

意見書

中央大学副学長・法学部教授
(博士・法学) 橋 本 基 弘



はじめに

国民の政治離れが指摘されて久しい。国政選挙、地方選挙問わず、投票率は低迷し¹、支持政党をもたない有権者が増大している²。国政選挙では、世襲議員が増え、あたかも支配する側と支配される側が固定化されているかの感がある。地方選挙では、議員のなり手が不足し、地方自治の危機が目の前にまで迫っているかのようである³。

これらすべてが国民の政治参加にたいするハードルの高さに起因している。一般の主権者国民が政治に参加することをことさら阻害するような要因が多すぎるのではないか。治者と被治者の同質性が民主主義にとって不可欠な要素である。治める側と収められる側が隔てられるなら、民主主義は崩壊する。現行制度の下で、若者に政治参加を促すこと自身が欺瞞ですらある。

民主主義国家としては、例外的に厳しい選挙運動規制は、普通の国民が政治の担い手であろうとすることをことさらに拒んでいる。後に詳論するように、この状態は、国家の正当性そのものに対する疑念を生じさせる。現行の事前運動規制は、憲法違反である。

本件については、すでに毛利透京都大学教授による包括的な意見書が提出されて、憲法上の論点については明快な議論が示されている。毛利意見書に付加するものは少ない。そこで、少し視点を変え、選挙運動規制に対する裁判所の審査姿勢を中心にして、比較衡量の観点から、本件を眺め直すことに焦点を合わせたい。

1. 選挙運動規制と違憲審査の姿勢

(1) 最判昭和 44 年 4 月 23 日判決

①最判昭和 44 年 4 月 23 日判決

公職選挙法（以下、「公選法」という）129 条によると、「選挙運動は、選挙の公示・告示日から選挙期日の前日までしかすることができない」。違反した者は、1 年以下の禁錮又は 30 万円以下の罰金に処することとされており（239 条第 1 項第 1 号）、選挙権及び被選挙権が停止される（公職選挙法第 252 条第 1 項、第 2 項）。有権解釈によれば、選挙運動とは、「特定の選挙について、特定の候補者の当選を目的として、投票を得又は得させるために直接又は間接に必要かつ有利な行為」が判例・実例の立場であると紹介されてい

1 総務省 https://www.soumu.go.jp/senkyo/senkyo_s/news/sonota/ritu/index.html

2 読売新聞オンラインによると、2023 年 8 月末現在、無党派層は 44 %に達している。
<https://www.yomiuri.co.jp/election/yoron-chosa/20230827-OYT1T50114/>

3 総務省「地方議会・議員のあり方に関する研究会 報告書」https://www.soumu.go.jp/main_content/000704238.pdf

る⁴。

今日、民主主義国家の中で、ここまで厳しい選挙運動規制を課す国は、日本以外にない⁵。アメリカ合衆国やイギリスでは、選挙運動は自由であるとの前提から、選挙過程に実質的な害悪を行なうもののみ規制する姿勢を取っている。ドイツ連邦共和国では、選挙運動に対する「規制」そのものがない。詳細な規制を置くフランスでも、出版の形式を採れば、規制は課されない。これら民主国家と比較したとき、わが国の公職選挙法は大正時代から全くの進歩が見られない。むしろ、時代に逆行しているかの感すらある⁶。そこにあるのは、民への蔑視、愚民思想である。

今日、事前運動の禁止規定の合憲性を支持する憲法学説は見当たらない。いずれも、同規定が法令違憲であり、少なくとも適用に当たって、憲法に適合する解釈を施すべきであると考えている点で、意見の一致を見ている。

しかし、本件第一審も控訴審も以下のような最高裁判決⁷に依拠して、上のような憲法学説に背を向けている。

憲法 21 条の保障する言論・出版その他表現の自由には公共の福祉のため必要かつ合理的な制限の存し得べきことは、前記当裁判所大法廷判決の明らかにするところである。ところで、公職の選挙につき、常時選挙運動を行なうことを許容するときは、その間、不当、無用な競争を招き、これが規制困難による不正行為の発生等により選挙の公正を害するにいたるおそれがあるのみならず、徒らに経費や労力がかさみ、経済力の差による不公平が生ずる結果となり、ひいては選挙の腐敗をも招来するおそれがある。このような弊害を防止して、選挙の公正を確保するためには、選挙運動の期間を長期に亘らない相当の期間に限定し、かつ、その始期を一定して、各候補者が能うかぎり同一の条件の下に選挙運動に従事し得ることとする必要がある。公職選挙法 129 条が、選挙運動は、立候補の届出のあつた日から当該選挙の期日の前日まででなければすることができないと定めたのは、まさに、右の要請に応えようとする趣旨に出たものであつて、選挙が公正に行なわれることを保障することは、公共の福祉を維持する所以であるから、選挙運動をすることができる期間を規制し事前運動を禁止することは、憲法の保障する表現の自由に対し許された必要かつ合理的な制限であるといえることができるのであつて、公職選挙法 129 条をもつて憲法 21 条に違反するものといふことはできず、論旨は理由がな

