

令和4年8月1日

意見書

京都大学大学院法学研究科教授 毛利 透

毛利 透 

私は、前川清成氏が公職選挙法違反で起訴された刑事裁判につき、以下のとおり意見を申し述べます。

はじめに

前川氏は、①法定外選挙運動用文書の頒布によって公職選挙法142条1項1号に違反したとして同法243条1項3号の罪に、②立候補届出前に選挙運動を行ったことによって同法129条に違反したとして同法239条1項1号の罪に問われている。ただし、これら2つの被疑事実は、いずれも、前川氏の行為が公職選挙法上の選挙運動にあたるかの判断を前提としている。これに対し、前川氏は、選挙運動の準備行為を行っただけであると主張している。本件では、①の被疑事実も、検察官がその行為を立候補届出前の選挙運動だと理解するから「法定外」のそれにあたるかとされているのであり、争点は同氏の行為が立候補届出前の選挙運動（以下、定着した用語法にならい「事前運動」ともいう。）にあたるかどうかである。

公職選挙法第13章は、選挙運動全般に対して、諸外国には見られない、非常に詳細かつ厳格な規制を設けており、多くの条文の合憲性が長らく問題視されてきた。選挙運動は、憲法21条1項が表現の自由として保障する政治活動の一環、しかもその重要な部分であるのだから、民主主義国家においてはその自由が十分に保障されなければならない。したがって、現行の公職選挙法の各種の規制が重大な憲法問題を提起するのは当然である。本件においても、選挙の候補者が立候補届出後直ちに選挙運動を開始するためには、事前の十分な準備が必要であるのは自明の理である。漫然と検察官の主張を受け入れ、禁止される事前運動の範囲を非常に広汎なものと理解することは、憲法上保障されている政治活動の自由を不当に侵害することになることに、まず注意を促したい。

I 非現実的な選挙運動の定義

そもそも、選挙は民主政治の根幹に位置する制度であるから、通常の政治活動も常に幾分かは選挙での当選を目指すものだといえる。現職の議員や立候補予定者の日常の政治活動が選挙とは切り離されたものとして行われているというのは、まったく非現実的な想定であり、憲法の観点からも、そのような想定には何の規範的根拠もない。選挙が民意の表明という意味をもつためには、それは、持続的に行われてきた広い政治的議論をふまえた国民の判断を示すものでなければならない。したがって、その政治的議論は、やがて選挙で審判を下す国民の反応をにらんで行われる。選挙運動と政治活動のこの不可分性がなければ、選挙の民主性は十分に確保できないといってよい。

そうだとすると、公職選挙法第129条が立候補届出前に行うことを禁じている「選挙運動」とは何を意味するのか。この概念を、当然許されるはずの、選挙を意識した政治活動の自由を侵害しないかたちで定義できるのが問題となる。周知のように、判例はこの選挙運動を「特定の公職の選挙につき、特定の立候補者又は立候補予定者に当選を得させるため投票を得若しくは得させる目的をもつて、直接又は間接に必要かつ有利な周旋、勧誘その他諸般の行為をすること」と解している¹。しかし、これは、特に当選に「間接に」必要かつ有利な行為をすることの内容を含んでおり、選挙運動を、当然の権利として自由が認められなければならない政治活動と区別することが不可能な定義となっていると言わざるを得ない。このことは、実務上も意識されている。総務省の実務家による公職選挙法の注釈書も、『「間接に必要かつ有利な行為」の意味する範囲を広く解釈すると、立候補準備行為その他選挙に関するほとんど一切の行為が該当するかのよう解されるおそれがある」ことを認めつつ、「しかし、この点については、判例、通説も純然たる立候補準備行為、選挙運動準備行為は、選挙運動と区別されるべきものであり、このような行為まで選挙運動の概念に包含するものではないとしている。」という²。

最高裁の定義が、必然的にここで行われている立候補準備行為や選挙運動準備行為を含まないということはなく、むしろ素直に読めば、これらはまさに「間接に」当選に必要かつ有利な行為ということになるだろう。にもかかわらず、それらが選挙運動にあたらないという論理的理由は、当該注釈書には見当たらない³。最高裁の選挙運動定義は、そのままでは

¹ 最判昭和52年2月24日刑集31巻1号1頁など。

² 黒瀬敏文・笠置隆範編著『逐条解説 公職選挙法 改訂版 (中)』（ぎょうせい、2021年）1061—1062頁。

³ 同書1064頁は、立候補準備行為につき、判例の「選挙運動に関する定義に文理的には該当する」と認めつつ、それでも事前運動禁止にあたらないと解されるという。判例は

