

# 一般法律と比例原則研究序説

## — 転轍点としてのヴンジーデル決定 —

菅 沼 博 子\*

- I はじめに
- II ヴンジーデル決定の背景
- III ヴンジーデル決定
- IV ヴンジーデル決定に対する学説の反応
- V おわりに — 日本への示唆

### I はじめに

#### 1 問題関心の所在

本稿の目的は、ドイツにおける意見の自由ドグマーティクの転轍点である連邦憲法裁判所のヴンジーデル決定<sup>1)</sup>を吟味することである。同決定は、ネオナチとの法的闘争に関する最重要の判例という固有の文脈を超えて、意見の自由のドグマーティク全体に顕著な影響をもたらした<sup>2)</sup>。

その重要性は日本の先行研究でも的確に捉えられてきた。そこで指摘される要点はおよそ二つに分けられる。第一に、ヴンジーデル決定は、基本法5条2項が定める意見の自由の限界としての三留保の一つである一般法律<sup>3)</sup>につき、リュート判決<sup>4)</sup>の判断枠組に明確な変更を加えた<sup>5)</sup>。第二に、比例原則における目的審

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第17巻第3号 2018年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

1) BVerfGE 124, 300. 前稿（菅沼2016-2017）まで筆者は、Wunsiedelを「ヴュンジーデル」とカナ表記をしてきたが、先行研究で「ヴンジーデル」の表記が定着したため、以後筆者も後者の表記を用いる。

2) Payandeh 2010: 929.

査<sup>6)</sup>を詳細に行い、そこでは合憲性が問われた刑法130条4項<sup>7)</sup>(ナチス暴力支配賛美罪)の保護法益である公共の平穩の限定解釈が示された<sup>8)</sup>。

ヴンジーデル決定の特異な点として浮かび上がる一般法律と比例原則。本稿が探究を試みるのは、なぜ同決定は一般法律の判断枠組を大きく変更せざるをえなかったのか、そして、新たな判断枠組のもとで一般法律である途を絶たれた刑法130条4項がいかにして比例原則を耐え抜いたのかという問いである。

もっとも、このような問いに取り組むにあたり、①ドイツのヘイトスピーチや民衆扇動罪など本稿の主題と強い関連を有する先行研究が多数あるなかで検討する余地が残されているか、②先行研究と比して本稿はいかなる独自性を有しうるかという点につき、筆者は説明を免れえない。

## 2 本稿の検討の対象

### (1) 先行研究の概観と本稿の射程の限定

先行研究としてはまず何よりもドイツのヘイトスピーチ研究を挙げねばならない。渡辺康行が2014年までの研究動向をもとに分析したとおり、日本におけるドイツのヘイトスピーチ研究は立ち遅れていたが、近年になり憲法学・刑法学において研究が蓄積されてきた<sup>9)</sup>。

ドイツではヘイトスピーチを規制するための主な法的手段としては、刑法185条の侮辱罪を集団に対する侮辱にも適用する集団侮辱と、刑法130条の民衆扇動

---

3) Allgemeines Gesetz の訳語につき、基本法の主要な邦訳では「一般的法律」が用いられているが、本稿では毛利透や鈴木秀美が採用する「一般法律」の語を採る。Sonderrecht の訳語は、これまで筆者は「例外法」を用いてきたが、Sonderrechtslehre の訳語が「特別法理論」で定着していることに照らし、今後は「特別法」を訳語として採用する。

4) BVerfGE 7, 198. リュート判決を検討する邦語文献は多数あるが、まずは邦語評釈として、木村2003:157以下。

5) ヴンジーデル決定による一般法律の判断枠組の変更につき明示的に言及するものとして、小山2013:123、土屋2016:148、鈴木2016:419、櫻庭2017:21以下。

6) 柴田憲司によれば、ドイツにおいても比例原則は適合性・必要性・均衡性(衡量・狭義の比例性)の三つの部分原則から成るものと一般に説明されるが、この三つの部分原則を審査する前提問題として立法目的それ自体を審査しなければならないことはドイツの学説においてもつとに指摘されており、連邦憲法裁判所も比例原則の適用の前段階において目的自体の審査に言及するのが通例である。柴田2013:204。

罪との二つに大別される<sup>10)</sup>。2010 年前後まで憲法学の検討対象は集団侮辱が中

7) 刑法 130 条の現行規定（最終改正 2015 年 1 月 21 日、同年 1 月 27 日施行）は以下のとおりである。

〔1 項 公共の平穩を乱すのに適した態様で、

1. 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
2. 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、3 月以上 5 年以下の自由刑に処せられる。

2 項

1. 以下の内容の文書（11 条 3 項）を、頒布し、公衆の接近を可能にし、若しくは 18 歳未満の者に以下の内容の文書（11 条 3 項）を提供し、渡し、若しくは目に触れうる状態にした者、
  - a 1 項 1 号に掲げる集団、住民の一部若しくは個人に対して、1 項 1 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、
2. 1 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 18 歳未満の者若しくは公衆の接近を可能にした者、又は
3. 1 号 a から c 掲げる内容の文書（11 条 3 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、1 号若しくは 2 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試みた者

は、3 年以下の自由刑又は罰金刑に処せられる。

3 項 ナチズム支配のもとで行われた、国際刑法典 6 条 1 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、5 年以下の自由刑又は罰金刑に処せられる。

4 項 公然と又は集会において、ナチズム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、その被害者の尊嚴を侵害する態様で公共の平穩を乱す者は、3 年以下の自由刑又は罰金刑に処せられる。

5 項 2 項 1 号及び 3 号は、3 項及び 4 項に掲げる内容の文書（11 条 3 項）にも妥当する。3 項及び 4 項に掲げる内容を放送又はテレメディアによって 18 歳未満の者又は公衆の接近を可能にした者も、2 項 2 号により処罰される。

6 項 5 項の場合も含めて、2 項 1 号及び 2 号の場合、未遂も処罰される。

7 項 5 項の場合も含めて、2 項の場合、並びに 3 項及び 4 項の場合には、86 条 3 項が準用される。」

民衆扇動罪の現行規定の邦訳は、鈴木 2016 : 399 以下を参照し、筆者が訳語の一部を変更した。

心だった<sup>11)</sup>が、刑法130条4項の合憲性が問われた2009年のヴンジーデル決定<sup>12)</sup>や、刑法学における民衆扇動罪研究の進展<sup>13)</sup>を受け、近年では憲法学においても民衆扇動罪に詳細な検討<sup>14)</sup>が加えられている。また、日本におけるドイツのヘイトスピーチ研究は奥行きだけでなく近時の動向をもカバーし、インターネット上におけるヘイトスピーチの研究<sup>15)</sup>も進められている。

憲法学・刑法学によって民衆扇動罪の全体像や近時の展開が詳細に明らかにされている以上、敢えてほとんど類似の作業を繰り返すことで得られるものは多くない。それゆえ、本稿はヴンジーデル決定の検討に必要なかぎり民衆扇動罪の議論に言及するが、民衆扇動罪全体の重厚な検討は行いえない。しかしなお、本稿が同決定の分析に注力することに疑念が残るとすれば、その疑念の所在は、近時の憲法学によるドイツのヘイトスピーチ研究で同決定に立ち入った検討が行われていることに加え、櫻庭がすでに同決定の論理展開を詳細に紹介し、刑法学の観点から、とりわけ保護法益についてきめ細やかに吟味している<sup>16)</sup>といったあ

---

8) 鈴木はヴンジーデル決定につき、「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」に注目すべきと強調する。鈴木2016:420。その他、同決定における目的審査の重要性を指摘するものとして、小山2013:123、青柳2014:173、土屋2016:150。

9) 渡辺2014:175。

10) 毛利2014a:218。

11) 集団侮辱については、とりわけ上村都によって精力的に検討が加えられてきた。上村1998:1以下、上村2011:476以下。

12) 邦語評釈として、土屋2016:144以下。

13) 刑法学による民衆扇動罪研究については、刑法130条の全体像を日本で初めて詳細に明らかにした櫻庭2012aがとりわけ重要である。ドイツ刑法を参照し、ヘイトスピーチの刑法解釈論・刑事立法論を展開する近時の著作として、金2017a。ドイツの研究者による近年の動向を分析する邦語文献として、民衆扇動罪については、ザイファート2018:621以下、ヘイトクライムについては、ザイファース2016:354以下がある。櫻庭総の単著(櫻庭2012a)登場以前にも、刑法学には、川口1995:155以下、楠本2003:86以下などの業績が存在した。とはいえ、かつて刑法学では差別問題に関する議論は多くはなく、小名木明宏はその理由の一つとして「刑事法の分野では直接、差別を規制する構成要件が存在しない」(小名木2010:7)ことを挙げていた。

14) 近時の憲法学によるドイツのヘイトスピーチ・民衆扇動罪研究として、毛利2014a:218以下、鈴木2016:393以下、上村2017:93以下。

15) ドイツのSNS対策法については鈴木による一連の研究が重要である。鈴木2017a:35以下、鈴木2017b:577以下、鈴木2018:1以下。なお、刑法学による検討として、金2017b:168以下。

たりにあろう。

(2) 本稿が有しうる意義

そこで本稿が質・量ともに充実している感のある憲法学・刑法学の先行研究と比して、独自の意義を主張しうるとすれば、それは以下の三点にある。

第一に、ヴンジーデル決定の背景にある集会法論争との関連を明らかにすることに力を注ぐ。むろん、先行研究の多くも集会法論争との関係には関心を払ってきた<sup>17)</sup>し、集会法論争<sup>18)</sup>それ自体も検討がなされてきた。本稿では、集会法論争が刑法 130 条 4 項の成立にいかなる影響を与えたのか、集会法論争が同決定とどのような関係に立つのかを明らかにする。

第二に、刑法学の先行研究との重点の違いとして、ヴンジーデル決定の合憲性判断の審査枠組に着目する。すでに櫻庭が三段階審査の枠組に沿って同決定を丹念に紹介しているが、そこで検討の中心に位置する公共の平穩の分析<sup>19)</sup>にあたっては、憲法学が着目する比例原則における目的審査には十分な関心が払われていないように見受けられる。他方、刑法学では、刑事立法の合憲性審査枠組として三段階審査／比例原則が認知されつつある<sup>20)</sup>が、本稿が扱う同決定は意見の自由を制約する刑事立法の合憲性審査の実例として、刑法学に対しても検討素材としての意義を提示しうる。

第三に、ヴンジーデル決定がヘイトスピーチという文脈を超え、意見の自由ド

16) 櫻庭 2017 : 13 以下。

17) ヴンジーデル決定の背景として集会法論争に言及するものとして、毛利 2014a : 224 以下、土屋 2016 : 147、鈴木 2016 : 418、櫻庭 2017 : 16。

18) 集会法論争の主な先行研究として、渡辺 2004 : 189 以下、渡辺 2005 : 129 以下、毛利 2010 : 44 以下。

19) 櫻庭 2017 : 38 以下。

20) 井田良は「比例原則は、法治国家としてその遵守が要求される法原則の 1 つとされ、国家による個人の基本的人權の制約の許容限度を画するための判断基準として用いられている。従来の刑法学においては、刑罰限定原理として比例原則が詳細に展開されることはなかったが、刑罰権の行使が個人に向けた国家権力の行使の一形態である以上は、この原則による規制の下に置かれなければならない」と述べる。井田 2008 : 24。近時、刑事立法の合憲性審査枠組としての法益論の限界を指摘し、三段階審査／比例原則による刑事立法審査を詳細に検討したものとして、上田 2016。

グマーティクにもたらした影響をできるかぎり汲みあげる。アメリカではR. A.V. 判決<sup>21)</sup>が「修正1条関連判決の中でも最重要判決のひとつ」<sup>22)</sup>とすれば、同決定は意見の自由関連の判例として、ドイツにおいてアメリカにとってのR. A.V. 判決に相当する重要性をもちうる。そうであるとすれば、同決定に特化した検討を行うことは、今日のドイツの意見の自由を理解するために欠かすことのできない題材を吟味するということである。

以上の三点の意義に着目することにより、本稿は①ヴンジーデル決定の文脈を明らかにし、②憲法学と刑法学の対話の糸口の一つを準備し、③ドイツの意見の自由の変容を示すことを目指す。

### 3 分析の視座と本稿の構成

ヴンジーデル決定の論点は多岐にわたるが、本稿は一般法律の判断枠組の変化に主眼を置く。まず、同決定において合憲性が問われた刑法130条4項の成立背景を検討する(Ⅱ)。次に、同決定が下級審と判断が分かれた点に注意を払いながら、その論理構造を示す(Ⅲ)。そのうえで、同決定に対するドイツの憲法学説・刑法学説の応答状況を描出する(Ⅳ)。論理構造と学説の主な検討対象は、本稿の主題の関係上一般法律の判断枠組と目的審査である。最後に、以上の分析を通じて日本への示唆を抽出する(Ⅴ)。

## Ⅱ ヴンジーデル決定の背景

### 1 意見の自由と集会の自由

ドイツにおける意見の自由、集会の自由それぞれにつき、日本でもすでに先行研究は相当の蓄積があるが、本稿の主題を論じる前提として、意見の自由と集会の自由の関係を瞥見する。

---

21) R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

22) 駒村 2013 : 22。

## (1) 意見の自由と集会の自由の関係

ヴンジーデル決定をデモの法的規制の合憲性が問われた事案であると素描した場合、素朴な疑問として浮かぶのは、なぜ集会の自由ではなく、意見の自由について争われたのかという点である。この点に関する同決定の判断は連邦憲法裁判所の判例を踏襲したものであり、真新しいものではない。連邦憲法裁判所は、1994年のアウシュヴィッツの嘘決定<sup>23)</sup>において、意見の内容にもとづく集会規制は、集会の自由ではなく、意見の自由に照らして判断することを明らかにした<sup>24)</sup>。すなわち、意見の内容に関わる規制であれば意見の自由が、集会に付随する公共安全に対する危険を理由とした規制であれば集会の自由が適用される<sup>25)</sup>。意見の自由と集会の自由の振り分けは、次節で検討するシナゴグ決定<sup>26)</sup>でも踏襲され、意見の自由に照らして集会規制の合憲性が判断された。

## (2) 意見の自由における一般法律

リュート判決の一般法律の判断枠組はシナゴグ決定で若干の変更を経て、ヴンジーデル決定によって大きな転換を迎えることになる。ここではシナゴグ決定以前の一般法律の判断枠組を確認する。

## (a) ワイマール期における一般法律をめぐる議論

リュート判決の一般法律の判断枠組が、ワイマール期の一般法律をめぐる論争<sup>27)</sup>のなかで登場した二つの立場を結びつけて形作られたものであることは広く知られているが、ヴンジーデル決定やその検討を行う学説もワイマール期の議論に立ち入っている点がとりわけ目を引く。

ワイマール憲法 118 条は意見の自由を規定しており、118 条 1 項の「一般法律の制約内」という文言の解釈をめぐる議論が行なわれたが、リュート判決の一般法律の判断枠組を検討する前提として、ワイマール期の論争に言及する。

23) BVerfGE 90, 241. 邦語評釈として、小野寺 2006 : 162 以下。

24) BVerfGE 90, 246.

25) 小山 2004 : 11.

26) BVerfGE 111, 147. 邦語評釈として、渡辺 2008 : 242 以下。

27) ワイマール期の一般法律をめぐる論争を紹介・検討する主な文献として、石村 1958 : 312 以下、近藤 1984 : 111 以下、上村 2000 : 92 以下、宍戸 2011 : 107 以下。

クリストフ・グズィ<sup>28)</sup>(Christoph Gusy)の整理によれば、ワイマール期の一般法律をめぐる論争は、以下の四つの見解に大別される。①一般法律は法文編集の際の誤りであり、意見の自由に対する制約となるのはすべての法律であり、「一般的」という付加語に特段の意味はないとする見解。②一般的・抽象的な法律であれば、意見の自由を制約できるとする見解。③特別法理論。④衡量理論(Abwägungslehre)<sup>29)</sup>。

リユート判決は、上記③(特別法理論)と④(衡量理論)の両理論を結びつけ(連結公式 [Kombinationsformel])、一般法律の判断枠組を示した。以下では特別法理論と衡量理論の概要を確認する。

#### (i) 特別法理論

ワイマール期に特別法理論を定式化したのはクルト・ヘンツェル(Kurt Häntzschel)である。ヘンツェルは、意見の自由に対する特別法のメルクマールは、「それ自体として許容される行為を、もっぱらその精神的目標設定とそれによって惹起される有害な精神的作用のゆえに、禁止または制約する」<sup>30)</sup>ことにあるとする。

カール・ローテンビュッヒャー(Karl Rothenbücher)は、自身の見解をヘンツェルの見解に最も近いものと位置づけ、一般法律とは「特定の意見をまったく顧慮せずにもっぱら保護されるべき法益の保護に資する」ものであるとした<sup>31)</sup>。

ヘンツェルとローテンビュッヒャーによる特別法理論の主張を支持したゲルハルト・アンシュッツ(Gerhard Anschütz)は、一般法律とは、「ある意見それ自体を禁止するのではなく、意見表明それ自体に向けられるのでもない法律」<sup>32)</sup>であると定式化した。

#### (ii) 衡量理論

上述のローテンビュッヒャーの見解に対し、ルドルフ・スメント(Rudolf

---

28) グズィ(1955-)はビーレフェルト大学公法学・国法学・憲法史教授。集合法論争で大きな存在感を發揮したウルリッヒ・バッティス(Ulrich Battis)の弟子。

29) グズィ 2002: 249 以下。

30) Häntzschel 1932: 659f.

31) Rothenbücher 1928: 20.

32) Anschütz 1928: 75.

Smend) は、特別法理論が形式主義的であると批判し、一般法律の実質的な概念を求め、一般法律とは、「意見の自由よりも一般法律によって保護される社会的利益がより重要であるがゆえに、ワイマール憲法 118 条に対して優位する法律」<sup>33)</sup>であるとした。

ここまで(i)・(ii)で瞥見した特別法理論と衡量理論の論争は、当時の法実務に対してほとんど影響を与えることはなかった<sup>34)</sup>が、1958 年のリュート判決によってこの論争に一応の終止符が打たれた。

(b) リュート判決における一般法律の判断枠組

基本法は、5 条 1 項で「自己の権利を自由に表明し流布させる権利」を保障し、5 条 2 項に意見の自由の制約事由として、「一般法律」、「青少年保護」、「人格的名誉権」の三留保を置く。

リュート判決は、意見の自由と対抗する法益との調整という事案の構造を超えて、価値秩序論<sup>35)</sup>を展開することで基本権の第三者効力を認めた点において「その後のドイツ基本権論の飛躍的發展を導いた法史上の転轍点、もしくは一種の『ビッグバン』」<sup>36)</sup>ともみなされるほどのきわめて重要な意義を有する。このように基本権論全体にわたる重みをもつ判例ではあるが、本稿は意見の自由のドグマティクを主題とする都合上、同判決の一般法律の判断枠組を確認するにとどめる。

同判決で連邦憲法裁判所は、一般法律とは、「ある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 (①)、特定の意見を顧慮せず、保護されるべき法益の保護に資する (②)、意見の自由の行使に対して優位する共同体の価値の保護に資する (③) 法律である」<sup>37)</sup>とした。これは、① (アンシュッツによる定式化) と② (ローテンビュッヒャーの見解) は特別法理論を、③ は衡量理論を採用し、両理論を結びつけた連結公式である<sup>38)</sup>。

33) Smend 1928 : 52.

34) グズィ 2002 : 250.

35) リュート判決の価値秩序論についてまずは、武市 2010a : 157 以下。

36) 林 2016 : 376.

37) BVerfGE 7, 209f. ( ) 内の①～③は引用者。

38) 同様の整理を行う先行研究として、土屋 2016 : 148.

同判決の一般法律の解釈のもう一つの特徴はいわゆる相互作用論 (Wechselwirkungslehre) である。すなわち、「基本権と『一般法律』の相互関係は、基本権の妥当力が『一般法律』によって一面的に制約されるかのように解釈されてはならない。そうではなくて、『一般法律』は確かに文言上は基本権を制約するものであるが、他方で、一般法律も、この基本権が自由で民主的な国家において価値定立的な意義の認識から解釈されなければならない、基本権を制約する作用それ自体も制約されなければならない」<sup>39)</sup>。相互作用論は、比例原則の一形態であるとみなされており、憲法適合的解釈を要求するものである<sup>40)</sup>。

(c) 一般法律と基本法19条の関係

基本法19条1項1文は、基本権を制約する法律につき法律の一般性は憲法上の要請であるとするが、5条2項の一般法律といかなる関係に立つかここで整理しておく。

ドイツでは、規範の一般性は、①受命者の範囲、②対象となる事案 (Fall) の範囲、③適用される時間の継続性の三つのレベルからなり、それぞれ①人的一般性 (Personelle Allgemeinheit)、②事項的一般性 (Sachliche Allgemeinheit)、③時間的一般性 (Temporale Allgemeinheit) の問題として表現される<sup>41)</sup>。

基本法5条2項の一般法律における一般性とは、法律が抽象的・一般的に定められている場合のことではない。もしそうであるとすれば、一般性の要件は、19条1項1文における個別事案法律<sup>42)</sup> (Einzelfallgesetz) の禁止と完全に重複し、不必要なものになってしまう。5条2項における一般法律の概念は一定の内容的性質を意味する<sup>43)</sup>。

リュート判決の一般法律の定義は、基本法5条2項との関連における「一般性」を、法律による規律の対象から、事項的一般性として解釈したものである<sup>44)</sup>。

---

39) BVerfGE 7, 208f.

40) 上村 1999 : 15.

41) 赤坂 2008 : 265 以下。

42) 受命者は不特定だが対象事案は特定されている「一般的・具体的法律」をいう。赤坂 2008 : 267。

43) Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher 2015 : Rn. 654.

## (3) 集会の自由と集会法

## (a) 集会の自由と集会法の関係

集会の自由は基本法8条に規定されているが、5条、9条（結社の自由）と同様コミュニケーション基本権と呼ばれている。8条1項の屋内の集会は平穏でありかつ武器を伴わないかぎりで法律の留保なく保護されるが、8条2項の屋外の集会は法律の留保を含む<sup>45)</sup>。

集会法は、警察法・秩序法の特別法である。集会法の任務は、公共の安全と公共の秩序に対して存在する、集会による特別な危険から防御することである<sup>46)</sup>。集会の自由は公開の集会も非公開の集会も保護する<sup>47)</sup>が、集会法が規制するのは屋内・屋外の公開の集会のみであって、屋内・屋外で開催する非公開の集会を規制するものではない<sup>48)</sup>。

2006年の連邦改革法<sup>49)</sup>の施行によって、集会法の立法権限は各ラントに移譲された<sup>50)</sup>が、独自の集会法をもたないラントでは連邦法が妥当する<sup>51)</sup>。ヴンジーデル決定の舞台となったヴンジーデルはバイエルンに所在し、バイエルンは独自の集会法を有しているが、事件が起きたのは連邦改革法施行以前だったため、連邦の集会法が適用された。

## (b) ブロックドルフ決定における「公共の安全」と「公共の秩序」

1985年のブロックドルフ決定<sup>52)</sup>は大規模デモの集会法による禁止が問題となった事案である。集会法15条<sup>53)</sup>は、官庁による集会の禁止・解散を定めており、同決定では同条の合憲性が審査された。

44) Schaefer 2010 : 382.

