

過度に広汎性ゆえ無効の法理

君塚 正臣

はじめに

「過度に広汎性ゆえ無効の法理」とは、「表現活動を規制するある法律の適用範囲が過度に広汎であり、そのためにそれが憲法上保障されているはずの表現活動をも規制・禁止するものとなっている場合には、その法律は『過度の広汎性の故に無効』(Void for overbreadth)とされるべきだとするものである」¹⁾。これは、もし、「暴力的ピケを禁止する目的で作られた法の文言が、『ピケは禁止する』というものである場合、本来合憲的に規制しえない平和的ピケをも、その法が禁止していると解釈され執行される可能性があり、法執行の任にあるものがそのように解釈して平和的ピケをも取締の対象としたとすると、取締りを恐れて本来憲法的に許される平和的ピケも行われなくなる可能性がある」²⁾ こと等を懸念したものである。過度に広汎な規制立法自体、事前抑制、漠然不明確と並び、著しく不当な表現規制³⁾として文面上無効となる⁴⁾、即ち、「制定法の個々の適用が無効とされるのではなく、制定法全体が無効と」なるのである⁵⁾。

一般に、人権の制約は必要最小限でなければならないとされるが、その判定基準として、特に厳密さを要求し、かつ、文面審査まで要求するのは、表現権規制に限られる。ここに、文面上の審査 (on its face) としての「過度に広汎性ゆえ無効の法理」の存在意義がある。その下では、権利・自由を広汎に規制す

る法令が、当該刑事事件の被告に適用される限りでは合憲であっても、別の適用の場面で違憲であると主張する⁶⁾とができることに、つまりは仮想的な状況への違憲の適用の可能性を理由に、当該法令を無効にできるのである⁷⁾。だが、日本では、当該法令の核心に抵触する悪いことをした者を異例にも無罪放免にする⁸⁾ことへの躊躇を裁判官が抱いている⁹⁾ためか、この法理により、当該法令が文面無効とされると判示した判決はなく、また、どのように（どの程度）広汎な法令が文面無効とされるべきかも明快ではない状況にある。

本稿では、過度に広汎性の法理とはどのようなものであり、どのような場面で用いられ、類似のものとのどのように区別されるのかを検討する。

1 裁判例再考

(1) 東京都公安条例事件判決・徳島市公安条例事件判決など

最高裁判所が「過度に広汎性ゆえ無効の法理」を用いたり、或いはこれを取り上げつつ否定したりした判決は、なかなか見当たらない。それどころか、およそ文面違憲は判例法理として構築される欠片もない状況にある¹⁰⁾。下級審では、刑法175条が問題となった「四畳半襖の下張」事件¹¹⁾や、いわゆるビニール本事件¹²⁾で東京高裁が応答した例などがあるが、最高裁は、表現の自由及び集会の自由の規制について、必要最小限度でなければならないという姿勢に乏しく、人権は「公共の福祉」による制限を受けることは当然であるなどと判示して、学説の批判をもろともせず、広汎な規制をおよそ合憲としてきたことは有名なところである。

その代表例として、1960年の東京都公安条例事件判決¹³⁾が示されよう。この判決で、最高裁大法廷多数意見は、憲法21条の人権について、「国民がこの種の自由を濫用することを得ず、つねに公共の福祉のためにこれを利用する責任を負うことも、他の種類の基本的人権とことなるところはない」と述べた上で、「かような集団行動による思想等の表現は、単なる言論、出版等によるも

のとはことなつて、現在する多数人の集合体自体の力、つまり潜在する一種の物理的力によつて支持されていることを特徴とする。かような潜在的な力は、あるいは予定された計画に従い、あるいは突発的に内外からの刺激、せん動等によつてきわめて容易に動員され得る性質のものである。この場合に平穩静肅な集団であつても、時に昂奮、激昂の渦中に巻きこまれ、甚だしい場合には一瞬にして暴徒と化し、勢いの赴くところ実力によつて法と秩序を蹂躪し、集団行動の指揮者はもちろん警察力を以てしても如何ともし得ないような事態に発展する危険が存在すること、群集心理の法則と現実の経験に徴して明らかである。従つて地方公共団体が、純粋な意味における表現といえる出版等についての事前規制である検閲が憲法 21 条 2 項によつて禁止されているにもかかわらず、集団行動による表現の自由に関するかぎり、いわゆる『公安条例』を以て、地方的情況その他諸般の事情を十分考慮に入れ、不測の事態に備え、法と秩序を維持するに必要かつ最小限度の措置を事前に講ずることは、けだし止むを得ない次第である」と判示して、集団示威運動（デモ行進）の規制について、届出制を最小限度とするのではなく、許可制を許容したのである。ここには、表現活動に対する広汎な規制は許されないとする姿勢は皆目見られない。

この判断は、これに先立つ新潟県公安条例事件¹⁴⁾での、条例 1 条「にいう『行列行進又は公衆の集団示威運動』は、その解釈として括弧内に『徒歩又は車輛で道路公園その他公衆の自由に交通することができる場所を行進し又は占拠しようとするもの、以下同じ』と記載されているから、本件条例が許可を受けることを要求する行動とは、右の記載する特定の場所又は方法に関するものを指す趣旨であることが認められ」、「条例の趣旨全体を総合して考察すれば、本件条例は許可の語を用いてはいるが、これらの行動そのものを一般的に許可制によつて抑制する趣旨ではなく、上述のように別の観点から特定の場所又は方法についてのみ制限する場合があることを定めたものに過ぎないと解するを相当とする」という、合憲限定解釈¹⁵⁾すらも排したものであった。東京都公安条例事件は、肖像権の萌芽として知られる京都府学連事件¹⁶⁾においても、

京都市条例が憲法 21 条に違反しないものとして引用されている。

1975 年の徳島市公安条例事件判決¹⁷⁾は、公安条例の法文の明確性が問題となった著名判例である。判決は、同「条例 3 条 3 号の規定により、国民の憲法上の権利の正当な行使が阻害されるおそれがあるとか、国又は地方公共団体の機関による恣意的な運用を許すおそれがあるとは、ほとんど考えられない」などと述べ、この点に言及したほか、「本条例 3 条 3 号、3 条と道路交通法 77 条、119 条 1 項 13 号との関係について」という項目を立て、法律と条例の関係について論じるなどしている。しかしこの判決でも、関連性があり、また問題として指摘できそうな、同条例の過度に広汎性に言及した徴候がないのである。

最高裁は、成田新法事件判決¹⁸⁾において、「そして、本法 3 条 1 項にいう『その工作物が次の各号に掲げる用に供され、又は供されるおそれがあると認めるとき』とは、『その工作物が次の各号に掲げる用に現に供され、又は供される蓋然性が高いと認めるとき』の意味に解すべきである。したがって、同項 1 号が過度に広範な規制を行うものとはいえず、その規定する要件も不明確なものであるとはいえないので、同「号は、憲法 21 条 1 項に違反するものではない」としたことがある。公務員の政治活動が問題となった、堀越事件¹⁹⁾と宇治橋事件²⁰⁾においても、最高裁は、文言も全く同じく、「本件罰則規定は、不明確なものとも、過度に広汎な規制であるともいえない」と判示した。また、岐阜県青少年保護育成条例事件²¹⁾で伊藤正己判事補足意見が、「本件条例にいう『著しく性的感情を刺激する』図書とは猥褻図書よりも広いと考えられ、規制の及ぶ範囲も広範にわたるだけに漠然としている嫌いを免れない」と、過度の広汎性に言及しつつも、結局は合憲だとしている。同様に、刑罰法規の明確性が主として問題とされた福岡県青少年保護条例事件判決²²⁾においても、最高裁は、当該条例の「淫行」という文言が「広きに失することが明らか」としながら、「前記の規定の文理から合理的に導き出され得る解釈の範囲内で、前叙のように限定して解するのを相当とする」として、合憲限定解釈を施し、これを合憲としたのであった。

最高裁は、法令が過度に広汎であるかについてごく簡単に触れることはあっても、違憲の結論を導くことはなかった。ただ、主たる問題は検閲と事前抑制ながら、文言の不明確性及び過度に広汎性も疑問とした、1984年の税関検査事件²³⁾では、多数意見が、「関税定率法21条1項3号の『風俗を害すべき書籍、図画』等を猥褻な書籍、図画等のみを指すものと限定的に解釈することによって、合憲的に規制し得るもののみがその対象となることが明らかにされたものということができる」として、「広汎又は不明確の故に違憲無効ということはでき」ないと断じたのに対して、伊藤正己、谷口正孝、安岡満彦、島谷六郎の4裁判官共同の反対意見が示された。この意見は多岐に亘るが、過度の広汎性については、「『風俗』という用語の意味内容は性的風俗、社会的風俗、宗教的風俗等多義にわたるものであり、これを多数意見のいうように性的風俗に限定し、『風俗を害すべき書籍、図画』等を猥褻表現物に限ると解すべき根拠はない。現在の税関検査の実務においては、被上告人の自陳する如く、右の書籍、図画等を猥褻物に限定する取扱いがされているとしても、その文言自体からみれば、右規定が猥褻物以外の物に適用される可能性を否定することはできない」として、「不明確であると同時に広汎に過ぎ」、「憲法21条1項に違反し、無効である」としたのであった。これは最高裁の意見としては珍しく²⁴⁾、この法理の存在感を示すものとして、長い間、その限界線であった。

(2) 広島市暴走族追放条例事件判決

ところが、2007年、広島市暴走族追放条例事件判決²⁵⁾において、最高裁は、過度の広汎性に深く言及した²⁶⁾。最高裁で初めて、この問題に立ち入った議論が戦わされたと言っても過言ではない。「これと同視できる集団」などの文言は不明確であるように見え²⁷⁾、上告理由は条例の文言の不明確さを主とするものであったが、最高裁は過度の広汎性の方を主に扱ったのである²⁸⁾。

事件は、祝日夜10時31分頃から、暴走族構成員約40名と、広島市管理の「広島市西新天地公共広場」において、市長の許可を得ず、暴走族名を刺しゅうし

た「特攻服」を着用し、顔面を覆い、円陣を組み、旗を立てる等威勢を示して、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集会²⁹⁾を行ったとされる被告が、広場からの退去命令を広島市職員から受けたが、これに従わなかったものである。