4 総務省 https://www.soumu.go.jp/senkyo/senkyo_s/naruhodo/naruhodo10_1.html

5 国立国会図書館「米英独仏の主な選挙運動規制」平成 27 年 8 月 3 日調査及び立法考査局。この資料を一瞥したとき、わが国の選挙運動規制が「異常」であることが分かる。

6 安野修右「公職選挙法制定と選挙運動規制」政経研究 56 巻 3 号(2019 年)121 頁は、GHQ からの選挙法改正に対して、日本政府がいかに抵抗したか、1950 年公選法改正に当たっても GHQ は反対の意見をもっていたことを詳細に分析している。なお、公選法の歴史については、三枝昌幸「選挙引導の自由と公正：立法過程の議論に着目して」平成 28 年明治大学大学院博士後期課程学位論文以上の文献はない。

7 最判昭和 44 年 4 月 23 日、刑集 23 巻 4 号 235 頁。

い。

②同判決の異常さ

「選挙の公正を確保する」との目的に異を唱える者はいない。しかし、「常時選挙運動を行なうことを許容するときは、その間、不当、無用な競争を招き、これが規制困難による不正行為の発生等により選挙の公正を害するにいたるおそれがあるのみならず、徒らに経費や労力がかさみ、経済力の差による不公平が生ずる結果となり、ひいては選挙の腐敗をも招来するおそれがある」との説示は、薬事法違憲判決⁸における「競争の激化—経営の不安定—法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性がある」とすることは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたいといわなければならない。」との説示と比較したとき、あまりに本末転倒で、もはや整合性を欠くものとなっていないだろうか。もし、昭和44年4月23日判決の立場を維持するならば、最高裁の姿勢は、大正14年の普通選挙法制定時にとどまったままである。そこにあるのは、民の能力に対する不信、主権者である国民に対する、「上からの目線」なのではないだろうか。

現在、表現規制が問題となる事例において、最高裁は、以下のような審査姿勢を一貫させている。

「このような自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決めるのが相当である⁹。」

もちろん、憲法学説は、このような融通無碍の審査姿勢に対しても、自由権保障にとっては不十分であると指摘する。ただ、選挙運動という、主権者国民にとっては生命線ともいべき活動が、比較衡量（較量）も経ることなく、一刀両断的に制約されなければならないのはなぜなのか、最高裁には説明責任があるのではなかろうか¹⁰。

③選挙のルールは例外か

だが、最高裁は、憲法学説の批判を黙殺するように、自由権に対する一般的な審査姿勢を放棄し、一刀両断的判断を維持し続けている。その理由は明確ではないものの、戸別訪

8 最大判昭和50年4月30日 民集29巻4号572頁。

9 最大判昭和58年6月22日 民集37巻5号793頁。

10 最高裁の憲法判例は、当事者に対する応答以上の意味をもつ。それは、憲法解釈を国民に説明するという意味である。この点について、Conrado Hubner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, (2013) at 107 は、憲法を扱う裁判所には、訴訟の提起→法廷での議論→判決→国民的な討議（deliberation）のいずれの段階においても、誰かとの対話者（inerlocutors）でなければならないと論じている。

問禁止規定の合憲性が問われた事件で¹¹、伊藤正己裁判官補足意見は以下のように述べている。

「もとより、国会は選挙運動のルールとしてどのような内容のものを設定するかについて完全な裁量権をもつものではなく、そのルールは合理的なものでなければならないが、競争を公平に行わせることに独自の価値があり、そのためにある行為を禁止するというルールを定立する場合と、ルールの定立ということ自体には意味がなく、単にある行為を無価値なものとして禁止する場合とを対比してみると明らかなように、前者の場合のルール設定については、国会の裁量権の幅は広く、その立法政策にゆだねられているところが大きいといわなければならない。」

この説示は、選挙運動のルールについては、それがルールとして課されている以上、合理性の程度は低くともよい、とも読める。だが、この「選挙のルール論」は、選挙運動に対する制約を正当化するには不十分である。問われているのは、国民主権そのものではないのか。「ストライク 3 つで 1 アウトとする」ルールならば、とにかく決まっていることに合理性はあるだろう。しかし、ここで争われているのは、実質的にプレーを制限するルールの合理性なのではないだろうか。

