

## 公権力担当者の表現の自由に関する覚書

——ドイツにおける判例を素材にして——

西 土 彰一郎

### はじめに

近年の日本の憲法学では、首相をはじめとする公権力担当者の一連の言動を契機として、「権力者の表現の自由」が議論されている。

「権力者の表現の自由」という論点を設定した蟻川恒正によれば、立憲主義の歴史は、市民と公権力担当者の双方に責任を果たせるべく両者いずれにも自由と尊厳を配分する戦略をとってきた。公権力担当者にも「表現の自由」を保障しうる場面と保障してはいけない場面とがある。この場面の区別のためのひとつの参照枠が、「私人の言論」と「政府の言論」である。前者は純粹に私人としてなされたと見るべき言論であり、公権力担当者にも「表現の自由」を保障しうる一方、後者は、政府としての職務遂行に関わるものと見るべき言論であり、公権力担当者に「表現の自由」は保障されない<sup>1)</sup>。

もっとも、蟻川のいう「権力者の表現の自由」は、権力者の表現者への（否定的であれ肯定的であれ）「接近」を介した社会的制裁（表現者に対する事実上の制約）を念頭においた概念であり、差し当たり「政府の言論」と区別されたものとして用いられている。蟻川によれば、「権力者の表現の自由」

---

1) 蟻川恒正『尊厳と身分』（岩波書店、2016年）282頁以下。

は、「政府の言論」の問題一般には解消することのできない固有の問題を内蔵しており、その事実上の「制約の具体的なメカニズムや法的制限との相互滲透関係など、考究しなければならない諸論点がそこには満ちて」いる<sup>2)</sup>。

権力者は公衆一般の「表現の自由」を尊重する義務を負い、この義務の履行には高度の繊細さが求められる<sup>3)</sup>。かかる蟻川の主張が別の角度から問い直され、それをドグマーティクとして精緻化しつつあるのが、ドイツにおける近年の一連の判決である。この背景には、連邦大統領、連邦政府の構成員（国務大臣）等の公権力担当者が、極右政党、右翼政党を標的にした批判的言説を行ったことに対し、標的にされた政党が機関訴訟を連邦憲法裁判所等に提起したことがある。そこでは、①政党民主主義の下、私人（殊に政党政治家）としての発言と連邦大統領や国務大臣等の公権力担当者としての発言を区別することができるのか、できるとすればその規準はどのようなものか、②公権力担当者の発言とされた場合、そのために満たしておくべき条件とはどのようなものか（形式的要件としての権限、実体的要件としての政治的中立性など）、が問われた。

確かに、本稿で検討するドイツの多くの事案は、憲法上の地位を占めている政党（基本法 21 条 1 項 1 文）間の競争に対する政府の配慮のあり方を問うものであり、政党条項および政党の基本権を定めていない日本国憲法において、この問題を憲法上どのように構成するか検討の余地がある<sup>4)</sup>。しかし、後述するように、政党ではない政治集団に対する公権力担当者の発言等が問題になった事案もあり、これをも視野に入れて、公権力担当者の政治的中立性義務を根拠条文に即しつつ分節化して検討、整理する学説がある一方、一般的な政治的中立性義務の基礎づけを試みる学説も見受けられ、一連の判例を契機として活発な議論が展開されている。こうした議論状況を一瞥することは、日本における「権力者の表現の自由」に対して一定の示唆を与える

---

2) 蟻川・前掲注 (1) 280 頁。

3) 蟻川・前掲注 (1) 296 頁以下。

4) 石塚壮太郎「政府の広報活動と政党間競争への国家の介入」慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所紀要 69 号 (2019 年) 82 頁。

ように思われる。

以下、ドイツにおける主たる判例を瞥見した後（I～IV）、判例の判断枠組みを参考にして、公権力担当者の政治的中立性義務の位置づけ（V）、公私の発言を区別する規準（VI）、公権力担当者の発言として満たしておくべき条件（VII、VIII）について、学説を参照しつつ整理し、日本法を分析する準備としたい。

## I. ドイツ連邦憲法裁判所の判例法理の展開

### 1. ガウク判決<sup>5)</sup>

公権力担当者の極右政党に対する発言が問題になった事件としてまず挙げられるのが、ガウク判決である。

連邦議会選挙（2013年9月）を間近に控えた2013年8月に当時のガウク連邦大統領はベルリンの職業学校の生徒との対話集会の席上、ドイツ国家民主党（NPD）を念頭において「我々は通りに出て、馬鹿者どもにその限界を見せつけてやる市民を必要としている」等の発言を行った。NPDは、連邦大統領のこの発言（殊に「馬鹿者ども」）により、政治的競争における機会均等の権利が毀損されたとして、基本法93条1項1号、連邦憲法裁判所法13条5号、63条以下に基づき連邦大統領を被申立人とする機関訴訟<sup>6)</sup>を連

---

5) BVerfGE 136, 323.

6) 基本法93条1項1号によれば、機関訴訟として連邦憲法裁判所が決定できるのは、「一連邦最高機関の権利・義務の範囲に関する紛争、又は、この基本法によって（中略）固有の権利を付与されている他の関係諸機関の権利・義務の範囲に関する紛争に際しての、この基本法の解釈について」である（訳は、高田敏・初宿正典〔編訳〕『ドイツ憲法集〔第7版〕』（信山社、2016年）に従った）。政党は、連邦議会、連邦参議院、連邦大統領、連邦政府といった連邦最高機関ではないものの、基本法によって固有の権利を付与されている「他の関係諸機関」でありうる。連邦憲法裁判所によれば、「関係」諸機関という構成要件メルクマールは厳格に解釈されなければならない、「ランクあるいは機能の点で連邦最高機関と並び立つ」機関のみである（BVerfGE 13, 54, 95f.）。政党はこれに該当しないものの、連邦憲法裁判所はその確立した判例において、基本法21条1項に基づくその特別な憲法上の地位から生ずる権利をめぐる連邦最高機関と争う限りでのみ、「関係」諸機関に含まれると判断している（BVerfGE 1, 208, 223ff; 4, 27ff.）。以上につき、Christoph Gröpl/Stephanie Zembruski, Äußerungsbefugnisse oberster Staatsorgane und Amtsträger, JA, 2016, 269.

邦憲法裁判所に申し立てた<sup>7)</sup>。

連邦憲法裁判所は、2014年6月10日にNPDの主張を退ける判決を下した。本判決によれば、連邦大統領は基本法上明文で付与された権能と並び、対外的、対内的に国家と国民を代表し、共同体の統合のために働きかける(不文の)任務を有する<sup>8)</sup>。この代表・統合任務を履行するため、連邦大統領は彼により認識された社会の苦しい状況と誤った気運を指摘して公衆に注意を喚起し、それを協力して取り除くよう呼びかけなければならない。連邦大統領が自由な共同体にとっての危険・リスクのみならず、その考えられる原因、惹起者を挙げることができて初めて統合的に機能しうる。したがって連邦大統領の評価によると特定の政党により社会が危険・リスクに晒されているのであれば、かかる政党を連邦大統領の公的発言の対象とすることに支障はない<sup>9)</sup>。

以上の公的発言に対して法律による特別な権能付与は不要であるものの<sup>10)</sup>、連邦大統領の行為は基本法20条2項の意味での国家権力の行使として、基本法1条3項および20条3項により、基本権と法律および法に拘束されている。例えば、(基本法38条1項と結びついた)基本法21条1項に基づく政党の機会均等に対する権利は、発言にあたり尊重されなければならない<sup>11)</sup>。また、連邦大統領は、いかなる場合に、いかなる形式において発言するか、いかなるやり方で各コミュニケーション状況に関与するかについて、広く自由に決定できるし、また適切であると考えるのであれば彼の関心を厳

---

7) 機関訴訟に加え、NPDは連邦憲法裁判所法32条1項に基づき、仮命令の申立ても行った。連邦憲法裁判所は、連邦大統領は政治的競争に対する危険を自覚しており、2013年9月22日の連邦議会選挙までこの種の発言がなされることはないであろうことを根拠に、NPDは連邦大統領の将来の発言により重大な損害を被る恐れがあるとはいえないとして、この申立てを却下した(BVerfGE 134, 138, 140f.)。この却下に対してNPDは連邦憲法裁判所法32条3項1文に基づき異議申立てを行ったものの、連邦憲法裁判所は、権利保護の必要性の欠如を理由にこの異議申立てを退けている(BVerfGE 134, 202)。

8) BVerfGE 136, 323, 331f.

9) BVerfGE 136, 323, 335.

10) BVerfGE 136, 323, 332.

11) BVerfGE 136, 323, 333.

しい言い回しで表明してもかまわないものの、中傷批判等、実質的な討論に寄与しない発言は、代表・統合機能と両立しない<sup>12)</sup>。

ただし、政党の機会均等に対する権利の尊重について、本判決は、連邦内務省の憲法擁護報告書の中でNPDが取り上げられたことの合憲性が問題になった1975年判決<sup>13)</sup>、連邦政府の広報活動による選挙宣伝の合憲性が問題になった1977年判決<sup>14)</sup>の2つの先例を参照しつつ、次のような結論を導く。政党についての否定的な評価は、政党の機会均等に対する権利を毀損しうる。しかし、連邦政府の広報活動に対する法的規準<sup>15)</sup>は、連邦大統領の政党についての消極的な発言に対してそのまま援用されえない。なぜなら、連邦大統領は政治的影響力の獲得をめぐり政党と直接競争関係に立たないからである。また、国民の意見・意思形成プロセスに働きかけることを可能にする連邦政府が有しているものと同等の手段を持ち合わせてもいないからである<sup>16)</sup>。

以上を踏まえ、そして発言についての連邦大統領の広範な裁量に鑑み、連邦憲法裁判所は、政党の機会均等に対する権利の尊重について、次のような司法統制の基準を導き出す。連邦大統領は、ある政党に対する否定的な発言により、明白に統合機能を軽視して恣意的に一方的に肩入れしたかどうか、といういわゆる明白性の基準である<sup>17)</sup>。

本判決は、この基準に即して本件連邦大統領の発言を評価し、結論として代表・統合機能の枠内にあるとした。それによると、「馬鹿者ども」という表現が用いられた具体的な文脈に即して検討するならば、それは歴史を理解

---

12) BVerfGE 136, 323, 335f.

13) BVerfGE 40, 287.

14) BVerfGE 44, 125. 邦語文献による解説として、本秀紀「政府の広報活動による選挙宣伝の違憲性」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、2003年)395頁以下。

15) 1975年判決の規準は、連邦政府の政党についての否定的な評価が事実とは関係のない衡量に依拠して当該政党の平等な競争の機会に対する要求を恣意的に毀損している場合にのみ、かかる評価は許されないというものである(BVerfGE 40, 287, 293)。他方、1977年判決の規準は、広報活動は公的資金の投入により多数派政党を助けるか、野党をたたこうとうとしてはならないというものである(BVerfGE 44, 125, 150)。

16) BVerfGE 136, 323, 333f.

17) BVerfGE 136, 323, 336.

しようとしなない人間を指す総体的概念として使用されている。連邦大統領は、国民社会主義（ナチス）の不法な支配からの教訓と結び付けて、自由で民主的な基本秩序にとり危険である政治的見解に反対するよう市民に呼びかけることにより、以上の見解と基本法に合致する形式で対峙するよう求めたのであり、憲法上連邦大統領に対して課されている政党に関する否定的な公的発言の限界を越えてはいない<sup>18)</sup>。

なお、このような議論を展開する際に本判決は、国民社会主義への対抗構想としてのドイツ連邦共和国の成立を理由に意見制約的法律の一般性の要求の例外を認めたヴンジーデル決定<sup>19)</sup>を引用していることが注目されよう。

## 2. シュヴェージヒ判決<sup>20)</sup>

シュヴェージヒ家族・高齢者・女性・青少年大臣は、2014年6月23日開催のチューリンゲン州民主主義賞授与式に参列した。シュヴェージヒ大臣はまた、同日に、NPDが州議会で議席を獲得した場合、NPDの議案に議会はどのように対応していくべきか等の地方紙のインタビューに応じ、次のような大臣の答えが6月25日の紙面に掲載された。「私はチューリンゲン州の選挙運動を支えて、9月の選挙においてそのような事態に至らぬよう、何でも行う。第1の目的は、NPDが州議会において議席を獲得しないことでなければならない」。この発言により基本法21条1項1文の機会均等に対する権利が侵害されたとして、NPDは連邦大臣を被申立人とする機関訴訟を連邦憲法裁判所に申し立てた<sup>21)</sup>。

---

18) BVerfGE 136, 323, 336ff.

