

ヘイト・スピーチとしての歴史的事実の否定、 再肯定表現に対する法的規制

金 尚 均

- I 問 題
- II 歴史的事実の否定、再肯定表現に対する規制の保護法益
- III 人間の尊厳の侵害としての歴史的事実の否定

I 問 題

1 「〇〇人は、税金をむさぼりとりゴキブリだ。こんな奴らは人間じゃない。日本からたたき出せ」などの一定の属性によって特徴づけられる集団に対して、——従属又は排除の効果をもつ——彼らの社会的地位を格下げ（「二級市民」ないし「人間以下」）する侮辱的表現や、「〇〇人を殺せ」、「〇〇人を海にたたみ込め」などの暴力扇動表現は、いわゆるヘイト・スピーチの典型事例といえる。このような表現行為を民衆扇動罪（ドイツ刑130条）をもって刑事規制しているドイツでは、刑罰法令の保護法益を公共の平和と人間の尊厳と解するのが通説的理解である¹。このような一定

1 本罪において公共の平和を保護法益とするが、しかし、表現行為が公然と（öffentlich）行われることは要件とはなっていない。被害者集団が当該表現を聴くことは必要ではない。重要なのは、具体的事情のもと、侮辱による攻撃が広く公共に知れ渡るか又は告知が公の、平和を害する論争となるか否かである。このよう要件のもとで、表現が食堂（Gastzimmer）又は小径で行われることでも十分である（Mattias Krauß, Leipziger Kommentar StGB, 12. Auflage § 130 StGB, 2009, S. 483）。

の属性によって特徴づけられる集団に向けた侮辱的表現や暴力扇動表現は、それらが、特定の集団そのもの又はその集団に属することを理由に個人に対する表現による攻撃にその本質がある。その意味で、このような侮辱的表現では、当事者は、個人的経験の問題として扱うだけでは汲み尽くせない、集団的经验としてその攻撃を受けることになる。自己の属性に関係して侮辱的な表現行為による攻撃をされることで、社会的に従属的な地位に貶められ、場合によっては社会から排除される。このことは同時に、標的となった集団とその構成員の社会参加と権利の享受並び行使を妨げ、しかも彼らに対する不当な扱いを「正当視・当然視」する社会的環境を醸成する²。一定の集団そのものを一括して「二級市民・人間以下」扱いすることは、何ももたらさないどころか³、民主制の基礎をも掘り崩すという意味で、ヘイト・スピーチをする者自身の生活する社会の決定プロセスの基礎を損なわせる。

これに対して、この一定の属性によって特徴づけられる集団に向けられた、いわば攻撃的でしかも排撃的な侮辱的表現や暴力扇動表現行為とは別に、ヘイト・スピーチの別の類型として、「アウシュヴィッツ収容所でのユダヤ人の虐殺は、でっち上げだ」という表現行為、いわゆる「アウシュヴィッツの嘘」(Auschwitzlüge)、「ホロコースト否定」(Holocaustleug-

2 これは、制度的レイシズム (Institutional racism) ということができる。

3 人は、自らしたこと又は親かなどからしてもらったことによって、彼の人生が規定されるのであり、その意味で個人的なのである。自己規定の個性性を保障することに個人の尊重の原点がある。これに対して個々人の背景にある属性を標的にして攻撃することは、集団そのものの格下げないし否定であり、個人に焦点を当てて言い表すと、集団の全ての個々の構成員の人格権の格下げないし否定である。注意すべきは、人格権の格下げないし否定が属性を理由に行われていることから、個人のプライバシーに対する不当な侵害の側面をもちつつも、本質的には、個性性を否定し集団として一まとめにして、その集団の存在を格下げないし否定するところである。ここに個人の問題としてのみだけでは語り尽くせない集団の問題としての平等の侵害がある。つまり法の下の平等の問題である。

nung)として典型的に称される歴史的事実を否定する表現行為、つまり、かつてのナチス政権時代のユダヤ人やロマ人などに対する迫害や第三帝国時代のナチス政権による他国への侵攻を賛美したり、正当化する表現行為や、第2次世界大戦後にその虐殺を政府が認め、反省した過去の歴史的事実に対する(再)肯定評価をする表現行為がある。これらの歴史的事実を否定する表現行為について法的に規制する国がある。これらは、歴史的事実に関する意見表明であり、一見したところ、「直接的に」一定の属性によって特徴づけられる集団に向けられた侮辱的表現とは言えないようにも思える。そのため、単に歴史的出来事について説示・意見表明したにすぎず、何らかの効果を生じさせるわけではないとも言える。また、歴史的出来事に関する意見表明は、それ自体としては単なる自説の表明の域を超えるものではなく、それゆえ、一定の属性によって特徴づけられる集団に対する侮辱をしていない、つまり攻撃していないようにも見える。したがって、このような歴史的出来事の否定や賛美の表現行為は表現の自由の範疇に当てはまる表現行為のようにも思える。

それでは、歴史的出来事に対する否定表現行為を規制している国々では、当該刑罰法規において何を法益として保護しているのだろうか、別の言い方をすると、そもそも、なぜそのような表現することを禁止しているのであるか。また、法的規制するからには、歴史的出来事の否定表現が単なる意見表明を超えて、当該社会にとっていかなる意味をもっているのだろうか、つまり表現の自由という民主主義制度と自由の保障のための背骨とも言える権利を制限することに当該社会において正当化する意味は何であろうか。

2 ドイツの判例は、第二次世界大戦中の強制収容所のガス室でのユダヤ人の大量虐殺は、歴史上の事実として明らかであると判示している⁴。政

4 BGH, NStZ 1994, S.390; BVerfG NJW 1994, S. 1779.

治的なアジェーションで、この明白な歴史的事実を否定する場合には、その態度に対して寛容の見地から見ることは許されないと判示する⁵。ドイツ刑130条、131条（暴力の記述罪）、185条（侮辱罪）、及び189条（死者の追想に対する冒瀆罪）の抵触に基づく「アウシュヴィッツの嘘」の処罰の肯否が問題になった事例に関して、Schmidt は、歴史的事実の否定では、ドイツ基本法1条および2条から導出される死者の人格権保護が問題である、つまり、人間の尊厳は人の死を超えて保護が必要であり（schutzbedürftig）、かつそれゆえ——限定的であるにせよ——継続して人間の尊厳があるとの見解に傾いている。その死の特別の事情も人間の尊厳の一部であり得ると指摘する⁶。

歴史的事実を否定する表現行為の背景には、現実には迫害を受け、その結果、殺害された人々がおり、またこのような歴史を背景に持ちつつ現在するその子孫がいることを忘れてはならない。問題となる歴史的事実の否定とは、一度は政府が反省した歴史的事実に対する再評価・肯定である。それは、迫害の被害者とその子孫に対して、彼らの存在の歴史的背景、それに基づく当該社会における存在根拠及び社会的地位に関連して、ひどく侮蔑することになりかねない。また、このことを念頭におきながら敢えてこれらの表現行為が行われる場合もある。そうであるとすると、そのような歴史的事実に関する表現行為も一定の属性によって特徴づけられる集団に対する侮辱的表現行為とも言える。それゆえ、このような表現行為は迫害や侵略などによって被害を受けた人々（殺害された被害者、死亡した被害者、そして生きている被害者）に対する侮辱でもあるとの疑念が生じる。ドイツでいえば、ナチス政権の国家社会主義体のもとでの暴力的かつ恣意的支配による殺害や迫害の被害者の存在と彼らが生きてきた、出生から死亡に至るまでの歴史に対する侮辱である。このことは同時に、国家的に反

5 StV 1995, S. 73f.

6 Thomas Schmidt, Zur Strafbarkeit der sog. Auschwitzlüge, Jus 1994, S. 986.

省した過去に対する肯定的再評価であり、迫害や侵略を正当化する点で、現行国家の根本的政治理念と反するといえる⁷。このような疑念に対して、ドイツでは、ドイツ刑130条3項で、「国際刑法典第6条第1項に挙げる態様での国家社会主義の支配下で行われた行為を正当と認め、存在しなかったと主張し又は些事に見せかける」表現行為、同条4項で、「国家社会主義の暴力支配又は恣意的支配を是認し、賛美し、正当化する」表現行為を処罰している。前者は、ナチス政権時代におけるホロコーストの否定を、後者は、同じくナチス時代におけるポーランド侵攻などの正当化・賛美などを、いずれも歴史的事実そのものに対する表現行為を規制対象としている。

ドイツ刑130条では、同1・2項において一定の属性によって特徴づけられる集団に対して直接向けられた侮辱的表現行為を、同3項において、——賛美することも含まれてはいるが——主としてホロコーストなどの歴史的事実を否定する表現行為を、同4項では反省された歴史的事実に対する（再）正当化・賛美する表現行為を規制している。すなわち、ドイツ刑130条は、

- ① 一定の属性によって特徴づけられる集団に対する侮辱的表現行為による攻撃、
- ② いわゆる歴史的事実の否定・修正、そして、
- ③ 国家社会主義時代のナチス政権による暴力及び恣意的支配の正当化、

以上、その（表見的）趣旨において一見異なる表現行為を刑事規制している。

7 ドイツ基本法1条で「人間の尊厳の不可侵」が規定されているのは、まさにナチス政権の国家社会主義体制のもとでの暴力的かつ恣意的支配によるユダヤ人に対する迫害と虐殺そして他国への侵攻に対する反省の明確な表れといえる。その意味で、過去の暴力的かつ恣意的支配に対する再肯定評価は、とりもなおさず基本法1条に抵触する。

①の表現行為も、過去の迫害や植民地支配に由来する一定の集団に対する蔑視観に基づいて攻撃的な侮辱的表現が行われることも事実であるが、蔑視観又は敵視観はこれだけを理由とするのではない。他方で、②・③では、歴史に関する意見表明であって、一定の属性によって特徴づけられる集団に向けられた攻撃的な侮辱とは言えないようにも思われる。これに対し、攻撃客体は、現存している人々というよりもむしろ迫害などを受けて既に死亡した人々や生き残った人々であると言った方が率直であろう。②・③は、その迫害の規模の大きさ、期間の長さ、被害者の多さに特徴がある。これらのことからすると、より厳密には、攻撃客体は死亡した人々というべきではなかろうか。なぜなら、生存している人々が全て死亡してしまえば、これらの表現行為は社会に何らの害悪も生じさせないのかと言えば、それ自体疑問である。そのように考えると、あらためて死者に攻撃が向けられていると理解するべきではなかろうか。

