

「過度の広汎性のゆえに無効の法理」再考

市 川 正 人*

目 次

はじめに

- 1 「過度の広汎性のゆえに無効の法理」の形成と展開
- 2 「過度の広汎性のゆえに文面上無効」判決の類型
- 3 過度の広汎性の論証方法
- 4 日本における「過度の広汎性のゆえに無効の法理」の可能性
結びに代えて

はじめに

「過度の広汎性（overbreadth）のゆえに無効の法理」は、アメリカ合衆国最高裁（以下では、合衆国最高裁と略す）の判例において展開してきたものがあり、「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⁾。私は、「過度の広汎性のゆえに無効の法理はわが国でも広く知られているが、わが国では、アメリカと異なり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」、と述べたことがある²⁾。他方、過度に広汎であるがゆえに無効の法理になお意義

* いちかわ・まさと 立命館大学大学院法務研究科特任教授

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』（有斐閣、1987年）347頁。

2) 市川正人『基本講義 憲法』（新世社、2014年）139頁。

を見い出す主張もなされている³⁾。そこで以下では、わが国において過度の広汎性のゆえに無効の法理が働く余地がどの程度あるのか、それはどのような場合に用いることができるのか、立ち入った検討を加えたい。

1 「過度の広汎性のゆえに無効の法理」の形成と展開

「過度の広汎性のゆえに無効の法理」は、「漠然性のゆえに無効の法理」(明確性の要件)とともに登場した。それは、どのような表現行為が禁止されているのか明確に定められていない法令は、そうした不明確性のゆえに規制機関によって広い範囲の表現行為が規制対象とされてしまうからである。しかし、会社等の近辺にその会社の取引を妨げる目的などのためにとどまることなどを禁止するアラバマ州法について、文面審査をして、すべての平和的な労働ピケティングまで禁止していることを理由に違憲とした *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940) の頃から、法令の不明確性を問題とすることなく、法令の規制範囲の広汎性を問題とする判決が下されるようになった。こうして過度の広汎性のゆえに無効の法理は、漠然性のゆえに無効の法理とは一応別の理論として展開してきている。そして、ウォーレン・コート (1953年 - 1969年) からバーガー・コート (1969年 - 1986年) の初期にかけて、過度の広汎性のゆえに無効の法理を用いての多くの違憲判決が下された。

しかしながら、合衆国最高裁は、州の公務員の政治活動を制限するオクラホマ州法が過度に広汎であるがゆえに文面上無効であるとして争われた事例である *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973) において、過度の広汎性のゆえに無効の法理に限定を加えた。法律の広汎性は、法律の明らかに正当な範囲との関連で判断して、現実的なものであるだけでなく実質的なものでなければならないとしたのである (実質的な過度の広汎性の理論)。

3) 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論 下』(法律文化社、2018年) 661頁以下の「第33章 過度に広汎性ゆえ無効の法理」参照。

この判決は、少なくとも純粹言論ではなく、行動（conduct）を規制する法律については実質的な過度の広汎性が必要であるとしたのであるが、それ以降の判決は、表現の自由を制限する法律一般について実質的な過度の広汎性を要求するようになっていく。「実質的な過度の広汎性」とは、法律が相当な範囲の保護されている言論を禁止するものであるということである⁴⁾が、違憲な適用の絶対数だけが問題なわけではなく、違憲な適用の数が法令の合法的な範囲に比してかなり不均衡でなければならない⁵⁾。

このように Broadrick判決が過度に広汎性のゆえに無効の法理の射程を限定したのは、この法理が憲法訴訟における当事者適格（standing）についての例外法理であり、「強力な薬」であるからである。合衆国最高裁は、法令の当該事件に「適用される限りでの」（as applied）合憲性を検討する審査方法である適用審査（“as applied” scrutiny）が原則であり、ある法令の「文面上の」（on its face）合憲性・違憲性（facial [in]validity）を検討する審査方法である文面審査（facial scrutiny）は例外的にしか認められないとしている⁶⁾。それゆえ、法令を違憲であると攻撃する訴訟当事者は、その法令が自己に適用される場合には違憲であると主張しなければならず、訴訟外の第三者に適用される場合には違憲であると主張することは、原則として認められない。しかし、こうした「不特定の第三者」に対する法令の適用が違憲である主張すること（第三者への架空の違憲的適用の主張）も、例外的に許されることがあるとされている⁷⁾が、その一つが過度の広汎性の主張である。すなわち、それは、過度に広汎な規制範囲をもつ法令が憲法上保護される言論を抑止させてしまうという萎縮の効果を除去するために、憲法上禁止しうる表現行為を行った訴訟当事者に対して、憲法上禁止でき

4) United States v. Williams, 553 U.S. 285, 292 (2008).

5) United States v. Hansen, 599 U.S. 762, 770 (2023).

6) 合衆国最高裁における「文面審査」と「適用審査」の区別、適用審査優先原則について詳しくは、市川正人『司法審査の理論と現実』（日本評論社、2020年）246頁以下、252頁以下参照。

7) 同317-318頁参照。

ない表現行為を行える者の表現の自由の侵害を主張し、法令自体を無効であると主張することを認めるものである。「多くの人は、事件ごとの訴訟を通じて自らの権利を擁護することのかかなりの負担（そして時には危険）を負うよりも、単に保護されている言論を控えてしまうことを選ぶであろうが、……そのことはその人達を傷つけるだけでなく、制限されない思想の市場を奪うものであって、社会全体を傷つけるものである。過度の広汎性を理由とする判決は、過度に包摂的な法令のすべての執行を中止させることによって、保護された言論を差し控えることによる社会的なコストを減少させるのである。」⁸⁾⁹⁾

