

「記憶の法 (Memory Laws)」の展開と課題

小 谷 順 子

- 一 はじめに
- 二 「記憶の法」とは
- 三 ヨーロッパにおける「記憶の法」
- 四 表現規制を伴う「記憶の法」とヨーロッパ人権裁判所
- 五 若干の考察

一 はじめに

近年、ヨーロッパを中心に、各国・各法域の法制度を「記憶の法 (memory laws)」という視点から検証ないし分析する試みが進展している。¹⁾「記憶の法」とは、歴史上の重要な出来事を国家ないし国民の「記憶」として継承する機能をもつ法制を指す。一例として、過去の重要な出来事を矮小化したり否定したりする言論を処罰する法律が挙げられるが、こうした刑罰型の立法に限らず、特定の出来事や人物を記念する祝日や施設を設置する

立法をはじめとした多様な法制度も「記憶の法」の概念に包摂される。

「記憶の法」という分析視点が広まる直接の契機となったのは、フランスにおいて歴史認識に関する一連の法律が制定されたことである。同国では、一九九〇年にホロコーストの實在——より正確には、国際軍事裁判所憲章六条の平和に対する罪、戦争犯罪、人道に対する罪に当たることが国内又は国際法廷において認定された行為の實在——を否定する表現を禁止するゲソ法 (loi Gayssot) が制定された後、二〇〇一年に刑罰規定を伴わない宣言立法として、アルメニア人虐殺の實在を宣言する法律、過去の奴隷貿易を人道に反する罪とする法律等が制定され、さらに二〇〇五年には、アルジェリア戦争の帰還者等の経験を承認する法律も制定された。⁽⁴⁾ これらの法律は、過去の行為を追認又は反省する試みであるが、歴史上の出来事に関する公式な解釈を立法府が決定するものであることから、歴史学者から激しい批判が寄せられた。⁽⁵⁾ こうした議論を背景に、法学分野においても、歴史上の出来事の記憶を継承する機能をもつ法制度に焦点を当てた研究が展開するようになった。

「記憶の法」という視点で一国の法制度を検証することは、そこに存する憲法上の課題を可視化するとともに、その国の統治体制の特色を浮かび上がらせる。そこで、本稿では、まず、「記憶の法」という分析視角を生み出すこととなったヨーロッパの法制に着目し、「記憶の法」の展開を概観する。次に、歴史認識に関する表現規制に焦点を当て、ヨーロッパ人権条約における表現の自由との関係を審査したヨーロッパ人権裁判所の判断を検討する。これらの考察を通じて、日本における「記憶の法」研究の基盤を築くことを目的とする。

二 「記憶の法」とは

(1) 「記憶の法」という分析視点

国家ないし共同体の重要な歴史的出来事の記憶を後世に継承しようとする試みは、各地で普遍的に行われてきた。フランスの歴史学者ピエール・ノアは、こうした試みの成果の場を「記憶の場 (lieux de mémoire)」と呼び、その典型例として博物館、文書館、墓地、コレクション、祭典、記念日、条約、議事録、モニュメント、神殿、団体等を挙げている。⁽⁶⁾ ノラによれば、これらの「記憶の場」は「共同体が、技巧と意志とをもって、生み出し、作り上げ、宣言し、また維持するものである」⁽⁷⁾り、その背景には、「自然な記憶はもう存在しないという意識」があり、「放っておけばそのような作業がなされないからこそ、わざわざ記録を残し、記念日を維持し、祝祭を組織し、追悼演説をおこなひ、公正証書を作る必要がある」と指摘する。⁽⁷⁾

ここにいう「記憶」は、心理学における個人の内面の記憶とは一線を画す社会科学的な「集合的記憶」である。「集合的記憶」とは、個人が「他者と共属する直接・間接的な集団に依拠して営まれる集合的『社会的な行為』」であり、そこではとくに「集団の同一性 (アイデンティティ) を保持する役割を担っていること」⁽⁸⁾が強調される。こうした点をふまえ、土屋は、「記憶の法」について、これを「特定の記憶を社会的に記録・保持・再生させる、換言すれば、特定の集合的記憶を維持強化、あるいは創り出すことで、集団の同一性を維持・創出しようとする試み」であるとする。⁽⁹⁾

このように「記憶の法」は、歴史上の出来事にかかわる記憶や描写を、政府が集合的記憶として調整ないし統制しようと試みる法制全般を包摂する概念であるが、その性格上、政治的な色彩を帯びることも多く、過去の出来事を想起の対象と忘却の対象とに分類する記憶の政治 (memory politics) の中心的手法であると指摘される。⁽¹⁰⁾

(2) 「記憶の法」の分類と展開

「記憶の法」は、複数の基軸で分類することが可能である。まず、処罰規定の有無に着目して分類することができる。具体的には、過去の重大な出来事に関する公定の解釈から逸脱する言論(例…ホロコースト否定表現)に刑罰を科す立法(刑罰型)と、刑罰は科さないものの、何らかの歴史上の出来事の記憶の継承を目的として設けられる法制度(非刑罰型)である。過去の虐殺行為等に関する刑罰型の「記憶の法」に関し、ヨーロッパ人権裁判所はさらに、記憶の対象となる過去の犯罪等の性質と認定主体に着目して四類型に整理する。すなわち、①国際裁判所によって認定された犯罪、②国内裁判所によって認定された犯罪、③議会によって認定された犯罪、④議会によってジェノサイドと認定された歴史上の出来事の四類型である。⁽¹¹⁾

