

デジタル化時代における公権力担当者の 「表現の自由」

西 土 彰一郎

はじめに

近年、公権力担当者のソーシャルメディアへの投稿が人びとの注意を引きつけている。

議会制民主主義において政党が大きな役割を果たしている国では、公権力担当者は政党政治家であることが多い。政党政治家の発言は表現の自由の保障を受ける一方、公権力担当者としての発言に対しては、職務の性格上、様々な制約に服する。公私の区別のけじめが、ソーシャルメディア等の普及により、希薄化するおそれもある。

だが、そもそも公私の区別をつけるべきであるのか。公私の区別をつけることはできるのか。区別の必要性和可能性を肯定するとして、公権力担当者としての発言の根拠と制約のあり方をどのように考えるべきか。ソーシャルメディアの普及は、以上の基本的問題を再検討する契機を与えているともいえる。

公私の区別をめぐる基本的問題に取り組んでいるのが、連邦憲法裁判所をはじめとするドイツの裁判所である。これらの判例の展開については、2020年3月に公表した別稿において分析し、検討した¹⁾。その後、ドイツ連邦憲

1) 西土彰一郎「公権力担当者の表現の自由に関する覚書」成城法学 87号 (2020年) 1

法裁判所は、2020年6月9日に、連邦内務大臣の発言について新たな判断を下している。ゼーホーファー判決とも呼ばれるこの判決は、従来の判例を踏襲しつつ、デジタル化時代における公権力担当者の発言のあり方をも視野の中におさめた判断を下しており、注目に値する。

本稿は、別稿で論じたドイツ連邦憲法裁判所の一連の判決を簡単におさらいし（Ⅰ）、ゼーホーファー判決を分析、検討して（Ⅱ）、デジタル化時代における公権力担当者の「表現の自由」について考察する手がかりを得る（Ⅲ）ことを目的とする。近年のドイツ連邦憲法裁判所で問題になった事案は、公権力担当者（連邦大統領と連邦大臣）の極右政党および右翼政党に対する発言の合憲性を問うものであり、社会情勢の違いもあって、日本における問題の現れ方とは異なる面もある。しかし、ドイツの議論で示された、公権力担当者の「表現の自由」をめぐる理論とドグマティックは、公権力担当者の二面性のとらえ方、公私のけじめの扱い方という問題に帰着する以上、日本においても参考になろう。

Ⅰ. ドイツ連邦憲法裁判所における判例・再訪

1. 公権力担当者の極右政党・右翼政党を標的にした批判的言説

極右政党と右翼政党を標的にした批判的言説が公権力担当者としての政治的中立性義務に違反するか否かをめぐり、ドイツ連邦憲法裁判所は、ゼーホーファー判決の前に、3つの判決を出している。

連邦議会選挙を間近に控えた時期に職業学校の生徒との対話集会の席上、ドイツ国民民主党（NPD）を「馬鹿者ども」等と呼んで批判する連邦大統領の発言が問題になったガウク判決（BVerfGE 136, 323）、州議会選挙を控えた時期に新聞のインタビューに答えてNPDの議席獲得阻止を強調する連邦国務大臣の発言が問題になったシュヴェージヒ判決（BVerfGE 138, 102）²⁾、そ

頁以下。本稿Ⅰは、この論文を要約したものである。

2) 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。

して「ドイツのための対案」(AfD)のデモ・集会の予定を契機にして連邦國務大臣が彼女の指揮する省のホームページ上で同党を批判するプレスリリースを公表したことが問題になったヴァンカ判決(BVerfGE 148, 11)³⁾である。いずれも政党を申立人とし公権力担当者を被申立人とする機関争訟であり、以上のうち結論においてヴァンカ判決のみが公権力担当者としての発言の違憲性(政治的中立性義務違反)を認めている。

2. 判断枠組み

公権力担当者が私人の立場で批判的言説を行うことは基本法5条1項の意見表明の自由の保障を受ける。したがって、まずは、私人、殊に政党政治家の発言と公権力担当者としての発言を区別する必要がある。もちろん、政党民主政の下で、そもそも両者を区別できるのかも問われうる。

このことを出発点として判断枠組みを示しておくならば、「(公私の区別の可否→可であるとして)公私の発言を区別する基準→公権力担当者としての発言の場合に満たしておくべき形式的基準(公権力担当者としての発言の根拠となる権限と法律の留保)→同じく実体的基準」の順に検討していくことになろう。

3. 公私画定基準

公私の区別の可否について、学説の中には、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(BVerfGE 44, 125)⁴⁾でのロットマン裁判官特別意見で示された、連邦政府は政権与党の執行委員会であるとする政党民主政論を踏まえ⁵⁾、公権力担当者としての一般的な政治的中立性義務を否定して、公私画定を不要とするものもある。国民から国家機関へと

3) 邦語文献による解説・検討として、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)69頁以下参照。

4) 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。

5) BVerfGE 44, 125, 182f.

