

暗意としての自由

倉 田 玲*

目 次

- 1 はじめに
- 2 オーストラリアの特異性
- 3 オーストラリアの改憲案
- 4 憲法の変遷と不文の自由
- 5 公序としての自由の確立
- 6 おわりに

日本の最高裁判所とは違い、高等法院は、憲法問題を「政治性」ゆえに棚上げしようとしたことがない。

(奥平康弘)¹⁾

1 はじめに

公職選挙法の最重要目的の1つは、議員立法として制定された同法が1950年4月15日に公布された当初から変調なく第1条に明記されているとおり、「日本国憲法の精神に則り……選挙が選挙人の自由に表明せる意思によつて公明且つ適正に行われること」にある。これを素直に読むと、いとも簡単に、「選挙人の自由に表明せる意思」が「公明且つ適正に行われること」の必須の前提にされていることを知ることができる。

同法ばかりでなく憲法の施行にも先行して制定された無題の法律——普通には1947年4月14日の公布に際して与えられた件名「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」を略して独占禁止法と称される法律——

* くらた・あきら 立命館大学大学院法務研究科教授

の第1条には、これまた当初から「公正且つ自由な競争を促進」という文言が含まれている²⁾。この文字列において「公正」が「自由」に先行しているのとは逆順の論理が、いまま劈頭に「日本国憲法の本質」を標榜している公選法の重要な建前である。

同法の目的条項に明記されている「公明」の文字は、たとえば1952年5月30日の閣議決定「選挙の公明化運動に関する件」や1960年9月6日の閣議決定「選挙の公明化運動について」などにも使用されている。後者の文面には、「先般来、公明選挙連盟等の民間団体が「選挙法を守る運動」を中心とする公明選挙運動を全国に展開し、総選挙にそなえようとしていることは、まことに時宜をえたものである」という評価も記載されている。現在の公益財団法人明るい選挙推進協会の前身の1つが当時の財団法人公明選挙連盟であり、もう1つの前身である明るい選挙推進協議会の発足時の名称が明るく正しい選挙推進全国協議会である。このような組織の変遷や改名に反映されている文理は、簡略な立式により表記してみると、「公明」≡「明るい」∩「適正」≡「正しい」という含意である。

とくに不都合がなければ改められることもないからか、いまま要するに明るくなどとは端折ることなく「公明且つ適正」と併記している公選法の本則を通覧すると、第13章「選挙運動」の3つの条項のほか、うち2つに関連する第16章「罰則」の罰条に「選挙の公正」という語句が散見される——余録ながら2015年6月19日の改正時の附則にも「選挙の公正」の3回の使用が確認される³⁾。目的条項の字句の煩瑣な反復を回避するために略記されているのだとすると、もとの併記には不可欠の前提があるから、単に「公明且つ適正」を短く縮めた観もある「公正」を構成する要素として「選挙人の自由に表明せる意思」が欠かせないという理に思い至る読み方が、いかにも明るく正しだろう。

第13章の3つの用例には「表現の自由」という別の共通項もあり、この「表現の自由」については第13章の3つの条項が同法における用例の全部である。うち2つの第148条第1項ただし書と第151条の3ただし書は、

「表現の自由を濫用して選挙の公正を害してはならない」という共通の文言により結ばれている。これらの禁止に違反すると、第16章の第235条の2第1号や第235条の4第1号により禁錮刑や罰金刑に処せられることがある。もう1つの第147条の7には、「表現の自由を濫用して選挙の公正を害することがないように、インターネット等の適正な利用に努めなければならない」という努力義務が定められている⁴⁾。

第148条第1項と第151条の3は、本文の主部も共通であり、どちらにも「この法律に定めるところの選挙運動の制限に関する規定」という文言がある。そして、どちらの述部にも「自由」の文字があり、前者には「選挙に関し、報道及び評論を掲載するの自由を妨げるものではない」と、後者には「選挙に関する報道又は評論について放送法の規定に従い放送番組を編集する自由を妨げるものではない」と、それぞれ定められている。このとおり多少とも複雑な構造であるが、要するに「選挙運動の制限」が及ばないと定められている種類の「表現の自由」も「濫用」には及ばないようにと戒められており、そのために刑事罰まで用意させている保護法益は、ほかでもなく「選挙人の自由に表示せる意思」の確保を主眼として含意しているはずの「選挙の公正」であると説明することができる。

公選法の最少文字数の規定である第35条に「選挙は、投票により行う」と定められているのと単純に照らし合わせて第1条を読み直してみると、「選挙人の自由に表示せる意思」は、あたかも「投票」の内容に反映される「意思」に尽きるかのようでもあるが、この意味の「意思」を「表明」しない棄権の「意思」についても「選挙人の自由」を承認してきたのが、第44条第1項の「投票をしなければならない」と義務づける調子とは裏腹な現在までの運用である⁵⁾。また、「投票」以前の「意思」形成の段階において、在来の「選挙運動の制限」が厳密には「選挙運動の制限」に該当しない類似の制約とともに「表現の自由」の行使を規制してきたのも、せめて究極的には「選挙人の自由」を保障するためだと説明されなければならないだろう。仮に「選挙運動の制限」に固有の岩盤の論理が取り除かれ

るとしても、さすがに内在的制約の論理が残ることばかりは否めようもない⁶⁾。

もっとも、同法には2種類の「自由」が相互に矛盾したり衝突したりしない構図も埋め込まれており、第16章の第225条と第226条に保護法益として書き込まれている「選挙の自由」には明らかに「選挙人の自由」と「表現の自由」の双方が含まれている⁷⁾。また、浩瀚な註釈書による第1条の解説を読むと、もっぱら「選挙人の自由な意思の表明」という見出しのもと、「選挙における自由の理念が近代選挙制度における生命であることはいうまでもないが、その自由とは、選挙人が自己の良心に従って、その適当と認める候補者に投票することの自由と、議員たらんとする者及びこれを支持する者が、その当選を図るために選挙運動をすることの自由を意味するものとされる」と記されている⁸⁾。

もとより同法には地方公共団体の首長の選挙についても定められており、大審院の時代から長らく引き継がれてきた最高裁判所の判例による「選挙運動」の定義には該当しない純然たる落選運動を厳しく取り締まることまで可能にしている第138条第1項の「戸別訪問」禁止規定なども用意されている⁹⁾。したがって、この註釈書による解説の字義どおりに限定して理解するのは必ずしも適切でなからうが、同法の目的条項の解釈という体裁のもとに「投票することの自由」と「選挙運動をすることの自由」の2種類が併記されており、これら2種類が同根の「自由」として併置されているところに留意しておきたい。

同法の目的条項に「日本国憲法の精神に則り」と記されているのは、これを經由して「近代選挙制度における生命」としての「選挙における自由の理念」を正確に反映しようとする趣旨であるのにほかならないだろう。しかしながら、媒介している条項を特定するとなると定説がなく、たとえば「選挙運動の自由の根拠条文を憲法一五一条一項と、政治活動の自由を保障する憲法二一条一項のいずれに求めるかは、争いがある」と指摘されている¹⁰⁾。よく知られているとおり後者の捉え方が先行してきたが、それだ

けに「従来の21条論に加えて15条論を尽くすことの重要性」もあろう¹¹⁾。こちらの捉え方からは、いわば狭義の「選挙人の自由」と憲法の条項の解釈に基づく保障の根拠が共通する関係を説明することになる。

どちらにしても、もちろん「選挙がその本来の意義を発揮するには、有権者が必要かつ十分な判断資料に接することが必要であって、その意味において言論・出版などを通じての選挙運動の自由が不可欠となる」が、「しかし、他面、選挙運動が全く放任されると、買収などの腐敗が生じたり、財力によって不当に支配されるおそれがあることから、一定の調整が必要となる」¹²⁾。この「調整」の最適化を展望するにあたり、あるいは第47条の「選挙に関する事項は、法律でこれを定める」という規定に「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」を読み込む向きもあり¹³⁾、これを正面から批判して「立法の裁量」の限界を厳しく説く向きもあるが¹⁴⁾、そもそも何と何の間の「調整」なのかを考え直してみることもでき、そこにも「従来の21条論に加えて15条論を尽くすことの重要性」を認めることができよう。

狭く「選挙運動の自由」に限定するのではなく、広く「表現の自由」を論じるのに、「市民の投票による決定は、公共圏で公論が形成されていることを前提にして、法的に承認されたその反映装置として民主的に正当な意味を有しうる」と説明して、そこから「投票自体に民主的意思を形成する意味があるのではない」と断定する鋭利な学説がある。その主張によると、「確かに代表民主政においては、代表者を選任するための制度としての選挙が欠かせない」とはいえ、「表現の自由の保障なく選挙をしても、民主政とはみなされない」¹⁵⁾。このような意味における「代表民主政」を——統治の都合により僭称しているのではなく——規範であると自覚して律儀に標榜している政体においては、たとえ憲法典に「表現の自由の保障」の明文がなく、これが主観的な権利としては確立されていなくても、せめて不文の「表現の自由の保障」が客観的な公序として承認されているはずである。

そもそも憲法を成典にしない「代表民主政」も存立することがあるが、この小稿には憲法典の解釈の実例を1つ選び、それによる変遷の要所を点描する。広義の「選挙人の自由」を構成する要素ともなる「表現の自由」ばかりでなく狭義の「選挙人の自由」にも明文の根拠がない憲法典のもとでは、ときに衝突させられることもある両者が不文の根拠を共有することになりやすく、ゆえに同根であることも説明されやすいという素朴な仕組みの実例である。

2 オーストラリアの特異性

いまから半世紀あまり前の新書に、次のとおり当時の通論を批判して2種類の権利の峻別を拒絶している主張がある。「市民的な政治運動としての表現の自由は、「国家からの自由」を本質とする消極的なものであり、これとはべつに、選挙権・投票権のような国政に参与する能動的な権利があるのだと、憲法学者は教える。が、わたくしは、このようなとらえ方は正しくないとおもう。日常の政治活動としての表現の自由も、主権者としての権利行使なのであり、そういうものとして統治過程における意思形成にむけられた、参政権的な権利行使なのである」¹⁶⁾。

後年には、「選挙権と無関係の権利である……選挙運動の権利は、市民的な自由(civil liberties)の特殊形態なのである」とも説き、「要するに、選挙運動の権利は、選挙権ではないのであるから、両者を憲法論のうえで混交するのは誤りである」とも断じる見識からの主張である¹⁷⁾。重ね合わせて読むと、一蓮托生の権利が同列に制限されることを容認するのは対極の見地より、行使の目的が共通しやすい両者の通底の関係を示唆しているように理解することができよう。

もう少しだけ古い別の研究者の新書も参照してみると、「表現の自由は、人権のひとつとして、近代諸国のすべての憲法で、その人権宣言の明文で保障されることになった」が、これを「盲従の自由ないし賛成の自由とし

