

公選法上の文書規制についての憲法論的考察 (一)

— 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(以上本号)
- 五 最高裁判例の動向(以下次号)
- 六 高裁判例の動向
- 七 違憲判決について
- 八 おわりに

一 はじめに

わが国は代表的民主制、議会制民主主義を採用している。議会制民主主義の政治システムは選挙の過程から始まり、しかもこの選挙においてはじめて、国民はまさしく「主権者」という民主制における国民の地位の実質を確保するのである。

選挙は議會制民主主義における基礎となる制度である。議會制民主主義の政治体制の健全な運用は、選挙が自由でかつ民主的に行われることにかかっていると云つても過言ではない。

自由選挙は三つの自由から構成される¹⁾。第一は選挙民の意思形成の自由であり、第二はその意思実現の自由であり、第三は選挙運動の自由である。なかでも選挙運動の自由は、意思形成の自由と密接に関連して、選挙民の自由で適切な判断に欠かせない。自由な選挙運動は、国民に対して諸々の源泉から多種多様の情報を提供することになり、国民がみずからの代表を選ぶにあつて、被選挙者についての知識を持ち、評価をし、また自己の立場を確認し、自己の主張を形成し得るといつた議會制民主主義にとつて重要な国民の主体的政治参加への基盤を築きあげる役割を果すからである。

また自由な選挙、自由な選挙運動は、主権者たる国民の正当な主権行使の基盤を築き上げるだけでなく、国民によつて選ばれる代表者にとつても必要なものである。なぜなら、代表者は憲法前文でも規定することく、「正当に選挙された」者でなければならず、国民から国政を厳肅に信託された代表者が、その「正当性」を確保するためには、当然に、国民に對して正当にして豊富な判断材料や十分な討論の場が提供されており、その上での国民の決定であるという前提が必要だからである。そしてまたこの前提の上でこそ、候補者が互いに自己の主義、主張や政策等を厳しく争いつつ選挙権を行使する国民の側では、その争いの中にも、「代表者」を選挙するという認識が生まれてくるのである。この認識ゆゑに特定の政党や団体の所屬員として、あるいは地域別の選挙において、各地域からそれぞれ選出される議員が、単なる政党や団体若しくは選挙区の代理人や利益代表ではなく、反対者をも含めた全選挙民の代表たる地位と機能を取得し、またその選挙の結果に對して、誰しもが、国民の決定としてその正当性を承認するのである。まさしく自由な選挙、自由な選挙運動は、選出される代表者にとつても、その「正当性」と眞の「国民の代表者」たる資格を獲得する前提条件となるのである。

しかるに現行公選法では、憲法的要請である自由な選挙に反して、選挙運動に對しては厳しい制限主義を採っている。

選挙運動期間の短縮、戸別訪問の全面的禁止、言論、文書による選挙運動についての包括的禁止・限定的解除の方式による制限等である。特に文書図画の頒布、掲示については、原則的に全面禁止、例外的に禁止解除の方式によって制限されているといっても過言ではない。

選挙に関する憲法判例は多数存在する。⁽²⁾しかし公選法一四二条で規定する文書図画頒布の規定が問題となった事例はそれ程多くない。なかでも文書規制の規定そのものが独立してとりあげられ、しかもその規定を明白に違憲と判断したのは岐阜地裁（昭和五五年五月三〇日判決、判例集未登載）⁽³⁾がはじめてであった。

本稿では、公選法一四二条の文書図画頒布規制に関する累次の最高裁及び下級審の判例を素材にして、文書規制の法理と司法審査基準の変遷及びその当否について検討を加えたいと思う。⁽⁴⁾

(1) 柚正夫「公職選挙法と自由選挙」ジュリスト七一五号三九頁。

(2) 野中俊彦「選挙をめぐる憲法問題と判例の動向」ジュリスト七一〇号九六頁。

ここでは選挙に関する憲法判例を①選挙権の平等、②投票価値の平等、③選挙運動の自由の三つに分けて、問題の領域ごとに、最近の判例の流れを分析されているので参照されたし。

(3) 本判決は判例集には登載されていないが、中山研一「公選法上の文書規制の違憲性」判例時報一〇七五号三頁において、その内容が要約されて紹介され、かつ判決の法理について検討されている。

(4) 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において、公選法文書頒布規制違反事件名古屋高裁昭和五八年七月一二日判決―執筆当時判例集未登載であったが、その後判例時報一〇九四号一五三頁に掲載―について論評したことがある。これは前記正木事件の控訴審判決であるが、当時判例集未登載であったので、判決内容の紹介に重きを置いて執筆した。

二 文書規制の歴史的沿革

選挙運動のために使用する文書に関する規定が初めて法文の上にあらわれたのは、大正一四年のいわゆる普選法においてであった。同法一〇〇条には「内務大臣ハ選挙運動ノ為頒布シ又ハ揭示スル文書図画ニ関シ、命令ヲ以テ制限ヲ設クルコトヲ得」と規定されており、文書図画という重要な政治的表現手段の規制を全面的に内務省に委任していた。そして同条に基づいて定められた「選挙運動ノ為ニスル文書図画ニ関スル件」(内務省令第五号大正一五年二月三日)では、選挙運動用の文書図画の表面には、名刺や選挙事務所に掲示するものを除いて、頒布・揭示者の「氏名及住所ヲ記載スベシ」(一条)、引札・張札の類は「二度刷又ハ二色以下トシ長三尺一寸ヲ超ユルコトヲ得ス」、名刺の用紙は「白色ノモノニ限ル」(二条)、立札・看板の類は候補者一人について「百箇以内トシ白色ニ黒色ヲ用ヒタルモノニ限り且縦九尺横二尺ヲ超ユルコトヲ得ス」(三条)というものであり、あとは選挙事務所周辺の立札・看板を一町以内の区域に二箇を超えないこととし(四条)、投票日には投票所入口から三町以内の区域での文書図画の使用を禁止し(五条)、航空機による頒布(六条)と承諾のない他人の土地工作物への掲示(七条)を禁止するようになった¹⁾。しかし普選法九六条には「議員候補者、選挙事務長、選挙委員又ハ選挙事務員ニ非ザレバ選挙運動ヲ為スコトヲ得ズ但シ演説又ハ推薦状ニ依ル選挙運動ハ此ノ限ニ在ラズ」という規定があり、法定選挙運動者以外の第三者の推薦状による選挙運動を認めていたので、今日よりも言論、文書による選挙運動の自由の幅は広かったのである。

普選法では、文書図画という最も重要な選挙運動の手段を、「命令」を以って制限しうることになっていたから、すでに「命令」で以って如何様にも制限できるという意味で、文書図画の包括的禁止の素地はあったのであるが²⁾、斎藤実内閣のもとでの昭和九年、衆議院議員選挙法の大改正は、量的にも質的にも特筆すべきものであった。昭和九年法は、普選法の第一〇〇条(文書図画の制限)規定をそのまま踏襲し、さらに内務大臣が選挙期日後において当選または落選に関し選

挙人に挨拶する目的をもつてなす行為に対して命令を以つて制限を設けることができる旨の規定（第一〇〇条の二）を設けた。そして第九五条の二によつて、立候補届出前のいわゆる事前運動が明文で全面的に禁止され、また普選法では認められていた演説または推薦状による選挙運動も「命令ノ定ムル所ニ依リ」することができただけとなつた。そして施行令五七条の三において、演説または推薦状による選挙運動をなす場合は、「選挙人ニ対シ戸別訪問ヲ為シ又ハ連続シテ箇々ノ選挙人ニ対シ面接シ若クハ電話ニ依リ通話ヲナスコトヲ得ズ」、「演説会告知ノ為ニスル場合ヲ除ク外新聞紙又ハ雑誌ヲ利用スルコトヲ得ズ」、「演説又ハ推薦状ニ依ル選挙運動ヲ為スニ付強テ議員候補者又ハ選挙事務長ノ承諾ヲ求ムルコトヲ得ズ」という規定が設けられ、演説または推薦状による選挙運動にも数々の制限が加えられることとなつた。その他、第九六条二項によつて、議員候補者一人について三〇人以下の労務者または親族家族および常備の使用人でなければ、選挙運動のために労務を提供することが禁止され、また第九八条の三によつて演説会の出席者は、「議員候補者又ハ其ノ代理者」のほか三人を超えられないという制限も加わつた。