至る自由で開かれた意思形成のプロセスが生き活きと展開するのは、政党政治家の日常の実践を媒介してなされる、政治責任を伴う公権力担当者としての発言を通じてである。そういう関係において公権力担当者の二面性は統一されている。この見解に立てば、政党政治家が公権力担当者としての活動の中で自己と所属政党を宣伝することは許される。この種の発言は、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）に服するにすぎない。以上の権限と拘束に基づき特殊な政治的中立性義務を分節化して検討すれば足りる⁶⁾。

しかし、連邦憲法裁判所は、同じく国民から国家機関へと至る自由で開かれた意思形成プロセスを強調して、職務の権威から出てくる特別な信頼性または比重をもつ公権力担当者としての発言と政党政治家の発言を区別する姿勢を一貫してとっている。公権力担当者としての発言の以上の性格を踏まえ、シュヴェージヒ判決は、事案に即しつつ「政府の職務の権威またはそれと結びついた資源の特別な利用」があったかどうかには焦点を当てる公私画定の基準を定立している。ヴァンカ判決もまた、これを踏襲している⁷⁾。この基準の基底には、学説の指摘するように、政党政治家は政党の特殊利益の実現のために行動しているのか、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を重視する見方があるといえよう⁸⁾。政党民主政論を基盤とする見解は、この後者の面を捨象しているのである。

もともと、インタビュー記事のように公私の画定が難しい事例もある。この場合、一連の発言を分節化して評価する必要がある。

インタビュー記事の中の発言が問題になったシュヴェージヒ判決は、複数

6) Max Putzer, Verfassungsrechtliche Grenzen der Äußerungsbefugnisse staatlicher Organe und Amtsträger, DÖV 2015, 422.; Mehrdad Payandeh, Die Neutralitätspflicht staatlicher Amtsträger, Der Staat 55, 2016, 537, 541f., 547ff.

7) BVerfGE 138, 102, 115, 118; BVerfGE 148, 11, 28, 33.

8) Vgl. David Kuch, Politische Neutralität in der Parteidemokratie, AöR 142, 2017, 517. なお、職務上の発言の肯定とその違法性（合法性）の評価は密接に関連している。発言の公的性格が、職務担当に伴う資源に手を出したことによるのであれば、このことは通常同時に発言の違法性に至る。Thomas Spitzlei, Die politische Äußerungsbefugnis staatlicher Organe, Jus 2018, 859.

のテーマに及ぶインタビューの中で州議会選挙に関しNPDの議席獲得阻止を強調した連邦国務大臣の発言を、政府の職務の権威により裏付けられていないこと等を理由として政党政治家の発言であると判断している⁹⁾。その一方で、省の紋章のあるホームページ上での発言が問題になったヴァンカ判決は、国家資源が用いられていることを理由に、かかる公表（発言）は公権力担当者としての活動であると位置づけた¹⁰⁾。

なお、政党の行事の中での州首相のNPDに対する発言が問題になったラインラント・プファルツ州憲法裁判所の判決が説くように¹¹⁾、個別の事例において、以上の画定基準に依拠して明確な結論に至らない場合には、疑わしきは意見表明の自由の側に、という原則が妥当する。また、前述の通り、発言は分節化して評価されなければならないところ、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との学説の指摘もある¹²⁾。

他方で、連邦大統領に対しては、以上のような公私画定の問題は生じない。学説の指摘するように、連邦大統領は通常、政党の職務を有しておらず、政党の所属も後景に退くため、その発言全体が連邦大統領としての職務に結びつけられるからである¹³⁾。

4. 公権力担当者の発言に対する憲法適合性審査

(1) 憲法適合性審査の焦点

以上の基準を適用して、問題の発言が公権力担当者としての発言であると認定された場合、その憲法適合性を検討するにあたり、①いかなる公権力担当者が、②誰を対象にして、③どのような文脈の中で発言したのか、を軸にして整理し、公権力担当者としての発言の根拠、発言に対する形式的制約、

9) BVerfGE 138, 102, 122.

10) BVerfGE 148, 11, 28, 35f.

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

12) Sebastian Nelleßen, Äußerungsrechte staatlicher Funktionsträger, 2019, S.97.

13) T. Spitzlei (Fn. 8), 857.

そして実体的制約を検討する必要がある。ガウク判決では①連邦大統領、②政党、③選挙の中の文脈、ヴァンカ判決では①連邦政府の構成員、②政党、③選挙とは関係のない AfD のデモ開催を契機とした文脈、と整理できる。

②と関連して、前述の通り、ガウク判決とヴァンカ判決における訴訟類型は、政党が連邦憲法裁判所に対し、当該公権力担当者を被申立人として、当該発言により基本法 21 条 1 項 1 文で保障されている政党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た機関争訟である。したがって、両事例とも、まずは基本法 21 条 1 項が発言の憲法適合性の実体的基準、すなわち政治的中立性義務を導く¹⁴⁾。

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加を保障している。このことは、公権力担当者としての発言が政治的競争の枠組みの中で中立性を保持することを要求する。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。ガウク判決とヴァンカ判決は、この中立性義務違反を端的に問うことにより、基本権侵害図式による判断を行ってはいない¹⁵⁾。

(2) 連邦大統領の発言

以上を共通事項としつつ、①連邦大統領の発言が問題になったガウク判決を簡単に見ておく。

同判決は、連邦大統領としての発言の根拠を不文の統合任務に求め、発言権限を広くとらえている¹⁶⁾。連邦大統領としての発言権限はその職務に内在しているため、発言のための法律の授権は不要である¹⁷⁾。だが、以上の形式

14) 連邦憲法裁判所は、基本法 21 条 1 項に基づく政党の特別な憲法上の地位から生ずる権利をめぐって連邦最高機関と争う限りにおいてのみ、基本法により固有の権利を付与されている「他の関係諸機関」(基本法 93 条 1 項 1 号)でありうると判断して、当該政党が機関争訟を提起することを認めている。BVerfGE 1, 208, 223ff; 4, 27ff.