ては、問題にする必要はない」という見地より、「権威を批判する自由。権威に反対する自由。それこそが、表現の自由として、保障されなくてはならない」と説かれている¹⁸⁾。ここには「表現の自由」の主作用が簡潔にした的確に提示されているが、当時すでに存立していた「近代諸国」のなかにも、いまなお憲法典に権利章典を内蔵しておらず、さらには包括的な人権立法もなく、つまりは「人権宣言の明文」がないオーストラリア連邦がある¹⁹⁾。

日本国憲法の第3章「国民の権利及び義務」において第21条第1項に「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由」が定められているのとは大いに異なり、「オーストラリアには、言論の自由を明記している憲法規定はないが、憲法により確立されている代議政体由来する暗意としての政治的なコミュニケーションの自由（an implied freedom of political communication stemming from the form of representative government）があると見定められてきた」。ただし、この種の政体が成典の憲法には基づいていない「英国と同様に、オーストラリアの裁判所は、言論の自由の主要な目的が自己統治の必要条件を保全することにあると特定してきた」から、司法による承認の反面において、「この目標に寄与しない言論は、言論の自由の保護範囲外にある」²⁰⁾。

いわば「統治過程における意思形成にむけられた、参政権的な権利行使なのである」という主張と同旨の理解を繰り返してきたオーストラリア連邦の憲法判例には、ゆえに一般的な「表現の自由」ではなく、むしろ「権威を批判する自由」や「権威に反対する自由」が定着している。このような「暗意としての自由」が保障されるという独特な構造の効用として、いわば「選挙人の自由に表明せる意思」と同根の保護が権利の種別の垣根を超えて「日常の政治活動としての表現の自由」に及び、ゆえに既成の権力が「日常の選挙運動（permanent campaign）」の機会を公然と独占するのを許さず²¹⁾、その意味において「公正且つ自由な競争を促進」する機序になっている。

まるでガラパゴス諸島の特殊な生態系に発生して独自に進化してきた固有種のようなものもあるが、あえて類例を模索してみると、同類の不文の自由は、権利と自由の憲章が制定される以前のカナダやイスラエルにおいても、それぞれの最高裁判所の判決に表示されている意見により認知されている²²⁾。これら両国においてよりも新しくということになるが、2018年刊行の比較憲法の論文集に掲載されている文章によると、「過去30年間に、高等法院は、オーストラリアの政治における民主主義の営為を、ウェストミンスター由来の高等法院の言葉づかいでは「代議制の責任ある統治(representative and responsible government)」という機構を、保護する重要な暗意を開発してきた」のであり、「この文脈において高等法院により最初に引き出されたのが、暗意としての政治的なコミュニケーションの自由であった」²³⁾。

比較憲法の手引書を繙くと、「表現の自由が自由民主主義の統治に対して及ぼしている意義は、オーストラリアにおける憲法上の位置づけを参照することにより明らかに示されるのではないか」という記述がある。判例における特異な「発展が理論や比較の関心を大きく惹きつける」と強調されており、「オーストラリアにおける表現の自由は、ほかの法域の憲法に基づいているのよりも狭い」が、「反面において、この暗意としての自由は、立憲国家が、その際立つ特徴を捨て去るのでない限り、政治的な表現の自由を承認しなければならないということを明らかに示している」と指摘されている²⁴⁾。

これまで幾度か明文化されようとしてきたが、いまでも「暗意としての自由」である。これが本来的に「権威を批判する自由」や「権威に反対する自由」として保障されており、反面において、このような主作用を抑制されることもあることを例示するのには、今世紀の憲法判例を選んで読み解く別稿を用意する。それにも必須の前提があるから、この小稿においては、いまさらながら「暗意としての自由」が明文化されることなく可視化されてきた様子を素描する。

3 オーストラリアの改憲案

オーストラリア連邦憲法は、19世紀の世界を席卷したヴィクトリア朝の最末期の法律として20世紀の初日から施行されているが²⁵⁾、英米の「憲法のハイブリッド」であり²⁶⁾、その特徴をウェストミンスター型の議会制とワシントン型の連邦制の交わりが生んだ突然変異種「ワシミンスタ」と命名する造語により説明されることもある²⁷⁾。構成の作法は、合衆国憲法に類似しており、第1章「議会」（第1～60条）、第2章「執行府」（第61～70条）、第3章「司法」（第71～80条）……第8章「憲法の改正」（第128条）という並びには、日本国憲法の第3章のようなカタログが含まれていない。また、1977年までに都合8件の改正が成立しているところも、日本国憲法とは異なり、それらが修正条項として追加されている形式でないところは、合衆国憲法とも異なる。

このように権利章典がないことを最大の特徴の1つとする連邦憲法の第3章の直後に、第3A章「表現の自由」を新設しようとする企図の改憲案が登場している。そこに1か条だけ新設する第80A条にも「表現の自由」という見出しを付与して、その第1項に、「連邦、州または特別地域は、出版その他のメディアの自由を含む表現の自由を制限してはならない」と定めるとともに、続く第2項に、「しかしながら、連邦、州または特別地域の法は、この自由の制限が開かれた自由民主主義社会において合理的かつ正当化可能であるときに限り、この自由を制限することができる」と定めるといふ簡素な構成が起案されている²⁸⁾。

この小規模の改憲案が上程されている第46期の連邦議会は、通例3年ごとに繰り返されてきた上下両院の同日選挙が2019年5月18日に施行された翌々月の7月2日に開会されている。その翌々日には上院に、同月29日には下院に、それぞれ提出されている改憲案の内容は、もちろん共通しており、いずれも上の段落に試訳してみたとおりである。

登場の背景には、日本放送協会のカウンタパートのようでもあるオーストラリア放送協会の本部などが同年6月3日に発せられた令状を携えた連邦警察の職員により同月5日に捜索や押収を受けた国家機密漏洩疑惑の事件——同年10月21日に代表的な全国紙をはじめとして20を超える新聞各紙が1面に墨塗りの極秘文書を掲げた揃い踏みにより強く抗議したことでも広く世界中に知られた事件——がある²⁹⁾。提出した議員らは、それぞれ提出した当日の第2読会において、この事件にも言及しながら、共通の趣旨を異口同音に説明している³⁰⁾。先行して審議されている上院案を6月17日に付託された委員会(Senate Legal and Constitutional Affairs Legislation Committee)から本会議への報告期限は、当初2021年の末日に設定されていたが、意見の公募が締め切られた後、同年11月22日の延長手続により翌2022年3月末日に再設定されている。

両院の第2読会において配付されている要綱の共通部分の記述によると、「高等法院は、さまざまな判決において、政治および統治の事項に関連しては暗意としてのコミュニケーションの自由が憲法に基づいて存在すると裁定してきたが、この自由は、絶対的ではなく、ほかの法域により保障を規定されているのよりも、はるかに制約されている」から、明文規定を新設する「この憲法改正は、より広く、合衆国憲法の第1修正と同列に、表現の自由を保護することになる」。また、参照されるべき国際人権章典の明文規定として世界人権宣言の第19条が引用されており、2011年人権(議会審査)法の第3条に「人権」の定義の根拠として列挙されている条約のうち³¹⁾、市民的及び政治的権利に関する国際規約の第19条、児童の権利に関する条約の第12条、障害者の権利に関する条約の第21条、あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する条約の第4条と第5条に適合する改憲案であるとの記載もある³²⁾。

合衆国憲法の第1修正に含まれている国教樹立禁止条項や宗教の自由の条項に相当する明文規定であれば、もとより権利章典のない連邦憲法にも制定当初から含まれている。これまた個性的な位置づけであるが、第5章

「州」（第106～120条）に含まれている第116条に「宗教に関する連邦の立法の禁止」という意味の見出しのもと、「連邦は、国教を樹立し、宗教の信仰を強制し、または自由な宗教行為を禁止する法を定めてはならず、いかなる宗教的な審査も連邦の公職または公の信託による職の資格要件とされてはならない」と定められている³³⁾。

後段の文言は、合衆国憲法の第6編第3項後段——第2項の最高法規条項と第3項前段の憲法尊重擁護義務条項の直後という位置づけにも本来的には重要な意味のある規定——に酷似しているが、前段に信教の自由や政教分離が定められている体裁には、第1修正の文言が採用されている。このような第116条があることは、第1修正に言論や出版の自由の条項もあることを知りながら引き写しはしないことにした制憲過程における取捨選択の傍証でもあり³⁴⁾、その「もっとも明らかな例の1つ」であると説明されることもある³⁵⁾。

このような取捨選択は、後にも繰り返されている。たとえば、1988年憲法改正（権利及び自由）案は、いずれの州でも賛成票が過半数には遠く及ばず、全豪では賛成票が同時に否決された別の3案にも及ばない史上最少の30%強にとどまったが、そもそも名称から推して知ろうとすると意外にも言論や出版の自由の条項が盛り込まれていない小規模の改憲案であった³⁶⁾。1984年国民投票（手続規定）法の第45条第1項に基づく強制投票（compulsory voting）として実施された1988年9月3日の民意による審判は³⁷⁾、全豪の投票率が92%超と記録されているが、この改憲案は、二重の過半数（double majority）要件——連邦憲法の第128条の字句としては、あくまでも「投票する選挙人」が分母として規定されているものの、無効票が除外される従来の運用においては、有効票の過半数が賛成票の州が全6州の過半数という要件と全豪の有効票の過半数が賛成票という要件——の双方に阻まれている³⁸⁾。

もう少し遡ると、言論や出版の自由の規定を含む包括的な人権立法を制定しようとした企図が、1973年法案と1985年法案の2度とも頓挫してい

る³⁹⁾。今世紀になると、連邦政府からの諮問を受けた全国人権協議会の答申が、国際人権機関からの度重なる勧告や国内から寄せられていた数万通の意見などを反映させて「表現の自由の権利」も盛り込んだ「連邦人権法」の制定を提言している⁴⁰⁾。これも改憲案ではなかったが、それどころか法案になることもなく、コモン・ローや議会主権の伝統の維持を前提にして実現されたのは、人権教育を促進する施策などのほか、前掲の2011年人権（議会審査）法の制定にとどまる⁴¹⁾。また、2018年6月27日には「言論の自由」を題目に掲げた4法案が多数の現行法規の一括改正案として第45期の連邦議会に提出されているが、いずれも期末の翌年7月1日——第46期の開会日の前日——に審議未了のまま廃案となっている⁴²⁾。

権利章典の獲得を目指してきた人々により、まずは首都特別地域の2004年人権法が制定され、次にヴィクトリア州法として2006年の人権および責任の憲章が制定され、さらにクインズランド州でも2019年人権法が制定されており、いずれにも「表現の自由」の規定が含まれているが⁴³⁾、連邦においては、いまも打ち抜かれていない岩盤が、むしろ厚みを増して堅固になってきているようでもある⁴⁴⁾。この小稿には、さしあたり連邦憲法の最初の世紀が幕を閉じる前に経たことが明らかな変遷の姿を確認しておく。

