

公選法上の文書規制についての憲法論的考察（二・完）

— 公選法一四二条をめぐる司法審査基準の変遷を中心として —

辰 村 吉 康

- 一 はじめに
- 二 文書規制の歴史的沿革
- 三 文書規制の実態
- 四 文書規制の保護法益（以上前号）
- 五 最高裁判例の動向（以下本号）
- 六 高裁判例の動向
- 七 違憲判決について
- 八 おわりに

五 最高裁判例の動向

公選法一四二条一項の文書規制が、選挙の自由、政治的表現の自由を規制するゆえに、憲法で保障した二二条の表現の自由や一五条の選挙権の規定と抵触する問題として憲法訴訟になるのは当然である。従来、憲法上の権利、とりわけ精神的自由に対する制約基準をめぐっては、判例や学説の展開の下で、当初の抽象的な「公共の福祉論」から始まって、「明

白かつ現在の危険」の基準や、「明確性」、「LRA」、「比較衡量」及び「二重の基準論」等の数々の基準が打ち出されてきた。ところで、精神的自由の中でも最も重要とされる政治的表現の自由、とりわけ選挙運動の自由を規制する文書規制の場合はどうであろうか。本節では公選法一四二条一項の合憲性を争った事件で、最高裁においてその判断基準がどのように展開されてきたのかをみてみたい。

(一) 最高裁における合憲性判断の論法

今日まで筆者の検索した限りでは、公選法一四二条一項と憲法二二条あるいはその他の憲法原則との関係で、合憲の判断を判示している判決は以下の通りである。年代順に列記すると、

- ①昭和三〇年四月六日大法廷判決
- ②昭和三九年一月一八日大法廷判決
- ③昭和四四年三月一八日第三小法廷判決
- ④昭和四四年四月二三日大法廷判決
- ⑤昭和五五年五月三〇日第二小法廷判決
- ⑥昭和五七年三月二三日第三小法廷判決
- ⑦昭和五七年四月二二日第一小法廷判決

となる。これらは一貫して公選法一四二条一項は憲法に違反しないと判示してきた。

ところでこれらの判決がどのような理由の下で公選法一四二条一項を合憲と判断してきたのか、少しく立入ってその判決内容をみてみると、⑦・⑥・⑤の各判決は、「所論（上告趣意の違憲を争う部分―引用者注）は、憲法二二条一項、一五条違反をいうが、公職選挙法一四二条一項が憲法二二条一項に違反しないことは、当裁判所の判例（①・②・④）の各判

決（引用者略）とするところであり、公職選挙法一四二条一項が憲法一五条に違反しないこと、及び公職選挙法一四二条一項の罰則である同法二四三条三号もまた憲法二一条一項に違反しないことは、右判例の趣旨に照らして明らかであるから、所論は理由がない」と述べるだけである。つまりこれらの判決は、公選法一四二条一項と憲法二一条一項及び憲法一五条との関係については、既に①・②・④の判決で合憲と判断されているので、それゆえに合憲とするだけで、具体的な判断基準は何も示していない。なお⑦・⑥・⑤の判決は、公選法一四二条一項と憲法一五条との関係についても、既に①・②・④の判決の中で合憲と判断済みであるとしているが、①・②・④の判決文をみる限り、これらの判決は、公選法一四二条一項と憲法二一条の関係のみを判断するだけで、一言も憲法一五条との関係については述べていない。

ところで④判決の内容をみれば、それは「公選法一四二条に定める文書図画の頒布の制限のごとき一定の規制がいずれも憲法二一条に違反するものでないことは、当裁判所の大法廷判決（昭和二五年九月二七日判決及び①判決―引用者略）の明らかにするところであり、いまこれを変更する必要は認められない」と述べるのみである。本判決が先例として挙げた昭和二五年九月二七日大法廷判決は、実は、選挙運動としての戸別訪問禁止の規定（本件で問題となった法律は、事件当時の衆議院議員選挙法第九八条、地方自治法第七二条及び教育委員会法第二八条）と憲法二一条との関係が問題となったものであった。同じく選挙運動のひとつといえども、別の行動形態や法条が問題となった事件での判断を、異なった行動形態や法条が問題となっている憲法訴訟に、そのまま先例として援用できるものなのか疑問の存するところであるが、ともかく判決が、先例として引用しているので、昭和二五年九月二七日大法廷判決を④の印をつけて本稿では使用する。④の印をつけたのは、あくまでも公選法一四二条一項と憲法二一条との関係において憲法判断をしたのは、①判決が最初だからである。

また③判決も、公選法一四二条一項と憲法二一条との関係について判断しているが、これも「所論（上告趣意）は、公職選挙法一四二条一項、二四三条三項が憲法二一条一項に違反する旨主張するが、公職選挙法一四二条一項が憲法二一条

一項に違反しないことは、当裁判所の判例とするところであり（②判決及び昭和四〇年一月二日第三小法廷判決―引用者略）、公職選挙法一四二条の罰則である同法一四三条三号もまた憲法二一条一項に違反しないことは、右の判例の趣旨に徴して明らかであるから、所論違憲の主張は、理由がない」と述べるのみである。なお本判決が合憲判断の理由づけに使った先例として、②判決と同時に昭和四〇年一月二日第三小法廷判決を挙げているが、筆者は残念ながらその判決文を手に入れることができなかった。しかし考えるに、この判決の数日後に下された④判決が、先例として①判決を挙げるのみで、当判決については何もコミットしていないので、当判決の中でも、合憲性の判断基準について、従来とは違った新しい論は展開されていないものと推測している。

このように見てくると、公選法一四二条一項と憲法二一条一項あるいは一五条との関係について、その合憲性判断の先例としては、①及び②判決にまで逆のぼることができるのである。そこで①及び②判決についてみてみる。時代の新しいものからみてみると、②判決は、公職選挙法一四二条一項が憲法二一条一項に違反しない旨を次のような理由から判断している。

「所論中（上告趣意中―引用者注）憲法二一条違反を主張する点があるが、憲法二一条は、言論・出版その他表現の自由を絶対無制限に保障しているものではなく、その自由には公共の福祉のために必要かつ合理的な制限の存し得べきことは、つとに、当裁判所の判例とするところである（①判決―引用者略）。ところで、公職の選挙につき文書図画の無制限の頒布等を許容するときは、選挙運動に不当な競争を招き、これがため、選挙の自由公正を害し、その適正公平を保障しがたいこととなるので、かような弊害を防止するために必要かつ合理的と認められる範囲において、文書図画の頒布の制限禁止等の規制を加えることは、選挙の適正公平を確保するという公共の福祉のためやむを得ない措置であるから、かような措置を認めた公職選挙法一四二条の規定を以て憲法二一条に違反するものとはいえない。」

また①判決は次のように述べる。

〔論旨は、公職選挙法一四二条、一四三条、一四六条は憲法二一条に違反して無効であると主張する。しかし、憲法二一条は言論・出版等の自由を絶対無制限に保障しているのではなく、公共の福祉のため必要がある場合には、その時、所、方法につき合理的制限のおのずから存するものであることは、当裁判所の判例とするとところである(①判決―引用者略)。そして公職選挙法一四二条、一四三条、一四六条は、公職の選挙につき文書図画の無制限の頒布、掲示を認めるときは、選挙運動に不当の競争を招き、これが為、却って選挙の自由公正を害し、その公明を保持し難い結果を来すおそれがあると認めて、かかる弊害を防止する為、選挙運動期間中を限り、文書図画の頒布、掲示につき一定の規制をしたのであって、この程度の規制は、公共の福祉のため、憲法上許された必要且つ合理的の制限と解することができる。〕

②及び①判決の合憲論の骨子を要約すれば、

(1) 憲法二一条で保障する表現の自由は、絶対無制約のものではなく、公共の福祉のために必要かつ合理的な制限に服するものであること、

(2) 無制限の文書活動は、不当競争を招き、選挙の公正を害し公共の福祉に反するものであるから、その弊害を防止するため、一定の規制はやむを得ないものであること、
をいうにある。

何故憲法二一条が絶対無制約のものでないのかについては、①及び②の判決がごぞつて先例として挙げる①判決においても、その理由づけはされていない。すなわち①判決は、「選挙運動としての戸別訪問には種々の弊害を伴うので衆議院議員選挙法九八条、地方自治法七二条及び教育委員会法二八条等は、これを禁止している。その結果として言論の自由が幾分制限せられることもあり得よう。しかし憲法二一条は絶対無制限の言論の自由を保障しているのではなく、公共の福祉のためその時、所、方法等につき合理的制限のおのずから存することは、これを容認するものと考えべきであるから、

選挙の公正を期するために戸別訪問を禁止した結果として、言論の自由の制限をもたらすことがあるとしても、これ等の禁止規定を所論のように憲法に違反するものということはできない」と述べるのみである。①判決（これはあくまで戸別訪問禁止規定の合憲性が問題となった事件であるが、①・②判決が文書規制違反事件の先例として挙げているので、一応判旨の中の「戸別訪問」という文言を「文書活動」に置きかえて考えてみる）及び①・②判決の論旨は、一四二条一項の文書規制の合憲性のアプローチとして三段論法を用いていることがわかる。すなわち、憲法二二条の表現の自由は、絶対無制約の自由でなく公共の福祉によって制限される（大前提）、文書活動は不当競争を招き、「種々の弊害」をもたらすので公共の福祉に反する（小前提）、従って文書活動は制限、禁止される（結論）と。明快といえば明快であるが、少なくとも憲法で保障する表現の自由が問題となっている事件の判決理由としては、余りにも単純すぎる。そしてこのような論法での合憲論が、今日に至るまで何の疑いもなく――ただし⑥判決には伊藤正己裁判官の補足意見があり、このような論法での合憲論については疑問をなげかけている――、受け継がれているのである。

(二) 精神的自由に対する最高裁司法審査基準の変遷

憲法上の権利、とりわけ精神的自由に対する司法審査基準をめぐっては、判例・学説の上で数々の基準の展開がなされ、その歴史の変遷と同時に今日における一定の到達点を見ることができるといえる。芦部教授は憲法判例の動向をこく巨視的にみても、その変遷を次のように指摘できるとされる。すなわち、「初期の段階では外在制約説一本槍といつてよく、一般的・抽象的な『公共の福祉』がまさに伝家の宝刀のように用いられたが、その後は、外在制約説を基本におきながらも内在制約説の趣旨が徐々にとり入れられるようになり、全通東京中郵判決を経て昭和四〇年代以降は、比較衡量論が数々のケースで用いられ、また四〇年代後半から五〇年代になると、一部の判決に二重の基準の理論の思想も導入されるようになった」と。以上のような経緯の中で文書規制についての司法審査基準として、どのような基準が採用されるべきかについては今ここでは述べ

ないが、しかし司法審査のあり方としては、文書活動が人の精神活動に係る自由でかつそれ自体、本来は自由なものとして憲法上保障されているばかりでなく、国民が国政上の主権者として政治過程に参加していく重要な活動であるから、他の諸自由と比較して厳しい手法がとられるべきであるということについては、大方に異論のないところであろう。

公共の福祉の要請があれば、人権を外から法律によって制約することが可能だとする、いわゆる人権制約基準としての初期の「公共の福祉論」（外在制約説）は、既に学説では論破された。外在制約説をとれば、「公共の福祉を『共存共栄の連带的福祉』とか『配分的正義の理念』とか規定しても、それがきわめて抽象的な命題であり一つの最高概念であるだけに、具体的な法律による制限が憲法に適合しないと排斥されるのはごく例外的な場合で、通常は社会公益に合致するものと判断されるであろうから『法律の留保』を認めたのと同じに帰するおそれが生ずる」⁸からである。これでは憲法で保障された諸自由も画餅に帰す。

このような反省の下に最高裁みずからも、累次の判例で表現の自由に関する司法審査基準を、初期の「公共の福祉論」から脱皮する努力をしてきた。その第一段階としては、新潟県公安条例に関する最高裁判決を挙げることができるだろう。最高裁は、ここでは公安条例を合憲としたものの、司法審査基準としては、従来とは異なる論法を用いた。昭和一九年一月二四日最高裁大法廷判決は次のように述べている。

「[行列行進又は集団示威運動（以下単にこれらの行動という）は、公共の福祉に反するような不当な目的又は方法によらないかぎり、本来国民の自由とするところであるから、条例においてこれらの行動につき単なる届出制を定めることは格別、そうでなく一般的な許可制を定めてこれを事前に抑制することは、憲法の趣旨に反し許されないと解するを相当とする。しかしこれらの行動といえども公共の秩序を保持し、又は公共の福祉が著しく侵されることを防止するため、特定の場所又は方法につき、合理的かつ明確な基準の下に、予じめ許可を受けしめ、又は届出をなさしめてこのような場合にはこれを禁止することができる旨の規定を条例に設けても、これをもって直ちに憲法の保障する国民の自由を不当に制限するものと解することはできない。けだしかかる条例の規定は、なら

これらの行動を一般に制限するのでなく、前示の観点から単に特定の場所又は方法について制限する場合があることを認めるに過ぎないからである。さらにまた、これらの行動について公共の安全に対し明らかな差し迫った危険を及ぼすことが予見されるときは、これを許可せず又は禁止することができる旨の規定を設けることも、これをもって直ちに憲法の保障する国民の自由を不当に制限することにほならないと解すべきである。⁹⁾