このように昭和九年法によつて選挙運動に対して数々の制限がつけ加えられるようになったが、文書図画規制の観点から注目すべき規定は第九八条の二であろう。第九八条の二は「何人ト雖モ第四百四十条第四項ノ文書ヲ発行スル区域ニ関シテハ演説会告知ノ為ニスル文書及第九十六条第一項但書ノ規定ニ依ル推薦状ヲ除クノ外選挙運動ノ為文書図画ヲ頒布スルコトヲ得ズ但シ第四百四十条第一項ノ規定ニ依リ通常郵便物ヲ差出ス場合ハ此ノ限ニ在ラズ」と規定している。ここでいう第一四〇条の文書とは、新たに設けられた選挙公報のことであり、選挙公報を発行する区域に関しては、何人といえども、演説会告知のためにする文書、第九六条一項但書の規定による推薦状を除くほかは、選挙運動のため文書図画を頒布することができなくなつた。すなわち普選法では、さすが包括的禁止の対象とすることができず、その後の数回にわたる内務省令の改正においても、個々の規制の強化を積み上げてきたにとどまつた文書図画についても、文書図画一般に対する包括的禁止の構造が法文の上にもあらわれてきたのである。

昭和二〇年、ポツダム宣言の受諾により戦争は終結し、わが国は連合国の管理下に置かれた。ポツダム宣言の受諾は、直接には憲法の改正を意図するものであったが、それにはまず「民主主義的傾向ノ復活強化ニ対スル一切ノ障礙ヲ除去スベシ」との精神に則つて改正しなければならなかった。したがつて昭和二〇年の選挙法の改正は、いままでの官僚主義的、非民主主義的傾向を有する規定を削除することが中心であった。そして、選挙運動をすることができる者（候補者、選挙事務長、選挙委員および選挙事務員）の人的制限規定、未成年者の選挙運動禁止規定、電話による選挙運動禁止規定等が削除された。しかし文書頒布に関しては、選挙公報、無料通常郵便物、推薦状、演説会告知のためにする文書のほか頒布できないこと（第九八条の二）、内務大臣は選挙運動のため頒布しまたは揭示する文書図画に関し、命令で制限を設けることができること（第一〇〇条）、および選挙期日後当選または落選に関し選挙人に挨拶することを命令で制限することができること（第一〇〇条の二）など、昭和九年法をそのまま踏襲したといえる。ただ施行令中、第三者の行う演説または推薦状による運動につき戸別訪問・個々面接・電話の禁止、演説会告知のためにする場合を除くほか新聞紙または雑誌を利用することの禁止、演説または推薦状による運動をなすにつき強いて議員候補者または選挙事務長に承諾を求むることの禁止に関する規定を削除した。

日本国憲法の公布後、選挙法は本来、日本国憲法下の自由、民主の原則の下で抜本的に改革されるべきであったが、大きな改革はなされていない。昭和二二年法においては、昭和二〇年法の第九八条の二の規定は廃止されたが、第一〇〇条および第一〇〇条の二の規定はそのまま存置された。また第一四〇条の一部分が改正され、選挙公報及び新聞紙による候補者の氏名等の公告の制度は廃止されたが、経歴公報（候補者の氏名、経歴等を掲載した文書）の制度が新設された。そしてまた昭和二二年中の時限立法として制定された「選挙運動の文書図画の特例に関する法律」（この法律は昭和二三年の「選挙運動の臨時特例に関する法律」に吸収されていく）が、戦後の用紙調達に困難な「現下の経済的事情」の下で制定され、それまで内務省令の形で規制されてきた選挙運動の制限対象の大部分をとりあげ、法律に格上げした形で、文書図画につ

いての包括的禁止・限定的解除の制限をした。

昭和二五年、それまで格別の法律によつて規定されていた衆議院議員、参議院議員、地方公共団体の議会の議員及び長並びに教育委員会の委員の選挙を、単一の法律によつて総合的統一的に規定する趣旨の下で、公職選挙法が制定された。

しかしこの公選法でも、文書活動に対しては特例法における包括的禁止・限定的解除の方式がそのまま継受され、文書活動に関する限り、選挙運動の緩和にはなり得なかつた。文書図画については、衆議院議員、参議院地方区選出議員の選挙運動用通常葉書の枚数は三万枚に、参議院全国区選出議員については五万枚に拡大されたものの、それ以外には一定枚数のポスターの貼布を除いて何も頒布することができないこと(一四二条)、選挙運動のために使用する回覧板その他の文書図画または回覧類を多数の者に回覧させることは、頒布とみなして禁止された(一四二条三項)。

公選法施行後も同法は随時改正されてきた。しかし累次の改正の中でも、文書図画の頒布に関して特筆しておかなければならないのは、「ビラ公害」規制という名目の下でなされた昭和五〇年の改正であろう。それは新聞紙雑誌及び機関紙誌の無料配布規制を中心に行われた。それまで一定の要件(第三種郵便物の認可のあるもの等)を備えた新聞紙や雑誌及び政党その他の政治団体の発行する新聞紙や雑誌は、選挙についての報道評論が自由にでき、組織の拡大をはかるために組合員や会員以外にもひろく無料配布することができた。そして送りの側も、特に選挙のときは、みずからの政治的要求を訴えるために、普段より増刷し、あるいは臨時号、号外などを発行しひろく配布していたのが通常であつた。それを「機関誌等の頒布の規制でありますが、選挙時に無償の政党機関誌等が大量に頒布され、選挙の公正が害されていると同時に、ビラ公害とも言われている現状にかんがみ、選挙に関する報道評論を掲載した機関紙誌の号外等は選挙期間中は頒布できないこととし……」(福田自治大臣の趣旨説明―第七回国会、昭和五〇年四月十八日衆議院本会議、衆議院會議録一七号)との立法目的の下で、それぞれの頒布方法が、新聞紙雑誌にあつては有償に限られ(一四八条)、政党及びその他の政治団体の発行する機関紙誌にあつては、当該選挙の期日の公示又は告示の前六月間において平常行われていた

方法でしか頒布できなくなった(二〇一条の十四)。政党等の機関紙誌も平常、常時無償で配布されることはないから、結局のところ、新聞紙誌や機関紙誌は、たとえ選挙に関する報道評論の域を出なくても、無償では一切頒布できなくなったのである。

「ビラ公害」規制という名目の下での制限であったが、商業主義に基づく膨大な広告文書が、街頭での手交や居宅等への配布によって氾濫している今日、何故選挙に関する文書だけが、ことさら迷惑がられるのか理解に苦しむところである。選挙に関するこれらの文書を受領するか否か、受けとったとしても読むか否かは、受け手の自由な判断に任かされているのである。選挙の意義を理解する国民にとっては、選挙情勢を知ることができ、候補者の主張や抱負についての判断材料を受けるのであり、迷惑どころかかえってこれらの文書の有効性を評価するはずである。仮にこれらの文書の頒布方法にいきすぎがあり、有権者に対して、街頭での手交を押しついたり、戸別に居宅や勤務先に頻繁に頒布されることによって、家事や業務が妨害される事態が生じたとしても、それらは有権者のひんしゆくを買う基となり、支持を得られず得票を失うはずである。翻つて考えるに、そもそもこの「ビラ公害」規制という理由は、「選挙の公正」とも関係のないことであり、そのような事由のためこれらの文書を規制することは、選挙法における「自由」と「公正」の調整を主題とする憲法論の観点からも成り立たない理由であったように思える。

以上のように文書に対する制限規定は、大正一四年の普選法の中に初めて登場し、昭和九年法ですでに文書に対する包括的禁止・限定的解除の方式はできあがっていた。この時期における数々の選挙運動の制限は、明治憲法下の絶対的天皇制という強力なバックボーンに支えられていた。普選法の下で民衆は選挙権は得たが、民衆がそれを行使するにあたっては、天皇政治翼賛の精神を体して行く様要求され、又そのための教化政策もとられた。それ故に、「選挙運動の言論表現手段における取締法規をととのえ、選挙を官僚勢力の統制下におき、天皇制に批判的な要素が衆議院に入りこまないよう工夫がなされたのであった。そしてこのような天皇制支配層の普選制にもなう対民衆対策は、選挙運動の面では、言論

表現手段という大衆的運動手段の制限となつてあらわれた。つまり普選法にあらわれた言論表現の自由の制限の加重は、憲法体制の専制的要素の反映であつたのである。これらの対策の前提には被支配層民衆に対する彼ら支配層の不信と警戒がはつきりよみとれるであろう。民衆は社会生活をしているそのままの姿勢では政治参加することは適當ではなかつた。彼らは天皇政治を翼賛する臣民にまで高まつてこなければならなかつたからである。」³⁾