15) 村西・前掲注 (2) 153 頁以下。石塚・前掲注 (3) 77 頁以下参照。

16) BVerfGE 136, 323, 335. 学説の批判として、西土・前掲注 (1) 34 頁以下を参照。

的基準を満たしたとしても、公権力担当者としての発言をめぐる核心的問題といえる政治的中立性義務を果たしているのかどうか問われることになるのは言うまでもない。

基本法 21 条 1 項により導かれる政治的中立性義務について、ガウク判決は、連邦大統領としての発言に対する政治的中立性義務の適用を限定的なものとし、その司法統制を明白性の原則にまで縮減した。すなわち、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、という点のみが審査される¹⁸⁾。明白性の原則を採用した理由として、ガウク判決は、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¹⁹⁾と、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²⁰⁾の 2 つの先例を参照しつつ、連邦政府の広報活動に対する法的基準²¹⁾は、連邦大統領の政党についての否定的な発言に対してそのまま援用されえないことを挙げている。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く、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の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²²⁾。学説の指摘するように、明白性の原則の採用は、連邦大統領の権限と政党の基本法 21 条 1 項に基づく機会均等に対する権利との間の実践的調和化の現れといえよう²³⁾。

17) BVerfGE 136, 323, 332. 学説の議論状況として、西土・前掲注 (1) 39 頁以下を参照。

18) BVerfGE 136, 323, 336.

19) BVerfGE 40, 287.

20) BVerfGE 44, 125. 参照、本・前掲注 (4) 395 頁以下。

21) 1975 年判決の基準は、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)。他方の 1977 年判決の基準は、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、野党をたたこうとしてはならないというものである (BVerfGE 44, 125, 150)。

22) BVerfGE 136, 323, 333f.

23) Peter M. Huber, Öffentlichkeitsarbeit von Amtsträger zwischen neutralitätsgebot und Wettbewerbsverzerrung, in: J. Krüper (Hrsg.), Die Organisation des Verfassungsstaats, 2019, S.563.

なお、中傷批判等、実質的な討論に寄与しない発言は、連邦大統領の代表・統合機能とは両立しない²⁴⁾。

(3) 連邦政府の構成員の発言

連邦政府の構成員の発言が問題になったヴァンカ判決は、連邦大臣としての発言は基本法 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²⁵⁾。また、グリコール決定²⁶⁾とオショール決定²⁷⁾を参照して連邦政府の構成員としての発言権限について特別の法律の授権は不要であるとする²⁸⁾。だが、ヴァンカ判決は、前述のように、当該発言の基本法 21 条 1 項により導かれる政治的中立性義務違反を認めた。

ヴァンカ判決は、まず、連邦政府に対する政治的中立性義務を述べる。その内容として、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という「参加者の同等の配慮」と称すべき一般的基準が立てられている²⁹⁾。この基準の具体化として、同判決は、政党のデモ・集会を契機とする文脈での「評価禁止」(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)³⁰⁾、政府の情報提供・広報活動を契機とする文脈での「同定禁止」(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

24) BVerfGE 136, 323, 335f.

25) BVerfGE 148, 11, 37f.

26) BVerfGE 105, 252. 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。

27) BVerfGE 105, 279. 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。

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

29) BVerfGE 148, 11, 25f.

30) BVerfGE 148, 11, 26f.

利、不利になるように投入してはならない)³¹⁾を示す。

加えてヴァンカ判決は、あらゆる政府行為が服する「即事性要請」について言及する³²⁾。一般に即事性要請とは、事柄に即した客観的な行為の要請を意味するが³³⁾、ヴァンカ判決は政策批判に対応する政府の権能の文脈の中で以下のように述べてこの要請に触れる。

連邦政府は、その見方からすると不当である攻撃を適切な形式で公然と対応する権能を持つが、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。連邦政府はその政治的決定を説明し、この決定に対する異議申立てを事柄の本質に即して処理することに限定しなければならない³⁴⁾。

国家機関が事実に基づかない攻撃または誹謗中傷的な攻撃に対して同じやり方で対応できるという「反撃の権利」は存在しない。言葉による攻撃への応答として意見を表明することは、その形式および内容に照らして批判的言明により設定された枠組みの中に留まっている限り、中立性原則と一致するとの被申立人の見解は、失当である。こうした見解を採用するならば、連邦政府は真実でない主張に基づくその政策に対する攻撃にあたり、政府自身、真実でない事実を広めることも正当化されてしまうであろう。かかる正当化は、関連事実を正確に伝える国家機関の義務と矛盾する³⁵⁾。

31) BVerfGE 148, 11, 27ff.

32) BVerfGE 148, 11, 30. したがって即事性要請は、基本法 21 条 1 項により導かれる政治的中立性義務の及ばない分野でも妥当する。例えば、政党ではなく政治集団に対する市長の発言が問題になったガイゼル事件において、ノルトライン・ヴェストファーレン州高等行政裁判所と連邦行政裁判所は、比例原則の具体的な形態としての即事性要請（事実が適切に描写されていること、価値判断が事実とは異なる衡量に依拠していないこと、さらに連邦行政裁判所は、国家の誘導による影響力行使の禁止、具体的には、原則として市長としての発言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、目的的にこの代表者の信用を低下させてはならないことも挙げている）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の正当化を判断している。OVG NRWBl. 2017, 131, 134f.; BVerwG NVwZ 2018, 433.