一方、非刑罰型の「記憶の法」には、多様な法制度が含まれる。たとえば特定の歴史上の出来事や人物を称賛、非難又は追悼する宣言的立法、特定の歴史上の出来事や人物を記念する祝日を定める立法、特定又は不特定の出来事の記憶を継承するための博物館又は記念館等を設置又は管理する法制度、学校教育で学ぶ歴史の内容を規律する法制度なども含まれる。また、国家又は国民の歴史に言及する憲法規定や、裁判所の判決文における過去の事実の認定も「記憶の法」に含まれる。したがって、日本にも「記憶の法」に該当する法制度が多数存在するといえる。

さらに、後述のとおり、中央・東ヨーロッパ諸国においては、旧ソ連による抑圧の歴史を負の記憶として継承する法整備や、自国政府の負の歴史を白紙化する法整備が見られるほか、ロシアでは、政府の公式な歴史ナラティブを規定したうえでこれに反する言論を禁じる法整備が行われている。この文脈では、「記憶の法」は、記憶の想起のための法制度と忘却のための法制度とに分類することが可能となる。⁽¹²⁾ また、民主主義や法の支配を促進するものと、それらを後退させるものとに分けることも可能であるし、自らの過去の責任を認める自責・自省型⁽¹³⁾

(self-inculcatory) と、過去の責任を否定する責任否定型 (self-exculcatory)⁽¹⁴⁾ とに分類することも可能である。⁽¹⁵⁾ このように、「記憶の法」は統治体制の指向性を強く示す場合がある。

次章以下では、ヨーロッパにおける「記憶の法」の展開を確認したうえで、歴史認識に関わる言動に対する処罰をめぐる議論に焦点を当て、ヨーロッパ人権裁判所の判決を検証する。

三 ヨーロッパにおける「記憶の法」

(1) 「記憶への招待」の時代から「記憶の義務」の時代へ

ヨーロッパにおける「記憶の法」の展開について、同研究の第一人者である Belavusau は、フランス革命後に始まる「記憶への招待」(invitation to remember)⁽¹⁶⁾ 期と、第二次世界大戦後の「記憶の義務」(duty to remember) 期とに区分する。Belavusau によると、「記憶への招待」期においては、市民革命後の「共和国市民としての市民性」を涵養するために美術館や博物館 (museums) の所蔵や展示を通して「記憶への招待」の試みが行われ、共和国アイデンティティと統合プロセスの中心的原動力となったという。⁽¹⁷⁾ これに対し、第二次世界大戦後には、ホロコーストの記憶を倫理的教訓として継承してその再発を防止することを目的として、新たにジェノサイド (genocide) という法概念が創設され、ジェノサイド条約の成立に結びついたほか、ヨーロッパ諸国ではホロコーストの記憶・記録の改竄や否定を防止するための立法も行われ、ここに「記憶の義務」の時代が到来したという。

「記憶の義務」化を加速させた契機として、Belavusau は、二〇〇八年の EU 理事会における枠組み決定 2008/913/JHA を挙げる。⁽¹⁸⁾ この枠組み決定は、人種差別及び外国人排斥への対処を求めるものであり、その冒頭

で人種差別や外国人排斥がEU加盟国の共通原則である「自由、民主主義、人権及び基本的自由の尊重並びに法の支配への直接的な侵害である」と宣言したうえで、加盟国が国内法で処罰すべきヘイトスピーチを定義する⁽¹⁹⁾。

ここで注目すべきなのは、処罰対象とすべき言動の定義中に、歴史上の出来事に関する一定の表現行為が盛り込まれた点である。すなわち、枠組み決定一条一項c及びdでは、国際刑事裁判所規程六条、七条及び八条で定義されるジェノサイド(集団殺害)犯罪、人道に対する罪及び戦争犯罪、並びに一九四五年の国際軍事裁判所憲章六条で定義されるヨーロッパの基軸国の利益のためになされた一定の犯罪(平和に対する犯罪、戦争犯罪及び人道に対する罪)を意図的かつ公然と許容、否定、又は著しく矮小化する行為であって、人種、肌の色、宗教、祖先、若しくは国家・民族の出自によって規定される集団又はその構成員に向けられており、その集団若しくは構成員に対する暴力又は憎悪を扇動するであろう手法でなされたものを処罰対象とすべきとする。

これをうけ、先行して法整備を終えていたフランスやドイツを追う形で、他のEU加盟国もホロコーストを含む国際法上のジェノサイド又は戦争犯罪等の史実を「公然と許容、否定、又は著しく矮小化する行為」を処罰するための国内法の整備を進めることとなった。

もともと、こうした法律は、典型的な表現内容規制であるにとどまらず、学問研究の自由や政治的議論の自由とも強い緊張関係を有するため、歴史家や法律家から懸念が示されることとなった。また、実際に訴追された者が表現の自由や学問の自由を援用する事例も生じ、後述のとおり、国内裁判所で有罪判決を受けた者がヨーロッパ人権条約一〇条の表現の自由との整合性を問い、ヨーロッパ人権裁判所に申し立てる事案も現れた。