文面上無効 (facially invalid, void on its face) の判決 (facial invalidation) は、「法が『全体として (in toto) 無効であり——それゆえ、どのような有効な適用の可能性もない』」ということの意味するとされる¹⁰⁾。連邦法についてはその通りなのだが、州法に対する過度に広汎であるがゆえに文面上無効の判決は、必ずしも法改正がなされるまで一切執行できないことを意味しない。すなわち、州法に対する過度に広汎であるがゆえに文面上無効の判決は、「限定解釈か一部無効判決が、憲法上保護された表現に脅威

8) Virginia v. Hicks, 539 U.S. 113, 119 (2003) (傍点部分は、原文ではイタリック)。

9) 合衆国最高裁の判決の中には「過度の広汎性」という言葉を「法令があらゆる適用において違憲である」という趣旨で用いているものがある (Secretary of State of Maryland v. Joseph H. Munson Co., Inc., 467 U.S. 947 [1984]) が、これは、これまで紹介してきたような適用範囲の広さを理由とする「過度の広汎性のゆえに無効の法理」とは異なった意味で「過度の広汎性」という言葉を用いるものである。そこで、合衆国最高裁はこうした場合を「過度の広汎性」という用語で語らなくなっており、今日では、法令の合憲性について例外的に文面審査が許される場合には、法令が想像しうるすべての適用において違憲であるがゆえに文面上無効であるとする場合 (「全適用違憲」) と、過度の広汎性のゆえに文面上無効とする場合とがあるとされている。See United States v. Hansen, 599 U.S. 762 (2023). 「全適用違憲」判決は、実は一般的な文面審査に基づく文面上無効判決と解すべきものであり、適用審査優先への執着に基づく1つのレトリックと見るべきである。市川『司法審査の理論と現実』264頁本文と注3参照。

10) Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc., 455 U.S. 489, 494 n.5 (1982) (quoting Steffel v. Thompson, 415 U.S. 452, 474 [1974]). See also United States v. Petrillo, 332 U.S. 1, 6 (1947). 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、1973年) 99頁も参照。

を与え、またはそれを抑止しているように見えるものを除去するように法令を限定するまで、またそうしない限り、問題の法令のどのような執行も完全に禁止される」¹¹⁾、ことを意味するのである。それゆえ、合衆国最高裁により過度に広汎であるがゆえに文面上無効の判決が下されても、州裁判所が当該州法について限定解釈を行えば、その州法はその限定解釈通りの意味の法令として適用することができるようになる。州法については、本来は合憲的に規制できる範囲も含め、いったんは当該法令の一切の適用が許されないことになるのであるから、過度の広汎性のゆえに文面上無効の判決が「強力な薬」であることは確かであるが、連邦法に対する過度の広汎性を理由とする文面上無効判決の方がより強力な薬なのである¹²⁾。

過度の広汎性のゆえに無効の法理は、原則として、文面上、表現行為を制限している法令について、その規制範囲が過度に広汎であるとして文面上無効とするものである¹³⁾。訴訟において法律が過度の広汎性を理由に文面上無効であると争われている場合、裁判所としては、まずその法律の意味を確定させなければならない。「過度の広汎性の分析の最初の第一歩は、争われている法令を解釈することである。というのも、まず法令がどこまで及んでいるかを知らなくては、その法令が行き過ぎているのかを判断することは不可能であるからである。」¹⁴⁾しかしながら、州法については、合衆国最高裁を含む連邦裁判所ではなく、州裁判所が解釈権を有するの

11) *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601, 613 (1973). なお、ここで言われている一部無効判決（partial invalidation）は、当該法令が当該事例に対して適用される限りで違憲とする判決（「適用上違憲」）のことを意味しているものと解される。合衆国最高裁の判決において、法令の意味の一部違憲と法令の適用上違憲との区別があいまいであり、両者がしばしば同視されていることにつき、市川『司法審査の理論と現実』295-296頁参照。

12) See Monaghan, "Overbreadth," 1981 S.Ct.Rev.1, 32 n.134; Fallon, "Making Sense of Overbreadth," 100 YALE L.J. 853, 853 n.3 (1991). 時國康夫『憲法訴訟とその判断の手法』（第一法規、1996年）151頁参照。

13) See *Virginia v. Hicks*, 539 U.S. 113, 124 (2003)（「言論または言論を必然的に伴う行動に明示的に向けられていない法または規則に対しては、過度の広汎性の攻撃は、あるとしても、まれにしか成功しないであろう。」）。

14) *United States v. Williams*, 553 U.S. 285, 293 (2008).

で、合衆国最高裁は、州裁判所の解釈を前提として州法の合憲性を判断しなければならない。それゆえ、州裁判所が州法について限定解釈をしていれば、その解釈通りの意味を有するものとしての問題の州法が過度に広汎なものかどうかを検討することになり、州裁判所によって当該州法について適切な合憲限定解釈がなされているのであれば、合衆国最高裁は当該州法を過度に広汎であるとは判断しない¹⁵⁾。つまり、州法が過度の広汎性のゆえに文面上無効との合衆国最高裁の判決は、当該州法についての州裁判所の解釈を前提としたものである。そこで、先に見たように、州裁判所が解釈を変更して、当該州法について限定解釈を加えれば、当該州法は執行できるようになるわけである。それに対して、合衆国最高裁は、連邦法についての最終的な解釈権を有するのであるから、自らの法令解釈を前提に当該連邦法が過度に広汎なものでないかどうかを検討することになる。それゆえ、連邦法の文言が、一般用語を前提とすれば広汎な規制範囲を有しているように見えても、通常の法解釈の結果、実質的な過度の広汎性を有しないとされることもある¹⁶⁾。さらに、連邦最高裁は、当該連邦法について過度に広汎な規制範囲を縮減する自然な限定解釈が可能な場合には、過度に広汎との判断を下さない¹⁷⁾。

2 「過度の広汎性のゆえに文面上無効」判決の類型

Broadrick判決によって「実質的な過度の広汎性」が必要であるとされた以降も、合衆国最高裁は「過度の広汎性のゆえに文面上無効」とする判

15) See *e.g.*, *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103, 112–113 (1990).

