

【憲法】

1.

本問は、選挙運動としての文書頒布等の規制が憲法21条1項の「言論、出版、その他一切の表現の自由」（以下、「表現の自由」という。）の制約を含むことを指摘できるか否か、そして、ここで問題となる表現の自由の制約の合憲性について法的主張として論ずることができるかを試すものです。

公職選挙法における選挙運動の規制については、これを国民の政治活動の自由を過度に制限するもので違憲であるとする学説と、合憲とする最高裁判例とがかねてより対立してきました。本問が取り扱う公職選挙法142条による文書頒布等の規制についても議論のあるところですが、以前の最高裁判例としては、同条の禁止を免れる行為を禁止する公職選挙法146条の合憲性を扱った最大判昭30.3.30刑集9巻3号635頁（憲法百選ⅡNo.161）があります。最近のものとしては、最三小判平27.12.1裁時1641号6頁が公職選挙法142条を合憲と判断しています。

「公職選挙法における選挙運動の規制が国民の政治活動の自由を侵害し違憲ではないか」という問題があることについては、多くの教科書でも取り上げられています。本問に解答するにあたってはそのことを知っている都合が良いわけですが、知らなかったとしても、公職選挙法142条1項5号による規制がどのような憲法問題をはらんでいるのかには気づいて欲しいところです。政治活動の自由の憲法条文上の根拠が憲法21条1項に求められるということも、忘れてはいけません。

なお、本問では入試問題として焦点を絞るために、公職選挙法142条による文書頒布等の規制のうち、政令指定都市の市長選挙におけるビラの扱いだけを取り上げるように作問しました。

2.

解答においては、まず、①本問規制において表現の自由がどのように制約されているかを指摘し、次に、②その制約の合憲性をどのような枠組みで判断すべきか（判断基準、審査基準）を提示し、そして、③自らの提示した判断基準を用いて当該制約の合憲性について具体的な判断を示す、以上①～③の大きな流れにそって論述を進める必要があります。

そして、①～③のそれぞれのなかでの論述において、表現の自由を中心とした憲法に関する基本的知識の有無が試されることとなります。

3.

本問に解答する際に最も大事なものは、本問規制にはどのような表現の自由の制約が含まれているかを発見することです。

選挙に関するビラを配布することが表現の自由によって保護される表現行為であることを、しっかり述べたいところです。誰の表現の自由かも大事です。ビラを配布するのは候補者だけではありません。また、ビラを配布する側だけでなく、受け取る側の立場も取り込んだ主張もありえます。

なお、選挙運動の自由（選挙活動の自由）は「立候補者にとっては立候補権の一環として、……立候補の自由、投票・棄権の自由等とともに、憲法15条によって保障されている」と解する説もあります（辻村みよ子『憲法第5版』332頁）。しかし、この説も選挙運動の自由が「憲法21条や19条の保障のもとにあることはいうまでもない」としています。また、この説によって立論した場合には、立候補権の一環としての選挙運動の自由にはどのような特徴があるのか（その内容や法的性格）にふれる必要があります。本問における「法定ビラ」を配布する自由が「立候補の自由」や「投票・棄権の自由」と同じ内容・性格である、ということにはならないでしょう。さらに、選挙運動（本問の場合には「法定ビラ」の配布）を行うのは候補者だけではないことにも注意してください。

次に、制約の態様はどうでしょうか。学説のなかには、選挙に関する主張を内容とするビラの規制であるという意味で表現内容規制であるとする立場と、選挙運動におけるビラ配布という表現の態様に着目した規制だから表現内容中立規制であるとする立場があります。どちらからみても、本問規制による制約は表現行為への直接的制約と言えるでしょう。他方で、最高裁判例には、選挙運動としての戸別訪問禁止について間接的付随的制約という見方を示したものがありません（最二小判昭 56. 6. 15 刑集 35 卷 4 号 205 頁）。本問規制についても間接的付随的制約と言えるか否か、検討してみるとよいでしょう。

4.

判断枠組みを設定する②においては、表現の自由の重要性（優越的地位）、自己実現・自己統治と書きたいところですが、選挙運動規制という本問規制の特徴を踏まえて、本問において規制される表現行為の重要性を指摘したいところです。国政選挙ではなく、地方選挙であることも活用しましょう。

そのうえで、どのような判断枠組みを取るかは、さまざまな考え方がありうるところです。唯一絶対の正解はありません。①の段階で指摘した本問規制における表現の自由の制約の特徴をどう活かすかが、腕の見せ所です。

最近の最高裁判例は表現の自由の分野において、「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」という比較衡量の枠組みを明示的に出発点としています（堀越事件最二小判平 24. 12. 7 刑集 66 卷 12 号 1337 頁、憲法百選 I No. 14）。これを用いて、比較衡量の枠組みの示す考慮要素にそって③の論述を展開する、そのなかで、問題文のなかにある本問規制の目的だけでなく、①であげた本問規制の特徴にふれる、というのも立派な解答です。

3 でふれた間接的付随的制約という見方を活かすなら、猿払事件最大判昭 49. 11. 6 刑集 28 卷 9 号 393 頁（憲法百選 I No. 13）の採用した「合理的関連性の基準」を採ることも考えられます（上記最二小判昭 56. 6. 15 参照）。

また、選挙運動規制の問題については、戸別訪問禁止の合憲性を扱った最三小判昭 56. 7. 21 刑集 35 卷 5 号 568 頁（憲法百選 II No. 163）における伊藤正己裁判官補足意見が、選挙運動のルールであるとみて立法府の裁量を導き出しています。この伊藤補足意見を活用する主張も考えられます。ただし、本問規制は国会議員の選挙におけるものではないことに注意してください。

他方で、学説の立場からは、「二重の基準」論を強調したうえで、本問規制を表現内容規制ないしは表現内容中立規制とみて、単なる比較衡量ではなく「厳格な審査基準」ないし「厳格な合理性の基準」を主張することが考えられます。

5.

③は、②における判断基準に対応して述べられるべきところです。②の書き方に応じてさらにさまざまな書き方があるでしょう。少なくとも問題文にある本問規制の目的について取り上げ、それを評価する必要があります。その他は、とくに①において自らが指摘した本問規制の特徴と結びつけて論じることになります。

「②で比較衡量なら③で必ず合憲だ」などとパターン化して論述することのないようにしたいものです。

以上