本判決は、累次の最高裁の文書規制の場合と同じく、「著しく」という限定つきではあるが、「公共の福祉」のため、集団示威行動が、「特定の場所又は方法につき」合理的かつ明確な基準の下に制限を受ける場合のあることを認めている。しかしそれは「一般的な許可制を定めてこれを事前に抑制することは、憲法の趣旨に反する」という前提の上であつて、かつ制限される場合は、「公共の安全に対し明らかな差し迫った危険」の存在を念頭に置いているところに違いがある。新潟県公安条例に対する最高裁判決が、表現の自由の制約基準として、表現活動による「危険」の「明白性」と「現存性」を要求した判決と評価されるゆえんである。

比較衡量の基準をとり入れた最高裁判決としては、昭和四一年一〇月二六日の全通東京中郵判決をあげることができよう。比較衡量論とは、佐藤功教授の公共の福祉と基本的人権との関係に関する見解から援用して次のようにみることができ。すなわち、「一般論的にいえば、『公共の福祉』を理由として国民の基本的人権を制限することができるのは、要するに、基本的人権を制限することによって得られる利益またはその価値と、それを制限しないことによつて維持される利益またはその価値とを比較衡量して、前者の利益またはその価値が高いと判断される場合に限られるというほかはない。そして、この比較衡量に当たっては、あくまで、基本的人権の価値に重きを置き、それが『公共の福祉』の名において侵されることがあつてはならないということの基本として、その個々の具体的な場合に、具体的に判断すべきである¹⁰⁾」と。「人権を制限することによつて得られる利益と制限しないことによつて得られる利益」を「基本的人権の価値に重きを置いて」比較衡量するといつても、確かにそれは、「客観的な価値判断基準とはなりえていない¹¹⁾」という批判もあてはま

るだろう。しかし少なくとも基本的人権の制約基準としてこの比較衡量論を用いる場合は、このような前提の下ででなければ、従来の公共の福祉論とは大差なくなってしまう。以下全通東京中郵判決をみてみる。すなわち本判決は、「労働基本権の制限は、労働基本権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較衡量して、両者が適正な均衡を保つことを目途として決定すべきであるが、労働基本権が勤労者の生存権に直結し、それを保障するための重要な手段である点を考慮すれば、その制限は、合理性の認められる必要最小限のものにとどめなければならぬ」と述べる。全通東京中郵事件では労働基本権の制限の根拠と基準が争われたが、判決は比較衡量論をとりながら、人権制約の基準として、「合理性の認められる必要最小限度」という厳しい基準を判示していた。これも労働基本権のもつ生存権としての意義に重大性を見出し出していたからであろう。本判決で判示された比較衡量の基準は、公務員の政治活動の自由に関する猿払事件の旭川地裁判決(昭和四三年三月二五日・判例時報五一四号二〇頁)や札幌高裁判決(昭和四四年六月二四日・判例時報五六〇号三〇頁)及び徳島郵便局事件徳島地裁判決(昭和四四年三月二七日・判例時報五六〇号三四頁)、むつ営林署事件青森地裁判決(昭和四五年三月三〇日・判例時報六一一号九九頁)といった下級審判決に影響を与え、又最高裁みずからも都教組事件大法廷判決(昭和四四年四月二日・刑集二三巻五号三〇五頁)や全司法事件大法廷判決(昭和四四年四月二日・刑集二三巻五号六八五頁)において引き継いだのである。比較衡量の手法がようやく判例法の形で展開され、以後の人権制約における司法審査基準として定着するかに思えた。¹³⁾

比較衡量論は、公共の福祉の内容を、一般的、抽象的な理念のレヴェルではなく、具体的において対立する諸々の利益の衡量というレヴェルで、個別具体的に明らかにすることをねらいとするものであるから、たしかに、内在的制約の内容を権利自由の性質の相違に応じて具体的に確定し、きめ細かな憲法判断を可能にする手法であり、抽象的な公共の福祉が優先する外在的制約説よりも、人権擁護の上からすぐれていることは疑いないと評価できる。¹⁴⁾しかし比較衡量論が実際に人権規制の司法審査において、人権を擁護することに寄与するかといったことについては批判的な見解も多い。¹⁵⁾なぜなら

比較衡量をする際、どのような利益を保護すべきかについては、衡量をする者の価値判断に寄るところが多いし、又比較衡量をする場合の客観的な基準といったものも、なかなか見い出せないからである。そして現実に比較衡量論を採用した判例においては、特に四〇年代後半からは、個人の人権よりも、その対立する利益である社会的利益や公益を優先させたものが数多く存在する。衡量という行為自体には、主観的な恣意を許す危険性は免れないが、憲法で保障された表現の自由が問題となつている場合、少なくとも利益と利益の衡量において、表現の自由の優越的地位の原則を念頭において衡量されなければならないこと、そして社会的利益と個人的利益の比較といったことではなく、相対立する利益が同じレベルにおいて慎重に衡量されなければならないということである。そうでなければ比較衡量という基準は、単に社会的利益や公益を優先するという結論を正当化するためだけに用いられ、従来の「公共の福祉論」が若干ソフィストケイトされただけで、実体においては、それとなら変わることはない基準となる危険性を備えているのである。

比較衡量論に次いで登場してきた司法審査基準が「二重の基準論」である。二重の基準論は、精神的自由が、立憲民主政の政治機構の基本を形成する代議的自治の政治過程と特別の關係にあることに着目し、経済的自由よりも人権宣言のカタログにおいて優越的地位を有するとし、¹⁶⁾ 経済的自由の規制立法の合憲性判定基準である「合理性」よりも、より厳格な基準で国家行為の違憲審査が行われなければならないと説く考え方である。この基準はそもそもアメリカにおいて一九四〇年代から六〇年代にかけて広く学説でも支持を得てきた基準であるが、我国の最高裁の判例においてその片鱗をみせたのは、昭和四四年一〇月一日に下された「悪徳の栄え」事件の最高裁大法廷判決における田中二郎裁判官の反対意見においてであった。多数意見の憲法論、すなわち表現の自由や学問の自由も絶対無制限のものではなく「公共の福祉」の制限の下に立つものであり、性生活に関する秩序及び健全な風俗を維持するためにこれらの自由を制限禁止しても違憲でない、という論旨に対し、反対意見は次のように述べている。

「憲法二二条の保障する言論出版その他一切の表現の自由や、憲法二三条の保障する学問の自由は、憲法の保障する他の多くの基本的人権とは異なり、まさしく民主主義の基礎をなし、これを成り立たしめている、きわめて重要なものであって、単に形式的に言葉のうえだけでなく、実質的に保障されるべきものであり、『公共の福祉』の要請という名目のもとに、立法政策的な配慮によって、自由これを制限するがごときことは許されないものであるという意味において、絶対的な自由とも称し得べきものであり、公共の福祉の要請に基づき法律によって制限されることの予想されている職業選択の自由や居住移転の自由などは、その性質を異にするものと考えるのである。表現の自由や学問の自由の保障は、これを裏かえしていえば、読み、聞き、見、かつ知る自由や学ぶ自由の保障を意味するのであって、国会の多数の意見や政府の見解によって、『公共の福祉』の要請という名目のもとに、言論の自由がたやすく制限され得たり、学問の自由が制限が加えられ得たり、ひいては、読み、聞き、見、かつ知る自由や学ぶ自由が抑制されたりしたのでは、民主主義の基本的原理が根底からゆすぶられ、社会文化の発展や真理の探究が不当に抑圧されることとなるおそれを免れ得ないからである。」

このように自由権を規制する立法の合憲性を判定するに際し、精神的自由と経済的自由とを区別し、それぞれ別個の基準によって合憲性が判断されるべきだとする二重の基準論は、その後、小売商業調整特別措置法に基づく小売市場の許可制を合憲とした昭和四七年一月二二日の最高裁大法廷判決（刑集二六卷九号五八六頁）に引き継がれ、ついで薬事法六条二項・四項の定める薬局配置の適正に関する条項を違憲とした昭和五〇年四月三〇日の最高裁大法廷判決（民集一九卷四号五七二頁）において、経済的自由権規制立法の違憲審査基準として具体化したのである。もつともこれらの判決も、「個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なつて、右は社会経済政策の実施の手段として、これに一定の合理的規制を講ずることは、もともと憲法が予定し、かつ、許容するところが相当であり」とか、「職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法二二条一項が『公共の福祉に反しない限り』という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる」と述べ、精神的自由と経済的自由とのそれぞれの規制の程度に相違があり、

合憲性判定の手法も異なると示唆するだけで、このような二重の基準の趣旨が、その後の精神的自由に関する判例の中で、未だそれほど明確な基準として具体化され準則化されていないところに問題はあつた。しかしそれは今後の判例の展開に課せられた課題でもあつた。

以上、最高裁の判例だけをとり出してみても、違憲審査の方法と基準に関する理論の展開がなされてきたことがわかる。そして最高裁判例における精神的自由に対する違憲審査の方法と基準の到達点を概説するならば、次のように言えるのではなからうか。すなわち、

(1) 違憲審査の方法と基準は、規制の対象とされる権利の性格、これを制約する立法の規制の方式、態様、程度を抜きにして一律に論ずることはできない。

(2) 公共の福祉を人権の制約基準として使用するとしても、単なる外在的制約基準として使用するのではなく、人権を制約することによって得られる利益とそれを制約しない場合に維持せられる利益とを比較して、前者の価値が高いと判断される場合のみ、それを公共の福祉として考えるべきである。そしてそのような場合でも、精神的自由の制約は必要最小限のものにとどめられなければならない。

(3) 二重の基準論からして、精神的自由権に対する制約基準は、経済的自由権とは違った基準で判断されるべきであり、また精神的自由権の優越的地位の原則や、精神的自由の規制立法に対しては違憲性の推定の原則がとられるべきである。そしてこのような精神的自由権に対する厳格な基準の具体的判断要素として、学説では、「明白かつ現在の危険」の原則や、「事前抑制の禁止」の原則、「明白性」の基準あるいは「LRA」の基準等が展開されてきたともいえるのである。

(三) 文書規制に対する最高裁判決の問題点

以上のような精神的自由に対する最高裁における司法審査基準の変遷及び今日の到達点の中で、同じ最高裁判決でも公

選法一四二条一項の審査基準をみると、そこに数々の問題点を指摘することができる。まず総体的に言えることは、

第一に、精神的自由に対する司法審査基準の到達点に比較して、文書活動に対する規制の憲法適合性の判定においてだけ、今なお初期の外在的制約論たる公共の福祉論が、毫末も再検討されることなく生き続けていることである。①判決が下されたのは昭和二五年九月であるが、その時は憲法が施行されて三年を出ず、およそ基本的人権の保障体系や原理を欠いた旧憲法的な思考が、なお根強く支配し、これが司法審査権行使の仕方に作用していたとしても驚くに値しないのかもしれない。¹⁸⁾しかしその時の司法審査基準が憲法施行後の国民のがわの法意識の変化、とりわけ主権者としての自覚、基本的人権に関する権利意識の高揚にもかかわらず、未だなんの反省もなく採用され続けていることに驚きを感じざるを得ない。最高裁は公選法一四二条違反事件においては、二重の基準論からくる、精神的自由権の優越的地位の原則や違憲性の推定といった原則を一切考究することなく、また対立する利益の比較衡量というみずから定立したはずの手法すら顧慮せず、相変わらず「公共の福祉」という無内容でかつ人権制約の基準としてはまことに便利な国家社会の規制利益に着目してきたといえる。

かつて公選法一三八条一項の戸別訪問違反事件においてであるが、昭和五五年四月二八日の広島高裁判決が、法的安定性の見地より累次の最高裁の合憲判決の存在については十分な注意が払われるべきではあるけれども、昭和四四年の大法廷判決から一〇年以上の時の経過があること、近時最高裁判所が猿払事件判決あるいは棄事法違憲判決などで、憲法上保障された自由の制限の必要性及び合理性について具体的に判断・説示していること、並びに表現の自由の重要性にかんがみると、戸別訪問禁止規定の合憲性については、具体的根拠について今一度検討が加えられて然るべきであると判示したことがある。¹⁹⁾公選法一四二条一項に関しては、今日まで引き継がれている最高裁合憲判決の先例は、昭和三〇年の判決である。ここ三〇年間においては、前節でみたごとく、最高裁みずからも、精神的自由に対する司法審査基準を変えてきている。広島高裁の指摘が、まさしく文書規制に関してもあてはまるであろう。

最高裁判決の問題点の第二は、公共の福祉の内容についての空疎さである。文書活動を規制する保護法益、あるいは最高裁のいう公共の福祉の内容といってもよいと思うが、それについては①・②の判決が、「選挙の公正」ということで僅かに述べている。すなわち自由な文書活動が招く不当競争、そしてその不当競争の結果として招来する「弊害」が選挙の公正を害するものである。仮に「弊害」が選挙の公正を害するとしても、そういう「弊害」が一体どのようなものかについては、最高裁判決からは明らかにできない。一般的に、その「弊害」がどのようなものと考えられているか、また実はそれらが実体のないわれのないものであることについては、本稿(一)において、正木事件の岐阜地裁判決を参照して列記紹介しておいた。最高裁判決は、そういう「弊害」がいかなるものであるかについてはもちろんのこと、それらが文書規制とどのような繋がりをもっているかということも明らかにしていない。どの弊害論に依拠するにせよ、それによって選挙過程における表現の自由あるいは国民の政治過程における参画の自由を禁止制限することになるのであるから、そういう弊害は、禁止制限される自由の価値をも彼方に置く、はるかに重大なものであることの実証的裏付けが必要であろう。基本的人権に対する制約は、それを合理的とする社会実態が存在してはじめて承認されるものなのである。そのような承認を支える実体的な基盤が当初からなかったり、その後の社会情勢の変化によって失われたならば、制約の合理性、合憲性も存在しないというべきである。