33) 石塚・前掲注(3) 79 頁。

34) BVerfGE 148, 11, 29f.

35) BVerfGE 148, 11, 30f.

ヴァンカ判決は、以上の政治的中立性義務と即時性要請について、連邦政府の個々の構成員による職務行使に対してもそのまま妥当すると説いて³⁶⁾、これらを本事案に当てはめ、プレスリリースの内容は政治的中立性義務(評価禁止)と即時性要請に反すると結論づけた。なぜなら、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からである。また、政府の行為についての情報提供を内容とせず、政府に対する批判を事実に関係づけて斥けている内容でもないためである³⁷⁾。

なお、憲法適合性審査の焦点③「どのような文脈の中で発言したのか」に関連して、ヴァンカ判決は選挙戦以外の文脈の中での発言が問題になったため、選挙戦期間において中立性要請の基準が高まるか否かについては未決にしている。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、要求は高くなると説く学説もある³⁸⁾。

また、即時性要請に関連し、攻撃を事柄の本質に即して処理することに限定して、政府に「反撃の権利」を認めない厳格な判例の姿勢を、学説も概ね肯定的に受け止めているものの³⁹⁾、なかには次のような注目に値する見解もある。

クッフは、基本法 21 条 1 項により導かれる政治的中立性義務の枠組みを超えた一般的政治的中立性義務を措定する。(比例原則と同様) あらゆる政府行為の服する一般的政治的中立性義務は、公的意見形成の領域に参加している市民またはその集団に対して否定的な価値評価を下す等、国家意思形成への一方的な作用を禁止する⁴⁰⁾。即時性要請は、一般的政治的中立義務に還元されるといえよう。

36) BVerfGE 148, 11, 31.

37) BVerfGE 148, 11, 35ff.

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

39) Vgl. nur S. Nellesen (Fn.12), S.200ff.

40) D. Kuch (Fn. 8), 518ff.

政府行為は、本来の任務と情報提供等の付随的任務からなる。クッフは、後者に一般的政治的中立性義務が課されているのは、(政治的な)本来の任務を処理するにあたり公衆に対して負う政府の責任によると説く。この責任が公衆により実効的に追及されうるためには、政府は、政治的対決の客観的な対象として開かれていなければならない。政府が事柄に即した情報活動に義務づけられていなければ、以上の開放性は困難となる。政府の情報提供活動の分野で政治的中立性要請が妥当するのは、民主政が政治的言説の事実関連性、透明性、および開放性に依存しているためである⁴¹⁾。

一般的政治的中立性義務が、少なくとももある程度の実質的な政治的対決を目指している以上、クッフによれば、ヴァンカ判決のように政府の「反撃の権利」を一律に否定するのは説得的ではないという。確かにフックも政府が非実質的な言説の戦端を開いてはならないことを認める。しかし、単なる応答である限り(具体的には、「言葉による攻撃への応答として意見を表明することが、その形式および内容に照らして批判的言説により設定された枠組みの中に留まっている限り」⁴²⁾)、政府の情報提供の特別な信頼性に依拠する職務の権威を掘り崩すことはなく、また、反撃の原因を作った者に憲法上の一般的政治的中立性義務を通じての保護を与える必要もないという⁴³⁾。

5. 判例の疑問点⁴⁴⁾

実体的基準による問題解決に重点を置いたためか、判例、とりわけヴァンカ判決は、公権力担当者としての発言の根拠と発言に対する形式的制約には付随的にしか触れていない。この点について、以下のような疑問および意見

41) David Kuch, Anmerkung JZ 2018, 411.

42) ヴァンカ判決の事案では、申立人の連邦政府の難民政策への批判に対して、被申立人はそれに応答せずに極右化現象に触れるのみであり、「反撃」とはそもそも見なされえない。そうであるとすれば、フックが主張するように、抽象的に憲法上の基準を引き上げずに、基準適用のレベルで解決できたはずであろう。D. Kuch, Anmerkung JZ 2018, 410f.

43) D. Kuch, Anmerkung JZ 2018, 411.

44) 以下の記述は、西土彰一郎「公権力担当者の発言と政治的中立性義務」自治研究 96 巻 5 号 (2020 年) 151 頁以下と重複するところがある。

の不一致がみられる。

第 1 に、ヴァンカ判決は、連邦大臣の発言はその所管事務との関連性を欠くことを指摘しつつも、権限秩序違反があるかについて、これを未決にしている。しかし、公権力担当者としての発言は、民主的正統性の観点から、その権限に依拠して行われなければならないことは論を俟たず⁴⁵⁾、もう少し踏み込んだ判断がなされてもよかったのではないかとの疑問を抱かざるをえない。

第 2 に、仮に公権力担当者の発言がその権限の範囲内におさまっていたとしても、さらに発言のための法律の授権が必要であるのかどうか論点となる。この点についてヴァンカ判決は、先に触れたように、グリコール決定とオショー決定を参照しつつ、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ことを理由に特別の法律の授権を不要とし、このことは連邦政府の構成員の発言に対しても妥当するという。だが、任務から権限を導くことはできないというグリコール決定とオショー決定に差し向けられた批判を踏まえ⁴⁶⁾、国家機関の政党に関する情報活動が基本法 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には、かかる活動に対し、連邦大統領の発言も含め、法律の授権が必要であるとの学説の指摘もある⁴⁷⁾。その一方で、特別な制御能力が意見表明から生ずることがない限り、公選による公権力担当者は意見闘争の中で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限を有し、法律の授権は不要であると説く見解もあり、学説上、見解の一致をみていない⁴⁸⁾。

ヴァンカ判決に対しては、政治的中立性義務と即事性要請は連邦政府のみならず、その構成員に対しても妥当すると簡単に説いていることに関連して、

45) Tristan Barczak, Die parteipolitische Äußerungsbefugnis von Amtsträgern, NVwZ 2015, 1015f.

