まで持続させている」²³⁾。

こうした歴史的背景に鑑みると，「ナチスに起因する実際に生じた恐るべき出来事を伴う歴史的なナチスの暴力的および恣意的支配を宣伝的に是認することは，公的意見闘争の一般的緊張関係という枠内には収まらず，意見表明の自由の限界に関する一般的ルールの基礎だけでは把握できない影響をもたらす」とされる。すなわち，「この支配を支持することは，ドイツでは，平穏を脅かす潜在力を伴う，国家〔Gemeinwesen〕のアイデンティティに対する攻撃である。その限りで，そのような行為は，その他の意見表明とは比較できず，とりわけ外国にも深刻な不安をもたらしうる」という。したがって，「この歴史的に基礎づけられた特殊な情勢を特別の規定で考慮する

23) BverfGE 124, 300 (Rn.65).

ことを、基本法5条2項は排除していない。意見制約的法律の一般性の要請は、基本法5条2項をもって、立法者に対して、長い伝統のなかで、特定の信條、見解およびイデオロギーと無関係に意見表明からの法益保護を保障することを義務づけてきたが、この要請は、ドイツ連邦共和国の歴史規定的なアイデンティティに関連し、他の紛争に転用できない唯一の情勢にとっては有効でない。それゆえ、刑法130条4項は、それがナチスの暴力的恣意的支配の評価のみを対象にしている特別規定であることを理由に憲法違反とはならない」とする²⁴⁾。

ウ) 例外の許容と意見表明の自由との関係

しかしながら、この種の特別規定を基本法5条1項および2項が許容したとしても、そのことは意見表明の自由の内容を弱めることにならないとして、前述の【要旨2】が示される。

具体的には、「とりわけ基本法は、極右またはナチス思想の流布の禁止をその内容のもたらず精神的作用との関連で認めるような、一般的な反ナチズム原則……を有するものではない」とされ、ナチス思想であれば何でも規制してよいということにはならないとする。その理由としては、①「基本法は、自由な世論の力を信頼して、むしろ基本的には自由の敵にも意見表明の自由を保障している」ということ、そして、②前述の「議会評議会は、克服したばかりのナチズムに対してもこのことを認めていた」ということ、つまり、「議会評議会は基本法9条2項、18条および21条2項で、憲法敵対的思想の流布それ自体では自由な政治的論議の限界を形成せず、自由で民主的な秩序に対する積極的な戦闘的で攻撃的な態度がはじめてその限界を形成するとした」ことが示されている。それゆえ、「基本法5条1項及び2項は心情への国家的介入を許容するものではなく、意見表明が態度決定という精神的領域を離れて、法益侵害または認識可能な危殆化状態に転化したときにはじめて、介入の権限を与える」とし、この種の特別規定であっても、比例原則に合致し

24) BverfGE 124, 300 (Rn.66).

なければならず、法益侵害に厳密に関連づけられる必要があり、意見のもたらず単なる精神的影響に向けられてはならないとされる²⁵⁾。

(3) 比例原則の審査

ア) 目的の正当性

比例原則審査の出発点として、まず当該規定の正当な目的が確定される必要がある。本決定によれば、「基本的には憲法上排除されない全ての公共の利益が正当である」としながら、いわゆる相互作用論の論理を引き合いに出し、基本権に含まれる自由原則それじたいの放棄に至るものは正当でないとする。すなわち、「その目的設定が、特定の意見表明の純粹に精神的なものにとどまる効果に対して保護措置をとる方向であってはならない」とする。これに対して、法益侵害の阻止は正当であるとされる。すなわち、「法益侵害の個別化可能で具体的に把握可能な危険の段階を超える程度の意見表明を制約することを目指す限りで、正当な目的を追求している」といえ、意見表明を規制しうるのは、「その意見表明が信念の形成を超えて直接に現実的效果を目標としており、法破壊の呼びかけ、感情への攻撃的な訴えかけまたは心理的障壁〔Hemmschwellen〕の引き下げといった形態で法益を危殆化する効果を直接に引き起こしうる場合」であるとする。もっとも、「その際、意見表明の純精神的な作用と権利侵害的な作用とは厳密に区分できるものではなく、その限りで立法者に一定の裁量を与えられているが、「立法者のもとより保護目的の追求に限定されねばならず、その保護目的は、この区別に向けられたものであって、自由な精神的論争の原則じたいを弱めるものであってはならない」とされる²⁶⁾。

本決定は、このような一般的基準を設定し、これに従えば、刑法130条4項は公共の平穩の保護という正当な目的を追求しているといえるが、ただし、公共の平穩概念を次のように限定解釈する必要があるとする。

25) BverfGE 124. 300 (Rn.67-68).

26) BverfGE 124. 300 (Rn.71-75).