選挙をまともに実施できなくなるほど広く、必要な限りでいわば勝手に刈り込んで読解せざるを得ないのである。要するに、最高裁の選挙運動定義は、現実に全く即していないのであり、すでにこの観点からしても維持不能なのである（そして、上記した注釈書の叙述は、それが現実にも棚上げされていることを示している。）。最高裁の定義を漫然と繰り返しつつ、それによってあたかも選挙運動とその準備行為とを区別できるかのような欺瞞的態度をとり続けるべきではない。

Ⅱ 事前運動禁止の違憲性

1 判例の合憲論の欠陥

しかし、より重大な問題は、このような選挙運動の広すぎる理解が、政治活動の自由の保障という憲法上の要請を考慮することなくなされていることである。上記した判例による選挙運動の定義は、最高裁自身が認めるように、戦前の「大審院以来の判例の趣旨」をそのまま引き継ぐものである⁴。つまり、日本国憲法21条1項によって保障されるにいたった表現の自由保障の観点からして、事前運動禁止の範囲は限定的に解釈されるべきではないかという問題意識がまったく抜け落ちたまま、戦前の定義が漫然と用いられ続けているのである。これは、本来驚くべき人権意識の欠如と言わなければならない。重要な基本的人権である政治活動の自由が、戦前と変わらぬ規制に服したままでいいはずがない。

たしかに、戦後しばらくの間は学説も、公職選挙法の定める各種の選挙運動規制の合憲性を、選挙の公正の確保のためという理由で簡単に認める傾向が強かった⁵。しかし、その後の表現の自由論の進展や各種の訴訟・判決をふまえての理論的反省を経て、今日ではその合憲性は強く疑問視されるに至っている。

周知のとおり、最高裁はかつて事前運動禁止の合憲性を認めた⁶。しかし、その理由づけは、今日の表現の自由論の水準からみれば全く不十分なものである。そこで判決は、以下のように述べた。

条文解釈を示すはずであるのに、その「文理」に従わなくてよいのはなぜなのか。法律解釈として従えないということなら、それは判例の欠陥を指摘していることにほかならない。そうであれば、判例には従えないと率直に言うべきである。

⁴ 最判昭和38年10月22日刑集17巻9号1755頁など。前注(2)1059頁も参照。

⁵ 代表例として、判例を無批判的に引用するのみの宮沢俊義『憲法Ⅱ [新版]』（有斐閣、1971年）375頁。

⁶ 最判昭和44年4月23日刑集23巻4号235頁。

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、立候補の届出のあっ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（る）。

この判示は、「常時選挙運動を行なうことを許容するとき」として、選挙運動の時期的制限がまったくない状態を想定し、それでは弊害が起こるからというだけで、現行法上の事前運動禁止を全面的に合憲とするものであり、極めて緩やかな審査しかしていないと言わざるを得ない。つまり、事前運動禁止が政治活動の自由に対する必要最小限度の制約となっているかどうかを審査するという姿勢をまったく欠いているのである。このような審査は、民主主義国家における表現の自由の重要性にまったく対応していない。

また、弊害の認定も、抽象的な「おそれ」とどまっている。判決は、「常時選挙活動を行なう」ようになると、「不当、無用な競争」を招くというが、そもそも、政治的な競争は基本的に望ましいはずである。選挙が近くなっても、政党間などでは常に民意獲得を目指した競争が行われており、選挙運動を認めると、どうして「不当、無用」な競争がはびこり、不正行為が増大することになるのか、理解困難である。そもそも、自由に委ねられるべき政治活動に、公権力が「不当、無用」とレッテル張りすることなど、許されるはずがないであろう。買収などの違法行為があれば、適正に対処すればいいだけのことである。その対処の労を減らしたいというような便宜的な欲求が、重要な政治活動の自由を制約する理由とならないのは当然である。経済力の差による不公平が生じるというのも、抽象的なおそれに過ぎない。経済力の差はたしかに選挙運動の量などに影響するだろうが、それは日常政治でも同じこととである。それとも、事前運動が解禁されると、選挙が何年か先でも、資金力のある陣営は常時選挙直前のような激しい運動をするだろうと、本気で信じ

ているのであろうか。非常に短期間しか選挙運動を認めないなどという奇妙な制度は、ほとんどの民主主義国にはないが、それでも常時選挙直前のような状態に置かれているような国はない。どこでも、通常の政治的議論が、選挙が近づくにつれ、徐々に選挙を強く意識した論戦へと移行していくのである。日本以外の国の政治が、事前運動禁止がないために、日本よりはるかに不正にまみれた不公正なものになっているとは、寡聞にして聞いたことがない。

