

意見書

駒村圭吾（慶應義塾大学教授（大学共通））

はじめに

本意見書は、令和7年（行ウ）第91号・未成年者選挙運動禁止規定違憲確認等請求訴訟事件（いわゆる「18歳未満にも選挙で応援する自由を」訴訟）について、憲法学の観点から意見を述べるものである。

本意見書においては、原告が2025年2月28日に提出した「訴状」6から7頁に記載されている「本件禁止規定」「本件使用禁止規定」「本件罰則規定」につき、大要、審査基準ないし審査枠組が厳格審査であっても合理的関連性の審査であっても、いずれにしても合理性あるいは必要性を欠き違憲であることを主張するものである。

本意見書の構成は以下のとおりである。

1. 本意見書の中心的な主張

（1）選挙運動、その二重の重要性

（2）厳格審査の必要性

（3）本件禁止規定等の憲法適合性

（3-1）法的構成

（3-2）あてはめ 一目的審査

（A）本件禁止規定等の立法目的の同定

（B）立法目的は重要でも正当でもない。

(3-3) あてはめ 一手段審査

(A) 規制手段の同定とその違憲性

(B) 合憲限定解釈の必要性和不可能性 一選挙運動と政治的表現の関係から

2. 選挙運動の自由は制度的権利か？

(1) 選挙運動の自由は制度的権利ではない。

(2) 制度準拠的な要素があるとしても本件禁止規定等是不合理である。

3. 選挙運動の自由は憲法 21 条 1 項の問題である

(1) 戸別訪問事件判決をそのまま参照することは不適切である。

(2) 伊藤正己裁判官のルール設定論には疑義が残る

4. 補論：政治活動と選挙運動

1. 本意見書の中心的な主張

(1) 選挙運動、その二重の重要性

① 選挙運動は政治的表現の核心的局面である。

選挙運動は、国民の政治的表現の自由の最も重要な局面に関わるものであり、また、政治的表現の自由は憲法 21 条 1 項が想定する表現の自由の類型の中でも、その公共的性格と主権者の意思形成においてとくに重要なものであることは贅言を要さない¹。つまり、選挙運動を行うことは、日本国憲法が保障する基本的人権の中心のそのまた核心に位置し、このことを描いて本件を論ずることはできない。

② 選挙運動は公正な選挙実施のための選挙制度の重要な構成要素である。

他方で、選挙運動は、選挙という「制度」の一部を構成し、その公正な運営実施のための規律はかかる制度的観点から正当化されると言われることがある。また、選挙権（投票権や被選挙権）は法制度と離れて構想することができない、いわば「制度的権利」である（『この見方に対する筆者の批判は後述の2(1)参照）。この論脈にのって、選挙運動は制度形成におけるルール設定に依拠したものと見る立場も唱えられており（『この立場に対する批判は後述の3(2)参照）、概して、選挙運動をどのように規律するかは制度形成の問題、つまり広汎な立法裁量にゆだねられているかのような言説が散見される。しかし、以上の見方をもって、選挙運動の規律を単純に制度形成問題に落とし込み、立法裁量に放擲するかのような思考方法は不適切な短絡であると解される。

¹ 「訴状」22 頁に列記された諸裁判例を参照のこと。

第1に、制度的権利として観念されるのは「選挙権」であって、「選挙運動の自由」ではない。もちろん、選挙運動は、選挙権の行使を適切に行わしめ、選挙という制度実施を公正に行うためのものであるから、選挙制度と連関を持つことは否定できない。しかし、だからと言って、選挙運動の自由が自由権ではなく制度準拠的な権利に転化されるわけではない。

第2に、選挙運動の自由は、選挙の諸原則の重要な構成要素のひとつである「自由選挙」の原則を構成するものである²。先に述べたように、選挙運動の自由が選挙制度を通じて制度準拠的な側面を有するとしても、選挙制度そのものが自由選挙という選挙原則の規律を受けるものである以上、その点からも制度形成の立法裁量に選挙運動規律が丸投げされるかのような思考は取り得ないのである。選挙運動の自由の尊重は、選挙に関する制度構築を規律する原則的要請として極めて重い意味を持つのである。

以上、選挙運動の規律を考える際には、上記の①と②を念頭に置くべきことが強く求められる。①はもちろんのこと②の視点からも、選挙運動の自由の尊重が強く求められ、また、選挙運動の自由が21条1項の表現の自由³に由来するだけでなく、その公共的な行使の最重要局面に位置づけられることからすれば、(選挙期間並びにその前後における)「政治的表現の自由」そのものとしても捉えられるべきものであって、その観点からの尊重も基本的前提に置かなければならない。

(2) 厳格審査の必要性

以上のように、「選挙運動の自由」は「政治的表現の自由」と表裏の関係にある。それは前者が後者の一形態であるというだけでなく、仮に「選挙運動の自由」として見た場合一定の制約を受ける固有の理由があるとしても、その制約範囲を明確に切り出せない限り、本来は選挙運動規制とは離れて自由に行行使し得るはずの「政治的表現の自由」も深刻な萎縮効果を受け、結果的に(もはや付随的なし間接的と表現するのは不適切なほどの)制限を受けることを意味する。

もちろん、絶対無制約の権利というものは存在しない。最高裁判例も一貫して表現の自由(政治的表現の自由を含む)は絶対無制約ではないと述べてきたところである。

しかし、そのことは直ちに制約が容易に設定できることを意味しない。この点、広く、表現の自由が優越的地位に立つ権利であることは最高裁判例もたびたび示唆してきたし、また、とりわけ政治的表現の自由はその公共的意義に照らしより重視されてきた³。また、学

² 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(2017年、有斐閣)232-233頁[長谷部恭男執筆]、芹沢斉他編『新基本法コンメンタール・憲法』(2011年、日本評論社)132頁。

³ その端的な例証として、北方ジャーナル事件最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁は次のように判示している。「主権が国民に属する民主制国家は、その構成員である国民がおよそ一切の主義主張等を表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもつて自己が正当と信ずるものを採用することにより多数

界もそのような見方を強く推進するのが支配的傾向であったことも明らかであろう。憲法 21 条 1 項が保障する権利については制約可能性が留保されているとは言え、その合憲性の判定に際しては厳しい基準が適用され⁴、中でも政治的表現の自由の制約については最高度に慎重な姿勢が求められるべきであろう。

さて、政治的表現から「選挙運動」を切り出すことに成功した場合、かかる「選挙運動の自由」の制約可能性と審査基準はどのようなものになるだろうか。

この点、最大判平成 11 年 11 月 10 日は次のように述べていた（最大判平成 11 年 11 月 10 日民集 53 卷 8 号 1704 頁）。

「前記のとおり、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ところ、憲法は、政党について規定するところがないが、その存在を当然に予定しているものであり、政党は、議会制民主主義を支える不可欠の要素であって、国民の政治意思を形成する最も有力な媒体であるから、国会が、衆議院議員の選挙制度の仕組みを決定するに当たり、政党の右のような重要な国政上の役割にかんがみて、選挙制度を政策本位、政党本位のものとすることは、その裁量の範囲に属することが明らかであるといわなければならない。そして、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ものというべきである。」（下線筆者）

本判決は、「選挙制度の仕組み」の決定は立法裁量にゆだねられるという理解を前提に、「選挙運動」の規律についても、それを「選挙制度の仕組みの一部」を成すものとおき、具体的には、「いかなる者」つまり選挙運動の主体と、「いかなる態様」つまり選挙運動の種類・方法の双方について立法裁量によって設計できるかのように説示した（☞このような制度依存的アプローチに対する批判については、後述の**2(1)**参照）。

しかし、この平成 11 年判決の射程は本件に及ぶものではない。同判決は、候補者届出政党とそれ以外の候補者との間の選挙運動上の差異が問題となった事案であり、本件のよう

意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基礎としているのであるから、表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならないものであり、憲法 21 条 1 項の規定は、その核心においてかかる趣旨を含むものと解される」（下線筆者）。