4 憲法の変遷と不文の自由

堅固な不文の伝統の流れに棹さしてきたのは、合衆国憲法の第3編第1節や日本国憲法の第76条第1項に位置づけと規定ぶりの双方が相似している連邦憲法の第71条に基づいて「オーストラリア高等法院と称される1つの連邦最高裁判所」の憲法判例である。第128条に規定されている「正規の修正手続の外側において、おそらくは憲法修正に相当する憲法規定の司法による解釈が幾度かなされてきた」という変動の適例として、連邦制度の設計を大幅に変更してきた「連邦の立法権の拡大解釈」とともに、「1992年からオーストラリア高等法院が政治的な事項に関する表現の自由

について暗意としての限定的な保障を承認してきた」という判例の展開を挙げている研究においては、「高等法院が暗意としての自由を承認してきたことが正当だとみなされているかどうかはともかく、多くの者は、その帰結を「憲法修正」だとみなしているだろう」と観測されている⁴⁵⁾。いかにも変遷らしく当否の評価が留保されるような成果を明文に変換して確認しやすくすること自体が格別の急務ではないとすると、前掲の改憲案は、周知のとおり「政治的な事項に関する表現の自由」の危機を契機としていながら、結局のところ「限定的な保障」からの脱却を目指していることになるだろう。

全豪の法学部の教室においても重要な事項として解説される——おそらく当否の評価が随伴することがあろうかとも思いき——変遷の転機は、1992年9月30日の2つの判決である。その1つに表示されているディーン（William Patrick Deane）裁判官とトゥーヒ裁判官（John Leslie Toohey）の共同意見は、権利と自由の憲章が制定される以前のカナダ最高裁の判例を引用しながら、「代議制の統治という憲法のドクトリンに内在しているのは、連邦の人々が連邦の統治の万事について情報や意見や思想を伝達する自由という暗意である」という認識を提示している⁴⁶⁾。この共同意見の特徴は、1988年産業関係法の第8条第1項に基づいて設置されているオーストラリア産業関係委員会の活動を保護するために、第299条(1)(d)(ii)の規定に基づいて「委員会の委員または委員会の評判を下落させる……おそれのある言葉を執筆または言論により使用すること」を取り締まることが⁴⁷⁾、連邦憲法の第51条に制限列挙されている連邦議会の立法事項のうち第35号の「州境を越える産業紛争の防止または解決のための調停および仲裁」の範囲内にあると仮定しても⁴⁸⁾、なお「自由という暗意」にもとるから、やはり違憲無効という推論の道筋にある。

全国紙（*The Australian*）の1989年11月14日の紙面に「正規のソヴェエト型の仲裁委員会における腐敗と追従の「司法」などを痛烈に批判する記事が掲載され、当時これを発行していた新聞社（Nationwide News Pty Ltd）

が訴追された事案であり、違憲無効の結論については、高等法院の裁判官7名の全員一致による。うち2名の裁判官が個別に執筆している意見は、連邦議会の立法権の範囲内には収まる事項だという前提について共同意見の仮定法とは対照的に直説法を採用しているが、そこから進む先の推論が共同意見と同旨である。もとより1つの多数意見が法廷意見として表示される様式ではないものの、過半数の裁判官により「自由という暗意」が認知されている。違憲の結論を共有している少数意見は、このとき陪席裁判官として着任してから20年が経過したばかりであったメイスン (Anthony Frank Mason) 首席裁判官ほか2名の裁判官により個別に表示されており、いずれも立法権の範囲外であることを根拠にしている。

しかしながら、このメイスン首席裁判官も、同日の別の判決においては⁴⁹⁾、真正面から「基本権という暗意」を論じて「公事と政論に関連する事項にかかるコミュニケーションの自由の保障という暗意」を認めている⁵⁰⁾。この判決においてメイスン首席裁判官ほか3名の裁判官により全面的に、別の1名の裁判官により部分的に違憲無効と判定されているのは、前年の政治的な放送および政治的な開示に関する法律により当時の1942年放送法に新しく盛り込まれていた第3D部「政治的な放送」である⁵¹⁾。放送事業者に対する禁止や義務づけの規定が多く並べられており、第2節「政治的な広告等」には総じて選挙運動に相当する選挙期日直前期間の放送の広汎な禁止が、第3節「無料選挙放送時間」には概して政見放送に相当する時間の90%を既成の政党に無償提供する義務が、それぞれ細かく定められていた。

これらの規定の無効確認を求めた放送局 (Australian Capital Television Pty Ltd) などの放送事業者やニュー・サウス・ウェールズ州の訴えを高等法院が第1審の裁判所として認容している違憲判決の直後には、現行の1992年放送サービス法が新たに制定されており、もとの1942年法が丸ごと廃止されている⁵²⁾。しかしながら、この旧法が事件の焦点の第3D部も含めて連邦憲法第51条第5号の「郵便、電信、電話その他これらに類する

サービス」に関する立法であったことは⁵³⁾、全7名の裁判官により前提として諒解されている。

メイスン首席裁判官は、はじめて「基本権という暗意」を論証するにあたり、ことさら慎重に「制憲者により責任ある統治という原理が採用されているのは、ことによると憲法に個人の権利の包括的な保障を組み込むまいとした主な理由なのかもしれない」と推論しており、とくには当時すでに司法審査による権利保障の根拠として広く知られていた「合衆国憲法の第14修正のカウンタパートを採用しようとはしなかった」と指摘している。そして、この要所について当時のウェストミンスター型を選んだ「制憲者は、イングランドの支配的な考えに則り、議会主権のドクトリンと結合されたコモン・ローによる保護に委ねられるのが市民の権利にとって最善であると認めた」という「よく知られている背景に照らすと、基本的な権利および自由の一般的な保障という暗意の根拠を確立することは、無理ではないにしても困難であり、このような暗意を認めることは、市民の権利および自由を保護するために包括的な権利章典を組み込んでおく必要はないという制憲者に支配的であった考え方に反することになるだろう」と判示している⁵⁴⁾。

しかしながら、こうした原意からは正しい解が導き出されない事案に直面しているという認識のもと、とくには2つの1986年オーストラリア法のうち豪法ではなく英法の方を引き⁵⁵⁾、この法律が「大英帝国議会の法的な主権の終わりを記すとともに最高決定権としての主権がオーストラリアの人民に備わることを認めた」という画期的な構造転換の「要点は、連邦議会の議員および国務大臣である代表者が、人民により選出されるということばかりでなく、人民の代表者として立法権および執行権を行使するということにもある」と指摘している。そして、治者と被治者の結節点として代表の概念を構成する「説明の責任 (accountability) と応答の責任 (responsibility) に欠かせないのが、少なくとも公事と政論に関係する、コミュニケーションの自由である」が、英米加の諸国のほか欧州人権裁判所

の判例を通覧すると、このような公論の自由の保障が両者の結節点に限局されるわけではなく、「現代の代議制の統治というシステムにおいて、政府の行為を批判する自由を含むコミュニケーションの自由に基本的な重要性があり、むしろ絶対的な必要性もあることは、数多くの法域において裁判所により承認されてきた」と説明している⁵⁶⁾。

その「侵害に適用されるべき判定基準」が提示されている部分においては、「思想や情報を標的にしたコミュニケーションの制約」と放送規制のように「思想や情報が伝達されるコミュニケーションの活動や形態に課されている制約」の分類を前提にして、内容規制に相当する前者の場合には、「必須の事由のみが制約により自由なコミュニケーションに負担を課していることを正当化することになり、制約がコミュニケーションに対する負担を正当化するものとして挙げられている必須の公益の保護を達成するために合理的に必要なものにとどまっていなければならない」が、後者の「思想や情報が伝達されるコミュニケーションの活動や形態に課されている制約」については、「自由なコミュニケーションの公益と競合する公益との衡量」が判定の方法として提示されている。どちらも「公益」とあるとみなされているところも後には先例として頻繁に引用されている意見であるが、規制される側の「公益」としての「自由なコミュニケーション」に対して、制約が競合する公益を達成する必要に比例しない(disproportionate)負担を課しているのであれば、この比例しない負担があることにより、制約の目的と効果が実際のところコミュニケーションの自由を侵害するものであることが示される」と述べられている⁵⁷⁾。

同じ判決に表示されているブレナン(Francis Gerald Brennan)裁判官の意見にも着目しておく、もう1つの判決に表示されている同裁判官の意見とは対照的に合憲の結論を採用しているが、理由づけにおいては、もう1つの意見と同様に「コミュニケーションの自由の保障」を承認しており、その「制約の程度」を見積もるには、結論の対照的なメイスン首席裁判官の意見と同様に「制約が資する利益」との「比例(proportionality)」

の成否を検証している。合憲性が問われている「第3 D部が政治の腐敗の危険を明白に極小化しているのであれば、それが政治的な広告に対して課している制約は、明らかに法の目的に比例している」という判定基準を提示しているが、指標にしているのは、立法裁量による「極小化」評価の合理性であり、「制約に選挙人らが政治的な判断を形成する機会を奪う効果があり、または形成することができないほどの実質的な侵害があれば、その制約は無効である」が、もとより選挙運動に相当しない種類の報道までもが禁止されているわけではなく、そもそも「印刷メディア」や「集会、戸別訪問、ビラ配布などの政治的な見解を広める別の方法は影響を受けていない」から、「制約は情報の流れを止めていない」と認定している⁵⁸⁾。ちなみに、このブレナン裁判官は、メイスン首席裁判官の定年による退任にともない陪席から昇任することになるが、その法律家にして聖職者でもある子息（Frank Tenison Brennan）は、今世紀に入ると前掲の全国人権協議会の会長を務めて「連邦人権法」の制定を提言することになる。

こちらの判決にも共同意見を表示しているディーン裁判官とトゥーヒ裁判官は、もちろん、こちらの判決にも違憲無効の結論を表明している。それに到達する判断の枠組みを構築するにあたり、憲法上の反論を展開している被告の「連邦は、立法権を授与している規定に依拠しているが、いずれの規定の文言または内容にも、憲法の暗意としての政治的なコミュニケーションの自由から逸脱する意図や逸脱する立法に授権する意図を明示しているものはない」と明快に断定しているところが特徴的である⁵⁹⁾。

少し趣の異なるマクヒュ（Michael Hudson McHugh）裁判官の意見は、保障の直接の根拠となる憲法の規定を明示して、やむなく「必要な例外には服するが、人民は上院議員または下院議員の選挙における投票に影響を与える意図または見込みのある事項に関する意見、議論および情報を伝達して受領する憲法上の権利を有する」と明言している。連邦議会の上下両院の議員が「人民により直接選挙される」と明記されている「第7条と第24条に根拠を特定することのできる参加、結社およびコミュニケーションの

権利に効果を付与しなければ、憲法の基盤を掘り崩すことになる」という要旨の意見である。ここから展開して、たとえば「政治的なコミュニケーション、思想および主張を広めるために、それ自体として適法なコミュニケーションの形態のうち、いずれを好んで用いるのかは、選挙人および候補者が選択することである」という論法により、この「選択が公益ではなく私益の事項である」からには「政府が統制することのできる範囲の外にある」と主張している⁶⁰⁾。