19) BVerfGE 124, 300, 330ff. 邦語文献による解説として、土屋武「一般的法律の留保とその例外」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅳ』（信山社、20018年）135頁以下。

20) BVerfGE 138, 102. 邦語文献による解説として、村西良太「現職閣僚による政党敵視発言と国家機関の政治的中立性」自治研究93巻2号（2017年）146頁以下。本解説は、ガウク判決をも簡潔に分析しており、有益である。

21) 本件でも、機関訴訟に加え、NPDは連邦憲法裁判所法32条1項に基づき、仮命令の申立てを行ったものの、連邦憲法裁判所は「重大な損害」にあたらないため、これを却下した（BVerfGE 137, 29ff.）。

連邦憲法裁判所は、2014年12月16日にNPDの主張を退ける判決を下した。本判決によれば、連邦政府は基本法上、内政、外交の全体にわたり責任をもって指導するという国家指導の権限を有している。この権限は、情報提供・広報活動に対する連邦政府の権限を含む<sup>22)</sup>。この権限を行使するにあたり、連邦政府は基本権および法律と法に拘束される。具体的には、次のような3つの制約である。

第1に、発言が刑法185条以下に該当する誹謗中傷批判であってはならない<sup>23)</sup>。

第2に、政党の（基本法28条1項2文と結びついた）基本法21条1項1文の機会均等に対する権利とそこから導出される中立性義務を尊重しなければならない。国民の意見・意思形成プロセスに均等に参加する政党の権利が毀損されるのは、まず、国家機関が一方的に肩入れして（党派的に介入して）、選挙戦においてある政党または候補者に有利、不利になるよう働きかける場合である。このような働きかけは、選挙戦における国家の中立性要請に違反し、選挙と投票による国民の意思形成の完全性を損なう。次に、連邦政府と個別の政党、候補者が同定されて、国家の資金が個別の政党、候補者に有利、不利になるよう投入される場合である<sup>24)</sup>。

第3に、事実在即して衡量せず、当該政党の競争の機会均等に対する要求を恣意的に毀損することは、許されない（即事性要請）。例えば、憲法上禁止されていないにもかかわらず、事実在即さずに、ある政党が憲法違反の目標を追求していると発言することは、法的限界を越える<sup>25) 26)</sup>。

---

22) 具体的には、所与の問題もしくは顕在化した問題に鑑み講じられた措置と今後の課題に関する政府の政策を説明し、解説すること、また、政府固有の政策形成活動の射程外もしくは遙か前段階にあるとしても、市民に直接関係する諸問題および重大な諸現象について事柄に即して客観的に把握された情報を提供すること、である。BVerfGE 138, 102, 114.

23) BVerfGE 138, 102, 114.

24) BVerfGE 138, 102, 115f.

25) BVerfGE 138, 102, 116.

26) ただし、連邦憲法裁判所に対しある政党の禁止を申し立てるべきかどうか公に討議することは、それが裁判所の判断に指向してなされる限り、許される。BVerfGE 138, 102, 114f., 116.

以上の制約は、連邦政府の個々の構成員に対しても、その所管事項の範囲内で自らに委ねられた統治任務を遂行する限り、妥当する<sup>27)</sup>。他方で、連邦大臣は職務外では政党政治家として党派的に意見闘争に参加できる。したがって、公私の発言を区別することが重要となる。本判決は、連邦政府の構成員の発言は政府の職務の権威を特に用いて、または政府の職務と結びついた資源を特に用いてなされたかどうかを、事案ごとに検討すべきであるとする<sup>28)</sup>。そのうえで、シュヴェージヒ大臣の問題の発言は NPD に反対する投票の勧誘であり、選挙への参加を求める一般的要求を越えているため、自由で民主的な基本秩序を保護する連邦政府の任務としてもはや捉えられないものの、チューリンゲン州民主主義賞授与式と新聞のインタビューは異なる事柄であること、インタビュー中、国家シンボル、職務に伴う物的資源・資金を使用していないこと、紙面での紹介では政府の職名と所属政党が記載されていたが、それによりインタビューが連邦大臣の統一的な声明とは見なされえないこと、インタビューはシュヴェージヒ氏の政府活動および彼女により指導されている省のプロジェクトも広くその対象にされているが、問題の発言は政府の職務の権威により裏付けられてはならず、政府活動から区別されることを理由にして、政党政治家としての発言であると判断した<sup>29)</sup>。

なお、本判決によれば、連邦大統領の発言権の規定を連邦政府の構成員に

---

27) BVerfGE 138, 102, 117f.

28) BVerfGE 138, 102, 118f. 具体的には次のように指摘されている（訳は、村西・前掲注(20) 148 頁以下に従った）。「連邦大臣が発言に際して明示的に自らの閣僚職と関連づけるか、または発言がもっぱら自らの所管省の措置や計画を対象とする場合には、閣僚職と結びついた権威の特別な活用が通常は認められる。かかる権威はさらに、在職者が公式の告知によって、たとえば公的な刊行物やプレス発表の形式または自らの所管領域の公的なインターネットサイトにおいて発言する場合に用いられることになる。国家のシンボルや国家主権の紋章を使用したり、執務の空間を利用したりといった外的事情からも、職務との特別な連関が生じうる。同じことは、政府構成員が自らの発言に関わって、その閣僚職ゆえに用いることのできる実質的または財政的手段を投じる場合に当てはまる。最後に、連邦政府が単独でまたは部分的に責任を負う行事の一環として連邦大臣が発言するか、またはある行事への連邦大臣の参加がその閣僚職に就いていることを理由に実現されている場合には、閣僚職の権威が活用されていることになる。」

29) BVerfGE 138, 102, 121ff.



まで及ぼすことはできないという。なぜなら、発言権は各国家機関ごとにそれぞれ割り振られた権限と義務を考慮して規定されなければならないからである。また、憲法裁判所による審査密度も異なる。連邦政府（およびその構成員）の憲法上の地位、そこから生じる政党に対するリスクに照らせば<sup>30)</sup>、統制基準を中立性要請の恣意的な毀損にまで縮減することはできないからである。

### 3. ヴァンカ判決<sup>31)</sup>

「ドイツのための対案」(AfD)は、「メルケルに対しレッドカードを！——庇護は限界を必要としている」をモットーにして2015年11月7日にベルリンでデモを開催する予定でいた。ヴァンカ連邦教育研究大臣は、2015年11月4日に連邦教育研究省のホームページ上で「レッドカードは連邦首相ではなくAfDに示されるべきである」との文言を含むプレスリリース151/2015を公表した。これに対しAfDは連邦憲法裁判所法32条1項に基づき、政治的意見闘争における機会均等に対する権利および集会の自由の毀損を理由にして仮命令の申立てを連邦憲法裁判所に行い、連邦憲法裁判所は仮命令の発令を認めた(BVerfGE 140, 225)。また、AfDは、プレスリリースの公表により基本法21条1項1文の機会均等に対する権利が侵害されたことの確認を求めて、連邦大臣を被申立人とする機関訴訟を連邦憲法裁判所に申し立てた。

連邦憲法裁判所は、2018年2月27日にAfDの主張を認める判決を下した。この結論を根拠づける際に、本判決は連邦政府の広報活動に対する1977年判決とシュヴェージヒ判決を引用し、それらを整理、発展させている。

---

30) この点について、本判決は次のように指摘している。連邦政府はそれとしては政党間の競争に参加していないとしても、政府の作用は非常に広い範囲において国民の意思形成に働きかけている。連邦政府の構成員は、通常、政治的意見闘争に組み込まれている。連邦政府は自ら、その資源と権能に基づき、集中的な情報提供・広報活動を通じて政治的意見形成に影響を及ぼす手段を有している。BVerfGE 138, 102, 120f.

31) BVerfGE 148, 11. 邦語文献による解説、分析として、石塚・前掲注(4) 69頁以下を参照。本論文は、連邦政府の広報活動に対する1977年判決、ガウク判決、そしてシュヴェージヒ判決をも分析しており、ヴァンカ判決の判例における位置を測定する上で有益である。

本判決によれば、憲法上要請されている開かれた意見・意思形成プロセスの保障のためには、政党が平等に政治的競争に参加することが不可欠である。基本法 21 条 1 項は政党に対し平等な権利と機会に基づく意見・意思形成プロセスへの参画を保障している<sup>32)</sup>。このことは、国家機関が政治的競争において中立性を保持することを要求する<sup>33)</sup>。この中立性義務は、以下の 3 つの法命題に分節化できる。

第 1 に、国家機関は政党間の政治的競争において一方的に肩入れしてはならない (参加者の同等の配慮)<sup>34)</sup>。

第 2 に、政党のデモ・集会を契機とする文脈において、国家機関はその実施主体である政党について否定的または肯定的な評価を発言して、潜在的なデモ・集会参加者の振る舞いに影響を及ぼしてはならない (評価禁止)<sup>35)</sup>。

第 3 に、政府の情報提供・広報活動を契機とする文脈において、国家指導という任務は確かに連邦政府に対して——特別の法律上の授権なく——情報提供・広報活動を行う権能を開かせるものの、連邦政府は自己を個別の政党と同一視して、国家資金を個別の政党に有利、不利になるように投入してはならない (同定禁止)<sup>36)</sup>。

もっとも連邦政府は、その政策に対する批判に応答する権利を持つが、この機会を利用して政権与党を宣伝したり野党をたたこうとしたりしてはならない。政府は、その政治的決定を説明し、それに差し向けられた批判を事実に関係づけて総括することに限定される。その際、連邦政府は即事性要請に拘束されている。すなわち、事実誤認や差別的価値判断を明確に誤解のないように斥けることは可能であるものの、政府の行為に対する批判と内容上関連性のない歪曲した、またはこき下ろすような発言は控えなければならない。殊に国家機関が事実に関係していない、もしくは中傷的な攻撃に対して同じようなやり方で対応する「反論権」は、連邦政府にはない。国家機関は、関

---

32) BVerfGE 148, 11, 23ff.

33) BVerfGE 148, 11, 25.

34) BVerfGE 148, 11, 25f.

35) BVerfGE 148, 11, 26f.

36) BVerfGE 148, 11, 27ff.

連づけられた事実を修正して再現するよう義務づけられているのである<sup>37)</sup>。

合議体としての連邦政府に対する以上の中立性要請と即事性要請は、連邦政府の構成員にも妥当する。もちろん、連邦政府の構成員は政党政治家として活動することができる。したがって、連邦憲法裁判所の先例が示した、政府の職務の権威およびそれと関係している資源の要求に注目する公私確定基準に依拠して、政治的中立性要請が妥当するか否か、事案に即して検討されるべきである<sup>38)</sup>。

このように議論を展開した後、本判決はヴァンカ大臣の発言は AfD の機会均等に対する権利を毀損するとの結論に至る。プレスリリースは省の紋章のある連邦教育研究省のホームページ上で公開されており、国家資源が用いられている。したがって、かかる公表（発言）は国家機関としての活動であると位置づけられ、中立性要請が妥当する。そのうえで、プレスリリースの内容は、AfD について一方的に否定的な評価を発信し、政治的示威運動への潜在的参加者に影響を与えようと企てているものである<sup>39)</sup>。政府の行為についての情報提供を内容とせず、また、政府に対する批判を事実に関係づけて斥けているのでもない<sup>40)</sup>。したがって中立性要請と即事性要請に反する。

## II. 州憲法裁判所で問題になった事例

以上、連邦大統領、連邦政府の構成員の発言をめぐる連邦憲法裁判所の判決を見てきた。ここで連邦憲法裁判所の判決も引用している、州首相、州政府の構成員の発言についての州憲法裁判所の判決を簡単にまとめてみたい。

### 1. ドライヤー事件<sup>41)</sup>

ラインラント・プファルツ州の首相であるドライヤー氏は、2014年4月23日に、所属する SPD（ドイツ社会民主党）の行事の中で2014年5月23

---

37) BVerfGE 148, 11, 29f.

38) BVerfGE 148, 11, 31ff.

39) BVerfGE 148, 11, 36f.

40) BVerfGE 148, 11, 37ff.

41) RhPfVerfGH NVwZ-RR 2014, 665.

日に実施予定の欧州議会選挙およびラインラント・プファルツ州地方選挙との関連で次のような発言を行った。「極右政党 NPD が市参事会に再び議席を得ることがないように、できることは何でもしなければならない」。NPD は以上の州首相の発言により、ラインラント・プファルツ州憲法 17 条 1 項（法律の下の平等）、76 条 1 項（普通、平等、直接、秘密、自由な選挙）と関係する基本法 21 条 1 項 1 文の権利が侵害されたとして、州憲法裁判所に州憲法裁判所法 19a 条に基づき同様の発言を繰り返さないための仮命令の申立てと州憲法 130 条 1 項 2 文に基づき機関訴訟を提起した。州憲法裁判所は前者については「重大な損害」等の要件を満たさないとして却下し、後者については次のように述べて棄却した。

州憲法裁判所は、公権力担当者の発言は州憲法により割り振られた任務・権限の範囲内で行われなければならないこと、その際には政党に対する中立性の要請を遵守しなければならないこと、を確認する。殊に選挙期日前には最大限の謙抑性の要請が妥当するという。すなわち、国家機関は選挙に関連してある政党または候補者と自己を同一視してはならない。ある政党または候補者を国家資金の投入により支援または制圧してはならない。とりわけ宣伝により有権者の決定に影響を及ぼしてはならない<sup>42)</sup>。

もとより公権力担当者も私人として発言することは許される。発言が職務としての性格を有するかを識別する規準として、州憲法裁判所は、形式的、外形的規準（専ら公権力担当者が有する可能性を利用して発言した場合、政府広報誌の中での発言のように外形的枠組みに照らし職務上の発言と考えられる場合。ただし、職名の使用だけでは職務上の発言を根拠づけることにはならない）、発言の内容上の基準（公権力担当者がその職務上の活動のために転がり込む発言の重みと、その職務に基づき与えられる発言の影響力の可能性を、公益に義務づけられた任務と両立しない形で利用する場合のように、私人としての意見表明の自由の圏域を超え出ている場合、すなわち一般市民が発言できないであろう内容を持つ場合）である。発言の内容上の規準に関

---

42) RhPfVerfGH NVwZ-RR 2014, 665, 666f.