45) ドイツの集会の自由に関する主な先行研究として、高橋 1987-1988、赤坂 2008 : 337 以下、初宿 2015 : 317 以下、岡田 2017a : 601 以下、岡田 2017b : 61 以下、岡田 2018 : 203 以下。

46) Pieroth/Schlink/Kniesel 2012 : 347.

47) Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher 2015 : Rn. 770.

48) Pieroth/Schlink/Kniesel 2012 : 351.

49) BGBl. I 2006 S. 2034.

50) 独自の集会法をもつラントとしては、バイエルン、ベルリン、ニーダーザクセン、ザクセン=アンハルト、ザクセン、シュレスヴィヒ=ホルシュタインがある。

51) ザイファート 2018 : 626.

52) BVerfGE 69, 315. 邦語評釈として、高橋 1988 : 228 以下、赤坂 2008 : 337 以下。

連邦憲法裁判所は、当該事案においては特定内容の意見表明の禁止が問題となっているわけではないことから、基本法8条違反の論点に絞りこんで審査を行った。同裁判所は、「立法者は、同等の重要性をもつ他の法益を保護する場合にのみ、比例原則を厳格に守ったうえで、集会の自由の行使を制約することが許される」とし、集会規制法律を解釈・適用する国家機関も、個別の措置をとるにあたっては「同等の価値をもつ法益の保護に必要な事柄に限定しなければならない」<sup>54)</sup>。

集会法15条1項の「公共の安全」と「公共の秩序」の概念について、連邦憲法裁判所は警察法の通説<sup>55)</sup>に沿って、以下のように定義した。「公共の安全」は、「個人の生命、健康、自由、名誉、所有及び財産、並びに法秩序および国家の諸制度が傷つけられないこと (Unversehrtheit) といった、中核的な法益の保護を含むが、この場合、通常公共の安全の危殆化が想定されるのは、これらの法益の可罰的な侵害が差し迫ったときである」。他方、「公共の秩序」は、「その時々 of 支配的な社会的・倫理的見解にしたがえば、その遵守が、一定の領域内における人々の秩序だった共同生活の不可欠の前提とみなされるような、不文のルールの総体」である<sup>56)</sup>。

連邦憲法裁判所は、集会の禁止および解散は、根本的な法益の保護のためにのみ考慮されうるが、公共の秩序の単なる危殆化では一般に不十分であるとして、以下の二点の憲法適合的解釈を示した。①集会の禁止および解散は、より緩やかな手段が尽きた場合の最終手段 (ultima ratio) であることが前提条件とされる

---

53) 後述のとおり、集会法15条は2005年の刑法130条4項新設と同時に改正されている。ブロックドルフ決定時点の集会法15条は下記のとおりである。  
「1項 所轄官庁は、処分を発する時点において認めうる状況からして、当該集会又は集団行進が実行されれば公共の安全又は秩序が直接に危殆化するときは、これを禁止し、又は特定の条件を付すことができる。  
2項 所轄官庁は、当該集会又は集団行進が届出を行わなかったとき、届け出た事項と異なるとき若しくは条件に違反する行動がなされたとき、又は1項による禁止の要件が存在するときは、当該集会又は集団行進を解散することができる。  
3項 禁止された催し [=集会又は集団行進] は解散されるものとする。」  
邦訳については、初宿2015:337を参照し、筆者が訳語の一部を変更した。

54) BVerfGE 69, 348f.

55) ドイツの警察法の「公共の秩序」論の展開については、島田2017:117以下。

56) BVerfGE 69, 352.

べきであって、厳格な比例原則にもとづくものである。②集会の禁止および解散は、公共安全または公共の秩序が「直接的に危殆化」される場合にのみ適法であって、この直接性の要件によって、所轄官庁の介入の前提条件は、一般警察法によるものよりも厳格に限定される。具体的な事案においてそのつど危険予測が要求される<sup>57)</sup>。

このように連邦憲法裁判所はブロックドルフ決定において集会法 15 条をめぐる憲法判断を示したが、次節で検討するとおり、2000 年代以降ネオナチのデモの問題に直面するなかで、同決定の憲法判断の解釈をめくり連邦憲法裁判所と専門裁判所が鋭く対立したのが集会法論争である。

## 2 集会法論争

刑法 130 条 4 項はナチスの暴力支配を賛美するネオナチのデモを阻止すべく 2005 年に新設されたが、その背景として、このようなデモを抑制しようとしたノルトライン・ヴェストファーレン（ミュンスター）上級行政裁判所をはじめとする専門裁判所<sup>58)</sup>と、ネオナチの集会禁止の許容性についても非常に厳格な態度で臨んだ連邦憲法裁判所とのあいだの集会法論争が大きく関わっている。集会法論争における連邦憲法裁判所の姿勢は、行政当局や行政裁判所との激しい摩擦を生み、このことが刑法 130 条 4 項の新設を促した<sup>59)</sup>。そこで以下では、刑法 130 条 4 項との関係を検討すべく、集会法論争に論及する。

### (1) 集会法論争以前における連邦憲法裁判所に対する批判

連邦憲法裁判所は 1990 年代半ば頃に危機に陥ったといわれるようになったが、その際に批判的となったのは、磔刑像決定<sup>60)</sup>、「兵士は殺人者だ」決定<sup>61)</sup>、座

57) BVerfGE 69, 353.

58) ドイツの裁判制度には憲法裁判所と専門裁判所が存在し、各専門裁判所には民刑事・行政・財政・労働・社会の専門領域の裁判が割り当てられており、基本法 95 条 1 項にもとづき連邦通常裁判所、連邦行政裁判所、連邦財政裁判所、連邦労働裁判所、連邦社会裁判所という 5 つの領域の最上級審裁判所が設置されている。原島 2015 : 1292.

59) 毛利 2014a : 225.

60) BVerfGE 93, 1. 邦語評釈としてまずは、石村 2006 : 115 以下.

61) BVerfGE 93, 266. 邦語評釈として、小山 2006 : 168 以下.

り込みデモ決定<sup>62)</sup>、ハシシ決定<sup>63)</sup>といったリベラルな判決が相次いだことだった<sup>64)</sup>。

1987年に連邦憲法裁判所裁判官に就任し、第一法廷において意見の自由の報告担当者を担い、1990年代前半に意見の自由に関する判例を矢継ぎ早に繰り出した<sup>65)</sup>ディーター・グリム (Dieter Grimm) は、1999年にその任期を終えた。グリムの後任としてヴォルフガング・ホフマン-リーム (Wolfgang Hoffmann-Riem) が着任し、報告担当者の役割も引き継いだ。ホフマン-リームが連邦憲法裁判所裁判官を務めた2000年代は、意見の自由と名誉保護の関係をめぐる議論は一応沈静化し、学界の主要関心事ではなくなっていた<sup>66)</sup>が、代わって大きな争点として浮上したのが集会法論争だった<sup>67)</sup>。

## (2) 集会法論争の展開

2000年以降に始まる集会法論争の契機となったのはネオナチのデモである。この問題については、①既存の集会法ではネオナチのデモには対処できないとして、新規の立法ないし法改正を志向する「集会法改正論争」と、②既存の集会法の解釈・適用を通じてネオナチのデモへの対処を目指す「集会法解釈論争」という大きく分けて二つの形態があった<sup>68)</sup>。本稿はヴンジーデル決定の前提の一つとして、②の集会法解釈論争に立ち入る。

### (a) ミュンスター上級行政裁判所と連邦憲法裁判所第一法廷第一部会の対立

集会法論争は、ミュンスター上級行政裁判所をはじめとする専門裁判所を一方の当事者として、連邦憲法裁判所第一法廷第一部会をもう一方の当事者として展開した。

集会法論争の起源はブロックドルフ決定に遡るが、そこから導かれるのは、国

62) BVerfGE 92, 1. 邦語評釈として、松本 2006 : 452 以下。

63) BVerfGE 90, 145. 邦語評釈として、工藤 2009 : 66 以下。

64) 連邦憲法裁判所の「危機の時代」は、畑尻 1997、渡辺 2003 : 10 以下が詳しい。

65) 毛利 2008 : 259 以下。

66) 毛利 2008 : 286。

67) 毛利 2008 : 313 以下。

68) 集会法論争の二形態の区分については、渡辺 2005 : 131 以下。

家機関は、デモにより第三者の法的立場が害される場合でも、つねに集会の自由の「自由で民主的な国家における意義に照らして」関連法規を解釈し、それにもとづく制限措置も「同等の法益の保護に必要なだけ」にとどめねばならないということである。具体的には、集会法、とりわけ、集会法 15 条が決定的に重要であり、集会法論争でも集会法 15 条 1 項にいう「公共の安全又は公共の秩序」が焦点となった<sup>69)</sup>。

極右の集会規制の事案につき、連邦憲法裁判所は、シナゴグ決定によって集会法論争を収束させるまでは、終始部会レベルで判断を示してきた。この部会判断には、連邦憲法裁判所法 31 条 1 項<sup>70)</sup>にいう法的効力が認められず、専門裁判所を拘束するのはあくまで法的効力を有する関連判例、とりわけブロックドルフ決定だった<sup>71)</sup>。

(i) ミュンスター上級行政裁判所の代表的な裁判例

ミュンスター上級行政裁判所のネオナチのデモ関連の裁判例のなかから代表的なものとして 2001 年 3 月 23 日決定<sup>72)</sup>を取り上げる。ネオナチのデモが即時執行可能な禁止処分によって禁止されたことに対し、申立人は禁止処分執行延期の効力の回復を申立てたが、行政裁判所はこれを退けた。本件につき、上級行政裁判所は申立人による異議の許可の申立てを退けた。上級行政裁判所の判断のうち、とりわけ重要なのは以下の三点である。

① 極右のイデオロギーの基本法上の正当化可能性の否定

集会法 15 条 1 項の公共の秩序は、秩序だった共同生活の不可欠の前提としてその時々で支配的な見解に沿って追求される、公共圏における個人の行態についての不文のルール<sup>73)</sup>の総体である。その時々<sup>73)</sup>に支配的な見解を基礎づけるのは、基本法の価値基準である。この基本法の価値基準とは、とりわけ人間の尊厳（基本法 1 条 1 項）である。人間の尊厳は、基本法秩序の中核に至上の価値および最

69) 渡辺 2004 : 193。

70) 「連邦憲法裁判所の裁判は、連邦及びラントの憲法機関、並びにすべての裁判所及び行政庁を拘束する。」憲法裁判研究会 2013 : 580 より引用。

71) 渡辺 2008 : 244 以下。

72) OVG Münster, 23. 03. 2001-5 B 395/01, NJW 2111.

73) BVerfGE 69, 352.

上の憲法原理として存在するものであり、「他の憲法規定の解釈にとっても重要であるだけでなく、法秩序全体に影響を及ぼす (ausstrahlen)」ものである。このような基本法の考え方 (Konzeption) とナチスの思想とは相いれないものであって、ナチズムのような極右のイデオロギーは基本法のもとでは正当化しえない。

## ② デモの自由の憲法内在的制約

ナチスの意見内容をデモによって表明することに対する憲法内在的な制約は、基本法5条1項、8条1項によるデモの自由とその基本権制約の解釈に際して、——基本法21条2項 (政党の違憲性)、18条 (基本権喪失) の意味における憲法裁判所による禁止決定と喪失決定よりも低いハードルのもとで——憲法にしたがって顧慮されなければならない。このことは、基本法の価値基準に反する集会は、憲法内在的な制約にもとづき、基本法5条1項、8条1項によるデモの自由の保護領域から排除されるという帰結を導く。ナチズムの活動に対する防御に向けられた基本法の価値秩序は、集会法15条の意味における公共の秩序の解釈と適用範囲を定義する際に憲法上認められる。このようにして具体化された公共の秩序は、個別事例において可罰性の閾に達していない場合であっても、ナチズムの活動によって直接的に危殆化される。

## ③ 公共の秩序違反を理由とした集会の禁止

集会がナチズムの信条を含んでいることが明らかであって、そのことによって基本法上のあらゆる価値観念に反している場合には、公共の秩序違反の前提条件が充たされる。

上記①～③でみてきたミュンスター上級行政裁判所の判断の論拠は、後述するウルリッヒ・バッティス<sup>74)</sup>／クラウス・ヨアヒム・グリゴライト<sup>75)</sup> (Klaus Joachim Grigoleit) の見解<sup>76)</sup>に多くを拠っており、明示的に参照している。

### (ii) 連邦憲法裁判所第一法廷第一部会の代表的な裁判例

74) バッティス (1944-) はフンボルト大学公法学教授。ハンス・ユリウス・ウォルフ (Hans Julius Wolff) およびルパート・ショルツ (Rupert Scholz) に師事した。

75) グリゴライト (1963-) はドルトムント工科大学空間計画学部教授。バッティスに師事した。

76) Battis/Grigoleit 2001a.

連邦憲法裁判所第一法廷第一部会の代表的な裁判例として取り上げるのは、上述のミュンスター上級行政裁判所の2001年3月23日決定の事案につき、連邦憲法裁判所が集会禁止処分の延期効果を認めた2001年3月24日決定<sup>77)</sup>である。連邦憲法裁判所の判断のうち、本稿が注目するのは以下の二点である。

#### ① 法益の危殆化と意見表明の限界

市民は、憲法の一般的価値を受容し、実現するが、価値忠誠は強制されないという期待にもとづいて、基本法は築かれた。それゆえ、市民は他者の法益を危殆化しないかぎり、基本法の基本的な価値秩序を自由に疑問視することができる。基本法の多元的な民主政は、憲法に対する批判をともなって築かれ、防御される市民全体の力を信頼している。

意見表明の限界は、基本法5条2項にもとづき、法益保護のために例外的に特定の表明内容を禁じる刑法を構成するが、それはたとえば、一般的には刑法185条以下の侮辱、中傷であり、政治的な議論の領域に特殊なものとしては、刑法130条、刑法86条a（憲法違反組織の象徴物の使用）、刑法90条a（国家とその象徴物に対する誹謗）、刑法90条b（憲法上の機関に対する憲法敵対的な誹謗）である。ミュンスター上級行政裁判所の見解とは異なり、意見表明の内容に対するさらなる「憲法内在的な限界」は用いない。

#### ② 集会法15条の限定的解釈

特定の意見を顧慮することなく保護すべき法益の保護に資し、法益衡量の際に意見の自由の保護に優位してしかるべき場合には、意見表明の制約とそのために選択された表現形態の制約は適法である。集会法15条は、公共の秩序の保護に関して、憲法上の保護法益に対するコミュニケーションによる攻撃からの防御のために、特別の刑法規範がもたらされるかぎりにおいて制限的に解釈されうる。

基本法8条の放射効（Ausstrahlungswirkung）は、公共の秩序の概念の射程を決める際に顧慮されうるが、憲法適合的な法適用の枠内で確認されるべきは、集会の禁止は本質的な法益の危険に対する防御のみが問題となるということである。この法益保護は、公共の安全の保護の枠組において実現され、公共の秩序の

77) BVerfG, 24.03.2001-1 BvQ 13/01, NJW 2069.

単なる危殆化では一般的には集会の禁止を正当化しえない。

上記②で示したように、連邦憲法裁判所第一法廷第一部会は、ミュンスター上級行政裁判所によるデモの自由の憲法内在的制約の解釈を明確に否定した。

(b) 集会法解釈論争における学説の応答状況

(i) ミュンスター上級行政裁判所の判断を支持する見解

すでに述べたように、ミュンスター上級行政裁判所の判断に顕著な影響を与えているのはバッティス／グリゴライトの見解である。バッティス／グリゴライトが投げかける問いとは、集会の自由の最重要判例であるブロックドルフ決定の射程がネオナチのデモまで及ぶのかという点である。バッティス／グリゴライトは、ネオナチのデモについて、民主的意思形成への寄与が、その機能に関して正当なものとして認められるかどうかを疑問視する<sup>78)</sup>。

基本法5条2項の一般法律の問題に関しては、リュート判決の「ある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 (A)、特定の意見を顧慮せず、保護されるべき法益の保護に資する、意見の自由の行使に対して優位する共同体の価値の保護に資する (B) 法律である」<sup>79)</sup>との定義を引き、この公式の (B) の要素を積極的に強調することによって、連邦憲法裁判所の判例が実体的な衡量に近づき、それにより意見内容への介入が十分に可能になるとバッティス／グリゴライトは示唆する<sup>80)</sup>。

憲法律 (Verfassungsrecht) がネオナチのデモによる表明に対する憲法内在的な制約を含むことは、歴史的解釈によって、基本法の構造、とりわけ基本法20条4項 (抵抗権)、79条3項 (基本法改正の限界) による保護から明らかになるとする。基本法は、ナチスの専制によるワイマールの民主政の喪失の経験への応答として理解されるものであって、ナチスの思想は基本法の考え方と全く両立しうるものではない<sup>81)</sup>。

バッティス／グリゴライトはこのように基本法とナチスの思想の両立不可能性

---

78) Battis/Grigoleit 2001a : 122.

79) BVerfGE 7, 209f. ( ) 内の A・B は引用者。

80) Battis/Grigoleit 2001a : 123.

81) Battis/Grigoleit 2001a : 124.

を述べたうえで、ナチスの意見表明の基本法上の保護は、民主的な意思形成プロセスにとっての重要性ゆえに行われるのではなく、コミュニケーションによる人格の発展の保護として行われるものであるため、基本法5条1項の保護法益は、個別事案においてそのつど、ナチスのイデオロギーを民主的な意思形成プロセスから排除することを目標とする憲法上の利益と衡量されうるとする。それゆえに、バッティス／グリゴライトは、意見表明が、公共圏において賛美や些末視によってナチスの思想を正当化する適性があるか、それを目標とするものである場合には、憲法上禁止されうるとの見解を示す<sup>82)</sup>。

(ii) 連邦憲法裁判所第一法廷第一部会の判断を支持する見解

連邦憲法裁判所で集会の自由の問題につき報告担当者を務めたホフマン－リームは、第一法廷第一部会に属し、集会法論争の只中で「個人的見解」<sup>83)</sup>を明らかにした。

ホフマン－リームによれば、ネオナチのデモの基本権制約であっても、一般法律によってのみ正当化されうるとして、その定義を示す。それによれば、一般法律とは、「特定の意見の表明に向けられたものではなく」<sup>84)</sup>、それゆえ法律が一般的であるのは、「意見によって、あるいは、その他の方法によって危殆化されるかどうかに関わらず、法秩序において保護されるべき法益の保護に資する」場合のみであるとする<sup>85)</sup>。

連邦憲法裁判所は上述の2001年3月24日決定で、基本法が市民に期待はしても強制しえないものについて述べた<sup>86)</sup>が、ホフマン－リームはその背景となる認識を明らかにする。それは「法治国家は自由の敵をも含めたすべての者に保障を広げることができる」と今日信頼するほど、50年以上にわたって十分に基本法が強くなっている」ということであり、「国家の政治的中立性の要請は基本権の領域に無条件に妥当する」ということだった<sup>87)</sup>。

82) Battis/Grigoleit 2001a : 125.

83) Hoffmann-Riem 2002 : 257.

84) BVerfGE 7, 209f.

85) Hoffmann-Riem 2002 : 261.

86) BVerfG, NJW 2001, 2069.

87) Hoffmann-Riem 2002 : 265.

(c) シナゴーク決定

ネオナチのデモをめぐる両裁判所の対立を連邦憲法裁判所法31条1項という法的効力のある法廷判断を示すことによって、連邦憲法裁判所が一応の決着を示したのがシナゴーク決定である。同決定については詳細な先行研究<sup>88)</sup>があるため、本稿ではヴンジーデル決定に関連する点を中心に瞥見する。

(i) 事案の概要

2004年3月18日、ドイツ国家民主党(NPD)ノルトラインウェストファーレン支部連合会(以下、申立人という)は、2004年6月26日にボーフムで実施する集団行進を届出た。「税金はシナゴーク建設のためではなく、意見の自由のために」との主張を掲げた集会につき、ボーフム警察本部(以下、当局という)は2004年5月6日の即時執行命令で禁止した。

申立人の不服申立てを受けた行政裁判所は2004年6月9日、禁止処分執行延期の効力の回復を認めた。当局の異議を受け、上級行政裁判所は2004年6月21日の決定でこれを変更し、延期効力回復の申立てを退けた。これに対し、申立人は、当局と上級行政裁判所の基本法8条、5条1項違反等を主張し、連邦憲法裁判所に仮命令の発令を求めた。連邦憲法裁判所は、仮命令発令の申立てを許容し、かつ、これには理由があるとした。

(ii) 決定要旨

判旨は以下の二点である。①連邦憲法裁判所法32条1項<sup>89)</sup>による仮の権利保護手続において、憲法異議手続ないし本案手続の終結を待つと基本権保護が無に帰する場合、明白な憲法異議勝訴の見込みが顧慮されるべきである。②意見表明の内容と形態の制約を正当化する根拠は、表明が集会のなかであるいは集会によって行われた場合であっても、基本法5条2項による制約である。これら二点の決定要旨のうち、①は手続面、②は実体面に関するものであるが、本稿では主題との関連上②に絞って立ち入る。

---

88) 渡辺2008:242以下。

89) 「連邦憲法裁判所は、争訟事件において、重大な不利益を防止するため、急迫する暴力を阻止するため、又は他の重大な理由により、公共の福祉のための緊急の必要がある場合には、仮命令により事態を暫定的に規律することができる。」憲法裁判研究会2013:580より引用。

## (ア) ミュンスター上級行政裁判所の憲法内在的制約論の否定

ミュンスター上級行政裁判所が集会を禁止した根拠は、集会のスローガンと集会において予想される表明が公共の秩序を直接的に危殆化するという推定にもとづくものだった。ミュンスター上級行政裁判所はこれまでの裁判例<sup>90)</sup>のなかで、個別事案において可罰性の閾に達していない場合であっても、憲法内在的制約を援用するかあるいは公共の秩序の保護のために、ネオナチの意見内容のデモによる表明をとまなう集会を禁止しようという判断を示してきた。しかし、連邦憲法裁判所は、このようなミュンスター上級行政裁判所の法解釈は、集会禁止の根拠として支持できないとの立場を明らかにする。

連邦憲法裁判所は、集会の自由と意見の自由の振り分けについてはアウシュヴィッツの嘘決定にもとづき、意見表明の内容と形態の国家による制約は基本法5条1項の問題であることを確認し、意見表明の内容上の限界は、青少年保護や人格的名誉権に資するものでない場合には、基本法5条2項の一般法律の枠組のみが問題になるとして、一般法律の定義を以下のように述べる。

一般法律は、「意見の自由それ自体あるいは特定の意見表明に向けられたものではなく、特定の意見を顧慮することなく保護すべき法益の保護に資する法律」であり、この法益は「法秩序のなかで一般的に保護されなければならず、それゆえ、その侵害が意見表明によるかその他の方法によるかに関係なく保護されるものでなければならない」<sup>91)</sup>。

意見の自由の基本権は、少数者保護のための権利でもあり、その権利行使は、基本権の保護目的と一致する一般的な構成要件上の限界づけなしに、表明された意見の内容が支配的な社会的・倫理的見解と矛盾しないことの留保のもとに置かれてはならない。連邦憲法裁判所はこのように述べて、立法者が法秩序、とりわけ刑法典において意見表明を制約しようのは、意見表明が同時に他の法益（たとえば、人間の尊厳や一般的人格権）を侵害する場合のみであることを明らかにし

90) 連邦憲法裁判所はミュンスター上級裁判所のこれまでの裁判例を複数挙げているが、そのなかには上述の2001年3月23日決定(NJW 2001, 2111)も含まれる。連邦憲法裁判所はミュンスター上級行政裁判所と原則的に意見が一致する学説としてバットイス/グリゴライトを挙げる(Battis/Grigoleit 2001a, Battis/Grigoleit 2001b)。BVerfGE 111, 154.

