

## 正木事件(公選法文書頒布規制違反事件)における違憲・合憲論争

——最高裁昭和六一年七月七日判決を契機にして——

辰 村 吉 康

### 一 はじめに

昭和六一年七月六日に実施された衆参同日選挙において、公選法一四二条に規定する文書違反を中心に、選挙違反として警告を受けた件数は、警察庁発表によれば二五、九七五件にも及んだ(昭和六一年七月五日付朝日新聞朝刊)。現行公選法では、憲法的要請である自由な選挙に反して、選挙運動に対しては厳しい制限主義を採っている。短い選挙運動期間、戸別訪問の全面禁止、言論文書による選挙運動についての制限等である。特に文書図画の頒布掲示については、原則的に包括的禁止・例外的に限定的解除の方式によって制限されていると言っても過言ではない。毎度の選挙において、文書違反件数が斯く迄多く、また選挙運動がただ候補者の氏名の連呼に終始してしまうのは、余りに厳しい公選法上の文書規制にもその一因があるように思える。

しかし文書違反件数に比して、文書違反事件として裁判上問題となった事例はそれ程多くない。とりわけ文書規制の規定だけが独立してとりあげられ、第一審においてではあるが、公選法一四二条は憲法に違反するとして無罪判決が下されたのは、本稿でとりあげる正木事件の岐阜地裁判決が初めてであった。今回の衆参同日選挙の翌日(昭和六一年七月七日)、最高裁第二小法廷において、この正木事件の上告審判決が下された。本稿では、この上告審判決を契機にして、正木事件

のそれぞれの審級における文書規制に対する憲法判断の部分を概説し、それとの対比の上で、今回の最高裁判決に批判を加えたいと思う。<sup>(1)</sup>

## 二 正木事件の経過

### (一) 事実の概要

本件公訴事実に至つて簡単であつて、被告人も以下の公訴事実を概ね認めている。

被告人は、昭和五十一年二月五日施行の衆議院議員総選挙に際し、岐阜県第一区から立候補した養輪幸代の選挙運動者であるが、同候補に当選を得させる目的で、同年一月二十九日から同年二月三日ころまでの間、美濃市の被告人自宅内「正木英語塾」において、「あなたとともに明日をひらく、みのわ幸代」との表題で、右候補者の写真、略歴、政見及び立候補の目的を掲載した選挙運動用文書（被告弁護士側は、本件文書は、みのわ幸代後援会が、既にみのわ幸代への支持と投票を決定している各後援会員の活動のために、投票日の一年以上も前に発行した部内資料であると主張）を、塾生らを介して、同市内の父兄らに一五部（検察官は一六部と主張）配布したが、それは同候補に対する投票・支援などを依頼する意思でなされたとされ（被告弁護士側は、本件文書はいわゆる地盤培養行為<sup>2</sup>選挙準備行為のために使用する文書ではあるが、有権者に対して直接的な投票依頼のために作成されたものではないと主張）、もつて法定外選挙運動用文書を頒布したというものである。

(二) 第一審判決（岐阜地裁昭和五十五年五月三〇日判決・判例集未登載<sup>(2)</sup>）

第一審判決は、結論として、公選法一四二条一項が憲法上の諸権利に違反すると判示して、被告人を無罪としたが、その理由の中には、弁護士らの主張した構成要件の該当性の問題、公訴権の濫用論についても検討を加えている。こ

これらの問題については、表現の自由の優越的地位に鑑みての公選法の厳格解釈の主張や同一の警察署の他候補の文書違反被疑事実に対する不可解で不平等な取扱い等の重要な問題も展開されているが、終局的には弁護人らの主張を認めなかった。これらの問題についての弁護人らの主張及び判決の法理については、紙数の関係もあるので脚註で紹介するに留めておく。<sup>(3)</sup>

第一審判決は、公選法一四二条の憲法判断について、結論から言えば、「本条は、文書等の活動の自由を合理的根拠なく、若しくは必要最小限の基準を超えて制限しているゆえ、憲法二二条一項の表現の自由を侵しているのは勿論、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)等にも違背、抵触した違憲無効の規定である」と判示した。そしてその理由については、第一、憲法と公職選挙法、第二、文書図画頒布制限の合理的根拠(違憲論の一)、第三、文書活動の積極的意義(違憲論の二)の三つの部分から詳しく述べられている。

第一においては、表現の自由の現代的意義や民主主義国家における選挙制度の重大性を説き、そのことからして文書規制の合憲論で展開される分離論(表現を、内容自体とその手段方法に分離して、特定の手段方法を禁止する場合は、内容の規制よりもゆるやかな基準で足りるとする考え方)や一部禁止論(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内で許されるとする考え方)は首肯できないものと説く。

第二においては、文書活動の自由を制限する根拠として議論される、いわゆる「弊害論」について論及している。その説くところによれば、文書活動を自由にするに発生のおそれがあるといわれる弊害については、(1)不正行為の温床となること(文書が選挙人の居宅や勤務先などに戸別配布されるときに問題となるものであるが)、(2)無用競争を激化すること、(3)平穩を阻害すること、(4)多額経費を費消すること、(5)候補者間で不平等を来たすこと、(6)虚偽情報を氾濫させること、(7)美観を毀損すること等があると、判決はそのそれぞれについての実態を検討している。そして結論的に判決は、①そ

これらの弊害が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、②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、③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方にもまた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つたとしても、何故文書配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と批判している。