総じて、本判決は、規制を全廃すれば抽象的なおそれが生じるから、現行法の厳しい自由制約が正当化できるという、表現の自由制約の合憲性審査としては、まったく説得力を欠く論理しか構築できていないのである。

2 近年の最高裁判例の見地からの再検討の必要性

この判決は1969年のものであるが、最高裁はその後、繰り返し表現の自由、とりわけ政治的な表現の自由の重要性を指摘し、その制約の合憲性は厳格に審査されるべきであると述べている⁷。とりわけ、国家公務員の政治的行為禁止（国家公務員法102条1項、111条の2第2号）の合憲性について、かつての猿払事件最高裁判決⁸の判示が、いわゆる堀越事件最高裁判決⁹によって実質的に大きく限定されたことを指摘しておきたい。猿払判決は、一般職の国家公務員全体に対する非常に広汎な政治的行為禁止も、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼の確保という目的と「合理的な関連性」を有するとし、さらに規制により得られる利益を上記の抽象的なレベルでとらえつつ、それが失われる自由の利益よりも優越するとの判断を行った。目的達成のために具体的規制がどの程度貢献しているのか、その他の手段ではできないのかといった観点なしに、このような大きな利益を持ち出して比較衡量を行っても、単に言葉の遊びにしかならないにもかかわらず、である。結局、猿払判決は、公務員の政治活動の自由に対する制約は必要最小限でなければならないという視点をまったく欠く判断であった。

これに対し堀越判決は、政治活動の自由の重要性を強調し、「公務員に対する政治的行為の禁止は、国民としての政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度にその範囲が画されるべきものである。」としたうえで、禁止される「政治的行為」を、「公務員の職務の遂

⁷ 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872号（北方ジャーナル事件）、最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁（泉佐野市民会館事件）など。

⁸ 最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁。

⁹ 最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁。

行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるもの」と限定的に解釈した。そして、この解釈を前提とした合憲性審査においても、猿払判決のような緩やかな基準を用いるのではなく、それが「必要やむを得ない限度」ととどまっていることが重視されている。

こうして、近年の最高裁は、表現の自由制約の合憲性審査において、その重要性を十分認識したうえで、制約の必要最小限度性を実質的に判断する姿勢を明確にしている¹⁰。このような判例の動向からすれば、上記した1969年判決の論旨の説得力はもはや皆無であり、その判例としての権威も失われていると考えるべきであろう¹¹。

¹⁰ 大阪市ヘイトスピーチ対処条例の合憲性を認めた最近の判決（最判令和4年2月15日 LEX/DB25571948）も、ヘイトスピーチ抑止の必要性の高さ、それが大阪府で頻繁に行われていたこと、とられる措置が強制的なものではないことなどを指摘して、規制が「合理的で必要やむを得ない限度にとどまる」ことを事実上即して判断する、慎重なものであった。

¹¹ 選挙制度の構築については立法者に広い裁量があるとの主張もあるが、事前運動禁止について言えば、これは選挙運動期間ではなく、それ以外の日常、我々が過ごす大半の時間における政治活動に対する規制なのであり、選挙制度についての立法裁量が及ぶ場面ではないことは明らかである。選挙運動規制全般について見ても、選挙運動は選挙自体とは区別される、当選を目指したさまざまな活動のことであり、選挙区の定め方といった選挙そのものの仕組みの話とは異なるはずである。このような選挙運動も立法者の定めるルールに従う活動だとする見解（最判昭和56年7月21日刑集35巻5号568頁の伊藤正巳補足意見参照）に対しては、憲法上、選挙運動は本来自由だというベースラインがあるはずだという説得的な批判が寄せられている（長谷部恭男『憲法 〔第8版〕』（新世社、2022年）352頁）。いずれにせよ、事前運動禁止は、正面から日常の政治活動を制限するものであり、表現の自由制約であるにもかかわらず国会の裁量を尊重することが許される例外的・限定的な場面ではない。