しかし日本国憲法の施行後立憲政治の原則は一変した。国民の地位も天皇政治を翼賛する忠実な臣民ではなく、主権者として位置づけられ、旧憲法下の治安維持法、出版法その他の言論表現の自由制限の特別法体系も消滅した。にも拘らず旧取締規定を一層厳格にした公選法のみが今日存続している。それは「あたかもトカゲのシツポのように、明治憲法の本体を失いながら、ひとりその旧態をもつてうごめいている」⁴⁾状態なのである。国民主権、基本的人権の保障、議会制民主主義体制の憲法の下で、言論表現の自由を制限する公選法は、かつてのように憲法原則による支持を欠くことになつたのである。このような状況に対しては、国民の側から厳しい批判があげられるだけでなく、憲法訴訟として裁判所の審理に付されるのは当然の事態なのである。以下現行公選法の文書活動に対する規制実態とそれに対する裁判所の判断をみる。

(1) 斎藤鳩彦「選挙運動抑圧法制の思想と構造」(日本評論社)は、明治憲法下の選挙法制から今日の選挙法制に至るまでの歴史的記述に詳しい。本節での歴史的記述については、本書の他大竹武七郎「選挙法制判例研究」(日本評論社)、吉田善明「選挙制度改革の理論」(有斐閣)、林田和博「選挙法」(法律学全集5)、柚正夫「日本の選挙」(潮新書)、末川博編「資料戦後二十年史3」(日本評論社)等を参考にさせていただいた。引用文については特別の場合を除いて、それぞれの箇所では出典しなさいがお許しただきたい。

(2) 柚正夫「選挙運動の文書図画制限規定と憲法原則」法政研究(九州大学)三八卷二一四号四一五頁では、文書図画の包括的禁止・限定的解除の制限方式は、昭和四年改正内務省令第五号の第七条において、「選挙運動ノ為ニスル文書図画ハ立札、看板ノ類ヲ除クノ外之ヲ貼シ又ハ掲示スルコトヲ得ス但シ……」⁵⁾という文言が加わつたことによりはじまるとされる。

(3) 柚同四二〇頁。

三 文書規制の実態

現行公選法第一四二条、第一四三条では、選挙運動期間の内外を問わず、選挙運動のために使用する文書・図画の頒布および掲示の制限について規定している。そして第一四二条以下にいう所定の文書も、例えば衆議院議員選挙を例にとれば、①その大きさ（葉書については通常葉書から来る当然の制約のほか、ピラやポスターにはじまって立札やちようちんにおよぶまで縦横等の規制、②その枚数（通常葉書は三万五千枚、ピラについては二万枚に当該選挙区内の定数を乗じた数、ポスターについては掲示場による数の制限がある）、③その種類（ピラについては二種類）、④その字数（右大きさから来る当然の制約のほか、選挙公報については二〇〇〇字以内）、⑤その方法（郵送あるいは新聞折込等に限ったり、回覧、撤布等の禁止）、⑥その場所（ポスターは掲示場に、立札看板等は演説会場や選挙事務所に限定）等あらゆる面から細かく厳しい制限がなされている。また第一四六条には、選挙運動期間中、その文書の文面自体には、選挙運動のために使用する文書であることがあらわれないが、事実上、選挙運動のために使用する文書（いわゆる脱法文書）の取締規定がある。その他選挙の報道や評論に関する新聞紙誌あるいは政党やその他の団体の機関紙誌については前節で述べたとおりである。

これらの規定からみて、選挙運動用文書は、第一四二条に規定する所定の文書以外は一切認められないものと認識するならともかく、それ以外で認められる文書が一体どのようなものであるかを探し出すことは甚だ困難な作業である。選挙運動文書については包括的禁止・限定的解除といわれるゆえんである。そこで、第一四二条で禁止される文書「画が具体的にはどのようなものなのかを明らかにすべく試みてみる。そのためにはまず、「選挙運動」のために使用する文書の「頒

布」とあるところから、「選挙運動」と「頒布」の意義を明らかにしなければならぬであろう。ところで公選法上において、選挙運動という用語は、第十三章の章名をはじめ各所で使用されているものの、それが何をいうかについては法文上ではなんらの定義規定もない。文理的に解釈しても、選挙運動という用語は、その使われる場所によって広狭の差があるようだし、結局のところ、これを一義的に定義づけることは極めて難しい問題なのである。¹⁾しかし、あえて一般論として「選挙運動」を定義づけて、最高裁は累次の判例の積み重ねの上、昭和三八年一〇月二日の判決において次のように述べている。

「公職選挙法には選挙運動の定義規定は見当たらないけれども、同法を通読すれば、同法における選挙運動とは、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、特定の人がある選挙に立候補することが確定しているときは固まり、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。」²⁾

このような定義づけに対しては学説でも批判がなされているが、³⁾このような定義づけからの選挙運動の概念を構成する要素を考えると、ある行為が選挙運動とされるためには、①その行為の対象たる選挙が特定していること、②特定の候補者のためにするものであること、③当選を目的としてなされること、④投票を得または得させるために直接または間接に必要かつ有利な行為であること、を要することになる。⁴⁾しかしこのように選挙運動の概念構成要素を分析しても、いざ具体的にいかなる行為がこれに該当するのかを決定するのは甚だ困難である。「特定された選挙」といつても必ずしも選挙期日の公示または告示されたものだけをいうのではなく、選挙期日の公示又は告示がなくとも、「世上一般は、報道機関や世評あるいはいわゆる政界人の動き等を通じ極めて近い将来に衆議院が解散され総選挙が行われることを予想していた時期であった」ということでも選挙が特定されるなら、その特定の根拠に一般人の通念とか世評といった漠然とした要素を用いることになり、これらによって決定づけられてしまう。また「当選の目的」という構成要素を考えた場合、関係者の取調べにおいて、「当選の目的で、立候補した際には、名を売り延いては多く投票してもらおうつもりであった」という

供述を取つて、事前運動として処理し、こういう供述がとれない場合には、政治活動、社会的文化活動、純粹な後援会活動と認める外なしとして嫌疑不十分として処理されるのである」ということならば、選挙運動の概念は、捜査当局の取調べ態度によって常に左右されることになってしまう。ましてや「間接に必要かつ有利な行為」となれば、まずそれを一体誰が判断するのかという問題があり、またその意味する範囲を一義的に確定しようとする、立候補準備行為やその他選挙に関する一切の行為がこれに含まれるかのように解されるおそれが出てくる。⁷⁾

さらに「頒布」という用語も、最高裁の判例では一般の国語的用法よりもかなり広い意味で使われている。即ち頒布とは「不特定又は多数の者に配布する目的でそのうちの一人以上の者に配布することをいい、特定少数の者を通じ、当然又は成行上不特定又は多数の者に配布されるような状況のもとで右特定少数の者に当該文書図画を配布した場合も、これにあたる⁸⁾」と。このような定義からすれば、不特定であれば少数(一人)であつても、多数であれば特定していても「頒布」にあたり、政治団体や労働組合といった特定人間の内部文書の配布も、すべて該当してしまうことになる。これではあまりに広きに失するという批判は免れ得ないであろう。またこの定義に対しては、「いわゆる伝播理論の適用であつて、不特定または多数という限定すらほとんど意味を失うにいたるであろう⁹⁾」という批判も正鵠を射ている。なぜなら特定の一人に告げた場合にも、伝播可能性があれば、頒布に該当することになるからである。これでは行為者の頒布意思とは無関係に文書が行為者の手から放れた時点で、すべて伝播の可能性があることになり、適法手続の趣旨からも問題とされなければならぬ。刑法法規は拡大解釈されるべきではない。刑法法規においては、犯罪要件が不明確なもの、漠然としているもの、過度に広汎な内容となっているものについては、適法手続の原則を根拠に違憲無効の主張がなされて然るべきである。

公選法は数々の場所で選挙運動という用語を使用しており、そのようなものを一義的に定義づけて、それを特定のところで使用し、犯罪構成要件を明確にしようとしても、そもそもそれは不可能なことかも知れない。公選法全体とし

ては統一性が得られないとしても、個々別々のところで使用する「選挙運動」を、それぞれの場に応じて定義づける方が、より実益があるとする主張もある¹⁰⁾。そこで判例が公選法一四二条でいう「選挙運動のために使用する文書図画」をどのようにとらえて来たかをみてみる。最高裁は、「一四二条一項にいう選挙運動のために使用する文書」とは特定して次のように述べる。それは「文書の外形内容自体からみて選挙運動のために使用すると推知される文書をいうのであって、文書の外形内容からみて、これに使用すると推知しえない文書は、たとえそれが現実に選挙運動のために使用されたとしても、同法一四六条にいう禁止を免れる行為にあたることのあるのは格別、同法一四二条第一項にいう文書にはあたらない。単に職業、氏名を印刷したに過ぎない通常の名刺は、同条第一項にいう文書にあたらない」と。またその後の判決では、「文書の外形内容自体からみて選挙運動のために使用すると推知され得るものでなければならぬが、選挙運動のために使用されることが、その文書の本来のしは主たる目的であることを要するものではないと解すべきである」と判示している。