16) See *e.g.*, *United States v. Williams*, 553 U.S. 285 (2008); *United States v. Hansen*, 599 U.S. 762 (2023).

17) See *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 884 (1997) (「最高裁は、法令への文面上の攻撃を検討するにあたり、当該法令に対して、そうした解釈が『容易に可能な』場合にのみ限定解釈を加えることができる。』。佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、1984年）183頁以下も参照。

決を下している。ここでは、どのような点に着目して「過度の広汎性のゆえに文面上無効」判決が下されているのかを理解するために、「過度の広汎性のゆえに文面上無効」とした判決の類型を挙げて検討したい。

① 基本型

違憲な適用の範囲が非常に広い法令が過度に広汎であるがゆえに文面上無効となるというのが、「過度の広汎性のゆえに無効の法理」の定義である。実は、この定義通りの検討だけをして無効とした判決は、Broadrick判決が実質的な過度の広汎性が必要であるとして以来、きわめて少ないが、比較的最近のものとして United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010) がある。この判決は、動物虐待を描くものの営利目的での製造、販売および所持を禁止する連邦法律を修正1条違反とした。この法律は、動物虐待を「生きている動物を意図的に不具にし、肢体を切断し、拷問し、傷つけ、または殺害する行為で、その製造、販売または所持が行われたところで連邦法または州法に違反するもの」と定義していた。判決は、法律における動物虐待の定義のうち「傷つけ、または殺害する」という言葉はその通常の意味で読むべきであり、それには虐待を伴わないものも含まれることになるという。さらに、「その製造、販売または所持が行われたところで連邦法または州法に違反する」という定義によれば、連邦と各州で動物の取扱いについて違法とされるものがかかなり異なるため、製造した州では合法であるものを他の州で販売すれば禁止に該当するということになるのだが、どこか一つの州で違法であれば、当該州以外で販売しても禁止に該当することになるという。こうして、同判決は、「動物虐待」表現を処罰する当該連邦法の規定は実質的に過度に広汎なものであり、修正1条に反し無効であるとしたのである。

② 基準のない裁量を付与する法令

合衆国最高裁により過度に広汎であり文面上無効とされてきた法令の多

くは、行政機関に表現行為に許可を与えるか否かについて基準のない裁量を与えているものである。そうした法令が行政機関に表現を行おうとする者の思想による選別を許すもの、あるいは事前抑制であって違憲であることは、過度に広汎であるがゆえに無効の法理の成立以来、繰り返し宣言されてきている¹⁸⁾。

Broadrick判決の後でも、このタイプの文面上無効判決は下されている。たとえば、*City of Lakewood v. Plain Dealer Publishing Co.*, 486 U.S. 750 (1988) は、公道上に新聞販売機を設置するのに市長の許可が必要としながら、許可基準の定めがない条例を、許可権者に無制限の裁量を認めるものであり文面上無効であるとした。また、*Forsyth County v. Nationalist Movement*, 505 U.S. 123 (1992) は、道路等の公共の場所での集会、パレードに対して手数料を賦課する条例を、手数料を決定する郡行政官に基準のない裁量を与えている点で文面上無効とした。

この型の「過度の広汎性のゆえに無効」判決が下される法令が「過度に広汎な規制」であるとされるのは、無制限の許可権限を有する行政機関の恣意的な判断によって多くの違憲的な適用が生まれるからなのであろう。しかし、こうした法令の欠陥は、行政機関に表現内容に基づく恣意的な選別ができるように権限を付与している点にあるのであって、法令の射程範囲が広すぎるということではない。それゆえ、基準のない裁量を付与する法令を過度の広汎性のゆえに文面上無効とすることには、規制対象が過度に広いといった「過度の広汎性のゆえに文面上無効」の定義とそぐわないところがあるように思われる。

③ 表現行為を全面禁止する法令

合衆国最高裁は、1960年代末から80年代にかけて、公共施設における表現活動の規制の合憲性を判断するにあたり、当該公共施設がパブリック・

18) See e.g., *Lovell v. City of Griffin*, 303 U.S. 444 (1938); *Kunz v. New York*, 340 U.S. 290 (1951).

フォーラム（public forum）か、非パブリック・フォーラムかに応じて合憲性を判断する基準を分ける立場（パブリック・フォーラム論）を確立した。この合衆国最高裁のパブリック・フォーラム論においては、パブリック・フォーラムである公共施設において表現活動・集会を認めない場合、厳格な違憲審査がなされる一方、パブリック・フォーラムではない公共施設において表現活動・集会を認めない場合には、緩やかな違憲審査がなされるにとどまる¹⁹⁾。非パブリック・フォーラムである公共施設については、政府は、「当該フォーラムが仕える目的に照らして合理的である」限り²⁰⁾、特定の主題および話者に対してだけコミュニケーションのための利用を認めたり拒否したりすることができる（「合理性」のテスト）のであって、広く表現の内容を理由とする制限が認められる。しかし、合衆国最高裁は、Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc., 482 U.S. 569 (1987) において、公共施設への立入りを認めながらすべての表現活動を禁止するようなことは許されないとした。すなわち、ロサンゼルス国際空港の中央ターミナルエリア内で「全ての修正 1 条に基づく活動」（つまり全ての表現活動・集会）を禁止することは、中央ターミナルエリアが非パブリック・フォーラムであるとしても、許されないとしている。こうしたロサンゼルス空港管理委員会の決定は実質的に過度に広汎であり、適正に限定解釈することもできない、というのである。このようにすべての表現行為を禁止する法令は過度に広汎であるがゆえに文面上無効とされるのである。

④ 憲法の保障の及ばない特定内容の表現に対象が限定されていない 法令

合衆国最高裁は、一定内容の表現には修正 1 条の保護が及ばないとして

19) 市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2003年）110頁以下参照。

20) Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association, 460 U.S. 37, 49 (1983).