91) BVerfGE 111, 155.

た。

(イ) 意見の自由の制約根拠

意見の自由の制約は、競合する基本権、そして憲法それ自体からも生じうるが、当局とミュンスター上級行政裁判所が基準として用いた公共の秩序はそれには当たらない。たしかに公共の秩序は、基本権の憲法直接的制約（*verfassungsunmittelbare Schranke*）が認められうるかぎりでも自由の制約を可能にするが、その具体化には法律の留保が必要である。しかし、ミュンスター上級行政裁判所のいう極右のイデオロギーの表明に対する憲法内在的制約（*verfassungsimmanente Beschränkung*）は法律の留保を欠いている。

表明内容を理由とした集会の制約は、基本法がナチズムの経験に直面し、たまたか民主制を選択したことによっても根拠づけることはできない。基本法は、ナチズム的試みを防ぐ一方で、法治国家的保障ももたらす。この法治国家的保障の欠損こそが、ナチズムの人間軽視の体制を特徴づけるものである。連邦憲法裁判所はこのように法治国家的保障の意義を強調したうえで、「基本法には、法治国家的な手段によって自由で民主的な基本秩序の基礎への侵害を防ぐという任務が含まれている」<sup>92)</sup>とする。

(iii) 若干の検討

シナゴーク決定は、先行研究が述べるように、「判旨を額面通りに受け取るだけなら、さほど新味はなさそう」で、ネオナチの集会の規制に対し、連邦憲法裁判所が初めて法廷レベルで、しかも全員一致で判断を下した点に意義を見出す<sup>93)</sup>ことは妥当である。ただし、本稿は一般法律の判断枠組の変化という主題設定の都合上、シナゴーク決定についても一般法律の判断枠組の分析に重点を置く。

リユート判決の一般法律の判断枠組は、「ある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 (①)、特定の意見を顧慮せず、保護されるべき法益の保護に資する (②)、意見の自由の行使に対して優位する共同体の価値の保護に資する (③) 法律」<sup>94)</sup>であるが、シナゴーク決定はリユート

---

92) BVerfGE 111, 158.

93) 渡辺 2008 : 244。

判決の定義のうち、③の要素が欠落し<sup>95)</sup>、第四の要素として、②の法益が「法秩序のなかで一般的に保護されなければならない、それゆえ、その侵害が意見表明によるかその他の方法によるかに関係なく保護されるものでなければならない(④)」<sup>96)</sup>ことが新たに加わった点は注目に値する。

シュテファン・マルティニ<sup>97)</sup>(Stefan Martini)の分析によれば、遅くとも1981年以降、③の要素は言及されなくなった。③の優位要件(Vorrangfordernis)は、徹底的に開かれた一般法律の適用へと変化していった。このことは意見の自由が、独立した保護法益との調整が図られる比例原則審査において衡量が行われることに起因する<sup>98)</sup>。バッティス／グリゴライトは、③の要素の欠落について、実体的な法益衡量を可能にしていた要素が欠けることで、連邦憲法裁判所は形式的な論証である「特別法理論」に接近したと指摘した<sup>99)</sup>。

④の要素は、ウォルフラム・ヘフリック<sup>100)</sup>(Wolfram Höfling)／シュテフェン・アウグスベルク<sup>101)</sup>(Steffen Augsberg)によれば、シナゴグ決定で追加された法益保護の一般性は、「古典的な」定義を補充したものである。許されない表明の方向づけと許される法益の方向づけのあいだの区別はこれまですでに受け入れられてきたし、修正された特別法理論の意味において展開してきた<sup>102)</sup>。

ホフマン－リームはシナゴグ決定の弁明論文のなかで、国家が内容的に中立であるという成果(Errungenschaft)を得るには、法治国家が必要であると強調する。法治国家は、「批判を、望ましいものか、望ましくないものかによって定義することは許されないし、この定義にしたがって法的に異なる取扱いをすることは許されない」<sup>103)</sup>。

94) BVerfGE 7, 209f. ( )内の①～③は引用者。

95) この点を指摘するものとして、渡辺 2008 : 246。

96) BVerfGE 111, 155. ( )内の④は引用者。

97) マルティニは2017年にキール大学公法学教授アンドレアス・フォン・アルノルト(Andreas von Arnould)のもとで博士号を取得した。

98) Martini 2011 : 283f.

99) Battis/Grigoleit 2004 : 3460.

100) ヘフリック(1954-)はケルン大学公法学教授。

101) アウグスベルク(1976-)はギーゼン大学公法学教授。2011年にヘフリックのもとでケルン大学に教授資格取得論文を提出した。

102) Höfling/Augsberg 2010 : 1092.

連邦憲法裁判所第一法廷第一部会が2001年3月24日決定で述べた基本法が市民に期待はしても強制はできないもの<sup>104)</sup>とその背景にあるものとしてホフマン-リームが考えるものについては上述したが、他者の法益の危殆化こそが寛容の臨界点であることを、シナゴグ決定後彼は明言した。彼の考えるところでは、自由は無料で得られるものではなく、自由の保護のためには不寛容に対しても寛容を示す徳 (Tugend) が必要であって、基本法の法治国家的保障は、国家の規範秩序のなかにそのようなルールを翻案したものである。ホフマン-リームは、「自由の敵の基本権を保護することは、自由の擁護者の基本権を保護することでもある」と強調する<sup>105)</sup>。

### (3) 集会法論争の帰結と刑法130条

連邦憲法裁判所はシナゴグ決定において上述のとおり、公共の秩序は基本権の憲法直接的制約が認められうるかぎり自由の制約を可能にするが、その具体化には法律の留保が必要であることを明らかにし、ミュンスター上級行政裁判所の憲法内在的制約論の問題点として法律の留保が欠けていることを指摘した。

そこから浮かび上がるのは、たとえばナチスの重要な役職を務めた人物の墓所周辺でホロコーストを否定する言辞を用いることなくネオナチが静かに集団行進を行うような場合に、従来の刑法130条の適用が可能であるかどうか、適用できなかったとしても集会法15条によって対応できるかという問いである。集会法解釈論争とシナゴグ決定をふまえて、立法府がいかなる議論を経た末に刑法130条4項を成立させたのか次節において検討する。

## 3 刑法130条4項の成立経緯

### (1) 背景

#### (a) 刑法130条の概略

日本の憲法学・刑法学では民衆扇動罪につき浩瀚な紹介がすでになされており、

---

103) Hoffmann-Riem 2004 : 2782.

104) BVerfG, NJW 2001, 2069.

105) Hoffmann-Riem 2004 : 2782.

ヴンジーデル決定の分析を主眼とする本稿は民衆扇動罪の制定過程を詳細に述べることはしないが、ごく簡略には下記のとおりである。

現在の刑法 130 条は以下の 5 段階の制定過程にまとめうる。すなわち、①1960 年に現在の 1 項（元来の民衆扇動罪）に相当する部分の成立、②1994 年にとりわけ 3 項（ホロコースト否定罪）の新設を目玉とする大幅な改正を行い、現在の 4 項を除く部分の追加、③2005 年の 4 項の新設、④2011 年に 1 項および 2 項の行為客体が個人にまで拡張、⑤2015 年の改正で 6 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り、これにともない 6 項にあった社会的相当性条項を 7 項に移すという 5 段階である<sup>106)</sup>。ヴンジーデル決定は③の段階で新設された規定の合憲性が問われた事案である。

#### (b) 社会的背景

2000 年にネオナチは、当時建設計画中だったホロコースト記念碑に反対するため、ベルリンのブランデンブルク門でデモ行進を行った。ベルリン当局は当該デモ行進に対し禁止命令を出そうとしたが、行政裁判所において当局の主張は受け入れられなかった<sup>107)</sup>。

戦後 60 周年を迎える 2005 年 5 月にブランデンブルク門における大規模デモが、ネオナチによって計画されていることが明らかになった。それに対処すべく 2005 年 1 月 25 日提出のドイツキリスト教民主同盟／キリスト教社会同盟 (CDU/CSU) の法案<sup>108)</sup>は、連邦の憲法機関の保護区域に関する法律 (Gesetz über befriedete Bezirke für Verfassungsorgane des Bundes) を改正し、保護区域を拡張することによって、ブランデンブルク門とホロコースト記念碑周辺でのデモを阻止することを提案するものだった。

### (2) 制定経緯

#### (a) SPD と緑の党による法案

106) 櫻庭は 2015 年改正以前の制定過程を 4 段階にまとめており、本稿は 2015 年の改正をふまえて 5 段階で整理を行った。民衆扇動罪の制定過程についてはとりわけ、櫻庭 2012a : 52 以下、櫻庭 2012b : 20 以下、鈴木 2016 : 396 以下。

107) Enders/Lange 2006 : 105.

108) BT-Drs. 15/4731 vom 25.01.2005.

刑法130条4項改正の原案となった2005年2月15日提出のドイツ社会民主党(SPD)および緑の党による法案<sup>109)</sup>は、集会法の改正の提案とともに、「コンピューターを手段とした人種差別的及び排外主義的行為の犯罪化に関するサイバー犯罪条約第一追加議定書」6条1項<sup>110)</sup>との基準の一致を図るために、刑法130条の改正を提案した<sup>111)</sup>。この法案について櫻庭は、ネオナチの集会への対処として提案されたのはもっぱら集会法の改正であって、刑法130条改正部分に関しては前述の追加議定書との文言上の一致を図ることのみが立法目的だったと分析する<sup>112)</sup>。

(b) 内務委員会における議論

同法案はその後内務委員会に送付され、内務委員会は審議の結果、公聴会を開くことを決定した。公聴会の参考人として招致されたのは、下記の表のとおり、法学教授5名、裁判官3名、行政関係者1名で構成された計9名である。

氏名	役職(公聴会当時)
ウルリッヒ・バッティス	フンボルト大学公法学名誉教授
ユルゲン-ペーター・グラフ (Jürgen-Peter Graf)	連邦通常裁判所裁判官
ウォルフラム・ヘフリンク	ケルン大学公法学教授
クリスティアン・キュール (Kristian Kühl)	チュービンゲン大学刑法学教授
アルミン・ナック (Armin Nack)	連邦通常裁判所長官

109) BT-Drs. 15/4832 vom 15.02.2005. 当該法案については、櫻庭2012a:133以下が詳細に紹介している。

110) 「すべての加盟国は、故意により且つ権限なく行われた以下の行為を国内法に従い犯罪と規定するために必要な立法的措置をとる：国際法により定義され、且つ1945年8月8日のロンドン協定により設立された国際軍事法廷又は、関連する国際協定によって設立されその管轄が加盟国によって承認されたその他の国際法廷の確定判決において確認された民族謀殺又は人道に対する罪に該当する行為を否定、著しく矮小化、是認又は正当化する資料を、コンピューターシステムを通じて流布し又は公然の使用可能にすること。」櫻庭2012a:134より引用。

111) 櫻庭2012a:133以下。

112) 櫻庭2012a:136。もっとも、この分析が妥当かは留保を要する。櫻庭自身が後に刑法130条4項改正原案の理由として、追加議定書と平仄を合わせる点のみならず、集会法的規制を側面から支えるための刑事規制という点を挙げているからである。櫻庭2012b:24以下。むしろ、集会法論争の帰結を念頭に置くならば、同改正原案は「刑法のなかに、集会権の制約のための鍵としての機能を果たすべく刑法130条を採り入れた」点をその特徴とする見解(RohrBen 2009:210)の方が適切である。

ラルフ・ポッシャー <sup>113)</sup> (Ralf Poscher)	ボーフム大学公法学教授
ウーリ・F・H・リュール <sup>114)</sup> (Ulli F. H. Rühl)	ブレーメン大学公法学教授
アクセル・シュルツ (Axel Schulz)	ヘッセン行政裁判所長官
ペーター・ザイサー (Peter Seißer)	ヴァンジーデル郡長

公聴会では、規定の文言をどのように整えるかということだけでなく、憲法との適合可能性についても議論がなされた<sup>115)</sup>が、本稿は憲法に関連する論点に比重を置いて言及する。

ヴァンジーデル郡長であるザイサーが包括的な規制に関心をもち、公聴会に先立ってすでにナチズムの代表的人物の賛美を制裁することを提言していたのに対し、バットイス、ヘフリック、リュール、グラフは刑法を先鋭化することに懐疑的な立場をとった。ヘフリックとバットイスが支持したのは、刑法的な手段の代わりに、集会法によって直接的に規制することである<sup>116)</sup>。

立法者は、公共の平穏に対する批判を念頭に置いていたがゆえに、ナチス支配のもとで行われた人権侵害の単なる是認や、ナチス体制の象徴的人物をほめそやしたり、ナチスの暴力的・恣意的支配を正当化したりすることが可罰性を充たしうるとすることには尻込みしていた。そこで、「心情刑法 (Gesinnungsstrafrecht)」との非難を回避すべく、ナックによって刑法 130 条 4 項に修正が施された。すなわち、公共の平穏は刑法 130 条 4 項に記された所為行為 (Tathandlung) によって乱されるだけでは可罰性は充たされず、公共の平穏は「被害者の尊厳」を侵害する態様において乱される。それゆえに、「被害者の尊厳」は「公共の平穏」と並び、実際の可罰性を根拠づける保護法益として扱われる<sup>117)</sup>。

公聴会で同法案に以上のような検討がなされたものの、内務委員会の決議勧

113) ポッシャー (1962-) はフライブルク大学公法学教授。ベルンハルト・シュリンク (Bernhard Schlink) に師事した。警察法・集会法を主たる参照領域とする。

114) リュール (1954-) はブレーメン大学公法学教授。集会法の研究で著名。1991 年から 1994 年まで連邦憲法裁判所のグリムのもとで調査官を務めた。

115) Rohrßen 2009 : 212.

116) Rohrßen 2009 : 214.

117) Enders/Lange 2006 : 108.

告<sup>118)</sup>(Beschlussempfehlung)において刑法130条4項新設が提言された。刑法130条4項新設に関して、SPD、緑の党、CDU/CSUは賛意を示したが、自由民主党(FDP)は反対する立場をとった。

(c) FDPによる決議動議

内務委員会において刑法130条4項新設に反対したFDPは、連邦議会に決議動議<sup>119)</sup>(EntschlieBungsantrag)を提出した。これは結論からいえば否決された<sup>120)</sup>が、刑法130条4項の立法過程における異論の所在を示すべく立ち入る。

FDPの主張の核は、ネオナチのデモは刑法を新設せずとも集会法によって対処が可能であり、意見中立性が重視されるべきというものである。FDPは、連邦憲法裁判所が2001年に第一法廷第一部会の部会決定において、ホロコースト追悼記念日に予定されていたネオナチの集会の時期変更を指示した当局の判断を認めた裁判例<sup>121)</sup>を挙げるとともに、具体的事案において人間の尊厳の保護についての犯罪構成要件が介入しない場合であっても、人間の尊厳は最上の法益として保護されると指摘する。このような包括的な保護コンセプトの背景からすれば、新たな犯罪構成要件を設けることは不要である<sup>122)</sup>。

FDPによれば、刑法130条4項新設は重大なリスクと結びついているが、そのリスクは憲法上の明確性の原則によって測られるべきものであり、基本権とりわけ意見の自由に対する許されない制約を導出してはならない。FDPは、「意見の自由の制約は意見中立的でなければならない」と強調し、ネオナチの意見表明だけが刑罰のもとに置かれてはならず、事実上特定のイデオロギーの支持者だけが該当する刑罰威嚇は意見中立性の要請を侵害すると批判する<sup>123)</sup>。

(d) 刑法130条4項の成立

以上のような過程を経て、刑法130条4項は2005年3月24日に集会法の改正<sup>124)</sup>と同時に成立し、同年4月1日に施行された<sup>125)</sup>。

---

118) BT-Drs. 15/5051 vom 09. 03. 2005.

119) BT-Drs. 15/5066 vom 10. 03. 2005.

120) BT 15/164, S. 15364.

121) BVerfG, 26. 01. 2001-1 BvQ 9/01, NJW 1409.

122) BT-Drs. 15/5066, S. 2.

123) BT-Drs. 15/5066, S. 3.

このような経緯から、刑法 130 条 4 項は「議会審議期間がわずか 3 週間のみだったことから窺えるように、目前のデモを規制するための拙速でアド・ホックな立法」であり、「処罰先行型立法」との評価<sup>126)</sup>が先行研究によってなされている。ただし、ネオナチのデモに対する法的対応という点に鑑みれば、2000 年代前半から集会法論争によって相応の議論の蓄積があり、内務委員会の公聴会でもそのような議論をふまえたうえで学識者の発言が行われている点には留意する必要がある。問題は公聴会での指摘を十分に吟味しつくせぬままに法改正に踏み切ってしまったところにあり、ヴンジーデル決定へと繋がる法解釈の糸口は「拙速でアド・ホックな立法」状況にあっても存在していたとみるべきである。

刑法 130 条 4 項新設が問題含みだった点は否定しがたいとしても、内務委員会公聴会におけるバッティスの指摘や FDP の決議動議において示された刑法 130 条 4 項新設反対の主張についても慎重な検討を要する。集会法解釈論争において、バッティスはミュンスター上級行政裁判所同様、集会法 15 条 1 項における公共の秩序を理由とした集会禁止の可能性を広く認める立場をとっていた。バッティスのような立場をとれば、集会法改正も刑法 130 条 4 項新設もなくとも、当時の現行法によってネオナチのデモへの法的対応が可能となったかもしれない。しかし、公共の秩序を理由とした集会の制約には法律の留保が必要であるとのシナゴーク決定の判断を念頭に置けば、刑法の改正によって集会を規制する方向性の模

124) 新設された集会法 15 条 2 項は下記のとおりである。従前の 2 項は 3 項に、3 項は 4 項に移った。

「2 項 集会又は集団行進は、次の各号を充たす場合に特に禁止され又は一定の命令に服せしめられる。

1. 集会又は集団行進が、ナチスの暴力的及び恣意的支配のもとで人間の尊厳のない扱いを受けた被害者についての、歴史的に突出した超地域的な意義をもつ想起の場で行われるとき、且つ
2. 処分の通告時に具体的に知りうる状況に基づき、集会又は集団行進が被害者の尊厳を侵害するおそれがあるとき。

ベルリンに所在するヨーロッパで殺害されたユダヤ人の記念碑は、1 号 1 文による場所である。その場所の地理的境界は、本法律の附則 (Anlage) に従う。1 号 1 文のその他の場所及びその地理的境界は、ラントの法律により規定される。」

訳出にあたり、初宿 2015 : 337、櫻庭 2017 : 17 を参照した。

125) BGBl. I 2005 S. 969.

126) 櫻庭 2012b : 25。

索は唐突なものではない。

FDPの主張はバッティス同様集会法によるネオナチのデモへの対処の可能性に注目するものではあるが、ネオナチの意見表明についても意見中立性を主張する点はバッティスと大きく異なる。ネオナチの意見表明に対しても意見中立性を主張する点に関しては、ホフマン-リームの見解が想起される。

### (3) 合憲性をめぐる学説の議論

刑法130条4項は、その合憲性をめぐってヴンジーデル決定以前から学説による検討が行われてきた。この議論の一部はすでに紹介されている<sup>127)</sup>が、合憲説を唱えるポッシャーと、合憲性に疑念を示すクリストフ・エンダース (Christoph Enders)<sup>128)</sup>／ロベルト・ランゲ (Robert Lange) の論争は、同決定にも少なからぬ影響を与えていることを示すべく、本稿でも扱う。

#### (a) 合憲説：ポッシャーの見解

ポッシャーは、刑法130条4項の保護法益である公共の平穩によって意見の自由の制約が許される場合として、公共の平穩によって、不法で内容空虚な (ungeistig) 恐喝行為 (Einschüchterungshandlung) や脅迫行為 (Bedrohungshandlung) から精神的な論争が保護される場合を挙げる。不法で「内容空虚な」手段の使用 (Einsatz) から精神的な論争を保護することは、論証的な内容にもとづく意見に向けられているのではなく、意見形成プロセスに対する不法で非論証的な影響を及ぼそうとする表明行為に向けられている。そのような不法な影響から意見形成プロセスを保護する法規制は、基本法5条2項の一般法律であるとする<sup>129)</sup>。

このことに関して、連邦憲法裁判所はすでにプリンクフューア決定<sup>130)</sup>において、意見闘争における「内容空虚な」経済的な脅迫可能性 (Bedrohungspoten-

127) 櫻庭 2012a : 202 以下。

128) エンダース (1957-) はライプツィヒ大学公法学教授。エルンスト-ヴォルフガング・ベッケンフェルデ (Ernst-Wolfgang Böckenförde) とディートリヒ・ムルズウィーク (Dietrich Murswiek) に師事した。

129) Poscher 2005 : 1317f.

130) BVerfGE 25, 256. 邦語評釈として、玉蟲 2003 : 166 以下。

zial)の使用を拒絶した。そして、連邦憲法裁判所は近年の判例において、ネオナチの集会は恐喝可能性や脅迫可能性を有する集会であることを、繰り返し確認している<sup>131)</sup>。

集団的な意見の自由の制約としての名誉保護との関連は、「被害者の尊厳を侵害する態様で」というメルクマールによって作り出される。「被害者の尊厳の侵害」の構成要件が適用されるかぎりにおいて、この構成要件は基本法5条2項3文における法律の留保に依拠する。しかし、これが妥当するのは被害者の名誉が尊厳侵害を実際に受けた場合のみであって、是認はナチスの暴力的・恣意的支配による尊厳侵害にのみ適用される<sup>132)</sup>。

このようにポッシャーは、刑法130条4項は、意見の自由の制約事由である一般法律によっても、人格的名誉権によっても、正当化が可能であると論じた。

#### (b) 合憲性に疑念を示す説：エンダース／ランゲの見解

エンダース／ランゲも刑法130条4項の保護法益は公共の平穏であるとするところから議論を出発させる。公共の平穏の概念は空っぽな公式(Leerformel)に近いものであり、とりわけ可罰性限定機能はほとんどないと、刑法学における公共の平穏の代表的批判者であるトマス・フィッシャー<sup>133)</sup>(Thomas Fischer)の論攷<sup>134)</sup>を主として参照して、公共の平穏の概念を批判する。次にエンダース／ランゲは刑法130条4項の保護法益としての「被害者の尊厳」について、意見の自由の制約事由である、①人格的名誉権、②一般法律の二つの場面に分けて検討を進める<sup>135)</sup>。

#### ① 人格的名誉権

刑法130条4項は、「生存者の尊厳」を保護するものではなく、明文でナチス体制の「被害者の尊厳」のみを保護する。しかし、一般的人格権の担い手は生存している人のみである<sup>136)</sup>。この前提のもとでは、ナチス体制のもとで迫害され

131) Poscher 2005 : 1318.

