

# 選挙運動の自由

—その憲法上の意義— (一)

戸 松 秀 典

はしがき

一 選挙運動の意味

二 憲法と選挙運動の自由(以上本号)

三 言論の自由と選挙運動の自由

四 選挙運動の規制根拠

むすび

はしがき

## 選挙運動の自由

わが国では、選挙運動に対して種々の規制が加えられており、その自由を確保することに十分な配慮がなされているか疑わしい。それは、明治憲法の下での選挙運動の取扱い以来の伝統となっているかのような感じを与える。もっとも、その伝統は、大正十四年の普通選挙法の制定に始まるものであり、歴史的には半世紀ほどの体験を経たにすぎないことをみれば、それほど根強い伝統とは呼べないかもしれない。しかし、その間に日本国憲法が制定され、民主政治の理念が強くうたわれたことに照らしてみると、旧憲法下にみられた選挙運動観は大きな変容をも

たらしめてよかつたはずである。旧憲法下における選挙運動観と現行憲法下のそれとの間には、連続性でなく分断があつてよいと思われる。かつて美濃部達吉は、「選挙罰則の研究」の著書の序において、「選挙運動に関する取締規定並に選挙犯罪に対する罰則規定は、……〔大正十四〕年の所謂普選法の制定と共に、世界の何れの国にも類を見ない程の峻厳なものとなり、更に昭和九年の改正に依り、蔽罰主義が一層徹底せらるるに至つた。私は此の如き煩瑣な定めが果して適当な立法と謂ひ得るや否やに付き、大なる疑を抱いて居り、それは選挙の弊害を矯正することの目的を超越して、却つて国民をして選挙に対する関心を失はしむるの患あるものではなからうかを恐る」と述べたが、現行の公職選挙法が定める選挙運動に関する取締規定と選挙犯罪に対する罰則規定についても全く同様の指摘をすることができるようである。確かに、選挙運動についてはその自由を確保することともにその公正さを確保することが求められる。選挙の現状をみると、公正さが損なわれやすく何らかの規制を加えざるをえないといえる。しかし、選挙の公正さを確保する目的で法の中にとりこまれた手段がはたしてその目的を達成するために望ましいものであるか否かを問うとき、多くの疑問が登場する。それは、根本的に選挙運動の自由の確保というもう一つの要請が実現されていないことに起因しているといえる。公職選挙法の定める選挙運動の規制規定について争われた多くの訴訟は、そのほとんどが法制度によつて侵害された自由を回復しようとするものであるといつてよい。これに対し、最高裁判所は、公職選挙法による規制を公共の福祉のための合理的制限であるとか、最近の判決にみられるように、いかなる規制を設けるかは立法府の裁量事項だとすることにより一貫して違憲の主張を斥けてきた。そのような最高裁判所の判決傾向に対し、下級裁判所の判決の中には公職選挙法の規定に憲法上の強い疑問をなげかけるものが見られ、また、学説においても選挙運動の自由が確保されていない現状に厳しい批判を加えるものが多い。

本稿は、右のような状況にある選挙運動の法的規制面について、すでに多くの考察がなされてはいるが、選挙運

動の自由を確保するためにいかなる法理論を展開すべきかという観点から、従来の議論に分析を加えつつ検討しようとするものである。以下ではまず、選挙運動に関する法的考察の出発点というべき論点——選挙運動の自由は憲法上いかなる意義をもつのか——について考えることにする。<sup>(1)</sup>

(1) たとえば、選挙運動のために使用する文書・図画に対する公職選挙法の制限規定(一四二条、一四三条、一四六条)

が憲法二二条に違反すると争った事件における最高裁昭和三〇年四月六日大法廷判決・刑集九卷四号八一―九頁参照。

(2) たとえば、公職選挙法の戸別訪問禁止規定(一三八条)が憲法二二条に違反すると争った事件における最高裁昭和五六年六月一五日判決・刑集三五卷四号二〇―五頁参照。

(3) 選挙運動の自由の包括的研究として、江橋崇「選挙運動の自由」公法研究四二号九六頁(一九八〇年)。他の多くは、事前運動の禁止、戸別訪問の禁止、法定外文書・図画の頒布禁止等個別の問題について論じたもの、表現の自由・言論の自由を論じるなかでそれに言及するもの、あるいは、判例評釈として分析するものである(たとえば、右論文の注(1)をみよ)。それらについては、本稿および統稿の注で掲げる。

(4) 統稿において、公職選挙法における個別の選挙運動の規制について、さらに、選挙運動の自由の制限立法に対する合憲性判断基準・裁判法理について扱う予定である。

## 一 選挙運動の意味

一 選挙運動の定義 大正十四年の普選法以来今日の公選法に至るまで、選挙法のなかに選挙運動についての定義規定は存在したことがない。しかし、最高裁判所は、法を通読することによって次のように定義できるとする。すなわち、「選挙運動とは、特定の選挙の施行が予測せられ或は確定的となった場合、特定の人がその選挙に立候補することが確定して居るときは固より、その立候補が予測せられるときにおいても、その選挙につきその人に当選を得しめるため投票を得若しくは得しめる目的を以って、直接または間接に必要かつ有利な周旋、勧誘若しくは

誘導その他諸般の行為をなすことをいうものである」と。<sup>(1)</sup>そこでまず、この定義づけに対し分析を加えることにより選挙運動の意味について考えることにする。

