

## 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——

鈴木秀美

### 一 問題の所在

ナチス総統ヒトラー著『わが闘争』の著作権が二〇一五年末に消滅し、ドイツではその再出版が法的に許されるか否かが議論になっている。<sup>(1)</sup> ヒトラーの最後の住所がミュンヘン市にあったため、彼の遺産は同市を州都とするバイエルン州に帰属し、同州財務省が管理してきた。<sup>(2)</sup> 『わが闘争』の著作権も、二〇一五年末までバイエルン州のものだった。ヒトラーは、出版にあたって同書の版權をナチス系出版社フランツ・エーア社に委ねたが、同社はドイツ敗戦後に占領軍によって解体され、版權もバイエルン州のものとなった。バイエルン州は、ナチス思想の普及を阻止するた

ドイツの民衆扇動罪と表現の自由（鈴木）

三九三（一三三五）

め、著作権に基づいて『わが闘争』の再出版を禁止してきた。ところが、著作権法六四条によれば、著作権は、著作者の死後七十年で消滅する。ヒトラーは一九四五年に死亡した。著作権法六九条によれば、この場合、保護期間は一九四六年一月一日からとなり、二〇一五年一月三日をもって著作権は消滅する。そこで、この著作権の消滅を視野に入れて、出版界を中心に『わが闘争』の扱いに注目が集まった。

例えば、二〇一二年初め、イギリスの出版社が、『わが闘争』の一部(原著の二〇頁から二五頁に相当)を解説付きで週刊誌『ツァイトウングスツオイゲン』(Zeitungszeugen)の別冊として、『読むことができない本』(Das unlesbare Buch)というタイトルを付けて出版しようとした。全体の五五パーセントから六〇パーセントが原著で、四〇パーセントから四五パーセントが解説という割合だった。バイエルン州は、著作権に基づいてその出版差止めを求めたところ、同年三月八日のミュンヘン地裁判決は、出版差止めを認めた<sup>(3)</sup>。同年六月一四日の上級地裁判決もこの判断を支持した<sup>(4)</sup>。なぜなら、原著の一部が解説とともに出版されるといっても、出版が計画されていた別冊は、著作権法で認められている「引用」の範囲を超えていると判断されたからである。そこで、出版社は、『わが闘争』が掲載される予定だった部分にモザイクをかけ、そこに「読むことができない」という文字を入れ、解説の部分はそのままにして出版した。この事件で出版社は、ナチス思想の普及を阻止することができるのは刑法だけであり、バイエルン州は著作権を濫用していると主張したが敗訴した。とはいえ、この事件は、『わが闘争』のドイツにおける再出版が著作権によつて阻止されていることに対する問題提起となった<sup>(5)</sup>。

ドイツ刑法は、ナチス独裁への歴史的反省からナチス組織の企てを促進する内容の宣伝手段を禁止するとともに(八六条、八六a条)、民衆扇動罪としていわゆるヘイトスピーチ(人種・民族の集団に対する偏見や憎悪の表現)<sup>(6)</sup>を禁止し

ている（一二三〇条）。解説の付いていない『わが闘争』の再出版は、これらの禁止に違反する可能性があり、とりわけ、民衆扇動罪（一二三〇条二項の民衆扇動的文書の頒布）になると指摘されている。<sup>7</sup>ただし、歴史教育や研究者による歴史的検証のため、解説付きであれば再出版しても違法にはならないと考えられてきた。<sup>8</sup>そこで、ミュンヘンにある現代史研究所（IfZ: Institut für Zeitgeschichte）は、『わが闘争』の著作権消滅後を見据えて、解説付きの『わが闘争』の再出版を計画し、著作権消滅後、二〇一六年一月に同書を出版した。このような出版に対してさえドイツでは一部に批判もあるが、この解説付きの『わが闘争』は出版以来、ベストセラーになった。なお、バイエルン州政府は、著作権消滅後に『わが闘争』がネオナチ組織などによりナチス思想の宣伝に利用されることをおそれて、二〇一二年、いったんは現代史研究所の再出版計画に五〇万ユーロを助成すると決定したが、二〇一三年末になって、たとえ解説付きであつても再出版への助成をすべきでないと方針を転換するという騒動も起こった。

二〇一六年五月になって、ライプチヒのある極右系出版社が、二〇一六年夏に解説の付いていない『わが闘争』を再出版すると予告した。これに対し、検察は、民衆扇動罪の嫌疑で同出版社の経営者に対する捜査に着手したという。<sup>9</sup>解説付きか否かで『わが闘争』再出版の法的取扱いが異なるのかという、著作権消滅前から注目を集めていた問題が、まさに現実のものとなりつつある。

一九六〇年の刑法改正で新設された民衆扇動罪<sup>10</sup>は、その後、何度も改正されており、二〇一〇年と二〇一五年にも改正があつた。そこで本稿では、『わが闘争』の再出版をめぐる議論を背景として、この機会にあらためてドイツの民衆扇動罪がどのような表現規制なのか、そして、それが実際にどのように運用されているかを明らかにしてみたい。以下では、まず、刑法一二三〇条の変遷と、近年の運用状況を確認したうえで、主として一項と二項による一般的なへ

イトスピーチ規制の特徴を概観する。そして、刑事裁判において民衆扇動罪を具体的事案に適用する際に、表現の自由への配慮がどのようになされているかについて、憲法判例を手がかりに検討を加える。ドイツ連邦憲法裁判所は、刑法による表現規制の解釈と適用の段階だけでなく、裁判で争われている具体的な言明の意味理解の段階でも、刑事裁判所に表現の自由への配慮を要請しており、その結果、刑事裁判所が民衆扇動罪で有罪としたいいくつかの判決を覆したこともある。ドイツの立法者によるイトスピーチ規制の取り組みと、その規制による表現の自由の過剰な制約を回避するための連邦憲法裁判所の歯止めとしての役割を明らかにすることが本稿の目的である。

## 二 刑法一三〇条の変遷と運用状況

### 1 刑法一三〇条の変遷

ドイツの民衆扇動罪は、一八一九年、フランスで制定された階級闘争の扇動に対抗するためのプレス法に由来する。この階級闘争扇動罪が当時のプロイセンに受け継がれ、まず、一八五一年のプロイセン刑法一〇〇条に規定された。これが一八七一年の帝国刑法典一三〇条となった。同条は、「公共の平穏を乱す態様で、住民の異なる階級を相互に公然と暴力行為へと扇動する者」を処罰するもので、その後、約九〇年間も存続することになる。<sup>1)</sup>

第二次世界大戦後、旧西ドイツ地域に誕生したドイツ連邦共和国にとって、反ユダヤ主義にいかに対抗するかは重大な政治的・社会的問題であった。ドイツ党(DP)の幹部だったヴォルフガング・ヘートラが、ヒトラー体制の擁護やユダヤ人虐殺を正当化する演説により、前述した階級扇動罪や侮辱罪で起訴されたものの、一九五〇年二月

一五日、地裁判決により無罪となり、それに対する激しい怒りの声があがった<sup>(12)</sup>。これを端緒として、刑法一三〇条改正をめぐる議論が高まった。

ただし、階級扇動罪に代わって民衆扇動罪が刑法一三〇条に規定されるまでにはそれから一〇年の歳月が費やされた<sup>(13)</sup>。一九六〇年に民衆扇動罪が刑法に新設された背景には、一九五〇年代後半の反ユダヤ主義的事件の連鎖があった<sup>(14)</sup>。とくに、一九五九年のクリスマスから発生し、西ヨーロッパ全土に拡大した大規模な反ユダヤ主義的落書き事件が議論を再燃させ、こうした行為を犯罪として刑法に明記し処罰する必要性が強く意識されるに至った<sup>(15)</sup>。年明けに始まった連邦議会法務委員会での審議を経て、一九六〇年五月二〇日、「住民の一部」を攻撃するいわゆるヘイトスピーチに対する規制として、民衆扇動罪が誕生した。一三〇条によって、「公共の平穏を乱すのに適した態様で、他人の人間の尊厳を」、住民の一部に対する憎悪をかき立てたり、暴力的措置若しくは恣意的措置を誘発したり、又は、住民の一部を罵倒し、悪意で軽蔑し、中傷することによって攻撃した者は罰せられることになった<sup>(16)</sup>。また、一九七三年の刑法改正によって、人間に対する暴力を描写する文書とともに、人種に対する憎悪をかり立てる文書を禁止する規定が一三一条として新設された<sup>(17)</sup>。