市条例16条1項は、「何人も、次に掲げる行為をしてはならない。」と定め、その1号として「公共の場所において、当該場所の所有者又は管理者の承諾又は許可を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集又は集会を行うこと」を掲げ、17条は、「前条第1項第1号の行為が、本市の管理する公共の場所において、特異な服装をし、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し、円陣を組み、又は旗を立てる等威勢を示すことにより行われたときは、市長は、当該行為者に対し、当該行為の中止又は当該場所からの退去を命ずることができる。」とし、19条は、市長命令違反者は6月以下の懲役又は10万円以下の罰金に処すと定めており、被告はこれらの条項違反に問われたものである。

多数意見は、「なるほど、本条例は、暴走族の定義において社会通念上の暴走族以外の集団が含まれる文言となっていること、禁止行為の対象及び市長の中止・退去命令の対象も社会通念上の暴走族以外の者の行為にも及ぶ文言となっていることなど、規定の仕方が適切ではなく、本条例がその文言どおりに適用されることになると、規制の対象が広範囲に及び、憲法21条1項及び31条との関係で問題がある」ことを認めつつも、「本条例の目的規定である1条は、『暴走行為、い集、集会及び祭礼等における示威行為が、市民生活や少年の健全育成に多大な影響を及ぼしているのみならず、国際平和文化都市の印象を著しく傷つけている』存在としての『暴走族』を本条例が規定する諸対策の対象として想定するものと解され、」 「本条例施行規則3条は、『暴走、騒音、暴走族名等暴走族であることを強調するような文言等を刺しゅう、印刷等をされた服装等』の着用者の存在(1号)、『暴走族名等暴走族であることを強調するような文言等を刺しゅう、印刷等をされた旗等』の存在(4号)、『暴走族であることを強調するような大声の掛合い等』(5号)を本条例17条の中止命令等を発する際の判断基準として挙げている。このような本条例の全体から読み

取ることができる趣旨、さらには本条例施行規則の規定等を総合すれば、本条例が規制の対象としている『暴走族』は、本条例2条7号の定義にもかかわらず、暴走行為を目的として結成された集団である本来の意味における暴走族の外には、服装、旗、言動などにおいてこのような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団に限られるものと解され」と述べた。

「そして、このように限定的に解釈すれば、本条例16条1項1号、17条、19条の規定による規制は、広島市内の公共の場所における暴走族による集会等が公衆の平穩を害してきたこと、規制に係る集会であっても、これを行うことを直ちに犯罪として処罰するのではなく、市長による中止命令等の対象とするにとどめ、この命令に違反した場合に初めて処罰すべきものとするという事後的かつ段階的規制によっていること等にかんがみると、その弊害を防止しようとする規制目的の正当性、弊害防止手段としての合理性、この規制により得られる利益と失われる利益との均衡の観点に照らし、いまだ憲法21条1項、31条に違反するまではいえない」と結論付け、合憲限定解釈を施して条項自体を無効とはせず、被告を有罪としたのである。

これには、「被告人の本件行為は、本条例が公共の平穩を維持するために規制しようとしていた典型的な行為であり、本条例についてどのような解釈を採ろうとも、本件行為が本条例に違反することは明らかである」とする、堀籠幸男裁判官の補足意見と、「本件では、限定解釈により規制の対象から除外される行為をした者は、この限定解釈により利益を受けることはあっても不利益を受けることはない」とする那須弘平裁判官の補足意見がある。

これに対して、まず、法令違憲とする藤田宙靖裁判官³⁰⁾の反対意見がある。

藤田は、「集会・結社、表現の自由は、最大限度に保障されなければならないのであって、これを規制する法令の規定について合憲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

場合に当該表現行為等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、その規定自体から読み取ることができる場合でなければならないというべきである」とした上で、「通常人の読み方からすれば」、「多数意見が引く5条、6条、施行規則3条等々の諸規定についても、必ずしも多数意見がというような社会的通念上の暴走族及びそれに準じる者のみを対象とするものではないという解釈を行うことも、十分に可能なのである。加えて、本条例16条では『何人も、次に掲げる行為をしてはならない』という規定の仕方がされていることにも留意しなければならない。多数意見のような解釈は、「単純に立法技術が稚拙であることに由来するものであるとの認識に立った場合に、初めて首肯されるものであって、法文の規定そのものから多数意見のような解釈を導くことには、少なくとも相当の無理がある」とし、最終的に、「当審が敢えて合憲限定解釈を行って条例の有効性を維持すべき事案ではなく、違憲無効と判断し、即刻の改正を強いるべき事案である」と断じたのである。

また、田原陸夫裁判官も同様の反対意見を述べている。

まず、16条1項1号「の適用対象者は、16条1項柱書に記載されているとおり『何人も』であって、本条例制定の目的とする『暴走族』ないし『それと同視することができる集団』という限定は付されて」おらず、これ「を多数意見のように限定して解釈することは、通常の判断能力を有する一般人において、著しく困難であるというほかはない」とする。例えば、「本条例17条」の「特異な服装」は「施行規則3条1号」に限定されず、同号に該る服装を着用していなくても『特異な服装』をして『他の者を隔絶するような形での円陣等集又は集会』（3号）をしていれば、中止命令等の対象となるものであるとして、結局服装について、『暴走族、又はそれに準ずる集団に属することを想起させるもの』に限定してはいない」上、「如何なる服装をするかは、憲法11条、13条の規定をまつまでもなく本来自由であること、『本条例17条』、『施行規則3条2号』からは、顔面の全部又は一部を覆い隠す行為」でも、「暴走族等との直接の結びつきは認められな」いこと、『蝟（はりねずみ）の毛のように、

多く寄り集まること』(広辞苑第5版)を意味する「い集」とは、「個々人が、その自由な意思の下に、単なる興味目的や野次馬としても含めて、随時集」まることだが、これらについては、「憲法11条や13条の規定をまつまでもなく、民主国家においては、道路や公園等、公共に開かれた空間を人々は自由に移動し、行動することができる」筈であり、規制となっているとする。

結局、「本条例の規制対象者は、本条例の目的規定を超えて『何人も』がその対象であり、その対象行為は、本条例の制定目的を遥かに超えて、特異な服装等一般に及び得るのであって、その対象行為は余りに広範囲であって憲法31条に違反すると共に、」 「表現、集会の自由を侵害するものとして憲法21条に違反するものであると言わざるを得ない」と述べるのである。

また、田原は、「本条例は、その規制によって達成しようとする利益と、規制される自由との間の均衡を著しく欠いて」おり、「規制が、その目的達成のために最低限必要な範囲に止ま」っていないことも指摘し、「その法律(条例)の立法目的、対象とされる行為に対する規制の必要性、当該法律(条例)の規定それ自体から、通常人の判断能力をもって限定解釈をすることができる可能性、当該法律(条例)が限定解釈の枠を外れて適用される可能性及びその可能性が存することに伴い国民(市民)に対して生じ得る萎縮的效果の有無、程度等を総合的に考慮し、限定解釈をしてもその弊害が生じ得ないと認められる場合に限られるべきである」が、「多数意見のように限定解釈」では、「国民(市民)の行動に対し、強い萎縮的效果をもたらしかね」ないと批判もした。

いくつもの条文を組み合わせると解釈すれば、当該条文の意味は定まり、合憲限定解釈が合理的に可能だとする多数意見³¹⁾と、表現の刑罰規制の場面では、必ずしも法律に明るくない一般人が辞書的な率直な解釈をした³²⁾ときに、当該条項から萎縮的效果(Chilling Effect)³³⁾を受けるのであれば、文面違憲もしくは(適用審査の上)法令違憲で臨むべきだとする反対意見³⁴⁾、という対立図式がここには見える。また、両者は、限定解釈しても規制の対象としか言いようのない、規制の核心に該当する行為をした被告人の事案をどう処理するかにつ

いての根深い対立だとも読める³⁵⁾。あるいは、そもそも、善良な市民なら兎も角、暴走族が相手だからとして³⁶⁾、この程度の行為に刑罰権を行使しようとしたこと自体が、過度に広汎な規制と評せるかの問題だとも言えようか³⁷⁾。「暴走族」の定義がそもそも曖昧で困難であるなどから、本条例を曖昧漠然性・明確性の問題を主争点とすることも可能な事案ではなかったか³⁸⁾。そのような事案において、これまでの殆どの事案では「過度に広汎性ゆえ無効の法理」に抵触するとの意見すらなかった最高裁の多数意見や補足意見が、当該法令がその問題を生じないことを縷々説明することになった³⁹⁾のは、偏に、この条例を過度の広汎性故に無効と考えた2裁判官の反対意見の存在によるところが大きかった⁴⁰⁾。その意味では、最高裁の裁判官の人権感覚の変化でもあり、最高裁への憲法理論の浸透を示す判決だったと評せよう。

2 学説再考

既に示唆したように、文面審査としての「過度に広汎性ゆえ無効の法理」が妥当するというのは、「当該法令がたとえ具体的な事件においては合憲的に適用されうる場合であっても、当事者は当該法令が違憲的に適用されうることを根拠に自らへの適用をも排除することができる。つまり、当事者以外の第三者の権利侵害を主張しうる」⁴¹⁾というのが重要な点である。解釈により法文の意味が明確になるとしても、憲法上、それだけでは許されず、「合憲的」な限定解釈でなければならないところ、これができなければ、法文そのものを違憲と言わざるを得ないということだと言えよう⁴²⁾。長谷部恭男は、徳島市公安条例事件を素材に、明確性の原則について、「規定が当然にその存在を前提とし、場合によっては単にその要請を繰り返しているにとどまる社会生活における道徳観念（良識とも言い換えることができる）の要請に照らしたとき、通常の判断能力を有する一般人がどのような判断をするか」が大事であり、「問題となる漠然とした実体法規の適用が、通常の判断能力を有する一般人の良識に照ら

したとき結論の収斂を導かない場合——たとえば、ほぼ同様の比重を持つ異なる道徳原則の深刻な衝突が問題となる場合——には、法令全体として漠然性の瑕疵を帯びるため文面上違憲無効と判断される余地は残る」⁴³⁾と述べているが、これは、「過度の広汎性ゆえ無効の法理」に関しても言えよう。その意味では、一般的な必要最小限度の規制であるとかドイツ的な「過少保護の禁止(Untermaßverbot)」⁴⁴⁾を超えるものが、この法理なのである。

