

ヘイトスピーチと集団侮辱

- 集団呼称による個人に対する名誉毀損罪成立の可能性 -

櫻庭 総

I. はじめに

近年、いわゆるヘイトスピーチが社会問題化した¹⁾が、一部の例外を除き¹⁾、その行為が名誉毀損罪または侮辱罪を理由に訴追されることはない。その主な理由としては、判例・通説が名誉毀損罪および侮辱罪の客体を特定の個人および団体とし、朝鮮人、中国人といった規模の大きい集団は不特定集団でありこれに含まないと解することから、それらの集団に対して向けられる多くのヘイトスピーチ²⁾は同罪に該当しないと解されることがあげられよう。

たしかに、不特定集団に向けられた表現まで名誉毀損罪および侮辱罪の対象となるのであれば、その処罰範囲が過度に広範となるおそれは否定できない。ただし、もしこのことが「特定の個人および団体の名称さえ挙げなければ一切不可罰である」という意味で解されているとすれば、その見解はヘイトスピーチを向けられている人々の被害観に沿うものではなく³⁾、また、後述するように、解釈論としても誤解を含んでいる。

このような実務と被害観との乖離を解消するべく、近年、ヘイトスピーチ

-
- 1) いわゆる京都朝鮮学校事件に関する京都地裁平成23年4月21日判決 (LEX/DB25471643)。
 - 2) ヘイトスピーチの定義には困難がつきまとうが、さしあたりここでは、近年成立したヘイトスピーチ解消法2条にいう不当な差別的言動を想定しておく。
 - 3) たとえば、安田浩一は、ヘイトスピーチ街宣を取材した際に、デモ行進が終わった後、そばにいた李信恵に「まあ、よかったね、名指しで攻撃されること、なかったもんね」と声をかけたところ、「私、ずっと攻撃されてたやん。死ねって言われた。殺してやるって言われた。朝鮮人は追い出せって言われてた。あれ、全部、私のことやんか。」と反論されたという体験を紹介している。安田浩一「新保守運動とヘイトスピーチ」金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』(法律文化社, 2014年) 23-24頁。なお、差別と侮辱罪との関係については、小名木明宏「侮辱罪の被害者視点へのシフトについて」GEMC journal 第3号 (2010年) 6-14頁も参照。

を新たに刑事立法で規制すべきであるとの見解も提起されているところである⁴⁾。しかしながら、刑事立法による解決については、なお検討すべき課題も多いように思われる⁵⁾。

したがって、本稿では、立法論ではなく、現行法の解釈として、ドイツ刑法において認められている集団侮辱という解釈手法、すなわち、集団呼称（総称表現）を用いてはいるが個人に対する侮辱罪とみなすことができる解釈手法が日本においても成立する理論的余地があるか否かを明らかにし、もしそのような解釈が理論的に認められるとすれば、どのような行為態様が想定できるかを明らかにすることを目的とする。

以下では、日本においても集団侮辱の解釈が認められる理論的余地が十分にあることを明らかにし（Ⅱ.）、ドイツ刑法における侮辱罪の基本的理解を踏まえたうえでドイツにおける集団侮辱の諸形態を検討する（Ⅲ.）。そこから得られた知見に基づいて日本法での展開可能性を考察し（Ⅳ.）、最後に二つの類型（推知類型および、いくつかの下位類型を含んだ集団侮辱類型）を試論として提示する（Ⅴ.）。

Ⅱ. 日本の学説

1. 保護法益

名誉毀損罪および侮辱罪における名誉の主体を検討するにあたり、まず同罪の保護法益を確認する必要がある。

現在の名誉毀損罪に関する解釈の先鞭をつけたのは小野清一郎『刑法に於ける名誉の保護』（有斐閣、1934年〔増補版、1960年〕）であるとされる⁶⁾。

4) 刑事法研究者によるものとしては、金尚均『差別表現の法的規制』（法律文化社、2017年）、楠本孝「集団侮辱罪と民衆煽動罪」龍谷大学矯正保護総合センター紀要2号（2012年）38-52頁、前田朗『ヘイトスピーチ法研究原論』（三一書房、2018年）など。

5) 櫻庭総「現在の刑事司法とヘイトスピーチ」法学セミナー736号（2016年）24-29頁、同「刑法における表現の自由の限界」「名誉に対する罪によるヘイトスピーチ規制の可能性」金尚均編『ヘイトスピーチの法的研究』（法律文化社、2014年）107-149頁参照。

6) 設楽裕文「刑法における名誉」日本法学83巻4号（2018年）2頁など参照。

小野は、名誉概念を社会的名誉（名声・世評）、国家的名誉（栄典）および主観的名誉（名誉意識・名誉感情）の三種に分類したうえで、名誉毀損罪の保護法益を社会的名誉、侮辱罪の保護法益を主観的名誉であると⁷⁾。

これを名誉の主体との関係で検討すれば、保護法益を社会的名誉（社会的評価）と解する場合、社会的評価の対象となるものであれば名誉の主体とみなしうるため、法人などの団体も広く名誉の主体と解することができ、実際にも、小野はそのような解釈を採る⁸⁾。これに対して、保護法益を名誉感情と解する場合、法人などの団体は感情を持ち得ないので、名誉の主体となり得ない、すなわち、団体に対する侮辱は成立しないと解するのが今日の通説的理解である。しかし、小野は、その独特の共同体論から、「家族、宗教団体の如き共同社会的精神の支配するものに対しては侮辱罪が成立し得」と主張する⁹⁾。なお、この時期の刑法学説には、ナチス期の学説または判例を引き合いに出し、団体に対する侮辱を認める見解もみられることが注目される¹⁰⁾。

戦後は、このような論拠から団体に対する侮辱罪の成立を認める見解は支持を得られず、小野と同様に名誉毀損罪および侮辱罪の保護法益につきそれ

7) 小野清一郎『刑法に於ける名誉の保護〔増補版〕』（有斐閣、1960年）251-252頁。

8) 「法人も亦明らかに社会的名誉を有するものであり、且つ其の法益を保護する必要があることも亦疑ひがない」、同273頁。

9) 同311頁。なお、設楽・前掲注6) 12頁は、小野の見解のうち、共同社会的精神の支配する団体（宗教、宗教団体）に対する侮辱罪は成立しうるとする主張について、この「結論にはやや理解しにくいものがある」とされる。

10) たとえば、牧野英一は、「〔ドイツのスタール・ヘルム事件における、「法律上認められ且つ国家的承認の下に公の使命を遂行すべきことになっている……多数者の一団」に政治組織体に準じて名誉保護を認めたライヒ裁判所判決を引き合いに出した後に、〕しかし、わたくしは、公の任務を負っているのではないものの場合においても、一定の団体が団体として社会における行動を為すものである場合においては、その名誉は普通の自然人におけるものとおなじように保護せられてしかるべきであるとおもう」とされる（牧野英一『刑法各論下巻』（有斐閣、1951年）496-497頁）。また、木村亀二は、「団体が名誉の主体たり得るや否やに関しては従来甚だ議論のあるところであって、従来の個人主義思想の下においては個人のみが名誉の主体たり得ると考へられた。然し、名誉の主体を個人に限る理由はない。……特定の個人及び法人に準じて考へられる者は名誉の主体と解してよい筈である。家族団体は法人に準じて考へられるべき代表的な団体の一つである」とされる（木村亀二『刑法の基本概念』（有斐閣、1948年）185頁）。

ぞれ社会的評価および名誉感情とする保護法益二分説を採る団藤重光も、団体に対する侮辱を否定する¹¹⁾。これに対して、判例は、大審院時代から侮辱罪の保護法益も社会的評価であると解し、法人に対する侮辱の成立を認めてきたが、最高裁判例もこれを支持し、法人に対する侮辱罪の成立を肯定した一方（最一決昭58・11・1刑集37巻9号1341頁）、その裁判体に加わっていた団藤は多数意見を形成しえなかった。

このような展開について、「侮辱罪に関する小野説は、少数説にとどまった」が、「しかし、名誉毀損罪に関する小野説は、当時、すでに存在していた同趣旨の判例・学説をより強固にし、その後、広く受け入れられていった。……大多数の判例、学説は、小野説を、現在に至るまで支持しているのである」とも評される¹²⁾。

2. 名誉の主体

(1) 個人および団体までを含む説

したがって、現在は、名誉毀損罪、侮辱罪ともにその保護法益を社会的名誉（現実の社会的評価）と解し、団体に対する名誉毀損罪および侮辱罪の成立を肯定するのが判例・通説の立場といえる¹³⁾。

その一方で、判例は、「凡そ名誉毀損罪又は侮辱罪は、或特定せる人又は人格を有する団体に対し其の名誉を毀損し又は之を侮辱するに依りて成立するものにして、即ち其の被害者は特定したるものなることを要し、単に東京市民又は九州人と云うが如き漠然たる表示によりて本罪を成立せしむるものに非ず」（大判大15・3・24刑集5巻117頁）として、いわゆる不特定集団に向けられた表現は名誉毀損罪または侮辱罪を構成しないとす。もっとも、ここでは法人には名誉毀損、侮辱が認められる一方、被害者が特定できない漠

11) 団藤重光『刑法要綱各論〔改訂版（増補）〕』（創文社、1985年）513頁。

12) 島田聡一郎「盗撮画像公表行為と名誉毀損罪の保護法益」山口厚編『クローズアップ刑法各論』（成文堂、2007年）127頁。

13) もっとも、判例が法人以外の団体にまで名誉の主体を認めているかについては争いがありうる。

然たる表示では不成立だと判示されているものの、なぜ漠然たる表示では不成立なのかについては詳しい説明はなされていない。

これに関して、通説は、名誉毀損罪および侮辱罪の保護法益を社会的評価と解するため、一定の社会的評価の対象となりうるとの理由から法人などの団体に対する同罪の成立を認める一方¹⁴⁾、不特定集団は「単一の評価が成立しうるという意味において特定されたもの」とはいえないために、名誉の主体とはなりえないと説明されることになる¹⁵⁾。

なお、通説に対しては、「社会的評価自体は名馬や名犬も享受しているのであって、名誉の主体となることの決め手とはならない」として、「人間と同様に一つの意味主体として社会的活動を行っており、それが人間の人格に対するのと同様の社会的倫理的評価を受けている」団体にのみ保護を認めるべきだと佐伯仁志の見解も示されている¹⁶⁾。

また、平川宗信は、名誉毀損罪の保護法益を社会的名誉、侮辱罪のそれを普遍的名誉（人間の尊厳な状態）とする保護法益論を展開し、そこから団体に対する名誉毀損罪は認めるが、人間の尊厳が認められない団体に対する侮辱罪は否定される¹⁷⁾。

14) たとえば、山口厚は、「法人などの団体も、一定の社会的評価の対象となるものであり、自然人と同様、社会的な活動を行っているのであるから、そのような評価は社会生活上保護に値するものと解され、名誉毀損罪による保護の対象とすることが妥当」とされ（山口厚『刑法各論〔第二版〕』（有斐閣、2010年）136頁）、西田典之は、「法人も一定の社会的評価を有し、その評価は法人の社会経済的な活動において重要な役割を果たしており、業務妨害罪や信用毀損罪のみではその保護に欠けるから、通説が妥当である」とされる（西田典之『刑法各論〔第五版〕』（弘文堂、2010年）109頁）。

15) 山口・同136頁。

16) 佐伯仁志「名誉とプライバシーに対する罪〔上〕」法セミ456号（1992）93頁。今井猛嘉・小林憲太郎・島田聡一郎・橋爪隆『刑法各論〔第二版〕』（有斐閣、2013年）100頁（橋爪執筆）も同旨。また、丸山雅夫「個人的法益としての『名誉』概念」大沼邦弘ほか編『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2002年）315頁以下も参照。

