

名誉毀損罪と侮辱罪の間隙

——人の出自，民族，属性に対する誹謗・中傷について——

金 尚 均*

目 次

- 1 問 題
- 2 京都地裁平23年4月21日判決（第1審）
及び大阪高裁平23年10月28日判決（控訴審）
- 3 名誉の保護について
- 4 事実の摘示について
- 5 一定の属性を有する人々に向けられた侮辱的表現
- 6 ヘイトスピーチの社会侵害性
- 7 小 括

1 問 題

刑法230条並びに同231条は、(個)人の名誉を保護している。通説的見解によれば、事実の摘示が犯罪構成要件に規定されているか否かのみならず、規定の相違を認める。これら名誉を毀損する罪に関して、刑罰の重さの観点からすると、事実を摘示して他人の名誉を毀損する名誉毀損罪に比して、侮辱罪は明らかに軽い¹⁾。名誉毀損罪が「三年以下の懲役若しくは禁錮又は五十万円以下の罰金」の刑罰であるのに対して、侮辱罪は、「拘留又は科料」のそれである。前者の刑罰の下限は後者の上限よりも重い(刑

* きむ・さんぎゅん 龍谷大学大学院法務研究科教授

1) 侮辱罪は刑法典においてもっとも軽い罪である。しかも、確信犯的に侮辱罪で有罪判決を受け、執行猶予に付された者が、再び同様の行為をしたとしても執行猶予の裁量的取り消しの対象にならない(刑法26条の2第1号、同9条)。

法9条)。名誉毀損罪が個人の人格の中核である人格権としての名誉を深く毀損するのに対して、侮辱罪は、行為者の表現の中に事実の摘示がないことを理由に、単に悪質な悪口として位置づけられる可能性がある。上記のように刑罰の重さから見ると、両罪には、当該表現行為が与える社会侵害性の軽重においても明確な相違があると想定されてしかるべきである。名誉毀損罪では、他人の社会的評価を低下させる、つまり外部的名誉を毀損するのに際して、単なる悪質な悪口を超えて、具体的な事実を示すことによって法益を毀損することにその社会侵害性の重大さを見て取れる。それでは、この摘示されるべき事実とは、いかなる表現をさすのであろうか。また、この事実は、誰に対して向けられた場合に名誉毀損罪の予定する構成要件該当性を有するのであろうか。この誰に対して向けられるべきかという問題には、行為客体と関連して表現行為が行なわれることから、どのような表現が投げかけられるべきかという問題が付随する。例えば、「ここにいるおまえたちは、……人だから、天性の犯罪者だ。」、と1人から20人の国籍の異なる人々に向けて表現した場合、「おまえたちは、……人だから」という部分が事実当たる可能性がある。これに対して「……人は、天性の犯罪者だ。」、「……人は、人間じゃないから。」、と街宣活動などで表現した場合には、果たして、同じく事実の摘示があったと評価することはできないのであろうか。しかも、後者の場合、「……人」という表現は、「大阪人」、「阪神ファン」などの教科書事例と同じく、具体的な事実の摘示の前提となる、具体的な個人には当たらないことを理由に、名誉毀損罪はたまた侮辱罪の保護範囲からも外れてしまうのであろうか。また、これに関連して、表現がある民族などの属性を有する個人又は集団に向けられる場合、両罪の保護範囲から外れてしまうのであろうか。

以上の問題について、主として以下の判例をもとに検討したい。

2 京都地裁平23年4月21日判決（第1審） 及び大阪高裁平23年10月28日判決（控訴審）

2009年11月中旬頃、インターネットサイト「You Tube」において、京都にある朝鮮学校が、当学校に併存している児童公園に無断で私物を設置するなど、不法に公園を占拠している、これに対していずれの日かに当校に訪れる予告をする旨の映像データをアップロードして、これをインターネット上で一般に閲覧できる状態に置いた。その後、被告人A、B、CおよびDの4名は、他の構成員らと共に共謀の上、同年12月4日午後1時ころから約46分間にわたって、学校法人a学園が設置する朝鮮学校南側路上およびα橋公園において、被告人ら11名が集合し、日本国旗や「Z会」および「S会」などと書かれた各のぼり旗を掲げ、同校児童並びに学校関係者（計、百数十名）が現在する同校前で、同校校長らに向かってこもごも怒声を張り上げ、拡声器を用いるなどして、「日本人を拉致したc傘下、朝鮮学校、こんなもんは学校でない。」「都市公園法、京都市公園条例に違反して50年あまり、朝鮮学校はサッカーゴール、朝礼台、スピーカーなどなどなどのものを不法に設置している。こんなことは許すことできない。」「北朝鮮のスパイ養成機関、朝鮮学校を日本から叩き出せ。」「門を開けてくれて、設置したもんを運び届けたら我々は帰るんだよ。そもそもこの学校の土地も不法占拠なんですよ。」「戦争中、男手がないところ、女の人レイプして虐殺して奪ったのがこの土地。」「ろくでなしの朝鮮学校を日本から叩き出せ。なめとったらあかんぞ。叩き出せ。」「わしらはね、今までの団体のように甘くないぞ。」「早く門を開けろ。」「戦後、焼け野原になった日本人につけ込んで、民族学校、民族教育闘争ですか。こういった形で、至る所で土地の収奪が行われている。」「日本から出て行け。何が子供じゃ、こんなもん、お前、スパイの子供やないか。」「朝鮮ヤクザ。」「不法占拠したとこやないかここは。」「お前らがな、日

本人ぶち殺してこの土地奪ったんやないか。」「約束というものは人間同士がするものなんです。人間と朝鮮人では約束は成立しません。』などと怒号し、同公園内に置かれていた朝礼台を校門前に移動させて門扉に打ち当て、同公園内に置かれていたサッカーゴールを倒すなど。被告人Cは、同日午後1時過ぎころ、前記α橋公園内において、前記学校法人a学園が所有管理するスピーカーおよびコントロールパネルをつなぐ配線コードをニッパーで切断して損壊した²⁾。

(1 審) 本件に対して第1審は次のように判示した。

「政治的目的を有することの一事をもって公然と人を侮辱する行為がすべて許されることになるわけではない。」「その行為は、a学校の校門前において、被告人ら11名が集合し、約46分間にわたって拡声器を使うなどして被害者らに対する侮蔑的な言辞を大音量で怒号した上、被害者らの所有物を移動させてその引取りを執拗に要求するなどの実力行使に及んで喧嘩を生じさせたものであり、許容される余地のない態様のものである。」「本件器物損壊行為を正当な政治的表現とみる余地はなく、また、関係証拠によっても、配線コードの切断が公園利用者の危険除去のために緊急に必要であったことはうかがわれない。³⁾」。