第一に、この定義は、大審院によるそれときわめてよく似ていることが問題とされる。大審院は昭和三年に初めて選挙運動の定義を示し、それを「選挙運動トハ、一定ノ議員選挙ニ付一定ノ議員候補者ヲ当選セシムベク、投票ヲ得若クハ得シムルニ付直接又ハ間接ニ必要且有利ナル周旋、勧誘若クハ誘導其ノ他諸般ノ行為ヲ為スコトヲ汎称スルモノニシテ、直接ニ投票ヲ得又ハ得シムル目的ヲ以テ周旋勧誘等ヲ為ス行為ノミニ限局スルモノニ非ズ」とした。<sup>(2)</sup>明治憲法時代には、この定義が一貫して維持されたのであるが、右にみた今日の最高裁判所による定義と殆ど変わりのないことが明らかである。事実、最高裁判所は、右の定義を説示したところにつづけて、「このことは、大審院以来判例の趣旨とするところでもある」と述べ、昭和三年の大審院判決以降一連の先例を挙げているのである。<sup>(3)</sup>このことから、選挙法についてしばしば改正がなされ、変革が加えられたにもかかわらず、裁判所による選挙運動の法的捉え方については、何ら変わりがなかったことになる。いま、立法者の意図が何であったかを問わなければ、日本国憲法の誕生という法体系における一大変革があったにもかかわらず、現行の選挙法における選挙運動の意味を旧来のまま維持せしめたのは、最高裁判所であったことをここに確認できる。ただし、その責任をすべて最高裁判所に帰せしめることは妥当でないように思われるが、その分析は後に行うことにする。<sup>(4)</sup>

次に、このような選挙運動の定義に対して加えられた批判に目をむけることにしよう。批判論者の強く指摘する点は、その定義が広すぎるということである。たとえば、大審院の定義に対して、美濃部達吉は、その「定義を以つて、本来の意義に於いての選挙運動の概念としては、甚だしく広きに失すと為すもので、此の如き定義を以つては、選挙運動と将来の選挙運動の爲めにする内部の準備行為や、普通の社交的行為又は業務上の行為との区別が、全く失はれてしまふの外は無く、法律が選挙運動に関し人と時期とを制限していることの趣意に反すること甚だし

いものと信ずる」と述べ、それよりは狭い内容の定義、すなわち、「選挙運動とは、特定の議員選挙に付き、特定人の当選を図る目的を以って、多数の当選人に対し、計画的に、其の意思を動かし其の特定人に投票せしむることを努むる行為を謂う」との定義を掲げている。<sup>(7)</sup> さらに彼は、その定義の下にある三つの要素——特定の議員選挙に付き特定人の当選を図ることを目的とする行為なること、選挙人に対する能動的行為なること、計画的行為の一部なること——に沿って、選挙運動と然らざる行為との区別について詳細に分析を加えている。<sup>(8)</sup> この美濃部による批判論、狭い定義付けを、大審院の定義と同じものを採用する最高裁判所のそれに対しても向けることができよう。ところが、美濃部の定義に対し、「目的意思と手段行為を直接結びつけこれを限定する点で合理的と思われる」とか、「選挙運動をできるだけ明確なものに限定しようとしている」<sup>(9)</sup> など評価する者があるが、一般に、選挙運動の意味の説明にあたっては、判例の示した三つの要素——特定の選挙において行われる行為であること、特定の候補者の当選を直接の目的として行われる行為であること、投票を得または得しめるために直接または間接に必要かつ有利な一切の行為であること——を基礎とし、それに根本的な疑問をかけることはない。<sup>(10)</sup> 私は、右のように定義し、その三要素によって選挙運動の意味を説くことに對し、次の観点から根本的に誤りだと思ふ。

まず、選挙運動に対して定義付けを必要とする根拠は、法が選挙運動なる行為を捉え、その行為に刑罰を科すからであると考えられているようである。すなわち、それは、刑罰の対象となる行為については、罪刑法定主義の原則から、その行為の内容が明確化されなければならないこと、つまり犯罪構成要件の明確化という要請に関連しているようである。確かに、たとえば昭和三八年の最高裁判決が対象とした事件においては、公職選挙法二二九条一号にいう同法「第百二十九条（選挙運動の期間）……の規定に違反して選挙運動をした者」の犯罪構成要件が明確であり、憲法三一条に違反することが争点となっている。ところが、そこで明確にすべき構成要件は、「選挙運動」についてであろうか。公選法が刑罰の対象とする「選挙運動」なる行為は、実は、選挙運動一般でなく、事前

運動としての選挙運動なのであり、明確化が求められるのはそれについてである。他に、公選法の選挙運動の制限・禁止規定を争う訴訟において、戸別訪問の禁止が憲法二一条に違反するとか、法定外文書・図画の領布制限・禁止規定が憲法二一条に違反するとして争われるのであり、構成要件の明確化が求められるのは、それぞれの個別の規定で定める個々の選挙運動についてであって、選挙運動一般についてはない。したがって、犯罪構成要件明確化という点からみれば、選挙運動についてその概念を確定し、特定化する必要はないのである。事前運動としての選挙運動、戸別訪問という形態の選挙運動、あるいは、文書・図画を用いた選挙運動については、それらの制限・禁止をする公選法の定め方が不明確だとはいいがたく、争いの焦点は、そのような制限・禁止が適当か否かの議論にある。次に、公職選挙法の諸規定を最高裁判所のいうように「通読」すると、せいぜい最高裁の定義付けが示す程度の特定化しかできないほど、公職選挙法は、種々の選挙運動について定めており、それが選挙運動の時、人、方法、費用に関してまことに多様かつ広範囲におよんでいることをみれば、犯罪構成要件の明確化という要請に<sup>(13)</sup> 応えられる程の特定化はそもそも不可能なのである。この不可能なことをあえてしたため、三要素からなる定義に個別の場合をあてはめようとすると、いくつかの矛盾が生じるのである。たとえば、地盤培養行為、政治活動、行政行為、営業的行為、社会的行為といったいわゆる選挙運動の類似行為との関連で矛盾・不合理さが次々と指摘されることとなる。最後に、選挙運動の意味をおよそ憲法上の関連なしに考えることができるのか、という観点からみ<sup>(14)</sup> てみる必要がある。これについては、後述するところで考察するので、ここでは、選挙運動が憲法第三章で保障される人権の一つに属すること、選挙運動の自由という人権を制限・禁止するについては、その人権の意義と無関係であることはできず、無関係であることを許した明治憲法下とは全く別の観点から選挙運動の意味・定義を考えなければならぬこと、したがって、それらの点を全く考慮しない最高裁判決の定義付けに多大の疑問が生ずることを指摘するにとどめる。