¹² なお、近年事前運動禁止の憲法適合性について改めて審査した福岡高判平成19年9月7日 LEX/DB28145237は、最高裁判例の趣旨に加え、「許容される選挙運動期間も不合理なまで短期間ではなく、しかも、具体的な選挙運動にわたらない限り選挙期間前においても政治的な意見の表明を含む活動を自由に行うことはできる」ことを挙げて合憲性を認める。だが、当該事案で問題になった市議会議員選挙の選挙運動期間は通常7日しかなく（公職選挙法33条5項4号）、これを不合理なほど短期間ではないとする感覚は、選挙運動などなくともかまわないという前提に発しているとしか思えない。たとえ市の単位であっても、1週間で十分な選挙運動ができると本気で考えられるであろうか。実際には事前運動が横行し、これに対し恣意的な取り締まりが行われることになるのは必定である。国政選挙の選挙運動を2週間ほどしか行えない（同法31条4項、32条3項）というのも、世界の民主主義国の常識からかけ離れること著しい。さらに、選挙運動でなければ自由にできるから事前運動禁止は甘受せよという判示も、民主主義国における選挙の政治的重要性を度外視した暴論である。日々の政治活動が来たるべき選挙での民意の表明を意識して行われるからこそ、政治への民意の反映が可能になる。本文で繰り返し指摘するように、政治活動と選挙運動は本来切り離すことはできないし、憲法上も切り離して考えることは許されない。

3 学説の評価

学説もまた、事前運動禁止には総じて厳しい評価を行っている。戸松秀典教授は、憲法からは「選挙に関連して行われる政治活動こそが、自由であるべし」との要請が導けるはずであるのに、「憲法とは無関係に伝統的に形成されてきた選挙運動の観念をそこに無批判にとりこ」むことにより、政治活動の自由保障との関係で説明のつかない事前運動禁止が規定されてしまっていると指摘している。そして、上記1969年判決についても、「制約の根拠を正当化する理由を厳格に審査する手法」を用いていないと批判する¹³。大石眞教授も、判例の選挙運動理解が広汎すぎることを指摘したうえで、事前運動禁止について、「基本的に選挙に関する管理原理・制約原理から出発した選挙運動に関する旧来の制度を、抛って立つ原理が根本的に変わったはずの現行憲法体制の下で維持すべき理由はない。」とする。「本来一体的で連続しているはずの政治活動と『選挙運動』とをことさらに分離」することには「無理が生ずる」。そして、やはり1969年判決の観念的な論法の説得力を疑問視している¹⁴。

さらに、旧自治省で選挙実務に携わった片木淳教授までも、禁止されている事前運動にあたる選挙運動概念のあいまいさを指摘し、憲法上も実際的にも大きな問題であると批判して、規制の撤廃を訴えていることは、大いに注目されるべきである¹⁵。

本意見書筆者も、以前から同様の批判を行ってきた。1969年判決が緩やかな審査しか行っていないことを批判し、現行法では選挙運動期間が短すぎてむしろ選挙の公正を害していると指摘した。さらに、最高裁判例の広汎な選挙運動定義は実践不可能であり、それゆえに実際の取り締まりが当局の恣意的運用に任されてしまっていることも批判した（恣意的運用の危険というこの指摘は、後述するとおり、まさしく本事件で実証されている。）¹⁶。

¹³ 戸松秀典『立法裁量論』（有斐閣、1993年）240－241頁、275－276頁。

¹⁴ 大石眞『憲法秩序への展望』（有斐閣、2008年）65頁、70頁、75頁。その他、吉田善明『政治改革の憲法問題』（岩波書店、1994年）123頁、榎透「事前運動の禁止」『憲法判例百選Ⅱ 〔第5版〕』（有斐閣、2007年）352頁、佐藤幸治『日本国憲法論 〔第2版〕』（成文堂、2020年）454頁、芦部信喜『憲法学Ⅲ 〔増補版〕』（有斐閣、2000年）474頁など参照。

¹⁵ 市民政調・片木淳『公職選挙法の廃止』（生活社、2009年）21－23頁（片木氏執筆箇所）。

¹⁶ 毛利透「事前運動の禁止」『判例講義 憲法Ⅱ』（悠々社、2010年）224頁、毛利ほか『憲法Ⅱ 人権 〔第3版〕』（有斐閣、2022年）409－410頁。筆者は、1969年判決時には例外的にしか認められていなかった選挙期日前の投票が、2003

4 違憲の判断は免れない

以上の叙述より、事前運動禁止を定める公職選挙法129条、239条1項1号は、不明確かつ過度に広汎な構成要件によって重要な基本的人権である政治活動の自由を制約する、合憲とはいいがたい規定であることが明らかになった。繰り返すが、選挙は日常の政治的議論の延長として行われるからこそ、民意を表明することができる。したがって、選挙で当選を目指す運動と政治活動を区分することは、本来的に言って不可能なのである。最高裁判例の広い選挙運動定義は、このことを裏面から表している。戦前以来の視点で、選挙で当選を得ようとする活動を全部この概念で取り込もうとすれば、それは広汎な政治活動を包含するものとならざるを得ない。そして、事前運動の禁止は、それらを根こそぎ禁止することを求めざるを得ない。しかしまず、それでは選挙実務は成り立たないから、論理的には説明できない「選挙運動の定義に入りそうに見えるが選挙運動にはあたらない活動」なるものが実務上形成されてくる。法規定の不合理が、現実によって暴かれているのである。