きている²¹⁾。そうした表現の自由の保障が及ばないとされる表現の一つが、「それを発するまさにそのことによって損害を与え、または直接治安の紊乱を煽動する傾向のある言葉」²²⁾である「けんか言葉」(fighting words)である。そして、州は、保護された表現への適用がなされないように注意深く定められた法令の下で「けんか言葉」を処罰することができることされており、「けんか言葉」以外の侮辱的な言葉や口汚い言葉をも処罰対象とする州法が過度に広汎であって文面上無効とされている。

その型の判決において先例的な地位を占めるのが、Gooding v. Willson, 405 U.S. 518 (1972) である。同判決は、挑発されたわけでもないのに、他人に対して、または他人について地域の平穏を害するおそれのある侮辱的な (opprobrious) 言葉や口汚い (abusive) 言辞を述べることを犯罪とするジョージア州法を、あいまいで過度に広汎であり文面上無効とした。同判決は、「侮辱的な」と「口汚い」の辞書的な定義は「けんか言葉」より広い射程をもつにもかかわらず、州裁判所が当該規定を、「けんか言葉」、つまり「それが投げかけられた個人が暴力行為に出る直接的な傾向を有する言葉」に限定して適用されるべきであるというように解釈をしていない点を問題視している。

Gooding判決と同様の判決は Broadrick判決の後も下されている。まず、Lewis v. City of New Orleans, 415 U.S. 130 (1974) は、「実際に職務中の市の警察官に対して、あるいは実際に職務中の市の警察官について、故意にののしり、罵倒し (revile)、または、わいせつなあるいは侮辱的な (opprobrious) 言葉を用いること」を犯罪とする条例について、憲法によって保護される言論には適用されないと州裁判所が限定解釈していないことを前提に、Gooding判決に依拠して過度に広汎で文面上無効であるとした。さらに、City of Houston v. Hill, 482 U.S. 451 (1987) は、「どのような仕方であれ、職務中の警察官に反対し、みだらな行為をし (molest)、暴言を吐き

21) 市川『表現の自由の法理』95頁以下参照。

22) Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 572 (1942).

(abuse)、または妨害する (interrupt) こと」を処罰する市条例について、秩序を乱す行為やけんか言葉のみを処罰するよう狭く限定されておらず、実質的な過度の広汎性が認められるとした。同判決は、問題の条例の処罰対象が、Lewis判決で文面上無効とされた条例によるものよりもずっと広い範囲に及び、けんか言葉や、わいせつ、あるいは侮辱的な言辞に限定されていないばかりか、警察官を「どのような仕方であれ……妨害する」言論をも禁止しているが、憲法はそのような言論を犯罪とすることを認めていない、という。

以上の3判決は、口頭表現は基本的に制限できないという立場から、けんか言葉に該当しない口頭表現を処罰する法令を、けんか言葉以外の口頭表現を禁止する必要があるかどうかについて検討を加えることなく、文面上無効としたものである。

合衆国最高裁は、わいせつ表現は表現の自由の保障が及ばない表現であるとしてきたが、New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982) において、児童をモデルとするポルノであるチャイルドポルノにも表現の自由の保障が及ばないとするに至った。しかし、1996年の連邦チャイルドポルノ防止法が、チャイルドポルノの範囲を、コンピューターグラフィックによるものや、未成年者に見える成人によるものを含むように拡大したのに対して、Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002) は、当該規定を過度に広汎であって文面上無効とした。当該規定は、判例が禁止することができるとするわいせつ表現やチャイルドポルノの範囲を超えて表現行為を禁止するものであるが、「ヴァーチャルなチャイルドポルノは小児愛者の嗜好を刺激し、違法な行為に従事するよう助長してしまう」、「本物の児童を出演させるポルノの市場をなくすためには、ヴァーチャルなチャイルドポルノの禁止が必要である」といった政府の説明ではそれを十分正当化できていない、というのであった。

ここでは、判例が表現の自由の保障外であるとしたチャイルドポルノを超えた性表現の規制であることから直ちに違憲であるとされているわけで

はない。チャイルドポルノとして処罰されるものを拡大することについての政府の説明が説得力を有するかどうかには検討を加えた上で、それらが違憲の処罰であり、過度の広汎性が認められるとしたのである。

⑤ 一般的文面審査型

合衆国最高裁判決の中には、明らかに一般的な文面審査をした上で「過度に広汎であるがゆえに文面上無効」としたものもある。そうしたものとしては、LRAの基準を用いて法令が過度に広汎であるがゆえに文面上無効とした判決が挙げられる。

ウォーレン・コート時代には、教師に過去5年間に所属した、または定期的に寄付してきた全団体のリストを毎年、提出することを要求するアーカンソー州法を違憲とした *Shelton v. Tucker*, 364 U.S. 479 (1960) や、共産主義活動組織が最終的な登録命令を受けた場合、その構成員が防衛関係施設において雇用関係にあることは違法であると定める連邦の破壊活動防止法を違憲とした *United States v. Robel*, 389 U.S. 258 (1967) など、LRAの基準を用いて法令が過度に広汎であるがゆえに文面上無効とした判決がかなり下された。

