

# 合衆国違憲審査における文面上無効論

藤井俊夫

## 目次

はじめに

一 不可分性と全体としての無効

二 あいまいさの故の無効

(一) 初期のあいまいさの故の無効

(二) 修正第一条とあいまいさの故の無効

三 事前規制と過度の広汎さ

(一) ソーンヒル判決と *standing* 準則

(二) 事前規制と広汎な裁量権の賦与

四 「過度の広汎さの故の無効」理論の展開

(一) 「過度の広汎さ」理論の一般化

(二) *Chilling* 理論の展開と「過度の広汎さ」理論の今後

むすび

## は　じ　め　に

アメリカ合衆国最高裁による司法審査権の運用の中で現在最も興味ある理論のうちの一つとして修正第一条に関する「過度の広汎さの故の無効」と呼ばれるものがある。これは修正第一条に反すると認められる法律を文面上無効とするものである。ところで、憲法に違反する法律を文面上無効とするのは、これに限られるわけではない。これまでのところ、この他に不可分性を理由とする全体としての無効、あいまいさの故の文面上無効、事前規制を理由とする文面上無効などの理論が形成されてきている。本稿では、これらの文面上無効論のおよその形成過程とそれらの相互の関連性を検討し、これらの理論のわが国における憲法訴訟の中での継受の可能性などを考えるための一つの手がかりとしてみたい。

## 一　不可分性と全体としての無効

不可分性を理由とする法律の全体としての無効 (void in toto, entirely void) という考え方は合衆国の違憲審査の歴史の中ではじめから存在していたわけではない。可分とか不可分とかの問題は、当初は意識されてはいなかった。すなわち、州の裁判所については一八五〇年代まで、連邦の裁判所については一八七〇年代までは、「憲法に矛盾しないような部分」は有効であるという可分性の原理が当然のこととされていたのである。法律の違憲な部分が残余の部分が無効とすることがあり得る、とした最初の判決は、州の裁判所については、マサチューセッツ州最高裁によ

つて一八五四年に出された *Warren v. Mayer of Charleston* 判決<sup>(2)</sup>であると考えられている。ここでは、ある法律の合憲な部分と違憲な部分とが非常に密接に結合し、また相互に依存し合っているために、「立法院はそれらの部分を一体のものと意図していた」とか、あるいは、「もしかりに全体が有効とされ得ないならば、立法院はその残余（の有効な）部分を独立に制定するつもりはなかったであろう」と認められる場合には、法律全体が無効とされねばならない、としたのである。この判決は州の裁判所の判決とはいえ、それ以後の連邦の最高裁の判決<sup>(3)</sup>の中で条項または適用の可分性（不可分性）のテスト（審査基準）に関する先例としてあげられているものである。そして、そのテストの内容は可分性に関する一つの明確な準則を示したとされるブランドイス判事による *Dorchy v. Kansas* 判決<sup>(4)</sup>の準則とほぼ同じものである。そこでは、「その一部が無効（bad）な法律は、必ずしもその全体において無効（void）となるわけではない。立法院の権限の範囲内にある条項は、その無効部分から可分な場合には有効であり得る。……しかし、ある条項は次のような場合でない限りは可分とみなされることはできない。すなわち、それが孤立しているために、それに対して法的効果が独立して与えられ得るような場合、および、その法律の中に含まれかつ違憲と考えられる他の部分が無効とされるようなことになっても立法院はその（残余の）条項を有効とするつもりであったという場合である<sup>(4)</sup>」としている。ただし、この準則は不可分よりもむしろ可分性を根拠づけるために用いられるのが通常である。

最高裁が適用の可分性についてはじめてこの準則を否定し、連邦法を全体として無効としたのは *U.S. v. Reese* 判決<sup>(5)</sup>である。ここでは、一般的な文言を用いているために広範囲な適用範囲をもった法律を、立法院が正当に禁止及び

処罰できるような範囲内でのみ適用され得るように、限定解釈すべきであるという主張に対して次のように答えている。「我々は違憲な部分を拒否し残りの部分を維持することはできない。なぜならば、違憲なものを……違憲でない部分から分離するということはできないからである……。文言は平明である……。この制定法を、現在要求されているようなやり方で限定するというのは、古い法律を執行するということではなく新しい法律を作ることになるであろう。これは何ら我々の義務とするところではない」。<sup>(5)</sup> この判決は理論的には限定解釈の可否の問題と、可分性の問題とを混同しているという批判がなされているが、<sup>(6)</sup> ともあれ法律を不可分とし全体として無効とした先例として、後の判決によって従われてゆくことになる。<sup>(7)</sup>