その後、一九九〇年にドイツ統一という大きな出来事があり、旧東ドイツ地域で失業率が高まると極右による外国人住居への放火が続発したことや、極右政党のドイツ国家民主党（以下では、「NPD」）党首デッケルトの活動とそれに対する処罰をめぐる論争を背景として、一九九四年の改正により、刑法一三〇条に二項から五項が追加された<sup>(18)</sup>。前述した一三一条に規定されていた人種に対する憎悪をかり立てる文書の禁止が、一部の文言の修正を受けて一三〇条二項に移された<sup>(19)</sup>。三項はいわゆる「アウシュヴィッツの嘘」を新たに禁止し、四項は文書による「アウシュヴィッツ



の嘘」も禁止した。<sup>(20)</sup> 五項について詳しくは後述するが、たとえ二項と四項の構成要件に該当しても、教育、研究、芸術、報道などのために役立つ場合を規制の例外とする刑法八六条三項を準用する規定が五項に設けられた。この規定は「社会妥当性条項」(Sozialadäquanzklausel)と呼ばれている。

さらに、二〇〇五年の改正により、ナチスの暴力的支配及び恣意的支配の賛美や矮小化を禁止する四項が新設された。<sup>(21)</sup> この年は第二次世界大戦の終戦六〇年にあたり、終戦記念日の五月八日にネオナチがベルリンのブランデンブルク門やそれに隣接する、新設の「虐殺されたヨーロッパのユダヤ人のための記念碑」の前でデモ行進を行う可能性があったため、短期間にこうした法改正が実現した。<sup>(22)</sup> これにともない、それまでの四項が五項に、五項が六項に移された。なお、一三〇条四項については、二〇〇五年に新設された時から表現規制としてその合憲性に疑問がなげかけられていた。連邦憲法裁判所は、二〇〇九年のいわゆるヴンジーデル決定<sup>(23)</sup>によって同項の合憲性を認めしたが、その際、保護法益の「公共の平穩」に限定解釈を施した(これについて詳しくは後述する)。

この他、二〇一一年の改正により、それまで一項と二項で異なっていたヘイトスピーチの攻撃対象の文言が統一された。<sup>(24)</sup> そして、二〇一五年の改正で六項が新設され、文書や放送によるヘイトスピーチは未遂の場合も処罰されることになった。<sup>(25)</sup> これにともない六項にあった社会妥当性条項は七項に移された。なお、二〇一五年改正のうち二項についての改正は、内容上の改正というよりも、文言上の表現の変更だった。例えば、改正前の二項一号では、「文書」について複数形が用いられていたが、ひとつの文書でも処罰されることを明確にするために単数形が用いられることになった。また、同項二号では、メディアサービスとテレサービスという概念に代わって、テレメディアという概念が採用された。

このような変遷を経て、民衆扇動罪の現行規定は以下のようになっている（最終改正二〇一五年一月二日、同年一月二七日施行）<sup>(27)</sup>。

第一項 公共の平穩を乱すのに適した態様で、

- 一 国民的、人種的、宗教的集団、若しくは民族的出自によつて定められる集団に対して、住民の一部に対して、若しくはある個人が上で挙げた集団や住民の一部に属することを理由にしてその者に対して、憎悪をかき立てる者、暴力的措置をとるよう扇動する者、若しくは恣意的措置をとるよう扇動する者、又は
- 二 上で挙げた集団、住民の一部、若しくはある個人が上で挙げた集団や住民の一部に属することを理由にしてその者を、罵倒し、悪意を持って侮辱し、若しくは中傷することにより、他人の人間の尊嚴を攻撃する者は、三月以上五年以下の自由刑に処せられる。

## 第二項

- 一 以下の内容の文書（二一条三項）を、頒布し、公衆の接近を可能にし、若しくは一八歳未満の者に以下の内容の文書（二一条三項）を提供し、渡し、若しくは目に触れうる状態にした者、
  - a 第一項第一号に掲げる集団、住民の一部若しくは個人に対して、第一項第一号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して憎悪をかき立てること、
  - b aに掲げる者若しくはその多数に対する暴力的措置若しくは恣意的措置をとるよう扇動すること、
  - c aに掲げる者若しくはその多数の人間の尊嚴を、罵倒し、悪意を持って侮辱し、若しくは中傷することに

より攻撃すること、

二 一号 a から c に掲げる内容を放送若しくはテレメディアによって一八歳未満の者若しくは公衆の接近を可能にした者、又は

三 一号 a から c に掲げる内容の文書(二一条三項)を作成し、調達し、交付し、保管し、提供し、宣伝した者、若しくは、一号若しくは二号の意味における文書若しくはその一部を利用し、若しくは他者にその利用を可能にするため、当該文書を輸入し若しくは輸出しようとして試みた者は、三年以下の自由刑又は罰金刑に処せられる。

第三項 国家社会主義支配のもとで行われた、国際刑法典第六条一項で掲げられている種類の行為を、公然と又は集会において、公共の平穩を乱すのに適した態様で、是認し、その存在を否定し、又は矮小化する者は、五年以下の自由刑又は罰金刑に処せられる。

第四項 公然と又は集会において、国家社会主義の暴力的支配及び恣意的支配を是認し、賛美し又は正当化するこ  
とにより、その犠牲者の尊嚴を侵害する態様で公共の平穩を乱す者は、三年以下の自由刑又は罰金刑に処せられ  
る。

第五項 第二項第一号及び第三号は、第三項及び第四項に掲げる内容の文書(二一条第三項)にも妥当する。第三  
項及び第四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、  
第二項第二号により処罰される。

第六項 第五項の場合も含めて、第二項第一号及び第二号の場合、未遂も処罰される。



第七項 第五項の場合も含めて、第二項の場合、並びに第三項及び第四項の場合には、第八六条第三項が準用される。

なお、一三〇条七項で準用されている八六条三項は、前述した社会妥当性条項である。八六条三項は、同条一項による違憲な組織の宣伝手段の製作・頒布の禁止について、もしその宣伝手段が、「市民教育、違憲な試みの防衛、芸術若しくは学問、研究若しくは教育、焦眉の出来事若しくは歴史の経緯についての報道又は類似の目的に奉仕する場合」を例外としている。これが民衆扇動罪にも準用されるため、たとえば『わが闘争』の再出版が一三〇条二項の構成要件に該当するとしても、ヒトラー独裁について批判的な分析を加える解説付きであれば、市民教育や学校教育、大学での教育・研究に役立つという理由から、『わが闘争』の再出版は民衆扇動罪として処罰されないと考えられてきた<sup>28</sup>。実際、二〇一六年一月の解説付きの『わが闘争』の再出版は刑事事件になってはいない。

## 2 刑法一三〇条の全体像

刑法一三〇条の民衆扇動罪は、毛利透による概説<sup>29</sup>によれば、一項において、「国籍、人種、宗教などによって定められる集団や、その構成員である個人に対して、『公共の平穩を乱すのに適した態様で』、『憎悪をかき立て、あるいは暴力的ないし恣意的措置をとるよう煽動すること、あるいはそのような態様で、それらの者を誹謗中傷することにより、その人間の尊厳を攻撃すること』を禁止する。また、二項は、「一項に該当する内容の文書を頒布、掲示、放送などすること、およびそのために当該文書を作成・調達などすること」を禁止する。三項は、「『公共の平穩を乱

すのに適した態様で』、ナチスが行った民族謀殺を是認、矮小化し、またはその存在を否定すること」を禁止する。四項は、「ナチスの『暴力的かつ恣意的支配』を是認、賛美、あるいは正当化することにより、『犠牲者の尊厳を侵害する態様で公共の平穩を乱す』こと」を禁止する。

毛利は五項から七項について概説していないが、同じ程度に概説するなら、五項は、三項と四項で禁止された内容の文書を頒布、掲示、放送などすることを禁止する。六項は、二項と五項について、その未遂を処罰する。七項は、前述の通り、社会妥当性条項である。

なお、二〇一一年の改正まで、一項と二項ではヘイトスピーチの攻撃対象について異なる表現が用いられていた。より広範に攻撃対象を捉えていた二項と異なり、一項はヘイトスピーチの攻撃対象を「住民の一部」に限定していた。このため、一項における攻撃対象はドイツに住む住民の一部に限られ、これに対し、二項の文書によるヘイトスピーチの攻撃対象には外国に住んでいる国籍、民族、宗教などによって特定される集団も含まれると解釈されていた。ところが、二〇一一年の改正で、一項のヘイトスピーチの攻撃対象として「住民の一部」に「国民的、人種的、宗教的集団、若しくは民族的出自によって定められる集団」が追加され、一項と二項の攻撃対象が統一された。現行一三〇条一項と二項で用いられている「国民的、人種的、宗教的集団、若しくは民族的出自によって定められる集団」は、その集団がドイツに住むか否かを問われない。これに対して、「住民の一部」はドイツに住む住民の一部を意味する。<sup>30</sup>