そして最高裁判決の問題点の第三は、文書規制判決における人権感覚の希薄さである。たとえ人権制約の合理性を支える社会情勢があったとしても、憲法が保障する言論の自由や政治過程への参画の自由を制約するのであるから、合憲性の判定については、司法審査の過程において、厳しく対処されなければならないというまでもない。累次の最高裁判決が肯定するように、文書規制は、憲法二二条で保障する表現の自由に係る問題である。このような憲法訴訟においては、文書活動がいかなる弊害をもたらすかということとその重大性が確定され、かつ文書活動とかかる弊害との繋がりが実証的に確認されたとしても、それだけで合憲性が判定されるべきものではない。その上でなおかつ文書活動を規制することが

やむを得ないものか、他に手段方法がないかといった、文書活動を規制することの妥当性といったものについて検討されなければならぬ。通常の司法審査では、規制が合理的であると判断されれば、その合憲性を帰結できるが、表現の自由のような精神的自由を規制する立法においては、それ以上の合憲の根拠が示されるべきである。そのために今日まで数々の司法審査基準の変遷がみられたのであるが、文書規制に関しては、それらについて一顧だにされず、ただ「憲法二一条は言論出版等の自由を絶対無制限に保障しているのではなく、公共の福祉のため必要がある場合には、その時、所、方法につき合理的制限のおのずから存するものであることは当裁判所の判例とするところである」と述べるのみである。かつて小林直樹教授が、公務員の政治的活動禁止規定の合憲判決を下した猿払事件最高裁判決に対して、最高裁判決が、学界の通説や下級審の大勢にも反して、余りに形式的な抽象論で合憲判決を下しているとして、「最高裁の裁判官諸氏が、こちらで本当に思いきった『発想の転換』でもない限り、こうした『最高裁への』引用者注」不信感は、裁判一般に対する嘲笑や軽蔑や憎悪をひき起こさないとも限らない。この判決とそれへの反応は、司法にとって、非常に重大な危険のシグナルを意味している」と批判されたことがあるが、文書規制に関しても、このように人権感覚に乏しく、またたとえ合憲と判断するにしても、このように説得力のない判決を繰り返すならば、国民の司法への不審をますます醸成してしまうであろう。

（四） 立法裁量論

文書規制の合憲性について、最高裁は前述したように、昭和三〇年の①判決以来、外在的制約論たる公共の福祉論を盾に、これを簡単に合憲とする立場を変えていないが、その中で、伊藤正己裁判官が、これまでとは違った観点からの合憲論を展開されている。いわゆる立法裁量論による合憲論であるが、それについて若干の検討を加えてみたい。文書規制違反事件において、この立法裁量論が登場するのは、昭和五七年三月二三日最高裁第三小法廷判決（⑥判決）²¹の補足意見に

おいてである。伊藤裁判官は、公職選挙法一四二条一項が、憲法二一条や憲法一五条に違反するものでないとする従来の最高裁の判断には同意しつつも、合憲とする理由については従来必ずしも明確ではなかったとして私見を展開される。そしてその論法は次の通りである。

(1) まず文書図画による選挙運動は、「選挙という主権者である国民の直接の政治参加の場において政治的意見を表示し伝達する有効な手段である」という長所をもっていることを考えると、そのような選挙運動を全面的に禁止するものではないとしても、それをきびしく制限することが憲法の保障する表現の自由を侵すものではないのかとの疑義を生ずることになろう」と述べ、文書規制が憲法二一条で保障する表現の自由との関係で、憲法問題となりうることを承認される。

(2) 次に伊藤裁判官も公選法一四二条一項の合憲論の立場に立つわけであるが、まず従来の最高裁判決の合憲性判断の論法について論述される。そこにおいてまず前提として、従来の判決が弊害論にちなながらも、文書活動の弊害について、必ずしも具体的な指摘をしておらず説得力が不十分であるとし、私見と断りながらも、具体的な弊害として考えられるものを列挙されている。それによれば、①候補者が多額の費用を投ずること（多額経費論）、②過当競争により煩に堪えないこと（無用競争激化論）、③選挙人にとって迷惑を感じるものであること（平隠阻害論）、④他の候補者を中傷したり虚偽の内容を含む文書が頒布されること（虚偽情報氾濫論）であるとされる。そしてこれらの弊害は、文書図画による選挙運動の規制の合理性を示す根拠として理解できないものではないが、それは他の方法によって回避できるものであるし、またいずれもその「おそれ」があるというにとどまるものであるから、それらの根拠のみをもってしては、きびしい制限を合憲とするには十分でない」とされ、従来の最高裁判決の合憲性判断の基準については次のように結論づけられる。

「このように考えると、文書図画による選挙運動を制限する根拠について一応の理由があり、その制限は合理性を欠くものではないといえるかもしれないが、それが全面的な禁止でないことを考慮するとしても、選挙という政治的表現が最も強く要求されるところで、その伝達的手段としてすぐれた効用をもつ手段をきびしく制限することによって失われる利益をのみがすことができない。そして、右にあげた弊害の多くが、文書図画による選挙運動から生ずるおそれがあるというにとどまるものであり、また、表現の自由を制約する程度の少ない他の手段によって規制の目的を達成できるものも少なくないから、それだけの根拠によって文書図画による選挙運動をきびしく制限することが憲法上許されるとすれば、その考え方が広く適用され、憲法二一条による表現の自由の保障がいちじるしく弱められることになると思われる。したがって、この制限に必要最小限度の制約のみが許されるという一般に表現の自由の制限が合憲であるための厳格な基準が適用されるとすれば、文書図画による選挙運動へのきびしい制限は憲法に反する疑いが強くなるといえよう。」

(3) そして続いてみずからの合憲性判断の基準として立法裁量論を展開される。

「しかしながら、私は、国会が選挙運動のルールを定める場合には、右のような厳格な基準は適用されず、そのルールが合理的と考えられないような特段の事情のない限り、国会の定めるところが尊重されなければならないと解する。このことは、文書図画による選挙運動の規制の場合も、戸別訪問の禁止の場合と同様である。この立場にたつと、文書図画による選挙運動に前記のような弊害の伴うことが考えられる以上、公職選挙法一四二条一項の規定による制限は、立法の裁量権の範囲を逸脱し違反するものとはいえないと考えられる。」

このように最後に文書規制の合憲性の根拠たる立法裁量論を展開されるが、従来の合憲性判断の基準を批判し、その後唐突に「選挙ルールを定める場合には……、国会の定めるところが尊重されなければならない」と主張される脈絡を理解するためには、戸別訪問違反事件ではあるが、同じく補足意見で立法裁量論を展開された昭和五六年七月二一日最高裁判所三小法廷判決の伊藤裁判官補足意見によらなければならぬだろう。そこではこの点に関して次のように述べられる。

「選挙運動においては各候補者のもつ政治的意見が選挙人に対して自由に提示されなければならないのではあるが、それは、あらゆる言論が必要最小限度の制約のもとに自由に競いあう場ではなく、各候補者は選挙の公正を確保するために定められたルールに従って運動するものと考えるべきである。法の定めたルールを各候補者が守ることによって公正な選挙が行われるのであり、そこでは合理的なルールの設けられることが予測されている。このルールの内容をどのようなものとするかについては立法政策に委ねられていく範囲が広く、それに対しては必要最小限度の制約のみが許容されるという合憲のための厳格な基準は適用されないと考える。憲法四七条は、国会議員の選挙に関する事項は法律で定めることとしているが、これは、選挙運動のルールについて国会の立法の裁量の余地の広いという趣旨を含んでいる。国会は、選挙区の定め方、投票の方法、わが国における選挙の実態など諸般の事情を考慮して選挙運動のルールを定めうるのであり、これが合理的とは考えられないような特段の事情のない限り、国会の定めるルールは各候補者の守るべきものとして尊重されなければならない。この立場にたつと、戸別訪問には前記のような諸弊害を伴うことをもって表現の自由の制限を合憲とするために必要とされる厳格な基準に合致するとはいえないとしても、それらは、戸別訪問が合理的な理由に基づいて禁止されていることを示すものといえる。したがって、その禁止が立法の裁量権の範囲を逸脱し憲法に違反すべきものとは考えられない。」

以上から伊藤補足意見で展開された立法裁量論を要約するなら次のようにいうことができる。

- (1) 文書規制は、憲法の保障する表現の自由を侵すものではないかとの疑義を生じる問題であること、
- (2) 従来の弊害論は、必ずしもそのいう弊害について具体的な指摘をしておらず、またその弊害を考察してみても、すべて「おそれ」があるというにとどまるものであり、表現の自由を制約する程度の少ない他の手段によって規制の目的を達成できるものも少なくないから、これのみをもって文書規制することは憲法に反する疑いが強くなること、
- (3) 選挙運動においては、候補者の意見が選挙人に自由に提示されるべきであることが大切ではあるが、それよりも重要なのは、各候補者が選挙の公正を確保するために、定められたルールに従って運動するものと考えるべきであること、
- (4) そしてそのルールの内容をどのようなものとするかについては、立法政策に委ねられているのであり、そのことは

憲法四七条によって裏づけられていること、

(5) 国会がそのようなルールを定める場合、必要最小限度の制約のみが許容されるという合憲のための厳格な基準は適用されず、合理的とは考えられないような特段の事情のない限り、国会の定めるルールは、各候補者の守るべきものとして尊重されなければならないこと、

(6) このような立場にたつと、文書活動にはある種の弊害の伴うことが考えられる以上、文書規制は立法の裁量権の範囲を逸脱し、憲法に違反するものとはいえないこと、

等である。

この伊藤補足意見に対しては、数々の評価や批判がある²³。それらは、弊害論を理由とした「公共の福祉論」から一歩も出ることのなかった従前の判例と比べれば前進したものであること、また従来の弊害論が成り立たないことを指摘した点という評価や、あるいは選挙運動をもつば候補者のみが行うものとしてとらえていること、選挙の公正を強調するあまり、文書活動を憲法二一条によって保障される表現の自由の側面からとらえることを抑制していること、憲法四七条が選挙に関する事項を立法裁量に委ねているとしても、基本的人権を制約するような裁量権までも認めているものではないといった批判であった。それらについてはここでは繰り返さないが、一点だけ指摘しておきたいと思う。

結論的にいえば伊藤裁判官の立法裁量論は、文書規制において従来の弊害論は、従来のままでは合憲の根拠となり得ないが、しかし従来の弊害論でも合憲の根拠となりうる場合があつて、それは立法裁量論をとつた場合であるというにある。すなわち立法裁量論をとれば、表現の自由が合憲であるか否かの判定に際して、必要最小限の制約のみが許されるとする厳格な基準が適用されないからであるとするのである。この脈絡からすれば、立法の裁量事項に属さない言論の自由一般については、厳格な司法審査が及ぶものと解されるところもあり、従来の公共の福祉論だけによる合憲判断の手法よりましであるように思える。なぜなら消極的な司法審査は立法裁量事項と局限された場合にのみ許容され、それ以外の場合は

より積極的に厳格な司法審査が留保されているものと読みとれるからである。もちろん文書規制が選挙ルールの一環として立法裁量事項に組み入れられたことには問題がある。なぜなら選挙運動における文書活動は、憲法二二条が保障する表現の自由に係る問題だからである。この点において、伊藤補足意見が民主主義国家における選挙運動の自由の重大性を見落としていると批判されてもやむを得ないであろう。仮に百歩ゆずって、文書規制が立法裁量事項に属するとしても、裁量行為に逸脱・濫用があるか否かの判断においては、文書規制が表現の自由に係る問題であるゆえに、厳格な司法審査基準が採用されるべきなのである。選挙運動の自由が認められた上での選挙ルールの問題と表現の自由に係る選挙運動の手段そのものを禁止制限することの問題とは本質的に相違があるからである。

このような問題点とは別に、さらに重大な問題として危惧されるのは、一旦このような立法裁量論を認めてしまうと、この立法裁量論が単に選挙ルールに係る事項に局限されるだけでなく、表現の自由一般の事項にまで敷衍されて行きはしないかということである。通常、自由権に対する国家からの規制は、法律の制定によつてなされる。その法律の制定権は国会がもっている。そしてその法律の制定権あるいはどのような範囲で自由を制約する法律を制定するかといった表現の自由一般に係る問題においても、立法裁量事項として厳格な司法審査基準が適用されるべきではないとするならば、そこには司法権の役割はなきに等しいものとなってしまう。そうなれば、憲法が基本的人権を保障する意味は無意味に等しくなる。なぜなら明治憲法下の「法律の留保」と同じく、国会が人権制約立法を制定するだけで自由の制約が容易になるからである。このような危惧が危惧だけに終わるものなのであろうか。

従来の最高裁の弊害論は、良きにつけ悪しきにつけ、文書活動に伴う弊害を合憲の根拠としているので、その弊害が実体のなきものであることが論証され、最高裁がいまま少し表現の自由の重大性を認識するならば、合憲の論拠は破綻する憂目にあつた。しかし伊藤補足意見では、従来の弊害論が合憲の根拠となり得ないとしながらも、立法裁量論を採用することで弊害論が合憲の根拠となりうるのであるから、その問題性ははるかに深刻である。なぜならこの立法裁量論に

よれば、人権擁護という観点からくる二重の基準論や表現の自由の優越的地位の原則、あるいはその他の諸々の厳格な司法審査基準も、ここでは適用されないものであるから、従来の司法審査基準の厳格化とは違った方向性での違憲論の展開が余儀なくされるからである。