(控訴審) 本件に関して被告人の一人が控訴したのに対して、控訴審は次のように判示した。

控訴趣意の論旨に対して、「[1] 政治的意見を表明する言論に対して侮辱罪という極めて曖昧な外縁の刑罰法規を適用することは、表現の自由に

2) 本件の当日の映像は、未だインターネットの動画サイトで閲覧可能である。一度インターネット上にアップロードされた動画は、サイト運営側に削除要請し、それにより一端は削除されたとしても、すでにこれをダウンロードした者によって再びアップロードされる。こうして、法益の二次的毀損が生じることになる。しかも、不特定多数の者により閲覧可能な限り、その毀損の状態が長く続くのも特徴である。

3) 京都地判平23年4月21日 LEX/DB 【文献番号】25471643。

対する萎縮効果を生み、その存立を危うくするから、適用することが違憲・違法というべきである、〔2〕侮辱罪の対象は、自然人又は法人に限られるのであって、法人格のない本件学校は被害者たりえないし、本件学校法人が被害者である以上は、被害者とする必要性もなく、本件学校に対する侮辱罪も成立したとするのは法文の解釈を誤っている、〔3〕「約束というものは人間同士がするものなんです。人間と朝鮮人では約束は成立しません」といった言論は、Dに対する誹謗ではなく、朝鮮人という集団を誹謗するものであるところ、集団に対する誹謗ないし侮辱は侮辱罪の対象とはならないから、法文の解釈を誤っていると、原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令適用の誤りがある、というのである。しかし、〔1〕については、憲法21条1項に定める表現の自由に当たる行為であっても無制限に許容されるものではなく、公共の福祉や他の人権との抵触による合理的な制限を受けるものであるところ、判示事実にあるような内容を、平日の昼間の時間帯に学校に向けて拡声器を用いて叫ぶことはおよそ許容されるような行為ではないのであって、本件について侮辱罪を適用することが憲法違反となるとはいえない。〔2〕については、侮辱罪の保護法益は社会的名誉と解されるところ、これは、自然人に特有のものではなく、自然人の集団にも、その集団の性格によっては個人と別に帰属するものであるところ（なお、集団が名誉の帰属的主体たり得るかはその社会的実態から判断すべきであって、法人格の存否が決定的な要素に当たるとは解されない。）、学校については、長年の教育、文化、芸術活動を通じて社会から一定の評価を受け、このような活動、評価に対し、現に在校する生徒、教職員のみならず、卒業生等も強い関心を持つものであるから、侮辱罪の保護法益たる名誉の帰属主体となる集団に当たるといえるべきであるし、また、複数の学校を運営する学校法人や公共団体等については、特に法人格を付与され、独自に社会経済活動を営み、所属する個々の学校活動はその一部を構成するに過ぎないのであるから、学校法人与学校に名誉が個別に帰属し得る場合があるといえるべきで、本件学校とこれを含

む複数の学校を運営している本件学校法人とが同時に侮辱罪の被害者となることは法益侵害の二重評価となるものではない。〔3〕については、本件の侮辱行為は一連のものとして解すべきところ、本件学校の前で、本件学校や運営主体である本件学校法人のありようについてする批判する中で発言であるから、特に朝鮮人との範疇について発言したと解されず、所論は前提を欠く。⁴⁾⁵⁾」。

3 名誉の保護について

本稿において以下問題とするのは、上記判例で示された被告人らの表現行為が事実の摘示を犯罪構成要件とする名誉毀損罪を適用せず、単なる悪質な悪口に対する侮辱罪として扱われているところにある⁶⁾。本件が侮辱罪として起訴され、そして有罪判決が下された背景としてどのような理由があげられるであろうか。被告人らの表現行為は、それ自体としては真実であるが、公共の利益を増進するものではないからなのか、当該表現の真実性の有無においてきわめて不明確だからなのか⁷⁾、それとも表現の内容に国家は立ち入ってはいけなないのであろうか。他面、被告人らの表現行為には、社会的並び歴史的文脈の中で構築され、意味づけされた否定的な内容が含まれている。このような表現に対しては、従来より学校教育などの社会的啓蒙を通じてその悪質さ・深刻さが知られるに至っており、それが、人が同じ人である他人を人と見なさない、同等に扱わないという本質的問題を含んでいることから、そのような表現の防止が社会的課題になっ

4) 大阪高判平23年10月28日 LEX/DB【文献番号】25480227。

5) なお、本件の最高裁決定について、最決平24年2月23日 LEX/DB【文献番号】25480570。

6) もちろん、起訴に際して原告側が、本件のような歴史的評価並び社会的評価に絡む事案について、行為者の表現行為における事実の摘示の有無に関する評価を回避し、公判において231条が問題にならないようにするため、侮辱罪と評価した可能性もある。

7) つまり、表現が真実である可能性を考慮したのであろうか。

てきた⁸⁾。このような意味では、このような表現が人の人格権の中核である名誉を毀損することは明らかであり、表現行為が一定の文脈をもって一定時間行われた場合、名誉毀損罪と同じく評価されるべき実態が存在し、そこに社会侵害性を見いだすことができるように思われる。つまり、これは、単なる悪質な悪口としてだけでは処理しきれない。

日本国憲法21条では、「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。」と明文の規定で表現の自由を保障している。表現の自由は、世界人権宣言19条が、「すべて人は、意見及び表現の自由に対する権利を有する。この権利は、干渉を受けることなく自己の意見をもつ自由並びにあらゆる手段により、また、国境を越えると否にかかわらず、情報及び思想を求め、受け、及び伝える自由を含む。」と規定しているように、ある社会において民主主義が保障されているためのグローバルスタンダードといえる。これは、全ての表現媒体による表現に及ぶ。例えば、演説、新聞などの印刷物、ラジオ、テレビ、写真、映画、音楽、芝居などが挙げられる。戦前の日本でも確かに表現の自由は保障されていた。大日本帝国憲法（以下、明治憲法）29条「日本臣民ハ法律ノ範囲内ニ於テ言論著作印行集会及結社ノ自由ヲ有ス」と定められていた。しかし「法律ノ範囲内ニ於テ」と定められているように、法律の留保が付されていた。このことは、明治憲法の下では、言論の自由というのは、国家によって制限・規制可能な権利とされていたことを意味する。刑法では、戦前、第2編第1章において「皇室に対する罪」を置き、天皇や皇族に対する人身犯罪行為を重く処罰し、また不敬行為をも処罰していた。これは、

8) 日本における差別表現の問題について、参照、アメリカ国務省『2010年国別人権報告書——日本に関する部分』（<http://japanese.japan.usembassy.gov/j/p/tpj20110506-01.html>）。ここでは、「2010年には、外国人や日本生まれの民族に基づくマイノリティに対する、移民排斥主義団体による嫌がらせがますます活発になった。8月には、京都朝鮮第一初級学校で児童に対し言葉による嫌がらせなどの示威運動を行った4人の外国人排斥団体のメンバーが逮捕された。」と差別表現による嫌がらせ行為の状況が報告されている。