もちろんこれらの定義づけも従来積み重ねられてきた「選挙運動」の定義の上に立つてのことであるが、特に一四二条でいう「選挙運動のために使用する文書」は、その文書の外形、内容自体から判断すべきものであって、頒布者の主観如何によつて判断すべきものでないとしている。行為者の主観によらず、文書の外形、内容といった客観的な要素を基準にしようとするので、いささか公平のようであるが、しかしこの定義を前提とした上でも、選挙に直接間接に関連する文書を「一四二条にいう選挙運動用文書、一四六条の脱法文書、それ以外の文書と明確に指摘することができようか。「外形内容自体」から判断するといつても、「外形または内容になんらかの意味で選挙運動の趣旨が表示されていて見る者が頒布の時期、場所等の諸般の状況から、特定の選挙における特定の候補者のための選挙運動文書であることをたやすく了解しうるものであれば足りる」ということになれば、文書の受け手の判断によつて、選挙運動のために使用する文書か否かが決まり、行為者が事前に、そのような文書であるか否かを察知することはほとんど不可能となるであろう。文書配布

の行為者あるいはその受け手の双方において、例えば名刺といつても肩書を附した名刺はいかなるものか、肩書を附していない単なる名刺でも選挙運動期間中の場合はどうなるのか、選挙事務所開きの案内状は、後援会入会勧誘のための文書は、政党や労働組合等の内部文書は、衆議院解散の通知電報はといった具合に、思いつくままに個々具体的な文書を選定しても、一目瞭然に一四二条の法定外文書や一四六条の脱法文書に該当するや否やをいいあてられないであろう。

特定選挙につき特定人の当選を図ることを目的とした選挙人への直接的な投票依頼のための文書だけでなく、当選を得るために間接にして必要かつ有利な行為をするために使用される文書も含まれるとなれば、たとえ頒布の時期や状況を考慮したとしても、一四二条にいう法定外文書に該当しない文書を探し出すことは困難である。「選挙運動のために使用する文書」だけでなく、「選挙運動に関する文書」はすべて一四二条一項でいう法定外文書となる可能性がある。最近の判例では、「限界的事例について疑義が生じ解釈のわかれる場合もあるが、今日選挙運動は日常化しており一般人も選挙運動として許されている文書図画を容易に見分しうる状況にあり、具体的にその文書図画が一四二条の規制を受けるものか否かの判断を可能ならしめるような基準を同法の規定から読みとることは十分可能であると考えられているから、構成要件として不明確であるとはいえない¹⁴⁾」と判示するが、第一四二条で規定する所定の葉書やビラ以外のすべての文書は禁止されているものと解するならば、そうでないとするならば、前記判決のいう程簡単なものではない。このことは検察官生活三〇年のベテランで数多くの公選法違反事件を取り扱ってこられた出射氏の「公選法は選挙管理委員会で所管し、警察、検察庁、裁判所での解釈と執行にあたるのであるが、私は屢々真面目な意味で事前に問合わせを受けたことがあるが、自信をもって確答を与えることをしなかった。それほど現在の選挙法の規定や解釈は国民に予知する機能を失っているのである¹⁵⁾」という記述からも明らかであろう。

文書規制は、国民が憲法上の権利として有している表現の自由を制限するものである。仮にその制限がある種の利益を獲得するために止むをえないものとしても、表現の自由を制限する故に、その規制は必要最小限のものにとどめられな

ればならない。したがって文書規制の規定が、誰しもが明確に判断しうる程に定められているとしても、それは一方でそのような規制が憲法上許容されるものか否かの判断を受けなければならないのである。現行公選法一四二条の「選挙運動のために使用する文書」は、誰もが明確に判断しうる基準を示していないばかりでなく、解釈の仕様によっては包括的に文書活動を禁止しているものと読みとれる可能性は多分にある。公選法一四二条は文書活動の包括的禁止・限定的解除を定めた規定であると断じて、あながち間違つた解釈とは言いきれないであろう。このように非常に広義に解釈しうる余地が多分にありかつその基準が漠然としているといふことを以つてしても、公選法一四二条は、仮にもとは合憲性の推定を受けうるとしても、「明確性」の基準に反するものとして憲法上承認されるべき規定ではない。「選挙法は、何が禁ぜられ、何が自由に行ない得るかを国民に予知できるように立法され、解釈され、法律家はいつでも、そしてあまり深い研究をしなくても即座に合法か違法かを判断し、問う人に明確に答え得るようであれば憲法上有効な法律とはいえない¹⁶⁾」からである。

(1) 例えば秋山陽一郎「選挙」（新地方自治講座六）二四五頁では「第十三章における『選挙運動』は大体において、公職の候補者の当選を図るために選挙人の意思を動かして、投票を獲得しようとする行為を意味していると思われるが、第十四章にいう『選挙運動に関する収入及び支出並びに寄附』は、第十三章における選挙運動のために要する費用のほか、立候補の当選を図るために費された一切の費用をさしているようであり、また第十六章の罰則に規定されている『選挙運動』の意義は、直接たると間接たるとを問わず、いやしくも金銭その他不正の利益を与えて投票を獲得しようとする一切の行為を禁止しようとする趣旨から考へると、第十三章の選挙運動の範囲にくらべて、非常に広義に用いられているように考えられる」と述べ、結局のところ、「『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。

(2) 最高裁判昭和三八年一〇月二日第三小法廷判決・刑集一七卷九号一七五九頁。

(3) この定義については、最高裁もみずからが同判決の中で、「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」と述べられるように、大審院の「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ノニ非ズ」(大審院昭和三年一月二四日判決・大刑集七卷一頁六一七頁)という判旨を踏襲している。かつてこの大審院の定義づけに対しては、美濃部達吉博士が「選挙罰則の研究」四五頁以下において、その「定義を以つて、本来の意義においての選挙運動の觀念としては、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た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……」と批判されているのは著名のことである。また実際に選挙運動を取り締つた実務家の立場からも、この定義では広すぎるし主観的でありすぎるとし、もつと「客観的」な「選挙運動」の定義づけの必要性が説かれている。出射義夫「公職選挙違反における罪刑法定主義」ジュリスト三五八号一二〇頁、あるいは大武前掲書一六頁。そしてこの最高裁の定義に対しても、戸松秀典教授は、大審院の定義づけに対する美濃部批判がそのまま最高裁判所のそれに対しても向けられるとし、かつ日本国憲法の誕生という法大系における一大変革があつたにも拘わらず、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ことの最高裁の態度に対しても批判を向けられている。戸松秀典「選挙運動の自由」成城法学十三号二二三頁。

- (4) 秋山前掲二四六頁。
- (5) 最高裁昭和三十一年一月一日第一小法廷決定・判例体系罰則(1)二九九の二頁。
- (6) 出射前掲一二二頁。
- (7) 秋山前掲二四八頁。
- (8) 最高裁昭和五十一年三月一日第一小法廷判決・刑集三〇卷二号一〇二頁。
- (9) 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(下)」判例時報一一一八号一〇頁。
- (10) 前掲(1)参照。
- (11) 最高裁昭和三十六年三月一七日第二小法廷判決・刑集一五卷三号五二七頁。
- (12) 最高裁昭和四四年三月一八日第三小法廷判決・刑集三三卷三号一七九頁。
- (13) 高松高裁昭和四五年二月一八日判決・判例タイムズ二六三号二七五頁。
- (14) 名古屋高裁昭和五八年八月二六日判決・判例時報一〇九四号一五三頁。
- (15) (16) 出射前掲一二〇頁。

四 文書規制の保護法益

明治憲法下の諸制度と日本国憲法下の諸制度を比較した場合、日本国憲法下の諸制度の方が、自由になりかつ民主的になってるのが通常である。しかし選挙法や選挙運動に限ってみる限り、今日の方が戦前以上に厳しい制限をとっている。今日率直に言って選挙法、とくにその中の選挙運動条項は、選挙の「自由と公正」という使命を忘れ治安立法としての側面を強めてきている。一体何故にこのような厳しい制限主義をとらなければならないのか。それは「政権政党を有利に導くため」とか「現職議員あるいは知名度の高い候補者の当選をうながすため」といった理由を、巷間では流布されているが、もちろんそれらが、公選法の立法趣旨や判決文といった公的な場面に出てくるものではない。本節では、文書規制の保護法益について、累次の判例における見解を素材にして批判検討してみる。