公共の平穩について、それを「挑発的な意見およびイデオロギーに直面することによる市民の主観的動揺からの保護または根底的と解される社会的もしくは倫理的見解の保護を目的とするものと理解するのであれば、意見表明の自由への介入の正当化を支持できない」。主観的動揺は激しい論争に必ず付随するものであって、「『公衆の平穩感情』の侵害または『精神的雰囲気』の有害化』からの保護は、全体主義イデオロギーまたは歴史の明白な誤解釈を通じた法意識の退廃からの住民の保護と同じくらい、介入の根拠とはならない」。さらに、「住民の人権意識の確立という目的であっても、相容れない意見を抑圧することは許されない」。これに対して、正当な目的とは、「平穩な状態の保障という意味で理解された公共の平穩」である。それは、前述したような「法益危殆化行為を目指していることが認識可能な表現」、換言すれば「法破壊への移行を特徴付ける表現」からの保護を目的とすることである。その限りで公共の平穩の維持が関連するのは、「訴えかけ等を通じた意見表明の外的効果」であり、その効果とは、「呼びかけられた人々に〔違法〕行為を進んでする心を引き起こしたり、心理的障壁を引き下げたり、または第三者を直接に萎縮させる (einschüchtern) 効果」である。たしかに、これを規制することは意見表明の内容に関連しているものの、そこで問題となっているのは、現実に具体化された危険にさらされている目の法益の保護である。「この意味での公共の平穩は、犯罪の公然たる呼びかけ (刑法111条)、犯罪の脅迫 (刑法126条)、犯罪の依頼および是認 (刑法140条) または民衆扇動罪のその他の規定 (刑法130条1項から3項) といった刑法の様々な規範で以前から存在している保護益」である²⁷⁾。

同決定は、このように公共の平穩を理解すべきであると判示する一方、刑法130条4項が公共の平穩の保護以外に、被害者の尊厳の保護も意図しているといえるかについては「決定できない (dahinstehen)」として判断を留保した²⁸⁾。

27) BverfGE 124. 300 (Rn.76-78).

28) BverfGE 124. 300 (Rn.79).

イ) 適合性

同決定は、目的の適合性については、次のような理由から、刑法130条4項が公共の平穩の保護に適合しているとした。

刑法130条4項で処罰される行為は、「理念の是認ではなく、現実の犯罪の是認」であり、「その犯罪は歴史上比類なきもので、人間蔑視という点ではこれに勝るものがないものである。住民集団の完全な根絶に着手し、途方もない残忍さをもつ恐るべき光景を現在の意識に焼き付けている体制の悪行を呼び起こし是認することに対して、この法律は向けられている」とする。したがって、この時代の暴力的恣意的支配の是認が、「通常は、今日、新たに、その価値と権利が疑問視されていると感じる者に対する攻撃であると住民の目には映り」、「歴史的現実を鑑みると、民主主義及び自由主義に敵対するイデオロギーに単に直面しているという以上の作用をもたらす」ということは、憲法的に支持できる立法者の評価であるとされる。なぜなら、そこで問題となっているのは、「暴力の禁止を単に不快な方法で精神的に相対化する以上のもの」であり、むしろ、この不法体制の積極的評価を喧伝することは、一方で、①「これに対する反抗を呼び起こしたり」、②「萎縮効果を生じさせたり」し、他方で、③「呼びかけられたこうした見解の信奉者のたがを外す効果」があるからだとする。立法者が追加的に認めた被害者の尊嚴の侵害というメルクマールを考慮せずとも、上記の点ですでに、公共の平穩の保護に関する適切な関連づけがなされているのであり、同規定は、一定の実際に行われた特に重大な犯罪への報酬の支払いおよび是認を処罰する刑法140条と類似の立法者の価値づけによって目的を定められているのだとされる。ただし、同規定が、公然たる表現のみならず、非公開の集会にまで処罰が及ぶとすれば、それは不適合であるとしている²⁹⁾。

ウ) 必要性

同決定は、必要性については、「ここで問題となっている法益侵害との関

29) BverfGE 124, 300 (Rn.81-83).

係で、公共の平穩の保護を同程度に効果的に保障しうる、より穏やかな手段を確認することはできない」として、比較的あっさりとしてこれを認めている³⁰⁾。

エ) 狭義の比例性

同決定によれば、公共の平穩を前述のように限定解釈することで、刑法130条4項は意見表明の自由と公共の平穩の保護との均衡もとれているとする。すなわち、本規定は、ナチス期の何らかの措置に対する肯定的評価を一般に処罰するものではなく、ナチス体制下で実際に生じた暴力的恣意的支配の是認のみを処罰しているとされる。また、意見表明の自由への制約が不適切でありうるような限界事例については、「被害者の尊厳を侵害する態様」や「公共の平穩の乱れ」という構成要件メルクマールにより除外することが可能であるとする。よって、全体として刑法130条4項は、狭義の比例性も充足する形態となっているとされる³¹⁾。

(4) 明確性原則との関係

同決定は、基本法103条2項の要請する明確性原則について一般的基準を示した後³²⁾、刑法130条4項の構成要件はこの要請を充足するとしている。もっ

30) BverfGE 124, 300 (Rn.84).

31) BverfGE 124, 300 (Rn.85).