天皇や皇族は、いわゆる「臣民」とは別格と見なされていたことの証拠である。このことが意味するのは、戦前は、民主主義がなかったということである。しかも、治安維持法という法律があり、これを軸にして反体制的な運動並びに言論活動を徹底的に弾圧したという歴史がある。そのような事情のもと、戦前、日本社会では「表現の自由」は十分には保障されていなかったといえる。以上のことからすると、表現の自由は、主権者としての一人一人の市民が对国家との関係で不可欠な権利といえるであろう。デモをしても世の中変わるはずがないからといって、しかし、これを無意味だから禁止してよいと簡単に考えることは、個人個人の存在の価値を根本的に否定することになってしまうのであり、このような意味でも、表現の自由なしには市民社会および民主主義社会の存立はありえない。同時に、表現の自由のような精神的自由は、「『こわれ易く傷つきやすい』権利であり、それが不当に制限されている場合には、国民の知る権利が十全に保障されず、民主制の過程そのものが傷つけられているために、裁判所が積極的に介入して民主制の正常な運営を回復することが必要であるとされる⁹⁾」。「こわれ易く傷つきやすい」とは、社会的少数意見であったり、反倫理的な意見であったり、社会が一つの思想に流される中でこれに反する意見に対して、これらを封じ込めようとする動きが社会情勢によっては生じる可能性が常にあることからすると、国家の強制力に対して物理的に無力な表現行為は常に弾圧されるおそれがあるという意味である。表現の自由は、主権者としての市民の国家からの自律と並行して保障されるべき権利である。「誰かがしゃべったからといって世界が突然変わるわけではない。しかし、しゃべることは他者を巻き込み、他者との間に関係をつくることによって権力を生む可能性をもつ。¹⁰⁾」との毛利の指摘は、それがもつ潜在的可能性を重視している。ここでは、表現の自由という権利が民主制において、平等な環境の下で市民の社会参加の機会の保障を担保する。

9) 芦部信喜／高橋和之補訂『憲法（第5版）』（2011年）187頁。

10) 毛利透『表現の自由』（2008年）43頁。

このような性格をもつ表現の自由は、主として、国家や政府に対する自らの意見を述べるなど、批判をする自由と同時に、民主制における市民の参加を内容としている。

他面、個人の権利としての「名誉」に対する毀損行為に対しては、表現の自由の保障は及ばない。それは、刑法上、犯罪行為であるし、民法上も不法行為である。名誉毀損罪や侮辱罪は、表現の自由という憲法上認められた権利と個人の名誉という権利との間にある拮抗関係を調整することを意味する。表現行為が他人に対して向けられ、必然的に他人の名誉という法益を侵害する可能性が予定されていることからすれば、自ずと権利行使の許容範囲を想定せざるをえない。このことは、本件において、「政治的目的を有することの一事をもって公然と人を侮辱する行為がすべて許されることになるわけではない」と判示されているとおりである。

名誉毀損罪や侮辱罪は、個人の名誉を保護し、個人の名誉を侵害する言論との関係で表現の自由という権利を制約する。つまり、一定の表現行為が処罰の対象とされる。現行憲法13条において「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定されており、ここにおいて個人の尊厳を具体化したものとして名誉という個人の人格的価値を権利として理解することができる。これは基本的に個人の「名誉」が刑法においても保護するに値する利益として（＝法益）見なされ、それゆえ、これに対する侵害行為、つまり名誉毀損行為に対して刑罰をもって禁止する。しかし、これは、あくまで個人を侮蔑してその名誉を毀損する表現行為を処罰するのである。

4 事実の摘示について

名誉毀損罪と侮辱罪の両罪の相違は事実の摘示の有無にあるが、ここで問題は、「事実」の摘示があったのか、それとも単なる悪口としての侮蔑

的表現が行われたにすぎないのか否かにある。本件の場合のように、民族、性別、皮膚の色、等々、ある属性を有する集団・人々に対する侮辱的表現により、その集団に属する人々の地位を貶めるような場合、侮辱罪に比してより重い名誉毀損罪が適用されるのであろうか。なお、本件で留保すべきことは、検察側は名誉毀損罪ではなく侮辱罪を訴因として起訴していることである。判例は、刑法231条所定の侮辱罪が事実を摘示しないで他人の社会的地位を軽蔑する犯人自己の抽象的判断を公然発表することによって成立するものであるのに対し、同230条1項所定の名誉毀損罪は他人の社会的地位を害するに足るべき具体的事実を公然告知することによって成立するものであって、ともに人の社会的地位を侵害する罪である点においてはその性質を同じくするものとして両罪を区別する。本件で判決はとりわけ侮辱罪を認めたことから、事実の摘示がなかったというのはどのような場合なのかを検討する必要があるように思われる。とりわけ、本件での表現行為が真実性の証明に適するような具体的事実でなく、それ自体が他人の社会的地位を害するに足るべき事実とはいえないのであろうか。

摘示される事実は、人の社会的評価を低下させる事実であれば何でもよい¹¹⁾。これに対して侮辱罪では、社会的地位・人格的価値を否定・軽侮する表現が侮辱に当たる¹²⁾。事実の摘示は、具体的になされなければならず、これに対して具体的事実の摘示がないと解される場合には、侮辱罪となるが、しかし、その限界は微妙である。

本件において、第1の事実では46分間もの間、第2の事実で13分もの間、数々の侮蔑的言辞が浴びせられている。その中でも、例えば、「北朝鮮のスパイ養成機関、朝鮮学校を日本から叩き出せ。」「門を開けてくれて、設置したもんを運び届けたら我々は帰るんだよ。そもそもこの学校の土地も不法占拠なんですよ。」「戦争中、男手がないところ、女の人レイプして虐殺して奪ったのがこの土地。」「戦後。焼け野原になった日本

11) 平川宗信『刑法各論』(1996年) 226頁。

12) 大判大15年7月5日大判刑集5巻303頁、大判昭2年11月26日大判刑集6巻468頁。

人につけ込んで、民族学校、民族教育闘争ですか。こういった形で、至る所で土地の収奪が行われている。」「日本から出て行け。何が子供じゃ、こんなもん、お前、スパイの子供やないか。」、等の侮蔑的表現は具体的な事実当たらないのか、それとも単なる本学校の運営主体である法人に対する評価としての悪口に止まるのであろうか。ここで問題となるのは、刑法230条の2（公共の利害に関する場合の特例）との関係であろう。これらの発言は当事者にとって侮蔑的であることはもちろんであるが、他面、日本の植民地支配に由来する第2次世界大戦中・戦後の歴史に多く関係する事実でもある。これらに照らして、名誉毀損罪で起訴した場合に予想される被告側からの反論に検察側としては引きずられたくなかったかもしれない。また、検察側としては、被告の言辞は評価としての単なる悪口としか考えていなかったのかもしれない、あるいは判例が「名誉毀損罪又ハ侮辱罪ハ或特定セル人又ハ人格ヲ有スル團體ニ對シ其ノ名譽ヲ毀損シ又ハ之ヲ侮辱スルニ依リテ成立スルモノニシテ¹³⁾」と判示するように、「野球ファンはバカ」等の言辞と同じく、特定の個人に向けられていないと考えたのかもしれない。