右の諸点から、公職選挙法が選挙運動を制限・禁止することとの関連で選挙運動の定義付けをすることは、意味がなく無用であり、また、誤ってさえいると結論することができる。

- (1) 最高裁昭和三八年一〇月二二日判決・刑集一七卷九号一七五五、一七五九頁。
- (2) 大審院昭和三年一月二四日判決・大刑集七卷一七六、一七頁。
- (3) 大審院昭和四年九月二〇日判決・大刑集八卷九号四五〇頁は、「選挙運動とは一定の議員候補者を当選せしむる為投票を得又は得しむるに付直接又は間接に有利なる諸般の行為を為すことを指称す」(同四五三頁)としたが、昭和九年の法改正後も、大審院昭和一年二月二七日判決・大刑集一五卷三号一八〇、一八六〜一八七頁は、昭和三年の定義を繰り返している。
- (4) なお、最高裁判所は、その箇所(前掲注(1)参照)でも示しているように、昭和三八年判決以前にすでにその定義を踏襲している。最高裁昭和三〇年二月一〇日決定・刑集九卷二号二四〇頁、最高裁昭和三〇年七月二二日判決・刑集九卷九号一九四八頁参照。
- (5) 戦後、日本国憲法制定に先立ち、昭和二〇年一二月に行われた衆議院選挙法の改正、昭和二一年一二月に行われた参議院選挙法の制定、さらに、両法を統合した昭和二五年四月の公職選挙法の制定を通じて、立法者が憲法の下で選挙運動の自由についてどのように理解していたか、という点をはじめとする諸観点からの考察が必要であり、それについては、統稿の公職選挙法の諸規定の分析を行う所で扱う。
- (6) 美濃部達吉・選挙罰則の研究(昭和二二年)四五頁。
- (7) 同・五四頁。なお、彼は、別書で、「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を謂う」ともしている(選挙法詳説〔昭和二三年〕一九四頁)。
- (8) 美濃部・前掲書(注(6))五五〜九五頁。
- (9) 林田和博・選挙法(昭和三三年)一六七頁。
- (10) 阪上順夫・日本選挙制度論(昭和四七年)三九〜四〇頁。
- (11) 林田・前掲書(注(9))一六七〜一六八頁、阪上・前掲書四〇頁のほか、土井豊・佐野徹治・選挙制度(昭和五三年)二二三〜二二五頁等。

(12) 選挙運動の「時」に関する制限として、事前運動と選挙当日運動の禁止があり（公選法一二九条）、選挙運動の「人」に関する制限として、選挙事務関係者（同一三五条）、選挙管理委員会の委員・職員、裁判官、検察官など特定の公務員（同一三六条）、その地位を利用する場合の国家・地方公務員など（同一三六条の二）、その地位を利用する場合の教育者（同一三七条）、未成年者（同一三七条の二）、公民権停止を受けている者（同一三七条の二）に対する選挙運動の禁止があり、選挙運動の「方法」に関する制限として、選挙事務所に関する制限（同一三〇～一三四条）、戸別訪問の禁止（同一三八条）、署名運動の禁止（同一三八条の二）、人気投票の公表の禁止（同一三八条の三）、飲食物の提供の禁止（同一三九条）、氣勢を張る行為および連呼行為の禁止（同一四〇条・一四〇条の二）、自動車・拡声器・船舶の使用制限（同一四一条・一四一条の二・一四一条の三）、文書・図画による選挙運動の制限（同一四二～一四九条）、演説による選挙運動の制限（同一五〇～一六六条）などがあり、選挙運動の「費用」に関する制限として、支出金額の制限（同一九四～一九七条）、収入・支出の方法に関する制限（同一八〇～一八八条・一九〇条・一九一条）、収入・支出の届出・公開（同一八九条・一九二～一九三条）、選挙に関してなされる寄付の制限（同一九九～二〇〇条）がある。これらの内容については、前掲書（注（9））（11）のそれぞれの該当箇所を参照せよ。なお、秋山陽一郎・選挙（昭和五五年）二四五頁は、これらの規定における選挙運動を「一義的に定義づけることは、きわめて難しい問題であり、むしろ、それぞれの法条について、その立法趣旨に照らして、選挙運動の意義を定めるべきもののように思われる」と説く。

(13) 阪上・前掲書（注（10））四一～四五頁。なお、昭和三八年の最高裁判決（注（1））についての判例評釈は、私の知る限りでは、長島敦「公職選挙法二五二条の選挙権、被選挙権停止の要件——同法二一九条にいう選挙運動の意義は不明確か」刑事判例評釈集（昭和三八年度）二五巻一三一頁（昭和四四年）があるにすぎない。それによると、「選挙運動」の概念は、大審院以来の判例の積み重ねにより「少なくとも、実務的には、その概念は明確であったということができ、また、「一般人にとっても、『選挙運動』の中核概念が明確であ[り]、……この用語を用いたすべての規定が、全体として不明確であり、憲法三一条に違反するといえないのは当然である」とされる。それに加え、「いわゆる限界のケース」については、憲法三一条違反であるとの相対的違憲の主張が可能であるともいわれる（同一三七～一三八頁）。刑罰の対象となる選挙運動という行為の「中核概念」が実務にとっても一般人にとっても明確でないことは、本文中でふれているが、さらに、続稿で公選法の諸規定の分析を行う箇所でも示す。



二 選挙運動と政治活動との区別 右にみたように、選挙運動を法的規制の対象として捉え、そのために一定の定義が与えられていることならんで、一般に、公職選挙法は、選挙運動と政治活動とを別のものとし、両者の区別をしていると説明されている。その区別がはたして正当であるか否か考察することにより選挙運動の意味が一層明らかとなる。