### 3 発生件数及び量刑の現状

刑法一三〇条による摘発件数は少なく、有罪になる率も低い。<sup>31</sup>一九九五年までは警察の犯罪統計もとられていな

【表1】 発生件数や検挙率など

	事件数	被疑者数	検挙率 %	130条で有罪となった者				少年法で有罪 となった者
				1項	2項	3項	4項	
1996	1548	1095	54.60	197	16	12		79
2000	3294	3244	67.80	186	32	7		87
2001	4365	3773	61.90	329	85	44		181
2002	3022	2647	70.20	330	94	17		184
2003	2202	2142	67.90	297	49	18		122
2004	2649	2391	68.90	246	47	24		116
2005	2812	2363	69.80	226	46	33		85
2006	3096	2527	71.30	220	34	26	3	59
2007	3168	2881	71.40	318	62	53	5	126
2008	3354	2809	65.60	188	57	41	5	106
2009	2430	2685	65.60	369	88	55	3	80
2010	2886	1931	66.50	184	66	60	7	53

かった。二〇一三年に刊行されたノモス社の刑法コンメンタール<sup>(32)</sup>に掲載されている【表1】は、一九九六年から二〇一〇年までの①事件数、②被疑者数、③検挙率（①から③はドイツ全体についての警察統計の数字）、④刑法一三〇条と少年法による有罪確定者数（旧西ドイツ地域の有罪確定者数統計の数字）をまとめたものである。事件数よりも被疑者数が少ないのは、同一の者が複数の事件にかかわっているからである。民衆扇動罪が制定された後、主として反ユダヤ的表現が摘発されており、一時期は左翼的扇動が問題化していたが、その後、再びネオナチによる表現がもっぱら摘発されるようになった。その多くは若いドイツ人男性であったという。

また、【表2-1】から【表2-4】は、二〇一五年にベック社から刊行された刑法コンメンタール<sup>(33)</sup>に掲載された二〇一二年に刑法一三〇条により有罪の言い渡しを受けた者の量刑についての統計である。それによると、民衆扇動罪には、罰金刑が科されることが多い。自由刑が科された

件数は少なく、一項と二項に限れば高い割合で執行猶予がついている。

一三〇条一項の法定刑は三月以上五年以下の自由刑であるが、多くの場合、刑法四七条二項により罰金刑が科される。刑法四七条によれば、六月未満の自由刑は、特別な事情があり必要な場合のみ科される(一項)。さらに、罰金刑が法定されていなくても、六月又はそれを超える自由刑を科さず、一項にも該当しない場合、裁判所は罰金刑を言い渡すことになっている(二項)。罰金刑は、日数罰金制である。<sup>34</sup>二〇一二年、一三〇条一項により有罪を言い渡された者のうち六二・二八パーセント(五八件)が罰金刑、三七・七二パーセント(三八件)が自由刑であった(執行猶予の割合は【表2-1】参照)。二項の法定刑は、三年までの自由刑又は罰金刑である。有罪判決を言い渡された者のうち九三・三三パーセント(二八件)が罰金刑、六・六六パーセント(二件)が自由刑で、いずれも執行猶予付きであった【表2-2】。三項の法定刑は、五年以下の自由刑又は罰金刑である。有罪判決を言い渡された者のうち八四・〇九パーセント(三七件)が罰金刑、一五・九パーセント(七件)が自由刑であった(執行猶予の割合は【表2-3】参照)。四項の法定刑は、三年以下の自由刑又は罰金刑である。二〇一二年に有罪を言い渡された者はすべて罰金刑であった(二三件)。詳しくは、【表2-1】から【表2-4】を参照していただきたい。

ドイツでは、二〇一五年にシリア難民をはじめ大量の難民が押し寄せたことから、排外主義運動が高まりを見せており、右翼政治家による民衆扇動的な発言やインターネットへの書き込みがあらためて問題になっている。例えば、二〇一六年五月三日には、反イスラム運動組織、通称ペギーダ(正式には、「西洋のイスラム化に反対する愛国的欧州人」)の設立者で元代表のルツツ・バッハマンに対し、ドレスデン区裁判所が民衆扇動罪で有罪判決を下した(九六〇〇ユーロの罰金。ただし、この判決はまだ確定していない)<sup>35</sup>。バッハマンはフェイスブックに難民を誹謗し、憎悪を駆り立て

【表 2 - 1】 130条 1 項の量刑

	日数					年数			
	5～15	16～30	31～90	91～180	180超	1～2	2～3	3～5	5～10
罰金	5～15	16～30	31～90	91～180	180超				
62.28% = 58判決		2.08% = 2	35.42% = 34	22.91% = 22					
自由刑	6まで	6	6～9	9～12	1～2	2～3	3～5	5～10	
37.72% = 38	9.375% = 9 そのうち 執行猶予 8 ( = 88.9%)	4.08% = 4 そのうち 執行猶予 4 ( = 100%)	12.5% = 12 そのうち 執行猶予 10 ( = 83.33%)	7.29% = 7 そのうち 執行猶予 6 ( = 85.71%)	6.25% = 6 そのうち 執行猶予 6 ( = 100%)				

【表 2 - 2】 130条 2 項の量刑

	日数					年数		
	5～15	16～30	31～90	91～180	180超	1～2	2～3	3～5
罰金	5～15	16～30	31～90	91～180	180超			
93.33% = 28判決		10% = 3	70% = 21	13.33% = 4				
自由刑	6まで	6	6～9	9～12	1～2	2～3	3～5	
6.66% = 2		3.33% = 1 そのうち 執行猶予 1 ( = 100%)	3.33% = 1 そのうち 執行猶予 1 ( = 100%)					

【表 2 - 3】 130条 3 項の量刑

	日数					年数		
	5～15	16～30	31～90	91～180	180超	1～2	2～3	3～5
罰金	5～15	16～30	31～90	91～180	180超			
84.09% = 37判決	2.27% = 1	22.7% = 10	40.9% = 18	18.18% = 8				
自由刑	6まで	6	6～9	9～12	1～2	2～3	3～5	
15.9% = 7		9.09% = 4 そのうち 執行猶予 2 ( = 50%)	2.27% = 1 そのうち 執行猶予 1 ( = 100%)	2.27% = 1 そのうち 執行猶予 0 ( = 0%)				

【表 2 - 4】 130条 4 項の量刑

	日数					年数		
	5～15	16～30	31～90	91～180	180超	1～2	2～3	3～5
罰金	5～15	16～30	31～90	91～180	180超			
100% = 22判決		68.19% = 15	31.82% = 7					
自由刑	6まで	6	6～9	9～12	1～2	2～3	3～5	
0								



るコメントを書き込んだとされる。この事件で検察は、七か月の自由刑を求刑したが、区裁判所は罰金刑を選択した。この他、ペギーダの女性活動家も、二〇一六年一月に開催されたある集会における発言について、民衆扇動罪で告発されたが、二〇一六年五月末、ライプチヒ検事局は捜査の結果、当該発言は民衆扇動罪の構成要件に該当しないとして捜査を中止したと発表した。<sup>36)</sup>

本稿が民衆扇動罪を取り上げるきっかけとなった解説の付いていない『わが闘争』の再出版計画は、当初、二〇一六年夏と予告されていたが、九月末の時点でも出版には至っていないようである。解説の付いていない『わが闘争』の再出版は、民衆扇動罪で罰せられるのか、今後の行方を注視したい。

### 三 民衆扇動罪の表現規制としての特徴

#### 1 保護法益

すでに確認したように、刑法一三〇条一項は、住民の一部、国籍・人種・宗教などによって定められる集団、又はその構成員である個人に対して、「公共の平穩を乱すのに適した態様で」、①憎悪をかき立てること、暴力的措置の扇動若しくは恣意的措置の扇動、又は、②それらの者を誹謗中傷等を行うことにより、他人の人間の尊厳を攻撃することを禁止する。二項は、一項で禁止された内容の文書を頒布、掲示、放送などすること、又はそのために当該文書を作成・調達などすることを禁止する。

これらの規定の保護法益は、通説によれば、公共の平穩である。<sup>37)</sup> 一三〇条が「公共の秩序に対する罪」の章に含ま

れていることがそのひとつの理由となっている。一項は、「公共の平穩を乱すのに適した態様」によることを構成要件としているのに対し、二項にこの文言はない。しかしながら、二項も一項と同様に、公共の平穩を主たる保護法益としてしていると理解されている。ここで公共の平穩とは、「公共の法的安定性及び市民の平穩な共同生活の状態、並びに静かで平穩に生活しているという住民の意識」であると考えられている<sup>38</sup>。なお、学説には、公共の平穩よりも、人間の尊嚴を刑法一三〇条一項と二項の保護法益とみる立場もあるが、主たる保護法益は公共の平穩であるとするのが通説である。とはいえ、通説も、公共の平穩とともに、人間の尊嚴が保護法益であることを認めている。