以上の先例のうち、(1) Warren 判決および *Dorcy* 判決の準則は当該事件への有効な適用を支持し、適用される限りでは合憲であるとしてその法律を支持する（可分性の）判決の中で宣言され、(2) *Reese* 判決の準則はその法律の可能的な適用のうちのいくつかの違憲性の故に当該法律を全体として無効とする（不可分性の）判決の中で参照されることになる。ただし注意すべきことは、いずれの場合についても当該事件に適用される限りではその法律は合憲である、ということが前提となっていることである。その前提の上で、(1)の型の判決は、訴訟当事者による仮想的な事例での違憲な適用の可能性についての主張を否定し（standing の否認）、すなわち、その審査の範囲を限定し、適用される限りにおいて合憲であるとするのである。<sup>(9)</sup> これに対して(2)の型の判決はまさにその仮想的な（現実には裁判所で問題となっていないわけではないような）事案での違憲的な適用の可能性をとりあげ（standing の是認）、そしてそれらの適用と合憲的な適用との切り離しは不可能（不可分）であるから法律は全体として無効だとするのであ

る。ただし、この区別は判決の形式の上でのことで、不可分性の問題が意識される以前はともかくとして、その問題が生じた後においてはおそらく事実上は(1)、(2)ともに法律全体の可分、不可分についての判断が先行しその結論が出た後に、審査の範囲を限定して standing を否定したり、あるいは standing を肯定して全体として無効としたりするという形をとっているものと思われる。従ってこの「不可分性」という準則の下では後に述べる「あいまいさ」とか「過度の広汎さ」とかの抗弁の場合とは異なり、抗弁それ自体が不明確な内容しか持っておらず、不可分性が認められ全体として無効という判断がとられた時にのみ、結果的に standing があつたといえないうのではないかという点(10)が注意されるべきである。

ところで(1)の可分性についての準則のうち有効な適用が独立的に存在する、すなわち有効な適用範囲と無効なそれとが全く区別され得るという場合には困難な問題は生じないし、また立法院の意図も余り重要ではないとされてい(11)る。しかしもう一つの基準であるところの立法院が可分性を意図していたか否か、という点については問題がある。

すなわち、立法院の意図という場合それは「法律が制定された時に立法院が意図していたこと」と「法律のある特定の適用が無効であるということを知っていた場合にそれが意図していたであろうと思われること」との二つの意味が考えられるのである。(12)Reese 判決は前者の意味での立法者意図を基準にしていたものと解されるが、もしこれを基準とするならばほとんどすべての法律が無効となってしまうであろう。従って、可分性の基準としての立法者意図というのは後者のそれ、すなわち立法院は欠陥を除去された状態で、はたしてその法律を制定していたかどうかということ(13)とでなければならない、とされるのである。もちろん通常は立法院はある法律の制定当時にこの問題を意識するはず

はないのであり、従つてその意味での立法院の眞の意図などはないはずである。この場合には裁判所の仕事はこの意味での立法院の意図が何かを推測するということである。ただし、現実には不可分性の問題が生じた後にこの問題についての一つの解決策として立法院がはじめからある法律に可分条項を置くという場合が生てくる。このような場合にはその可分条項は立法院の意図についての最終的な証拠となるとされている。この可分条項との関係もあつて、全体として無効とされるのはほぼ一九一〇年代までで、一九二十年代および三十年代には、可分性を認める傾向が強かつたようである。<sup>(15)</sup>

可分性（不可分性）に関する準則が以上のようなものであるとしても、それだけでは現実にこの問題を理解することとはできない。<sup>(16)</sup>全体として無効とした判決の特徴の一つとして、まず連邦法と州法の差異という点があげられる。可分性の問題が提起された州法についてはどれ一つとして全体的に無効とされなかつたにかかわらず、連邦法については多くのものが不可分とされたのである。<sup>(17)</sup>そして重要なことは、その全体として無効とされた連邦法の一つのグループとして、南北戦争後の再建諸法（Reconstruction Laws）があつたということである。<sup>(18)</sup>これらの法は州の権限に不当に干渉するものであると多くの人々によつて考えられていたようである。このような取り扱いの差異の出てくる理由は一言でいえば連邦の介入を押え州の権限を尊重するということである。すなわち、まず州法の全体としての無効化を避けたということは、連邦の最高裁による州の裁判所への敬讓を表わしている。そして、再建諸法などの無効化は連邦政府の州権への干渉を押えるという役割をもっているのである。全体として無効とした判決のもう一つの特徴として、刑罰法規ということがあげられ、このことが多くの場合の最高裁の態度についての説明を可能にすると考え