32) 「基本法103条2項は立法者に対して、犯罪構成要件の射程および適用範囲が理解可能であり、解釈を通じて突き止めることができるほど具体的に可罰性の要件を規定することを義務づけている。この義務は二重の目的に資する。一方では、規範の名宛人の法治国家的な保護が問題となる。すなわち、各人は、どのような行為が禁じられ処罰の対象となっているかを予見可能であるべきである。他方では、立法者のみが可罰性の決定権を持つことが確認されるべきである。その限りで基本法103条2項は厳格な法律の留保を含んでいるのであり、それは行政権および司法権に、処罰の要件じたいについて決定することを禁じているのである。」(Rn.88)

「一定程度、裁判官による解釈が必要な概念を使用することまで排除されるものではない。刑法においても立法者は、生活の多様性を考慮せざるを得ないのである。さらに刑法規範の一般性および抽象性のため、限界事例ではある行為が法定の構成要件に該当するか否かが争点とならざるを得ない。その意味を通常の場合は通例の解釈方法をもって突き止めることが可能であり、限界事例においては名宛人に少なくとも処罰のリスクを認識させることができれば、十分である。」(Rn.89)

とも、「是認、賛美または正当化」、「公然とまたは集会で」および「被害者の尊厳を侵害する態様で」といった構成要件メルクマールは、その文言から十分明確かつ限定的であるとする一方、「公共の平穩」については、ここでも次のような解釈が加えられている。

「公共の平穩の乱れ」を「独自に処罰を基礎づける作用のある構成要件メルクマール」として理解した場合、この概念が様々な解釈に開かれており、不安という把握困難な主観的集合感情に傾きがちであり、明確性に疑義が生じうる。これに対して、「公共の平穩の乱れが、それ自体刑罰威嚇の対象とすることが原則的に可能な別の、十分特定された構成要件メルクマールを通じて、具体的に規定されている場合」、公共の平穩という構成要件メルクマールに何ら疑いは生じない。その場合、公共の平穩は、その内容がそこで問題となっている規範との関連性から綿密に定義されている構成要件メルクマールだと解することができる。原則的には、他の構成要件メルクマールの実現がすでに可罰性を基礎づけており、その可罰性の充足にあたって公共の平穩の乱れも（例えばこれに関する適正が）推定されうるのである。固有の意義を持つのは、この推定が特殊な状況のために働かない、非公開の集会といった非典型的な状況においてのみである。「その限りで、公共の平穩について問題となっているのは処罰を基礎づける構成要件メルクマールではなく、『処罰が不必要に思われる事案の除外に関する評価形式』である」。この基準に従えば、刑法130条4項の明確性には何ら憲法的な疑義はない³³⁾。このように判示した。

なお、異議申立人は、基本法3条3項（政治的意見を理由とする不利益処分の禁止）違反も訴えていたが、これに対して同決定は、同項は政治的意見の単なる「保持」に関連する介入からの保護規定であり、具体的な法益を危殆化する行為への規制である刑法130条4項では基本法3条3項の侵害は問題とならず、よって同項違反はないと判示している³⁴⁾。

33) BverfGE 124. 300 (Rn.91-95).

34) BverfGE 124. 300 (Rn.86).

(5) 適用違憲について

本決定は、連邦行政裁判所の認定にも問題がないとして、法適用についても憲法異議はあたらなととした。そこでは、はじめに前提として、いわゆる相互作用論や、多義的な表現については他のありうる解釈を説得的な根拠で排除することなく有罪を導いてはならないといった、従来の判例で示されてきた準則を解釈の指針とすべきことが縷々確認されている³⁵⁾。これらの準則に従えば、刑法130条4項の行為は前述したような法益の具体的な危殆化を生じさせるものでなければならぬとするが、そこには黙示の〔konkludent〕是認、すなわち明示的ではないが状況から明らかな是認も含まれるとしても憲法上の疑義はなく、しかも、是認行為がある場合には、原則として公共の平穩の乱れの存在が推定されると判示されている。これに関連して、刑法130条4項に規定される「被害者の尊厳を侵害する態様で」という構成要件メルクマールは基本法1条1項にいう人間の尊厳の保護とは直接に関係がなく、人間の尊厳の侵害を認めることに関する特別に厳格な要件が刑法130条4項では問題とならぬとされている³⁶⁾。

これらの基準をふまえると、原審が、ナチス体制の責任者および象徴像を露骨に讃えることもナチスの暴力的恣意的支配の包括的是認に該当すると解したことにつき、異議はあたらなとされる。なぜならば、そこでは、意見表明の自由に考慮した区別がなされており、その区別によれば、「是認が認められるのは、讃えられる人物がそのときの状況によるとナチス支配それ自体の象徴像となっている場合のみ」であり、「ナチズムの——たとえ指導的な——支持者に関連する肯定ないし矮小化表現であっても、その表現がその人柄だけに向けられている場合は、是認が認められない」からであるとする。そして、この区分に基づいた連邦行政裁判所の事実認定も支持しようとする。すなわち、本決定によれば、原審は、「偏見のない理性的な聴衆の視点に立つとき、本件の具体的な状況下では、ルドルフ・ヘスへの無条件の賛

35) BverfGE 124, 300 (Rn.97-99,104).

36) BverfGE 124, 300 (Rn.97-103).