まず、公職の選挙の実施にあたる行政庁の見解からみてみよう。自治省選挙部の編集した小冊子をみると、「公職選挙法では選挙運動と政治活動とを理論的に区別している」との見出しのもとに、「政治活動について公職選挙法は何ら定義を設けていないが、抽象的には、政治上の目的をもっておこなわれる一切の活動すなわち、政治上の主義施策を推進し、支持し若しくはこれに反対し、又は公職の候補者を推薦し、支持し若しくはこれに反対することを目的として行い直接間接の一切の行為を総称するものである」とし、「しかしながら、公職選挙法においては選挙運動と政治活動とを理論的に区別している」ため、「ここにいふ政治活動とは政治上の目的をもって行われる諸行為の中から、選挙運動にわたる一切の行為と解さなければならず、選挙運動にわたる政治活動は、公職選挙法において政治活動としてではなく、選挙運動としての規制を受けるのである」と説明している。<sup>(14)</sup>この説明により選挙運動と政治活動との区別が直ちに理解できるであろうか。なによりも、公職選挙法が「理論的に」両者を区別しているというが、その理論がいかなるものか不明である。おそらく、他の箇所をも参照すると、政治活動とは本来自由なものであるが、選挙の時のみ捉え、その際の政治活動を選挙運動としてその自由に制約を課すこととするという考えを指しているといえそうである。このような考え（理論といえるか疑問であるが、ここでそれを詮索しない）に対し、本来自由である政治活動が何故選挙の時に特別にあつかわれるのか、それこそ理論的根拠が示されなければならない。政治活動が自由であるべしという要請は、選挙の時こそ最も強くなるものである。選挙の時に、あるい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の中核にあるはずである。このよ

うな要請の理論的根拠は、憲法の定めるところにある。それについては、次節で分析するので、ここでは「原理的には、政治活動と選挙運動とを峻別することがまちがっている」との結論を示すにとどめよう。<sup>16)</sup>

次に、代表的な選挙法の解説書による両者の区別をみると、「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つて、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」とされている。<sup>17)</sup>この説明は、右の自治省のそれと大差なく、前述の指摘と同じことがあてはまる。そして、二つの説明はともに政治活動の主体を「政党その他の政治団体」に限定して論じており、個人の政治活動については何も制限しておらず、政党その他の政治団体のみが選挙期間中に政治活動をすることを制限している（公選法第一四章の三）。そこで生ずる疑問は、個人と政治組織との間で政治活動や選挙運動の本質が異なるといえるか、ということである。個人に比べ、政党や政治団体の政治活動は、その發揮する力が大きいとはいえるが、その本質は変わらない。さらに、「特定の選挙につき特定の候補者を当選させることを直接の目的とする行為」とそうでない行為との区別が実際にはつけ難いこと、直接の行為にならぬような工夫が実際にはいろいろ生み出されていることを指摘できる。また、選挙の期間中のみそうした政治活動を制限しても、選挙戦の勝負が法の定める選挙運動期間以前にしている現状では、選挙の公正を図るという制限の根拠に意味がないことも指摘できる。<sup>18)</sup>

これらの点から、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理解できそうである。すでにみたように、選挙運動なるものの観念が明確でなく、そのため政治活動と区別しようにもはっきりした説明がつかなくなっているとみることができよう。

以上の選挙運動をめぐる論議においてわれわれが着目すべき点は、結局、選挙運動にせよ政治活動にせよ、それが憲法上どのように位置づけられるのか、それについて憲法は何を命じているのか明らかにすることであることが判明した。次に、節を改めその考察を行うことにする。

- (14) 自治省選挙部編・地方選挙における政党・政治団体の政治活動の手引(改訂版、昭和五六年)二四頁。
- (15) 同三二～三三頁。ここでは、政治活動の「規制は、本来自由であるべきものに對する規制であるから、選挙の公正確保という点において必要最少限にとどめるべきであるので、政党その他の政治活動を行う団体の政治活動のうち、特定の選挙の選挙運動の期間中及び選挙の当日に限り、特定の政治活動の方法について規制を設けたのである(例外、法第二〇一条の二三)」とする。

(16) 奥平康弘・表現の自由とは何か(昭和四五年)七二頁。

- (17) 林田・前掲書(注(9))一六八頁。また、野村敬造「選挙運動の自由の制限」憲法の判例(第三版、一九七七年)五九、六一頁においても、「……注意すべきは選挙運動と政治活動を混同すべきではない。政治活動は政党その他の政治団体がその綱領の普及、党勢の拡張を行なうことであり、特定の候補者の当選を得ることを直接の目的としておらない」と説明している。

(18) 選挙運動の規制根拠は、選挙の公正を図ることだとされるが、それについては本稿の四で分析する。

## 二 憲法と選挙運動の自由

### 一 憲法の基本原理

わが国の諸法律には西欧からの影響が何らかの形で現われているが、選挙法においては独自性が強くそのような一般的な傾向とは異なることが指摘される<sup>(1)</sup>。前節でみたように、選挙運動についてそのような独自性が特にみうけられ、誤った選挙運動の観念のもとに、法律は、広範囲に多様な規制を加えることを可能としている。そのような規制の是非を考察するためには、選挙運動が憲法上の価値とどのように結びついているのかを確認し、それを基礎に分析を加える必要がある。そこで、まず、選挙運動にかかわる憲法上の基本原理をみるこ

とにする。(もっとも、選挙運動が現行憲法の基本原理を基礎とし、その自由が人権中でも高い価値をみとめられ強い人権保障を受けることについては、ここで改めて述べるまでもなく、少なくとも学説上は、当然のこととされているといつてよい。ここで関心を向けるのは、その当然の理解が訴訟の過程にどの程度浸透し、裁判所がいかなる反応を示しているかということである。)<sup>(2)</sup>

(1) 国民主権　日本国憲法が国民主権の原理を国政の基礎においていることは、その前文、一条、一五条等にてらして明らかである。この、国の政治のありかたを最終的に決定する権限が国民にあるとする原理は、議院内閣制、議会制度といった諸制度においてその具体的実現がはかられているが、とりわけ選挙制度は、この原理に最も直接に結びついているといえる。ことに今日では、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実現するものになっていることが求められている。<sup>(3)</sup>