そうであれば、①は生きている人々を攻撃対象とする点において①と②・③との間には法令における保護法益にも相違があるのではないかとの疑問が生じるのも無理ない。法は生きている人を対象とする見地からすれば、②・③は何も保護していないという結論に至る可能性もある。そのため、これらの表現行為に対する規制について、その保護すべき利益の異同の検討なしに、十把一絡げにヘイト・スピーチの枠組みに当てはめて一括りにすることは、法理論的にはかなり無理があるように思われる。一括りにすることは、一定の集団や歴史に対する「批判」というフィルターだけを通してだけにすぎず、表現行為によって何が侵害・危険にさらされ、誰が被害対象なのかを明確にしていない。

本稿では、とりわけ、国家的に反省した歴史的事実の否定又は正当化・賛美・肯定する表現行為に対する法的規制において、何を保護法益として理解するべきなのかを検討する。

II 歴史的事実の否定、再肯定表現に対する規制の保護法益

1 まず、どのような表現行為が歴史的事実の否定として問題になるのかを明確にするために1つの判例を示す。

2000年12月12日のドイツ連邦通常裁判所は、オーストラリア国籍を持つ被告人が、確定した歴史的事実を否定する文書をインターネット利用者に閲覧可能にした。彼による3つのインターネットへの掲載について判示した⁸。

(第1事例) 1997年から99年の間に次のような英語で書かれた記事をオーストラリアに設置されたサーバコンピュータに3つの記事(1. アデレード研究所について、2. アウシュヴィッツの印象、3. アウシュヴィッツについてさらなる印象)を記録、保存して、ウェブサイト上に掲載した。そこで次のように示されている。「この間、私たちは次のようなことを確認した。400万人のアウシュヴィッツの死者数は、高く見積もっても80万人である。このことだけでも既により知らせである。しかもこのことは、おおよそ320万人がアウシュヴィッツで死んでいないことを意味する。これは祝うべき証拠だ」、「私たちは誇りをもって、今日に至るまで数百万の人々がガス室で虐殺されたことの証拠は存在しないことを宣言する」、「このような主張のいずれも、しばしば熱狂的な思想から発する疑わしい証人の証言をのぞいて、何らかの事実又は文書による資料によって確証されていない」。

(第2事例) 被告人は、オーストラリアのアデレードのホームページに次のことを掲載した。「私は1997年にアウシュヴィッツを訪問し、私の独自の調査に基づいて、次のような結論に達するに至った。つまり、戦時中、収容所では一度もガス室は機動していなかった」。

8 NJW 2001, S. 624. Vgl. Karsten Krupa, Das Konzept der „Hate Crimes“ in Deutschland, 2010, S. 107f.

(第3事例) 1998年の12月末から1999年1月の最初頃、被告人は、アデレード研究所のホームページに英語で、「1999年始にあたって」と題する記事を掲載した。「今世紀最後の年の最初の月に私たちは5年間にわたる研究作業を振り返り、次のことを確証する。ドイツ人は、一度も、ヨーロッパにいるユダヤ人を、アウシュヴィッツの強制収容所にあるガス室又は他の場所で殺害したことはない。それゆえ、全てのドイツ人とこれに由来を有する者は、強いられた負債を追うことなく生きることができるのだ。ドイツ人はいじの悪い考えによって50年もの長きにわたりこの負債に隷属させられてきた」、「ドイツ人はホット息をつくことができたとしても、組織化されたユダヤ系オーストラリア人のジェレミー・ジョーンズのような人々は、一晩では根本的には変わらないので、再びドイツ人は蔑まれることを肝に銘じなければならない。ジョーンズが表したように、アウシュヴィッツという棍棒は、彼らにとって格好の武器である。これをもってして、自分たちの政治的確信を機能させるために、この確信に同意しない者たち全てを消し去ってきた」。本判決では、1と3の事例においては、それぞれ、重大なアウシュヴィッツの嘘に当たり、ドイツ刑130条1項1号、同2号そして同130条3項に該当するとした。

2 ドイツの判例によれば、ドイツ刑法130条3項で規制されているホロコーストを否定する表現行為について、「そのような表現は、共同体全体にとって耐え難いほど、生存者の尊厳や尊重だけでなく、殺された人々とその親族の尊厳と尊重をも侵害する」のであり、このような表現は、「戦後苦労を重ねて再び確立した国際的な尊敬の念を害する結果となり得る⁹⁾」と判示している。この判例が示しているように、ホロコースト否定表現に対する規制の保護法益は、アウシュヴィッツ収容所などでガス殺害された

9 BGHSt 47, 278.

被害者、生き延びた被害者（すでに死亡した被害者と存命の被害者）とその親族の尊厳である。ここでは、尊厳の享有主体は、現在生きている人だけでなく、殺害された人々も含んでいる。Ostendorf によれば、「攻撃客体は、明らかに住民の一部、場合によっては一定の事柄によって特徴づけられる集団 (qualifizierte Gruppen) である。このことは、ドイツ刑130条3項及び4項にも妥当する。この行為によって、ナチス支配によって暴力と恐怖を味わった一定の範囲の人々 (Personenkreise) が攻撃される。この一定範囲の住民 (Bevölkerungskreise) は、その人間の尊厳において保護される。これは、一定範囲の住民の中に包摂される多数人の人間の尊厳である。つまり、複数の人々の人間の尊厳である (quantative Menschenwürde)。人間の尊厳に対する基本権は常に個人関係的であるということは、多数の人間をその人間の尊厳において保護することを排除しない。……保護財をできる限り具体的かつ個人主義的に規定すべきとの法治国的義務づけに照らすならば、数量的な意味での人間の尊厳が保護財である。個人的法益である生命や身体の完全性又は被害集団構成員の法的地位へとより一貫して個人的法益に還元させることは、ドイツ刑130条から民衆扇動罪の構成要件としての独自の特徴を奪うことになる。このことは、2011年3月16日の法改正後も妥当する。これによって同1項及び2項では個々人も保護されることになった。個々人は、一定の集団又は住民の部分に属することを理由に保護されるのである。住民の一部と同様、一定の集団の対する侮辱としての差別は同1項及び2項で禁止されている。なぜなら、これによって暴力行為を招きうる憤激が掻き立てられるからである。ドイツ刑130条3項及び4項では、国家社会主義の被害者を、その受けた被害の真実性に対する要求、つまり歴史的アイデンティティにおいて保護するために数量的な意味での人間の尊厳に対する攻撃が刑罰で禁止される。『新たな』4項では明示的につぎのように表現されている。つまり、公共の平和の攪乱では十分ではなく、国家社会主義による暴力的かつ恣意的支

配の被害者の尊厳を侵害するような態様で行われなければならない。被害者とは殺害された人々と生き残った人々である¹⁰⁾、と。Ostendorfの指摘では、ドイツ刑130条3・4項は、人間の尊厳を法益として保護しているのが明白である。ここで注目すべきは、人間の尊厳は生きている人だけでなく、殺害された人々、そして既に死亡した被害者も保護対象として包摂しているところである。このことは、人間の尊厳が、個人の人格やその評価に対する評価的尊敬の問題ではなく、そもそも人間であることの否定という国家的かつ社会的認識を前提として行われた殺害の歴史的事実に照らして、人間としての承認的尊敬に関連することを強く示唆する。

判例によれば、ドイツ刑130条4項の保護法益は、公共の平和（öffentliche Friede）と国家社会主義時代の暴力及び恣意的支配の被害者の尊厳（Die Menschenwürde der Opfer der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft）とされる¹¹⁾。本条について、「ドイツ刑130条4項は、ドイツ基本法3条1項に抵触しない。多面的な見地で各々の歴史的次元を超えた、国家社会主義時代の暴力的かつ恣意的支配によるドイツ国民の名の下でドイツ人によって行われた人権侵害に照らして、同じ態様及び同じ重要なものを平等に扱うべきとのドイツ基本法3条1項の要請を考慮しても、ドイツ刑130条4項が国家社会主義時代の暴力及び恣意的支配を積極的に評価することを制限することに異議を唱えることはできない。この点において、ドイツ基本法3条3項の平等原則の特別規定の侵害も存在しない。」¹²⁾。なお、ここで「国家社会主義時代の暴力的かつ恣意的支配とは、

10 Ostendorf, S. 675f.

11 BVerfGE 124, 300.

12 ドイツ基本法3条（法の前の平等）

(1) すべての人は、法の前に平等である。

(2) 男女は、平等の権利を有する。国家は、男女の平等が実際に実現するように促進し、現在ある不平等の除去に向けて努力する。

(3) 何人も、その性別、門地、人種、言語、出身地および血統、信仰又は宗教的もしくは政治的意見のために、差別され、又は優遇されてはならな

国家の全体的権力要求と、人間の尊厳、自由そして平等の否定によって特徴づけられる。』。「仮にドイツ刑130条4項が『一般法』として性格づけられないとしても、本規定はドイツ基本法5条2項の個人の名誉の権利によって正当化される。名誉保護規定は、特別法としても意見そのものに対して、その内容を理由に禁止することが許される。この規範が個人の名誉を保護に資するということはその構成要件の形態並び立法資料から明らかである。このような規範に対する理解は、個人の名誉の権利の担い手が生きている人に限るのに対して、ドイツ刑法130条4項が死亡した被害者の尊厳の保護のみを目的とするということに異議を差し挟むものではない。『被害者』という言葉が、生存している被害者をも示すことはいうまでもない。このことを度外視すると、国家社会主義の被害者の尊厳の侵害とその子孫の尊厳の侵害にも結びついてくる。最終的に、規範は死亡した被害者の死後の人格権をも保護し、かつ、このような見地のもとでも個人の名誉という障壁に支えられうる。これは単に個別の識別可能な個人のみを保護することができるとの批判は誤っている。死後の人格権に関するそのような狭い理解は、場合によっては『通常』の状況ではもっともである。国家社会主義による犯罪の被害者との関係では、いずれにせよそうではない。』。「被害者の尊厳の侵害という要件も十分に明確である。『被害者』という概念は死亡した被害者だけでなく、国家社会主義による迫害に対して生き延びた者も包摂している。被害者の尊厳の侵害とはドイツ基本法1条1項に基づく人間の尊厳の侵害のことである。』。この判例から明らかのように、ナチス政権による暴力的かつ恣意的支配の犠牲者については、死後の人格権も肯定される。これは、いわゆる「通常」の人間の尊厳の享有主体の射程範囲に比して明らかに例外を認めている。その意味でこの判例の射程範囲は広くはない。