加えて、そのような禁止は、日本国憲法が定める表現の自由保障の意義をきちんととらえれば、正当化できるはずもない。選挙の公正確保のためとして、判例が言うように広く理解された事前の選挙運動を全面的に禁止することが、近年の最高裁判例がとる、政治的表現の規制は必要最小限度でなければならないという要請を満たせないことは、明らかである。事前運動を認めると発生するとされる弊害のおそれは抽象的なものにすぎず、仮に

年の公職選挙法改正で導入された期日前投票制度（法48条の2）によって広く認められるようになったことにより、事前運動禁止の合理性がますます失われていることも指摘してきた。近年の選挙では、選挙期日前になされる投票が、投票総数の3割を超えるまでに至っている（総務省選挙部『目で見える投票率』（2022年）

（https://www.soumu.go.jp/main_content/000696014.pdf）16頁参照）。期日前投票は、公示・告示日の翌日から可能である。つまり、有権者には、選挙運動にほとんど接しないまま投票することが認められているのである。しかし一方で、法は事前運動を禁止し、公示・告示日に至るまで立候補者が有権者に対して選挙に際しての自己の姿勢を訴えることを認めていない。これは、端的に矛盾した態度である。期日前投票を広範に認めるということは、有権者が公示・告示日翌日時点で、投票という重要な政治的判断を行うのに十分な情報に接しうるということを前提にしているはずであり、そのためには、その前に、立候補者自身の有権者への働きかけが認められている必要があるはずである。現在の日本の選挙制度が、自由に流通する十分な情報に基づいて有権者が政治的判断を示すという意味で民主的なものだといえるためには、公示・告示以前の立候補予定者の活動を広く認めることが不可欠なのである。ところが、現行法は、まさにそのような活動を認めていない。事前運動禁止は、もはや選挙制度内における体系的合理性をも失っているのであり、維持するに値しない。

そのおそれを前提にするとしても、それを防止するために、選挙運動というあいまいな用語で示される活動を立候補届出前には全面的に禁止するというような規制がどうしても必要だということが示せるはずがない。このような、戦前から無反省に引き継がれている条文は違憲無効とし、被告人を無罪とする解決をとるのが、裁判所の本来とるべき態度であるといえよう。

Ⅲ 禁止される事前運動は限定的に解釈されるべき

1 「内部」の流動性を考慮した限定解釈の提示

とはいえ、事前運動禁止は公職選挙法が定める多くの選挙運動規制の大前提となっただけに、それを違憲と断じるとは選挙運動規制全体の体系に大きな影響を及ぼし、多くの立法的対応が求められることになる。このような、立法者への大きな負担の発生という事態を考慮する場合、事前運動禁止の条文自体は違憲とはせず、解釈を限定することで違憲の瑕疵を取り除こうという憲法判断の手法がとられることもやむを得ないかもしれない。しかし、その場合においても、この限定的解釈は憲法の視点から求められるのであり、したがって政治活動の自由に対する必要最小限度の制約にとどまる必要があるとの視点を揺るがせることはできない。そのような観点からは、現在実務で、上記したように論理的根拠も憲法上の正当性もなくとられている、事前には禁じられる選挙運動と許される選挙運動準備行為の区別なるものを、漫然と受け入れることは、到底認められない。

ただでさえ短い選挙運動期間を目いっぱい有効に活用しようとすれば、それ以前に入念な準備が必要になるのは当然である。したがって実務上も、選挙の公示前に選挙はがき発送の準備といった準備行為を行うことは、一定範囲で認められている（繰り返すが、論理的に「選挙運動」にあたらないと説明できるわけではなく、実務上認めざるを得ないから認められているのである。）。一定範囲とはどの程度のことか？ 上で引用した実務家による注釈書は、準備行為として認められるかどうかを、「一般選挙人に対して働きかけるものではなく、単に選挙運動に従事する者の内部的な準備行為にとどまる」かどうかで判断するとしており、実務においてこれが基準として妥当しているようである¹⁷。これに対し、本事件で検察官は、前川氏の選挙協力依頼が「支援者・後援者に限定されない」者らに送付されたことを重視して、選挙運動準備行為の範囲を超える投票依頼にあたると判断してい