美が全体においてナチス支配——そしてそれゆえに支配下で行われた人権侵害——の無制約の是認以外の何物でもないと解されるとした。そこで何よりも考慮されているのは、……計画された集会を全体として評価すれば、ルドルフ・ヘスが『総統代理』として、つまり本質的に、ナチス体制それ自体に対する共同責任者であり、その下での事件に対する共同責任者として讃えられていたとされる点であるとされる。アドルフ・ヒトラーとルドルフ・ヘスの長年にわたるその時々密接な関係は、党全体の業務における『総統代理』としてのルドルフ・ヘスのもっとも際立った役割にも見られたのであるが、この関係ならびに攻撃的な人権侵害に対する彼の個人的な責任に鑑みると、そのような解釈が集会で前面に押し出されたと評価することは、事実審の評価範囲内だと解される」とする³⁷⁾。

なお、原審が、ナチスの支配体系の無制約な是認から通常、被害者の尊厳の侵害が導かれると認定した箇所については、憲法的な疑義はないものの、そこから、原審の認めるように、基本法1条1項にいう人間の尊厳の侵害も常に関連するか否かについては、ここでも「決定できない」として判断留保の態度を示した³⁸⁾。

Ⅲ. 若干の検討

1. 例外論の位置づけ

(1) デーゲンハルトの評釈

デーゲンハルト (Degenhart) によれば、本決定の意義は、「ひとつには、ネオナチのプロパガンダに関する意見表明の自由および集会の自由には憲法内在的な制約が妥当するとしたこと、もうひとつには、連邦憲法裁が1957年のリュート判決以来、はじめて意見表明の制約としての一般的法律の概念に原則的な検討を加え、その区分能力に批判も少なくなかった従来の形式を解決するため、より細やかな判断枠組みを提示したこと」にあるとされる³⁹⁾。

37) BverfGE 124, 300 (Rn.106-108).

38) BverfGE 124, 300 (Rn.109).

39) *Christoph Degenhart*, Anmerkung, JZ2010, S. 306.

ただし、その評価については少々厳しいものがある。一般的法律の判断枠組みに関して本決定は、たしかに、正当な保護法益さえ説明できてしまえば一般性が認められがちであった従来の、とりわけ行政裁判所の判断に釘を刺し、当該規制が意見内容に対して「抽象的-内容関連的」であるか「具体的-観点関連的」であるかという更なる判断枠組みを導入している。これを米国の判例法理にいう「主題規制」と「見解規制」の区別に近いとする評価もある⁴⁰⁾。ただし、必ずしも米国の判例法理のようなカテゴリカルな判断まで踏襲しているわけではない。デーゲンハルトによれば、連邦憲法裁は、一般法であるか特別法であるか評価することは、図式的に答えの得る問題ではないとしており、「最終的には、一般的に妥当する、その内容が納得のゆく定義的な定式化を放棄すると白状」しているとされ、今後、裁判所は、意見に関連する法律の一般性を、「傍証の量」から判断することになるだろうとされる⁴¹⁾。

刑法130条4項が一般的法律とはいえないとしながら、憲法内在的な制約から正当化を図ったことについても、連邦憲法裁は明らかに結論ありきの議論を展開しており、あまり説得的とはいえないと評する。基本法をナチズムに対する対抗的構想だとしながら、一般的な反ナチズム原則の存在は否定することが、端的に論理として矛盾しているというのだ。ただし、この矛盾が生じた背景には、同規定を特別法として受容し、従来の判例から距離を置くことで、可能な限り慎重に定式化し、その影響を限定しようという連邦憲法裁の努力がみられるという。というのも、反ナチズム原則を全般的に承認してしまえば、原理的には、基本法の全ての基本権にわたる極めて広汎な憲法内在的制約が問題となりかねない。連邦憲法裁はこのパラダイムシフト問題に意識的であったとされ、特別法を正当化した範囲でも精神的論争の自由は不可侵だとしていることなどからも、意見制約的な特別法の受容を基本法上の緩衝材とし、狭く限定した例外事例にせんとする配慮がみてとれるという⁴²⁾。

40) 土屋・前掲149頁。

41) *Degenhart*, a.a.O., S. 308f.

42) *Degenhart*, a.a.O., S. 309f.

したがって、結論としてデーゲンハルトは、「連邦憲法裁が齒に衣着せずに物を言い、その結果、判例の展開の中でほとんど意味のない意見制約的法律の一般性の基準も輪郭を失ったわけだが、これは同時に、単純かつ包括的で有用な区分定式など存在し得ないのだということがわかったとして歓迎すべきでもある」と、やや皮肉めいた物言いをしている一方、本決定は決して意見表明の自由を制約する特許状を交付するものなどではなく、むしろその反対に、「一般カテゴリーから外れる例外事例をもってこの自由に特別の制約を被らせたというまさにその理由から、本決定は、あらゆる方法論的な疑義を侵しても、この自由の価値を強調したのである」と締めくくっている⁴³⁾。

(2) 例外論の意義

ヴンジーデル決定は、結論ありきの議論であり、刑法130条4項を合憲とする論理については成功しているとは言い難い。しかし、これを同規定についてのみの例外とすることで、意見表明の自由に対する影響を最小限にとどめ、むしろ全体としては意見表明の自由に対する制約を厳格化するものである（もしくは、そう読み込むべきである）。このような評価は、憲法学では一定のコンセンサスを得ているようである⁴⁴⁾。

たしかに、極右勢力による集会が社会問題化している状況で、ナチス支配賛美罪に違憲宣言を下すことは、ナチス賛美行為が積極的に許されるのだといった誤ったシグナルとして受け取られかねない。こうした（誤解も含んだ）社会的影響を考慮すると、違憲判決に踏み切ることは極めて慎重にならざるを得ないだろう。例えば過去にも、1994年のデッケルト事件判決が極右主義に肩入れするものであるとの（誤解も含んだ）公憤を買い、それまで慎重な議論が求められていた刑法130条3項のホロコースト否定罪の新設が一気に加速された歴史がある⁴⁵⁾。

43) *Degenhart*, a.a.O., S. 310.

