

執筆者・略歴等

氏名：井上典之（イノウエ ノリユキ）

現職：大阪学院大学法学部・教授

略歴（学歴・職歴）：

昭和 35（1960）年 2 月：大阪市に生まれる

昭和 53（1978）年 3 月：大阪府立八尾高等学校卒業

昭和 54（1979）年 4 月：神戸大学法学部入学

昭和 58（1983）年 3 月：同 卒業

昭和 58（1983）年 4 月：大阪大学大学院法学研究科博士前期課程入学

昭和 60（1985）年 3 月：同 修了（法学修士）

昭和 60（1985）年 4 月：同 博士後期課程入学

昭和 63（1988）年 3 月：同 単位修得・退学

昭和 63（1988）年 4 月：大阪学院大学法学部・専任講師（～平成 3（1991）年 3 月）

平成 3（1991）年 4 月：同 ・助教授（～平成 7（1995）年 3 月）

平成 7（1995）年 4 月：神戸大学法学部・助教授（～平成 8（1996）年 3 月）

平成 8（1996）年 4 月：同 ・教授（～平成 12（2000）年 3 月）

平成 12（2000）年 4 月：同 大学院法学研究科・教授（～令和 6（2024）年 3 月）

平成 21（2009）年 10 月：同 法学研究科長（～平成 23（2011）年 9 月）

平成 25（2013）年 4 月：神戸大学理事・副学長（～平成 31（2019）年 3 月）

令和 6（2024）年 4 月：神戸大学名誉教授、大阪学院大学法学部・教授（現職）

その他：平成 16（2004）年 6 月～平成 22（2010）年 9 月 旧司法試験審査委員（憲法）

平成 24（2012）年 5 月～平成 25（2013）年 11 月 司法試験審査委員（憲法）

令和 6（2024）年 9 月 司法試験委員会特別研究員（現職）

学位： 博士（法学）大阪大学（平成 8（1996）年 1 月）

現住所：

〒636-0013

奈良県北葛城郡王寺町元町 2 丁目 10-2

1 はじめに

公職選挙法 137 条の 2 第 1 項は、「年齢満 18 年未満の者は、選挙運動をすることができない」として、未成年者の選挙運動を一律全面的に禁止している。そして、この禁止の実効性を担保するために、同法 239 条 1 項 1 号は違反者（すなわち未成年者で選挙運動を行った者）に対して「1 年以下の拘禁刑又は 30 万円以下の罰金」を科するという刑罰規定を、同法 252 条は、罰金刑あるいは拘禁刑の言い渡しを受けた者に対する選挙権・被選挙権の停止を規定している。この選挙運動に関する R18 規制とでもいうべき規律については、1952（昭和 27）年改正法により選挙運動につき年齢制限が付された結果、長年にわたり満 20 歳を成年年齢とされていたことから、満 20 歳未満の者の選挙運動が禁止されていたのが、2016（平成 28）年の 18 歳選挙権の実現に伴う公職選挙法改正により、満 18 歳未満の者の選挙運動での使用禁止（現行 137 条の 2 第 2 項該当箇所）と共に、現行制度のように修正されたものである。

この R18 規制については、「本来、選挙運動を含む政治活動は憲法 21 条の表現の自由によって保障されており、18 歳未満の選挙運動の全面的な禁止については、憲法学から疑問が呈されている」¹との問題の指摘がなされている。すなわち、制限されている権利の重要性から、一律全面禁止の規制は、慎重にその憲法適合性を判断すべきであると考えられ、議会制民主主義の下での選挙運動の自由の重要性に鑑みると、それを禁止することは一般的に未成年者にも保障されている自由な政治活動の委縮にもつながることが懸念される²ことから、選挙運動の R18 規制は、憲法上の疑義があるということである。

憲法は、選挙における成年年齢を具体的には決定せず、選挙における成年年齢を「政治的意思決定能力を有する年齢」と解して、成年年齢を何歳にするのかは立法府の判断に委ねている。そして、2007（平成 19）年に成立した「日本国憲法の改正手続に関する法律（国民投票法）」において憲法改正のための国民投票の投票権者を 18 歳以上の日本国民とした（同法 3 条）結果、前述の通り、2016（平成 28）年の公職選挙法の改正により 18 歳選挙権が実現し、選挙制度における成年年齢が 18 歳とされ、18 歳未満が未成年者とされるに至っている³。ここに実は、大きな問題が潜んでいるといえる。例えば、選挙における成年年齢が 18 歳とされた結果、高校 3 年生の中に成年者と未成年者が混在することになり、それまで同じ学校での教育課程を経て高校 3 年生になっている生徒の中に、成年者と未成年者が区別され、同級生でも R18 規制によって選挙運動を行える者とそれが行えない者に二分され

¹ 斎藤一久「子どもや若者の選挙権・被選挙権、そして政治参加」法学セミナー848号（2026年）38頁参照。

² この懸念の表明は、斎藤・前掲注 1)38頁参照。

³ いうまでもなく、2018（平成 30）年の民法改正（同法の施行は 2022（令和 4）年 4 月 1 日）により、経済取引における成年年齢も満 18 歳に引き下げられ（現行民法 4 条）、2026 年の現在、選挙についてだけでなく、一般に成年年齢は 18 歳と考えられ、満 18 歳未満の者が未成年者とされている。

ている。そのために、例えば、SNS で具体的な公職の候補者のツイートに、18 歳になっている高校 3 年生はリツイートしても成年者であることから許されるのに、まだ 18 歳の誕生日を迎えていない同級生がリツイートすると未成年者に禁止された選挙運動を行ったとして処罰される可能性がある⁴ということになって、憲法上保障される自由な選挙運動についての取扱いに大きな違いが生じているということになる。この点は高校 3 年生だけでなく、未成年の高校生や中学生が SNS にリツイートした場合でも同じ問題が発生する。

このような現在の情報・IT 環境を利用した政治的意見表明の場を制限するような問題を惹起する未成年者一般に対する選挙運動の禁止は、本当に憲法上合理的で必要な規制として正当化できるのであろうか。選挙運動に関する R18 規制は憲法上問題なく合理的な憲法上の権利に対する制約になっているのであろうか。以下では少し、詳細にこの問題についての検討を試みることにする。

2 未成年者といえども主権者

選挙運動とは、最高裁の判断によると、「特定の選挙の施行が予測せられ或は確定的となつた場合、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くは得しめる目的を以つて、直接または間接に必要かつ有利な周旋、勧誘若くは誘導その他諸般の行為をなすこと」とされている⁵。すなわち、選挙運動とは、「特定の選挙の施行が予測される場合に、特定の人を当選させるために行う諸行為」⁶と言い換えることができる（なお現在、国政選挙は政党本位・政策本位の選挙制度になっていることから、特定の選挙において特定の政策を支持してそれを主張する政党の候補者の当選を目指して行う行為も選挙運動に該当するであろう）。そして、選挙とは「主権者たる国民の意思を国政に反映させる重要な場」であり、選挙運動はその主権者国民の意思を国政に反映させる場を確保するためのものとして、「選挙運動の規制を全く撤廃して候補者および政党の自由な競争に任せるという方向と、選挙運動についての一定のルールを定め、その枠内において、候補者および政党の競争が公平に行われるよう保障するという方向とが考えられる」が、「選挙運動が憲法の保障する表現の自由の一環をなすことを考えると、前者（規制をなくして自由な競争に任せるという方向＝井上）が本来の姿と考えられる」⁷とされることになる。ということは、選挙運動を禁止するという方法は、憲法 21 条 1 項の表現の自由に対する制約として重大な問題を提起するものであり、その点で主権者たる国民の意思を国政に反映させる場への関与を制限する機能を果たし、国民の主権者としての地位を縮減する方向に作用するものになるといえる。