- (1) 最高裁昭和五五年五月三〇日第二小法廷判決・判例タイムズ四一六号二二八頁。本文⑦の判決文は、「上告趣意のうち、違憲をいう点は公職選挙法(略)一四二条一項が憲法二一条に違反しないことは、当裁判所の判例とするところであり(本文①・②・④)の判決―引用者略)公職選挙法一四二条一項が憲法一五一条に違反しないことも、右判例の趣旨に照らして明らかであるから、所論は理由がな(い)」と述べ、本文⑥判決は、「(上告趣意)第三点は、公職選挙法一四二条一項(略)の違憲をいうが、右規定が憲法一五一条、二一条に違反しないことは、当裁判所の判例(本文①・②・④判決―引用者略)の趣旨に徹し明らかであるから所論は理由がな(い)」と述べている。本文中引用したのは本文⑤の判決文であるが、それぞれ少しく言い回しは違っても、内容としては全く同じことを言っている。
- (2) 最高裁昭和四四年四月二三日大法廷判決・判例時報五五三三号二五五頁。
- (3) 最高裁昭和四四年三月一八日第三小法廷判決・判例時報五五五七九頁。
- (4) 最高裁昭和三九年一月一八日大法廷判決・刑集一八卷九号五六六頁。
- (5) 最高裁昭和三〇年四月六日大法廷判決・刑集九卷四号八二二頁。
- (6) 最高裁昭和二五年九月二七日大法廷判決・刑集四卷九号一七九九頁。
- (7) 芦部信喜「職業の自由の規制(一)・法学セミナー一九七九年八月号五四頁。芦部教授は、当論稿において、外在制約説・内在制約説・比較衡量論・二重の基準論等の意義やそれらを採用した学説・最高裁判例を紹介しておられるので参照されたし。
- (8) 芦部前掲五一頁。
- (9) 最高裁昭和二九年一月二四日大法廷判決・刑集八卷一一号一八六六頁。
- (10) 佐藤功「日本国憲法概説」〈全訂第二版〉一二八頁。
- (11) 浦部法穂「違法審査の基準」(勁草書房)七頁。
- (12) 最高裁昭和四一年一〇月二六日大法廷判決・刑集二〇卷八号九〇一頁。
- (13) 佐藤功教授は、公務員の基本的な人権の制限について、「個々の制限規定のすべてが直ちに合憲であるとはいえない。問題は個々

六 高裁判例の動向

高裁判決の中には、累次の最高裁判決のように、ただ外在的制約論たる公共の福祉論を振りかざすだけでなく、もう少し公選法一四二条一項の合憲性判断において、合憲とする理由を詳しく展開させているものがみられる。もちろん違憲論を展開した判決は皆無である。合憲論を展開した判決でも、当初は最高裁判決と同じように公共の福祉論ばかりであった。¹⁾しかし昭和四三年一〇月一日の東京高裁判決(前節④判決の控訴審判決)になると、従来とは少し違った合憲論の展開がみられる。本判決は公選法一四二条が憲法二二条に違反しない旨を次のような理由で判示している。

「憲法第二二条は絶対無制限の表現の自由を保障しているものではなく、公共の福祉のためには合理的な制限が存するものと解すべきである。そこで表現の自由を制約するについては、表現の自由に含まれる価値と、これの制約を要求する利益との対立の中で当面の社会的利害が比較衡量されなければならない。所論の『明白かつ現在の危険』なる概念が、その基準となるのは、言論に含まれる思想が抑圧される場合であつて、公共の福祉のために言論の行われる時、所、方法等につき規制するに過ぎない場合には、右概念を援用する要を見ない。これを公職の選挙に関して見れば、公職選挙法において、届出前の選挙運動(同法第二一九条、戸別訪問(同法第一三八条)、法定外文書の頒布(同法第一四二条)をそれぞれ禁止しているが、このような特定の限られた手段方法による表現行動につき制限をすることは、選挙の自由、公明、適正を確保するための合理的な制限であり、これがため言論の自由²⁾に或る程度の制限をもたらすことがあつても、右禁止が憲法第二二条に違反するものといふことはできない」。

本判決は、表現の自由を制約するにあつては、「表現の自由に含まれる価値」と「表現の自由の制約を要求する利益」の比較衡量をしなければならぬとするが、実際には比較衡量はしていない。それよりもいわゆる「分離論」を採用することによって合憲の論拠としている。分離論とは、表現の内容とその手段方法を分離し、特定の手段方法を禁止する

にとどまる場合には、内容の規制よりもゆるやかな基準で足りるとするものである。なぜなら言論の内容自身を規制すれば、表現の手段方法のすべてが禁止されるのに比し、表現の特定の手段方法で害悪の発生が危惧されるものだけを規制した場合、言論の内容自身を伝える他の手段方法が禁止されず自由になしうる状態におかれているからであり、表現の特定の手段方法を禁止するとどまるような規制は、言論の内容自体の規制を正当化するための害悪より、はるかに小さい程度の害悪しか存在しないと考えるからである。しかしこの分離論に対する批判は昭和五年五月三〇日の岐阜地裁判決ですべてが尽くされている。本判決は次のように述べる。³⁾

「当裁判所はこの見解（分離論—引用者注）には賛同しかねるところである。なぜなら、表現の内容とその手段方法が必ずしもしかく判然と区別できるものなのか（後述のとおり、表現の形態が内容そのものをなす場合はいくらかもあろう。例えば、写真や図面を他の表現に転換させたり、逆に対話者の言語外の微妙な表現を文章化することは、正確には、ほとんど不可能である）、現に憲法自身も『言論（口頭による意志伝達）、出版（印刷物によるそれ）その他一切の表現の自由は……』と規定し、表現の内容を、その手段方法を例示する形で保障しているように、むしろ両者は密接不可分と見るのが妥当であろう。また仮に、右の区別が可能であるとしても、選挙運動は終局的には、投票の獲得という極めて明確な、一点の目標（内容）に尽きるものであるから（その点例えば、他の宗教や芸術の領域におけるように、内容そのものを多様な手段方法で表現できるものとは異なり）、用い得る表現形態は自ずと限られるであろうし、実際、この説が如く、本法は、表現の（内容ではなく）手段方法の制限にすぎないと言ったところで、後述のとおり、結局はそれを通して内容の全面禁止に等しいものである以上、果たして両者を分類する実益がどれほどあるであろうか、また仮に、分類が可能であるとしても何ゆえに表現の手段方法は、内容に比してはるかに劣後に位置づけられなければならないのか幾多の矛盾や疑問に遭遇して来るのである。更にこの見解は、表現の自由は、他に代替的な保障手段があれば、これを制限してもよいとの帰結を導き出しているが、この結論は、さきに見た表現の自由の優越的な性質と相容れないであろうし、後述のとおり、それぞれの表現の手段方法は、独特のものであって、互いに交替し得ない性質を有しているから、それとも対立するであろう。」

また分離論に続いて大抵の場合、分離論と並列的に使用される「一部禁止論」という考え方があつた。これは表現行為の

全部ではなく一部を規制することは、弊害をさけるために合理的範囲で許されるとする考え方である。このような考え方は、既に先の東京高裁判決やこれに続いて出される昭和四五年二月二五日東京高裁判決⁴においても、「特定の限られた手段方法による表現行動につき制限することは」とか「一定の規制」という表現を用いていることから、その片鱗がうかがえるのであるが、顕著に現われてくるのは、昭和五五年九月九日の大阪高裁判決⁵（前節⑥判決の控訴審判決）である。本判決は次のように述べる。

「法一四二条は、文書頒布を無制限に認めるとき、選挙運動に不当な競争が生じることとなり、選挙の自由公正をそこなうおそれを増大させる結果となるから、このような弊害を防止するため文書の頒布につき一定の規制をしたものである。右立法趣旨及び文理に照らすと、法定外の文書は、それが選挙の自由公正に害悪をもたらす内容のものであるか否かを問うことなく、その頒布を一律に禁じたものと解されるところ、法定外文書の頒布を禁止しても、他に法定文書の頒布を含む多様な形態の選挙運動が許容されて選挙運動自体を格別困難ならしめるものとは考えられないから、右禁止規定は、必要かつ合理的な制約であるというべく、したがって憲法一五条、二二条に違反するものではない。」

一部禁止論は、戸別訪問禁止規定の場合のように、特定の手段による表現を一切規制する場合と、文書規制の場合のように、一定の範囲では許容されている場合とを同一に論ずべきでないという前提に立つ。そして文書規制のように、全面的にはなく、一定の範囲内においてだけ規制されている場合には、規制の許容を根拠づける利益の存在が認められれば、それは合理的な制約となりうるとし、通常弊害論に結びついていく。この一部禁止論についても、前記岐阜地裁判決は次のように反論している。長文なので要約すると、

- (1) 一部禁止論の許容を根拠づける利益とは、いわゆる弊害を防止することであり、これは実体のないものであること、
- (2) 許容される「一定の範囲」という場合、その実体・内容を十分に検討すれば、それだけでは、いずれも情報の提供

や獲得は勿論、ましてこれを踏まえた各候補者の主張や識見等の比較、検討、更には各候補者からの反論の機会と場が余りにも不足し、そこには選挙である以上当然の政治的意思や選択を深めあう作用が、ほとんど機能を果たしていないと言つてよいこと、

(3) このように見てくると、結局現行法は、その法上の体裁からは勿論、実質においても、文書図画による選挙運動の規定の仕方は、原則的に禁止し、ただ例外的にこれを解除する建前であると言つても決して過言でないこと、

(4) その上、わずかの解除も、候補者に限つてのみ許された自由であつて、選挙の主体たる一般国民には、この自由さえほぼ全面的奪われていること、

(5) 従つて、少なくとも、これらの規定を根拠に、一定範囲の表現方法が許されているとの前提で、合憲性を正当化するには、聊か無理がある、
としている。

分離論や一部禁止論をとつた先の判例と、それを批判する正木事件岐阜地裁判決との大きな相違点は、現行法の文書規制の程度とそれがもたらす効果の理解について大きな認識の差があるということである。先の判例は、現行法自体が文書活動については一定程度の葉書・ピラ・ポスター、新聞広告、選挙公報などを許容しているほか、演説・広告・放送、あるいは個々面接や電話といった意見表明の機会を認めているので、文書規制によって失われる意見表明の機会もこれらの他の手段方法によって相当程度償われるものとみとめられると判断しているのである。それに対して岐阜地裁判決は、文書活動が、選挙という主権者である国民の直接の政治参加の場において、政治的意見を表示し伝達する最も有効な手段であるという長所を持つこと、現行法上認められた文書活動では、実質的に自由な言論戦の大部分を締め出しているという評価が前提となつているのである。それでは何故、先の判例では、現行の文書規制が、表現の自由に対する厳しい制限という深刻なうけとめ方ができないのだろうか。そこには究極的には、選挙運動というものが、議員や候補者のそれとみ

る限定的な考え方が支配しているからであろう。このような考え方の下では、許容される文書活動が少なくても、平等であれば「選挙の公正」には矛盾せず、むしろ「公営選挙」の名において、画一的、統一的な選挙運動に意義を見い出すことになる。本当は、自由な選挙運動の観点からすれば、公選法の許容する文書活動が、もっぱら候補者に対するものであって、一般市民は自主的な文書活動が何もできないという状況、あるいは「公営選挙」の名において、言論戦の手段たる文書が候補者に割り当てられるという発想そのものに問題があるのだが。

高裁判決において、先の前節⑥判決の伊藤補足意見と同じ立法裁量論が展開されたのは、昭和五七年三月二〇日の高松高裁判決である。本判決は戸別訪問禁止と文書規制の両方にまたがる違反事件の判決であるが、第一審判決である昭和五三年三月二〇日松山地裁西条支部判決は、戸別訪問禁止規定と文書規制規定の両方とも憲法違反であると判示していた。文書規制に関しては、昭和五七年三月二三日の伊藤補足意見よりも三日早く立法裁量論が現われたことになるが、本判決における立法裁量論の展開は、戸別訪問違反事件について判示された昭和五六年七月二一日判決における伊藤補足意見の立法裁量論によっているからである。本判決は次のように判示している。⁶⁾

「公選法一四二条、一四三条の文書頒布に対する制限規定も、『選挙運動のために使用する文書』についての規定である。いわば、これも選挙制度の枠内における表現行為についての問題であり、選挙制度を離れて論ずることが当を得ないこと勿論である。〈既に〉『選挙目的の戸別訪問』禁止に関し検討したところが同様に妥当し立法府が定めた文書頒布の規制が合理的であるとは考えられないような特段の事情のない限り、これを尊重すべきであり、また、現に、右禁止規定が立法の裁量権の範囲を逸脱し憲法に違反すると判断すべき特段の事情も見当らない。却って、『公職の選挙につき文書図画の無制限の頒布等を許容するときは、選挙運動に不当な競争を招き、これがため選挙の自由公正を害し、その適正公平を保障しがいこととなるので、かような弊害を防止するため必要かつ合理的と認められる範囲において文書図画の頒布の制限禁止等の規制を加えることは選挙の適正公平を確保するという公共の福祉のためのやむを得ない措置であり、かような措置を認めた公選法一四二条の規定が憲法二一条に違反するものでない。』ことは既に数次の最高裁判所の判例(略)の判示するところである。本問について公共の福祉なる概念をもち出して解決することが果して妥当な途

であるか否かについて議論はあり得ようが、法定外文書頒布の規制が選挙制度として合理的であることを十分示して余りあるところと
いふべきで、憲法二二一条に違反しない。」