日本の判例によれば、名誉毀損罪と侮辱罪の区別について、「刑法第二三一条所定の侮辱罪が事実を摘示しないで他人の社会的地位を輕蔑する犯人自己の抽象的判断を公然発表することによつて成立するものであるのに対し、同法第二三〇条第一項所定の名誉毀損罪は他人の社会的地位を害するに足るべき具体的事実を公然告知することによつて成立するものであつて、ともに社会的地位を侵害する罪である点においてはその性質を同じうするものとされている¹⁴⁾」と解されてきた。ここでは、侮辱罪は、行為者個人の抽象的判断に基づいて出た表現であるから、被害者の社会的地位を侵害せず、単に輕蔑するに過ぎないとしている。「カバ」、「チンドンヤ」、

13) 大判大15年3月24日大判刑集5卷117頁。

14) 参照、注(12)303頁。

「法律違反者」と表現したこと¹⁵⁾, 「市民諸君阿呆につける薬があつたら, この支庁につけてやつて下さい」, 「三田市長Bは公団, 県のいぬ的存在」と表現したこと¹⁶⁾, 「A吸血鬼」「暴力所長Bを追放せよ」と記載したビラを乗用車の車体に貼付した¹⁷⁾, として侮辱罪を認めている。文脈を持つ表現について事実の摘示を否定した判例として, 「信越タイムスは天下の公器だ等とタンカをきれば, オモチヤのピストルを本物であると自ら認めることになる。もつともこの種の新聞は, ある候補の悪口を書くときは, それと対立する候補から相当の金をもらつて罰金覚悟で悪口を書くので, 二万五千円ぐらいの罰金で済むなら大いにタンカをきつて男を売ることを考えるかも知れない。」と表現したのに対して, 「結局本件被害者の発行にかかる新聞のもつ一般的性格(社会正義を守り真実を報道する新聞でないとか, またこの種の新聞はある候補の悪口を書くときはそれと対立する候補から相当の金をもらつて罰金覚悟で書くものだとか)についての被告人の意見判断を示したに過ぎず, したがつてそれは判例のいわゆる他人の社会的地位を軽蔑する犯人自己の抽象的判断を發表したにほかならないもので他人の社会的地位を害するに足るべき具体的事実を告知したものでない¹⁸⁾」とした事例や, 「松野候補が, その地位を悪用し, 詐欺, 恐喝等の容疑で取調べを受けている田中彰治と同じような犯罪容疑者である」, と表現したのに対して, 「当該公報に掲載された記事自体によつて判断すべきであつて, その当時たまたま問題となつていた事件や社会情勢を参酌して, その内容を補完し, もつて具体的事実の摘示の有無を認定することは, 許されないものと思料されるからである。¹⁹⁾」として侮辱罪を認めた。

これに対して, 名誉毀損罪とした判例として, 紙上に「南泉放談」と題した文中において「当町議立候補当時の公約を無視し関係当局に廃止の

15) 東京高判昭51年5月13日東京高裁(刑事)判決時報27巻5号64頁。

16) 最判昭48年6月5日裁判集刑189号259頁。

17) 最判昭44年10月23日裁判集刑173号561頁。

18) 東京高判昭33年7月15日高刑集11巻7号394頁。

19) 名古屋高裁昭50年4月30日判時796号106頁。

資料の提出を求めておきながらわづか二、三日後に至つて存置派に急変したヌエ町議もあるとか、君子は豹変すると云ふ。しかし二、三日のわづかの期間内での朝令暮改の無節操振りには片手落の町議でなくてはよも実行の勇氣はあるまじ肉体的の片手落は精神的の片手落に通ずるとか」と執筆掲載した事案がある²⁰⁾。これらの判例において、行為者の抽象的判断に基づく表現なのか、それとも被害者の社会的地位を害するに足るべき具体的事実なのか判然としない場合があるように思われる。

それでは、本件における被告人の表現は学校法人、学校並びに現在した学校関係者・児童に対する抽象的判断の域を出ないのだろうか²¹⁾。それとも、名誉毀損罪が予定する具体的な事実とは別の範疇に属する事柄なのであるか。つまり、本件のような一定規模の抗議デモにおいてマイクなどを用いて発言をし、不特定かつ多数の人々が聞くことが可能な状況で、一定の民族などの属性を有する人々に対して差別的な言辞を投げかけた場合、名誉毀損罪の予定する個人の具体的事実に当てはまらない、しかし単なる軽蔑としてだけでは包摂しきれない、一定の民族などの属性を有する人々の社会的地位を害する表現行為が行われたとは理解できないであろうか。ここにまさに名誉毀損罪と侮辱罪の間隙があるのではなからうか。

20) 最判昭28年12月15日刑集7巻12号2436頁。

21) なお、——現在ドイツに生活しているユダヤ人に対して——過去の迫害の歴史に由来する人的集団に対する侮辱的表現について、1994年4月13日ドイツ連邦憲法裁判所の決定によれば、「いわゆるニュルンベルク法による出生地を基準にして人々が区分されそして根絶目的をもって個人性が奪われたという歴史的事実は、ドイツ連邦共和国で生活しているユダヤ人に対して、他の住民との特別な人的関係を示す。この様な関係において、この出来事は今日もなお問題である（gegenwärtig）。このことは、迫害によって際だつ人的集団に属すると理解することのできる彼らの人格的自己理解に属する。これは、全ての他の者の特別な道徳的責任と向かい合っており、しかも彼の尊厳の一部である。このような自己理解を尊重することは、彼ら各々にとって、そのような差別の再発に対する保障であり、ドイツ連邦共和国における彼の生命に対する基本条件である。各々の過去の出来事を否定しようと試みる者は、彼らが要求する個々人の人格的妥当を否定する。当事者にとって彼が属する人的集団に対する差別の継続を意味する。この人的集団をもって彼固有の人格なのである。」と判示して、集団侮辱罪（ドイツ刑法185条）の適用を肯定した（NJW 1994, 1779）。

5 一定の属性を有する人々に向けられた侮辱的表現

公共空間において、侮辱的表現が、民族などの属性を有する個人又は集団に向けられることにより、民族などの属性を有する集団に属する人々の社会構成員としての地位を貶め、それにより社会における平等性を毀損する場合や、歴史的事実を否定する発言等により、被害者並びに死者となった被害者に対する侮辱と同時に、それによって民族などの属性を有する集団に属する人々の社会構成員としての地位を貶め、社会における平等性を毀損する場合がある。これらは、確かに、直接的には個人に向けられていない場合もある。また、具体的事実ではなく、単なる悪口にすぎないともいえる。従来、名誉毀損罪は、個人的名誉を毀損する表現に対して表現の自由との調整機能を有すると解されてきた。これは、個人的名誉が法の根本的基礎である個人的法益であることから、これを毀損する行為に限定して処罰することを意図していた。これに対して、民族などの属性を有する個人又は集団に対する侮辱的発言などでは、人種差別的発言等が歴史に基づいた多様性のある社会の基盤を危うくすると同時に、その実体として、同じ人間に対して不当な蔑みをすることでその集団に属する個人並び集団の社会的平等性を毀損する。しかし後者は、表現の自由を根拠に処罰の対象から除外されるべきなのであろうか。