ところで、選挙運動は、国民主権原理にどのように結びつけ説明されるのであろうか。それに言及した例は、下級審による判決のなかにみることができ、その代表例は、公選法一三八条一項の戸別訪問禁止規定と同法一四二条一項の法定外文書頒布禁止規定を違憲と判断した昭和五三年の松山地裁西条支部判決<sup>(4)</sup>であり、それは、両条項の合憲性判断を行うにつき、まず選挙制度の意義の考察からはじめ、「主権は国民に存する」との言葉をもって選挙の理念を説き起こす。すなわち、憲法が基礎に置く国民主権の原理は、民主主義の原理や選挙が国政を担当する代表者を選出する国民固有の権利であること(憲法一五条一項)とともに、自由な選挙、選挙運動の自由という理念を導き、公選法一条もそれをうたっている。また、選挙が選挙人それぞれの自由な意見表明によって行われるべきであるという選挙の自由、選挙運動の自由は、公明かつ適正な選挙の理念の前提をなし、公明かつ適正な選挙の理念は、選挙運動の自由を保障するための技術理念であると説く。<sup>(5)</sup>また、同じく公選法の戸別訪問禁止規定を違憲と

結論した昭和五四年の松江地裁出雲支部判決<sup>(6)</sup>は、民主制の原理の方を強調しつつも、現行憲法が予定している選挙運動観の一つに「選挙運動は、候補者や選挙運動者だけが行うものではなくて、主権者としての誰もが行い、または行いうるものである<sup>(7)</sup>」ことを挙げ、選挙運動の観念に国民主権原理を結びつけている。

これらの下級審判決とは対照的に最高裁判決中には、選挙運動の意義を憲法の基本原理から説き起こすものは一つもなく、ただ、選挙権について、それが「国民主権を宣言する憲法の下において、…国民の最も重要な基本的権利の一つであること」を認めるにすぎない<sup>(8)</sup>。

(2) 民主制 現行憲法が民主制をその基本原理の一つにしていることも、ここで詳論するまでもない。ここで注目すべきは、下級審判決のうち選挙運動の自由の制限・禁止規定を違憲と結論した判決は、必ず憲法の民主主義の原理を根拠にしていることである。たとえば、右に挙げた松江地裁出雲支部判決において、民主主義は、「現行憲法の採用する重要な基本原理である。かかる憲法の下では、選挙は国民が国政に参加し、主権者として自ら政策、政治を決定するための最高の権利行使であり、そのため国民の行うべき選挙運動は、最大限に尊重されなければならない。選挙活動の自由が、あるぬ理由によって制限されることは、現行憲法の民主主義と根本的に相いれぬところである」とか、「議会制民主主義の出発点は、国民代表の選出を行う選挙であり、選挙こそ民主主義社会形成の基盤である」と述べ<sup>(9)</sup>、民主主義原理と選挙との結びつきを説きつつ選挙運動の自由が強く保障されるべきことを強調し、憲法の実選挙運動観の一つに、「文書活動や戸別訪問は、むしろ民主主義の根基本原理からして望ましいものであり、形式犯は罰せず、なるべく広く、選挙運動の自由をみとめる」ことを挙げている<sup>(10)</sup>。また、選挙における政治的言論の保障の重要性を述べるなかで、「議会制民主主義のもとにあっては特に選挙において選挙人の投票を得、もしくは得させるべく政治上の見解、施策の説明、候補者の人柄の宣伝およびこれらをもととしての投票への依頼、説得等の活動を保障するものでなければならぬ」こと、すなわち、個々の国民が一人の主権者として広く

かつ等しく選挙運動の自由を保障されるべきことを説いて、選挙運動のために戸別に演説会の告知をすることを禁止した公選法一三八条二項を違憲と判決した例や、「選挙運動は、政治上の言論または表現活動として、憲法二一条によって保障されている言論または表現の自由に含まれることは明らかであり、……政治的発言の自由すなわち政治上の言論または表現の自由は、民主主義体制のもとでは、とりわけ保障を与えられなければならない」とした例もみることができ、さらに、高裁段階で初めて戸別訪問禁止規定を違憲と判断した広島高裁松江支部判決は、「主権者としての国民の政治的活動の自由——すなわち、国民が国の基本的政策決定に直接・間接に関与する機会を持ち、かつそのための積極的活動を行う自由——は、これなくしては発展した民主主義国家における政治的支配を正当づける根拠を欠くものであるから、憲法は一五条、一六条、二一条の各規定でこれを保障していると解される」とか、「政治的活動の自由は国民の単なる個人としての政治的意見の表明に至るまでの広い範囲にわたる行為の自由を含むものであり、民主主義国家においてははできる限り多数の国民の参加によって政治が行われることが国民全体にとって重要な利益であることはいうまでもない」と述べ、選挙運動の自由が民主制の原理の下で深い意義をもつことを強調している。

このような下級審の傾向に対し、最高裁判決においては、選挙運動の自由の制限規定を合憲と判断し以後の先例として重要な役割を果たしている昭和二五年の大法廷判決以来今日にいたるまで、選挙運動の意義について憲法の基本原理にまで立ち返って論じたものは一つもない。ただ、最近になって、合憲の結論には立ちながらも選挙運動の意義に憲法上の根拠付けをしつつ従来の考えに疑問を提起した意見が登場したことが注目される。すなわち、昭和五六年の最高裁判決において、伊藤裁判官は、戸別訪問禁止の根拠について、従来の弊害論は「それだけでは、なお合憲とする判断の根拠として説得力に富むものではない」とされ、その結論に至る理由の前提として「選挙運動としての戸別訪問が種々の長所をもつことは否定することができないし、また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戸別訪問を禁止することが、憲法の保障する表現の自由にとって重大な制約として、それが違憲となるのではないかという問題を生ずるのも当然といえよう<sup>(19)</sup>と述べておられる。もっとも、そのように戸別訪問禁止について疑いをもちながらも、違憲の結論にいたる道を阻む論拠を持ち出されたため、右の指摘の意義が後退してしまつて<sup>(20)</sup>いる。