して、問題の発言が通常の判断能力を有する有権者の視点から一義的に職務上の発言として認識されえない場合には、意見表明の自由の重要性に照らして、私人としての発言と判断されなければならない<sup>43)</sup>。

以上の規準に即してドライバー氏の発言を評価すると、それは党の行事の中でなされたこと、公的資金を伴っていないこと（以上、形式的、外形的規準）、ドライバー氏の職務上の地位と特別に関連する内容を含んでいないこと（発言の内容上の規準）等からして、政党政治家としての発言であり、したがって政治的中立性義務は妥当しない<sup>44)</sup>。

## 2. コメルソン事件<sup>45)</sup>

2014年5月25日の欧州議会選挙および市町村参事会選挙を控えるなか、ザールラント州教育文化大臣は、2014年3月21日に、「人種差別主義のない学校」と題するプロジェクトの10周年を記念する催しにおいて挨拶し、NPDを「下層民」(Mob)、「茶色い無頼の連中」(braune Brut)と呼んで批判した。NPDは以上の州大臣の発言により、ザールラント州憲法63条1項（普通、平等、直接、秘密、自由な選挙）と結びついた基本法21条1項1文の権利（選挙に際しての政党の機会均等の原則）とザールラント州憲法60条1項（自由民主政、社会的法治国家）、61条1項（国民主権）と結びついた基本法21条1項1文の権利（選挙戦における国家の中立性の要請）が侵害されたとして、州憲法97条に基づき州憲法裁判所に機関訴訟を提起した。州憲法裁判所は次のように述べて原告の申立てを退けた。

本判決によれば、「下層民」、「茶色い無頼の連中」という表現は具体的にNPDを想定してはならず、社会を外国人とドイツ人とに区別して外国人をドイツから追放しようとする人間を意味するものとして使われている<sup>46)</sup>。ただし、NPDもこうした人間からなる政党であり、州教育文化大臣の発言は、

---

43) RhPfVerfGH NVwZ-RR 2014, 665, 668.

44) RhPfVerfGH NVwZ-RR 2014, 665, 668.

45) SaarlVerfGH LVerfGE 25, 457.

46) SaarlVerfGH LVerfGE 25, 457, 462f.

NPD の機会均等に対する権利を間接的に毀損するおそれがあるものの、危険に対する警告は国家指導の任務に属し、したがって権限内の発言であること、事実に関係しない発言ではなく、差別的、中傷的な発言でもないこと（国家機関は、危険が存在すると確信する場合には、学術上の議論のように衡量の上に感情を排した言葉を選びとるよう義務づけられてはいない）に照らして<sup>47)</sup>、違法ではない。

### 3. タウベルト事件<sup>48)</sup>

2014 年 3 月 15 日にチューリンゲン州キルヒハイマーにて NPD 州党大会が開催されることを受け、それに先立つ同年 3 月 12 日に州社会・家族・健康省のホームページ上で「タウベルトは『右翼に対抗するキルヒハイマー』同盟の支持を呼びかける」と題する文章が公表された。その中で、州社会・家族・健康大臣であるタウベルト氏が NPD 州党大会に反対する抗議活動への参加を市民に呼びかけた旨の記述があった。なお、2014 年 5 月 25 日に欧州議会選挙、州地方選挙、そして同年 9 月 14 日にはチューリンゲン州議会選挙が予定されていた。

NPD は、以上の記述により、チューリンゲン州憲法 2 条 1 号（法律の下の平等）、9 条（政治生活を共に営む権利）、46 条（普通、直接、平等、自由、秘密選挙の原則）と結びついた基本法 21 条 1 項 1 文の権利が侵害されたとして、州憲法 80 条 1 項 3 号、州憲法裁判所法 11 条 3 号、38 条に基づき州憲法裁判所に機関訴訟を提起した。州憲法裁判所は次のように述べて原告の申立てを認めた。

裁判所によれば、党大会に反対する示威運動への参加を求めることは、法的限界を越えている。この要求は、憲法上禁止されていない政党に不利な形で住民の行為を呼びかけ、当該政党の選出の機会を減らしうるものであるため、直接的に一方的に肩入れする性格を有している。住民の行動は、基本的に許されている広報活動の間接的な結果であるにすぎないのではない。そう

---

47) SaarlVerfGH LVerfGE 25, 457, 464f.

48) ThürVerfGH ThürVBl.2015, 295

ではなくて、この呼びかけは憲法上禁止されてはいない政党に対する不利益作用を伴う行為に直接照準を合わせたものである。このような呼びかけにおいて、国家はもはや中立的に振る舞ってはならず、違法である<sup>49)</sup>。

なお、裁判所は、闘う民主政という基本法の基本決定によって、政府の広報活動権限に対する厳格な限界が掘り崩されてはならないことも指摘している<sup>50)</sup>。

#### 4. ラメロウ事件<sup>51)</sup>

アイゼナハ市参事会のNPD会派が市長解任手続開始についての議案を提出したところ、NPD会派構成員数以上の賛成票が投じられたことに対し（議案は否決）、チューリングゲン州首相が公共放送である中部ドイツ放送とのインタビューの中でこれを批判して次のように発言した。「私はすべての民主的政党とその代表者に対し、NPDの議案に基づく一致は現実にあってはならないことをアピールしたい。こうした一致によりナチスがのし上がるのである」。NPDはこの発言により基本法21条1項1文の機会均等に対する権利が毀損されたとして州憲法裁判所に機関訴訟を提起した。州憲法裁判所は次のように述べて原告の申立てを認めた。

機会均等に対する権利は、政党に対し、選挙を目前に控えているか否かに関係なく、政治的競争への平等な参加の可能性を保障する。国家にとりこのことが意味するのは、意見・意思形成に対して中立的に振る舞わなければならないことである。国家は、政治的競争を操作するような作用を及ぼしてはならない<sup>52)</sup>。

州首相の言葉は、NPDに対抗する行動をとるよう「民主的政党および政治家」に要求するものとして捉えられる。州首相は、「民主的政党および政治家」と、NPDとその党員全体を意味するナチスを区別している。このよ

---

49) ThürVerfGH ThürVBl.2015, 295, 299.

50) ThürVerfGH ThürVBl.2015, 295, 299.

51) ThürVerfGH NVwZ 2016, 1408.

52) ThürVerfGH NVwZ 2016, 1408, 1409f.

うな発言は政党の一般的な政治的競争を毀損する。なぜなら、その内容に立ち入ることなく NPD の議案を拒否するよう強く求めているからである<sup>53)</sup>。

また、首相の発言は首相の広報活動の限界を越えている。この種の発言権を認めると、市参事会構成員の自由委任の保護と矛盾してしまうからである。本件 NPD の議案の評価は市・ゲマインデ参事会に留保されており、国家指導の枠内の任務ではない<sup>54)</sup>。

加えて、闘う民主政の原理も首相の発言を正当化しない。この原理は概括的な侵害権限として誤解されてはならない。個別事例の評価にあたり、基本法の価値決定に従い、急進政党との政治的競争の中で民主的討論がなされるべきであるのかどうか検討されなければならない<sup>55)</sup>。

## 5. ラウインガー事件<sup>56)</sup>

2015 年 10 月 21 日にチューリンゲン州エアフルトにおいて「庇護の危機を終わらせよう！国境を守ろう！」をモットーにした AfD による示威運動が予定されていることを受け、その前日に州移民・司法・消費者保護省のホームページ上で「不安をめぐる議論ではなく、憎悪を煽る」と題する文章が公表された。その中で、州移民・司法・消費者保護大臣であるラウインガー氏の次のような発言が掲載されていた。「このような示威運動の主催者にとり重要なのは、事実に関係づけられた議論ではなく政治的な思惑から不安を煽ることである」。「一見善良に見えた主催者は今や外国人排斥の煽動と人種差別主義により化けの皮が剥がれた」。以上に加え、「ラウインガーは市民に対して、示威運動申請者の目標のために動員されることを欲するのか、慎重に吟味することを要求している」との一文も掲載されていた。

AfD は、以上の記述により、基本法 21 条 1 項 1 文と関係するチューリンゲン州憲法 9 条に基づく集会の自由および政党の競争における機会均等に対

---

53) ThürVerfGH NVwZ 2016, 1408, 1411.

54) ThürVerfGH NVwZ 2016, 1408, 1411ff.

55) ThürVerfGH NVwZ 2016, 1408, 1412f.

56) ThürVerfGH ThürVBl.2016, 281.



する権利が侵害されたとして、かかる侵害を確認し、文章を省のホームページから削除することを求める機関訴訟を州憲法裁判所に提起した。州憲法裁判所はラメロウ事件に依拠しつつ次のように述べて原告の権利（基本法 21 条 1 項 1 文の政党の競争における機会均等に対する権利）の侵害を認めた。

州大臣の発言はただ一般的に右翼ポピュリストによる外国人排斥を叫ぶ集会に関連するものではなく、具体的に AfD の集会を念頭においている。市民は、集会の目標を共有するか慎重に吟味するよう呼びかけられ、この集会のうさんくささがいくつかの否定的な価値判断と仮定により根拠づけられている。かかる発言は、潜在的な参加者を集会から遠ざけて事実上集会の自由を毀損し、AfD に不利になる形で政党間の競争に影響を及ぼして、機会均等に対する権利（基本法 21 条 1 項 1 文）を侵害している<sup>57)</sup>。

加えて本判決は、闘う民主政の原理は概括的な侵害権限として理解されてはならないというラメロウ事件の指摘を重ねて強調する。このように解さないと、基本法 21 条 1 項の権利が空洞化してしまうからである<sup>58)</sup>。

### Ⅲ. 政治集団に対する市長の発言ーガイゼル事件ー

以上、連邦大統領、連邦大臣の発言についての連邦憲法裁判所の判決、そしてごく簡単に州首相、州大臣の発言についての州憲法裁判所の判決について見てきた。連邦憲法裁判所の判例の構造を分析する前に、市長の発言が問題になった事案を見ておこう。

デュッセルドルフ市長であるガイゼル氏は、DÜGIDA（「西洋のイスラム化に反対するデュッセルドルフの人々」）の集会に反対する対抗示威運動への参加、および集会中には各建物において抗議の意思を表明するべく消灯するようデュッセルドルフ市庁のホームページで呼びかけるとともに、集会中には市の建物の照明も落とすことを宣言した。DÜGIDA の集会を警察署長に申請した者は、行政裁判所法 123 条に基づき、上記記載をホームページから削除し、消灯命令を下さないよう求める仮命令の申立てをデュッセルド

---

57) ThürVerfGH ThürVBl.2016, 281, 282ff.

58) ThürVerfGH ThürVBl.2016, 281, 284.

ルフ行政裁判所に行うとともに、行政裁判所法 43 条 1 項の定める確認訴訟を提起した。前者は認められたものの<sup>59)</sup> (ただし、ノルトライン・ヴェストファーレン州高等行政裁判所はデュッセルドルフ行政裁判所の決定を取消した<sup>60)</sup>、後者については確認の利益がないことを理由に退けられた<sup>61)</sup>。これを不服として原告はノルトライン・ヴェストファーレン州高等行政裁判所に控訴した。裁判所は、消灯の呼びかけ、市の建物の消灯予告は違法であるとした一方、対抗示威運動への参加の呼びかけは合法と判断した。

裁判所は、市長の発言を公権力担当者のそれとして前提に置きつつ、問題の発言および消灯は基本法 28 条 2 項 1 文、ノルトライン・ヴェストファーレン州憲法 78 条、ノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法 40 条 2 項 1 文、62 条 1 項、63 条 1 項に基づく機関権限と結びついている同 2 条の市長の任務、そこから導かれる当該共同体の事項に関係するすべてのテーマについて発言する権限の枠内にあるとする。そのうえで、市長の発言は政治的中立性要請と即事性要請の下にある。政治的中立性要請は選挙戦のみならず一般的な政治的競争においても妥当するものの、公権力担当者の政党に対する発言に対してのみ効力を持つ。なぜなら、政治的中立性要請は政党に特権的保護を与える基本法 21 条 1 項に基づくものだからである<sup>62)</sup>。政治集団についての市長の発言が問題になっている本件では、したがって政治的中立性要請は妥当せず、比例原則の具体的形態としての即事性要請に依拠してのみ審査されうる。この要請は、事実が適切に描写されていること、価値判断は事実とは異なる衡量に依拠していないこと、を要求する。この要請に即して、市長の発言について検討すると、消灯の宣言・呼びかけは、基本法 8 条 1 項および基本法 5 条 1 項に照らし即事性要請を充足していない。なぜなら、市長はこれにより精神的討論の対峙から身を引いたからである<sup>63)</sup>。他方で、平和的合法的であり、中傷を目的としていないような対抗示威運動であ

---

59) VG Düsseldorf NWVBl.2015, 201.

60) OVG NRW NWVBl.2015, 195.

61) VG Düsseldorf NWVBl.2016, 174.

62) OVG NRW NWVBl.2017, 131, 133f.

63) OVG NRW NWVBl.2017, 131, 134f.