¹⁷ 前掲注(2) 1065頁。土本武司『最新 公職選挙法罰則精解』（日本加除出版、1995年）25－26頁も同旨。

る。「支援者・後援者」という表現は、「内部」よりも広い意味合いを持っているように思われるが、しかしこの場合にも、選挙運動準備行為を依頼できるのは、立候補予定者との間で支援・後援という関係をすでに築いていた人々に限られるという理解が背景にある。ある行為が選挙運動ではなくその準備行為だといえるためには、立候補予定者と特別の関係を有する限られた人の参加しか認められないと考えられているのである。

しかし、そのような思考には、説得的な根拠は存在しない。諸個人の、したがって国民の意思は常に流動的なものであり、だからこそ、政治的に活動する者は、表現の自由を行使して他者の協力・同意を求めようとする。選挙は、まさしくそのような自由の行使によって生まれる流動的な民意の獲得を目指して行われるからこそ、民意の表明としての価値を有する。したがって当然ながら、選挙運動やその準備行為には、さまざまな人々が一時的にいろいろな役割をもって参加するのであり、恒常的に存在するスポーツチームのようなはっきりしたメンバーは存在しないし、チームの内外を分ける明確な基準があるわけでもない。立候補予定者は、できるだけ多くの人々に自分の選挙を手伝ってもらいたいと願うはずであり、したがって準備行為として選挙応援への参加の呼びかけを行うことになる。まさに、このような呼びかけは、自分のために行動してくれる者を増やし、来たる選挙での選挙運動を有利に進めるために当然認められるべき政治活動である。ある候補者の選挙を手伝う人々の「内部」は、最初から固定されたものとして存在するのではない。むしろ、何らかの意味で「内部」に属するといえる人々、その意味での「支援者・後援者」を恒常的に拡大しようとするからこそ、政治活動の神髄なのである。政治活動の自由保障は、国民の政治的意識・行動のこのような流動性を十分確保することを求める。民意は、そしてその重要な要素である政治家への支持・不支持は、常に自由に、つまり流動的に生成・変転するものでなければならない。それが民主政治の要請である。そして、このような流動性確保の重要性は、選挙が近づいてくればくるほど増すことになる。自由な人々を自分の選挙の応援へと説得し、「内部」を拡大することが必須となるからである。

このような観点からすれば、選挙運動準備行為が許される「内部」あるいは「支援者・後援者」を固定された範囲の人々と捉え、それ以外の人々への選挙に関する働きかけは禁じられた事前運動にあたるというような解釈は、政治活動の自由の重要性を無視した、憲法上認められないものだということになる。つまり、事前運動禁止を憲法適合的に解釈するならば、選挙運動期間に自分の選挙を応援してくれる人々をあらかじめ増やそうとする行為は、できるだけ広く許容しなければならない。そうだとすれば、禁止されるのは、文

字どおり「一般選挙人」に対する訴えかけ、すなわち特定の選挙で自分ないし自党に投票してくれるようにと不特定多数の人々に訴える活動に限られると解するべきである。事前運動を禁止する理由として挙げられる、競争の激化や資金力の差によって生じる選挙の不公平の防止も、そもそもが抽象的なおそれに基づくだけのものであり、一般選挙人を対象に直接投票を呼び掛ける活動——一番競争が行われ、資金が必要になるのは、この場面での活動であろう——を禁止しておけば、十分達成することができる。そして、このような限定的な理解は、「選挙運動」という文言の通常理解にも合致する。公職選挙法が具体的に規律している選挙運動形態は、大半がこのような一般選挙人への直接の投票呼びかけであり、事前運動禁止も、このような形態の運動は立候補届出以後にしか認めないという趣旨だと理解することは、むしろ同法全体の体系にも整合的であるといえよう¹⁸。

2 前川氏の起訴の不当性

では、前川氏を起訴した検察官の論理はどのようなものか。前川氏が起訴されているのは、関西大学の同窓会である関西大学校友会の名簿を基に作成された名簿に掲載された者らに、政党機関紙によって政策を訴えつつ、ポスターの掲示やボランティアの願いをする文書とともに選挙はがきを郵送し、選挙運動期間中に他の有権者に郵送するための宛名書きを依頼した行為である。それが検察官に、もはや「支援者・後援者」への選挙協力依頼という準備行為にはあらず、事前運動に該当すると判断されたのである。

まず、この準備行為にとどまるかどうかの判断が、非常に恣意的になされていることを指摘しておかなければならない。立候補前に選挙はがきの宛名書き依頼を広範囲の人々に依頼することは、他の候補者も行っている。にもかかわらず前川氏だけが立件されたのは、不可解というほかない。警察は、政党を支持する団体がある場合に、その団体構成員に選挙はがき発送への協力を依頼することは許されるが、前川氏は協力を見込めない人々に送ったことが問題だと指摘したという。そうだとすれば、立件にあたって大変スキャンダル