ところで、明確性を欠くことで過度に広汎な規制に陥っている法令がままあると認識され⁴⁵⁾、実際の事例で両法理がよく重なりあう⁴⁶⁾こともあって、「過度に広汎性ゆえ無効の法理」は「曖昧・漠然性ゆえ無効の法理」(明確性の原則)⁴⁷⁾と混同され易い。だが、全く曖昧漠然で射程も不明な法令というわけではない、純粋に過度に広汎なだけの法令には合憲の部分が控えており⁴⁸⁾、解釈技術的には合憲限定解釈も可能であるにも拘らず、文面審査に踏み込むべきであるとされる点において、この法理は「曖昧・漠然性ゆえ無効の法理」とは異なると言えよう。確かに、両者は、求められる判決手法、法的効果という点で違いはない⁴⁹⁾。このため、「過度に広汎な法は不明確でもある」として両者の「重なり」を重視し、両者の区別を重視しない説⁵⁰⁾も確かにあるが、やはり、概念としての違いは重要である⁵¹⁾。用いられている文言は明確でありながら、元々立法者が注意深く禁止・規制の範囲を限定するように努めていなかったために多くの違憲な適用の可能性が生じる場合が、純粋な「過度に広汎性ゆえ無効の法理」と言え、理論的には両者は分離されるべきである⁵²⁾。例えば、「一切の発言はしてはならない」というのは、明確だが明らかに過度に広汎な規制であり、「個人を標的にした虚偽で侮辱的な悪口を言ってはならない」というのは、過度に広汎とは言えないが、曖昧漠然とした規制であると言える。どちらも表現規制として不適切であるが、前者の方が規制範囲も膨大であって事実上の事前抑制に接近しており、規制としての悪質度も高いように思われる。また、規制対象が表現者には事前に不明という意味では、文字通りの萎縮的効果は典型的には後者のものであろう。

さて、「過度に広汎性ゆえ無効の法理」については、アメリカでは適用上審査が原則であったのに、日本では文面上審査が前提とされてきたとの指摘⁵³⁾もある。しかし、そのアメリカで、法令の規制が目的より広汎であるとき、適用審査の下、当該適用のみを違憲とする司法的自己抑制の判断もあったが、法令違憲に踏み込むこともあったのである⁵⁴⁾。これは、1960年代のアメリカ⁵⁵⁾では、修正1条違反で法律を無効にする判決において、殆どのケースで用いられた理論であり⁵⁶⁾、「抑止効果の除去に着目して修正1条を立て直そうとしたウォーレン・コートの判例展開の一環として、過度の広汎性理論は大きな役割を果たすべく再登場」⁵⁷⁾したものであった。全ての、即ち平和的なピケティングまでも禁じるアラバマ州法を無効とした *Thornhill v. Alabama*⁵⁸⁾などで、文面違憲の手法は用いられた。ウォーレン・コートの余熱がまだ続いていた1972年の *Gooding v. Wilson*⁵⁹⁾ は、デモの参加者が警察官に対して町の平和を乱すような暴言を吐いたことが、これを禁じる州法に違反したとして逮捕された事件である。最高裁はここでも、この州法は、過度に広汎な規制であるとして文面違憲と判断したのである。

しかし、バーガー・コート時代以降のアメリカ連邦最高裁は、こういった、過度の広汎性を理由とする法令審査文面違憲には一転して慎重になった。オクラホマ州が一定の公務員に対して政治活動の禁止をしていたが、それが過度に後半ではないかと争われた1973年の *Broadrick v. Oklahoma*⁶⁰⁾ では、「修正1条の領域での伝統的な当事者適格のルールからの我々の逸脱の結果は、係争中の制定法が憲法上保護された表現に対する外見上の脅威や抑止を除去するように限定解釈や一部無効により限定されない場合に限り、いかなる意味での執行が完全に禁止されるというものである」⁶¹⁾と述べ、過度の広汎性の理論を広汎に用いることに抑止的となった。そして、同判決は、「確かにこれは文面上違憲の申立てであるが、修正1条の過度に広汎性ゆえ無効の法理に基づいた文面上違憲の申立ては、『強い劇薬』であり『控えめに最後の手段として』用いなければならないものである」⁶²⁾と述べ、当該法令はそうせねばならないほ

どの過度に広汎なものではないと述べた⁶³⁾のであった。

その後⁶⁴⁾、アメリカ連邦最高裁は、1988年のCity of Lakewood v. Plain Dealer Publishing Co.⁶⁵⁾で、公道上の新聞販売器を設置するのに市長の許可を要求した条例を、内容に基づく際限のない裁量行使を認めるものだとして文面違憲としたが、2003年のVirginia v. Hicks⁶⁶⁾では、正当な用事のない人に通告し、これを無視すれば不法侵入として逮捕する低所得者向け住宅の管理当局の方針は文面違憲とは言えないと判示した。また、1990年のOsborne v. Ohio⁶⁷⁾では、子どもの裸体を含むものの所持を禁じる州法について、一旦有権的に解釈されれば保護された言論が抑圧される危険はなく、文面違憲とする必要はないとして、合憲限定解釈を導いた⁶⁸⁾。この流れに沿ってか、2008年のUnites States v. Williams⁶⁹⁾でも、児童ポルノ規制が過度に広汎もしくは曖昧漠然であるかが争われ、児童たる被写体を欠く非猥褻画像は憲法上保護されるとする、ギンズバーグ判事の同調したスーター判事反対意見があったものの、法廷意見は、同規制を合憲と結論付けたのであった。

アメリカ連邦最高裁は、諸判決が「過度の広汎性の理論」の適用基準を明確化しなかったため、これは「十分に展開された原則ではなく、一つの態度あるいはポリシー」と評され、その無原則性が批判された⁷⁰⁾。広汎過ぎる法令を、その基準毎の基準(ad hoc test)で違憲な適用部分を切り取っていったとしても、そのような審査の積み重ねは常識的な変化要素(variables)を収集するだけであり、広汎過ぎる法の萎縮的效果を治癒できない⁷¹⁾。恣意的な法執行の虞れも大きい⁷²⁾。そして、萎縮的效果など、裁判所の主観的予想の次元を超えていない、との批判もある⁷³⁾。制定法の文面審査による文面上無効を認めれば、立法府との対立を招き易く⁷⁴⁾、具体的適用以前の第三者への仮定的適用⁷⁵⁾は裁判所による仮定的事案に対する裁判所の推測的判断となる危険があり、違憲判決で恩恵を受ける当事者(しばしば、あまり適切でない表現者である)にフリー・ライドの利益を与えるものであり⁷⁶⁾、この理論を適用審査の例外として位置付けるだけの理論的根拠は必要であった⁷⁷⁾。実際に、時代が過ぎると、一旦

確立したかに見られた法理は掘り崩されてしまったのであった。

藤井俊夫は、このような米判例の推移を見極めつつ、合憲性の判定が all or nothing であるような法令では、一度合憲と判断されれば、その後の case by case の切り取りが困難であるので、文面上の審査を受けねばならないのだと述べた⁷⁸⁾。そして、「過度に広汎性の理論というのは、適用上の審査方法を前提としながらも、なお『過度に広汎な』表現規制立法の違憲審査に関しては、裁判所はあえて文面上の審査をすべきであるとする理論なのである」⁷⁹⁾ と言うのである。このことは、法令の規制が多少でも違憲的に広汎であるもの全てが文面違憲となるわけではないことを、示唆するものだと言えよう。

しかし、どの程度広汎であれば文面違憲なのか。藤井は、アメリカでの例を指摘しつつ、「相当数の憲法上許容され得ないような適用を含むのでない限りは、過度の広汎さを理由として無効とされるべきではない」とする⁸⁰⁾。加えて、「問題となっている法律によって影響を及ぼされる範囲内には、」表現権「の諸利益が相当に含まれなければならない」とするのである⁸¹⁾。そして、法文の不可分性も、文面違憲を導く要素であることを示唆するのであった⁸²⁾。

そして、藤井は、当該規制が文面違憲を導くほどの過度に広汎かを判断するのに、どのような「違憲審査基準を採用するかという問題に帰着する」⁸³⁾ と述べ、その判定基準が「明白かつ現在の危険」の原則や LRA の原則である⁸⁴⁾ とした。そして、LRA の基準を「ある法律の立法目的を達成するために、その法律が採用している手段が、」当該憲法上「の権利を広く侵害するといった場合に、それが何らかの考え得る他の規制手段に比して制限的すぎるという形で、その法律の過度の広汎さを宣言する」ときに、「過度の広汎さ」を証明するテストであると述べるのである⁸⁵⁾。右崎正博も、「LRA 基準が最も典型的に妥当すると考えられるのは、過度に広汎な規制が問題となり、権利・自由に対して制約を加える一定の適法な理由が存在」するなどの場合であるとする⁸⁶⁾。そして、芦部信喜も、LRA の基準こそが、「規制手段が広汎であり、裁判所がそういう手段をとる実質的利益がどの程度あるのか種々の要件を衡量して決定

する場合に、通常用いられる基準である。これは、LRA がいわゆる『過度の広汎性』(overbreadth)の理論と結合して適用される基準だということを意味する」と述べている⁸⁷⁾。

しかし、まず、LRAの基準をこのような基準の言い換えとしてよいかは疑問である。既に述べた通りであるが、この基準は、表現を抑止するためのサンクションがその目的を達成するには過剰であることを禁じる基準と考える方が、母法であるアメリカ法(就中、連邦最高裁の判例法理)での経緯、日本での典型判決である猿払事件下級審判決⁸⁸⁾などに適合的である⁸⁹⁾。また、理論的にも、このようなものは、ただ単に過度に広汎性故無効の法理、もしくは厳格審査の下で手段が違憲である場合とごく一般的に整理すれば十分である⁹⁰⁾。少なくとも、規制の程度が過剰である場合に用いられるLRAの基準と、規制の範囲が過度に広汎であるという場合の「過度に広汎な規制」とは異なるものであり⁹¹⁾、前者は文面審査として分類し難いものである。いかなる法令も萎縮的効果を有する中で、立法機関に個別的・具体的な規制を行うように導いて、憲法上保障された活動への障害を最小限度にすることが求められており、当該法令が相当数の憲法上許容され得ないような適用を含むのでない限り、過度の広汎さを理由として無効とされるべきではあるまい(相当な過度の広汎さの準則)⁹²⁾。

更に、日本では、文面審査としての「過度に広汎性ゆえ無効の法理」は、「曖昧・漠然性ゆえ無効の法理」と共に、罪刑法定主義の一翼を担い、これに触れるものは憲法31条違反であるとの理解も強い⁹³⁾。確かに、過度に広汎性ゆえ無効の法理は、刑事法理論として提唱されてきた傾向がある⁹⁴⁾。刑事法学者の門田成人は、罪刑法定主義への「実質化」アプローチ、刑罰法規の適用により処罰範囲の不当な拡大を抑止する必要性から、日本は英米法理論を受入れてきたと言う⁹⁵⁾。そして、日本国憲法31条の要請の一つとして、「処罰の必要不可欠性によって根拠づけうるものではないのに処罰に値しない行為を罰している場合」があり⁹⁶⁾、「それゆえ、この原則による憲法第31条違反が、刑罰法規の文面上無効の判決を要請し、少なくとも当該刑罰法規の事実上の執行停