表現の自由が社会参加の基礎であるのに対して、表現行為などによって個人が攻撃される場合には個人の名誉が毀損される。民族などの属性を有する個人又は集団が表現行為によってその属性に関連して攻撃される場合、間接的には個人の名誉が危殆化されるが、直接的には社会的な平等関係が危殆化される。そのような表現行為が行われた社会において、その表現が歴史ないし文脈の中で否定的意味内容をもつ場合、民族などの属性をもつ個人を蔑むと同時に、同じ属性を有する人々ないし集団を蔑むことになる。それは、民族などの属性を有する個人並び集団を区別・差別するこ

とになり、社会における平等関係を毀損し、参加を妨げる。表現の自由が根本的な権利である理由が民主主義社会における社会参加にあるとすれば、そのために、社会参加を阻害する表現行為に対して規制を加える必要はないのであろうか。属性・民族に対して侮辱表現をすることで人間の尊厳を毀損すると同時に、社会的平等関係（の構築）を毀損並びに社会参加する機会を阻害することにならないのであろうか。これに対して、人を人として見ない、人に格差をつけることから保護する必要はないのであろうか。

以上のことからすると、——立法論に及ぶが——本件は、他国のようにヘイトスピーチに対する法的規制の整備検討を促す事案ではなからうか。

さて、人種、皮膚の色、国籍、民族など、ある属性を有する個人又は集団に対して貶めたり暴力や差別的行為を扇動したりするような侮辱的表現を行うことをヘイトスピーチ（憎悪表現）と呼ぶ。このようなヘイトスピーチは、一見したところ、当然に犯罪行為であるように思われる。本件被告らによる罵詈雑言はまさにヘイトスピーチの範疇におさまると言える。それでは、一体、このような言動は、日本では許されるものなのであろうか。さらには、法律上の犯罪なのであろうか。現行法を見渡すと、名誉毀損罪（刑230条）と侮辱罪（刑231条）があるが、これらいずれかの罪で処罰すべきなのか、また可能なのか。それとも、新たな立法を提案すべきなのか、規制すべきではないという考え方も可能であろうか。

本件におけるヘイトスピーチは、第一に、ある属性を有する個人又は集団に対する侮辱的発言により、その集団に属する個々の人々の社会構成員としての地位を貶め、それにより社会における平等性を毀損する。第二に、歴史的事実の否定する発言等により、被害者ならびに死者となった被害者に対する侮辱と同時に、それによって、ある属性を有する集団に属する個々の人々の社会構成員としての地位を貶め、社会における平等性を毀損する。

以上のことから、ヘイトスピーチが社会の多様性の確保と人格の尊厳を

保障するうえで、重大な社会侵害行為であることが明らかになる。ここで注意すべきなのは、ヘイトスピーチの社会侵害性は、単なる個人の社会的評価を低下させることとは異なる。人の属性に向けられた一定の表現活動を規制することで、多様性のある社会のなかでの平等性ならびに人間の尊厳を確保することが求められる。

以上の事柄は、属性、民族、性別、皮膚の色など、ある属性を有する個人又は集団に対する侮辱的表現により、その集団に属する個々の人々の地位を貶めるような場合にも、同じく前記の刑罰規定が適用されるのであろうか。実は、「おまえら（朝鮮人・韓国人は）うんこ食っとけ」、「チョンコ」、「（朝鮮人・韓国人は）キムチくさい」、「人間とは約束できるが、朝鮮人は人間じゃないので約束できない」、「（同校に通っている児童は）スパイの子」等と、侮辱的言辞を並べ立ててもこれらにあてはまらない可能性がある。なぜであろうか。判例によれば、「明治四年太政官布告第四百四十八號ヲ以テ穢多ノ稱呼ヲ廢止セラレ四民平等ト爲リタル今日ニ於テ苟且ニモ我カ同胞ニ對シ差別的言辞ヲ弄スルカ如キハ四民平等同胞相愛ノ本義ニ悖ルモノニシテ恕スヘカラサルコト論ヲ俟タサル所ナレトモ之ヲ法律上ヨリ觀察スルトキハ凡ソ名譽毀損罪又ハ侮辱罪ハ或特定セル人又ハ人格ヲ有スル團體ニ對シ其ノ名譽ヲ毀損シ又ハ之ヲ侮辱スルニ依リテ成立スルモノニシテ即チ其ノ被害者ハ特定シタルモノナルコトヲ要シ單ニ東京市民又ハ九州人ト云フカ如キ漠然タル表示ニ依リテ本罪ヲ成立セシムルモノニ非ス²²⁾」と判示している。これらの言辞は、具体的な特定の個人に向けられておらず、それゆえ個人の名譽を毀損していないとされる。あくまで、一定の属性を有する集団に向かって行われているからである。名譽毀損罪や侮辱罪が個人の名譽のみを保護すると解されるのであるとすれば、いわゆる集団の名譽は保護の対象とはならないということになる。

現実の社会では、単に物理的な個体ではなく、人々は、さまざまな理由

22) 大判昭元年3月24日大判集5卷117頁。

から現在いる場所に存在しており、その意味で歴史的な存在である。また、言葉などの媒体手段を用いて他者とコミュニケーションをとることで社会において存在するという意味で社会的存在である。このような人々の存在に関する歴史性と社会性に照らすと、人々は、各々、個人として尊重されなければならないことは当然のことであるが、同時に、個人としての人には、それぞれの背景がある。それは、たとえば、民族、人種、性、職業等である。人の背景は、彼の属性を構成するのであり、まさに歴史的であり、また社会的である。人の背景としての属性は、個々人の人格の一部であるといっても過言ではない。この属性は、本来的には、個人の社会的評価、つまり外部的名誉ではない。なぜなら、憲法14条「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」と定められているように、そもそも、その属性如何によって評価されることがあつてはならないからである。

しかし、このような議論は、現実の社会を直視するならば、ある種の理想論になるかもしれない。悲しい現実として未だ差別が社会にはある。人が、同じ人である他者に対して、低劣・低俗として扱う。たとえば、人は、個々に固有の名前をつけるなどして自らを他人と区別する。それは、固有の存在としての自己のアイデンティティを確保するという意味できわめて社会的に重要である。名前に始まって、私たちの社会は差異を利用することで社会システムを形成している側面がある。だが、その差異が、自己と他者とのコミュニケーションのために利用されるのではなく、他者に対して憎しみや蔑みの感情をもって、不平等な関係を形成するために用いられる場合、それは差別となる。いわれのない偏見や蔑みが社会化されている場合が多々ある。民族差別や被差別部落に対する偏見などはその最たるものである。

