

# 合衆国違憲審査における「過度の広汎さ」の理論

藤井俊夫

## 目次

### はじめに

一 「過度の広汎さ」の故の無効

二 適用上の無効と文面上の無効

(一) 「適用上」の審査

(二) 「文面上」の審査

三 文面上無効判決と司法的な書き直し（判決上の代替手段）

四 「過度の広汎さ」の程度

五 「過度の広汎さ」の証明方法（理由づけ）

(一) LRAの吟味

(二) 立法目的と手段の関連性の要求

(三) 事前規制と広汎な裁量権

むすび

## はじめに

合衆国憲法修正第一条は「連邦議會は法律により、国教の樹立を規定し、もしくは信教上の自由な行為を禁止することはできない。また、言論および出版の自由を制限し、或は人民の平穩に集会をし、また苦痛事の救済に關し政府に対して請願をする權利を侵すことはできない」(宮沢俊義編・世界憲法集による)と規定している。合衆国連邦最高法院は一九三〇年代以降、さまざまな形でこれらの權利を「特に保護されるべきもの」として取り扱ってきている。一九六〇年代を中心として用いられている法律の違憲審査に關する「過度の広汎さ」の理論もその一つのあらわれである。ここでは、この理論について、その周辺の諸理論との関連性を重視しつつ紹介してみたい。ただし、ここではあくまでも理論の素描にとどまるものである。

## 一 「過度の広汎さ」の故の無効

「過度の広汎さの故の無効 void for overbreadth」というのは、ある法律が修正第一条の保障する言論、結社の權利を侵害する程に広く規定されているという場合に、その法律を文面上無効とするために用いられる概念である。一九六〇年代の合衆国における修正第一条に關する法律を無効とした諸事件ではほとんど常にこの理論が用いられてきている。それ以前の文面上無効判決ではこの概念は必ずしも判決で明示されてはいないが、この理論が用いられてきているのだとされている。ただ、初期の文面上無効の判決の中には、その理由づけとして「過度の広汎さ」だけで

はなく「あいまいさ vagueness」または「不確実や uncertainty」というものが用いられていることがある。「過度の広汎さ」を理由とした最初の例とされるのは *Thornhill v. Alabama* 判決である<sup>(1)</sup>。その事件で最高裁は、平和的なピケティングは自由な言論としての保護を受ける資格を持つておりとし、そして、すべてのピケティングを禁止するアラバマ州法（それはまた、州裁判所によって何らの制限的解釈も加えられていなかった）を無効とした。あいまいさを理由とするものとしては、まず、*Stromberg v. California* 判決<sup>(2)</sup>があげられる。これはカリフォルニア州の「赤旗」法に関する事件で、ここでは、その州法は文面上、および、有権的に解釈されたものとして、自由な政治的な討論の処罰を許す程にあいまいかつ不明確であり、修正一四条の中に含まれている自由の保障に反する、とされた。この判決はそれ以前から刑事処罰を中心に発展させられていた「あいまいさの故の無効」理論<sup>(3)</sup>に沿って出されたものである。

販売する意図をもって犯罪を呼び起すような出版物を所有するということを処罰する州法を無効とした *Winters v. New York* 判決<sup>(4)</sup>も、言葉としては「あいまいさ」を理由としていた。そこでの実質的な理由づけは、その法律がどんな行為が処罰されるかということについての公正な警告を与えることができず、従って、修正一四条の諸原理によって保障されている表現（活動）に対する禁止を含み込んでいる、ということであった。その判決は内容的には *Thornhill* 判決に基づいているものと考えられるが、しかし、それが先例としてあげたのは *Stromberg* 判決であった。これは最高裁がこの種の事件における「あいまいさ」による文面上無効判決と「過度の広汎さ」による文面上無効判決との基本的な同質性を認識していなかったためであるとされている<sup>(5)</sup>。すなわち、「あいまいさ」に関する諸事

件では、実際には州法は少くとも解釈されたものとしては「あいまい」ではなかったのである。問題は、その州法の「広汎さ」とか「一掃的な sweeping」性質だったのであり、従って、すべての被告人に対してその法律の違憲性の主張を許すべきかどうかということであった。<sup>(6)</sup>それは「過度の広汎さ」の問題である。そして、かりにこれらが「あいまいさ」の問題だったとしても、憲法上保障された言論・出版の権利に対する広汎にすぎる規制というのは、文言上あいまいな法律だけでなく、文言上明確な法律によっても生じうるのである。その意味ではこの分野においては「あいまいさ」の故の無効というのは「過度の広汎さ」の故の無効の中に含み込まれるわけである。従って、この分野での「あいまいさの故の無効」は不必要であるという見解が出されている<sup>(7)</sup>（ただし、このことは「過度の広汎さの故の無効」理論が有効である間は、という限定がつけられねばならないであろうが）。要するに、「過度の広汎さの故の無効」は、「あいまいさの故の無効」も含めて、修正第一条に関する法律の文面上無効論を総称していると考えてよいであろう。

- (1) *Thornhill v. Alabama*, 310 U. S. 88 (1940).
- (2) *Stromberg v. California*, 283 U. S. 359 (1931).
- (3) 「あいまいさ」または「不確実さ」の故の無効の理論は「手続的デュープロセスにおける不確実さ」と「実体的デュープロセスにおける不確実さ」の二つに分けられるとされている。「手続的な」事件とは、裁判のための妥当な基準を提供できないというだけでなく、その禁止に服する人々に対する適当な警告を与えることもできないような法律に、最高裁が関心を持った諸事件である。「実体的な」事件とは、憲法によって、それも通常は修正第一条の諸原理によって保護されている行為を禁止する程に広汎で一掃的であるような法律の文言に、最高裁が関心を持った諸事件である。前者の問題は、被告人となり得べき者に対して刑事制裁についての公正な警告 (fair notice) がなされていたかどうかということである。後者においてもその問題

は含まれている。しかし、ここでの問題はそれ以上に、その法律の持っている制裁が修正第一条の諸原理による保障の範囲内の行為に対しても適用されることになるかどうか、ということである。すなわち、前者においては通常は、立法機関がその禁止をなすべき権限を持っていたかどうかという問題を含んではない。しかし、後者では、実体的な憲法上の保障が絡んでいるために、立法機関がその行為を禁止すべき権限を持っているか否かが問題となるのである。本文で述べたように、後者の諸事件は修正第一条の諸原理を侵害していると宣言することによって解決され得るために、前者が「真の」不確実さに関する事件であるのに対して、後者は「みせかけの」不確実さに関する事件であるとされている。Collings, *Unconstitutional Uncertainty-An Appraisal*, 40 Cornell L. Q. 195, 196—198, 220 (1955).

- (4) *Winters v. New York*, 333 U. S. 507 (1948).
- (5) *Bernard, Avoidance of Constitutional Issues in the United States Supreme Court: Liberties of the First Amendment*, 50 Mich. L. Rev. 261, 277 (1951).
- (6) *Ibid.*, p. 276; *Collings, op. cit.*, pp. 218—219.
- (7) *Collings, op. cit.*, p. 220.