なお、連邦憲法裁判所は、一三〇条四項の合憲性が争われたヴンジーデル決定<sup>39</sup>において、同項の保護法益たる「公共の平穩」について、意見表明の自由の侵害を正当化するためには限定解釈が必要であるとした。同決定によれば、公共の平穩の保護は、主観的な不安からの市民の保護と理解することはできず、「その内容によって明らかに法益を脅かす行為を誘発する発言、すなわち攻撃や法律違反へと移行させるような発言からの保護」を意味する。一項では「公共の平穩を乱すのに適した態様で」と規定され、四項では「公然と又は集会において、国家社会主義の暴力的支配及び恣意的支配を是認し、賛美し又は正当化することにより、その犠牲者の尊嚴を侵害する態様で公共の平穩を乱す者」を罰しているという文言上の違いがあるが、ヴンジーデル決定が求めた「公共の平穩」の限定解釈は、同じ保護法益のための表現規制にもそのまま妥当すると考えるべきである<sup>40</sup>。

刑法一三〇条は、一九六〇年に誕生したとき、「公共の平穩を乱すのに適した態様で、他人の人間の尊嚴を」、住民の一部に対する憎悪をかき立て（一号）、暴力的措置若しくは恣意的措置を誘発し（二号）、又は、住民の一部を罵倒し、悪意で軽蔑し、若しくは中傷すること（三号）によって攻撃した者を罰していた。ところが、一九九四年の改正

により、文言が一部改正され、禁止行為について、「公共の平穏を乱すのに適した態様で」、住民の一部に対して、憎悪をかき立てたり、暴力的措置若しくは恣意的措置を誘発すること(一号)、又は、それらの者を誹謗中傷することにより、他人の人間の尊厳を攻撃すること(二号)が禁止された。この改正により、「他人の人間の尊厳に対する攻撃」という構成要件は、一三〇条柱書から削除され、一三〇条一項二号に移された。このため、この改正によって、一三〇条一項一号については、人間の尊厳に対する攻撃とまではいえない行為も、公共の平穏を乱すのに適した態様であれば処罰されることになったという指摘もあるが、人間の尊厳の攻撃といえるか否か限界事例において判断がしやすくなるという面があるとしても、改正前と異なる行為態様を罰するものではないと考えられている<sup>41)</sup>。

## 2 攻撃対象

民衆扇動罪が一九六〇年に一三〇条として新設された時、ヘイトスピーチの攻撃対象について「住民の一部」と規定していた。その後、二〇一一年改正<sup>42)</sup>により、「国民的、人種的、宗教的集団、若しくは民族的出自によって定められる集団」とそのような集団に属する「個人」が追加された。「国民的、人種的、宗教的集団、若しくは民族的出自によって定められる集団」という概念は、ドイツが「国際刑事裁判所に関するローマ規程」を批准するために制定した「国際刑法典」の六条に定められた民族謀殺(ジェノサイド)<sup>43)</sup>に関する規定に依拠している。二〇一一年改正についての議会資料によれば、この改正は、「国際標準を明確に国内法化するためにも、一三〇条一項と二項で統一的な文言を用いることを保障し、それによって無用の混乱や誤った逆の推論を排除するために必要であった<sup>44)</sup>。というのも、文書によるヘイトスピーチを禁止する一三〇条二項は、一九九四年に新設された時から、「住民の一部」と並ん

で「国民的、人種的、宗教的集団、若しくはその民族性 (durch ihr Volkstum) によって定められる集団」を保護対象としており、「住民の一部」とのみ規定している一項と規定の仕方が異なっていた。二〇一一年改正で、一項と二項の保護対象が同じであることが文言上も明確になった。なお、この議会資料の説明によれば、二〇一一年改正で採用された「民族的出自 (durch ihre ethnische Herkunft) によって定められる集団」という文言は、意味においては旧二項の「民族性によって定められる集団」と同じである。

一九六〇年の民衆扇動罪は「住民の一部」という文言を採用したが、一九五〇年代の法案審議の段階では、保護対象を国民的、人種的、宗教的集団、又はその民族性によって定められる集団とする案も検討された。しかし、「人種」という文言を用いることで、保護対象がユダヤ人に限られることになれば、特定の集団のみに特別の保護が与えられることで、ユダヤ人に対する逆差別をもたらすことになる<sup>45</sup>と社会民主党 (SPD) の議員が批判したことから、当時は「住民の一部」という文言に落ち着いたという経緯があった<sup>45</sup>。ただし、国民的、人種的、宗教的集団、又はその民族性によって定められる集団という表現を採用すれば、ユダヤ人だけでなく、あらゆるマイノリティ・グループも含まれるはずであり、この批判は理由のないものであったと指摘されている<sup>46</sup>。これまでの判例で「住民の一部」として認定されたヘイトスピーチの攻撃対象としては、ユダヤ人の他、「ニガー」、有色人種、特定国出身の外国人労働者、国防軍兵士のような職業上の集団などがある<sup>47</sup>。

なお、二〇一六年に日本でヘイトスピーチ対策のために制定された「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律」(同年六月三日施行)は、攻撃対象を「本邦外出身者」に限定したが、ドイツの民衆扇動罪の攻撃対象にはそのような限定はない。前述の通り、「国民的、人種的、宗教的集団、若しくは民族的出

自によって定められる集団」は、その集団がドイツに住むか否かを問わない。これに対して、「住民の一部」にいう「住民」はドイツに住む者である。

### 3 禁止される行為

一三〇条一項が禁止するのは、「公共の平穩を乱すのに適した態様で」、前述した攻撃対象に対して憎悪をかき立てること、暴力的措置の扇動若しくは恣意的措置の扇動(二号)、又は、前述した攻撃対象を罵倒し、悪意を持って侮辱し、若しくは中傷することにより、他人の人間の尊嚴を攻撃すること(二号)である。

ここで、一項は、公共の平穩それ自体を保護法益として明文化するのではなく、「公共の平穩を乱すのに適した態様」という文言を用いている。ドイツ刑法は、一三〇条以外でも、一二六条、一四〇条二号、一六六条でも同様の概念を用いている。「公共の平穩を乱すのに適した態様」とは、一項に規定されている各行為によって、実際に平穩が乱される必要はなく、平穩を乱す「具体的な適性」があれば十分であるとされている。公共の平穩を乱す適性が認められるためには、具体的な状況において、その発言により公共の法的安定性への信頼が揺らぐ懸念が必要となる。その際、信頼が揺らぐことは、憎悪が向けられた集団の中でそれが懸念されれば十分であり、あるいは、その発言を受け取る人々の中で、攻撃された集団に対して法律違反の行為がなされる傾向が惹起されたり、強化される可能性があれば十分であるとされている。<sup>(48)</sup>

そのような適性を審査するための基準は、まず攻撃の内容と強度である。さらに、すべての関連性のある状況を包括的に評価するためには、当該攻撃を公衆が、とりわけ未成年者がどのように受け止めるかも重要になる。<sup>(49)</sup> この他、



攻撃された集団の大きさや同質性、攻撃された集団の社会的統合の欠如なども重要であるのに対し、攻撃された集団が社会に統合されていたり、発言が明らかに未成年によってなされた場合や、成人の場合でも発言者の人格からして発言がまじめに受け止められないと評価できる場合などは、適性が認められない可能性がある<sup>50</sup>。

一項で禁止されるいくつかの行為のうち、暴力的措置や恣意的措置の扇動についてのみ説明しておく<sup>51</sup>、暴力的措置とは、暴力犯罪（刑法二二五条）、自由の剥奪、暴力による追放、迫害、非難攻撃を行うことなどである。これに対し、恣意的措置とは、それ以外の、差別的、かつ人間性の本質的な要請に反するあらゆる行為を含む概念である<sup>52</sup>。「措置」という言葉が用いられているが、国家が関与していない私人による行為も処罰の対象となる。

#### 四 表現の自由の要請

##### 1 憲法裁判所と刑事裁判所

ドイツ連邦憲法裁判所には、連邦国家的争訟、機関争訟、規範統制などの権限と並んで、憲法異議について判断する権限がある。公権力によって自己の基本権を侵害された者は、その救済を求めて連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てることができる。連邦憲法裁判所は、適法な憲法異議に依拠して、申立人の主張や利益に限定されることなく、公権力の行為についてあらゆる観点から審査を行うことができる。裁判所の判決も憲法異議の対象であるため、民衆扇動罪について有罪判決を受けた被告人は、その判決による表現の自由の侵害を理由に連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てることができる<sup>53</sup>。