ㄴい。何人も、障害を理由として差別されてはならない。

人間の尊厳という権利が個人的な権利でありかつ集合的なそれでもあり、そして死者についても肯定されているところに、ナチス政権の暴力的かつ恣意的支配下のもとでの虐殺、迫害そして侵略に関する歴史的事実に関する表現行為に対する規制としての民衆扇動罪の真骨頂がある。ドイツ刑130条1項及び2項では、いわゆる一定の属性によって特徴づけられる集団に向けられた侮辱的表現を規制しているのに対して、同3条及び4条では、歴史的事実に関する表現行為を規制している。なお、判例では、ドイツ刑130条1項及び2項も人間の尊厳を保護法益と理解されているが、これらの規定では生きている人の人間の尊厳が保護されており、侮辱的表現が一定の属性によって特徴づけられる集団とその構成員に対して、現在生きている社会における地位の格下げと排除という実質的效果を想像するに難くない。

3 ドイツの判例によれば、ドイツ刑130条3項及び4項は、ナチス政権の国家社会主義体制のもとでの暴力的かつ恣意的支配による殺害や迫害の被害者の人間の尊厳であると理解されているが、これとは異なる見解も存在する。それは、本規定は法益を保護するのではなく、それにもかかわらず規制する必要性が強い理由を突き詰めると、実際のところ、社会に深く根づいた文化確信を保護するのであり、これに抵触する態度を規制すると考える見解である。例えば、ドイツ刑86条a（憲法違反組織の象徴物の使用罪）、刑166条（信条、宗教団体及び世界観を共有する団体に対する冒瀆罪）、刑167条a（葬儀の妨害罪）、刑168条（死者の安息の妨害罪）、ドイツ刑173条（親族との性行罪）、ドイツ刑183条（露出行為罪）、ドイツ刑183条a（公の不快感の惹起罪）、ドイツ刑184条1項6号（ボルノ文書の要求に基づかない交付罪）、胚保護法6条（クローン産製禁止）、そしてドイツ刑130条3項及び4項がその典型例としてあげられる。まず、疑問として、これらの刑罰規定について、それぞれの規範が、その承認が価値共同体として私たちにとって重要であり、その侵害が当罰的であると感じら

れるほどであるという理屈を以て正当化することができるであろうか。

歴史的事実の否定の処罰についても、当該刑罰規定は法益を保護するのではなく、国家社会主義の支配下で行われた事実を正当化ないし否定することが社会の文化確信に抵触する可能性があることに求める見解がある。Wohlers は、民族虐殺の否定もしくは矮小化又は他の人間性に対する犯罪並びに民族差別扇動、民族差別的イデオロギーの普及及び拳動又は口頭による差別の罪を態度犯（Verhaltensdelikte）として理解する¹³。態度犯とは、当該社会における一定の価値観を刑罰で保護するに値するとして、これに抵触する行為を規制する。多元主義と規範的個人主義の価値に基づいて構築されている社会では、規範の基本コンセンサスは、財に関する様々な概念が国家の影響から解放された自由市場の下で互いに競い合い、そしてこの市場が機能する枠組み条件を保護することに国家を制限する点にある。このことは、近代ヨーロッパ社会では、信条、確信そして価値観はそれ自体の保護のために刑罰を用いることは許されないことの根拠であるとされる。Wohlers は、しかし、例外的に、行為態様が、財の別の概念を攻撃的に排除し、（又は）その上一定の集団について社会の中で社会の同等の構成員としての地位を否定又は拒絶するような一定の生活様式を宣伝し、そして（又は）それを具現した信条、確信そして価値観を表明し、（又は）具現する場合だけは別である、と指摘する。それは名誉毀損罪や上記の一連の人種・民族差別に対する罪である¹⁴。問題とされている行為態様によって、社会の基本的価値観が侵害されるのか、それとも同等の権限をもつ人格としての地位の承認に基づいて構成された社会の構成員の法益が攻撃されたと論じるのか否かはここでは未だ明らかでないままである。

13 Wolfgang Wohlers, Verhaltensdelikte: Standard-, Ausnahme- oder Unfall der Strafrechtsdogmatik?, in: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 140. Kurt Seelmann, Die Verlagerung des Tabus ins Subjekt, in: Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 249ff.

14 Wohlers, S. 139f.

決定的なのは、今述べた理屈をもってしては正当化することができないような刑法規範は、近代の多元主義的社会においては必然的に正当ではなく、それゆえ廃止すべきだということである¹⁵。

Hefendehl によれば、刑事立法者は、深く根づいた文化的確信に対する抵触に処罰を限定する場合にのみ彼の権限を逸脱しない、又は公共道徳的な操作や別の信条を持つ者に対する不寛容を助成していない。Hefendehl は、態度犯では、他人（国家）の行為観念を押しつけることではなく、社会に既に存在する確信を反映させることが重要である。この確信は事実上存在する社会システムに立ち返る。ここで社会において強く結びついた文化確信の基礎は、諸個人のコンセンサスから構築される人格による必要性の中に見いだされるのであり、それゆえ、国家やその存続条件の保護のための態度犯は想定できない、と述べる¹⁶。Hefendehl は、まさに歴史的事実の否定構成要件が例外事情としての態度犯であると指摘する。これは、極右やネオナチの展開に対する政治的対応と解釈される、計画的なナチの暴力的不法の矮小化や否定に対する独自の処罰は、社会におけるこれに対応した確信に帰着するのだとする¹⁷。

4 Hörnle は、ドイツ刑166条（信条の冒瀆罪）および130条3項に関係して、一定の表現に対して刑罰を科すことが自由主義的で法治国家的な国家において適切でありうるかどうかを問うことは、そこでのテーマは「犯罪化の正当化」を問うことであり、このことは表現犯と関連しており、その際、意見表明に対する刑法上の制裁は高度な正当化を必要とすると指摘する¹⁸。Hörnle は、適切な犯罪化の見地から、感情の保護に寄与すると

15 Wohlers, S. 140.

16 Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 55f.

17 Hefendehl, S. 301.

18 タチアナ・ヘアンレ（田中久美訳）「信条の冒瀆とホロコーストの否定を例とした、ひどく不快な態度への反作用としての刑罰（ドイツ刑法典第160条、ノ

いう単純な理由づけでは刑法上の禁止を正当化することはできないとする¹⁹。Hörnleによると、ドイツ刑法学の通説は、刑法は、単なる道徳に反する態度の保護に寄与してはならず、刑法は、単なる感情も保護してはならないとしているが、もっとも、このことは以下の問いを投げかける。つまり、「他者に対する侵害ないしは危殆化」のみを正当化事由としては是認する理論は、ドイツ刑法典の各則における全ての構成要件に適合するのであろうか。ドイツの性刑法は、20世紀の70年代において、単なる道徳違反をもはや処罰しないという目的で改正された。しかし、刑法の他の部分における規範はどうなのであろうか。Hörnleは、この問いをドイツ刑166条（信条、宗教団体及び世界観を共有する団体に対する冒瀆罪）とドイツ刑130条3項において検討することができるとする。とりわけ後者について、「アウシュヴィッツの嘘」もしくは「ホロコーストの嘘」という標語に要約される態度が問題であるとされる²⁰。Hörnleはつぎのように指摘する、つまり、国家社会主義の時代に、絶滅収容所もしくはガス室は存在しなかった、もしくはそこで亡くなった人々の数は、一般に知られている説明よりも非常に少ないのだ、と書籍やインターネットのページや学会で主張している人がいるとしよう。信条の冒瀆罪に関して、不快な発言を言う人と同じ考えの持ち主か、表現によって攻撃されたと感じる者のいずれかが暴力行為へと動機づけられる。ドイツ刑130条3項に関しては後者はほとんどあり得ない。確かに、ホロコーストの否定を不快に思う多くの人々がいることを予想することができる。歴史の教訓から学ばない人々の

「第130条第3項」金 尚均／ヘニング ローゼナウ編『刑罰論と刑罰正義』（2012年）275頁。Tatjana Hörnle, Strafe als Reaktion auf grob anstößiges Verhalten am Beispiel von Bekenntnisbeschimpfungen und Holocaust-Leugnen (§§ 166, 130 Abs.3 StGB), in: Henning Rosenau/Sangyun Kim, Strafrecht und Strafgerechtigkeit, 2010, S. 215.

19 ヘアンレ・前掲277頁。

20 ヘアンレ・前掲278頁。

パンフレットを読むことによって、その頑迷さに感情を害されるであろう、きっとそれは、ヨーロッパにおける多くの人々も同様であろう。しかし、憤慨した読者もしくは聴衆もしくはユダヤ教信者が、その後に、暴力的な暴徒になって集まるという予測は、経験上のテーゼとしてとりわけ納得のゆくものではない。ここに、ムハマドに関する風刺画に関係する信条の冒瀆との相違がある。極右主義的な否定論者と同様の考えの持ち主についてはどうであろうか。将来の侵害の危険を持ち出す場合に、とりわけその人的領域を顧慮するべきであろう。極右主義的な集団の中で、ホロコーストの否定は、明らかに認識的な機能と結合的な機能を満たすようである。儀式的行事に関して言うと、これによって相互的に一定の世界観の担い手であるということが確証される。このような世界観が普及した場合にこの世界観が危険となることは、おそらくさらなる証拠を必要としない。しかし、儀式的行事から実際の危険へと至る因果経過は、例えば、外国の家系の人もしくはユダヤ教信者にとって、信条の冒瀆による侵害を惹起することよりも、なおより複雑である。まず最初に、より多くの中間段階を超えて、他者に対する危険へと接近することになるであろう。つまり、考えを同じくする人々の間での仲間関係への寄与——これを通して強固にされた結びつき——これによる暴力行為の準備の要請——実際の暴力行為。こうしたすべての場合に、どの程度まで直接的に象徴が影響力があるのかは疑わしい²¹。しかも、アウシュヴィッツ＝ビルケナウ、もしくは、他の絶滅収容所でガスによる殺害がなかったと主張する者は、事実を疑っている。しかし、この意見の中身には将来の暴力行為との関連が欠けている、と²²。