17) 平川宗信『刑法各論』（有斐閣、1995年）236頁。もっとも、平川は、「集団に対する差別的名誉毀損・侮辱は、これを集団構成員の人間の尊厳に還元してとらえることが可能である」ため、集団侮辱罪の犯罪化は必ずしも不当ではないとする（同271頁）。なお、名誉毀損罪および侮辱罪の保護法益を、規範説に立脚して「人格の尊厳」そのものと解すべきとする見解として、丸山雅夫「名誉毀損罪としての侮辱罪」南山法學41巻2号（2018年）53-76頁。

このように、団体に対する名誉毀損罪および侮辱罪の成立を認める論者は、その基準を「一つの意思主体としての活動」や「社会的倫理的評価の対象」であることに求める見解もあるが¹⁸⁾、「一定の社会的評価の対象」となりうることに求めるのが通説といえる。

(2) 団体を保護の対象と認めない説

通説に対しては、そもそも団体に対する名誉毀損罪の成立を疑問視する見解が唱えられてきた。その代表的論者である平野龍一は、その成立を否定すべき根拠については必ずしも積極的に示されていないように思われるが¹⁹⁾、いずれにせよ、本稿の問題関心から注目すべきは、団体に対する名誉毀損を否定するかわりに、「団体の構成員個人に対する名誉毀損を認めるだけで足りるのではなかろうか」とされている点である。その一方、団体に対する名誉毀損と一般的呼称による名誉毀損とは区別されなければならないとして、「東京都民」や「九州人」という呼称を用いた場合は、「その評価は、例外を予想しているため、特定の個人には及ばなくなるので、名誉毀損は成立しない」とされる²⁰⁾。すなわち、九州人といった一般的呼称による表現は、それに該当する個人すべてがその表現の対象となることはないため（たとえば、「九州人は酒癖が悪い」と言ったところで、酒癖の悪くない九州人（表現の例外）が必ず想定される）、これを個人に対する表現と解することはできな

18) なお、中森喜彦は、自身の教科書では「単一の評価が成立しうる」ことを基準をとするが（中森喜彦『刑法各論〔第三版〕』（有斐閣、2011年）76-77頁）、大コメの担当執筆箇所では、「統一的な意思の下に行動していると認められる」ことを基準としている。「名誉毀損の対象たりうるためには、社会において統一的な意思の下に行動していると認められる団体でなければならない。家族などは、この性質を欠くというべきであろう」（『大コメンタール刑法〔第二版〕12巻』（青林書院、2003年）16頁（中森執筆））。

19) おそらく、名誉毀損罪および侮辱罪の保護法益論につき、「社会的名誉と主観的名誉とを全く切り離してしまうのは、不自然なことではなかろうか」（平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）191頁）とされている点に関わるのであろうと推察される。もっとも、同様に、両者が切り離せないとして、名誉毀損罪、侮辱罪ともに両者を侵害する罪とする前田雅英は、団体に対する名誉毀損および侮辱を認める（前田雅英『刑法各論講義〔第4版〕』（東京大学出版会、2007年）150頁）。

20) 同192-193頁。

いとしている。

近時は、名誉毀損罪および侮辱罪の保護法益を社会的評価としつつも、名誉の保護が憲法13条の個人の尊重に由来するのであるから、保護の対象は自然人に限られるとする見解も示されている²¹⁾。

これらの論者も、団体に対する名誉毀損を否定するかわりに、団体の構成員に対するものと解される場合は罪の成立を認める余地を残している。たとえば、松宮孝明は、「もっとも、法人やその他の団体を名宛人とする名誉毀損や侮辱が、これらの団体の構成員を毀損するものとみられる場合には、名誉毀損罪や侮辱罪の成立を認める余地はある（『集合名称』としての団体）」とされ²²⁾、松原芳博は、「もちろん、直接には団体に向けられていても、同時にその構成員の人格的価値に対する評価を低下させる行為については、各構成員に対する名誉毀損罪や侮辱罪が成立する」とされる²³⁾。

以上から明らかなように、日本においても、ドイツの集団侮辱に相当する解釈が主張されてこなかったわけではなく、それは主として団体を名誉の主体と認めない見解から、それに伴い予想される処罰の間隙を埋めるものとして主張されてきたことがわかる。

21) たとえば、松宮孝明は、「『名誉』という法益は、元来、自然人の人格の尊厳に由来するものであって、社会的評価であることから直ちに法人にも『名誉』があるという結論が導かれるわけではない。むしろ、『名誉』の憲法上の地位を憲法13条の『個人としての尊重』に求めるのであれば……、そこにいう『個人』はいうまでもなく自然人に限られるのであって、ゆえに『名誉』もまた自然人に固有の法益である」とされ（松宮孝明『刑法各論講義【第5版】』（成文堂、2018）155頁）、松原芳博は、「たしかに、団体に対しても社会的評価は存在する。しかし、名誉とは、単なる社会的評価ではなく、人の『人格的価値』に関する社会的評価である。しかも、名誉の保護は個人の尊重（憲法13条）に由来し、個人が人間らしく遇されることを保障しようとするものであるから、ここでの『人格』は自然人のそれをさすものというべきである。したがって、団体は名誉毀損罪の対象にも侮辱罪の対象にもならないと解すべきである。もし団体を刑法上の名誉の主体に含めるなら、国家に対する名誉毀損罪や侮辱罪が肯定されることになるが、その帰結には重大な疑義がある。……団体に対しては、虚偽の風説の流布または偽計による信用毀損または業務妨害罪（233条）での保護で十分とすべきである」とされる（松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）131頁）。

22) 松宮・同155頁。

23) 松原・前掲注21) 131頁。

(3) 特定の個人、団体が名指されていないが名誉毀損罪が成立する可能性では、特定の個人または団体が名指されていない表現ではあるが、名誉毀損罪または侮辱罪が成立する事案としては、どのようなものが想定されるであろうか。

まず、集団侮辱の問題として論じる以前に、表現の内容および文脈から特定人に向けられたことが推知される場合が考えられる。このことは、団体に対する名誉毀損罪の成立を認める通説の立場からも認められるところであり²⁴⁾、判例も、「本件記事は論旨のいうとおり被害者の氏名こそ明示していないが、第一審判決挙示の証拠を総合するとそれがAに関して為されたものであることが容易にわかる場合であることが認められる」ため、「該記事は被害者の特定に欠くところはないというべきである」と判示している(最三判昭28・12・15刑集7巻12号2436頁)²⁵⁾。

したがって、このことをもってすでに、「特定の個人および団体の名称さえ挙げなければ一切不可罰である」との理解は誤りであるといえる。もっとも、判例および裁判例では、明らかに特定人を念頭においていることが窺える状況が揃っている場合に本罪が認められていることに鑑みると、ヘイトスピーチの文脈では推知類型が問題となる場面は少ないようにも思われる。

ヘイトスピーチの文脈でより問題となりうるのは、総称表現(集団呼称)を用いてはいるが、個人に対する表現といえる場合、いわゆる集団侮辱の形態である。これに関して、日本においては前述した学説状況からうかがえる

24) 不特定の集団については名誉毀損罪は成立しないが、「他の事情とあいまって特定人を推知しうる場合はこのかぎりではない」(西田・前掲注14)109頁)。名誉毀損罪における「人」は特定した者であることを要するが、「しかし、特定人を推知させれば足り、明示の必要はない」(団藤・前掲注11)499頁)。「『東京人』とか、『東大生』といったような単一の評価を享受しえないような集団に対して、低い評価を示したとしても、本罪は成立しない(ある村で、東大生といえば、東大生Xを指す、といったように、表現の文脈から特定人が想定される場合は、別である)」伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』(弘文堂、2007年)〔島田聡一郎執筆〕118頁。

25) また、演説会場において特に何人を指して批判攻撃しているかの明言をしなくても、演説の全趣旨および当時の一般の風評等により聴衆をして演説者のいう何らかの非行ある者とは、何人に該当するかを推知せしめるに足る内容の公言をしたときは、名誉毀損罪が成立するとした裁判例として、東京高判昭32・5・21高刑集10巻3号321頁。

ように、団体に対する名誉毀損罪および侮辱罪の成立を否定する見解から、いわばその処罰の間隙を埋める代替案として集団侮辱の形態が言及されるにすぎなかったといえる。つまり、集団侮辱の成立について学説が自明の前提としていたのは、特定の団体の構成員のみであったように思われる。それゆえに、団体に対する名誉毀損および侮辱の成立を認める通説の立場からすれば、そのような類型を検討する利点がなく、そもそも言及されることがなかったのであろうと推察される。そうであるとすれば、いずれの学説においても、団体以外の集団に属する構成員については集団侮辱の観点から検討の対象とされることがなかったといえる。

ただし、このことをもって、団体に対する名誉毀損および侮辱の処罰範囲と、集団侮辱のそれとが同一であるとまではいえないであろう。団体に対する名誉毀損および侮辱を認めない論者は、集団侮辱の処罰範囲をそれよりも限定されたものと想定していることも十分に考えられうるし、あるいは、団体以外の集団に属する構成員に関しても場合によっては集団侮辱が認められると想定している可能性も否定できない²⁶⁾。これに関して、そもそも、日本の名誉毀損罪の解釈に先鞭をつけたとされる小野が、団体に対する名誉毀損・侮辱を認めながら、これとは区別されるものとして集団呼称による個人侮辱が成立する余地を認めていたのは示唆的である²⁷⁾。

26) これをドイツにおける集団侮辱の論点であることを明示したうえで、日本におけるその理論的な成立可能性を認めるものとして、川口浩一「法人に対する侮辱罪」『刑法判例百選Ⅱ各論〔第7版〕』（有斐閣、2014年）47頁。

27) 「団体の名誉を毀損する場合と、理論上区別すべきは集合的名詞(Kollektivbezeichnungen)を用ひて、或る範囲に属する人々の名誉を毀損する場合である。この場合に於いては、畢竟其の集合的名詞に拠って指示される範囲に属する個々の者が其の被害者である。固より實際上、此は団体、特に法人格を有せざる団体に対する名誉毀損と区別し難き場合があり得る。また或る集合的名詞によって其の団体又は階級に属する総ての人を誹謗するものであるか、単に其の一部の者を誹謗するものであるか不明なる場合もあり得る。しかし、其は具体的事情を探求して之を決定すべき事実問題であって、少なくとも理論上団体そのものに対する名誉毀損と或る団体又は或る階級に属する各個人の名誉毀損とは之を区別すべきものであると信ずる」、小野・前掲書注7) 275頁。なお、法人その他の人の団体も名誉を有しうるといふ通説・判例の立場が妥当だと思われるとしつつ、名誉毀損の対象たりうるためには、社会において統一的な意思の下に行動していると認められる団体でなければならないが、「ただし、全員に共通する性質が認められるのであれば、集合的名称での複数人に対する名誉毀損は可能である」と主張するものとして、大コンメンタール刑法・前掲書注18) 16頁〔中森執筆〕。

したがって、日本においても、集団侮辱類型の成立する理論的余地は十分に認められていたが、その処罰範囲は必ずしも団体に対する名誉毀損または侮辱と同一のものと解するほどには議論がなく、その具体的な行為態様については開かれたままとなっているといえる。