原審のように、選挙の公正さは民主主義にとって重要であるから、包括的な表現規制であっても、厳格審査は適用されないというのは、奇妙な議論といわざるを得ない。ならば、民主主義にとって不可欠な公正さを確保するために、真に必要な行為だけを禁止すべきであって、実質的な害悪を惹起しない行為にまで禁止するのであれば、それは逆に国民の政治参加を阻害する。実質的には何の害悪も生じさせない行為を禁圧することの方が、民主主義にとってのダメージは大きい。

④選挙権と被選挙権

他方で、最高裁は、在外国民選挙権訴訟¹²において、以下のような判断を示している。

「憲法の以上の趣旨にかんがみれば、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限するこ

11 最判昭和 56 年 7 月 21 日 刑集 35 巻 5 号 568 頁。横大道聡「戸別訪問の禁止」長谷部・石川・宍戸編『憲法判例百選Ⅱ〔第 7 版〕』（2019 年）142 頁は、この判決と昭和 44 年 4 月 23 日判決とが合わさって、その後の選挙権制限関連判決の枠組みが形成されたとする

12 最大判平成 17 年 9 月 14 日 民集 76 巻 4 号 711 頁。ここでいう、「自ら選挙の公正を害する行為をした者」とは、文脈的には、「そのような制限をすることなしには選挙の公平を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合」との関連で理解する必要がある。選挙の公正を害するとは、形式的にはではなく、実質的に理解しなければならない。これは、公選法 239 条 1 項は、この説示に合わせた限定解釈が施されなければならない。

とは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない。」

選挙権に対する制約には、厳格審査とも呼べる審査姿勢で臨む。しかし、選挙権と表裏の関係にある立候補の自由や選挙運動の自由に対しては、「包括禁止、限定解除」と呼ばれるほど苛烈な制約が課されているにもかかわらず、一刀両断的判断で臨む。この差異に合理的な根拠はあるのだろうか。選挙権に対する制約が厳格審査に付されるのであれば、選挙権に奉仕する選挙運動の自由も厳格審査に服するのではないだろうか。少なくとも、審査のレベルを上げた比較衡量によって、その合憲性が判断されなければならない。

次に、この観点に立ち、事前運動禁止の違憲性について検討する。

2. 事前運動の禁止とその違憲性について

(1) 制約の目的は何か

①最判昭和44年4月23日判決にいう制約の「目的」

再度、昭和44年4月23日判決に戻ろう。同判決は、事前運動の禁止の目的を次のように述べていた。

「不当、無用な競争を招き、これが規制困難による不正行為の発生等により選挙の公正を害するにいたるおそれがあるのみならず、徒らに経費や労力がかさみ、経済力の差による不公平が生ずる結果となり、ひいては選挙の腐敗をも招来するおそれがある。このような弊害を防止して、選挙の公正を確保するためには、選挙運動の期間を長期に亘らい相当の期間に限定し、かつ、その始期を一定各候補者が能うかぎり同一の条件の下に選挙運動に従事し得ることとする必要がある。」

この説示によると、事前運動の禁止の目的は、選挙の公正を確保することに置かれている。そして、この目的は、次の2つの理由に支えられている。

- a) 不当、無用な競争が不正行為を発生させ、それにより選挙の公正が害される。
- b) いたずらに経費や労力がかさむことで、経済力の差が不公平を生じさせ、選挙の腐敗を招来する。

②目的の妥当性

民主国家において、選挙は公正に行なわれなければならない。この要請を否定する者はいない。しかし、判決は、a) 不当、無用な競争とは何か、不正行為は違法行為とどう異なるのかについて、まったく説明するところがない。また、b) 経済力の差が不公平を生じさ

せることの認識は、国民に対する蔑視に基づいているのではなかろうか。

選挙運動における不当、無用な競争とは何であろうか。有権者に対して、自らの政治的信念を語り、当選した暁の展望を語り、懸命に投票を促す行為が不当、無用と評価されるケースはどのような場合であろうか。投票を強制し、強要し、対価を提示して投票を要請する行為は、犯罪である。これら犯罪に至らない活動が不当、無用と評価されるようなケースは思いつかない。それでも不当、無用な競争があり得るのだというのなら、それは、ものさしを欠いた、恣意的な判断を前提とせざるを得ないのではないか。

また、経済力の差が不公平を生じさせるという点はどうか。これもまた、目的としての正当性を欠いている。立候補においては供託金を積まなければならない。この論理が通用するのなら、供託金制度を廃止すべきなのではないか¹³。立候補における経済格差に目をつぶりながら、選挙運動における経済力の差を論じるのは、理屈としてとおらない。昭和44年判決は、選挙の公正という、誰も否定しようのない目的を掲げているものの、この目的を支える理由は説得力を欠いている。