ドイツの高級紙「フランクフルター・アルゲマイネ」の報道によれば、民衆扇動罪は、捜査のための検察の人手不足に加えて、刑事裁判所の裁判官が、表現の自由を重視している連邦憲法裁判所での敗訴をおそれて有罪判決を下すことに慎重になっているため、集会での発言やインターネットの書き込みなど民衆扇動的表現が目につく割には、告発や有罪判決は少ないという<sup>54</sup>。連邦憲法裁判所は、刑法による表現規制の解釈と適用の段階だけでなく、裁判で争われている具体的な言明の意味理解の段階でも、刑事裁判所に表現の自由への配慮を要請しており、その結果、刑事裁判所が民衆扇動罪で有罪としたいくつかの判決を覆したこともある。以下では、ヘイトスピーチ規制に関連するいくつかの憲法判例を手がかりに、連邦憲法裁判所が表現の自由の過剰な制約にどのような歯止めをかけているかを明らかにしてみたい。

## 2 「兵士は殺人者だ」事件

ドイツではヘイトスピーチ規制が、民衆扇動罪としてだけでなく、集団に対する侮辱的表現の規制の可否という形でも議論されてきた。連邦憲法裁判所は、集団に対する侮辱的表現が、集団構成員各人にその侮辱的効果が波及する場合（「個人の被害者性」という）には、侮辱罪（刑法一八五条）による規制を認めている<sup>55</sup>。ただし、具体的事件の結論を導く際には、刑法規定の解釈と適用においてのみならず、争いになっている言明の意味理解についても、基本法五条一項の意見表明の自由を重視する姿勢を貫いている。連邦憲法裁判所は、集団に対する侮辱的表現の規制について、集団を限定して理解するなどの工夫によって、名誉の保護よりも意見表明の自由を重視する傾向がある。

ドイツでは一九九〇年代半ば、「兵士は殺人者だ」という言明が侮辱罪となるか否かをめぐる激しい議論が展開さ

れた。連邦憲法裁判所第一法廷は、一九九四年、部会<sup>(56)</sup>の決定によって、「兵士は殺人者だ」というステッカーを自己の所有する車に貼っていた者に対する有罪判決を、先例に照らして明らかに間違っているとして破棄した<sup>(57)</sup>。連邦憲法裁判所は、世論の高い支持を得ていることで有名であるが、この決定は、兵士の名誉との関係で意見表明の自由を重視しすぎているとして、政治家をはじめ世論の激しい批判を受けた。そこで、連邦憲法裁判所は、一九九五年、「兵士は殺人者だ」又は「兵士は潜在的な殺人者だ」という言明をめぐる四つの事件を併合し、今度は第一法廷の決定により、以下のような趣旨の丁寧な理由づけを行って、すべての有罪判決を破棄し、事件を刑事裁判所に差し戻した<sup>(58)</sup>。

刑法一八五条は個人の名誉を保護するものであり、基本法五条二項は、明文で名誉による意見表明の自由の制約を認めている。ただし、だからといって立法者は、個人的名誉の保護のために意見表明の自由を好き勝手に制約できるというわけではない。「むしろ、立法者は、基本法五条二項の権限を行使する際にも、制約される基本権から目を離さず、意見表明の自由に対する過剰な萎縮効果 (Einkengungen) を回避しなければならない」。刑法は、名誉毀損における正当な利益を保護するための一九三条を設けることで、特に意見表明の自由からの影響に開かれており、対立する諸法益に配慮した衡量を許している。さらに、刑法一八五条は、国家機関の名誉を保護する規範でもあるが、それも基本法五条二項の一般法律に属する。「刑法による保護は、とりわけ意見表明の自由の基本権によって保障されるべき世論の批判から、場合によってはそれが厳しいかたちの批判であっても、国家機関を守ることになつてはならない」。

刑法の解釈と適用は刑事裁判所の役割である。ただし、「連邦憲法裁判所の確立された判例によれば、意見表明の自由を制約する法律が問題となる場合には、その価値設定的な意義が法適用の段階においても維持されるよう、制約

される基本権が考慮されなければならない」。個人的名誉と意見表明の自由の衡量を一般的・抽象的に行うことはできない。そこで、連邦憲法裁判所は、判例において、具体的衡量のための基準を提供する一連の観点を発展させてきた。人間の尊厳を侵害する言明、形式的侮辱、誹謗的批判の場合、意見表明の自由が退かなければならない。ただし、連邦憲法裁判所は、専門裁判所が発展させた誹謗的批判の概念を限定的に定義した。ある裁判所が、個別事件のあらゆる状況を考慮してある具体的衡量を不必要であるとした結果、ある言明を誤つて形式的侮辱又は誹謗的批判と判断した場合、その点に、判決を破棄に至らせる憲法上重大な間違いがある(傍点は筆者による)。ある言明が、人間の尊厳に対する攻撃、形式的侮辱、誹謗的批判に当たらない場合、衡量は、関連する法益に対する侵害の重大性に左右される。その際、意見表明の自由が、私的な対立の枠内で自己利益を追求するために行使されるか、それとも公共性に本質的にかかわる問題との関係で行使されるかが重要になる。「世論形成に貢献するための論争的な言明の場合、連邦憲法裁判所の確立された判例によれば、言論の自由への推定が働く。したがって、その推定を否定するためには、この推定ルールが導き出される、民主制にとっての意見表明の自由の構成的な意義を考慮した理由付けが必要になる」。

さらに、言明のすべての法的評価にとって「その意味が正しく理解されたこと」が条件となる。もし正確な意味理解をせずに、ある言明に有罪判決を下すなら、それは、正当な言明を抑圧することになるし、さらには意見表明の自由を行使すること一般に対して悪い影響を与える。なぜなら、言明をしようとする者にとっては、自己の言明の誤った意味理解によって処罰されるおそれがあるからである。それゆえ、意見表明の自由からは、基本権制約的な法律の解釈と適用のためだけでなく、論争的な言明の意味理解のための要請が生じる。裁判所は、言明の客観的な意味の解

明を指さなければならぬ。「論争的な言明の意味を明らかに誤解し、法的評価がそれに基づいている判決は、意見表明の自由の基本権に抵触する。ある裁判所が、多義的な言明について、前もって他の可能な解釈を筋の通った理由をもって排除することなく、有罪判決に導く意味を採用する場合も同様である」。「言明の意味の解明についての基本法五条一項一文の要請は、連邦憲法裁判所による事後審査に服する」。ある言明に対する有罪判決のような重大な基本権侵害の場合、とりわけこの要請に適合しているか否かが問われる。連邦憲法裁判所の言明の意味理解についてのこうした立場に対しては、「専門裁判所の事実認定権限を侵害している」という批判もあるが、本稿では紙幅の関係でこの論点に立ち入らない。<sup>59</sup>

連邦憲法裁判所は、結論において、四つの具体的事案における「兵士は殺人者だ」又は「兵士は潜在的な殺人者だ」という言明について、それらはおおよそ兵士一般を指してなされたものであり、それを連邦軍兵士のみを指していると解釈するためにはそのための理由付けが必要になるが、原手続においてはそれが行われていなかったと判断した。

### 3 二〇〇九年の二つの部会決定

連邦憲法裁判所は、民衆扇動罪についても、この決定で明らかにした考え方に依拠して、具体的事案における有罪判決の合憲性を判断している。例えば、二〇〇〇年九月六日、第一法廷第一部会決定は、バイエルン上級裁判所によつて民衆扇動罪で有罪判決を受けた新聞記者の憲法異議に理由があるとして同判決を破棄し、事件を同裁判所に差し戻した。この事件では、レーゲンスブルク市が公募した文化、法務、環境の専門担当者の人選について、同市で行されている週刊新聞の一面に「専門担当者の選考、いよいよ最終局面に」という見出しに続いて、「文化部門はユ



ダヤ人男性 (Elin Jude) ?、法務部門は…、環境部門は…」と、選出される者を予測する見出しが掲載された。第二面には、二百人を超える応募者の中から七人の候補者に絞られたことを詳しく報道する記事が掲載された。検察は、上記の見出しにあった「文化部門はユダヤ人男性？」という表記について、刑法一三〇条一項違反だとしてこの記事を書いた記者を起訴した。区裁判所はこの記者を無罪としたが、地方裁判所では有罪判決が下され (六〇日の罰金)、上級地裁もこれを支持した。見出しで用いられた「ユダヤ人」という文言は、ナチス用語であり、たとえ二面の記事でその文言が用いられていなかったとしても、一面の見出しにこの文言を用いることは、刑法一三〇条一項に違反するとされた。記者は、見出しを記事から切り離して下された有罪判決による意見表明の自由の侵害を主張した。