(2) 「記憶の法」の四つの潮流

ホロコースト否定表現の禁止法制の導入が広がるとともに、「記憶の法」に新たな四つの潮流が生じた指摘

される⁽²⁰⁾。第一の潮流は、ホロコースト以外の虐殺行為についても、その否定表現を処罰したりする動きである。典型例は、現在のトルコの領域におけるオスマン帝国によるアルメニア人虐殺の認識をめぐる法的対処であり、前述のとおり、フランスでは刑罰規定はないものの、残虐行為の存在を承認する法律が制定された。また、スイスでは刑法のジェノサイド否定表現を禁止する刑法二六一条²⁶に基づき、アルメニア人ジェノサイド否認言論が処罰される事例が生じ、後述のとおり、ヨーロッパ人権裁判所への申立がなされている。こうした立法の動きは、いかなる残虐行為が法的追悼の対象となるのか、いかなる主体が残虐行為の認定をするのかという難題を浮上させるとともに、ホロコーストとそれ以外の虐殺行為とを序列化する懸念も生み出す。

第二の潮流は、独裁政権から民主主義体制に移行した国家における、過去の政治体制を非難してそれによる被害を追想する立法の動きである。たとえばスペインでは、歴史認識をめぐる政治的論争を経て、二〇〇七年に「歴史の記憶に関する法」⁽²¹⁾が制定され、内戦とフランコ体制下の犠牲者の権利承認や名誉回復等を宣言した。その後、二〇二二年には「民主的記憶に関する法律」⁽²²⁾が制定され、二〇〇七年法を実効化する形で、独裁政権下の人権侵害に関する国の調査義務のほか教育制度における記憶継承義務などを定めるに至っている。こうした立法は、民主化の正統性を確認する性格をもつ一方で、歴史観をめぐる政治的な対立を深刻化する懸念もある。

第三の潮流は、共産主義体制崩壊後の東欧と旧ソ連の領域における旧ソ連支配についての歴史認識をめぐる立法の動きである。そこではナチスのホロコーストとスターリン体制の抑圧の記憶が想起または忘却の対象となり、EU議会においてスターリンの圧制を認識・追想する決議⁽²³⁾がなされたほか、ポーランドにおいて国家や国民にナチス犯罪の責任を帰属させることを禁止する法律が制定された⁽²⁴⁾。一方で、ハンガリーでは自国の歴史を民族や宗教の視点から規定する基本法(憲法)⁽²⁵⁾が制定されている。この潮流もまた、「記憶の法」が政治性ないしイデオ

ロギー性を帯びやすいことを示す。

第四は、国際法上でジェノサイド犯罪が違法化された後の、ジェノサイド等に対する国際社会の動向である。国際刑事裁判を通してルワンダや旧ユーゴスラビアの人道に対する罪への対応がなされた後、国際刑事裁判所も常設された。こうした動向は、普遍的な人道倫理規範の実現に寄与する一方で、たとえば近年のロシアによるウクライナ侵攻やイスラエルによるガザ地区攻撃に関する国際刑事裁判所の対応への米口の姿勢に見られるように、国際的な政治対立をもたらす側面がある。

このように「記憶の法」は多様な潮流を生み出しているが、なかでも本稿で注目したいのは、歴史認識に関する表現行為の処罰と表現の自由の保障との緊張関係である。以下では、ヨーロッパ人権裁判所がこの問題にどのような対応してきたかを確認する。

四 表現規制を伴う「記憶の法」とヨーロッパ人権裁判所

(1) ヨーロッパ人権条約の表現の自由

ヨーロッパ人権条約一〇条は、第一項で表現の自由を保障する一方、第二項において表現の自由への介入（刑罰賦課その他の制約）が正当化される条件を定める。第二項によると、介入が正当化されるためには、①法律による介入であること、②同項に限定列挙されたいずれかの目的を追求すること、③民主的社会における必要性を有することが要求される。ヨーロッパ人権裁判所は、表現規制の人権条約整合性が争われる事案において、原則的に広汎な表現を人権条約一〇条の保護範囲内に位置づけたうえで、この要件に沿った三段階の審査を行う。

一方、人権裁判所は、ホロコーストについては「明確に確定した歴史上の事実 (clearly established historical

facts)」と位置づけ、その否定表現を人権条約一七条——条約上の権利及び自由の濫用を禁止する規定——により第一〇条の保護範囲から除外している。これに対し、人権裁判所は、ホロコースト以外の歴史上の出来事の否定表現については人権条約一七条を援用することは避け、前述の一般的な審査枠組みを援用している。

なお、EU理事会の二〇〇八年の枠組み決定でも見られたとおり、ヨーロッパでは、一定の要件を充たすヘイトスピーチは刑事罰の対象として位置づけられており、特定の集団が経験した虐殺等の事実を否定する言論もヘイトスピーチの一類型として刑事罰の対象となる。以下の人権裁判所の判決でも、ホロコースト否定表現やアルメニア人虐殺否定表現をヘイトスピーチとして位置づけていることにも留意したい。