また、上記説示は、昭和44年4月23日判決の1年後に最高裁が下した、八幡製鉄政治献金事件大法廷判決の次のような説示関係で、著しく均衡を失っていないだろうか。

「さらに豊富潤沢な政治資金は政治の腐敗を醸成するというのであるが、その指摘するような弊害に対処する方途は、さしあたり、立法政策にまつべきことであつて、憲法上は、公共の福祉に反しないかぎり、会社といえども政治資金の寄附の自由を有するといわざるを得ず、これをもつて国民の参政権を侵害するとなす論旨は採用のかぎりでない。」¹⁴

政治献金は、政治過程に対する影響力の点で、事前運動をはるかに凌駕する。それにもかかわらず、政治献金に伴う腐敗は立法政策に委ねられ、事前運動に対しては過剰ともいふべき制約を課す。国民の参政権に対する包括的禁止に目をつぶりながら、会社の政治献金の自由を語る姿勢に説得力はあるだろうか。

(2) 選挙運動の自由の性格

①選挙運動の自由と憲法上の根拠

次に、選挙運動の自由とは、憲法上どのように評価されるのかを見ることにしよう。

多くの憲法学説は、選挙運動の自由が憲法21条1項によって保護されると解釈している。昭和44年4月23日判決もまたこの点を認めている。したがって、選挙運動の自由も公共の福祉による制約を受ける。論点は、選挙運動の自由への制約をどのように正当化するのかに向けられる。

この点について、昭和44年4月23日判決は何も触れるところがない。伝統的公共の福祉論を繰り返しているにとどまっている。当然、憲法学説は、この姿勢に承服していない。

13 毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ人権 第3版』（2022年）415頁。

14 最大判昭和45年6月24日 民集24巻6号625頁。

選挙運動の自由は、立候補の自由と密接に結びついている。立候補の自由は、被選挙権とは異なる。被選挙権は、選挙において選出される資格（可能性）の保障を意味する。被選挙権は、憲法 15 条 1 項の「公務員選定罷免権」に含まれていると解釈する学説が多いが、むしろ国民主権原理から当然に導かれる国民の権利であると考えられるべきではないか。

選挙運動の自由も国民主権原理から派生する、当然の権利である。立候補の自由を制約することは、主権を制約するものであって、原則として許されない。制約が許されるには、「特段の理由、とりわけ憲法上の根拠が必要である」¹⁵。

また、選挙運動の自由は、表現の自由の中核にある。表現の自由は、民主主義にとっての生命線である。憲法 21 条 1 項は、民主主義あるいは国民主権原理の支柱を構成する。この自由を公共の福祉の一言で制約する姿勢を支持する憲法学説はない。たとえ、比較衡量による制約の正当化が必要であっても、その審査密度、レベルは合理性の審査では足りない。この点に関する憲法学の異論はないものと思われる¹⁶。

合衆国憲法においても、立候補の自由 (the constitutional right to candidacy) は明文規定を欠いている。しかし、合衆国憲法制定の経緯や憲法全体の構造、あるいは判例理論の蓄積の中から、これを第 1 修正表現の自由の一つとして認めている。とくに、キャロリーヌプロダクツ社判決¹⁷、ストーン裁判官意見脚注 4 に触発された「政治過程論 (political process)」は、表現の自由の優越的地位論 (preferred position) と結びつき、表現の自由、投票の自由、候補者となる自由を基本的権利に列挙する根拠となった¹⁸。

②選挙運動の自由の重要性

参政権や立候補の自由が民主主義そのものに直結した権利であることについては、多くの議論を必要としない。これらの権利は、原則として制約されてはならない。政治過程に対する国民の権利が制約されるならば、国家の正当性事態への疑念を生じさせるからである。本件のような政治活動規制は、本件被告人の利益を超えて、国家の正当性や国家行為の正当性にかかわる重大な問題を引き起こす¹⁹。

「人間は、自然によって国家的動物である」と述べたのは、アリストテレスであった²⁰。

15 長尾一紘「選挙に関する憲法上の原則 (中)」ロースクール 1979 年 9 月号 74 頁。長尾一紘教授は、立候補の自由が普通選挙の原則によって保障されると述べている。立候補の自由の制約は、普通選挙の制約と同様な審査を要する。立候補の自由を全うするために必要な政治活動の自由もまた同様に考えるべきなのではなかろうか。