132) Poscher 2005 : 1318.

133) フィッシャー(1953年-)は元連邦通常裁判所裁判官。刑事裁判官としてのキャリアが長く、刑法のコンメンタールの著者としても著名。

134) Fischer 1988 : 159f.

135) Enders/Lange 2006 : 107f.

た人のうち現在生存している人しか保護されないことになるが、これでは刑法130条4項の保護目的は充たされない。基本法1条1項による帰結も同様である。連邦憲法裁判所がメフィスト決定<sup>137)</sup>で示したように、1条1項によって、すべての国家権力に義務づけられ、個人に対して認められる、人間の尊厳に対する攻撃からの保護は、死者には認められない<sup>138)</sup>。

## ② 一般法律

刑法130条4項は一般法律の基準を充たさない。刑法130条4項が明確に「被害者の尊厳」を保護するものだとすれば、それは実体において価値判断を広めることを禁じている。法律が意見表明によるだけでは侵害されえない法益の保護に資する場合、人格的名誉権や青少年保護に関するものではないかぎり、保護法益に対する純粋に精神的な攻撃を狙いとすする介入なしに、その法律の保護の意図が実現されなければならない<sup>139)</sup>。

立法者によって目的とされた法益保護（「被害者の尊厳」）が法律の一般性を保障しうるかぎりでは形式的な意味における一般法律は問題とならないが、具体的事案において、禁止規範の保護法益の明確な記述が意見中立性および心情中立性（Gesinnungsneutralität）を保障するかは疑問である。結局のところ、刑法130条4項は基本法5条2項の意見制約的な法律の一般性の要請を充たさない<sup>140)</sup>。

このようにしてエンダース／ランゲは、刑法130条4項は、人格的名誉権によっても、一般法律によっても、正当化が不可能であるとする。そこで次に検討する論点は③意見の自由の憲法内在的制約である。

## ③ 意見の自由の憲法内在的制約

一般法律の制約と並び、さらなる特別法による制約を正当化しうる憲法内在的な基本権制約の余地はない。基本法の評価が精神の自由にとって有利な結果となるよう確定すべきとする基本法5条2項の特別の法律の留保<sup>141)</sup>によって、憲法

136) 人間の尊厳と死後の人格保護の議論については、玉蟲 2013 : 232 以下が詳しい。

137) BVerfGE 30, 173. 邦語評釈として、保木本 2003 : 190 以下。

138) Enders/Lange 2006 : 109.

139) Enders/Lange 2006 : 109f.

140) Enders/Lange 2006 : 110.

内在的な基本権制約の援用ではカバーされえない、保障のために明確かつ詳細に調整された制約規定を憲法はもたらした<sup>142)</sup>。

意見の自由の憲法内在的な制約の点でも、「被害者の尊厳」は憲法ランクの法益に組み込まれえない。それゆえ、基本法1条1項から導出された死後の人格権の援用は、憲法ランクの法益の根拠から排除される。もっとも、ナチス体制の人間蔑視の集団虐殺と同じものとして扱うことを強調するならば、確かに「被害者の尊厳」は自由な意見表明の制約を越えるものである。しかし、一般に極右の思想の流布は、精神の自由の憲法上の判断の観点において、基本法の特定の人間像の援用のもとで禁止されうるものではない。すなわち、基本法は、道徳的な価値に満ちた解釈を宣伝し、模範的な生活の維持を実践する「善き」人間に基本法の保護を委ねるものではないからである<sup>143)</sup>。

刑法130条4項は、その適用に際してもっぱらナチスの思想の流布のみと結びつく場合には、基本法5条2項の一般法律の留保に違反する。一般法律は、憲法内在的な基本権制約が可能かどうかに関わりなく、集会制約的な規範の意見中立的な適用を要請する。刑法130条4項が憲法の基準と一致する憲法適合的な解釈は、意見表明の方法および態様が、集会参加者が攻撃的かつ挑発的な、市民を萎縮させるような行態を認識しうるものであり、その行態によって暴力デモや潜在的な暴力準備の原因となりうる場合には、集会の自由の制約を正当化する。このような場合はすでに既存の法規制によって制約可能であり、刑法130条4項に独自の適用領域は残されていない<sup>144)</sup>。

それゆえ、エンダース／ランゲは刑法130条4項を単なる象徴立法と結論づける<sup>145)</sup>。

### (c) ポッシャーとエンダース／ランゲの見解の比較検討

141) 基本法は留保条項の有無および態様に応じて、①単純な法律の留保が付された基本権、②特別な法律の留保が付された基本権、③留保のない基本権の三種を区別し、基本法5条2項の一般法律の留保は②の特別な法律の留保の一つである。小山2013: 121以下。

142) Enders/Lange 2006: 110.

143) Enders/Lange 2006: 110f.

144) Enders/Lange 2006: 111f.

145) Enders/Lange 2006: 112.

刑法130条4項の憲法上の正当化につき、ポッシャーが一般法律によっても人格的名誉権によっても正当化が可能とするのに対し、エンダース／ランゲは人格的名誉権であっても一般法律であっても正当化しえないと主張する。

ここでのポッシャーとエンダース／ランゲの見解は、本稿Ⅲでも言及するように刑法130条4項に関する裁判所の判断にも影響を及ぼしていく。とりわけ、連邦憲法裁判所がヴンジーデル決定において、ポッシャーとエンダース／ランゲの見解が分かれた人格的名誉権による正当化の可否の検討に立ち入ることを避け、一般法律についてはエンダース／ランゲが主張したように刑法130条4項の一般法律該当性を否定している点は注目に値する。

議論の構成としてエンダース／ランゲは、ポッシャーが示した人格的名誉権による正当化というルートを塞いだうえで一般法律についての検討に移るが、一般法律ルートによる正当化もエンダース／ランゲは否定する。そうしてエンダース／ランゲが検討し、正当化しえないとした意見の自由の憲法内在的制約の論点こそが、ヴンジーデル決定において刑法130条4項の正当化の鍵を握ることになる。

#### 4 小括

2000年以降、社会問題として強く認識されるようになったネオナチによる集会をめぐる、リベラルな連邦憲法裁判所の判例では実効的に対処しえないという立法者・行政当局・専門裁判所の問題意識が集会法論争を生み出し、その帰結の一つとして刑法130条4項が成立した。刑法130条4項は、目前に迫ったデモに対処すべく審議期間がわずか3週間のスピード立法であり、先行研究において「立法の拙速具合や、それに伴う文言の推敲不足に起因する曖昧さ」<sup>146)</sup>が指摘されてきた。

本稿Ⅱ全体を通して指摘しうることは、刑法130条4項新設をめぐる主張を検討するにあたっては、結論だけでなく議論の過程にも関心を払う必要があるということである。たとえばすでにみたように、刑法130条4項新設に慎重な立場であるバッティスとエンダースであっても憲法内在的制約の評価には顕著な違いが

---

146) 櫻庭 2012a : 207。

あり、結論のみに着目して両者を一括りにすることは適切ではない。他国の立法過程の法案および立法後の法律の法的評価を日本の立法の検討材料とし、とりわけ憲法上の論点に意を用いることが重要であるとするならば、条文の合憲性の吟味の内実に分け入ることが必要であり、この作業を精緻化することは筆者にとっての課題でもある。

立法当初から問題含みだった刑法 130 条 4 項の合憲性を連邦憲法裁判所が判断するに至っては学説による有力な批判は無視しえるものではなく、本稿Ⅲで検討するヴンジーデル決定は学説への応答という側面も色濃く表れている。

### Ⅲ ヴンジーデル決定

#### 1 事案の概要

##### (1) 事件の背景

本件の異議申立人ユルゲン・リーガ (Jürgen Rieger) が集会を行なおうとしたヴンジーデルという場所は、バイエルン・オーバーフランケン行政区の郡庁所在都市である。ヴンジーデルには、ナチスの高官だったルドルフ・ヘス (Rudolf Heß, 1894-1987) の墓が 2011 年まで所在した。

ルドルフ・ヘスの亡くなった 1987 年から 1990 年までリーガは、ヴンジーデルにおいてルドルフ・ヘス追悼集会を開催し、1991 年はパイロイトで代替行事を開催した。それ以降 2000 年まで集会は禁止されていたが、2001 年以降、集会法論争のさなかの連邦憲法裁判所の決定によってふたたび集会の開催が認められた<sup>147)</sup>。ヴンジーデルは、人口一万人足らずの小規模な都市である。そのような場所で 2001 年には 800 人、2004 年には 4000 人にのぼる参加者が集まり、追悼集会が行われると、通常の公共生活の機能が停止させられる状況だった<sup>148)</sup>。

「極右は集会法の優等生」とすら表現されるほどに、ハーケンクロイツのしるしや「アウシュヴィッツの嘘」の主張によるような禁止構成要件を惹起しないよう、刑法の領域 (刑法 130 条 1 項～3 項) に抵触しかねない政治的メッセージを

147) Martini 2011 : 281; VG Bayreuth, 09.05.2006, B 1 K 05.768, juris, Rn. 6.

ネオナチは巧みに避けていた<sup>149)</sup>。しかし、2005年に刑法130条4項が新設されたことで、当局は追悼集会を阻止するための法的手段を獲得した。内務委員会公聴会に出席した行政関係者がヴンジーデル郡長だったことからもうかがわれるように、ルドルフ・ヘス追悼集会は刑法130条4項の立法者が想定したデモのプロトタイプ (Prototyp) だった<sup>150)</sup>。

## (2) 事案の経過

異議申立人は、2005年8月20日にヴンジーデルにて屋外でルドルフ・ヘス追悼集会を開くべく、当局に集会開催の届出を行った。

当局は、2005年6月29日の通達によって、即時執行命令のもとで、集会開催およびヴンジーデルの屋外と屋内の代替行事の各形態を禁止した。その理由は、集会を開催した場合、刑法130条4項の意味における犯行の実現の具体的危険が存在するというものである。そこでは、届出がなされた集会内においてナチスの暴力的支配および恣意的支配の賛美ないし是認が行われるという想定があった。さらには、憲法適合的な秩序が侵害される懸念という公共の安全への直接の危険も存在した。

異議申立人が当該通達に対する仮の権利保護を求めた請求は、バイロイト行政裁判所、ミュンヘン上級行政裁判所、連邦憲法裁判所のいずれにおいても不首尾に終わった。

そこで、異議申立人は当該通達が違法である旨の確認を請求する訴えを提起したが、バイロイト行政裁判所は2006年5月9日の判決において訴えを棄却し、ミュンヘン上級行政裁判所は2007年3月26日の判決において控訴を棄却した。

---

148) Lepsius 2010 : 527; VG Bayreuth, 09. 05. 2006, B 1 K 05. 768, juris, Rn. 5. 2005年当時のヴンジーデルの人口は約6500人である。そこに4000~5000人の集会参加者が予想されたことを重くみたバイロイト行政裁判所は、ヴンジーデルの住民にとって包囲攻撃のような (belagerungsähnlich) 状況に直面させられるようなものと捉え、公共の平穏が乱されると解釈した。ネオナチのデモの禁止の事案の当否を吟味するためには、デモの表現態様だけでなく、参加者数や開催地の事情に関心を払う必要があるが、本稿の段階では指摘にとどめざるをえない。VG Bayreuth, 09. 05. 2006, B 1 K 05. 768, juris, Rn. 15.

149) Lepsius 2010 : 528.

150) Enders 2008 : 1092.

異議申立人は連邦行政裁判所に上告したが<sup>151</sup>、2008年6月25日の判決において棄却された。

異議申立人は、2008年8月6日、連邦行政裁判所の判決に対して、刑法130条4項の合憲性と具体的事件におけるその解釈を主たる争点として憲法異議を提起したが、連邦憲法裁判所は2009年11月4日の決定で刑法130条4項が合憲との判断を示した。

### (3) 行政裁判所判決と上級行政裁判所判決

バイロイト行政裁判所とミュンヘン上級行政裁判所のいずれも異議申立人の訴えを退けたが、両裁判所の一般法律の判断枠組は異なる部分があり、連邦行政裁判所判決や連邦憲法裁判所決定との比較のために、ここで言及する。

#### (a) 行政裁判所判決<sup>151)</sup>

行政裁判所判決は、集会禁止措置の法適合性の判断基準が集会の自由ではなく、意見の自由であることをアウシュヴィッツの嘘決定にもとづき確認したうえで、意見表明の内容上の限界は、青少年保護や人格的名誉権に服するものでない場合は一般法律のみが考慮されるとして、一般法律の判断枠組を示す。ここでは一般法律とは、「意見の自由それ自体あるいは特定の意見表明に向けられたものではなく(①)、特定の意見を顧慮することなく保護すべき法益の保護に資する(②)」<sup>152)</sup>法律である。行政裁判所はこの判断枠組のもと一般法律該当性を否定しておらず、刑法130条4項の憲法適合性に対する批判の存在は把握しつつも、そのような疑念はないとした。

この行政裁判所の一般法律の判断枠組は、リュート判決の判断枠組における優位要件(③)を欠落させた点ではシナゴグ決定の判断を踏襲しているが、同決定で登場した法益保護の一般性の要件(④)を採用していない点では異なる。

#### (b) 上級行政裁判所判決<sup>153)</sup>

上級行政裁判所判決は結論としては刑法130条4項の憲法適合性を認めたが、

151) VG Bayreuth, 09.05.2006, B 1 K 05.768, juris.

152) ( )内の①～②は引用者。

153) VGH Bayern, 26.03.2007, 24 B 06.1894, juris.

一般法律該当性を否定し、人格的名誉権による正当化を行った点で、以下でみる連邦行政裁判所判決とも連邦憲法裁判所決定とも異なる。

上級行政裁判所も刑法130条4項が意見表明の内容と形態への国家による制約であることから意見の自由の保護領域に含まれることを確認し、まず一般法律該当性を検討する。そこでの一般法律とは、「意見の自由それ自体あるいは特定の意見表明に向けられたものではなく(①)、特定の意見を顧慮することなく保護すべき法益の保護に資する法律(②)」であり、この法益は「法秩序のなかで一般的に保護されなければならない、それゆえ、その侵害が意見表明によるかその他の方法によるかに関係なく保護されるものでなければならない(④)」<sup>154)</sup>。行政裁判所判決とは異なり、④の法益保護の一般性要件も含め、シナゴーク決定の一般法律の判断枠組を全面的に踏襲している。

上級行政裁判所によれば、意見中立性に適切な一般法律の判断枠組を尊重すると、刑法130条4項は一般法律とはみなしえない。しかし、一般法律の制約と異なり、人格的名誉権による制約は名誉侵害的な表明をその内容ゆえに禁止することを可能にするとして、上述のポッシャーの見解<sup>155)</sup>を参照し、人格的名誉権によって刑法130条4項を正当化した。

## 2 連邦行政裁判所判決<sup>156)</sup>

### (1) 判決の概要

連邦行政裁判所判決は刑法130条4項を一般法律であるとする点が、連邦憲法裁判所第一法廷決定との最大の違いである。連邦憲法裁判所第一法廷決定と判断が分かれた部分を中心に、連邦行政裁判所判決の概要を示す。

連邦行政裁判所は、刑法130条4項は意見の自由の保護領域に介入し、介入は刑法130条4項が一般法律であるので正当化されるとする。ここでの一般法律とは、「意見それ自体を禁止し、意見の表明それ自体に対して向けられたものではなく(①)、特定の意見を全く顧慮せずに保護されるべき法益の保護に役立つ

154) BVerfGE 111, 155. ( )内の①～④は引用者。

155) Poscher 2005 : 1316.

156) BVerwGE 131, 216.

(②)」法律すべてである。この法益は、「法秩序のなかで一般的に保護されなければならない、それゆえ、その侵害が意見表明によるかその他の方法によるかに関係なく保護されるものでなければならない (④)」<sup>157)</sup>。連邦行政裁判所は上級行政裁判所判決同様シナゴグ決定の一般法律の判断枠組を用いているが、一般法律該当性を肯定している点で上級行政裁判所判決とは異なる。

公共の平穏は、法秩序において、意見表明からだけでなく、他者の攻撃から守る。このことは、人間の尊厳にも同様に当てはまる。基本法 1 条 1 項は、基本法の最上の憲法価値として、人間の尊厳を保護する。それゆえ、刑法 130 条 4 項は、特定の意見の内容に向けられてはいるが、基本法 5 条 2 項の一般法律である。

保護されるべき法益がナチスの暴力的支配および恣意的支配の被害者の人間の尊厳であるかぎり、刑法 130 条 4 項は攻撃から最上の憲法価値を守ることに役立つ。人間の尊厳は意見の自由に絶対的な限界を設ける。刑法 130 条 4 項によって保護されるべき公共の平穏は、意見の自由の制約を設けうる適性のある重要な公共の福祉の利益 (Gemeinwohlbelang) である。犯罪構成要件がナチスの暴力的支配および恣意的支配の被害者の人間の尊厳の侵害を前提としており、そして、人間の尊厳は意見の自由との関係において衡量は可能ではないがゆえに、意見の自由の侵害ではない。

## (2) 若干の検討

連邦行政裁判所判決の評釈として、詳細な検討を行っているのはエンダースによるもののみである。エンダースの評釈は、連邦行政裁判所判決後「すぐさま、説得力のある論拠によって批判」<sup>158)</sup>したものと評価されている。

### (a) エンダースによる批判

連邦行政裁判所は刑法 130 条 4 項が一般法律であるとして合憲性を肯定したが、すでに述べたとおりエンダースはランゲとの共著論文において刑法 130 条 4 項の一般法律該当性を否定してきた。エンダースは連邦行政裁判所判決の評釈において、一般法律をめぐる連邦行政裁判所の判断への批判を展開する。

157) ( ) 内の①～④は引用者。

158) Bertram 2009 : XII.

エンダースは厳格に解釈されたワイマール期の特別法理論を検討したうえで、連邦行政裁判所判決が刑法130条4項の刑罰規範の一般性を肯定したことについて、規定の保護法益から意見中立的な規制目的のための根拠をえることにより、規定を違憲判断から守ることは正当であるとしつつも、精神的な表明やその作用に対してやむを得ないものではなく向けられた保護目的を規範の保護法益の観点から定義しうるからといって、一般性の要件は容易く充たされるものではないと批判する<sup>159)</sup>。

エンダースによれば、本件は、単なる——それ自体として不快な (anstößig)——観点の表明が禁止されているのであって、観点の表明の禁止は、連邦行政裁判所の解釈とは異り、人間の尊厳原理の肯定的な援用によって、特定の意見に向けられた特別法の性格を失うものではない<sup>160)</sup>。

以上のようにエンダースは連邦行政裁判所判決を批判したうえで、「至るところで、不快な抗議活動や、挑発的でラディカル (fundamental) で批判的な立場が公共圏 (Öffentlichkeit) から排除される傾向を確認しうる。立法者のそのような傾向に抗して、基本法によって築かれた防波堤としての意見の自由と集会の自由は、民主的統治のもとでの自己決定の自由に鑑みると、機能を失い、おろそかにされているようである。連邦行政裁判所は、刑法130条4項についてこれを修復しなかった。連邦憲法裁判所が心がけるべきは、法治国家において異論の自由を忘れてはならないというホフマン-リームの戒めである」<sup>161)</sup>として、国家の政治的中立性の必要を主張するホフマン-リームの立場を連邦憲法裁判所は受け継ぐべきであることを主張した。

#### (b) エンダースに対する批判

一般法律の範疇に刑法130条4項が入ることを示した連邦行政裁判所判決を批判するエンダースの見解に対して、同判決を擁護する立場からフリートヘルム・フーフェン<sup>162)</sup> (Friedhelm Hufen) は、「連邦行政裁判所は、きわめて綿密に、

159) Enders 2008 : 1095.

160) Enders 2008 : 1096.

161) Enders 2008 : 1098.

162) フーフェン (1944-) はマインツ大学公法学教授。コンラート・ヘッセ (Konrad Hesse) とハンス-ペーター・シュナイダー (Hans-Peter Schneider) に師事した。

刑法 130 条 4 項について、特定の意見表明に対して向けられた憲法違反の刑罰規定あるいは心情刑法であるとの非難を防いでいる。むしろ、人間敵対的なナチスのイデオロギーによって具体的に危殆化された公共の平穏と被害者の人間の尊厳の保護が核心にある。このことを単に『異論の自由』として些末視する者は、ナチスのイデオロギーの危険、そして、ナチズムのあらゆる形態に対する基本法の原則的な拒絶について判断を誤っている」<sup>163)</sup>と述べ、正面から批判した。

#### (c) 下級審における一般法律該当性判断

連邦憲法裁判所決定における一般法律の判断枠組を次節以下でみる前に、下級審における刑法 130 条 4 項の一般法律該当性を確認する。下級審の一般法律の判断枠組のベースはいずれもシナゴグ決定で示されたリュート判決の補正版だった。しかし、下級審では判断枠組や判断結果に差異が生じた。

まず、行政裁判所判決においてはシナゴグ決定で登場した法益保護の一般性要件 (④) が参照されないままに、一般法律該当性が肯定された。これに対して、上級行政裁判所判決は、行政裁判所判決において抜け落ちていた法益保護の一般性要件も漏らすことなく考慮し、一般法律該当性を否定したが、人格的名誉権による正当化によって刑法 130 条 4 項の憲法適合性を肯定した。そして、連邦行政裁判所は上級行政裁判所同様シナゴグ決定の一般法律判断枠組の要素すべてを判断基準として挙げたが、一般法律該当性を肯定し、上級行政裁判所と異なる論理によって刑法 130 条 4 項を正当化した。

上級行政裁判所が意見中立性に照準を合わせ、連結公式の第一要素 (①) を強調することで刑法 130 条 4 項は一般法律ではないと判断したのに対し、連邦行政裁判所は「公共の平穏」とナチスの暴力的支配・恣意的支配の被害者の人間の尊厳という保護法益の保護を強調することで一般性を認めた。このことをヘフリック／アウグスベルクは、上級行政裁判所は特別法理論に従い、他方、連邦行政裁判所は衡量理論にしたがったと整理する<sup>164)</sup>。オリヴァー・レプシウス<sup>165)</sup> (Oliver Lepsius) はヴンジーデル決定以前の一般法律の判断枠組は、「いままでの柔軟な

163) Hufen 2009 : 746.

164) Höfling/Augsberg 2010 : 1091f.