止を導くとすれば、その影響はきわめて重大となる」と述べる⁹⁷⁾のである。

門田も、そのために研究すべきとする「合衆国連邦最高裁の判例理論である『過度の広汎性の理論』(Overbreadth Doctrine)」が、「実体的デュー・プロセス論とは異なり連邦憲法修正第1条をめぐるものであり、必ずしも刑罰法規に固有の理論ではない」ことを了解⁹⁸⁾しつつ、日本「における刑罰法規適正性の原則がこの『過度の広汎性の理論』を包含するものであること、および、『過度の広汎性の理論』が人権カタログ上最も重要視される人権の一つである表現の自由にかかわる刑罰法規をその対象の中心におくことから、そこにおける慎重な議論はわが国の刑罰法規適正性の原則に一定の示唆を与える」として⁹⁹⁾、米判例の包括的研究に踏み込んでいた。門田は、国民が当該刑罰法規の広汎な禁止命令に従ってしまうこと¹⁰⁰⁾、そして、対象となる法領域の法概念や法原則の複雑さ（による一般国民の理解困難性）、それによって被る刑罰の峻厳性¹⁰¹⁾をこの法規が成立する根拠として挙げている。

だが、刑罰法規の定める法定刑そのものは一般に最大限のものを規定し、個々の犯罪より過剰な刑罰を規定して、これによって威嚇力、つまりは萎縮的效果を与えることは許容されており¹⁰²⁾、殺人犯の全てが死刑にならなくても一般的に殺人罪の法定刑に死刑を置くことが許されているように、過大な規制を法文に残す刑罰法規を萎縮性や威嚇力だけで違憲とする法理はないように思われる。結果、刑罰法規の場合、過剰な部分を切り取る限定解釈を行うことは、制定法の「実質的書き直し」¹⁰³⁾でない限り、許容される¹⁰⁴⁾。アメリカ連邦最高裁もまさにそのような解釈を繰り返しているのである¹⁰⁵⁾。門田は、このことが、連邦最高裁の萎縮的效果論の理論的脆弱さである、と喝破した¹⁰⁶⁾。だからこそ、日本の憲法学の通説的見解は、「過度に広汎性ゆえ無効の法理」を、明確性の原則以上に、表現規制の場面で用いられる強い法理だと理解するのである¹⁰⁷⁾。一面、明確性の原則が、その根拠を異にしつつも、刑事法にも関わる原則である¹⁰⁸⁾のに対し、「過度に広汎性ゆえ無効の法理」は、将来の萎縮的效果¹⁰⁹⁾を媒介として、優越的地位を有する表現規制に特有のものだと言えよ

う¹¹⁰⁾。これに対して、刑罰法規を含め、一般的な人権規制立法が広汎であるときは、手段審査において法令違憲、適用違憲、合憲限定解釈などを行うのみであって、文面審査の可能性はない。およそ過剰な部分が大きい法令に対しても、具体的事件の発生を待ち、これへの適用の中で法令違憲を宣言すれば足りる。この意味で、やはり、「過度に広汎性ゆえ無効の法理」は、広義の刑事手続上の人権の特別則として理解すべきものではなく、表現権抑制の場面の文面審査を導く特殊法理として確認されるべきように思われるのであった。

3 「過度に広汎性ゆえ無効の法理」をどう考えたらよいか

では、「過度に広汎性ゆえ無効の法理」は、どのような場面でどのように用いるべきか。実は、学説もこれを明確にしていないばかりか、そうでない場合との区別があることを十分認識してこなかったように思われる。

人権規制場面で、その憲法判断を行うことに関する一般論を言えば、国権の最高機関たる国会の判断を裁判所は尊重すべきものであり、法律は原則として合憲性の推測を受け、違憲判断はできるだけ回避すべきものであるということになろう¹¹¹⁾。裁判所は、違憲判断においても、まずは、法令違憲より前に適用違憲を考えるべきである¹¹²⁾。だが、他方、国民の重要な権利、特に表現の自由を制限する法令について、裁判所が合憲限定解釈を行うことにはしばしば批判が浴びせられている¹¹³⁾。解釈技術的にはこのようなことは可能であろうが、表現の自由規制の法令に関しては、その優越的地位、特にそれを規制することへの萎縮的効果から、裁判所は、適用違憲などに留まらず、違憲な法令に対しては、これは違憲であると果敢に宣言すべきである¹¹⁴⁾。しかし、判例やこれまでの学説を考察すれば、法令の目的に比して手段が大きい場合は、それが明らかに度外れているときからごく僅かなときまで幅がある。そして、多くの学説が、文面違憲か合憲限定解釈かについては、物理的暴力を抑止する性格の強い集会規制であるため、表現規制の事例より合憲限定解釈が導かれ易

い¹¹⁵⁾であるとか、一般人が法令全体を解釈してその文言を限定するのは通常困難であるなら、合憲限定解釈は回避すべきである¹¹⁶⁾、或いは、法文に可分性がなければ合憲限定解釈はできないので、文面違憲などに踏み込む結果になる¹¹⁷⁾とか、合理的な解釈が一つしかなければ合憲解釈は許されない¹¹⁸⁾、合憲限定解釈の方が議会の自発的改正を促して現実的である¹¹⁹⁾、というような、様々の主張を行ってきたものの、どのような場面で文面違憲とするのか、適用審査法令違憲か、合憲限定解釈でよいかを分けるのかという議論は殆どしていなかったように思われた¹²⁰⁾。まず、この認識は必要である。

芦部説については、アメリカの判例理論に関する解説なのか、日本でもそうすべきという主張なのか、不明であるとの指摘¹²¹⁾もあるが、そもそも、文面違憲のケースと法令違憲のケースをどう峻別するのも明確とは言えない。芦部説に従えば、「精神的自由 (表現の自由)」の「過度広汎規制」は「文面判断のアプローチ」となり¹²²⁾、「具体的事実の利益衡量という要素が原則として入ってこない」、「法律の文面それ自体を審査する」局面¹²³⁾となり、「あらゆる人、あらゆる場合に適用されても違憲となるだろうという、立法府に対し強く改廃を要請する意味を含んだ判決が下される」ことになる¹²⁴⁾。そして、それは「一般的効力と同じような意味をもつ」のである¹²⁵⁾。これに対し、同じ「精神的自由 (表現の自由)」でも「表現内容の規制」¹²⁶⁾であれば、「事実判断のアプローチ」となり¹²⁷⁾、「保障の程度」は文面審査に準じるものとなるのである¹²⁸⁾が、ここでは「原則として立法事実の審査が重視される」¹²⁹⁾ほか、「その種の規制立法の合憲性は厳格に審査される」¹³⁰⁾と言うのである。そして、この場合、立法目的が「『やむにやまれぬ必要不可欠な公共的利益』であること、立法目的達成手段がその公共的利益のみを具体化するように『厳密に定められている』(narrowly tailored) こと」が立法手段に求められるとする¹³¹⁾。後者の手段審査としては、「まず、規制権力 (政府) の側に当該法律は公共的利益を実際に促進させるものであることを最高裁の納得のいくまで証明しなければならない責任があること」が第一で、その際には、「当該法律が過大規制でないこと、すな

わち、公共的利益と深く結びついていないような相当量の言論まで制約するものでないこと」と、かつ、「過少規制でもないこと、すなわち、制約される言論と同じ程度に公共的利益を害するような相当量の言論を規制しないままにしておくようなものでないこと」が「必要であり、特に、「規制手段が言論に対して『最も制限的でない他の選びうる手段』(least restrictive alternative)であること」が大事であると述べている¹³²⁾。目的より広い手段が立法に組み込まれているとき、この判断手法もまたあり得ることになる。

芦部説は、憲法学説の多くに影響を及ぼし、基本的に以上の説明から大きく外れる有力説はないと言ってよいように思われる。だが、このことをもって説の正しさを是認すべきというものでもない。通常目的・手段審査の下で手段が必要最小限ではないということと、「過度に広汎な規制」の法理に抵触することとの違いは、理論的にある。前者は、通常の、法令審査一般になされ得る適用審査法令違憲であり、後者は表現規制立法であるが故に施される特例的な文面審査文面(法令)違憲であり、第三者に効果が及ぶ¹³³⁾という点で大いに異なるからである。更に、後者では、国会に適切な立法を、白紙状態から再生する努力を求める点で、前者とは異なる印象もある¹³⁴⁾。国会に慎重な起草を求めるという事前予防的効果もある¹³⁵⁾。その中で、時國康夫判事は、当該法律の性格が検閲法なのか抑圧法なのか、禁圧効が「現実的且つ実質的」であるとしても、これを消除する限定解釈が可能なのかも考慮して、文面違憲とまで言えるかを決すべしとする¹³⁶⁾が、この点に踏み込んだ説はこれ以外、殆ど見当たらない。多くの学説は、やはり、事後的な法改正によっては救済の限界がある場合¹³⁷⁾に、本来あるべき規制範囲を超えて法令の規制が及んでいる場合に、適用審査法令違憲という意味での目的・手段審査のうち的手段審査において、必要最小限度の手段とは言えないため違憲となるものとは別に、文面違憲となる場合とは何か¹³⁸⁾、即ち、過度に広汎性を理由に文面違憲にはならないが、通常の厳格審査の下、必要最小限の規制ではないとして法令違憲となるケースの議論を欠いており、議論を具体化してこなかった¹³⁹⁾ようである。