(19) ている。これは不明確な刑罰法規に対する最高裁の不承認に基づくものと考えられている。例えば、すでにあげた Reese 判決は「刑罰法は余りに不確実な (uncertain) 言葉で表現されるべきではない。立法府が法律によって新しい罪を定義しその処罰について規定するという場合には、それは通常人の心をまどわすことのないような文言で、その意思を表現しなければならない」<sup>(20)</sup> としている。ところで、この Reese 判決から、右に述べたような刑罰法規における適用の不可分性を理由とする一連の全体として無効の判決 (有効な適用を可分として支持するのを拒否する判決) が出されたと同時に、<sup>(21)</sup> 不明確さを理由として刑罰法規を文面上無効とする諸判決が導びき出されてゆく、ということが重要である。<sup>(22)</sup> というのは、可分性についての立法府の明かな意図の証拠であるところの可分条項の出現とともに可分性を認める傾向が強まり、その結果、文面上無効の問題としては刑事処罰におけるあいまいさの問題が前面に出されることになるからである。

(1) Stern, Separability and Separability Clauses in the Supreme Court, 51 Harv. L. Rev. 76, 79, (1937). 高柳賢三「司法権の優位(増訂版)」一九三頁。なお、本稿では合衆国での例にならって適用の可分性と条項の可分性との両者を特に区別せずにその原理を検討する。但し、わが国でもそれでよいかは別の問題である。

(2) 2 Gray 84 (Mass. 1854); Stern, op. cit., p. 80.

(3) 1916年判決 219 U.S. 17 at p. 80.

(4) 264 U.S. 286, 289-90 (1923); Stern, op. cit., p. 76, 80.

(5) 92 U.S. 214, 221 (1875); Stern, op. cit., p. 82, 85, 99. この事件では南北戦争後の黒人の選挙権の行使に対する妨害を排除しようとする立法が問題となっていた。事案そのものは人種差別に関するもので合憲的に適用され得るものであったが法律の規定は形式上は人種差別に限定されてはいなかった。

(6) すなわち、文言は平明であり、限定を加えるのは新しい法律を作ることになるとは、要するに限定解釈ができないという宣言である。このことと、広い適用範囲をもった法律の違憲な適用と合憲な適用とが分離可能か(すなわち適用上合憲判決を出すことができるか)ということは理論上は別の問題である。しかし、この判決は限定解釈はできないという宣言を可分ではないという結論として用いているのである。これについて、Note, *Supreme Court Interpretation of Statutes to Avoid Constitutional Decisions*, 53 Col. L. Rev. 633, 642-3 (1963). 以下「Stern, op. cit., p. 83 は、この二つの問題は同じ原理に服する」と、*Ibid.*, p. 84 では限定解釈の原理を可分性についての公式の一つとみなしている。

(7) 例えば、*Trade Mark Cases*, 100 U.S. 82, 98 (1879).

(8) もともと適用上違憲と思われるような事件についても不可分性による全体としての無効判決を出すということも理論上は考えられるが、それを主張する側(例えば刑事被告人)にとっては実益に乏しく、また、それだけ困難な主張をすることにもなるから、現実的にはあまり問題にはならないであろう。

(9) 拙稿「違憲審査制と合憲解釈の問題」早稲田法学会誌第二四卷三八六頁注(3)参照。なお、すでに述べたような可分性と限定解釈の混同の結果、同じ結論が限定解釈という形で表明されることも多い。

(10) ただし、後述する「あいまいさ」とか「過度の広汎さ」という抗弁も、抗弁それ自体は明確に定義できるとしても、不可分性の場合と同様にその抗弁が成功しない(つまり文面上無効とならない)限りは実益がないわけである。従って、*實際上 standing* が有意義なのは攻撃が成功し、文面上無効となった場合だけということになる。このように、理論的には独自の手続的な意味があるにもかかわらず、その価値は事実上は実体的な有効、無効の判断の結果によって定まるといえるのは、適用上審査を原則とし、例外的に審査の範囲を広げるといふ審査方法をとることからくる独特な現象だとみることができる。従って通常はむしろ文面上の審査を前提としていると思われるわが国の憲法訴訟においては、この *standing* (あいまいさとか過度の広汎さの抗弁)の問題は全く当該法律についての実体的無効論の中に吸収されてしまうわけである。その意味ではここでの抗弁の問題のわが国への導入には疑問がある。第二節注(1)参照。なお、時国康夫「違憲の争点を提起する適格」公法研究三七号六五頁以下参照。