¹⁸ かつて美濃部達吉は、現在の判例に引き継がれている大審院判例の選挙運動理解を広きに失すると批判し、「特定の議員選挙に付き特定人の当選に有利ならしむることを直接の目的として多数選挙人に交渉することに関して連続して為す行為」という定義を提唱した（美濃部『選挙法詳説』（有斐閣、1948年）194頁。漢字は新字体に直した。）。美濃部は憲法が保障する表現の自由の観点から限定解釈を行ったわけではないが、政治活動の自由を重視する立場から条文を合理的に解釈しようとすれば、事前運動として禁止されるのは、選挙人に対し直接に当選を求めて働きかける行為に限定されると理解するしかないことを示す傍証となろう。

スな線引きが行われていると言わざるを得ない。第1に、このような区別は、選挙運動において、確固たる支持団体をもつ既存政党のみに、新興政党にはない大きなアドバンテージが与えられることを意味しており、まさしく選挙の公正を害すること著しい。第2に、ある党の支持団体の構成員がみなその党の候補者を支持しているなどということがあるはずがないのに、その者らへの選挙はがき協力依頼が「支援者・後援者」への依頼として許されるというのは、まったくの強弁でしかない。候補者の所属する政党の支持団体にも、その者の出身大学の同窓会にも、支持者もいれば支持しない人もいる。当たり前のことである。この両者を、一方の構成員への協力依頼はすべて「支援者・後援者」への依頼といえるが、他方の構成員への依頼はそうではない、したがって一方は合法で他方は違法である、などと区別することが、適正な法適用といえるはずがない。政治活動の自由という重要な自由の制約が、このような恣意的な線引きによって行われることは、決して許されてはならない。そのためには、政治活動の自由をできるだけ尊重し、準備行為が許される「内部」、「支援者・後援者」の範囲を流動的にとらえ、まさにその拡大を図る行為を許容し、逆に禁止される範囲をできるだけ限定する、上記した限定的な解釈を採用しなければならない。

検察官が、選挙運動への協力依頼の送付が「支援者・後援者」に限られるかどうかという点を重視している理由は明らかではないが、そのような者ら以外への送付は、受け取った者に投票依頼と受け取られる蓋然性が高いという考えに基づいているのかもしれない。元々「支援者・後援者」であれば、届いた文書が選挙運動への協力依頼であることを理解できるとしても、そうでない人は文書の趣旨を正確に理解できず、立候補予定者が選挙のために名前を売り込もうとしていると受け取ってしまうだろうということである。実際、検察官は、当該文書の趣旨をそのように受け取った人がいたことを立証しようとしている。しかし、表現の自由保障の観点からして、文書の意味内容は客観的見地から把握されなければならない、それを誤解する者がいるからといって表現者に制裁を課することは、決して許されない。表現行為がどのように誤解されうかは表現者には予測困難であるから、誤解されるおそれ、あるいは誤解する人が出たことを理由にして表現の自由制約を認めることは、表現者の立場を著しく不安定にし、表現の自由に対し強い萎縮効果を発生させることになる。本来活発になされるべき政治活動が、このような萎縮によって縮減してしまうことは、民主政治の機能不全を招くことになる。人々の誤解を招くおそれを理由にして公権力が表現活動を規制できるとすれば、恣意的権力行使の危険が飛躍的に高まってしまう

ことも自明であろう¹⁹。

しばしば内容理解が争いの対象となる名誉毀損的表現について、最高裁判例は、その意味内容は「一般の読者の普通の注意と読み方とを基準として判断すべき」²⁰としている。一般的な理解とは異なる読み方に基づいて「自分の名誉が害された」と主張しても、通らないのである。また、テレビのニュース番組中の報道が争われた事件で最高裁は、報道内容について「一般の視聴者の普通の注意と視聴の仕方とを基準として判断すべき」としつつ、テレビ番組の場合、視聴者は必然的に受け身の姿勢であるため、文字情報だけではなく、全体的な印象などを総合的に考慮すべきだと判示した²¹。逆に、少数の文書が届けられ、特に制限時間もなくそれを読み判断する時間が与えられている場合には、その文書の内容は、受け手が最初にパッと見たときの印象で判断されるべきものではないといえるだろう。一般の読者は、少数の紙の文書については、読み返しつつ理解を試みるはずである。また、本件のように、選挙運動への協力を依頼する文書は、まさに読み手がそれらをじっくり読んで考え、判断することを期待して発送されているといえる。