本判決はまず立法裁量論を展開し、続いて従来最高裁判例が採用してきた弊害論の下での公共の福祉論を展開する。本判決には公共の福祉なる概念をもつて人権制約することの後めたさを感じる記述もあるが、何故公共の福祉論を採用するのかといった突込んだ理由づけがないので、従来の最高裁の公共の福祉論と大差ないように思える。しかしストレートに理解できないのは、立法裁量論と続いてくる公共の福祉論の脈絡についてである。どうも単に立法裁量論と公共の福祉論をドッキングさせただけのようにも思えてくる。好意的にみて、文書規制は立法府の裁量事項なのであるが、その裁量権の行使に逸脱があるか否かの司法審査を行っており、その過程において公共の福祉論をもち出し、結論的に、文書規制が立法の裁量権の範囲を逸脱し憲法に違反すると判断すべき「特段の事情」もないとする論法なら、論理的には理解できる。しかしその論法が論理的には理解できるとしても、その事の当否はまた別問題である。伊藤補足意見に対する立法裁量論批判のところすでに述べたように、立法裁量論における消極的な司法審査の過程において、安直な審査基準の採用による合憲性判断がまかり通ることになるのではないかという懸念が顕著に本判決において顕出しているといえるのではないだろうか。なぜなら、立法裁量論の下では、その裁量権の行使に逸脱・濫用があったか否かの消極的な司法審査では、厳格な司法審査基準によらなくてもよいとするのであるから、余程のことがないかぎりどのような基準でも、立法裁量に逸脱・濫用があったとする「特段の事情」を導き出せないからである。

立法裁量論にたちながら、昭和五七年三月二〇日の高松高裁判決のように公共の福祉論をドッキングさせるのではなくて、公共の福祉論にかわって比較衡量論を用いたのが、昭和五七年五月二五日の仙台高裁判決である。この判決の判旨を要約すれば、

- (1) 公選法一四二条一項は表現の自由を制約するものであること、
 - (2) しかし表現の自由といえども絶対無制限の権利ではないから、権利に内在する原理として、合理的理由があれば、ある程度の制約が加えられても憲法二二条一項に違反するものでないこと、
 - (3) 選挙は、各候補者が選挙の公正を確保するために定められたところに従って運動することを予定しているものであるし、選挙に関する事項をどのように定めるかについては、憲法四七条によって立法政策に委ねられている。従って立法府にはある程度の裁量の幅が許されており、必要最小限の制約のみが許容されると解すべきではない。立法府の定めた事項が不合理で裁量権の範囲を逸脱したと認められる特段の事由がない限り、右の立法は合憲適法なものとして尊重されるべきものであること、
 - (4) この前提にたつて文書規制を考えると、公選法一四二条は、文書図画の頒布を全面的に制約するものでなく、しかも他の手段方法によって選挙に関する情報を提供し、訴えることができること、
 - (5) 公選法一四二条一項が文書活動に一定の制限を加えたのは、文書活動の自由化による諸々の弊害が十分に予測されるものであるから、その弊害を防止し、選挙の公正を確保しようとしたものであること、
 - (6) このように考えてくると、文書活動による「種々の弊害」が発生する蓋然性を否定できない現状においては、文書図画による言論活動をその種類と数量とにおいて適当に規制することにより、政治的な言論、表現の自由がある程度制約されることになる不利益と、右のような弊害を抑止し、選挙の自由及び公正を維持増進させようこととの利益を比較し、後者の方がより重要であるとの立場をとることに十分に合理性があること、
- ということになる。

本判決で採用された比較衡量論については、既に前節で問題性を指摘しているので詳しくは繰り返さないが、まず第一の問題点は、比較のためにとりあげられた利益のレヴェルが異なるということである。浦部教授は、具体的な紛争におい

て衡量の対象となりうる「利益」を、三つのレヴェルに分類して論じておられる⁸⁾。即ち、第一は、当該紛争の当事者自身の個別的・具体的な利益であり、第二は、当該紛争の当事者と同じ法的地位にたつ人々の利益で、これは第一の利益よりも一般的なものになり、第三は、当該紛争の当事者によっていわば代弁されるところの社会的利益であるとされる。そして結論として、「一般的にいつて、第三のレヴェルの利益は社会的利益であるから、個人的利益にすぎない第一の利益、あるいは、特定の人びとの利益にすぎない第二の利益よりも価値の重いものとされるのは当然のことであろう」として、そもそも比較衡量において、その衡量する利益のとりあげ方によって、結論は決まり、比較衡量論も、「公共の福祉のなるいにかえに墮する」と批判されている。

浦部教授の分類に従えば、本判決で衡量された利益は、文書規制により失われる利益が候補者個人のあるいはせいぜい候補者という人々の文書活動という選挙運動の一手段であり、得られる利益が、文書活動により発生が予測される弊害を克服し、選挙の自由と公正の確保という社会的利益であった。これでは第三のレヴェルたる社会的利益が優先されるのは当然の結論であった。比較衡量がそもそも本質的にこのような体質を備えているものであるか否かについては、ここでは問題にしないが、人権の制約基準として比較衡量論を使用するときは、少なくとも、精神的自由の優越的地位の原則を念頭に置き、かつ衡量の対象となる得られる利益と失われる利益とが同一のレヴェルのものでなければならぬことはすでに指摘したところである。本判決は、比較衡量論をとりながらも、それは「公共の福祉論の単なるいにかえにすぎない論」と批判される典型的な判例であろう。

以上みてきたように最高裁判決においては、最高裁のように単に外在的制約論たる公共の福祉論や弊害論を固守するだけでなく、文書規制の合憲性の判断基準として、弊害論、分離論、一部禁止論、立法裁量論、比較衡量論といった種々の手法が採用されてきた。そしてそれらの手法を総花的に盛り込んだ判決が正木事件の名古屋高裁判決⁹⁾(昭和五八年七月一二日)であろう。本判決の骨子を要約すれば、

- (1) 「文書図画の頒布は、意見の表明ないし表現活動としての面をもつものであるから、法律によりこれを規制することが憲法二二条一項の保障する表現の自由を制約するものであることは明らかである」こと、
- (2) しかしながら表現の自由は絶対無制約のものではなく、憲法の他の規定（二四条一項、一五条、四四條、四七條）にかんがみると、憲法は「民主政治の基本的な制度である公職の選挙において、各候補者が平等の立場で公平な手段により選挙運動を行うことができることを選挙の公正に不可欠な要件とし、右要件を含む選挙の公正を強く要請している」と解すべきである」こと、
- (3) このような選挙の公正を確保する目的で、候補者や選挙運動者の資力の差による選挙運動手段の不公平を防止するため、一部の選挙運動手段を規制することは、憲法の要請に沿ったものといえ、「それが表現の自由の制約となることがあっても、合理的で必要やむを得ない限度にとどまる限り、憲法に違反するものではない」こと、
- (4) 右のような見地に立ち、文書規制を考えると、①文書規制は、表現活動の自由を一般的に規制するものではなく、一部の文書活動だけであること、②文書活動を無制限に認めるときは、数々の弊害を招来させ、その結果「選挙の公正」を害するおそれがあること等が考えられ、このような弊害を防止する目的で文書図画の一部制限に出たことの規制の目的は正当であること（弊害論の採用）、
- (5) 現状においては文書規制をすることの外、選挙の公正を確保するための他の有効で適切な方法が見当たらないこと（LRAの基準の不採用）、
- (6) そして文書規制において具体的にどのような内容が適切妥当であるかは、立法政策の問題であり、選挙制度を定めるについては、憲法四七條が国会に広い裁量権を与えているのであり、現行の規制の内容は、裁量権の範囲を越えたものとは認められないこと（立法裁量論の採用）、
- (7) 以上のような点を総合して考えると、右の規制目的と規制の対象となる行為との間には合理的関連性があると認め

られるし、公選法一四二条の禁止する行為が選挙の公正を直接、具体的に損う行為に限定されていないとしても、右の合理的関連性が失われるものでないこと（規制目的と規制手段の合理的関連性の基準の採用。ただしここでは規制目的が正当ならば規制手段として形式犯を処罰することもやむを得ないという意味での採用）、

(8) 更に「右の規制は、意見表明そのもの、すなわち文書図画の内容を制約するものではなく、文書図画の頒布を無制限に認めることに付随して生ずる弊害を防止するため、その種類及び数などを制限するものである」から、「その表現の自由に対する制約は間接的・付随的である」こと（分離論の採用）、

(9) 公選法一四二条自体は、相当数の文書図画の頒布を許容しているほか、他に選挙運動のための意見表明の手段及び機会は認められていること（一部禁止論の採用）、

(10) 以上の点を考慮に入れ、前記規制により得られる利益とこれにより失われる利益とを比較すると、右規制により得られる利益は、選挙の公平の確保であり、失われる利益は、各候補者またはその選挙運動者の文書図画の頒布という手段による意見表明であるから、失われる利益が得られる利益と均衡を失って大きいということはできないこと（比較衡量論の採用）、

(11) そうしてみると公選法一四二条は憲法二一条及びその他の憲法原則には違反しないものといえる、
というものである。

このように本判決は、従来各高裁判決の中で使用されてきた合憲性判断の基準を絵花的に展開させた。興味のあるところは、従来最高裁が多用した「公共の福祉」なる文言をひと言も使っていないことである。本判決が駆使したそれぞれの司法審査基準については、それぞれの場で批判検討したので、ここでは繰り返さない。また筆者は別稿^⑩において、本判決のみを取り上げ、判決文を紹介し問題点を指摘しているので参照願えれば幸甚である。

昭和五六年七月二一日最高裁第三小法廷判決（戸別訪問禁止規定違反事件）や昭和五七年三月二三日最高裁第三小法廷

判決（文書規制違反事件）において、伊藤正己裁判官の補足意見が出された後、高裁判決においては、そのウェイトの置き方には軽重があるが、概ねなんらかの形で立法裁量論がとり入れられている。そこでは文書規制が合憲であるか否かの判定に際し、必要最小限の制約のみが許されるとする厳格な司法審査基準は適用されず、ただ裁量行為に逸脱・濫用がないかという消極的司法審査のみが行われるとするのである。そしてその消極的司法審査の過程においてとられる手法に違いが見られるというのが高裁判決の動向である。しかしそうした流れの中で特異な合憲性判断の基準を用いたのが、昭和五七年四月一五日の東京高裁判決であった。本判決は次のように判示している。

「法定外文書頒布罪と憲法二一条との関係について検討すると、法定外文書の頒布の禁止は、「略」、全体としての選挙の公正を確保するためにはそうすることが望ましいとの判断に基づいた積極的、政策的な規制であり、選挙のルールと解されるところ、その目的は、文書の頒布を無制限に認めるときは、激烈な文書頒布の競争を招いて莫大な費用と労力の使用を余儀なくさせ、その結果候補者の経済力という要因が選挙の結果に対し過大な影響を及ぼして公正な選挙に支障を生ずるおそれがあるため、これを法定の範囲内に限定しようとするものであり、その目的と規制対象行為との間には明らかに合理的関連性がある。他面、その禁止は、文書中の意見の内容から生じる弊害の除去を目標としておらず、文書頒布を自由にすることに付随する弊害の防止を目標としている点で、表現の自由に対する規制の効果は間接的なものとどまるばかりか、「略」他の各種の手段方法による選挙運動が許容されており、これにより文書頒布の制限により失われる意見表明の機会は相当程度に償われるものと認められる。そうしてみると、その禁止は、これにより得られる利益と失われる利益との考量において均衡を失した本末顛倒の規制であるということはとうていできず、また、その処罰規定にも不合理なところは認められない。したがって、右規定を合憲とする確定した最高裁判所の判例〔略〕に従うのが相当である。」

本判決は結論的には、分離論や一部禁止論を採用しながら比較衡量論に立っていることがわかる。すなわち文書規制によつて、「得られる利益と失われる利益との考量において均衡を失した本末顛倒の規制である」ということはとうていできず」としていることから明らかである。ここでいう得られる利益というのは、過当競争や多額経費の費消あるいは経済

力の差による不平等といったことのない選挙の公正であり、失われる利益とは、候補者及びその運動員の文書活動という表現の自由である。しかし表現の自由の制限といっても、「文書中の意見の内容から生じる弊害の除去を目標としておらず、文書活動を自由なことに付随する弊害の防止を目標としている点で、表現の自由に対する規制の効果は間接的なものにとどまる」(分離論の採用)ものであるし、「他の各種の手段方法により選挙運動が許容されており」(一部禁止論の採用)、失われる表現の自由の利益も相当程度に償われていると考える。ところで、本判決を従来の流れとは異なる判断基準を示したものであると指摘したのは、本判決は、昭和五〇年四月三〇日の薬事法違憲判決の手法に寄って立とうとしていると思えるからである。本判決は、戸別訪問禁止と文書規制の合憲性に係る判決であるが、それぞれの規定の憲法判断をする前提として、憲法判断の手法及び規制の態様について次のような考え方を示している。すなわち、

(1) 国会は、憲法四七条により、公職の選挙の実施の方法その他の事項を定める権限を有していること。

この記述は立法裁量論の採用を宣言するのであるが、薬事法違憲判決が、「裁判所としては規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである」ことを強調するのと同じである。