第三においては、文書規制が、却つて憲法原則を阻害する状況を作り上げるとして、文書規制による弊害といった違憲論の積極的側面（いわゆる逆弊害）からの論及を行っている。判決はまず、文書活動が瞬間的に消滅する音声による意思伝達とは違つて、これを受信する側でも、いつでも、どこでも、かつ反復してそれゆえ正確に、その意味内容を理解することができ、又送信する側でも、迅速に、広範囲にそれゆえ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という特徴を掲げ、それを制限することは次のような逆弊害をもたらすとした。

すなわち①選挙人の立場からいえば、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、選挙や政治について、次第に無気力や無関心を抱き、最近では不信や軽蔑の念を覚えるようになってきていること、②候補者の立場からいえば、主要にして正当な武器である言論戦がほとんどもぎとられていたため、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にたよらざるを得なくなっており、違法ストレスの活動を競いあつたり、手取り早く有効な買収、饗応に走りがちとなつて、却つて実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ており、そしてわずかに残された自由の領域に殺到し、ほとんど意味のない候補者の名前への連呼や多色刷の顔写真の氾濫という奇態が出現していること、③運動員、支持者の立場からいえば、公選法による自由への制限が単に厳しいばかりでなく、甚だ複雑でわかりにくいいため、一般国民に、選挙は怖いもの、近づき難いものと思ひさせ、その結果、健全な運動員や支持者が育成されず、一にぎりのいわゆる選挙ブローカーが異常に跋扈する状況を提していること、④選挙運動の取締りや法治主義の立場

からいえば、形式犯にのみ目を奪われる余り、肝腎の実質犯を見逃しがちで、選挙違反の捜査活動にも、裁量の入り込む余地が大きく、不平等の状況を提している、としている。そしてこれらの状況は、文書規制の違憲性の補助的な根拠としてあげるとするのである。

その他第一審において、弁護人らは、公選法一四二条が仮に合憲としても、本条は一律的に文書活動の自由を禁止しているのではなく、具体的に「激烈な競争」や「過大の経費と労力」を伴ったり、他候補に対する誹謗、中傷に亘るもののみ禁止しているのであり、右のような弊害を伴っていない本件にまで本条を適用するのは違憲であるという、いわゆる適用違憲論、本件文書の配布先は、被告人と特別懇意の間柄にある者ばかりで、配布部数も少なく、かつその内容は真面目で、被告人には当時違法性の認識がなかったから、被告人の所為が本条に該当するとしても、実質的な違法性はないという、いわゆる可罰的違法阻却論、本条のような形式犯についてまで、選挙の公正を害する実質犯と同様に、一律に一定期間の公民権を停止する公選法二五二条の違憲性等を主張し争ったが、判決は、大前提たる公選法一四二条そのものを憲法違反と認定するのであるから、これらについては判断するまでもないとしてその見解を示さなかった。

(三)控訴審判決(名古屋高裁昭和五八年七月一二日判決・判例時報一〇九四号一五三頁)

(1)控訴趣意の要旨

検察官の控訴趣意は、要するに、原判決が公訴事実はそのまま認定できるとしながら、法定外文書の頒布を禁止した公選法一四二条一項及びこれに対する罰則を定めた同法二四三条三号が、憲法違反の規定と判断して、被告人に無罪を言渡しているが、公選法の右規定は、憲法に違反するものでなく有効であるから、前記公訴事実これを適用しなかった原判決は、憲法及び公選法の解釈運用を誤ったものであるというのである。

その理由として、控訴趣意は以下の点をあげている。

①公選法一四二条が憲法の規定に違反しないことは、最高裁判所の累次の判決により判例法上確立された法解釈であり、

原判決は、これらの判例に反するものである。

② 近時の最高裁判所判例における判例理論に従うならば、本件のような公職選挙に際しての表現の自由に対する制約原理は、「選挙関係者（候補者、選挙運動者、選挙人等）を含む地方住民全体ないし国民全体の共同利益」を保障することであり、右のような利益を擁護するうえで合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り憲法の許容するところであるというべきであり、公選法一四二条一項の規定は、その規制目的が正当であり規制目的と規制手段との間には合理的関連性が認められ、かつ、利益の均衡を失するものでないから、合理的で必要やむをえない制限であるということができ、憲法二一条に違反しない。

③ 原判決は、るる、公選法一四二条一項が違憲である理由を述べているが、その判示の中には、戸別訪問を違憲とする論旨を文書規制違憲論に安易に援用し、あるいは公選法のいわゆる立法事実を誤認し、本法による文書活動の規制を文書活動の包括的禁止を前提とし、これを限定的に解除するものと曲解し、あるいは従来合憲論をいわゆる分離論と一部禁止論とに分断してそれぞれに反論を試みるなどの点で首肯し難いものがある。

④ 原判決は、文書活動のいわゆる弊害論を七つの根拠に細分し、それぞれにつき、その論拠が十分でないことを指摘するのであるが、その指摘はその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るかのいずれかであって、いずれも、その論旨の理由のないことは明らかである。

⑤ 原判決が文書活動の積極的意義として判示するところも、いわゆる立法事実のとらえ方には首肯できない点があり、また、文書活動の自由の制限による弊害として説くところも、その多くは現実を無視した誇張された観念論にすぎず、その論拠を欠くことは明らかである。

## (2) 控訴審判決の要旨<sup>5)</sup>

控訴審判決は、原判決を破棄し、被告人を有罪として罰金刑を科した。そしてその理由を控訴趣意に沿って次のように述べている。

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持つものであるから、法律によりこれを規制することは憲法二一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。

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(一四条一項、一五条、四四条、四七条)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。」

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つても、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。」