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

47) T. Barczak (Fn.45), 1018.

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

方法論に立った観点からの批判もある。

ヴァンカ判決は、ガウク判決およびシュヴェージヒ判決と同様、1977年判決を引用する。しかし、学説が指摘するように、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や政党から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る。この距離の確保は、政党の役職をも兼ねる個々の政府構成員には妥当しない。にもかかわらず、連邦政府とその構成員の構造上の差異を捨象することは、以前示された基準を適用して、政府構成員の発言に対する固有の基準の定立を回避する機能を果たす⁴⁹⁾。

事案を類型化せず自己の先例の基準を適用し論証負担を免れる「基準定立権力」として連邦憲法裁判所を把握し、その自己言及性を批判する学説がある⁵⁰⁾。この主張は、ヴァンカ判決に照らしても説得力をもつ。

II ゼーホーフアー判決

1. 事案

2018年9月14日に連邦内務省はそのホームページ上で内務大臣の新聞インタビューを公表した。このインタビューの中で、内務大臣はキリスト教民主・社会同盟と社会民主党の大連立の業績や政府の仕事のみならず、政治一般の問題にまで言及していた。とりわけ、ドイツ連邦議会の予算審議の中でのAfD連邦議会会派の、連邦大統領に対する非難に関連して、内務大臣は次のような発言を行っている。

「やつらはこの国に敵対している。それなのに、やつらは何千回となく我々

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

50) 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〕。

は民主主義者であると言うことができている。火曜日の連邦議会において、やつらが連邦大統領に対する正面攻撃とともにこの言葉を用いていることを、あなたもおそらく見聞きしたことでしょう。これは、我々の国家にとって非常に危険なことです。このことを厳しく非難しなければなりません。私ならば、連邦議会の中のポストについて、まるで騒々しい縁日のように、連邦大統領を頭ごなしに叱りつけることなどできやしません。こうしたことは国家を崩壊させるものです。」

連邦大統領に対する正面攻撃はまったく卑劣であった、と発言した後、AfD はより過激化したのかという質問に対して「そうよ」と答えて、次のように付け加えている。「やつらは、浮かんでいる波の上で、ひどく浮き浮きしていました。そして今や、調子に乗りすぎていることもあってか、仮面をかなぐり捨ててに至りました。偽善者を演ずるよりも仮面を置く方がはるかに簡単でもありますからね。」

最後に、内務大臣は次のように述べている。「[...] AfD を見て私を驚愕させるのは、集団規模での感情表現や怒りの爆発です——議事手続に関する討論 (Geschäftsordnungsdebatte) においてすら、そうです—— [...] そうした手合いとは、互いに付き合うことはできない、たとえ野党にいる人間であったとしても、そうでしょう。」

AfD は以上の発言と省のホームページ上での公表により基本法 21 条 1 項 1 文で保障されている政党間競争における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争訟を連邦憲法裁判所に申し立てた。なお、省のホームページから既に当該記事は削除されていること等を理由に、連邦憲法裁判所は AfD の仮命令の申立てについては、これを却下している (BVerfGE 150, 163)。

2. 判旨

2020 年 6 月 9 日に連邦憲法裁判所は、殊にシュヴェージヒ判決とヴァンカ判決で示された判断の枠組みを用いて、AfD の主張を認める判決を下した。

ゼーホーファー判決は、連邦大臣としての発言は基本法 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、他の国家機関、殊に連邦大統領に向けられた攻撃を公然と斥ける、または民主主義に基づく共存のための基本ルールの遵守を求める一般的権限が存在するのか、存在するとしてその権限はどこまで及ぶのかについて、未決にしている。その一方で、ゼーホーファー判決も、審査基準として、政治的競争における機会均等に対する政党の権利（基本法 21 条 1 項 1 文）から、連邦政府に対する政治的中立性義務（「参加者の同等の配慮」と、政府の情報提供・広報活動を契機とする文脈での「同定禁止」）を導く⁵¹⁾。また、連邦政府に対する攻撃と批判を退ける文脈において即事性要請を持ち出す⁵²⁾。

政治的中立性義務と即事性要請は連邦政府のみならず、その構成員に対しても妥当する。だが、このことは、政府の構成員がその職務外において政治的意見闘争に参加することを排除するものではない⁵³⁾。

連邦政府構成員の発言が大臣の職務の行使の一環として行われたのかどうかは、個別事案の状況に応じて規定されうる。その際、ゼーホーファー判決は、政府の職務と結びついている資源と可能性を用いている場合、党大会、党の行事の場合、トークラウンド、討論会、インタビューの場合、新聞インタビューの場合に分けて検討している。一般的には、発言が大臣の職務と関係する資源を用いて行われるか、明らかに政府の職務と関連させて行われるかして、この発言に職務上の権威に由来する特別な信頼性または重みを与える場合には、大臣としての発言とされ、政治的中立性義務が課される⁵⁴⁾。

以上の基準を本事案にあてはめた結果、ゼーホーファー判決は、大臣インタビューそれ自体は政治的意見闘争への参加として問題はないものの、このインタビューを省のホームページで公表したことは、政治的中立性義務に違反し、AfD の基本法 21 条 1 項 1 文の権利を毀損したと結論づけた。大臣と

51) BVerfGE 154, 320, 333ff., 337f., 351.