(2) 「選挙運動についてのこれらの規制の中には、買収、利益誘導の処罰のように、選挙運動として尊重すべき価値をもち、専ら選挙の公正を損うおそれのある行為を対象とし、選挙に対してもたらす直接の弊害を除去するという消極的、警察的見地から行っている規制のほか、選挙運動の期間、方法の規制のように、選挙運動として尊重すべき価値を内包しているが、他方において選挙の公正を損う弊害を伴うことが予想される行為を対象とし、その行為を規制する方が全体としての選挙の公正を確保するうえで望ましいとの判断に基づき、積極的、政策的見地に立って規制を行っているものがある」とし、文書規制を積極的、政策的見地から行う規制と位置づける。

この記述は、薬事法違憲判決が、「それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的・警察的措施である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」と判示するのに依拠し、文書規制は積極的・政策的規制であるから、このような厳格な基準は適用されず、その規制が著しく不合理であることが明白な場合に限りて違憲とされると主張するにある。すなわち、文書規制については、薬事法違憲判決が消極的・警察的規制に適用されるとした「よりゆるやかな制限によっては立法目的を十分に達成することができない」か否かという審査基準の排除を強調せんとするのである。

(3) そして文書規制が著しく不合理であるか否かの判断にあたっては、分離論や一部禁止論または規制目的と規制手段の合理的関連性の要素を加味し、その上で、文書規制によって得られる利益と失われる利益を比較衡量すべきであるとするのである。

薬事法違憲判決で採用された「二重の基準論」は、精神的自由と経済的自由とを区別し、それぞれの規制の程度、態様には相違があり、合憲性判定基準が異なるというにあった。すなわち薬事法違憲判決が、「個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なつて、右社会経済政策の実施の手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当であり、国は、積極的に国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もつて社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずること」も許される旨説いていることから明らかである。その上で、薬事法違憲判決は、経済的自由の規制には、積極的・政策的規制と消極的・警察的規制の二種類の規制の類型を認め、前者の場合に適用される合憲性判定基準は、後者の場合よりもよりゆるやかな基準で済むとしていた。そこでは少なくとも、合憲性判定基準の厳格性において、経済的自由に対する積極的・政策的規制よりも経済的自由に対する消極的・警察的規制の

方が、また経済的自由に対する消極的規制よりも精神的自由に対する規制の方が、より厳しくなるべきだとする考え方が基本にあつたはずである。しかるに本判決では、文書規制を積極的・政策的規制と位置づけ、本来経済的自由に対する積極的・政策的規制の場合に採用されるべき基準が適用されているのである。したがつて本判決は、いわゆる薬事法違憲判決で示された「二重の基準論」を採用したものとはいえない。

さらに本判決のもつ問題性は、文書規制を経済的自由に対する規制の類型である積極的・政策的規制に位置づけたことである。最高裁はかつて、小売市場の許可規制の合憲性に關する判決において、個人の経済活動に対する法的規制に、二つの類型のあることを明らかにした。すなわち一つは、個人の自由な経済活動からもたらされる諸弊害が、社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができない場合に、消極的にこうした弊害を除去ないし緩和するための消極的・警察的規制であり、他は、経済の調和的發展、経済的弱者の保護等の社会的政策、経済的政策の実施の手段としてなされる積極的・政策的規制である。この点について学界の大勢としては、憲法がとくに二二条一項と二九条一項において、公共の福祉による制限を明記している以上、この種の権利自由については、通常の消極的・警察的規制のほかに、積極的・政策的規制の存在を肯定する方向で理解している。しかし精神的自由に対する規制を、積極的・政策的規制と消極的・警察的規制の二種類の類型に分けうるかという点では否定的のようには思える。「消極的・警察的規制は、何人も社会に害悪を及ぼす自由は有しないことを根拠にするものであるから、これは他の自由についても同様に妥当するいわゆる人権の内在的制約として理解することができる（のに対し）、積極的・政策的規制は、憲法が生存権の基本権を保障し国の責務として経済的弱者の保護政策等を要請していることの結果であつて、経済的自由についてのみ妥当する」¹³からである。

文書規制は、経済的自由に対する積極的規制のように、他の憲法上の権利（即ち生存権）を守るための政策的規制とは、どうてい思えない。むしろ表現の自由という憲法上の基本的人権に対する、選挙の公正という利益確保のためのやむを得ない規制であるとするなら、人権に内在する制約原理としての消極的規制ととらえる方がより一般的で妥当である。この

点において本判決は、従来にない目新しい合憲性判定の手法を示したため、特異な判決と評しうるものの、前提となる規制そのものとのとらえ方が一般的でなく、比較衡量の前提条件に問題性があつたと指摘できるのではなからうか。¹⁵⁾

(1) 札幌高裁昭和二八年三月二六日判決(前節本文①判決の控訴審判決・刑集九卷四号内第二審判決の正文及び判決参照)、福岡高裁昭和二八年一〇月六日判決(高裁判特報二六号四一頁)及び東京高裁昭和二九年七月二八日判決(高裁判特報一卷二九号九〇頁)では、「選挙運動は自由であることのほかに、適正且つ公平に行われることを以て理念とすることは言を俟たないところであつて、現下の我が国の諸事情のもとにおいて、選挙の公正、公平を期するために、前示百四十二条が規定するように、文書、図画の使用について制限を設けたことにより或る程度表現の自由の制限をもたらす結果となつたことは、選挙の適正、公平という公共の福祉のためになされた止むを得ない制限と認むべきであるから、かかる制限規定を以て憲法に違反するものということはできず、右規定を適用して被告人を処断した原判決には何等違憲はない。」(福岡高裁昭和二八年一〇月六日判決・高裁判特報二六号四一頁)―他の判決もほぼ同じ文章・趣旨の判決である―と述べ、また最高裁昭和三〇年四月六日の大法廷判決(前節本文①判決)以後の高裁判決の判決文は、前節①判決とほぼ同じになる。例えば東京高裁昭和三〇年五月一九日判決の「憲法二十一条の規定は言論の自由を絶対無制限に保障しているのではなく、公共の福祉を保持するため、その時、所、方法等につき合理的な制限を加えることは、これを容認する趣旨と解すべきこと同法第十二条第十三条等の規定に照らしても明らかである。公職選挙法第百四十二条が選挙運動のために頒布し得べき文書図画の種類と数量につき一定の制限を加えているのは、それによつて憲法の保障する言論の自由を全般的に禁止するものでなく、選挙の公正を保持せんがため、選挙運動としての文書図画による言論活動を、その方法と量において適当に規制するものに過ぎないから、この規定を以て所論のように憲法第二十一条に違反するものといふことはできない。」(高裁判集八卷四号五六〇頁)のごとくである。これらはいずれも累次の最高裁判決と同じく外在的制約論たる「公共の福祉論」を展開しているものといえる。

(2) 東京高裁昭和四三年一〇月一日判決・刑集二三卷四号内第二審判決の正文及び理由より参照。

(3) 本判決は判例集未登載なので、判決謄本より引用させていただいた。なお引用判決文中、表現の自由の優越的性質や「後述」を述べた箇所の指摘があるが削除した。

(4) 東京高裁昭和四五年二月二五日判決・判例タイムズ二四九号二五二頁。

(5) 大阪高裁昭和五五年九月九日判決・刑集三六卷三号内第二審判決の正文及び理由より参照。

- (6) 高松高裁昭和五七年三月二〇日判決・判例時報一〇五七号一五一頁。
- (7) 仙台高裁昭和五七年五月二五日判決・判例時報一〇六九号一四九頁。
- (8) 浦部前掲書(前節注(11))一一頁。
- (9) 名古屋高裁昭和五八年七月二二日判決・判例時報一〇九四号一五三頁。
拙稿「正木事件控訴審判決の問題性」・日本科学者会議岐阜支部会報三二号一頁。他に野中俊彦「公選法一四二条の文書頒布制限が憲法に違反しないと判断された事例」・判例時報一一〇八号一九八頁、中山研一「公選法上の文書規制の合憲・違憲論争」と文書違反罪の性格(上)、(中)、(下)」。判例時報一一二二号三頁、一一二五号三頁、一一一八号九頁の判例評論がある。
- (11) 東京高裁昭和五七年四月一五日判決・判例タイムズ四七一号三三〇頁。
- (12) 最高裁昭和五〇年四月三〇日大法院判決・民集二九卷四号五七二頁。薬事法違憲判決には数々の判例評論があるが、拙稿「職業選択の自由と薬局開設の距離制限」(中川淳他編ケースメソッド法学・憲法入門所収)においても判例評釈しているので参照された。
- (13) 最高裁昭和四七年一月二二日大法院判決・刑集二六卷九号五八六頁。
- (14) 有倉遼吉編「判例コンメンタール憲法I」二七八頁。
- (15) 本判決の担当判事のひとりである香城敏磨判事は、精神的自由に対する規制にも、積極的規制と消極的規制の二種類があり、それにともなつて規制の合憲性判断基準も異なってくるものであることを主張される。「研究会・憲法判断の基準と方法」・ジュリスト七八九号二三頁参照。確かにこのような考え方は、規制の態様を類型化し、規制実態のレベルを認識する方法としては意義があるように思える。しかしそこで問題となるのは、精神的自由に対する規制を、このように二つの類型に分けうるかということに異論もあるし、仮に分けうるとしても、どのような規制が積極的規制になりまたは消極的規制になるのかという判定要件も、客観的には未だ未成熟のように思えることである。そして規制の位置づけ方によっては司法審査基準も異なるとするのであれば、そのもつ効果は重大であり、稿を改めてこれらの問題についての検討の必要性を感じている。

七 違憲判決について

第一審の判決においても、公選法一四二条一項についての憲法判断をしたものがある。そしてそこでは、最高裁・高裁

の判決とは違つて違憲と判断したのもみられる。合憲と判断した判決は、初期においては、累次の最高裁や高裁判決と同じく、外在的制約論たる公共の福祉論を展開していた。¹⁾そして最近の合憲判決では、弊害論と一部禁止論を併用して合憲の判決を下している。²⁾これらの合憲の審査基準については、前節までに批判検討しているので、ここでは繰り返さない。そこで本節では、地裁判決のうち違憲論を展開している判決について検討を加えたい。それは文書活動の意義及び民主主義社会における選挙の自由の意義についての検討に繋がるからである。

公選法一四二条一項が憲法二一条及びその他の憲法原則に違反する規定であるとした判決は、今日まで三つみられる。最初の違憲判決は昭和四四年四月一日の長野地裁佐久支部の判決であり、二番目が昭和五三年三月三〇日の松山地裁西条支部の判決であつた。⁴⁾これらは、文書規制だけでなく同時に戸別訪問禁止規定も違憲と判示していた。そして三番目の違憲判決が、昭和五五年五月三〇日の岐阜地裁判決であつた。⁵⁾この判決は、公選法一四二条のみが問題となつた事件で、文書規制だけを単独に審理し、違憲とした最初の判決である。

これらの違憲判決において共通していることは、まず累次の最高裁・高裁判決が展開してきた弊害論について、その実態を些細に検討し、実はそれが実体的にいいわれないものと結論づけていることである。長野地裁佐久支部判決が、文書活動による弊害として考えられるとしたものは、①多額経費の費消、②無責任、悪意の内容の文書が横行するということであつた。しかしそれに対しては、「文書の頒布の自由が、このような害悪を必然的に伴うと言うものでもなく、文書頒布を極度に制限しなければこのような害悪を防止する手段がないということもできない」とし「選挙関係文書については、必ず発行者、団体、責任者、部数、印刷所などを明示させる方法」で、これらの弊害はある程度防げるものと考えたと判示した。また松山地裁西条支部判決は、文書活動による弊害として、「手数のかかる方法であり費用と労力を使い無限の競争を招来する」ことを挙げ、しかし法定外文書の頒布は「候補者にとって唯一絶対の選挙運動ではなく、立合演説会、テレビ、ラジオの政見放送等数多くある選挙運動の一つであり、又当選したいという候補者にとってみればさほ

ど煩をいとわないうであらうし、候補者の側からしても戸別訪問や文書の頒布はその意思伝達の直接手近な手段なのである。しかしもつと重要なことは選挙の主体は選ばれる候補者側にあるのではなく、国民一般である。主権は国民の側にあるのであれば、選ばれる者の都合ではなく、主権者の側からも考えられる禁止の理由を探らなければならぬ」とする。

これら二つの判決が文書活動の弊害として、今挙げたものだけを念頭に置いているのでもなさそうである。判決文が文書活動による弊害として指摘するものだけを拾いあげれば今挙げたものだけになるが、既に述べたようにこれらの事件は、同時に戸別訪問違反事件でもあった。判決文は戸別訪問の弊害として予想されるものについても逐一検討している。それには、不正行為の温床となること、義理人情に訴える傾向を助長し理性的公正な判断を害すること、選挙人の平穩を害すること等をあげていた。もちろんこれらについても実体のないものと批判している。そしてこれら戸別訪問による弊害と予想されるものも含めて、文書活動による弊害として予想されるものを網羅的に拾いあげ、これまでの二つの判決よりもさらに深化させた形で、詳しく批判検討したのが岐阜地裁判決であった。岐阜地裁の弊害論批判については本稿(一)において既に紹介しているので繰り返さない。このように第一審の違憲判決は、まず前提として弊害論を実体のないもので文書活動を規制するほどの根拠となり得ないとした上で、長野地裁佐久支部判決はLR Aの基準を用いて、また松山地裁西条支部判決は、一部禁止論を否定することによって、そして岐阜地裁判決は、分離論、一部禁止論を否定することによって違憲判決を導いていた。