憲法学説上、国民主権原理には二つの規範的要素が含まれているとされ、それが「権力的契機」と「正当性の契機」といわれている。前者は、「国の政治のあり方を最終的に決定す

⁴ この例は、齊藤・前掲注 1)38 頁参照。

⁵ 最決 1963(昭和 38)年 10 月 22 日刑集 17 巻 9 号 1755 頁。

⁶ 最高裁の判断を基に選挙運動をこのように言い換えるものとして、渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達郎『憲法 I 基本権[第 2 版]』（日本評論社、2023 年）453 頁（渡辺執筆）参照。

⁷ 長谷部恭男『憲法[第 8 版]』（新世社、2022 年）351 頁参照。

る権力を国民自身が行使する」ということであり、そこでの主権を有する国民は「実際に政治的意思表示を行うことのできる有権者」を意味するとされることから、主権者・国民とは選挙における成年者を意味すると考えられるのに対して、後者は、「国家の権力行使を正当づける究極的な権威は国民に存する」こととされ、そこでの主権の保持者としての国民は「有権者に限定されるべきではなく、全国民である」と考えられ、このような国民主権原理は「代表民主制、特に議会制と結びつくことになる」とされ、「国家権力の正当性の淵源としての国民は『全国民』であり、すべて『国家権力は国民から発する』ということになる」といわれている。以上のような理解を前提に、国民主権の権力的契機に含まれる「主権の権力性とは、具体的には、憲法改正を決定する（これこそ国の政治のあり方を最終的に決定することである）権能を言う」⁸とされ、ここで念頭に置かれている有権者は、憲法改正の国民投票についての投票権を有する満 18 歳以上の日本国民ということになる。そうだとするならば、国政・地方の代表者選出行為となる通常の選挙の場面では、権力的契機による国民の範囲の限定はつかず、代表民主制と結びつく正当性の契機の場面での全国民が主権者ということになる。

これに対して、国政のあり方を決定するのは憲法改正の場面だけではなく、代表者選出行為である通常の選挙の場面も、国民主権原理の権力的契機の妥当する領域であって、そこでの主権者国民は選挙権を有する有権者（すなわち選挙における成年者）に限定されると考えることもできるかもしれない。しかし、憲法原理である国民主権の主権者国民の要件の決定と、憲法の下で実施される国家権力を行使する代表者選出行為としての選挙制度の下での国家機関としての選挙人の資格の決定の間には著しい質的な差異があり、主権の保持者である日本国民の範囲は法律で自由に決定できるものではなく、老若男女を問わず一切の自然人たる国民の総体を意味するとの見解⁹もある。現実には、日本国民たる要件を定める国籍法の規制に関して、最高裁は、国籍法 3 条 1 項（平成 20 年改正前のもの）の準正要件の違憲性が問題になった事件¹⁰で、「憲法 10 条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものであると解される」が、「このようにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法 14 条 1 項違反の問題を生ずることはいうまでもない」として、国民の要件を定めるにあたっての立法裁量にも憲法上の限界があることを承認したうえで、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある」としている。そうだとするならば、国家の権力行使の正当性を担保する正当性の契機と国政のあり方を決定する権力的契機をバラバラに考える必要はなく、権力的契

⁸ このような憲法学説については、憲法の代表的教科書ともいべき芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法[第 8 版]』（岩波書店、2023 年）41～43 頁参照。

⁹ このような見解の紹介については、工藤達郎『『日本国民』とは誰を指しているのか？』井上典之・鈴木秀美・小山剛・山元一・山崎栄一・西土彰一郎（編）『もうひとつの憲法学 I 棟居快行先生古稀記念』（信山社、2026 年）165 頁参照。

¹⁰ 最大判 2008(平成 20)年 6 月 4 日民集 62 巻 6 号 1367 頁。

機を行使して選ばれた代表者が国家権力を行使しているから、その国家権力の行使が正当化できるとして、民主権原理の規範的要素を一体的にとらえ、主権を保持する国民は有権者（選挙における成年者）に限定されるのではなく、公的資格を付与され、基本的人権の享有主体になる資格を持つ全国民であると考えることが必要になってくる。実際に、最高裁も、議員定数不均衡の問題を取り扱う定数訴訟において、投票価値の平等の審査の際には、各選挙区の人口数を基準にしており、有権者数を基準に投票価値の差異を検討しているわけではない¹¹ことを考慮すれば、通常の国政・地方選挙における主権者国民は、選挙権を有する有権者だけでなく、広く国籍を有する国民の総体としての全国民ととらえていると考えられる。

以上のように考えれば、満 18 歳未満の日本国民であれば、選挙権を付与される成年者ではなく選挙権を付与されていない未成年者であるとしても、主権者国民であって、国家権力の淵源となる主権者に違いなく、憲法前文第 1 段で「人類普遍の原理」とされる議会制民主主義の下での国政の権威の源になる国民に該当することは否定できない。特に、近年の選挙では、これからの日本国のあり方、地方公共団体の進むべき方向等に関する政策を候補者あるいは政党が展開して選挙運動が繰り広げられている。この将来の国や地方の進むべき方向を政策として選挙戦が展開される以上、それは成年者だけではなく、将来成年者になる現在の未成年者にとっても重要な関心事になることは否定できず、選挙権を持たない未成年者には関係のない事柄であって、それについての意見を述べることは許さないというのは、未成年者の政治的意見表明だけではなく、主権者としての地位を否定することにもなってしまう。そして、満 18 歳未満の未成年者はその政治的意思を直接表明する選挙権を持たないが故に、選挙運動にも参加できないとされると、代表者選出行為である特定の選挙において、自己の政治的意思を反映させる場への参加の機会を完全に奪われてしまうという結果に陥る。つまり、国政の権威の源になる主権者でありながら、未成年という年齢要件によって代表者選出行為である選挙に一切関与できないとすることは、未成年者を国政から排除するという憲法の定める民主権原理という客観法原則に違反する重大な憲法違反を惹起することになる。

このような未成年者の権利に対する否定的効果を持つ R18 規制は、未成年者は一律に「政

¹¹ 定数訴訟の出発点とされる 1976 年判決（最大判 1976(昭和 51)年 4 月 14 日民集 30 巻 3 号 223 頁）では、「各選挙区の選挙人数又は人口数（厳密には選挙人数を基準とすべきものと考えられるけれども、選挙人数と人口数とはおおむね比例するとみてよいから、人口数を基準とすることも許されるというべきである。それ故、以下においては、専ら人口数を基準として論ずることとする。）と配分議員定数との比率の平等が最も重要かつ基本的な基準とされるべき」と述べているが、1994(平成 6)年の衆議院議員選挙制度改革に際して制定された衆議院議員選挙区画定審議会設置法 3 条 1 項は「各選挙区の人口（最近の国勢調査（統計法（平成十九年法律第五十三号）第五条第二項の規定により行われる国勢調査に限る。）の結果による日本国民の人口をいう。以下この条において同じ。）の均衡を図り、各選挙区の人口のうち、その最も多いものを最も少ないもので除して得た数が二以上とならないようにすること」として、国勢調査によって算出された日本国民の人口を基準に小選挙区の区割基準の 1 つとして規定することから、1999(平成 11)年判決（最大判 1999(平成 11)年 11 月 10 日民集 53 巻 8 号 1441 頁）以降の小選挙区の定数配分の較差の審査は、もっぱら人口数を基準に審査されている。