る限り、そして市長が集会関係庁として作用していない限り、それへの参加の呼びかけは合法である。この呼びかけのためのインターネット利用も許される<sup>64)</sup>。

以上の判決に対して原告、被告の双方が連邦行政裁判所に上告した。連邦行政裁判所は消灯の宣言、呼びかけのみならず、対抗示威運動への参加の呼びかけも即事性要請を充足せず違法であるとの判断を下した。連邦行政裁判所も、ノルトライン・ヴェストファーレン州高等行政裁判所と同様、政治的中立性要請は政党に対する公権力担当者の発言に対してのみ妥当するとの見解を示す。通常低い組織力しか有しない政治集団との関係では市長は政党と同等の利害関係に立たないからである。他方で、連邦行政裁判所はノルトライン・ヴェストファーレン州高等行政裁判所の即事性要請の捉え方はあまりにも狭いと批判する。本判決によれば、国家の誘導による影響力行使も即事性要請と一致しない。原則として、公権力担当者は公共の議論において他の意見の代表者を排除してはならないし、目的的にかかる代表者の信用を低下させてもならない。市長による対抗示威運動への呼びかけは、DÜGIDAの集会を弱体化して対抗示威運動を強化する目的が追求されているため、即事性要請に反する<sup>65)</sup>。

#### IV. 判例分析の小括

以上、ドイツにおける判例を、公権力担当者の政治的中立性義務の内容に焦点を当てて、簡単に分析してきた。

裁判所は、政治的中立性義務が課される公権力担当者としての発言と、意見表明の自由の保障を受ける政党政治家としての発言を区別する規準を定立している（シュヴェージヒ判決、ドライヤー事件）。そのうえで、政党政治家の発言として問題を処理した事案がある一方（シュヴェージヒ判決、ドライヤー事件）、公権力担当者の発言として政治的中立性義務を課す事案がある。後者の場合、中立性義務に違反しないとした判例（ガウク判決、コメル

---

64) OVG NRW NWVBl.2017, 131, 135.

65) BVerwG NVwZ 2018, 433, 434f.

ソン事件) と、中立性義務に違反すると判断した判例 (ヴァンカ判決、タウベルト事件、ラメロウ事件、ラウインガー事件) がある。

判例において焦点となった中立性の概念は基本法上明文で定められてはいない<sup>66)</sup>。しかし、シュヴェーギヒ判決において明言されているように、政党間競争への国家の介入が問題となっている文脈では、国家の中立性義務は基本法 21 条 1 項 1 文の機会均等に対する政党の権利により導出されている。すなわち、客観法である国家の政治的中立性義務は政党の主観的権利の裏返しである<sup>67)</sup>。そのため、ヴァンカ判決に典型的に現れているように、連邦憲法裁判所が基本権侵害図式ではなく、端的に中立性要請に違反したかどうかを問うことに違和感はない<sup>68)</sup>。もっとも、ガイゼル事件のように政治集団への公権力の介入が問題となっている事案もある。その際、ノルトライン・ヴェストファーレン州高等行政裁判所、そして連邦行政裁判所は、前述のように比例原則の具体的形態としての即事性要請に依拠して、政治集団の基本法 8 条 1 項および基本法 5 条 1 項で保障された権利に対する侵害を審査している。

現時点での連邦憲法裁判所の判例の到達点であるヴァンカ判決において読み取ることのできる公権力担当者の政治的中立性義務の内容は、学説の整理を参考にすれば、次のように細分化できる。公権力担当者は政治的競争の参加者になってはならないという上位規範の下、①公権力担当者は自己と政治的競争の参加者とを同定してはならないこと (同定禁止)、②公権力担当者は政治集団もしくは意見について否定的、肯定的な発言を行ってはならないこと (評価禁止)、③公権力担当者は同定・評価禁止の尊重の下、政治的議論に参加してもかまわないが、その際には政治的競争の参加者を同等に配慮すること (参加者の同等な配慮)、である<sup>69)</sup>。さらに、即事性要請も立てられているが、政治的中立性義務と即事性要請は独立の規準であるの

66) Sebastian Nellesen, *Äußerungsrechte staatlicher Funktionsträger*, 2019, S.45.

67) Uwe Volkmann, *Politische Parteien und öffentliche Leistungen*, 1993, S.158. 村西・前掲注 (20) 153 頁以下。石塚・前掲注 (4) 77 頁。

68) 石塚・前掲注 (4) 78 頁。

69) S. Nellesen (Fn.66), S.102ff.

か、それとも即事性要請は政治的中立性義務の下位類型なのか問題となろう（ヴァンカ判決は、政治的中立性義務違反と即事性要請違反を各々認定している一方、コメルソン事件では即事性要請に依拠して判断している）。

ただし、いずれにせよ、政治的中立性義務は、公権力担当者の発言として満たしておくべき条件の実体面に係るものである。この判断の前に、法律の授権、権限秩序等の形式的条件も考慮されなければならない。しかし、判例におけるこの面の検討は付随的なものにとどまる。

以下では、判例における判断枠組みを再構成して、「公私の発言を区別する規準 → 公権力担当者の発言の場合に満たしておくべき形式的条件 → 同じく実体的条件」の順に検討していくことにする。ただし、その前に、学説を参考にしつつ、(政治的)公権力担当者に対して課される一般的な政治的中立性義務の基本法上の基礎づけの可能性について検討し、その中で基本法21条1項1文により導出される特殊な政治的中立性義務をどう位置づけるべきか、整理しておく。そうして、学説上、判例を素材にして批判的に展開されている政治的中立性義務のドグマティックの分析につなげたいと思う。

## V. 政治的中立性の位置づけ

### 1. 一般的な政治的中立性義務とその分節化

連邦憲法裁判所は、民主的な意見形成は国民から、いわば「下から」生ずることを強調している（基本法20条2項1文）<sup>70)</sup>。この点を捉えてヒルグラーバーは公権力担当者の一般的政治的中立性義務を次のように根拠づけている。「意見形成が非民主的に『上から』誘導されて不自由なもの、歪められたものとならないためには、基本権に義務づけられている国家権力は、意見表明の中で表現される思想に関してまさしく独自の価値判断/無価値判断を原則として敢行してはならないし、開かれた形で進む社会的意見闘争の中

70) BVerfGE 5, 85, 204f. [KPD 事件]; BVerfGE 124, 300, 330ff. [ヴンジール決定]. KPD 事件についての邦語文献による解説として、樋口陽一「自由な民主的基本秩序と政党の禁止」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、2003年) 414 頁以下。

で意見の判定者として振る舞おうとしてはならない<sup>71)</sup>。特定の見解を「公式に」スティグマ化することは、個人を萎縮させて自己の思想を議論に晒すことを控える潜在力を有するからである<sup>72)</sup>。

国民の意見表明に対して独自の価値判断/無価値判断を行ってはならないという意味での政治的中立性義務に賛成しつつも、さらなる憲法上の基礎を与えようと試みているのが、ネレゼンである。彼は、政治的公権力担当者の政治的中立性義務の根拠を、以上のような基本法 20 条 2 項 1 文の民主政原理のみならず、①政治的意見・意思形成プロセスにおける政党、政治団体の機会均等に対する権利、②自由権の基本権全体、殊に民主政の機能性にとり重要な意見表明の自由、集会の自由、③差別的取り扱いの禁止、④選挙法上の原則等をも挙げて検討している<sup>73)</sup>。

①は、殊に政党その他の政治団体の機会均等に対する権利という面において、②は基本法上許されない基本権の間接的・事実上の侵害による公的意見・意思形成プロセスの毀損として<sup>74)</sup>、③はスティグマ化の問題として<sup>75)</sup>、④は選挙の文脈において、それぞれ問題になっており、ヒルグラーバー説における民主政原理による基礎づけの特殊な面に係るものといえよう。以下、①、②そして④について簡単に見ておく。

①について、ネレゼンによれば、政治的意見・意思形成プロセスに等しく参加できる権利は、国家が政治団体の間の既存の差異を矮小化もしくは過剰化することにより政治的意見・意思形成プロセスに影響を及ぼすことを禁止する。この政治的中立性義務は民主政原理と関係する基本法 3 条 1 項（法律の下での平等）により導かれるものであり、例えばガイゼル事件連邦行政裁判所判決とは異なり、基本法 21 条 1 項のみを視野に入れて政党間の機会均等

---

71) Christian Hillgruber, Zwischen wehrhafter Demokratie und „political correctness“, in: Kluth (Hrsg.), „Das wird man ja wohl noch sagen dürfen“, 2015, S. 80f.

72) Christian Hillgruber, Die Meinungsfreiheit als Grundrecht der Demokratie, JZ 2016, 499f.

73) S. Nellesen (Fn. 66), S. 61ff. それ以外にも、職業官吏制の伝統的原則（基本法 33 条 5 項）と連邦議会議員の全国民の代表者という性格（基本法 38 条 1 項 2 文）が検討されている。

74) S. Nellesen (Fn. 66), S. 56f.

75) Vgl. S. Nellesen (Fn. 66), S. 57ff. 59.

に限定すべきではない。基本法 21 条 1 項の文言によれば、政党は国民の政治的意思形成に「協力する」（いっしょに作用する）ものであり、政治的意見・意思形成プロセスに参加する政党以外の組織も想定しているからである。また、社会運動から政党へと発展、展開するプロセスも考慮にいれなければならない<sup>76)</sup>。

②について、政党の機会均等に対する権利のみならず、意見表明の自由、集会の自由も、日本において毛利透により析出された萎縮効果論<sup>77)</sup>の背景にある公共圏の維持という客観的内容を有すると理解するのであれば、この「基本権内容自体が、間接的ないし事実上の制約を含みこんだ形で構成されている」<sup>78)</sup> ことになるといえよう。

④について、基本法 28 条 1 項 2 文、38 条 1 項 1 文は自由で平等な選挙を掲げている。したがって、選挙前の自由で開かれた意見・意思形成プロセスを特定の政治的方向に向けて誘導する国家の試みは選挙の自由と一致せず、国家には政治的中立性が義務づけられている。また、選挙戦期間中において国家の施設の利用は政治的に中立的に、法律上の要件に従ってのみ許可されなければならない、この点においても国家の政治的中立性が要請されている<sup>79)</sup>。

## 2. 一般的な政治的中立性義務の否定

以上のように、ネレゼンは、政治的公権力担当者の政治的中立性義務を根拠条文に即して分節化して検討していた。この分節化の思考を採用し、①発言主体（連邦大統領、連邦政府の構成員、市長等、発言者の具体的なコミュニケーションの役割の差異）、②発言対象（政党か社会集団か）、③発言の文脈（選挙運動での発言かなど）を軸に発言を整理して、かかる発言に関し例えば政党法上・選挙法上の政治的中立性義務が妥当するのか検討すべきであ

---

76) S. Nellesen (Fn.66), S.53ff.

77) 「ドイツの表現の自由判例における萎縮効果論」につき、毛利透『表現の自由』（岩波書店、2008年）243頁以下参照。

78) 参照、石塚・前掲注（4）80頁。

79) S. Nellesen (Fn.66), S.60f.

ると主張するのがパヤンデーである<sup>80)</sup>。プッサーと同様<sup>81)</sup>、結論として一般的な政治的中立性義務の基礎づけを放棄するこの見解の背景には、基本法上の民主政を政党民主政（政党民主国家）として把握する考え方がある。

### （１）政党民主政

政党民主政という考え方は、殊に連邦憲法裁判所 1977 年判決におけるロットマン裁判官特別意見で示されたもので、パヤンデーもそれを踏襲している。ロットマン裁判官は次のように指摘していた。「基本法上の民主政は、政党民主政である。政党は、基本法 21 条 1 項 1 文に基づき、法的に特権的な地位を有する。（中略）そこから、連邦のレベル、ラントのレベルにおける憲法機関の構成に際して政党の事実上の独占的地位が生ずる。（中略）かかる国家構造が妥当する中で形成される連邦政府は、この国家構造の結果として、政党の上で浮遊する『中立的である』行政の頂点なのではない。連邦政府はむしろ、政権与党もしくは政府を支える政権連立の執行委員会でもある」<sup>82)</sup>。

政党民主政では、公職と政党政治家をともに担う政治的公権力担当者において、国家と政治社会は重なり合う<sup>83)</sup>。かかる憲法現実および国家構造において、政治的公権力担当者の発言は、発言者の団体・機関権限と、法律および法への拘束（基本法 20 条 3 項）に服する一方、一般的な政治的中立性義務の下にはない<sup>84)</sup>。プッサー、パヤンデーによれば、その理由として、以下の 3 点が挙げられる。

第 1 に、政治的公権力担当者はその政治的見解に基づき本来的に政治的な

---

80) Mehrdad Payandeh, Die Neutralitätspflicht staatlicher Amtsträger, Der Staat 55, 2016, 523f.

81) Max Putzer, Verfassungsrechtliche Grenzen der Äußerungsbefugnisse staatlicher Organe und Amtsträger, DÖV 2015, 422. Vgl. auch Steffen Tanneberger/Heinrich Nemeček, Neutralitätsgebot für Mitglieder der Bundesregierung, NVwZ 2015, 209.