この事件に対する第一法廷第一部会の決定は、一九九五年の「兵士は殺人者だ」決定で示された意見表明の自由の要請が、民衆扇動罪にも同様に妥当するとしうえで、この事件の場合、刑事裁判所による刑法一三〇条一項の規範解釈にも憲法上の疑念があり、さらに、言明の意味理解も意見表明の自由の要請をみたしていなかったと判断した。第一部会決定によれば、「文化部門はユダヤ人男性？」という言明は、候補者がユダヤ教徒であることを伝えようとしたと理解することもできるし、その候補者だけでなくすべてのユダヤ人が文化部門の専門担当者にふさわしくないということを強調しようとしたと理解することもできる。ところが、有罪判決は、なぜ後者の理解に依拠するのかについて筋の通った理由づけをしていなかった。「ユダヤ人 (Jude)」という文言自体には、中傷的な意味はない。ただしそれがナチスのイデオロギーに関連して用いられる場合は別である。それゆえ、今日でも、この文言を用いる際には特に注意を払う必要がある。それは、刑法上の判断の枠内でこの文言の意味を理解する場合も同様である。意味理解に際しては、個別事例の事情、とりわけ文脈が重要になる。問題とされた見出しの場合、第二面の記事とともに、

文化部門の専門担当者がユダヤ教徒であり、ユダヤ文化との結びつきがあることを報道しようとするものであった。記者は、ユダヤ人という文言を見出しで用いる際、前述したような注意を払っていなかったが、事後的にそれを自ら認め、謝罪している。第一部会は、問題とされた見出しの第一面への掲載は、配慮の足りない、無責任な行為であったとはいえ、それは憲法的観点から見れば、有罪とするほどのものとはいえないと結論付けた。

なお、二〇〇九年九月二四日、連邦憲法裁判所第二法廷第三部会も民衆扇動罪に関連する憲法異議について決定を下している。<sup>61</sup>この事件では、同月二七日の連邦議会選挙を前に、ポーランド国境に近い、メクレンブルク・フォアポーンメルン州のある郡の当局が、当地のNPDの選挙ポスターの掲示を禁止したことの合憲性が争われた。このポスターには、「ポーランドの侵入を止めろ!」というスローガンとともに、三羽のカラスが描かれ、そのうち一羽がユーロ紙幣をくちばしでつついていた。NPDは行政裁判所でこの掲示禁止を争ったが、上級行政裁判所決定によって、このポスターがドイツに住むポーランド人を中傷することにより、人間の尊厳を攻撃するもので刑法一三〇条一項に違反するという理由から掲示禁止が維持された。そこで、NPDは、この決定による連邦議会選挙における意見表明の自由の侵害を主張して憲法異議を申し立てた(基本法五条一項との結びつきにおける二一条の侵害)。第二法廷第三部会は、投票日の直前に下した決定により、上級行政裁判所決定が意見表明の自由の要請をみたしているとしてNPDの申立てを却下した。

#### 4 ヴンジーデル決定

刑法一三〇条による表現規制と憲法が保障する意見表明の自由の関係を検討する上で重要なもう一つの憲法判例が、

二〇〇九年のヴンジーデル決定<sup>62</sup>である。この事件では、憲法異議の申立てに基づき、刑法一三〇条四項によるナチス支配の是認や賛美の禁止の合憲性が争われた。一三〇条一項と二項による表現規制の合憲性そのものが審査の対象ではなかったものの、一項と二項による表現規制について考えるうえでも、この決定は参考になる。

この事件では、刑法一三〇条四項と結びついた集会法一五条一項に基づく集会禁止の合憲性が争われた。ニュルンベルク裁判で終身刑となり、一九八七年八月一七日にシュパンダウ刑務所で死亡したナチス副総統ルドルフ・ヘスの墓があったヴンジーデルでは、一九八八年から一九九〇年まで毎年、命日にネオナチがヘス追悼集会を開いていた。当局は、一九九一年から二〇〇〇年までは追悼集会を禁止したが、二〇〇一年の連邦憲法裁判所決定<sup>63</sup>により、追悼集会を開催することが再び認められた。ただし、前述のとおり、二〇〇五年、刑法改正によりナチス支配の是認や賛美を禁止する刑法一三〇条四項が新設され、当局は集会を禁止する法的根拠を得ることになった。

そのような状況で、弁護士でネオナチだったユルゲン・リーガー（二〇〇六年にNPD入党）は、二〇〇五年八月二〇日、ヴンジーデルにて屋外で追悼集会を開くため当局に集会開催を届け出た。ところが、六月二九日付の通知により、当局は、刑法一三〇条四項と結びついた集会法一五条一項に基づいて、屋外・屋内を問わず追悼集会の開催を禁止した。リーガーは、行政裁判を通じてこの禁止を争ったが、連邦行政裁判所判決<sup>64</sup>も当局の判断を支持したため、この判決による集会の自由や意見表明の自由の侵害を主張して連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。争点は、刑法一三〇条四項の合憲性と、この事件における同項の解釈と適用の合憲性だった。なお、ヘスの墓は二〇一一年七月に遺族などの判断により墓地から撤去された。

連邦憲法裁判所第一法廷は、二〇〇九年一月四日の決定<sup>65</sup>によって、刑法一三〇条四項の合憲性を認めるととも

に、この事件における集会禁止という当局の判断を支持した。

この決定は、意見表明の自由に関する近年の憲法判例の中でも「基本法五条二項に関して新たな判断を示している点で、特に重要」と位置付けられている。<sup>66</sup> なお、憲法異議では集会の自由の侵害も主張されたが、連邦憲法裁判所は、これまでも意見内容に基づく集会規制については意見表明の自由に照らして合憲性を審査してきた。

基本法五条は、一項で意見表明の自由を保障するとともに、二項において一般法律による制約を認めている。一般法律について、連邦憲法裁判所は、リユート判決において、「ある法律が一般的であるのは、①それが意見それ自体を禁止し、意見表明それ自体に対して向けられたものではなく、②特定の意見を顧慮せず、保護されるべき法益の保護、③つまりは意見表明の自由の行使に対して優位を持つ共同体の価値の保護に資する法律である」と判示した。<sup>67</sup>

刑法一三〇条四項の新設にあたっては、ナチス支配の是認や賛美の禁止の一般法律該当性を疑問視する学説もあった。連邦憲法裁判所は、ヴンジーデル決定において、一般法律該当性を判断する上では「意見中立性」が重要であるとし、それは全体的考察から判断されるという考え方を示した。この決定によれば、「ここではとりわけ、ある規範が、抽象的に内容関連的な、様々な行為に対して開かれた基準に限定されているか、それとも、具体的に観点関連的な、とりわけ例えばイデオロギー関連的な区別に基づいているかという点が焦点となる。特別法にあたるための手がかりは、例えば、ある規範が、現下の公的な意見対立の具体的な衝突に対する回答であると理解される場合であり、あるいは、個々の、目下の集団の内容上の立場に結び付いて、当該規範が、本質的に、それらの立場に対してのみ適用されうるという場合である。…ある規範が、明らかに特定の政治的、宗教的又は世界観的見解の支持者にのみ妥当し、それによって、公的意見の対立に影響を与えるように目的設定されていなければならないほど、そのことは、特別法となる



ためのハードルを越えていることになる。同様に、ある意見制約的な法律が、諸事件の特定の歴史的解釈に結び付いている場合や、当該法律が、開かれておらず、すでに確定された人物の範囲の法益の保護に限定されている場合、それは特別法のしるしである。総じていえば、意見制約的規範が、政治的かつ世界観的意见対立において、様々な、具体的な立場に対して原理的に内容上の距離を保っているか否かが重要である」。

連邦憲法裁判所は、この基準に照らして、刑法一三〇条四項を一般法律ではなく特別法であると判断した。ただし、それにもかかわらず、同項は例外的に違憲とはいえないとされた。連邦憲法裁判所は、その理由を、ナチスによる不法と恐怖への対抗的な構想としてドイツ連邦共和国が誕生したことに鑑みれば、基本法の意見表明の自由は、ナチス支配のプロパガンダ的な是認を規制することとの関係では、意見関連的法律という意味での特別法の禁止に対する例外を内在しているからだと言明した。

ただし、連邦憲法裁判所によれば、意見表明の自由がそのような例外を認めるからといって、この例外は、意見表明の自由の実体面での内容を縮減しない。ここで例外として許される規制も、比例原則に適合していなければならず、かつ、厳密に外面的な法益保護のためのものでなければならぬ。連邦憲法裁判所は、それを刑法一三〇条四項についてみると、同項の目的は公共の平穩を保護するという正当なものであり、歴史的なナチス支配に関連して、その是認、賛美、正当化という同項の構成要件も、典型的に政治的論争の平穩をおびやかすために十分な強度を示しており、それは目的を果たすために適合的かつ必要で、狭義の比例性も認められると判断した。