文書規制に関する最高裁の先例的判決は、昭和三〇年四月六日の大法廷判決であろう。ここでは文書規制の保護法益について次のように述べている。「公選法一四二条、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、これが為却つ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ため、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（傍点筆者以下同じ）」と。そして昭和三九年一月一八日の大法廷判決では、文書規制の保護法益の説明については、前記昭和三〇年四月六日の判決を前提としながら、いささか追加説明している。つまり「公職の選挙につき文書図画の無制限の頒布を許容するときには、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目して憲法二一条に違反するものとはいえない⁽³⁾と。その後の判決では、「文書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はないことは、当裁判所大法廷判決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」とか「公職選挙法一四二条一項が憲法一五条、二一条に違反しないことは、当裁判所の判例の趣旨に徴し明らかである」と述べるのみで、判決文のなかで具体的に文書規制の保護法益については明らかにしていない。

これらの判決から明らかなように、最高裁の判決では、文書規制の保護法益としては、まず「公共の福祉」を護るために認識していることがわかる。そしてその公共の福祉の具体的内容としては、「選挙の自由公正」、「選挙の公明」及び「選挙の適正公平」といったものを考えているのである。つづけてこのようなものを害する原因としては「選挙の不当競争」があり、文書図画の頒布の自由が、結果的にその「不当競争」を招くと考えていることがわかる。つまり文書活動の自由が不当競争を招き、それが選挙の自由、公正、公明、適正及び公平を阻害し、ひいては公共の福祉を害するという図式である。ただ「公共の福祉」の具体的内容として判例があげる選挙の「自由、公正、公明、適正、公平」といった用語を考えてみた場合、「自由」はともかくとして⁽⁴⁾しかしこの「自由」についても結局は実態のないもので、単なる修辭として使用しているにすぎないが、「公正、公明、適正、公平」といった用語を、これらの判例がそれぞれ異なった概念として、それ程厳密に使い分けているように思えない。選挙が「公明正大」に、ルールにそって「適正」に、そして候補者の競争において「公平」に行われることによって、選挙の「公正」性が確保されるものと考えているのである。したがって「公正」の中に「公明、適正、公平」といったものを包摂しているものとして考え、判例のいう「公共の福祉」の具体的内容を、選挙の「自由と公正」にしばって論を進めてもあながち的はずれではないと思う。

まず文書活動の自由が、何故論理必然的に不当競争を招くのかといったことや不当競争とは具体的にどのような競争なのかといったことについては、累次の判例の中ではその説明がみられない。推測するに、文書活動を自由にすれば、候補

者の人物、実績、政策などの宣伝に力が入り、いわゆる物量作戦となつてかぎりなく宣伝合戦が続き、いきつくところがなく、その結果、数々の弊害をもたらすということなだらう。こうして考えてみると不当競争の中味というのは、従来よりいわゆる「弊害論」として議論されて来たものであると思う。従来、文書活動の自由化によつてもたらされる弊害としては、不正行為の温床、無用競争の激化、平穩の阻害、多額経費の費消、資力の優劣による不平等、虚偽情報の氾濫、美觀の毀損等といったものがあげられていた。これまでの判例の中でところどころ散見された弊害論を、正木事件⁵における岐阜地裁昭和五五年五月三〇日判決が、網羅的にとりあげ逐一検討批判している。この判決の弊害論批判は大方の学説における批判論を踏えて述べられている。そこで本判決は判例集にも未登載なので紹介の意味も込めて、本判決の弊害論批判の部分を以下に要約しておく。

(1) 不正行為温床論

これは、文書等が選挙人の居宅や勤務先で配布される場合にのみ問題化し、その際に、買収、利益誘導などの悪質不正な違反行為が行われやすい旨の主張である。しかしながらかかる不正行為は、戸別訪問に必然的なものでなく、かつひとり戸別配布に固有のものでない。仮に随伴していたとしても、それは偶々生ずる病理的現象に過ぎず（もしこのような偶発的犯罪を未然に、かつ完全に防止しようとするならば、選挙民と候補者らとの個別的、直接的な交流は、全面的に遮断され対人的に隔離されなければならぬであらう）、しかもかかる非違行為を抑制するための法規は、十分過ぎるほどに用意されている。また實際上現在大多数の選挙区では、有権者が膨大にのぼり、戸別配布の機会を利用しての不正行為は、事実上不可能であらう。戸別配布を自由化すれば、むしろ自ずと多衆の監視を受けることになり、不正発覚の可能性が高まり、遂に実質的違法行為は減少するであらうとの見方も十分首肯できるものがある。何よりもこの見解は、候補者らも選挙人も国家が監視しなければ不正行為を働きかねないとの前提に立ち、まだ発生していない違法を予測して極めて重要な選挙活動を事前に抑止するもので、これは、国民主権と基本的人権の尊重を高く称揚する憲法の理念と真向から対立するものである。

(2) 無用競争激化論（候補者側の煩瑣論）

これは、文書活動を自由化すると選挙運動をする側において、互いにこれを無制限に競い合い、過当な労働を強いられ、煩に堪えないとする議論である。しかしこれは、選挙運動を候補者らを中心に考えた片面的な論議で、所詮は、彼らの利便の問題にすぎない。もし真に候補者が、自己の主張や識見等を国民に訴え、その支持と理解を得て、代表者にならんとする真摯と熱意を有しているならば、

情報の提供や論戦は厭われないばかりか、それは大いに望むところであらう。選挙もまた競争の一形態だからである。

選挙はもともと一定の地位を目指した被選挙人相互の全力競争である以上、激烈であるのは当然で、そのこと自体何ら違法、不当視されるものではなく、文書活動を抑圧したところで、その余力が他の活動で行使、発揮されるだけで、激烈さにかわりがあらうはずがなく、選挙運動の一分野を規制したところで所詮は無意味なことである。他方選挙人にとつても、十分な判断資料の提供と白熱した言論論戦は無用どころか極めて有用で、すこぶるこれを歓迎するところである。要するに候補者らがそれをするかしないかは、彼らの自由に任せるべきであつて、国家がこれを煩瑣であるとか無用であると判断して、法律をもつて一律に禁止する筋合いのものではない。

(3) 平穩阻害論（選挙民側の迷惑論）

これは文書等が戸別に居室や勤務先に頻りに配布されることによつて、家事や業務等が妨害され、私生活や社会生活の平穩が害され、うとましくて迷惑であるとの論理である。これに対しては次のような批判がなされよう。まず第一に、抑々具体的な住居侵入や業務妨害等の法益が侵害された場合ならともかく、それに至らない迷惑、煩瑣程度で、憲法上の権利が制約できるであらうか、甚だ疑問である。この程度の家事、業務の中断や不快は、日常生活における様々な対人関係でもしばしば生ずることである。第二に、受け手たる国民の側で、果たして真に迷惑と感じているであらうかは十分に検討を要するところである。むしろ選挙の意義を深く理解している選挙民は迷惑に思うどころか候補者の主張や抱負等の判断材料や知識を獲得したいと希望するのは自然の情であらう。しかもそれを候補者らの側で多衆の参集する駅や公園で手交したり、又は各戸に配布したりするとすれば、有権者は勞せずして、あるいは居ながらにしてこれを得ることができるのであるから誠に至便であり、願つてもないはずのものである。一部の迷惑感情がこのような意欲のある憲法上むしろ望ましい選挙民の要求を切り捨ててまで保護されなければならぬ法益であるとは到底思料されない。第三に、文書を受領するか否かは、有権者においてもまた自由であるから、候補者らの右の選挙運動を煩わしく感じその主張や識見等の情報を不要と思えば、これを強制されるいわれは全くないので、拒否する方法はいくらでもある。第四に、選挙人にとつてはほとんど受領拒否不能の電話依頼やそれに加えて判断資料として余り意味のないと思われる街頭でのいわゆる流し連呼等の選挙運動と文書図画の頒布を彼此衡量して、果たしてどちらが迷惑かは一概には決し得ないところである。第五に、文書の配布は、投票依頼者と有権者が最も人間的かつ直接的なかわりをもつ場面の一つであるから、選挙運動における自己制御作用（選挙運動は、最終的には投票に集約され、その多数を競うものであるから、候補者やこれを支持する団体等の行き過ぎた文書活動は、結局は国民の信頼や支持を失うゆえ、そこに自ずと一定の節度や健全な慣行が確立されるというところ―筆者注）がいちばん期待できるところである。第六に、国民の間に、およそ選挙とのかわりは、うとましくて面倒なものとの感情が相当広くかつ浸透していることを認めるにやぶさかではないが、これをもたらした最大の原因の一つが、実は、文書配布を含む選挙活動の自由の極端な制限であることを看過することは