治的意思決定能力を有していない」という理由で国家の権力行使の正当性の淵源になれないとして、国民が代表者に国政を負託し、国政の担当を授権する選挙¹²という場への関与を完全に否定してしまう主権者としての憲法上の地位を否定する効果を持つになる。それは、納税額によって「政治的意思決定能力」の有無を決めつけて選挙権付与の可否を定めていた制限選挙と同じように、満 18 歳未満の者を主権者の中の下等市民として選挙の場から排除するものと考えざるを得ないことになる。確かに、15 条 3 項は「公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障する」として、成年者による普通選挙の原則を規定しているが、それは主権者国民としての未成年者を選挙制度から一切排除してもよいという意味ではない。「成年者による普通選挙」の保障は、選挙権付与に関しては年齢以外の要件を課してはならないという意味¹³であり、選挙という場に選挙運動という方法で関与することについてまで年齢制限を課してよいとする規範ではない。この点は、憲法 15 条 1 項が「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」として、この権利には年齢制限を付していないことから推察することができるうえ、さらに、公職選挙法 137 条の 2 第 2 項が満 18 歳未満の者を「選挙運動のための労務に使用する」ことを禁止していないことから、未成年者は肉体労働で選挙運動には関与できるが、政治的意思を表明する選挙運動としての精神的活動は認めないとしていることから、未成年者を下等市民とみなしているといえるのではないだろうか。すなわち、選挙運動についての R18 規制は、代表者選出行為としての選挙での未成年者の政治的意見表明の権利（憲法 21 条 1 項の表現の自由によって保障される権利）を否定することによって、選挙という場に参加する未成年者の主権者としての権利をも否定するという憲法上の重大な問題を提起し得るのである。

3 選挙運動の規制の正当性判定の二類型

(1) 初期最高裁の単純な「公共の福祉」論

以上のように、選挙運動は、すべての主権者国民の選挙という場への参加行為という側面を持つ政治的意見表明の自由としての表現の自由によって保障される行為であるといえ、その制約は国民主権原理に基づく議会制民主主義の健全な展開に鑑みて最も重要な憲法上保障されるべき国民の自由・権利であるといえる。これに対して、公職選挙法は、選挙運動の規制を撤廃して自由な競争に任せるという方向にではなく、競争が公正かつ公平に行われるようにするルールを定め、「選挙運動の期間、主体、方法、資金などにつき厳しい」様々な規制を置いている¹⁴。そして、初期の最高裁は、選挙運動に対する規制に関して、「憲法 21 条は言論出版等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のおのづから存する」としたうえで、「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

¹² 選挙についての意味をこのように解するものとして、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ[第 5 版]』（有斐閣、2012 年）13 頁（高見執筆）参照。

¹³ 長谷部・前掲注 7)339 頁では、「普通選挙とは、広い意味では、社会的地位、財産、納税額、教育、信仰、人種、性別などを選挙権の要件としない選挙制度」とし、「狭い意味では財力（財産や納税の額）を選挙の要件としないもの」をいうとしている。

¹⁴ この点の指摘は、長谷部・前掲注 7)351 頁参照。

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つて、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¹⁵と簡単に、抽象的弊害論の下で「公共の福祉」を根拠に、選挙運動の規制に合憲とのお墨付きを与えていた¹⁶。

この最高裁の合憲論は、憲法 21 条 1 項の保障する自由の規制に対する保護法益を「選挙の自由公正」に求めるものの、それが具体的に何なのかについての言及はなく、そこで発生する保護法益に対する弊害も単なる「おそれ」とどまり、調整の対象となっている人権の制約根拠である「公共の福祉」が抽象的な内容のままになっていて、「実質的には抽象的な『公共の福祉』を伝家の宝刀のようにして、具体的基本的人権である『表現の自由』が簡単に制約されている」¹⁷結果になっているのである。そして、その後の事件でも、概ねこの 1950(昭和 25)年大法院判決を基本的先例として、「公共の福祉」の内容となる「選挙の自由公正」に対する弊害の除去という理由を挙げれば、無媒介的に選挙運動の規制が憲法 21 条には違反しないとの結論を導き出すという手法で、選挙運動規制の最高裁の合憲論を一貫して展開していた¹⁸。しかしその後、最高裁は、選挙運動の規制の合憲性判定について、抽象的な公共の福祉論から、「よりきめ細かい議論を展開している」¹⁹といわれることになる。そこで、以下では、最高裁が展開する選挙運動規制に対する合憲性判定の手法について検討してみることにする。

(2) 「間接的・付随的制約」論？

選挙運動規制のうちの戸別訪問禁止（公選法 138 条）の合憲性について、最高裁は、まず選挙運動の規制が意見表明の手段方法の禁止に伴う限度での「間接的・付随的制約」にすぎないとの判断を下す。最高裁は、1981(昭和 56)年 6 月 15 日の判決²⁰で、「戸別訪問の禁止は、意見表明そのものの制約を目的とするものではなく、意見表明の手段方法のもたらす弊害、すなわち、戸別訪問が買収、利害誘導等の温床になり易く、選挙人の生活の平穏を害するほか、これが放任されれば、候補者側も訪問回数等を競う煩に耐えられなくなるうえに多額の出費を余儀なくされ、投票も情実に支配され易くなるなどの弊害を防止し、もつて選挙の自由と公正を確保することを目的としている」のであって、この「目的は正当であり、それらの弊害を総体としてみるとときには、戸別訪問を一律に禁止することと禁止目的との間に合理的な関連性があるといえることができる。そして、戸別訪問の禁止によつて失われる利

¹⁵ 最大判 1955(昭和 30)年 4 月 6 日刑集 9 卷 4 号 819 頁。なお、この前半の「公共の福祉」論に関する記述は、個別訪問の禁止に関する最大判 1950(昭和 25)年 9 月 27 日刑集 4 卷 9 号 1799 頁を先例として引用している。

¹⁶ 選挙運動規制に関する初期最高裁の判断について、このように評するものとして、上脇博之「選挙期間中の文書活動の制限」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿・小島慎司（編）『憲法判例百選Ⅱ[第 8 版]』（有斐閣、2025 年）338 頁参照。

¹⁷ 上脇・前掲注 16)338～339 頁参照。

¹⁸ このような初期最高裁の選挙運動規制に対する一貫した合憲判断の内容に関する問題点の詳細については、井上典之「選挙運動規制の再検討—『選挙の公正』と『選挙の自由』の調整？」論及ジュリスト 5 号（2013 年）90～92 頁参照。

¹⁹ 長谷部・前掲注 7)351 頁参照。

²⁰ 最判 1981(昭和 56)年 6 月 15 日刑集 35 卷 4 号 205 頁。

益は、それにより戸別訪問という手段方法による意見表明の自由が制約されることではあるが、それは、もとより戸別訪問以外の手段方法による意見表明の自由を制約するものではなく、単に手段方法の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約にすぎない反面、禁止により得られる利益は、戸別訪問という手段方法のもたらす弊害を防止することによる選挙の自由と公正の確保であるから、得られる利益は失われる利益に比してはるかに大きいといえることができる」ので、「戸別訪問を一律に禁止している公職選挙法 138 条 1 項の規定は、合理的で必要やむをえない限度を超えるものとは認められず、憲法 21 条に違反するものではなく、「したがって、戸別訪問を一律に禁止するかどうかは、専ら選挙の自由と公正を確保する見地からする立法政策の問題であつて、国会がその裁量の範囲内で決定した政策は尊重されなければならない」との判断を下している。この判断は、戸別訪問の禁止の目的自体が表現の自由を制約すべき根拠となり得なかったり、その手段によって目的を達成し得るか否かの点で合理的な関連性を欠いていたり、選択された手段がその目的を達成するうえで行き過ぎていたりしていることから、公選法 138 条 1 項は憲法上許される合理的かつ必要やむを得ない限度の規制であるとは考えることができないとした下級審の判断²¹に対して、「原判決は、憲法 21 条の解釈を誤るとともに当裁判所の判例と相反する判断をしたもの」との最高裁の見解を示すために展開されたものであった。