44) 毛利・前掲228頁以下、土屋・前掲150頁、鈴木・前掲421頁。

45) デッケルト事件については、櫻庭・前掲書119頁以下など参照。

一方、ナチス支配賛美罪のような、明らかに特定の表現を狙い撃ちしている刑罰法規を、基本法5条1項および2項の一般理論から正当化してしまっただけは、その他の特定の表現、典型的には政府の政策等に関する特定の立場を批判する表現の規制まで正当化する素地を用意することになりかねない。このような懸念も十分肯げるところである。あえて論理的な矛盾を犯してまで、基本法には一般的な反ナチズム原則が存在しないと判示したことには、前述した集会法論争において、そのような広汎な憲法内制的制約を持ち出して極右の集会規制を正当化しようとしたミュンスター上級行政裁判所と連邦憲法裁判所の「空前の論争」に終止符を打たんとする意味合いもあった⁴⁶⁾。

そこで連邦憲法裁判所は、本決定のような苦肉の策を採ったとされる。とすれば、問題は、例外論によって守ろうとした一般理論部分の厳密性如何であろう。具体的には、一般的法律の判断枠組みおよび公共の平穩の限定解釈という二つの論点がある。本稿では後者に注目したい。

2. 公共の平穩の解釈について

(1) ヘアンレの評釈

刑法学の視点からは、ヘアンレ (Hörnle) による評釈がある。そこでは一般的法律についても多少の言及があるが、保護法益に関する検討が中心となっている。まず、本決定が目的の正当性審査に関する一般的基準として、「基本的には憲法上排除されない全ての公共の利益が正当である」と判示した箇所につき、それが「体系批判的な」法益概念ではなく単に発見的な意味での法益概念に依拠しており、刑法学の通説的理解とは異なるとされ、この一般的基準は、「刑事罰がもっとも峻厳な制裁であり、それと社会倫理的な無価値判断との結びつきを理由として普遍的に投入できるような調整道具などではなく、ウルティマ・ラティオでなければならないということと合致しない」と一般的な批判を行う⁴⁷⁾。

46) Lorenz Leitmeier, Das antinazistische Grundgesetz, NJW 2016, S. 2555 f. 渡辺・前掲 137頁以下も参照。

47) Tatjana Hörnle, Anmerkung, JZ 2010, S. 311 f.

一方、公共の平穩の理解については、表現内容の思想的な危険性や精神的な悪影響とは無関係に、当該表現が「個別化可能で、具体的に把握可能な法益侵害の危険」へと転化した時点ではじめて介入が許されると判示したことにつき、刑法学的に表現すれば、基本法5条1項の制約に関して専ら具体的危険犯のみが正当だと解しているといえるとき、支持できる定式化だとする。とりわけ本決定が、以前に刑法130条3項のホロコースト否定表現の新設をめぐる立法理由書などでも登場した「精神的雰囲気有害化」を理由とする正当化を明示的に否定したことからも、具体的な法益の切迫した危殆化に限定しようとする態度を読み取ることができる⁴⁸⁾。

しかしながら、ヘアンレは、「公共の平穩が関連するのは意見表明が他人を危殆化する場合のみである」という定式化が説得的だとしても手放して賛同するのはまだ早いと、その典型的な危険を生じさせる事実関係をはたして刑法130条4項の行為が備えているといえるかが問題だとする。つまり、連邦憲法裁によれば、公共の平穩は、抽象的な主観的ないし精神的作用でなく、それを超えた現実的効果によってはじめて危殆化される。そして、ナチスの暴力的恣意的支配の是認についていえば、具体的には、①「これに対する反抗を呼び起こしたり」、②「萎縮効果を発生させたり」し、他方で、③「呼びかけられたこうした見解の信奉者のたがを外す効果」があると認められるために、限定的に解された公共の平穩をも乱すといえる。このような連邦憲法裁の評価に対して、ヘアンレは、以下の三点から批判を展開している。

第一に、本決定では、そのような表現が合法的な抵抗を呼び起こす効果があるとしており、「そこでは、口頭でのやり取りを超えた暴力的なカウンターデモといった公然と行われる抵抗が想定されている」。しかし、「抵抗」に言及することで、攻撃的で挑発的にすぎない意見と法益を危殆化するが

48) Hörnle, a.a.O., S. 312. 当時の立法理由書については、櫻庭・前掲書127頁注184参照。なお、ヘアンレは以前より、刑法130条3項および4項について、「感情およびタブーを保護する刑罰法規」であるとして、これを批判していた。Tatjana Hörnle, Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs >Feindstrafrecht<, GA 2006, S. 84.