Hörnle は、ドイツ刑130条3項を「侵害の阻止のための禁止」として位置づけたい場合には別の方法が取られなければならないだろうし、そして否定行為によって人的に被害に遭っている人々に焦点が当てられなければ

21 ヘアンレ・前掲288頁。

22 ヘアンレ・前掲289頁。

ならないだろう、つまり、国家社会主義の迫害の被害者にであると指摘する。この関連で、侵害とは、身体的な侵害もしくは器物損壊のような自然にはっきり現れる侵害ではなく、非物理的侵害である。これについて、何人かの論者は、当事者の人格的な尊重要求を考慮に入れている。ときおり当事者の権利は、人間の尊厳と同等に扱われる。Hörnle によると、しかしながらこのことは、否定や量的な過小評価の典型的な行為が問題である場合には説得力がない。つまり例えば、殺害された人の数を捏造する人は、被害者について劣等な人に関わる問題であるということを黙示的に主張しているわけではない。表現の中核はまさに、それらの被害者の存在を否定することにある。存在しないとして再定義された人々の人格的な性質について何かを言おうとすることは論理的に排除されると Hörnle は批判する²³。

そこで Hörnle は、ドイツ刑130条3項では、倫理上誤っており、そしてひどく不快な態度の阻止が問題なのだと指摘する²⁴。ドイツ刑130条3項の導入が、次のことを前提としていることは何ら偶然ではない。つまり、ジェノサイドの追想について明確な永続的な社会の合意が成立しており、それゆえ、否定論が、被害者によってだけでなく、一般的にもひどく不快なものとされているということを前提としているということである。その構成要件が、ドイツ社会において、どのような機能を有しているのかは記述が困難である。しかし、犯罪理論の見地からは、この記述が刑法上の禁止をも正当化することができるのかどうかという問題があると Hörnle は

23 ヘアンレ・前掲289頁。

24 Vgl. Tatjana Hörnle, Der Schutz von Gefühlen im StGB, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 274f, 278. Hörnle は、ドイツ刑130条3項の処罰根拠が危険犯としての合目的な根拠づけによらず、ドイツ人の自己理解にとって重大なタブーが犯されていることからアウシュヴィッツの嘘発言に対する反応として特に現れる国民の怒りや不安に求められている。そのため、本規定は感情保護犯 (Gefühlschutzdelikte) とする。

批判する²⁵。これによって、Hörnle は、ドイツ刑130条3項は廃止されるべきであるとのテーゼを提唱するが、これについて、そんなに古くはないが、時のたつうちに強くなってきたタブーがあるために理解されないであろうと述べる。つまり、国家社会主義の象徴とホロコーストの否定の儀式的行事は、ひどく不快だけでなく、特別な基準において、ひどく不快である。つまりそれは、タブーなのである。けれども、タブーの保護のために刑法を用いることに Hörnle は警笛を鳴らす²⁶。Hörnle は、ホロコーストや他の民族虐殺の否定において主観的権利としての人間の尊厳は限定的な意義しかもたないとする。この歴史的出来事に対する否定表現行為は被害者の主体としての性質を否定することによって行われる。しかし、表現行為者は必ずしも主体的権利を侵害はしていない。なぜなら、主体的権利の保持者としての被害者が、彼の人間の尊厳が攻撃されたというためには、今なお生存していなければならない。それゆえ、民族虐殺の正当化などにおいては、表現行為者が今もなお生存している同一集団の構成員を巻き込む場合にのみ（「全てのX民族は殺されて当然だ」）、彼は主体的権利としての人間の尊厳を侵害している。その他に、民族虐殺の否定に対して人間の尊厳を挙げることは、人間の尊厳を客観的価値（objective value）として見なそうとしている。それは、非道徳的であるから処罰しろというのに等しい、と Hörnle は批判する²⁷。

5 また、ドイツ刑130条3項は、行為刑法に依拠していないと批判する。Hirsch によれば、本項は、国家社会主義時代の支配下における大量虐殺に関連して、本構成要件が行為刑法の要請を満たしているのか疑問を投げ

25 ヘアンレ・前掲290頁以下。

26 ヘアンレ・前掲292頁。

27 Tatjana Hörnle, *Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity*, *Criminal Law and Philosophy* 3 (2012), S. 318-319.

かける。単に歴史的事実を否定した場合において本来的に何ら犯罪行為は証明されない。問題となっている大量虐殺に関して主として想像できない次元のかつ凄惨な歴史的出来事が問題であるが、それを否定することは何ら犯罪とはならない。否定することそれ自体は何ら軽視や侮辱を示すものではないので、生存者やその子孫の感情は問題にならない。単純な否定表現行為という構成要件に該当する行為態様を処罰することの正当性は「政治的正しさ」(political correctness)に依拠しているのであって、しかし刑法の行為原理にはないとの批判が妥当することにもなりうる²⁸。

6 以上のように、歴史的事実の否定に対する刑事規制に対して、保護法益の存在そのものへの疑念やその抽象性から、社会の文化的確信に基づく例外的処罰や、「不快」にすぎないとして批判する見解があるが、これらは、本来、刑法で規制することの許されない歴史的事実の否定表現行為を「例外」的に処罰していると批判する。事実とその歴史的評価を表現すること自体を取りあげると、そこには具体的な侵害性はないように思える。その意味で、このような表現行為に対する規制・処罰を批判するのはもっともなものと評価することができる。しかし、それでは、なぜ、歴史的事実の否定を規制する必要があったのであろうか。果たして、社会の中で、過去と現在を結びつける歴史と、これに支えられてきた構築されてきた社会関係及び人倫関係を化体する利益は存在しないのであろうか。言い換えると、一定の歴史的事実の否定が危険にさらすかもしれない害悪と被害はないのであろうか。

Matuschek は、社会に深く根づいた文化確信と関係づけて、歴史的事実の否定の刑罰規定における法益の構築を図る。Matuschek は「ドイツ刑130条4項は、同じく間接的な記憶との連関(Erinnerungsbezug)を基

28 Hans Joachim Hirsch, Tatstrafrecht, in: Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 261f.

礎としている。国家社会主義時代の暴力支配及び恣意的支配の正当化と賛美はナチスの行為に関する認識へとフィードバックすることで原則的に嫌悪反応（Abneigungsreflex）を生じさせる。このような反応はドイツ連邦共和国とドイツ基本法の自己理解の一部である²⁹」として、「ドイツ連邦憲法裁判所はこのような規範を即座に合憲と宣言した。部は、ドイツ連邦共和国にとってのナチスという過去の『反面教師的なアイデンティティを刻印する意義』をもってして、ドイツ基本法5条2項において明示的に規範化されている意見表明の自由を制限する法律の一般性という要件の例外を正当化した。その上、このような場合、記憶関係的な『源泉コード』は、意見表明の自由のような基本的に重要な基本権の文言を無視する³⁰」であり、「ホロコースト否定の禁止は記憶そのものの積極的な保全に対してもっとも明確な親近性を有している³¹」と指摘し、ドイツ連邦共和国にとってのナチス政権の過去の意義とこれに対する法的規制を関連させる。そのうえで Matuschek は、「ホロコースト否定は記憶を断片化・分断化（Fragmentierung）させることを目的としている。ホロコースト否定は、公共の意識の中にホロコーストがあったことやその規模に対する疑念を植え込むことでコミュニケーション過程に影響を及ぼそうとする。コミュニケーションが構築される時空間でホロコースト否定が公の場において阻止されないことによって、このような出来事に対する擁護が、いずれ形を変えて、文化的記憶又は『歴史』において再び現れる危険をもたらす³²」と述べる。そこで、「法は、ホロコースト否定を処罰することでコミュニケーションを保全し、そしてホロコーストに関する標準的な意識状態を保障することを任務を有している³³」。「この法律は、嘘の事実

29 Milosz Matuschek, *Erinnerungsstrafrecht*, 2012, S. 129.

30 Matuschek, S. 129.

31 Matuschek, S. 129.

32 Matuschek, S. 133.

33 Matuschek, S. 133.

基礎を公的議論に吹き込もうとすることを刑法上処罰することで、この社会的枠組みを強化する。この法律は、これによってそれ自体として社会的枠組みとなり、意識状態を側防する³⁴」と主張する。ここで注目すべきは、アウシュヴィッツでの大虐殺という過去に関する社会の意識状態を保全することに刑罰の目的が置かれていることである。しかし、社会の意識状態を保全することがなぜ必要なのであろうか。Matuschek によれば、「ホロコーストに関する意識の価値具有性は二つの方向で展開する。それは多元的な方向と脱存在論的方向である。多元的な基礎づけは、ホロコーストに関する意識は、すなわちユダヤ人の虐殺という形での歴史的惨事を繰り返すことを阻止する目的を有していることを意味する。このような手がかりは一定の留保にさらされる。出来事に対する記憶の保全はそれ自体としてこのような又は類似の歴史的出来事に対して保護するのではない。第1次世界大戦に対する記憶は第2次世界大戦を阻止することはできなかった。ホロコースト後もジェノサイドのような大規模な人間に対する犯罪が発生した³⁵」のであり、これに対して、「優先するに値する脱存在論的基礎は、集団的記憶の価値をそれ自体として価値であるとして展開する。ホロコーストに対する記憶が現実の社会的コンセンサスに依拠するということは既に示された。一定の形式の規則の保全が保護に値する利益である。ホロコーストに対する記憶の承認は客観的尊厳の要請なのである。ホロコーストの個々の被害者の個人的な人間の尊厳以上の事柄であることを意味する。ホロコーストは、物理的にはもはや埋めることのできない暴力による穴をヨーロッパにおいて残している。心理的には、出来事に対する唯一の精神的保全形式として記憶が残っている。この記憶は、人間である条件に対する破壊、侵害、しかし修復不可能性を表す。死に対抗して生命を失ったところでは、少なくとも忘却と否定に対抗する記憶を勝ち取ること