このようは判例傾向から明らかなように、公選法の選挙運動の禁止・制限規定に疑いをもち、検討を加えようとすれば、まず憲法の基本原理に立ち返らざるをえないのである。

(1) 柚正夫「選挙法」講座・日本近代法発達史4(一九五八年)一九九、二二〇頁。また、作間忠雄「現代選挙法の諸問題」芦部信喜編・現代の立法(岩波・講座現代法3、一九六五年)一二五、一六〇頁では、「わが国の選挙法の伝統的な特色は、第一は煩雑かつ厳格な選挙運動の自由の制限であり、第二は選挙の公正確保という目的であれ、現職議員に有利と評される選挙公営制度の不備であり、第三は各種の規制に見合う制裁規定が形式的には整備されているが、規定自体の抜け道か違反取締りの不徹底かのいずれかによって、その実効性に乏しい事実である」と指摘されている。

(2) 私は、「選挙と司法審査」公法研究四二号一〇八頁(一九八〇年)において、選挙問題に司法審査権を行使するについて裁判所に課せられている課題をいくつか指摘したが、そこで、裁判所以外の機関による選挙制度の改革が「望ましいとしても、その制度ができるまでは裁判所が選挙制度の矛盾や欠陥を指摘する役割を果たすべきだ」とし(同一一七頁)、また、「下級審で展開された論議が最高裁に到達すると十分な反応が得られなかったり、論議の方向を決定づける答えが与えられなかったりする状況がみとめられる」と述べた(同一一八頁)。ここでの関心は、そのことを基礎としている。

(3) 今日の議会政治と国民民主権原理にかかわる主要な問題については、芦部信喜(議会政治と国民民主権)法学セミナー増刊総合特集シリーズ2・現代議会政治(昭和五二年)一四頁。また、選挙制度全体の考察については、芦部信喜「選挙制度——日本国憲法と選挙法の諸原理」同・憲法と議政(一九七一年)三〇七頁、および、作間・前掲論文(注1)。

(4) 松山地裁西条支部昭和五三年三月三〇日判決・判時九一五号一三五頁。

(5) 同一三七〜一三八頁。なお、この判決は、法的論理の分析や考察に加え、心理学、社会学、政治学にかかわる内容に

まで言及しているため、「形式、内容共独特のものがある」(同一三五頁における解説)と指摘されている。たしかに、具体的・個別の事件を解決する裁判の役割からみて、その判決文中には不要であったり、疑問を抱かせられる箇所があるようだが、少なくとも憲法の理念が何かを明らかにすべき憲法訴訟においては、右の本文で要約した箇所は評価できるとする。

- (6) 松江地裁出雲支部昭和五四年一月二四日判決・判時九二三号一四一頁。なお、私は、この判決を中心に論評を加えたことがある。戸松秀典(戸別訪問禁止違憲判決の論点——松江地裁判決をめぐって)ジュリスト六八八号六八頁(一九七九年)。
- (7) 同一四三頁。
- (8) 最高裁昭和三〇年二月九日大法廷判決・刑集九卷二号二二七、二二二頁。
- (9) 前掲(注(6))一四二頁。
- (10) 同一四三頁。
- (11) 福岡地裁柳川支部昭和五四年九月七日判決・判時九四四号一三三、一三五頁。
- (12) 盛岡地裁遠野支部昭和五五年三月二五日判決・判時九六二号一三〇、一三三頁。
- (13) 広島高裁松江支部昭和五五年四月二八日判決・判時九六四号一三四頁。
- (14) 同一三五頁。
- (15) 同一三六頁。
- (16) 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。
- (17) 最高裁昭和五六年七月二一日判決・刑集三五卷五号五六八頁。
- (18) 同一五七七頁。
- (19) 同一五七三頁。なお、伊藤裁判官は、翌年にも、公選法の法定外文書頒布禁止規定を争った事件に対し、同じく補足意見を示し、従来いわれている「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、それらの根拠をもってしては、きびしい制限を合憲とするには十分でないように思われる」とされ、その前提として、文書図画による選挙運動の「方法は、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し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ないかとの疑義を生ずることにならう」と述べておられる。最高裁昭和五七年三月二三日判決・刑集三六卷三号三三九、三四五、三四四頁。  
 (20) その論拠とは、立法裁量論であるが、それを含ため裁判法理、審査基準については別稿で扱うので、ここでは、戸松秀典「戸別訪問禁止をめぐる最近の最高裁判決」法学教室一四号九四頁（一九八一年）を挙げるにとどめる。

二 基本的権利・自由の性格 選挙運動の自由が右にみたように憲法の基本原理に強く結びつくことから、この自由は、憲法により強い保障をうける人権に属すること、すなわち、基本的権利・自由の性格を有するものだということができる。そのことは、人権保障の裁判法理の面からいえば、選挙運動の自由を制限する法律には、その目的においても、目的を達成する手段においても、あるいは、目的と手段の関連性についても、たんなる合理性でなく、制限を必要とする根拠が十分示されることを求める審査方法が採用されるべきことになる。そこで、いかなる審査基準が適当か検討をすべきことになるが、それについては、後に稿を改めて述べることにし、ここでは、選挙運動の自由が憲法上の基本原理との関連だけでなく、既に確認されている基本的権利や自由との関連においても、それが基本的性格を有することを示しておこう。