注目すべきは、この決定において、目的審査のところ「公共の平穩」についての限定解釈をすることで合憲性が認められた点である。それによると、意見表明の自由の侵害を正当化するためには、公共の平穩について、挑発的な



意見やイデオロギーに直面した市民を主観的な不安から保護することや、根本的と認められている社会的又は倫理的なものを見方を維持することを目指すものと理解することはできない。住民の法意識において人権を確固たるものにするという目的さえも、対抗する見解を抑圧することは許されない。「立法者が、それを維持するために、世間に影響を与える意見表明を制限することができる、ひとつの正当な目的は、平穏さの保障として理解される公共の平穏である。ここで目標とされるのは、その内容によって明らかに法益を脅かす行為を誘発する発言、すなわち攻撃や法律違反へと移行させるような発言からの保護である。公共の平穏の維持は、その限りにおいて、例えば、それが向けられた人々をそのように行動させる気にさせたり、躊躇するハードルを下げたり、第三者を直接に怯えさせるような、アピールや感情化による、意見表明の外部的影響と関連している。その場合にも、意見表明の自由への侵害は、場合によっては、意見表明の内容に向けられている。しかし、公共の平穏の保護が目指すのは、平穏な共存の維持である」。この決定では、立法者が、もっぱらかつ説得的に、公共の平穏の保護を刑法一三〇条四項の扱ひ所としているとしてその合憲性が認められた。

一般法律に例外を認めたヴンジーデル決定は、学説から、刑法一三〇条四項を合憲とするという「結論ありきの議論ではないか」と批判された。本決定にそのような面があることは否定できないとしても、連邦憲法裁判所は、この事件を契機として、刑法一三〇条四項を一度限りの例外と位置づけるとともに、原則となる一般法律の厳格化を図ったということもできると指摘されている。<sup>(68)</sup>

## 5 その後の二つの部会決定

連邦憲法裁判所では、ウンジーデル決定の後も、部会決定によって民衆扇動罪についての刑事裁判所による二つの有罪判決が破棄されている。

二〇一〇年二月四日の第一法廷第一部会決定<sup>69)</sup>は、「外国人送還活動——暮らす価値のあるドイツのアウグスブルクのために」と記したポスターを掲示した三名を刑法一三〇条二項違反で有罪(罰金七〇日、それぞれ一日につき八〇ユーロ)とした判決を破棄した。この事件で刑事裁判所は、このポスターが、外国人のいるアウグスブルクは暮らすに値しないと訴えるもので、アウグスブルクに住む外国人に対する誹謗であり、彼らの人間の尊厳に対する攻撃にあたり、意見表明の自由によって保護されないと判断し有罪判決を下した。ところが、刑事裁判所の判決は、連邦憲法裁判所によって、意味理解においても、規範の解釈においても、意見表明の自由の要請をみたしていないと判断された。第一部会決定によれば、このポスターは、「暮らす価値のあるドイツの都市」をつくることを目的としており、そこでは外国人の存在が問題視されているとしても、外国人を軽蔑すべきものとまではしていない。ポスターには、外国人敵対的な傾向が認められるものの、そのような言明は刑法上の犯罪ではない。刑事裁判所が、このポスターの言明を、アウグスブルクに住む外国人の人間の尊厳に対する攻撃にあたりと意味理解するためには、その根拠となる具体的な事情を明らかにする必要があるが、判決にはそれが欠けている、というのである。

この他、二〇一一年一月九日の第一法廷第一部会決定<sup>70)</sup>は、第二次世界大戦に対するドイツの戦争責任を否定したり、ナチスによるユダヤ人虐殺の存在を否定する内容のいくつかの文書を、飲食店の店主に手渡した男性を、刑法一三〇条二項、三項違反で有罪(罰金六〇日、一日につき三五ユーロ)とした刑事裁判所の判決を破棄した。この事件で

は、ホロコーストを否定する文書を店主に渡した行為についてこの男性の刑事責任が争われた。連邦憲法裁判所は、二項における文書の「頒布 (Verbreiten)」という概念について、問題の文書が、手渡した男性と受け取った店主、すなわち二人の間でやり取りされたに過ぎないのに、刑事裁判所が、それを頒布にあたるとしたことが、意見表明の自由の意味を正しく理解していないと判断した。二人の間で文書のやり取りがなされた時、その飲食店にはこの男性と店主しかいなかったし、男性がその文書を第三者にも渡すよう依頼したという事実もなかった。刑事裁判所は、二人の間の文書のやり取りにも平穏を乱す効果があったと判断したが、連邦憲法裁判所は、そのような効果を否定した。

## 五 おわりに

本稿では、ドイツにおいて民衆扇動罪が一九六〇年に刑法一三〇条に規定されて以来、現行規定に至るまでの変遷を概観した（最終改正は、二〇一五年一月二日）。そのうえで、全七項からなる現行規定の全体像（二項と二項による一般的なヘイトスピーチ規制、三項によるホロコースト否定の禁止、四項によるナチス支配の賛美や正当化の禁止など）を明らかにするとともに、刑法コンメンタールに掲載されている表に基づき、一九九六年から二〇一〇年までの一三〇条違反事件の発生件数及び二〇一二年の量刑の実際を確認した。さらに、『わが闘争』の再出版との関係で問題となる刑法一三〇条一項と二項による一般的なヘイトスピーチ規制に焦点をあてて、表現規制としての特徴を、公共の平穏という保護法益、法定されているヘイトスピーチの攻撃対象、禁止される行為の観点から概説した。最後に、憲法判例を手がかりとして、刑事裁判所が民衆扇動罪を具体的事案に適用する際に要請される、表現の自由への配慮のあり方を

分析した。連邦憲法裁判所は、刑法による表現規制の解釈と適用の段階だけでなく、裁判で争われている具体的な言明の意味理解の段階でも、刑事裁判所に表現の自由への配慮を要請しており、その結果、刑事裁判所が民衆扇動罪で有罪としたいくつかの判決を覆したこともある。本稿では、表現の自由の要請についての重要な憲法判例として、一九九五年の「兵士は殺人者だ」決定と、二〇〇九年のウンジューデル決定を詳しく検討したほか、民衆扇動罪についての有罪判決を覆した具体例として、連邦憲法裁判所の三つの部会決定を紹介した(二〇〇〇年九月六日の第一法廷第一部会決定<sup>(71)</sup>、二〇一〇年二月四日の第一法廷第一部会決定<sup>(72)</sup>、二〇一一年一月九日の第一法廷第一部会決定<sup>(73)</sup>)。

ドイツでは、一方で、立法者が、刑法一三〇条による表現規制を絶えず見直し、ヘイトスピーチ規制に取り組んでおり、他方で、連邦憲法裁判所は、その規制による表現の自由の過剰な制約を回避するための歯止めとしての役割を果たしている。連邦憲法裁判所の存在を抜きにして、民衆扇動罪による表現規制の効果を理解することはできないということを指摘して、本稿を閉じることにはしたい。

(1) 著作権消滅後の『わが闘争』再出版について Sebastian/Briske, Die Verwertung von Hitlers "Mein Kampf" - Eine urheber- und strafrechtliche Analyse, AFP 2013, 101 ff.; Clemens Bogedain, "Mein Kampf", der "Mythos des 20. Jahrhunderts" und die "Goebbels-Tagebücher": Werke früherer NS-Größen im Spannungsfeld von Strafrecht, Urheberrecht und künftiger Gemeinfreiheit, ZUM 2015, 205 ff.; Timo Handel, "Mein Kampf" - Gilt ein Verbreitungsverbot auch nach 2015 ?, JR 2016, 433 ff.

(2) 「ナチズム及び軍国主義からの解放に関する法律」に基づく一九四八年一月一五日の非ナチ化審査機関 (ミュンヘン第

一) の決定によろ。 Vgl. Sebastian/Briske, a.a.O. (Anm. 1), 102.