この最高裁の判断は、公務員の政治活動の禁止の合憲性を示した猿払事件²²を先例として引用し、戸別訪問の規制は意見表明そのものの規制を目的にしているわけではなく、手段方法のもたらす弊害の防止を正当な目的とするとの前提から、弊害防止という正当な目的と戸別訪問の一律禁止との間には合理的関連性があり、禁止によって得られる利益は、意見表明の自由に対する間接的・付随的制約にすぎない規制によって失われる利益よりもはるかに大きいという利益衡量の三段階の論法で原審の違憲判断を覆し、戸別訪問禁止の合憲性を論じている。この表現の自由に対する規制の合憲論の論法は、下級審での公務員の政治的活動の一律全面禁止についての適用違憲の判断に対して、規制目的の正当性を前提に、「公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められる政治的行為を禁止することは、禁止目的との間に合理的な関連性があるものと認められる」としたうえで、得られる利益は「公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益」であるのに対して、規制によって失われる利益は意見表明の自由そのものではなく、「単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約」にすぎないから「得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべき」との利益衡量を展開して、規制を合憲とした猿払事件の論法をそのまま準用したものとなっている²³。ただ、このような論法で選挙運動の規制の合憲性を簡単に導き出すことに対しては、まず、意見表明の手段方法を制限する立法について憲法 21 条との適合性に関する判断として「間接的・付随的制約」論を一般化して用いている点での問題点²⁴や、「選挙運動規制は内容に着目した規制ではないかとの疑いが拭い切れない上、……審査のあり方が緩やかにすぎないかと

²¹ 広島高裁松江支判 1980(昭和 55)年 4 月 28 日刑集 35 巻 4 号 418 頁。

²² 最大判 1974(昭和 49)年 11 月 6 日刑集 28 巻 9 号 393 頁。

²³ この見解は、横大道聡「戸別訪問の禁止」憲法判例百選Ⅱ・前掲注 15)343 頁参照。

²⁴ この点の指摘は、井上・前掲注 18)93 頁参照。

の点でも」疑問がある²⁵とされることになる。

最高裁の内部でも、この緩やかな「間接的・付随的制約」論という論法を表現の自由の規制に一般的に用いることに対して批判的見解が展開されることになる。それが、選挙運動としての戸別訪問禁止についての1981(昭和56)年7月21日の最高裁判決における伊藤正巳裁判官の補足意見²⁶になる。そこでは、「欧米の議会制民主主義国にあつては、戸別訪問は禁止されていないのみではなく、むしろそれは、候補者と選挙人が直接に接触し、候補者はその政策を伝え、選挙人も候補者の識見、人物などを直接に知りうる機会を与えるものとして最も有効適切な選挙運動の方法であると評価されている」とし、「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つ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」としたうえで、「表現の自由の制約は、多くの場合に、……手段によつてされるのであり、これが単に合理的なものであれば許容されると解されるのであれば、表現の自由の制約が広く許されることになり、正当な解釈とはいえず、「表現の自由の行使の一つの方法が禁止されたときも、その表現を他の方法によつて伝達することは可能であるが、禁止された方法がその表現の伝達にとつて有効適切なものであり、他の方法ではその効果を挙げえない場合には、その禁止は、実質的にみて表現の自由を大幅に制限することとなる」とともに、「たしかに選挙運動において候補者の政策を選挙人に伝える方法として多くのものが認められてはいるが、戸別訪問が直接に政治的意見を伝えることができるとともに、また選挙人側の意思も候補者に伝えられるという双方向的な伝達方法であることなどの長所をもつことを考えると、戸別訪問の禁止がただ一つの方法の禁止にすぎないからといつて、これをたやすく合憲であるとするのは適切ではない」との批判を展開したうえで、「これまで戸別訪問の禁止を合憲とする根拠とされてきたもの」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」なく、「戸別訪問は選挙という政治的な表現の自由が最も強く求められるところで、その伝達的手段としてすぐれた価値をもつものであり、これを禁止することによつて失われる利益は、議会制民主主義のもとでみのがすことができない」ことから、これまでの合憲論が展開してきた「理由のみでもつて戸別訪問の禁止が憲法上許容されるとすると、その考え方は広く適用され、憲法21条による表現の自由の保障をいちじるしく弱めることになる」との見解が展開されている²⁷。

このような批判が展開されているにもかかわらず、伊藤正巳裁判官自身は、公職選挙法に定められる選挙運動の規制は「憲法15条、21条に違反するものではないとする法廷意見に同意し、それを違憲とする所論は理由がないと考える」との見解もつけ加えている。そこで、

²⁵ 長谷部・前掲注7)351～352頁参照。なお、選挙運動の規制を「表現の自由の制限として考える」とすれば、「公選法上の制限・禁止の多くは違憲となろう」とする見解もある。これについては、小山剛『「憲法上の権利」の作法[第3版]』（尚学社、2016年）169頁参照。

²⁶ 最判1981(昭和56)年7月21日刑集35巻5号568頁の事件に付された補足意見。

²⁷ この見解は、最判1982(昭和57)年3月23日刑集36巻3号339頁での選挙運動における文書図画等の頒布の規制に関する事件でも、1981年判決での補足意見と同様とする伊藤正巳裁判官の補足意見が付されている。

伊藤正巳裁判官は、選挙運動の規制「を合憲とする理由についていささか私見を明らかにしておきたい」として提示するのが、「選挙のルール」論といわれるものになる²⁸。そこで次に、この「選挙のルール」論とはいかなるもので、政治的意見表明の自由や主権者国民の選挙への参加権の正当な規制根拠となり得るのか否かを検討してみよう。

（３）「選挙のルール」論？

伊藤正巳裁判官が公職選挙法の選挙運動規制を合憲とする重要な論拠として展開するのが「選挙のルール」論である。それは、「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少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べき」との前提から、「法の定めたルールを各候補者が守ることによつ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定されて」おり、「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る範囲が広く、それに対しては必要最少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」とする見解である。そのうえで、伊藤正巳裁判官は、憲法 47 条を持ち出して、それは「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」おり、「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」と考え、具体的な選挙運動の規制が「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」ものと考えられない限り、当該規制自体が憲法に違反するとは解されないとされることになる。以上の論拠から、戸別訪問禁止に関しては、法廷意見が提示するような「諸弊害を伴うことをもつ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」としつつ、「もとより戸別訪問の禁止が立法政策として妥当であるかどうかは考慮の余地があるが…」、これは、その禁止が憲法に反するかどうかとは別問題である」として、法廷意見が提示したものと同じように、広い立法裁量を前提にして、規制を非常に簡単に合憲と導く結論を示している。この点は、戸別訪問の禁止だけでなく、文書図画の頒布・掲示の規制についての事件の補足意見でも、「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に、国会が定めたルール「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」とし、「文書図画による選挙運動に……弊害の伴うことが考えられる以上、公職選挙法……による制限（文書図画の頒布の規制＝井上）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」との結論を示している。なお、この事件の補足意見でも、「現行法のようなきびしい制限が立法政策として妥当かどうかは考慮の余地があろうが、これはその制限が憲法に違反するかどうかとは別問

²⁸ 伊藤正巳裁判官の補足意見で展開される見解をこのように呼ぶのは、井上・前掲注 18)93 頁、横大道・前掲注 23)343 頁参照。

題」として、選挙運動の規制を憲法 21 条の表現の自由の規制に関する問題とするのではなく、47 条の下での立法府によって定められる「選挙のルール」の合理性の問題とすることになる。そのうえで、立法府の裁量行使の合理性と、規制の憲法適合性とは区別されるかのような判断が示されている。