82) BVerfGE 44, 125, 182f. 政党に所属する者が公権力を担当する政党民主政の下、政府の職務を引き受けることにより公権力担当者は中立性要請に基づき政党政治の活動を禁止されるのであれば、政権政党に正当化できない不利益を及ぼすとの問題意識がある。Vgl. Tristan Barczak, Die parteipolitische Äußerungsbefugnis von Amtsträgern, NVwZ 2015, 1015.

83) Vgl. David Kuch, Politische Neutralität in der Parteidemokratie, AöR 142, 2017, 522.

84) M. Payandeh (Fn.80), 537.



公職に就いた以上、その職責を政治的に遂行してはならないとするためには特別な根拠づけを必要とする<sup>85)</sup>。

第2に、有権者は政党の代表者を国家もしくは地方公共団体を指導する地位として正統化し<sup>86)</sup>、彼らの政治的見方に立って公権力担当者の業績を評価する以上、公権力担当者も自己の活動について有権者とコミュニケーションし、その行為に対する支持を呼びかけて、自己とその政党の再選の機会を得るようにしなければならない。公権力担当者の政治的・民主的責任が中立性にとって代わるのであり<sup>87)</sup>、国家と政党政治の非同一性の原則は妥当しない<sup>88)</sup>。公権力担当者の発言それ自体は、「下から」「上への」意思形成プロセスを毀損せず、むしろ、国家機関における意思形成プロセスと住民における意思形成プロセスの相互作用の構成要素として位置づけられ、この発言も有権者の判断の対象となる<sup>89)</sup>。

第3に、有権者の視点からすれば、公権力担当者としての発言と政党政治家としての発言は区別されえない<sup>90)</sup>。

以上の政党民主政を踏まえ、パヤンデーは特殊な政治的中立性義務として、民主政原理（基本法20条1項、2項）、政党の機会均等（同21条1項）、選挙の自由（同38条1項）の憲法上の三組により基礎づけられる政党法・選挙法上の中立性義務、そして基本権上の中立性義務を挙げて、それぞれ分節化して検討している。

## （2）政党法・選挙法上の政治的中立性義務

前者につき、①発言主体は、原則としてすべての国家審級である。②発言対象は定義上、政党である。③発言の文脈は、選挙である。

③選挙の文脈について、パヤンデーは、有権者における意見形成プロセス、

85) M. Payandeh (Fn.80), 532f.

86) Vgl. D. Kuch (Fn. 83), 503.

87) M. Payandeh (Fn.80), 533.

88) Vgl. D. Kuch (Fn. 83), 503.

89) M. Putzer (Fn. 81), 422. 意思形成プロセスの相互作用を指摘するものとして、BVerfGE 138, 102, 111.

90) M. Putzer (Fn. 81), 422f.; S.Tanneberger/H.Nemeczek (Fn.81), 216.

そして政党間の競争に時間上の制約はないことを理由に、選挙法上根拠づけられる中立性義務は選挙戦期間に限定されないとする<sup>91)</sup>。

①発言主体について、発言者と発言対象者の間の具体的な競争関係の特別な意味により、選挙を控えている政治的公権力担当者の発言には強化された中立性義務が妥当する。しかし連邦大統領は、ガウク判決の指摘するように、政治的影響力の獲得をめぐり政党と直接競争関係に立つものではない。また、国民の意見・意思形成プロセスに働きかけることを可能にする連邦政府が有しているものと同等の手段をも持ち合わせていない。したがって、(連邦憲法裁判所とは異なり)連邦大統領には中立性義務は課されず、即事性要請に依拠して当該発言を評価することになる<sup>92)</sup>。

政治的公権力担当者的中立性義務の内容について、政党政治家がその政府の職務活動の中で、または地方公共団体の長としての活動の中で(したがって、公職の権威を用いて)自己と所属政党を宣伝して再選を試みることは正当である。他方で、かかる宣伝目的で国家の資源を利用することは、他の政党との競争の関係で許されない<sup>93)</sup>。

なお、選挙以外の文脈において、連邦大統領、そして政治的公権力担当者が政党に対して批判的発言をした場合、即事性要請のみが妥当する。なぜなら基本法 21 条は、政党、その指導者、構成員、支持者がその政党に関連する活動を理由に法的制裁を受けることがないように定める規定であって、政党を批判的な発言、価値判断から守るものではないからである<sup>94)</sup>。

### (3) 基本権上の政治的中立性義務

後者の基本権上の中立性義務は、殊に②発言対象が政党ではなく社会運動に向けられたときに焦点となる。

前述のように、国家の特定の立場に対する批判的発言は基本法 5 条 1 項の意見表明の自由に対する間接的・事実上の侵害として見なされる。パヤン

---

91) M. Payandeh (Fn.80), 540.

92) M. Payandeh (Fn.80), 539f.

93) M. Payandeh (Fn.80), 541f.

94) M. Payandeh (Fn.80), 542f.

デーによれば、確かに意見表明の自由が直接的、目的指向的な侵害を禁止するのみならず、国家が意見表明の自由の行使に対して消極的な帰結を結びつけることから保護することは正しい。しかし、国家の批判的言説一切が間接的・事実的侵害に該当するのではない。基本法5条1項は、自己の意見を自由に表明する権利を保障しているのであって、国家が意見表明を批判しないことに対する権利までをも根拠づけているのではない<sup>95)</sup>。

同様のことは、基本法5条1項に基づく国家の意見中立性要請に対しても妥当する。この要請が意味しているのは、ある意見表明が基本法5条1項の保護の下にあるのか、あるとすればその程度について問題になる場合に、国家がこの意見の内容上の評価をしてはならないということである。国家は基本権侵害の場合以外でも意見内容中立的に振る舞わなければならないことは、この要請からは出てこない<sup>96)</sup>。

基本法8条の集会の自由については公権力担当者による集会批判もしくは対抗示威運動の呼びかけが問題になる。パヤンデーによれば、集会の自由は、集会の制約から保護する規定であって、批判から保護するものではない。また、公権力担当者の以上のような発言は、国家の危険防禦措置もしくは制裁の契機となるビデオ録画の場合とは異なり、集会への参加を萎縮させる効果を及ぼすかは一般的には明らかではないとする<sup>97)</sup>。

結局のところ、公権力担当者の発言は、意見表明の自由、集会の自由との関係では即事性要請に即して評価されるべきであるという<sup>98)</sup>。

#### (4) 判例および事案の評価

以上の規準を踏まえパヤンデーは判例および事案を評価して次のようにまとめている<sup>99)</sup>。

ガウク判決について、「馬鹿者ども」という概念の使用は即事性要請の限界を越えていないため、連邦憲法裁判所の結論は正しい。

---

95) M. Payandeh (Fn.80), 544f.

96) M. Payandeh (Fn.80), 545.

97) M. Payandeh (Fn.80), 545f.

98) M. Payandeh (Fn.80), 546f.

99) M. Payandeh (Fn.80), 547ff.

シュヴェージヒ判決について、結論に問題はないものの、連邦大臣の発言を公職の外でなされたものと整理したことは説得的ではない。パヤンデーの見解では公権力担当者としての発言と政党政治家、私人としての発言を区別する必要はない。シュヴェージヒの発言は、選挙法・政党法上の中立性義務に即して評価すべきであるところ、彼女の発言は政治的意見闘争に寄与するものとして許される。なぜなら、彼女は省の特別な資源を用いて発言しておらず、政党間の競争の歪みをもたらしてはいないからである。

ヴァンカ判決の事案についても、選挙法・政党法上の中立性義務に即して評価すべきである。彼女の AfD に対する発言は即事性要請に合致する。省のホームページを使用していることについては、国家の資源を利用している点で問題があるように思えるものの、省のコミュニケーション可能性を単に利用することは選挙運動・宣伝の目的で公職を道具化することではなく、政党の競争における機会均等を歪めてはいない。

ガイゼル事件について、基本権による中立化作用に即して評価すべきであるところ、市長の社会集団に対する批判的発言は DÜGIDA の意見表明の自由の侵害ではない。また、市の建物の消灯による DÜGIDA に対する否定的な意見表明は、コミュニケーション的機能が前面に出ているシンボリックな行為である。その際に市の資源を用いたことについては、DÜGIDA が政党ではないことから、かかる資源利用は市長による許されない選挙戦宣伝でも、政党間の競争の歪曲でもない。いかなる形で公的資源を用いるかは市長の政治的決定に委ねられている。この決定は公共の利益に指向しなければならないものの、この公共の利益とは何かについては、政党民主政においては、民主的に正統化された公権力担当者がその権限の枠内で、法的限界内で決定できる裁量を持つ。

### 3. 一般的政治的中立性義務の再評価

政党民主政に基づく以上のようなパヤンデーの見解については、殊に政党民主政の把握の仕方の観点からこれを批判し、一般的政治的中立性義務を再評価する見解もある。

クッフによれば、パヤンデーとは異なり、政党政治家がその政府の職務活動の中で自己と所属政党を宣伝して再選を試みることは、立法期という時間的制約に基づく支配の原則、時間的区切りのある正統性に反し、許されない<sup>100)</sup>。そのうえでクッフは、政党民主政では、公職と政党政治家をともに担う政治的公権力担当者において国家と政治社会が重なり合うからこそ、市民すべての利益に尽くす公務と政党のための政治活動は区別されるべきであると主張する。クッフは、「下から」「上への」意思形成プロセスを分節化して検討する。

第1に、公共の利益を継続して具体化する権限は、有権者の付託において国家意思を形成する議会多数派の下にある。したがって、この権限はきわめて政治的、党派的に行使される。

第2に、統治の責任を担う政治的多数派の公共の利益の具体化に対する正統性は、その特殊な政治目的を国家の政治目的とさせるものの、これには同時に目的追求に係る諸拘束と責任の変化が伴う。なぜなら、この正統性の文脈において、多数派の介入に対する少数派の保護のための法的措置が妥当するからである<sup>101)</sup>。政権政党により「国家の」(政治的な)アジェンダとして高められた公共の利益は、少数派保護制度を通して、様々な利益との調整をうけて、国家意思の形成へと至らなければならない。妥協の結果、様々な立場は純粋な形で実現化されていないため、国家は各立場と同一視されない。

政党の代表者は、自己の政党の特殊な公共の利益を体現しているのか、それとも公権力担当者として国家意思形成に対する共同責任の中で行動しているのかにより、行動基準が異なることになる<sup>102)</sup>。

他方、意見表明の自由、集会の自由等の基本権について、その主観的権利の側面とともに、以上の国家意思形成の領域の手前にあるともいえる公的意見形成の領域(ここでは、ある論点につき賛成者、反対者の立場は両立でき

---

100) D. Kuch (Fn. 83), 508ff.

101) Bernd Grzeszick in: T. Maunz/G.Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 79. EL, 2016, Art.20 Rn.53. 邦語文献として、山岸喜久治「ドイツ憲法と議会制民主主義」宮城学院女子大学人文社会科学論集 28号(2019年)70頁を参照。

102) D. Kuch (Fn. 83), 514ff.

ずに対峙する) を構成する客観的側面をもフックは強調する。コミュニケーションは間主観的性格を有しているからである。基本法はこの客観的側面を実現するため、社会の意見・意思形成プロセスをすべての者に「等しく」開かれたままにしておくこと、このプロセスへの参加を「促すこと」を国家機関に義務づけている。これを国家意思形成プロセスの観点から言い換えると、国家は国民全体に奉仕すべきである以上、部分的政治要求を等しく取り扱う義務に服していることになる。したがって、公権力担当者がその公職活動中に政党政治家として振る舞い、公的意見形成の領域に参加している市民もしくはその集団に対して公的に否定的な価値評価を下すならば、それは民主政の機能にとり不可欠なコミュニケーションの自由と平等の結合を侵害するとともに、公権力担当者の政治的中立性義務に違反することになる。この政治的中立性義務は公権力担当者からすれば脱政治的に作用するかもしれないが、社会においてはむしろその政治化に仕える。そうして、国家機関における意思形成プロセスと住民における意思形成プロセスの相互作用、殊に国家意思の市民の意思への継続的な再帰的カップリングが実効化する<sup>103)</sup>。

以上に照らせば、政党の競争機会に不利に作用する場合のように、国家意思形成への一方的な作用を禁止する中立性義務を政治的公権力担当者の発言に対して課す近年の一連の連邦憲法裁判所の判決は賛同できる。また、中立性義務は、社会における(差別から)自由な政治的意思形成という民主政を構築する価値を保護する以上、発言対象が市民運動等の場合にも妥当する<sup>104)</sup>。

## VI. 公権力担当者としての発言と私人としての発言の区別

### 1. 区別の一般的規準

一般的政治的中立性義務が妥当するならば、公権力担当者としての発言と私人としての発言を区別することが先決問題となる。公権力担当者の公職上の発言は、意見表明の自由ではなく各権限に依拠する一方、公権力担当者の

---

103) D. Kuch (Fn. 83), 518ff.

104) D. Kuch (Fn. 83), 522ff.