社会化された差別や偏見は、個人においてその意識に根柢なく根付いている。いわばそのように認識することが当たり前のようである。このよ

うに差別というのは、歴史的な背景を有する深刻な問題であり、しかもそうであるがゆえに人々の社会生活において蔑視・偏見を生み、他人を「不当に」区別することから、社会的な問題でもある。そのため、差別は、個人に向けられることが最も卑劣なことに違いはないが、それが歴史的・社会的であることから、社会、すなわち、街宣活動やインターネットなどで、広く一般に向けて差別表現が行われる場合もあり、これにより一層社会における差別意識や偏見を醸成させることも大いに考えられる。これも卑劣な行為であり、差別された多くの個人の名誉を毀損する。

本件被告らの表現行為は、特定の個人に向けられた表現行為ではない。まさに、ある属性を有する集団に対する侮辱的表現というのが的を射ている。

6 ヘイトスピーチの社会侵害性

民族などの属性を有する個人又は集団に対する侮辱表現は、それが不特定または多数の人々の前で行われる場合、公共に対して偏見と蔑視を醸成する可能性が高い。民主主義社会においては、個々の市民が社会を構成する主体である。その際、まず何はともあれ、平等であることが保障されていなければならない。それなしには、現実の社会では、社会に参加する機会を得ることができない場合がきわめて多い。このような状態では、社会を構成する主体とは到底なり得ない。集団に対する侮辱表現は、それに属する人々全体と社会「一般」という形で不当に区別する重大な契機であり、その意味で民主主義社会にとって脅威である。このような表現は、民主主義にとって不可欠な社会への参加を阻害するという意味で社会侵害的といえる。

他面、このような侮辱的表現が現実の社会において行われる高い可能性があることを捨象して法の下での平等を説いても、それは法の平等原則そのものが社会における差別を是認することになる。それゆえ、例えば、集団

に対する侮辱的発言により、その集団に属する個々の人々の社会構成員としての地位を貶め、それにより社会における平等性を毀損するのであり社会侵害的行為といえる。

1965年の第20回国連総会において「人種差別撤廃条約」が採択され、1969年に発効した。1995年、これに日本も加入した。本条約1条において、「人種差別」とは、人種、皮膚の色、世系または民族的もしくは種族的出身に基づくあらゆる区別、排除、制限または優先であって、政治的、経済的、社会的、文化的その他のあらゆる公的生活の分野における平等の立場での人権および基本的自由を認識し、享有しまたは行使することを妨げもしくは害する目的あるいは効果を有するものをいう。たとえば、本章の事例である在日朝鮮人・韓国人に対する差別表現行為は民族差別と称されるが、本条約の文言からすると、民族的出身に基づいた区別、排除であって、政治的、経済的、社会的、文化的に公的生活の分野における平等の立場での人権及び基本的自由を認識し、享有しまたは行使することを妨げることになり、人種差別に該当する。本条約4条(a)には、人種的優越または憎悪に基づく思想のあらゆる流布、人種差別の扇動に対し締約国は法律で処罰すべき犯罪であることを宣言することと規定されている。しかし、日本政府はこれに対応する立法措置を講じてこなかった。

これに対して、2001年、人種差別撤廃委員会は、日本政府に対して人種差別禁止法の制定を勧告した。2005年、国連人権委員会の人種差別に関する特別報告者は、「日本政府は、自ら批准した人種差別撤廃条約4条に従って、人種差別や外国人排斥を容認したり助長するような公務員の発言に対しては、断固として非難し、反対するべきである」と、人種差別禁止法を制定すること、国内人権委員会を設立することなど多くの勧告を行っている。2008年、国連人権理事会は日本政府に対して人種差別等の撤廃のために措置を講じるよう勧告した。2010年、人種差別撤廃委員会の日本政府審査結果としての最終所見（勧告）において、日本政府は人種差別禁止法は必要ないと主張した。しかし、それでは差別された個人や集団が保護

を受けることができない事態を政府そのものが創り出しているのと同じである。

それでは、どのようにすべきであろうか。表現の自由に対する規制は、基本的人権を制約することにつながるおそれがあるため慎重である必要があることはいうまでもない。ただし、このことがあたかも錦の御旗のように主張されるのであれば、濫用につながる可能性が十分にある。つまり、民主制の根本を形成している表現の自由によって同じ社会に住む異なる民族や属性をもつ構成員たちを差別することになる。

たとえば、ドイツでは、民族や属性に向けられた侮蔑的表現行為に対して、具体的な個人に向けられる場合とは別個に（ドイツ刑法185条）、ドイツ刑法130条（民衆扇動罪）で刑罰を科している。典型的には、デモ行進などで、民族や属性に向けられた侮辱的表現行為によって憎悪をかき立てたり、冒とく、侮辱する行為を処罰している²³⁾。本規定では、ヘイトス

23) ドイツ刑法130条1項（民衆扇動罪）

「公の平和を乱し得るような態様で、

1 国籍、民族、宗教、またはその民族性によって特定される集団、住民の一部に対して、又は上記に示した集団に属することを理由に若しくは住民の一部に属することを理由に個人に対して憎悪をかき立て若しくはこれに対して暴力的若しくは恣意的な措置を求めた者、又は

2 上記に示した集団、住民の一部又は上記に示した集団に属することを理由として個人を冒瀆し、悪意で侮蔑し若しくは中傷することにより、他の者の人間の尊厳を害した者は、3月以上5年以下の自由刑に処する。」。

なお、本条は、2011年3月16日に改正されており、同年同月22日に施行され（BGBl I, 418）上記のような条文となっている。何よりも注目すべきは、従来は集団に対する侮蔑的・差別的表現を構成要件該当行為としていたが、それにとどまらず、今回の改正では、これに属する個人に対するそれも構成要件に含めることにより、行為客体を拡張しているところである。同時に、それにより、このような表現行為についてはドイツ刑法185条ではなく、もっぱら本条において規制するようになると思われる。参照、「コンピュータシステムを通じてなされる人種差別及び排外主義的性質の行為の犯罪化に関する欧州サイバー条約の追加条項2条及び5条」。

本条約5条（人種差別及び排外主義に基づいて行われた侮辱）は、「各締約国は、次の行為が故意でかつ権限なく行われた場合に、国内法において刑罰規定を創設するのに必要な立法及びその他の措置を講じること。 ↗

ピーチによって攻撃される人々の範囲は、もはや個別個人的には把握可能でなく、集合的に統合された住民の一部を構成するぐらいに量的に大きくなければならないとされる。例えば、これにはドイツであれば、ドイツ国内に住んでいる外国人労働者やユダヤ人が該当する。ここでは、個別個人的には把握できない集団に対する攻撃は全く個人的連関を示す必要はない²⁴⁾²⁵⁾。