3. まとめ

本章から明らかになったことは、次のようにまとめられる。

- ・日本の名誉毀損罪および侮辱罪に関する解釈は、とりわけその保護法益を社会的評価と解するなど、ドイツとは異なる独自の展開がみられる。
- ・その日本においても、学説上、現行法の解釈として集団呼称による個人侮辱（集団侮辱）が成立する理論的余地があることは広く認められてきたといってよい。
- ・ただし、そこで念頭に置かれていたのが特定の団体の構成員のみであったため、団体に対する名誉毀損・侮辱を認める通説からすれば、そもそも集団侮辱を論じる意味が乏しく、通説に反対する有力説から、団体に対する侮辱の代替案として解釈が提示されるにとどまっていた。
- ・したがって、団体以外の集団に属する構成員を念頭においた集団侮辱については、理論的にこれを排除する理由はないが、その要件解釈は必ずしも進展しておらず、これに関してはドイツの解釈論の蓄積を参考にするほかない。

Ⅲ. ドイツ刑法における集団侮辱

1. 侮辱罪の基本

(1) ドイツ刑法典第14章「侮辱」

ドイツ刑法典は、第14章「侮辱」において、185条で侮辱を、186条で悪評の流布を、187条で中傷を、188条で政界にいる者に対する悪評の流布及び中傷を、そして189条で死者の追想に対する冒瀆をそれぞれ処罰している²⁸⁾。

ドイツでは、これらをまとめて「185条以下の侮辱」と呼ぶ。したがって、ドイツで「集団侮辱」といわれる際、行為態様としては185条の侮辱のみならず、186条以下の悪評の流布等も含んだ広い概念を意味している。

それゆえ、本稿でも、日本法の文脈では、「集団侮辱」の行為態様として侮辱のみならず名誉毀損をも含んだものとして用いる。

(2) 保護法益

侮辱罪の保護法益である名誉の概念をめぐるには、種々の説が主張されている。事実的名誉概念（主観的な名誉感情およびその者の実際の評判）、規範的-事実的名誉概念（人間の内心の価値と他人の目に映る名声を含む複合的法益）、間人格的名誉概念（人間の尊厳から要請され、人格としての独立性を基礎づける他者との承認関係）、さらには、機能的名誉概念（同じ市民的なコミュニケーションのパートナーとして承認されるために必要な、規範的予期を適切なものにする人間の能力）、社会的名誉概念（185条以下は社会統制に資する真実情報を保証するとの前提に立ち、名誉とは人格にプラス方向で功績あるものが適切に帰属していること、侮辱は人格にマイナス方向で

28) **第185条（侮辱）** 侮辱は、1年以下の自由刑又は罰金に処し、侮辱が暴力行為を手段として行われたときは、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

第186条（悪評の流布） 他の者に関して、この者を侮蔑し又は世論において貶めるに適した事実を主張し又は流布した者は、この事実が証明可能な程度に真実ではないときは、1年以下の自由刑又は罰金に処し、行為が公然と又は文書（第11条3項）の流布により行われたときは、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

第187条（中傷） 確定的な認識にもかかわらず、他の者に関して、この者を侮蔑し若しくは世論において貶めるに適した、又は、この者の信用を危殆化するに適した不実の事実を主張し又は流布した者は、2年以下の自由刑又は罰金に処し、行為が公然と又は文書（第11条3項）の流布により行われたときは、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

第188条（政界にいる者に対する悪評の流布及び中傷） ①悪評の流布（第186条）が、政界にいる者に対して、公然と、集会で又は文書（第11条3項）の流布により、公的生活における被侮辱者の地位に関連する動機から行われ、行為がその者の公的な働きを著しく困難にしうるようなものであるときは、刑は3月以上5年以下の自由刑とする。

②同じ要件の下で、中傷（187条）は、6月以上5年以下の自由刑に処する。

第190条（死者の追想に対する冒瀆） 死者の追想を冒瀆した者は、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

帰属を歪曲することと解する) といった説も主張されるに至っている²⁹⁾。

本稿で検討する集団侮辱との関係では、これらの説の評価には立ち入らず³⁰⁾、判例・通説が「規範的名誉概念」をとっており、それが「人間の尊厳に基礎をもち、人間に適切に帰属している名望価値 (Geltungswert) およびその価値から生じる、不当に貶められないという尊重請求権 (Achtungsanspruch)」だと解されていることを確認できればよい³¹⁾。ここからうかがえるように、ドイツの判例は、個人ないし社会に帰属する名望価値に由来する「尊重請求権」という、日本の名誉毀損罪および侮辱罪には馴染みのない概念を採用している³²⁾。

(3) ホロコースト否定表現に係る告訴規定の新設

1985年6月13日の第21次刑法改正法により、告訴に関する第194条の規定に1項および2項が新設されている³³⁾。その背景には以下のような事情が存在し

29) Vgl. *Rainer Zaczyk* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* [Hrsg.], *Nomos Kommentar StGB*, 5. Auflage, 2017. § § 185 ff. Rn. 1-7.

30) これらの学説については、松生光正「法益としての『名誉』について」*姫路法学*36巻(2002年) 65-126頁など参照。

31) Vgl. *Lenckner/Eisele* in *Schönke/Schröder StGB* 29. Aufl. 2014. § § 185 ff. Rn. 1.

32) なお、判例が規範的-事実的名誉概念に立脚するとの見解もあるが、判例が尊重請求権を認めている点では異論がない。

33) **第194条 (告訴)** ①侮辱は、告訴に基づいてのみ訴追される。行為が、文書(第11条3項)を流布し若しくは公然と目に触れうる状態におくことにより、又は、集会若しくは放送により行われたとき、被害者が国家社会主義又はその他の暴力的及び恣意的支配の下である集団の構成員として迫害され、この集団が住民の一部であり、かつ、侮辱がその迫害と関連する場合には、告訴を必要としない。ただし、被害者が異議を申し立てたときは、行為を職権で訴追することはできない。この異議申立ては撤回することができない。被害者が死亡していたときは、告訴権及び異議申立権は第77条2項に掲げる親族に継承される。

②死者の追想が冒瀆されたときは、第77条2項に掲げる親族が告訴権を有する。行為が、文書(第11条3項)を流布し若しくは公然と目に触れうる状態におくことにより行われ、又は、集会で若しくは放送により行われたとき、その死者が国家社会主義又はその他の暴力的及び恣意的支配の犠牲者として生命を失い、かつ、冒瀆がこれと関連している場合には、告訴を必要としない。ただし、告訴権者が訴追に異議を申し立てたときは、行為を職権で訴追することはできない。この異議申立ては撤回することができない。

③公務担当者、公務についての特別義務者又は連邦国防軍の軍人に対して、その職務の執行中に又はその職務に関連して侮辱がなされたときは、侮辱は、職務上の上

ていた。

当時の旧130条（民衆扇動罪）では「単純なアウシュヴィッツの嘘」が不処罰であることを受け、新たな立法が模索されていた。しかし、ホロコースト否定表現を独自に処罰する立法案に対しては批判が強く、法案が議会を通過する見込みは低かった。そこで、侮辱罪の告訴要件を緩和し、ホロコースト否定表現については職権起訴を可能にする妥協案が模索されることになったのである（もっとも、1994年にホロコースト否定罪は130条3項に新設されることになる³⁴⁾。

ただし、本改正には学説からの批判が強い。新設された告訴規定によると、ホロコーストを単に否定する行為がすでに現行法下で侮辱罪を構成するとの前提に基づいているように読めるが、「このような前提はまったく根拠を欠くものであり、そのような前提をこの新設規定から読み込むこともできないため——ある住民集団の迫害の運命を否定することがその構成員全員に対する集団侮辱になるということは、どのような立場からも導出できない——、その限りで立法者の思惑は外れていた」とされる³⁵⁾。

2. 侮辱適格

日本の通説では、名誉の主体となりうるのは個人および団体であるが、これはドイツでは侮辱適格（Beleidigungsfähigkeit）の問題として論じられる。

自然人が侮辱適格を有するのは当然であり、そこには幼年者、精神患者

官の告訴に基づいても訴追される。行為が、官庁又は公の行政を任務とするその他の組織に対して行われたときは、その行為は、官庁の長又は監督官庁の長の告訴に基づいて訴追される。同様のことは、公務担当者並びに教会及び公法上のその他の宗教団体にも妥当する。

④行為が連邦若しくは州の立法機関又はこの法律の場所的適用領域におけるその他の政治団体に対して向けられたとき、その行為は、当該団体の授権があった場合のみ訴追される。

34) この間の経緯については、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年）111-113頁、楠本孝『刑法解釈の方法と実践』（現代人文社、2003年）113-116頁など参照。

35) Vgl. *Lenckner/Eisele* in Schönke/Schröder a.a.O., § 194. Rn. 1.

も含まれる。これに加えて、一定の組織および人的共同体（団体）にも侮辱適格を認めるのが通説・判例の立場である。侮辱罪の告訴に関する刑法194条3項および4項に侮辱が官庁、立法機関および政治団体に対してなされた場合の規定があることから、一定の組織が侮辱適格を有することは現行法上明らかであるが、通説・判例は、さらに、「法的に承認された社会的機能を満たし、かつ統一的意思を形成しうるあらゆる人的結合」に第185条以下の保護を認める³⁶⁾。もっとも、通説は家族の侮辱適格を否定しており、間人格的名誉概念の論者は集団の侮辱適格を否定する³⁷⁾。

ここからうかがえるように、日本の通説では、名誉毀損罪および侮辱罪の保護法益を社会的評価と解することから、「単一の社会的評価」という基準によって広く団体をも保護対象に含める一方、ドイツの通説では、それとは異なる基準を用いつつも、やはり広く団体に対する侮辱罪の成立を肯定している³⁸⁾。

3. 集団侮辱の諸形態

ドイツ刑法では、団体に対する侮辱とは区別されたものとして、集団侮辱という犯罪形態が侮辱罪の解釈として一般に認められている³⁹⁾。団体に対する侮辱は、団体それ自体が侮辱されるのに対して、集団侮辱は、あくまで集団に属する個々人が侮辱される点で両者は異なる概念である。したがって、告訴に関しても、集団侮辱の場合は、自分自身に対する表現に関してのみ告訴可能であり、集団として告訴することはできない。

36) Vgl. *Lenckner/Eisele* in Schönke/Schröder a.a.O., § 194. Rn. 2-3.

37) *Zaczyk* in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., § § 185 ff. Rn. 12-16.

38) なお、上村都によれば、この間の事情が次のように説明されている。ナチス期に、ライヒ裁判所は、「国家の承認の下に公的任務を果たしている人的集合体」について、明文規定のある官庁および政治団体と同様、名誉保護の対象とした。戦後は、連邦通常裁によって、集団それ自体の名誉保護は否定されたもの（名誉はあくまで人間のみ認められるものであるとして、家族の名誉を刑法上の保護に値しないとした）、1954年以降、再び保護される集団の範囲が広げられていった。上村都「意見表明の自由と集団の名誉保護」名城法学論集25号（1998）参照。また、丸山・前掲注16）319頁も参照。

39) ドイツの集団侮辱に関する日本の文献としては、金・前掲書注4）33-35頁以下および楠本・前掲注4）43-45頁参照。

集団侮辱は、あくまで解釈を通じた個人に対する侮辱の一形態であり、集団に対する表現によって一人または複数の構成員が侮辱の対象とされている類型と、集団構成員全員が侮辱の対象とされている類型とに区別して論じられる。

ただし、名誉侵害表現が集団呼称を用いているにもかかわらず、一人または複数の完全に特定された個々人に向けられていることが認識できる場合、これは集団侮辱の解釈によるまでもなく、当該個々人に対する侮辱は成立するとされ、たとえば、行為者がある特定の警察官に関連させ、「ドイツの警察」は「乱暴者」で構成されている、と述べた場合、当該警察官への侮辱が成立するとされる⁴⁰⁾。これは、日本で言えば、特定人を推知しうる場合に相当するといえる。

(1) 念頭に置かれているのが、一人または複数の構成員のみ

集団侮辱の第一の類型として、行為者が集団の全員ではなく一人または複数の構成員のみを念頭においているが、それが誰なのかが開かれた表現となっている形態があり、そこでは、その構成員全員に対する侮辱が成立することになる⁴¹⁾。たとえば、「山口大学経済学部の教授には犯罪者が数名いる」という表現がこれにあたり、そこでは特定の個人を犯罪者であると名指してはいないが、それゆえに、経済学部の教授全員がその嫌疑を被りうることとなるため、教授全員が侮辱されていることになる。

ただし、この類型については、当該集団の範囲は、集団構成員の各個人が実際に表現の該当者であるとの嫌疑を被りうる程度の比較的小規模なものでなければならない(嫌疑原則)⁴²⁾。これに関して、連邦通常裁は、1964年に、バイエルンの6名の大臣のうちの1人が「コールガールリングの客である」との表現が問題となった事案において、集団の構成員全員に対する侮辱を認め

40) *Lenckner/Eisele* in Schönke/Schröder a.a.O., § 185 ff. Rn. 5.