このような「選挙のルール」論は、「選挙運動に関する規制は、選挙運動という公平な競争を成り立たせているルールであり……、そのルールの設定が憲法 47 条によって国会に委ねられている以上、ルールの内容が合理的といえないような特段の事情がない限り、各候補者は国会の制定したルールを尊重すべきである」とする見解であって、規制そのものを「調整問題を解決するルールの一種として理解しようとする試み」となっている²⁹。この理解を前提にすれば、規制そのものがルールであって、そのようなルールがなければ選挙運動そのものがそもそも想定できないことになり、選挙運動の自由・権利というのは、憲法上の抽象的な権利にすぎず、それは国会により定められたルールによって初めて具体化される「制度に依存した権利」³⁰であり、その権利の内容は公職選挙法によって内容形成されたものであるから、権利行使は「合理的といえないような特段の事情がない限り」ルールの範囲内でしか認められないと考えられることになる。すなわち、「選挙のルール」論は、選挙運動についての公職選挙法上の規律が『権利・自由の制限』という『権利の論理』ではなく、『競争の公平、公正の確保』という『制度の論理』で構成することにより、前者で構成した場合には必ずしも合理的とはいえない規制を正当化する役割を果たす³¹効果を生み出す論法になるということである。選挙運動の規制を表現の自由の制限と考える限り、当該規制の多くは違憲となろうが、選挙運動の規制は自由・権利の制限としてではなく、ルールの問題と考えた方がよく、そう考えるべき理由は、当該「規制の合憲性を説明するため（だけ）」ではなく、「合理的関連性という緩やかな基準を表現の自由に対して用いるべき場合を限定するためにも、ルール（制度）としての構成が要請される」といった憲法学説からの見解³²も主張されることになる。

この「選挙のルール」論を明示的に展開していないが、それを前提に論理を組み立てているのではないと思われるのが、1994(平成 6)年に成立した「政治改革」関連法に基づく衆議院議員選挙制度の改正による現行の小選挙区比例代表並立制の下での候補者届出政党に政見放送その他の選挙運動を認めている公職選挙法の規定が憲法 14 条 1 項に違反するか否かが争点とされた事件³³での最高裁大法廷の判断になる。そこでは、「小選挙区選挙においては、候補者のほかに候補者届出政党にも選挙運動を認めることとされているのであるが、政党その他の政治団体にも選挙運動を認めること自体は、選挙制度を政策本位、政党本位のものとするという国会が正当に考慮し得る政策的目的ないし理由によるものであると解されるのであって、十分合理性を是認し得る」し、「候補者と並んで候補者届出政党にも選挙運動を認めることが是認される以上、候補者届出政党に所属する候補者とこれに所属しな

²⁹ この点の指摘は、長谷部・前掲注 7)352 頁参照。

³⁰ このような権利があること、選挙という制度に選挙権の内容は依存していることを示すものとして、小山・前掲注 25)165～166 頁参照。

³¹ 横大道・前掲注 23)343 頁参照。

³² この見解を明確に指摘するものとして、小山・前掲注 25)169～170 頁参照。

³³ 最大判 1999(平成 11)年 11 月 10 日民集 53 巻 8 号 1704 頁。

い候補者との間に選挙運動の上で差異を生ずることは避け難いところであるから、その差異が一般的に合理性を有するとは到底考えられない程度に達している場合に、初めてそのような差異を設けることが国会の裁量の範囲を逸脱するというべき」であり、「自動車、拡声機、文書図画等を用いた選挙運動や新聞広告、演説会等についてみられる選挙運動上の差異は、候補者届出政党にも選挙運動を認めたことに伴って不可避免的に生ずるということが出来る程度のものであり、候補者届出政党に所属しない候補者も、自ら自動車、拡声機、文書図画等を用いた選挙運動や新聞広告、演説会等を行うことができるのであって、それ自体が選挙人に政見等を訴えるのに不十分であるとは認められないことにかんがみれば、右のような選挙運動上の差異を生ずることをもって、国会の裁量の範囲を超え、憲法に違反するとは認め難い」だけでなく、「政見放送は選挙運動の一部を成すにすぎず、その余の選挙運動については候補者届出政党に所属しない候補者も十分に行うことができるのであって、その政見等を選挙人に訴えるのに不十分とはいえないことに照らせば、政見放送が認められないことの一事をもって、選挙運動に関する規定における候補者間の差異が合理性を有するとは到底考えられない程度に達しているとは断定し難いところであって、これをもって国会の合理的裁量の限界を超えているということとはできない」との判断が下されている。この判断の前提には、「衆議院議員の選挙制度の仕組みの具体的決定は、国会の広い裁量にゆだねられている」のであって、「選挙運動をいかなる者にいかなる態様で認めるかは、選挙制度の仕組みの一部を成すものとして、国会がその裁量により決定することができる」とする「選挙のルール」論が暗示されている。但し、この最高裁の判断は、政党本位・政策本位の選挙制度において、その制度設計の下で生じる選挙運動の差異が憲法 14 条 1 項との関係で不合理といえるか否かの判定において、選挙制度の仕組みの合理性を前提にする判断であることから、「選挙のルール」論を前面に押し出さなくても立法裁量を広く認められる事案であったと解することができる。

さらに、この判断は、後の 2007(平成 19)年の大法廷判決³⁴でも繰り返され、「選挙運動をいかなる者にいかなる態様で認めるかは、選挙制度の仕組みの一部を成すものとして、国会がその裁量により決定することができるものというべき」であり、「憲法は、各候補者が選挙運動の上で平等に取り扱われるべきことを要求しているというべきであるが、合理的理由に基づく認められる差異を設けることまで禁止しているものではないから、国会が正当に考慮することのできる政策的目的ないし理由を考慮して選挙運動に関する規定を定めた結果、選挙運動の上で候補者間に一定の取扱いの差異が生じたとしても、そのことによって直ちに違憲の問題が生ずるものではなく、国会の具体的に決定したところが、その裁量権の行使として合理性を是認し得ない程度にまで候補者間の平等を害するというべき場合に、初めて憲法の要求に反することになる」との判断が提示されることになる。この事案でも、政策本位・政党本位を基本理念とする選挙制度の基本的決定そのものを立法裁量としたうえで、その選挙制度の下でのサブ制度である選挙運動の仕組みの内容形成も広い立法裁量にゆだね、サブ制度の内容がベースとなる選挙制度と関係で「合理性を是認し得ない程度」という基準でその憲法適合性を判定するもの³⁵になっている。

³⁴ 最大判 2007(平成 19)年 6 月 13 日民集 61 卷 4 号 1617 頁。

³⁵ このような理解は、植松健一「衆議院小選挙区比例代表並立制の合憲性」憲法判例百選

以上のような「選挙のルール」論は、結論的には「間接的・付随的制約」論と同じように、政治的意見表明の自由という憲法上重要とされている権利の制約の問題を、権利制約とはみなさずに制度に依存する権利の内容形成の問題という観点からの憲法適合性審査をすり替えて、「制度に依存した権利」という考え方の下で広汎な立法裁量論に依拠して「合理的関連性」という非常に緩やかで粗い審査方法を用いることを導くだけの手法になっている。これでは、「選挙のルール」論は、本来、経済的自由とは区別された精神的自由の領域に立法裁量を広く認める積極的・政策的規制を容認するという最高裁の判断³⁶とは矛盾する考え方を、選挙制度という場に限ったとしても取り込むことになるという問題だけではなく、そもそも最高法規である憲法の内容を無視して、立法府に選挙のルールの内容をほとんど白紙委任のような形の裁量に委ねるという趣旨を47条が承認しているのか否かも疑わしいといえる。さらに、「選挙のルール」論に対しては、「商取引のルール設定や交通規則のような典型的調整問題と異なり、選挙運動については、規制のない自由な活動という憲法が想定するベースラインが存在するのではないか」という疑問³⁷も投げかけられることになる。