34 Matuschek, S. 133.

35 Matuschek, S. 134.

ができると言われる。記憶は承認の一形式である。それは死者を生存者又は生き残った者と同等の段階に引き上げ、彼を同等の者として承認する³⁶」。これらのことを基礎にして Matuschek は、ドイツ刑130条3項及び4項における法益として集合的記憶 (Kollektive Erinnerung) を提唱する。「集合的記憶という法益は、ホロコーストの存在とその規模に関する価値を具有する意識状態である。理念的価値としてのこのような意識状態はそれ自体としては侵害されない。仮に日常的に何千回もホロコースト否定があったとしてもこの価値の承認には何ら変更は生じない。同じく窃盗は、物理的客体の所有者への帰属を変更しない、またほほを殴ることは身体の完全性を変えるものではない³⁷」。その主張の際、Matuschek は、「法益と行為によって具体的に攻撃される攻撃客体とは区別すべきである。窃盗の場合、攻撃客体は、鉛筆、自動車又は鞆の処分権限である。ホロコースト否定の禁止にも具体的な攻撃客体が存在する。ホロコースト否定は、個々人の観念像全体、つまりホロコーストに関する集合的認識ないし意識状態の全体を攻撃する³⁸」のであり、「物理的客体が財産のための手がかりであり、しかも直接的に攻撃され、又は器物損壊の場合には物理的に毀損されるように、個々人の認知的な観念像がホロコースト否定の議論の行為客体となる。個々のコミュニケーション参加者の観念像の総体がその刻印においてホロコーストに関する集合的観念像である。法益と行為客体は見かけだけ概念上一致する。法益とは、集合的記憶であり、つまり理念的価値形式での意識状態である。攻撃客体は集合的観念像である。つまり、個々のコミュニケーションの受信者の可変的な観念像ないし意味平面の総体である³⁹」と主張する。なお、「価値具有する意識状態としての集

36 Matuschek, S. 134.

37 Matuschek, S. 135.

38 Matuschek, S. 136.

39 Matuschek, S. 136.

集合的記憶は政治的共同体の法的地位として整序されるが、個々人の法的地位ではない。『集合的記憶は個人から解き放たされた共同体財としてのみ把握することができる、つまり個人法益と個人に還元可能な共同体財という異なるものにおける共通するものとして把握することができる⁴⁰⁾』。具体的には、『公の場でのホロコースト否定では、個人固有の観念像への影響ではなく、集合的、公共的観念像への影響が問題なのである⁴¹⁾』。Matuschek は、『集合的記憶は国家に対して精神的状態を保持させるように集合的な要求地位を示す。このような状態は市民的自己理解の根本的要素としてアイデンティティを媒介する。このような精神的状態の放棄は国家の放棄、又は国家市民関係の弱化となる。集合的記憶はそれゆえ共同体財として理解すべきである⁴²⁾』と主張する。

この集合的記憶について、『ホロコーストに対する集合的記憶は、社会的状態として常態的变化にさらされる。集合的記憶の保全又は禁止の問題は評価プロセスに依存する。それは常に法の外で行われる。ホロコーストの記憶とこれに対する意識の公的承認はあらゆる抵抗に対して戦わなければならない⁴³⁾』。そのために刑事規制により「心理的な負担軽減メカニズムによる自然の浸食 (Erosion) が側防される。痛々しい記憶に対する自然の反応は、これを克服することよりも、なかったことにしようする (Verdrängung) ことに表れる。後の世代は、過去を自分たちのものとして受容しそして積極的な記憶文化として維持するか又はこれを放棄しようとするかについて新たに答えなければならない。その上、ホロコーストという次元は人の想像の能力を超えている。想像可能でない出来事に対する記憶は、当たり前の日常の出来事に対する記憶よりも将来的に貫徹するこ

40 Matuschek, S. 136.

41 Matuschek, S. 136.

42 Matuschek, S. 136f.

43 Matuschek, S. 138.

とは困難である。ホロコースト否定論者によって宣伝される全てが嘘だったのだという『美しい知らせ』によるめいっばい使い果たされた想像力の負担軽減は、それゆえ明らかに人を引きつける力を持っている⁴⁴。」「自然の浸食は記憶に対する疑念視を明らかにするが、しかし法的保護の必要性を明らかにしない。このことは、自然的浸食に加えてホロコースト否定論という人的浸食が加わる場合にはじめて取り入れられる。ホロコースト否定は、少なくとも攪乱に敏感な集合的記憶を誤った事態へと導く。否定論は社会的状態の排除及び反対の記憶によって完全に取り替えることを目的としている。『武器対等』を確立するためには、否定論との社会的論争があまりにも少ない。ホロコースト否定論者との社会的－公的論争は評価低下ではなく、歴史的出来事に対する恣意的な処理の印象を及び起こす⁴⁵。」「ここでは、個々のコミュニケーションの受取人の変化しうる観念像／意味地平の総体が行為客体ないし攻撃客体として打ち立てられる。ホロコーストの存在について疑問を提起することで、このような観念像にホロコースト否定論者は直接的に攻撃しようとする。そのことによって記憶の価値の実質的基体とその現実的形態において『侵害』されるのである。把握可能性及び物理性の欠如は、侵害犯としての整序を阻止するのではない。物理的により具体的な攻撃客体を内包する犯罪においても実質的な損害なき『侵害』はありうる。集合的記憶という法益は、その上、早期化処罰の問題を軽減させる⁴⁶」。

7 これに対して、von Dewitz は、ドイツ刑130条3項及び4項について、より直裁に公共の平和を保護すると述べる。

von Dewitz は、「民衆扇動罪構成要件は、けれども名誉侵害構成要件

44 Matuschek, S. 139.

45 Matuschek, S. 139.

46 Matuschek, S. 215f.

を超越し、潜在的行為者がユダヤ市民に対して暴力行為を呼び起こすと感じられる排外的雰囲気が生じるのを阻止する。これにより民衆扇動罪構成要件は、被害者の個人的法益にのみ関係する侮辱罪構成要件の枠組みを超越している⁴⁷⁾」としつつ、侮辱罪構成要件の適用のための要件は、名誉という個人的法益の侵害であったのに対して、民衆扇動的及びホロコーストを否定する表現の場合、原則的に、攻撃はより大きな集団に向けられている。同時に個々人の名誉が侵害されという証明について判例は困難に直面した。そこで判例は、侮辱の要件を集団的表示を用いることでかなり広く解釈することで取り扱った⁴⁸⁾。いわゆる集団的侮辱罪のことである。

von Dewitz によれば、「侮辱構成要件が単に名誉という個人的法益の侵害に対して保護しようとするのに対して、民衆扇動罪の構成要件は危殆化に対する公共の平和を保護する。確かにドイツ刑130条は、市民集団に対する暴力的行動からの保護を問題にする限りで、付加的に個人的法益を保護する。これに関して、もはや潜在的行為者による個々人の個人的法益に対する驚異は前面に立たない⁴⁹⁾」。「むしろ、この規定は、個々の市民が将来において住民集団に対して暴行をするように他の市民を煽ることに對抗する。ドイツ刑130条によって保護される法益は名誉のような個人的法益と公共の平和のような普遍的法益の間に位置づけられる。これは具体的な個人との連関を必要としない限りで純粹個人的法益とは区別される。それにもかかわらず個人的法益との連関は放棄されてはいない。常に、——間接的ではあるにせよ——この集団に対する個人的連関を必要としている⁵⁰⁾」。このことを前提に von Dewitz は、「ドイツ刑130条はすなわち単に公共の平和を保護している。これについて潜在的行為者の扇動を固有の

47 Clivia von Dewitz, NS-Gedankengut und Strafrecht, 2006, S. 152.

48 von Dewitz, S. 153.

49 von Dewitz, S. 170f.

50 von Dewitz, S. 171.

不法内容として包括していることが重要である。他の公共の平和を保護する犯罪類型と同様に、ドイツ刑130条は確かに間接的に具体的な個人的法益の侵害ないし危殆化に対して保護している。しかし、他人を扇動することに見いだされる特有の危殆化は公共の平和という固有の法益によってのみ包括される⁵¹⁾と主張する。

von Dewitz は、ホロコースト否定表現は、——それが帰結効果と結びついているか否かに関係なく——ドイツ連邦共和国で生きていたユダヤ市民に対する蔑視の表れであり、「単純なアウシュヴィッツ否定を単に侮辱罪として、重大なアウシュヴィッツ否定を民衆扇動罪として位置づけていた法実務は90年代の初めにはもはや妥当とは見なされなくなった。単純アウシュヴィッツに対しても刑罰を科し、しかも侮辱罪の刑罰を超える新たな法律が要請された。1994年12月にドイツ連邦議会は『アウシュヴィッツの嘘法』を締結した⁵²⁾」と述べる。「ドイツ刑130条3項は、個人的連関を欠く。ここでは被害者の名誉、つまり死者の尊重要求が問題になされるので、一般的な侮辱罪法の延長であるとの印象を呼び起こす。しかし実際にはそうではない。ドイツ刑130条3項の法益の明確化には成功していない⁵³⁾」。そこで、von Dewitz は、「国家社会主義時代のユダヤ人に対する虐殺を否定する主張は刑法上処罰されるべきである。なぜなら、それが特に社会に影響を及ぼすからである。すなわち、被害者の名誉ではなく、社会全体に対するホロコースト否定表現の影響が問題なのである⁵⁴⁾」、「文献ではそれゆえ様々な形で、歴史的事実が保護法益と説明されることによって、ドイツ刑130条3項の特殊性を明確にする試みが行われている。ナチス時代の歴史的経験は、現代又は将来において同じような行為が起こらな

51 von Dewitz, S. 176.

52 von Dewitz, S. 193.

53 von Dewitz, S. 198.

54 von Dewitz, S. 199.

いようにするために、恐ろしい実例として役立てるようにするために、歴史的眞実として承認されなければならない。ドイツ刑130条3項に関して、再びこのようなことが起こることを許さないという立法者の次の世代に対するアピールが課題なの다는ことは正しい。このことからすると、しかし、ナチス時代の出来事だけが処罰されることになるので、歴史的眞実という固有の法益は導き出されない。その上、歴史的に明らかなナチス犯罪に対する認識の保護が問題なのではなく、現代のための政治的－道徳的指導機能が課題なのである。これに関してすなわちナチス時代の犯罪に対する歴史的認識との関係が前面に出てくる。すなわち実際には『責任処理』と、第2のアウトシュヴィッツを阻止するためにここから引き出されるナチス犯罪を認めることが課題なのである⁵⁵⁾』と述べる。この指摘において Matuschek と同じ問題意識を見て取ることができる。しかし、これに止まらず von Dewitz は、「ナチス犯罪の否定に対する犯罪構成要件の規範化によって、立法者は、90年代以来、単純なホロコースト否定ないし矮小化表現の中に国民の中での迫害的雰囲気を生み出す危険を見ることを明らかにした。当時の司法大臣である Leutheusser-Schnarrenberger は次のように述べた、『ホロコースト否定の流布に対する固有の構成要件は、現行法と比較して可罰性を特に強調し、そしてそのような嘘がドイツ人とユダヤ人の平和な共同生活と国民の理解に不利益をもたらすということを明らかにする』。……このことから、ドイツ刑130条3項の保護法益は、あらゆる特殊性にもかかわらず、公共の平和のままである。ドイツ刑130条3項に関する矮小化そして否定行為の個別分析をすれば、公共の平和の毀損をここに見いだすことがいかに困難であるかは明らかである⁵⁶⁾』。そして「ドイツ刑130条3項では歴史上一度の犯罪に対する是認、否定又は矮小化に対する処罰が課題である。そのような禁止は本来的に刑法とは関係

55 von Dewitz, S. 199.