- (11) Stern, *op. cit.*, pp. 99-100.
- (12) *Ibid.*, pp. 97-8.
- (13) *Ibid.*, p. 98. 前者の例として U. S. v. Reese, 92 U. S. 214, 219 (1875), 後者の例として Trade Mark Cases, 100 U. S. 82, 98 (1879) があげられる。
- (14) Stern, *op. cit.*, p. 98, 100, 106. 全体として無効とされた判決はすべて可分条項をもつてはいなかった。なお、わが国の国家公務員法一条四項の規定はそれにあたるものと思われるが、他の法律にはこのような規定はなく、ほとんど注意を払われはしない。なお、Note, Effect of Separability Clauses in Statutes, 40 Harv. L. Rev. 626 (1927).
- (15) Stern, *op. cit.*, p. 103. ただし、例えば Crowell v. Benson, 285 U. S. 22, 62 (1932) 判決が可分条項を限定解釈の根拠としたように、可分性論と限定解釈との混同が引き続いていたことは注意されねばならない。
- (16) Stern, *op. cit.*, p. 95, 97, 101. ここでは立法院の意図論は真の判決理由ではないとしている。
- (17) *Ibid.*, pp. 89-94, 102.
- (18) *Ibid.*, p. 102. これらの法律に関する諸判決については *Ibid.*, n. 115 at p. 102. なお、リース判決におけるような平等条項の実施に関する問題のほか、連邦と州の権限の干渉の問題として州際通商に関する諸法律が注目されねばならない。
- (19) *Ibid.*, p. 87-9, 102.
- (20) 92 U. S. 214, 220 (1875).
- (21) Stern, *op. cit.*, n. 61 at p. 89.
- (22) 全体として無効(不可分性)という考え方はなくなったわけではなく現在でも用いられることがある。ただし、その実質的な内容は後に述べるあいまいさとか過度の広汎さの問題となっている。

## 二 あいまいさの故の無効

## (一) 初期のあいまいさの故の無効

全体として無効（不可分性）という概念は原則としていかなる法律についてもあてはまる一般的な原理であるのに對して、このあいまいさ *vagueness*（または不明確さ *indefiniteness*、不確実さ *uncertainty*）の故に無効というのは、あいまいな文言を用いた刑罰法規についてののみ妥当するという特殊な関心を示した原理である。この理論は一般的に言えば刑罰法規はその処罰を回避したいと思っている人々に対しては禁止されている行為についての警告を与え、また裁判官や陪審員に対してはその法の適用にあたって道案内をするのに十分な位に明確でなければならないと要求するものである。<sup>(1)</sup> この理論の根拠づけとしては次の三点があげられている。<sup>(2)</sup> (1) まず憲法上の根拠であるが、これは連邦法については修正第五条のデュープロセス（適法手続条項）と、修正第六条の告知条項があげられている。この二つの条項が相伴って、法律は罪についての確定的な基準を持つべきだと要求している<sup>(3)</sup>のである。州法については右の修正五・六条の意を含みこみつつ修正第一四条のデュープロセス条項がその根拠とされる。すなわち、修正第一四条は「州に對して……人々が、どんな基準の行為が要求されようとしているのかということを知り得るように、その形罰法規を作成すべき義務を課している」<sup>(4)</sup>とされるのである。(2) 次に権力分立論によるものがある。これはある法律が非常にあいまいであるために、裁判所がそれを「書き直す」ことなしにはそれを執行することができないという場合に、そのような「書き直し」は立法機能を侵害することになるとしてそれを拒否する<sup>(5)</sup>というものである。

ただし、これはすでに *Reese* 判決で見たように「不可分性」判決と共通する根拠づけである。(3)最後に、とくに憲法上の根拠を求めずに単に問題の法律の基準はあいまいかつ不明確でありその故に裁判は不可能であるとするものがある。最高裁が法律の中に致命的な不明確さを見い出した最初の判決だとされている一九一四年の *International Harvester Co. v. Kentucky* 判決の(6)ホームズ法廷意見はこの根拠づけに従ったものである。