LRAの基準を用いて過度の広汎性の有無を検討した比較的最近の判決としては、*Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997) が挙げられる。そこでは、わいせつまたは「下品な (indecent)」メッセージを故意に18歳未満の者に伝達することと、現代の共同体の基準によって判断して「明らかに不快な (patently offensive)」仕方、で、性ないし排泄に関する行為や器官を描き、または叙述するメッセージを故意に18歳未満の者に送付し、または表示することを禁止している連邦通信品位保持法の規定が過度に広汎な規制であるとして争われていた。それに対して、合衆国最高裁は、なぜより制限的でない規制では同じ程度に効率的でないかを説明する重い責任を連邦政府が果たしていないとして、過度に広汎な規制であって表現の自由を保障する修正1条に違反すると判示した。

この判決を受けて、連邦議会は、「未成年者にとって有害な」コンテンツを営利目的で WWW に故意でアップした者を処罰するとする「子どもオンライン保護法」(COPA) を制定した。しかし、この法律の合憲性も訴訟で争われ、控訴裁判所²³⁾は、同法は、やむにやまれない政府の利益を達成するために狭く限定されておらず、過度に広汎であって、未成年者がインターネットを用いて有害な情報にアクセスすることを抑止するための最も制限的でない手段ではない、と判示していた。それに対して、合衆国最高裁は、フィルタリングの方が効果も大きく、制約の度合いも少ないので、COPAの刑罰規定は必要不可欠な手段とはいえない可能性が高い、と結論付けた (Ashcroft v. ACLU, 542 U.S. 656 [2004])。この判決自体は、COPAの文面上無効を宣しておらず、現在の技術水準に基づいて審査せよと差戻しをしている²⁴⁾。ただ、文面上無効となるかどうかを LRAの有無という視点から検討を加えていることは確かである。

こうした LRAの有無という見地から過度の広汎性の有無を検討する判決は、結局、法令についてその合憲性を一般的に検討しているものである。LRAの有無を検討しているわけではないが、同じように法令の合憲性を一般的に検討し過度の広汎性のゆえに文面上無効の判決を下しているものとして、Erznoznik v. City of Jacksonville, 422 U.S. 205 (1975) が挙げられる。そこでは、人の男女の裸の尻、女性の裸の胸、人の裸の陰部を見せる映画、スライド等を公道その他の公共の場所から見えるような仕方では上映することをドライブイン・シアターに禁止する市条例が争われていた。

23) この訴訟では、最初、下級審は、「未成年者にとって有害」かどうかは「共同体の基準」によって判断されるとしていた点で過度に広汎であるとしたが、合衆国最高裁は、「共同体の基準」を使っているからといって過度に広汎に表現の自由を侵害するとは言えないとし、差戻しの判決を下していた。Ashcroft v. ACLU, 535 U.S. 564 (2002)。

24) 差戻しを受けた控訴裁判所は再び違憲判決を下し、合衆国最高裁への上告が認められなかったため、最終的にCOPAは違憲であるということで訴訟は終了した。松井茂記『アメリカ憲法入門 [第9版]』(有斐閣、2023年) 296頁参照。

合衆国最高裁は、この条例が表現の内容に基づくものであることを理由に、市による正当化の主張が認められるかを厳密に検討した²⁵⁾。市は、当該条例を支持する主たる論拠として、条例は、望まないのに不快かもしれないものに晒されることから市民を保護するものである、と主張していた。それに対して、判決は、公道上にいる人は不快と感ずれば、目を逸らしさえすれば、それ以上の感受性の侵害から免れることができるのであるから、公道上にいる人の限定的なプライバシー利益では、このような、さもないければ保護される言論のその内容に基づく検閲を正当化することはできないとしている。また、市は、未成年者の保護を理由として持ち出したが、もし条例が未成年者がアクセスしうる表現を規制することを意図したものであれば、禁止対象が過度に広汎である、とした。さらに、市は、条例を交通規制として正当化しようとした。すなわち、条例は、ドライブイン・シアターのスクリーン上のヌードが自動車の運転者の注意を惹き、交通の流れが遅くなり、また交通事故の可能性が増大するのを防ごうとするものであるというのである。しかし、ドライブイン・シアターのスクリーン上に映るもののうち、ヌードだけが特に自動車の運転者の注意を惹くわけではないのだから、本条例の分類は著しく過小包摂的 (underinclusive) である。判決は、分類が表現の内容に基づく場合には、過小包摂的な法令の合憲性の推定は弱まるとし、当該条例は交通規制として正当化されないと判示した。

判決は以上のように市の正当化の主張は認められないことを確認した上で、さらに州裁判所による限定解釈がなされておらず、また、条例の明瞭な文言からしてその見込みもないことから、条例の抑止効果は現実的であるととともに実質的であるとして、条例が過度に広汎であって文面上無効であるとした。

25) 合衆国最高裁が表現の自由を規制する国家行為を審査する際の枠組みである内容規制・内容中立的規制二分論について詳しくは、市川『表現の自由の法理』85頁以下参照。

3 過度の広汎性の論証方法

過度に広汎であるというのは、その法律の規制範囲が広すぎ、多くの違憲的適用を生むということを意味するのであるから、法律がその適用範囲とする一定部分について規制することが憲法上許されないということを前提とするはずである。では、裁判所は当該適用範囲について規制をすることは違憲であるかどうかのように判断し、そのことを論証するのであるだろうか。この点、2で見た過度の広汎性のゆえに無効の類型のうち、行政機関に恣意的な許可権限を与えている法令や表現活動を全面禁止する法令、さらにはけんか言葉に至らない口頭表現を処罰する法令については、それらが違憲であることについて立ち入った説明は不要である。そこで、問題となるのは、正当で重要な目的に基づき一定の規制を及ぼすような法令の場合ということになる。