④右のような見地に立ち、文書規制規定を考えると、(イ)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、(ロ)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。

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に有効適切な方法も見当らない。

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、憲法四七条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、裁量権の範囲を超えたものは認められない。

⑦以上の点から、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。

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、その表現の自由に對する制約は間接的・付随的である。」

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を認めている。

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、選挙の公正の確保であり、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とはできない。

⑪以上の点から総合して、公選法一四二条は憲法二一条及びその他の憲法原則に違反しないものといえる。その他控訴審判決においても、弁護士らが争った本件の構成要件該当性の問題、公訴権の濫用論等についての見解が述べられている。第一審判決におけると同じく、これらの見解については脚註で紹介するに留めておく。

### 三 最高裁判決（最高裁昭和六一年七月七日第二小法廷判決）

#### （一）上告趣意の要旨

上告趣意が結論的に主張するところは、「公選法一四二条一項、二四三条三号は、憲法二一条一項に定める表現の自由



の保障を始め、憲法前文、一条に定める国民主権の原理、一五条に定める参政権の保障、三一条に定める罪刑法定の適正の保障、そして一四一条一項に定める法の下の平等に各違反して無効である」というところにある。

膨大な上告趣意書を簡単に要約するのは至難であるので、第二審判決が合憲の理由づけにした部分のみを拾い上げ、それに対する上告趣意をみると以下のようなものである。

①国民の政治参加における平等の要求から、直ちに選挙運動における「平等の立場」と「公平な手段」という憲法上の要求が導き出される、という原判決の論旨は、あまりに唐突であつて、ありうべき中間領域の検討を回避した粗雑なものであるばかりか、果して憲法一四一条などに基礎をもつ平等要求が、ほんらい言論による競争と闘争を中核とする選挙運動における「武器対等の原則」を支持するに適合するかどうか、は原判決のいうが如くに単純ではない。選挙運動における平等と公平の要求は、選挙運動における言論・表現の自由の領域に制約の方向において及ぶものではなく、選挙運動における言論・表現の自由の保障こそが、選挙における公正の保障の第一歩である。

②原判決は、文書規制の具体的内容が適切であるかどうか、特に国民の参政権の行使に不当な支障をきたすことがないかどうか、すなわち規制の目的と方法との間の関連性の問題について、「それは立法政策の問題であり、特に選挙制度を定めるについては憲法四七条が国会に広い裁量権を与えていると解すべきところ、規定の内容は右裁量権の範囲を超えたものとは認められない」としているが、これには明白にして、かつ、重大な憲法解釈の誤りを犯している。そもそも基本的人権を制約する当該規制が、規制の目的と方法との間に合理的な関連性をもっているかどうかは、規制の違憲性審査の要に当る審査基準であるが、原判決が、この関連性の直接、具体的であることや具体的、現実的であることを要求せず、いわゆる合理的関連性で足りることとし、しかもその合理的関連性に言うところの合理性概念に、国会がもつ特に広い裁量権の範囲を超えない限りは合理的である、という意味を持たせたことは、選挙制度に関する裁判所の違憲審査権を事実上完全に放棄するに等しい誤った理論と言わなければならない。

③ 原判決は、選挙運動方法の包括的禁止・限定的解除について、その禁止の部分の違憲性審査をなすべき立場にありながら、その解除された部分が禁止された部分の代償となるとか、禁止を受けなかつた別の運動方法が当該禁止された行為の代償となるとか述べているが、これは「償う」又は「代償」という日本語の用法を完全に誤つた明らかな概念の混乱である。

④ 原判決が文書図画頒布の規制によって失われる利益は「各候補者又はその選挙運動者について平等に」文書図画頒布が制約されることであると説くのは、選挙運動における平等についての原判決の理解の誤りを明瞭に示すものである。問題の選挙運動用文書の規制に関して、強いて「各候補者又はその選挙運動者について平等」な利益を考えるとすれば、それは規制によって失われている利益ではなく、規制にもかかわらず部分的に許容されている文書の種類、数量、用法等の機械的平等の利益であろう。そのような機械的平等主義は、実のところ、選挙における競争条件の平等が、第一次的には、候補者対候補者の次元で要請されるのではなく、選挙人（国民）対選挙人（国民）の次元で要請されるのである、という民主主義的選挙の根本原理に対する無理解にその源をもち、第二次的要請である前者に眼を奪われてこれを「選挙の公正」と観念し、かえって第一次的要請である後者の次元での真の「選挙の公正」＝選挙人（国民）にとって自由で平等な選挙運動の確保の要請を損う誤りを犯すものである。

⑤ 原判決は、違憲判断の基礎となる立法事実及びその他の憲法事実の立証並びに認定について、「立法又は法律解釈の基礎となる右のような一般的事実は、必ずしも証拠によって証明することを要しない」との見解を示しているが、このような安易な憲法訴訟についての取り組み方は、違憲立法審査権を裁判所自らが放棄するものとして、憲法八一条の趣旨に反するばかりでなく、右違憲立法審査権は究極的には、国民の基本的人権を擁護するために憲法により裁判所に付与されたものであることを考えると、より根本的かつ重大な問題を提起しているといわざるを得ない。

その他上告趣意において、弁護人らは、文書活動の自由化に伴うとされる、いわゆる弊害論について、そのような弊害

が全く存在しないか若しくは全く顧慮に値しないものであること、また逆に文書規制によって却って生ずると言われる、いわゆる逆弊書論を展開することによって、文書規制の違憲性を主張したのはいうまでもない。