私的な発言は意見表明の自由の保護を受ける<sup>105)</sup>。この区別は、コミュニケーション機能の違いに即してなされることになる<sup>106)</sup>。前者に一般的政治的中立性義務が課されるのは、一言でいえば、公権力担当者が公職上の資源を政治目的のために濫用することを防ぐためである<sup>107)</sup>。

では、公私の発言をどのようにして区分すべきであろうか。一般的には、発言している公権力担当者が客観的に認識されうる形で、その公職に基づいてのみ開かれ、したがって意見・意思形成プロセスの他の参加者の自由にならない可能性を用いているかどうか<sup>108)</sup>、要するに職務に結びついている権威を特に用いているかどうか<sup>109)</sup>、が規準となる。ネレゼンはこの一般的規準を具体化、細分化して、一義的に公職の性格を導く規準のカテゴリーと、公職の方向性を示す徴候にすぎず、事案の全体を見て具体的に判断することを求める規準のカテゴリーに分類する<sup>110)</sup>。

## 2. カテゴリー化

前者のカテゴリーに属する規準は、①公権力担当者が公権力担当者として発言していることを明示した場合、②公権力担当者が具体的な職名（例：「ケルン市市長」）を用いて発言した場合、③具体的な法律上の任務を履行する中で発言した場合（例：連邦議会議長の発言）④公式発表の形式で発言を公表した場合（例：官報において。ただし、官報において誰でも利用できる広告の部分は除く）、である。

後者のカテゴリーに属する規準は、⑤発言と特別に関連して国家の資金（政府広報費等）<sup>111)</sup>、人材（職員）、物的資材（職務室、電話番号、省庁の

105) S. Nellesen (Fn. 66), S.75.

106) T. Barczak (Fn.82), 1016.

107) S. Nellesen (Fn. 66), S.76.

108) S. Nellesen (Fn. 66), S.79f.

109) T. Barczak (Fn 82), 1016.

110) バルクザックは、発言の内容、形式、外的連関に即して一般的規準を具体化、細分化している。T. Barczak (Fn.82), 1016.

111) ただし、連邦政府の構成員が公用車を私的に利用することは「連邦行政における公用車利用に関する指針」14条1項により認められている。Vgl. S. Nellesen (Fn. 66), S.89.

ホームページ等)を用いた場合、⑥役職金鎖、ゲマインデのワッペン等、高権のシンボルを用いた場合、⑦公権力担当者の外見を作りだして発言した場合(官庁公刊物類似の出版物の中で発言し、受け手に公権力担当者の発言であるとの印象を与えた場合等)、⑧公権力担当者としての活動と時間的(公権力担当者として特定の行事に参加した中での発言等)、空間的(職務室でのインタビュー等)、実質的(専ら公職としての活動を内容としている発言等<sup>112)</sup>)に関連して発言を行った場合、である<sup>113)</sup>。

①と②は、公職の権威を意識的に利用して発言しており、例外なく公権力担当者の発言と評価しても発言者にとり不意打ちとはならない<sup>114)</sup>。なお、②について、抽象的職名(例:「市長」)は俸給法等における身分法上の意味での公職を意味し、法律上(連邦官吏法 86 条 2 項 2 文等)職務外における職名利用が認められているため、公職上の発言を画定するための規準とはならない<sup>115)</sup>。

⑤は、前者のカテゴリーに属するように思われるが、ネレゼンによれば、国家資材の投入はしばしば発言の受け手(聴衆など)にとり認識されえないことを考慮すべきであるという。例として、——もちろん許されないことではあるが——連邦首相が首相府の職員に党大会演説原稿を書かせる場合が挙げられている<sup>116)</sup>。⑤は発言と国家資材投入の間に特別に密な結びつきを要求しているが、その例として、公権力担当者がその発言において、職務の中でのみ彼の自由になる担当者に言及したとき(市長のフェイスブックにおける発言の中で、管理者情報として市の担当者を挙げた場合等)、この連関が

---

112) 発言内容を考慮しなければ公私の画定ができない場合にのみ、発言内容を公私画定規準とする慎重な見解もあるが、通説的見解はそこまで謙抑的な姿勢を取っていない。しかし、通説的見解に立つと、政党機関紙での発言もその内容上、公的発言と評価される場合がある。この場合、政治的公権力担当者が自己の再選を目指しての発言かどうか、公私の画定にあたり慎重に検討されなければならない。Vgl. S. Nellesen (Fn. 66), S.95f.

113) S. Nellesen (Fn. 66), S.98f.

114) S. Nellesen (Fn. 66), S.98.

115) S. Nellesen (Fn. 66), S.84f.

116) S. Nellesen (Fn. 66), S.99f.



認められる<sup>117)</sup>。⑥について、シンボルによっては回状通達に基づき私的目的の利用が認められているものもあるので、分節化が必要となる<sup>118)</sup>。⑧について、シュヴェーズィヒ事件のように、発言が大臣として参加した行事の中で行われず、この行事を契機として行われたインタビューという一般的な政治的ディスカルス（他の例としてトークショーやシンポジウム、ソーシャルネットワークでの発言等<sup>119)</sup>）の中での発言は分節化して評価されなければならないという。この検討によりある発言のみに政治的中立性を課すのは、公私画定に反対する論拠ではなく、発言の文脈を踏まえた分節的検討の結果である<sup>120)</sup>。

なお、ドライバー事件でも示されたように、個別の事例において、以上の画定規準に依拠して明確な結論に至らない場合、疑わしきは意見表明の自由の側に、という原則が成立する<sup>121)</sup>。

## VII. 発言の憲法適合性－形式的要件－

以上の公私画定規準により、ある発言が公権力担当者のそれと結論づけられた場合、この発言は憲法上の制約を受ける。この制約は、形式的条件と実体的条件に分けることができる。まず、前者について見ておこう。

### 1. 権限

公権力担当者の発言は、民主的正統性の観点から、その権限に依拠してなされなければならない<sup>122)</sup>。そうしてのみ、国家作用が予測可能、統制可能

---

117) S. Nellesen (Fn. 66), S.91f.

118) S. Nellesen (Fn. 66), S.93.

119) T. Barczak (Fn.82), 1016.

120) S. Nellesen (Fn. 66), S.97. Vgl. Herbert Mandelartz, Informations-und Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung, DÖV 2015, 329.

121) S. Nellesen (Fn. 66), S.97.

122) 公権力担当者は団体権限（連邦、州という法主体の権限）と機関権限（法主体の機関の権限）をともに必要とする。連邦制の下、連邦と州の間の権限配分を基本的に規定しているのが基本法 30 条である。それによれば、国家の権限の行使と国家の任務の履行のための団体権限は原則として州にある。Vgl. S. Nellesen (Fn. 66), S.30; T. Barczak (Fn.82),1016f.

となる<sup>123)</sup>。しかし、かかる権限の視座に立って公権力担当者の発言権を検討する論考は、今までほとんど存在しなかったと指摘されている<sup>124)</sup>。また、連邦憲法裁判所も、例えばヴァンカ判決のように連邦大臣の発言は基本法 65 条 2 文によりその権限範囲と関連していないことを指摘しつつも、権限違反があるかどうかは未決にしている<sup>125)</sup>。

そこで以下では、近年、権限・任務の観点から公権力担当者の発言権を詳細に分析しているネレゼンの著書、そしてバルクザックの論文に依拠して、連邦大統領、連邦首相 / 大臣、州首相 / 大臣、地方公共団体の長の発言の制約について整理しておく。

#### (1) 連邦大統領

ガウク判決は、連邦大統領の発言権をその（〔国家シンボルに係る〕不文の）統合任務を根拠に広く認めている<sup>126)</sup>。しかし、統合機能の内容をめぐっては連邦憲法裁判所の判例においても矛盾が生じているとの指摘がある。

ガウク判決と同日に出された連邦集会についての判決の中で、連邦憲法裁判所は連邦大統領の選挙における特殊性として連邦大統領の憲法上の地位を挙げ、この地位は職務の権威と尊厳に基づき政党と社会集団の目標・活動に対して一定の距離を保つ憲法上の期待に基づくという<sup>127)</sup>。そうであるなら

---

123) S. Nellesen (Fn. 66), S.32.

124) T. Barczak (Fn.82), 1016.

125) BVerfGE 148, 11, 37f.

126) 連邦大統領の権限は、基本法上明文化されたものと学説・実務上認められている不文の権限がある。前者は、立法権、行政権、司法権のそれぞれに関連性を有しており、例えば立法権との関連性で言えば連邦議会の招集要求（基本法 39 条 3 項 3 文）、法律の認証（同 82 条 1 項 1 文）、行政権との関連性で言えば連邦首相の提案（同 63 条 1 項）、首相または大臣の副署を必要とする連邦大統領の命令・処分（同 58 条 1 文）、司法権との関連性で言えば、連邦憲法裁判所裁判官の任命（同 60 条 1 項）、法律制定手続の枠組みでの形式的審査権（同 82 条 1 項）などを挙げることができる。さらに、より政治的決定権限を認める規定として基本法 63 条 4 項 3 文（連邦首相の選挙において選出された者が過半数を得なかった場合における連邦首相の任命もしくは連邦議会の解散）、68 条 1 項 1 文（信任決議案否決の場合における連邦議会の解散権）、同 81 条 1 項（立法上の緊急常態の宣言）がある。他方で不文の権限として、勲章の授与、国家の祝典の実施など国家のシンボルの分野に本質的に限定される権限が認められている。Vgl. S. Nellesen (Fn. 66), S.136ff.

127) BVerfGE 136, 277ff.

ば、政党からも生ずる社会にとっての想定上のリスクと危険を指摘したガウク大統領の発言は、政治的距離を保つことができず、そもそも権限外の発言ではないのか問題視されよう。連邦大統領が個別の政党や政治集団を除け者にしたり、選挙直前に立候補者に対する賛成、反対を表明することは、社会の統合ではなく社会の分断を促すからである<sup>128)</sup>。

両判決は統合機能を鍵概念としてそれぞれ独自の内容を付与しており、連邦大統領の発言権を根拠づけてその範囲を画定する権限規定としては機能していない<sup>129)</sup>。

もっとも統合機能を持ち出さなくても、基本法は63条4項3文、68条1項1文、81条において連邦大統領の政治的評価を前提にしている規定を置いている。また、連邦大統領は国家元首として<sup>130)</sup> 国家にとりきわめて重要な問題に対して広く政治的見解を述べる権限を持つ。したがって連邦大統領が例えば住民訴願や住民投票のようにただ地方公共団体にとって重要な事象について発言する場合にのみ、権限の範囲を越えていると評価されよう<sup>131)</sup>。

## (2) 連邦政府、連邦首相、連邦大臣

合議制機関としての連邦政府の権限の多くは基本法により明文で規定されている<sup>132)</sup>。以上に加えて政治的國家指導、そして自由で民主的な基本秩序の保護に対する権限も連邦政府は有していると一般に理解されている。

連邦政府の國家全体に対する責任により根拠づけられている政治的國家指導の権限は、例えば基本法76条1項の連邦政府の法律案提出権においても裏書されている。法律案提出を通じて政府は特定の政治的目的を追求するか

128) Matthias Cornils, Parteipolitische Neutralität des Bundespräsidenten: Wahlrechtsprägende Verfassungserwartung, nicht Amtspflicht, in: FS Hufen, 2015, S.159.; S. Nellesen (Fn. 66), S.145ff.

129) S. Nellesen (Fn. 66), S.147.

130) 基本法上、連邦大統領は國家元首として明記されていないものの、基本法制定過程において連邦大統領を國家元首として把握していたことについて、S. Nellesen (Fn. 66), S.139.

131) S. Nellesen (Fn. 66), S.142f.,151f. 統合機能で争われた、連邦大統領は社会の誤った気運を一般的に指摘するのみならず、この展開を具体的に政党等に結びつけて発言できるかという論点は、政治的中立性義務等の実体的条件に係るといえよう。

132) S. Nellesen (Fn. 66), S.181f.

らである<sup>133)</sup>。

自由で民主的な基本秩序の保護に対する連邦政府の権限は闘う民主政を実現するための様々な手段の投入の可能性により基礎づけられる。連邦憲法裁判所法 43 条と関係する基本法 21 条 2 項 - 4 項、結社法 3 条と関係する基本法 9 条 2 項により政党禁止手続および基本権喪失手続における申立権者として連邦政府も挙げられているからである。殊に、権限のある公権力担当者によりなされる、連邦憲法裁判所に政党禁止申立を行うべきか否かをめぐっての公的議論は、原則として認められる<sup>134)</sup>。

以上の権限、殊に国家指導の権限に基づき、連邦政府は情報提供・広報活動の権限を有する。

連邦首相は基本法 65 条 1 文に基づき、政治的国家指導の重要な手段である政治の基本方針を定める権限を有しており、この権限は政府の職務に係るすべての実態領域に及ぶ。したがって、発言権についても連邦首相は連邦政府の権限の範囲内にあるすべての事柄について発言することができる<sup>135)</sup>。

もっとも、宰相原理と所管管轄原理は並存する。連邦首相とならんで連邦大臣も基本法 65 条 2 文に基づき、原則としてその管轄権限の範囲内で発言することができる。ただし、連邦政府が全体として決定を下して政治責任を担う案件については、連邦大臣の権限は連邦政府という全体機関の一部として行使される以上、閣議決定との時間的、実質的連関を考慮して、本来権限のない大臣も立場を表明することが許される<sup>136)</sup>。

### (3) 州政府、州首相、州大臣

各州憲法に基づき州政府も各州の政治的国家指導権限を有しており、州政府の権限は連邦政府の権限と比肩されうる。また、基本法 50 条は「州は、連邦参議院を通じて連邦の立法及び行政並びに欧州連合の事務において協力する」と定め、同 51 条 1 項 1 文は「連邦参議院は、州政府の構成員によっ

---

133) S. Nellesen (Fn. 66), S.182f.