この点、藤井俊夫は、過度の広汎性のゆえに文面上無効とした合衆国最高裁判決を踏まえて、ある法律が過度に広汎であるかどうかを証明するための方法として、LRAの基準や「明白かつ現在の危険」の基準を挙げている²⁶⁾。藤井は、過度の広汎性のゆえに無効の理論は、「法律の適用範囲がどの程度広汎すぎる場合に、それが許されるとか、あるいは、許されない、などといった具体的な内容を必ずしも示してはいないので」、「この理論は、ある法律が『広汎にすぎる』と判断するためのもう一つの実体的な審査基準と併用されることが必要なのである」、とするのである²⁷⁾。

確かに、過度の広汎性のゆえに文面上無効の手法をとった先例とされるThronhill判決は、「雇用者の住居に近づき、雇用者との労働争議についての事実を公表するすべての人の活動に、生命または財産の侵害やプライバシーの権利の侵害、治安の紊乱を引き起こす明白かつ現在の危険があるわ

26) 藤井俊夫『憲法訴訟の基礎理論』（成文堂、1981年）19頁以下参照。

27) 藤井「過度の広汎性の理論および明確性の理論」前掲注（1）359-360頁。

けではない」として、問題の州法を文面上無効としている。しかし、その後、Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951) が、想定される害悪の重大性を理由に発生の確率は低くてもよいとするような形で「明白かつ現在の危険」の基準を用いて以降、「明白かつ現在の危険」の基準が違憲審査基準として用いられなくなる²⁸⁾中で、この基準を用いて過度に広汎であるとする判決はほとんど見られなくなっている²⁹⁾。

それに対して、先に見たように、LRAの基準を用いて過度に広汎であると判断する判決はなおある。そこで、芦部信喜も、LRAの基準は、「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」としている³⁰⁾。

では、LRAの基準を用いて過度に広汎であるがゆえに文面上無効を判断するという手法は、どう評価されるべきであろうか。これに対して、「過度の広汎性の理論は……代替的なスキームの効率性ではなく、争われている法令の範囲を問題とするものである」³¹⁾として、裁判所が過度の広汎性のゆえに文面上無効の判断にあたって LRAの有無、効率性を判断すべきでない、という主張がなされている。こうした主張に対しては、法令の範囲が行き過ぎているかどうかは、規制の目的の重要性やその目的実現にとっての必要性を考慮して初めて判断できる場合があるのではないか、という批判がありえよう。他方、「その定義からして、過度に広汎な法は、有効な目標を達成するために及んではいけない活動にまで及んでいるのであるから、常に、過度の広汎な法にはより激烈でない代替手段がある」と

28) さしあたり、市川正人「違憲審査基準について」野坂泰司先生古稀記念『現代憲法学の理論と課題』(信山社、2023年) 52頁参照。

29) Dennis判決以降に例外的に「明白かつ現在の危険」の基準を用いて過度に広汎であるとしている判決として、Elfbrandt v. Russell, 384 U.S. 11 (1966) がある。

30) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣、1981年) 213頁。

31) Note, "The First Amendment Overbreadth Doctrine," 83 HARV. L. REV. 844, 917 (1970).

いう指摘もある³²⁾。「より激烈でない代替手段がないのであれば、権利の侵害は州の目的にとって必要なのであるから、過度の広汎性の問題は生じない」、というわけである³³⁾。しかし、2 で見た類型②（基準のない裁量を付与する法令）、類型③（表現行為を全面禁止する法令）、類型④（けんか言葉でない口頭表現を処罰する法令）のように、LRAの有無を問うまでもなく過度に広汎な法令であるとされることもしばしばあるので、ここまで過度の広汎性のゆえに無効と LRAの不存在を同視することはできないであろう。

とすると、過度の広汎性のゆえに文面上無効かどうかを判断するのに LRAの基準が用いられうるとすれば、右崎正博が指摘するように、「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し、かつ目的と手段の間に合理的関連性も一応認められる場合……で、しかも文面それ自体からは違憲であると容易に判断することができず、従って事件をとりまく諸事情を考察して決定する必要があるような場合」ということになろう³⁴⁾。

この右崎の指摘自体は適切だと思われるが、ここから過度の広汎性のゆえに無効の法理について次のことが明らかになろう。すなわち、過度の広汎性の有無は、法令の文面だけを見て判断される場合と、立法事実をも考慮して判断される場合とがあり、LRAの基準が用いられる場合は後者なのである。とすると、この後者の場合は、実は、法令の合憲性を立法事実を考慮しつつ判断する一般的文面審査であるということになろう。この場合をも「過度に広汎であるがゆえに文面上無効かどうかの審査」と構成するのは、適用審査が原則であり、文面審査はごく例外的にしか許されないという建前³⁵⁾の下で文面審査を行うためのレトリックではないか、と思われる。

32) Note, "Overbreadth Review and the Burger Court," 49 N.Y.U. L. REV. 532, 546 (1974).