41) *Lenckner/Eisele* in Schönke/Schröder a.a.O., § 185 ff. Rn. 6.

42) *Georg Foerstner*, Kollektivbeleidigung, Volksverhetzung und "lex Tucholsky", Berlin Vertrag, 2002, S. 63-65.

たが、その判断にあたって、当該表現が理性的な第三者にとって特定の人間に不名誉な行為の嫌疑がかかるように理解できるか否かが問題であるとし、ここで問題となっている集団呼称での個人々々への攻撃が侮辱となりうるのは、「比較的小規模の、その構成員の個性に関して見渡せる範囲」が問題となっている場合のみであるとし、これに対して、非難が「大規模な人的範囲の匿名の個人」に向けられている場合、嫌疑は「(見渡すことのできない) 多数人のなかに雲散霧消する」と判示した⁴³⁾。

したがって、この類型に該当する集団は、個人がその集団のなかに埋没しない程度に見渡せるほどの、比較的小規模の集団であることが前提条件であり、以下の第二の類型よりも成立範囲は狭いことになる。

なお、雲散霧消論の根拠として、学説は、一人の人間には致死量でも多数人に分散すれば「希釈」されるとする説明もある一方(井戸事例)、大規模集団に対する表現は誇張され、一般化されたものであることを認識できる性質があるため、常に例外が存在し、具体的に誰に該当するのかを突き止めることが困難であると説明する見解(例外留保仮説)もある⁴⁴⁾。

(2) 念頭に置かれているのが、集団構成員全員

集団侮辱の第二の類型として、行為者がある特定の人間集団を呼称することでその集団構成員全員がその表現に該当する形態があり、その集団構成員全員に対する侮辱が成立することになる。この種の表現としては、たとえば、「山口大学の教授は全員カルト教団Xの信者である」といった表現が考えられよう。

そこでは、行為者自身が当該集団の構成員個人々々を知っていたり思い浮かべたりする必要はないが、当該表現の客観的意味から、その個人関連性(その表現が個人々々に該当すること)が明らかでなければならぬとされ、このことが、集団それ自体に関する一般的価値判断と異なる点だとされる⁴⁵⁾。集

43) BGHSt. 19, 235.

44) Foerstner, a.a.O., S. 53.

45) Lenckner/Eisele in Schönke/Schröder a.a.O., § § 185 ff. Rn. 7.

団それ自体に関する一般的価値判断とは、たとえば、「学者ってやつは役立たずだ」といった表現がこれにあたる。

A) 個人関連性の基本的要件

問題は、そこでの個人関連性が認められるための要件であるが、これについて判例・学説はかなり錯綜した状況となっているようである。さしあたり、Lenckner/Eisele による以下の基本的整理が参考になろう。

第一に、どの個人が侮辱されているかを確定するための「明確な境界付け」が必要であり、これに関して判例は、「名指された人間集団が特定のメルクマールを根拠に、該当者の範囲が明確に境界づけられ、個々人がそこに分類されることが疑い得ないほどに明確に公衆から際立って（区別されて）いなければならない」（BGHSt 11, 207）と判示している。

したがって、第二に、当該集団の「数量的な概観可能性（見渡すことができること）」が必要であり、これを越えた規模の集団の場合、名誉侵害表現は量のなかに雲散霧消し、もはや個人に到達しない（女性、障害者、クリスマスチャン等は該当しない）。

ただし、この概観可能性基準には二つの例外が存在する。一つは、「明確な輪郭をもった部分集団」基準であり、数量的に概観不可能な人間集団に向けられた表現が用いられている場合でも、特別な状況から、その客観的意味内容によると——集団侮辱適格のある——小規模の部分集団の構成員のみが想定される場合は侮辱が成立しうるとされる。そのリーディングケースとなるのが、「兵士は（潜在的）殺人者だ」との表現が問題となった一連の判例であり、そこでは、連邦国防軍の（現役の）兵士は集団呼称のもとでの侮辱適格を有しているが、このことが世界の兵士全てに表現が関連する場合は、そこに連邦国防軍の兵士も含まれるからという理由で認めることはできず、排他的に連邦国防軍の構成員だけが言及される人間集団として把握されうるときに限られるとされた（BVerfGE NJW 94, 2944.（第一次兵士事件）；BVerfGE 93, 266.（第二次兵士事件））。これに対して、警察官に対し

て「A.C.A.B」(all cops are bastardsの略語)という表現を用いる場合は、該当しないとされる。

もう一つには、「ホロコーストの唯一無二性を根拠とした例外論」があり、判例は、ドイツ在住のユダヤ人の集団侮辱適格を、その規模にかかわらず肯定している (BGH 11, 207.)。そこでは、歴史上唯一無二の「ナチスにより被った運命」ゆえにユダヤ人が「公衆の中で明確に境界づけられた集団として見なされる」という根拠づけが示されているのみであり、一方、ドイツ在住のトルコ人は該当しないとされる。

第三に、たしかに「表現が全員に該当している」ことが必要であり、たとえ例外が設定されていたとしても、詳細な言及がない場合は(「ごく僅かの例外を除けば、X大学の教授は…である」といった場合)、結局のところ全員に該当することになるはずであるとの推定判断が行われるとされる⁴⁶⁾。

なお、第二の基準である概観可能性について、とりわけマスメディアによる名誉侵害的な報道に典型的なように、その影響は集団が見渡せることとは無関係に個人に及び、大規模集団の個々の構成員にも及びうる事例が想定できるため、それが現代のコミュニケーション社会の実現と合致しなくなっているとの指摘もなされている⁴⁷⁾。

B) 適用例

このような一般的基準が示されているが、その具体的な適用例を見てみると、必ずしも統一的な基準が適用されているとは言い難い状況にある。すなわち、集団侮辱の成立が認められた集団としては、プロイセンの裁判官、連邦国防軍の現役及び一部は退役した兵士、すべてのカトリック神父、ドイツの医者、弁理士、特定の出勤に参加した職員のみを意味することが明らかな範囲での警察、ある特定の州の刑事警察、ヘルメット・防護盾・警棒を装備した警察官、ドイツ在住のナチスに迫害されたユダヤ人、といったものがあ

46) *Lenckner/Eisele* in Schönke/Schröder a.a.O., § 185 ff. Rn. 7a-7c.

47) *Foerstner*, a.a.O., S. 61. このことは、インターネットが普及した現代においてより考慮に値する指摘といえよう。

り、これに対して認められなかった集団としては、「非ナチ化に関与した全員」、クリスチャン、プロテスタント、学者、警察全体、女性、老女といったものがある⁴⁸⁾。

一見して明らかのように、一部はきわめて広汎な集団に対する集団侮辱が認められており、学説はこれらの判決を「広すぎる」と批判し、とりわけユダヤ人を例外的に対象とすることには否定的である⁴⁹⁾。また、判例は、前述したように、名誉の内実について尊重請求権という規範的名誉概念を採用していることから、それゆえに、ユダヤ人は迫害の運命によって区別される集団であるとの自己理解に対する尊重請求権を有するとの理論構成が可能であったことにも注意しておく必要がある⁵⁰⁾。

(3) Foerstner の研究

集団侮辱に関しては、Foerstner による詳細な研究がある。同研究では、集団侮辱のほかに刑法130条の民衆扇動罪も考察の対象となっており、さらに両罪についても要件解釈のほかに基本法5条1項の意見表明の自由との関係からも検討が加えられているが、ここでは集団侮辱の要件解釈に関する箇所

48) *Lenckner/Eisele* in Schönke/Schröder a.a.O., § 185 ff. Rn. 8.

49) たとえば、Zaczykは、「ユダヤ人であることに、周囲の人間から個人が生活実際上の意味をもって区別されるメルクマールを見出したとしても、共通して被った運命（それが名誉との関連をもたないことは置いておく）は個人々人の間の社会的結合を形成するものではない」と批判する。*Zaczyk* in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., § 185 ff. Rn. 36.

50) たとえば、連邦憲法裁は、アウシュヴィッツ事件において、原審である連邦通常裁の以下の判示を追認している。「[ナチスによるユダヤ人迫害という歴史的事実から] ドイツにおいて生活するユダヤ人に、他の市民に対する特別な人的関係が与えられる。……運命によって際立たされた人的集団に属していると把握されることは、人としての自己理解に属する。この人的集団に対して、他の全ての者は、特別な道徳的責任を負っている。そのことは彼らの尊厳の一部であり、「この自己理解が尊重されることは、ユダヤ人の各人にとってまさにあのような差別の繰り返しに抗する保障の一つであるし、ドイツにおける生活のための基礎条件である」(BVerfGE 90, 241)。アウシュヴィッツ事件については、上村都「ドイツにおけるヘイトスピーチ規制」駒村圭吾・鈴木秀美編著『表現の自由 I —— 況へ』(尚学社、2011年) 480-481頁、小野寺邦広「『アウシュヴィッツの嘘』規制と意見表明・集会の自由」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 II 〔第2版〕』(信山社、2006年) 162-167頁など参照。

に限定してとりあげる。Foerstner は、以下のように、集団侮辱の二つの類型について、それぞれ戦前、戦後の判例および裁判例を概観したうえで検討を行っている。

A) 集団構成員全員に対する攻撃

1945年以前の判例では、帝国裁判所は、集団呼称による個人への侮辱について、「多数人それ自体が公衆から明確に際立っていることのみが必要である」としたものの (RGSt. 31, 185.), 結局のところ、被害者が当該集団に疑いなく属していることをもって足りるとすることで、集団の規模を基本的に構成要件限定基準としなかったとされる。そこから、帝国裁判所は、「大土地所有者」(RGSt. 33, 46.), 「ドイツの医者」(RG JW 1932, 3113.) および「東プロイセンのポーランド人と一緒に生活しているドイツ人すべて」(RGSt. 31, 185.) といった集団について集団侮辱を認めたほか、さらに、「保安警察将校」(RGSt. JW 1923, 994.) および「SA および SS の構成員」(RGSt. 68, 120.) について集団侮辱による保護を認めた。この期の実務について、Foerstner は、「集団侮辱は実務上、不明確な多数人にまで延長され、何らの限定も設定されなかった」のであり、「その際、帝国裁判所は、帝国期からワイマール共和国を経てナチスに至るまで、お上や軍隊に批判的な表現を犯罪化することについて、集団侮辱に関する教義学的方法を通じてこれに加担した」とまとめている⁵¹⁾。

1945年以降の判例についてみれば、帝国裁判所が問題としていた当該個人が疑いなく当該集団に属していることという基準は、連邦通常裁ではとりたてて問題とされることはなく、集団の規模およびその内的な同質性が考慮されるようになったとされる (BGHSt. 2, 38.)。したがって、連邦通常裁によれば、「プロテスタント」、「カトリック」、「学者」といった集団は何ら十分に限定された集団とは解されないが、「現在ドイツに住んでいる、ナチスによる迫害措置の被害者であったユダヤ人」は、「その並外れた厳しい運命の

51) Foerstner, a.a.O., S. 37-41.