(一)上告審判決―脱稿時判例集未登載―

最高裁は、昭和六一年七月七日第二小法廷において、上告棄却の判決を下した。そしてその理由を次のように述べている。

「〔公選法一四二条一項、一四三条三号的〕各規定が憲法前文、一条、一四条一項、一五条、二一条一項、三一条に違反しないこと及び右各規定を本件に適用しても憲法の右各条項に違反しないことは、当裁判所の判例（昭和三〇年四月六日大法廷判決・刑集九卷四号八一頁、同三九年一月一八日大法廷判決・刑集一八卷九号五六頁、同四四年四月二三日大法廷判決・刑集二三卷四号二三五頁）の趣旨に徴して明らかであるから、所論は理由がなく（同五七年三月二三日第三小法廷判決・刑集三六卷三号三三九頁参照）、その余は、単なる法令違反の主張であつて、適法な上告理由にあたらず、被告人本人の上告趣意は、違憲をいうが、その理由のないことは、前記のとおりである。」

#### 四 問題の検討

正木事件とは、被告の姓を冠して称される公選法一四二条一項違反事件である。現行公選法一四二条、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及び掲示の制限について規定している。これらの規定からみて、選挙運動用文書は、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解釈するならともかく、それ以外で認められる文書に一体どのようなものがあるかを探し出すことは甚だ困難である。選挙運動用文書については、外国でも類を見ない厳しい包括的禁止・限定的解除の方式で制限されていると言っても過言でない。このような文

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、憲法で保障した二一条の表現の自由や一五条の選挙権と抵触する問題として憲法訴訟になるのは当然である。

公選法一四二条一項について初めて憲法判断をした最高裁判決としては、今回の正木事件最高裁判決も先例として挙げた昭和三〇年四月六日の大法院判決（刑集九卷四号八一九頁）をあげることができる。本判決はその憲法判断の部分について次のように述べている。

「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ころである（昭和二五年九月二七日大法院判決）。そして公職選挙法一四二条、一四三条、一四五条は、公職選挙につき文書图画の無制限の頒布、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た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、文書图画の頒布、掲示につき一定の制限をしたのであって、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制限と解することができる。」

そしてそれ以降の最高裁判決は、この昭和三〇年判決を踏襲するのみで、なんら目新しい合憲性の判断基準を示して来なかった。今回の最高裁判決もこうした態度をとり続ける一連の最高裁判決に連なるものである。今回の判決文からは明らかでないが最高裁は、従来から、文書規制の保護法益の内容を、文書活動の自由が招く不当競争の防止、そしてその不当競争の結果として招来するおそれある種々の「弊害」を防止し、「選挙の公正」を確保することにあるとして来た。なぜなら不当競争は種々の「弊害」を招来させ、選挙の公正を害するからである。しかし仮に「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なのかについては、最高裁の判決からは明らかにできない。この点を指摘し、文書活動による「弊害」と一般に予測されているものを拾い上げ、実はそれらは実体のないいわれのないもの

であることを論証したのが本件における一審判決であった。どのような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政治的表現の自由を禁止・制限することになるのであるから、そのいう弊害は、禁止される自由の価値をも彼方に置くほどの、重大で深刻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的実態が存在して初めて承認されるのである。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。にも拘らず最高裁は、そもそも合理性や合憲性を認定する一方の材料たる弊害の重大性、深刻性、あるいはそれと文書活動との繋がりについてならん論証をして来なかった。増してや今回の最高裁判決は、上告趣意が展開した文書規制の種々の違憲性の疑問点について、ならん触れることなく、先例からして合憲と説くのみである。合憲の理由らしき理由も示されず、単に「合憲」という結論だけが述べられているにすぎず、今回の最高裁判決も含めて、文書規制に関する最高裁判決は、今日の精神的自由に対する司法審査基準の水準からすれば、到底批判に耐えうるものではないのである。

最高裁の判示してきた合憲判定基準に対比して、同じ合憲論をとるにしても、合憲性判定基準において、今少し詳しく論を展開してきたのが高裁判決であった。高裁判決において文書規制が違憲と判断されたものはない。

累次の高裁判決を概観して言えることは、概ね、本件地裁判決が批判した弊害論を採用していることである。基本的に弊害論に立ちながら、分離論を採用するもの、一部禁止論を採用するもの、立法裁量論を採用するもの、比較衡量論を採用するものとその合憲論の理由付けは多様である。そしてそれまでの合憲論の手法を総花的に盛り込んだ判決が、本件の控訴審判決であったということが出来る。本稿二の(三)で示した本件控訴審判決要約における、④は弊害論に立っていることを示しているし、⑤はLRAの基準不採用の宣明、⑥は立法裁量論、⑦は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は少々ラフでもよいとする意味での採用であろう)、⑧は分離論、⑨は一部禁止論、⑩は比較衡量論を採用したものとすることができるであろう。

控訴審判決は、文書頒布を制約する原理を「選挙関係者を含む地方住民全体ないし国民全体の共同利益」を守ることにあつた。この「国民全体の共同利益」論は、公務員の労働基本権が問題となつた全通中郵事件最高裁判決（刑集二〇卷八号九〇一頁）や公務員の政治的行為が問題となつた猿払事件最高裁判決（判例時報七五七号三三頁）において、「公共の福祉」論に代つて登場した基準である。「国民全体」という概念を持ち出し、「公務員」という少数の集団と比較し、前者の利益が後者の利益に優先するものである。この基準の不合理性はさておき、本件で控訴審判決がこの基準を採用したのは失当である。なぜなら文書規制による表現の自由の制約は、ひとり候補者や選挙運動者のみに止まるものでなく、それこそ「国民全体の不利益」を招来せしめるものだからである。控訴審判決は、「国民全体の共同利益」の具体的内容として「選挙の公正」を挙げている。これでもまだ抽象的観念の域を出ないと思つたのか、その具体的に意味するところとして、無用競争や過大費用、動員力の差による不平等の防止を挙げていた。しかしこれらの内容は、つきつめると候補者かせいぜい選挙運動者の利益であることが明らかであり、「国民全体の共同利益」と名のるには余りにも小事である。