このように保障の対象を「直接選挙」における「投票」との距離により限定する反面において明瞭に主観的な「権利」を承認する発想は、いまでも独自の見解である。しかしながら、第7条第1項と第24条第1項の「直接選挙」条項を保障の根拠とする着想は⁶¹⁾、やがてブレナン首席裁判官の時代にコモン・ローの名誉毀損(defamation)の免責法理が止揚されるかたちで確立される判例の基調となる⁶²⁾。

5 公序としての自由の確立

連邦議会や州議会の下院議員の新聞社に対する名誉毀損の訴えが「暗意としての政治的なコミュニケーションの自由」の保護に直面して退けられている1994年10月12日の2つの判決においては⁶³⁾、最少多数の裁判官により、このような「自由」の使い方が新しく認められているが⁶⁴⁾、多数派のメイスン首席裁判官が定年を迎え、ディーン裁判官が連邦の総督に転身するために退任して、マクヒュ裁判官らとともに反対の意見を表示しているブレナン裁判官がオーストラリア首席裁判官に昇任すると、1997年7月8日のロンギ対オーストラリア放送協会事件判決には、異例にも高等法院の統一見解としての判決理由(The Court: *Per curiam*)が提示されている——文献により全裁判官の連名の意見として表示されている場合もある⁶⁵⁾。

ニュー・サウス・ウェールズ州の裁判所から高等法院に移送されたロンギ事件の原告は、その時点においてニュー・ジーランドの元首相(David

Russell Lange) であり、この事件の主要な争点は、在任中の1989年4月30日に全豪で放映された現存の番組（Four Corners）の内容による名誉毀損の成否である。この争点について、まずは高等法院の裁判官が4対3に分裂している2年前の2つの判決を先例として説明している部分の判決理由を読むと、「オーストラリアにおいては、コモン・ローの名誉毀損のルールが憲法の要件に適合していなければならない」という論理を前提にして、「遅くとも1992年までには、憲法の暗意が名誉毀損についてイングランドのコモン・ローのオーストラリアにおける無条件の適用を排除した」ということが確認されている⁶⁶⁾。

この「憲法の暗意」は、次のとおり丁寧に説明されている。「憲法の第7条および第24条は、文脈に照らして読むと、上院議員および下院議員が、それぞれ州および連邦の人民により定期的な選挙において直接選挙されることを要求しており、この要件には、定期的な選挙における代表者の自由な選挙を成し遂げるのに必要なことからの全部が含まれている。定期的な選挙において代表者を直接選挙する人民にまつわることがらは、しかしながら、憲法の第7条および第24条ほかの条項により実施されている代議制の責任ある統治のシステムに照らし合わせることなくして理解することができない⁶⁷⁾。

このように理解される憲政の基本構造を参照して解釈すると、「統治および政治の事項に関するコミュニケーションの自由は、下院議員および上院議員が、それぞれ連邦および州の「人民により直接選挙される」のでなければならないと指定することにより憲法が創設している代議制の統治のシステムに必須のものとして付随している」ということになる。要するに、「憲法の第7条および第24条ならびに関連する条項は、必然的に人民相互の政治または統治の事項に関するコミュニケーションの自由を保護しており、これにより人民が選挙人として自由に情報を得て選択することも可能になっている」という論法である。ロンギ事件判決は、このような演繹の直後に逆接の接続詞を挿入することもなく、「これらの条項は、個人

に対して権利 (personal rights) を与えているのではなく、むしろ保護されている自由が立法権または執行権により切り詰められないようにしている」と明記している⁶⁸⁾。

以上の要点を反復している部分にも、「たしかにコミュニケーションの自由という要件は、代議制の責任ある統治という憲法のシステムの帰結であるが、憲法のうちに認められるのは、要件であり、コミュニケーションの権利ではない」と明記されている。直後には、さらに比較も交えて、「合衆国憲法の第1修正が権利を与えるものと解釈されてきたのとは異なり、我々の憲法にはコミュニケーションまたは表現の自由という明文の権利などない」から、「我々の法体系においてコミュニケーションが自由であるのは、それらが憲法に適合している法により負担を課されないでいる限りにおいてであるのにとどまる」と判示されている⁶⁹⁾。

あくまでも私益としての「権利」ではなく公益としての「自由」が別種の公益のためには制約されてよいこともあるという構成に立脚して、合憲性判定基準が設定されている。後にロンギ・テストなどと呼ばれることになり、とりわけ今世紀に入ると都度の補正や洗練を繰り返されてきているが、オリジナルの要所を試訳すると、ほぼ次のとおりである。「州議会もしくは連邦議会または特別地域の議会の定める法がコミュニケーションの自由という要件に違反していると訴えられているときには……2つの問いに答えられることなくして、その法の有効性が判定されることはない。第1に、その法が文言、作用または効果により (either in its terms, operation or effect) 統治に関する事項または政治的な事項についてのコミュニケーションの自由に対して負担を課しているといえるか。第2に、その法が自由に対して負担を課しているといえるのであれば、正当な目的に資するのに合理的に適して (reasonably appropriate and adapted to serve a legitimate end) おり、その目的の実現が憲法に規定されている代議制の責任ある統治のシステムの維持および第128条に規定されている憲法修正案を人民の情報に基づく判断に付する手続に適合しているか。……第1の問いに「は

い」と答えられ、第2の問いに「いいえ」と答えられる場合、その法は無効である」。なお、この部分の脚註には——なるべく原文の語順に忠実であろうとする試訳においては、やむなく倒置になる目的手段審査の判断枠組みのうち——手段が「合理的に適して」いるかの判定基準と比例の判定基準には、ほとんど相違がない」という理解も付記されている⁷⁰⁾。

オーストラリア憲法の手引書の記述によると、このような「ロンギ・テストの第2段階は……カナダの憲章の第1条など、ほかの憲法においては一般的な制限条項により果たされている役割を果たしており、そのような制限条項が典型的には「構造化比例（structured proportionality）」分析を通じて用いられている」から、「この種の比例分析がオーストラリア憲法において占める位置について問題を提起している」が、その後20年間ほどは、「ロンギ・テストの第2段階を比例の判定基準に相当するものとして」いるロンギ事件判決それ自体により、この問題に答が与えられているようにも思われていた」。やがて目的の適合と手段の比例の審査が別個の段階に区分されることになる判断枠組みの精緻化のような「事件ごとの原理の発展は、もちろん憲法のドクトリンに総じて典型的であるが、とくには表現の自由などの一般的な文言により憲法に明記されている権利または保障の場合に特徴的である」というグローバルな傾向からしても、連邦憲法においては不文の「政治的なコミュニケーションの自由は、ほかの憲法に見られる政治的なコミュニケーションの自由の保障と類似している」⁷¹⁾。

このような比較も可能な「自由」が、しかしながら、ほかの圧倒的多数の法域において保障されているのとは相違して、あくまでも「憲法の暗意」に基づく公序として成立しているところに、オーストラリアの憲政の特異性がある。そして、不文の公序であることが妥協を容易にしているのではなく、曲げるのにも「比例」を求めることにより、むしろ保障の根拠が憲政の基礎に伏在しているからこそその優越的地位を確認してきているところが、とくに比較の対象とする場合にも示唆に富んでいよう。

6 おわりに

この小稿に点描している高等法院の憲法判例の趣旨は、たとえば次のとおり選挙法と関連づけて要約されることもある。「憲法の暗意としての政治的なコミュニケーションの自由は、絶対的ではなく、腐敗の回避や選挙人の誤導の防止といった正当な目的を達成するために制限されることがある。しかしながら、大いに注意を払われなければならないのは、そのような法が、この正当な（たとえば単に現職の候補者を有利にするための口実ではない）目的を達成するのに適しており、連邦憲法により確立されている代議制の責任ある統治のシステムに適合しているのか、ということである。憲法による縛りは、ゆえに選挙の改革を回避する理由として使われるべきではなく、むしろ合理的で公正な改革であることを、そして憲法による縛りが促進しているはずの民主主義と調和する改革であることを要求している規律として使われるべきである」⁷²⁾。

なお、この種の判例が定着して堅固な不文法源を構成しているという顕著な実態は、おそらく当否の評価が交錯しているという意味でも連邦憲法の変遷であるが、必ずしも前世紀末の突然変異ではないと説明することもできそうである。いわば広義の先例としてロンギ事件判決などにも引用されている初期の判決に、「全国規模の問題について1つの政府と1つの議会の連邦を結成するということは、すべての自由な市民に対して機構へのアクセスの権利および全国の活動への適正な参加の権利を保障するということである」と明言している意見が表示されている⁷³⁾。

ほかに異口同音の意見も並んでいる判決であるが、このように公的な「権利」を明記しているのは、連邦憲法の施行から3年近くを経た1903年10月5日に高等法院の最初の裁判官として着任した3名のうち、連邦の初代首相の職を辞して転じたバートン(Edmund Barton)裁判官である。発足から3年を経た1906年10月12日と13日に2名の新任を追加されて5名の

構成に拡充された高等法院は、最初の3名のうち1名を1912年11月18日の在任中の死去により失うが、翌年の2月11日には後任を、3月5日と4月5日には各1名の新任を、それぞれ迎えており、1913年上半期の3か月連続の着任からは1世紀余りを経た現在まで変わることなく定員7名の体制が続いている。連邦憲法の第72条に70歳定年制が定められているのは、これまでのところ最新の改憲が1977年5月21日の国民投票により成立したからであり⁷⁴⁾、その適用を受けるはずもなかった終身制の時代のバートン裁判官は、1919年10月17日に当時74歳のグリフィス（Samuel Walker Griffith）初代首席裁判官が退任した後、翌年1月7日に自身71歳の誕生日を目前にして死去するまで在任していたが、前職の首相に就任する前には連邦憲法の起草作業などにも中心人物の1人として携わっていた。

高等法院の裁判官の定数が漸増されていた黎明期の1912年12月20日の判決には、前月に生じていた欠員により4名だけが意見を表示しているが、そのうちバートン裁判官は、先引部分の直前に合衆国最高裁の判決を引用して⁷⁵⁾、その「記憶に残る判断は、全体として連邦の市民の権利に関する教訓である」と位置づけている。事件の焦点は、州際移動の禁止の可否であるが、その主要な論点は、憲法規定の拡大解釈の是非である。第4章「財政および通商」（第81～105A条）の第92条に「連邦内において自由とされる通商」という見出しがあり、その第1項に、「統一の関税の賦課に基づき、州間の取引、通商および交流は、その手段が陸運であるか海運であるかにかかわらず、絶対的に自由とする」と定められている⁷⁶⁾。バートン裁判官は、とても「通商」とはいえない種類の移動の「自由」を説明するのに、ことさら連邦結成の意義を説き、あるいは連邦国家のかたちを語り、そこに「権利」の語を多く用いている。