## 二 適用上の無効と文面上の無効

### (一) 「適用上」の審査

広汎にすぎる法律に対する裁判所による審査の方法は理論上は二通りある。すなわち「適用上」の審査と「文面上」の審査である。「適用上 as applied」の審査によった場合には、法律の合憲性はその事件におけるその法律の適用に関して個々の吟味されることになる。すなわち、そこでの適用が合憲的であればその法律はそのまま適用され

ることになり、逆に、違憲であれば適用上違憲とされ、それ以後その法律はその適用の部分だけ切り取られたということになる。この審査方法の主要な根拠は制度的な制約を理由とする司法的自己抑制の必要性、および、判決は実際的な資料の評価に限定されるのが望ましいということである。それは制度的な摩擦をできるだけ少なくしようと意図しているが、しかし、憲法問題を全く回避しようとするのではなく、むしろ、その問題を実際上できる限り裁判所の手元にある状況に限定しようとするものである。<sup>(1)</sup>そして、広汎にすぎる法律のもつ欠陥は文面上の無効化以外の他の手段（すなわち、法律の執行を委任されている行政官による合憲的な型の形成とか、裁判所による制限解釈など）によって治癒されるであろうとする。<sup>(2)</sup>

この「適用上」の理論は、その中に standing（違憲の主張の適格性）の問題をも含み込んでいる。つまり、違憲性を主張する当事者に対してその法律が適用される際には合憲であるという場合には、それが仮想的な状況に違憲的に適用される可能性があるという理由に基づいてその法律の合憲性を攻撃することは許されない、ということである。右の攻撃は「第三者の権利」<sup>(3)</sup>の主張であり、代理的な性質を持っている。従って、「適用上」の方法の要求（憲法上の異議の申し立ては主張者自身の権利が侵犯されているということの証明に基づいてのみ成功しうるという要求）から、必然的に拒否されるべきであるとされるのである。<sup>(4)</sup>しかし、このように具体的な適用によって制定法を判断するという方法は、修正第一条の分野においては実務上の根拠を失ってしまってきている。それはなぜか、その答えは、文面上の審査方法をとるべき根拠づけの中に見い出される。<sup>(5)</sup>

## (二) 「文面上」の審査

「文面上 on its face」の審査方法は当該事件における事実にかかわらずある法律の合憲性を文面上判断するものである。これによれば、場合によっては仮想的な状況への違憲な適用の可能性があるということを理由としてその法律を無効とすることになる。この審査方法の根拠は、一般的には修正第一条の権利は優越的な（特に保護されるべき）性格を持っている、という点にある。そして、特殊的な根拠は、憲法上の権利を与えられた行為に対して向けられた広汎にすぎる法律の実際上の適用は、その適用自体のもつ害害だけに限られるものではない、ということの認識の中にある。つまり、広汎にすぎる法律がこれらの諸権利の行使に対して与える「阻止的な圧迫 deterrent impact」あるいは「ぞっとさせるような効果 chilling effect」を除去することの必要性ということなのである。<sup>(6)</sup>更に、より特殊な関心としては、表現活動に干渉すべき権限の立法府による委任は正確に起草されねばならないという要求があるとされている。<sup>(7)</sup>これらの根拠（とりわけ chilling effect）がなぜ広汎にすぎる法律の「適用上」の無効ではなく、「文面上」の無効の判決を要求するかは以下の通りである。

まず、修正第一条の諸権利を制約する広汎にすぎる法律をその事件ごとの基準（ad hoc test）に基づいて切り取ってゆくという過程を考えてみよう。そこでの審査は、当該事件での行為による社会的損害と行為自体のもつ憲法上の価値についての比較衡量に依存している。そのような個々の比較衡量は有効な適用と無効な適用とをより分けるかもしれない。しかし、そのような審査のつみ重ねは常識的な変化要素（variables）を収集せしめるにすぎない。<sup>(8)</sup>つまり、そのような過程は広汎にすぎる法の chilling な効果を治癒できない——その他の行為者に対して、彼自身の特定の主張とか行為が裁判所によってまちがいに判断されるといことを保障することができない——のである。<sup>(9)</sup>

次に、右のように、個々の事件毎での審査は可能であるがしかし、それは広汎にすぎる法律に対して実効的ではないといった状況ではなく、そもそも法律が裁判所によって審査され難いといった状況を考えねばならない。すなわち、適用上の審査方法は、憲法上保障された行為を威嚇するがしかし、司法的な強制手続に基づくかなかったり、あるいは、司法審査をそのまま受け入れるような行政手続の記録の上に正式に載せられないといった脅威とか圧迫を除去するには、不適當なのである。このような状況は公権力による何らかの声明とか慣行 (practice) とかによって生ぜしめられ得る。これに類する状況を生ぜしめる法律の例としては、その合憲性の判定が *all or nothing* であるような種類の法律があげられる。すなわち、そのような法律は一度有効とされてしまうと、その後の *case by case* による切り取りが困難となる。従って、ここでも適用上の審査は好ましくないのである。このような適用上の審査に基づく欠点が、反面では、広汎にすぎる制定法はその *chilling effect* の故に、文面上の審査を受けねばならないという根拠づけとなっているのである。

右のような要求は、*standing* との関連でいえば、違憲を主張する当事者に対してその法律が適用される場合には合憲であるとしても、彼は違憲の主張をすることが許される、ということの意味する。ここでは、更に徹底して、最初の行為者に対して彼自身の活動の性格にかかわりなく違憲の主張をすることを許容することになる。ここでの彼の主張は第三者の権利の主張ではなく、彼自身の地位に基づく主張なのである。

- (1) Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, 83 Harv. L. Rev. 844, 849 (1970). 本稿の「大部分」とりわけ第四節はこの論文に依拠するものである。



(2) Ibid., p. 851.

(3) 第三者の権利の主張に関つては Sedler, Standing to Assert Constitutional Jus Tertii in the Supreme Court 71 Yale L. J. 599 (1962). 芦部信喜「憲法訴訟における当事者適格」憲法訴訟の理論五五頁。

(4) Note, The First Amendment Overbreadth Doctrine, op. cit., pp. 847—848. なお、このことと宣言するところの判決とを比べ、Stern, Separability and Separability Clauses in the Supreme Court, 51 Harv. L. Rev. 76, 84 (1937).

(5) 修正第一条に関する文面上審査が一般化する以前の時期、および、修正第一条以外の分野では、この文面上審査は「不可分性」の問題として把握される。これについては、Stern, op. cit., pp. 76—105; Note, Supreme Court Interpretation of Statutes to Avoid Constitutional Decisions, 53 Col. L. Rev. 633, 639—643 (1953). 例えは、Note, Inseparability in Application of Statute Impairing Civil Liberties, 61 Harv. L. Rev. 1208—1211 (1948) であつて、本文で述べたような「阻止的な効果」の問題を「不可分性」のための根拠づけとして論じている。「不可分性」の問題については、これ以上は論じない。なお、拙稿「違憲審査制と合憲解釈の問題」早稲田法学会誌二四卷三八七頁。

(6) Note, The First Amendment Overbreadth Doctrine, op. cit., pp. 852—858. なお、chilling effect 理論の機能は実体的機能と手続的機能とに大別される。これは広汎にすぎる法律のもつ chill が行為に対してする妨げとなるという側面、および、同時に訴訟当事者となることに対する妨げとなるという側面を反映するものと考えられる。後者の手続的機能は更に、(a)訴訟そのものについての障壁の除去、および、(b)違憲性を主張すべき適格性の是認、に区分され得ると思われる。この点はどれだけ明確に分けられるかについて疑問の余地もあるが、もし chilling effect の理論が認められていないならば訴訟そのものが認められないであろうという場合、例えば、まだ実際に起訴されていない者がその法律に基づく訴追のおそれがあることを理由として宣言的判決とか、あるいは差止命令を求めるといった場合などは右の(a)にあたると思われる。(参照、Dombrowski v. Pfister, 380 U. S. 479. 芦部「憲法判断の回避と裁判所の憲法保障機能」前掲書三三九頁)すなわち、事件の成熟性とか、連邦の裁判所による州裁判所への敬讓に基づく自制とか、裁判所の審査に至るまでに他の可能な手段をすべて尽すべきことの要求、といった司法的自己抑制に基づく障害がこの理論によってとり払われるような場合である。これに対して、例えば刑事訴

追のように、訴訟そのものの成立については何ら問題がなく、ただ審査の仕方が問題、すなわち、違憲の主張の適格性という意味での standing だけが問題であるという場合が (b) にあたる。本文での叙述（適用上審査の方法に反対するものとしてのこの理論の機能）は、主としてこの (b) に対応している。(a) にあたる部分も「過度の広汎さの故の文面上無効」に密接に関連している（場合によってはそれを一つの条件とする）のであるが、これ以上は立ち入らない。Note, *The Chilling Effect in Constitutional Law*, 69 Col. L. Rev. 808—822 (1969).