ただ、実際問題として、法令が不明確な場合の決め手として文面審査は主張され得るが、過度の広汎性があるということがどれほど有効なことなのかについては、疑念がある¹⁴⁰⁾。適用審査法令違憲が容易に用いられれば、あえて文面審査としての「過度に広汎性ゆえ無効の法理」を振り回さずとも、当該当事者は救済できるとも言えるし、日本では、裁判所が「文面審査が広く行われているので、表現の自由につき特別に文面審査を導く理論であるこの法理の意義はあまりない」¹⁴¹⁾のかもしれない。ただ、広汎な立法があった場合、具体的な言論が規制の広汎過ぎ、保護されるべきものであったときと、規制されてもやむを得ない部分であったときがある¹⁴²⁾。もし、後者を一切保護しないのであれば、これを理由とする文面違憲の意味はなくなるものであるから、文面審査を施すとは、規制されてもやむを得ないほどの言論でも、第三者である今後の表現者のために、その言論をした者を保護することである¹⁴³⁾。その意味で、文面審査には、表現に対する萎縮効果を根絶やしにする大いなる意味があり、その活用の場面を消し去る必要もなく、また、適用審査法令違憲との径庭を一気に無にする必要もなかろう。表現に対する規制が広汎な法令はおよそ文面違憲と断ずればよかったのだ、という見解もあろうが、この見解では、通常の厳格審査法令違憲の局面が理論的に消滅してしまうほか、僅かに過剰な規制であっても文面違憲とするのは、立法府にあまりに困難な要求をするものであって、非現実的であるとの批判を免れまい¹⁴⁴⁾。文面違憲は表現の自由の優越的地位から生じる特殊法理であるが、適用審査法令違憲は、「人権相互間の矛盾・衝突を調整する原理」である「公共の福祉の具体的適用は、人権の種類によって、いろいろとちがいうる」¹⁴⁵⁾ところ、これを厳格に整理したものであり、同じと言うことはできないのである。

一般に、法令の目的と手段が不一致な場合、文面違憲、適用審査法令違憲が、法文の区別が可能であれば合憲限定解釈があり得、最も軽度のケースでは適用審査適用違憲というのが、憲法判断の強い順となる。そして、文面違憲が付随的違憲審査制の下、例外的な判断方法であり、特に抑止効果を問題にするため

に登場するのであれば、表現規制の場面で、事後的な救済が困難であって、その発生を防止せねばならない場合に限定すべきである¹⁴⁶⁾。この理論を人権一般に適用しようとする見解も散見される¹⁴⁷⁾が、一般的に人権の制限が必要最小限でなければならないという原則と、それを侵せば、即ち、目的を僅かに超えた手段を有する法令が直ちに文面違憲であるということとの間には乖離があると言わねばなるまい。中間審査以下しか妥当し得ない経済的自由規制の領域などでは、目的・手段審査が妥当し、過度な規制を予定している法令の下であれば、適用審査が原則¹⁴⁸⁾の筈であるので、文面審査に一本化するなどは論外である¹⁴⁹⁾。やはり、優越的地位を有する表現の自由の文脈でのみ、文面審査が妥当すると解するべきであり¹⁵⁰⁾、逆に、そういった場面では憲法に対して過剰に適合的な解釈を法文に加える限定解釈は厳に回避すべきである¹⁵¹⁾。「公正な告知」に合致すべく予見可能性を要求すれば、限定解釈に対する疑問は深まる¹⁵²⁾のであり、萎縮的效果を考慮せねばならない表現権規制の場面では、これと適用違憲は、寧ろごく例外的な事例でしか用いられるべきでない判断方法であると言えよう。これに対して、経済的自由などでは、適用審査適用違憲から検討され、適用が普く違憲であるときに法令違憲とするのが限度であると区別して考えられるべきであろう¹⁵³⁾。

では、表現の自由を規制する手段が広汎であるときに推奨される判断方法である、残る2者をどのように使い分けるのか。強いて言えば、「過度に広汎性故無効の法理」は、一見明らかに規制が広汎であり、曖昧漠然性を理由として無効とされる法令のレベルに達している場合にのみ、用いられるべき、ということになるであろうか。付随的違憲審査制の原則からして、立法事実の検証抜き¹⁵⁴⁾の文面審査を主張できる場面は限定されるべきである¹⁵⁵⁾し、また、この法理は乱発したり立法者に過剰な要求をしたりすれば実効性が失われる¹⁵⁶⁾であるとか、可能な限り、議会との軋轢は小さくすべきだ¹⁵⁷⁾との指摘もある。区別なく用いられてきた感はあるが、文面違憲になる場合とは、表現権の規制であって、法文の規制する範囲の限度が不明なほどのときである。そう考える

と、広島市暴走族追放条例事件の藤田反対意見などが示唆するように、当該条例の文言を素直に読んだとき、月光仮面のコスプレ集団や、屋台に集う風邪ひきの人々、敬虔なイスラム教徒の女性たちの集会など、どこまでも規制が可能に読めれば、これを文面違憲と考えることは吝かではない。文面違憲になるほど法文が「あまりに」¹⁵⁸⁾過度に広汎なときは、立法目的が何であるかわからないほど広汎であろうから、実態としては明確性も欠くであろう。同事件では、「暴走族」という文言はおよそ不明確であるから、当該事件を明確性の原則の問題とした上告趣意書が、具体的事例を考えると明確性の原則と区別がないとしたことには首肯できる面があるのである。条例の文言からは、規制が「暴走族」に限定されているわけではなかった。このように禁止と許容の境界線が明快ではなく、その限界線が果てしなく広いときには、裁判所は、文面違憲とすることを躊躇すべきではないのである。しかし、他方、この判断手法を全ての表現規制法規に一般化することも過剰である。もし、法令の問題点がそこまでではなく、立法技術の未熟さ程度の瑕疵に過ぎなければ、具体的事件の解決を目的とする司法権の作用たる付随的違憲審査制の下、適用審査法令違憲で臨み、具体的な立法事実の審査、具体的適用場面の審査を経て、当該被告人を救済する手法が選択されるべきであろう。

おわりに

文面違憲における「過度に広汎性ゆえ無効の法理」の活用場面を限定しつつ、使うべきときは敢然と使い、適用審査法令違憲を一般的に用いるべきだとするのが、表現権を規制する法令に対する本稿の総論的な結論と言えよう。ただ、そうは言うものの、「具体的事件について2つを区別することは容易ではない」¹⁵⁹⁾かもしれない。その区別は難しく、実際に、「民主政治の過程が機能不全に陥る危険が高い」¹⁶⁰⁾として文面違憲になるケースと、適用審査法令違憲となるケースとの区別は難しい。しかし、この区別を踏まえなければ、およ

そ文面違憲の余地をなくすか、ごく僅かに広汎性を伴う法令を常に文面違憲とするかに陥る。実践的にも無理がある。以上の区別を踏まえ、これらを用いる場面のより具体化を検討することが、憲法学の今後の課題であろう。

- 1) 藤井俊夫「過度の広汎性の理論および明確性の理論」芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』347頁（有斐閣、1987）。大須賀明ほか編『三省堂憲法辞典』54頁（三省堂、2001）[大須賀]もほぼ同じ。
- 2) 時國康夫『憲法訴訟とその判断の方法』113-114頁（第一法規、1996）。
- 3) 戦後のこのような表現規制立法については、小林孝輔「表現の自由に関する立法および判例の傾向」清宮四郎=佐藤功編『憲法講座2』164頁（有斐閣、1963）など参照。表現の自由の価値論については、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会、1988）など参照。
- 4) 樋口陽一『憲法』〔第3版〕232頁（創文社、2007）。
- 5) 門田成人「過度に広汎な刑罰法規と萎縮的效果について（1）」島大法学37巻2号93頁、103頁（1993）。
- 6) 藤井前掲註1）論文349頁。同論文は、これを「適用の可分性の問題」と整理する。これ以外に、被告人が同様の条項の違憲性を主張する「条項の可分性の問題」、裁判で第三者の権利を援用しつつ、問題の規定の違憲性を主張する「第三者の権利の主張の問題」があるという。同論文同頁。榎原猛ほか編『新版基礎憲法』94頁（法律文化社、1999）[君塚正臣]同旨。
- 7) 藤井俊夫『憲法訴訟の基礎理論』5-6頁（成文堂、1981）。
- 8) 佐藤幸治『日本国憲法論』260頁（成文堂、2011）同旨。同じく法令の核心を侵す者でも、曖昧漠然な法令のときは文面上無効という争いができない、と述べる。
- 9) 戸松秀典『憲法訴訟』〔第2版〕93-94頁（有斐閣、2008）。
- 10) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』243-244頁（有斐閣、1994）。「判例法理として確立した、とまで言うことはできない状態にある」。
- 11) 東京高判昭和54年3月20日高刑集32巻1号71頁。
- 12) 東京高判昭和57年1月25日東高時報33巻1号1頁。
- 13) 最大判昭和35年7月20日刑集14巻9号1243頁。この判決で、藤田八郎判事反対意見は、「許可制でありながら、これを届出制と同視し得るとするがためには、少なくともこの種の規定の存在は、最小限度に必要と解すべきである」と判示したほか、垂水克己判事反

対意見も、東京都公安「条例1条のうち集団示威運動のみに関する「場所のいかんを問わず」の文言を削り、かつ、新潟県条例4条のような『申請を受理した公安委員会が当該行列行進、集団示威運動開始日時の24時間前迄に条件を附し又は許可を与えない旨の意思表示をしない時は許可のあつたものとして行動することができる。』旨の規定を設けないかぎり、本条例中集団示威運動を許可制とし、無許可又は許可条件違反の集団示威運動の指導者等を処罰する規定は憲法21条1項に違反する」などと述べて、基本的には届出制でなければ違憲である旨を述べたが、少数意見に留まった。本件評釈としては、兼子仁「判批」法律時報32巻11号142頁(1960)、佐藤功「判批」判例時報229号4頁(1960)、杉村敏正「判批」法学論叢67巻5号95頁(1960)、和田英夫「判批」我妻榮編集代表『憲法判例百選』46頁(1963)、隅野隆徳「判批」法学セミナー255号74頁(1976)、深瀬忠一「判批」雄川一郎編『行政判例百選I』112頁(有斐閣、1979)、阿部照哉「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選I』〔第3版〕162頁(有斐閣、1994)、江橋崇「判批」樋口陽一=野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕75頁(有斐閣、1996)、植村勝慶「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選I』〔第5版〕180頁(有斐閣、2007)などがある。なお、原審(東京地判昭和34年8月8日裁時286号6頁)は、条例違反については無罪判決である。

- 14) 最大判昭和29年11月24日刑集8巻11号1866頁。本件評釈としては、橋本公亘「判批」我妻榮編『判例百選』〔第2版〕22頁(有斐閣、1965)、菊井康郎「判批」成田頼明=磯部力編『地方自治判例百選』〔第2版〕50頁(有斐閣、1993)、植村勝慶「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I』〔第6版〕184頁(有斐閣、2013)などがある。なお、泉佐野市民会館事件(最大判平成7年3月7日民集49巻3号687頁)において、『公の秩序をみだすおそれがある場合』を本件会館の使用を許可してはならない事由として規定しているが、同号は、広義の表現を採っているとはいえ、右のような趣旨からして、本件会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本件会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべきであり、その危険性の程度としては、前記各大法廷判決の趣旨によれば、単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解するのが相当である」とする根拠として、この判決が引用されている。本件評釈としては、川岸令和「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I』〔第6版〕182頁(有斐閣、2013)などがある。
- 15) これについては、君塚正臣「合憲限定解釈の再検討—労働基本権を制約する最高裁判決を素材に」帝塚山法学11号35頁(2006)など参照。なお、基本的な考え方は、同「付随的違憲審査制の活性化に向けて」関大法学論集52巻6号81頁(2003)にある。
- 16) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。本件評釈としては、田宮裕「判批」