できない。

(4) 多額経費論

文書活動が、一定の費用の出捐を伴うことは言うまでもない。選挙において、立候補の機会が有資産者にのみ限られたり、彼を不平等に有利に導くという不合理な事態は、できるだけ排さなければならぬ。しかしながら、候補者にとってそれへの平等確保は、すでに法定選挙費用の制度が用意されている。従って右を理由とする文書の規制は、二重の制限で無意味であるのみならず、候補者の自由な選挙活動を阻害し、ひいては競争の原理にも反する。文書は、もとよりその内容こそが重要視されるのであって、高価多額であればそれだけ有効性を高める性質のものではない。仮に優れた経緯もなく、内容は空疎で形式のみ高価な文書を大量に頒布することに依拠する候補者やその支持者があつたとしても、却つて彼らは、真摯な言論戦に敗れ去り、結局は、選挙民の前にその本質を露呈することとなる。

選挙は、巨額の費用を要し、その資金捻出のために、政治家が汚職、地位乱用等の悪事、不正を働き、行きつくところ政治を腐敗させる原因となり得ることは十分理解できるところである。しかしだからと言って、それを直ちに文書活動の制限に結びつけるのは、論理の飛躍がある。なぜなら、もともと本来の文書活動は、さほど巨額を要するものではなく、文書に関する出費は、文書が現に存在するゆえ会計上極めて明瞭で隠蔽、虚偽操作のしにくいものである。更に政治の腐敗防止は、法定選挙費用の厳正な適用に依るのが最も根本的かつ有効であつて、これを怠り、文書等の制限にその重責を担わせるのは、全くといってよいほど意味がなく、それは甚だしい筋違いの理窟といふべきである。

(5) 不平等論

これは、文書活動を自由化すれば、文書を頒布する動員力の差異が、文書活動の優劣において決定的な結果をもたらすと主張である。しかしだからと言って、これを画一化するべしとの見解には、にわかに賛成することができない。なぜなら、この動員力は、資金や威力などの力とは同一平面上のものではなく、何ら不合理な武器として違法視されたり排斥されるべきいわけではないからである。むしろそれは、候補者のもつ広い意味での政治力や手腕の一部に属し、もともと彼固有の資金や人柄と同一視されるべきもので、選挙人の判断の資料や優劣の対象となつて然るべきものである。これを有しない者を基準として、一律に抑制、禁止するのは、有する者の能力を不当に奪ひ、競争の原理に反した逆差別である。

(6) 虚偽情報の氾濫論

これは、文書等の発行、配布を自由にすれば、多量の文書の氾濫に乗じて、無責任な内容や悪意に満ちた中傷、醜聞文書が横行するおそれを生ずると言うのである。右事態は、明らかに国民の合理的な判断を損ない、ひいては選挙の公正と民主制度の基盤を破壊するものであるから、勿論これを黙過することはできない。しかし翻つて冷静に考えてみるに、虚偽や中傷の伝播、宣伝は、ひとり

文書に特有のものではなく、およそいかなる情報手段においても、多かれ少なかれ必然的に随伴するものである。要はその防止策であらう。第一は、良識ある選挙民にその判断を任せることである。技術的には、例えば、当該文書に責任者や発行人の明記を義務づける。場合によっては選挙管理委員会が検認する等その方策は極めて容易でかついくらでもあらう。もともと誹謗や虚偽の内容を掲載した文書の悪用による情報操作は、むしろ文書活動を自由に任せて、対立する候補者らの互いの批判や反論、選挙民からの質疑によって是正され、遂には、その真相が自ずと顕出されてゆくべきものである。逆説的な言い方をすれば、文書等が現在のようにほとんど禁止されているからこそ、無責任な怪文書の悪しき影響が、異常に肥大化し、旺盛な伝染力を有していることを見逃してはならない。

(7)美観毀損論

俗にビラ公害、紙爆弾と称される実害論であるが、その実体は必ずしも明らかではない。また、大量の文書が所かまわずベタベタと貼布されたり、群集に撒布された後、それらがそのまま破棄、放置された場合、道路、公園等の街の美観を損うから、これを保護すべしとの素朴な考え方があつた。しかしかかる微小な法益が、憲法上の最も重要な基本的人権と対置され、それを制約するほど神経質に保護されなければならぬものであるか甚だ疑問であらう。即ち優れた国民代表を選出するというかけがえのない利益と、一時的な街の美観が多少損われるという些細な利益との比較衡量の問題と捉えれば、その結論は自ずと明らかであらう。しかしそれは全く無責任に放置された場合の議論であつて、例えば貼布については、掲示場所を指定、選挙後の撤去、戸外での無差別の手交については、配布者や責任者に後片付けや清掃を義務づければ、それでほとんど解決のつくはずの問題である。いずれにしろ、この程度の事後の不作為は、たかだか軽犯罪法か条例でその取締対策を講ずれば十分であつて、選挙運動の適正そのものとは直接関係のないことである。

以上のように岐阜地裁判決は、いわゆる「弊害論」といわれるものに対して、そのひとつひとつを具体的に検討し、それぞれ的主張に論拠のない旨判示している。そして結論的に「弊害論」については総じて次のように言えるとする。すなわち弊害論は第一に、いわれなき実体のないものか存在するとしてもほとんど無視し得る些細なものが多い。第二に、その弊害は、法令や制度の若干の改善でたやすく防止でき、現行の如く文書等をほぼ全面的に禁止しなければ実効を挙げ得ないものではない。第三に、およそ選挙運動は、要するに他者への何らかの働きかけである以上、その結果として相手の方にもまた必ず何らの反応が生ずるのは当然で、ある場合にそれが若干の弊害を伴ったとしても、何故文書頒布の形態に

おいてのみ、そのことがかくまで神経質に強調されなければならないのか、その理由が全く不可解である。そして最後に我々は不幸にして長らく文書活動が厳しく制約された状況のもとで選挙運動に慣れ親しんできたものであるから、これから解放された十分な自由のもとでの選挙については未経験である。従つて未知への危惧と不安感から、いわば机上の予測論や観念論に災され、選挙の自由化に対して余りに消極、臆病に過ぎるのではないかと率直な反省も必要であろうと述べる。

このような岐阜地裁の弊害論批判は大方の学説の弊害論批判と同じ立場に立つもので、私も妥当な批判であると考えている。しかしこの弊害論批判に対して、正木事件の控訴審の名古屋高裁判決は、控訴趣意の「原判決は、文書活動が自由に放置された場合のいわゆる弊害論について、その根拠を七つに細分し、それぞれにつき反論を加えて文書活動を制限する根拠になりえないとしているところ、その指摘は弊害論のとらえ方が誤っているか、その論拠が薄弱であるか、わが国の選挙の実態への認識が欠如し、現実から遊離した論議であるか、あるいは立法論を展開するものであつていずれも理由がない」とする主張を認め、「合憲説を根拠づける弊害論に対して原判決の加える批判の中には、選挙の競争原理を『選挙の公正』との調和を十分考慮することなく強調し、あるいは原判決のいう選挙運動における自己制禦作用を過大評価していると思われる点があつて賛成することができない」と反論するだけである。地裁判決が、従来合憲の根拠として論じられてきた弊害論を逐一検討し理由なしとしたのであるから、控訴審判決としては、地裁判決を破棄する以上、少なくともそれらについて、もっと具体的に説得力のある形で批判すべきであつた。つまり地裁判決の弊害論のとらえ方のどこが誤っているのか、どのように論拠が薄弱なのか、わが国の選挙の実態認識が如何に欠如しているのかといったこと等を具体的に指摘すべきであつたらう。

ところで弊害論については如何に論議を尽くしても、究極的には水掛論であり、論理的に打破することは不可能であるかも知れない。「風が吹けば桶屋が儲かる」ことが、如何に観念的で実態のないものと論難しても、それは「もしかした

ら儲かるかも知れない」という主張もあつて、実証不可能な水掛論に終る可能性もある。しかしだからと言って「起るかも知れない」弊害ゆえに、文書図画による選挙運動を包括的に禁止することを正当化することは、表現の自由の重大性に鑑みてあまりにも軽々な論拠と批判されても止むを得ないであろう。具体的な弊害論批判が、観念的な弊害論に対して、次元の異なる論議ゆえに、十分機能しえないとしても、一方的に無視されるべき性格のものではない。なぜなら表現の自由の憲法的価値とこれらの弊害を比較衡量する手法をとるならばなんとしても具体的弊害についての説得力のある論及はさげ得ないはずである。しかも予測や推測によるそれではなく、表現の自由を制約する根拠となるからには、明白にして現在の危険の形で、そのような弊害の迫り来ることの論証が必要である。「風が吹けば桶屋が儲かる」式の論拠だけで、文書規制の合憲性を認めるならば、それはまさしく「角を矯めて牛を殺す」ことになるのである。

従来文書規制の合憲論の根拠となつてきた弊害論が、以前程確固としたものではなく、最近ゆらぎはじめたのも事実である。そのことは、昭和五七年三月二三日の最高裁判決の伊藤正己裁判官の補足意見の中にみられる。伊藤補足意見は、最高裁判決の中で初めて登場した弊害論を合憲の根拠とすることに對する批判論である。いささか長文になるが以下引用しておく。