この理論の実体的機能という点については問題がある。広汎にすぎる法律は「阻止的な」効果をもつからできるだけ速やかに文面上無効とされるべきだ（あるいはそのような機会を与えられるべきだ）という手続的機能に対して、実体的機能とは、ある法律は何らかの理由で「阻止的な」効果を持つからそれは過度に広汎なのであり、従って無効とされるべきだ、ということとを意味するものと思われる。とすると、この場合には、単に「阻止的な」効果があるということよりも、なぜ憲法上保障された行為に対する「阻止的な」効果が生じるのか、ということの方が重要である。あいまいな許可基準の設定とか、無拘束の裁量権の賦与とかはその例であろう。このように、実体的な機能という面においてはこの理論はそれ自体として独自の意味を持つことはできないということは注意されるべきである。従って、*chilling effect* 理論の主たる役割はその手続的機能にあるとしてよいのではないかと思われる。なお、実体的な意味での *chilling effect* がどの分野でどのように読み込まれるかについて、*Ibid*, pp. 822—830.

(7) Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, op. cit., pp. 856—858.

(8) *Ibid*, pp. 865—871. なお、この *ad hoc standard* が集積されている分野の例として、公けの場所での表現活動（デモ行進、ピラマキ、演説）があげられている。

(9) このことは「広汎にすぎる法のもつあいまいさ」とも表現されている。すなわち、広汎にすぎる法律を事実中心の適用上審査によって切り取ってゆこうとする場合に生ずる弊害は、文面上あいまいな法のもつ弊害そのものである、と。というのは、まず、ある一貫した基準がないために、人は文字通りの範囲をではなく、許容され得ると思われるような範囲を考えねばならない（公正な警告の欠如）。更に、許可とか訴追のための基準がないために、当局の検閲的、より好む的な決定がなされる危

險が存する'からである。Ibid, pp. 871—874.

(10) このような例として、警察によるデモ行進者についての情報収集とか、わいせつ文書委員会の活動とかがあげられている。Ibid, p. 876.

(11) この例として、全面的な開示を要求する（匿名禁止の）法律とか、市民的無能力（雇傭拒否）に関する法律がある。Ibid, pp. 877—882.

(12) Ibid, p. 848; Note, The Void-For-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, 109 U. Pa. L. Rev. 67, 97 (1960).

### 三 文面上無効判決と司法的な書き直し（判決上の代替手段）

裁判所の前で憲法上の異議が申し立てられている法律が広汎にすぎると、と思われる場合であっても必ずしも文面上の違憲判決がなされるとは限らない。そのような法律が連邦法である時には、むしろ、何らかの制限解釈を加えてその制定法を有効とするのが原則的な態度だとされていたのである。共産党に対する規制が問題となった *Dennis v. U. S.* 判決<sup>(1)</sup>では、最高裁は、（適用される限りにおいてその法律は合憲であるとして *standing* を否定するということ<sup>(2)</sup>をせずに）、被告人の過度の広汎さの抗弁に依ってスミス法の制限的解釈<sup>(3)</sup>を行った。その中でビンソン裁判長は次のように述べていた。「……連邦の立法を憲法の要求と矛盾することのないようなしかたで解釈するというのは連邦の裁判所の義務である。……我々は……州の裁判所が州の制定法に対して連邦憲法と矛盾するような意味を付与してしまっているところの……*Thornhill v. Alabama* 事件と同種の事例に直面しているわけではない<sup>(4)</sup>」。破壊活動の分野においてはこの判決のあと *Yates v. U. S.* 判決<sup>(5)</sup>が続ぎ、抽象的な原理の鼓吹は憲法上保護されるとされてきている。

これに関連して結社の自由に関して制限解釈を加えたものとしては、*Scales v. U. S.* 判決<sup>(5)</sup>および、*Noto v. U. S.* 判決<sup>(6)</sup>がある。ここでは、連邦のスミス法の会員条項（政府の暴力的転覆を鼓吹するような組織にそれと知って会員となることを禁止する条項）に関して、それは、破壊的な組織における故意の会員のすべてに及ぶのではなく、その組織の不法な目的を遂行しようとする特別な意図を持った積極的な会員としての参加者だけに及ぶ、としたのである。<sup>(7)</sup>

しかし、この後者の判決のアプローチはその後の二つの判決によって拒否されている。まず、*Aptheker v. Secretary of State* 判決<sup>(8)</sup>は、破壊活動規制法（SACA）の第六条（その組織が破壊活動規制庁に登録されたかまたは登録すべき最後の通告を受けたような組織であるということを知っているかまたは気づいているような共産主義組織の構成員に対して海外旅行を禁止している）が、あまりに無差別に修正第五条の実体的デュープロセス上の旅行する権利を一掃しているとした。すなわち、ここでは「積極的な会員としての参加」および「特別な意図」を読み込むことが拒否されたのである。<sup>(9)</sup>次いで *U. S. v. Robel* 判決<sup>(10)</sup>は SACA の第五条(a)(1)(D) 項（前記の構成員が、指定された防衛施設での仕事に従事することを非法法とする）を、修正第一条に違反するとした。その理由は、その条項は個人の結社行為による連邦政府への脅威についての判断もなしに、「文字上」結社行為による有罪を定め、そのようにして、憲法上保障されている結社の自由を押え込んでいるということにある。すなわち、*Aptheker* 判決にならって、「積極的な会員としての参加」および「特別な意図」を読み込むことを拒否したのである。そして、「問題の条項の明確さと正確さは、事実上の書き直しなしにその無差別な射程と広汎にすぎる範囲とを狭めることを不可能としているのである<sup>(11)</sup>」とした。

この Robel 判決での Scales-Noto 判決のアプローチの拒否をどう理解するかについては見解が分かれている。すなわち、ある論者は、これらの判決は、過度に広汎な結社に関する制定法の司法的な書き直しということについての最高裁の大きな不満を示しているものであり、そして、結社活動に対する規制が有効であるためには、その規定が右の「積極的な会員としての参加」および「特別な意図」という要素を文面上含まなければならないということを要求しているのだ、<sup>(4)</sup>としている。また、他の論者は次のように述べている。すなわちその判決は最高裁がもはや Scales-Noto 準則は結社への入会に負担を負わせている法律の過度の広汎さを除去するのに十分だとは考えていないということを意味している。つまりそれらの準則は「問題の組織の特徴とか、あるいは、その不法性の性質とかについて個別的に焦点をあててはいないのであり、更に、禁止を是認するような害悪を生ぜしめる十分な蓋然性を結社への入会が引き起すかどうか、という問題に関連した多くの変化要素に焦点をあててもない」<sup>(4)</sup>からである。ここでは、Scales-Noto 準則についての評価が分れている。この評価の問題についてはここでは立ち入る必要はない。これまでことからここで注意すべきは次の諸点であろう。

まず、連邦の制定法に關しても「過度の広汎さの故の無効」の理論が適用されるということである。しかし、いわゆる制定法解釈の原理（ブランドイス第七準則）を根拠として制限解釈が施され、文面上無効判決が回避されることも多いのである。文面上判決を行った *Aptheker* および *Robel* 判決は制定法解釈の原理とは逆の「書き直し禁止」の格率（no-rewriting maxim）といわれるものを宣言している。しかし、このような宣言は何ら実質的な説明にはならないことは言うまでもない。ではこの両者はどのように使われられるのであろうか。この問題は、後に述べる