ために公衆から際立つ、限定された集団を形成している」ため、集団侮辱の保護を受けるとされた (BGHSt. 11, 207.)。ナチスによるユダヤ人迫害の犠牲者およびその親族への保護は、さらに連邦通常裁判民事部の次の決定で本質的に拡張されたとされる。すなわち、「人間がいわゆるニュルンベルク法の出自基準によって選別され、抹殺目的でその個性が剥奪されたという歴史的事実それ自体が、連邦共和国に住むユダヤ人に対してその同胞に関する特別の人的関係を付与する。この関係において先の出来事は今日も記憶に残っている。この運命によって際だった人間集団は他のすべての人々の特別の道徳的な責任に対して存在しており、彼らの尊厳の一部であり、この人間集団に属していると把握されることは、彼らの人的な自己理解に属している」 (BGHZ 75, 160.)。この基準は、その他の大規模集団には容易に適用できない例外を基本的に容認するものであり、実際、ハンブルク地裁は、「女性」を侮辱適格のある集団とは認めず (LG Hamburg, NJW 1980, 56.)、ケルン地裁は、「クリスチャン」の侮辱適格を否定した (LG Köln, MDR 1982, 771.)。ただし、ハンブルク地裁では、「女性」が内的な均質性に欠けることを理由としていたのに対して、ケルン地裁では、「クリスチャン」が外形的特徴による境界付けに欠けることを理由としており、限界付け基準の不統一がみられるとしている。また、連邦通常裁は、連邦国防軍兵士の職務を「拷問吏、強制収容所の看取または死刑執行人」の活動に喩えた事案につき、たしかに、一般的な価値判断を含む集団に関する誹謗、たとえば「全てのドイツの医者には藪医者だ」あるいは「全てのドイツの裁判官は法を歪曲する」といった表現は、それが事実と反することは明らかであるため、個人的関連性を欠くが、本件のような表現は、特定の職務活動に関して兵士が「客観的に組み込まれていること (objectives Eingebundensein)」が明らかであり、被攻撃者にとって攻撃から除外されている可能性が残っていないため、そこで問題になる当事者の範囲は大規模ではあるが、明確に区別可能であり、その限りで見渡すことができるとされた (BGHSt. 36, 83.)⁵²⁾。

52) *Foerstner*, a.a.O., S. 42-49.

さらに、集団侮辱は「明確な輪郭をもった部分集団」基準によって著しい拡大を遂げ、とりわけ警察に対する表現について構成要件拡張的意義を獲得してきたとされる。連邦通常裁の判例によれば、警察職員全体は集団侮辱適格を有しないことが確立していたが (BGH StV 1982, 222.)、バイエルン州最高裁は、サッカースタジアムで開催された警察の展示会における「Bullen Auftrieb」(注：Bullen (牛)は警察の蔑称)という呼び方につき、「軽蔑的表現が関連しているのは、場所と時とによって詳しく特徴付けられた、警察官の職務性質に関する特定の出来事に参加した警察官であり、「警察官としての性質に結びついたこのイベントへの参加は、明確に公衆から際立ち、かつ、その他の警察官からも際立つものである」として集団侮辱を認めた (BayObLG, OLGSt. § 185 Nr. 10.)。また、ベルリン高等裁判所は、「ヘルメットと防護盾を装備した警察官が、明らかに無抵抗に地面に横たわっている人物に対して警棒を振り上げているイラスト」に「警察体育大会」とサインされた車のステッカーの利用に関する事案について、「刑法185条以下で可罰的な要件は、この全体呼称によって、該当者の範囲が、明らかに公衆から際立ち、かつ、そこに個人が帰属していることが疑い得ないほどに明確な輪郭をもっているということのみである」とし、描写された装備をした全ての警察職員が念頭におかれているという解釈がおのずと生じるため、この装備をした警察職員は、特定の出勤における外形的に認識可能な統一体として多数人を形成しており、その構成員は確定可能であり、それゆえに個人関連性も有しているとして、同様に集団侮辱を認めた (KG, JR 1990, 124.)。もっとも、バイエルン州最高裁は、別の判決において、「豚が飛べるなら牛にヘリコプターは要らない」および「警察に手を貸すことは、自分の首を絞めることだ」と印刷された二枚の車のステッカーが問題となった事案につき、ステッカーの内容は、警察に課された具体的な任務にも関連しておらず、警察に固有の外形的活動にも関連しておらず、かつ、個人化可能な人的範囲への言及もないため、集団呼称による警察職員に対する侮辱は存在しないとしている (BayObLG, NJW 1990, 1742.)⁵³⁾。

53) Foerstner, a.a.O., S. 49-52.

以上の判例を踏まえ、Foerstner は、判例および学説では集団侮辱が際限なく逸脱的に拡張することは阻止せねばならないという点では一致があるものの、数量的な概観可能性に着目する限りは、判例は大規模集団についても別の基準から集団侮辱適格を認めるため、実質的な構成要件限定効果を發揮しえないとする。すなわち、連邦最高裁の示した、集団構成員が「客観的に組み込まれていること」というメルクマールは、被攻撃集団の構成員には変更しようがない所与の状態に関して行為者が不当な判断をしていることを把握できる点で、正当な方向を示しているといえるが、しかし、そのメルクマールは、「全てのドイツの医者は藪医者だ」という類いの「一般的価値判断」とされる不可罰表現との区別基準を明確に示すものではなく、それゆえ構成要件限定作用を期待できず、体系的な議論では判断できないグレーゾーンを残しているので、説得力がないとされる⁵⁴⁾。

また、「明確な境界をもった部分集団」の侮辱適格に関して、Foerstner は、判例および裁判例の認める集団が極めて広範囲に及んでおり、「警察体育大会」シールに関するベルリン高等裁判所の決定は、具体的な事件への関連を認識可能にすることなく同質的な名宛人範囲を設定しており、客観的解釈により許容される特定可能な部分集団の範囲を越えているとされる。具体的な出来事との関連づけがなされなければ、様々な組み込みメルクマールがほぼ無制約に選択可能になり、様々な部分集団が発案できてしまうことになるが、それを刑法185条以下に組み込むことは不適切であり、集団侮辱の濫用のきっかけを与えてしまうとされる。以上から、集団の構成員全員に対して向けられた表現の領域で判例および学説が展開してきた解釈基準は説得的とは言い難いとされる⁵⁵⁾。

B) 集団の一人または複数人の構成員に対する攻撃（例外に基づく攻撃）

集団の一人または複数人の構成員に対する攻撃類型としては、Foerstner

54) Foerstner, a.a.O., S. 55-57.

55) Foerstner, a.a.O., S. 57-61.

の研究では戦後の判例のみがとりあげられており、本稿でも前述した「コールガールリング」事案 (BGHSt. 19. 235.) のほか、19人の党員のうちの2名が共産主義の週刊誌に匿名の援助をしているとの非難が問題となった事案 (BGHSt. 14. 48.) が言及されている。連邦通常裁は、両事案で集団の構成員全員に対する侮辱を認めたが、ただし、そこで問題となる集団呼称での個々人への攻撃が侮辱となりうるのは、「比較的小規模の、その構成員の個性に関して見渡せる範囲」が問題となっている場合のみであるとされた⁵⁶⁾。

さらに、Foerstner は、これとは別に、「名指されない部分集団に対する攻撃」類型についても検討を行っている。これは、可罰的な表現が集団構成員の個々人に向けられているだけでなく、集団の一部への攻撃でもあるが、表現からはどの集団構成員が攻撃から除外され、どの構成員が攻撃されているのかが認識できない類型であり、そこでは、行為者は集団構成員全体に対して直接的には攻撃を向けていないため、名指されない例外のもとでの攻撃が嫌疑原則に組み込まれることになるか否かが問題になるとされる⁵⁷⁾。換言すれば、集団の複数人に対する攻撃形態の一つとってよいだろう。

1945年以前の判例については、フランクフルト新聞に掲載された、「何かを推奨する大臣の一般的指示は、無表情の出世欲にまみれた者ども、その連中の大半がプロイセンの裁判官の地位にいるのだが、彼らには福音のような価値がある」との文章を含む記事が問題となった事案において、帝国裁判所は、表現の外形的形態によれば全体のうちの不明確で認識できない部分のみが攻撃されているが、「まさに攻撃が不明確であるがゆえにすべての構成員への侮辱の関連性が認められうる」とし、「プロイセンの裁判官の地位という公職の一定のカテゴリーに対する侮辱的宣言には、この地位に属する裁判官に対する侮辱がみとめられ」と判示した (RG-RSpr. 1, 292.)⁵⁸⁾。

1945年以降の判例については、連邦通常裁が嫌疑原則に関して判示した事案は、前述のコールガールリング事案判決および共産党週刊誌事案判決に限

56) Foerstner, a.a.O., S. 62.

57) Foerstner, a.a.O., S. 65.

58) Foerstner, a.a.O., S. 65-66.

られる。Foerstner は、同判決によると、嫌疑原則は比較的小規模の、構成員の個性に関して概観可能な集団についてのみ適用可能であり、そうでなければ非難が多数人のなかに雲散霧消するとされることから、名指されない部分集団に対する攻撃類型についても、同様に、そのような個人々が概観可能な小規模集団に限定されることになるはずであろうとされる。これに関する裁判例としては次のものがとりあげられている。バイエルン州最高裁は、ドイツ発明家サークルの小冊子で、特許技術者や特許弁護士に相談する前にその信頼性に関する情報をドイツ発明家サークルに求めるように勧めた事案において、どの個人が表現によって該当するかが疑う余地のないほど明白になっていないため、侮辱の構成要件を充足しないとした。表現がその集団呼称に該当する全ての個人ではなく、外的な特徴に欠けるため境界付けができず不特定な部分にしか向けられていないということを認めねばならない場合、実際には名誉を侵害される者が存在しないとした (BayObLG, NJW 1953, 554)。ベルリン上級裁判所は、「モアビートの法服と鍵の奴隷」という表現が問題になった事案において、「モアビートの刑事裁判所で活動する裁判官という200名を超える大人数」の場合は、その構成員の個性が見渡せない人的範囲が存在しており、罵倒は不明確性の中に雲散霧消するとして、個々の裁判官に対する侮辱を含んでいないとした (KG, JR 1978, 422.)⁵⁹⁾。

Foerstner によれば、これらの裁判例で示された、嫌疑原則の適用を小規模集団に限り認めるという限定解釈は、描写を少し変えただけで行為者に不当な特権を与えてしまうといった理由から、一部の学説で批判されているという。Foerstner は、それらの批判のうち、Wehinger による次の批判について基本的に賛同できるとする。すなわち、個人への侮辱は、表現が他人をも攻撃しているかどうかとは無関係であり、集団に対する表現は、攻撃が複数人に分散しているのではなく (希釈化 (井戸事例) の否定)、非難の重みは個々の構成員全員に等しく重く関連しているのであり、正当な名望価値およびそこから導かれる尊重請求権としての名誉概念を考慮すると、個人の名

59) Foerstner, a.a.O., S. 66-67.