本罪はもともと、1960年に当時の反ユダヤ運動やネオナチ運動に対処するために制定された。時を経て、1994年、東西ドイツの再統一後、激しい外国人排斥運動が生じたことへの対応として改正が行われ、その際、かつてのナチス政権の下で行われたユダヤ人の大虐殺という歴史的真相に対して、これを否定する言論行為、いわゆる「アウシュヴィッツの嘘」を処罰する規定が新たに導入された。

本罪の保護法益は、主たるものとして公共の平穩、そして従たるものとして、人間の尊厳である。本罪における行為態様としては、口頭、文書、インターネットにおける公表など、幅広く表現行為を対象としている。

本罪の実際については、とりわけ、同条1項「憎悪をかき立てる」表現行為の構成要件に該当する場合の適用がほとんどとされる。本構成要件にはつぎのような表現行為があてはまる。「ユダヤ人は、民族虐殺の嘘をつくり出した者として、ドイツ人に対する政治的抑圧と経済的搾取を企てている²⁶⁾」、ハーケンクロイツと「ユダヤ人くたばれ」と車にスプレーで書

↘ コンピュータシステムを通じて、人種、皮膚の色、国民的出身による、又は宗教によって区別される集団に属することを理由に

(i) 個人又は

(ii) これらの特徴によって区別された人々の集団

に対して、公に侮辱すること。」と規定している。Vgl. Mathias Hellmann, Neues beim Volksverhetzungstatbestand, NJW, 2011, S.963.

24) Markus Wehinger, Kollektivbeleidigung - Volksverhetzung, 1994, S.94.

25) 例えば、200人程度の公務員からなる国境警備隊はドイツ刑法130条の予定する住民の一部に当たらない (OLG Hamm, MDR, 1981, S.336)。Vgl. Wehinger, a.a.O, S.123.

26) BGHSt 46 S. 212, 216f. NJW 2001, S. 624.

くこと²⁷⁾、「おまえら異国人はユダヤ人のようにガス死させられるべきだ」と外国人の電車の乗客に向けた罵詈雑言²⁸⁾、ドイツに住んでいる外国人を「駆除されるべき集団」として表現すること²⁹⁾、「難民申請者は詐欺師で、一生懸命働いているドイツ人の犠牲の下で豊かな生活を送り、社会の寄生虫として間抜けなドイツ人を見て楽しんでいる」と表現すること³⁰⁾、「ダッハウ (のガス室) がもはや熱せられていないのが残念だ」との外国人に向けられた表現³¹⁾、「『死んだドイツ人は良きドイツ人だ』といつもユダヤ人が言っているように、われわれも同じことをユダヤ人について言う権利を得た」との表現行為³²⁾、「ユダヤ人に対する民族虐殺はシオニズムに端を発する嘘で、巨大な政治的かつ経済的詐欺である」と表明すること³³⁾、「低俗で人間で、信じられない嘘つきでしかも金に汚い寄生虫」とユダヤ人を特徴づけること³⁴⁾、また、同項「暴力的若しくは恣意的な措置を求める」構成要件については、「ユダヤ人は出ていけ」、「外国人は出ていけ」、「トルコ人は出ていけ」、「外国人は出ていけ、勝利万歳」とネオナチ集団が表現すること³⁵⁾、「ユダヤ人のところでは買うな³⁶⁾」があてはまる。

1980年10月28日ケルン上級地方裁判所の判決によれば、19歳と18歳の被告人が、学生新聞において、ユダヤ人はいくつかの政府に入り込み、これらを扇動し、ドイツに対して戦争をさせようとしてきたと示し、「ホロコーストを止める」との表題で、第2次世界大戦中の600万人の殺害は

27) OLG Koblenz 11. 11. 1976. MDR 1977, S. 334.

28) MDR 1981, S. 71.

29) NStZ 2007, S. 216.

30) NJW 1995, S. 143.

31) NJW 1985, S. 2430.

32) BGHSt 29, S. 26.

33) NStZ 1981, S. 258.

34) BGHSt 31, S. 226, 231.

35) NJW 2002, S. 1440.

36) BGHSt 84, S. 449.

「嘘」, 「600万人伝説」だと記した。また、映画「ホロコースト」は、もっとも有害な（ハリウッド）スタイルのホラーショーであり、ドイツ人に対する「恐ろしい中傷キャンペーン」だと記した。被告人たちは、この様な記事を掲載した同新聞1万部をケルンの学校やギムナジウムなどに頒布した。これに対して、ドイツ刑法130条の適用を認めた³⁷⁾。

1994年11月2日ハム上級地方裁判所の判決によれば、「外国人出て行け」と罵声を飛ばすことは、ドイツ刑法130条における人の尊厳に対する攻撃に当たるとした³⁸⁾。それによれば、被告人たちは、レストランに行く前に相当量のアルコールを摂取し、19時頃にレストランに行ってから他の仲間共々アルコールを飲んでいた。20時頃、レストランにいた一人の客が、強制移住者並びに移民申請者施設に対してデモをしようと思いついた。すでに数日前から、本施設の開設に反対行動を呼びかけるビラが作られていた。被告人Lは、自宅から黒と赤の旗（帝国戦闘旗）を持参するなどした。そして、25—30人ほどが集まり、そのうちの数人は、黒ないし緑の戦闘服を着、黒の編み上げ靴を履いていた。そして、ドイツにいる外国人に反対する旗を持ちながら同施設まで行進し、そこで、大声で数回にわたり、「外国人出て行け」、「我々は移民申請者施設なんかほしくない」と叫んだ。この様な行動は30分ほどして終わった。

2000年12月12日のドイツ連邦通常裁判所の判決によれば、オーストラリア国籍を持つ被告人が、ドイツ刑法130条1項及び同3項の構成要件に該当する表現をインターネットに設置し、インターネット利用者に閲覧可能にしたことにつき、この表現が具体的に国内の平穏毀損に適している場合、構成要件該当の結果がドイツ国内で惹起したと判示した³⁹⁾。本件では、同一行為者による3つのインターネットへの掲載が問題になった。

37) NJW 1981, S.1280.

38) NStZ 1995, S.136.