ような「過度の広汎さの故の無効」の理由づけに関するアプローチでは解決できないものである。すなわち、ここでは、もともと法律が広汎にすぎることと認識した上で（というよりもむしろ、その故に）書き直すのだから。右に述べた見解のうちの前者はそれに部分的に答えていると解することができるかもしれない。すなわち、修正第一条の權利に関する準則がひとたび宣言された場合には法律はその準則を立法府によって文面上書き込まれるということが要求される、と。これに対して後者の見解はこの問題について次のように論じている。すなわち、修正第一条の權利に関する準則（*per se rules*）に基づき、憲法上有効な適用と無効な適用との区分線が、もし存在するならば、憲法上の限界内でその法律を支持することは可能であり、かつ望ましい。というのは、それは、立法目的に最大限の便宜を与え、同時に切り縮められた制定法をもたらすという点において、文面上審査および適用上審査の両者の理論を満足させるからである。そして、ある法律が制限的解釈を受け入れることができるかどうかは、その準則がその法律の過度の広汎さに対する説得力ある治癒と考えられるかどうかにかかっている、と。<sup>44</sup>

この論者によれば、そのような準則の一般的特徴は次のようなものである。<sup>45</sup> まず、(i)問題の分野毎に（例えば、わいせつとか名誉毀損とか）形成されること。(ii)準則自体が明確であること。そのためには様々な変化要素の中から二、三の要因を重要な地位（*per se status*）に高めている必要がある。そうでないと、結局行為者にとって明確なものとはなり得ないから（すなわち、考えるべき要因がふえればふえる程、ある表現行為が憲法によって保障されているか否か判断しがたくなるから）である。(iii)規制が許されないような類型の適用を切り離すこと。この点が一番重要であるが同時に困難な問題である。例えば、名誉毀損に関する *Sullivan* 準則<sup>46</sup>とか、わいせつに関する *Roth-Memo-*

his 準則はそれ自体として有用であるとされてはいるが、これらは表現行為の性質に焦点をしばって規定されているため実害が少ない行為までも含み得るのであり、その結果、憲法上保護されないような言論についてまだ包括的に定めすぎているのである。従って、損害を生ぜしめる蓋然性についての（危険性の）テストが補足的なテストとして必要である。なお、この危険テストは手元の事実に強く支配されるものであるため、それだけでは適用上審査による切り取りと同じであり、少くともこの問題に関しては危険テストだけが独自に存することはできない<sup>(49)</sup>。ここでの準則は保障的すぎる位のもでなければならぬのである。以上が、制限解釈の前提となり得るような準則の一般的特徴であるが、具体的な例としては、右の Sullivan 準則がそれにあたるとされている。すなわち New York Times Co. v. Sullivan 判決<sup>(50)</sup>では、最高裁は、公けの問題に関する言論はそれが事実上の悪意に基づく（すなわち、故意であったり、あるいはむこうみずに真実を無視したりする）ものでない限りは憲法上保障されている、として、文書による名誉毀損に関するアラバマ州のコモンローをこれに反するものとした<sup>(51)</sup>。この判決での準則を利用して文面上の無効を回避した例として Time, Inc. v. Hill 判決<sup>(52)</sup>がある。ここでは、この準則をプライバシーの問題に関して利用したのである。精神的自由に関するこのような準則の形成は、いわば立法者の残した仕事の裁判所による完成である。そして、右のような準則が作られ得たのはその背景にこの名誉毀損に関する裁判所の長い経験があったからである<sup>(53)</sup>。この点からすれば、裁判所にとって余り経験のない問題である場合だとか、経験があっても有効なものが出てきそうもない場合<sup>(54)</sup>には、「書き直し」は本来立法府の仕事とされるべきなのである。

右の見解によれば、司法的な「書き直し」の意義は積極的に評価されるのであるが、それにもかかわらず、精神的

自由に関する「十分に保障的な」準則を形成するのは困難であるということによって、事実上「書き直し」が是認される余地は少なくなることになる。従って、今後最高裁がこの見解に沿って制限解釈の問題を処理してゆくという見通しも立てにくいのではないかと思われる。ここでの「書き直し」の問題は「制定法についての二つの可能な解釈において、一方によればそれが違憲となり、他方によればそれが有効となるという場合、我々の平明な義務はその法律を救済するようなものを採用することである」という制定法解釈の原理の宣言とか、「議会が書いたものは、それが書いたものをこのように解釈したり、削除したりすることを許さないのである」という「書き直し禁止」の格率の宣告とかによつては何ら解決されはしないのである。いずれにせよ、「過度の広汎さ」が認められた場合であっても、文面上の無効判決はこの精神的自由に関する準則に基づく制限解釈（事実上の書き直し）の成否により制限されているのである。

- (1) *Dennis v. United States*, 341 U. S. 494 (1951).
- (2) この制限解釈に対する批判については、*Note*, *Supreme Court Interpretation of Statutes to Avoid Constitutional Decisions*, *op. cit.*, p. 650; *Bernard*, *op. cit.*, pp. 282—285, 291—295.
- (3) 341 U. S. 494, 501—02 (1951).
- (4) *Yates v. United States*, 354 U. S. 298 (1957).
- (5) *Scales v. United States*, 367 U. S. 203 (1961).
- (6) *Noto v. United States*, 367 U. S. 290 (1961).
- (7) これらの判決について、田中英夫「共産党取締に関する合衆国最高裁判所の最近の三つの判決」ジュリスト二二三二号三二頁以下参照。



- (8) *Apieker v. Secretary of State*, 378 U. S. 500 (1964).
- (9) この意味で、これは修正第一条に関する事件でもある。すなわち、この判決は結社の自由に関する判決である *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U. S. 449 (1958) を参照しており、また、ブラック判事の補足意見は、修正第一条違反を明示している。378 U. S. 500, 518 (1964).
- (10) *United States v. Robel*, 389 U. S. 258 (1967).
- (11) *Ibid.*, at 262.
- (12) *Sax, Judicial Rewriting of Overbroad Statutes: Protecting the Freedom of Association from Scales to Robel*, 57 *Calif. L. Rev.* 240, 253, 260 (1969).
- (13) *Note, The First Amendment Overbreadth Doctrine*, *op. cit.*, p. 899.
- (14) *オランダ*、右の論者は、この第一般化してはいない。むしろはただ、その論旨を広げてみただけである。
- (15) *Note, The First Amendment Overbreadth Doctrine*, *op. cit.*, p. 862, 882, 896.
- (16) *Ibid.*, pp. 884—889.
- (17) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964).
- (18) *Roth v. United States*, 354 U. S. 476 (1957); *A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Attorney General*, 383 U. S. 413 (1966). *オランダ*、*オランダ* *Engdahl, Requiem for Roth: Obscenity Doctrine Is Changing*, 68 *Mich. L. Rev.* 185 (1969).
- (19) なお、後述(第五節の(二))するように、ある法律が違憲的に広汎にすぎるとするための理由づけとして用いられる場合の準則は、その法律が憲法上保障されている行為を含み込んでいるということを示すための消極的なものであるから、多少不十分なものでよい。しかし、ここでは法律の書き直しのための積極的な基準という意味をもつために、十分に保障的なものでなければならぬ。これである。 *Note, The First Amendment Overbreadth Doctrine*, *op. cit.*, p. 891, 897.
- (20) 376 U. S. 254 (1964).