165) レプシウス (1964-) はバイロイト大学公法学教授。

諸判決を保証してきた」<sup>166)</sup>ものと表現しているが、同じ判断枠組を用いながら四要素のうち強調する要素の違いによって判断が分かれる点がまさに柔軟さを物語るといえよう。この判断枠組の柔軟さを連邦行政裁判所が遺憾なく発揮したことをもって、「従来のドグマーティクの過度の拡張 (Überdehnung)」<sup>167)</sup>と評するものもあるほどだった。

### 3 連邦憲法裁判所第一法廷決定<sup>168)</sup>

#### (1) 決定の概要

##### (a) 保護領域

刑法 130 条 4 項は、基本法 5 条 1 項の保護領域に介入する。基本法 5 条 1 項によって保障される「意見」は、言明の内容に関する個人の主観的關係によって特徴づけられており、表明の根拠の有無、合理性の有無、価値の高低や危険の有無は問題とならない。基本法は確かに、市民が一般的な憲法の価値を受け入れ、実現するが、価値忠誠は強制しえないということへの期待を基礎としている。政治的秩序の根本的変更を目指す意見も基本法 5 条 1 項によって保護される。基本法は、全体主義的で人間軽視的なイデオロギーの流布に対する最も有効な武器として、自由な論争の力を信頼している。それゆえに、現行の秩序を根本的に疑問視するものとしてのナチスの思想の流布ですら、基本法 5 条 1 項の保護領域から初めから外してしまうことはない。

##### (b) 制約

#### (i) 一般法律の判断枠組と刑法 130 条 4 項

一般法律とは、「意見それ自体を禁止し、意見の表明それ自体に対して向けられている法律 (①) ではなく、特定の意見をまったく顧慮することなしに保護されるべき法益の保護に役立つような法律 (②)」であり、「この法益は、法秩序のなかで一般的に保護されなければならず、それゆえ、その侵害が意見表明による

---

166) Lepsius 2011 : 253, 邦訳 : 209。

167) Holzner 2010 : 48。

168) BVerfGE 124, 300. 本稿では主題との関連上立ち入らないが、明確性の原則、基本法 3 条 3 項、適用違憲の諸論点は櫻庭が紹介している。櫻庭 2017 : 29 以下。

かその他の方法によるかに関係なく保護されるものでなければならない(④)』<sup>169)</sup>。

法律が一般的なものであるかどうかの審査において第一に問われることは、規範が意見の内容と関係しているかどうかであり、規範が行為を意見表明の内容とは全く無関係に規制している場合、一般性に関して疑義は生じない。しかし、規範が意見表明の内容に関連している場合、規範が法秩序のなかで保護されるべき法益の保護に役立っているかが問題となり、法益侵害の防止を目的としていることによって、意見中立的・一般的であることが推定される。したがって、内容に関連する規範は、特定の法益の保護に向けられており、特定の意見に向けられているのではないことが明らかである場合には、一般法律であるとの評価を受ける。

ただし、規範が法益を保護していることのみをもって、一般性が保障されているといった結論をただちに導いてはならない。意見制約的な法律が法益を保護しているという事実は、その一般性をあらゆる場合に保障するのではなく、法治国家的な距離を保ち、意見中立性の要請を守っていることの傍証 (Indiz) にすぎない。

政治的見解を理由として不利な取扱いおよび有利な取扱いを禁止していること(基本法3条3項1文)に即して、法律の一般性は、意見の自由に対する介入について、特定の意見に対する固有で厳格な差別の禁止を保障している。意見表明の内容と関連し、そのことによって引き起こされる法益侵害を阻止あるいは制裁する法律は、厳格な中立性と平等取扱のもとでのみ許容される。

規範が、厳格な中立性と平等取扱の原則のもとで一般法律と特別法のいずれと判断されるかという問題は、図式的に答えられることではなく、全体的考察 (Gesamtsicht) が重要である。そこで問われるのは、「規範がどの程度、抽象的一内容関連的で異なる態度に開かれた基準に限定されているか、あるいは、具体的一観点関連的でとりわけイデオロギー関連的な区別にもとづいているか」である。

規範が、特定の政治的、宗教的、世界観的見解の支持者のみに向けられている

---

169) BVerfGE 111, 155. ( ) 内の①~④は引用者。

ことを看取しえ、公共の意見闘争に影響を及ぼすものであればあるほど、特別法の入り口が踏み越えられたことをますます物語る。特別法の兆候（Anzeichen）は、意見制約的法律が、特定の歴史上の事象の解釈と関連している場合または一部の限られた人的範囲の法的保護に限定されている場合にみられる。

上記の判断枠組によれば、刑法130条4項は一般法律ではない。確かに、刑法130条4項は公共の平穩の法益保護に資するが、刑法130条4項は、公共の平穩の保護を内容的に開かれた一般的な方法で行っておらず、ナチズムに対する特定の態度を表明する意見表明にのみ向けられている。

基本法5条2項の意見制約的法律の一般性の要請は名誉保護の規定にも及ぶ。

(ii) 意見の自由の憲法内在的制約

ナチスの暴力的支配および恣意的支配のプロパガンダによる是認を阻止することを目的とした規定は、基本法5条2項の表現制約的な法律の一般性の要請に対する例外として認めうる。なぜならば、「ヨーロッパと世界にはかりしれないほどの苦痛、死、抑圧をもたらした人間軽視の当時のレジームは、ドイツ連邦共和国の憲法秩序にとって対抗像として（gegenbildlich）アイデンティティを刻印する意味内容を有しており、その意味内容は、比較不能であり、一般法律的な規定の基礎だけでは把握しえないものである」。基本法は、ナチスのレジームの全体主義に対する対抗構想として理解されうるものであり、歴史的経験から学び、その不法を二度と繰り返さないことを目的としている。

このような歴史的背景に鑑みると、ナチスの暴力的支配および恣意的支配のプロパガンダ的是認は、公共の意見闘争の一般的緊張関係の枠内に収まらず、意見の自由の限界に対する一般的ルールの基礎だけでは把握しえない影響をもたらす。すなわち、ナチスの暴力的支配および恣意的支配を支持することは、ドイツでは、平穩を脅かす潜在力をとまなう、公共体（Gemeinwesen）のアイデンティティに対する内側からの攻撃である。

基本法5条2項は、特別の規定によって、ナチスの暴力的支配および恣意的支配という歴史によって基礎づけられた状況を考慮することを排除しない。基本法5条2項が立法者に、特定の信条、態度、イデオロギーとは無関係に意見表明に対する法益保護を保障することを義務づける意見制約的法律の一般性の要請は、

ドイツ連邦共和国の歴史に刻印されたアイデンティティに関連し、他の争いに転用しえない比較不能な状況には有効ではない。

刑法 130 条 4 項は、ナチスの暴力的支配および恣意的支配のみを評価の対象とする特別規定であるがゆえに、憲法違反ではない。

(iii) 例外の許容と意見の自由との関係

基本法 5 条 1 項・同 2 項がナチズムについての言明に対する特別の規定に開かれていることは、意見の自由の実質的な意味内容を縮減するものではない。基本法は、極右やナチスの思想の流布をその内容の精神的な影響との関連において禁止することが許されるとする、一般的な反ナチス原則を有するものではない。

基本法は、自由な公共の論争の力を信頼し、基本的には意見の自由を、自由の敵にも保障している。基本法 5 条 1 項および同 2 項は、心情に対する国家の介入を許容するものではなく、意見表明が態度決定 (Für-richtig-Haltens) という純粋に精神的な領域を離れ、法益侵害または認識可能な危殆化状態に転化したときにはじめて介入の権限を与える。

刑法 130 条 4 項は、比例原則に合致せねばならず、意見の内容上の評価に方向づけられるのではなく、法益保護に厳格に方向づけられなければならない。

(c) 正当化

(i) 目的の正当性

相互作用論から導かれるのは、意見の自由の制約は意見の自由の本質的な意義を疑問視することは許されず、このことは意見制約的法律とそれによって追求される目的それ自体の解釈にも妥当する。それゆえに、基本法 5 条 1 項に対する介入について、その目標設定は、特定の意見表明の純粋に精神的なものにとどまる作用に対して保護措置をとる方向であってはならないが、法益侵害の阻止は正当である。立法者は法益侵害の阻止を目標とするかぎり、意見表明によって個別化可能で、具体的に把握可能な権利侵害の危険の閾を超える場合は意見表明を制約しうる。それはとりわけ、意見表明が、信念の形成を超えて、間接的に現実的作用 (Realwirkung) を目標として、法違反の呼びかけ、攻撃的に感情をかきたてること (Emotionalisierung) または心理的障壁 (Hemmschwelle) の引き下げといった形態で法益を危殆化させる結果を直接に引き起こしうる場合である。

意見表明について純粹に精神的な作用と権利侵害的な作用とは厳密に区別できるものではなく、その限りで立法者には意見制約的法律の形成の裁量が与えられている。しかし、立法者は、保護目的の追求に限定されねばならず、その保護目的はこの区別に向けられたものであって、自由で精神的な論争の原則を縮減するものではない。立法者による意見制約的法律形成の裁量に対する審査として、意見表明による法益の危殆化が具体的で直接的なものであればあるほど、介入に対して課される要求は小さくなる。すなわち、法益侵害の切迫性が媒介的（vermittelter）で遠隔的なものにとどまっていればいるほど、介入に対して課される要求は高いものになる。そして、介入が意見それ自体に対する内容的な抑圧という結果となればそれだけ、法益の危殆化の具体的な切迫性への要求は高くなる。このような基準に従えば、限定された見解が公共の平穩の基礎をなす。

そこにいう公共の平穩の限定的理解とは、異論にさらされる「市民の主観的な不安からの保護」は表現制約には不十分であって、禁止が許されるのは攻撃や法違反との境界線をなすような言論のみである。

刑法130条4項が公共の平穩の保護以外に、ナチスの暴力的支配および恣意的支配の被害者の尊厳の保護も意図しているかは未決定である。

(ii) 適合性

刑法130条4項で処罰される行為は、理念の是認ではなく、現実の犯罪の是認である。この犯罪は歴史上比較不能なもので、人間蔑視においてこれに勝るものがない。ナチス期の暴力的支配および恣意的支配の是認は、その価値と権利が再び疑問視されている感じる者に対する攻撃であると今日の住民の目に映っており、歴史的現実と鑑みると、民主政と自由と敵対的なイデオロギーに単に直面しているという以上の作用をもたらすということは、憲法上支持しうる立法者の評価である。

刑法130条4項が処罰するのは、イデオロギーとしてのナチズムが些末視を行うことやナチス期についての不快な歴史解釈ではなく、現実の歴史上の恣意的支配および暴力的支配に対する是認を外部に表明することである。

(iii) 必要性

ここで問題となっている権利侵害との関係で、公共の平穩の保護を同程度効果

的に保障しうる、より穏やかな手段を確認することはできない。

(iv) 狭義の比例性

刑法 130 条 4 項は、基本法 5 条 1 項を考慮した解釈によって、意見の自由と公共の平穩の保護とのあいだの均衡がとれている。刑罰威嚇は、作用しつづける特別な歴史によって基礎づけられた責任をドイツが担うための、ナチズムのもとで歴史上現実に生じた暴力的支配および恣意的支配の是認に限られている。

(2) 第一法廷意見の自由報告担当者の弁明

2008 年 4 月に、ホフマン-リームの後任として連邦憲法裁判所第一法廷の意見の自由報告担当者となったヨハネス・マージング<sup>170)</sup>(Johannes Masing) は、グリム、ホフマン-リームに続き、意見の自由の分野で「もはや恒例になったと言ってよい『裁判官の弁解』」<sup>171)</sup>を行った。以下では、マージングが集会法論争や刑法 130 条 4 項をめぐる学説の議論をいかに受けとめたうえで、ヴンジーデル決定をどのように評価しているのか検討する。

マージングによれば、自由が自由である場合とは、自由が法によらずとも保障されるということである。しかし、今日、自由に対する信頼はほころびはじめており、ネオナチなどの急進的な考えは意見の自由の子どもであると同時に、意見の自由それ自体に反抗するものでもある<sup>172)</sup>。このような現状認識のもと、マー

170) マージング (1959-) はフライブルク大学公法学教授で、2008 年 4 月より連邦憲法裁判所裁判官を務める。マージングの経歴で本稿の問題関心からとりわけ興味深いのは、刑法 130 条 4 項の合憲性への疑義を展開したエンダースと同門 (ベッケンフェルデ門下) で 2 歳差と歳も近い点である。その他、1992 年から 1996 年までベッケンフェルデのもとで連邦憲法裁判所調査官を務めた点や、2002 年にミシガン大学ロースクールで客員研究員であった点も注目に値する。刑法 130 条 4 項の合憲性擁護の論陣を張ったポッシャーの師はシュリンクであるが、シュリンクの師がベッケンフェルデであることも考慮に入れると、刑法 130 条 4 項の合憲性の議論の台風の目は人的関係でいえばシュミット-ベッケンフェルデシュレーにあった点は関心を引く。しかしながら、今日つとに指摘されているように学派の影響は薄れつつあり、重要なのはあくまでそれぞれの議論の内容の連関や相違である。連邦憲法裁判所は学派的な影響を脱して判例準拠的に動くようになっており (辻村ほか 2017 : 153 [毛利発言箇所])、ドイツ憲法学は連邦憲法裁判所の判決を素材とする実証主義的な傾向にある。連邦憲法裁判所とドイツ憲法学の関係についての鋭利な分析として、栗島 2018 : 37 以下。

171) 毛利 2014a : 233。

ジングは憲法秩序にとっての危険性を理由に意見を禁止しうるかどうかという問いは意見の自由の中核内容に関わるものであるとし、ワイマール期の特別法理論と衡量理論との論争を参照する。

意見の自由に内容上の限界があるべきとするメントの発想は今日も見出されるとしてマージングが挙げるのは、バッティス／グリゴライトである。バッティス／グリゴライトが支持する衡量理論によれば、憲法によって、特定の政治的意見を理由に、不法として民主的プロセスから排除しうるし、排除されなければならない。とりわけ、ナチスの思想やネオナチ的イデオロギーの禁止は憲法から直接導き出すことができる。そこでは、意見の自由の射程は憲法秩序の保護についての衡量の問題である<sup>173)</sup>。

衡量理論についてマージングは、意見の自由が衡量によってのみ妥当するとすれば、意見の自由は常識 (common sense) の留保と礼儀正しさの考慮への留保のもとに置かれることになり、意見の自由はその挑発的な (provokant) 棘を失うことになりかねないと注意を促す。意見は常識に反し、不快なものである場合にこそまさに重要なのである。このような場合に、実体的な価値考慮 (Wertbeurteilung) は取り返しのつかない帰結をともなって堤防を決壊させてしまう<sup>174)</sup>。この懸念を背景に、マージングは、意見の精神的作用の危険性を理由とした禁止を原則的に排除する、あらゆる意見に対する国家の内容的な中立性が基本法5条1項の基盤であるとする<sup>175)</sup>。連邦憲法裁判所が衡量理論による意見の自由の相対化を正当に拒絶してきた事例としてマージングが挙げるのはシナゴーク決定とヴェンジーデル決定である。

ヴェンジーデル決定で学説の批判が集中した論点が特別法の禁止の例外の問題だったことに、マージングはきわめて自覚的である。連邦憲法裁判所は、措置が意見そのものに対して向けられているかという問いを、比例性の枠組における正当な目的設定の問いとして取り上げている。そこでは、意見それ自体の危険性の阻

---

172) Masing 2012 : 585.

173) Battis/Grigoleit 2001a : 123ff.

174) Masing 2012 : 586.

175) Masing 2012 : 586.

止は正当な目的ではない。具体的に危殆化された法益の保護のみがもつばら正当であり、このためには、あらゆる措置は、適合性、必要性、狭義の比例性を充たすものでなければならない。マーキングは、同決定におけるこの審査を「特別法理論によるだけよりも、よりきめ細やかで柔軟であり、内容豊かでもある」<sup>176)</sup>と評価し、「連邦憲法裁判所はヴンジーデル決定によって『一般法律』に対する要請に、これまでよりも一般的に、より鮮明かつ対抗的な輪郭を与えたのであって、そのうえ、内容関連的な意見の自由の制約は全体として、これまでの連邦憲法裁判所の判例よりも、より明確かつ持続的な限界を設けるものである」と主張する<sup>177)</sup>。

マーキングは、法治国家が断固とした措置をとらねばならない場合には、法治国家的な距離<sup>178)</sup>が必要となり、意見および信条それ自体に対する内容上の中立性が法治国家的な距離の中核を築くものであると位置づける。極右のイデオロギーに対しては、価値秩序は距離を保つ必要はなく、禁止によって極右の表明を根絶しなければならないとする考えは広まっているとの認識を示しつつも、この考え方は、単純すぎるし、心情司法 (Gesinnungsjustiz) に通じていると批判する。マーキングはこのような法治国家的距離の否定は、カール・シュミット (Carl Schmitt) の論理における敵性宣言<sup>179)</sup> (Feindklärung) にほかならないとする。法治国家の外面性の承認は、実体的な自由の秩序の精神において価値と結びついた憲法解釈であり、その根底には自由な精神的な論争の力への信頼がある<sup>180)</sup>。マーキングは、ドイツ社会の秩序が自由の力への信頼にもとづくものであることを強調し、それを維持することの重要性を説いた。

---

176) Masing 2012 : 589.

177) Masing 2012 : 590.

178) 法治国家における「距離」については本稿では立ち入らないが、毛利によれば、諸個人・諸団体の利益を国家からも、そして相互のあいだでも区分し、それ自体として尊重すべしという要請をなす概念である。毛利 2014b : 283.

179) Schmitt 1932 : 47, 邦訳 : 49. ただしここでの訳語は邦訳に従っていない。

180) Masing 2012 : 591f.

#### 4 小括

ヴンジーデル決定において、連邦行政裁判所判決と連邦憲法裁判所第一法廷決定の最大の違いは刑法130条4項の一般法律該当性の判断にあった。レプシウスの表現を借りれば、過去の連邦憲法裁判所の「一般法律」の判断基準にしたがった連邦行政裁判所を、連邦憲法裁判所はだましたのである<sup>181)</sup>。

刑法130条4項を一般法律のカテゴリーに入れることに対しては、刑法130条4項成立時と連邦行政裁判所判決後、エンダースによって批判が展開された。マージングの論文中では、エンダースの文献の明示的な参照は見られないが、ヴンジーデル決定の判決文中で一般法律該当性を判断する局面<sup>182)</sup>でエンダースの連邦行政裁判所判決の評釈<sup>183)</sup>が参照されている。「時代とともに、確かに抽象的に定式化されてはいるけれども、実際には意見に関連している法律（たとえば、名誉毀損罪や民衆扇動罪、公務員法や軍人法上の政治活動の制限）は、なぜ、なおも『一般的法律』として妥当するのか、次第に説得性を失いつつある」<sup>184)</sup>背景のもとで、刑法130条4項に対して学説から一般法律該当性に対する有力な批判が展開されていたという状況は指摘しうる。

そして、連邦憲法裁判所は学説からの批判に応答し、一般法律該当性の判断基準を厳格にしたうえで、吟味することによって刑法130条4項は特別法との判断を示すものの、「憲法上の基準を首尾一貫させて適用するならば、例外法として違憲とならざるをえなかった」<sup>185)</sup>はずの刑法130条4項を特別法の禁止の例外として、憲法上許容した。エンダースが批判していた憲法内制的制約の論理がヴンジーデル決定において姿を現したわけであるが、この論点がとりわけ学説の批判の対象となっていく。

---

181) Lepsius 2011 : 254, 邦訳 : 210。

182) BVerfGE 124, 323.

183) Enders 2008 : 1094.

184) Lepsius 2011 : 254, 邦訳 : 210。

185) Lepsius 2011 : 252, 邦訳 : 208。

## IV ヴンジーデル決定に対する学説の反応

### 1 ヴンジーデル決定に対するドイツ社会の反応の概観

ヴンジーデル決定に対するドイツ社会の反応の概観としては、「政治・行政部門からは安堵をもって受け止められたが、学説からは批判的評価の方が強い」<sup>186)</sup>。

学説が指摘するヴンジーデル決定の重要性は以下の二点に大別される。第一は、ヴンジーデル決定が、ネオナチのデモに関して、意見の自由や集会の自由に対する憲法内在的制約を引き出したことである。第二は、連邦憲法裁判所が、リュート判決以来初めて、意見の自由の制約としての一般法律の概念を基本的なところから説明したことである<sup>187)</sup>。

### 2 憲法学説の反応

#### (1) 一般法律について

##### (a) 議論の前提の整理

##### (ア) ヴンジーデル決定における一般法律の判断枠組

マティアス・ホン<sup>188)</sup>(Mathias Hong)によれば、ヴンジーデル決定における一般法律の判断枠組は、①内容関連性、②法益保護の一般性、③観点差別の有無という三つの段階に区分される<sup>189)</sup>。以下ではその整理に拠りつつ、各段階の内容を確認する。

#### ① 内容関連性

第一段階で確認されるのは、法律が意見表明の内容と結びついたものであるかどうかである。法律が意見表明の内容とはまったく無関係な行態に該当する場合

186) 毛利 2014a : 227。

187) Degenhart 2010 : 307.

188) ホンはフライブルク大学私講師である。ヴンジーデル決定との関連でホンの経歴で関心を引く点としては、①集会法の研究で著名なリュールのもとで博士号(2006年、ブレーメン大学)を取得した点、②2005年6月から2008年5月まで連邦憲法裁判所の調査官を務めており、そのうち2008年3月末まではホフマン-リームの調査官を務め、2008年4月から同年5月まではマーキングの調査官を務めた点、③マーキングのもとで教授資格取得論文を提出(2016年、フライブルク大学)した点である。

189) Hong 2010 : 1268.

は、一般的なものとして位置づけられる。

## ② 法益保護の一般性

法律が意見の内容に関連するものだった場合は第二段階として、法秩序のなかで一般的に、意見表明あるいはその他の方法によって侵害されうるか否かに関係なく保護される法益の保護に資するかどうか問われる。この意味において、法益保護の一般性を審査しうる。法益保護の一般性が認められる場合には、通常は、その法律は一般的であると推定される。したがって、内容関連的な規範すべてが特別法として位置づけるとは限らない。法益保護の一般性は、シナゴグ決定において展開された、「リユート公式の補完<sup>190)</sup> (Ergänzung)」である<sup>191)</sup>。ヴンジーデル決定は、法律保護の一般性は、内容関連的な法律の一般性にとっての必要条件ではあっても、充分条件ではないことを明らかにした<sup>192)</sup>。

## ③ 観点差別の有無

第三段階で問われるのは、観点差別の有無である。内容関連的な意見制約が十分に開かれたものではなく、はじめから特定の信条、態度、イデオロギーにのみ向けられている場合は、観点差別にあたる。

### (イ) 一般法律の判断枠組としての観点差別の禁止

上述の一般法律の判断枠組の第三段階としての観点差別の禁止は、連邦憲法裁判所が基本法3条3項の観点差別の禁止を参照したものだ<sup>193)</sup>。一般法律の判断枠組としての観点差別を検討するにあたり、①基本法3条3項との関係、②ワイマール期の特別法理論との関係、③アメリカ連邦最高裁の判例法理としての観点差別の禁止との関係の三点から整理する。

### ① 基本法3条3項との関係

基本法5条2項の一般性の要請は、意見の質にもとづいて意見表明に対する制約から保護するものではなく、具体的な観点の不平等取扱から保護するものであ

---

190) Hong 2010 : 1269.

191) Hong 2010 : 1269.

192) ヴンジーデル決定は意見制約的な法律の法益保護の一般性を「単なる傍証 (Indiz)」であるとする。BVerfGE 124, 323. ホンによれば、連邦憲法裁判所のこの判断はエンダースの指摘 (Enders 2008 : 1094) を参照したものである。Hong 2010 : 1269.