⁴ 泉佐野市民会館使用不許可処分事件最 3 小判平成 7 年 3 月 7 日民集 49 卷 3 号 687 頁は次のような論旨を展開している。「…このような較量をするに当たっては、集会の自由の制約は、基本的人権のうち精神的自由を制約するものであるから、経済的自由の制約における以上に厳格な基準の下にされなければならない（最高裁昭和 43 年(行ツ)第 120 号同 50 年 4 月 30 日大法廷判決・民集 29 卷 4 号 572 頁参照）」（下線筆者）。

に、一般国民である未成年者の政治的表現を一律全面的に禁止する事案ではない。また、仮に、同判決が選挙運動に明示的に言及し、それに対する規律が立法裁量に委ねられるとする構成をとっているとしても、そこから直ちに審査が緩やかで構わないという結論は出てこない。次の三点が重要である。

第1に、上述の構成で規制できるのは「選挙運動」だけであって、「政治活動」ではない。国民の政治活動の規制を広汎な立法裁量にゆだねるという言説は耳にしないし、むしろ逆に一般的に言って違憲の疑いがかけられるはずであり、かつ最高裁先例もそれを示唆している⁵。本件禁止規定に即して言えば、政治的表現一般から「選挙運動」を明確かつ最小限に切り出すことができなければ、審査の基準は、広汎な立法裁量を前提とする合理的関連性のテストではなく、厳格審査が適用されることになるだろう。そもそも、「選挙運動」と「政治活動」は前者の規制範囲の設定が後者の保護範囲を左右するだけではなく、むしろ、「選挙運動」は政治的表現の自由の一局面を構成するものであって、そう考えれば、なおのこと厳格な審査によって審査密度を上げるべきであろう。したがって、規制の必要性和合理性を厳密に判定する必要がある、立法目的が高度の正当性を有しているか否か、立法目的とそれを達成するための規制手段が合理的な関連性を有するだけではなく、必要最小限度のものになっているかどうか（より制限的でない代替手段の有無に関するテスト（いわゆる LRA））が採用されることになるだろう。

第2に、そうなるとそもそも平成11年判決を本件禁止規定等の憲法適合性を判断するための先例として参照すること自体に疑義が生じよう。平成11年判決は憲法14条1項をめぐる事案であったのに対し、本件は21条1項の表現の自由の問題である。また、平成11年判決が選挙運動を「制度」の文脈で理解しようとしていたのに対して、本訴訟は「自由」の問題として捉えようとしており、それらの点に照らせば、平成11年判決は参照先例としてはふさわしくない。仮に、平成11年判決の構成に依拠して選挙運動規制に「制度」の形成にかかる立法裁量の余地を認めたとしても、その裁量は無統制ではない。無統制どころか

⁵ 猿払事件最大判昭和49年11月6日刑集第28巻9号393頁は次のように述べて、本件で問題となった政治的行為の禁止が、公務員ではなく、国民との関係でなされた場合は憲法違反となる旨を判示している点が注目されるべきである。「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も有するものであるから、その限りにおいて、憲法21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102条1項及び規則によつ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。」

（下線筆者）

議員定数不均衡訴訟昭和 51 年判決⁶以来、最高裁が強調してきた選挙の目的である「公正かつ効果的な代表」⁷という要請による統制を受ける。選挙運動規制に制度形成的意味をもちこもうとしても、最低限、これらの諸目的と合理的関連性を保っていなければならない、また、そのような目的との関連においてでしか正当化できない。

第 3 に、本件禁止規定の特殊性を配慮する必要がある。本件禁止規定等が行っているのは、選挙運動を「いかなる者」に認めるのか、つまり選挙運動の「主体」の問題であり、本件当事者である未成年者たちにとっては、その担い得る選挙運動の方法が限定されるのではなく、そもそも「ゼロ保障」になっている点に留意されなければならない。この点、在外日本国民選挙権訴訟最大判平成 17 年の下記の部分は示唆的である（最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁）。

「世界各地に散在する多数の在外国民に選挙権の行使を認めるに当たり、公正な選挙の実施や候補者に関する情報の適正な伝達等に関して解決されるべき問題があったとしても、既に昭和 59 年の時点で、選挙の執行について責任を負う内閣がその解決が可能であることを前提に上記の法律案を国会に提出していることを考慮すると、同法律案が廃案となった後、国会が、10 年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票をすることを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない。そうすると、本件改正前の公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったことは、憲法 15 条 1 項及び 3 項、43 条 1 項並びに 44 条ただし書に違反するものであったというべきである。」（下線筆者）

本判決の上記判旨は、もちろん、選挙権という比較的その外延と内実の明確な権利に関するものであり、また、その憲法上の重要性に照らして高度の保障強度が認められていること

⁶ 議員定数不均衡事件最大判昭和 51 年 4 月 14 日民集 30 卷 3 号 223 頁。

⁷ 他方で、「選挙の自由と公正を確保すること」という言い方が最高裁判例の中に散見される。これは、いわゆる戸別訪問禁止の合憲性を争う事案において最高裁が用いてきたものであるが、これは選挙の関する憲法上の原則を指すものではなく、戸別訪問を禁ずる公職選挙法 138 条 1 項の立法趣旨を指すものである（戸別訪問禁止合憲判決最 2 小判昭和 56 年 6 月 15 日刑集 35 卷 5 号 568 頁）。これに対して、本文で言及した「公正かつ効果的な代表」は選挙制度の構築に対する憲法的要請として述べられたものであり、その規範的位置づけを異にするものである点に注意を要する。本文では、選挙運動が選挙という「制度」の一部を構成し、一定の立法裁量が認められるとしても、そのような「制度」に向けて最高裁自身が発した憲法的要請（「公正かつ効果的な代表」）による統制を受けることを明らかにするために、議員定数不均衡に関する昭和 51 年判決を用いている。

を前提にはいるが⁸、下線を施した箇所が明言するように、それが選挙権行使の態様を制限するというようなものではなく、「投票を全く認めていなかったこと」つまり「ゼロ保障」であったことに留意すべきである。権利行使の態様を制約することを超えて、一定の主体に当該権利の保障が完全に排除されている状況は、当該権利の性質にかかわらず、違憲性が濃厚に疑われる事態である。ましてや、本件禁止規定等は選挙運動の自由（ひいては政治的表現の自由）という重要な権利を剥奪するものであり、その点がさらに違憲性を強く推断させるものと思われる。要するに、厳格審査が適用される局面であると言えるだろう。

(3)本件禁止規定等の憲法適合性

(3-1)法的構成

憲法上の権利に対する制約の憲法適合性を判定する審査密度とそれに応じた審査基準の設定は、基本的には、①当該権利の性質・重要性と、②制限の強度を掛け合わせて決定される。このような思考様式は最高裁判例においても採用されていると言ってよい⁹。既に**(1)****(2)**で述べたところの繰り返しになるが、①と②に関して、以下に整理してまとめておきたい。

まず、第1に、権利の性質と重要性について述べる。

選挙運動を行うことは、選挙という統治の重大局面における表現の自由の行使である。表現の自由は一般的に民主主義を支え（自己統治の価値）また個人の人格的發展（自己実現

⁸ 本平成17年大法院判決は、選挙権の保障強度について、「国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない」と述べている。

⁹ 薬事法違憲判決最大判昭和50年4月30日民集第29巻4号572頁。

の価値)に結びついた重要な権利とされている¹⁰。なかでも、公的言論は特に重視される¹¹。したがって、政治的表現の自由は二重の意味で重要な人権と位置付けられることになる。さらに、かかる政治的表現の自由を行使する局面の中でも、「選挙」が民主政そのものの正統性を提供するとともに重要な統治上の行事である以上、選挙運動を行う自由は、さらにもう一つの重要性が加わり、結局、三重の意味で重要な権利と見ることができる。

もちろん、公職選挙の特殊性・重要性、選挙制度構築の裁量性から、選挙事務全般のみならず、「選挙運動」についても固有の制約を認める余地はあろう。しかし、そうだとした場合、そこで認められる制約は、あくまで合理的で必要な限りで「選挙運動」という規制対象を政治活動一般から明確かつ限定的に切り出すかたちで行われなければならない。政治活動と選挙運動を区別し、後者を規制対象とすることが、あたかも政治的表現の自由の保障範囲から選挙運動規制問題を切り離すような論法によって安易に正当化されることは許されない。つまり、合理的で必要な範囲で明確かつ限定的に「選挙運動」を定義できなければ、原則として、上述したように多重的な重要性を持つ政治的表現の自由そのものに対する規制問題として事案を捉える必要がある¹²。