一般にあいまいさの故の無効の理論についての先例とされているのは、一九二六年の *Cornally v. General Co-instruction Co.* 判決である。(7)サザランド判事はそこで次のように述べている。「通常の知性をもった人々が、必ずやその意味が何かということについて考え込み、そしてその適用に関して意見を異にするにちがいない、という程にあいまいな概念で、ある行為をすることを禁止したり、または要求したりするような法律は、法の適正な手続のそもその本質に違反しているのである」。(7)この判決はあいまいさに関する一般的な基準を示したものとして、後続の判決によって参照されることになる。また一九三二年の *Chaplin Refining Co. v. Commission* 判決では(8)バトラー判事は「無効なのは処罰それ自体ではなく、実際何らの準則あるいは基準も存在しないという程にあいまいかつ不明確であるような準則あるいは基準に対して服従するのを強要することなのである」。(8)としている。このように、この理論の下では「あいまいさ」そのものもつ害悪（公正な警告の欠如）が問題とされ、従って「あいまい」であると認定された時にはいかなる状況にも適用されるべきではないという意味で文面上無効とされる。この点で同じく「不確実 uncertain」という言葉を用いながらもなお、合憲的な適用とあり得べき違憲な適用とが不可分であるから全体として無効とした *Reese* 判決とは区別されるのである。(9)この理論の下では「あいまいさ」そのものによる違憲

の主張が許される (standing の是認) という点が重要である。と云ふことの「あいまいさ」を理由とする standing の是認の問題は「境界線上の諸事件」の主張に関して、この理論の实体面と密接な結びつきをもっている。いかに明白な文言を用いた刑罰法規でもその周縁の適用部分については合憲性に疑いが生ずる可能性をもっている。そして、単にそれだけの故にそれらが非難されるとしたら、ほとんどの刑罰法規が合憲的でなくなるおそれがある。この問題について、U.S. v. Wurzbach 判決<sup>(10)</sup>のホームズ意見は次のように述べている。「法律がある境界線を引く時にはいつもそれぞれの側にその線に非常に近づいた諸事件が存するであろう。その線の正確な道筋は不確実であるかもしれない。しかしもし彼が考えるならば、彼がその線に近づいているということを知らずにそれに近づくということはあり得ない。そしてもし彼が近づくならば、彼にその危険を負わしめるというのは刑罰法規にとつてはありきたりのことなのである」<sup>(10)</sup>。このように、一般には、その法律がそれについては疑いなく適用されるような、またその適用に関しては通常人が全く疑うことのないような、ある固い中核部分 (hard core) 的な状況があるという場合には、境界線上のまたは周縁部分の疑わしい諸事例が存在するとしても、それはその法律を無効とすることはできないとされるのである。<sup>(11)</sup>

一九二〇年代を中心とする初期のあいまいさの故の無効判決は、経済規制にともなう処罰に関する事例であり、従つて International Harvester 事件でのかなり荒れずりな法律のような場合を除くと、今日ではもはや最高裁はそのような規制を無効とはしないであろうとされている。現実に一九三〇年代以降は Champlin 判決以外はいまいさの故の無効判決はほぼ表現の自由に対する規制を含む法律についてなされるのであり、それ以外のものについては最

高裁は明らかに消極性をみせているのである。<sup>(13)</sup>

## (二) 修正第一条とあいまいさの故の無効

「あいまいさの故の無効」が修正第一条に関する事件に適用された最初のものはカルフォルニア州の「赤旗」法に関する一九三一年の *Stromberg v. California* 判決である。<sup>(14)</sup> 法廷意見を書いたヒューズ裁判長は次のように述べている。「文面上および有権的に解釈されたものとして、このような（自由な政治的な討論のための）機会の公正な使用に対する処罰を許す程にあいまいな法律は修正第一四条の中に包含されている自由の保障に反するものである」。<sup>(14)</sup> 一九三七年には *Hendon v. Lawry* 判決<sup>(15)</sup> が出されている。これはジョージア州の「叛乱防止法」に関するものであるがこれについて、州の裁判所は、その法律の下では暴力の使用についての「切迫性」は要求されておらず、従って暴力の使用についての意図があれば十分であると解釈していた。最高裁は上告人の行為は「明白かつ現在の危険」をなすものではないと認定しつつ、州の裁判所による解釈によれば政府の変革のための煽動演説を行った者は誰でも有罪とされてしまうおそれがあるとし、この法律には「合理的に確定しうるような罪についての基準が何ら定められてはいない。言論および結社の自由に対してこのように設けられた境界はあいまいで不確定にすぎる。従って同法は必然的に修正一四条に包含されている自由の保障に違反している」。<sup>(15)</sup> としたのである。表現の自由に関してこの理論が適用されたもう一つの著名な判決としては、一九四八年の *Winters v. New York* 判決<sup>(16)</sup> がある。これは犯罪を呼び起すような出版物を販売する意図をもって所有することについての州法による処罰が問題となった事案である。そこでは、被告人の所有していたいくつかの出版物は明らかにその法律の適用範囲内のものであった。従って州の裁判所は