193) Hong 2010 : 1268.

る。意見に対する平等取扱の要請が意味するところは、立法者は、歴史上の出来事の意味と関連付けることを許すのでもなければ、もはや開かれてはおらず、すでに定まった人の集団の法益に特権を与えることを許すものでもない。連邦憲法裁判所は厳格な中立性と平等取扱を要請しているにもかかわらず、立法者が法益を保護するために意見の内容と関連づけている場合には厳しい基準を示していない<sup>194)</sup>。

この場合の基準をマルティニは、(A) 一部の限られた人的範囲は十分に確定されていなければならない、(B) 歴史上の出来事の重要性が認められていなければならない、(C) 上記 (A)・(B) との関連が認められたとしても、特別法の傍証にすぎず、証拠となるもの (Belege) ではないとの三点に分けて整理する<sup>195)</sup>。

## ② ワイマル期の特法理論との関係

ヘンツェルは観点関連的差別に関する記述を行っている。たとえば、「支配的な精神的思潮、世界観、人間生活についての認識に関わりなく一般的に規制する法律」<sup>196)</sup>、「政治的、社会的、宗教的、倫理的、あるいは世界観的傾向それ自体によることなしに」<sup>197)</sup>、「特定の精神の方向づけそれ自体のために」<sup>198)</sup>といった表現が並ぶ。

連邦憲法裁判所はヴンジーデル決定で、特法理論の主唱者が名誉保護規定を特別法ではなく、一般法律と位置づけたことに言及する<sup>199)</sup>。このことが暗示するのは、観点差別が限定された狭い特別法禁止理解によって解釈されるということである<sup>200)</sup>。

194) Martini 2011 : 285.

195) マルティニは、「結局のところ、特定の意見の差別は具体的観点関連性の柔軟な (nachgiebig) Je-Desto スケール (Je-Desto-Skala) を伴うものである」と評する。Martini 2011 : 286.

196) Häntzschel 1932 : 659.

197) Häntzschel 1932 : 661.

198) Häntzschel 1932 : 663.

199) BVerfGE 124, 327.

200) 名誉保護規定は確かに広義では「特定の意見」すなわち、そのような名誉にかかわる内容であるが、特定の政治的あるいは世界観的な基本的立場を選び出すものではないため、狭義では特別法にあたらぬ。Hong 2010 : 1269.

③ アメリカ連邦最高裁の判例法理としての観点差別の禁止との関係

先行研究が指摘するように、「連邦憲法裁判所の最近の判例で注目されるのは、アメリカ法への一定の接近が認められること」であり、連邦憲法裁判所はヴンジーデル決定において、「アメリカにおける見解 (viewpoint) 規制と主題 (subject) 規制の区別を参照」した<sup>201)</sup>。

この点に関してヴンジーデル決定の判決文中には明確にアメリカ法を参照したことを示す記述は見当たらない。しかし、マージングの弁明論文のなかではアメリカ法の観点差別 (viewpoint discrimination) が言及されている<sup>202)</sup>。また、同決定の判決文中の一般法律に関する記述で引用されているエンダースの論文<sup>203)</sup>は、連邦憲法裁判所が意見の自由の保障の重要性を強調してきたことに触れ、そのような連邦憲法裁判所の立場はリュート判決においてベンジャミン・ネイサン・カードォゾ<sup>204)</sup> (Benjamin Nathan Cardozo) の言葉の援用のもとで展開してきたことに言及する<sup>205)</sup>。

ヴンジーデル決定の判例評釈のなかには、「観点差別の禁止としての特別法禁止の理解は、明らかにアメリカ憲法における内容差別<sup>206)</sup> (Inhaltsdiskriminierung/content discrimination) と観点差別 (Standpunktdiskriminierung/viewpoint discrimination) の区別との比較法的な類似性を示している」<sup>207)</sup>と指摘する

---

201) 小山はこの点を指摘すると同時に、「アメリカ法の参照が表現の自由全般ではなく、見解規制のような新しい問題、あるいは類似の先例がアメリカにある場合にとどまっていること」への留意を促す。小山 2015 : 62 以下。

202) マージングはヴンジーデル決定の観点差別と類似の基準として、アメリカの観点差別を挙げている。そこでマージングが挙げるのはローゼンバーガー判決である。Rosenberger v. University of Virginia, 515 U.S. 819, 829 (1995)。

203) Enders 2008 : 1093.

204) カードォゾ (1870-1938) はアメリカの弁護士・裁判官。

205) リュート判決は、カードォゾの「ほとんどすべての他の形式の自由の母体であり、不可欠の条件である」(Palko v. Connecticut, 302 US 319, 327 (1937)) という言葉を引用する。BVerfGE 7, 208.

206) アメリカの連邦最高裁判所において、内容差別は言論をその内容にもとづいて「規制」する場合のみを指すものとして理解されておらず、これに加えて、ある言論を他の言論よりも「優位に扱う」基礎として、その言論の内容を用いる場合も含むものと理解されている。金原 2015 : 88.

207) Hong 2010 : 1269f.

ものもある<sup>208)</sup>。

アメリカの判例法理によれば、修正1条は原則的にあらゆる意見の内容と結びついたものを規制することを禁じている。観点差別は内容差別のとりわけ強度の形態として、違憲の推定が強められてきた。他方、ドイツの連邦憲法裁判所は、観点差別の概念をアメリカの判例法理上の観点差別よりも明らかに狭く解している。要するに、連邦憲法裁判所は広範な内容中立性は求めておらず、アメリカ的理解よりも狭い意味での観点中立性を求めている<sup>209)</sup>。

#### (b) 若干の検討

ヴンジーデル決定で一般法律の判断枠組は大きく変化し、刑法130条4項が一般法律ではなく特別法であるとの判断が示されたことは学説に大きな衝撃とともに受けとめられた。カール・ハインツ・ラデーア<sup>210)</sup> (Karl-Heinz Ladeur) の表現を借りれば、「法律が『一般的ではない』ものに組み入れられる例外事案」であって、「これまでは、非一般法律は文字通り『教室事例 (Kathederbeispiele)』に過ぎなかった」<sup>211)</sup>。同決定は教室事例を現実の事例として示してみせたわけである。

レプシウスはヴンジーデル決定の一般法律の判断枠組が、意見制約的な規範を一般法律として解釈してきたこれまでの傾向を停止させたものだと明言する。実際のところ、一般法律の特別な法律の留保はほとんど遮断効 (Sperrwirkung) を生じさせず、法律の留保の判定は、相互作用論の基準によって引き続いて行われる衡量の枠組において解消するという段階に達し、比例原則の問題へと移っていた。これによって、連邦憲法裁判所は、基本法5条の事例群に特殊なドグマティクを疑問視することなく、個別事例判断 (Einzelfallentscheidung) にとって決疑論的な余地を獲得してきた。同決定はこのような道から逸れてしまった<sup>212)</sup>。

208) 同旨の指摘と思われるものとして、土屋 2016 : 149。

209) ホンが例として挙げるのは、国旗侮辱の処罰をめぐる米独の憲法判断の違いである。Hong 2010 : 1270。連邦憲法裁判所はヴンジーデル決定で、一般法律にあたる刑罰規定を例示するなかで刑法90条aを挙げる。BVerfGE 124, 322。アメリカの連邦最高裁判所では、国旗冒瀆の処罰が違憲の観点差別であると判断されている。Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989)。

210) ラデーア (1943-) はハンブルク大学公法学名誉教授。ポストモダン論で著名。

211) Ladeur 2010 : 644。

法益保護の一般性のみでは法律は一般法律ではないと同決定で示したことによって、連邦憲法裁判所はリユート判決以来の連結公式を自ら掘り崩していった<sup>213)</sup>。

ヴンジーデル決定の一般法律の判断枠組としての観点差別は、アメリカのそれを強く意識したものであることは疑いえないが、その内実は似て非なるものであることは確かである。観点差別の有無については、公共の意見闘争において特定の集団にのみ向けられているかどうかという点が重要であるが、これは連邦憲法裁判所が一般法律について強い民主的・機能的理解を示したことの表れである<sup>214)</sup>と指摘されている。

かくして刑法130条4項が一般法律によって正当化される途は閉ざされた。意見の自由のさらなる制約事由が模索されることになる。

## (2) 人格的名誉権について

### (a) 議論の前提の整理

#### (ア) 「特別法の禁止」の射程

「厳格な差別の禁止」としての特別法の禁止はヴンジーデル決定によれば「すべての意見制約的な法律」に及ぶ<sup>215)</sup>。すなわち、連邦憲法裁判所は、同決定以前は人格的名誉権と青少年保護を一般法律と並ぶ独立した制約事由とみなしてきた<sup>216)</sup>が、同決定を契機として法律の一般性の要請を人格的名誉権と青少年保護にも及ぼした<sup>217)</sup>。この点は従来の教科書ドグマティックの突然の破棄<sup>218)</sup>と評する論者もいるほどである<sup>219)</sup>。

#### (イ) 法律の一般性の要請が人格的名誉権と青少年保護にも及ぶ論拠

---

212) Lepsius 2010 : 531.

213) Zimmermann 2011 : 148.

214) Rusteberg 2010 : 161.

215) BVerfGE 124, 326.

216) Martini 2011 : 286f.

217) Zimmermann 2011 : 148.

218) Rusteberg 2010 : 162.

219) 基本権の代表的教科書であるピエロート／シュリンクは、ヴンジーデル決定以前は一般法律には、青少年保護および人格的名誉権のための法律上の規定が含まれないことを明言していた。ピエロート／シュリンク 2001 : 208。同決定後の同書は上述の記載を削除している。Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher 2015 : Rn. 653.

ヴンジーデル決定は、法律の一般性の要請が一般法律以外の制約事由にも及ぶ論拠として、侮辱構成要件（刑法 185 条）が長きにわたって一般法律として位置づけられてきたことや、ワイマール期の特別法理論のもとでも名誉保護の規定を一般法律として評価してきたことを挙げる<sup>220)</sup>。この論拠のもとで、法益の保護に資する法律は意見と具体的一観点関連的に結びつくものであってはならず、意見の評価について国家は法治国家的距離を保たなければならない。

(b) 若干の検討

法律の一般性の要請がすべての意見制約的な法律に及ぶことについても学説の論調は総じて手厳しい。ドグマーティクの一貫性を重視する観点から、「連邦憲法裁判所は、基本法 5 条 2 項の内部での基本権ドグマーティク上の適切な解決のドアを、騒々しい衝突音をたてて勢いよく閉めてしまった」<sup>221)</sup>との指摘もある。従来どおりのドグマーティク上の理解によれば、刑法 130 条 4 項に対する介入は制約の段階で失敗に終わるはずだった<sup>222)</sup>。

ミュンヘン上級行政裁判所判決は刑法 130 条 4 項を特別法であるとした点は連邦憲法裁判所の判断と軌を一にする。しかし、ミュンヘン上級行政裁判所が特別法であっても人格的名誉権によって正当化可能としていた点につき、連邦憲法裁判所は人格的名誉権にも法律の一般性を求めることで人格的名誉権に依拠する途を閉ざしたといえる。ミュンヘン上級行政裁判所の論理構成は刑法 130 条 4 項成立時のポッシャーの議論を参照したものであるが、連邦憲法裁判所はポッシャーが挙げた正当化根拠である一般法律も人格的名誉権の二ついずれも認めなかった。ここまでの論理構成はエンダースと大きく異なるところではない。しかし、エンダースがはねのけた憲法内在的制約による正当化を支持することで連邦憲法裁判所は異なる途を採ることになる。

(3) 意見の自由の憲法内在的制約について

(a) 議論の前提の整理

---

220) BVerfGE 124, 327.

221) Barczak 2010 : 314.

222) Rusteberg 2010 : 163.

集会法論争におけるミュンスター上級行政裁判所の裁判例とヴンジーデル決定の比較に関して、マルティニの整理によれば、「ミュンスター上級行政裁判所は一般的に極右の活動を阻止しようとしたのに対し、連邦憲法裁判所はドイツにおける歴史上のナチズムの肯定についてのみ特別法を許容した」<sup>223)</sup>。

バッティス／グリゴライトは、ネオナチの思想は基本法上の価値観とまったく相いれないものであり、その思想の排除は集会の自由の内在的制約を正当化する憲法上の法益であると主張してきた。一般的な反ナチス原理が基本法上内在しないことを強調した点で連邦憲法裁判所はミュンスター上級行政裁判所とは異なるが、ドイツ連邦共和国の歴史に刻印されたアイデンティティを援用して意見の自由の内在的制約を正当化する点では両裁判所はもはやそれほど隔たったものではない<sup>224)</sup>。

(b) 若干の検討

連邦憲法裁判所は、意見の自由の憲法内在的制約によって特別法の例外を正当化すると同時に、ナチスの不法に肯定的な思想の態度決定が純粹に精神的な領域にとどまるかぎりにおいては「自由の敵にも自由を与える」ことを認めた。この点は、立法当初から刑法130条4項に対して向けられていた心情刑法ではないかとの疑念を払拭しようとする意図も指摘されている<sup>225)</sup>。

法益侵害あるいは危殆化状況に転化しないかぎりは政治的中立性をナチスの思想に対しても貫徹しようという点に鑑みれば、ヴンジーデル決定は、ミュンスター上級行政裁判所の裁判例に批判的な連邦憲法裁判所の部会決定やシナゴーク決定の流れを引き継ぐものだった<sup>226)</sup>。もっとも、ホフマン－リームとマージングとの意見の自由報告担当者の違いに関して、連邦憲法裁判所がシナゴーク決定からヴンジーデル決定の流れを継続したかどうかは緊張をはらむようなものでもないとの指摘もある<sup>227)</sup>。しかしながら、「自由の敵にも自由を認める」ことを尊重する見解と、意見の自由に内在的なナチスの留保との両立可能性に学説の多くは

---

223) Martini 2010 : 296.

224) Barczak 2010 : 317.

225) Barczak 2010 : 317f.

226) Höfing/Augsberg 2010 : 1095.

227) Hufen 2010 : 559.

懐疑的である。

ベンヤミン・ルステベルク (Benjamin Rusteberg) は、連邦憲法裁判所は、一般法律該当性判断の局面においてドグマーティックの体系的解釈から導いた結果を自ら見て見ぬふりをして、もっぱら歴史的一目的論的視座から例外を形成したと指摘する<sup>228)</sup>。もっとも、連邦憲法裁判所はナチスの留保による意見の自由の内在的制約の射程と危険にはっきりと自覚的だったがゆえに、特別法の例外の作用を可能なかぎり限定しよう試みた。特別法の例外の限定は、ミュンスター上級行政裁判所やバットイス／グリゴライトの立場との線引きという意味合いも含んでいた<sup>229)</sup>。

クリストフ・デーゲンハルト<sup>230)</sup> (Christoph Degenhart) も、連邦憲法裁判所は「パラダイム転換の問題に徹頭徹尾意識的であり、それゆえに意見制約的な特別法を受け入れることに基本権上の緩衝材を設け、狭く限定された例外事案としてみえるようにすべく努力を惜しまなかった」と指摘し、「特別法を正当化するかぎりにおいて、精神的な論争の自由を侵害されないようにしよう」としたと述べる。そのような試みとして、「刑法 130 条 4 項の構成要件メルクマール——ここではとりわけ公共の平穩の妨げについて——の憲法適合的解釈が制限的に行われる」ことになった<sup>231)</sup>。

#### (4) 比例原則について

##### (a) 議論の前提の整理

##### (ア) 比例原則審査の特徴

ヴァンジーデル決定の比例原則審査全体については、「基本法 5 条のドグマーティックの従来通りに進んだ」<sup>232)</sup> 点の指摘や「教科書どおりの比例原則審査」<sup>233)</sup> との

228) Rusteberg 2010 : 163.

229) Rusteberg 2010 : 164.

230) デーゲンハルト (1943 年-) はライプツィヒ大学公法学教授。ペーター・レルヒエ (Peter Lerche) に師事した。

231) Degenhart 2010 : 310.

232) Lepsius 2010 : 534.

233) Barczak 2010 : 318.

評が見られ、審査枠組全体を問題視する学説は管見のかぎり見受けられない。同決定の比例原則審査の際立った特徴は、審査の重点が憲法上正当な目的の確定の領域にある点である<sup>234)</sup>。

ホンの説明によれば、特別法理論への明らかな肩入れ (Parteinahme) は、一般法律の概念だけでなく、比例原則審査にも影響を及ぼしている。連邦憲法裁判所がシナゴーク決定で述べたように、基本権上の自由の制約のための権限は、心情ではなく、具体的な行為から生じる法益に対する危険と結びついている。一般的な衡量の留保を意見の自由に関して防ごうとする企てから、連邦憲法裁判所は、制約法律が正当な保護目的を追求しているかどうか比例原則審査の最初の段階で限界を設けた。このような要請が刑法 130 条 4 項における公共の平穏という保護法益の制限的な解釈を導いた<sup>235)</sup>。

(イ) 正当な目的について

目的の正当性審査では、①立法目的の確定・明確化、②違憲の目的の排除、③目的の重要度の確認という三つ機能が念頭に置かれていると指摘されている<sup>236)</sup>。そこでこの三つの機能で分けて、ヴンジーデル決定の目的審査を整理する。

① 立法目的の確定・明確化

立法目的は立法者が決定するものであるが、連邦憲法裁判所は刑法 130 条 4 項の立法目的が公共の平穏の保護であることを、法案<sup>237)</sup>の参照によって確定する。この公共の平穏の保護という立法目的は憲法上支持しうるとするが、それは②の違憲の目的を排除した限定的理解のもとでの公共の平穏である。

② 違憲の目的の排除

目的の正当性審査の機能について、一般論のもとでは、ある立法目的が目的の正当性審査をパスしなかった場合、比例原則の三つの部分原則の審査が行われないことになることと定式化されているが、目的の正当性審査の主要な機能の一つが違憲の目的の排除である<sup>238)</sup>。

---

234) Höfing/Augsberg 2010 : 1096.

235) Hong 2010 : 1272.

236) 柴田 2013 : 205.

237) BVerfGE 124, 334. ここで引用されている法案は、BT-Drs. 15/4832, S. 3; BT-Drs. 15/5051, S. 5.

ヴンジーデル決定が、不当な（違憲の）目的として挙げるのが意見表明の純粹に精神的なものにとどまる作用に対して規制することであり、他方、正当な（合憲の）目的として挙げるのが法益侵害の阻止である。意見表明に関しては、純粹に精神的な作用と権利侵害的な作用との厳密な区別が困難であるがゆえに、そのかぎりて立法者に意見制約的法律形成の余地が認められる。ここで示された意見表明の規制に対する違憲な目的の一般の基準を、刑法 130 条 4 項の立法目的である公共の平穩に関して具体化したものが、公共の平穩の限定的理解である<sup>239)</sup>。

そこで違憲の目的とされているのは、「挑発的な意見やイデオロギーと対峙することによる市民の主観的な不安からの保護」、「社会的あるいは倫理的な見解を根本的なものであるとみなして擁護すること」、「『一般の平穩感情』や『精神的な雰囲気有害化 (Vergiftung)』の侵害からの保護」、「全体主義的なイデオロギーや明白に誤った歴史解釈を行うことによって法意識を害することから住民を保護すること」「住民の法意識において人権を強化する目標によって対立する見解を抑圧すること」である。他方、正当な目的とは、「平穩性の保障として理解された公共の平穩」である。

### ③ 目的の重要度の確認

目的の重要度の確認は、問題となった基本権の重要性や、侵害の重大性・態様に見合うだけの重要度が、立法目的に備わっているか否かを問題にするものであり、法的構造においては比例原則の第三原則（狭義の比例性）の段階に位置するものとして一般には位置づけられている<sup>240)</sup>。しかし、意見の自由に関しては、目的の重要度はリユート判決では一般法律かどうかの文脈で審査されたが、ヴンジーデル決定で一般法律の判断枠組が変更されたことに伴い、目的の重要度も、一般法律該当性審査の後、比例原則の三つの部分原則の前という場所で審査されるようになった<sup>241)</sup>。

#### (ウ) 目的と手段の比例性について

238) 柴田 2013 : 207 以下。

239) BVerfGE 124, 332ff.

240) 柴田 2013 : 218 以下。

241) 小山 2013 : 123。

目的と手段の適合性の審査の枠内で、連邦憲法裁判所は、典型的に平穏性を危殆化するがゆえに、是認、賛美、正当化の構成要件メルクマールに十分な強度があることを認めた。

適合性審査以降が手短だった理由は、目的審査ですでに刑法130条4項の構成要件に関して基本権制約が前もって定式化されたあとで、比例原則におけるさらなる段階で論じうることがほとんどなかったからとレプシウスは解説している<sup>242)</sup>。

#### (b) 若干の検討

ヴンジーデル決定の憲法学の評釈の多くは一般法律該当性の判断と意見の自由の憲法内在的な制約に比重を置いており、それらと比べると教科書的な比例原則審査に対する批判は多くない。しかし、目的審査が手厚くなった背景には、特別法の例外という従来意見の自由ドグマーティクを変更したことによる、意見の自由の制約可能性の拡大を、比例原則審査、とりわけ目的審査の段階において限定をかけようとしたものと解しうる。

目的審査において論じられた意見制約的法律形成の立法者の裁量に関して、立法者の内容形成の指針は意見の自由を原理としてとどめるが、連邦憲法裁判所はこの要請を je-desto 公式 („Je-desto“-Formel) によって処理した<sup>243)</sup>。これにより、平穏性の保障の意味で狭く理解された公共の平穏概念が導出され、意見表明の制約に対する憲法上正当な目的が認められた。

比較法的視座からは、ヴンジーデル決定の正当な目的としての法益侵害阻止の要件に関し、(A) 権利侵害の「個別化可能」限界<sup>244)</sup>を、(B) 「認識可能」な「危殆化状態」への転化の要件<sup>245)</sup>と併せて、アメリカの「明白かつ現在の危険」の法理とブランデンバーク法理と比較し、ヴンジーデル決定が示した要件は「明白かつ現在の危険」基準は想起させるがブランデンバーク法理にはほど遠いとの評<sup>246)</sup>もあるが、本稿はアメリカ法を十分に検討したものではないため、論点の

---

242) Lepsius 2010 : 534.

243) Zimmermann 2011 : 150.

244) BVerfGE 124, 332.

245) BVerfGE 124, 330.

246) Hong 2010 : 1273.