判例タイムズ243号14頁(1970)、戒能通孝「判批」法学セミナー169号2頁(1970)、鴨野幸雄「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第5版〕180頁(有斐閣、2007)、實原隆志「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕40頁(有斐閣、2013)などがある。

- 17) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁。本件評釈としては、古川純「判批」法学セミナー245号4頁(1975)、河上和雄「判批」法律のひろば28巻12号21頁(1975)、石村善治「判批」ジュリスト臨時増刊『昭和50年度重要判例解説』9頁(1976)、曾根威彦「判批」判例タイムズ330号2頁(1976)、木村草太「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕186頁(有斐閣、2013)などがある。
- 18) 最判平成4年7月1日刑集46巻5号437頁。本件評釈については、熊本信夫「判批」ジュリスト臨時増刊『平成4年度重要判例解説』51頁(1993)、手島孝「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅱ』〔第3版〕240頁(有斐閣、1994)、木佐茂男「判批」『行政判例百選Ⅰ』〔第6版〕250頁(有斐閣、2012)、宮地基「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕250頁(有斐閣、2013)などがある。
- 19) 最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁。本件評釈としては、岩崎邦生「判批」ジュリスト1458号72頁(2013)、木村草太「判批」法律時報85巻2号74頁(2013)、蟻川恒正「判批」法学セミナー697号26頁(2013)、三宅裕一郎「判批」同698号130頁(2013)、木下智史「判批」法学セミナー増刊『新・判例解説 Watch』13号13頁(2013)、長谷部恭男「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕32頁(有斐閣、2013)、宍戸常寿「判批」ジュリスト臨時増刊1466号『平成25年度重要判例解説』23頁(2014)、薄井一成「判批」同60頁、松原芳博「判批」同161頁、工藤達朗「判批」法学教室401号別冊附録『判例セレクト2013-1』5頁(2014)などがある。
- 20) 最判平成24年12月7日刑集66巻12号1722頁。本件評釈については、多くは前註19)引用のものを参照。
- 21) 最判平成元年9月19日刑集43巻8号785頁。本件評釈については、小林節「判批」ジュリスト臨時増刊『平成元年度重要判例解説』25頁(1990)、戸松秀典「判批」判例タイムズ717号40頁(1990)、高見勝利「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第5版〕114頁(有斐閣、2007)、松井茂記「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕118頁(有斐閣、2013)などがある。
- 22) 最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁。本件評釈については、米沢広一「判批」ジュリスト臨時増刊『昭和60年度重要判例解説』8頁(1986)、矢島基美「判批」上智法学論集29巻1号243頁(1986)、萩原滋「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ』〔第6版〕6頁(有斐閣、2008)、駒村圭吾「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕246頁(有斐閣、2013)、宍戸常寿「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』〔第

4版〕51頁（有斐閣、2013）などがある。

- 23) 最大判昭和59年12月12日刑集38巻12号1308頁。本件評釈については、高橋和之「判批」判例評論321号28頁（1985）、阪本昌成「判批」ジュリスト臨時増刊『昭和59年度重要判例解説』18頁（1985）、同「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』（第6版）156頁（有斐閣、2013）、石村善治「判批」伊藤正己＝堀部政男編『マスコミ判例百選』（第2版）26頁（有斐閣、1985）、隅野隆徳「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ』（第2版）114頁（有斐閣、1994）、大沢秀介「判批」堀部政男＝長谷部恭男編『メディア判例百選』124頁（有斐閣、2005）、川内焔「判批」『行政判例百選Ⅱ』（第6版）344頁（有斐閣、2012）などがある。
- 24) 一連の家永教科書裁判においても、最高裁は、教科書検定制度を事前抑制と認識したかも不明であり、かつ、教科書の例外性を強調して、およそ違憲の判断に至らなかったのは疑問である。君塚正臣「判批」東海大学文明研究所紀要15号95頁（1995）。
- 25) 最判平成19年9月18日刑集61巻6号601頁。本件評釈としては、門田孝「判批」法律時報79巻13号1頁（2007）、羽根一成「判批」地方自治職員研修40巻12号73頁（2007）、前田巖「判批」ジュリスト1350号84頁（2008）、同「判批」法曹時報62巻10号170頁（2010）、巻美矢紀「判批」ジュリスト臨時増刊『平成19年度重要判例解説』16頁（2008）、曾我部真裕「判批」法学教室330号別冊附録『判例セレクト2007』7頁（2008）、井上禎男「判批」法学セミナー637号112頁（2008）、豊田兼彦「判批」同115頁、田中祥貴「判批」法学セミナー増刊『速報判例解説』2号15頁（2008）、山田健吾「判批」同65頁、渡邊一弘「判批」首都大法学会雑誌49巻1号431頁（2008）、渋谷秀樹「判批」立教法務研究1号169頁（2008）、飯田稔「判批」亜細亞法學43巻1号119頁（2008）、宿谷晃弘「判批」法律時報81巻3号121頁（2009）、曾根威彦「判批」判例評論604号34頁（2009）、船山泰範＝山本善貴「判批」日本法學76巻3号137頁（2010）、内野廣大「判批」法学論叢172巻1号107頁（2012）、西村裕一「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』（第6版）189頁（有斐閣、2013）、長谷部恭男「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』（第4版）46頁（有斐閣、2013）などがある。本件に関して、渡辺康行「憲法訴訟の現状—『ピアノ判決』と『暴走族判決』を素材として』九大法政研究76巻1=2号33頁（2009）も参照。
- 26) 国家公務員法102条は、公務員によるほぼ全ての政治的行為を禁じており、過度に広汎な規制である疑いが濃い。松井茂記『日本国憲法』（第3版）450-451頁（有斐閣、2007）、佐藤前掲註8）書260頁。だが、猿払事件最高裁判決（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁）もこのような点に言及せず、過度に広汎性を最高裁はおよそ問題にしてこなかった。このような点もあってか、税関検査判決の流れにあるものとして論じるより、この判決が前註18)の成田新法事件判決を援用している点に注目すべき

- だとする見解がある。内野前掲註 25) 評釈 109 頁。また、原審が引用した泉佐野市民会館事件を引用していないことを批判する見解もある。巻前掲註 25) 評釈 17 頁。
- 27) 田中前掲註 25) 評釈 17 頁。曾根前掲註 25) 評釈 35 頁も、本判決の評釈に当たって、『『明確性（不明確故に無効）の理論』に対する考察も避けて通ることはできない』と述べている。
 - 28) 渡辺康行「集会の自由の制約と合憲限定解釈」九大法政研究 75 巻 2 号 159 頁、171 頁 (2008)。
 - 29) そもそも暴走族の集会や暴走族の結成が、憲法 21 条の保障する集会結社の自由の保護対象・保護範囲かという問題もある。門田前掲註 25) 評釈 3 頁はこれを肯定するが、不特定多数にメッセージを与え、主張を行うものが、憲法 21 条の表現の自由の延長にある集会結社であるとするれば、内向きの集会は寧ろ憲法 13 条で保障されると解することも可能である。結社の自由に関する、松井前掲註 26) 書 488-489 頁参照。但し、本条例は一般に集会を、周辺住民や公園利用者との関係で規制しているものであり、そのメッセージ性を認識したものと言え、判決や多くの学説が本条例の規制を憲法 21 条の問題と規定したことは首肯できよう。
 - 30) この時期の、形式的には判例変更ではないが「事実の区別」による実質的な判例変更をした最高裁の判断、もしくはこれらを求める少数意見として、藤田裁判官の意見は興味深い。これについては、藤田宙靖『最高裁回想録—学者判事の七年半』(有斐閣、2012)、同「最高裁判例とは何か」横浜法学 22 巻 3 号 287 頁 (2014) など参照。
 - 31) 豊田前掲註 25) 評釈 115 頁の述べるように、言葉の定義規定があるときに合憲限定解釈をする意味があるのか、との疑問がある。もし、定義規定が十分であれば、明確性も担保されるのが通常であろうし、過度の広汎性があるかは、定義規定によって判断できよう。
 - 32) 田宮裕「刑法解釈の方法と限界」内藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』33 頁、62 頁 (有斐閣、1990) 参照。
 - 33) 曾根前掲註 25) 評釈 36 頁は、本条例の「顔面の全面もしくは一部を覆い隠す」行為が、「暴走族等との直接の結びつきを認めることは困難である」と指摘する。
 - 34) 田中前掲註 25) 評釈 18 頁は、本規制は「暴走族」を規制対象としており、表現内容規制であり、厳格審査によるべきであると指摘し、反対意見に傾斜している。関連して、山田前掲註 25) 評釈 67 頁は、第 1 審と原審がこれを内容中立規制であると指摘したのに、最高裁がこの点に言及していないことを指摘する。
 - 35) 新正幸『憲法訴訟論』〔第 2 版〕419 頁 (信山社、2010)。堀籠補足意見は、無罪判決が「国民の視点に立つと、どのように映るのであろうか」と述べ、反対意見を論難した。
 - 36) 松原芳博「罪刑法定主義と刑法解釈」曾根威彦=松原編『重点課題 刑法総論』18 頁、