(2) 過去の政治体制を象徴する表現物の禁止

(a) 共産主義の象徴の禁止

今述べたとおり、ヨーロッパ人権裁判所は、ホロコーストと他の出来事とを区別する傾向を見せている。

まず、*Vajnai v. Hungary* 事件は、共産主義から民主主義に移行した後のハンガリーにおいて、労働者党の副党首である申立人が、共産主義の象徴である赤色の星章（赤星）をジャケットに装着してデモに参加したことにより、赤星を含む「全体主義的」とみなされるシンボルを公然と使用、拡散又は陳列することを禁止した刑法二六九条Bに基づき有罪判決を受けたことが、ヨーロッパ人権条約一〇条の下で正当化されるか否かが争われた事件である。

ヨーロッパ人権裁判所は、二〇〇八年の判決において、申立人による赤星の着用を政治的言論と位置づけたうえで、政治的言論の自由に対する制約が正当化されるのは、明確で、差し迫り、特定された社会的必要性が認められる場合に限り、と述べたうえで、本件ではその必要性が認められないと判断した。その理由として、人権

裁判所は、民主主義の保護を目的とする予防措置としての推測的危険の阻止は「差し迫った社会的必要性」には該当せず、たとえ共産主義政権下で広く用いられた象徴の提示が過去の被害者やその親族に不安を与える可能性があるとしても、そのような不快感を根拠として表現の自由を制約することは許されないと述べた。

(b) ナチスの象徴の禁止

一方、過去の政治体制の象徴を禁止する立法について、二〇一八年の *Nix v. Germany* 判決⁽²⁸⁾では、刑罰賦課が正当化された。同事件は、ドイツにおける事案であり、申立人がブログ投稿のなかで自らの娘への政府当局の対応が人種差別であったと非難し、その投稿に SS 制服に鉤十字を含むナチ党記章と鉤十字の腕章を装着したヒムラーの写真を掲載したところ、名誉毀損罪及び憲法の禁止する組織の象徴を使用する罪（刑法八六条及び八六 a 条）で有罪判決を受けたことが、人権条約一〇条の下で正当化されるか否かが争われた。

この事件で人権裁判所は、ドイツ政府の介入は人権条約一〇条二項の無秩序防止 (preventing disorder) という正当な目的を追求し、民主的社会における必要性も認められると判断した。その理由として、人権裁判所はまず、ナチスの恐怖を経験した国家は、その歴史上の役割及び経験に鑑み、ナチスによる大規模な残虐行為から距離を置く特別な道徳的義務を負うと述べたうえで、立法府がナチスの象徴を刑事犯罪化し、ドイツの政治的生涯面 (German political life) においてその象徴の提示を禁止し、政治的平穏を維持し、さらに外国における受け止められ方も考慮し、ナチズムの再来を防止するという選択を行ったことを重視した。人権裁判所はまた、刑法八六条三項及び第八六 a 条三項が刑事責任の生じない場合を規定しており、具体的にはナチスの象徴の使用が市民教育に資する場合、憲法違反の運動と闘う場合、芸術・科学・研究・教育を促進する場合、時事的または歴史的事象を報道 (report) する場合、その他類似の目的に供する場合は刑事責任は生じず、さらに象徴が体现するイ

デオロギーに反対する意図が「明白かつ明確」である場合にも免責される仕組みであることを指摘した。

そのうえで、人権裁判所は、申立人に全体主義的プロパガンダを広める意図、暴力扇動やヘイトスピーチ発信を行う意図は認められず、申立人の表現が威嚇に至ったとも言えないとしつつ、他方で、投稿内容からは申立人の意図を読み取ることができず、読者はヒムラーの写真等のみを目にするようになるため、国内裁判所が申立人の刑事責任を認めたことを非難することはできないとした。以上をふまえ、人権裁判所は、当該介入は「民主的
社会において必要なもの」であったと結論づけた。

(3) ホロコースト否定表現に対する刑罰賦課

(a) Lehideux & Isorni v. France 判決 (「明確に確立した歴史上の事実」)

人権裁判所がホロコーストの教訓を特別視する傾向は、史実否定表現の禁止をめぐる文脈において顕著に表れる。一九九八年の Lehideux & Isorni 判決⁽²⁹⁾では、ナチスに協力したとされるベタン元帥を擁護する新聞広告が戦争犯罪又は敵との協力の擁護⁽³⁰⁾の罪に当たるとしてフランスで有罪判決を受けた申立人が、人権条約整合性を争った。この事件で、人権裁判所は、ホロコーストは「明確に確立した歴史上の事実」であると明言したうえで、ホロコースト否定表現は人権条約一七条により同一〇条の保護範囲から除外されると判示しつつも、本件新聞広告に掲載されたのは一九四〇年のモントワール会談に関する表現なのであって、この出来事とその解釈に関してはホロコーストとは異なり歴史学者の間で現在も議論が続いていると述べて、人権条約一〇条の保護範囲に含まれると判示した。

(b) Garaudy v. France 判決

この判決を踏襲しつつ、さらに踏み込んでホロコースト否定表現への処罰を正当化したのが、二〇〇三年の

Garaudy v. France 判決⁽³¹⁾である。同事件では、申立人が『イスラエルの創設神話 (Les mythes fondateurs de la politique israélienne)』と題する書籍を著し、フランスにおいて、人道に対する罪の实在を争う罪、集団に対する公然の名譽毀損罪、及び人種的憎悪扇動罪で有罪判決を受けたことが人権条約の下で正当化されるかどうか争われた。申立人は、本件書籍はイスラエル国の政治を批判する政治的文献であり、ナチスの人道に反する犯罪の事実を否定するものではないと主張したが、人権裁判所は次のように述べ、本件書籍は人権条約一七条により第一〇条の保護を受けないと述べて申立を不受理とした。