56 von Dewitz, S. 200.

のないものであった。けれども判例は理論的特殊性に特別に関わることなく1994年の歴史的事実の否定処罰の導入以来しばしばこれを適用してきた。このような基礎づけから刑法によって単純なホロコースト否定表現をも処罰しようとする判例の必要性が読み取れる⁵⁷⁾。

von Dewitz の主張は、ドイツ刑130条3項の保護法益を公共の平和に求めながら、この公共の平和の中身について詳細に検討した。その結果、Matuschek と主張と同じ内容の主張を展開する。このことは確かに理由のあることといえる。

8 ドイツ刑130条3項について、Fischer によれば、「ドイツ刑130条3項の法益はドイツ法務省の立法提案によれば、政治的な雰囲気毒されないことが公共の利益とされる。このような政治的目標はしかしそれ自体としては刑罰威嚇のための何ら十分に把握可能な法的根拠ではない。通説が同3項の法益として公共の平和と見なした限りで、上述のことが妥当する。公共の安全の危殆化は過去の犯罪を単に否定することでは導かれない。被害者の死後の尊厳要求及び尊重要求を指し示すことは刑事訴追に対する特に公共の利益を不十分にしか説明していない。構成要件が大量虐殺という『集団的恥辱』を保護するという見解はむしろ規範的要請を説明している。恥をかかせないようにすること又は誤った見解の流布によって他人に恥をかかせないようにすることは、正当なやり方では可罰的ではない⁵⁸⁾」。それゆえ、von Dewitz の主張する「公共の平和」という社会的法益ないし普遍的法益も、その不明確性又は抽象性を回避することはできないが、このような事情も踏まえつつも、公共の平和という法益自体は他の刑罰法令でも保護されており、その意味では、法益の毀損の判断に照らして、集団的記憶を法益に据えるよりもまだ明確であると思われる。

57 von Dewitz, S. 205.

58 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 56.Aufl. 2009. S. 973.

ただし、このように述べたからと言って公共の平和という法益を歴史的事実に関する表現行為に対する規制に設定するのが妥当であることを必ずしも意味しない。現に Fischer は、最終的に、処罰の正当性は、せいぜいのところ、そのような表現の物理的暴力の発動との関係に依拠せざるをえない。それゆえ、ドイツ刑130条3項では歴史的事実の否定の表現行為は、暴力的介入や迫害の危険を内包する嘲笑、誹謗そして排除から個人又は集団を保護する限りでのみ正当化されうると述べる⁵⁹。しかし、公共の平和と示すだけでは、歴史的事実に対する表現行為に対して、なぜ規制すべきなのかについて、その理由をまったく明らかにしていない。なぜ、歴史的事実の否定表現を個別的に規制したのかを説明できない。個人又は集団を保護することに求めるのであれば、単に意見表明と見なされかねない表現行為を規制すること、かつては同1項及び2項での枠組みで規制されていた表現行為を新たに同3項に規制したことの説明ができるであろうか。例えば、——日本であれば公安条例——デモ規制立法における保護法益とこのような表現行為のそれとの間に具体的な相違を見つける必要があるのではなかろうか。そうでなければ、単に治安立法の側面が強調されるにすぎなくなる。つまり、歴史的事実に対する意見表明行為によって侵害・危殆化される法的利益は何なのかを明らかにする必要がある。集団的記憶を保護法益とする見解は、ドイツ連邦共和国の国外及び国内に対する政治的姿勢、つまりナチス政権下での暴力的かつ恣意的支配に対する根本的批判と反省の上に成立している第二次世界大戦後の政治体制下において、いわゆる「ナチスの亡霊」に対抗する法的規制の趣旨を明らかにしている点でまさに本質的である。国家として反省した歴史事実について、これらの存在を否定、再肯定、又は正当化する表現行為を刑罰のもとに置くことが再び惨劇を招かないという予防の意味がある。そのうちには虐殺や迫害の歴史

59 Fischer, S. 973.

を忘れるべきではないとの政治認識も含まれている。

そして過去の虐殺や迫害を招く前段階の差別を正当化する社会的環境の醸成の予防があるといえる。これに加えて、集団的記憶は戦後のドイツの政治体制の一翼を担っているといえる。その意味で集団的記憶を保護法益として理解することは、ドイツの戦後体制に関するドイツ社会の自己認識そのもののなのであり、戦後ドイツの自己アイデンティティなのである。しかし、国家ないし社会の自己のアイデンティティを詳細化・個別化したものが法益であることからすると、集団的記憶を法益と解するのには躊躇を覚える。

Ⅲ 人間の尊厳の侵害としての歴史的事実の否定

1 スイス刑法にもヘイト・スピーチ規制においてアウシュヴィッツの嘘など、歴史的事実の否定に対する規制がある（スイス刑261^{bis}条4項）⁶⁰。ス

60 スイス刑法261^{bis}条

- 「1. 公然と、個人又は人々の集団に対して、人種、民族又は宗教を理由に憎悪又は差別を呼び起こした者
 2. 公然と、人種、民族又は宗教の構成員に対する制度的侮辱又は誹謗する思想を普及した者
 3. 上記と同じ目的をもって宣伝行動を組織、促進又はこれに関与した者
 4. 公然と、言葉、文書、画像、挙動、行動又は他の方法で個人又は人々の集団に対して、人種、民族又は宗教を理由に人間の尊厳に抵触するやり方で侮辱又は差別、又は同じ理由から民族虐殺又は人間に対する他の罪を否定、ひどく矮小化又は正当化しようとする者
 5. 個人又は人々の集団を、人種、民族又は宗教を理由に公共のために当てられた給付について拒絶した者は、
- 3年以下の自由刑又は罰金の刑に処する。」。

なお、本稿では言及しないが、オーストリアでも同じく歴史的事実の否定について処罰規定を置いている。

オーストリア禁止法3条h（Verbotsgesetz）

「印刷物、公共放送もしくはその他の媒体を通じて又は公然ともしくは多数の人々が認識できるその他の方法で、国家社会主義による民族虐殺又はその他の人間性に対する犯罪（Verbrechen gegen die Menschlichkeit）を否定、矮小メ

イスの判例では、ヘイト・スピーチにおける主たる法益は、人種、民族又は宗教に関する構成員の特性における人間の尊厳であり、間接ないし付随的に公共の平和とされる⁶¹。公共の平和は、独自の法益ではない。なぜなら、刑法は、それ全体として、公共の平和を保護しているのであり、刑法典によって個別に包括された別の法益を保護することを通じて間接的にのみ保護されるからである。これに対して、民族虐殺の否定又は他の人道に対する罪の否定については、公共の平和という一般的な法益のみが直接的に保護される⁶²。

民族虐殺又は他の人間性に対する罪に対する（単純）否定、ひどい矮小化、そして正当化の場合、狭義の民族差別には当てはまらない。なぜなら、同等の権限及び同等の価値への要求が形式的には否定されているわけではからである。ここでは存在しないとされる被害者が誹謗されているのではなく、その殺害者が潔白とされているのである。実際には、加害者を潔白だとすることは被害者とその子孫を侵害することなしにはあり得ない。犯罪を否定する者は、必然的に被害者ないし当該集団の構成員を誹謗するだけではない。主として犯罪の否定、矮小化そして正当化は現実にもむしろ犯罪の承認、場合によってはその基礎となる思想の承認であり、これによって当該集団の構成員の生存権ないし人権が否定される。行為者は道徳的に民族虐殺者を支持しているのである。民族虐殺又は他の人間に対する罪の否定、矮小化又は正当化はしたがって侮辱ないし人種差別的扇動の道具である。国家社会主義時代の犯罪を矮小化、又はそれどころかこれを否定する者は、国家社会主義思想と自らを同一化しているのである。今日そのようなことをする者は、それゆえ問題なくネオナチとみなされる⁶³。スイス

ゝ化、是認又は正当化しようとした者は、3条gにしたがって処罰される。』。この行為による刑罰は、1年以上10年以下の自由刑である。特に行為者又は活動が危険な場合、20年以下の自由刑に処せられる。

61 BGE 123 IV 202.

62 BGE 129 IV 95.

63 Dorrit Schleiminger Mettler, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 3.Aufl.,

の民事判例では、ネオナチが国家社会主義体制によって行われた犯罪を矮小化、否定又は正当化し、そして歴史修正主義者がホロコーストを否定し又はエセ学問の鑑定に依拠して被害者の数を少なくさせようとしているということを前提にしており、それゆえ、両方のイデオロギーは同じ信条を基礎としており、その支持者は一貫して同じ思想を支持しているが、しかし決定的な違いは、ネオナチは（暴力によって）指導者原理に基づいて組織された国家の建設を追求しているところであるということを確定していると判示する⁶⁴。

これに対して、Niggli は、歴史的事実の否定罪について、人間の尊厳を保護法益として構成する⁶⁵。Niggli は、歴史的事実の否定の法益を公共の平和と解する見解に対して、刑法における全ての規範は、直接的には具体的な法益を保護するのであり、間接的かつ付随的に公共の平和を保護する。したがって、スイス刑261^{bis}条4項は、集団の構成員としてのその特性において個々人の人間の尊厳を保護すると主張する⁶⁶。Niggli は、人間の尊厳に対する攻撃は、この攻撃が個々人の人格権（Persönlichkeitsrechte）（例、名誉）に向けられている場合だけでなく、平等原則を否定され価値の低いものとして扱われ、共同体における彼の生存権が否定されることによって、人間をその人格（Persönlichkeit）の中核に対して攻撃が行われる場合もある。人間の尊厳は、人間であるという品格そもそもが否定され、又は人権を求める要求が限定的にしか認められないか、又は低い価値のものとして扱われることによって、個人又は人々の集団の同等の権限ないし同等の価値が否定される場合に侵害される⁶⁷。人間の尊厳が絶対的な内的価値をもつ自己決定する主体であるという人間に対する観念の

↘2013, S. 2030.