ゆえに禁止される行為との区別が崩壊することになる。というのも、「聴衆のありうる反応が決定的であるとすれば、他人を真剣に怒らせる表現はすべて差し控えられねばならないことになる（傍点原文，以下同じ）」からである。第二に、本決定によれば、暴力的恣意的支配の是認が今日、新たに、「その価値と権利を疑問視される者に対する攻撃」であると住民の目には映るのだとされているが、「映る（erscheinen）」という言葉が図らずとも全てを物語っている。というのも、そこで「問題となっているのは象徴的な攻撃であり、ナチズムの生き残りの被害者に実際に生じた危険ではない」のである⁴⁹⁾。

第三に、（全ての市民、とりわけ極右主義の標的にされる者が）萎縮するという効果と、一部の信奉者による暴発効果についても議論の余地がある。数千人のネオナチが儀式に参加する「ルドルフ・ヘス想起集会」に鑑みると、「参加者を暴発させ、他人を萎縮させる」という本決定の評価は十分理解できる。ただし、この効果は「ルドルフ・ヘス」という“看板”から生じるものではない。極右シーンでは、たとえば「ムッソリーニ想起デー」など、多衆の集結が見込まれる他の“看板”も見受けられるところだが、こうした状況下で集会が行われるとき、同様の効果があるといえる。つまり、「萎縮」や「暴発」が予期されるのは、「大人数が登場し、その極右的信条をショー化するとき」であり、「歴史的なナチズムの暴力的恣意的支配が選択されるかどうかは、それにとって何ら重要な役割を果たさない」。その意味で、刑法130条4項の行為が、「具体的に把握可能な危険」という意味での平穩の攪乱を引き起こすかは疑わしい。むしろ、「危険だとされているのは、連邦憲法裁の前提からは規制することが許されないはずのもの、すなわち、極右の見解の信奉者だと知られている人間が一堂に会することである。これに対して、歴史的な暴力的恣意的支配の是認、賛美または正当化は、たしかに国家のアイデンティティに対する攻撃ではあろうが、それ自体では危険なものではない」。むしろ、議論すべきであったのは、危険防止のための刑罰法規の

49) Hörnle, aa.O., S. 312.

適合性のみではなく、その必要性である。というのも、「立法者は、刑法130条4項を集会法上の問題を解決するというプラグマティックな考慮から導入したが、刑罰法規がウルティマラティオ原則ゆえに集会法の『穴埋め役』になるべきではないという省察はしなかった。本決定はこの問題に立ち入っていない」⁵⁰⁾。

以上から、ヘアンレは、次のような厳しい評価を下している。すなわち、抽象的、規範的な定式化は精緻に展開されているものの、その基準に基づき刑罰法規を具体的に検討する部分は表面的なものにとどまっており、「両者のコントラストが目立ち本決定の説得力が損なわれてしまっている。裁判所が立法者に対して刑罰法規の適合性および必要性の判断に裁量を認めていることは、権力分立の理由から理解できるかもしれない。しかし、危険判断が結局のところ、他人がその内容に不快だからということでも十分だということになれば、意見表明の許された制約と禁じられたそれとの区別は砂上の楼閣となってしまう」⁵¹⁾。

(2) 公共の平穩

ア) 人間の尊厳に関する判断を避けた理由

以上の評釈によれば、本決定が例外論を採用してまで堅持しようとした、意見表明の自由に対する厳格な正当化基準も盤石とは言い難いように思われる。本決定は、公共の平穩の危殆化を厳格に解する一方、ナチスの暴力的恣意的支配の是認行為もその厳格な基準をクリアするとしてその規制を正当化した。その結果、実際には、「象徴的な意味での攻撃」ないし「過激思想の持ち主が一堂に会すること自体の危険性」といった、本来であれば規制根拠として持ち出すことが許されないはずの要素が裏口から考慮されてはいないか。このような疑念が生じるのである。

たしかに、公共の平穩概念については以前から批判の多いところであり、

50) Hörnle, aa.O., S. 312f.

51) Hörnle, aa.O., S. 313.

それを限定的に解釈しようとする連邦憲法裁の意図は十分に理解しうる。ただし、学説においては、そもそも民衆扇動罪の保護法益を公共の平穩と解するのではなく、これに替えて人間の尊厳⁵²⁾や個人的法益に還元する見解⁵³⁾も示されてきたところである。本件でも連邦政府により人間の尊厳の保護が合憲性の根拠の一つとして主張されていた。

しかしながら、人間の尊厳に関して本決定では、刑法130条4項が「人間の尊厳」を保護法益としているか否か、そして、同項と基本法1条1項にいう「人間の尊厳」が関連しているか否かについては、「決定できない」として判断を留保するという態度を明示した。では、なぜその人間の尊厳に関する判断を回避したのだろうか。

その理由としては、基本法1条1項の人間の尊厳に関して展開されている厳格な要件を呼び込むとすれば、ウンジーデルのような事案に刑法130条4項を適用することが極めて困難になるという実務的な事情も存在したであろうが⁵⁴⁾、民衆扇動罪の立法過程からも次のような事情がうかがえる。旧民衆扇動罪の条文には「被害者の尊厳を侵害する態様」ではなく、「人間の尊厳を攻撃する態様」と、一見すると基本法1条1項との関連性をより直截に窺わせる文言が用いられていた。しかし、当時の立法理由書では、同要件はもっぱら処罰限定要件として導入するものであり、要件解釈としては、基本法1条1項の解釈ではなく軍刑法31条のそれを参照できるとされていたのである⁵⁵⁾。したがって、歴史的には基本法1条1項の人間の尊厳と刑法130条のそれとは出自が異なるのであり、その点からも刑法130条4項に基本法1条1項を関連させることは困難であったといえよう。クナウアー(Knauer)も、基本法1条1項に即して体系づけられる法秩序全体を貫く人間の尊厳理解と、刑法における

52) *Franz Streng*, Das Unrecht der Volksverhetzung, in : Wilfried Küper (Hrsg), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S.501 ff.