まず人権裁判所は、ホロコーストの法的評価についての Lehideux & Isorni 判決の前述の判旨を確認しつつ、申立人の書籍が歴史上の事実を否定したか否かを評価するために「当該書籍の目的、手法及び内容」の分析を行うと述べたうえで、申立人がナチス政権によるユダヤ人の迫害やニュルンベルク裁判に関し、歴史家の間で明確に事実として確立している出来事についてその实在、規模、深刻性に疑義を呈したと述べた。さらに人権裁判所は、申立人の言動は政治的批判の域を超えており、歴史修正主義理論に関する客観的研究にも該当せず、申立人の真の目的は国家社会主義体制の再評価と被害者集団の歴史偽造の主張にあり、こうした人道に対する罪の否定は、ユダヤ人に対する最も深刻な形態な人種差別的誹謗に当たり、憎悪の扇動にも当たると述べた。そのうえで人権裁判所は、この種の歴史上の事実の否定又は修正は、人種差別主義及び反ユダヤ主義との闘いの根底にある価値を毀損し、公共秩序に対する深刻な脅威を構成し、他者の権利を侵害するものであるがゆえに、民主主義と基本的人権に相反すると結論づけた。

(㉞) M'Bala M'Bala v. France 判決

芸術ないしコメディの形式でなされた言動につき、Garaudy 判決の論理を踏襲したのが、二〇一五年の

MBala MBala v. France 判決⁽³²⁾である。同事件では、政治活動も行っていたコメディアン⁽³²⁾の申立人が、フランスにおいて、特定の民族的共同体や人種等への帰属を理由とした公然侮辱の罪で有罪判決を受けたことが、人権条約一〇条の下で正当化されるか否かが争われた。

人権裁判所は、申立人の発言の評価にあたり「状況及び文脈全体」を考慮する必要があると述べつつ、申立人のショーは娯楽ではなく政治集会の性質を帯びていたと認定した。さらに人権裁判所は、申立人がコメディという名目の下で、人道に対する罪の否定で有罪判決を受けた著名なホロコースト否定論者を招き、賛辞を捧げて発言の場を提供したうえで、極めてグロテスクな演出の中で、ナチス強制収容所のユダヤ人収容者を模した役者に当該否定論者への賞の授与をさせた事実を指摘した。そのうえで人権裁判所は、申立人の言動がホロコースト否定を支持する憎悪と反ユダヤ主義の表明であったことを認定し、人権条約一七条により第一〇条の保護範囲から除外されると述べ、申立を不受理とした。

(4) アルメニア人ジェノサイド否定表現に対する刑罰賦課

(a) Perinçek v. Switzerland 判決

これまでに確認したとおり、人権裁判所はホロコーストを「明確に確立した歴史上の事実」と位置づけ、その否定表現を人権条約一七条により第一〇条の保護範囲から除外する傾向を示してきた。一方、二〇一五年の Perinçek v. Switzerland 判決⁽³³⁾では、アルメニア人ジェノサイドを否定する表現が争点となり、人権裁判所は、人権条約一七条の適用を回避して第一〇条の枠内で審査を行った。

この Perinçek 事件は、トルコ労働者党の党首である法学博士の申立人が、スイス滞在中に現在のトルコ領で一九一五年以降に起きたオスマン帝国によるアルメニア人への残虐行為をジェノサイドと呼ぶことを公然と否定

し、アルメニア人ジェノサイドを「国際的な嘘 (an international lie)」と評したことなどにより、ジェノサイドその他の人道に対する罪の公然の否定、矮小化又は正当化を禁止するスイス刑法二六一条⁵⁶⁾に基づき有罪判決を受けたことが、人権条約に違反するか否かを争点としたものである。

人権裁判所の多数意見はまず、アルメニア人虐殺の犠牲者及び生存者の子孫の多く（とくにディアスポラ (diaspora)）がジェノサイド被害者という認識を基盤にアイデンティティを構築してきたことを認め、スイス政府の介入の意図はそのアイデンティティ及び尊厳の保護であったことも認めた。そのうえで多数意見は、本件を人権条約一〇条の表現の自由と同八条の私生活の尊重（名誉の権利等）との調整問題ととらえ、次の考慮要素——すなわち、①申立人の発言の性質（政治的言論性、公的関心事性など）、②発言の文脈、③地理的・歴史的要素、④時間的要素、⑤アルメニア人の尊厳等への影響、⑥人権条約加盟国間のコンセンサスの状況、⑦スイス政府の国際法上の義務、⑧国内裁判所による有罪判決の経緯、⑨介入の深刻性等——を総合考慮した。

その結果、多数意見は、申立人の発言は公共の利益に関わる事項であって憎悪や不寛容の扇動には至っていないこと、本件発言当時のスイスに特別の緊張や歴史的背景が存在しなかったこと、本件発言がアルメニア人共同体の構成員の尊厳を損なうものではなかったこと、スイスは当該発言を処罰する国際法上の義務を負っていないこと、スイスの裁判所の処罰は国内で確立された見解とは異なる意見の表明に対するものと評価しうること、スイス当局の介入の手段が申立人への刑事有罪判決という重大な制約であったことを認めただうで、アルメニア人共同体の権利を守るために申立人に刑罰を科すことは民主的社会において必要であるとはいえないと結論づけ、条約一〇条違反を認めた。