ほかの少なくない法域においては、ほかでもなく「権利」の制約の正否を検証するために活用されることが少なくない概念としての「比例は……第92条の事案など、自由または権力の抑制を別の強い社会的利益と均衡させる必要のある事案を含む憲法の数多くの領域において使われてきた。こ

これらの事情がある場合に、この概念が使えることについては、高等法院の裁判官たちに総じて一致が見られてきた⁷⁷⁾。第92条に「自由」の文字があり、それこそが連邦と州の権限関係を整理する鍵として使われてきたことから推察してみると、はるか後年の判例に可視化される「暗意としての政治的なコミュニケーションの自由の基礎は、むしろ高等法院が初期の判決に描き出していた節のある暗意としての政府間の制約という流れに基づいていると考える方がよいのかもしれない⁷⁸⁾。このような流れの源にあるのが、前掲の1912年12月20日の判決である。

ロンギ事件判決にも引用されているとおり、連邦憲法制定会議のバートン議員は、そこで自身が主唱していた制憲の最大の目的に「オーストラリア国民の自己統治の権力を拡大すること」を据えていた⁷⁹⁾。古くは宗主国との距離感を基軸にして胎動していた制憲期から「権力」への「自由」が特殊に公的な「権利」として認知されるための土壌が整備されていたことは、このようにも傍証される。そこに「権利」があるから、それに「自己統治」の機能や価値を期待しようというのではなく、およそ「権力」への「自由」は、そこに「自由」が支える種類の「権力」がある限り、それ自体として明文の根拠を必要とせず、さらに字義どおりの「権利」である必要もないという発想である。

大日本帝国憲法や衆議院議員選挙法の時代から通用している現行の連邦憲法は、前記のとおり、元来が「ワシミンスタ」型とも呼ばれる英米の「憲法のハイブリッド」であり、たとえば合衆国憲法の編成を成典に必要な章立ての範例にしているが、もちろん制憲時には合衆国憲法の最初の修正により導入されているワシントン型の権利章典や内戦後の再建期に追補されている南北戦争修正条項の並びも容易に、まさしく翻訳の必要さえなく参照することができた。その後も更新されていない取捨選択の結果に接木されている憲法判例は、如上の「権力」への「自由」を文字どおりの「権利」としてではなく、あくまでも公序として確保する論法により、隣国ニュー・ジーランドやカナダなどのコモン・ロー諸国に登場している別

次元の「憲法のハイブリッド」に接近しながらも、なお有意の距離を置く立ち位置を定めようとしているのだろうと観測することができる。

オーストラリアにおいても、「カナダやニュー・ジーランドや英国は、権利を保護するのに、議会主権の原理を完全に捨て去ることなく、より大きな応答の責任を裁判所に配分する「ハイブリッド」型を採用してきている」という顕著な傾向が当然に意識されている⁸⁰⁾。そこで1つ大いに「心配されているのは、選挙人が自己統治の権力を行使するのに必要な徳を欠いているということではなく、むしろハイブリッド型には選挙人を自己統治から疎外する危険があるということである」。このような「ハイブリッド型は、英米両型の賢明にして安定的な妥協ではなく、(カナダにおいては)米型へと崩れ落ち、(ニュー・ジーランドと英国においては)英型のインテグリティを脆弱にしている」という批判もある⁸¹⁾。

高等法院が「暗意としての自由」を普通の「権利」ではなく特殊な公序として確立しているのは、まさしく「自己統治」の基礎を補強する論理が、そうする立場を裁判所として敬遠する道理にもなりかねないアイデンティティのパラドクスを自覚して、自家撞着には不時着してしまわないように深慮していることの反映なのではないか。やがて同じ「暗意」から次には「自由」でもない「成年者による普通選挙 (universal adult suffrage)」が確立されることになるが⁸²⁾、このように馴染み深い日本語による表記も可能な同根の公序が指し示しているのは、あくまでも「強制投票の普通選挙」であるから⁸³⁾、日本国憲法の第15条第3項に明記されている「成年者による普通選挙」と同質であるのかは、もちろん後者の解釈にもよることだろう⁸⁴⁾。

なお考究する必要がある彼我の比較であるが、いずれにしても、この小稿のエピグラフに借用している往年の指摘のとおり、いまでも「高等法院は、憲法問題を「政治性」ゆえに棚上げしようとしたことがない」のだとすると、そもそも字義どおりの人権問題にはしない組み立ての妙が自家薬籠中の秘訣なのかもしれない。

* この小稿は科学研究費助成事業により学術研究助成基金（JSPS科研費 JP20K01282）の交付を受けた研究の成果の一部である。

- 1) Yasuhiro Okudaira, 'The Australian and Japanese Constitutions' in Peter Drysdale and Hironobu Kitaoji (eds), *Japan and Australia: Two Societies and Their Interaction* (Australian National University Press, 1981) 185. 同じ段落には、「オーストラリア高等法院の裁判官を消極主義者と積極主義者に分けることはできない。この日本や合衆国における分け方は、市民の自由をめぐる憲法裁判の領域に端を発するが、オーストラリア高等法院は、この分野には直接かかわらない」という指摘もある。なお、邦語のカウンタパートとして、奥平康弘「日本とオーストラリアの公法」北大路弘信・P. ドライステイル（編）『オーストラリアと日本——類似と相違』118頁以下（東京大学出版会、1982年）がある。この小稿のエピグラフに拝借しているところに相当する文には、より詳しく、「日本最高裁とちがって、司法権の自己抑制や「政治的性格」を理由とする憲法問題の回避などのドグマを高等法院が援用したことはないといえる」と綴られており、この註に引用しているのに相当する部分には、「オーストラリアの高等法院については、アメリカ流の司法消極論者と司法積極論者の対抗というシェーマで割り切ることはできないものがある。元来、このシェーマは市民的自由に関する憲法裁判の領域で問題になるものであり、高等法院はこの領域に直接関係しないからである」と記されている（132頁）。こちらの方が少し新しく刊行されているが、こちらの方には「後記」があり、「本稿は、8年まえに書かれたものである。「失踪の宣告」に値する期間を徒過したのち、その校正刷が突然、私の海外出張先（ニューヨーク）に送られてきた」という特段の事情が説明されている（139頁）。
- 2) 独占禁止法の体系を設計して「公正且つ自由な競争を促進」することは、樋口陽一『憲法入門〔六訂版〕』（勁草書房、2017年）により、「独占放任型の自由を国家法によって制約することを通じて反独占型の自由を回復する、という課題」への対処として説明されている（121頁）。また、同『憲法〔第4版〕』（勁草書房、2021年）には、「西欧の市民革命によって追求された「営業の自由」が、何よりも、反独占型自由の貫徹による自由競争の公序の確保を意味する——従って、契約自由の名のもとで放任される独占形成の自由に、敵対することを本質とする——、という歴史的事実に注意を喚起することにはじまった「営業の自由論争」は、国家からの・形式的自由と、国家による・実質的自由の対置の意味をあらためて吟味することを促した」という大局的な解説がある（270頁）。
- 3) 只野雅人「選挙の自由と公正」樋口陽一・中島徹・長谷部恭男（編）『憲法の尊厳——奥平憲法学の継承と展開』337頁以下（日本評論社、2017年）は、最大判2005（平成17）年9月14日（民集59巻7号2087頁）が「選挙権の保障を選挙の公正の考慮に優先させたのである」と評価している直後に、「2013年のインターネット選挙運動の解禁がもつ意味も無視し得ない」と続けて、「制度上は、文書図画による運動の原則禁止に、あらたにひとつ例外をつけ加えただけのものではあるが、しかし長期的にみて、選挙運動におけるウェブの比重が高まってゆくなら、原則禁止の規制に大きな風穴を開け、一律平等に不自由な選挙のあり方を変えてゆく端緒になるかもしれない」と観測している（356頁）。な

お、この「一律平等に不自由」という言葉は、論集の副題に明示されている趣旨にもふさわしく、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会、1988年）による批判から引用されている。同書は、当時の伊藤正己裁判官や香城敏磨裁判官が共通して「「選挙の公正」確保という目的（積極的、政策的目的）をあたかも黄門様の葵の紋よろしく、持ち出してきている」のに加えて、「「みんな、おなじように手をしばられるのだから、いいじゃないか」という理論、別言すれば、「みんながおなじように不自由ならば、不自由とはいえない」という考え方」あるいは「「みんな、一律に、平等に、不自由になる」という論理」を打ち出しているのを捉えて、これらを「明らかに日本人の精神構造や日本社会の仕来りのなかに貫流しているもの」として批判しており、とりわけ「「一律平等な『不自由』」論は、それだけとったら、憲法論上ほとんど取りあげるに値する価値をもたない、といっていいのではなからうか」と否定している（178～180頁）。

- 4) 松井茂記『表現の自由を守る価値はあるか』（有斐閣、2020年）によると、「選挙に関する表現は、国民が政治に参加する最も中核的なものであり、憲法第21条のもとで特に手厚く保護されなければならない」から、「その選挙に関する表現を極めて厳しく制限する公職選挙法の諸規定は、明らかに憲法第21条違反と言わざるをえない」という著者の年来的見識を前提に据え直してみると、「たとえこれらの規定を正当化する必要性があったとしても、インターネット上の選挙活動については同じような必要性は存在せず、それゆえ本来これらの規定はインターネット上での選挙運動に適用されるべきではなかった」（219頁、脚註略）。少し後には、「特定の選挙」に関連づける既成の定義を前提にした用語の説明があり、「選挙に関する表現を広く選挙活動と呼び、その中で公職選挙法によって選挙運動とされているものを選挙運動ということにする」と断るのに続けて、「選挙に関しない一般的な政治的表現である政治活動と区別することにしよう」と述べている（220頁）。かねて「選挙活動」≡「選挙運動」という修辭を通用させてきたのは、もちろん「選挙運動」規制の都合であり、さらに「選挙活動」から「選挙に関しない一般的な政治的表現である政治活動」が別立てされてきたのは、より広い「選挙活動」規制の便宜である。同書においては、既成の定義を前提にした規制の制度設計の難点が仔細に提示されている。ほかにも多数の批判が展開されてきているが、たとえば、塚田哲之「公選法の規制と表現の自由」阪口正二郎・毛利透・愛敬浩二（編）『なぜ表現の自由か——理論的視座と現況への問い』199頁以下（法律文化社、2017年）は、簡潔明瞭に、「根本的な議論を欠き、既存の枠組みを前提とした「解禁」の結果、選挙運動規制の全体像はますます複雑かつ奇怪な様相を呈している」と指摘している（204頁）。
- 5) 倉田玲「棄権の自由」立命館法学393・394号278頁以下（2021年）参照。なお、渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』（有斐閣、2017年）は、「自由投票と候補者等の選挙運動の自由を含めて自由選挙の原則とする捉え方もある」と紹介している直後に、「しかし、被選挙権や政治活動の自由に関する選挙運動の自由には、表現の自由と複合する固有の問題点があるので、選挙権に関する原則としては自由投票に限定して考えるべきである」と簡潔に解説している（475頁）。文理を借用すると、そもそも「選挙権」自体が「被選挙権や政治活動の自由に関する」からこそ「表現の自由と複合する」という「捉え方もある」ので、この小稿に例示する。