33) *Id.*

34) 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『講座憲法訴訟 第二巻』231頁。

35) これが建前でしかなく、実際には、合衆国最高裁がしばしば、過度の広汎性を理由にしたり、法令の全ての適用が違憲であるなどとすることなく、文面審査を行っていること

4 日本における「過度の広汎性のゆえに無効の法理」の可能性

以上の合衆国最高裁の「過度の広汎性のゆえに無効の法理」についての分析を踏まえて、この理論がわが国の違憲審査制においてどのように機能しうなのか、検討を加えたい。

まず、わが国の裁判所は適用審査優先という原則をとっておらず、違憲審査の方法として文面審査が標準であると解されてきている³⁶⁾。それゆえ、アメリカにおけるように例外的に文面審査が許されるための理由を説明する必要がない。そこで、日本の裁判所は、訴訟においてある法令が表現の自由を規制する範囲が広汎にすぎるとして争われた場合に、そうした広い表現の自由の制限を正当化するのに十分な目的があるのか、さらに、こうした広範囲に及ぶ制約が目的実現にとって必要なのかを、立法事実を考慮しつつ一般的に審査することができる。これを「過度の広汎性がある法令なので、訴訟当事者は例外的に第三者の表現の自由を主張することが認められるのだ」と説明する必要はない。こうして、LRAの基準を用いるなどして規制範囲の広汎性を実質的に判断するタイプの「過度の広汎性のゆえに無効の法理」(米判例の類型⑤)は、わが国においては一般的な目的手段審査の中に吸収されることになる。

ところで、本稿では「文面審査」を法令の文面上の合憲性・違憲性を検討する審査方法であるとしてきたが、それには立法事実を考慮せず法令の文面のみで法令の合憲性を判断するもの(狭義の文面審査)と、立法事実を考慮して法令の合憲性を判断するもの(一般的文面審査)とがある。わが国では、過度の広汎性のゆえに文面上無効の法理を狭義の文面審査による違

ㄨについて、市川『司法審査の理論と現実』252頁参照。

36) 市川『司法審査の理論と現実』254-256頁参照。もっとも、私は、わが国においては、適用審査を基本としつつ、適用審査と文面審査とを適切に使い分けることを主張している。同書256頁以下参照。

憲判決を下すものとする事が多い³⁷⁾が、先に見たように、合衆国最高裁の過度の広汎性を理由とする文面上無効判決には、狭義の文面審査によるものと、LRAの有無を考慮して過度の広汎性のゆえに文面上無効とする判決のように、立法事実を考慮に入れる一般的文面審査によるものがあるのである³⁸⁾。そして、立法事実を考慮に入れる一般的文面審査による過度の広汎性の判断は目的手段審査に吸収されることになるのであるから、わが国で過度に広汎であるがゆえに無効の判決が用いられうるとすれば、狭義の文面審査によるものということになろう。

まず、表現の自由を規制する法令の文面だけを見てその規制範囲が広すぎると判断すること（米判例の類型①）は、極端な場合にしかできないであろう。通常は、規制目的達成にとって規制範囲が広すぎないかを立法事実をも考慮に入れながら検討する必要がある。また、法令が人が自由に出入りできる特定の場所における表現行為を全面的に禁止している（米判例の類型③）のであれば、そのような法令は、文言からして過度に広汎な規制を及ぼすものと言えるであろうが、こうしたことはわが国ではあまり考えられない。

次に、法令が許可基準を定めず行政機関に表現行為を認めるか否かについて無限定の裁量を与えている場合（米判例の類型②）も、裁判所は、法令の文言だけから憲法21条1項違反であると判断すべきである。このような場合は、今日ではほとんど考えられないが、皇居前広場使用不許可事件がこうした場合にあたろう。つまり、ここでは、皇居前広場を含む「国民公

37) たとえば、芦部信喜は、具体的事実の利益衡量という要素を入れずに法文自体を文面で判断して合憲か違憲かを決定する「文面判断のアプローチ」が用いられる場合の一つとして「過度の広汎性のゆえに文面上無効」とされる場合を挙げている。芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）227-228頁、同『憲法判例を読む』（岩波書店、1987年）38頁参照。

38) ただし、芦部も、LRAの有無を考慮して過度の広汎性のゆえに文面上無効かどうか判断する場合を意識してか、「事件によっては、立法事実……を審査することが必要になる場合もある」としている。芦部『憲法学Ⅱ』228頁。

園内において、集会を催し又は示威行進を行おうとする者は、厚生大臣の許可を受けなければならない」と定める国民公園管理規則 4 条には、厚生大臣が許可を決定する際の判断基準が全く規定されていなかった。それにもかかわらず、最高裁は、いわゆる「念のため」判決の中で、公共財産の管理のあり方という視点から、「管理権者は、当該公共福祉用財産の種類に応じ、また、その規模、施設を勘案し、その公共福祉用財産としての使命を十分達成せしめるよう適正にその管理権を行使すべきであり、若しその行使を誤り、国民の利用を妨げるにおいては、違法たるを免れない」という解釈を導き、さらに、管理権の適正な行使を誤れば憲法違反の問題が生じうると認めた（最大判昭和28年12月23日民集7巻13号1561頁）。しかし、皇居前広場が本来的に表現の自由、集会の自由が認められる場であることを踏まえれば、表現活動、集会についての許可権限を行政機関に裁量基準を示すことなく付与している国民公園管理規則 4 条は、最高裁判決のような限定解釈を加えるのではなく、憲法21条 1 項違反とすべきものであった。

ただ、2 で指摘したように、許可基準を定めず行政機関に表現行為を認めるか否かについて無限定の裁量を与えている法令を「過度に広汎な規制を及ぼす法令」と呼ぶことは、あまり適切でないように思われる。

第三に、どんな表現活動が規制されるかを明確に定めておらず、漠然不明確な法令は、同時に過度に広汎な法令でもあるだろう。もともと、合衆国最高裁における過度の広汎性のゆえに文面上無効の法理は漠然性のゆえに文面上無効の法理とともに成立してきたものである。そこで、「漠然不明確な法令のほとんどすべては、同時に過度に広汎な法令であり、ともに憲法上保障された表現行為に『萎縮的効果』を及ぼすがゆえに憲法に違反するのである」から、「過度の広汎性」理論と「漠然性」理論は、「概念上区別することができるが……、表現の自由に関する事件の領域では、この区別の効用は特にない」とも言われる³⁹⁾。しかし、「不明確であるがゆえ