さて、第二に、権利の制限強度について述べる。本件禁止規定等から明らかなように未成年者には選挙運動が一律全面的に禁止されている。これはいわゆる「ゼロ保障」であり、当然のことながら権利の制限強度は最高度に高いと言える。

¹⁰ よど号ハイジャック事件最大判昭和 58 年 6 月 22 日民集第 37 巻 5 号 793 頁は次のように述べている。「…およそ各人が、自由に、さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成・発展させ、社会生活の中にこれを反映させていくうえにおいて欠くことのできないものであり、また、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも、必要なところである。それゆえ、これらの意見、知識、情報の伝達の媒体である新聞紙、図書等の閲読の自由が憲法上保障されるべきことは、思想及び良心の自由の不可侵を定めた憲法 19 条の規定や、表現の自由を保障した憲法 21 条の規定の趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれるところであり、また、すべて国民は個人として尊重される旨を定めた憲法 13 条の規定の趣旨に沿うゆえんでもあると考えられる」。

¹¹ 北方ジャーナル事件最大判昭和 61 年 6 月 11 日民集 40 巻 4 号 872 頁。前掲注 3) に引用した箇所を参照されたい。

¹² このことは本意見書「1 (1)」でも大要、次のように述べている。「選挙運動は政治的表現の自由そのもの、あるいはそれと不可欠に結びついたものである。選挙運動を制度形成の余地が広いものとおくことによって選挙運動規制を通じて政治的表現の自由—しかも、選挙という最大の政治実践に局面における公的言論の行使—を縮減することは許されず、むしろ逆に、政治的表現の自由の保障強度の高さから選挙運動規制は必要最小限にとどめられるという思考様式に立つべきだろう。」

以上、本件禁止規定等において問題となる権利はその重要性が明らかであり、権利に対する制約の度合いは特定主体から権利そのものを剥奪するに等しいため著しく高い。したがって、本件禁止規定等に対する憲法適合性の判定基準は厳格なそれが求められ、禁止目的が非常に重要な公益に資するものであり、かかる目的を達成するために採用される手段が合理的であるだけでなく、必要最小限のものであることが要求される。

(3-2)あてはめ 一目的審査

(A)本件禁止規定等の立法目的の同定

本件禁止規定等の立法目的は必ずしも明確に特定できるものではない。この点は訴状が立法経緯の探索を行っているがそれからも明らかである。この点、「国側準備書面（1）」の27-29頁によれば、大要、下記のような立法目的が確認できる。

①未熟な未成年者の選挙運動参加がもたらす選挙の弊害の防止

同書面は、「本件禁止規定は、未成年者による選挙運動が選挙の公正に対する著しい弊害になったという実情を踏まえ、選挙権がなく、社会性も未熟な未成年者が選挙運動に参加することによる選挙の弊害を防止する」ことを本件禁止規定等の立法目的に挙げている。

②選挙運動に巻き込まれることからの未成年者の保護

同書面は、「未成年者が不当な選挙運動に巻き込まれることを防止し、未成年者を保護しようとした規定であると解される」としている。

以上から、要するに、国側の主張によれば、本件禁止規定等の立法目的は未成年者に対する規制と同時に保護を行う点にある。

(B)立法目的は重要でも正当でもない。

これらに対しては、既に述べたところに従って厳格な審査を行わなければならない。そこで、以上の立法目的が重要かつ正当な立法目的であるかどうかを審査することにする。

結論から言えば、上記①②とも重要で正当な立法目的とはおよそ言い難いものである。

まず、①についてであるが、そこでは、「選挙権がなく、社会性も未熟な未成年者が選挙運動に参加することによる選挙の弊害」（下線筆者）と述べて選挙権を持たないことが未熟性とは別個に弊害発生の原因にカウントされている。あたかも選挙権のない者は自ずと不正をはたらく、あるいははたらく蓋然性が著しく高いことが想定されているようであるが、有権者が公職選挙法に違反する例は毎回の選挙ごとに多く散見されるところである。選挙権を持たない者が選挙に弊害をもたらすという論理は自然に考えても成立しにくく、もし一定の弊害が生ずるのであれば、その弊害を定義同定して直接排除すれば済むことであり、選挙権の有無に自動的に還元して考えることは不適切である。また、上記の引用箇所述べている「弊害」とは具体的に何を指すのか。さきほどの準備書面によれば、それは次のようなものであったとされる（国側準備書面（1）28頁）。

「選挙権のない小学生等の学童、児童及び学生を大量に動員して候補者の氏名を連呼させるなどの人海戦術、連呼行為が広く行われ、選挙の公正の観点から大きな社会問題とな

ったため、未成年者の選挙運動に関しては、もはや昭和 25 年に制定された、教育者が、学校の児童、生徒及び学生に対する教育上の地位を利用して選挙運動をすることを禁止するだけでは足りず、未成年者を使用する選挙運動はもとより、未成年者自身による選挙運動を含めこれを禁止して、規制を強化、拡充する必要性が全国各地の選挙区を通じて広く認識された。」

本件禁止規定等の正当性を支える立法事実が上記のようなものであったとすると、「選挙の弊害」とは「学童、児童及び学生を大量に動員して候補者の氏名を連呼させるなどの人海戦術、連呼行為が広く行われ、選挙の公正の観点から大きな社会問題となった」ことに求められることになる。しかし、「大量に動員」することや「人海戦術、連呼行為」そのものは選挙期間中には極めて日常的かつ頻繁に目にすることであり、それ自体が弊害に当たるとは言いにくい。また、「選挙の公正の観点から大きな社会問題となった」とあるが、政策的主張に共感を示した国民が多く支援に駆けつけること自体は正当な政見の訴えが功を奏した結果であって不公正のそしりを受けるいわれはない。だとすれば、大量動員によって達成される人海戦術や連呼行為が選挙の公正の観点から問題になり得るのは、せいぜいそれが欺罔や不当な誘導によって作出された非自発的な動員による場合であろう。この点、上記引用箇所にあるように、「教育者が、学校の児童、生徒及び学生に対する教育上の地位を利用して」行われるものが当初規制対象として想定されていたようであるが、その後、規制対象が、未成年者の利用禁止、さらには未成年者自身に対する選挙運動の禁止と拡大されていったのである。いずれにしても、自発的な未成年者の選挙運動参加を公正を害するとして排除することはできないし、自発性を奪う欺罔や不当な誘導による動員はそれ自体を、未成年者であるかにかかわらず、規制対象にすればすむことであろう。

次に②の保護目的についてである。「未成年者が不当な選挙運動に巻き込まれることを防止し、未成年者を保護」することが本件禁止規定等の立法目的であれば、少なくとも「正当な選挙運動」への参加を否定する理由にはならないし、また、「不当な選挙運動」そのものを取り締まればいいはずである。さらに、そもそも「不当な選挙運動」とは何であって、それに「巻き込まれること」とはどういう事態を意味し、また、「巻き込まれること」が未成年者に与える害悪とはどのようなものなのかが明確に画定されなければ、およそ政治的表現の自由としての選挙運動の自由の制限範囲を有意的に画定することはできない。

この点、国側準備書面（1）24 頁に引かれた、昭和 36 年 2 月 24 日の第 38 回衆議院地方行政委員会における宇野宗佑委員の発言には、「当然未成年でございますから、まだ選挙権も持っておらない、あるいは民法にいうところのすべての権能を有しておらない。そういう思想も固まらない、また責任もないものを政治の紛争に巻き込んではいけないという親心から出たものだと思うのでございます」とある。これは、選挙権を有しないことを超えて、制限行為能力者一般に対してまで選挙運動への参画を否定するような含意を有する点大いに問題であるが、その点を措くとしても、「親心から出たもの」との表現を通じて本件