- (21) この判決の註釋について Kalven, *The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment"*, 1964 Sup. Ct. Rev. 191, 201—221.
- (22) *Time, Inc. v. Hill*, 385 U. S. 374 (1967). Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, op. cit., p. 896. なおこの判決についての註釋は Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, 56 Calif. L. Rev. 935, 956—967 (1968).
- (23) Kalven, op. cit., p. 215, 220; Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, op. cit., p. 890.
- (24) このような場合の例として、治安妨害 (breach of peace) の分野があげられている。Ibid., p. 890.
- (25) ただし、この論者によっても、表現活動の分野によって準則の十分性についての要求の程度が変化することが示唆されている。Ibid., pp. 918—927.
- (26) *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Co.*, 301 U. S. 1, 30 (1937).
- (27) *ACA v. Douds*, 339 U. S. 382, 422 (1950). ただし、これはフランケンファーター判事の反対意見である。

#### 四 「過度の広汎さ」の程度

一九五〇年代に優勢であった利益衡量論 (interest balancing)<sup>(28)</sup> が、「利益」を中心に吟味をする、すなわち、統治上の利益と表現や結社の側での利益との比較衡量をするのに対して、この「過度の広汎さ」の吟味方法は、その中心に「範囲」の問題を据えるのである。<sup>(29)</sup> 従って、かりにある法律の助成する諸利益の程度が修正第一条の諸自由に対する侵害の程度よりも価値があるとされるときも、その法律が憲法上保障された活動に対する一連の侵害を包括しているならば、それは非難されるのである。ただ、修正第一条の権利を規制する法律が広汎にすぎるとする場合、

その「広汎さ」とはどの程度のもを指しているのかが考慮されねばならないであろう。これに関しては一般的に次の二つの指標があげられている。<sup>(3)</sup> すなわち、まず、ある法律は、それ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、ということである。この相当な過度の広汎さの準則 (substantial overbreadth rule) は chilling effect についての次のような前提に基づいている。すなわち、最も注意深く作り出された法律でさえ、憲法上保障された活動に対して何らかの chilling な効果を持つであろう。しかし、裁判所によって審査され得るのは相当程度に広汎にすぎる法律による chill (脅威) の問題だけである、という前提である。<sup>(4)</sup> 法律の過度の広汎さというのはその法律が関心を持っている社会的な損害に関して明確に、また狭く焦点をしぼるということについての失敗を意味する。過度の広汎さを理由とする無効判決の任務は、立法機関が、法律による干渉を正当とするような非表現的な諸行為を個別的かつ具体的に規制してゆくように導びき、そのようにして、憲法上保障された活動に対する障害を最少限にさせる、ということなのである。

次に、問題となっている法律によって影響を及ぼされている範囲は修正第一条の諸利益を相当に含むものでなければならぬ (打撃の範囲)。問題の法律が主として、修正第一条の諸利益を全く帯びていないような活動を適用範囲としている時には、裁判所は適用上の審査方法によるばらばらの切り取りという方法を利用することができるのである。なお、ある法律が修正第一条の利益を侵害するものであるかどうかは、その法律の文言によってではなく、實際上の効果から判断されねばならない。<sup>(5)</sup> この問題はその法律によって影響を与えられる行為の性質に関連している。すなわち、例えば暴動に対する刺激は、それ自体は憲法による保障の範囲内のものであるとは通常は考えられてはいな

い。しかし、その「刺激」の罪はしばしば、明らかに修正第一条の諸利益を帯びていないはずの演説をなし主張を宣伝するという行動に関連しているのである。このように、ある法律が過度の広汎さの故に無効とされるにはその適用範囲の内に修正第一条によって保障される諸活動を相当程度に含むことが必要なのである。

一般的な指標については右の通りであるが、それぞれの問題分野においていかなる広汎さが致命的なものとされるのか、というこの過度の広汎さの程度の問題に関して、最高裁自身は何の示唆も与えてはいない。しかし、最高裁の実際の処理の仕方から考えると、問題は次の三つの種類に大別できるとされている。<sup>(6)</sup> すなわち、それらは(イ)公衆が関心を持っている事柄に関する特定の見解の鼓吹を抑圧すべく作用するような「検閲的な censorial」法律、(ロ)表現的あるいは結社的な行為を侵害するが、しかし、その打撃は鼓吹されようとしている見解に関しては中立的であるような「禁止的な inhibitory」法律、(ハ)修正条項の範囲内にある諸価値を助成するために、修正第一条の保障する活動を妨げるところの「補修的な remedial」法律である。そして、禁止的な法律を無効とするためには検閲的なそれの場合よりも、より大きな程度の過度の広汎さが必要とされる。また、不正確に起草された補修的な法律に対する裁判所の許容度は大きい。このことは、最も深刻な憲法上の悪は政府による検閲、すなわち、自由に表現され得る見解と自由に表現され得ない見解とについての公権力による選定である、という修正第一条についての理解と適合しているのである。

「過度の広汎さ」の理論が最も活発に使用されているのは、この検閲的な法律、すなわち、破壊的な鼓吹またはそのような結社への加入に負担を負わせる（処罰・忠誠宣誓・雇傭拒否）法律に関してである。<sup>(7)</sup> このような法律は、そ

れらが、政府の干渉を正当とするような政治的な暴力、サポータージュ、スパイ行為などに非常に注意深く焦点をあてていない場合には、単に彼らの見解の故に彼らを処罰するという事になってしまう。従って、この分野での「過度の広汎さ」の理論の利用は十分に正当化されるのである。また、書き直しの問題に即して言えば、初期のスミス法から生じてきている精神的自由に関するあまり保障的でない準則の使用の拒否についても同様に正当とされるのである。なお、全面的な開示に関する法律は、特定の見解をより分けるといふことはないが、不人気な（少数派の）見解を私的な報復にさらすことになるため、この検閲的な法と同様に考えられるとされている。<sup>(8)</sup> 補修的な法律はこの検閲的な法律の対極に置かれる。最高裁は、論争的な問題に関する電波媒体の取り扱いにおける公正さ、を助成するために考案された FCC 規制に対する過度の広汎さの攻撃をしりぞけている。<sup>(9)</sup> それらの規定は相対的に粗雑なものであったが、電波にのせる機会を許可するに際しての私的な「検閲」を挫折させるという目的が「過度の広汎さ」の基準の緩和を正当化したのである、とされている。最高裁が伝統的に回避の技術を積極的に利用し、また、「過度の広汎さ」についてのより緩い基準を用いてきている分野、例えば、ロビー活動とか、選挙運動における寄付金とかの分野もこの、「補修的な」効果があるためだとされている。<sup>(10)</sup>

- (1) 利益衡量論については、エマーソン、小林直樹・横田耕一訳「表現の自由」九四—九八頁、奥平康弘「表現の自由」日本国憲法体系七卷一〇六一—一八頁、山口和秀「アメリカにおける表現の自由と比較衡量論」岡山大学法学会雑誌二〇巻三号など。
- (2) Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, op. cit., pp. 845—846, 911—918.
- (3) Ibid., pp. 858—862.
- (4) Ibid., p. 859. なお、*“substantial overbreadth”* について *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U. S. 601 (1973). 芦部教授は

これを「実質的な過度の広汎性」とされる。芦部信喜「公務員の政治活動の自由」ジュリスト五六九号二五頁。この判決では「単なる言論ではなく行為が問題となっている場合には」という限定が付されている。

(5) Note, The First Amendment Overbreadth Doctrine, *op. cit.*, p. 861, note 65, 67 at 861.

(6) *Ibid.*, pp. 918—927. 以下の叙述はこの部分から、検閲的な法律および補修的な法律に関する部分だけを紹介したものである。

(7) これらの諸判決について、*Ibid.*, note 289 at 919.

(8) この例として、*Shelton v. Tucker*, 364 U. S. 479 (1960). これについては後述する。

(9) *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U. S. 367 (1969). この問題については、ジュリスト五七三号（マス・メディアへのアクセス権）参照。

(10) これらの例について、*Ibid.*, note 297—299 at 920.

(11) これらの中間に存する「禁止的な」法律に関する部分については様々な論点があるがここでは触れない。*Ibid.*, pp. 921—927.