52) BVerfGE 154, 320, 338.

53) BVerfGE 154, 320, 338ff.

54) BVerfGE 154, 320, 340ff.

しての職務の権威と結びついた資源（省のホームページ）を用いて、連邦大統領の振る舞いに対してなされた AfD 連邦議会会派の非難を契機に AfD を「この国に敵対している」政党として性格づけることにより、同党の負担になるような政治的意思形成への一方的に肩入れした独特の影響力を行使したといえるからである⁵⁵⁾。

3. ゼーホーファー判決の意義

(1) デジタル化時代における公権力担当者の発言のありかた

ゼーホーファー判決に対して学説は概ね肯定的に受け止めている⁵⁶⁾。とりわけ、「デジタル化プロセスと結びついて拡大したコミュニケーションの可能性を指摘して、中立性要請の適用範囲の限定の必要性を説く」下記のようなヴィーラントの見解に応答したことが注目されている⁵⁷⁾。

選挙権者の視点に立てば、政府と野党が対等の武器をもって政策論争を行うことは、選挙における選択肢の明確化につながる。このことは、政府の情報提供活動の枠組みの中で、野党による攻撃から政策を擁護し、また、売り込むとしても、妥当する。インターネットとソーシャルメディアは、武器対等性を現実化した。すなわち、デジタル化は、政府のコミュニケーションを容易にするとともに権力の濫用をも妨げる。インターネットとソーシャルメディアによる政府コミュニケーションの構造転換に照らせば、政府は野党の攻撃的な非難に対し即事性的かつ謙抑的に応答するという意味での非対称性は、もはや憲法上要請されない。連邦政府は、その民主的正統化のために、選挙戦期間外では、即事性要請の緩和のもと、政治的・価値判断的コミュニ

55) BVerfGE 154, 320, 343ff.

56) Vgl. nur Matthias Friehe, Anmerkung, NJW 2020, 2103.; Christian Hillgruber, Anmerkung, JA 2020, 720.; Sebastian Nellesen, Anmerkung, NVwZ 2020, 1032.; Michael Sachs, Anmerkung, Jus 2020, 803.

57) それ以外にも、疑わしい場合には意見表明の自由を優先させることにより、大臣インタビューそれ自体を政治的意見闘争への参加として認めた点、政府の構成員もその政策を即事性要請の課す限界に至るまで擁護できることを示した点等も評価されている。S. Nellesen, Anmerkung, NVwZ 2020, 1032.

ケーションを行えるようにしなければならない。連邦憲法裁判所は、その判断にあたり以上の構造上の転化をつかまえるべきである⁵⁸⁾。

ゼーホーファー判決は、以下のように説いて、ヴィーラントの見解の説得力を否定する。「野党もこの新しいコミュニケーションの回路を利用できるという指摘は、次の事情に何ら変更を加えるものではない。すなわち、この新しい可能性の利用——とりわけ連邦省庁のホームページ——は、すべての政党に等しく開放されているわけではないという事情、国家機関が一方に肩入れするためにさらにデジタル・チャンネルに手をつけることは、与党にヨリ大きな競争上の利点を与えるという事情、である……憲法で保障された、政党の政治的意思形成への均等な参加は、政治的意見闘争がネット上で行われ、それに国家機関が一方に肩入れして関与する場合にも損なわれる。」⁵⁹⁾

ネレゼンは、以上のゼーホーファー判決の議論を補足して、次のように指摘する。国家の制度ないしは機能の担い手は、しばしばそのオンラインでのコミュニケーションを通じて広範な受け手の層に接近し、発言に対する特別な注目を作り出すことができる⁶⁰⁾。また、ソーシャルメディアに焦点を当てて、政府のデジタル・チャンネルの利用をめぐる主題を展開するフリーエは、連邦政府はフェイスブック（メタ）またはツイッターからなるコミュニケーション空間において多くの発言者の一人にすぎず、政党間の競争の機会の毀損の危険はないとの印象はまやかしであると述べる。ソーシャルメディアを用いた連邦政府のコミュニケーションは、多くの専門的な人的資源を投入しているからである。「即事性要請の緩和」は政府とその構成員に有利となる広報をもたらし、政権与党以外の政党の機会均等を損なう。この分野においても、政府の職務上の広報活動の制限が遵守されなければならない⁶¹⁾。

以上の学説のとらえ方に立てば、ゼーホーファー判決は政府によるソーシャルメディアの利用に対しても批判的な視点を提供するものといえる。こ

58) Joachim Wieland, Öffentlichkeitsarbeit der Regierung in Zeit der Digitalisierung, in: J.Krüper (Hrsg.), Die Organisation des Verfassungsstaats, 2019, S.548f.

59) BVerfGE 154, 320, 343.

60) S. Nellesen, Anmerkung, NVwZ 2020, 1033.

61) M. Friche, Anmerkung, NJW 2020, 2104.