さて次にこれら違憲判決に共通する特徴として、それぞれの判決が違憲の判断をするに当って、合憲論の立論を否定するに当っての基本的な基盤、即ち、選挙制度における自由な選挙に対する見方が、これまでの最高裁・高裁判決を初めとする合憲判決と異なる点を指摘しておかなければならない。即ち文書活動における消極的側面のみをみるのではなく、文書活動の積極的意義を全面的に承認し、その上で合憲論を否定しているということである。長野地裁佐久支部判決は、その積極的意義を、「文書による選挙運動には、政見や推薦理由を詳細かつ論理的に説明し、説得し、これによって選挙人

は詳細かつ理性的な判断の材料を得る長所があり、そのためには通常はがきでは十分ではあるまい」と述べるだけであるが、松山地裁西条支部判決は、独特の手法によって、民主主義国家における選挙制度の意義から説いている。「独特の手法」といったのは、本判決が、民主主義国家における選挙制度の理念や現実の問題点について、あるいは多数決原理やそれらを支える人間の理性や感情及び人間の行為の特質といったものまでについて、先人の哲学的・社会的・政治学的・心理学的考察成果を駆使して論じているからである。いささか回りくどく、理解するに煩わしいところもあるが、そのいわんとするところは、選挙や選挙運動の自由に限って拾いあげるなら、次のようである。

(1) 民主主義国家では、選挙はきわめて重大な意義をもった国民の行為であり、そこでは、選挙権を行使するに足る高い判断力をもった理性的人間の存在を予定している。

(2) そしてこのような理性的人間は、何よりも他から掣肘を受けない自由な精神より生ずる。

(3) 個別選挙についてみれば、それは国民のもつ判断作用のひとつであり、そこで行われる価値判断は、十分な知識資料がなければ合理的に行いえない。そしてその資料は、自由な情報の獲得によって得られるのである。このように自由な選挙は情報の受け手の側からだけでなく、又情報の送り手の立場からも大切なものであるといえる。

(4) 選挙では公正かつ適正ということも要求されるが、公正かつ適正の理念は、選挙が選挙人の夫々自由な意見表明によつて行われるべきであることを前提としつつ、選挙違反の実質犯とされる買収、利益誘導、選挙妨害、不正投票等が、その理念に反するものであることは疑いはないが、それが選挙の自由を制する根拠とはなり得ない。

高邁な識見の下で展開されている判決文のエキスをだけとり出し、このように簡単に要約してしまうのは、いささか失礼なのであるが、その言わんとするところは以上のようにであった。そして民主主義国家における選挙制度の意義と同時に、その中の文書活動の意義についても論じたのが岐阜地裁判決であった。岐阜地裁判決では、民主主義国家における選挙制度について、主権在民から来る国民の理性的存在、代表制から来る政治的自由、参政権から来る選挙形態、そして選

挙の本質から来る競争原理という四つの要素について検討し、最終的に、「選挙においては、理性ある国民が、政治的に合理的な判断をし、特定の候補者や所属政党を支援するには、候補者の主義や主張、所属政党、政策、経歴、手腕、識見、抱負、人柄等のあらゆる判断資料や知識について、正確で豊富な情報が提供され、かつそれらが全選挙人相互の間で十分に実質的な質疑、討論、批判がなされあつて、政治に対する意思内容を深め、修正し、時には変更する過程を通して、それが投票にまで集約され、その結果、選挙民は、選出された者に全選挙民代表の法的資格が付与されたものとしてこれを正当と認めるのである」とする。

このように選挙運動を政治活動としてとらえる考え方は重要である。「どうやら憲法は政治活動が本来的に自由だとしており、それを否定することができないが、憲法とは無関係に伝統的に形成されていた選挙運動の観念をそこに無批判にとりこみ、選挙運動にかかわる活動について制限や禁止を設けた」とまでに批判される程、従来の合憲論においては、選挙運動を政治活動から区別してとらえてきた。このような区別は誤っている。政治活動が自由であるべしという要請は、代議制民主主義国家では、選挙の時にこそ最も強く主張されるものである。このことは国民主権の原理から当然に要請されるものである。とりわけ今日では、国民が自己の意思を国政に反映させるためには、選挙の時を除いて有効な手段に乏しく、議会への代表選出過程を秩序立てる選挙制度は、国民主権原理をたんなる理念でなく、その意義を十分に実現するものになっていることが求められているからである。かくて選挙運動の自由は、岐阜地裁判決が指摘するように、憲法二一条一項の表現の自由からは勿論、憲法の基本理念とする国民主権、代表民主制（前文）、議会中心主義（前文、四一条他）、国民固有の参政権（前文、一五条）及び選挙制度（一五条、四三条、四四条）といった諸々の憲法原則から要請されるものなのである。

岐阜地裁判決は、以上のような選挙制度及び選挙運動観の下で、分離論、一部禁止論、弊害論のそれぞれについて検討批判し、その上で個別文書活動のもつ意義と特徴について論及している。それによれば文書活動は、

(1) 瞬間的に消滅する音声による意識の伝達とは、その性質を異にし、右のような性質から、これを受信する側では、いつ、どこでも、かつ反覆して、それ故正確に、その意味内容を理解することができ、しかもそれをそのまま更に他者に送信することが可能である。また、これを送信する側では、迅速に、広範囲に、かつ詳細に、それ故正確でわかり易く自己の意思内容を告知することができる。その上、伝達そのものは、他者に任せても、何ら内容を変質させるものではない、

(2) 文書活動は、特殊な技能を持たない一般人が割合容易に、低廉な費用で行うことが可能であり、現在では、文書等による表現形態が、言論の主流をしめるに至ったと言っても決して過言でない状況である、

(3) 意思内容の表現形態には、音声による表現と文書による表現があるが、文書は、論理の緻密性や客観的な正確性、あるいは具体的な形容の描写や一覽性の要請される表現分野において、圧倒的に優れている。その上文書等の備忘的機能は、音声による伝達手段の追隨を許さず、また文書者の人間関係から来る影響を離れて冷静に思索を深めることができる。音声による表現と文書による表現は、それぞれ独自に有用であつて、互いに代替し得るものではないのである。従つて、ある一つの表現方法が奪われると、もはや他の手段等によつては、正確にはその内容をほとんど表示し得ないか、極めて困難という事がいえる、と述べている。

このように表現形態のひとつである文書活動の意義と特徴を一般的にとらえた上で、さらに続けて、選挙運動としての文書活動について次のように結論づけている。

「前叙からも推測できるように、文書、図画は、現在では割合に簡易に誰でもが、さほど多額の費用を要しないで利用でき、その効用は右にみたように絶大である。即ち、文書等は、近代情報の収集にとつても、宣伝にとつても、最大の利器であり、録音、その他

音声の再生の技術がいかに発達した今日においても、なお文書等の有効性には遠く及ばないところがある。

ことに選挙では①その判断過程において、義理や人情等不合理な要素は、出来る限り排斥されなければならないと言われるところ、文書、図画こそ、その要請にいちばん応え得るもので、最も冷静で客観的な表現手段である。②また近代政治の基本原理である公約と責任の明示は、文書等においては、極めて有効に機能するから、選挙人側からすれば、候補者に対して容易にこれを追及監視することができる。③伝達そのものは、他者に委嘱しても、その内容が変化することがないから、候補者側からすれば、それによってその分短い選挙運動期間に、より多くの選挙人と接触することが可能になり、それがひいては、選ぶ者と選ばれる者の対話を呼ぶことになって、それこそまさに民主的形態のあるべき原型と言つてよい。特に我国の多くの選挙は、区域が広範で有権者数が膨大であるから、右の必要と利便は無視し得ないものであろう。」

以上のように第一審の違憲判決は、そのウエイトの置き方には軽重の差はあつたが、まず民主主義国家の下での選挙制度の重要性、その中でも表現の自由に裏付けされた選挙運動の自由の必要性を説き、そうした基本的認識の下で、弊害論や分離論、一部禁止論といった従来の最高裁・高裁判決のつてきた合憲論を否定してきた。ところで違憲判決の中でも岐阜地裁判決は、単に文書活動が自由化されたときに予想される弊害論や、従来合憲の根拠とされてきた分離論、一部禁止論を論破することによってのみ違憲の理由づけとする消極的アプローチだけでなく、積極的に文書活動の自由のもたらす意義や、さらに文書規制をすることによって予想される弊害（いわゆる逆弊害）を論及することによつても、違憲の理由づけとするとともに、他の二つの違憲判決とは違った特質がある。岐阜地裁は、文書規制による弊害を、1選挙民の立場から、2候補者の立場から、3候補者と選挙人の中間に立つ運動員又は支持者の立場から、4不正な選挙運動の取締りや法治主義の立場から、の四つの立場から分類し検討している。例のごとく本判決は判例集未掲載なので、いささか長文の極はあるが、そのいわんとするところを引用紹介しておく。なぜならこの逆弊害論がまさしく今日の我国の選挙の実態を言い当てているものと思えるし、文書規制による弊害の重大性をみることによつて、いわゆる弊害論への警鐘となる

と考えるからである。

文書規制による弊害（いわゆる逆弊害）について、本判決は、

1 選挙民の立場からいえば、

(一) 選挙民は、候補者の主張や識見等の判断資料がほとんど提供されずにひどく貧困な、もしくは無知に等しい情報によって代表者を選出させられている。

(二) 憲法は、主権在民を法理としているが、一方では、本法は、その前提となる表現の自由について、非民主的な厳しい重圧を加えている。この二律背反の法体制が、同時に支配しているゆえ、国法秩序に分裂が生じ、ひいては本法に対する遵法精神の欠如ないしは法無視の風潮を国民の間に蔓延させている。即ち、その国民感情の内容は、平易に表現すれば、概ね次のようなものと推測される。「合理的な根拠は、必ずしも承服、理解できないが、ともかく（戸別訪問や）一般人の文書配布は法律で禁止されていることは認識している。しかし右の法律が理想的に守られているなどとはとても考えられないことで、実際の選挙戦の裏では、右違反はもとより、更に悪質で重大な買収や饗応すら頻繁に行われているはずである。のみならず、当落の決め手は、それを如何に巧妙に（捜査当局に）、発覚しないようになすかにあり、検挙された者は、そのやり方が下手であったか、不運な災難に遭つたにすぎない」と。かくして本来民主的基盤を脅かす実質犯さえも、形式犯と混同され、凡そ選挙犯罪一般が軽視され、罪悪感を乏しいものになっている。

(三) そしてその矛盾がおもむくところ、国民が選挙の結果に対して、権威と正当性を承認しなくなっている。即ち、選挙や政治について、国民は次第に無気力や無関心を抱き、最近では消極的なそれに止まらず、かなりの層の者が積極的に不信や軽蔑の念を覚えるようになってきた。

2 候補者の立場からいえば、

(一) 近代選挙戦の主要にして正当な武器は、言うまでもなく言論であるが、現在候補者は、ほとんどこれをもちとられているから、それはたとえて言えば、彼は武器を奪われたまま戦場に赴く兵士のごようであると言つてよい。従つて特異な背景（例えば資金力、組織力、あるいは世襲や政治的実力と全く関係のない知名度等）を持たない限り、有為な人材の代表者への進出が著しく阻まれている。

(二) それでもなお立候補する者は、いわばわずかに残された自由の領域―つまり部分的に解除されている表現手段―に異常に殺到

する。即ち合理的な判断資料としては、ほとんど意味のない候補者の名前のみの連呼と多色刷りの顔写真の氾濫という奇態が国民の接する主な選挙運動（風景）となつてゐる。

(三) 更に選挙運動が、各候補者において、いわゆる違法ストレスレの活動を競いあつたり、売名にも等しい知名行為のみに腐心、狂奔して、奇を行つ等、真面目な活動形態からかけはなれ、到底、国民による厳肅な国家的行事と言ひ得なくなつてゐる。のみならず、それに飽きたらない候補者は、手取り早く有効な買収、響応に走りがちとなり、却つて、實質的で悪質な選挙犯罪を生み、ひいては政治の腐敗をもたらしことにならう。

3 候補者と選挙人の中間に立つ運動員又は支持者の立場からいへば、

(一) 自由への制限は、単に厳しいのみならず、彼らを敬遠させ、ただでさえ狭い自由の場を事実上更に一層縮小させてゐる。
 (二) 選挙運動において、国民が参加する場がほとんど奪われ、そのため折角の選挙に対する民主的な意欲をすこぶる減退させてゐる。のみならず、参加が法的に処罰の対象となることが余りにも多いので一般国民に、選挙は怖いもの、近づき難いものとの意識させ、現在国民の間に、自己の政治的な意見や思想を堂々と表明することが憚れる暗い陰湿な雰囲気相当地支配してゐる。その結果健全な選挙運動員や支持者が育成されず、一にぎりのいわゆる選挙通あるいは選挙プロと称される者が、異常に跋扈する状況が現出しはじめてゐる。

(三) そして行きつくところ、選挙運動が、候補者対有権者という二極間の、しかも大部分は、前者から後者へという一方的な形態に陥つて両者の意思疎通がほとんど閉塞してゐる。そのため本来その中間に在つて、国民に政治への理解を求め、あるいは逆に国民からの為政への不満を伝達する役割を果たす政治家の同調者や後援者が不在もしくは、不足し、結局政治が、候補者の選出母体たとえば企業、業界、組合、団体等の意向や利益のみを反映したり、場当たりの人気政策が優先する傾向が強まり、国民一人一人の日常生活の実感と意識からかなり遊離してゐる。