そして控訴審判決は、先の「国民全体の共同利益」や「選挙の公正」を考慮に入れると、「文書規制の目的と規制の對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」とし、「規制目的と規制手段の合理的関連性」の基準を出してくる。判決文からみる限り、ここでいう「規制目的」とは、先にあげた抽象的な「選挙の公正」を確保し「弊害」を防止することであり、「規制手段」とは、選挙運動における文書頒布の制限であることはいうまでもない。しかし憲法的自由の中でも「優越的地位」を有するとされる表現の自由を制約するにおいて、規制目的と規制手段に「合理的関連性」があるというだけでは、その規制を合憲とするに不十分である。そこには「妥当性」が存在しなければならない。

控訴審判決は、その「妥当性」をさぐる方法として「規制により得られる利益」と「規制により失われる利益」を比較衡量する手法をとつた。「比較衡量」の基準は、人権を制限することによつてもたらされる利益と、それを制限しない場

合に維持される利益を比較して、前者の価値が高いと判断される場合に、前者の利益を公共の福祉とよび、それによって人権を制限しようとする<sup>(12)</sup>。この説は、公共の福祉の内容を、一般的・抽象的な理念のレヴェルでなく、具体的事件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り、きめ細かな憲法判断を可能にする手法として評価される部分はある<sup>(13)</sup>。しかし、この比較衡量論は、比較衡量するにあたっての基準を余程明確にしておかないと、裁判官の主観的判断を大幅に許すおそれを多分に含んでいる。「この基準の下では、権利を与えられるか、それとも拒否されるかは、この『衡量』を支配する者の一存にまかされる<sup>(14)</sup>」ことになり、「衡量」を支配する者の一存によっては、どこまでも個人の自由を制限することができることになるし、また場合によっては、どこまでも自由を拡大することのできる基準となるのである。それ故に、「仮に『比較衡量論』をとるとしても、表現の自由の優越的地位を認めて人権の側により大きな比重をおいて比較衡量することが、必須のことである<sup>(15)</sup>」と主張されるゆえんがある。

しかるに本件控訴審判決は、「規制により得られる利益」すなわち観念的な弊害除去(と一審判決はいう)と「規制により失われる利益」すなわち他の選挙運動によって代替される程度(と控訴審判決はいう)の表現方法を比較衡量して、「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ができない」と結論づけた。果して「規制によって得られる利益」が文書規制をして実際に得られる利益なのか、あるいは「規制によって失われる利益」が本当に控訴審判決の言う程度なのかについては、大いに疑問の存するところである。「規制によって得られる利益」が、なにも表現の自由を侵害する文書規制によってまで確保されるべきものではなく、他の手段方法―第一審判決によれば法定費用の厳守―によって十分得られるものであり、かつ「規制によって失われる利益」が他の方法ではカバーできない重大かつ深刻なものであることをみる限り、本判決における「比較衡量論」の採用は、その悪しき実例としての印象のみが残るのである。なぜなら、そこでは、憲法で保障された表現の自由の擁護という視点を欠落させたままで、比較衡量の手法を採ったからで

ある。

第一審判決においても、公選法一四二条一項についての憲法判断をしたものがみられる。そしてここでは最高裁・高裁判決とは違つて違憲と判断したものもあつた。合憲と判断した判決は、初期においては、累次の最高裁・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<sup>16)</sup>。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断を導いていた<sup>17)</sup>。

ところで第一審判決において違憲の判断を下したの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一八日の長野地裁佐久支部判決(判例タイムズ二三四号三二頁)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判決(判例時報九一五号一三五頁)であつた。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本件の第一審判決であつた。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、それを違憲と判示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えることは、まず累次の最高裁・高裁判決がとつてきた弊害論の弊害そのものの実態を些細に検討し、実はそれが実体のないものと結論づけていることである。それと同時にこれらの判決は選挙運動における文書活動の意義や価値を承認し、文書規制は、それらの意義や価値を閉塞してしまうという観点から違憲論を展開しているのに特徴があるといえる。

本件第一審判決は、文書活動の意義を次のように述べていた。

「文書活動は、これを受信する側では、いつでも、どこでも、かつ反復してそれゆえ正確に、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、かつ詳細にそれゆえ正確で、わかり易く自己の意思内容を告知することができる。文書は現在では、特殊な技能を持たない一般人が、割合容易に、低廉な費用で印刷することができ、文書による表現形態が、言論の主流を占めるに至つ



たと言っても過言でない。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か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。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ものであるから、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出来る。③伝達そのものは、他者に委嘱しても、その内容は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政治形態のあるべき原型となる」と。

これらは事実認識の相違と一蹴されるかも知れない。しかし第一審判決のいう文書活動の意義からすれば、控訴審判決がいうように、文書規制により失われる利益は、「文書頒布という手段による意見表明ないし表現活動の自由が、前説示の程度(他の方法によって相当範囲に渡って償われるという程度)で制約されること」では留まらない。国民の主権行使にも影響を与えかねない重大なものとなる。文書活動の意義や重要性に鑑みた場合、果して最高裁・高裁判決のいうように文書規制の合憲性を充分説得力のある論理を展開することなく安易に承認するには大いに問題があるのである。