禁止規定等がいわゆるパターンリスティックな制約であることを明らかにしている。支配的学説によれば「他者加害」を超えて「自己加害」に対して後見的な制約を課すことには消極的であるべきだが、しかし、一切許されないわけではなく、その典型例として「未成年者の場合」が挙げられるのが通例である。だが、その場合でも、「人格的自律そのものを回復不可能なほど永続的に害する場合には、例外的に介入する可能性を否定し切れない」とされる¹³。だとすれば、「不当な選挙運動に巻き込まれること」による未成年者が受け得る「人格的自律そのものを回復不可能なほど永続的に害する」弊害とは一体何かを明示することが要求される。それを明確かつ説得力を持って行う説明は見当たらない。

そうすると、未成年者を選挙運動から遠ざけることの合理的理由は、未成年者が「思想も固まらない」「責任もない」未熟な存在だから、それが選挙運動を行うと選挙が歪められるし、過酷な言論戦に耐えられないだろうという、規制と保護の両面からこれを根拠づけることになるだろう。思想が固まらない者の参画がいかなる意味で選挙を歪めるのか、「責任もない」で言われる「責任」とは法的責任なのか政治的責任なのか、この論法には不分明かつ不適切なロジックが散見されるが、それらを措くとしても、仮に未成年者は政治的に未熟であるから選挙運動から一律に排除する必要があるという論理が成立するか否かについては重大な疑問がある。成年に達するまでは、定型のかつ一律全面的に政治的未熟性が認定される未成年者が、成年に達したとたん、突如として、思想が固まり、選挙結果に対する責任を負い得るだけでなく、投票もできかつ立候補もできる、フルスペックの有権者に変貌するというのはどう考えても無理がある。むしろ成年とともにフルスペックの有権者になるためには、それに先立ち政治過程に参画し、政治を実感し、そのフィールドに立って政治共同体の一員としての自覚を醸成し、政治活動のトレーニングを選挙運動を通じて積み重ねるチャンスをむしろ積極的に与える必要がある。

この点、政府が推進する、いわゆる「主権者教育」の存在が示唆的であろう。文部科学省が策定した指導資料『「主権者として求められる力」を子供たちに育むために』¹⁴によると、既に中学校における社会科教育の段階で、その指導事例として「公民的分野『民主政治と政治参加』の単元が組まれており、そこで身に着けるべき「資質・能力」として、「民主政治の推進と、公正な世論の形成や選挙など国民の政治参加との関連について多面的・多角的に考察、構想し、表現する」こと、「民主政治と政治参加について、現代社会に見られる課題の解決を視野に主体的に社会に関わろうとする」ことが挙げられており、「模擬選挙」の実施が指導事例として記載されている（同指導資料 61-62 頁）。民主政治と政治参加について「主体的に社会に関わろうとする」資質と能力の涵養が求められている点に注目すべきであろう。また、高校向けの副教材としては、総務省・文部科学省『私たちが拓く日本の未来

¹³ 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（2020年、成文堂）154頁。

¹⁴ https://www.mext.go.jp/content/220922-mxt-kyoiku01-000025143_0.pdf（作成年月日不明）

一有権者として求められる力を身に付けるために』¹⁵があるが、同教材では、選挙制度のみならず選挙運動についても詳細な記述があり、模擬選挙のみならず模擬請願や模擬議会も指導マニュアルが提示されており、同教材の「本書の願いは、」という箇所では次のように述べられている（同教材 5 頁）。

「高校生の間から有権者となりうる高校生世代が、これまでの歴史、つまり今まで受け継がれてきた蓄積や先人の取組や知恵といったものを踏まえ、自分が暮らしている地域の在り方や日本・世界の未来について調べ、考え、話し合うことによって、国家・社会の形成者として現在から未来を担っていくという公共の精神を育み、行動につなげていくことを目指したものです。本書を通して、在るべき自分の姿を探求し、社会参画につなげていってください。」

ここには座学のみならず様々な実践を通じて、「行動につなげていくこと」と「社会参画につなげていって」れることが所期として明記されている。

これら主権者教育の推進は児童生徒、とりわけ高校生においては具体的な社会参画や行動につなげていく主権者としての資質・能力の涵養が目指されている。このような教育実践の過程で、実際の政治活動やさらには選挙運動に携わろうと主体的に決意する生徒が現れることは半ば不可避免的に起こり得るし、むしろ主権者教育の観点からは好ましいことと言えるだろう。18 歳という年齢で選挙権を区切るのは権利の性質上やむを得ないとしても、自由権であるところの政治的表現の自由に属する選挙運動の自由を一律全面的に否定することは、主権者教育の果実を否定することであり、主権者として主体的に成長する契機を剥奪することに等しいのではないか。

* * *

以上、縷々述べてきたが、要するに、本件禁止規定等の立法目的①②はいずれも、その内実が不分明であり、また、内的矛盾を抱えており、重要でも正当でもない。重要な権利である選挙運動の自由を一律全面的に未成年者から剥奪する根拠にはなり得ないものと思料する。

(3-3)あてはめ 一手段審査

仮に立法目的が重要かつ正当であったとしても、それを達成するための手段が必要最小限度のものになっていないので違憲である。

(A)規制手段の同定とその違憲性

(3-2)(B)で述べたように、国側が提示した立法目的はいずれも内実が不分明であり、種々の矛盾をはらんだものなので、目的審査の段階で既に厳格審査の要求を充たさないものである。が、百歩譲って、立法目的①②が仮に抽象的なレベルで正当な公益目的であると

¹⁵ https://www.soumu.go.jp/main_content/000815495.pdf (作成年月日不明)

しても、採用された規制手段との関係で必要最小限度性を一それどころか最低限の合理性や必要性すら一充たさず違憲と判断するほかないと思料する。

本件禁止規定等は未成年者に選挙運動を一律全面的に禁止するものであるが、そこに言う「選挙運動」とは、公職選挙法に定められた本件禁止規定等に用いられている文言であるが、本件禁止規定等にも関連する法令にもそれを定義する定めは存在しない。このこと自体、本件禁止規定等が憲法 21 条 1 項との関係で問題となる以上、かなりの憲法上の疑義をもたらすものである。したがって、「選挙運動」の概念定義の不在が、国民の基本的人権の保護範囲を画定する上では重大な支障をもたらしていると言わざるを得ず、総務省や選挙管理委員会が事前かつ迅速に、国民からの要請に応じて彼らがなさんとする政治的表現活動が公選法が禁止する「選挙運動」に該当するかどうか回答を示してくれなければ、国民の多くは「萎縮効果」にさらされることになる。この点、現時点では、総務省がウェブサイト等で公表している「選挙運動」の概念定義に依拠して選挙運動該当性を判断するほかなく、それによれば、「選挙運動」は次のように定義されているところである¹⁶。

「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」

こうして、ようやく「規制手段」がどのようなものであるかが明らかになり、そして、本件禁止規定等の憲法適合性は、このように定義された選挙運動を未成年者には（刑罰による抑止を伴って）一律全面的に禁止するという「規制手段」が(3-2)で見た「立法目的」を達成するために必要最小限のものになっているか否か、という基準で判定されることになる。

既に(3-2)(B)で詳述したように、立法目的そのものが内在的にかかえている不合理や不分明性がそのまま規制手段の広範性につながり、選択された手段が厳格審査に耐え得るように設定されていない。すなわち、(3-2)(B)で見たように本件禁止規定等の立法目的にはいくつかのものが考えられるが、個々の目的に応じて違憲判断の理路を示すと以下のようになる。

まず第 1 に、立法目的が未成年者の選挙運動が生み出す弊害の防止にあるとした場合、その「弊害」とは、大量動員や人海戦術・連呼運動を内実とするが、かかる弊害に問題があるとすれば、成年・未成年を区別することなく大量動員や人海戦術・連呼行為を規制すればいいのであって、未成年者のみに、しかも選挙運動を一律全面的に禁止するのは、必要最小限の規制ではないどころか、目的との合理的関連性自体を充たさないと言えるだろう。この

¹⁶ https://www.soumu.go.jp/senkyo/senkyo_s/naruhodo/naruhodo10_1.html なお、最決昭和 38 年 10 月 22 日刑集 17 卷 9 号 1755 頁、最判昭和 52 年 2 月 24 日刑集 31 卷 1 号 1 頁等も同様の趣旨を述べており、裁判先例も本文で引用した概念定義を採用しているところである。