適用上合憲であり、それ以上の文面上の審査は不必要であるとしていた。最高裁は次のような理由でこれを破棄した。すなわちその法律は、文面上探偵小説、犯罪についての論説、戦闘についての報告をもその適用範囲としている。従ってどんな場合にその禁止に違反したことになるかはわかりにくい。保障された言論の自由をも処罰する程にその文面上、また解釈されたものとして、あいまいかつ不明確な法律が修正一四条に違反するということは *Stromberg* 判決、*Hendon* 判決によつてすでに定まっている。

これらの判決は、いずれも外見上はあいまいな刑罰法規は公正な警告を発することができないということに根拠を置いている。しかし、それらの法律は少くとも州の裁判所によつて解釈されたものとしてはすでにあいまいなものではなかった。従つてこれらの事件での最高裁の眞の関心は、文言のあいまいさによる公正な警告および罪についての確定的な基準の欠如ということよりも、むしろ、解釈されたものとしてのそれらの法律がなおも広い適用範囲をもち、修正第一条によつて保障されている表現の自由を侵害する可能性をもっていたということにあったのだとされている。ところでこの後者の法律の適用範囲が広汎にすぎるとか一掃的にすぎるといふ問題は、あいまいな文言を用いた法律について生じ得ることはいうまでもないが、同時に一般的ではあるがしかし明確な文言を用いた法律について生じることもある。そして、後者の場合にはむしろ文言が明確なだけにかえつて権限を与えられた行政官が権利侵害を行う危険性が強いのである。<sup>(18)</sup> この意味でこの広汎さの問題はあいまいさの故の無効論を越えた問題なのである。そこで、これらの判決は「あいまいさ」の準則を拡大した、すなわち、法律が広汎にすぎる場合にはそれが憲法上保護された行為に対して用いられるかもしれないということを理由として被告人があいまいな法律を攻撃するのを許容す

ることにした、とされるのである。Stromberg 判決および Herndon 判決に依拠してこのように拡大された standing についての準則を明瞭に認めたのが後述する一九四〇年の Thornhill v. Alabama 判決である。<sup>(19)</sup> さらに述べた一九四八年の Winters 判決は、この Thornhill 判決後のもので、かつ実質的な論拠は過度の広汎さにあると思われるのにもかかわらず先例としてあいまいさに関する Stromberg 判決および Herndon 判決をあげるだけで Thornhill 判決には言及しなかった。これはなぜであらうか。これらのあいまいな判決の特有の意義を<sup>(20)</sup>考えるためには、過度の広汎さの故の無効の問題を検討しなければならないであらう。

- (1) Collings, Unconstitutional Uncertainty—An Appraisal, 40 Cornell L. Q. 195 (1955).
- (2) Ibid., pp. 204-5.
- (3) U. S. v. Cohen Grocery Co., 255 U. S. 81, 86-8 (1921).
- (4) Cline v. Frink Dairy Co., 274 U. S. 445, 458 (1927).
- (5) U. S. v. Evans, 333 U. S. 483, 486-7 (1948).
- (6) 234 U. S. 216, 223-4 (1914); Collings, op. cit., p. 199. なお、伊藤正己「言論・出版の自由」一五五頁。
- (7) 269 U. S. 385, 391 (1926); Collings, op. cit., p. 200. 伊藤・前掲書一五六頁。
- (8) 286 U. S. 210, 243 (1932).
- (9) 前節注(8)を参照。
- (10) 280 U. S. 396, 399 (1930).
- (11) Collings, op. cit., p. 206. この意味での“hard core”論は、ある法律があいまいか否かという実体論であるが、この問題は standing の問題と密接に結合している。Note, The Void-For-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, 109 U. Pa. L. Rev. 67, 100-1 (1960) は、あいまいさの故の無効判決は「本人が憲法上の免責の範囲内にあたるか否か」という点にか