(b) Perinçek 判決の評価

このように多数意見は、申立人の発言を公共の関心事に関する政治的論争の一環と位置づけ、条約一七条の適用を回避したうえで、憎悪や不寛容の扇動には当たらないと判断した。これに対し、同判決の Spielmann 裁判官らの共同反対意見は、多数意見による諸要素の分析を全面的に批判した。⁽³⁴⁾ すなわち共同反対意見は、多数意見による申立人の発言の評価——すなわち申立人の発言は事実の否定ではなく、ジェノサイド該当性という法的评价の否定であるとする見解——は誤りであるとしたうえで、アルメニア人ジェノサイドは、明確に確定した歴史上の事実なのであって、申立人の発言は歴史上の事実の歪曲であって民族全体への侮辱に当たると述べた。また共同反対意見は、多数意見による地理的・歴史的要素の考慮は人権の普遍性の観点から適切でないと批判し、さらに多数意見が時間の経過を考慮したこと、加盟国の合意の欠如を過度に重視したこと、国際法上の義務を過小評価したことも批判し、本件では条約一〇条の違反は認められないと結論づけた。⁽³⁵⁾

以上のように、Perinçek 判決の多数意見は、ホロコースト否定表現とアルメニア人虐殺否定表現を区別し、後者への条約一七条の適用を回避し、第一〇条と第八条の衡量審査を行った点において、刑罰型の「記憶の法」と表現の自由の調整の問題に新たな切り口を示した。他方、この判決は、歴史上の出来事に対する評価の法的取り扱いに関する一貫性の問題、とりわけホロコーストと他の残虐行為との間のヒエラルキーという問題を顕在化させたともいえる。以下では、この文脈を踏まえ、「記憶の法」をめぐる課題について若干の検討を行う。

五 若干の考察

そもそも史実の認定を国家が行うことをどう理解すべきか。Belavusau は、EU 理事会の二〇〇八年の枠組み

決定が第二次世界大戦史の論争的側面に対する自由な討議の監視装置となりうることを指摘し、史実否定表現の刑事犯罪化によって歴史討議を司法に委ねることにつながるのと懸念を示してきた。この点、日本国内の議論に着目すると、(フランス法制を題材としつつ)樋口陽一⁽³⁶⁾は立法府が事実の存否を「宣言」することを批判する。すなわち、裁判所は必要に応じて歴史家の証言や鑑定を得つつ物的証拠と証言に基づいて具体的な事実を認定することがその任務であるのに対し、そのような手続きを具備しない立法府が事実の存否を「宣言」した場合、歴史家に委ねられるべき仕事を妨げるおそれが大きいとする。一方、山元一⁽³⁷⁾は、歴史の記憶を公定化する場として法廷はふさわしくないのではないかと述べたうえで、国民代表たる立法府が政治的決断として行うことが望ましいのではないかと述べつつ、各政治体が確定すべき「記憶」の基本的方向性は憲法制定議会等のプロセスに委ねるべきだと論じる。

ところで、ヨーロッパにおいては「たたかう民主制」を前提としたホロコーストの「記憶の義務」の観念が支配的であるがゆえにホロコースト否定表現への刑事処罰が正当化されてきたと説明される。しかし、Belavusau は、EU基本権憲章一三条(芸術・科学の自由及び学問の自由の尊重)を手掛かりに、歴史修正主義に基づく史実否定表現であっても表現の自由の保護範囲に位置づけるべきだと論じる。⁽³⁸⁾

この視点から人権裁判所の一連の判決を評価すると、Perinçek判決がアルメニア人虐殺の否定表現を表現の自由の保護範囲内にとらえた点は肯定しうる。他方で、人権裁判所の判例上、ホロコースト否定表現については例外的に表現の自由の保護範囲外に置く一方、ホロコースト以外の残虐行為は保護範囲内に置く可能性を認める結果となっており、ここに残虐行為のヒエラルキー構造を事実上容認し、ホロコースト以外の残虐行為の被害者への不公正、とりわけアルメニア人共同体に対する不公正を生みうる側面を有する。

また、「記憶の法」は、特定の民族等の集団の記憶を国家／国民の記憶へと編成しようとするアイデンティテ

イ依拠の法である点において、法の一般性の要求の下でこれをどのように評価すべきかという問題も生じる。この点につき、人権概念をイデオロギーを帯びた規範体系として捉えたうえで、過去のトラウマの記憶を画一的に強制することは、ナショナル・アイデンティティと民族的憎悪の増強につながり対立を強化してしまうとの批判もある⁽³⁹⁾。こうした議論も視野に入れると、各国が自国の歴史を法で規定するアプローチが果たして適切であるのか、とくにこのアプローチが国家間対立と結び付きうることに留意して、考察する必要がある。