## 五 「過度の広汎さ」の証明方法（理由づけ）

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策（ただし、これは実際には過度の広汎さの故の無効判決の理由づけとして表明されるわけであるが）にはいくつかの型がある。よく引き合いに出されるのはLRA（より制限的でない他の手段、less restrictive alternatives, less drastic means）のテスト（審査基準）である。しかし、無効判決はこの理由に限られるわけではなく、また、このテストが宣言されている場合でもそれが常に適切だったというわけではないのである。<sup>(2)</sup>ここではこれ以外の場合の一般的特徴を関連性の要求の問題としてまとめて考察す

る。ただし、事前規制とか広汎な裁量権の問題については別の取り扱いをしてみる。

#### (一) LRAの吟味

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、修正第一条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ことがある。<sup>(3)</sup> このような形で「過度の広汎さ」の証明方法が「より制限的でない手段」のテスト（基準）である。芦部教授はこの精神的自由に用いられるLRAのテストは「国家権力よりも権利に大きな比重がおかれた上で価値の衡量が行われることを要求し、そのような観点からの価値衡量に基づいて広汎な規制立法を排除することをねらいとしているところに、その根本的な重要性が見い出される」とされる。<sup>(4)</sup> このテストを宣言した一つの典型的な例とされる *Shelton v. Tucker* 判決では、公立学校の教員に対して、彼らの組織への加入に関するリストを提出することを要求しているアーカンサス州法を無効とするに際して、「立法による権利侵害の広さ」は公立学校の先生としての適性と能力を調査するという「基本的な目的」を達成するための「烈しさのより少ない手段」という点に照らして考えられねばならない、としている。ただし、それではそのような烈しさのより少ない手段とは何かを具体的に指示しているわけではない。このように、このLRAのテストは、とりわけ精神的自由に関して用いられる時には、それが広汎な規制立法を無効とする場合でも、「より制限的でない手段」とは何かを示さないというのが特徴である。そのため、このテストの使用は実際上はその結果を説明するわけではなく、単にそれを宣言しているにすぎないとされたり、あるいは、修正第一条に関しては、最高裁はまだこのテストを真に試みたことがないとされたりしている。<sup>(7)</sup>

たしかに、このテストの完全な実行のためには代替手段がどの位あるかとか、その効率とか、精神的自由に及ぼす影響とかをそれぞれについて比較衡量しなければならぬであらう。そのような仕事は制度的にみて裁判所にふさわしくはなく、また権力分立の見地から見ても疑問がある。従って、このテストが用いられた判決は次の二つに大別される。<sup>(9)</sup>まず、すでに知られた伝統的、合法的な手段が存しており、それがその効率において問題となっている手段と同等であるような場合である。この場合には結論が明らかなため詭弁的な利益衡量の必要性がないわけである。次に、広汎にすぎる規制の可能的代替手段は、その規制をそのままより狭くして書き直した規定であると考えられる場合である。例えば、*United Public Workers v. Mitchell* 判決でのダグラス反対意見に示されるような「非行政的な政府職員」を政治的行為の禁止から免除するような規定をハッチ法による禁止に對置させる、といったようにである。もっとも、これらの場合についても、LRAのテストは不要であったとする主張がこのテストに對する批判論者から出されている。<sup>(10)</sup>すなわち、第一の場合については、同等な効果を持ったいくつかの手段のうちのより規制の厳しいものの選択は、言論の抑圧がはじめから立法院の真の意図であったということを示唆しているのだからその点を強調すべきである、第二の場合については、根拠もなくある者の自由を制約する法律を無効とするにはデュープロセス（の利用）で十分である、と。しかし、このような批判にもかかわらず、もしこのLRAのテストが「過度の広汎さ」のいくつかの証明方法のうちのひとつとして位置づけられるならば、右のような場合にLRAのテストが肯定される余地は十分にあるように思われる。すなわち、裁判所の有する経験その他の条件によっては、伝統的な手段と問題となっている手段との比較論の方が容易であるという場合もあり得ると思われるからである。



なお、注意すべきことは、このLRAテストによる場合、「より制限的な手段」とは何かということを経験所が具体的に指示するわけではない（したがらない）ということに表現されているように、このテストによる「過度の広汎さ」の証明はあくまでも相対的な比較論にすぎないという点である。すなわち、このようなことの規制は絶対的に許されないとか、このような手段は絶対的に許されないとした、絶対的な内容づけは何ら示されないし、また示すつもりもないのである。この点はこのテストの一つの特色でもあり限界でもあろう。批判論者が「その判断過程をより説明しうるものにするようないくつかの基準の探究は、『猛烈さのより少ない手段』が最高裁に対して修正第一条に関する事件における有益な道具を与えているといった幻想を持たずに進められねばならない」としているのはこの点についているものと思われる。

## (二) 立法目的と手段の関連性の要求

このテストは、精神的自由を制約する法律はより狭く規定され *more narrowly drawn* ねばならないとする点において基本的に同一の思想から発している。ただ、LRAのテストの場合には問題の規制（手段）と「より制限的でない手段」との相対的な比較によってそれを実行するというのに対して、ここでは、そのような相対的な方法をとらないという点に差異がある。このテストはある立法目的とそれを実現するための手段との間に密接な関連性が存するべきことを要求する。より実際的には、精神的自由に関する何らかの準則に基づいて、その規制が不必要に修正第一条の保障する権利を侵害しているということを証明するのである。これは経済的自由に関する諸事件におけるような、立法目的と手段との間の何らかの「合理的なつながり」の要求より以上のものを含んでいる。また、このテスト

は通常は精神的自由に関する何らかの準則を前提とするという意味において、利益衡量論 (interest balancing) とは相容れないものである。<sup>64)</sup> すなわち、利益衡量論は少くともその純粹な形においては、問題となる規制毎に何らの基準にも依存せずに統治上の (規制の) 利益と規制される表現 (活動) の利益との間の比較衡量を行うものだからである。このように、「合理的なつながり」とか「利益衡量」とかに反対するという意味では、このテストは修正第一条の諸権利の優越的地位という思想を直接的に反映していると言えるであろう。これに対して、LRA のテストは基本的には「利益衡量」の中で精神的自由に大きな比重を与えるという意味で折衷的な色彩を持っていると思われる。<sup>65)</sup>

言論、出版の自由に関する有名な準則は「明白かつ現在の危険 clear and present danger」である。法律の違憲性の判定基準としての「明白かつ現在の危険」<sup>66)</sup> のテストは、「過度の広汎さ」の故の無効の初期の判決の中に見い出される。例えば、言論の一つの形態である平和的なピケティングまでも禁止するという程に、企業に対する侵害の危険が重大であるとか、切迫していると言えない、とした *Thornhill* 判決<sup>67)</sup> がそれにあたる。最近では、*Elfbrandt v. Russell* 判決<sup>68)</sup> は、忠誠宣誓に関するアリゾナ州法を、それが「特別な意図」をもった「積極的な会員としての参加」という準則に沿って限定していない (また、そのように解釈されてもいない) から違憲的に広汎にすぎると判決し、そして、修正第一条によって特に保障された結社の自由をおびやかすような法律は、州の実質的な利益に対して明白かつ現在の危険をなすような行為に限定し、それを処罰するように狭く定められねばならない、としている。この「狭く定められねばならない」というのは、言いかえれば、立法目的を達成するためには、その目的に害を与えるような行為のそれぞれについて焦点をしぼって規定しなければならない、とかあるいは、立法目的と手段との間に