指摘にとどめる。

(5) ヴンジーデル決定全体への評価・批判

ヴンジーデル決定に対する憲法学説の評価は総じて厳しい。それはたとえば、トリスタン・バルザック<sup>247)</sup> (Tristan Barczak) の以下の言葉に表れている——「ヴンジーデル決定は民主的な正義の感覚には適っているかもしれないが、——失礼ながら——法ドグマーティク的にはカオスであるように思われる」<sup>248)</sup>。

ヘフリック／アウグスベルクは、「意見の自由についての憲法裁判所の判例は、一般法律の制約についてこれまで明確な方向性を欠いてきた。意見の自由の重要性のレトリカルな強調は、結果的に単純法律の留保として扱われる特別な制約の留保の幅広い相対化と実際上一致していた。それゆえ、歓迎すべきであるのは、連邦憲法裁判所がいまや、制約の問題を深く説明しているということである」<sup>249)</sup>と指摘し、学説が評価する側面もないではない<sup>250)</sup>。同決定が基本法5条の一般的なドグマーティクに対して重大な影響力をもちうる点は学説上も争いはない。

しかし、同決定で連邦憲法裁判所が取り組んだ制約の問題の説得性については疑念が根強い。連邦憲法裁判所は、疑わしさが残ると同時にさらなる適用領域に開かれた、基礎づけの特別な適用ドグマーティクを案出したのではないか<sup>251)</sup>。そのような疑念をヘフリック／アウグスベルクは連邦憲法裁判所に差し向ける。それは評釈中の章題に如実に表れている——「連邦憲法裁判所は魔法使いの弟子か?」。とりわけ、両者が疑問視するのは、連邦憲法裁判所によって認められた、特別な「平穏性の留保」により与えられた特殊な反ナチの刑法130条4項の方向性が、いわゆるたたかう民主制のような状態であるか不明瞭であるという点である。

---

247) バルザック (1985-) は、2009年にミュンスター大学でボードー・ピエロート (Bodo Pieroth) のもとで博士号を取得した。2014年10月から2017年11月までマーキングのもとで連邦憲法裁判所調査官を務めた。

248) Barczak 2010 : 319.

249) Höfling/Augsberg 2010 : 1098.

250) 同旨の指摘として、Degenhart 2010 : 310.

251) Höfling/Augsberg 2010 : 1098.

ドグマティック上の一貫性への問題意識から代替案を示す学説もある。バルザックは、「刑法130条4項はナチスのレジームの『被害者の尊厳』を保護しており、それゆえ『人格的名誉権』のもとにあり、そして、重畳的に(kumulativ)基本法1条1項(それと結びついた2条1項)に依拠しうる。連邦憲法裁判所は、すでに存在する基本法の闘争性(Wehrhaftigkeit)を信頼し、両方の道〔人格的名誉権と人間の尊厳〕を歩んでいたならば、介入の限界を高めることについて説得的な説明を示しえたであろうに」<sup>252)</sup>と指摘する<sup>253)</sup>。

同決定における、憲法内在的制約や憲法の留保については批判の声が目立つ。シェーファーは、「法治国家と民主政によって組み立てられた共同作業が全く問題なく可能になっている時代において、『ナチスに対する』憲法の留保は、結局のところ象徴効果はあるとしても、公共体の寛容さへの危険なしに基本権介入に転じることは許されず、それゆえ刑法130条4項は憲法の留保という理由から憲法適合的と判断されることは許されない」<sup>254)</sup>として、同決定の結論に疑義を呈する。

もっとも、学説のなかにも連邦憲法裁判所の判断を擁護する立場もないわけではない。連邦行政裁判所判決を擁護する見解を示していたフーフェンは、「法律の一般性、そして、とりわけナチスの不法なレジームの比較不能な特徴に関する重要な明確化が行なわれて」おり、この点で同決定のレトリックはまったく適切なものであるとして連邦憲法裁判所の判断に一定の理解を示す<sup>255)</sup>。シュテファン・ムッケル<sup>256)</sup>(Stefan Muckel)も同決定に肯定的な立場をとる。ムッケル曰く、同決定は「少なくとも結果的には説得的」である。ムッケルは、「憲法の体系上、刑法130条4項を一般法律であるとする連邦行政裁判所の解決のほうが確かに、基本法5条2項における法律の留保を上まわる論拠を優先させることで意見の自由の制約を目指した連邦憲法裁判所の見解よりも好ましいものだった」と

---

252) Barczak 2010 : 319.

253) ラデーアも、人格的名誉の観点から刑法130条4項を正当化しうることを指摘する。Ladeur 2010 : 646.

254) Schaefer 2010 : 387.

255) Hufen 2010 : 561.

256) ムッケル(1961年-)は、ケルン大学国法学・行政法・教会法教授。

しつつも、「連邦憲法裁判所の解決は、基本法と基本法によって形成された国家にとって事実上ナチズムの否定が根本的な問題であることからすれば、個別事案として受け入れられる」と述べ、同決定を妥当なものだと評価する<sup>257)</sup>。

ここまで見てきたなかでは、①刑法 130 条 4 項が合憲であるという結果を重視し、ドグマーティク上の問題をさほど問題視せず、同決定を歓迎する結果重視合憲派と、②刑法 130 条 4 項は合憲であるとしつつも、ドグマーティク上整合性のある解釈を連邦憲法裁判所は採るべきだったと批判する批判的合憲派と、刑法 130 条 4 項を合憲であると考える立場もけして一枚岩ではないことは指摘できる。

### 3 刑法学説の反応

#### (1) フィッシャーの見解

フィッシャーは、ヴンジーデル決定の焦点は、基本法 5 条 1 項の憲法内在的制約と、基本法 5 条 2 項の「一般法律」としての刑法 130 条 4 項の性質の検討にあったとする。この点についての関連と基本法 103 条 2 項の明確性の原則を顧慮することで、連邦憲法裁判所はこれまでの判例や支配的学説に背を向けて、刑法 130 条 4 項の平穩保護条項の解釈をこれまで以上に詳細に行ったと指摘し<sup>258)</sup>、刑法 130 条 4 項を特別法だと判断した論拠は説得力があると評価する<sup>259)</sup>。

#### (2) ヘアンレの見解

ヘアンレは、ヴンジーデル決定につき、なぜ刑法 130 条 4 項が憲法適合的かということに関して連邦憲法裁判所が法益について詳しく説明していることに刑法学の観点から重要性を見出している。

ヴンジーデル決定における刑罰規範の審査枠組の大枠は、近親姦決定<sup>260)</sup>において確立した型を用いている。すなわち、規範は正当な目的に資するものでなければならず、そして、適合性、必要性、狭義の比例性を充たすものでなければなら

257) Muckel 2010 : 238.

258) Fischer 2011 : 1121.

259) Fischer 2011 : 1123.

260) BVerfGE 120, 224. 邦語評釈としてまずは、武市 2010b : 153 以下。

らない。これは、刑法学の支配的見解とは異なる前提から出発している。連邦憲法裁判所は、「体系批判的な」法益概念を出発点とするのではなく、発見的な(heuristisch)意味における法益概念を用いている。具体的な事案における独自性は、基本法5条1項によって、刑法130条4項はいわゆる相互作用論を背景として憲法適合的かどうかを検討されなければならなかったところにある。それゆえ、連邦憲法裁判所は、「公共の平穩」に照らして、意見表明がいかなる状況のもとで禁止されうるかという問題に取り組まなければならなかった<sup>261)</sup>。

ヘアンレは、限定された保護目的としての「公共の平穩」については説得的であると評価する。ヴンジーデル決定で自身の「公共の平穩」についての見解<sup>262)</sup>が参照されたことを指摘したうえで、「雰囲気有害化」に立ち戻ることを拒否することによって、連邦憲法裁判所は、立法資料の説明<sup>263)</sup>に抗するだけでなく、連邦通常裁判所と刑法学説の一部にも抗する立場に立ったと解説する<sup>264)</sup>。他方で、ヘアンレは公共の平穩についての連邦憲法裁判所の評価への批判も展開しているが、その内容は先行研究<sup>265)</sup>が詳細に論じているため本稿では立ち入らない。

### (3) 若干の検討

刑事法研究者としてヴンジーデル決定の分析を行ったフィッシャーとヘアンレは、従来の公共の平穩概念の有力な批判者であり、同決定において自身の見解が参照されたうえで公共の平穩に限定的な解釈が行われたことについては総じて好意的である。

ヴンジーデル決定に関連した刑法上の諸論点については筆者の研究能力の都合上差し控えるが、刑罰規範の審査枠組についてのヘアンレの指摘は、三段階審査／比例原則による刑事立法の合憲性審査枠組を検討するうえで重要である。と

---

261) Hörnle 2010 : 311.

262) Hörnle 2005 : 90ff. 連邦憲法裁判所は公共の平穩の学説として、ヘアンレとフィッシャーの見解を参照している。

263) 刑法130条3項新設時の立法資料は、公共の平穩には「政治的雰囲気有害化」も含まれるとしていた。BT-Drs. 12/8588 vom 20.10.1994. この点を指摘するものとして、楠本2003 : 126、櫻庭2012a : 127以下、櫻庭2017 : 36。

264) Hörnle 2010 : 312.

265) 櫻庭2017 : 36以下。

りわけ、同決定が意見の自由に関係する事案であったため、比例原則の一種と位置づけられる相互作用論が用いられた点については、ドイツ法を参照して刑事立法の合憲性審査枠組の検討を精緻化するうえでは必要な検討材料になりうる。

#### 4 小括

ヴンジーデル決定を検討するために意識しておかなければならないことは、ドイツの憲法秩序における意見の自由の概念は複雑で安易な特徴づけや比較は禁物である<sup>266)</sup>一方で、リベラルな民主政が反憲法的な言論やナチスの意見の表明といかに向き合うべきかという難題<sup>267)</sup>はドイツのみが直面する問題ではないという点である。

本稿Ⅲで述べたように、ヴンジーデル決定は、1990年代の連邦憲法裁判所第一法廷のリベラルな諸判決とそれに対する学説・専門裁判所による批判という対立構図を背景に、2000年代前半に活発に行われた集会法論争の最終的な決着点だった。同決定で合憲性が問われた刑法130条4項の憲法解釈については、立法が成立して早々に学説による詳細な検討が行われ、これらが同決定やその下級審の判決に影響を与えてきたこともすでに述べたとおりである。

このように、連邦憲法裁判所の危機の時代、集会法論争、シナゴグ決定、ヴンジーデル決定の各段階にはつねに連邦憲法裁判所と学説との応酬・対話が存在した。鈴木が的確に指摘したように、「ドイツでは、一方で、立法者が、刑法130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」<sup>268)</sup>。歯止めとしての役割を連邦憲法裁判所が果たすにあたっては、ヴンジーデル決定の検討を通じても明らかなように、学説による刑法130条4項の合憲性の検討や同決定後の学説による批判とそれに対するマーキングの弁明といったやりとりの一連の流れを

266) Payandeh 2010 : 937.

267) Payandeh 2010 : 941.

268) 鈴木 2016 : 424。

念頭に置くことで、連邦憲法裁判所の役割の多面的な相貌が顕わになる。

エンダースの連邦行政裁判所判決批判は、ホフマン-リームが集会法論争のなかで基本法が市民の力を信頼し、国家の政治的中立性の重要性を強調したことを意識させる役割を果たしたものと位置づけうる。マージングの弁明論文は、ホフマン-リームの論文の引用はないがシナゴグ決定を参照しており、集会法論争でホフマン-リームと対立していたバツティス／グリゴライトを批判し、社会における自由の力への信頼を強調した。連邦憲法裁判所が先例を確認するのは当然であるが、自由を最大限認めることに対する民主政への「信頼」の評価がホフマン-リームとマージングのあいだで地続きであることを示唆する点で注目し値する。もっとも、学説のなかにはバルザックのように基本法の闘争性への信頼を促す見解があることもすでに見たとおりであり、今日において意見表明の段階でたたく必要性についての評価は連邦憲法裁判所と学説のあいだで完全に一致するものではない。

むしろ、ヴンジーデル決定が自由な論争の力への信頼を選びとりつつ、刑法130条4項を合憲としたことから浮かび上がるのは、ナチスによる犯罪というドイツにとって比較不能な歴史との対峙にあたって實際上重要なことは、「何を」信頼するかという原則だけではなく、「何を」「どの程度」信頼するかという例外への対処を目的とした程度の問題ではないだろうか。このことが指し示すのは、自由な論争の力への信頼という自由観を原則として選びとったとしても、法実務が歴史的一目的論的な視座から例外の形成を許容する可能性である。しかし、たとえ例外が許容されたとしても、原則を原則として選びとること自体の意義は残る。原則に自覚的であることによって例外の許容を限定する意識も働く。それゆえに、マージングに原則の存在を強く意識させた蓋然性の高いエンダースの見解は、同決定を内在的に理解するためには無視しえないものである。

## V おわりに — 日本への示唆

本稿は日本法の分析を主題としておらず、筆者の研究は日本における表現の自由やヘイトスピーチ関連の裁判例・判例の分析を精緻に行ってきたものでもない。

それゆえ、日本法への直接的な寄与を目指した示唆を本稿から引き出すことは困難であり、謙抑をもって旨とせざるをえない。しかしもし些かなりとも冒険が赦されるとするならば、試みたいのは、①ヴンジーデル決定の文脈が日本の憲法学における比例原則批判論にいかなる示唆を有するか、②ドイツにおける意見の自由を制約する刑事立法の合憲性審査の検討が日本の刑法学と憲法学の対話にもたらしうるものは何か、③ドイツの意見の自由の変容を示すことが日本の憲法学にとってどのような意義を持ちうるのかという三点を論じることである。

### 1 日本の憲法学における比例原則批判とヴンジーデル決定

高橋和之は、審査基準論と比例原則との審査方法の最も大きな違いは両者を支える思考法にあり、その違いは現象的には目的審査のあり方と「狭義の比例原則」の位置づけに現れていると指摘し、ドイツの審査方法の本質はアドホック・バランスングであり、「アドホックな利益衡量を多用する日本の最高裁の判決にたいして、利益衡量の仕方の恣意性に危惧をもつことのほうが多いので、現状では審査基準論から学ぶべきことのほうが多い」との見解をかつて示していた<sup>269)</sup>。このような高橋の指摘に対し、青柳幸一は高橋の比例原則理解には誤解があるととして、その誤解を正すために目的審査を行っている判決を挙げる必要性を主張し、目的審査を行った例としてヴンジーデル決定を挙げ<sup>270)</sup>、「連邦憲法裁判所が立法目的自体の審査を行うこともある」と高橋に反論した。この青柳の指摘に対して、高橋は「目的を審査していないと述べたのではない。比例原則の項目としては目的審査は設定されていないし、どこかで行っているとしても、審査基準論でいう目的審査とは性質を異にする」<sup>271)</sup>と反論を加え、アメリカ的な枠組を基本に据えたうえで、ドイツから学ぶべきところは採り入れていくという立場を今日では明らかにしている<sup>272)</sup>。

269) 高橋 2011 : 18 以下。

270) 青柳 2014 : 173。

271) 高橋 2017 : 244。

272) 高橋がドイツから学ぶべきと考えているのは、①保護領域と介入の区別、②「通常審査」におけるドイツの比例原則論の成果の活用の二点である。高橋 2017 : 253。高橋による「通常審査」の定義については、高橋 2017 : 231。

この議論の応酬が、青柳が高橋の主張の意図を汲みとりそこねたことに端を発するものであることに鑑みれば、さらにこの議論を続けるべき理由は薄いように思われる。ただし、高橋は、英米圏や日本における比例原則研究の知見の摂取を通じて、ドイツの目的審査は「いずれにせよ目的審査は緩やかな審査となり、憲法の禁止していない目的であること、その意味で『正当な目的』であることの確認にすぎないとされている」との理解を示し、緩やかな審査しか行われないうために狭義の比例原則の審査が必要となるとの見立てを明らかにしていることに関して、本稿はごく僅かではあるが付言を行いたい。それは、ヴンジーデル決定は厳格な目的審査を行い、その帰結として狭義の比例原則の審査は簡潔であったが、以下で述べるような特異な経緯が背景にあるがゆえに一般化が容易い事案ではないということである。

本稿Ⅳでみたように、ヴンジーデル決定が綿密な目的審査を行わなければならなかった背景には、連邦憲法裁判所が意見の自由のドグマーティクを大きく転換させ、従来通りのドグマーティクを採っていたならば本来違憲としなければならなかったはずの特別法を憲法内在的制約によって基本権介入を許容するという例外の存在があった。連邦憲法裁判所は、特別法の例外によって開かれた意見の自由の制約可能性を、意見の自由の観点からできるかぎり限定する必要に迫られた。そこで行われたのが厳格な目的審査だった。

本稿Ⅱで述べたようにヴンジーデル決定で合憲性が問われた刑法130条4項はネオナチの集会の抑止という目的を果たすべく、法学者による十分な検討を経る間もなく船出したスピード立法だった。立法後に学説の指摘によって浮き彫りになった問題点に対して、連邦憲法裁判所は問題をただ放置することもできず、しかし、刑法130条4項を違憲とすることもできなかった。苦肉の策として採られたのが、一般法律該当性の厳格な解釈とそれに対する限定的な例外の許容、そして、そこで生み出された例外を許容する射程の限定としての周到的な目的審査である。刑法130条4項が立法の時点で十分な検討を経て成立していたならば、連邦憲法裁判所がヴンジーデル決定ほどに詳細な目的審査を行っていたかどうかは定かではない。このような特異な立法経緯が背景にある事案のみをもって、ドイツにおける目的審査は緩やかではないと一般的に述べることには相当な困難を伴う。

もっとも、高橋に対する必要十分な付言をなしえなかったとしても、ドイツの比例原則における目的審査から日本の憲法学が示唆をえられる可能性は小さくない<sup>273)</sup>。そして、この問題は次節でみるように、刑事立法の合憲性審査枠組を検討する際にも重要な論点である。

## 2 刑法学と憲法学の対話の

### 糸口としての表現の自由制約刑事立法の合憲性審査枠組？

かつて刑事法と憲法が交錯する領域は憲法学にとっての「失地」<sup>274)</sup>だった。このことは、「理論と現実の微妙なバランスの上に精緻な議論を展開する法分野に口をさしはさむことは、門外漢にとっては容易なことではな」く、「専門領域の壁を考えると、誰かがやるはずだという悪魔のささやきには抗しがたい」という事情<sup>275)</sup>に鑑みればやむをえない側面があった。もっとも、近年では刑事法学と憲法学の対話チャンネルの構築が進展しつつあり、そのなかでも刑法学と憲法学の対話においては、ピラ配りなどの政治的活動にかかわる刑事事件について重要な最高裁判決<sup>276)</sup>が相次いで出ているという事実も相まって、表現の自由論が関わる刑法学の議論領域——たとえば、名誉毀損罪、ピラ配りの規制——は活況の兆しが表れつつある<sup>277)</sup>。ヘイトスピーチの刑事規制の検討もこのような議論の只中にあり、名誉毀損罪と表現の自由との関係をめぐり、刑法学と憲法学それぞれの問題点の指摘<sup>278)</sup>に素知らぬ顔をしたまま議論を継続することへの雲行きも

273) たとえば柴田が的確に指摘するように、ドイツの憲法判例において、「正当な目的」の審査、特に違憲の目的の排除という審査が、たとえそのハードルが低いとしても、常に自覚的に論じられている点は、日本においても十分参考になりうる。もっとも柴田自身が留意を促すように、ドイツの目的審査の議論がもたらしうる日本法への示唆を考察する際には、ドイツにおける「法律の留保」条項との関係を念頭に置いたうえでの慎重な検討が必要となる。柴田 2013 : 231。

274) 杉原 1980 : 39。

275) 中島 2007 : 183。

276) たとえば、最判平成 20・4・11 刑集 62 卷 5 号 1217 頁（立川自衛隊宿舎立入り事件）、最判平成 24・12・7 刑集 66 卷 12 号 1337 頁（堀越事件）。

277) この領域において憲法と刑法の対話を試みるものとしてたとえば、山田 2015 : 303 以下、山本 2016 : 3 以下、亀井 2016 : 15 以下、亀井ほか 2016 : 26 以下、上田 2016 : 16 以下。とりわけヘイトスピーチをめぐり対話としては、梶原ほか 2016 : 47 以下。

日ごとに怪しさを増している。

江島晶子が指摘するように、「国際人権法および比較法から明らかになってきたのは、対応は刑事規制だけでなく、むしろ差別的表現の悪質度に即して、刑事規制、民事規制および法的規制以外の手段による抑制が考えられ」、「それぞれについて違憲性が個別に検討されるべきである」<sup>279)</sup>が、ドイツのヘイトスピーチ刑事規制の研究は個別の違憲性の検討素材を提供できる可能性はある。そこでもし本稿が若干の寄与をなしうるとすれば、①集会法による規制を避けるべくデモの形態を洗練させていったネオナチのデモに対処するためにはドイツの法体系上刑法の条文を設ける必要性があったこと、②比例原則審査の目的審査を入念に行った結果として手段審査において刑罰投入をごく短い論証によって認める構成になったことを指摘した点にある。

刑法学において、「日本の最高裁も、ドイツ連邦憲法裁判所の審査手法と、比較可能な形では類似の審査手法を採っている」<sup>280)</sup>として刑事立法批判の基本枠組に三段階審査／比例原則を用いることを主張する上田正基の研究は、問題関心の中心に制裁手段の選択基準が位置しており、このような問題関心はヘイトスピーチ規制の制裁手段の検討への応用可能性を秘めている。

ただし、上述のように日本の憲法学において比例原則の目的審査の問題が議論の途上であることに加えて、上田自身が自覚的であるように、規制目的の解釈における立法裁量の問題<sup>281)</sup>にはさらなる検討の余地が残されている。刑法学からは、上田が三段階審査／比例原則の際に立法者に広い裁量を認めていることに、「従来と比較して、刑罰法規の正当化のハードルはかなり下がるのではないか」<sup>282)</sup>との懸念が示されている。連邦憲法裁判所の近親姦決定において、多数意

---

278) 山田哲史は、刑法学に対しては「憲法論をいかに刑法の解釈に落とし込むのかといった点は、十分に意識されていない」と指摘し、他方憲法学に対しては「憲法学も憲法学で、刑法学の『文法』において、自分たちの憲法論がどこに位置づけられるのかをあまり考慮してこなかった」と戒め、「民刑事法の『文法』を習得しないまでも一定程度理解しておく必要」を示唆する。山田 2015 : 305。

279) 江島 2017 : 457。

280) 上田 2016 : 16。

281) 上田 2016 : 91。

282) 飯島 2016 : 126。

見が採った憲法学的な比例原則の適用による合憲性審査手法と、ハッセマー少数意見が採った刑法学上の比例原則と接合された法益論との違いは、結局のところ立法者の形成の余地の捉え方にある<sup>283)</sup>。法益論的な比例原則を用いたハッセマーは、立法者の形成の余地を狭く解し、規律目的の厳格さを求め、刑法 173 条 2 項 2 文<sup>284)</sup>を憲法違反であると主張したが、このような立場への賛意は日本の憲法学でもみられる<sup>285)</sup>。

刑事立法の問題にかぎっても、比例原則の目的審査における立法者の形成の余地の問題は、刑事立法の合憲性審査枠組を追究するために、憲法学と刑法学が検討を重ねていくべき課題であり、その課題は筆者とて抱えねばならない。しかしながら、本稿の主題から刑事立法の合憲性審査枠組という大きな議論に対して提示できることはきわめて少なく、ヴァンジーデル決定が近親姦決定において確立された審査枠組を採用したことを確認するにとどまらざるをえなかった。

### 3 日本におけるスメント的国家観と表現の自由論

棟居快行は憲法学の通説に抗して早い段階からヘイトスピーチ規制を許容する見解<sup>286)</sup>を示しており、近時においても同様の立場である<sup>287)</sup>。本稿の問題関心からとりわけ興味深い点は、棟居は「スメント的に国家をとらえ」と同時に、「コミュニケーション・プロセスとして国家をとらえている」<sup>288)</sup>ことである。