20頁(成文堂、2008)同旨。

- 37) 曾根前掲註25) 評釈38頁。付言すれば、しかも自由刑含みである。
- 38) 君塚正臣「演習・憲法」法学教室405号136頁、137頁(2014)。辻村みよ子『憲法』〔第4版〕214頁(日本評論社、2012)は、「広島市暴走族条例事件などで法文の不明確性が争われた」とする。
- 39) 西村前掲註25) 評釈の表題も「条例の広範性」である。
- 40) 渡辺前掲註28) 論文184頁も、反対意見の方が適切であったと評する。多くの評釈もその傾向である。
- 41) 長谷部恭男『憲法』〔第5版〕196頁(新世社、2011)。高橋和之『憲法判断の方法』35-36頁(有斐閣、1995)同旨。
- 42) 田宮前掲註32) 論文60-61頁同旨か。
- 43) 長谷部恭男「漠然性の故に有効」高橋和之古稀記念『現代立憲主義の諸相上』443頁、461頁(有斐閣、2013)。
- 44) 樋口陽一『国法学』112頁(有斐閣、2004)など参照。
- 45) 長岡龍一「過度の広汎性論・不明確による無効論と罪刑法定主義」東北学院大学論集法律学篇53=54号1頁、12頁(1999)も指摘する。
- 46) 芦部信喜『憲法学Ⅲ』〔増補版〕389頁(有斐閣、2000)。大沢秀介『憲法入門』〔第3版〕140頁(成文堂、2003)には、「明確性の原則は、アメリカでいう漠然性の故に無効の法理と過度の広汎性の故に無効の2つを内包する」との表現もある。戸波江二『憲法』〔新版〕236頁(ぎょうせい、1998)、古野豊秋編『新・スタンダード憲法』102頁(尚学社、2003)〔有澤知子〕、川又伸彦『マスター憲法』113頁(立花書房、2009)、大日方信春『憲法Ⅱ』152頁(有信堂、2014)、高橋前掲註41)書124頁同旨。
- 47) 詳細は、君塚正臣「明確性の原則」戸松秀典=野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』324頁(有斐閣、2012)など参照。関連して、同「判批」阪大法学41巻4号501頁、511頁以下(1992)も参照。
- 48) 門田成人「過度に広汎な刑罰法規の救済方法とその限界について(2・完)」島大法学36巻2号131頁、145頁(1992)。
- 49) 戸松前掲註9)書329頁。樋口陽一=栗城壽夫『憲法と裁判』293頁(法律文化社、1988)〔栗城〕同旨。
- 50) 青井美帆「過度広汎性・明確性の理論と合憲限定解釈」論究ジュリスト創刊号90頁(2012)。
- 51) 新前掲註35)書398頁も「概念的に区別しなければならない」とする。浦部法穂ほか『現代憲法講義1〔講義編〕』162頁(法律文化社、2002)〔大久保史郎〕も、このような区別

を行う。

- 52) 実際、Parker v. Levy, 417 U.S. 733 (1974) は両者を分離する。毛利透『表現の自由』213頁（岩波書店、2008）参照。小山剛『「憲法上の権利」の作法』〔新版〕57頁（尚学社、2011）、藤井前掲註1）論文350頁、田宮前掲註32）論文57頁。なお、芦部前掲註46）書393頁は、こういった峻別に関して、「漠然性が争われる法令については、表現の自由に対する萎縮的效果の根拠をもち出して、第三者の権利侵害を理由とする法令自体の違憲無効を主張することはできない、しかし過度広汎性が争われる法令についてはそれができる、という趣旨のものだとすれば、」アメリカの「判例理論を割り切りすぎる観があるのみならず、この立場は帰するところ、過度広汎性についても、第三者の権利侵害の可能性を理由に表現の自由に対する萎縮的效果を主要する文面判断のアプローチは認められないという結論につながらないと、首尾一貫しないのではないかと思われる。しかし」アメリカの「判例はそのように考えていない」と注意を喚起するが、萎縮的效果はむしろ曖昧・漠然な法文にこそ存在しまいか。
- 53) 藤井前掲註1）論文352頁。
- 54) 藤井前掲註7）書4-5頁。
- 55) 以下、宮原均「オーバードレス（overbreadth）理論の新展開」法学新報93巻3=4=5号77頁（1986）、門田成人「過度に広汎な刑罰法規と萎縮的效果について（2・完）」島大法学37巻3号97頁（1993）、樋口範雄『アメリカ憲法』334-336頁（弘文堂、2011）、松井茂記『アメリカ憲法入門』〔第7版〕242-243頁（有斐閣、2012）、毛利前掲註52）書105頁以下、時國前掲註2）書117頁以下及び135頁以下、芦部前掲註46）書395頁以下など参照。
- 56) 藤井前掲註7）書2頁。
- 57) 毛利前掲註52）書120頁。同書121頁は、「当時の判例が抑止効果論を柔軟に用いており、過度の広汎性理論はその一環として使われていたことがよく読みとれる」とも述べている。
- 58) 310 U.S. 88 (1940).
- 59) 405 U.S.518 (1972).
- 60) 413 U.S. 601 (1973).
- 61) *Id.* at 613.
- 62) *Ibid.*
- 63) *Id.* at 615-16.
- 64) この時期の米判例動向については、門田成人「過度に広汎な刑罰法規の救済方法とその

- 限界について(1)」島大法学36巻1号57頁(1992)、門田前掲註5)論文105-106頁参照。
See, *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); *Massachusetts v. Oakes*, 491 U.S. 576 (1989); *Forsyth County, Ga. v. Nationalist Movement*, 505 U.S. 123 (1992).
- 65) 486 U.S. 750 (1988). 本件に関して、岩倉秀樹「アメリカにおける新聞自動販売機の規制と表現の自由(1、2・完)」*広島法学*16巻4号195頁、17巻1号283頁(1993)も参照。
- 66) 539 U.S. 113 (2003).
- 67) 495 U.S. 103 (1990). 本件評釈としては、武田誠「米判批」*アメリカ法*[1992]121頁、矢口俊昭「米判批」*ジュリスト*1019号161頁(1993)などがある。門田前掲註64)論文70頁以下も参照。
- 68) しかし、*Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002)では、バーチャル児童ポルノ規制が過度に広汎な規制であるとして違憲とされている。加藤隆之「児童ポルノ法理の新展開」*法学新報*111巻1=2号215頁(2004)、尾島明「児童ポルノの規制と表現の自由」藤倉皓一郎=小杉丈夫編『衆議のかたち—アメリカ連邦最高裁判所判例研究(1993~2005)』37頁(東京大学出版会、2007)、大林啓吾「表現の自由とバーチャル児童ポルノ規制」大沢秀介=大林編『アメリカ憲法判例の物語』89頁(成文堂、2014)も参照。
- 69) 553 U.S. 285 (2008). 本件評釈としては、永井善之「米判批」*アメリカ法*[2009]159頁などがある。加藤隆之「アメリカ合衆国における児童ポルノ規制の新たな取組み」*亜細亜法学*45巻2号33頁(2011)も参照。
- 70) Note, *Overbreadth Review and the Burger Court*, 49 N.Y. U. L. REV. 532, 533 (1974). 門田前掲註5)論文96-97頁参照。
- 71) 門田前掲註5)論文114-115頁参照。
- 72) 藤井前掲註7)書6-7頁。
- 73) 門田前掲註48)論文138頁。
- 74) アメリカの場合、州法を文面違憲とすれば、連邦と州の軋轢を産むという問題もある。門田同上137頁。時國前掲註2)書141頁以下も参照。この点、日本の場合も、法律と条例は同じように扱ってよいのかという問題があるとの指摘もある。飯田前掲註25)評釈135頁。これに対し、青井美帆「憲法総論・統治機構論」南野森編『*憲法学の世界*』86頁、101頁(日本評論社、2013)は、このような形式を違憲とする判決が「問題を立法機関に投げ返して、基本的人権の保障(憲法解釈)をめぐる立法府と司法府との対話をもたらすかもしれない」と述べる。
- 75) 樋口前掲註55)書335頁。
- 76) 同上同頁。但し、この文の括弧内は樋口の主張ではない。

- 77) 門田前掲註5) 論文97頁参照。
- 78) 藤井前掲註7) 書7頁。
- 79) 藤井前掲註1) 論文352頁。
- 80) 藤井前掲註7) 書16頁。
- 81) 同上同頁。
- 82) 同上32頁以下。
- 83) 藤井前掲註1) 論文361頁。
- 84) 同上360頁。このことは、同『憲法訴訟と違憲審査基準』40頁以下(成文堂、1985)でも明らかである。
- 85) 藤井前掲註7) 書19-20頁。
- 86) 右崎正博『『より制限的でない他の選びうる手段』の基準』芦部編前掲註1) 書197頁、231頁。
- 87) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』213頁(有斐閣、1981)。
- 88) 旭川地判昭和43年3月25日下刑集10巻3号293頁、札幌高判昭和44年6月24日判時560号30頁。
- 89) 君塚正臣「LRAの基準」横浜国際経済法学19巻3号103頁、108頁(2011)。
- 90) 同上124頁。同論文109頁以下が示すように、日本でのその紹介は、当初、厳格度の高い審査と強く結び付き、表現に対するサンクションを最小限にする意味でなされたし、そのようにすべきである。
- 91) しかし、野中俊彦ほか『憲法I』〔第5版〕363頁(有斐閣、2012)〔中村睦男〕は、「違憲審査基準」として、「事前抑制禁止の理論」などと並んで、『より制限的でない他の選びうる手段』の基準を挙げながら、「過度に広汎性故無効の法理」を挙げていない。上田章=浅野一郎『憲法』493-494頁(ぎょうせい、1993)〔浅野〕、中谷実編『ハイブリッド憲法』157頁(勁草書房、1995)〔長尾英彦〕、佐藤功『日本国憲法概説』〔全訂第5版〕227頁(学陽書房、1996)、畑博行『憲法II』92-93頁(有信堂高文社、1998)も同様。
- 92) 藤井前掲註7) 書6頁。
- 93) 青井前掲註50) 論文90頁。本論文が根拠として引用するのは、芝原邦爾『刑法の社会的機能』147頁以下(有斐閣、1973)、曾根威彦『罪刑法定主義と刑法の解釈』西田典之ほか編『刑法の争点』4頁(有斐閣、2007)などである。また、憲法学者の著作物でも、類似の主張は多い。渋谷秀樹『憲法』〔第2版〕702頁(有斐閣、2013)は、「過度の広汎性」の主張について、「憲法36条または31条から導き出される刑罰謙抑主義に反する法令排除の主張」だと説明する。同702-703頁では、曖昧漠然性についても類似の説明を行っ

ている。大石真『憲法Ⅱ』〔第2版〕98頁（有斐閣、2012）は、「明確性の原理」を専ら「人身の自由」の問題と解している。吉田善明『日本国憲法論』〔第3版〕363頁（三省堂、2003）は、「過度の広汎性ゆえ無効の法理」を特に取り上げない一方、これを「LRAの原則」と解しているようである。圓谷勝男『日本国憲法概説』148頁（高文堂、1990）、長尾一紘『日本国憲法概説』〔第3版〕232頁（世界思想社、1997）、初宿正典『憲法2』〔第3版〕272頁（成文堂、2010）も同様の混同をしている。