16 長谷部恭男『憲法 第 7 版』(2018 年) 203 頁など。

17 United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (1938)。

18 Nicole A. Gordon, The Constitutional Right to Candidacy, 91 Pol.S.Q. 471 (1976) 481-482. なお、アメリカ合衆国における、政治過程に対する裁判所の関わりについては、拙稿「政治資金規制と司法審査の役割」比較法雑誌 49 巻 1 号 (2015 年) 1 頁を参照。

19 長尾前掲 72 頁は、「自由の契機を欠く選挙は、もはや国家権力の民主的正当性の作用を果たしえず、選挙としての法的意義を有するものではない」と述べている。

20 アリストテレス『政治学』(牛田徳子訳・2001 年) 6 頁。

国家共同体の中で生まれ、国家の機能に参与し、その役割を果たしていくことは、人間の本性（nature）に根ざしている。共同体の一員として生まれた人間は、家族、地域社会、国家との結びつきの中で、市民としての自覚と能力を育んでいく。政治に対する関わりは、それゆえ自然権の一つと考えられる。これは、個人の尊厳と結びつき、政治共同体の一員として承認されることへの要求、すなわち政治参加の権利へとつながっていく。

とりわけ、立候補の自由とこの自由から派生する選挙運動の自由は、共同体の運営にかかわるという、人間にとって根源的な権利の一つである。このような制約は、やむを得ない（compelling）理由なし制約することはできない。「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない」（上記最高裁大法廷判決）のである。

選挙の現実においては、現職あるいはその土地に地盤を有する者、さらにいえば世襲議員が圧倒的に有利な立場にある。しかも、選挙戦が短縮されればされるほど、この傾向は強まる²¹。地盤も看板ももたない新規参入者がこのフィールドで公平に戦えると信じている者はいないだろう。事前運動の禁止は、形式的平等がもつ実質的差別効果にかかわる問題でもある。現職に過大なアドバンテージを与える制度を認めることにならないだろうか。

（3）選挙運動規制の性質と内容

①内容規制としての選挙運動規制

冒頭で述べたとおり、公選法が禁止する事前運動とは、「特定の選挙について、特定の候補者の当選を目的として、投票を得又は得させるために直接又は間接に必要なかつ有利な行為」を指すものとされている。あるいは、選挙運動とは「特定の選挙に、特定の候補者の当選をはかることを目的に投票行為を勧めること」であり、政治活動、すなわち「政治上の目的をもって行われるいっさいの活動から、選挙運動にわたる行為を除いたもの」と区別される²²。

この定義によると、事前運動として禁止されるのは、特定の候補者の当選をはかる」活動となる。これは、表現の内容に照準を合わせて制約を試みる点で、表現内容規制の典型例といわなければならない²³。当選を目指して行われる表現を制約する意味では、ひとつのトピックを制約する主題規制に該当する。同時に、当選のために、志などを表明することを禁止する点で、見解（観点）規制に相当する。これらは、表現規制の体系上、検閲に匹敵する規制効果をもっている。

すなわち、内容規制が許されないのは、「話してもよいこと」と「話してはいけないこ

21 飯田健・上田路子・松林哲也「世襲議員の実証分析」選挙研究 26 巻 2 号（2010 年）150 頁

22 東京都選挙管理委員会事務局「選挙 Q&A（選挙運動と政治活動）」
<https://www.senkyo.metro.tokyo.lg.jp/qa/qa-katudou/>

23 市川正人『憲法第2版』（2022 年）145 頁。

と」を国家が決定する点で、検閲に近いからである。有権者の視点から考えると、候補者の見解を十分に知る機会を縮減することで、情報操作に近い規制効果をもつ。事前運動禁止は、どの候補者に対しても等しく適用されるため、これを内容中立規制と見る向きもあるが、適切ではない。当選という主題そのものを包括的に禁止する点で、これは内容規制の属性をもつ。

②過小包摂と過大包摂

事前運動の禁止は、当選にかかわる表現を規制する点で、内容規制である。それ以上に、この規制は、目的を実現するには不十分（過小包摂 *underinclusive*）であり、また過剰（過大包摂 *overinclusive*）である。

公選法は、事前に行われる活動でも、一般的な政治活動を禁止の対象から外している。しかし、多くの学説が指摘するように、この両者の区別は相対的で、流動的、すなわち文脈依存的である。もし、「無用な競争を招き、これが規制困難による不正行為の発生等により選挙の公正を害するにいたるおそれがあるのみならず、徒らに経費や労力がかさみ、経済力の差による不公平が生ずる結果となり、ひいては選挙の腐敗をも招来するおそれがある」というのなら、事前の政治活動も規制対象とせざるを得ない。したがって、事前運動の禁止は、目的に対して過小包摂となり、規制目的との関係で、合理的なつながりが否定される。