「たしかに、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、それらの根拠のみをもつては、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。選挙費用の多額化を防止するための補完的な手段として、文書図画に対する規制が役立つことは否定できず、これを根拠とすることに一応の合理性を認めることができなくはないが、それは、本来法定費用の制限をもつて抑止すべき事柄であり、その範囲内で文書図画による選挙運動を利用しようとする候補者の選択は尊重されてよいであろう。候補者にとつて煩に堪えない選挙運動となりうることも考えられるが、それは候補者にとつての利便の問題にすぎず、この点を重視することは適當ではない。また選挙人の受ける迷惑もなくはないが、文書図画による選挙運動の場合はそれ程大きいものとは考えられず、むしろ有益な判断資料の提供を受けるといふ点での選挙人の利益も少なくなく、かりに迷惑の度の大きい場合があれば、必要な限度で、それに対応する規制を行うことが可能である。中傷文書や虚偽文書の頒布の防止も重要であるが、そのこと自体に對して適切な規制を加える方法で対処することが適當であつて、そのおそれがあるからといって、広く文書図画による選挙運動をきびしく制約する十分の理由があるとはいえないと思われる。

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う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、この制限に必要な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」と。

伊藤裁判官の補足意見の筋からすれば、正木事件の岐阜地裁判決と同じ結論をたどるはずであった。しかしこの意見では、最後のくだりで立法府裁量論を使って違憲論否定に向っていく。すなわち「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じである。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憲法に違反するものとはいえないと考えられる」と。この立法裁量論については次節で論ずるが、ともかく従来の弊害論に対して、最高裁の中から、それらが具体的な指摘をしておらず説得力が不十分で、それだけではきびしい文書制限を合憲とするには不十分であるとする意見の出たことは注目に値する。

従来の最高裁の文書規制を合憲とする論拠は、文書活動を自由化すれば、不当競争が生じ、それは選挙の自由、公正を害し、ひいては公共の福祉に反するということであった。そして何故文書活動の自由化が不当競争を招くのか、その原因を探れば、それは先に述べた数々の弊害のゆえとするのであった。しかし不当競争の原因となる弊害というものは、実は推測の域を出ず観念的なものであることはすでにみたとおりである。したがって選挙の自由、公正を害するとされる「不

当競争」そのものが実体のない、それらの阻害原因としての根拠となり得ないものであるから、これ以上、選挙の自由、公正といったことについて論及することは蛇足の感を免れ得ないが、以下若干、累次の最高裁判例が文書規制の保護法益として掲げたものについて批判検討してみたい。

累次の最高裁判例では、文書規制の保護法益として、選挙の自由と公正の確保を挙げていた。時には「自由」と「公正」の間に句読点もつけずに、あたかも同一価値、同一内容の如く使用している。しかし「自由」と「公正」の概念は、一括して述べられるものではないし、また調和的なものでもない。文書規制といった選挙運動の自由を規制して得られる選挙の自由とは一体どのようなものであろうか。考えるに一般的に表現の自由を考察するにあたって、自由を規制することによって得られる自由といったものが考えられないわけではない。例えば表現の自由をある程度規制することによって、プライバシーの自由を確保するといった場合がある。しかし選挙運動の自由を規制することによって確保される選挙の自由となれば、なかなか頭に浮んで来ない。本稿の冒頭で、選挙の自由は三つの自由から構成されると述べた。すなわち第一は選挙民の意思形成の自由、第二は意思実現の自由、第三は選挙運動の自由である。その中の第三の自由、即ち選挙運動の自由を規制して、第一の自由、選挙民の意思形成の自由、及び、第二の自由、意思実現の自由を確保しようとするのであろうか。実態は逆であらう。選挙運動の自由があつてこそ、選挙民の意思形成の自由や意思実現の自由が確保されることはすでに述べた通りである。ただ社会的に許容できないような立候補の自由や投票の自由を妨げ、相手候補を中傷、誹謗し、また供応や買収を煽動する文書があつて、それらの文書活動を無制約に認めれば、選挙民の意思形成の自由や意思実現の自由を害する場合が考えられないことはない。しかしたとえこのような文書があつたとしても、その文書の効果についての判断は、まず良識ある選挙民の判断にまかされるべきであり、次に買収、供応、選挙の自由妨害、虚偽事項の公表といった「明白かつ現在の危険」の形で実害が生じた時点で取締れば十分である。このように考えてくると、選挙の自由確保ということを理由づけにして、文書活動を規制することは、あまりにも実態不明であるし、論理的にもスムーズに理

解できない。そこで考えるに、累次の判例でいう「選挙の自由」確保という保護法益は、あくまで修辭として使用されているにすぎず、判例でいう保護法益の実質的内容は、次にくる「選挙の公正」ということであり、それに絞って論を進めても間違いではなからう。

選挙の「公正」という用語も多義に使われている。そしてその意味内容はともかくとして、それが文書活動を積極的に容認する原理として使われるかあるいは文書活動の規制原理として使われるかにおいても対立する見解がある。⁷⁾

その一つは、選挙の「公正」を、本来選挙の自由が十分發揮されるための保障と調整の役割を担うべきものとして把握する見解であり、その自由を行使する選挙の主体は、議員や候補者のみでなく、誰よりも国民自身でなければならぬことを強調する。したがって選挙運動も選挙人たる国民の主体的参加として再構成される必要がある、その際、不正な武器（金力や暴力）は許されないとしても、正当な武器（言論のたたかい）はむしろ広く保障されることによって、「公正」な競争原理を確立することが必要だとする。

これに対する他の一つは、憲法が民主政治の基本的制度である公職の選挙において要請しているのは、各候補者が平等の立場で、公平な手段によって選挙運動を行うことであり、そのような意味での「選挙の公正」は、憲法上の法の下平等と政治的関係における差別と不平等の禁止（一四一条一項）、成年者による普通選挙の保障（二五一条三項）、選挙人の資格についての人種、信条、性別、財産などによる差別の禁止（四四一条）、選挙に関する事項の決定（四七一条）などの趣旨から要請されるもので、これが表現の自由に対する憲法上の制約原理だとするのである。ここで特徴的なのは、選挙の「公正」がもつばら選挙運動の平等、公平として理解され、その原則から選挙の「自由」が制約されるのだとしていることである。

前者は「公正」を選挙人の意思形成の自由や意思表現の自由を守るための原理として使用しようとしている。ここでは「公正」の中味としては、選挙公報が選挙人にもれなく配布されることによってもたらされる「公正」、服役中の囚人に

もテレビを見せる機会を保障することによつてもたらされる「公正」、在宅投票制度によつてもたらされる「公正」といったものが考えられる。これらもまさしく選挙の「公正」を確保するための必要条件であり、そしてこれらの「公正」は、すべての人が選挙において意思形成や意思実現の自由を確保せんがために働くのである。その他選挙犯罪の取締りの観点から考えて、「公正」を確保せんがために取締りの対象となるものはある。すなわち買収、選挙の自由妨害、虚偽表示、投票偽造といった反社会性をもつ不正行為である。しかしこれらはすべて、同じ公選法の中で禁止されているのであり、表現の自由の範囲外の問題である。要するに、「公正」は「選挙の自由」を強め内実において充実するものでなければならぬはずであり、「選挙の自由」を確保するための原理となり得ても文書活動の規制原理とはなり得ないと考える。

これに対して後者は、「公正」の内容を候補者間の選挙運動の公平、平等ととらえ、それを確保せんがため文書活動も規制しようと考ええる。先にあげた昭和四四年の最高裁判決でも、「公職の選挙につき、常時選挙運動を行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にして、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」と述べ、「公正」の中味を候補者間の選挙運動の平等と考えていることがわかる。

このような公正論の問題点としては次のことがあげられる。まず第一は、この公正論は選挙運動を候補者とその運動員だけがするものであるととらえていることである。元来選挙運動の自由は、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⁽⁹⁾。この意味からすれば、候補者や運動員だけでなく、国民一般も選挙の主体であつて、国民は誰でも、相互に選挙運動をなすしうるのである。またこの公正論は情報の受け手でもある国民一般の利益についても一切

考慮していない。要するにこの公正論は、国民一般の選挙運動の自由を無視し、情報の受け手である国民の利益についても考慮せずかつ候補者や運動員の選挙運動をも侵害して、ただ候補者、運動員間の選挙運動の機械的平等のみを念頭に置いているものであるから、選挙運動の憲法上の意義についての認識を全く欠落させているものといえる。