ら「本人が制定法上の不明確さの範囲内にあたるか否か」ということへと standing の問題を移したとする。すなわち、あいまいであるとして法律に異議を唱えるためにはその当事者に関してはその法律があいまいであるかもしれないということが必要だというのである。これによればあいまい性の抗弁はそれまでの standing 要件を全くとり扱うわけではないということにな<sup>9</sup>。Ibid., n. 178 at p. 101. なお、Bernard, *Avoidance of Constitutional Issues in the United States Supreme Court: Liberties of the First Amendment*, 50 Mich. L. Rev. 261, 276 (1961) は「彼の行動が処罰されるであろうということについて予測できなかった被告人に公正さを与えるために……」とする。また、本文で引用した Wurzbach 判決のホームズ意見にもそのニュアンスがある。前者の意味での “hard core” 論はその法律がすべての者に対して公正な警告を与えることができるか否かという問題であるから、その意味では法律を客観的に文面上審査するということになる。しかし後者の意味での “hard core” 論はその当事者にとって「公正な警告」があり得たか否かを問題にするのであり、その意味ではいわば適用上の審査を行うことになる。純粹の適用上審査よりは拡大されているとはいえ、standing 要求の根強さを物語っている。最近の公務員の政治活動に関する二判決もあいまい性の主張に対してこの両者の意味での “hard core” 論を用いてその主張をしりぞけている<sup>10</sup>。C. S. C. v. Letter Carriers, 413 U.S. 548, 578-9 (1973); Broadrick v. Oklahoma, 413 U.S. 601, 607-8 (1973). 例えば Letter Carriers 判決は「通常の類型の犯罪行為は……明らかにそれらの文言の範囲内にある。……従ってそれら(の規定)は、たとえかりに周縁部分の諸事例が提示され、そしてそこで疑いが生ずることがあり得るとしてもあいまいさを理由として無効とされることはないであろう」としつつ、この法律の意味とか、彼らの行なおうとした行為が本法によって禁止されているか否かなどについて、原告の心の中に疑問はなかったように思われるとしている。なお、芦部信喜「憲法訴訟の理論と技術」公法研究三七号一八頁参照。

(12) 六件があげられている。これらの事件を手続的デュープロセスに関する不確実さの事件と呼ぶ論者もある。Collings, op. cit., p. 196-202

(13) Ibid., p. 212.

(14) 283 U.S. 359, 369 (1931); Collings, op. cit., p. 216. 伊藤・前掲書一六九頁。



(15) 301 U. S. 242, 264 (1937). 伊藤・前掲書一六七、二三九頁。

(16) 333 U. S. 507, 509-10 (1948).

(17) Bernard, op. cit., p. 277; Collings, op. cit., p. 218-9. この意味ではこのあいまいさの故の無効の憲法上の根拠は、刑事処罰におけるデュープロセスの要求に反するというだけではなく、修正第一条(州に対してはそれを体现する修正第一四条)違反ということでもある。そこで、これらの諸判決は実体的デュープロセスに関する不確実さの事件と呼ばれている。Ibid., p. 197, 214-22. なお、拙稿「合衆国違憲審査における『過度の広汎さ』の理論」早稲田法学会誌二五卷二五〇頁注(3)参照。

(18) Bernard, op. cit., p. 276; Collings, op. cit., pp. 219-20.

(19) 310 U. S. 88 (1940).

(20) Bernard, op. cit., p. 277 は Winters 判決には過度の広汎さ<sup>(1)</sup>とあいまいさの違いを認識することについての失敗からくる混乱があるとする。これは対して Note, The Void-For-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, op. cit., n. 174 at p. 99 は、この判決はその両者の問題を含んでいるとする。

### 三 事前規制と過度の広汎さ

#### (一) ソーンヒル判決と standing 準則

表現活動を規制するある法律が一般的な文言を用いているために、その適用範囲が広汎にすぎ、そのため修正第一条によって保障されている表現の自由を侵害する可能性があるという場合、まず最初に解決されなければならない問題は、その法律の違憲性を主張すべき適格性 standing の問題である。<sup>(1)</sup>すなわち、すでに述べたように可分性を前提とした適用上の審査(判決)の方法をとるという伝統の下では、広汎にすぎる適用範囲というのは(それ自体決して