6) たとえば、最1小判2011(平成23)年7月7日(刑集65巻5号619頁)により、「表現の自由は、民主主義社会において特に重要な権利として尊重されなければならないが、憲法21条1項も、表現の自由を絶対無制限に保障したのではなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を是認するものであって、たとえ意見を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の権利を不当に害するようなものは許されない」(621～622頁)と判示されているところなどにも先例の1つとして引用されている最大判1950(昭和25)年9月27日(刑集4巻9号1799頁)は、公選法の施行後に施行前の旧法の規定を合憲と判定しており、後に先例として引用されることが少なくない部分に、「憲法二一条は絶対無制限の言論の自由を保障しているのではなく、公共の福祉のためにその時、所、方法等につき合理的制限のおのずから存することは、これを容認するものと考えべきであるから、選挙の公正を期するために戸別訪問を禁止した結果として、言論自由の制限をもたらすことがあるとしても、これ等の禁止規定を所論のように憲法に違反するものということとはできない」(1802頁)という判示がある。芦部信喜『人権と議会政』(有斐閣, 1996年)に再録されている判例研究(初出1954年)は、「高い社会的価値をもつ個人権も、濫用されて公衆道徳の紊乱その他社会秩序を乱すことにより、他の一般人の自由の直接の侵害をもたらすことがあるから、かような場合、各個人の自由権利が矛盾なく存立しうるための調節的な機能として「公共の福祉」の原則があらわれねばならない」という解説を加え、「原則として、権利自由の行使を無制限にしておく場合の社会的価値と、それを制約することによってえられる社会的利益とを同列におき、価値判断が行われねばならないと考えられる」と説いている(484～485頁)。そして、このような大前提を小前提に重ね合わせる具体的検討の結論部分において、「戸別訪問の禁止には言論の自由の行使に脅威的な結果を招来する危険は全くみとめられないばかりか、選挙が不正の犠牲になるならば代議政体のみとめた趣旨が根底からくつがえされてしまうのだから、従来の経験上戸別訪問が選挙の自由・公正を害する契機を含むことが明白である以上、言論の自由をすべての候補者に平等に確保するため、いわば自由の公平化をはかる戸別訪問の禁止は、常識上からいっても、憲法違反ということとはできないであろう。その意味で判旨に賛成する」と評釈している(487～488頁)。これを引くとともに、後年の論じ方の移ろいにより——もちろん「公共の福祉」概念の理解が根本から遷移しているわけではないが——より厳格な合憲性判定基準が提示されるようになってきていることを指して、奥平『なぜ「表現の自由」か』(前掲註3)は、「芦部教授が、今では先に引用した種類の当然合憲論を撤回し、重要な部分において立論を修正したことは、全く明らかである」と述べている(156頁)。なお、続く部分に、「一九五〇年大法院合憲判決は、簡潔ということ画にかいたような、含蓄に富む立派な文章からなる」と書かれ、「多くの含蓄に富む文章がそうであるように、この判決文にもじつにさまざまなことが述べられており、かつきわめて多くの解釈が可能である」と評されている(157頁)。そして、その直後より多岐にわたる重厚な批判が詳細に展開されており、たとえば「戸別訪問の禁止は——その他の文書活動の禁止も事情はほぼおなじなのであるが——かの一九五〇年最高裁大法院判決により、「その時、所、方法」についての制限であると誤解されて以来、ずっと今にいたるまで誤解されつ放しの状態がつづいている」という指摘もある(192頁)。これを参酌して反芻してみると、大法院判決に併録

されている上告趣意に、「よし平時は言論の自由が制限せられるばあいがあつても、選挙のときは平常時の数倍その言論の自由が保障されねばならないのである」のに、「戸別訪問処罰の規定は、選挙のときは、平常時よりも言論の自由を制限しているのであつて……あべこべになつている」（1804頁）と難詰している文章があるのも、あるいは「時」の規制として把握しているように読解されてきたのかもしれない。

- 7) 長谷部恭男（編）『注釈日本国憲法（2）——国民の権利及び義務（1）』（有斐閣、2017年）は、第15条の解説において「自由選挙の意義」を説明するのに、公選法に罰条として規定されている第225条の「選挙の自由妨害罪」を引き、「そこで観念されている「選挙の自由」は、投票の自由、立候補の自由、選挙運動の自由等、選挙に関わる多様な自由の総体である」と記している（232～233頁、長谷部執筆部分）。
- 8) 黒瀬敏文・笠置隆範（編）『逐条解説 公職選挙法（改訂版）（上）』（ぎょうせい、2021年）35頁。なお、同じく第1条の文言について、「日本国憲法の精神とは、民主主義を基調とする民主主義の理念を指すものにほかならない」と排他的に断定されている（33～34頁）。本文中に引用しているとおり、「選挙における自由の理念が近代選挙制度における生命であることはいうまでもない」のであれば、この「自由の理念」も「民主主義の理念」と並んで「日本国憲法の精神」に含まれているように語釈されるべきではないだろうか。
- 9) たとえば、関口慶太・竹内彰志・金子春菜（編）『こんなときどうする？ 選挙運動150問150答』（ミネルヴァ書房、2020年）は、「気に入らない候補者を落選させるための運動はできるか」という問いに対して、「原則として落選運動をすることができます」と答えており、「特定の候補者を落選させるための活動（落選運動）自体は、原則公職選挙法上の規制を受けません。そのため、落選運動を行っても公職選挙法上の問題はありません。しかし、落選運動が、特定の候補者を当選させる意図が含まれると認められると選挙運動とみなされます」と説明している（148頁）。文字どおり「原則……規制を受けません」というのでは、必ずしも「問題はありません」ということにならないだろうが、いずれにしても第138条第1項や第138条の2を無理に限定して解釈することにはなる。同書の解説によると、このうち「何人も、選挙に関し、投票を得若しくは得しめ又は得しめない目的をもって戸別訪問をすることができない」と定められている第138条第1項に基づいて禁止されている「戸別訪問とは、① 特定候補者の投票を得る目的で、② 2戸以上連続して訪問する意思をもって、③ 有権者の個々の住宅又はこれに準ずる場所を訪問すること」である（254頁）。同項の「得しめない目的」の場合が捨象されており、法文の解釈としては少しばかり枠を外れている。そもそも同法には「選挙運動のため」という字句の使用例が実に83個もあり、その全部が第13章のほか第14章「選挙運動に関する収入及び支出並びに寄附」と第14章の2「参議院（選挙区選出）議員の選挙の特例」にある。たとえば、第138条第2項に、「いかなる方法をもつてするを問わず、選挙運動のため、戸別に、演説会の開催若しくは演説を行うことについて告知をする行為又は特定の候補者の氏名若しくは政党その他の政治団体の名称を言いあるく行為は、前項に規定する禁止行為に該当するものとみなす」と定められているのは、これに違反すると第239条第3号に該当して処罰されることがあるから、多くの類例と同じく、つまり目的犯の処罰規定である。ならば目的

の限定に格別の意味がないことには奇異であるが、純粋な落選運動として「戸別に……告知をする行為又は……言いあるく行為」は、みなし規定の第138条第2項を適用されずとも、第1項の「戸別訪問」に該当するおそれがある。さらに純粋な落選運動の自由の制約について思案するのに、今度は「選挙運動をすることができない」という文字列を検索してみると、この文言が第13章の9か所に使用されている——同章の最初の第129条に、「選挙運動は、各選挙につき、……公職の候補者の届出のあつた日から当該選挙の期日の前日まででなければ、することができない」と規定されているような類例を除いて数えても9か所である。第141条の3の使用例を除く8か所は、第135条第1項から第137条の3までの条項に集中して分布している。これらの直後に位置する第138条第1項に同じ文言がないのは、必ずしも「選挙運動」としての「戸別訪問」を対象を限定した禁則ではないというのが在来の判例による解釈の帰結である。第138条の見出しが「戸別訪問」という四字熟語であり、すぐ後に続く第138条の2の見出しが「署名運動の禁止」であるのと明瞭に相違して「禁止」の文字が含まれていない不揃いの点にも不自然や不思議の感が否めないが、後者には、「何人も、選挙に関し、投票を得若しくは得しめ又は得しめない目的をもつて選挙人に対し署名運動をすることができない」と定められており、両者には、「選挙に関し、投票を得若しくは得しめ又は得しめない目的をもつて……すること」を、あくまでも「選挙運動」として「禁止」しているかのようにも読まれてしまいがちな共通点がある。しかしながら、これまでの判例や実務に定着している解釈によると、このように「得しめない目的」の場合までも含めてしまうと「選挙運動」の定義として広きに失する。たとえば、最1小判1977(昭和52)年2月24日(刑集31巻1号1頁)によると、「公職選挙法における選挙運動とは、特定の公職の選挙につき、特定の立候補者又は立候補予定者に当選を得させるため投票を得若しくは得させる目的をもつて、直接又は間接に必要かつ有利な周旋、勧誘その他諸般の行為をすることをいうものであると解すべきである」(6頁)。この判決に引用されている最3小判1963(昭和38)年10月22日(刑集17巻9号1755頁)によると、「公職選挙法には選挙運動の定義規定は、見当らないけれども、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し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と理解せられる。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」(1759頁)。大判1930(昭和5)年9月23日(大刑集9巻678頁)は、衆議院議員選挙法の時代の「判例の趣旨」を例示しており、「単二議員候補者ノ當選ヲ得シメサル目的ノミヲ以テ選挙ニ關シ不正ノ方法ニ依リ選挙ノ自由ヲ妨害スルカ如キ行為ハ之ヲ以テ選挙運動ナリト稱スルヲ得ス」と明確に除外している(681頁)。公選法の施行日の翌々日にあたる1950年の憲法記念日には、当時の全国選挙管理委員会事務局長——憲法施行の年の末、初回の国会において成立した全国選挙管理委員会法の第16条の第1項に基づき附置されていた事務局に、第2項に基づき置かれていた局長——により、「特定の候補者の当選を阻害する行為も含まれる場合がある」という見解が表明されているが、これも旧来の「判例の趣旨」に異を唱えているわけではなく、要するに別の候補者

の当選を目指して「特定の候補者の当選を阻害する行為」を指していると解される。このような見地から顧みて公選法の現行規定を解釈すると、もっぱら「得しめない目的」の純粋な落選運動としての「戸別訪問」や「署名運動」は、それら自体として「選挙運動」には該当せず、せいぜい「選挙運動」もどきであるのにとどまるはずなのに、それでも章題が「選挙運動」である第13章の規定により「選挙運動」としての「戸別訪問」や「署名活動」と同列に禁止されているという奇妙な構造を把握しなければならないことになる。