53) *Iris Junge*, Das Schutzgut des § 130 StGB, Augsburg, 2000, S. 69 ff.

54) ただし、人間の尊厳の解釈に関して連邦憲法裁の採用する、いわゆる「客体形式」については、憲法学からその不明確性を理由に批判されているところでもあるという。
Florian Knauer, Der Schutz der Menschenwürde im strafrecht, ZStW 2014, 126 (2), S. 307.

55) BT-Drs. 3/1746, S. 3.

人間の尊厳の保護とは異なるルーツを持つとし、学説において民衆扇動罪の保護法益を人間の尊厳と解する見解は、あくまで「住民の一部に統合された多数人の人間の尊厳、つまり量的な人間の尊厳」を問題としており、「至上の価値および最高の憲法原則としての人間の尊厳」に言及するものではないと指摘している⁵⁶⁾。連邦憲法裁が公共の平穩に替えて人間の尊厳を保護法益と解する判断を示さなかったことにも相応の理由があるといえよう。

イ) 公共の平穩を危殆化する効果

上述のような事情もあり、本決定では、保護法益を公共の平穩と解さざるを得ず、その限定を図ったものと思われる。そこでは、表現に含まれる歴史的、価値的な側面には踏み込まず、専らその目の前の現実的效果に焦点が当てられ、前述のとおり、ナチスの暴力的恣意的支配の是認に関しては、①「これに対する反抗を呼び起こしたり」、②「萎縮効果を発生させたり」し、他方で、③「呼びかけられたこうした見解の信奉者のたがを外す効果」が列挙されている。

表現犯罪の危険性ないし害悪をこのように捉える理解は、ここでも米国の議論を想起させるものがある。榎によれば、「米国でヘイト・スピーチが規制・抑制の対象と考えられるのは、マイノリティ保護などの視点もあろうが、さらにそうした表現が、①暴動を引き起こし平穩を害するか、②身体的危害や死に対する恐怖を与える意図を持ってなされた脅迫と評価できるか、③身体に対する暴力と評価できる場合である」という⁵⁷⁾。

ただし、このように危険性を捉える場合、検討すべきは、その要件に基づく具体的な危険性の認定を如何に行うべきかである。仮に、規制対象と害悪との間の「直接的な因果関係」の証明まで求められるとすれば⁵⁸⁾、規制の対

56) Florian Knauer, a.a.O., S. 305 ff. なお、ドイツ刑法を参照しつつ、あくまで日本におけるヘイトスピーチ規制の保護法益として人間の尊厳を再構成しようとするものとして、金尚均「人種差別表現と個人的関連」龍谷法学49巻4号(2017)113頁以下、楠本孝「集団侮辱罪と民衆扇動罪」龍谷大学矯正・保護総合センター研究年報2号(2012)38頁以下など参照。

57) 榎透「米国におけるヘイト・スピーチ規制の背景」専修大学法学論集96号(2006)102頁。

象となる行為はきわめて限られたものになるだろう。その場合、一方では、そのような厳格な解釈・認定を堅持するならば、直接的な暴発効果が見られないような、「穏当な」ヘイトスピーチについては全て甘受すべきことになる。これには、ヘイトスピーチの「歴史性」や「非対称性」に着目すべきとする見解からは異論のあるところであろう。

他方で、それにもかかわらず、本決定は、ナチスの暴力的恣意的支配の是認行為があれば原則的に公共の平穩の乱れの発生（具体的には上記①②③の効果）が推定されると判示した。理念ではなく現実に起こった犯罪の是認であり、他の刑法典と同様の論理を用いていることが根拠とされているが、ヘアンレの批判するように、その論証が成功しているとは言い難い。実際には攻撃が象徴的な意味において解されているか、多衆が集結することそれ自体の危険性が考慮されているのではないかとの疑念が拭えない。そうであるとすれば、危険であると判断される行為対象は必ずしも限定されたものとは言えないように思われる。しかも上記①②③の効果は、ヘイトスピーチに限られず、表現犯罪一般に妥当する基準として示されているため、危険判断の実際がこのようなものであり、さらにそこに「カウンターの抵抗」まで加味してよいとすれば⁵⁸⁾、かかる効果が発生するおそれのある過激な形態をとる表現は、例えば政府の政策を批判する集会もふくめて、「十把一絡げ」に規制対象とする論理を正当化しうることになりはしないかとの懸念さえ生じうる。

結局のところ、本決定の公共の平穩に関する判示は、一方で、厳格に運用すれば表現規制の余地が著しく狭まることになり、他方で、ある表現を規制の網から逃したくないとすれば、（本決定のように）実質的に「象徴的な攻