第二は、文書活動の自由化による弊害の一つとして不平等論が論ぜられていたが、それに対する見解は、正木事件の岐阜地裁判決を引用してすでに述べておいた。弊害の有無はさておき、文書活動の活発、不活発による不平等が一体憲法上好ましくないもの、あるいは憲法上禁止されるべき現象なのであろうか。否である。自由な選挙運動において運動の強弱現象は、当然にあらわれる現象である。選挙運動者の側から言えば、さまざまな選挙運動が認められている中で、各候補者ごとの力量と方針と好みによって、さまざまに、強く弱く、多く少なく、集中し分散し、それぞれに展開されるのが、まさしく好ましい選挙運動のあり方であり、これこそ生きた選挙なのである。選挙運動の強弱現象は、自由でかつ自主的な選挙運動においては当然生ずるもので、これを禁止する原理は憲法上見い出せない。このようにごく限られた領域における運動手段の公平や機会均等を求めるため、文書規制をするならば、それはかえって逆弊害をもたらすものであることが容易に推測しうるし、又現に逆弊害は生じている。すなわち、文書活動で公平確保のため制限を受けた闘うエネルギーは、文書活動以外のより広い領域で發揮される。ここでは公平の統制はおよばない。不均等の機会が各種権力によって起用される。そして各種権力の中でもっともものをいうのが金力である。さらに公権力、組織力、その他の諸力が、これらの領域でまさに不公平に活動している。つまり小さい領域での不公平等が大きい領域での不公平を刺激し、増大する結果となつているのである。¹¹⁾

さらに第三の問題点は、文書活動が累次の最高裁判例が述べるような弊害をもたらすおそれがあり、選挙の「公正」を害するおそれがあると一応仮定した場合にも生じてくる。つまり法定外文書の頒布行為とこの法益侵害の危険との関係における問題である。中山研一教授は、公選法二四三条三号の文書規制罪の刑罰法規としての法的性格を次のように説かれ

ている。⁽¹²⁾

「法は法定外文書の頒布行為をそれ自体として処罰し、過当競争を招いて選挙の結果に、不当な影響を及ぼしたこと、またはその危険があったことを犯罪の成立要件としてはかかげていない。つまり本罪は、いわゆる『抽象的危険犯』の形式を具えていることができる。

抽象的危険犯では、行為が行われたならば結果の発生またはその危険を特別に立証するまでもなく犯罪が成立するとされるのであるが、そのことは、行為が結果またはその危険と無関係に処罰されるというのではなく、いわば行為の中に危険が含まれているので、あらためて立証を要しないという構成がとられているものと解せられる。それは一定の行為が行われれば法益侵害の危険が一般に推定されている関係と見てよいであろう。

これを本罪にあてはめると、法定外文書の頒布行為があれば、法はそのことよって過当競争が生じ、選挙の結果に不当な影響を与える危険があると一般的にみなしていることを意味する。したがって具体的に過当競争が生じ不当な影響を与える危険があったという立証も要求されないのである。これが法定外文書頒布の一律処罰を根拠づけるための法的構成であるといつてよ。」

文書頒布罪の法的性格をこのように位置づけたうえで、文書頒布が買収などを誘発する可能性があるといつても、なお抽象的な危険があるにとどまり、実際にはそのようなおそれのない場合があるし、仮にその可能性があるとしても、不正行為の発生の確率の高いものとは必ずしもいえないとし、具体的な危険の発生が推認されるときはともかく、単に観念上の危険があると考えられるにすぎない場合に、これを抽象的危険犯ないし形式犯とすることは、一般の刑法理論からも疑問があると指摘されている。⁽¹³⁾

このように文書頒布罪を抽象的危険犯や形式犯として位置づけることにも問題があるようだし、たとえ抽象的危険犯と位置づけても、その危険の内容を可能な限り具体化することよって可罰性の限界を明らかにしようとする限定解釈の試

みが、刑法理論の分野でも推進されてきているようである。ましてや憲法論の分野では、表現の自由を制約する刑罰法規が、「明確性」や「罪刑均衡」あるいは「明白かつ現在の危険」や「表現の自由の優越的地位」といった諸々の基準によっての合憲性の洗練を受けなければならないことは、誰もが認めるところである。文書活動によって「選挙の公正」が害されるおそれがあるという根拠だけによって、それを厳しく一律全面的に制限することは、とうてい憲法上容認されるものではない。

公選法では、選挙運動の規制をはじめ、法全体の指導理念として選挙の自由と公正が掲げられている。確かに、「自由」と「公正」は抽象的で対立する概念のようであり調和するところがないようにも受けとられている。しかし憲法上の諸原則からすれば、「自由」が選挙立法上の指導理念となるべきであるということについてはすでにみたとおりでである。公平、平等を内容とした「公正」は、いわば旧憲法下における指導理念であった。今日、「公正」を直接根拠づける憲法上の原則規定はない。文書規制の合憲性を主張する見解は、公平、平等を中味とする「公正」が、憲法上一四一条一項等の平等原則に根拠づけられるものとするが、自由な文書活動が、果して憲法一四一条一項に反する行為と言い切るのであろうか。ただこのような憲法論の展開にはお目にかかれない。（未完）

- (1) 最高裁判昭和三〇年四月六日大法廷判決・刑集九卷四号八二二頁。
- (2) 最高裁判昭和三九年一月一八日大法廷判決・刑集一八卷九号五六一頁。
- (3) 最高裁判昭和四四年四月三日大法廷判決・刑集二三卷四号二三八頁。
- (4) 最高裁判昭和五七年三月三日第三小法廷判決・刑集三六卷三三三三九頁。
- (5) 正本事件とは被告の姓を冠して称されているが、公選法文書頒布違反事件である。本件に対しては、昭和五五年五月三〇日岐阜地裁が、公選法一四二条は憲法違反であるとして無罪判決を、昭和五八年七月一二日名古屋高裁が、一四二条を合憲として原判決を破棄自判して有罪判決を下した。岐阜地裁判決は判例集未登載であるが、中山研一「公選法上の文書規制の違憲性」判例時報一〇七五号三頁の判例評論があり、控訴審判決については、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、一一一五号三頁、一一一八号九頁、野中俊彦「公選法一四二条の文書頒布

- 制限規定が憲法二一条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、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三三二号一頁の判例評論がある。
- (6) 最高裁昭和五七年三月二三日第三小法廷判決前掲。
- (7) このような見解の対立が顕著にあらわれたのが、正木事件における岐阜地裁判決と名古屋高裁判決であると思う。それぞれの判決文の中で、「公正」そのものの役割についての記述はないが、中山前掲(中)において、それらについて要領よくまとめておられるので、以下二つの見解についてはそれを参照させていただいた。
- (8) 公選法は第一章罰則として、買収(二二一条及び至二三三条)、選挙自由妨害(二二五条、二二六条)、選挙干渉(二二九条)、選挙騒擾(二三〇条)、兇器携帯(二三一条、二三二条)、虚偽事項公表(二三五条)、詐偽投票(二三六条、二三七条、二三七条の二)等を定めている。
- (9) 最高裁昭和四四年三月一八日第三小法廷判決前掲。ここで引用した部分は、判決が二三九条の戸別訪問の合憲性に関するところで述べたものであるが、選挙の「公正」というものに対するとらえ方では文書規制にも通ずるものと思われる。
- (10) 戸松秀典「選挙運動の自由」成城法学一三二一九頁では、選挙運動の自由の憲法上の意義について考察し、選挙運動が言論の自由の中核を占めるものであること、その自由が民主制の原理を表現するため不可欠のものであること、憲法はそのようなものとして選挙運動の自由の保障を命じていること等を説かれる。
- (11) 柚「選挙運動の文書図画制限規定と憲法原則」前掲四二〇頁。
- (12) 中山研一前掲(下)には、文書頒布罪の刑法論的位置づけおよびその批判について詳しく論ぜられているので参照されたし。
- (13) 中山「公選法上の文書規制の違憲性」前掲三頁では、本罪を抽象的危险犯から形式犯として構成する方法に対して次のように批判されている。「一つは、本罪を単なる『形式犯』とするには法定刑が重きにすぎるところではないかという点である。この点は戸別訪問と比較してさえ、法定刑が二倍の重さを示しているという事実からも、より強く理由づけられるところである。次に、形式説は、何らの危険もない行為に刑罰を科すことが許されるのかという正当な批判をうけなければならない(平野・刑法総論Ⅱ一一八頁)。たとえそれが抽象的危险犯であるとしても、抽象的危险さえない行為は除外されるという形での『限定』機能を留保しなければならないのである。したがって、かりに、一四二条の規定自体を合憲だとしても、そのことよって形式一律処罰が正当化されるわけではなく、可罰的違法性論による実質的な限定可能性を排除することはできないというべきである」と。