(1) 選挙権 選挙権が基本的人権であることは、判例上はつきり確認されていることである。前述の昭和三〇年の最高裁大法院判決は、「公職の選挙権が国民の最も重要な基本的権利の一である」との上告人の主張を肯定しているが、さらに、公職選挙法の定める衆議院議員の定数配分規定を違憲と判断した昭和五十一年の最高裁大法院判決<sup>(21)</sup>においても、その趣旨が選挙権の平等との関連で展開されている。すなわち、その判決において、最高裁判所は、「選挙権の平等と選挙制度」について述べるにあたり、憲法の諸規定（前文一項、四一条、四二条、四三条一項、一五一条一項、三項、四四一条但書）を列挙し、次に「元来、選挙権は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹をなすものである」こと、「国民の選挙権に関するわが憲法の規定〔が〕

……歴史的発展の成果のあらわれ」であることを説いたのである。<sup>(23)</sup>このように、選挙権が基本的権利であると性格付けたのは、現行憲法がそのような性格付けを容易にするほど選挙の意義に高い価値をおいているからである。右の最高裁判所の説明のなかにそのことは当然含まれている。そこで、同じ選挙という場面での国民の行為である選挙運動について、右と同じ説明がなされてもおかしくないはずである。すなわち、「元来、『選挙運動の自由』は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹をなすものである」し、「国民の『選挙運動』に関するわが憲法の規定〔が〕……歴史的発展の成果のあらわれ」であると。

しかしながら、最高裁判所の判決のなかに選挙運動についてそのような説明をした箇所は一つもない。それは、選挙権行使のときだけ、国民は主権者として国政に参加するのであり、他の選挙にかかわる活動や日常の政治活動は、別だとする考えを基礎としているかの感じを与える。前述したように、選挙運動と政治活動とは同質のものであり、選挙運動も国民主権原理と密接な関係をもつ。その意味で、「日常の政治活動としての表現の自由も、主権者としての権利行使なのであり、そういうものとして統治過程における意思形成に向けられた、参政権的な権利行使なのである。国民は選挙のときに、忽然と主権者になるわけではない。日常つねに主権者でありつづけるのである」<sup>(24)</sup>との論述に着目したい。すでに参照した下級審判決がこのような観点で選挙運動の自由を理解していることは、ここで繰り返すまでもない。

(2) 政治活動の自由 政治活動（政治的行為）の自由も基本的権利・自由の性格をもつことは、すでによく確認されている。すなわち、いわゆる猿払事件に対する最高裁大法廷判決<sup>(25)</sup>は、「憲法二一条の保障する表現の自由は、民主主義国家の政治的基礎をなし、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり、法律によってもみだりに制限することができないものである。そして、およそ政治的行為は、行動としての面をもつほかに、政治的意見の表明としての面を有するものであるから、その限りにおいて、憲法二一条による保障を受けるものであること

も、明らかである。国公法一〇二条一項及び規則によって公務員に禁止されている政治的行為も多かれ少なかれ政治的意見の表明を内包する行為であるから、もしそのような行為が国民一般に対して禁止されるのであれば、憲法違反の問題が生ずることはいうまでもない」と述べた。<sup>(26)</sup> 最高裁判所の諸判決のうちでもこの部分は、類まれなほどの格調高い論述を示したといえるが、<sup>(27)</sup> 最高裁判所は、ことに選挙運動の自由に関する問題になると何故まことに冷淡な対応に変わるのであるうか。すでにみたように、選挙運動も政治活動に含まれ、否、選挙運動は典型的な政治活動なのであるから、右の最高裁判所の論述中で、「政治的行為」のかわりに「選挙運動」という言葉を置き換えれば、『公職選挙法により選挙運動という』行為が国民一般に対して禁止されるのであれば、憲法違反の問題が生ずることはいうまでもない」という判示が導かれるはずである。それ故、下級審判決が「現代の議会制民主主義の下では、国民の日常的な政治活動は、最も尊重しなければならないし、とりわけ、主権者が向う数年間の政治を託する代表の選挙の際には、主権者の選挙運動の自由が、必要不可欠であり、それが最大限に保障されなければならぬのであって、現行憲法は、まさに、この自由を保障しているのである」と述べ、<sup>(28)</sup> 政治活動である選挙運動の自由に強い憲法の保護を及ぼしたことは、評価に値する。

(3) 言論の自由・表現の自由 選挙運動の自由が憲法二一条の保障する言論の自由ないし表現の自由の一形態であることは異論がない。日本国憲法成立後しばらくの間は、判例、学説とも選挙運動の自由が憲法二一条による保障の対象となることを認識しつつも、その制限に対してあまり強い疑いをかけることはしなかった。判例は、昭和二五年の最高裁大法廷判決をはじめとして下級審判決においても、合憲の判断を維持していた。学説においても、「選挙運動取締のための文書・図画の規正……は、一応言論に対する制限ではあるが、選挙運動を公平に、且つ実質的に各候補者（ことに金のない候補者）に保障するために必要な制限であり、「憲法二一条」条に反するものではない」との代表的憲法学者の説明にみられるように、<sup>(29)</sup> 違憲論が支配的となつてはいなかった。ところが、昭和

四〇年代に入ると、ことに戸別訪問禁止規定をめぐって、判例も学説も従来の論議に対し反省を加えるものはいくつか登場するようになった。それは、言論・表現の自由の意義を社会に浸透させ実効化をはかろうとする運動が強まったこと、選挙運動がその自由の実効化における中核を占めるものであるとの認識が広まったことなどの一般的傾向に支えられているとみてよいであろう。

すでに指摘しているように、言論・表現の自由の高い価値を選挙運動の自由と結びつけ、個別の選挙運動の形態に強い憲法上の保障を及ぼしているのは下級審判決である。たとえば、昭和四二年の東京地裁判決は、「選挙制度は、国民の参政権行使の手續を決定する重要な制度として民主政治の根幹をなすものであるが、言論の自由は、この領域においても、選挙運動の自由等選挙における諸原則を形成する。選挙運動は、本来言論を中核とするものであるべきであり、原則として自由であるべきものである」との理解を基礎に、戸別訪問禁止規定を違憲と判示したのであった。<sup>(32)</sup> また、学説においても、言論の自由の現代的意義を考察したものがや戸別訪問禁止規定を中心に言論の自由の保障にかかわる裁判例を分析したものによって、議論の内容が深められた。今日、選挙運動の自由の保障を求める訴訟においては、そのような経緯を背景として、主として憲法二一条違反の争点をめぐって議論が展開されており、ここ数年間にみられた下級審判決にはそのような議論の発展の成果が現れているのである。