134) S. Nellesen (Fn. 66), S.183f.

135) S. Nellesen (Fn. 66), S.184f.; T. Barczak (Fn.82), 1017.

136) S. Nellesen (Fn. 66), S.186f.; T. Barczak (Fn.82), 1017.

て構成される」と規定している<sup>137)</sup>。すなわち州政府は連邦の事項について(部分的な)参与権を有している。さらに州政府は自由で民主的な基本秩序を保護する権限を有している。例えば、基本法 18 条による基本権喪失手続において連邦憲法裁判所法 36 条に基づき州政府にも申立権限がある。また、政党禁止手続において連邦憲法裁判所法 43 条 2 項に基づき、その組織が当該州の領域内に限定される政党である限り、州政府にも申立権限がある<sup>138)</sup>。

純粋に地方公共団体に関連する事項は、基本法 28 条 2 項に基づき地方公共団体の団体権限に含まれるため、州政府の権限外となる。ただし、州全体または多くの地方公共団体に関連する事項については州政府の権限となる<sup>139)</sup>。

以上の権限範囲において、州政府は情報提供・広報活動の権限を有するといえよう<sup>140)</sup>。

州首相と州大臣の権限について、各州憲法も基本方針権限と管轄権限を区別している<sup>141)</sup>。この点も含めて、州首相と州大臣の発言権を検討すると、次のようになる。

州首相は州政府の構成員であるとともに、州の国家元首でもある。州首相は州のレベルにおいて連邦大統領と連邦首相の職務を統合したものともいえる<sup>142)</sup>。こうした特別な地位を有しているため、州首相は州政府の機関権限の枠を越えて発言できる<sup>143)</sup>。ただし、地方公共団体に関連する事項については、前述の通り、地方公共団体の団体権限に含まれるため、発言権を持たない。ラメロウ事件がこれに該当しよう。

他方で、州大臣は原則として管轄権限の枠内でのみ発言できる。もっとも、特定の事項について州政府の権限の枠内で、州大臣はこの事項について管轄

---

137) 訳は、高田敏・初宿正典〔編訳〕『ドイツ憲法集〔第 7 版〕』(信山社、2016 年)に従った。

138) S. Nellesen (Fn. 66), S.191f.

139) S. Nellesen (Fn. 66), S.192.

140) T. Barczak (Fn.82), 1016. Vgl. BVerfGE 44, 125, 149.

141) S. Nellesen (Fn. 66), S.191; T. Barczak (Fn.82), 1017.

142) T. Barczak (Fn.82), 1017.

143) S. Nellesen (Fn. 66), S.193.

権限を越えて発言できる場合もある。例えば、州政府が全体として法律案を州議会に提出する際に、本来権限のない大臣も時間的に限定された枠内で発言できる<sup>144)</sup>。

なお、連邦参議院を通じての連邦の事項の参与可能性により、州政府の構成員である州首相と州大臣は、連邦参議院の構成員であるかを問わず、連邦の事項について発言できる<sup>145)</sup>。

#### (4) 市長

市長はゲマインデ参事会と並ぶゲマインデの中心的な機関であり、その権限は各州のゲマインデ法により定められている。すべての州において市長は直接市民により選ばれ、ゲマインデの行政を指導する責任を負う。市長は通常、公安当局、さらには集会当局としての役割を担う場合もある。また、市長は参事会の議案を準備し、可決された議案を執行する。市長は通常、法律上、ゲマインデの代表者である<sup>146)</sup>。

市長の機関権限は、ゲマインデに団体権限がある場合にのみ開かれうる。団体権限は基本法 28 条 2 項 1 文および州憲法の規定により導かれる。これらの規定によれば、ゲマインデに対し、地域共同体に係るすべての事項を法律の枠内で自己の責任の下、規律する権限が与えられなければならない。そこでいう地域共同体に係る事項とは、関係する判例および文献を分析したネレゼンによれば、地域共同体に根差す需要や利益、ゲマインデ住民に共通の需要や利益を意味する。したがって、ゲマインデの権限は実体的観点からではなく、単に地域的観点から限定されているにすぎない<sup>147)</sup>。

以上の権限に照らして市長の発言権を分析するネレゼンによると、ゲマインデに団体権限がある場合には（地域に関連するすべての事項について）常

---

144) S. Nellesen (Fn. 66), S.194. したがって、コメルソン事件における州教育文化大臣の発言は権限秩序の観点からは問題視されない一方で、タウベルト事件における州社会・家族・健康大臣の発言は権限秩序に反する。

145) S. Nellesen (Fn. 66), S.193. ただし、T. Barczak (Fn.82), 1017. によれば、外交、防衛等、連邦政府固有の権限に係る場合には、この限りではない。

146) S. Nellesen (Fn. 66), S.213f.

147) S. Nellesen (Fn. 66), S.214.

に市長に発言権が認められるという。市長はゲマインデ内部の権限配分に関係なく、対外的にゲマインデを統一的に代表するからである。殊に、市長は参事会をも対外的に代表しているため、参事会の決定権限に服している事項についても発言できる<sup>148)</sup>。

ガイゼル事件において論点となったように、市長の集会に対する発言がしばしば問題となり、そこでは集会における特別な地域関連性が問われた。この点についてネレゼンは、第1に開催場所、集会名において地域共同体と関連する場合、第2に地域共同体にとって重要なテーマを取り上げる集会の場合に、特別な地域関連性が肯定されるという。他方で、市長が政党禁止を要求するとき、市長は政党禁止手続における申立権者ではないため、その権限を越えているという<sup>149)</sup>。

## 2. 法律の授権は必要か

### (1) 判例法理

公権力担当者の発言がその権限の範囲内であったとしても、さらに発言のための法律の授権が必要であるのか、問題となる。

基本法 20 条 3 項により基礎づけられる法律の留保原則は古典的な意味での基本権侵害（目的志向性、直接性、命令性、法形式性）<sup>150)</sup> に対して妥当することに争いはない。それ以外の場合に法律の留保原則が妥当するかは、連邦憲法裁判所によれば、問題となっている実態領域の特性、計画されている、あるいは講じられた規制の密度を検討して初めて探究されうるという。その際、憲法上の評価基準は、第一次的には基本法を支える諸原理、殊に基本法により承認され、保障されている基本権から導出されうる<sup>151)</sup>。

公権力担当者の発言に関する判決において連邦憲法裁判所は、以上の法律

---

148) S. Nellesen (Fn. 66), S.215.

149) S. Nellesen (Fn. 66), S.216f.; T. Barczak (Fn.82), 1017.

150) ドイツにおける議論状況の分析として、さしあたり参照、小山剛「間接的ないし事実上の基本権制約」法学新報 120 巻 1・2 号（2013 年）155 頁以下。

151) BVerfGE 49, 89, 127.

の授権の問題を付随的にしか扱っていないと評されている<sup>152)</sup>。ガウク判決は、連邦大統領の発言権限はその職務に内在しており、さらに単純法上の授権を必要としていないと指摘する<sup>153)</sup>。シュヴェージヒ判決とヴァンカ判決は、連邦政府の構成員の発言権限について、グリコール決定<sup>154)</sup>とオショー決定<sup>155)</sup>を参照して特別の法律の授権を不要とする<sup>156)</sup>。

周知の通り、グリコール決定とオショー決定では国家機関はどの程度、公衆に対して危険を警告する権限があるのか問われた。連邦議会の質問に対する回答、冊子、プレス発表、講演等の中で連邦政府がある宗教団体を「若者ゼクテ」、「破壊的な宗教的集団」、「破壊的カルト」、「似非宗教的」と表現して公衆に警告を発したことが問われたオショー決定は、不凍液グリコール入りワイン暫定総リストの連邦青少年家族健康省の公表による市場競争の影響が問題になったグリコール決定とは異なり、個人が与えられた情報から帰結を引き出し、問題となる集団から離れ、脱退し、そうするように支持者や他の人たちに働きかけ、あるいは団体の財政的支援を止めることから発生する、基本権に対する事実上・間接的な侵害の影響 (Beeinträchtigung) を認めた<sup>157)</sup>。しかし、オショー決定は、目的と作用の点で「伝統的な侵害的規制 (Eingriff) の代替手段として取られる措置」は別として、事実上・間接的な侵害の影響には法律の授権は不要であるとした。連邦政府の情報提供活動の権限は、連邦政府に帰属する国家指導という憲法上直接導き出される任務に含まれるのである<sup>158)</sup>。

---

152) S. Nellesen (Fn. 66), S.35.

153) BVerfGE 136, 323, 332.

154) BVerfGE 105, 252ff. 邦語文献による解説として、丸山敦裕「市場競争に影響ある情報の国による公表」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）292頁以下。

155) BVerfGE 105, 279ff. 邦語文献による解説として、西原博史「政府の情報提供活動における〈警告〉と信教の自由の保障」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）117頁以下。

156) BVerfGE 138, 102, 114; 148, 11, 27.

157) BVerfGE 105, 279, 300.

158) BVerfGE 105, 279, 303.



なお、法律上の授権は不要であるとしても基本権に対する事実上・間接的な侵害的影響は実体的な正当化が求められる<sup>159)</sup>。「宗教的・世界観的な信条の問題に関して中立的に行動し、社会における宗教的な平和を害さないようにする」国家の中立性義務（基本法4条1項、3条3項1文、33条3項、ヴァイマル憲法136条1・4項、137条1項と関係する基本法140条）により基本法4条1項は、ある宗教的・世界観的な団体に対する侮辱的、差別的、歪曲的な記述に対する保護を提供する<sup>160)</sup>。「破壊的」、「似非宗教的」という言い方は侮辱的である一方、連邦政府の表現を正当化する十分重要性のある、具体的な事実を支えられた根拠が連邦政府により提示されず、また見当たらない<sup>161)</sup>。したがって、以上の言い方は比例原則により正当化されず、基本法4条1項、2項に違反する。

以上のオシヨー決定の論理を基盤とすれば、例えばヴァンカ判決が連邦政府の構成員の発言権限について特別の法律の授権を不要とした理由が分かる。

まず、ヴァンカ判決が事実上・間接的な侵害的影響について言及していないのは、石塚壮太郎が指摘するように、政党の機会均等に対する権利の「内容自体が、間接的ないし事実上の制約を含みこんだ形で構成されている」ためである<sup>162)</sup>。ただし、ネレゼンが指摘しているように<sup>163)</sup>、オシヨー決定は、基本権に対する事実上・間接的な侵害的影響を理由として法律の授権を不要としたのではなく、規範化の必要性は規制の対象に応じて分節的に検討しなければならないことを強調する。そのうえでオシヨー決定は、連邦政府の情報提供活動の場合、それは法律により有意義に規制されえないとの結論を導く。国家の情報提供活動はすべての生活分野に関わり、発言はやにわになされることが多く、予見されえないからである。情報提供活動、発言の事実上の作用は様々なファクターに依存しており、仮に法律の授権が必要とされた場合、それは一般条項の形態をとらざるを得ず、国家の行為の予見可能性を

---

159) BVerfGE 105, 279, 308f.

160) BVerfGE 105, 279, 294.

161) BVerfGE 105, 279, 309f.

162) 石塚・前掲注(4) 80頁。

163) S. Nellesen (Fn. 66), S.36.

保障できないため、法律の留保の関心を満たさない<sup>164)</sup>。このことは公権力担当者の政治的発言にも（にこそ）妥当する。

## (2) 学説の対立

さて、学説の中には、任務から権能を導くことはできないと指摘してグリコール決定とオショー決定を批判するショッホの見解<sup>165)</sup>をも踏まえて、公権力担当者の発言も法律の授権を必要と説くものがある。例えばバルクザックは、政党に関する国家機関の情報活動が基本法 21 条 1 項の客観法的保障に対し侵害的影響を及ぼす場合、かかる活動には、連邦大統領の発言も含め、法律の授権が必要であるという<sup>166)</sup>。

これに対して、ゲルディッツは、特別な制御能力が意見表明から出てくることがない限り、公選による公権力担当者は意見闘争における純粋に政治的な発言に対する一般的なコミュニケーション権能を有し、法律の授権は不要であると説く。ガウク判決は以上の考えを一般化したものであるという<sup>167)</sup>。ネレゼンもゲルディッツと同様の見解に立ち、政治は一定の裁量を必要としているとして、政治的な職務（権限）に内在する一般的なコミュニケーション権能を肯定する。ここでいう政治的な職務とは、①市長のように市民により直接選ばれる公権力担当者、②連邦大統領、連邦・州政府の構成員のように間接民主的に正統化される公権力担当者で、その政治活動が任務に属する者、③政務次官のように公選ではないものの、政治的に特徴づけられた活動を行う公権力担当者である。かかる公権力担当者が、ある政党の目標もしくは活動について否定的な意見を表明して、機会均等に対する権利に侵害的影響を及ぼすことは、法律の授権なくしても可能で

---

164) BVerfGE 105, 279, 304f.

165) Friedrich Schoch, Amtliche Publikumsinformation zwischen staatlichem Schutzauftrag und Staatshaftung, NJW 2012, 2844, 2846.