さらに本件第一審判決は、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つ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、もう一步突込んで、積極的に文書規制をすることによつて予想される弊害(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ころに他の二つの違憲判決とは違った特質があった。本件第一審判決が、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判示したのは、第一審判決要旨で紹介した通りである。この逆弊害論こそ

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。選挙を真面目に考えようとすれば、分かりにくい政治の話を読んだり読んだりしなければならぬ。しかし今日、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ているということで、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もなっているのである。

一般に、四〇年代後半からは、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。<sup>18)</sup>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った。合憲判決をみる限り、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、必ずしも全面的な批判を加えず、また合憲の理由についても、十分にその論を展開して来なかったという特徴をあげることができる。合憲判決とその根拠を、違憲判決と比較した場合、単に観点の相違という以上に、いかにもその内容が貧弱にすぎるとは言えないかという印象をぬぐえなかった。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、仮に合憲の立場に立つにしろ可能な限り、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の論拠が展開されて然るべきである。

本件正木事件は岐阜地裁の違憲判決から始まり、名古屋高裁の合憲判決で第一審判決が破棄されていたのであり、かつ下級審の両判決において、文書規制に対する違憲論と合憲論のそれぞれの見解が網羅的に展開されていた事件といってもよい。そのような意味からして、最高裁判決がいずれに出るかはともかく、違憲にしろ合憲にしろ、その論拠において従来の最高裁判決とは違った、より精密な説得力ある論の展開が期待されていた。しかるに最高裁は、余りにも簡単に「先例からして合憲」と判断するのみであった。

かつて公選法一三八条一項の個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葉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。<sup>(19)</sup> 公選法一四二条一項に關していえば、今回最高裁が引用した合憲判決の先例は、昭和三〇年の判決である。

ここ三〇年間においては、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、まさしく今回の最高裁判決に対する問題点としてあげるのではなからうか。初宿正典教授が、その論稿「最高裁の戸別訪問禁止合憲判例の説得性」の中で、「要するに戸別訪問を全面的に禁止している公選法一三八条の合憲性について最高裁が下した先例的意味のある唯一の判例は昭和二五年の大法廷判決のみだといえるのであり、……〈中略〉そこで述べられている該規定の合憲の理由に説得力がないとするならば、その後の判例がいくら『いまこれを変更する必要は認められない』<sup>(20)</sup> と言ひ、『当裁判所の判例の趣旨に徴し明らか』<sup>(20)</sup> と言つても、そのような言い回しはいよいよもつて判決理由の説得力を低下せしめるだけの言いくるめにすぎなくなる」と述べておられたが、文書規制に対する一連の最高裁判決をみても全く同じ感を抱かざるを得ない。

さらにもう一点、今回の最高裁判決に対して指摘しうることは、今回の判決は、最高裁内部において、従来の弊害論を根拠とした合憲論には疑問が提されていた中での判決であるということである。従来の弊害論に対する最高裁内部の批判的見解は、昭和五七年三月二三日最高裁第三小法廷判決における伊藤正己裁判官の補足意見の中にみられた。伊藤補足意見は次のように述べていた。

「たしかに、これらの弊害は、文書图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。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って抑止するべき事柄であり、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らう。候補者にとっ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、それは候補者にとっ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う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、そのこと自体に対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ることができない。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こと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つ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くしく弱められることになると思われる。したがつて、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、本件第一審判決と同じ結論をたどるはずであつた。しかしこの意見では、最後のくだりで立法府裁量論を使つて違憲論否定に向かつていく。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

いと考えられる」と。この立法裁量論については本稿で触れないが、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ていることは注目されていた。

このような状況からすれば、今回の最高裁判決は、先例を踏襲するにしても、なお従前の考え方が今日にも妥当するか、今日に妥当するとしても、より精微な説得力のある理由づけの下でその論を展開すべきであったと思われる。

## 五 おわりに

正木事件の第一審判決は、公選法一四二条に対する違憲判決であっただけに、各新聞紙上でも大きくとりあげられ、筆者自身も事件の地元新聞社からコメントを求められ、選挙の自由と公正についての見解を述べたことがある。<sup>(22)</sup> 控訴審判決については、地元新聞はとりあげたが、大手新聞にはとりあげられなかった。上告審判決に至っては、衆参同日選挙の翌日で、選挙報道に紙面をとられたせいか地元新聞においても、他の選挙関係の報道と併せて、ごくわずかに「上告棄却」という判決結果が報せられただけであった。事件発生後一〇年を経過して、すでに報道価値を失したものと判断された故だろうと思うが、当初から本件に関心を持って来た筆者にとっては、たとえ最高裁判決が「上告棄却」の判決を下すものと推測し得ても、その理由づけを如何にするものか多大の興味を持っていた。なぜなら、本件は下級審判決上、違憲合憲の接点で争われて来た事件であったからである。上告以後上告審判決まで足掛三年の歳月をかけて審理したにも拘らず、結果的に最高裁判決は、昭和三〇年の先例を引き合いに出して合憲とするのみで、判例評釈をしようにも、あまりに中味のない判決であった。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」でもしない限り、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、国民の司法への不信をますます醸成してしまうであろう。