誉への攻撃が、攻撃される人数によって自動的に減少するわけではないことから、嫌疑原則の適用は小規模集団に限定されるべきではない、このような批判である。ただし、Foerstnerは、Wehingerの批判では、名誉侵害の非難が集団帰属性に由来するものであるのか、それとも、そのような集団の性質とは切り離された軽蔑であるのかを区別できていないとして、修正が必要であるとする⁶⁰⁾。

ここでFoerstnerは、連邦通常裁による前述の「客観的に組み込まれていること」というメルクマールに着目し、「軽蔑的表現によって特定の個人に向けられていることが認識できず、かつ、表現が内容的に集団帰属性の構造的な存在メルクマールに結びついている場合は、その個性を行使者が見渡すことのできない大規模集団についても、嫌疑原則が基本的に適用可能である」と自説を展開している。たとえば、「H連隊のほぼ全ての兵士は職業的殺人者である」という表現は、兵士という職業と内容的に結びついた非難を一義的に含んでいるため、この攻撃は、個人に対して、自身がその兵士の性質と結びついた攻撃から除外されているという可能性を与えるものではなく、集団侮辱が成立するとされる。これに対して、「H連隊にはうるさいボン引きがいる」という表現は、内容的にもはや兵士の性質とは無関係の非難であるため、その限りで集団関連は偶然のものであり、兵士の現存在と結びついた典型的な攻撃方向が確定できないので、どの兵士も侮辱され得ないとする⁶¹⁾。つまり、内容的に集団帰属性の構造的な存在メルクマールに結びついているとは、侮辱の内容が集団の性質それ自体に結びついていることだと解される。

C) 結論

以上のように集団侮辱に関する判例および裁判例を包括的に検討したうえで、Foerstnerは、しかしながら、これまでの判例を整理しても集団侮辱の

60) Foerstner, a.a.O., S. 68-69.

61) Foerstner, a.a.O., S. 69-71.

統一的なかたちは浮かび上がってこず、構成要件上の体系化は学説でも今日まで成功していないとして、次のような結論を下している。すなわち、兵士や警察に対して向けられた表現の事案で明らかになったのは、集団に向けられた表現の侮辱該当性を評価するにあたって解釈道具が信頼に足る診断を可能にしていないということである。行為者自身からすれば、有罪になるかどうかはわからず、攻撃された個人は告訴に関する見込みを立てることができず、軽蔑的表現の判断に際して、むしろ当罰性の考慮が構成要件的検討に先行しているのではないかとの印象が拭えない。被攻撃集団の規模ならびに境界付け可能性、明確な輪郭をもつ部分集団、「客観的に組み込まれていること」および「嫌疑原則」、これらは当時の法適用で明確に設定された構成要件的骨格を形成しておらず、その骨格に依拠して集団を誹謗する表現を統一的な基準で評価することができない⁶²⁾。

Foerstner の診断からうかがえるように、仮に日本において集団侮辱の解釈を展開する際には、その要件は明確に定める必要があり、処罰範囲もつめて限定的なものにとどめるようにしなければならないであろう。

4. 社会的マイノリティを特別視できるとする説

(1) 楠本孝の見解

前述したように、ドイツの判例は、ドイツ在住のユダヤ人の侮辱適格を例外的に認めており、これに学説はおおむね批判的である。これに対して、楠本孝は、ユダヤ人以外の「民族的・人種的・精神的メルクマール」で識別される集団も、その規模に関係なく集団侮辱の対象とすべきであると主張する。すなわち、「客観的に見て差別に敏感な人々の集団とみなしうるか否かが重要」であるとされ、「差別に敏感にならざるを得ない人々の集団では、集団に対する侮辱の効果が個々の構成員にまで波及しやすい」こと、そして、「集団の構成員に共通するメルクマールのために集団全員が歴史的に激しい差別の対象とされ、そのことが集団の個々の構成員の人格の一部となっ

62) Foerstner, a.a.O., S. 71-72.

ている場合には、大規模な集団であっても集団侮辱の対象となりうる」ことをその根拠にあげている⁶³⁾。

ヘイトスピーチ規制の関係では、集団侮辱の保護対象を被差別集団のみに限定する試みとして傾聴に値するが、その基準はなお判然としない面があるようにも思われる。おそらく、楠本の見解によると、たとえば、女性ないし障害者一般に対する表現などもその処罰範囲に含まれることとなるが、どこまでが保護される集団となるのかは、議論の余地があるだろう。「客観的に見て差別に敏感な人々の集団」であることが基準だとされるが、その具体的な認定では主観的な「感受性」により焦点が当てられているようにも解しうる⁶⁴⁾。

たしかに、楠本は、ヘイトスピーチ規制の保護法益につき、それを主観的な名誉感情と解するべきではなく、人間の尊厳と解すべきだとするが、ただし、そこでの「人間の尊厳概念は、『共同体内での普通の成員としての（あるいは同権的・同価値的）地位』という客観的側面に加えて、それが粗暴な表現によって否定される体験に伴う心的外傷から保護される権利という主観的側面を捨象してこれを把握することはできないように思われる」とされる⁶⁵⁾。楠本の見解が、ヘイトスピーチによる人間の尊厳の侵害について、その客観的側面への侵害がなくとも場合によっては主観的側面への侵害のみで足りるとの趣旨であるか、それとも、客観的側面に加えて主観的側面への侵

63) 楠本・前掲注4) 45および50頁。

64) 「もし、在特会の襲撃を受けた京都朝鮮学校の生徒の中に、自分はこの国で他の人間と同じ価値をもった人間として扱われないのではないかと感じたものがいたとすれば、それは被告人らの言葉によって、その子どもたちの人間の尊厳が脅かされているのである〔傍点引用者〕」楠本・前掲注4) 51頁。

65) 楠本孝「ヘイトスピーチ規制の保護法益」徳田靖之・石塚伸一・佐々木光明・森尾亮編『刑事法と歴史的価値とその交錯——内田博文先生古稀祝賀論文集』（法律文化社、2016年）808頁。なお、平川は、侮辱罪の保護法益につき、「名誉意識・名誉感情は個人差が大きすぎるし、このような主観的なものを法益として認めることにも問題があろう」としたうえで、「差別発言による感情的被害の深刻さや、自尊感情の欠落が往々にして他者の尊厳の無視につながることは、私も承知している」が、「しかし、このような感情は、自分に対する社会的承認・評価について持つ感情と見ることができ」るため、「このような感情は、普遍的社会的名誉・個別的社会的名誉の保護を通じて保護されると解すべきであろう」とされる（平川宗信『憲法的刑法学の展開』（有斐閣、2014年）272頁）。

害も必要条件とする趣旨であるかは判然としないが、前者であるとするれば、そこでは PTSD のような重篤な症状が想定されていることから⁶⁶⁾、それはヘイトスピーチ規制における人間の尊厳というより傷害罪における精神的機能の障害⁶⁷⁾が問題となっているように思われ、後者であるとするれば、客観的側面への侵害が認められても主観的側面への侵害を欠くものは不可罰ということになるが、この結論は明らかに論者の意図に添わないものであろう。以上に加え、そもそも、人間の尊厳は万人に認められるべきものであるから、ここから保護対象を被差別集団に限定する根拠は導出しえないように思われる⁶⁸⁾。

(2) Wandres の見解

この点、Wandres は、ホロコースト否定表現の可罰性を種々の規制から包括的に考察するなかで、侮辱罪の検討において集団侮辱の保護客体として社会的マイノリティについては通常の事例とは異なる特別な場合として扱うことができると主張しており、さらに、その基準もより詳細に展開している。

まず、確認として、Wandres は、「カトリック」「プロテスタント」といった大規模集団に向けられた表現が不可罰であるのは、表現が数の多さのなかに雲散霧消してしまうからだとされる。それは、集団内部の人間が非常に多いため、具体的に念頭に置かれた個人を確定することが困難であるからである。つまり、集団呼称で把握される人間の数が多いため、理性的に判断すると、その表現が例外なく各人を念頭に置いていると想定することはできないからであるとし、いわゆる例外留保仮説に立脚する⁶⁹⁾。

66) 楠本・同797, 808頁参照。

67) 判例は、PTSDのような精神的機能の障害を惹起した場合も刑法にいう傷害に当たると解するのが相当であるとする。最二決平24・7・24刑集66巻8号709頁。

68) 平川宗信は、侮辱罪の保護法益を「人間の尊厳な状態」と解するが、平川が指摘するように、人間の尊厳を害する差別的表現の規制による事実上の利益が、社会的弱者の方に大きいということはいえるであろう（平川宗信「差別表現と『個人の尊重』」部落解放研究所『憲法と部落問題』（解放出版社、1986年）281頁参照）。しかし、そのような事実上の利益を超えて、被差別集団のみに法益保護が法的に限定されると解することはできない。

69) *Thomas Wandres, Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*, Berlin, 2000, S.204.

そこから、被差別マイノリティについては、公衆から明確に境界づけられた人的範囲の構成員全員が例外なく念頭に置かれていると認められる特別な場合といえると自説が展開される。とりわけ Wandres は、マイノリティの地位の維持（マイノリティたる低い地位に固定化されること）にとって、自明視されている過去の社会的仮定（ステレオタイプ、偏見）の伝承が決定的な役割を演じる点に注目する。集団呼称を手段として、ある集団の性質（とされるもの）に一義的に向けられた表現であり、その性質が同時に被差別マイノリティとしての地位に根拠づけられている場合、その表現は不可避免的に集団の構成員すべてに関連しているとする。加えて、マイノリティに属していることが個人の行為では左右できない場合、それは個人の人格にとって死活問題であるとする。それゆえ、否定的な偏見と内的な関連を持ち、被差別マイノリティに対して一括りに向けられ、かつ、何度も繰り返されることでマイノリティの地位の維持を引き起こしうる軽蔑表現は、集団の構成員に対して常に不可避に個人的関連を有するとされる⁷⁰⁾。

これに対して、一括りの表現がマイノリティの地位に関係しない場合は、そこでの多数人はその他の大規模集団と同様に扱われるべきだとされる。例えば、誰かが「ユダヤ人」は愛国心が足りないといふ場合、それは侮辱法上、何ら特別な事例ではなく、通常の事例である。というのも、この集団の構成員の明白な祖国愛を示す事例が数多く存在するため、そのことをもって一括判断それ自体が破綻しているといえるから、個々の例外が同時に表現されているといえるという（例外の想定）。しかし、ステレオタイプな反復を通じて社会的マイノリティの「典型的属性」として伝承されている否定的なメルクマールに関連している場合は、話は別であるとする。例えば、「金品をだまし取るため嘘の歴史をでっち上げる」のが「典型的なユダヤ人の」性質であると主張された場合、そこで関連している民族的メルクマールは、それによってユダヤ人がすでに第三帝国において迫害および殺害目的で排除されたメルクマールである。こうした背景を前にして、「ユダヤ人」は歴史

70) Wandres, aa.O., S. 205.