点、未成年者は主体性において未熟なところがあるため成人の勧誘に安易に乗りやすく、したがって人海戦術などに大量に動員されやすいということであれば、そのような未成年者の性向につけいる成人の行為を規制すれば足りるし、また、主体性をもって選挙運動に参画する未成年者にまで一律全面禁止する理由にはならない。

次に第2に、未熟な未成年者を「不当な選挙」に巻き込むことから「保護」することが立法目的であれば、「不当な選挙」なるものを具体的に規制対象にすべきであるし、また、未成年者を「巻き込む」人物に対する規制（本件使用禁止規定）で足りるので、未成年者の選挙運動を一律全面的に禁止する理由にならない。なお、使用禁止措置についても、成年者が未成年者の選挙運動参画を過度に躊躇するなどの「萎縮効果」を発生させるので、「不当な選挙」が何であるのかの明確な定義は必須であり、かつそれだけを禁止すれば足りるので、過剰規制であり違憲である）。

そして第3に、本件禁止規定等の立法目的が、未成年者が「思想も固まらない」「責任もない」未熟な存在であるため、それが選挙運動を行うと選挙が歪められるし、過酷な言論戦に耐えられないので規制と保護の両面から禁止措置と採るという点に求められるとしても、(a)選挙が歪められるという立法事実はさしあたり人海戦術や連呼行為のための大量動員にあると思われるが、それは第1に示した理路からすれば過剰規制に当たるし、(b)思想的未熟性や無責任性については政府が推進する主権者教育の内容に照らせば、そこでは社会参画や具体的行動に主体的に取り組むことが目標とされているのであるから、選挙運動を禁止するとしても、少なくとも主体的にそれに取り組む場合、すなわち未成年者の自発的な選挙運動への取組みについては、禁止を解除すべきである。その意味で、本件禁止規定等に見られる規制手段は目的と整合しない。

以上のように仮に立法目的が正当であったとしても、その規制射程の過剰な広範性のため、必要最小限度性や、目的と手段選択の合理的関連性が否定されるので違憲となる¹⁷。

(B)合憲限定解釈の必要性和不可能性 一選挙運動と政治的表現の関係から

では、本件禁止規定等はいわゆる合憲限定解釈を施すことによって合憲性を維持できるか。

本件禁止規定等、特にその規制手段の設定に関する大きな憲法上の疑義は、規制対象である「選挙運動」なるものが明確かつ適正に概念画定されなければ、選挙期間中の政治的表現の自由に看過しがたい萎縮効果を発生させる点にある。つまり、未成年者が行おうとする政治活動が「選挙運動」に該当するのか「政治活動」に該当するのかによってその有する法的意味がまったく異なるものとなり、それが明確に切り分けられないと、成人たちも未成年者とともに政治活動を行うことを躊躇させてしまうのである。したがって、本件禁止規定等を未成年者の憲法21条1項上の重要な権利との関係で合憲限定解釈し、萎縮効果を明瞭に排

¹⁷ なお、本意見書では、刑罰による抑止という規制手段の過剰規制性の問題については言及しない。

除して憲法上保護された行動範囲を適切に画定する必要があり、それに成功しなければ本件禁止規定等は違憲と判断されるべきである¹⁸。

さて、このような観点からすると、既に述べたように、公選法の本件禁止規定等においては「選挙運動」がそもそも定義されておらず、総務省がウェブサイトや判例実務によって「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」とされているに過ぎない。このような限定解釈が果たしていかなる論理で定義を欠く公選法の本件禁止規定等から可能なのか、それが最高裁判例が要求する基準を充たし得るのか¹⁹、についてはかなりの慎重な議論が求められることになる。重要な憲法上の権利に関わる論点である以上、ウェブサイト等で示された選挙運動の定義自体が法令そのものに書かれていないこと自体、見過ごすことはできず、そのような意味からすれば、合憲限定解釈以前に法令の組み立て方の粗雑さを問題せねばならない。なので、総務省ウェブサイト等での限定解釈が施せるとしても、かかる粗雑な法令の作り込み自体が未成年者の人権享有主体性や公的言論の自由の重要性に対する配慮を欠いたものとして憲法的に排除されるべきであろう。

百歩譲って、本件禁止規定等の選挙運動の概念定義は、上述のウェブサイト等における限定解釈を施すことが可能であるとしても、それは「選挙運動」という概念が明らかになったに過ぎず、それが21条1項の表現の自由の観点から適切に切り出されているか否かの問題それ自体とはほとんど関係がない。つまり、上記のように概念限定された選挙運動に対する

¹⁸ 税関検査合憲判決（最大判昭和59年12月12日民集第38巻12号1308頁）は次のように言う。「表現の自由は、前述のとおり、憲法の保障する基本的人権の中でも特に重要視されるべきものであつて、法律をもつて表現の自由を規制するについては、基準の広汎、不明確の故に当該規制が本来憲法上許容されるべき表現にまで及ばされて表現の自由が不当に制限されるという結果を招くことがないように配慮する必要がある」。

¹⁹ 税関検査合憲判決（最大判昭和59年12月12日民集第38巻12号1308頁）は次のように言う。「法律の解釈、特にその規定の文言を限定して解釈する場合においても、その要請は異なるところがない。したがって、表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものでなければならない」。表現の自由に対する規制の場合、「規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され」、かつ規制を合憲になし得るものだけに限定される必要がある。本件でも問われるのは、単なる表現の自由ではなく、とりわけ保護の度合いの強い政治的表現の自由である点に照らせば、限定解釈による憲法上の疑義の払拭は容易なものではない。

規制が憲法に適合するかどうかは、表現の自由の観点からさらに吟味されなければならないのである。

上述の限定を所与のものとした場合、本件禁止規定等が政治活動一般から選挙運動を適切に切り分け、本来は自由であるはずの政治的表現活動に萎縮効果を与えないものになっているかどうかを査定する必要があるが、この点、総務省自治行政局選挙部選挙課が令和5年（2023年）3月1日に各都道府県選挙管理委員会事務局に対して発出した事務連絡「候補者が自身のこどもを伴って行う活動について（年齢満18年未満の者の選挙運動の禁止）」²⁰が参考になる。そこでは、こども（未成年者）の選挙運動がどのようなものであれば許されるのかについてQ&Aのかたちで事例分析がなされている。それによれば、ほとんどの事案で本件禁止規定に抵触するおそれがあるとの回答がなされており、一律全面的な禁止に近いものとなっていることが例証されている（明確な違反認定ではなく、抵触可能性という判断であり、そこから萎縮効果が生れ、当事者に自己検閲をさせてしまう恐れすらあるので、その意味でも極めて問題性のある文書と言えよう）。許容される事例は、「選挙運動の合間に選挙運動用自動車の中でこどもに授乳すること」や「こどもと一緒に当選後の万歳をすること」くらいであり²¹、他方で、「選挙運動に関する投稿について、フェイスブックの「コメント」又はツイッターの「返信」により、「いいね」というメッセージを発すること」すらも、「選挙運動と認められる場合には」本件禁止規定等に抵触するとされている。「いいね」の発信すら禁圧される過剰性については言葉を失う他ないが、問題は、当該行為が「選挙運動」に該当するか否かを問うているにもかかわらず「選挙運動と認められる場合には」選挙運動とみなされるというトートロジー的な回答がなされている点である。

以上のように本件禁止規定等に定められた「選挙運動」という文言を上述の総務省の定義をそれに転用することができたとしても、「選挙運動」の概念が明らかになっただけであり、その適用射程は同じく総務省が示す文書によればかなり広範に適用され、ほとんど「政治活

²⁰ https://www.soumu.go.jp/main_content/000865536.pdf

²¹ なお、同事務連絡2頁では、「こどもが選挙運動用葉書の宛名書きをすることや公営掲示板に選挙運動用ポスターを貼ること」は「単純な機械的労務のみであれば、差し支えない」との回答を示している。これは公選法137条の2第2項が「何人も、年齢満18年未満の者を使用して選挙運動をすることができない。ただし、選挙運動のための労務に使用する場合は、この限りでない」と定めているからである。しかしながら、過酷な選挙から未成年者を保護することを立法目的の一部とする以上、選挙運動そのものが禁止される一方で「選挙運動のための労務」であれば可能であるという仕分けは合理的とは言えない。単純な機械的労務であってもそれは特定候補者の支援である点には変わりがないはずである。未成年者の保護をうたうにもかかわらず、労務提供のためであれば動員することも許されるというのでは、未成年者の政治参加を否定しつつも、労働力としては動員するというそれ自体、未成年者の人格を毀損する発想に出たものと推断せざるを得ない。