棟居によれば、表現の自由は「社会ひいては国家が成立することではじめて有意味に存立しうるところの、その意味では『後国家的』権利であるという位置づけを行うべき」ものであって、「社会や国家のなかでの優位性を認証されてこそ意味を持」ち、「民主主義的討議空間へと必然的に結びつく市民的公共性の人権

283) 武市 2010b : 160。嘉門優は、「ドイツ連邦憲法裁の刑事立法審査においては、刑罰という重大な侵害を招く手段を使うという意識が弱」と指摘する。嘉門 2012 : 27。

284) 刑法 173 条 2 項「直系尊属と性交した者は、2 年以下の自由刑又は罰金刑に処され、これは親族関係が解消ときにも適用される。血縁の兄弟姉妹が性交した場合にも同様に処罰される。」邦訳については、武市 2010b : 153 より引用。

285) ここでのハッセマーの判断を支持するものとして、武市 2010b : 158 以下。

286) 棟居 1999 : 104 以下。

287) 棟居 2015a : 309 以下。

288) 内野ほか 2010 : 173 [棟居発言箇所]。

レベルへの投影にほかならぬ、「統治システムの構造的な適正さ（構造的デュープロセス）に対する権利」とでもいうべきものである<sup>289)</sup>。表現の自由の制約は「人々に情報や思想が与えられていないことすら気づかせない、あるいは、世界観の刷り込みにより、権力者自らも含めて誰にも別の選択肢の存在に気づかせない」構造的な抑圧であるとして、棟居は内容規制のみならず内容中立規制にも厳格審査を及ぼすべきとする<sup>290)</sup>。

ではなぜ棟居によれば、ヘイトスピーチは規制が許されるのか。それは、「表現の自由が、公共空間において立法や政策への自由な批判や提案がなされる（ことにつながる言論がなされる）ために保障される、という目的依存的な自由である以上、当該目的を阻害する利用形態は、表現の自由の名によって保護されない（保護範囲外である）」<sup>291)</sup>からである。

棟居がヘイトスピーチ・デモは内容規制に馴染むとする論拠は、それが公道という公共空間を占有してなされる公共空間の分断行為であることに求められる。ヘイトスピーチの表現者は、他人を反論不能の属性についてのレッテル貼りで貶めることにより公共空間から排除する「裏口入学」によって、公共空間へ闖入する。このことが公共空間の質を劇的に低下させるがゆえに、ヘイトスピーチ規制がなされるべきだとする<sup>292)</sup>。棟居によれば、「憲法はその現実性を公共空間の成否に負っており、憲法学は憲法規範の中身を独断する以前に、公共空間の成立条件をまずもって課題とすべきである」<sup>293)</sup>ことから、ヘイトスピーチによる公共空間の質の低下は憲法の現実性そのものを左右する問題といえよう。

長谷部恭男は、ヘイトスピーチの問題とは保護領域の問題であると指摘する。ヘイトスピーチが表現の自由の保護領域に入るのだとすると厳格審査になるが、厳格審査のもとでは規制を合憲とすることが困難であるとヘイトスピーチ規制を主張する立場にあってもその前提は共有されているがゆえに、保護領域からそもそも外すべきとの議論がなされていると長谷部は分析する<sup>294)</sup>。このことをもっ

---

289) 棟居 2012 : 43 以下。

290) 棟居 2012 : 45。

291) 棟居 2015a : 309。

292) 棟居 2015a : 309。

293) 棟居 2015b : 137。

て長谷部は「ヘイトスピーチ規制すべきだっていう人達は保護範囲で勝負している人たち」<sup>295)</sup>であると評する。棟居のヘイトスピーチ規制論は「保護範囲で勝負している」議論である。

日本ではシュミット学派のほうがリベラルで、スメントのような国家への統合をめざす見解は少し危険であるとの意識が比較的強かったがゆえに、ドイツで主流だったスメント理論は日本にはあまり影響を及ぼさなかった<sup>296)</sup>。その観点からすると、棟居のスメント的国家観と表現の自由論は日本における例外的受容の例の一つと位置づけうる。

本稿は日本法の考察がきわめて不十分であるうえに、スメントの憲法理論について適切な検討を加えたものでもない。「全体主義的」や「ファシズム的」といったレッテルを貼られた状態でいかにして建設的に分析を進めていくかというワイマール期ドイツを参照領域とする際につねにつきまとう難問<sup>297)</sup>に向き合うことすらままならなかった筆者は、ドイツ法を参照して棟居の議論とスメント理論との関係を分析する適格を欠く。しかし、もし憲法学が棟居のヘイトスピーチ規制論を重要な検討対象の一つと見なすとすれば、スメント理論との関係性への着目にも意義は見出しうる。とりわけ、ドイツのヘイトスピーチの検討にあたり集会法論争に重要性を認めるとすれば、集会法論争で枢要な位置を占めたバッテイス／グリゴライトの見解をスメント理論との関連を念頭に置いたうえで分析することは、棟居の議論への理解を深めるための補助線の一つとなりうる。さらなる検討は筆者の今後の課題である。

#### 4 むすびにかえて——シーソーゲームから逃れられないのだとしても

本稿はドイツにおける意見の自由のドグマティックの転換点という主題を扱うことを謳ったにもかかわらず、日本への示唆として汲みとれたものはごく僅かだった。このことに加えて、筆者を尽きることのない自省へといざなうのは、ジャ

294) 長谷部ほか 2015 : 31 [長谷部発言箇所]。

295) 長谷部ほか 2015 : 33 [長谷部発言箇所]。

296) 辻村ほか 2017 : 152 以下 [毛利発言箇所]。

297) 高橋 2012 : iv。

ーナリスト中村一成がおそらく主に法学研究者、とりわけ憲法学研究者に突きつけた言葉である——「実態を知らぬ学識者らが『表現の自由』と『法規制』のシーソーゲームのように問題を転がしているあいだにも、心的、社会的、経済的な被害と物理的暴力の危険性は拡大している。法規制の具体的検討と同時に、被害実態を調査し、その実効的な救済に何が必要なのかを議論すべきだろう」<sup>298)</sup>。

法学研究者として自己規定をする以上、法学の議論の俎上に載せるべく構成したことしか、その立場としては語りえない。そのような態度に対する批判の所在に自覚的でありえたとしても、批判を差し向けられた者が、批判とその応答を法学の「ルール」に則った言葉に変換できなければ、その批判は表現の自由と法規制の関係を考察する者にとって、外部には可視化されない、胸に突き刺さった「見えない棘」である。突きつけられた「シーソーゲーム」という言葉を打ち消すことは難しい。ただそれはおそらく多くの研究者にとって「遊戯」や「娯楽」の類いではけしてなく、「ルール」との対峙である。

かような試みの一つとして位置づけうるものとして、たとえば山元一は、もろさや脆弱さを意味する vulnerability という観念に人権の本質を求めるとしたうえで、ヘイトスピーチの標的とされてきたマイノリティの対抗言論の特殊な「傷つきやすさ」をはじめからカウントしない態度は許容されない<sup>299)</sup>との見解を明らかにする。

被害実態に目を向け、その背景にある社会的・歴史的な文脈を考慮し、「憎悪表現の弊害を除去するために、まずは社会的・歴史的にその弊害が顕著に現れる類型の言論にまず規制をかけてみる、というごくごく普通の思考」<sup>300)</sup>を真剣に捉えること。その思考過程を法学の議論の場に相応しいものへと彫琢すること。そうして絶えず鍛えたものを法学のアリーナにおいて詳らかにすること。このことが本稿では達成できなかった筆者の将来にわたる課題である。

---

298) 中村 2014 : 51。

299) 山元 2012 : 17。

300) 駒村 2013 : 24。

## 参考文献

### 邦語文献

- 青柳幸一 (2014) 『憲法学のアポリア』 (尚学社)
- 赤坂正浩 (2008) 『立憲国家と憲法変遷』 (信山社)
- 飯島暢 (2016) 「上田正基『その行為、本当に処罰しますか——憲法的刑事立法論序説』」法律時報 88 卷 11 号
- 石村修 (2006) 「公立学校における磔刑像 (十字架)」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ (第 2 版)』 (信山社)
- 石村善治 (1957-1958) 「ワイマール憲法と表現の自由 (一)・(二・完)」福岡大学法学論叢 2 卷 1 号 (1957 年)、同 2 卷 2 号 (1958 年)
- 井田良 (2008) 『講義刑法学・総論』 (有斐閣) (同書は増刷の際、加筆等がなされている。本稿では初版 6 刷 [2013 年] を参照)
- 上田正基 (2016) 『その行為、本当に処罰しますか』 (弘文堂)
- 上村都 (1998) 「意見表明の自由と集団の名誉保護」名城法学論集 25 集
- 上村都 (1999) 「ドイツ連邦憲法裁判所初期判例における意見自由と名誉保護」名城法学論集 27 集
- 上村都 (2000) 「意見表明の自由の限界としての個人的名誉保護」憲法理論研究会編『憲法基礎理論の再検討』 (敬文堂)
- 上村都 (2011) 「ドイツにおけるヘイト・スピーチ規制」駒村圭吾ほか編『表現の自由Ⅰ』 (尚学社)
- 上村都 (2017) 「ドイツにおける『ヘイトスピーチ』規制」比較憲法学研究 29 号
- 内野正幸ほか (2010) 「棟居快行報告をめぐる質疑応答」季刊企業と法創造 21 号
- 江島晶子 (2017) 「裁判所による適用から統治機構による実現」樋口陽一ほか編『憲法の尊厳』 (日本評論社)
- 岡田俊幸 (2017a) 「ドイツ基本法における『集会』の概念」工藤達朗ほか編『憲法学の創造的展開 上巻』 (信山社)
- 岡田俊幸 (2017b) 「集会の自由とイベント文化」日本法学 83 卷 3 号
- 岡田俊幸 (2018) 「ドイツ基本法における『集会』の概念をめぐる最近の議論」法学研究 91 卷 1 号
- 小野寺邦広 (2006) 「『アウシュヴィッツの嘘』規制と意見表明・集会の自由」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ (第 2 版)』 (信山社)
- 小名木明宏 (2010) 「侮辱罪の被害者視点へのシフトについて」GEMC ジャーナル 3

号

- 梶原健佑ほか(2016)「理論と政策の架橋に向けて」法学セミナー 736号
- 金原宏明(2015)「過小包摂な規制と厳格審査の基準の下での目的審査のあり方について」関西大学法学論集 65巻3号
- 亀井源太郎(2016)「[基調報告] 憲法と刑事法の交錯」宍戸常寿ほか編『憲法学のゆくえ』(日本評論社)
- 亀井源太郎ほか(2016)「[座談会] 憲法と刑事法の交錯」宍戸常寿ほか編『憲法学のゆくえ』(日本評論社)
- 嘉門優(2012)「刑事立法論の前提的考察」浅田和茂ほか編『刑事法理論の探求と発見』(成文堂)
- 川口浩一(1995)「『アウシュヴィッツの嘘』とドイツ司法」奈良法学会雑誌 7巻3・4号
- 木村俊夫(2003)「言論の自由と基本権の第三者効力」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(信山社)
- 金尚均(2017a)『差別表現の法的規制』(法律文化社)
- 金尚均(2017b)「SNS上の表現に対する法的規制」立命館法学 375・376号
- Ch.グズィ(2002)(原田武夫訳)『ヴァイマル憲法』(風行社)
- 楠本孝(2003)『刑法解釈の方法と実践』(現代人文社)
- 工藤達朗(2009)『憲法学研究』(尚学社)
- 栗島智明(2018)「ドイツ憲法学の新潮流」法学政治学論究 117号
- 憲法裁判研究会訳(2013)「連邦憲法裁判所法」畑尻剛ほか編『ドイツの憲法裁判 第二版』(中央大学出版部)
- 駒村圭吾(2013)「Mode of Speech」小谷順子ほか編『現代アメリカの司法と憲法』(尚学社)
- 小山剛(2004)「表現の自由の保護領域」法学研究 77巻2号
- 小山剛(2006)「意見表明の自由と集団の名誉」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ(第2版)』(信山社)
- 小山剛(2013)「比例原則と衡量」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相 下』(有斐閣)
- 小山剛(2015)「憲法判例の現状と憲法学説の課題」公法研究 77号
- 近藤真(1984)「社会的権力に対する個人の意見表明の自由(一)・(二・完)」法政論集 99号、同100号
- マルティン・ザイファース(2016)(嘉門優訳)「ドイツにおけるヘイトクライム」龍

- 谷法学 49 卷 2 号
- マーティン・ザイファート (2018) (金尚均訳) 「ドイツ刑法 130 条 (民衆扇動罪) について」龍谷法学 50 卷 3 号
- 櫻庭総 (2012a) 『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』(福村出版)
- 櫻庭総 (2012b) 「ドイツにおける民衆扇動罪の歴史的展開と現代の動向」龍谷大学  
矯正・保護総合センター研究年報 2 号
- 櫻庭総 (2017) 「ヘイトスピーチ規制における『公共の平穩』」山口経済学雑誌 66 卷  
4 号
- 宍戸常寿 (2011) 「表現空間の設計構想 (ドイツ)」駒村圭吾ほか編『表現の自由 I』  
(尚学社)
- 柴田憲司 (2013) 「比例原則と目的審査」法学新報 120 卷 1・2 号
- 島田茂 (2017) 『警察法の理論と法治主義』(信山社)
- 初宿正典 (2015) 『日独比較憲法学研究の論点』(成文堂)
- 菅沼博子 (2016-2017) 「ドイツにおける信条冒瀆罪正当化の試みの憲法学的一考察  
(1)・(2・完)」一橋法学 15 卷 3 号 (2016 年)、同 16 卷 1 号 (2017 年)
- 杉原泰雄 (1980) 『基本的人権と刑事手続』(学陽書房)
- 鈴木秀美 (2016) 「ドイツの民衆扇動罪と表現の自由」日本法学 82 卷 3 号
- 鈴木秀美 (2017a) 「ドイツの SNS 対策法案の概要と問題点」Law & Technology 76  
号
- 鈴木秀美 (2017b) 「インターネット上のヘイトスピーチと表現の自由」工藤達朗ほ  
か編『憲法学の創造的展開 上巻』(信山社)
- 鈴木秀美 (2018) 「ドイツの SNS 対策法と表現の自由」メディア・コミュニケーション  
ン 68 号
- 高橋明男 (1987-1988) 「デモの自由と『平和性』(一)・(二・完)」阪大法学 144 号  
(1987 年)、同 148 号 (1988 年)
- 高橋和之 (2011) 『『通常審査』の意味と構造』法律時報 83 卷 5 号
- 高橋和之 (2017) 『体系憲法訴訟』(岩波書店)
- 高橋信行 (2012) 『統合と国家』(有斐閣)
- 武市周作 (2010a) 「連邦憲法裁判所初期の判例における価値秩序論について」中央学  
院大学法学論叢 23 卷 1 号
- 武市周作 (2010b) 「血縁の兄弟姉妹間の近親姦の合憲性」自治研究 86 卷 5 号
- 玉蟲由樹 (2003) 「私人によるボイコットの呼びかけとプレスの自由の保護」ドイツ  
憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 (第 2 版)』(信山社)

- 玉蟲由樹 (2013)『人間の尊厳保障の法理』(尚学社)
- 辻村みよ子ほか (2017)「〈座談会〉憲法変動と憲法研究」憲法研究1号
- 土屋武 (2016)「ヴンジーデル決定」自治研究92巻1号
- 中島徹 (2007)「刑事手続における『主権』と『人権』」ジュリスト1334号
- 中村一成 (2014)「ヘイト・スピーチとその被害」金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』(法律文化社)
- 長谷部恭男ほか (2015)「特別座談会 憲法を使いこなす」Law and practice9号
- 畑尻剛 (1997)「批判にさらされるドイツの連邦憲法裁判所(上)・(下)」ジュリスト1106号、同1107号
- 林知更 (2016)『現代憲法学の位相』(岩波書店)
- 原島啓之 (2015)「ドイツ連邦行政裁判所の『憲法判断』の考察(一)・(二・完)」阪大法学64巻5号、同64巻6号
- ボード・ピエロート/バルンハルト・シュリンク (2001)(永田秀樹ほか訳)『現代ドイツ基本権』(法律文化社)
- 保木本一郎 (2003)「芸術の自由の憲法的統制」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(信山社)
- 松本和彦 (2006)「道路上での座りこみデモと強要罪規定の明確性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ(第2版)』(信山社)
- 棟居快行 (1999)「差別的表現」憲法の争点(第3版)
- 棟居快行 (2012)『憲法学の可能性』(信山社)
- 棟居快行 (2015a)「表現の自由の意味をめぐる省察」ドイツ憲法判例研究会編『憲法の規範力とメディア法』(信山社)
- 棟居快行 (2015b)「具体的人間像を求めて」松井茂記ほか編『自由の法理』(成文堂)
- 毛利透 (2008)『表現の自由』(岩波書店)
- 毛利透 (2010)「自由『濫用』の許容性について」阪口正二郎編『公共性』(岩波書店)
- 毛利透 (2014a)「ヘイト・スピーチの法的規制について」法学論叢176巻2・3号
- 毛利透 (2014b)『統治構造の憲法論』(岩波書店)
- 山田哲史 (2015)『『憲法適合的解釈』をめぐる覚書』帝京法学29巻2号
- 山本龍彦 (2016)「イントロダクション」宍戸常寿ほか編『憲法学のゆくえ』(日本評論社)
- 山元一 (2012)「現代における人間の条件と人権論の課題」憲法問題23

- 渡辺洋 (2004) 「憲法の歴史的記憶」神戸学院法学 34 卷 1 号
- 渡辺洋 (2005) 「公安と公序」神戸学院法学 35 卷 3 号
- 渡辺洋 (2008) 「NPD によるシナゴーク建設反対集会の禁止」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社)
- 渡辺康行 (2003) 「概観：ドイツ連邦憲法裁判所とドイツの憲法政治」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 (第 2 版)』(信山社)
- 渡辺康行 (2014) 『『たたかう民主制』論の現在』石川健治編『学問／政治／憲法』(岩波書店)

### 欧文献

- Gerhard Anschütz (1928), Aussprache über die Berichte zum ersten Beratungsgegenstand, VVDStRL 4, 74ff.
- Tristan Barczak (2010), "Keine Freiheit für die Feinde der Freiheit?", StudZR 2010, 309ff.
- Ulrich Battis/Klaus Joachim Grigoleit (2001a), Neue Herausforderungen für das Versammlungsrecht?, NVwZ 2001, 121ff.
- Ulrich Battis/Klaus Joachim Grigoleit (2001b), Die Entwicklung des versammlungssrechtlichen Eilrechtsschutzes, NJW 2001, 2051ff.
- Ulrich Battis/Klaus Joachim Grigoleit (2004), Rechtsextremistische Demonstrationen und öffentliche Ordnung, NJW 2004, 3459ff.
- Günter Bertram (2009), Volksverhetzungs-Novelle verfassungsgemäß, NJW 2009, Nr 50, XII-XIV.
- Christoph Degenhart (2010), Anmerkung, JZ 2010, 306ff.
- Christoph Enders (2008), Die Freiheit der Andersdenkenden vor den Schranken des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 2008, 1092ff.
- Christoph Enders/Robert Lange (2006), Symbolische Gesetzgebung im Versammlungsrecht?, JZ 2006, 105ff.
- Thomas Fischer (1988), Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören, NStZ 1988, 159ff.
- Thomas Fischer (2011), Störung des Öffentlichen Friedens (§ 130 Abs. 4 StGB), in: Hans-Ullrich Paeffgen et al. (Hg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion.
- Kurt Häntzschel (1932), Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: Gerhard

- Anschütz/Richard Thoma (Hg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II. Wolfgang Hoffmann-Riem (2002), Neuere Rechtsprechung des BVerfG zur Versammlungsfreiheit, NVwZ 2002, 257ff.
- Wolfgang Hoffmann-Riem (2004), Demonstrationsfreiheit auch für Rechtsextremisten?, NJW 2004, 2777ff.
- Wolfram Höfling/Steffen Augsberg (2010), Grundrechtsdogmatik im Schatten der Vergangenheit, JZ 2010, 1088ff.
- Thomas Holzner (2010), Einschränkung des Versammlungsrechts für rechtsradikale Gruppierungen verfassungsgemäß, DVBI 2010, 48ff.
- Mathias Hong (2010), Das Sonderrechtsverbot als Verbot der Standpunktdiskriminierung, DVBI 2010, 1267ff.
- Tatjana Hörnle (2005), Grob anstößiges Verhalten.
- Tatjana Hörnle (2010), Anmerkung, JZ 2010, 310ff.
- Friedhelm Hufen (2009), Meinungsfreiheit, JuS 2009, 744ff.
- Friedhelm Hufen (2010), Grundrechte: Meinungsfreiheit, JuS 2010, 558ff.
- Karl-Heinz Ladeur (2010), Die "allgemeinen Gesetze" als Schranken der Meinungsfreiheit, K&R 2010, 642ff.
- Oliver Lepsius (2010), Einschränkung der Meinungsfreiheit durch Sonderrecht, JURA 2010, 527ff.
- Oliver Lepsius (2011), Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt et al., Das entgrenzte Gericht. (オリヴァー・レプシウス [棟居快行ほか訳]「基準定立権力」マティアス・イエシュテットほか [鈴木秀美ほか監訳]『越境する司法』2014年・風行社)
- Stefan Martini (2011), Diskriminierung (rechts) extremer Meinungen nach Art. 5 Abs. 2 GG, JöR 59, 279ff.
- Johannes Masing (2012), Meinungsfreiheit und Schutz der verfassungsrechtlichen Ordnung, JZ 2012, 585ff.
- Stefan Muckel (2010), Verbot einer Versammlung zum Gedenken an Rudolf Heß, JA 2010, 236ff.
- Mehrdad Payandeh (2010), The Limits of Freedom of Expression in the Wunsiedel Decision of the German Federal Constitutional Court, German Law Journal 11, 929ff.
- Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kiesel (2012), Polizei- und Ordnungsrecht

- mit Versammlungsrecht, 7. Aufl.
- Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Thorsten Kingreen/Ralf Poscher (2015), Grundrechte Staatsrecht II, 31. Aufl.
- Ralf Poscher (2005), Neue Rechtsgrundlagen gegen rechtsextremistische Versammlungen, NJW 2005, 1316ff.
- Benedikt Rohrßen (2009), Von der Anreizung zum Klassenkampf zur Volksverhetzung (§ 130 StGB).
- Karl Rothenbücher (1928), Das Recht der freien Meinungsäußerung., VVDStRL 4, 6ff.
- Benjamin Rusteberg (2010), Die Schranken der Meinungsfreiheit gegen rechts, StudZR 2010, 159ff.
- Jan Philipp Schaefer (2010), Wie viel Freiheit für die Gegner der Freiheit?, DÖV 2010, 379 ff.
- Carl Schmitt (1932), Der Begriff des Politischen. (カール・シュミット [田中浩ほか訳] 『政治的なものの概念』1970年・未来社)
- Rudolf Smend (1928), Das Recht der freien Meinungsäußerung., VVDStRL 4, 44ff.
- Ralph Zimmermann (2011), Die Meinungsfreiheit in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJ 2011, 145ff.