このように、選挙運動の自由は、言論の自由と結びつき、言論の自由・表現の自由の一形態であるとともに、憲法の基本原理や選挙権、政治的自由との関連をも含めて最も典型的な基本的権利・自由の性格を有するものであると結論できる。しかし、すでに指摘しているように、わが国の最高裁判所は、そのような観点から選挙運動の自由の保障問題を扱っておらず、その姿勢は、下級裁判所による対応と比べ大きな開きがみられるばかりでなく、欧米の民主主義諸国における選挙運動の実態ともかけはなれた状態を生む原因となっている。たとえば、戸別訪問という最も有効な選挙運動の方法についてみれば、欧米の議会制民主主義諸国においてそれを禁止するところはなく、

その制度については、裁判所の敏感な対応が得られるという状態を認めることができる。その例の一つを合衆国最高裁判所による比較的最近の判決 *Hynes v. Mayor and Council of Borough of Oradell*<sup>36)</sup> にみることにしよう。

それは、ニュージャージー州の自治体 (Borough) の制定した条例が、慈善活動とか選挙運動とかの理由を問わず戸別訪問をしようとする者に事前の届出を義務付けたことを争った事件に対するものであるが、最高裁判所は、その条例の規定が漠然としていることを根拠に違憲の結論を下した。興味あることは、問題とされた条例が選挙運動のための戸別訪問をも規制の対象としていることである。そして、その戸別訪問が禁止されているわけではなく、届出を義務付けられていたにすぎないことである。また、そのような規制でさえも違憲とされたこと、それも現在の合衆国最高裁判所の裁判官のうち言論の自由の保障についてそれほど厳格な態度をとることをしないバーガー長官が法廷意見を書いていること、この判決が画期的判決というほどのものでなく当然なことであると受け取られ各種法律雑誌等が全くといってよいほど評釈・コメントを加えていないことなどにてらしてみると、わが国の実情との間に大きな隔たりがあるように感じられるのである。

そこで、その大きな隔たりをはっきり掴み、その隔たりをうめる論拠を探るため、次に節を改め、欧米における論議を参考としながら、選挙運動の自由と言論の自由の関係をやや立ち入って考察することにす。

- (21) 最高裁昭和三〇年二月九日大法廷判決・刑集九卷二号二二七、二二二頁。なお、学説においては、選挙権の性格についてきわめて多数の議論が展開されており、ここでは、比較的最近の文献を挙げるにとどめる。声部信喜「選挙権の性格と秘密投票制」同・演習憲法(一九八二年)六五頁、金子勝「わが国における選挙権理論の系譜と現状」立正法学一三卷三・四号三七頁(一九八〇年)、杉原泰雄「参政権論についての覚書」法律時報五二卷三号七〇頁(一九八〇)、辻村みよ子「選挙権の本質と選挙原則」一橋論叢八六卷二号二一〇頁(一九八一年)、野中俊彦「選挙権の法的性質」清宮Ⅱ佐藤Ⅱ阿部Ⅱ杉原編・新版憲法演習(一九八〇年)五頁、山本浩三「選挙権の本質」公法研究四二号二六頁、吉田善明「政治的権利」Law School 二二号七六頁(一九八〇年)など。私見は「選挙権権利説」に属するが、その内容に

ついでには別の機会に述べることとする。

- (22) 最高裁昭和五一年四月一日大法廷判決・刑集三〇巻三号二二三頁。
- (23) 同二四一〜二四二頁。
- (24) 奥平康弘・表現の自由とはなにか(昭和四五年)七二頁。
- (25) 最高裁昭和四九年一月六日大法廷判決・刑集二八巻九号三九三頁。
- (26) 同三九八頁。
- (27) もっとも、この判決は、公務員の政治的行為に厳しい制限を加える国公法および人事院規則を合憲としており、その格調高い論述の意義は、その判決の対象となっていない事件についても薄いものである。さらに、最高裁昭和五六年六月一日判決・刑集三五巻四号二〇五頁は、戸別訪問禁止規定が憲法二一条に違反しないとの判断をするにあたり、この判決を引用しており、新たな問題を提起している。そのような審査方法についても、後に検討する。
- (28) 前掲〔注(6)〕の松江地裁出雲支部判決一四三頁。
- (29) 宮沢俊義・日本国憲法(昭和三〇年)二四六〜二四七頁。
- (30) 東京地裁昭和四二年三月二七日判決・判時四九三号七二頁。
- (31) 同七三頁。
- (32) 他の違憲判決として、和歌山妙寺簡裁昭和四三年三月二日判決・判時五一二号七六頁、松江地裁昭和四四年三月二七日判決・判夕二三号別冊三〇頁、長野地裁佐久支部昭和四四年四月一八日判決・同上三二頁がある。
- (33) 芦部信喜「現代における言論・出版の自由——その機能と限界の一断面」東京大学社会科学研究所編・基本的人権4各論1(一九六八年)一七七頁。
- (34) 奥平康弘「言論の自由と司法審査——戸別訪問禁止規定をめぐって」右掲書二五五頁。
- (35) 前掲注(4) (6) (11) (12) (13)で挙げた諸判決を参照せよ。
- (36) 425 U.S. 610 (1979)。
- (37) この判決では、レインキスト裁判官のみが反対意見を示し合憲の結論である。ブレナン裁判官は、その種の条例の規定において漠然性を回避できる明確な定めをしたとしても、修正一条の権利を制限する実質的根拠が提示されなければならぬとして、法廷意見に対抗する意見を述べている(マーンシャル裁判官が同調)。

(38) 私のみた限りでは、62 ABA J 1029 (1976) に紹介されているだけである。