本件第一審判決と控訴審判決における違憲・合憲論争については、脚注(2)・(5)で紹介した通り中山研一教授、野中俊彦教授がその論を展開され、また全体として今日までの文書規制に対する判決の司法審査基準の変遷については、既に拙稿「公選法上の文書規制についての憲法論的考察」<sup>(1)</sup>において纏めている。正木事件最高裁判決が、余りにもその内容において簡単であったので、特別に最高裁判決をとりあげて、判例評釈を行うのも無意味のように思われた。しかし正木事件に当初から関わってきた筆者にとつて、この最高裁判決を契機に、本件の顛末について纏めておく責任も感じていた。そこで本稿において、正木事件における各判決はもちろんのこと、弁護側の主張や検察側の控訴趣意を資料として、文書規制に対する憲法論争の部分だけをとりあげ、違憲・合憲論争を認めた次第である。したがって前稿の正木事件について触れた部分との関係で、判例内容の紹介や評釈の部分等において重複するところもあることをお断わりしておきたい。

## 註

(1) 文書規制の憲法論的諸問題及び過去の文書規制をめぐる諸判例については、拙稿「公選法上の文書規制についての憲法論的考察」(一)・(二)・完」・鹿大法學論集二巻一号一頁及び二巻二号一頁において詳述している。併せて参照願えれば幸甚である。

(2) 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。

(3) 弁護人らは本件行為の構成要件の該当性について、①本件文書は「選挙運動のために使用する文書」ではないこと、②本件

文書の配布は「頒布」に当たらないという二点で争った。

弁護人らは①について、公選法一四二条にいう「選挙運動のために使用する文書図画」が如何なるものを指すか明らかでなく、その概念が曖昧不明確である故に、到底一般人がこれを理解し、あるいは具体的な場合に、当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしむるような基準を読みとることが不可能であること、本件で問題となった文書は、「みのわ幸代後援会入会のよびかけ」という奥書などがあり、入会勧誘などの活動のために作成された文書であり、「選挙運動のために使用する文書」にはあたらないと、②について、「頒布」という言葉は、「不特定かつ多数の者に配布すること」と解すべきなのに、「不特定又は多数の者に配布すること」と解するのは、国民の健全な常識、法感情そして行動パターンから遊離していること、本件被配布者らは、特定されており、多人数ともいえないし、また、本件配布行為は選挙運動員間の連絡行為であり、「頒布」にあたらぬ旨主張していた。

これに対して第一審判決は、①について、公選法一四二条にいう文書は、「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」と推知され得る文書」をいうのであつて、このことには判例学説に異論がみられないこと、本件文書の場合、「もともとほみのわ幸代の後援会入会の勧誘のために作成されたもので、当該選挙を目的とした内容や体裁を有するものではないと窺わせることには、当裁判所もこれを認めるにやぶさかではない」が、表紙には「みのわ幸代」の多色刷顔写真の掲載があるほか、本文には、その氏名、経歴、家族の紹介、活動を描いた写真のみならず、同候補者の抱負や政見、政界出馬の目的あるいは数人による推薦文等が、全ページに亘って記載されており、みのわ幸代の選挙運動のために使用する文書であることは優に認められるとし、②について、「頒布」についての判例の解釈が、国語の意味と若干相違することは明らかである。しかしながら、もとより法の意味解釈は、純粋に国語学的なものではなく、立法趣旨や法機能等を考慮した極めて目的になされるものである。従つてそこに両者の間で、ある程度の齟齬が生じ、法解釈が本来の意味から多少拡張したり、限定がなされることは、不可避な事態である」とした上で、「頒布」についての「不特定又は多数の者に配布する目的で、その内の一人以上の者に配布すること」という従来の最高裁の解釈を承認し、本件については、「認定した配布状況に照らせば、頒布の意義を註索するまでもなく、国語的に十分該当する」として弁護人らの主張を退けた。

また弁護人らは、本件捜査と起訴の目的が被告人と一般市民とを離間させ、被告人及び当地方の日本共産党の伸長を滅殺することを意図した政治的弾圧にあり、また同一警察署の他候補の文書違反に対する取扱いに比べて被告人を差別的に起訴したものであり、本件は、公訴の提起自体に濫用があり、棄却されるべきであると主張した。

これに対して第一審判決は、「捜査官側の被告人に対する個々の捜査活動や対処あるいは全体的な経緯をみると、そこに弁護人らの批判を無視し得ない若干の不当や不明朗が存し、それは被告人が共産党員であるがゆえの不等等であるとの疑念が払拭

しきれないにしても、これをもって、本件起訴が、公訴棄却すべきまでの瑕疵であるとは言い難い」として、弁護人らの主張を退けた。

(4) 昭和五年一〇月一四日岐阜地方検察庁検察官検事加藤保夫作成の控訴趣意書謄本より要約した。

(5) 本判決については、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二二条に違反しないと判断された事例」・判例時報一一〇八号八頁、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三二号一頁の判例評論がある。

(6) 公選法一四二条にいう「選挙運動のために使用する文書図画」について、判決は、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うる文書図画をいう」と解し、「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頒布が許されている文書図画を容易に見分けうる状況にあることなどにかんがみると、通常の判断能力を有する一般人が、具体的な場合において、その文書図画が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、『選挙運動のために使用する文書図画』が構成要件として不明確であるということではない」と判示し、個別本件で問題となつた文書についてはその外形内容自体からみてすでに「選挙運動のために使用する文書」であることが推知されるとしたうえで、その様な文書である限り、「それが特定の選挙における特定の候補者の当選を目的とするものであることが具体的に明記されていることは必ずしも必要でなく、これを見る者が頒布の時期、場所、当該選挙における当該人の立候補の有無などの状況から推して、特定の選挙における特定の候補者の当選を目的とするものであることが了解されるものであれば足りる」として、構成要件の該当性を認めた。