なお、本稿では詳述できなかったが、日本にも多様な「記憶の法」が存在する。ここでは、特筆すべき諸制度の概要を紹介する。まず、元号法の定める元号は、集合的記憶のみならず個人の記憶についてもすべて象徴天皇制の下で元号という時間軸のなかで捉えるものであり、いわば高次の「記憶の法」としてすべての記憶を統制する機能を有する。また、たとえば原子爆弾被爆者に対する援護に関する法律、不当な差別的言動の解消の推進に関する法律、部落差別の解消の推進に関する法律などは、日本固有の歴史上の出来事を背景に制定された特徴的な「記憶の法」であると言える。また、学校教育法の規定する学校教育で使用する教科用図書の検定制度についても、それが歴史教科書等における史実の描写を対象としている点において、典型的な「記憶の法」であるし、歴史上の出来事の記述内容を争点としたいわゆる教科書裁判も「記憶の法」として位置づけることができる。

最後に、本稿では主に記憶を想起させる法制度に着目したが、記憶には想起と対になる忘却の作用があり、忘却のための法制度もしばしば統治体制に組み込まれる。忘却の法については、自国の負の歴史を覆い隠すものとして否定的な文脈で論じられることも多いが、日本では、被差別部落の地名公表問題の文脈において、差別の歴史の忘却という視点が必要となり、いわば「忘却の義務」が考慮されることとなる。この問題についても「記憶の法」の視点から分析することが可能であるが、それは今後の研究課題としたい。

*本研究はJSPS科研費JP25K04752の助成を受けたものである。

- (1) 「記憶の法」に関する憲法学の論文として、横大道聡『「記憶と憲法」研究序説』立憲法学 一一号三三四頁(二〇二四年)が全体像を描き出す。また、田上雄大の一連の研究(田上雄大「歴史にかかわる法令についての考察——『記憶法』を中心に」政経研究五六巻二五〇九頁(二〇一九年)、田上雄大「西欧における『記憶法』の分析——公正世界仮説による『記憶法』への影響」法政治研究六巻九七頁(二〇二〇年)、田上雄大「東欧における『記憶法』の分析——『記憶法』における取り扱いとその要因」法政治研究八巻一頁(二〇二二年)のほか、曾我部真裕「フランスにおける表現の自由の現在——『記憶の法律』をめぐる最近の状況を題材に」憲法問題二五号七五頁(二〇一四年)、伊藤純子「フランスにおける『記憶の法律』の現在」憲法理論叢書三〇号一六一頁(二〇二二年)、大藤紀子「フランスにおける『記憶の法律』をめぐる」長谷川憲・植野妙実子・大津浩編『プロヴァンスからの憲法学——日仏交流の歩み』(敬文堂、二〇二三年)三二六頁がある。さらに、樋口陽一『憲法という作為——「人」と「市民」の連関と緊張』(岩波書店、二〇〇九年)一七三—二〇一頁(第四章第一節「法が歴史を書く?——『記憶の法律』をめぐる」)、樋口陽一『抑止力としての憲法——再び立憲主義について』(岩波書店、二〇一七年)一一五—一三四頁(第三章第一節「法・歴史・記憶」)、山元一『現代フランス憲法理論』(信山社、二〇一四年)九八頁(「記憶のための法」による〈アイデンティティの横溢化〉)も「記憶の法」の項目を設けている。
- (2) Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xenophobe (France) (あらゆる人種差別的、反ユダヤ的、外国人排斥的な行為を抑圧することとを目的とする一九九〇年七月一三日法)。
- (3) Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 (France) (一九一五年のアルメニア人ジェノサイドの承認に関する二〇〇一年一月二九日法)。Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité (France) (奴隷貿易及び奴隷制を人道に対する罪として承認することとを目的とする二〇〇一年五月二二日法)。
- (4) Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des

- Français rapatriés (France).
- (5) Pierre Nora et al., "Liberté pour l'histoire". *Liberation*, 12 décembre 2005.
- (6) ビエール・ノラ編・谷川稔監訳『記憶の場—フランス国民意識の文化Ⅱ社会史 第二巻 対立』(岩波書店、二〇〇二年)三七頁(ノラ執筆箇所)。
- (7) ノラ・同三七頁。
- (8) 土屋明広「記憶と法：記憶の法社会学に向けた試論」法政研究(九州大学法政学会)九一卷三号五五九—五六〇頁(二〇一四年)。土屋はアルヴァックスの集合的記憶論を整理しつつ論ずる。アルヴァックスによると、歴史は単一のものであるが、集団としての「集合的記憶」は複数存在しうる(M・アルヴァックス著・小関藤一郎訳『集合的記憶』(行路社、一九八九年)九三—九五頁)。
- (9) 土屋・同五六六頁。
- (10) Uładzislau Belavusau, "Memory Laws and Freedom of Speech: Governance of History in European Law", in COMPARATIVE PERSPECTIVES ON THE FUNDAMENTAL FREEDOM OF EXPRESSION, 535, 535 (András Koltay ed., 2015).
- (11) Perinçek v. Switzerland, no. 27510/08, §§ 231-237, 15 October 2015.
- (12) Uładzislau Belavusau & Aleksandra Gliszczynska-Grabias, "Introduction, Memory Laws: Mapping a New Subject in Comparative Law and Transnational Justice", in LAW AND MEMORY: TOWARDS LEGAL GOVERNANCE OF HISTORY 1, 25-26 (Belavusau & Gliszczynska-Grabias eds., 2017).
- (13) Uładzislau Belavusau, Aleksandra Gliszczynska-Grabias, Maria Málksoo & Angelika Nubberger, "Introduction: Shadows of History: Memory Laws in Europe in the Context of the Russo-Ukrainian War", in THE POLITICS OF MEMORY LAWS: RUSSIA, UKRAINE AND BEYOND 1, 12-14 (Belavusau, Gliszczynska-Grabias, Málksoo & Nubberger eds., 2025).
- (14) Eric Heinze, "Should governments butt out of history?" (Free Speech Debate, 12 March 2019) <<https://freespeechdebate.com/discuss/should-governments-butt-out-of-history/>>
- (15) 横大道聡は「記憶の法」を「記憶の対象・理解・解釈、法の種類、採用方法、サンクションの有無・種類、機