これについては、事前の政治活動が許されているのであれば、事前運動が禁止されても実害はないではないかとの批判があるが、的外れといわざるを得ない。制約を解く方が筋である。

一方で、上記規制目的を実現するのであれば、選挙の公正を実質的に阻害する活動のみを対象とすれば足りる（過大包摂）。実質的な阻害効果を判断することができないため、包括的に規制するのだ、という主張は、表現の自由を規制する場合には採ることができない。

本件のように、同窓会名簿を頼りに、はがきを 35 通送ったことが、はたして選挙の公正を阻害する行為といえるであろうか。選挙の公正を保とうとするのなら、実質的な違法性が認められる活動のみ規制すれば十分である。「実質的判断ができないから、形式的に包括規制を行なうのだ」、という主張は論理が破綻している。それは、選挙の公正を阻害しない行為まで規制対象としていることを認めているからである。

また、実質的判断を避けるなら、公務員の政治的中立性に関する判断²⁴と著しくバランスを欠くことにならないだろうか。政治活動に対する制約に対して、国家は、とりわけ国家刑罰権は謙抑的であるべきではないか。

③あいまいな区別による恣意的適用の危険性

公選法は、事前に行われる活動でも、一般的な政治活動を禁止の対象から外している。しかし、多くの学説が指摘するように、この両者の区別は相対的で、流動的、すなわち文脈依存的である。

24 最判平成 24 年 12 月 7 日 刑集 66 巻 12 号 1337 頁（堀越事件）。

「立候補」や「当選」のような、「選挙民に対し直接に投票を勧誘する行為又は自らの判断に基づいて積極的に投票を得又は得させるために直接、間接に必要、有利なことをするような行為、すなわち公職選挙法にいう選挙運動」²⁵が禁圧の対象となる旨最高裁は述べている。だが、「積極的に投票を得又は得させる」とは何か、「積極、間接に必要、有利なこと」は何か。公選法違反事件に関する裁判所の判断は、蓄積されてきたとはいえ、そこには、どうしても「恣意」が入り込む余地がある。いわば、「後出しジャンケン」的な運用のおそれが否定できないのである。

(4) 制約によってもたらされる効果

①平等の名の下における不平等 厳しい参入規制

(a) 候補者に対する効果

次に事前運動の禁止がどのようなインパクトを政治活動の自由や表現の自由に及ぼすのかを見ておきたい。

すでに述べたように、事前運動の禁止は、当該選挙区で立候補しようとする、新しい候補者への参入規制として機能する。新たに参入しようとする候補者は、皮肉にも、より多くの「経費や労力」を必要とする。政治参加、表現行為に先立ち、あらかじめ不利な立場からの参入を余儀なくされる。表現する地位に対する差別的な効果といってもよいだろう。事前運動の禁止の目的とは裏腹に、形式的な平等は、実質的な差別効果をもっている。新規参入者は、強固な地盤をもつ現職と争うことは用意ではない²⁶。

また、事前運動の禁止がもつあいまいさから、摘発をおそれて、表現行為を思いとどまる候補者も出てくるであろう。あいまいな表現規制は、必ず萎縮効果を生じさせる。本件のように、事前運動ととられないよう、注意深く配慮がなされた事例においても、「実質的效果」という、法執行者の恣意による制約が課されることになるならば、この規制効果は選挙活動全体に対する萎縮効果をもたらすのである。

(b) 国民の政治参加そのものに対する影響

この参入コストが、国民の政治離れ、若者の政治離れ、投票率の低下、無関心の助長、地方選挙におけるなり手不足、既得権益の温存、そして世襲議員の増加による社会の階層化、固定化という、日本政治特有の問題の大きな原因となっている。供託金制度の廃止も含めて、政治に対する参入障壁を取り除かない限り、日本社会における政治の貧困は解決しない。

事前運動は、候補者の利益にとどまるわけではない。支持者や一般市民と手を携えて、当選のための運動を繰り広げる行為は、市民の政治的自由の根幹にある。選挙権論の泰斗、

25 最判 昭和53年1月26日 刑集32巻1号1頁。

26 合衆国最高裁判所は、政治資金規制の合憲性が争われた、*McCutcheon* 判決の中で、「ある者の政治的影響力を少なくするために、他者の政治的影響力を制約する」ことは許容されない旨述べている。*McCutcheon vs FEC*, 134 US 1434 (2014). ロバーツ首席裁判官法廷意見。

長尾一紘教授は、この点について、次のように述べ、「現行の公選法は、選挙運動を著しく厳格な規制の下においている」と論難している。

「選挙運動は、主体、方法、時間の3点につき、原則として自由が保障されなければならない。すなわち、選挙運動の主体は候補者・運動員や政党等に限定されるべきものではなく、全国民がひとしく選挙運動に参加しうるものとされなければならない。方法についても、一般の刑事法上の犯罪や買収等実質犯に該当するものでない限り、自由な選択が許されなければならない。また、時間についても一定の期間を限るべきではない。投票日当日以外は、原則として自由が保障されなければならないのである」²⁷