は密接かつ直接的なつながりがなければならない、ということである。この吟味の手がかりとして一時退潮となった「明白かつ現在の危険」のテストが有効であるということが主張されている。<sup>19</sup> 右の判決をその文脈で理解することは可能であろう。ただし、後者の判決では実質的な理由づけはむしろ「特別の意図」をもった「積極的な会員としての参加」という結社の自由に関する準則である。このように表現（あるいは行為）の性質に的をしばった準則の例として、*Street v. New York* 判決がある。<sup>21</sup> ここでは最高裁は、治安の破壊に関する州法の規定が、「戦闘的な言葉」だけを処罰するように狭く規定されていないし、また、州裁判所によってそのように解釈されてもいない、としている。表現あるいは行為の性質に的をしばった準則が宣言されている場合には、端的にその規定はある準則に矛盾すると述べることもできると思われるが、この場合でも、反面からすれば狭く規定されていないことについての非難であると考えすることはできよう。なお、「直接かつ密接」というよりもより緩いつながり（nexus）のテストが表明されたことがある。例えば、初期の判決に属する *NAACP v. Alabama* 判決では開示（disclosure）と合法的な目的との間の相当な関連性の証明がないということを理由として法律の無効が宣言されている。<sup>22</sup> また、大多数の州の最高裁は相当なつながり（substantial nexus）のテストを採用しているとされている。<sup>23</sup>

「より狭く規定されねばならない」というこのテストの思想は LRA のテストと共通にするものであるため、しばしば、同じ判決がそのテストを根拠づけるものとして両者によって参照される。*Shelton* 判決はその例である。<sup>24</sup> これは最高裁による無効判決の理由づけが必ずしも一義的には読みとれないというためであろう。また、「より狭く規定されるべきである」という宣言も、実はそれ以上具体的な証明方法を頭に描いてはいないのかもしれない。そのため、

いくつかの同一の判決が両者のテストの実例とされるのであろう。しかし、だからといってこのテストとLRAのテストが同じものだというわけではない。すでに述べたようにいくつかの基本的な差異があることは疑いない。とりわけ、LRAのテストが手段相互の相対的な比較に基礎を置くのに対して、このテストは精神的自由に関する何らかの準則に依存して、「絶対的に」規制できない表現（とか行為）を手がかりにするという点が明らかに異ってくるものと思われる。

（三）事前規制と広汎な裁量権

公けの場所での言論の規制に関する諸事件を取り扱った初期の「過度の広汎さ」の諸判決は、行政官の裁量を導くべき確定的かつ個別的な許可基準による立法的な委任、の要求ということへの関心を示している。これらの判決は従って同時に「事前規制」に関する判決でもある。しかし *Near v. Minnesota* 判決にはじまる一連の諸判決は「事前規制」だけではなく、行政官に対してかなり広汎な裁量権が与えられていたということが問題だったとされている。それらの判決の後に出された *Saia v. New York* 判決は、公けの場所での拡声器を使用する者に対して許可を受けるべきことを要求している市条例が、彼らが許可を受けるべき拡声器使用の時間や場所等について明確な基準をもつて狭く規定されていない、という理由で無効としている。この判決の理由づけはそれ以前の諸判決の真の理由が何かということを押定させているのである。なお、*Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson* 判決は「冒瀆的である sacrilegious」という基準に基づいて映画の検閲を行うことは修正第一条および一四条の下では許されないとしている。ここでは、州裁判所による「冒瀆的」についての包括的な定義が問題となっているが、事の起りは「あいまいな」言葉によ

る広汎な裁量権の賦与である。ところで、このように行政官に対して明確な言葉によって広汎に、あるいは不明確な言葉によってあいまいに裁量権が与えられている諸事件における法律の無効化の理由づけを、事前規制における広汎な裁量権の賦与の問題として独立に論ずる意味があるであろうか。おそらく、論理的にはこの問題は、LRAのテストとか、関連性のテストとかにそれぞれ吸収され得るであろう。とはいえ、これらの分野での判決の多くは、最高裁が事前規制に対して特に厳しい目を向けているということとの脈絡で、よりよく理解しうるものであろう。従って、この問題を「過度の広汎さ」の証明方法(理由づけ)の一つの型と考えることは十分に意味があると思われる。

- (1) Note, *Less Drastic Means and the First Amendment*, 78 *Yale L. J.* 464, 465—466 (1969).
- (2) 芦部信喜「公務員の政治活動規制立法の合憲性判定基準」現代人権論二八五—二八六頁。Israel, *Elfbrandt v. Russell*: The Demise of the Oath?, 1966 *Sup. Ct. Rev.* 193, 217—218.
- (3) LRAのテストは元来「経済的な規制に関して用いられたものであるが、現在ではむしろ修正第一条の権利を中心に用いられている。経済的規制に関しては」Struve, *The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process*, 80 *Harv. L. Rev.* 1463 (1967)。芦部・前掲書・現代人権論三〇四—三〇五頁。
- (4) 芦部・前掲書二九九頁。
- (5) *Shelton v. Tucher*, 364 *U. S.* 479 (1960).
- (6) 芦部・前掲書二九五—二九九頁。
- (7) Note, *Less Drastic Means and the First Amendment*, op. cit., p. 464, 468.
- (8) これらの疑問に関しては芦部・前掲書・ジュリスト五六九号二二—二五頁参照。
- (9) Note, *Less Drastic Means and the First Amendment*, op. cit., pp. 469—470.
- (10) *United Public Workers v. Mitchell*, 330 *U. S.* 75, 120—126 (1946).

- (11) Note, *Less Drastic Means and the First Amendment*, op. cit., pp. 469—470.
- (12) *Ibid.*, p. 474.
- (13) 「合理性」の問題については、戸部・前掲書・ジュリスト五六九号一七一頁、より一般的には、同「合憲性推定の原則」と立憲事実の司法審査」憲法訴訟の理論一七頁以下参照。
- (14) フランクファーター判事は *Dennis* 判決の補足意見の中で、利益衡量はすべての言論の自由に関する諸事件において、最高裁にとつての妥当なアプローチである、としている。341 U. S. 494, 524—525 (1952). これに反して、*Konigsberg* 判決の中でハーラン判事は、言論の一定の形態、または、ある一定の脈絡の中での言論は、憲法上の保障の範囲外とみなされてきている。そして、言論の内容を統制しようと意図されたものではないような法律が付随的に言論を制約する時には、利益衡量が行われる、としている。*Konigsberg v. State Bar*, 366 U. S. 36, 49—51 (1961). ただし、このハーラン判事の見解は実際に首尾一貫して用いられてはいない（例えば、スミス法に関する事件）という批判もあるが。
- このフランクファーター意見に典型的にあらわれているような基準なしの *ad hoc balancing* とは逆に、種々の要因を斟酌して人権についての一定の準則 (*per se rules*) を形成しようとする、すなわち人権（ここはとりわけ表現の自由であるが）にいつの一定の定義づけを行おうとするのを *definitional balancing* とか、定義づけのアプローチとか呼んでいる。*Franitz, The First Amendment in the Balance*, 71 *Yale L. J.* 1424, 1434—1435, note 105 at 1449 (1962). エーモン・前掲「表現の自由」九八一—〇七頁、一〇九—一〇八頁。Emerson, *Freedom of Association and Freedom of Expression*, 74 *Yale L. J.* 1, 21—22 (1964). Nimmer, op. cit., pp. 942—948. なお、山口・前掲書九一—九三頁参照。
- (15) Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, op. cit., pp. 915—916. ここでは、LRA のテストを利益衡量論の脈絡の中で検討し、「過度の広汎さ」の理論は理論上も実際上もLRA のテストを必然的に要求するものではない、とする。
- (16) 「明白かつ現在の危険」のテストは、この違憲性判定基準としてのそれと、可罰性判定基準としてのそれがある。元来、後者の基準として用いられたものであるが、一九四〇年代に前者の基準として採用されることになる。しかし、これもデニス判決で形骸化され、以後、この基準としての主張および採用は衰退する。ただし、後者の基準としての利用は一連の裁判所侮辱

罪に関する事件で継続している。参照、伊藤正己「言論・出版の自由」二二三頁以下、奥平・前掲書・日本国憲法体系七卷一八——二二六頁。なお、本文で述べるように、前者の基準としてのこのテストを関連性の要求とすることの中で再評価しようとする論者もある。Strong, *Fifty Years of "Clear and Present Danger"*: From Schenck to Brandenburg-And Beyond, 1969 Sup. Ct. Rev. 41.