- 10) 宍戸常寿「参政権」判例時報2344号臨時増刊『法曹実務にとっての近代立憲主義』113頁以下（判例時報社，2017年）131頁。
- 11) 辻村みよ子『国民主権と選挙権——「市民主権」への展望』（信山社，2021年）560頁。同所には、「選挙の公務性から選挙運動の公務性を一元的に導くことはできない」という指摘もある。また、同書に併録されている初出1988年の論文「選挙活動の自由と立法裁量」に〔補遺〕があり、その末尾には、「憲法学界での選挙活動の自由に関する議論が、単に憲法21条の表現の自由論の視点だけでなく、憲法15条の選挙権論や43条の代表制論、さらには1条の国民主権論を踏まえた重厚な成果を生み出すことを、当時から30年余を経ても変わらず願っている昨今である」と記されている（552頁）。
- 12) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂，2020年）453頁。なお、引用箇所の前には「選挙の自由と公正」という見出しがある。
- 13) 最3小判1981（昭和56）年7月21日（刑集35巻5号568頁）578頁（伊藤正己裁判官の補足意見）。伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣，1993年）は、このほか著名な退任後の回想録であるが、その率直な記述によると、「選挙運動のルールの考え方には、この問題が表現の自由そのものに関わると考えることを避けたいという気持ちが働いている」（275頁）。なお、松本和彦『事例問題から考える憲法』（有斐閣，2018年）の説明によると、たしかに「伊藤補足意見は選挙運動を表現の自由の行使と見ていない」（7頁）。そればかりか「現在の最高裁は選挙運動を表現の自由の行使と見ていない可能性がある」（5頁）。
- 14) 長谷部恭男『憲法の円環』（岩波書店，2013年）は、「仮に伊藤判事が示唆するように、選挙運動が一定のルールの存在を前提として行われることで公正が確保されるゲームなのだとしても、政党構成員の集合体である国会がそうしたルールの設定者として相応しいのかという問題はなお残る」と指摘している（246頁）。
- 15) 毛利透『表現の自由——その公共性ともろさについて』（岩波書店，2008年）15、42頁。なお、同『国家と自由の法理論——熟議の民主政の見地から』（岩波書店，2020年）の第14章「表現の自由と選挙権の適切な関連づけのために」も「選挙の象徴的意味」を強調しており、「国民の政治参加とは選挙権の行使のことであるという主張は、「慣性モーメント」による政治支配を全面的に肯定することになろう」と指摘している（349、352頁）。
- 16) 奥平康弘『表現の自由とはなにか』（中公新書，1970年）72頁。公選法第129条に基づいて「選挙運動の期間」が限定され、いわゆる事前運動が禁止されていることを批判する文脈にあり、直前の段落に、「原理的には、政治運動と選挙運動とを峻別することがまちがっているのである。政治運動としての表現の自由と、選挙運動としての表現の自由とを区別し、前者はけっこうだが、後者はだめだという考え方が誤っているのである」と主張

されている。なお、本文中に引用した部分の直後に、「国民は選挙のときに、忽然と主権者になるわけではない。日常つねに主権者でありつづけるのである」という捉え方が示されている。糠塚康江「奥平先生の選挙権論——「選挙権論争」再訪」樋口・中島・長谷部(編)『憲法の尊厳』319頁以下(前掲註3)に、「筆者は、奥平の選挙権論の原形は、1981年に刊行された教科書『憲法——学習と実践のために』(弘文堂)の記述にあるとみている。そこにおいて、奥平は、国民主権の原則が投票権の行使という制度に全面的に解消してしまう考え方をとってはならないことを、繰り返し論じている」という指摘がある(335頁)。この論文に詳説されている「選挙権論」に合流する「表現の自由」観の側からは、さらに10年以上も前から同じ論じ方が繰り返されているようである。

- 17) 奥平康弘『憲法Ⅲ——憲法が保障する権利』(有斐閣, 1993年) 415頁。なお、同書には、次の解説もある。「精神活動の自由は、一個人の権利として見た場合、古典的なそれは、自分一個の利益のために、自分一個が意欲して、権力介入を排斥するという形になる。「国家からの自由」という性格は、この点で面目躍如たるものがある。けれども、憲法全体の構造から見れば、諸個人のこの権利は、社会を成り立たしめ発展させ、国家をはたらかしめ、その軌道を修正させ、憲法が掲げる国家目標の実現に向かわせるという、客観的な目的=制度的な目的ともつながっているのである。表現の自由というコンセプトに集約されるところの、これらの権利=政治活動の自由は、民主主義という制度の本質要素でもあるのである(この種の自由を、個人を越えた社会とか民主主義に奉仕するという効果=帰結主義においてのみ捉える考え方ががあるが、私はこれに与しない。ただし、ここでは、「国家からの自由」と別の側面、「国政への参加」あるいはその前提としての「社会過程への参加」という、積極的な性格を帯有している」(94頁、原文の傍点を下線に変換、ルビを省略して引用)。
- 18) 宮沢俊義『憲法講話』(岩波新書, 1967年) 7～9頁。引用部分の原形は、世界201号39頁以下(1962年)に掲載されている同名の連載の初回「表現の自由をめぐって」にある。なお、同書には、「自由権を「人間の権利」とし、参政権を「市民の権利」として、両者を区別する理由がなくなってくる。参政権が、自由権とならんで、世界人権宣言で宣言されるようになったしだいであると思う」という記述もある(139～140頁、原文の傍点を下線に変換して引用)。この部分の原形は、連載第7回「参政権と選挙」世界254号87頁以下(1967年)にあり、あくまで「表現の自由」などは別種の権利が、それでも同位の権利とされるようになったという趣旨の説明が展開されている。
- 19) 倉田玲「選挙権と被選挙権の制約」憲法研究5号111頁以下(2019年)に要約しているとおり、「権利章典の部分がない豪州の連邦憲法の規定を司法審査により有権解釈するオーストラリア高等法院は、主権の存する連邦議会の上下両院の議員が「人民により直接選出される(directly chosen by the people)」という憲法条項(*Australian Constitution* ss 7, 24)を典拠にして、1992年の違憲判決(*Australian Capital Television Pty Ltd v Commonwealth* (1992) 177 CLR 106)以降、政治的なコミュニケーションの自由を数少ない憲法上の権利として認知するようになり、2007年の違憲判決(*Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162)以降、投票する権利としての選挙権も単なる法律上

の権利ではないと解釈するようになってきている」（113頁，註4）。この小稿は、「政治的なコミュニケーションの自由」が同根の「投票する権利としての選挙権」に先行して登場している判例の要所を振り返り，とりわけ前者が普通の「権利」概念とは異質な「憲法上の権利として認知」されていることを概観する。See generally Tom Ginsburg, 'Freedom of Expression Abroad: The State of Play' in Lee C. Bollinger and Geoffrey R. Stone (eds), *The Free Speech Century* (Oxford University Press, 2019) 196, Table 12.1. Cf Rosalind Dixon and David Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy* (Oxford University Press, 2021) 4.

- 20) William P. Marshall, 'The Truth Justification for Freedom of Speech' in Adrienne Stone and Frederick Schauer (eds), *The Oxford Handbook of Freedom of Speech* (Oxford University Press, 2021) 49 (citations omitted). See also Michael Sexton, 'Flights of Fancy: The Implied Freedom of Political Communication 20 Years On' (2012) 24 *Upholding the Australian Constitution* 8.
- 21) Sidney Blumenthal, *The Permanent Campaign: Inside the World of Elite Political Operatives* (Beacon Press, 1980), cited in, eg, Peter Van Onselen and Wayne Errington, 'The Democratic State as a Marketing Tool: The Permanent Campaign in Australia' (2007) 45 *Commonwealth & Comparative Politics* 78, 79; Michael Pal, 'Is the Permanent Campaign the End of the Egalitarian Model for Elections?' in Richard Albert, Paul Daly and Vanessa MacDonnell (eds), *The Canadian Constitution in Transition* (University of Toronto Press, 2019) 344, n 31.
- 22) *Re Alberta Legislation* (1938) SCR 100, 132-133 DLR 81, 107-108 (Duff CJ and Davis J); HCJ 73, 87/53 *Kol Ha'am Co. Ltd v Minister of Interior* [1953] IsrSC 7 (2) 871, 876-878 (Agranat J).
- 23) Rosalind Dixon and Gabrielle Appleby, 'Constitutional Implications in Australia: Explaining the Structure - Rights Dualism' in Rosalind Dixon and Adrienne Stone (eds), *The Invisible Constitution in Comparative Perspective* (Cambridge University Press, 2018) 353.
- 24) Eric Barent, 'Freedom of Expression' in Michel Rosenfeld and András Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, 2012) 892.
- 25) *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* (Imp) 63 & 64 Vict, c 12, s 9 [*Australian Constitution*].
- 26) George Williams, Sean Brennan and Andrew Lynch, *Blackshield and Williams Australian Constitutional Law and Theory: Commentary and Materials* (Federation Press, 7th ed, 2018) 2. See also Claudia Geiringer, 'A New Commonwealth Constitutionalism?' in Roger Masterman and Robert Schütze (eds), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2019) 555-557.
- 27) Patrick Keyzer, Christopher Goff and Asaf Fisher, *Principles of Australian Constitutional Law* (LexisNexis Butterworths, 5th ed, 2017) 1, citing Elaine Thompson,

- 'The "Washminster" Mutation' (1980) 15 *Australian Journal of Political Science* 32.
- 28) Constitution Alteration (Freedom of Expression and Freedom of the Press) Bill 2019 (Cth); Constitution Alteration (Freedom of Expression and Freedom of the Press) Bill (No 2) 2019 (Cth).
- 29) See *Australian Broadcasting Corporation v Kane (No 2)*, [2020] FCA 133. See also Keiran Hardy and George Williams, 'Press Freedom in Australia's Constitutional System' (2021) 7 *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law* 222.
- 30) Commonwealth, *Parliamentary Debates*, Senate, 4 July 2019, 208-9 (Rex Patrick); Commonwealth, *Parliamentary Debates*, House of Representatives, 29 July 2019, 1118-9 (Rebekha Sharkie). See also Commonwealth, *Parliamentary Debates*, House of Representatives, 29 July 2019, 1120 (Andrew Wilkie).
- 31) *Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011* (Cth) s 3.
- 32) Explanatory Memorandum and Statement of Compatibility with Human Rights, Constitution Alteration (Freedom of Expression and Freedom of the Press) Bill 2019 (Cth) 1, 4-5; Explanatory Memorandum & Statement of Compatibility with Human Rights, Constitution Alteration (Freedom of Expression and Freedom of the Press) Bill (No 2) 2019 (Cth) 1, 4-7.
- 33) *Australian Constitution* s 116. Cf US Const art IV and amend I.
- 34) See generally John Quick and Robert Randolph Garran, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth* (Angus & Robertson, first published 1901, 1995 ed) 951-3.
- 35) Nicholas Aroney, Peter Gerangelos, Sarah Murray and James Stellios, *The Constitution of the Commonwealth of Australia: History, Principle and Interpretation* (Cambridge University Press, 2015) 356.
- 36) Constitution Alteration (Rights and Freedoms) Bill 1988 (Cth).
- 37) *Referendum (Machinery Provisions) Act 1984* (Cth) s 45.
- 38) *Australian Constitution* s 128.
- 39) Human Rights Bill 1973 (Cth); Australian Bill of Rights Bill 1985 (Cth).
- 40) National Human Rights Consultation Committee, *National Human Rights Consultation Report* (2009) 369, 378. See also Helen Irving, 'The Dilemmas in Dialogue: A Constitutional Analysis of the NHRC's Proposed Human Rights Act' (2010) 33 *UNSW Law Journal* 60.
- 41) Cf Lisa Burton Crawford, 'The Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth): A Failed Human Rights Experiment?' in Matthew Groves, Janina Boughey and Dan Meagher (eds), *The Legal Protection of Rights in Australia* (Hart Publishing, 2019) 143. See also George Williams and Lisa Burton, 'Australia's Parliamentary Scrutiny Act: An Exclusive Parliamentary Model of Rights Protection' in Murray Hunt, Hayley Hooper and Paul Yowell (eds), *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit* (Hart Publishing, 2015) 257; George Williams and Lisa Burton, 'Australia's Exclusive Parliamentary Model of Rights Protection' (2013) 34 *Statute Law Review* 58.