今から40年以上前に公にされた長尾教授のこの意見に、耳を傾けるべきなのではないだろうか。

②事前運動の禁止は内容中立的規制ではない

事前抑制の禁止が、単なる時間、場所、方法の規制であれば中間段階の審査を適用する余地はあるだろう（その場合でも右から左に合憲性を認めるような審査は許されない）。しかし、事前運動の禁止は、選挙運動という内容（主題・見解）に依拠した時間規制である²⁸。いずれの候補者に対しても等しく適用される点で、これを内容中立的規制と見る誤解があるが、いずれの候補者に対しても、「言っていいこと」と「言ってはいけないこと」を区別し、「言ってはいけないこと」を公にしたとき、これを刑罰によって禁圧し、さらには議員の失職まで定める規制は、内容中立的規制ではない。

ちなみに、時間・場所・方法の規制に関する合憲性審査基準は、①内容中立的であること、②重要な政府利益に奉仕するものであること、③代替表現手段を十分に確保しているものであること、によって判定される。事前運動の禁止は、②を満たすものの、①③を充足しない。①については、すでに述べた。③については、フランスのように、書籍による事前運動を全面的に許容するようなくみになっていない点に致命的な欠陥がある²⁹。

③規制目的と規制手段の不均衡

選挙の公正という、誰も否定できない目的を掲げ、これを刑事罰により禁圧し、さらには公民権まで停止させる方法は、すでに目的と方法の間に求められる比例原則に違反している。繰り返しになるが、選挙の公正を確保するのであれば、選挙の公正を実質的に侵害する行為のみを禁止すれば足りる。任意選挙の原則を否定するような、買収や強要などは、明白に選挙の公正を害するであろう。しかし、文書配布、戸別訪問はどうであろうか。これらを容認する諸外国の選挙が不正であるとの話は聞かない。

27 長尾前掲75頁。

28 時間・場所・方法の形成とその合憲性については、拙稿『表現の自由 理論と解釈』（2014年）169頁以下参照。

29 同183頁。

また、これに刑事罰を科し、有罪確定の暁に失職させる制度の重さは、あまりに過剰である。目的の正当性からただちに規制の合憲性を認める論理は、憲法学の常識からは大きくそれている。制約の目的とそのための方法の間にもとめられるべき均衡を大きく失っている。

それ以上に、選挙の公正を確保するために、選挙運動を制限すること自体が、許されないパターンナリズムに該当する。昭和44年4月23日判決がいう、「常時選挙運動を行なうことを許容するときは、その間、不当、無用な競争を招き、これが規制困難による不正行為の発生等により選挙の公正を害するにいたるおそれがあるのみならず、徒らに経費や労力がかさみ、経済力の差による不公平が生ずる結果となり、ひいては選挙の腐敗をも招来する」おそれは、国民に政治的な判断能力が欠けていて、放っておくととんでもないことをしでかし、国益に背く行動をしかねない、という、およそ国民主権国家では考えられないような想定を前提としている。

国民は、それほど愚かであろうか。政府は正しく、裁判所は常に間違わないという、すでに淘汰されたはずの無謬性神話にしがみついた見方なのではなかろうか。このような見方自体が、逆に民主的な選挙の実現を阻害していないであろうか。選挙運動規制の論理は、徹底した民への蔑視、国民に対する不信感に駆られたものである。事前運動の禁止を見ると、そこには、憲法は変わっても、民に対する官の優越は決して変わっていないことが理解できる。この制度を維持することは、すなわち、主権者国民に対する裏切り以外の何物でもない。繰り返しになるが、今日このような包括規制を存置させている民主国家はない。

④選挙運動の準備行為か事前運動か

ところで、本件において、前川氏の活動に対する法的評価を分けるポイントは、同氏が送付した、推薦はがきの作成依頼に係る3点セットが投票依頼行為に該当するのか、そうではなく選挙運動の準備行為に過ぎないのか、に集約される。この点について、原判決³⁰は、以下のように述べている。