4 更に不正な選挙運動の取締りや法治主義の立場からいへば、

(一) 選挙運動の自由を制限する形式犯にのみ目を奪われる余り、肝腎の悪質な実質犯を見逃しがちとなる。
 (二) 形式犯を処罰することから、必然的に、規定の複雑さと解釈の対立という無理が生じ、捜査活動に動揺がみられ（本件の記録からもしばしば見受けられるように、いちいち県警本部に指示を仰いだり、伺いを立てる）、その過程に裁量の入り込む余地が大きく、また違法事実の明確な認定が困難で、判例でさえその見解が区区分岐に分かれてゐる点が少なくない。そのために国民の間に取り扱いが不平等でないか（例えば主流派よりも反主流派、与党よりも野党、当選議員よりも落選議員に厳しいと世上よくいわれるところである）との批判や誤解を招きやすい（本件もまさにそうである）。

(三) 法律は、もとより国民の所産であり、その権威は、国民の納得に立脚するものでなければならぬ。就中、総ての国民がかかりを持ち、かつその違反に対して刑罰で臨む本法は、右の要請がひとときわ高いはずである。而して、刑罰法規は、原則として平易で、明確で、違法の根拠が合理的でなければならぬ。かかる観点から、本条を見ると、余りに複雑にして煩瑣であり、何よりも処罰の実質的理由が明白ではない。即ち形式的、技巧的にすぎる本条の存在は、法治国家において、法の尊厳を失墜させかねない気風を助長するのである。

と述べている。

この逆弊論こそまさしく今日の選挙の実態を言い当てているのではなからうか。最近選挙の記録がどんどん塗りかえられているという。それも選挙をやる毎に投票率が最低を記録するという悪い方にある。首都圏のある県が最近調べた県民意識調査の結果、その理由として、「政治は難しく、私たち市民には、本当はどうなっているのか、よくわからぬことがある」(七六%)との声が圧倒的だったとのことである。選挙を真面目に考えようとすれば、分りにくい政治の話の聞いたり読んだりしなければならぬ。しかし選挙運動に関しては、戸別訪問が禁止され、文書頒布が禁止されたということ、自由闊達な情報の交換は行い得ない制度になっている。情報を得たくても数限りある方法しか許されていない。このような選挙制度こそが、国民を政治離れに導いている大きな要因で、ひいては議会制民主主義を形骸化させる基となっているのではなからうか。

(一) 例えば木津簡裁昭和三六年一〇月二日判決(本文最高裁前々節②判決、大阪高裁昭和三七年三月二七日判決の一番判決は、「公職選挙法百四十二条は選挙の自由と公正を確保する目的のために制定せられたもので、かかる制限は公共の福祉のための合理的制限と解すべきであって、弁護人の憲法違反の主張も理由がない」(刑集一八卷九号内の第一審判決の正文及び理由参照)と述べ、また東京地裁昭和三七年七月二七日判決は「公職選挙法第一四二条において選挙運動のため頒布使用する文書を制限しているのは選挙運動の公平適正を期するためであって、公共の福祉保持の趣旨に副うものであり、憲法第二一条に違反するものとは言えない。

従って本文書配布を事前選挙運動と認める以上これを起訴することが表現の自由に関する憲法違反になるとは到底考えられない」(判例タイムズ一五四号七四頁)と述べるのみである。そして東京地裁昭和四二年四月二五日判決になると、「憲法二一条は言論出版その他表現の自由を絶対無制限に保障しているものではなく、公共の福祉のため必要がある場合には、その時、所、方法等につき合理的制限を加えることを容認していること、そして、公職選挙法一四二条が公職の選挙につき頒布し得べき文書図画の種類、数量を制限し規制を加えているのは、無制限の文書図画頒布を認めると選挙運動に不当の競争を招き、これがため、かえって選挙の自由公正を害し、その公明を保持し難い結果を来すおそれがあるので、かかる弊害を防止するため文書図画の頒布につき一定の規制をしたものであり、かかる規制を認めた公職選挙法一四二条の規定をもって憲法二一条に違反するものというを得ないことは最高裁判所の判例(八略)とするとであるから、違憲の主張も採用しない」(判例タイムズ二〇七号二六頁)と述べ、初めて公選法一四二条の保護法益と合憲論の理由づけとしての弊害論を展開する。

(2) 例えば、弊害論と一部禁止論を併用して合憲判決を下した最近の第一審の判例としては、大阪地裁昭和五三年九月二二日判決(刑集三六卷三号内第一判決の正文及び理由参照)や盛岡地裁昭和五五年三月二五日判決(判例時報九六一号一三〇頁)があげられる。

(3) 判例タイムズ二三四号三二頁。本判決の控訴審判決を前節では紹介しなかったが、昭和四五年二月二五日東京高裁において下されている。控訴審判決は、第一審の違憲判決にも拘らず、「公選法一四二条一項が文書図画の頒布を制限しているのは、公職の選挙が自由、公正に行なわれることを確保し、ひいて公共の福祉を保持せんとするものに外ならないのであるから、かかる一定の規制は、憲法の保障する表現に対し許容されることの必要かつ合理的な制限であると解すべきであり、〔本規定〕をもって憲法二一条に違反するものということはできない」(判例タイムズ二四九号二五二頁)と判示するのみで、累次の最高裁判決とそ

の合憲の論法は同じであった。
(4) 判例時報九一五号一三五頁。本判決の控訴審判決は、前節で紹介した高松高裁昭和五七年三月二〇日判決(前節注(6)参照)である。

(5) 前節注(3)参照。本判決の控訴審判決は、前節で紹介した名古屋高裁昭和五八年七月二二日判決(判例時報一〇九四号一五三頁)である。

(6) 戸松秀典「選挙運動の自由」・成城法学一三三号二八頁。

(7) 代表的な選挙法の解説書でも、「選挙運動とは、特定の選挙につき特定の候補者を当選させるための行為であるが、政治活動とは、政党その他の政治的団体がその政策の普及宣伝、党勢拡張、政治啓発等を行うことであって、特定の候補者の当選を得る

ことを直接の目的とする行為ではない」と区別される。林田和博「選挙法」・法律学全集(昭和三十三年)一六八頁。このように定義づけにおいて異なることの説明は少なくとも承認できるとしても、「前者はけっこうだが、後者はだめだ」ということになれば異論も多い。奥平康弘「表現の自由とはなにか」・中公新書七二頁。

(8) 戸松前掲二三〇頁。

(9) 朝日新聞一九八五年九月八日朝刊より。

八 おわりに

以上のように本稿では、各審級の公選法一四二条一項の文書規制に対する司法審査と合憲・違憲判決において示された判断基準についてみてきた。第一審の合憲判決については割愛したが、第一審の違憲判決、あるいは高裁・最高裁の判決については概ねふれたつもりである。引用及び要約した判決文は、長文のものもあったが、できるだけその趣旨をつたえるため、あえてそのまま掲載したものもあったこと御寛恕願いたい。

一般に、四〇年代後半から、憲法上重要な争点についての最高裁判決は、違憲判決はもちろんのこと、合憲判決においても、その理由づけが綿密化し詳細になってきたといわれる⁽¹⁾。しかるに公選法一四二条一項についての憲法判断は、昭和三〇年代に展開された合憲理由を繰り返すのみである。前節で述べた違憲判決は、いずれも控訴審判決において破棄され、一四二条一項を合憲とする最高裁判決の路線に整合されていく。ただし正木事件は、現在上告審において審理中であるが、しかし問題は、同じく合憲の結論においては変らないとしても、違憲判決を経た上での合憲判決が、違憲判決の主張とそれを支える基本的な考え方について、必ずしも十分に受けとめず、批判を加えていないということである。合憲判決と違憲判決とを比較した場合、単に観点の相違という以上に、いかにも合憲判決の方が、その内容にとほしく合憲論の理由づけにおいて舌足らずの感を免れ得ない。合憲論と違憲論の接点において争われている問題については、可能な限り個別的

にかつ明確に、また内容的により精密にかつ豊富な形で、合憲の論拠が展開されて然るべきである。

また最近の合憲判決は、従来の合憲論の論拠と並行して、立法裁量論をとり入れたものが多くなった。伊藤補足意見によれば、文書規制は言論の自由の問題ではなく、選挙運動のルールの問題にすぎず、各候補者がこのルールを守ることによって選挙の公正が確保されるとする。しかしここでこの選挙観には、選挙運動を候補者のそれとしかとらえていないところに決定的な問題点があった。しかしこの立法裁量論をひとつの合憲論の基準としてみた場合、それは、従来の最高裁判決のように先例をあてはめ、それを繰り返すだけという内容の貧弱さでは合憲論が成り立たず、また違憲論に説得力ある反論ができないから、文書規制を憲法判断のレベルから外すための方策として登場してきているだけに、より反動的であるとも言えるのである。考えるに、選挙法制は現職の議員の価値判断に左右され、党利党略の産物たりやすいことから、これこそ立法裁量の枠から外し、厳しい司法審査に委ねられねばならないともいえる。ともかく伊藤補足意見後下級審でもこの立法裁量論を展開させるものが多くなった。このことは、公共の福祉論や弊害論を展開させてきた裁判所が、「ついに合憲論の最後の防波堤である立法裁量論にまで後退を余儀なくされたことを物語る」⁽²⁾のかも知れないが、それが憲法訴訟における司法審査基準の綿密化・精微化の流れを水泡に帰してしまわないかと危惧される場所である。

ともあれ本稿では、どのような理由づけにしろ、文書活動を一律に規制することの不合理性を主張してきたつもりである。しかし違憲論と合憲論が拮抗する本条の問題のような場合には、百歩ゆずって文書規制をするにしても、ある程度具體的危険を含む行為に限定するという方向で、本条を解釈適用する考え方（適用違憲論）も一理あるのではなからうか。それは言いかえれば、文書活動の規制も、「明日にかつ現在の危険」が存在する場合に限って許されるという形でのアプローチに通ずるからである。正木事件において弁護人は、包括的文書規制を違憲と主張しつつも、最後のとりでとして、仮に公選法一四二条一項を合憲としても、とくに違法性の強い場合、たとえば文書の頒布が「激烈な競争」を招き、「過大な労力と費用」の出費によって平等を著しく侵し、あるいは虚偽の怪文書を氾濫させるなどの場合に限定すべきであると主

張して来た。上告趣意書においてもこのことはふれられている。⁽³⁾最近の最高裁判決の中で、同じく公選法違反事件であるが、一四八条三項と憲法二一条、一四条との関係が問題となった事件で、この適用違憲論を採用したものがあつた。昭和五四年二月二〇日の最高裁第一小法廷判決は次のように述べている。⁽⁴⁾

「一四八条三項は、いわゆる選挙目当ての新聞紙・雑誌が選挙の公正を害し特定の候補者と結びつく弊害を除去するためやむをえず設けられた規定であつて(略)、公正な選挙を確保するために脱法行為を防止する趣旨のものである(略)。

右のような立法の趣旨・目的からすると、同項に関する罰則規定である同法二三五条の二第二号のいう選挙に関する「報道又は評論」とは、当該選挙に関する一切の報道・評論を指すのではなく、特定の候補者の得票について有利又は不利に働くおそれがある報道・評論をいうものと解するのが相当である。さらに、右規定の構成要件に形式的に該当する場合であつても、もしその新聞紙・雑誌が真に公正な報道・評論を掲載したものであれば、その行為の違法性が阻却されるものと解すべきである」

このような考え方は、公選法一四二条の文書規制についても妥当するであろう。しかしこの適用違憲論に対しては、それが合憲論の援用する弊害論を一応認め、公選法一四二条一項を一応合憲と認める前提に立つだけに、違憲立法に対する基本的な姿勢の点で問題があると批判されるだろうし、また限定解釈をするに際しても、文書規制が認められる場合とそうでない場合の基準が不明確であると批判される余地はある。したがつてこの適用違憲論の採用は、個々具体的な事例において、なんの弊害も予想されないような文書活動にまで、公選法一四二条一項が適用されるという形式的な適用を排除するための、あくまでも実務的な解決にのみ有効な手法だといえるのである。

違憲判決から始まつた正木事件は、名古屋高裁の合憲判決を経て、現在最高裁第二小法廷で審理中である。最高裁の判決がいずれに出るかはともかくとして、違憲にしろ合憲にしろ、その論拠において従来とは違った精密な説得力ある論を展開されることを期待しつつ本稿をとじる。(完)

(1) 「研究会・憲法判断の基準と方法」・ジュリスト七八九号一六頁の山川発言では、「四〇年代の終わりからの判例等を当然念頭に置いたうえでということになると思い mais けれども、第一点に私が感じるのは、この一〇年の間に憲法上重要な争点については、最高裁判断が小法廷、大法廷の違いはありますが、ほとんど出そろったと思います。それらの判決一般について、時国さんもおっしゃいましたけれども理由付けが綿密化してきた、詳細になっている。財布も剣も持たない最高裁が正当性を主張できる唯一の根拠は、国民に納得されるうえに立って信頼を得ることだと言われているわけですけれども、その点を意識して理由の詳細化、綿密化、合理化というのを尽くそうとしているというのが一般的な傾向としては言えると思います」と述べられ、四〇年代後半からの最高裁判決の特徴を指摘している。そしてこの様な見方に対しては、他の発言者も大旨同意している。

(2) 中山研一前掲(上)五頁。

(3) 正木事件上告趣意書〔表現の自由を守り〕正木猛さんを支援する会刊〕一四三頁。

(4) 最高裁昭和四四年二月二〇日第一小法廷判決・刑集三三卷七号一〇七四頁。

(本稿は鹿児島大学援助会研究援助費の助成を受けて執筆したものであることを感謝を込めて付記しておく。)