の点については、後に触れることとして、その前にゼーホーファー判決が未決にしている論点を確認しておこう。

(2) ゼーホーファー判決が未決にしている論点

ネレゼンおよびザックスの指摘をまとめると、ゼーホーファー判決が未決にしている論点は、以下の4点にわたる。

第1に、連邦政府の構成員は、連邦大統領およびそれ以外の憲法機関に向けられた非難に対し、公然と当該憲法機関を擁護する権限があるのか、という論点と関係する⁶²⁾。これは、基本法 65 条 2 文を超える発言の権限がそもそも連邦政府の構成員にあるのかという問題に帰着する。ネレゼンは、この種の発言権限を厳格な制限のもとで認めることはできると説く。だが、ザックスも指摘するように、ゼーホーファー判決は、内務大臣の発言が連邦大統領の擁護の範囲を明らかに超えるものであったため、以上の問題に答える必要性を見出さなかった⁶³⁾。

第2に、ゼーホーファー判決も、選挙直前において公権力担当者としての発言に対する制限は厳格化されるのかという論点を未決のままにしている。ネレゼンの推論によれば、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 年判決においてこの種の厳格化が肯定されているものの、ゼーホーファー判決では典型的な広報活動とは異なる連邦内務大臣の発言が問われた事案であることから、1977 年判決が踏襲されなかったのではないかという。ともあれ、前に触れた学説の主張するように、いま仮に、選挙期日に近づくほど公権力担当者としての発言に対する制約が高くなるという、基準のスライド化を肯定するのであれば⁶⁴⁾、問題となる発言が目前に控えて

62) BVerfGE 154, 320, 351f.

63) S. Nellesen, Anmerkung, NVwZ 2020, 1033.; M. Sachs, Anmerkung, Jus 2020, 803f.

64) 基準のスライド化は、選挙期日との関連性のみならず、純粹な精神的対決からなる政治空間との関連性、言論と対抗言論からなるコンテキストとの関連性、特別な職務との関連性にも応じてなされることを主張する学説として、Markus Möstl, Demokratische Willensbildung und Hoheitsträger. Grund und Grenze öffentlicher Äußerungsbefugnisse von Repräsentanten des Staates, in: A. Uhle (Hrsg.), Information und

いるどの選挙と関連しているのかについて、選挙権者に対する影響力行使の特別な危険の存在の観点から個別事案ごとに検討されなければならないことになろう⁶⁵⁾。

第3に、「職責を果たすことを超えて、政府の個々の構成員が『個人として』登場することは、原則として、連邦政府の広報活動の主題にとり相応しくはない」⁶⁶⁾というゼーホーファー判決の指摘に関してである。ネレゼンの指摘を俟つまでもなく、省のホームページ上では大臣の経歴等が公表されている。この種の公表は、許される広報活動の枠組みの中におさまりうるのか。現状では、公衆の大臣の人格および経歴に対する正当な関心に照らしつつ、個別事案ごとに判断するしかあるまい⁶⁷⁾。

第4に、口を衝いて出た発言に対しては、即事性と中立性に対する要求は緩和されるべきであるという主張が妥当するのか、という問題に係る。この問題は、インタビュー記事の公表が問われたゼーホーファー判決の事案と直接には関係しない論点である。だが、ザックスも説くように、公権力担当者のインターネット上での発言を即事性要請の緩和のもと判断することは、ゼーホーファー判決によって、きっぱりと否定されている⁶⁸⁾。

Ⅲ. 公権力担当者によるソーシャルメディアの利用

ゼーホーファー判決は、政府および公権力担当者によるデジタルコミュニケーションの利活用に対して政治的中立性要請（即事性要請）を緩やかに適用することを拒否した。近年の学説の中には、ゼーホーファー判決において

Einflussnahme- Gefährdungen der Offenheit des demokratischen Willensbildungsprozesses, 2018, S.74f.

65) S. Nellesen, Anmerkung, NVwZ 2020, 1033. ゼーホーファー判決は、申立人により主張された、連邦内務大臣の発言と、バイエルン州ならびにヘッセン州における州議会選挙および地区議会選挙との関連性についても、やはり未決にしている（BVerfGE 154, 320, 346f. Rn.78）。

66) BVerfGE 154, 320, 337f.

67) Vgl. S. Nellesen, Anmerkung, NVwZ 2020, 1033.

68) M. Sachs, Anmerkung, Jus 2020, 804.

も示されたデジタルコミュニケーションの特性を踏まえ、殊にソーシャルメディア利用の文脈の中で、ヴィーラントの説く政治的中立性要請（即事性要請）の適用の限定化ではなく、むしろ反対に拡張あるいは厳格化を主張するものもある。

公権力担当者によるソーシャルメディアの利用について、ハーディングは、公私画定の段階での処理により、政治的中立性要請の適用を拡張しようと試みる。公私画定において一般的には疑わしきは意見表明の自由の側に、という原則が妥当するものの、ソーシャルメディアの利用については、この一般原則を逆転させて、疑わしきは公権力担当者としての発言と評価することを説くのである⁶⁹⁾。

ハーディングは、判例の見解を踏襲して、公私画定基準を職務の権威の特別な利用に求め、それを客観的な観察者の視点に立って判断すべきであると主張する。その際、①職名の明示、②発言がなされた具体的状況、③発言内容、が判断の手がかりを与えるという。だが、①について法律上、職務外でも職名を利用できること（参照、連邦官吏法 86 条 2 項 2 文等）、③について法的安定性ととも、民主的意見形成にとってきわめて重要な意見表明の自由の不当な制限を回避するため謙抑的であるべきことにより、この両者は、職務の権威の特別な利用を判断するうえで決定的な手がかりを与えない。その一方で、②については、殊に職務に基づいてのみ利用できる資源に手を出して発言している場合、客観的な観察者は職務の権威を特別に利用しているとらえうる。このことは、公権力担当者が省のホームページや官報等の国家のメディアを用いて、市民とコンタクトをとる場合に妥当する⁷⁰⁾。

ところが、ソーシャルメディアでは、国家機関のアカウントはさておいても、公権力担当者の個人アカウントの性格づけについては、以上の判断をそのまま踏襲することはできない。②に着目して公私を画定しようとしても、利用者のプロフィール欄のレイアウトは本質的に同じであり、写真掲載

69) Nicolas Harding, Die Charakterisierung staatlicher Accounts in sozialen Netzwerken, NJW 2019, 1914.