能の視点から詳細に分類する。横大道・前掲注(一)三四五頁。

(16) Belavusau, *supra* note 10, at 537-542.

(17) 曾我部は、フランスは日本とは異なり、「一七八九年の記憶・共和国の理念を掲げて国民統合を図ってきた歴史もあり、記憶領域への介入それ自体に慎重であるとは言い難い」と述べる。曾我部・前掲注(一)八二頁。

(18) Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by Means of Criminal Law.

(19) 同枠組み決定一条一項は、人種、肌の色、宗教、血統、または国家的もしくは民族的出自によって規定される集団又はその構成員に向けられた暴力又は憎悪を公然と扇動すること、そのような扇動をパンフレット、画像又はその他の資料を公然と拡散又は頒布する手法によって行うことを処罰対象とすべきことを規定する。

(20) Belavusau, *supra* note 10, at 541-543.

(21) Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (Spain) (内戦及び独裁の間迫害又は暴力に苦しんだ人々のため、権利を認知及び拡張し措置を定める二〇〇七年二月二十六日法律)、制定時の政治的対立につき、加藤伸吾「スペイン「歴史記憶法」の成立過程(二〇〇四—二〇〇八年)」外務省調査月報二〇〇八年四号一頁参照。

(22) Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (Spain) (民主的記憶に関する二〇二二年一〇月一九日法律)。

(23) Declaration of the European Parliament on the proclamation of 23 August as European Day of Remembrance for Victims of Stalinism and Nazism, P6_TA(2008)0439.

(24) Act of 26 January 2018 amending the Act on the Institute of National Remembrance - Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation, the Act on war graves and cemeteries, the Act on museums and the Act on the responsibility of collective entities for acts prohibited under penalty (Poland).

(25) Magyarorszag Alaptörvénye, 18 April 2011 (Hungary).

- (26) ヨーロッパ人権条約一〇条二項は、表現の自由の制約が正当化されるのは、「法律によって定められた手続、条件、制限または刑罰であって、国の安全、領土保全もしくはは公共の安全のため、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくはは道徳の保護のため、他の者の名誉もしくはは権利の保護のため、秘密に受けた情報の暴露を防止するため、または、司法機関の権威および公平さを維持するため、民主的社会において必要なもの」であると規定する。
- (27) *Vajnai v. Hungary*, no. 33629/06, 8 July 2008.
- (28) *Nix v. Germany*, no. 35285/16, 13 March 2018.
- (29) *Lehideux & Isorni v. France*, no. 55/1997/839/1045, 23 September 1998. 日本語の評釈として、今関源成「違法政権の擁護表現：戦時対独協力政府の首班を擁護する意見広告の処罰の違法性——ペタン擁護意見広告事件判決 *Lehideux & Isorni v. France*」戸波江二・北村泰三・建石真公子・小畑郁・江島晶子編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』(信山社、二〇〇八年) 四一六頁。
- (30) *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, art. 24 (France) (一八八一年七月二九日の報道の自由に関する法律二四条)。
- (31) *Garaudy v. France*, no. 65831/01, 24 June 2003.
- (32) *MBala MBala v. France*, no. 25239/13, 20 October 2015.
- (33) *Perinçek v. Switzerland*, no. 27510/08, 15 October 2015. 日本語の評釈として、村上玲「歴史問題に関する政治家の表現の自由と虐殺／ジェノサイドの否定：条約一七条の適用問題と歴史問題に関する審査において何を考慮要素とするか——ペリンチェク判決—*Perinçek v. Switzerland*, 15 October 2015 (大法院)」人権判例報五号四一頁(二〇二二年)。
- (34) *Perinçek v. Switzerland*, no. 27510/08, 15 October 2015 (joint dissenting opinion of Judge Spielmann et al.).
- (35) 村上も、多数意見が時間の経過によって規制必要性が縮小すると述べたことに懸念を示す。村上・前掲注(33)四七頁。
- (36) 樋口・前掲注(1)(抑止力としての憲法) 一二二頁。
- (37) 山元・前掲注(1)九八頁。

- (38) 小山剛は、ホロコースト否定表現について、虚偽と知りつつあえて喧伝する行為のみを保護領域から除外しうるとする見解を示す。小山剛『憲法上の権利』の作法(第三版)』(尚学社、二〇一六年)三〇頁。
- (39) LEA DAVID, THE PAST CAN'T HEAL US: THE DANGERS OF MANDATING MEMORY IN THE NAME OF HUMAN RIGHTS (2020).
- (40) アストリッド・エアル著・山名淳訳『集合的記憶と想起文化 メモリー・スタディーズ入門』(水声社、二〇二二年)一四七頁。