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

(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あるサーバーのウェブサイトにも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80万人となった。このことだけでもすでによい知らせである。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ということを意味する。これは祝うべき理由だ。」「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認されていない。」

(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。」

(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, 次のことを確認する。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死に至らしめ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。」「ドイツ人はホッと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、加重的アウシュヴィッツの嘘に当たり、ドイツ刑法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。

2001年11月28日ブランデンブルク上級地方裁判所の判決によれば、大人数のグループで「外国人出て行け」との罵声を飛ばすことが住民の一部に対する憎悪をかき立て若しくはこれに対する暴力的若しくは恣意的な措置を求めるのに適した行為であり、その結果、民衆扇動罪の構成要件を実現したとされる⁴⁰⁾。被告人は2000年のミレニアム祭に訪れる際、おおよそ50人が15人くらいのグループに無秩序に分散しながら歩き、その途上、見知らぬ者から第一次世界大戦の帝国戦争旗を渡され、それを持って歩いたところ、会場までの道すがら、「勝利万歳」、「外国人は出て行け」、「強い民族的連帯を」、「ドイツをドイツ人のものに」、と数回にわたって叫ぶのが聞こえてきた。このことについてブランデンブルク上級地方裁判所は、被告人がすでに民衆扇動と憲法違反組織の標識を用いているとした。被告人は、総勢50人程度の人数で、15人くらいずつに分かれながら歩いていた。多くの参加者は、戦闘服、ブーツ、そして短髪で、そのうちの9人は被告人と同じく政治的に右翼志向であることが知られている。被告人は「外国人は出て行け」、「強い民族的連帯を」というコールを聞きながら、30分ほどの間、帝国戦争旗を持っていた。「外国人は出て行け」などの国家社会主義的なコールとの内部的及び外部的関連が存在する場合、そのような行為には、ドイツから外国人を排斥するための暴力による脅迫と結びつけた要請の意義が与えられる。この様な事情のもと、帝国戦争旗を持っていることには、これらのコールとともに明らかに存在する暴力潜在力を強化する意義が与えられる。

40) NJW 2002, S. 1440.

7 小 括

ドイツの民衆扇動罪では、デモや集会などで、民族などある「属性」を有する個人又は集団に対して侮辱的表現をすること（インターネット上での書き込みも含む）が処罰対象とされている。日本の名誉毀損罪は、個人的名誉を毀損する表現に対して表現の自由との調整機能を有すると解されてきた。これは、個人的名誉が法の根本的基礎である個人的法益であることから、これを毀損する行為に限定して処罰することを意図していた。

これに対して、ヘイトスピーチに対する規制では、人種差別的発言等が、歴史に基づいた多様性のある社会の基盤を危うくするという意味で社会的平穩に対する罪と解されているが、しかし、その実体は、同じ人間に対して不当な蔑みをすることで一定の属性を有する個々の人々の社会的平等性を毀損することにあるとされる。

なぜヘイトスピーチを処罰するのか？

また、いわゆる「アウシュヴィッツの嘘」の規制にかんして、たとえば、日本の植民地支配に関連して言及するならば、朝鮮人ならび中国人に対して、朝鮮に対する植民地支配を反省する村山談話がある。これは、1995年8月15日の戦後50周年記念式典に際して、当時の内閣総理大臣・村山富市が、閣議決定に基づき発表した「戦後五〇周年の終戦記念日にあたって」と題する声明である⁴¹⁾。従軍慰安婦の問題に関しては、1993年8月4日に、宮沢改造内閣の河野洋平内閣官房長官が発表した河野談話があ

41) 村山内閣総理大臣談話『戦後50周年の終戦記念日にあたって』1995年8月15日。「わが国は、遠くない過去の一時期、国策を誤り、戦争への道を歩んで国民を存亡の危機に陥れ、植民地支配と侵略によって、多くの国々、とりわけアジア諸国の人々に対して多大の損害と苦痛を与えました。私は、未来に誤り無からしめんとするが故に、疑うべくもないこの歴史の事実を謙虚に受け止め、ここにあらためて痛切な反省の意を表し、心からのお詫びの気持ちを表明いたします。また、この歴史がもたらした内外すべての犠牲者に深い哀悼の念を捧げます。」。

る⁴²⁾。これは、慰安所の設置は日本軍が要請し、直接・間接に関与したこと、慰安婦の募集については、軍の要請を受けた業者が主としてこれにあたったが、その場合も、甘言、強圧による等、本人たちの意思に反して集められた事例が数多くあり、さらに、官憲等が直接これに加担したこともあったこと、慰安所の生活は強制的な状況の下で痛ましいものであったとし、慰安婦の存在を認めたものである。また、中国における南京大虐殺（1937年に日本軍が中華民国の首都南京市を占領した際、約6週間から2ヶ月にわたって中国軍の捕虜、敗残兵、便衣兵、一般市民を不法に虐殺したとされる事件）についても、日本の政府の公的見解が出されている⁴³⁾。

このような表現規制の意義としては、ヘイトスピーチに対する抑止と並んで、新たな規範意識の形成にその目的があると考えられる。それは、歴史的事実に基づいて多様性のある社会の構築を目指すうえで、人々の属性に対する侮辱的発言が「いけないこと」であることを宣言することで、市民に新たな規範意識を構築することが目指されているように思われる。しかしここで留意すべきは、刑罰という制裁を武器にするだけでは、社会にとって根の深い問題を解決することはできないであろう。刑罰の創設によって潜在的行為者の行動を抑止することはできる。けれども、彼の持つ

42) 『慰安婦関係調査結果発表に関する河野内閣官房長官談話』1993年8月4日。「今次調査の結果、長期に、かつ広範な地域にわたって慰安所が設置され、数多くの慰安婦が存在したことが認められた。慰安所は、当時の軍当局の要請により設営されたものであり、慰安所の設置、管理及び慰安婦の移送については、旧日本軍が直接あるいは間接にこれに関与した。慰安婦の募集については、軍の要請を受けた業者が主としてこれに当たったが、その場合も、甘言、強圧による等、本人たちの意思に反して集められた事例が数多くあり、更に、官憲等が直接これに加担したこともあったことが明らかになった。また、慰安所における生活は、強制的な状況の下での痛ましいものであった。なお、戦地に移送された慰安婦の出身地については、日本を別とすれば、朝鮮半島が大きな比重を占めていたが、当時の朝鮮半島は我が国の統治下にあり、その募集、移送、管理等も、甘言、強圧による等、総じて本人たちの意思に反して行われた。」

43) これについて日本の外務省のホームページに政府見解が示されている (<http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/taisen/qa/08.html>)。

認識を改変させることは刑罰によるだけでは不可能である。

最後に、ヘイトスピーチは、単に「公共の平穩」を害するから処罰されると解するべきではない。それは、一般的に社会におけるマジョリティからマイノリティに対して向けられる。民主主義は、すべての社会の構成員が自分の存在する社会におけるさまざまな決定に参加することができるというのが基本である。しかし、ヘイトスピーチは、一定の属性を有する個人又は集団に向けられることによって、当該集団に属する個々の人々を蔑むことになる。それが意味するところは、彼らを同じ社会の民主制を構築する構成員とは認めないということにあり、それにより、民主制にとって不可欠な社会参加の平等な機会を阻害することになる。ヘイトスピーチの有害性は、主として、社会のマイノリティに属する個人並び集団の社会参加の機会を阻害するところにあり、それゆえ、ヘイトスピーチを規制する際の保護法益は、社会参加の機会であり、それは社会的法益に属すると再構成すべきである。