- 94) このことは、日本国憲法が多くの刑事手続規定を有し、また、その厳密な運用に深い関心を有し、そのように解されるべきこととも関係があろう。君塚正臣「日本国憲法31条の射程について」横浜国際経済法学13巻2号31頁（2005）、君塚前掲註89）論文125頁参照。
- 95) 門田前掲註5）論文94頁。
- 96) 同上95頁。
- 97) 同上同頁。
- 98) 同上96頁。同論文98頁は、重ねて、「連邦最高裁における『過度の広汎性の理論』は、修正第1条を規制する刑罰法規にのみ、その特徴たる文面上違憲無効の判決が認められる」点を念押ししている。
- 99) 同上96頁。
- 100) 同上108頁。
- 101) 同上109頁。
- 102) 勿論、犯罪と不均衡な法定刑は憲法違反である。田宮前掲註32）論文55頁は、尊属殺重罰規定違憲判決（最大判昭和48年4月4日刑集29巻3号265頁）は、「憲法14条違反で処理されたが、実質はいわば右の罪刑均衡論に他ならない」と述べる。君塚正臣「演習・憲法」法学教室409号142頁、143頁（2014）も参照。
- 103) 門田前掲註55）論文103頁。
- 104) この点、船山＝山本前掲註25）評釈150頁は、広島市暴走族追放条例事件最高裁判決が、「暴走族」ではない集団を規制対象に含めて考えることは裁判所による法文の「書き換え」であると指摘する。であるとすれば、合理的な立法者を想定し、その理解に基づき、広汎な文言を限定解釈することはおよそ適切であることになろう。これには、そうであれば、文面違憲となるような法令がどれほどあるのか、あまりにも立法者サイドに加担した解釈なのではないか、などの疑問がある。
- 105) 門田前掲註55）論文98頁。
- 106) 同上116頁。

- 107) 例えば、芦部前掲註 46) 書 388 頁以下など参照。
- 108) 門田前掲註 5) 論文 108 頁が述べるように、刑事法には、刑罰の威嚇による犯罪抑止効果が自ずと存在する。これは、「明確な文言により犯罪類型を特定し適正な処罰範囲を規定することで、一般国民に禁止行為を明確に伝達し、自己の行為の予測可能性を与え、さらに、遵法精神を養わせる」のであって、「この抑止効果はいわば『良性』であって、なんら憲法上疑問を生じさせない」のに対し、表現に対するそれは「不公正な抑止」である。
- 109) 毛利前掲註 52) 書 105 頁参照。同書は、表現の自由の優越的地位を萎縮の効果に特化して説明するものである。安西文雄ほか『憲法学読本』140 頁(有斐閣、2011)[穴戸常寿]、君塚正臣編『比較憲法』223 頁(ミネルヴァ書房、2012)[森脇敦史] 同旨。「畏縮効果」と記される場合もある。榎原猛『憲法一体系と争点』161 頁(法律文化社、1986)は、「表現への萎縮効果が実質的なものである限り」この法理が妥当するとしている。
- 110) 君塚正臣「法令違憲—適用違憲とこれのほかに、運用違憲、処分違憲は存在するか」横浜国際経済法学 20 巻 3 号 29 頁、35 頁(2012)。藤井前掲註 1) 論文 353 頁同旨。門田前掲註 5) 論文 115-116 頁も参照。
- 111) 飯田前掲註 25) 評釈 128 頁。これについては、君塚正臣「憲法判断回避の『法理』について」横浜国際経済法学 14 巻 1 号 1 頁(2005)も参照。
- 112) 君塚正臣「適用違憲『原則』について」横浜国際経済法学 15 巻 1 号 1 頁、25 頁(2006)。君塚前掲註 110) 論文 30-33 頁も参照。
- 113) 前田前掲註 25) 法曹時報評釈 180 頁参照。また、田宮前掲註 32) 論文 58 頁は、日本では、適用違憲の観念が十分に浸透していないので、法令違憲か合憲限定解釈の手法が多用されている、と指摘する。
- 114) 田宮同上同頁同旨。この問題については、山本龍彦「憲法ゼミナール—『適用か、法令か』という悩み(前篇・後篇)」法学セミナー 681 号 86 頁、682 号 86 頁(2011)も参照。
- 115) 内野前掲註 25) 評釈 112 頁参照。
- 116) 山田前掲註 25) 評釈 67 頁。広島市暴走族追放条例の処分対象が「何人」となっているのに、「暴走族」に限定解釈するのは困難であると主張する。
- 117) 戸松前掲註 9) 書 221-222 頁参照。
- 118) 時國前掲註 2) 書 129 頁。
- 119) 内野前掲註 25) 評釈 112 頁、長谷部前掲註 25) 評釈 47 頁参照。
- 120) 青柳幸一「法令違憲・適用違憲」芦部信喜編『講座憲法訴訟第 3 巻』1 頁、7 頁(有斐閣、1987)も、両者の区別があることは認めるが、いつどのように両者を使い分けるのか

には言及していない。

- 121) 渡辺前掲註28) 論文167頁。
- 122) 芦部前掲註10) 書227頁第1図。
- 123) 同上228頁。この点は、芦部信喜『宗教・人権・憲法学』235頁（有斐閣、1999）でも確認されている。
- 124) 芦部前掲註10) 書229頁。
- 125) 芦部信喜の1982年度の東京大学での講義録である『芦部信喜教授・憲法第2部（第3分冊）・完』73-74頁（東京大学出版会教材部、1984）。高見勝利『芦部憲法学を読む—統治機構論』352頁（有斐閣、2004）より引用。憲法判断一般の一般的効力・個別的効力の問題については、佐藤幸治『現代国家と司法権』309頁以下（有斐閣、1988）など参照。
- 126) これに対し、芦部前掲註10) 書230頁は、「病院近傍での騒音の制限、住宅地域における屋外広告物掲示の禁止、選挙運動の自由の制限」は「内容中立規制」だとし、同書232-233頁によれば、「より制限的でない他に選ぶうる手段」のテストが妥当するなど、表現内容規制と区別されると言う。しかし、そもそも「選挙運動の自由の制限」は政治的表現規制であって内容規制であるし、他の2例も表現規制であることに変わりはなく、しかも、結果として、一律に一定の基準値以上の表現行為を禁止するのであれば、過度に広汎な規制と評価されかねないものである。その意味で、「内容中立規制」概念の導入は疑念がある。
- 127) 芦部前掲註10) 書227頁第1図。
- 128) 同上227頁。
- 129) 同上228頁。
- 130) 同上230頁。
- 131) 芦部前掲註46) 書411頁。
- 132) 同上412頁。
- 133) アメリカ連邦最高裁判例の分析において、樋口前掲註55) 書335頁はそう指摘する。
- 134) 同上同頁は、アメリカ連邦最高裁判例の分析において、「過度に広汎な規制がなされている法律を限定解釈で裁判所が書き換えるのではなく、議会自身で適切な立法に代える努力を促すところに謙抑性がある」とするが、謙抑的とは言えるかは疑問がある。また、同書同頁は、「過度に広汎な規制は当局の裁量で差別的な法執行が行われる誘因となるので、それを防ぐ効果もある」とも述べる。
- 135) 門田前掲註5) 論文120頁参照。

- 136) 時國前掲註 2) 書 130 頁。
- 137) 門田前掲註 48) 論文 148 頁以下参照。
- 138) 山田前掲註 25) 評釈 68 頁が述べるように、広島市暴走族追放条例事件最高裁判決は、「必要最小限度の基準」や LRA の基準を採用した結果ではない。付言すれば、合憲限定解釈とこれらの解釈手法はシンパシーがないように思える。
- 139) 長岡前掲註 45) 論文 4 頁。
- 140) 君塚正臣「演習・憲法」法学教室 405 号 136 頁、137 頁 (2014)。
- 141) 市川正人『基本講義憲法』139 頁 (新世社、2014)。
- 142) 高橋前掲註 41) 書 134 頁。
- 143) 同上 135 頁。
- 144) 浦部法穂『憲法学教室』〔全訂第 2 版〕98 頁 (日本評論社、2006) も、言論に広汎な規制を加える法令について、合憲限定解釈が「許されないというものではない」と述べている。勿論、浦部は、その中間たる法令違憲などもあるとするのであり、文面違憲一本とする有力学説はまずない、と言ってよいであろう。
- 145) 宮沢俊義『憲法Ⅱ』〔新版〕237 頁 (有斐閣、1971)。
- 146) 毛利前掲註 52) 書 124 頁同旨。
- 147) 藤井前掲註 1) 論文 361 頁。また、浦部法穂『違憲審査の基準』47 頁 (勁草書房、1985) は、「主として精神的自由の規制立法について適用されるもの」としている。
- 148) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔第 3 版〕418 頁 (有斐閣、2013)。
- 149) 但し、戸松前掲註 9) 書 287 頁は、「下級審判例を含め広く憲法訴訟の動向をみると、「過度に広汎性の法理」などが「3つの厳格度にてらした審査基準の種類のうちどれに該当するか、ということも検討にあたいする」と述べ、同法理がより緩やかな基準の下でも用いられる可能性を示唆している。この点は、芦部前掲註 10) 書 227 頁第 1 図との違いとして注目できよう。佐藤前掲註 91) 書 227 頁も同旨。
- 150) 君塚正臣編『ベーシックテキスト憲法』〔第 2 版〕104 頁 (法律文化社、2011) [福島力洋]。
- 151) 芦部信喜『憲法叢説 2—人権と統治』103 頁 (有斐閣、1995)。
- 152) 門田前掲註 5) 論文 98 頁同旨。
- 153) しかし、藤井前掲註 1) 論文 360 頁は、「過度の広汎性」の問題が、「わが国での違憲審査においては、この理論は人権規制立法一般に関して妥当すべき原則として理解しておきたい」と一般論にしてしまう。
- 154) 宍戸常寿『憲法—解釈論の応用と展開』〔第 2 版〕300 頁 (日本評論社、2014)。

横浜法学第 23 卷第 2 号 (2014 年 12 月)

- 155) 川岸令和ほか『憲法』〔第 3 版〕170 頁 (青林書院、2011) [高橋義人]。
- 156) 小山前掲註 52) 書 253 頁。
- 157) 高橋前掲註 41) 書 178 頁参照。
- 158) 藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』181 頁 (成文堂、2007)。
- 159) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』91 頁 (有斐閣、1973)。
- 160) 毛利前掲註 52) 書 327 頁。

[付記] 本稿は、平成 25 年度—29 年度日本学術振興会科学研究費基盤研究 (C) 一般「司法権・憲法訴訟論の総合構築」(課題番号 25380029) による研究成果の一部である。本稿では、全て敬称は略させて戴いた。