本事案では、選挙はがきについては、それに宛名を書いて送り返すことを明確に依頼したうえで、返信用封筒とともに郵送されているのであり、選挙運動期間中の投函のための準備行為への協力依頼であることは明らかである。その他の依頼も、選挙運動期間中の協力の可能性につき、あらかじめ尋ねるものである。冷静に見れば、これらの文書が、選挙での投票依頼ではなく、選挙運動への協力依頼であることは明らかなのである。これだけ明確な内容を持ち、しかもじっくりと判断することを求める文書について、それを選挙での投票依頼であると誤解する人が仮にいても、そのような人の存在を理由として、前川氏が選挙運動を行なったという認定をおこない刑罰を科することが許されるはずがない。どのような内容の文書についても、誤解する人は出てくるものである。しかし、表現の自由保障のためには、表現内容の理解はあくまでも「一般の読者」の視点で行われなければならない。しかも本件の場合、その読者はかなり注意力をもった存在と想定することが相当なのである。たとえ文書が届いた時点で前川氏の「支援者・後援者」といえる者でなくとも、本件文書は選挙運動への協力依頼だと容易に理解できるはずであり、文書の法的

¹⁹ この点については、毛利透『表現の自由』（岩波書店、2008年）260頁以下が、ドイツの判例を参考にして詳しく論じている。とはいえ、常識的に理解できる論理であろう。

²⁰ 最判平成9年9月9日民集51巻8号3804頁など。

²¹ 最判平成15年10月16日民集57巻9号1075頁。

評価はそのような理解を前提にして行われなければならない。

結局、前川氏は、関西大学の同窓会という自分にゆかりの深い団体の名簿を元に作成した名簿に掲載された人々に、明確に選挙はがきへの宛名書きの協力依頼を行っただけであり、一般選挙人に選挙での投票を依頼する行為は行っていない。したがって、上記した限定的な解釈によれば、明らかに禁止される事前運動を行なってはならず、無罪とされなければならない。

しかも、前川氏は、大学同窓会の名簿をやみくもに利用したわけではない。関西大学校友会とは実際に深いかかわりを保持してきた。さらに、同窓会名簿を用いて郵送などのために実際に作成した名簿は、長年政治活動のために利用しており、そのなかで郵送の継続を拒否する者や郵便が届かなかった者は、名簿上で宛名印刷の対象から除外してきたとのことである。前川氏が選挙運動への協力を依頼したのは、単に同じ大学の同窓会会員というだけの性質の人々ではなく、その中でも、郵便によるとはいえ継続的な関係を築いてきた人々である。そして、このような経緯からして、本件の郵送を受け取った人々も、届いた文書を通常の注意をもって読めば、それが投票依頼ではなく、選挙はがきの宛名書きへの協力依頼であることを容易に理解したはずである。つまり、仮に準備行為が認められる範囲を、候補者の選挙運動を支援してくれる可能性のある人々と理解するとしても、前川氏の行為はそれにとどまるのである。このような人々の間での準備行為は、日本の選挙において選挙運動が十分に行われるためには必須の作業のはずである。そして、すでに述べたように、そのような人々の中でも文書の意図を誤解した人がいたとしても、そのこと自体は、前川氏の行為の法的評価を左右する事実ではない。

検察官が、準備行為が認められる範囲をこれよりも狭く解そうとしているのであれば、（上記したように、実際にはそのような解釈を貫徹することは不可能であるわけだが、さらに規範的に言っても、）それは日本の選挙運動において十分に論戦が行われること、つまり選挙の民主性を軽んじることはなはだしいと言わなければならない。選挙運動は、スポーツチームのようなメンバーシップの明確な集団によって行われるものではないし、既述のとおり政治活動の自由の観点からしても、そのようなものとして観念することは認められない。政治活動とは、常に自分に賛同してくれる仲間を増やしていこうとする活動である。とりわけ、仲間になってくれる見込みがある人々を引き入れようとする活動は、立候補予定者にとって、選挙準備として保障されるべき必要性が高い。少人数の中核となる運動員以外はみな「内部」ではないとし、選挙運動準備行為を行える人間の範囲を非常に限

定する考え方は、選挙に向けた政治活動の自由という、当然認められるはずの重要な憲法上の権利を不当に侵害することになる。したがって、特に公職選挙法の厳しい規制の下で、民主主義国で最低限求められるレベルの選挙運動を可能にするためには、少なくとも、選挙運動への支援の可能性を期待できる人々への、選挙運動についての協力依頼は、禁止される事前運動にはあたらない選挙運動準備行為であると解さなければならない。上記のとおり、前川氏の行為はまさにこのようなものであり、公職選挙法の前運動禁止を合憲的に適用しようとするかぎり、同氏は必ず無罪とされなければならない。