39) 芦部『憲法訴訟の現代的展開』23頁注 4。

に文面上無効であるから、過度の広汎性のゆえに文面上無効でもある」とするのは、過度の広汎性のゆえに文面上無効の法理に独自の存在意義はないであろう。

それに対して、君塚正臣は、『『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、漠然不明確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』と主張している。君塚は、立法事実の検証抜きで文面審査の結果、「文面違憲となる場合とは、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」、としているが、漠然不明確な法令が同時に過度に広汎に表現活動を規制する法令となるとしているわけではない。「文面違憲になるほど法文が『あまりに』過度に広汎なときとは、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」、というのである⁴⁰⁾。これは、過度の広汎性を不明確性と一体的に捉えようとするものであり、過度に広汎かどうかを不明確性の程度を視野に入れながら判断することなのであろう。不明確性のゆえに文面上無効の法理だけで十分ではないかとも思えるが、君塚の立場は狭義の文面審査による過度の広汎性の判断に基準または視点を与えるものと評価できよう。ただ、君塚のように過度の広汎性のゆえに無効の法理を捉えても、過度に広汎であるとされるのは、明確性を欠くほどに広汎であるというきわめて例外的な場合に限られる。

このように不明確性と一体的に捉えて過度の広汎性を検討する場合、限定解釈を加えることができるのであれば、明確性、規制範囲においても問題のない法令だということになろう。既に見たように、合衆国最高裁の判例においては、適切な限定解釈がなされない場合に過度の広汎性のゆえに文面上無効とされている。

この点、税関検査合憲判決（最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁）

40) 君塚『司法権・憲法訴訟論 下』679頁。

は、表現の自由を規制する法律の基準が広汎、不明確であってはならないということを最高裁として初めて明確に確認した上で、「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、① a 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、b 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、② 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ぬ」としている (① a b ②は引用者が付加)。法律の定めが不明確であっても、裁判所の解釈で明確になればよいというのであれば、明確性の要件を憲法上の要請として認める意義はなくなってしまうように思われる。ただ、判決は、① a b で、明確な合憲限定解釈であることが必要としているだけでなく、刑罰法規の明確性が憲法31条の要求であるとして明確性の判断基準を示した徳島市公安条例事件判決 (最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁) を引きながら、基準②を挙げている。この②は、要するに、一般国民が法律の文言を読んでその限定解釈を予測するということであろう。とするならば、それは法文自体の明確性を要求することと相違ないと思われる。

「表現の自由を規制する法律の規定は、それ自体明確な基準を示すものでなければならぬ」とする伊藤正己裁判官ら4裁判官の反対意見も、表現の自由を制限する法律について限定解釈を施すことは認められうとしている。ただし、「これ〔表現の自由〕を規制する法律の規定についての限定解釈には他の場合よりも厳しい枠があるべきであり、規制の目的、文理及び他の条規との関係から合理的に導き出し得る限定解釈のみが許される」、という。税関検査合憲判決の多数意見が挙げる②もこれと同旨であると解すべきであろう。判決がこの基準を用いて「風俗を害すべき」が「わいせつ」を意味するとの無理な合憲限定解釈をしたことは問題であるが、この基準自体は評価できると思われる。

しかし、広島市暴走族追放条例事件判決（最判平成19年9月18日刑集61巻6号601頁）は、過度に広汎であるとともに不明確であるとして争われていた条例の規定について無理な合憲限定解釈を加えた。問題の条例は、「何人も……してはならない」行為の1つとして「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、さらに、それが「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、この市長の命令に違反した者は刑罰が科されるとしていた。こうした条例の禁止規定について、判決は、本来的意味での暴走族とその類似集団による行為のみを対象とするものと限定解釈し、合憲であるとした。

この判決の藤田宙靖裁判官の反対意見は、この限定解釈は税関検査合憲判決の基準を満たさないと批判しているのに対して、那須弘平裁判官の補足意見はこの基準を満たすと反論している。条例の禁止規定は、文言上、対象を暴走族や暴走族類似集団に限っていないし、暴走族の定義規定も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たが、これは、広島市議会が、最高裁の限定解釈のように文言を修正するとの案を否決して、自覚的に選択したものである。また、判決は、その限定解釈を導くにあたって、中止・退去命令の対象となる行為の詳細を定める条例施行規則の規定を挙げていたが、そこにも本来的意味の暴走族に限られない事項がかなり含まれている。とすると、やはり藤田反対意見が批判するように、本判決の合憲限定解釈は税関検査合憲判決の基準に照らして認められないものであったというべきであろう。本件は、『『過度の広範性ゆえに無効』として、端的に法令違憲とすべき事案』⁴¹⁾であったはずであるが、最高裁

41) 巻美矢紀「暴走族条例と合憲限定解釈」ジュリ臨増『平成19年度重要判例解説』（2008年）17頁。

がこうした場合に無理な合憲限定解釈をして法令を救済するのであれば、過度の広汎性のゆえに無効とされるような場合はほとんどないことになる。合衆国最高裁が言うように、限定解釈は容易に導かれる場合にのみなされるべきである。

結びに代えて

以上、アメリカ判例における「過度の広汎性のゆえに無効の法理」の内容を確認した上で、わが国においてこの法理がどこまで活用できるのか検討してきた。結論としては、独自の違憲審査の手法としての同法理はきわめて限定的な場合にのみ活用できるということである。そうしたきわめて例外的な場合に当たるような表現の自由規制立法は厳しく批判されなければならないのであって、裁判所としては躊躇なく、それを過度の広汎性のゆえに無効であると判断すべきである。