58) 米国連邦最高裁判所におけるスカリア裁判官の判断方法はこのようなものとされる。金原充明「過小包摂な規制と厳格審査の基準の下での目的審査のあり方について」関西大学法学論集65巻3号224頁。なお、同論文の主題とする過小包摂な規制に関する米国の議論は、暴力的恣意的支配体制のうちでも、ナチスのそれに限定して規制するドイツ刑法130条4項の検討についても参考となる。

59) これについては、憲法学における、いわゆる「敵対的聴衆の法理」からの検討も必要であるように思われる。加えて、ドイツのカウンター行動にはかなり過激な形態のものも存在することに留意が必要であり、この枠組みを単純に日本の文脈に当てはめることには慎重であるべきだろう。

撃」や「多衆が集合すること自体の危険性」を根拠とする規制をデコレートする説明枠組みとして用いることもできてしまう。それゆえ、これにヘイトスピーチの適正な処罰範囲を確保する機能を期待してよいかは、なお慎重な検討を要する。

いずれにせよ、本決定で示された公共の平穏の理解が、今後、同じく公共の平穏を保護法益とする他の表現犯罪にどのように影響を与えるのかについては、それをフォローする論考も散見されるところであり⁶⁰⁾、今後の趨勢に注目する必要があるだろう。

IV. おわりに

ヴンジーデル決定において連邦憲法裁判が正当にも指摘したように、公共の平穏概念を曖昧なままにし、その考慮要素が住民の不安感や不快感といったものにまで開かれているような状態では、たしかにそれをヘイトスピーチ規制の保護法益とすることはできない。ただし、本稿の検討から窺えるように、公共の平穏の乱れを直接的、具体的、価値中立的な危険性に還元すれば万事、問題が解決するわけではないことにも注意する必要がある。いみじくも連邦憲法裁判自身が示したように、実際の表現行為についての評価次第では、必ずしもそのような危険性を含まない行為にも平穏の乱れが推定される虞は皆無ではない。日本のヘイトスピーチ規制論の文脈でもしばしば実務による法適用の恣意性への懸念が提起されてきたが、本決定で示された限定解釈のみをもってこれに十分対応しうるかは、なお疑問が残る。

最後に、本稿では検討できなかった論点について付言しておきたい。本決

60) 菅沼・前掲(1)1256頁では、ヴンジーデル決定の公共の平穏に関する判断が、刑法166条の「信条冒瀆罪をめぐる専門裁判所の判決においても受容されるに至って」おり、そのため、「信条冒瀆罪が適用される事案はますます少なくなり、法実務的な意義をいっそう失うことになることも想像にかたくない」とされる。また、毛利・前掲229頁以下では、「連邦憲法裁判所は、一般的なヘイトスピーチ規制を定めた130条2項解釈においても、基本的に2009年判決の立場を継承する姿勢を示している」とされる。なお、ヴンジーデル決定以降の極右集会との影響関係については、vgl. *Klaus-Martin Groth*, Neonazis und öffentliche Ordnung – Gibt se Grenzen der “rechten” Versammlungsfreiheit?, KJ 2013, S. 88 ff.

定のうち、ナチスの過去とその再発防止としての基本法の意義を強調することで展開された例外論の箇所については、その方法論上の矛盾も相俟って、基本的に評価されていないようである。しかしながら、問題となる表現の持つ歴史的な文脈をより精緻な方法で（本決定に対してなされる批判を回避しようようなかたちで）、むしろ積極的に解釈論へと反映させる方向こそ、目指されるべきであったようにも思われる。そもそも、ある表現の有する意味や、それに基因する侵害性は、それを取り巻く社会的な文脈や歴史的な背景を考慮せずには十分に画定させることができない⁶¹⁾。例えば、米国ではヘイトスピーチの典型とされる十字架焼却が近所で行われていたとしても、多くの日本人はそこから恐怖や戦慄を覚えることはないだろう⁶²⁾。もちろん、そのことは、結局のところ表現の受け取り方は個々人次第である、といった相対主義を意味しない。公知の事実となっている歴史的な文脈を参照することで、可罰的な表現の輪郭を法的に明確化することは決して不可能ではない。この点、旧民衆扇動罪では、保護法益とされる「公共の平穩」の解釈ではなく、あくまで限定要件として導入された「人間の尊厳への攻撃」メルクマールの解釈に際して、基本法1条1項ではなく、過去のナチス期に行われた表現行為との類縁性を考慮要素とすることにより、抽象論にとどまらない具体的かつ限定的な可罰性の線引きに成功していた。これは、価値中立的な危険概念のみに着目する（本決定による公共の平穩理解のような）視点からは導出しえないアプローチであろう。歴史的事実を共通の土台として議論・解釈を構築する重要性は、フェイクニュースなどが社会問題化している現代こそ、色あせない輝きを放っているようにも思われる。これを日本での議論においてどのように展開すべきかについては、別稿に委ねたい。

※本稿はJSPS科研費15K16943による助成の成果の一部である。

61) ヘイトスピーチの画定における「歴史性」の意義については、櫻庭総「刑法における表現の自由の限界」金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』（法律文化社、2014）107頁以下参照。

62) 梶原健佑「ヘイトスピーチと『表現』の境界」九大法学9号（2007）94頁参照。