- 42) Freedom of Speech Legislation Amendment (Censorship) Bill 2018 (Cth); Freedom of Speech Legislation Amendment (Insult and Offend) Bill 2018 (Cth); Freedom of Speech Legislation Amendment (Security) Bill 2018 (Cth); Racial Discrimination Amendment (Free Speech) Bill 2018 (Cth). See also Freedom of Speech (Repeal of s 18C) Bill 2014 (Cth).
- 43) *Human Rights Act 2004* (ACT) s 16(2); *Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006* (Vic) s 15(2); *Human Rights Act 2019* (Qld) s 21(2).
- 44) See eg Michael Sexton, 'Freedom of Speech' (2019) 31 *Upholding the Australian Constitution* 185; Augusto Zimmermann, 'The Unconstitutionality of Outlawing Political Opinion' (2017) 29 *Upholding the Australian Constitution* 17.
- 45) Lael K Weis, 'Constituting "the People": The Paradoxical Place of the Formal Amendment Procedure in Australian Constitutionalism' in Richard Albert, Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (eds), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment* (Hart Publishing, 2017) 256-257, n 12, 13, citing *Australian Capital Television Pty Ltd v Commonwealth* (1992) 177 CLR 106; *Nationwide News Pty Ltd v Wills* (1992) 177 CLR 1.
- 46) *Nationwide News* (1992) 177 CLR 1, 74 (Deane and Toohey JJ), quoting *Re Alberta Legislation* (1938) SCR 100, 132-133 DLR 81, 107-108 (Duff CJ and Davis J).
- 47) *Industrial Relations Act 1988* (Cth) ss 8(1), 299(1)(d)(ii).
- 48) *Australian Constitution* s 51 (xxxv).
- 49) See generally Jesse Russell and Ronald Cohn, *Australian Capital Television Pty Ltd v Commonwealth* (Bookvika Publishing, 2012).
- 50) *Australian Capital Television* (1992) 177 CLR 106, 135, 140 (Mason CJ).
- 51) *Broadcasting Act 1942* (Cth) pt IIID, as inserted by *Political Broadcasting and Political Disclosure Act 1991* (Cth) s 7.
- 52) *Broadcasting Services Act 1992* (Cth), repealing *Broadcasting Act 1942* (Cth).
- 53) *Australian Constitution* s 51 (v).
- 54) *Australian Capital Television* (1992) 177 CLR 106, 135-136 (Mason CJ).
- 55) *Australian Act 1986*, c 2 (UK). See also *Australian Act 1986* (Cth).
- 56) *Australian Capital Television* (1992) 177 CLR 106, 138, 140 (Mason CJ), citing eg *Derbyshire County Council v Times Newspapers Ltd* (1992) 1 QB 770, 814-815 (Balcombe LJ), 823-824 (Ralph Gibson LJ), 831-832 (Butler-Sloss LJ); *New York Times Co v Sullivan* (1964) 376 U.S. 254; *Re Alberta Legislation* (1938) SCR 100, 132-133 DLR 81, 107-108 (Duff CJ and Davis J); *Handyside v United Kingdom* (1976) 1 EHRR 737, 754; *Sunday Times v United Kingdom* (1979) 2 EHRR 245; *Lingens v Austria* (1986) 8 EHRR 407, 418; *Observer and Guardian v United Kingdom* (1991) 14 EHRR 153, 191, 200, 206-207, 216-218; *Sunday Times v United Kingdom* [No 2] (1991) 14 EHRR 229, 247.
- 57) *Australian Capital Television* (1992) 177 CLR 106, 142-144 (citations omitted) (Mason CJ).

- 58) Ibid 149, 151, 154, 157, 159–160 (Brennan J).
- 59) Ibid 170 (Deane and Toohey JJ).
- 60) Ibid 232, 236 (citation omitted) (McHugh J).
- 61) *Australian Constitution* ss 7, 24.
- 62) See Tony Blackshield, 'The High Court's Implied Rights Experiment' in Groves, Boughey and Meagher (eds), *The Legal Protection of Rights in Australia*, above n 41, 59.
- 63) *Theophanous v Herald & Weekly Times Ltd* (1994) 182 CLR 104; *Stephens v West Australian Newspapers Ltd* (1994) 182 CLR 211.
- 64) See also *Cunliffe v Commonwealth* (1994) 182 CLR 272.
- 65) Eg Dan Meagher, America Simpson, James Stellios and Fiona Wheeler, *Hanks Australian Constitutional Law: Materials and Commentary* (LexisNexis Butterworths, 10th ed 2016) 1203.
- 66) *Lange v Australian Broadcasting Corporation* (1997) 189 CLR 520, 556 (footnote omitted).
- 67) Ibid 557 (citations omitted).
- 68) Ibid 559–560.
- 69) Ibid 567.
- 70) Ibid 567–568, n 272, citing *Cunliffe* (1994) 182 CLR 272, 377, 396 (other citations omitted).
- 71) Adrienne Stone, 'Expression' in Cheryl Saunders and Adrienne Stone (eds), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution* (Oxford University Press, 2018) 962–963 (citations omitted), 978. See also Murray Wesson, 'The Reception of Structured Proportionality in Australian Constitutional Law' (2021) 49(3) *Federal Law Review* 352.
- 72) Anne Twomey, 'Freedom of Political Communication and Its Constitutional Limits on Electoral Laws' in Joo-Cheong Tham, Brian Costar and Graeme Orr (eds), *Electoral Democracy: Australian Prospects* (Melbourne University Press, 2011) 204.
- 73) *R v Smithers; Ex parte Benson* (1912) 16 CLR 99, 109–110 (Barton J).
- 74) *Constitution Alteration (Retirement of Judges) 1977* (Cth), codified at *Australian Constitution* s 72.
- 75) *Crandall v State of Nevada*, 73 U.S. (6 Wall.) 35 (1867).
- 76) *Australian Constitution* s 92. See generally Justice Stephen Gageler, 'The Section 92 Revolution' in James Stellios (ed), *Encounters with Constitutional Interpretation and Legal Education: Essays in Honour of Michael Coper* (Federation Press, 2018) 26.
- 77) James Stellios, *Zines's The High Court and the Constitution* (Federation Press, 6th ed, 2015) 58, quoting *Commonwealth v Tasmania* (1983) 158 CLR 1, 260 (Dixon J).
- 78) Aroney, Gerangelos, Murray and Stellios, *The Constitution of the Commonwealth of Australia*, above n 35, 375, citing *R v Smithers; Ex parte Benson* (1912) 16 CLR 99.
- 79) *Lange* (1997) 189 CLR 520, 557, n 232, citing *Official Report of the National Australasian Convention Debates (Adelaide)* (1897) 17 (Edmund Barton).

- 80) Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty* (Cambridge University Press, 2010) 79.
- 81) Richard Ekins, 'Models of (and Myths about) Rights Protection' in Lisa Burton Crawford, Patrick Emerton and Dale Smith (eds) *Law under a Democratic Constitution: Essays in Honour of Jeffrey Goldsworthy* (Hart Publishing, 2019) 241-244. See also Richard Ekins, 'Human Rights and the Separation of Powers' (2015) *University of Queensland Law Journal* 217, 222-224, 232-235.
- 82) See eg *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162, 173-174 (Gleeson CJ), 194-195 (Gummow, Kirby and Crennan JJ).
- 83) 倉田玲「強制投票の普通選挙——オーストラリア選挙法の不文の基礎」立命館法学373号34頁以下（2017年）参照。末尾に付記しているとおり、「この小稿は、オーストラリア国立大学法学部における在外研究の成果の一部である」（82頁）。なお、第1次と第2次の憲法制定会議のほか両者の「幕間の舞台裏において」も、いわばオーストラリア版のフェデラリストの1人として動いているパートン議員が「連邦結成の暁には初代の首相と外相を兼ね、続いて高等法院が当初3名の裁判官の体制により始動するときには政界を去り陪席に就く人物である」とも紹介している（52頁）。
- 84) 奥平『憲法Ⅲ』（前掲註17）は、選挙権の要素としての「公務」概念について、「かつては、これあるがゆえに公務の帰属主体である国家（超国民的な国家法人）が、誰にこの仕事を分担させるかを自由に決定できる根拠であり得たが、……いま、日本国憲法のもとにあっては、これあるがゆえにあらゆる国民が差別されることなく平等に参加する権利として保障されなければならないという、すなわち国家の自由裁量性を否定する根拠として、はたらかざるを得ないのである」と説明している（406頁）。なお、石川健治「ドグマーティクと反ドグマーティクのあいだ」石川健治・山本龍彦・泉徳治（編）『憲法訴訟の十字路——実務と学知のあいだ』299頁以下（弘文堂、2019年）は、最大判2005（平成17）年9月14日（前掲註3）の判断枠組みの登場を、以後の最高裁判例が大きく移ろいゆく「予兆——選挙権ドグマーティクの崩壊」として捉え、「選挙権本質論について、最高裁が権利一元説をとっている、という認識は当時存在していなかった」のに「前触れもなく、権利一元説に特有の「内在的制約」のフォーマット」により「杜撰な論理構成をものともせず、ともかくも結論を優先させた二一世紀の最高裁の内部で、何か大きな変化が起こっているのは明らかであった」と評している。また、かねて「内在的制約」を超越するものは「公務の観点から正当化するほかに、それがゆえに権利・公務二元説が、ともかくも通説として支持されてきた」という在来の事情については、「論理的な根拠であった国家法人説を失って以降、二元説は理論的には漂流した状態にあり、権利の側面と公務の側面を如何にして結合するかについて、説明に成功したドグマーティクは、本稿筆者のみるところ一つも存在していない」と指摘している（326～327頁、註40）。