166) T. Barczak (Fn.82), 1018.「市民は、具体的な（否定的な）投票勧誘にまで至る、個別の政党の綱領と目標設定についての啓発を必要とするとの想定を前提にしているパターナリズムを思わせる構想は、法治国家に反する形で任務から権限を導き、法律の留保を否定して、情報活動における連邦国家の権限秩序を部分的に無効にしてしまう」。

167) Klaus Ferdinand Gärditz, Unbedingte Neutralität? Zur Zulässigkeit amtlicher Aufrufe zu Gegendemonstrationen durch kommunale Wahlbeamte, NWVBI 2015, 167.

ある<sup>168)</sup>。

法律の授権が必要かどうかという問いは具体的な実態領域ごとに区別して検討すべきであるというオショール決定の指摘を踏まえるならば、グリコール決定、オショール決定で問題になった連邦政府の情報提供活動と公権力担当者の政治的発言の文脈は異なることを認めたくえて<sup>169)</sup>、前述のように国家機関の発言はやにわになされることが多いという同じくオショール決定の指摘は、公権力担当者の政治的発言に対してこそ妥当することに照らせば、ゲルディッツ、ネレゼンの見解が説得的であろう。

## VIII. 発言の憲法適合性—実体的要件—

### 1. 判例法理とそれに対する批判

#### (1) 政治的中立性義務の適用の厳格度

公権力担当者が、その職務権限の範囲内で発言した場合、この発言の実体的憲法適合性は、縷々述べてきたように政治的中立性義務と即事性要請に即して判断される。

実質的な討論に寄与すべく（そして、公権力担当者は基本法1条3項および20条3項により、基本権と法律および法に拘束されている以上）、価値判断を伴う批判的発言を行う際には十分な事実に基づくことを要請する即事性要請は、最低限度の基準としてすべての公権力担当者に妥当する<sup>170)</sup>。

他方で、政治的中立性義務は即事性要請よりも厳格である。この趣旨は、

168) S. Nellesen (Fn. 66), S.40ff.

169) S. Nellesen (Fn. 66), S.41. ネレゼンによれば、グリコール決定とオショール決定で問題になった住民の啓発のための連邦政府の実質的な情報の提供と、意見・意思形成プロセスの中での公権力担当者の政治的価値判断（開かれたプロセスの枠組みで多様な意見と対峙し、意見交換して、その賛否を評価することが問題になっている）は、目的の点で異なるため、法律の授権の問題も区別して考察されなければならないという。グリコール決定とオショール決定に対する批判は、したがって、公権力担当者の政治的発言に対しては直接妥当しない。

170) Vgl. BVerfGE 148, 11, 30. Vgl. M. Payandeh (Fn.81), 547; C.Gröpl/S.Zembruski (Fn.6), 275f.; S. Nellesen (Fn. 66), S.200f., 203f., なお、シュヴェージヒ判決が指摘するように、発言は刑法185条以下に該当する誹謗中傷批判であってはならないが、これは公権力担当者のみにならず、国民一般にも妥当する制約である。

自由で開かれた意見・意思形成プロセスが「上から」制御されないために、国家が想定上「望ましい」、もしくは「望ましくない」政治的見解について判定しないようにする点にある<sup>171)</sup>。この観点から、政治的中立性義務の具体的な内容は、前述のようにヴァンカ判決に即して整理できるように、①同定禁止、②評価禁止、③政治的競争の参加者の同等な配慮、に細分化できる<sup>172)</sup>。もっとも、政治的中立性義務の適用の厳格度は、この義務の趣旨および当事者の権利保護に照らしつつ、公権力担当者の機能、発言がなされた文脈（殊に選挙前か否か）に応じてスライドする。一般的には、グジイが指摘するように、発言が個別の実質的テーマに関連するほど、そして発言が候補者、政党、選挙に対し明確に注意を向けていないほど、中立性義務の適用の厳格度は低くなるといえよう<sup>173)</sup>。

連邦憲法裁判所は、前述のように、連邦大統領の発言に対しては政治的中立性義務の適用を限定的なものとして、その司法統制を明白性の原則に縮減した一方、連邦政府の構成員の発言に対しては政治的中立性義務を厳格に適用して、その司法統制を厳しく行う姿勢を見せている<sup>174)</sup>。しかし、連邦憲法裁判所による以上の分節化に対しては、ヴァンカ判決で示された連邦政府の構成員の発言に対する政治的中立性義務の適用のあり方はこれを是認できるとしつつ<sup>175)</sup>、連邦大統領の発言に対するそれについては、むしろ連邦政府の構成員に対するよりも厳格でなければならないとする批判もある。

---

171) S. Nellesen (Fn. 66), S.108.

172) S. Nellesen (Fn. 66), S.105ff.

173) Christoph Gusy, Neutralität staatlicher Öffentlichkeitsarbeit: Voraussetzung und Grenzen, NVwZ 2015, 703.

174) 図解として、C.Gröpl/S.Zembruski (Fn.6), 279.

175) S. Nellesen (Fn. 66), S.201f. さらに、連邦首相、州首相、州大臣は、政治的行動を要請する国家指導という政府の任務の観点から、まったく異質な公権力を行使しているのではないため、同じ法的規準が妥当するという。Vgl. ders., S.195. また、市長も投票権のあるゲマインデ参事会の構成員であること等に照らして政治的機能を有しており、ゲマインデの事項すべてについて発言できるものの、集会許可権限を有している場合に特定の集会に反対することは予断排除の観点からも厳格に政治的中立性義務を遵守しなければならないと、権限に応じて発言権を分節化する必要がある。Vgl. ders., S.218ff, S.224ff.

例えば、ネレゼンによれば、ガウク判決は、連邦大統領は国民の意見・意思形成プロセスに働きかけることを可能にする連邦政府が有しているものと同等の手段を持ち合わせていないこと、連邦大統領は政治的影響力の獲得をめぐり政党と直接競争関係に立つものではないこと、の2点を理由にして連邦大統領と連邦政府の構成員に対する政治的中立性義務の適用の厳格度に差異を設けたが、この理由は説得的ではないという。第1に、連邦大統領は連邦大統領府に約180名の職員を擁している等、公的資源を有している。第2に、連邦大統領は政党等と直接の政治的關係に立っていないからこそ、中立的な大統領として認知され、その言葉が重みをもって受け止められる。そうであるならば、機会均等な意見・意思形成プロセスを確保するために連邦大統領の発言に対して政治的中立性義務を厳格に適用しなければならないはずである<sup>176)</sup>。

## (2) 基準定立権力としての連邦憲法裁判所

ガウク判決、シュヴェーズィヒ判決、そしてヴァンカ判決は、連邦政府の広報活動による選挙宣伝の違憲性が問題になった1977年判決を引用している。ただし、こうした先例引用に関して、事案を類型化せずに自己の先例の基準を適用して論証負担を免れるという「基準定立権力」としての連邦憲法裁判所の自己言及性を批判するレプシウスの見解があり<sup>177)</sup>、それを踏襲してシュヴェーズィヒ判決等に分析を加えるクリュッパーの評釈がある。

クリュッパーによれば、1977年判決では、連邦政府の構成員ではなく連邦政府の広報活動が問題とされた。連邦政府は、合議制機関としてのその憲法上の制度化に基づき、それを支える議会会派、政党から、個々の大臣より

---

176) S. Nellesen (Fn. 66), S.154f., 202f. さらに、基本法61条に基づく連邦大統領の訴追の場合とは異なり、ガウク判決のように機関訴訟の場合、確認判決が求められるにすぎないのであるから、司法統制を厳格に行っても実務上、支障はない。Vgl. ders., S.153. ガウク判決で示された基準適用の厳格度は、ナチズムの対抗構想としての連邦共和国の成立を強調するヴンジール決定を参照していることから分かるように、NPDを当事者とする事案の特殊性によるものであり、これを一般化することはできないといえよう。Vgl. ders., 11ff., 158f.; T. Barczak (Fn.82), 1019f.

177) オリヴァー・レプシウス「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』（風行社、2014年）133頁以下〔棟居快行・西土彰一郎訳〕。

も距離を置くことができる。ロットマンにより批判された中立性ドグマが現在に至るまで維持されているのは、連邦政府の政党からの以上のような距離によるものであり、このことは政党の役職をも兼ねる個々の大臣には妥当しない。にもかかわらず、大臣と連邦政府を同一視することは、以前展開された基準を出発点に置いてこれを適用し、大臣の発言に対する固有の基準を展開することを避ける機能を有している<sup>178)</sup>。

## 2. 文脈拘束性

発言がなされた文脈、殊に選挙に関し、発言が政党、立候補者の競争に強く影響を与えるほど、政治的中立性義務違反となりやすい、すなわち、選挙期日に近づくほど、要求は高くなる<sup>179)</sup>。この点でもガウク判決は連邦大統領の発言は「選挙戦期間」でも特別の制限に服していないと考えているようであるが、連邦大統領の発言の重みに照らして説得的ではないとの批判がある<sup>180)</sup>。

もっとも、ネレゼンが指摘するように、ドイツでは数多くの選挙に基づき1年中「選挙戦期間」ともいえ、公権力担当者の発言は選挙に係る厳格な政治的中立性義務に服す必要があるとすると、公権力担当者の政治的機能、国家と市民間のコミュニケーションが広く制約を受けてしまうおそれがある。そこで、自由な意見・意思形成プロセスの保護のために、公権力担当者の発言と選挙の間に特別な関連性があることが求められる。この関連性は、自ら選挙の前に立たされている公権力担当者の発言において認められるのはもちろん、例えば、連邦議会選挙の文脈における連邦首相、連邦大臣の発言(同様に州議会選挙の文脈における州政府の構成員の発言)、そして連邦政府の構成員がその権限の枠内で州議会選挙戦において争われている具体的な州政治のテーマについて発言して一方的に肩入れする作用を及ぼす場合にも肯定される<sup>181)</sup>。

---

178) Julian Krüper, Anmerkung, JZ 8/2015, 414, 416.

179) C. Gusy (Fn.13), 703f.; S. Nellesen (Fn. 66), S.234f.

180) S. Nellesen (Fn. 66), S.230.

厳格な政治的中立性義務が妥当する「選挙戦期間」の開始時点として、連邦憲法裁判所は連邦選挙法 16 条に基づく連邦大統領の選挙命令の発令時としている<sup>182)</sup>。州選挙の場合は、州選挙法に基づき州政府が選挙戦期間を定めることになる<sup>183)</sup>。学説は、大抵の有権者が投票行動を具体的に決定するのに必要な期間という観点から通常 3 か月間で十分であるとする<sup>184)</sup>。

## おわりに

本稿は、公権力担当者の発言の中立性義務について、主として政党間競争の文脈の下、ドイツ連邦憲法裁判所の判例、それを受けての学説の展開を素材に検討してきた。

SNS 等の活用により公権力担当者が気軽に市民等に向けて発言できる現在、「権力者の表現の自由」をめぐる論点はその重要性を増している。この問題をドグマティックとして提示しているドイツの議論は参照に値するように思われる。

もちろん、石塚が指摘するように、政党条項および政党の基本権を持たない日本国憲法において、ドイツの議論がそのまま妥当するのか、慎重な検討を要する<sup>185)</sup>。ただ、先にドイツの学説を参照して述べた通り、政党の機会均等に対する権利のみならず、意見表明の自由、集会の自由も、萎縮効果論の背景にある公共圏の維持という客観法的内容を有すると解し、この基本権

---

181) S. Nellesen (Fn. 66), S.231ff. 選挙と直接には関わらない事案であったヴァンカ判決は、「選挙戦の期間において、中立性原則が国家機関の振る舞いに厳格な要請を課すかは、未確定のままである」(BVerfGE 148, 11, 25f.)と指摘している。この点について石塚・前掲注(4) 80 頁は、次の 2 つの読み方があるという。「①広報活動判決の方向性を引き継ぎ、選挙と統制基準には関連があり、一方で、選挙が近づけば規準はより厳格になる。他方で、政党の活動で選挙と関係ない局面は考えづらく、SNS 等の発展もあって、選挙と遠くても規準が緩められることはない」と解する。あるいは「②もはや選挙と統制基準を連動させることなく、常に一定の統制規準で臨むと解する」。連邦憲法裁判所の見解は今後の判例法理の展開を待つ必要があるものの、多くの学説は①の方向性を採用しているといえよう。

182) BVerfGE 44, 125, 153. Vgl. auch S. Nellesen (Fn. 66), S.233.

183) S. Nellesen (Fn. 66), S.233f.; T. Barczak (Fn.82), 1019.

184) T. Barczak (Fn.82), 1017.; S. Nellesen (Fn. 66), S.234.

185) 石塚・前掲注(4) 82 頁。

の内容自体を間接的・事実上の制約を取り込む形で構成することは、日本国憲法の下でも可能であろう。そこから、公権力担当者が政党、政治集団、さらには市民に向けて発言する際には、日本国憲法 21 条に基づき、即事性要請と中立性義務（①同定禁止、②評価禁止、③政治的競争の参加者の同等な配慮）に服するとの結論を導くこともできよう。そのうえで、蟻川が提出した首相の言動の実例のいくつかは例えば評価禁止に抵触すると指摘できるかもしれない。

日本法への以上の示唆は、文字通り示唆にとどまる。蟻川の開拓した問題圏を基盤としたさらなる分析は他日に期すことにしたい。