のねつ造に最大限の責任があると主張する者は、根拠があったとしても、ユダヤ人を今日もなお他の人間よりも低く評価することを暗に主張していると解されるとする。したがって、この種のカテゴリーで思考する者にとっては個々の例外など存在せず、それゆえ、その者の軽蔑的表現は集団構成員すべてに向けられているといえるのだとされる⁷¹⁾。

それゆえ、Wandres は、「アウシュヴィッツの嘘」事案につきドイツ在住のユダヤ人全員に対する侮辱を認めた判例に関して、その結論は正しいが、その論拠は問題であると次のように批判している。そこに結びついている説明は、「ユダヤ人」がホロコーストによって「特徴付けられ」、ドイツの不正な過去を「具象化した」というものであり、それはもちろん、——レイシストの典型と意図せずして類似点をもっており——何ら説得的ではない推論に由来している。つまり、少し考えればわかることだが、「ねつ造された歴史」という非難がすべてのユダヤ人に向けられているのは、そこで問題となっている歴史の一断面がユダヤ人のアイデンティティに重大な意義を有するからではなく、そこでは反ユダヤ主義的なステレオタイプが関連しているからと捉えたほうがより説得的だといえる。例えば、ナチスの時代は、連合国の構成員すべてにとって、ナチスドイツを多大な犠牲をもって共同で打倒したという特徴的な意義を持っている。「戦勝国は」どのような関連であれ、第二次大戦の歴史を自らの有利なように「ねつ造している」と主張された場合、——その特徴付けが公衆から十分に境界づけられているとして——その軽蔑的な事実の主張が一貫して戦勝国の構成員すべてに関連しているという思考に至る人間はほとんどいないだろう。それゆえ、実際には、「アウシュヴィッツの嘘」というプロパガンダによって作られる、残念ながら現在もお残っている反ユダヤ主義的なステレオタイプまたはそれとナチスの模範との再結合への関連、ただこれだけが次の結論を支えるのである、すなわち、そのような表現は、「ユダヤ人」が比較的大規模で不均質な集団であるにもかかわらず、その集団構成員すべてに対して向けられたものであるという結

71) Wandres, a.a.O., S. 205-206.

論である⁷²⁾。

以上の Wandres の見解は、社会的マイノリティ集団に対する集団侮辱が成立する要件として、当該表現が単にそのような集団に向けられているだけでなく、その内容が当該社会の偏見に基づいたものであることにも着目する点で、より明確かつ限定的な基準を提供するものといえよう。この見解は、ヘイトスピーチ規制を検討するうえで傾聴に値する指摘を含んでいる。しかしながら、ある表現が社会的偏見と結びついているものであるか否かの判断基準は、なお議論の余地があるように思われる⁷³⁾。また、表現内容に着目した規制方法であるから、表現の自由との関係では、表現内容規制を正当化しうるだけの根拠が必要となり、たとえば、Wandres の着目する、当該表現のもつマイノリティの地位の固着化作用が規制を正当化しうる害悪であることを明らかにする必要があるだろう⁷⁴⁾。

なお、Foerstner も、民族のおよび宗教的マイノリティの軽視をもたらす人種主義的な誹謗については例外留保仮説が妥当しないとする。ただし、同様に、政治的意見闘争においても例外留保仮説は妥当しないとし、そもそも現在の例外留保仮説自体が集団侮辱の統一的基準とはなり得ないと批判して

72) Wandres, a.a.O., S. 206.

73) なお、佐伯は、自分の努力では変更できない、「人格と無関係とされるべき事実の公表であっても、現実に社会的評価が低下する危険があれば、すべて名誉毀損とするのは、人格の保護にとってけては有益ではないと思われる」とし、その理由として、むしろ「社会の偏見を追認し固定化する危険があるからである」ことを挙げる。佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護（4・完）」法学協会雑誌101巻11号（1984年）1744頁。これに対しては、名誉毀損罪に関する多数説は、「あくまで現存している社会的評価それ自体に要保護性を認めている」ため、「ある事実の摘示について名誉毀損罪を認めたからといって、それは、当該事実が社会的評価に影響すべきだ、と裁判所が判断していることを意味しないのである」といった批判が加えられている。伊藤涉ほか・前掲書注24）〔島田聡一郎執筆〕118頁。また、この問題に関しては、梶原健佑「誤同定と社会的評価に関する覚書」山口経済学雑誌66巻5号（2018年）151-194頁も参照。

74) このような視点は、とりわけ憲法学から厳しい評価を受けることが予想される。たとえば、奈須祐治は、ヘイトスピーチ規制に関する座談会で次のように発言している。「たとえば、構造的差別の是正や人種平等とか、非常に抽象的な目的を掲げヘイトスピーチ規制をすべきだという議論が、欧米では散見されます。しかし、こういうものも、具体的な法益としては、とてもでないけれど認めにくいということになります」梶原健佑・櫻庭総・中村英樹・奈須祐治・松垣伸次「〔座談会〕理論と政策の架橋に向けて」法学セミナー736号（2016年）50頁〔奈須発言〕。

いる⁷⁵⁾。加えて、Foerstnerは、前述のように集団侮辱罪に関する裁判例を網羅的に検討したが、集団侮辱が担ってきた機能について、実務において侮辱罪はむしろ「軽微な国事犯」として用いられてきたのであり、これに差別克服機能を過度に期待することはできないと述べていることにも注意する必要がある⁷⁶⁾。

5. まとめ

本章で明らかになったことは、次のようにまとめられる。

- ・日独では侮辱適格を有する団体の根拠が異なる（日本では単一の社会的評価を有するか否かであるのに対して、ドイツでは法的に認められる機能および統一的意思があるか否かで区別される）。もっとも、具体的な適用例をうかがう限り、日本に比べてドイツは侮辱適格を有する団体の範囲が狭いとはいえない。それゆえ、日本においても団体に対する侮辱の成立が認められるうえで、さらに集団侮辱の成立を論じることは十分に可能である。
- ・集団侮辱は2類型に整理されている。念頭に置かれているのが一人または複数の構成員のみの類型は、嫌疑原則の及ぶ比較的小規模の集団に対する表現にのみ成立するのに対して、念頭におかれているのが集団構成員全員の類型は、個人関連性が認められる限りにおいて、それよりも規模の大きい集団に対する表現についても成立する。ただし、概観不可能なほどの大規模集団については、例外留保仮説に基づき集団侮辱は成立

75) Foerstner, a.a.O., S. 58-60.

76) 「適用における『軽微な国事犯』という集団侮辱の機能が、例えば典型的に脅威にさらされる住民集団に対する差別から保護をする構成要件としての機能を圧倒している。集団侮辱が主として適用されるのは、国籍、人種、民族といった特定の集団に対する差別の事例ではなく、国家的な機能の担い手に対する事例であったし、今もそうである。その限りでユダヤ人に対する侮辱罪による保護は特殊な地位にある。これに対して、警察、連邦国防軍、裁判官およびその他の国家への奉仕者に対する言葉での攻撃が問題になった裁判の数が圧倒的であるのは明らかである。〔原文改行〕実務上、刑法185条以下は、すでに構成要件からも明らかのように、典型的な被差別マイノリティに対する反差別構成要件としては重要な機能を担っていない」。Foerstner, a.a.O., S. 72.

しないが、明確な輪郭をもった部分集団に特定可能な場合は、この限りではない。

- ・ホロコースト否定表現についてユダヤ人の侮辱適格を認める判例があるが、例外的な位置づけがなされており、学説からの批判が強い一方、ユダヤ人以外の社会的マイノリティ集団にも侮辱適格を認めるべきであるとする見解もみられる。
- ・ただし、判例の全体的傾向に鑑みると、集団侮辱は、マイノリティの保護機能を担ってきたとはいえ、むしろ、官憲に対する批判的表現について、体系的解釈というよりも当罰性判断にもとづき処罰範囲が拡張されてきたといえる。それゆえに、学説も集団侮辱の拡張解釈には慎重である事情がうかがえる。

IV. 若干の検討

これまでの検討から、日本においても名誉毀損罪および侮辱罪の解釈として集団侮辱が認められる理論的余地はあり、その具体的な態様を検討するうえでドイツには参考とする判例・学説の蓄積もあることが明らかとなった。ここでは、ドイツの議論を踏まえて、日本においても、とりわけヘイトスピーチを念頭に置き、特定の個人・団体に向けられていない表現であるが、個々人に対する名誉毀損または侮辱として構成しうる解釈指針をいくつか提示し、検討したい。ただし、その際、ドイツの実務に鑑みると、その要件設定および適用は慎重になされなければならないことに留意する必要がある。

1. 推知類型

これは集団侮辱の問題ではなく、従来の日本の判例、学説からも当然に名誉毀損罪および侮辱罪が認められる類型である。もっとも、これに相当するドイツの議論では、行為者がある特定の警察官に関連させ、「ドイツの警察

官」は「乱暴者」で構成されている、と表現した場合、当該警察官への侮辱が成立するとされている。これに鑑みると、たとえば、インターネット上や街頭において一般人に向けてなされる表現ではなく、街頭ではあっても面前の特定人に向けて、「おまえ（ら）のような〇〇人は…」といったかたちでなされた表現であれば、当該個（々）人に対する名誉毀損罪または侮辱罪が成立する余地があるように思われる。

これに関連して、憲法学においても、「言論の害悪を聞き手に対して直接的に与えられるもの」と、「聞き手を媒介して第三者によって与えられるもの」とに類型化し、前者については、「害悪は比較的明確で、証明も容易」であり、「対抗言論という概念自体もほとんど成り立たない」ことから、「このような害悪に標的を絞った規制を行っても、言論の自由を過度に制約することにはならないだろう」との見解が示されていることが注目される⁷⁷⁾。

2. 嫌疑原則（念頭に置かれているのが一人または複数人の類型に関して）

ドイツの集団侮辱における「念頭に置かれているのが一人または複数人の類型」については、日本においても解釈として認められる余地があると思われる。

実際にも、民事ではあるが、ドイツでいう「嫌疑原則」に類似した構成により、名誉毀損による不法行為を認めた裁判例がある。当時の熊本県議が、水俣病申請者のなかに「金銭補償目的のニセ患者」がいる旨の発言をした内容が熊本日日新聞に掲載された事案につき、被告は、「右発言は、当時約3000人の申請患者のうち氏名が特定されない一部の何人かに向けられたもので、原告らを特定して事実を摘示したのではなく、また、申請患者らの集団そのものに対するものでもない。したがって、その対象は漫然とし、被害者が特定しないので、右発言は名誉毀損とはならない」等として争ったところ、熊本地裁は、「本件発言が、申請者の例をこと細かに並べ立て、これを直接、間接を問わず、聴取する者にあたかも事実をほうふつさせるかのごと

77) 奈須祐治「ヘイトスピーチ規制消極説の再検討」法学セミナー736号（2016年）20頁。

き印象を与えるものであることを勘案すると、漠然と水俣病認定申請者に偽患者がいるということとどまらず、偽患者が誰であるか判明していないことにより、かえって、世間一般人に対し、個々の水俣病認定申請者について、その者が偽患者であるとの可能性を払拭させず、その疑惑を抱かせることとなり、そのことはとりもなおさず、個々の水俣病認定申請者の社会的評価を低下させるものといわざるを得ない〔下線部引用者〕として名誉毀損の成立を認めている（熊本地判昭55・3・24判例時報964号108頁）。

民事においても、刑事と同様に、「性別、民族といった大きな集団に向けられたヘイトスピーチについて、それが『集団に属する個人の名誉を侵害して不法行為となる』という接近方法には困難さが付きまとう」と指摘されていることからもうかがえるように⁷⁸⁾、刑事に比べて民事は大規模集団に対する不法行為を認めやすいといった特段の事情は存在しない。このことからすれば、本件のような行為が刑事上の名誉毀損罪を構成する余地も十分にあるといえよう。なお、本件被告については、名誉毀損での刑事告訴もなされていたが、検察官は不起訴処分としたようである⁷⁹⁾。

ただし、ドイツの通説的な基準に照らすと、「3000人という申請者」を概観可能な集団とみなすることができるかは疑問である。おそらく、水俣病という限られた地域での出来事であり、その地域においては誰が申請者であるか特定されやすいといった事情が考慮されているとみるべきであろう。このことは以下の「明確な輪郭をもった部分集団」基準にも関わる。