70) N. Harding (Fn. 69), 1911f.

やアカウント運用者の表示等ごく限定的な範囲内でしかアカウント保持者の自由にならない。そうである以上、公権力担当者が職務に基づいてのみ利用できる資源に手を出しているとはとらえられない。③の個別の投稿の内容は、ここでもやはり、公私の類型化の手がかりとはならない。他方で、①については、プロフィール欄におけるアカウント運用者の職務の明示は、職務外における通常の職名利用の場合とは異なり、職名の付随的利用の域を超えているため、客観的な観察者は、職務の権威を特別に用いているようにとらえる。したがって、職務の明示を根拠に当該アカウントを全体として高権的なものとして性格づけることは正当化される⁷¹⁾。

以上により、アカウントを高権的なものと性格づけるためには、プロフィール欄におけるアカウント運用者の職務の明示で十分である。この基礎の上に立って、前述の通りハーディングは、プロフィール欄における情報が不十分な場合には、疑わしきは職務上のアカウントとして評価すべきことを主張する⁷²⁾。

確かに、ハーディング自身、かかる主張は基本権上懸念がないとはいえないことを認めている。だが、公権力担当者がソーシャルメディアを用いて一般政治上の情報を日々発信している現状のもと、ソーシャルメディアの伝播力、画像や映像を用いた暗示力、そして受け手の公権力担当者への親近感の涵養力等の特性に照らせば、政治的投稿の無制約な拡散は国家の広報活動に係る法治主義的原則を危険にして、取り返しのつかない帰結をもたらす恐れがある。そうであるとすれば、ソーシャルメディアでは、高権的発言の概念を広くとらえても、あながち不当ではない。このようなとらえ方は、公権力担当者として活動すると同時に私人（政党政治家）でもある者の不適切な

71) N. Harding (Fn. 69), 1913f. その一方で、ハーディングによれば、議員（議会の構成員）としてのアカウントと政党政治家としてのアカウントを区別することは、議会の機能に照らし、否定的に解されるという。N. Harding (Fn. 69), 1913. なお、政治的に機能する公共性そのものを国家機関として確立するにいたる「国家権力の議会制化」とその変容について、参照、ユルゲン・ハーバーマス『公共性の構造転換 [第2版]』[細谷貞雄＝山田正行・訳]（未来社、1994年）88頁以下、235頁以下。

72) N. Harding (Fn. 69), 1914.

扱いは至らない。そうではなくて、様々なアカウントの区別により、国家の広報活動の制約から免れることができる⁷³⁾。

以上のようにしてソーシャルメディア上の発言が公権力担当者による表現として位置づけられた場合、それに対しては、判例の説くように政治的中立性要請（即事性要請）が妥当する。

なお、フリーエは、政府のアカウントに対して、基本法の禁止する「政府プレス」と「政府放送」にならないために、他者の情報をジャーナリストティックに編集して再発信することを禁じたり、選挙戦期間中に活動を停止することを主張している⁷⁴⁾。このことは、以上の公権力担当者に対しても妥当するかもしれない。

むすびにかえて

ハーバーマスは、その著書『公共性の構造転換』の中で、次のような指摘を行っている。私生活圏と公共圏という契機にはっきりしたけじめがなくなり、公共圏にとって必須の距離感という契機が脱落すると、議論する公衆は大衆へと転化し、他からの影響を受けやすくなる。かつては政治的支配を公共的議論の前に引き出してくることを意味していた（批判的）公開性が、広報活動による操作的公開性により駆逐される⁷⁵⁾。

ハーバーマスの洞察は、本稿で論じた公権力担当者による公私のけじめの必要性にとって示唆に富む。殊に、デジタル技術の利活用による公権力担当者と公衆（大衆）の距離感の欠落は、操作的公開性の観点から座視することのできない問題をはらんでいる。

日本でも、公権力担当者が自らのソーシャルメディア上で批判的な投稿を

73) N. Harding (Fn. 69), 1914.

74) Matthias Friche, Facebook, Twitter und Regierung. Neue Medien und regierungsamtliche Kommunikation zwischen Öffentlichkeitsarbeit und Parteipolitik, in: A. Uhle (Hrsg.), Information und Einflussnahme- Gefährdungen der Offenheit des demokratischen Willensbildungsprozesses, 2018, S.108ff., 114f.

75) ハーバーマス・前掲注 (71) 213 頁以下、226 頁、234 頁。

行った者のアクセスを制限することがある。こうした対応のあり方も公権力担当者による公私のけじめという枠組みの中で系統的に論ずべき問題であるように思えるが、もはや紙数もつきた。後日また論じたい。

(にしど・しょういちろう = 本学教授)