また「頒布」という言葉については、従来最高裁が採つてきた「頒布」に対する解釈、すなわち「不特定又は多数の者に配付する目的でそのうち一人以上の者に配付することをいい、特定少数の者を通じて当然又は成行き上不特定又は多数の者に配付されるような情況のもとで右特定少数の者に当該文書を配付した場合も、これにあたる」という解釈を採用して、このように解しても、その法的意義が、罪刑法定主義の見地からみて明確性を欠くものとは認められなかつたうえで、本件配布行為については、判決は、「被告人の本件配付行為は自己が経営する塾の一部の生徒の父兄らを対象とするものではあるが、それが多人数に対する配付であることは明らかであり、また、被告人と被配付者との間、また被配付者相互の間においても、候補者に対する支援の態度、関心の程度など均質ではなく、被告人の本件配付行為は、同候補者に対する投票依頼などの趣旨で選挙人である右父兄らに働きかける性格のものであつたと認められ、とうてい内部的な事務連絡ということではできない」として、弁護人らの主張を一蹴した。



公選法二五二条の公民権停止について判決は、「公民権停止に関する規定は、一定の選挙犯罪を犯し選挙の自由公正を書した者は相当期間選挙に関与させないようすることが選挙の公正適正化の見地から望ましいとの趣旨に基づくものであるから」、「文書图画頒布罪であっても、その違反の動機、態様、規模、反復継続性、それが選挙の公正に及ぼした影響、違反者の前歴、性格などその犯情はさまざまであり、犯情に照らし公民権停止を相当とする事案も有すること及び同条四項が情状により公民権停止の規定を適用せず、又はこれを短縮することによりその適正な運用をはかる途を残していることにかんがみると、……弁護人主張のように、その必要性、合理性を欠くものとは認められず、『罪刑の均衡』を逸脱したものである」と判示した。

また公訴の平等性について、判決は、「本件起訴が弁護人らの主張のような政治的弾圧の意図に出たと認めるに足りる証拠はなく、本件捜査の端緒、強制捜査の手続、執行などにおいても、特に違法視すべき瑕疵があったとは認められない。また弁護人ら主張の関警察署の他候補の文書違反に対する取扱いについて検討してみても、その事件は、記録に徴し本件と文書配付の状況などを異にするものであったことがうかがわれるのであるから、その取扱いなどと比較して、直ちに本件が差別的な起訴であると推認するのは相当でない」として弁護人らの主張を退けた。

(7) 「正木事件上告趣意書」(一九八三年「表現の自由を守り」正木猛さんを支援する会刊)、「正木事件上告趣意補充書」(一九八五年正木事件弁護団刊)及び同年の被告人本人による「正木事件上告趣意補充書」を参照して要約した。

(8) 東京高裁昭和四三年一〇月一日判決・刑集二三巻四号中の最高裁昭和四四年四月二三日大法廷判決文における第一審判決の  
 主文及び理由より参照。

(9) 大阪高裁昭和五五年九月九日判決・刑集三六巻三号中の最高裁昭和五七年三月二三日第三小法廷判決における第二審判決の  
 主文及び理由より参照。

(10) 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。本判決は、文書規制に立法裁量論が展開された昭和五七年三月二三日の伊藤補足意見より三日早く下されているが、これは戸別訪問違反事件において展開された、昭和五六年七月二二日最高裁第三小法廷判決伊藤補足意見における立法裁量論に寄っているものと思われる。

(11) 仙台高裁昭和五七年五月二六日判決・判例時報一〇六九号一四九頁。  
 佐藤功「日本国憲法概説」(全訂第二版)一一八頁。

(12) 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五三頁。  
 (13) 基本的な人権制限に対する一制約基準である比較衡量論については、拙稿「結社の権利についての一考察」・自治研究四六巻

(14) 一〇号一五三頁以下を参照されたし。

(15) 芦部信喜「現代における言論・出版の自由」・基本的人権(4)所収二二〇頁。

(16) 例えば木津簡裁判昭和三六年一〇月二日判決は、「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つて、弁護人の憲法違反の主張も理由がない」(刑集一八巻九号中の第一審判決の正文及び理由参照)と述べ、また東京地裁判昭和三七年七月二七判決は「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つて、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云えない。従つて本件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。そして東京地裁判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、かかる規制を認めめた公職選挙法一四二条の規定をもつ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(略)とするところであるから、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。

(17) 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判昭和五三年九月二二判決(刑集三六巻三号中の第一審判決の正文及び理由参照)や盛岡地裁判昭和五五年三月二五日判決(判例時報九六二号一三〇頁)があげられる。

(18) 「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ますけれども、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の最高裁判断が小法廷、大法廷の違いはありますが、ほとんど出そろつたと思います。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、詳細になつてゐる。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つ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ゐるといふ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。

(19) 本判決は、公選法一三八条一項(及び同二三九条三号)が憲法二一条一項に違反するとした昭和四四年一月二四日松江地裁

出雲支部判決に対する控訴審判決である。本判決は高裁段階で初めて公選法一三八条一項の違憲性を判示したものととして注目された。判例時報九六四号一三四頁。

- (20) 初宿正典「最高裁の戸別訪問禁止合憲判例の説得性」・法律時報五七卷一二号八二頁。
- (21) 最高裁昭和五七年三月二三日第三小法廷判決・刑集三六卷三号三三九頁。
- (22) 昭和五年五月三一日岐阜日々新聞朝刊。
- (23) 小林直樹「公務員の政治活動禁止の合憲判決」・法学セミナー一三三号一三三頁。