3. 概観可能な（部分）集団（念頭に置かれているのが集団構成員全員の類型に関して）

ドイツの通説では、「念頭に置かれているのが集団構成員全員の類型」に

78) 梶原健佑「ヘイトスピーチに対する民事救済と憲法」法学セミナー736号（2016年）31頁。

79) このことは、「ニセ患者発言」に抗議するために県議会に押しかけた行為者による公務執行妨害罪および傷害罪の成立が問題となった事案（水俣病ニセ患者発言抗議事件）の第一審および控訴審判決のなかで言及されている（福岡高判昭61・4・18刑事裁判月報18巻4号242頁および熊本地判昭55・3・18刑集43巻3号231頁）。

関して、性別、人種等の特定の属性によって特徴付けられる集団は大規模集団であるため、(ドイツ在住のユダヤ人を除き)基本的には侮辱適格を有しないとしている。ただし、「明確な輪郭をもった部分集団」基準により、表現の内容および文脈から、概観可能な小規模の部分集団に向けられている場合は、集団侮辱の成立が認められている。

もっとも、ドイツの実務はこの基準を柔軟に解し、主として官憲に向けられた批判的表現規制に広く用いてきたため、Foerstner は、判例の「客観的に組み込まれていること」というメルクマールをより精緻化し、「表現が内容的に集団帰属性の構造的存在メルクマールに結びついていること」に限定すべきだと主張している。Foerstner のこの指摘には参照すべき点が含まれているが、そのような場合は大規模集団であっても嫌疑原則が適用され集団侮辱が成立すると Foerstner の結論まで支持することはためられる。日本においては、このような集団帰属性の構造的存在メルクマールとの結びつきが認められたうえで、あくまでその対象は概観可能な小規模集団に限られるといった、より抑制的な適用が目指されるべきだろう。

集団の規模に関して、これも民事の裁判例であり、集団構成員全員が念頭に置かれているかは判然としない事例であるが、被告である放送局がニュース番組でダイオキシン類問題についての特集に係る放送をした事案につき、さいたま地裁は、「〔本件被告〕は、本件放送の内容は原告らが栽培している個々の農作物がダイオキシン類に汚染されていることを摘示するものではないから、原告ら各自の社会的信用や評価を低下させるものではなく、原告ら各自に対する名誉・信用毀損行為には該当しないと主張するが、不法行為としての名誉毀損が成立するための要件としては、本件放送のように所沢市内において野菜を生産する農家といった程度に相手方が特定されていれば十分である。したがって、本件放送は、原告ら個々人の名誉を毀損したものと見える〔下線部引用者〕」と判示している(さいたま地判平13・5・15判例タイムズ1063号1093頁)。

ここではドイツという概観可能性基準が明示的に用いられているわけでは

ないが、「所沢市内において野菜を生産する農家といった程度に相手方が特定されている」という趣旨は、その規模の集団であれば個人関連性を有するほどに明確な輪郭をもった集団であり、概観可能であるとも解しうる。もっとも、「所沢市内において野菜を生産する農家」の人数は、原告の約380名⁸⁰⁾にとどまらないはずであり、これを概観可能な集団とみなすには議論の余地がある。本件放送の翌日以降、実際に所沢産のほうれん草を中心とする野菜の取引停止が相次ぎ、取引量や価格が下落したことなどが判断に影響を及ぼしている可能性があるともみるべきであろう。

したがって、表現の内容およびそれがなされた具体的状況から、「明確な輪郭をもった部分集団」に向けられた表現であり、表現内容も集団帰属性の構造的存在メルクマールに結びついている場合であっても、それが比較的小規模の概観可能な集団であるか、地域性を考慮するとその地域では住民が当該集団構成員と「顔が見える」関係であるといった限定条件が必要であるように思われる。このような基準を満たす場合としては、たとえば、特定の個人または団体は名指していないが、比較的小規模のマイノリティ集住地区またはその構成員が地域住民と緊密な関係にあるマイノリティ集団地区において、その集団帰属性の構造的存在メルクマールに結びついた表現がなされた場合が考えられる。そのような事案では、その地区に住む当該マイノリティ集団構成員個々人に対する名誉毀損罪または侮辱罪が成立する余地があるように思われる。

ただし、たとえば朝鮮人一般に向けられた表現が、いかなる表現内容および文脈によって、「明確な輪郭をもった部分集団」である特定の集住地区の朝鮮人に向けられたものと解しうるかについては、さらなる検討が必要であり、今後の課題としたい。

これに関連して、憲法学においても、マイノリティ集住地区でのヘイトス

80) 佃克彦『名誉毀損の法律実務〔第三版〕』（弘文堂、2017年）60頁。なお、松尾剛行・山田悠一郎『最新判例にみるインターネット上の名誉毀損の理論と実務〔第2版〕』（勁草書房、2019年）154頁によれば、2010年の所沢市の総農家数は1748戸であるとされる。

スピーチを特別に刑事規制することは可能であるとの見解が示されていることが注目される⁸¹⁾。

4. 例外としての被差別マイノリティ集団類型

ドイツではホロコースト否定表現についてドイツ在住のユダヤ人の侮辱適格を認めた判例があるが、この判例の論理には学説から批判が強く、また、尊重請求権という規範的名誉概念が保護法益として承認されていない日本においては、なおさらこのような構成を採用することは困難である。また、ドイツの判例・通説では、ユダヤ人以外の社会的マイノリティ集団も保護の対象としつつ、それ以外の大規模集団を除外しうる説得的な論拠および基準を導出することにも成功していない。

この点、Wandres は、単に表現対象が被差別集団であるということのみを要件とするのではなく、さらに、その表現内容が当該マイノリティ集団に関する既存の偏見に結びついていることまでを要件とする点で、注目に値する。

このことを踏まえると、たとえば、日本においては、震災時に、朝鮮人が井戸に毒を入れたといった表現をすることなどが考えられようか。ただし、ある表現が当該マイノリティに関する既存の偏見と結びついているか否かをいかに判断するかは議論のあるところであろうし、また、そのような判断を現在の刑事司法実務が適切に行うことができるかも問題となりえよう⁸²⁾。仮にこのようなアプローチを採る場合、処罰範囲が不明確なることを回避するために、当該マイノリティに関する差別および偏見についての実態調査およびその社会的認知といった解釈にあたっての基盤整備が必要であるように

81) 奈須祐治「マイノリティ集住地区におけるヘイト・スピーチの規制」西南学院大学法学論集49巻2・3号(2017年)211頁、曾我部真裕「ヘイトスピーチと表現の自由」論究ジュリスト14号(2015年)155頁、LAZAK(在日コリアン弁護士協会)編『ヘイトスピーチはどこまで規制できるか』(影書房、2016年)138-142頁〔木村草太発言〕など。

82) 偏見やレイシズムの本質を理解するにあたり、批判的人種理論の視点が参考になる。ヘイトスピーチの文脈から批判的人種理論を検討するものとして、松垣伸次『ヘイト・スピーチ規制の憲法学的考察』(法律文化社、2017年)参照。

思われる⁸³⁾。

V. おわりに

これまでの検討から得られた結論をまとめると、以下の通りである。

日本においても現行法の解釈として、特定の個人または団体を名指していない集団呼称を用いた表現であっても、個人に対する名誉毀損罪または侮辱罪が成立する理論的余地は十分に認められる。

その一つには推知類型があげられ、ヘイトスピーチとの関連でいえば、たとえば、街頭ではあっても面前の特定人に向けて、「おまえ(ら)のような〇〇人は…」といったかたちでなされた表現であれば、当該個(々)人に対する名誉毀損罪または侮辱罪の成立する余地がある。

もう一つには集団侮辱類型があげられ、ここではさらにいくつかの下位類型に区別することができる。

表現の対象が小規模の概観可能な集団であるか、地域性を考慮するとその地域では住民が当該集団構成員を特定しうる集団については、当該表現による集団構成員全員に対する名誉毀損罪または侮辱罪の成立する余地がある(構成員全員を念頭に置いている類型)。

さらに、その集団における一部の特定されていない個々人に向けられた表現であっても、その表現の対象者である嫌疑が構成員個々人に関連しうる場合(嫌疑原則)は、集団構成員全員に対する名誉毀損罪または侮辱罪の成立する余地があり(構成員の一部を念頭に置いている類型)、また、大規模集団に向けられた表現であっても、表現の内容およびそれがなされた具体的状況から、小規模の「明確な輪郭をもった部分集団」に向けられた表現であり、表現内容も集団帰属性の構造的存在メルクマールに結びついている場合は、部分集団の構成員全員に対する名誉毀損罪または侮辱罪の成立する余地

83) ヘイトスピーチの明確性と歴史性との関係については、櫻庭総「刑法における表現の自由の限界」金編・前掲書注5) 107-127頁参照。

がある（部分集団基準を適用したうえでの構成員全員を念頭に置いている類型）。

ヘイトスピーチとの関連でいれば、このような基準を満たす場合は、たとえば、マイノリティ集住地区においてマイノリティ集団帰属性の構造的存在メルクマールに結びついた表現がなされた場合が想定されうる。ただし、部分集団基準を適用しうる具体的な態様については、今後の課題である。

これら二つの類型については、同様の行為態様を処罰することは可能であるとの憲法学説も存在しており、その規制根拠が本稿の主張とどの程度一致しうるかについては更なる検討が必要ではあるが、憲法上の表現の自由との関係からも問題は比較的少ないことが予想される。

なお、集団侮辱類型に関して、単に表現対象が被差別集団であるということのみを要件とするのではなく、さらに、その表現内容が当該マイノリティ集団に関する既存の偏見に結びついていることまでを要件とすることで、被差別集団一般を特別に保護客体として認めようとする見解は、注目に値するものの、不明確性の点で課題が残されているといわざるを得ず、日本での展開可能性についてはなお慎重な検討が求められる。

本稿では、上記二つの可罰類型を試みとして提示したが、これらはあくまでヘイトスピーチからマイノリティを保護する弥縫策に過ぎないことを肝に銘じておく必要がある。ドイツにおける集団侮辱の実務からうかがえるように、名誉毀損罪および侮辱罪のような構成要件が官憲に対する批判的表現の規制手段として用いられるおそれは、日本においても杞憂に終わるとは言い難く、上記可罰類型の適用は慎重になされるべきである⁸⁴⁾。そればかり

84) これに関して、松澤伸は、公権力を行使する側にあるといえるような公法人に対しては、原則として、名誉毀損罪は成立しないと主張しており、傾聴に値する。「〔法人に対する名誉毀損を全面的に否定する学説も存在するが、憲法上は、法人にも人権の享有主体性を認めるのが判例・通説であることからすれば、〕たとえ刑法における名誉の保護が憲法13条に由来するものであったとしても……、法人を名誉の主体と解することは矛盾とはいえないし、法人を名誉毀損罪の客体から排除するべきではない。もっとも、『人権は第一次的には個人の自由の領域を公権力の侵害から護ることを目的とするものであるから』（芦部・『憲法学Ⅱ』〔1994〕162頁）、公権力を行使する側にあるといえるような公法人に対しては、原則として、名誉毀損罪は成立しないと

か、検察官の広範な起訴裁量に鑑みると、起訴すべき事案に適切な起訴がなされない可能性も皆無ではない⁸⁵⁾。名誉毀損罪および侮辱罪にマイノリティ保護の機能を過度に期待することは避け、より実効性のある救済制度を検討することがヘイトスピーチ問題の本筋であることは言うまでもない⁸⁶⁾。

考えるべきであろう。」松澤伸「刑法における法人の地位」『刑法の争点』（有斐閣、2007年）133頁。

85) 櫻庭総「ヘイトスピーチ規制における運用上の諸問題」徳田靖之・石塚伸一・佐々木光明・森尾亮編『刑事法と歴史的価値とその交錯』（法律文化社、2016年）812-836頁参照。

86) 櫻庭・法セミ前掲注5) 28-29頁参照。