結局、様々な疑問が投げかけられる選挙運動規制についての最高裁の判断手法が、選挙運動に関するR18規制にも適用され、選挙運動から未成年者を排除することが憲法上問題ないという結論に導くことはないのか否かを次に検討しなければならない。

4 R18 規制への最高裁の判断手法のあてはめの可否

選挙は、未成年者を含めた主権者国民がその意思を政治に反映させる重要な場であり、民主制プロセスの中心的位置を占めるものである。そのためか、日本では、「特定の選挙について、特定の候補者の当選を目的として、投票を得又は得させるために直接又は間接に必要かつ有利な行為」を「選挙運動」とし、その他の「政治上の目的をもって行われる行為」を「政治的活動」としたうえで、両者を区別し、形式的には前者を包括的禁止・限定的解除の方式で大日本帝国憲法時代から規制をかけ続けている³⁸。そして、そのような方法での規制については、国民主権原理を採用し、表現の自由を保障する日本国憲法の下でも、最高裁は色々と理由をつけて規制の合憲性を認定しているのである。近年、最高裁が選挙運動の規制の合憲性認定のために用いる手法は、前章で見てきたとおり、「間接的・付随的制約」論と「選挙のルール」論の二つの類型になる。そこで、本稿で問題として取り上げている選挙運動に関するR18規制の憲法適合性の可否については、最高裁の用いる二つの類型での合憲性審査が妥当するか否かを考えなければならない。

まず、公職選挙法137条の2第1項の規制に「間接的・付随的制約」論を当てはめて、

Ⅱ・前掲注15)331頁参照。

³⁶ 最高裁は、小売市場調整特別措置法事件（最大判1992(昭和47)年11月22日刑集26巻9号586頁）で、「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一手段として、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」との判断を下している。

³⁷ この疑問の提起は、長谷部・前掲注7)352頁参照。

³⁸ 「選挙運動」と「政治活動」を区別し、第二次世界大戦以前から前者を「包括的禁止・限定的解除」の方式で規制している点については、井上・前掲注18)87頁および90頁参照。

選挙運動における R18 規制を合憲とすることができるのか否かである。この表現の自由の規制に当てはめられる一般的法理³⁹⁾は、現時点では、「先例との区別を模索する」⁴⁰⁾かのように一定の修正が施されている。それが、2012(平成 24)年 12 月 7 日の堀越事件最高裁判決⁴¹⁾である。そこでは、「国民は、憲法上、表現の自由(21 条 1 項)としての政治活動の自由を保障されており、この精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的人権であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であることに鑑みると、上記の目的(公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持すること＝井上)に基づく法令による公務員に対する政治的行為の禁止は、国民としての政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度にその範囲が画されるべき」との判断から、国家公務員法「102 条 1 項の文言、趣旨、目的や規制される政治活動の自由の重要性に加え、同項の規定が刑罰法規の構成要件となることを考慮すると、同項にいう『政治的行為』とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものととどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し、同項はそのような行為の類型の具体的な定めを人事院規則に委任したものと解するのが相当である」と判断したうえで、「本件罰則規定が憲法 21 条 1 項、31 条に違反するか」の検討については、本件罰則規定による政治的行為に対する規制が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかによることになるが、これは、「本件罰則規定の目的のために規制が必要とされる程度と、規制される自由の内容及び性質、具体的な規制の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである」とし、この事件で問題とされた政党の機関紙の「配布行為は、管理職的地位になく、その職務の内容や権限に裁量の余地のない公務員によって、職務と全く無関係に、公務員により組織される団体の活動としての性格もなく行われたものであり、公務員による行為と認識し得る態様で行われたものでもないから、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものとはいえず、本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当しない」と結論づけて、「労働組合協議会の決定に従って選挙用ポスターの掲示や配布をした」猿払事件とは「事案を異にする……ものであって、本件に適切ではない」との見解が提示されている。この事件では、公務員の政治的活動の一律全面禁止を合憲とした猿払事件とは異なり、「表現の自由の一般法理である間接的・付随的規制論に触れることも……、いわゆる合理的関連性基準を用いることもなく、国家公務員の政治的意見表明という限られた局面に射程を絞ったうえで、具体の事案に即した衡量を行い、先例との区別を模索」しつつ、規制の憲法適合性については実質的判断を内容とする「必要かつ合理性」の基準が用いられている⁴²⁾。この判断によって、最高裁が「公共の福祉」論

³⁹⁾ もともと、「間接的・付随的制約」論は、表現の自由の規制についての内容中立的規制に関する一般的法理とされていたが、現在では、君が代訴訟のような 19 条の違憲審査の場面でも用いられるようになり、「自由権に対する規制一般に妥当するものと理解されている」と指摘されるようになってきている。この点の指摘については、曾我部真裕「間接的・付随的制約」曾我部真裕・赤坂幸一・新井誠・緒形健(編)『憲法論点教室[第 2 版]』(日本評論社、2020 年)105 頁参照。

⁴⁰⁾ 長谷部恭男「公務員による政党機関誌の配布―堀越事件」長谷部恭男・石川健治・矢野常寿・小島慎司(編)『憲法判例百選 I [第 8 版]』(有斐閣、2025 年)28 頁参照。

⁴¹⁾ 最判 2012(平成 24)年 12 月 7 日刑集 66 巻 12 号 1337 頁。

⁴²⁾ 長谷部・前掲注 40)28 頁参照。

という留保をつけながらも、繰り返し「憲法 21 条の保障する表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤をなし、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、法律によつてもみだりに制限することができない」⁴³と述べてきた判断に沿うような審査の手法を提示し始めたといえることができるかもしれない。

以上のことから、選挙運動についての R18 規制は、戸別訪問の禁止や文書図画頒布の規制とは異なり、選挙運動の手段方法についての規制ではなく、選挙運動という政治的意見表明の機会を直接に規制するものである。したがって、手段方法の規制に関する「間接的・付随的制約」論を単純に R18 規制に適用することはできないはずであり、さらに、R18 規制の目的が他の選挙運動規制と同じように「選挙の自由公正」を維持することにあるとすれば、未成年者の自由な選挙運動を禁止するという点で、「選挙の自由」の維持という目的とは矛盾することになり、未成年者が不正な行為で選挙運動を行うことから「選挙の公正」を害するとすれば、未成年者の選挙運動を一律全面的に規制する必要はなく、そのような行為のみを規制すれば足りる。さらに、かつて「未成年者が選挙運動に大量動員され、選挙人間の選挙運動に係る機会の均等が害された」結果として「選挙の公正」が害されたという点が指摘されることがあるが、未成年者が大挙して一定の候補者を応援するために動員されたというのは、未成年者の任意の自主的行動とは考えられず、成年者である大人によって行われた未成年者の大量動員が問題とされるのであるから、そのような事態は、公選法 137 条の 2 で規制するよりも、考え得る大人の行為（ほとんどの場合、未成年である児童・生徒の大量動員を可能とするのは児童・生徒と人的つながりを持つ教員であると推察できる）を規制することで足りるといえる（公選法 137 条参照）。すなわち、未成年者の保護という目的は、すでに公選法 137 条の教育者の地位利用の禁止によって実現できているのであって、それ以上に、未成年者の任意の自主的な選挙運動を禁止することで実現しようとする必要はない。そうだとすれば、いかなる事態を想定して R18 規制が「選挙の公正」を害することになるのかは必ずしも明らかではなく、もし未成年者が選挙権を有しないが故に選挙運動をしてはならないというのであれば、未成年者は選挙権を有しないが故に選挙にかかわることができるのは選挙運動だけになり、任意の自主的な選挙運動は、まさに主権者としての政治的意思表明であって、選挙権を有しないが故に選挙運動を禁止することで選挙という場にかかわってはならないとするのは、未成年者に議会制民主主義において中心的位置を占める選挙という場への参加を遮断することになり、自主的な主権者としての政治的意思表明そのものを禁止することになるために、選挙の公正の維持という目的とは何らかかわりなく、必要性も合理的も認められないといえることができるであろう。