「もっとも、依頼のうち、推薦人欄への署名（すなわち他の選挙人に対する推薦）を求める部分は、それが本件総選挙に当たっての推薦依頼であるという点で一応実質的な選挙運動準備行為であるといえる。宛名書きの部分は、これと一体をなす依頼とされていることにより、かろうじて選挙運動準備行為としての実質を有しているといえることができる。しかし、特定の選挙に当たって明確な支持者でも支援者でもない選挙人に対して候補者の推薦を依頼する行為は、直接的な投票依頼をするのと近い効果を有するものであるから、当該行為の相手方、時期、方法その他の具体的な事情によっては、推薦依頼に名を借りた投票依頼行為であって選挙運動に該当すると認められる場合があるといえるべきである（最高裁判所昭和44年3月18日第3小法廷判決・刑集23巻3号179頁参照）。そして、本件行為の時期、方法、すなわち、時期が公示の直前であり、本件

選挙はがきの推薦人欄への署名を求めて同はがきを同封し、内容を理解しようとするれば必然的に同はがきに印刷された投票依頼文言が目に触れるような依頼方法をとっていることからすれば、これは推薦依頼に名を借りた実質的な投票依頼行為であると強く疑われる行為である。」

「およそ、特定の選挙が施行されること、そして特定の人がある選挙に立候補することが予測され、あるいは確定的となつた場合において、或る者が、外部から、他の個人または団体に対し、その特定の人を当該選挙において支持すべき候補者として他の者または団体構成員に推薦されたい旨の依頼をする行為が、選挙運動の準備行為に過ぎないものであるか、あるいは推薦依頼に名を借りた投票依頼行為であつて、選挙運動に該当するものであるかは、当該推薦依頼行為の相手方、時期、方法その他の具体的な事情によつて決定されなければならないところである。」

問題となる行為が選挙運動に該当するかどうかは、まず客観的、外形的に判断される必要がある。さもなくば、推薦をどの範囲に、どのような文言で依頼すると選挙運動に該当するのか、あるいは選挙運動の準備行為にとどまるのかを合理的に予測することが困難となる。原判決における「特定の選挙に当たって明確な支持者でも支援者でもない選挙人に対して候補者の推薦を依頼する行為は、直接的な投票依頼をするのと近い効果を有するものであるから、当該行為の相手方、時期、方法その他の具体的な事情によっては、推薦依頼に名を借りた投票依頼行為であつて選挙運動に該当すると認められる場合があるというべきである」との説示は、依頼者において違法性を回避しようとする合理的判断を難しくし、ひいては裁判官の恣意による判断を許す結果となりはしないだろうか。

本件において、前川氏は、推薦葉書の作成依頼の3点セット、すなわち、葉書、葉書の書き方、返信用封筒を一緒に送付しているのであつて、これらには外形的、客観的に投票を依頼する文言が用いられているわけではない。それゆえ、本件依頼行為は、投票依頼ではなく、選挙の準備行為の依頼と考えることが素直な解釈なのではなかろうか。

原判決は、選挙活動の自由に対する制約という、民主主義にとって重大な規制効果を有する公選法の規定を拡大解釈する点で、刑罰法規の謙抑性に反するものである。このような判断が維持された暁には、本来規制対象となっていない、選挙運動の準備行為そのものへの恣意的な制約も許容されることになり、わが国の民主主義にとっても重大な影響を及ぼすことが必定である。

結論

選挙権と被選挙権は、国民主権国家において生命線とも言える権利である。これを規制することは、いかなる理由からでも許されない。選挙運動の自由もこれと同様に考えるべきである。これらが制約されるなら、国家の正当性そのものに疑念が生じることになる。それゆえ、他の民主国家では、選挙運動の自由が制限されていないことを直視しなければならない。

選挙の公正という、一見誰も否定できないような目的を掲げ、包括的に主権者の権利を制約することは、原則として許されず、その制約なしには公正な選挙の実施が不可能であ

るとの立証が規制側には求められる。選挙権、被選挙権とは、「とにかく投票所に行き、一票を投じればよいのだ」というものではない。それならば、ルソーが嘲笑をもって描いた選挙から一步も出るものではなかろう。選挙の公正を維持するという理由で、何ら実害を惹起しないような事前運動を禁止することは、背理というべきである。

公選法が定める、事前運動の禁止規定は、文面上違憲である。少なくとも、選挙の公正を阻害するような実質的害悪を惹起しない事例に適用することは憲法に反する。本件は、まさにその事例そのものである。前川清成氏は、無罪である。また、前川氏の行為は、素直な解釈を施せば、事前運動には該当しない。「実質的効果」という無理な解釈によって、これを禁圧しようとする原判決は、おそらく学説の支持を得られないであろう。

国民が主権を行使するプロセスに障害があるとき、これを除去する役割は、政治過程そのものに期待することはできない。これは、最高裁の役割である。憲法に違反して、参入障壁を上げ、既得権益を墨守する状態を国会が放置するとき、憲法の番人たる最高裁判所以外に、民主主義を救済する機関はない。