動」一般から「選挙運動」を表現の自由に配慮したかたちで切り出すことができていない。したがって、判例²²が要求する合憲限定解釈の条件のうち、「合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合」を充たさない。したがって、合憲限定解釈は成功しない。

2. 選挙運動の自由は制度的権利か？

(1) 選挙運動の自由は制度的権利ではない。

憲法上の権利はいわゆる自由権が中心となって構成されている。自由権は国家に対する不作为を請求する権利と言われることがあるが、それは自由権と制度形成がまったく無縁であるということを意味しない。自由を保障するためには自由が保障される領域への侵犯行為を禁ずる制度が必要になるし、また、各人の自由が共存するための調整を行う制度も必要である。しかし、制度形成、制度依存、制度準拠という言葉でこのことが語られるとしても、制度形成の立法裁量を認める余地が広がるわけではない。自由権の場合は、制度が準拠すべきベースラインが「自由＝制度のないこと」なので、制度を構築することそれ自体が権利侵害を疑われることになる。国はそのような侵害の疑いをはらすため、高度の立証責任を負うことになる。なので、自由権の制約には慎重な判断が求められる。

他方で、憲法上の権利には、本来的に制度に依存ないし準拠して構成される権利もある。呼び方はさまざまだが、いわゆる「制度的権利」と言われるものである。制度形成の立法裁量が自由権と比較すると広範に認められる（つまり、保障水準のベースラインはあらかじめ決まっているわけではなく、法律による設定に依存することになる）。しかし、そうであるとしても、①憲法上の制度的権利なので全くの無制約な立法裁量が認められるわけでない（それだと明治憲法下での「法律の留保」と同じになってしまう）、②ベースラインには当該制度の本質などのような客観法的原則による規律を受けるので自由に設定できるわけではないことに留意が必要である。

かかる権利の代表例が選挙権（憲法第15条1項）である。選挙権は上述のような意味で制度的権利である。選挙権と言っても「選挙をおこなう自由」があるわけではない。立候補や投票も、資格の設定や方法の規定、選挙制度自体の構築、等々に依存し、それらの制度的実現を待って選挙権の中身が確定してくる。が、既に述べたように、制度的権利と言っても憲法上の権利である以上、無制約な立法裁量が帰結されるわけではない。いくつかの例を判

²² 前注18) 参照。

例に求めてみても、立候補の自由²³、投票価値の平等や不平等選挙の排除²⁴、等が指摘されているところである。

さて、このような権利区分論に沿って、時として、選挙運動の自由を制度的権利に分類するような言説に触れることがある。しかし、このような言説は額面通りの制度的権利に選挙運動の自由を還元しようとするものであれば受け入れがたい主張である。まず、①選挙運動の自由は選挙権とは異なる。後者が制度的権利であることをもって前者をそのように自動的に同定することはできない。次に、②選挙運動は政治的表現の自由そのもの、あるいはそれと不可欠に結びついたものである。選挙運動を制度形成の余地が広いものとおくことによって選挙運動規制を通じて政治的表現の自由—しかも、選挙という最大の政治実践の局面における公的言論の行使—を縮減することは許されず、むしろ逆に、政治的表現の自由の保障強度の高さから選挙運動規制は必要最小限にとどめることが要求されるという思考様式に立つべきだろう。

(2)制度準拠的な要素があるとしても本件禁止規定等是不合理である。

選挙運動の自由の制度依存的側面に関する誤った認識を生み出している原因のひとつに、先にも触れた最大判平成 11 年 11 月 10 日民集 53 卷 8 号 1704 頁をいかに読解するかという問題がある。既に**1(2)**で引用した部分をここに再び掲記しておく。

「前記のとおり、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ところ、憲法は、政党について規定するところがないが、その存在を当然に予定しているものであり、政党は、議会制民主主義を支える不可欠の要素であって、国民の政治意思を形成する最も有力な媒体であるから、国会が、衆議院議員の選挙制度の仕組みを決定するに当たり、政党の右のような重要な国政上の役割にかんがみて、選挙制度を政策本位、政党本位のものとすることは、その裁量の範囲に属することが明らかであるといわなければならない。そして、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ものというべきである。」（下線および傍点筆者）

この引用部分では、まず、「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」と述べて選挙の制度構築の立法裁量性を広汎に認めた。そして、「選挙運動」に言及して、それを「誰がどのように行うか」を政治的表現の自由、あるいは端的に自由の問題とおくのではなく、「誰がどのように行うか」は「選挙制度の仕組みの一部を成すもの」と理解することによって、ここでも広範な立法裁量の対象となると論じている。この平成 11

²³ 三井美唄炭鉱労組事件最大判昭和 43 年 12 月 4 日刑集 22 卷 13 号 1425 頁。

²⁴ 議員定数不均衡事件最大判昭和 51 年 4 月 14 日民集 30 卷 3 号 223 頁。

年判決を形式的に読めば、同判決は、選挙運動を行うことは「自由」の問題ではなく、「制度」の形成の問題であると見ていと捉える余地がある²⁵。

しかし、この判示部分をもって、選挙運動の自由が端的に制度的権利に分類され、制度形成に関する広汎な立法裁量が認められたと解してはならない。

本判決は、改正公職選挙法の選挙運動に関する諸規定の合憲性について、「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」と指摘した上で、「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」との審査基準を設定した。そして、選挙運動上の差異として特に注目されたのは政見放送の機会の提供についてであった。改正公選法 150 条 1 項が小選挙区選挙については候補者届出政党にのみ政見放送を認め候補者を含むそれ以外の者には政見放送を認めないものとしたことにつき、本判決は、「政見放送という手段に限ってみれば、候補者届出政党に所属する候補者とこれに所属しない候補者との間に単なる程度の違いを超える差異を設ける結果となるものである」（下線筆者）と述べている。こうなると先に定立された「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」に達していたものとして違憲判断が導かれるのが自然であるが、しかし、本判決は、かかる差異が設けられた理由として、①小選挙区制の導入により選挙区が狭くなったこと、②従前よりも多数の立候補が予測され、政見放送の機会を均等に提供することが困難になったこと、③候補者届出政党は選挙運動の対象区域が広く放送の利用が不可欠であること、などを挙げ、それに対して、「放送による政見放送の影響の大きさを考慮すると、これらの理由をもってはいまだ右のような大

²⁵ 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（2013 年、日本評論社）201 頁。なお、同頁において筆者は「こうして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」と平成 11 年判決を評していた。拙著のこの箇所は国側準備書面(3)30 頁においても引用されているところである。しかし、筆者によるこの箇所の評は、選挙運動の自由が最高裁判例によって端的に制度的権利とみなされていることを指摘するものではない。まず、上記の評は、単純に、判例の引用箇所が選挙運動を自由に文脈ではなく、制度の一部として捉えていることを指摘したまでである。そして、それは同書の同頁から始める理路の中で述べたかったことの一部を成しているに過ぎない。筆者がその箇所でもた本意見書本文で述べたかったことは、大要、次のようなことがらである。すなわち、最高裁は選挙運動を選挙制度の一部と置くことによって広範な立法裁量の対象と見たが、だからといって立法裁量が無条件で肯定しているわけではなく、むしろ制度の不合理性を一政見放送の機会の配分に関して一鋭く指摘している、広汎な立法裁量が認められる領域であっても合理的関連性のテストは適用され、また、実際に、制度は不合理であるとする判断がなされることがある。

きな差異を設けるに十分な合理的理由といい得るかに疑問を差し挟む余地があるといわざるを得ない」(傍点筆者)との評価を下しながらも、しかし、「右の理由にも全く根拠がないものではないし、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」ことをもって、改正公選法がもたらす選挙運動上の差異は、「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までは断定し難い」として合憲としたのである。