さらに、未成年者の意見表明そのものの制約をねらいとするものではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとするものであることが明らかであり、選挙という場において、その表現内容に関わりなく一律に選挙運動を禁止するものであるから、間接的・付随的な制約にとどまるという見解も考えられるが、未成年者でも政治的意見表明の自由は保障されるべきもので、選挙期間以外にはそれは認められるとしても、R18 規制は、特定の候補者

⁴³ この判断は、食糧緊急措置令事件（最大判 1949(昭和 24)年 5 月 18 日刑集 3 巻 6 号 839 頁）で示され、猿払事件でも引用されてきた表現の自由についての最高裁の法命題といっても過言ではない。

になり得る人物や選挙で争点になりそうな政策についての応援や意見表明は選挙運動になるのではないかとして選挙期間外での行為であっても自粛してしまうような表現行為に対する委縮効果を持ち、政治的意思表明行為を自制する可能性は十分に考えられる。行為を規制するだけで意見表明そのものを規制するわけではないから「間接的・付随的規制」であるとして、立法府の裁量判断を尊重するには、あまりにも広汎な意見表明の自由に対する規制になっているのではないかという疑問が提起できると共に、前述の通り、選挙という場での意見表明という行為そのものを直接禁止するという点で、R18 規制は、決して「間接的・付随的制約」ではない。堀越事件が示すように、一見「間接的・付随的制約」のようにみえる規制でも、前述の通り、具体の事案に即した衡量を行い、先例との区別を模索しつつ、規制の憲法適合性については選挙における政治的意思表明の自由に対する必要やむを得ない限度にその範囲が画されるべきで、R18 規制の場面に限定した弊害の実質的に認められるものに限り規制可能と考え、規制の憲法適合性については「必要かつ合理性」の基準を用いた密度の濃い判断をすれば、規制目的との関係での必要かつ合理性は認められないといえるであろう。なお、R18 規制それ自体は、違反者に対する刑罰の賦課という犯罪構成要件にもなっている。そうであれば、弊害除去という目的実現にとって必要かつ合理性の認められる行為のみを対象として規制すべきであり、もし未成年者の保護という目的も含まれるとすれば、刑罰賦課は違反行為を行った未成年者を処罰することになることから、保護ではなく、刑罰という重大な不利益賦課を未成年者にもたらすという完全に首尾一貫しない規制になっている（この点で規制の合理性は否定できる）。また、刑罰賦課は「選挙の公正」の維持に対する弊害をもたらす行為の規制を目的にするというのであれば、そのような弊害を惹起する行為だけを規制すれば足り（ある一定の行為が弊害を惹起するといえればよいが、そのような未成年者の行為を考えることは難しく、やはり過度に広汎な規制になっていないかは実質的に判断されなければならない）、選挙運動を一律全面的に禁止する必要はない（この点で規制の必要性は否定できる）。

次に、R18 規制について、「選挙のルール」論による正当化は可能であるか否かを検討する。それによると、選挙運動は自由の問題ではなく選挙制度の仕組みに組み込まれた「選挙のルール」の合理性の問題なるとされている。すなわち、「選挙のルール」論は、政治的意思表明の自由という表現の自由に軸足を置いて議論すべき問題ではなく、「選挙の自由公正」を実現するためのルールの問題として考えようとする議論になる⁴⁴のである。そして、この「選挙のルール」論は、国会によって選択された選挙制度のサブ制度としての選挙運動のルールが問題とされることになる。1981（昭和 56）年判決の伊藤正巳裁判官の補足意見で用いられ、1999（平成 11）年大法院判決、2007（平成 19 年）年大法院判決で暗示されていた「選挙のルール」論が選挙運動に関する R18 規制にも適用され、果たして広い立法裁量論の下で問題ないということができるのであるだろうか。

まず、R18 規制は、政策本位・政党本位の現行の選挙制度とどのように関係するのかわかる。未成年者は、その政治的判断の未熟さ故に選挙において論戦を展開する政策については是非は判断できないのだから選挙運動を通じて具体的な選挙戦に関与することは許さないという趣旨で R18 規制が定められているとすれば、「選挙のルール」において実現されるべ

⁴⁴ 「選挙のルール」論をこのようにとらえるものとしては、井上・前掲注 18)94 頁参照。

き「選挙の自由公正」とは関連しない理由による主権者国民の選挙への参加の機会の剥奪および自由の制限ルールになり、逆に「選挙の自由」とは矛盾する規制になっているといえることができるであろう。その点で、R18 規制の問題は、そもそも制限つきではあるが選挙運動をすることができる候補者の不利益を平等原則との関係で取り上げる 1999（平成 11）年や 2007（平成 19）年の大法廷判決で取り上げられていた事案とは区別される。当然、R18 規制は、未成年者を選挙から排除しようとする規制であるという点で、伊藤正巳裁判官が取り扱っていた意見表明の手段方法の規制となる戸別訪問の禁止や文書図画頒布の規制の問題とも事案が異なるものになるのはいうまでもない。そこで、R18 規制の問題には「選挙のルール」論の下での広い立法裁量を認めて、「合理的裁量」の範囲内か否かの判断だけで規制の合憲性を判断することができるのか否かを考えなければならない。

立法府による選挙制度の構築に際して、「近代国家の諸憲法」は普通選挙・平等選挙と共に自由選挙の原則に従わなければならない、日本国憲法下の立法府もまた「これらの諸原則に服する」⁴⁵とされている。そして、自由選挙とは、「選挙人が自らの意思に基づいてその適当と認める候補者や政党等に投票する自由」と「候補者や市民が選挙運動を行う自由」の二つの要素からなり、「これらの自由は、通常、憲法典に明記されていないが、代表民主制の下では自明の原則である」とされて、「選挙に参加し得る資格が国民の基本的な権利であることから、明文規定の有無にかかわらず、当然に導き出される」と解されている⁴⁶。以上の理解の下では、「選挙のルール」を制定するに際して、立法府は自由選挙の原則を遵守する内容のルールを制定する義務を負い、その限りで立法府の裁量は憲法上制限されているはずであるにもかかわらず、日本では、「『選挙の公正』という立場から、欧米の法制に比して、きわめて厳しい規制を選挙運動に加えており、自由選挙の原則が十分に実現しているとはいえない状況にある」⁴⁷と指摘されている。R18 規制もその一環として「選挙の公正」を確保するための規制であるとするならば、「選挙のルール」論の下で、もうひとつの実現すべき国民の自由な選挙への参加という「選挙の自由」を否定するものとして、ルール形成の立法裁量の行使において首尾一貫しない内容を示す規制で、自由選挙という立法裁量を拘束するはずの原則に矛盾するものになっているとして、まず非難することができる。

さらに、「選挙のルール」論の下での「選挙の公正」とは何かという点を検討すれば、そこで想定されている「公正」とは、「定められた共通のルールをすべての参加者が守る」という意味のようにとらえられているが、議会制民主主義の政治体制の下でのその健全な運用は、選挙が自由でかつ民主的に行われていることだとすれば、「選挙の公正」とは、自由選挙の原則を含めた憲法上の諸原則を遵守した形で内容形成されてこそ、すなわち「選挙の自由」が確保されてこそ実現されるものになるといえる⁴⁸。R18 規制は、まさに未成年者は未熟であるが故に選挙運動を完全に否定している点で、主権者国民の自由な意思による選挙への参加を否定することから自由選挙の原則に矛盾するものである。未成年者は未熟であるとしても、現在の選挙戦で利用されている SNS やインターネットの普及状況・利用