64 BGE 129 III 49.

65 Marcel Alexander Niggli, Rassendiskriminierung, 2.Aufl, 2007, S. 124.

66 Niggli, S. 126.

67 Niggli, S. 127.

直接的な表れであるとする、他の諸人権と同列に整序されるのではなく、むしろその大前提条件であり、かつ根本基礎である。

Schleiminger Mettler によれば、ジェノサイドの否定は、必然的に集団としてのアイデンティティ (Gruppenidentität) に対する攻撃を示す⁶⁸。例えば、民族殺は、個人を標的とするのではなく、集団としてのアイデンティティという構成的特性を標的にする。このような攻撃から保護されるとすれば、それはそのアイデンティティのためではなく、集団に属することが個々人の人格構築とその展開——人間の尊厳の構成要素——に明確に与える根本的重要性ゆえにである。集団としてのアイデンティティに対する攻撃は、したがって、個人の人格的自由に対する意図的かつ制度的な攻撃である。これは、集団構成員の人間の尊厳を侵害する⁶⁹。この Schleiminger Mettler の見解は、個人的法益還元説とも読み取ることができるかもしれない。歴史的にみて、人々がおかれている個々の社会状況からして、一定の属性を有することが個人の人格構築とその展開にとって極めて重要な意味をもつ場合に、集団としてのアイデンティティに対する攻撃は、同時に、個人のレベルでは、彼に対する意図的かつ系統的な攻撃を意味するのは当然である。なぜなら、集団に属すること、つまり一定の属性を有していることが個人を攻撃する根拠だからである。注意すべきは、個人を攻撃する根拠が一定の属性を有していることだとすると、攻撃の対象は、標的となった一定の属性を有する集団の構成員全体であって、現実には被害にあった特定の人である必要は必ずしもないということである。ここにおいては、特定の《〇〇さん》という個人が問題ではなく、《一定の属性を有していないし一定の集団に属する》〇〇さんが攻撃の標的であり、ある個人が攻撃されることは偶然にすぎないか、攻撃者からすれば無関心である。特定の個人ではなく、特定の属性をもつ人々が標的対象であって、

68 Schleiminger Mettler, S. 2030f.

69 Schleiminger Mettler, S. 2031.

属性が攻撃の対象となることで既に個人の人格性が否定されている。ここでは個人の人格性や個別性が否定されている。属性を理由とする攻撃は、集団の否定を前提としており、これの意味するところは、人間であることの否定なのである。それゆえ、攻撃の（対象としての）範囲と規模は大きいと言える。Schleiminger Mettler の見解では、単に個人的法益に対する攻撃に還元するだけではなく、マクロレベルでは、歴史的事実の否定が集団としてのアイデンティティに対する攻撃であることを承認し、ミクロレベルでは、否定された歴史的事実を自己の存在の歴史的背景として有する個人の尊厳を攻撃すると理解できるのではなからうか。その意味では個人的法益を法益としているが、その前提として社会的法益としての集団としてのアイデンティティが据えられている。法の究極の任務が最終的に個人の利益を保護することにあるとすれば、歴史的事実の否定に対する処罰に関する法益を個人の尊厳としてこの構成要素である個人の人格とその展開と理解することも納得できる。その際、——没歴史的に個人を把握するのではなく——歴史的事実の否定が一定の属性をもつ人々の自己存在の歴史的背景、つまり集団としてのアイデンティティを否定することであることが内包されている。

2 Hörnle は、ドイツ刑130条3項の真の処罰根拠を、歴史的事実を否定する表現行為に対するいわゆる不快感とタブーに見いだしている。ドイツ刑法では既にドイツ刑130条1項で一定の属性によって特徴づけられる集団に対する侮辱的表現行為を処罰のもとに置いており、その上で同3項で歴史的事実に対する否定表現行為を規制している。このような詳細な規制システムにおいて形式上その法益を公共の平和と人間の尊厳と理解した場合にも、構成要件の行為として歴史的事実の否定を規定する限りは、やはり一定の規制根拠が必要であろう。しかも同1項が1960年に規定され、同3項の制定が94年であることからしても、同1項の構成要件では対応でき

ない、しかも歴史的事実の否定表現行為を規制しなければならない深刻な社会的事情があったはずである。その意味で同3項制定の真の根拠として不快感とタブーに求めたことには一定の理由がある。しかも法解釈上、歴史的事実の否定表現行為自体としてみれば、一見、誰に対しても攻撃しているようには見えないことにも配慮している。

Hörnle の批判は、歴史的事実に対する否定表現の処罰根拠を、加害と被害の発生に見ず、しかもこのような表現に対する社会一般の不特定多数の聴衆の反応に着目することなく、それ自体が不寛容の表れであるとの社会的コンセンサスの保持に求める場合に一定の合理性をもつように思われる⁷⁰。けれども歴史的事実の否定表現行為の処罰根拠を不快感とタブーにのみ見いだすのは、このような表現行為がもつ過去の歴史にさかのぼる現在における社会的意義と、しかもその行為のもつ将来的影響・効果を十分に考慮していないのではなかろうか。アウシュヴィッツの嘘は、それ自体として戦後のドイツ国家並び社会の否定なのである。アウシュヴィッツ収容所でのユダヤ人に対するガス殺を否定することは、戦後ドイツそのものとその政治体制の否定という二重の否定を意味しており、その上、この否定は必ずしも新しい発展への止揚を意味せず、ナチス政権による国家社会主義時代に行われた迫害を正当化することに繋がる。つまり、歴史の回帰を意味する。ドイツの戦後体制が過去の克服によって自らをまた国際的にも正統化させたのであり、これは、まさにナチス政権とそれによる暴力的・恣意的支配に対する反省によって行われた。

3 ドイツの歴史に着目すると、歴史的事実の否定や肯定評価は、まさにドイツ基本法1条の制定理由にさかのぼる必要がある。ドイツの判例は、

70 Susan Benesch, Incitement as International Crime, Contribution to OHCHR Initiative on Incitement to National, Racial, or Religious Hatred, February 2011.

民族虐殺の是認、否定又は矮小化は、生存者の尊厳と名声と同様に、特に殺害された人々とその遺族の尊厳と名声に対して共同体全体にとって耐え難いほど影響を及ぼす。同時に、それらは平和な共同生活に対する危殆化をも示す⁷¹。ナチス政権の国家社会主義体制のもとで暴力的かつ恣意的支配による殺害や迫害の被害者の存在と彼らが生きてきた、出生から死亡に至るまでの歴史の否定であり、彼らの存在そのものの否定である。歴史的事実の否定表現行為による存在の否定は、迫害から生き延びて現存している人々、迫害された死者、殺害された死者、そして彼らの遺族に及ぶ。被害者が人間として、なぜ殺害ないし迫害された場所に存在していたのか、なぜ殺害されなければならなかったのか、それが人間の死として現在においても社会において了解可能な理由によるのか、それとも不条理きわまりないのか、などを考慮するとき、ナチス政権による国家社会主義体制下での暴力的かつ恣意的支配に深く関わる歴史的事実に対する否定やそれに対する賛美は単なる表現や意見表明に止まるものではない。Seelmann は、人格の処分の不可能性 (Unverfügbarkeit der Persönlichkeit) の保護の為にタブー保護の給付可能性の限界を見いだす。例えば、成人の親族間の性行について、人格に対する侵害がなく、それゆえ人格の処分の不可能性を論じることが困難である。ドイツ刑166条 (信条、宗教及び世界観を共有する団体に対する冒瀆罪) やドイツ刑86条 a (憲法違反組織の象徴物の使用罪) については、人格は問題となり得ないであろう。これに対して、むしろ、畏敬の念なき死者に対する取り扱いという極端な場合に、死者の人格権又は遺族の権利として理解される死のタブーは人格の不処分性の問題となる。アウシュヴィッツの嘘の場合にも、極度に悲惨な迫害を否定することが、その迫害からの克服を甘受できないほど困難にするので、なお生存する被害者に対して、人格権がその処分可能な中核において侵害する、

71 BGHSt 47, 278.

と Seelmann は主張する。ここで Seelmann は、タブー保護について人格保護による再構成を試みる⁷²。この人格保護の観点からの再構成は、タブーを単にある社会にとって疑問視してはいけないもの・ふれてはいけないものであるがゆえに保護ないし規制することの問題性、つまり刑罰規定が何を保護しているのかについての無説明を克服する試みとして重要である。思うに、タブー保護の処罰根拠の無説明が、行き着くところ、不快にそれを求めざるを得ない背景にあるように思われる。けれども、ここでは、不快という用語は、説明できないものないし無説明なものを代替的に説明するための概念でしかなく、それ自体として、独自の法的規制の正当化根拠とはなり得ない。ここで不快とは、一定の行為に対する社会文化的に根づいた価値観念に由来する嫌悪感を言い表しているのに過ぎず、これに対して、その価値観念が合理性や平等性によって裏打ちされている訳ではない。そうであるならば、不快感をもってしては法的規制の合理性は担保されないということになる。Seelmann の理解により、人格保護の視点を歴史的事実の否定に関する処罰根拠に組み入れることが可能になる。その上、歴史的事実の否定が誰をターゲットにするのかという視点を考慮する必要がある。というのは、社会一般においてあまねく全ての人々が当該刑罰規定の予定する被害者になるというわけではないからである。殺人罪などの場合、全ての人々が潜在的被害者となるが、歴史的事実の否定の場合はそうではない。——一定の属性によって特徴づけられる集団に属する——限られた人々のみが被害者となりうる。つまり、迫害を受けた人々とその子孫のみがターゲットとなることから、彼らしか被害者になり得ない。ここにおいて歴史的事実の否定のもつ害悪と被害に関する認識並びに被害そのものの非対称性・不平等性が生じる。実は、ここで非対称性・不平等性に着目しなければ、再び、歴史的事実の否定の処罰根拠を不快に見てしまうおそ