政見放送の機会提供の不平等(しかもゼロ保障)の正当化根拠に「十分な合理的理由といい得るかに疑問をさしはさむ余地があるといわざるを得ない」とまで言っておきながら、「全く根拠がないものではない」という表白で切り返すのは理解しがたい。また、政見放送以外の選挙運動は十分にできるのだから、(影響力は他よりも格段に大きいながら)ひとつくらいの不都合は甘受すべきだとも読める理路で問題点のすべてを雲散霧消させようとしている。他の関連判例において頻繁に「選挙の公正」を強調してきた最高裁は、この論点についてはその言説を忘却したかのような印象を受ける²⁶。

が、本意見書で指摘したいのは、平成 11 年判決の個別論点に対する判示の不当性ではない。本意見書との関連で重要なのは、平成 11 年判決が選挙運動を「選挙制度の仕組みの一部を成すもの」とおきつつも、それを制度的権利と見て、広汎な立法裁量にその規制を委ねるのではなく、制約の「合理性」や「十分な合理的根拠」の有無を審査していること、しかも、相当の疑義を差し挟む余地があるとまで言って法令の違憲性に肉薄した事実である。選挙運動の自由はあくまで政治的表現の自由と表裏のものであるから自由権として扱うべきであるが、仮に制度的権利と見るとしても、上述のように制度に十分な合理性があるかどうかはしっかりと審査できるし、またすべきである。そして、もはや蛇足かと思われるが、本件禁止規定等は、未成年者に対しては選挙運動を一律全面禁止をしている包括的ゼロ保障である以上、その合理性に差し挟むべき疑義の余地は平成 11 年判決よりもはるかに大きいと言えるだろう²⁷。

²⁶ 駒村・前注 25) 201 頁。

²⁷ 平成 11 年判決に付された、河合伸一・遠藤光男・福田博・元原利文・梶谷玄裁判官の反対意見は、そこで問題となった選挙運動上の差異は、場合によって被選挙権の平等にも影響するものと見て、違憲と断じている。その際、政見放送の問題については、「候補者届出政党が更に一步を進め、特定の小選挙区内で、その政党に所属して立候補した具体的な候補者の氏名を選挙人に示し、その候補者の当選を目的とする選挙運動を行うことは、とりもなおさず、その候補者が個人として行う選挙運動に、政党が個人ののための選挙運動を上積みすることを意味し、政党に所属する候補者に、政党に所属しない候補者と比較して、質量共により大きな選挙運動の効果を享受させることになるのである」と述べている。また、多数意見が挙げる政見放送機会の不平等配分に関する種々の根拠については、「今日におけるラジオ放送又はテレビジョン放送の影響力の大きさや、全国各地に地方ラ

3. 選挙運動の自由は憲法 21 条 1 項の問題である

(1) 戸別訪問事件判決をそのまま参照することは不適切である。

選挙運動の自由に関する最高裁先例としては、いわゆる戸別訪問事件最 2 小判昭和 56 年 6 月 15 日刑集 35 巻 4 号 205 頁があり、頻繁に参照されている。本判決は、戸別訪問を一律全面的に禁止する公選法 138 条 1 項を、結論として、合憲と判断したものであるが、重要なのは、本判決を含め最高裁判決は、戸別訪問、文書図画の頒布などの選挙運動を 21 条 1 項の表現の自由の問題とおいた点である²⁸。この点、先に論じた衆議院小選挙区比例代表並立制に関する平成 11 年判決は、あたかも選挙運動が「選挙制度の仕組みの一部を成す」もの、つまり「制度」の問題に還元できるかのような書きぶりであったが、戸別訪問等に関する諸判例は明らかに「自由」の問題と捉えている²⁹。前者が、立候補者（被選挙権者）の選挙運動が主たる論点であったのに対して、後者は一般国民が行う選挙運動であったという対比の上で考えれば一応理解し得る違いであると言うことができよう³⁰。このように、裁判官各位におかれては、本件禁止規定等がもたらす憲法上の争点は、憲法 21 条 1 項の（政治的）表現の自由の保障にかかわる問題として受け止めていただきたい。

さて、戸別訪問に関する本判決の問題性は事案を 21 条 1 項の問題とおいたそれ自体にあるのではなく、それを前提として行われた法的構成に見出される。周知のとおり、本判決は、

ジオ放送局、地方テレビジョン放送局が普及している事実を軽視するものであって、到底正当な理由とはなり得ない」し、また、「政見放送は、これのみを切り離して評価すべきものではなく、候補者届出政党に認められた他の選挙運動と不可分一体のものとして、候補者に認められた選挙運動との比較検討をすべきものである」と述べて、「選挙運動上の較差は、合理性を有するとは到底いえない程度に達している」と判断した。

²⁸ 最大判昭和 25 年 9 月 27 日刑集 4 巻 9 号 1799 頁、最大判昭和 44 年 4 月 23 日刑集 23 巻 4 号 235 頁。

²⁹ 駒村・前注 25) 300 頁。

³⁰ しかし、そうであれば、なおさら、一般国民と区別された被選挙権者の制度的権利としての選挙運動（政見放送）でさえも、合理的根拠に乏しい規制との疑義を提起され、かつ反対意見では違憲の判定を受けているのであるから、未成年者の選挙運動は表現の自由として扱われる以上、さらに踏み込んだ、そして厳格な合理性判定が求められることとなるだろう。

戸別訪問という選挙運動に対する禁止措置を、いわゆる「弊害論」によって正当化している（①買収、利害誘導等の温床になり易く、②選挙人の生活の平穏を害するほか、③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、④投票も情実に支配され易くなるなど）。かかる弊害認定の合理性自体も議論の余地があるが、それは措いておき、問題の核心は、以上の弊害論が、猿払事件判決³¹が示した付随的・間接的制約論と同判決が提示したいいわゆる猿払基準によって処理されている点である。戸別訪問事件最判は次のように言う。

「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…（略）…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ところ（…（略）…）、右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。」

ここでは、戸別訪問の禁止が、意見表明そのもの、すなわち表現の内容規制の問題ではなく、手段規制（手段が生み出す弊害の除去）の問題であるとして、いわゆる付随的・間接的制約論を採用した³²。その上で、いわゆる猿払基準、すなわち、①目的の正当性、②目的と手段の合理的関連性、③規制によって得られる利益と失われる利益の衡量、という三点に照準した審査が行われている。このような付随的・間接的制約論とそれと連動した猿払基準については、政治的表現の自由の重要性（これは他の判例でだけでは猿払判決自体も強調していたはずであるが）への配慮がほとんど消失してしまうなど多くの批判にさらされている³³。

が、本意見書で指摘したいのは付随的・間接的制約論と猿払基準そのものの不適切さではなく、猿払判決をベースにした戸別訪問事件判例を、本件禁止規定等を争うこの訴訟におい

³¹ 最大判昭和 49 年 11 月 6 日刑集第 28 巻 9 号 393 頁。

³² なお、選挙運動を付随的・間接的規制と捉えることについては、そもそもそれら内容に着目する規制ではないかとの疑念が寄せられている（佐藤幸治『日本国憲法論〔第 2 版〕』（2020 年、成文堂）455 頁、長谷部他編・前注 2）234 頁〔長谷部恭男執筆〕）。

³³ 駒村・前注 25）129-133 頁。

て援用することはできないということである。

第1に、猿払事件判決は、国家公務員の権利が問題となった事例であるから、本訴訟と事案を異にする。政治的行為の自由は憲法21条1項が保障するところであるが、猿払事件判決では、権利主体が公務員であることから、憲法15条2項の「全体の奉仕者」として位置付けられ、それによって21条1項の主体であることが極限まで縮減されて、その結果として猿払基準が採用されている。したがって、未成年者一般が問題となる本訴訟では猿払事件判決もそれに依拠する戸別訪問事件判決も援用することができない。

第2に、猿払事件判決はその冒頭で、「国公法102条1項及び規則によつ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」（下線筆者）と明確に述べている。本件禁止規定等が対象としている選挙運動が政治的行為であり、しかも「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」ことは否定することはできない。そしてそれは未成年者という一般性を有する国民類型に対してのみ一律全面的に禁止されるのである。最高裁先例を引くのであれば、猿払事件判決の上記の箇所こそ参酌されるべきであろう。