- (3) LG München I, Urteil v. 8. 3. 2012, AfP 2012, 190.
- (4) OLG München, Urteil v. 14. 6. 2012, AfP 2012, 395.
- (5) それ以前の議論については、Walter Seitz, Das Wagnis der Freiheit, Weshalb darf Deutschland Hitlers “Mein Kampf” nicht lesen?, NJW 2002, 572 ff.
- (6) ヘイトスピーチは多義的な概念であり、まだ定まった定義はない。定義の困難さについて、小谷順子「言論規制消極論の意義と課題」金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』（法律文化社、二〇一四年）九〇頁以下参照。
- (7) Handel, a.a.O. (Anm. 1), 437 ff.
- (8) Seiz, a.a.O. (Anm. 5), 437 ff.
- (9) Spiegel Online v. 31. 5. 2016, <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/adolf-hitlers-mein-kampf-unkommentiert-staatsanwalte-ermitteln-a-1094377.html> (最終閲覧二〇一六年一〇月二〇日)。
- (10) 民衆扇動罪の概要については、Till Fohrbeck, Wunsiedel: Billigung, Verherrlichung, Rechtfertigung, Das Verbot nazistischer Meinungen in Deutschland und USA, 2015, S. 56 ff. 民衆扇動罪については、楠木孝『刑法解釈の方法と実践』（現代人文社、二〇〇二年）八六頁以下、櫻庭総『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服——人種差別表現及び「アウシュヴィッツの嘘」の刑事規制』（福村出版、二〇一二年）、同「刑法における表現の自由の限界——ヘイト・スピーチの明確性と歴史性との関係」金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』（法律文化社、二〇一四年）一一五頁以下、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」法学論叢一七六卷二・三号（二〇一四年）二二〇頁以下がある。
- (11) NK-StGB-Ostendorf § 130 Rn. 2 f., 4. Aufl. 2013. ドイツ刑法の歴史を概観するものとして、金尚均ほか『ドイツ刑事法入門』（法律文化社、二〇一五年）七頁以下がある。
- (12) ヘートラーは、上級審で有罪となった。BGH, NJW 1952, 1183.
- (13) 櫻庭・前掲注(10)『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』六四頁以下参照。



- (14) 同書六〇頁以下参照。
- (15) Fohrbeck, a.a.O. (Anm. 10), S. 57.
- (16) 一九六〇年に誕生した刑法二二〇条の訳が、櫻庭・前掲注(10)『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』九一頁以下にある。
- (17) Vgl. Karl Leckner, Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 1975, S. 480 f. 楠木・前掲注(10)一一二頁以下参照。
- (18) Das sog. Verbrechensbekämpfungsgesetz, BGBl. I 1994, S. 3186.
- (19) 一九九四年改正により、二二一条は人間に対する暴力を描写する文書のみを禁止する規定となった。
- (20) Vgl. Fohrbeck, a.a.O. (Anm. 10), S. 58 f. 櫻庭・前掲注(10)『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』九六頁以下、川出敏裕「ドイツ犯罪対策法(上)」ジュリスト一〇七七号(一九九五)一〇三頁以下参照。
- (21) Gesetz zur Änderung des Versammlungsgesetzes und des Strafgesetzbuches v. 24. 3. 2005, BGBl. I 2005, S. 969. 櫻庭・前掲注(10)『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』一二三頁以下参照。
- (22) Fohrbeck, a.a.O. (Anm. 10), S. 60.
- (23) BVerfGE 124, 300. 判例評釈として、土屋武「ウンジューデル決定」自治研究九二巻一号(二〇一六)一四四頁以下がある。毛利・前掲注(10)一二六頁以下も参照。ドイツにはたぐさんの判例評釈があるが本稿では、Fohrbeck, a.a.O. (Anm. 10), S. 69 ff. のみをあげておく。
- (24) Gesetz v. 16. 3. 2011, BGBl. I 2011, S. 418.
- (25) Gesetz v. 21. 1. 2015 BGBl. I 2015, S. 10.
- (26) この訳は、毛利・前掲注(10)一二七頁に掲載の「資料」を参考に筆者が修正・加筆した。
- (27) BGBl. I 2015, S. 10. Vgl. BT-Drs. 18/2601.
- (28) Bogedain, a.a.O. (Anm. 1), 208; Sebastian/Briske, a.a.O. (Anm. 1), 109; Seitz, a.a.O. (Anm. 2), 573.
- (29) 毛利・前掲注(10)一二二頁。

- (30) Peter Rackow, StGB § 130 Rn. 13 f., in: Bernd von Heintschel-Heinegg, StGB Kommentar, 2. Aufl. 2015.
- (31) 近年の判例の概観として、Andreas Stegbauer, Rechtsprechungsübersicht zu den Propaganda- und Äußerungsdelikten, NSStZ 2012, 79 ff.; ders., Rechtsprechungsübersicht zu den Propaganda- und Äußerungsdelikten, NSStZ 2015, 201 ff.
- (32) NK-StGB-Ostendorf § 130 Rn. 6.
- (33) Rackow, a.a.O. (Anm. 30), Rn. 59.
- (34) 金ほか・前掲注(11)二四二頁以下の解説によれば、①刑罰の重さが五日から三六〇日までの日数で決定され、②個人の支払い能力に応じて、一日あたりの支払額が算出される。そのうえで、原則として一括支払いであるが、③それができないと判断されれば、支払いの猶予又は分割払いが認められる。支払いが不可能な者には代替自由刑が科される。
- (35) Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 3. 5. 2016 (判例集未登載)。
- (36) Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 9. 2. 2016.
- (37) Miebach/Schäfer, § 130 Rn. 1 ff., in: Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2/2 2005.
- (38) A.a.O. (Anm. 37), Rn. 16.
- (39) BVerfGE 124, 300.
- (40) 毛利・前掲注(10)二二九頁も同旨。
- (41) Miebach/Schäfer, a.a.O. (Anm. 37), Rn. 3.
- (42) BGBI. I 2011, S. 418. Vgl. BT-Drs. 17/3124.
- (43) 国際刑法典六条は、「国民的、人種的、宗教的または民族的な集団の、全体または一部をそれ自体として破壊する意図をもって、その成員を殺害し、心身に重い危害を加え、身体的破壊をもたらす生活条件のもとに置き、その集団内での出生を妨げ、または子どもを他の集団に強制的に移す者は、終身の自由刑に処する」と定める。訳語は、戸田典子「国際刑事裁判所のための国内法整備」外国の立法二二五号(二〇〇三年)一一二頁による。

なお、ドイツでは民族謀殺はもともと一九五四年に刑法二二〇a条に導入されたが、現在は国際刑法典へ編入され、刑法典

からは削除されている。櫻庭・前掲注(10)『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』七四頁参照。

- (44) BT-Drs. 17/3124, S. 10.
- (45) 櫻庭・前掲注(10)『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』七八頁、八八頁以下。
- (46) 同書七八頁。
- (47) NK-StGB-Ostendorf §130 Rn. 18.
- (48) Rackow, a.a.O. (Anm. 30), Rn. 21; Miebach/Schäfer, a.a.O. (Anm. 37), Rn. 17 f.
- (49) Miebach/Schäfer, a.a.O. (Anm. 37), Rn. 17 f.
- (50) Rackow, a.a.O. (Anm. 30), Rn. 22.
- (51) その他の禁止される行為について、櫻庭・前掲注(10)『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』一四五頁以下参照。
- (52) Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB §130 Rn. 5 b, 29. Aufl. 2014.
- (53) 工藤達朗＝畑尻剛『ドイツの憲法裁判〔第二版〕』(中央大学出版会、二〇一三)三四二頁以下参照。
- (54) Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 9. 2. 2016.
- (55) BVerfGE 93, 266. この判決について、小山剛「意見表明の自由と集団の名誉——『兵士は殺人者だ』事件」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第二版〕』(信山社、二〇〇六年)一六八頁以下、毛利透『表現の自由——その公共性ともろさについて』(岩波書店、二〇〇八)二六九頁以下、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——状況へ』(尚学社、二〇一三)四七六頁以下参照。
- (56) 連邦憲法裁判所は、第一法廷と第二法廷からなり、各法廷は八名の裁判官からなる。ただし、多数の事件を迅速に処理する必要から、憲法異議の不受理や、先例に照らして憲法異議に明らかな理由がある場合の認容について、法廷ではなく、各法廷の三名の裁判官からなる部会によって決定を下すことができる。各法廷に三つの部会が設置されている。工藤＝畑尻・前掲注(53)一二五頁以下、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、二〇〇八)五四〇頁参照。
- (57) BVerfG, NJW 1994, 2943.

- (58) BVerfGE 93, 266.
- (59) 詳しうは、毛利・前掲注(55)二七三頁以下参照。
- (60) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des ersten Senats v. 6. 9. 2000 - 1 BvR 1056/95.
- (61) BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24. 9. 2009 - 2 BvR 2179/09.
- (62) BVerfGE 124, 300.
- (63) BVerfG, NJW 2001, 2069.
- (64) BVerwGE 131, 216.
- (65) BVerfGE 124, 300.
- (66) 土屋・前掲注(23)一四七頁。
- (67) BVerfGE 7, 198 (209 f.).
- (68) 土屋・前掲注(23)一五〇頁。
- (69) BVerfG, NJW 2010, 2193.
- (70) BVerfG, NJW 2012, 1498.
- (71) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des ersten Senats v. 6. 9. 2000 - 1 BvR 1056/95.
- (72) BVerfG, NJW 2010, 2193.
- (73) BVerfG, NJW 2012, 1498.