(5) *Thornhill v. Alabama*, 301 U. S. 88 (1940). 伊藤・前掲書二四〇頁参照。

(6) *Elfbrandt v. Russell*, 384, U. S. 11 (1966).

(7) Strong, *op. cit.*, pp. 63—64, 74—75. ただし、挙証の要求へと変化したものとして把握されているが。

(8) *Scale-Noto* 準則については第三節参照。

(9) *Street v. New York*, 394 U. S. 576 (1969).

(10) *NAACP v. Alabama ex rel Patterson*, 357 U. S. 449 (1958).

(11) Strong, *op. cit.*, p. 80.

(12) *Ibid.*, p. 72; Note, *Less Drastic Means and the First Amendment*, *op. cit.*, p. 465. 声部「公務員の政治活動禁止の憲性」現代人権論二七〇頁。

(13) 「絶対的自由」という意味ではなく。言論の一定の部分は常に保護されるという意味である。Frantz, *op. cit.*, pp. 1429—1431, 1434—1435.

(14) 「事前規制」というのは、伊藤・前掲書八九—一五〇頁参照。

(15) *Near v. Minnesota*, 283 U. S. 697 (1931).

(16) *Bernard*, *op. cit.*, pp. 278—279.

(17) *Saia v. New York*, 334 U. S. 558 (1948).

(18) *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U. S. 495 (1952). なお、「やんちゃや」の図説について Collings, *op. cit.*, p. 222.

(3) 例えば、Saia 判決のすぐ後に出された Kovacs v. Cooper, 336 U. S. 77 (1949) に引いて、伊藤・前掲書一二七頁注(6)参照。なお、Bernard, op. cit., pp. 279—282.

## むすび

「過度の広汎さ」の理論は、修正第一条の権利を抑圧する法律についての文面上無効を要求するものである。この理論は「あいまいさ」の理論の一部も含み込むものとされている。そして、この「過度の広汎さの故の無効」が文面上無効の代名詞のように用いられるというその程度に应じて、今後の文面上無効の退潮の傾向の予測にもかわらず、生き残る可能性はあるものと思われる。もちろん、内容的な変化(テストの変化)をこうむるかもしれないが。なぜ「文面上」の無効が要求されるのか、この点についての主要な原動力は chilling effect の理論である。広汎にすぎる法律の chill は適用上の無効による漸次的な切り取りによってではなく、もっと速やかに治癒されねばならない。しかし、なぜ修正第一条に関してだけそうなのか、それは修正第一条が保障する権利は「特に保護されねばならない」からである。このように、「過度の広汎さ」のどの部面にも、この「優越性」についての思想が根底に存するのである。その意味では、「過度の広汎さ」の理論も、この思想の一つの現象形態にすぎないのである。制限解釈(書き直し)という判決上の代替手段の成否は、文面上無効を要求するこの理論に対する一つの障壁をなしている。この問題は主として連邦の最高裁が解釈権をもつ連邦法について生じる。しかし、この理論の根底に存する思想からすれば、制限解釈の基本となるべき精神的自由に関する何らかの準則は、十分すぎる程に保障的であることが要求さ



れるのである。「過度の広汎さ」の程度については、立法技術を考えれば、一般的にはその法律が修正第一条の権利を侵害するような相当数の適用を含むことが必要であろう。より個別的には、例えば、検閲的、禁止的、補修的といった法律の種類によって、要求される「広汎さ」についての段階的な差異が生じうるかもしれない。これもまたその根底に存する思想のしからしめるところだとされている。最後に、文面上無効とする際の理由づけ（あるいは立証方法）には、いくつかの異った方策がある。そして、時代に対応して事実上変化する可能性が一番多いのはこの部分であろう。それもおそらく、最高裁自身には意識されずに行われるものと思われる。なお、注意しておくべきことは、この理論は主として裁判（判決）の方法の問題に属するものであって、精神的自由についてのそれぞれの分野におけるそれぞれの準則それ自体、すなわち、どんな表現活動がどの程度保護されるべきかを問題とするものではない。<sup>(3)</sup>しかし、この理論はすでに見たようにそのいくつかの重要な部分でその準則の形成と結びついている。それは、その根底に存する思想の同一性ということからすれば当然のことなのであるが。このことは、この両者が異った意味あいにおいてではあるが、根本的に「優越的地位」の思想に反情を示すところの基準なしの利益衡量論に対する対極をなしているということからも明らかである。すなわち、「過度の広汎さ」の理論は「利益」に対して「範囲」を提示し、また、定義づけのアプローチは、「基準なしの」利益衡量に對して、あえて準則の形成をはかろうとしているのである。

わが国でのこの理論の受容の可能性を考える場合、いくつかの大きな制約があるということを認めなければならぬ。まず、この理論の背景にあるものは法律の違憲判断に関するいわゆる司法積極主義であるが、わが国における現

状は、それとは正反對の司法消極主義と呼ぶべきものである。その違いは、文面上無効の判決を出すべきか制限解釈をすべきかという問題状況と、制限解釈をすべきか全面的に合憲としてしまいかという問題状況との間の差異としてあらわれてきている。その意味では、少くとも現状では、この理論が妥当すべき政治的な基盤がないと言うべきかもしれない。次に、この理論はあくまでも修正第一条の権利、すなわち、表現とか結社等に関する分野に限られている。この限定を無視することは、その根本的な思想を考えてみた場合には、困難なことであろう。ただ、それにもかかわらず、この問題について考えてみるならば、まず当然に、いわゆる立法違憲を主張する際に、この理論のいくつかの側面への参照が有益であるだろう。ただし、「文面上」判決の基礎づけ、とりわけ *chilling effect* 理論は余り利用できないかもしれない。というのは、わが国では常識的にはむしろ文面審査が前提となっているものと思われるからである。しかし、この理論の他の側面、すなわち、違憲性を主張する地位の問題ではなく、訴訟そのものの可能性を開くという側面については、その根底にある考え方について大いに参照すべきであろう。また、右に述べたような問題のレベルの差異にもかかわらず、この理論から何かを学ぶべきであるならば、わが国の最高裁が、もっと「適用範囲」の問題に気を配るべきことが望まれる、ということが指摘できるであろう。ただし、わが国のレベルに即して言えば、さしあたりは、法律の全面的な有効をあまりに簡単に認めずに適用上違憲の問題とか制限解釈の問題とかについての配慮がほしい、ということになるであろうが。以上の問題は、合衆国での違憲審査における他の理論、例えば自己抑制とか利益衡量論とか、とも関連させてより広い視野でとらえる必要があるだろう。従って、ここではただ問題の指摘にとどまるものである。最後に、何よりも重要なこととして、わが国の最高裁が、この理論の根底に存す

る表現の自由の優越性についての思想（もつとも、この内容については本稿では検討の外に置いているが）からより多くを字おへべきである、ということが強調されねばならないであろう。

(1) 例え<sup>34</sup> Kauper, *Judicial Review and "Strict Construction" of the Constitution*, 30 *Zeitschr. für ausl. öff. Recht und Völkerrecht* 631—636 (1970).

(2) 「優越的地位」の現象形態について、奥平・前掲書・日本国憲法体系七卷七七—八一頁。

(3) 参照、Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, *op. cit.*, note 9 at 846. ヒーニン・前掲「表現の自由」二二五頁。

（一九七四年一月）