第3に、猿払事件判決そのものが近年では修正ないし事実上の判例変更を余儀なくされている点も重要である。この点、国家公務員法違反被告事件（通称「堀越事件」）最2小平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁が参酌に値する。猿払事件判決では、公務員を単に「全体の奉仕者」とおいて21条1項の権利を享有する「国民」としての地位を閑却したが、堀越事件判決はそうではなく、公務員に対して「全体の奉仕者」であることを要請する15条2項に対して、21条1項は「国民としての政治活動の自由」を公務員に保障すると述べて、「国民」としての地位にもあることを明確に対置したのであった。これによって、公務員の政治的行為の禁止問題は、「全体の奉仕者」性に単線的に依拠した猿払事件判決の理路から離れて、「全体の奉仕者」と「国民」という二つの地位、15条2項の要請と21条1項の権利保障、との対抗的な価値衡量を行い、それを前提に国家公務員法の該当規定を限定解釈したのであった³⁴（その結果、かかる限定解釈からもたらされた諸要件を事案に適用し、被告人を無罪としたのであった）。このように猿払基準等の憲法訴訟論の遺産は、堀越事件判決の水準に照らせば、過去のものとなったと言ってよいだろう。しかし、本訴訟は、繰り返しになるが、公務員事案ではない。したがって15条2項的な理路は一切成立する余地はないのである。ここで言いたかったことは、裁判所が国民事案についても猿払事件判決の審査枠組を援用する傾向が見られるが、そのような流れに乗ったとしても、参酌されるべきなのは堀越事件判決のそれであるという点に尽きる。

以上、要するに、選挙運動の規制は憲法21条1項の問題であり、戸別訪問事件判決や猿

³⁴ 堀越事件判決が猿払事件判決にもたらした判例法理の転換については、駒村・前注25) 401頁以下参照。

払事件判決に依拠して判断される事案ではないのである。

(2)伊藤正己裁判官のルール設定論には疑義が残る

選挙運動規制に関する判例分析の際にしばしば引用され、それなりの影響力を持ってきた考え方に伊藤正己裁判官のルール設定論がある。これは、戸別訪問事件最3小判昭和56年7月21日刑集35巻5号568頁に付された同裁判官の補足意見で展開されたものであった。それは次のようなものであった。

「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るべきである。法の定めたルールを各候補者が守ることによつて公正な選挙が行なわれるのであり、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いる。このルールの内容をどのようなものとするかについては立法政策に委ねられている範囲が広く、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考える。憲法47条は、国会議員の選挙に関する事項は法律で定めることとしているが、これは、選挙運動のルールについて国会の立法の裁量の余地の広いという趣旨を含んでいる。国会は、選挙区の定め方、投票の方法、わが国における選挙の実態など諸般の事情を考慮して選挙運動のルールを定めうるのであり、これが合理的とは考えられないような特段の事情のない限り、国会の定めるルールは各候補者の守るべきものとして尊重されなければならない。」(下線筆者)

この見解は、あらゆるゲームが設定されたルールに従っている限りでフェアに実施されるのと同じように、選挙も決められたルールに皆が一律に従うことによりフェアなゲーム(つまり公正な選挙)として実施されるという思考様式に基づくものである。その場合、伊藤裁判官は、かかるルールが合理的なものであることを要求するが、必要最小限度などの厳格な基準は適用されないという。ルールの合理性については憲法47条によって国会の広範な裁量にゆだねることが予定されており、特段の事情のない限り、尊重されなければならないとされる。要するに、ルールがどんな中身のものであるかではなく、とにかくにもルールが設定されていること自体に意味があるとするものであろう。

この発想は、選挙運動が政治的表現の自由の行使の一類型であることをほとんど一顧だにしないものであり、ある意味で人権論的には相当に後退したものとなっている。伊藤裁判官のルール設定論は選挙運動規制をいわゆる調整問題³⁵の一種と見るものと解される。確

³⁵ 例えば、車は左側を走行するとか、ゴミ出しの日は月曜日であるとか、とにかく一義的に決まっていること自体に意味があり、それによって一定の解決や調整が図られる問題群のことを「調整問題」と呼ぶ。

かに、運動規制については例えばポスターの枚数や運動時間帯など、とにかくも一義的にルール設定されることにより公正が図られる問題もあるだろう。しかし、選挙運動のすべてをそのような調整問題視することは適当ではない³⁶。選挙運動が人海戦術や大量動員をもたらし、利益誘導や買収などの悪弊を生み、かつ煩瑣で迷惑であれば、いっそのこと選挙運動を一律全面的に禁止し、事前に配布された候補者情報と一定のメディアを通じた討論会などで投票先を決してもらうこともあり得るだろう。それら一切が国会の裁量として容認されているのだろうか。選挙のはらむ問題のすべてが調整問題ではない。選挙という場が統治にとって決定的に大事であり、また政治的表現の自由にとっても最重要のステージであることを考えると、調整問題として処理できる領域かどうかは調整問題ではないと考えるべきであろう。ルール設定論にはかかる重大な疑義があることを強調しておきたい。

4. 補論：政治活動と選挙運動

本意見書では、選挙運動を政治活動の一環と見て、それが政治的表現の自由と不可分の関係にあることを念頭において主張を組み立てた。正当な権利行使である政治活動から選挙運動を適切かつ明瞭に切り出すことに成功しなければ、未成年者の政治的表現の自由のみならずそれを動員しようとする成人のそれも、多大な萎縮効果の犠牲となり、憲法 21 条 1 項の保障内容を選挙という重要局面で維持することは到底できないと解される。

この点に関する政府の見解を示す資料がある。総務省・文部科学省編「私たちが拓く日本の未来 一有権者として求められる力を身に付けるために」³⁷という文書がそれである。これは高校生のための副教材として編まれたものであるが、その 96-97 頁において、次のように選挙運動と政治活動が区別されている。

³⁶ 長谷部恭男教授は、典型的な調整問題と異なり、「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の疑問は残る」と指摘している（長谷部他前注 2）235 頁）。この点、選挙の重要性にかんがみれば、ルールの設定は単純な調整問題的ルール作りとは異なるものとして理解されなければならない。選挙制度の客観法的原則である「選挙の公正」や伊藤裁判官自身が言うところの「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」という理念に照らして、制限の適否が審査されるべきである（駒村・前注 25）301 頁）。

³⁷ https://www.soumu.go.jp/main_content/000815495.pdf（作成年月日不明）

「Q 9で述べたとおり、選挙運動とは「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」と解されています。

また一般的に、政治活動とは、「政治上の主義もしくは施策を推進し、支持し、もしくはこれに反対し、又は公職の候補者を推薦し、支持し、もしくはこれに反対することを目的として行う直接間接の一切の行為をさす」とされ、これら一切の行為の中には、特定の候補者を推薦したり、支持したりするという選挙運動にわたる活動も含まれると解されています。

しかし、公職選挙法では、選挙運動と政治活動を理論的に区別して、それぞれについて規定をおいているため、公職選挙法上の政治活動（以下、政治活動という）とは、「上述の広義の政治活動の中から、選挙運動にわたる行為を除いた一切の行為」ということになります。」

このような“引き算”をした場合、未成年者に許容されるのは「政治上の主義もしくは施策を推進し、支持し、もしくはこれに反対」する行為ということになるだろう。しかし、そのような一般的な政治活動も批判的な要素を含む以上、立候補している特定の候補者に対する支持ないし反対になり得、したがって、投票を推奨しあるいは思い止まらせる効果を持つだろう。候補者全員がそのような対象となる場合があるだろうが、それとて当該選挙に出馬した全員という「特定の候補者」に対するものとみなされるかもしれない。要するに、選挙運動を上記のような定義で考える以上、政治活動に対して残される余地はほとんどなくなるのである。

本意見書の本来的主張は、未成年者に対して選挙運動を一律に禁止する立法趣旨そのものが曖昧かつ不合理であること、仮に正当な立法目的であるとしても手段選択は正当化されないこと、などから公選法の本件禁止規定等を端的に違憲と判断すべきことを求める点にあることを重ねて強調しておきたい。