⁴⁵ この点の指摘は、野中ほか・前掲注 12)16 頁（高見執筆）参照。

⁴⁶ 野中ほか・前掲注 12)24 頁（高見執筆）参照。

⁴⁷ 野中ほか・前掲注 12)24～25 頁（高見執筆）参照。

⁴⁸ この点の考察については、井上・前掲注 18)94～95 頁およびそこでの脚注で引用している諸論文参照。

状況を考えれば⁴⁹、選挙に関する情報が広く流通し、様々な方法で当該情報に対する反応が可能となっている現在、年齢が低いという理由だけで、そこへの関与が遮断されるという R18 規制は、主権者国民の地位を著しく削減し、未成年者といえども主権者国民としての権利を侵害しているのではないだろうか。国民主権原理を採用し、自由が保障される日本国憲法の下で、戦前の「選挙の公正」という理念に縛られた現在の選挙運動の規制は、立法府への白紙委任のような形での立法裁量論によって多数決の下でその合理性だけがチェックされるべき事柄ではない。特に、当選した代表者の多数決で自由に選挙運動のルールを内容形成されてもよいと考えるのは、現在の代表者に不利となるようなルールを作らないという結果になるだけで、R18 規制は、将来の市民に不利となるような政策展開を許すだけの効果しか発揮しないルールにすぎないということになる。「選挙のルール」論は、広い立法裁量を認めたとしても、選挙の諸原則による限界があり、特に選挙権を持たない未成年者にも選挙への関与の機会を確保しておくということが自由選挙の原則の内容⁵⁰から憲法上の限界の内容として導き出されるということを確認しておかなければならない。

5 まとめ—R18 規制の違憲性

以上みてきたように、選挙運動の規制に関する最高裁の採用する「間接的・付随的制約」論も「選挙のルール」論も憲法解釈としての問題点があるだけでなく、前者については最高裁自身も表現の自由の規制の一般的法理としては不適切であって、一定の修正を施しているという現状がある。さらに、選挙運動についての R18 規制に対してそれらの法理を当てはめるは不適切であり、当てはめたとしても選挙運動についての R18 規制が本当に必要で合理的なものといえるかという点、結論的には、それをそのままの内容で適用することはできず、憲法的評価としては、必要でも合理的でもなく、従って憲法違反（すなわち 21 条 1 項違反）ではないかということになる。

この点は、2022（令和 4）年に制定されたこども基本法が、「全てのこどもについて、その年齢及び発達程度に応じて、自己に直接関係する全ての事項に関して意見を表明する機会及び多様な社会的活動に参画する機会が確保されること」（こども基本法 3 条 3 号）ならびに「全てのこどもについて、その年齢及び発達程度に応じて、その意見が尊重され、その最善の利益が優先して考慮されること」（同法 3 条 4 号）を基本理念として「こども施策」が展開されるよう規定している。そして、「国及び地方公共団体は、こども施策を策定し、実施し、及び評価するに当たっては、当該こども施策の対象となるこども又はこどもを養育する者その他の関係者の意見を反映させるために必要な措置を講ずる」（同法 11 条）として、子どもたちの意見表明権および社会的活動への参加の機会の確保（参加権）が保障されなければならないとされるに至っている⁵¹。このこども基本法の規定にもかかわらず、未成年者にも直接関連する事柄を争点とするはずの選挙だけは別だとして、選挙運動の R18

⁴⁹ この点から、斎藤・前掲注 1)38 頁では、SNS 等の若い世代の利用状況から、R18 規制のようなものが「果たして必要なのかについて疑問が残る」としている。

⁵⁰ この点は「選挙のルール」論の下でも、選挙運動の自由として憲法 21 条から導き出されるといえる。野中ほか・前掲注 12)24 頁も、自由選挙の原則の内容としての選挙運動の自由は、「21 条が一応の根拠となろう」としている。

⁵¹ この点の指摘は、斎藤・前掲注 1)38～39 頁参照。

規制（すべての未成年者を選挙運動から排除する規制）を存続させるのは、立法上の首尾一貫性を欠くことになり、未成年者に対してどのような説明をすることができるのであろうか。R18 規制は、未成年者は選挙権を有しないが故に、大人になって選挙権を持つようになるまでは大人のすることに口を挟まず、黙ってみていなさいという趣旨であるとするならば、それはあまりにも未成年者を軽んじる大人たちの愚かで傲慢な規制にすぎない。現在未成年者であっても、彼（彼女）らは将来成年者になって選挙権を持つことになる。現在、未成年者を未熟であるが故に無能力者だとして取扱っていれば、それを容認している立法者およびその支援者である大人は、軽んじられている未成年者が将来成年になった段階で大きなしっぺ返しを食らう可能性があるということを知っておかなければならない。

なお、選挙権がないということから選挙運動（特定の選挙で特定の候補者・政党を応援するような意見表明をすること）が禁止されているという点については、以下のような問題も指摘できる。選挙権がないという人物の選挙運動に関しては、日本国民ではない、他国の国家元首である大統領が具体的な選挙において、特定の候補者（ならびに所属政党）の当選を応援するような SNS での意見表明を行ったことが日本のマスメディアによって大々的に報じられ⁵²、それに対してメディア自身も日本の国政への干渉だとして批判せずに、特定の選挙での特定の候補者支持を打ち出したことだけを報道する点については、外国人の選挙運動に関する規制がないから問題ないと考えてよいのだろうか（実際にあった出来事ではあるが、当該選挙後、実際に大勝した政権与党はこの点について何も語っていない）。主権者国民である未成年者は選挙権がないから選挙運動をしたら刑罰に処され、成年になっても一定期間公民権を停止される可能性がある。他国の国家元首は主権者国民ではなく、当然日本国での選挙権は有していない。そのようなものの選挙運動は規制がないからおとがめなしで済みますが、主権者国民であっても未成年者には選挙運動を認めず、場合によっては刑罰と成年になって以後の一定期間の公民権停止という不利益で臨むというのは、どちらの方が「選挙の公正」を害するかという点を考慮するまでもなく重大な問題となるのではないだろうか。未成年者は下等市民であるから上級市民である成年者が行う行為には口を出すなという規制であるならば、選挙運動についての R18 規制は、主権者・日本国民である一定の範囲の者を、外国要人よりも日本国内の政治に関与させないための規制であるとして、表現の自由だけではなく、やはり日本国憲法を支える国民主権原理に対しても重大な侵害になると考えざるを得ないのではないだろうか。

以上のことから、現行の R18 規制は、未成年者はすべての者が同じように主権者としての地位を否定されるべき存在だとみなしているように思われる。少なくとも、積極的に、任意で自主的に選挙において一定の意思表明をしようとする未成年者も現実には存在しており、未成年者といえども主権者国民であると認められるのであれば、選挙権を持たないが故に、選挙運動に参加することで当該自主的な意思表明の機会を与えることが少なくとも必要ではないだろうか。そのような任意で自主的な意思表明の機会さえ奪っている現行の R18 規

⁵² この点については、2026（令和 8）年 2 月 8 日に投開票が行われた衆議院議員総選挙について、投開票日の直前の 2 月 5 日に SNS でアメリカのトランプ大統領が高市首相を支持する意見を表明したことが翌 2 月 6 日に日本のマスコミで一斉に報じられたが、それを日本の主権侵害だと批判的に報道したメディア・コメンテーターはほとんど存在しなかった。

制（未成年者の一律全面的な選挙運動の禁止）は、主権者・日本国民である未成年者を外国人よりも劣るものとして取扱う可能性があり、主権者である未成年者を大人である成年者が過度に見下した規制として憲法違反であると断ぜざるを得ない。