72 Kurt Seelmann, Die Verlagerung des Tabus ins Subjekt, in: Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 258.

れがある。つまり、極めて不快ないし恥という、行為者と境遇を共通する者としての反応に止まってしまう、ターゲットとされる側の被害を見ることを忘却してしまう。その意味で、この非対称性・不平等性を理解した上で人格保護に歴史的事実の否定の処罰根拠を求めるとき、その処罰の正当性を見いだすことができるように思われる。

しかし、人格の保護を中核的根拠として位置づける場合であっても、単に個人の問題としてのみ、つまり「個人的」人格の問題としてのみ理解することで十分であろうか。被害者は、例えば、ユダヤ人であること、ロマ人であること、精神障がい者であること、また同性愛者であること、など、彼らの属性を理由に人間であることを否定された。個人の人間性又は人格性以前に、ユダヤ人そのものが人間でないとの烙印が、ユダヤ人である個人の人間性の否定という形で還元される。その意味で、被害にあった人々や攻撃の対象となった集団に対する侮蔑であり、それはまさに人間の尊厳を侵害している。それだけでなく、このような歴史的事実の否定や再評価する表現行為は、一定の属性によって特徴づけられる集団に対する蔑みや敵視を社会において醸成、助長し、これらの構成員に対する、つまり集団に対する粗暴犯をはじめとする犯罪や社会における諸制度からの排除を誘発する。このことは、歴史的事実に対する否定や再評価に関する表現行為だけでなく、一定の属性によって特徴づけられる集団に対する直接的な侮辱的表現行為にも当てはまる。単に個人に対する侮辱的表現による攻撃とは異なり、集団に対する攻撃を助長するだけでなく、それを不当にも正当化する社会的認識すら醸成する。その意味で、これらの表現行為は、単なる一回的な表現行為に止まらない。つまり、これによって一定の属性によって特徴づけられる集団に対する攻撃による社会的平等の毀損だけでなく、当該集団に対する蔑みと敵視、そして暴力的犯罪などを助長・促進する。ここにこれらの表現がまさに社会的平等を危険にさらすという本質がある。

4 歴史的事実に関する表現の内容が虐殺や迫害に関するものである場合、その被害者は殺害されて死亡しているため、もはや人でなくなってしまうことが多い。けれども人間の尊厳の権利が上記のような歴史性をもつことからすれば、生存している被害者のみを対象として人間の尊厳の侵害を判断することは、「あったことをなかったことにする」歴史的事実の否定による被害者の存在の否定という被害を見ていない点で妥当ではないのではなかろうか。既に死亡した被害者も含めることはむしろ当然とも言える。ユダヤ人として存在する集団に対して、その属性を理由に迫害され、殺害された。迫害と殺害は、個別的に見れば個人に対する侵害であるが、これらが属性を理由に（同じく属性を有する不特定多数の人々である）集団に対して掃討的に行われることに特徴がある。その意味で、民衆扇動罪の文脈においてドイツ基本法1条の人間の尊厳を考える場合には、個人的権利であると同時に一定の属性によって特徴づけられる集団に向けられる攻撃に対する法的規制をも視野に置くことが可能と思われる。人間の尊厳という権利がナチス政権の国家社会主義体制による残虐な民族虐殺に由来し、かつそこから忘却不可能な教訓として生成されたことは否定できない。そのため、個人としての尊重とそこから派生する諸々の権利と一定性格を異にすることも否定できない。人間の尊厳は「類」や「属性」に関係した人格としての個人以前の人間性を問題にする。これに対して、個人の尊重は、国家や集団との対置で社会の根本基盤である人格としての個人の保障を問題とする。理念的には、前者に基礎づけられた後者の構築とその保障として概念づけることも可能と思われる。けれども、世の中の全ての事象が純粹に個人に関連してのみ生起するのではない。ホロコーストと呼ばれる一連の虐殺では、虐殺されたのは個々の生身の人間である。その意味では個人の問題である、つまり個人的法益の問題である。が、虐殺されたのは、個人の問題ではなく、集団に属していることが問題であって、一人一人の人格たる個人の問題ではない。ナチス政権によって殺害されたの

はユダヤ人、精神障がい者、同性愛者等であった。これらは人々の属性であり、これに属する個々の人々の人格は問題にされていない。ないしは、属性が問題にされる時点で人格は否定されている。属性を標的にして攻撃する時点で、(同等の)人間としての人格性は否定されている。X民族に属するAが殺された。Aは、個人的理由、つまりその人格ゆえに殺されたのではなく、X民族の構成員であることを理由に殺害されたのであるから、殺害されるのは、特定の個人であるAさんでなくてもよいわけである。個別的人格に関連させると、逆に、Aさんが殺される必然性はないように思われる。このことを属性の側面から見直すと、Aさんが殺される必然性とその危険は常に存在する。繰り返しになるが、このことは属性を標的にしておこなわれる攻撃の根本的特徴である。

また、攻撃の対象が個别人格のAが問題でないことからすると、Aと同じ属性を有する人々全てが攻撃の対象とされることから、その危険の範囲と規模において個人の人格を理由とする攻撃とは比較にならない。ナチスの「ユダヤ人問題の最終的解決」(Endlösung der Judenfrage)はこのことを如実に物語っている。属性を理由に個人が殺害されるとき、その生命法益の侵害において、その行為動機に関して具体的個人ではなく特定の属性に焦点が当てられている場合、特定個人・Aを殺すことが重要ではないという意味で、行為以前に既にAの人間性が否定されている。もっと言うと、Aのことが憎いから殺すのではなく、AがX民族に属するから憎いので殺すのである。ここでは、行為者の殺害対象はAさんでなくてもよいのである。それは——具体的な殺害行為のずっと以前に——既にAの人間性と人格性が否定されているからである。ここにおいて人間の尊厳という権利の独自性が明らかになる。ホロコーストはこのことを教えている。

ドイツ法の文脈では、ドイツ基本法1条で「人間の尊厳の不可侵」が規定されているのは、まさにナチス政権の国家社会主義体制のもとでの暴力的かつ恣意的支配によるユダヤ人に対する迫害と虐殺そして他国への侵攻

に対する反省の明確な表れといえる。その意味で、過去の暴力的かつ恣意的支配に対する再肯定評価は、とりもなおさずドイツ基本法1条に抵触すると理解することができる。

5 他面、政府によって反省が表明された歴史的事実の否定は、それが当該国家の政治体制の根本基盤の一つであり、しかも出発点を形成していることは事実である。それは、国内だけでなく国外にも向けた歴史認識として定着させることが当該政府の職務の一つであることから、これを意図的に否定する表現を流布することは、国内と同時に国際的な挑戦でもある。歴史的事実の否定の流布は、思想・心情の自由にとどまらず、自己の思想という内的領域から外に向けて発信しており、政治体制の根本基盤を掘り崩すことである。これは社会の認識の基礎を掘り崩す。ここで単に政治的レベルの問題として捉えるのは、否定された事実の中に生身の人間がいることを無視している。法的には彼らの生命、身体、財産、自由、名誉などの個人的法益を無視することになることに注意を要する。このことに配慮すると、歴史的事実の否定は、かつての過ちないし迫害の歴史をなかったとにさせると同時に、その被害者の存在とその被害事実を否定し、彼らを「嘘つき」にしてしまう。ひいては、生存する被害者とその子孫を侮辱するだけでなく、かれらが今日の存在する由縁、歴史的背景そして法的関係、地位又は資格を否定し、場合によってはこれらを特権と誤解させることにつながる。これは、かれらの現存在と歴史的事実の密接な関連を否定し、彼らの存在とその運命を当該国家との関係においてなかったことにしようとする。この「なかったことにする」ということが歴史的事実の否定の真のメッセージである。

それゆえ、このような歴史的事実の否定は、単にタブー違反やポリティカル・コレクトネスという表現行為者側の側面だけを問題にするのではない。つまり害悪の側面だけを問題にするのではなく、現存する被害者とその子孫を「嘘つき」であり、「特権保持者」であるとして、不当に二重に

蔑むという被害の側面を見るべきである。ここに社会的平等に対する侵害を見いだすことができる。他面、歴史的事実の否定は、過去の克服のプロセスとしての謝罪、補償、法的資格の付与などの歴史的背景と根拠を全て否定する。これは、被害者に対して被害者であることを否定し、これと平行して、補償や法的資格の付与を被害者側の不当な要求と特権に論理転換させる危険性をはらんでいる。このような表現行為が政府や国家の歴史認識を批判するのではなく、主として、その被害者とその子孫の現存在の歴史的根拠又は背景を否定することを特徴していることからすれば、その本質は彼らに対する攻撃であり、社会的平等という利益を危険にさらす。

6 なお、このような表現行為は一定の属性によって特徴づけられる集団に対する攻撃を助長・促進する。注意すべきなのは、マイノリティに対する暴力行為というものが突発的に始まるようなものではなく、まずは、端緒としての悪意なき先入観が社会に浸透していることが土壌となつて、偏見に基づく具体的なヘイト・スピーチが行われるようになり、さらにこうした行為の数が増えるなかで制度的な差別、そしてついには暴力行為が発生し、当初は散発的なものが徐々に社会全体に蔓延するところまで発展していくということである。先入見による行為－偏見による行為－（制度的）差別行為－暴力行為－ジェノサイドというヘイト・スピーチ暴力のピラミッドを形成する。ブライシュが「批判すべきは、ジェノサイド否定が社会の一体性を損ない、潜在的に暴力へとつながりうるという点にある」と述べているように⁷³、ヘイト・スピーチは単に「不快」のレベルの問題ではなく、将来における暴力と社会的排除を呼び起こす。これに伴う「被害」の問題については、人種、民族、性別ないし性的指向などの属性に向けられたヘイト・スピーチが発する「二級市民」・「人間以下」というメ

73 エリック・ブライシュ（明戸他訳）『ヘイトスピーチ』（2014年）264頁以下。

タ・メッセージによって自尊を侵害されることで、ヘイト・スピーチのターゲットとなり、直接浴びせられた人々がこれに対抗するのではなく、何も言えなくなる・反論できなくなる等の「沈黙効果」と、社会的に二級市民扱いされることで、被害者である自己を劣った存在と誤って認識し、ヘイト・スピーチの責任を自己に向けるという「帰責の誤り」、継続する感情的苦悩、自尊喪失、逸脱感情などに着目する。

以上の理由から、歴史的事実に対する否定表現行為には、単なる不快という感情レベルの問題ではなく、またタブーという社会的に封印されるべきものとしてのみ理解してはならない害悪がある。