好ましくないとはいえ）ただちにその法律の文面上の（全体としての）無効の主張を許すものではない。すでに述べたように立法府がその法律の適用全体の不可分を意図していると認められるとか、その法律があいまいな刑罰法規であるとかいった場合にだけ、その主張が許されるのである。それ以外の場合には当該事案に適用される限り合憲であれば、裁判所はそれ以外の疑わしい状況について審査を進める必要はなかったし、またそのような主張は第三者の権利の主張としては認められなかったのである。従って、あいまいさにも適用の不可分性にもよらずに、この主張の適格性を認めた一九四〇年の *Thornhill* 判決<sup>(3)</sup>は重要な意義をもつものであった。ここでは被告人は労働争議におけるあらゆるピケッティングを禁止したアラバマ州法の下で起訴され有罪とされていた。最高裁は平和的なピケッティングは自由な言論 *free speech* として保護されるべきであるとし、当該事件でのピケッティングがそれにあたるか否かを問題とせず、その法律を無効とした。マーフィ判事は、この法律は明白かつ現在の危険をもたらすような行為にその禁止の範囲をしぼってはならず、表現の自由として保障されるような活動までもその適用範囲内としていると指摘しつつ、自由な討論の権利に対する規制が問題となっている場合には、「許され得る行為の限界を定めそれに違反しないように警告するのは法律であって、その下での告訴とか証拠ではない」として、法律の規定そのものの表現の自由に対する影響力を重視し、当該事件での被告人の行為が合憲的に処罰し得ないものかどうかを問わない（過度の広汎さの抗弁の是認）としたのである。しかしこのような立場はそれ自体としてはただちに後の判決に受けつがれたわけではない。<sup>(6)</sup> 例えば、この判決はすでに述べたように *Stromberg* 判決<sup>(4)</sup>、*Hendon* 判決<sup>(5)</sup>を先例としているにもかかわらず、逆に *Winters* 判決では先例とされてはいないのである。ただし最高裁は「過度の広汎さ」に対する関心

をもたなかったわけではない。その例として事前規制 (prior restraint) の分野があげられねばならない。

## (二) 事前規制と広汎な裁量権の賦与

事前規制に関する指導的な先例は一九三一年の *Near v. Minnesota* 判決<sup>(6)</sup>である。ここでは禁止命令によって「悪意をもった暴露的で中傷的な」新聞雑誌などの発行を禁止することができるようになっていたミネソタ州法が問題になった。ヒューズ裁判長の法廷意見は次のようなものであった。すなわち、その形式だけでなくその運用と効果からみた場合には同法は事前の規制にあたる。出版の自由は例外はあるが原則的には事前の規制あるいは検閲からの免除を意味してきている。禁止命令を定める同法はそれらの保障に反する。出版の自由の濫用に対するコモンロー上の処罰は憲法上の保障によって消滅するわけではないが、事前の規制は許されない、というのである。この判決は禁止命令に関する事件であるがこれ以後は許可制に関する事案が問題になる。例えば、集会や集団行進につき許可制を要求するジャージー州の条例に関する一九三九年の *Hague v. C. I. O.* 判決<sup>(7)</sup>は、その許可制が「国家的な出来事についての見解の自由な表明を恣意的に抑圧する道具」となり得るが故に、その条例は文面上無効であるとした。また文書 (ビラ) 配布の許可制に関する一九三八年の *Lovell v. Griffen* 判決<sup>(8)</sup>は、文書の弊害の有無についての区別がなくまた配布の方法、場所、時間について限定がないということを指摘しつつ、許可を要求するその条例は文面上無効であるとした。そして、公けの場所での拡声器使用の許可制に関する一九四八年の *Saia v. New York* 判決<sup>(9)</sup>は、その条例が言論の自由に対する事前規制を確立しているが故に文面上違憲であるとした。この判決は当該条例は、警察署長の裁量権の行使のための何らの基準もたず、また拡声器の使用の時間、場所もしくは音量について規制するように狭く

書かれてもいないと指摘し、右にあげた Lovell 判決、Hague 判決などを引用しつつ次のように述べている。「当面の条例は（それらの事件でのものと）同じ欠陥をもっている。聞かれる（他人に聞いてもらう）べき権利は、警察署長の無拘束な裁量の中に置かれているのである」<sup>(9)</sup>。なお、映画検閲に関しては一九五二年の Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson 判決<sup>(10)</sup>がある。この判決は映画は修正第一条によって保障される表現の中に含まれるとした後に、冒瀆的（sacrilegious）という基準について州の裁判所によって与えられた定義は広汎で「全面的包括的」であり、このような基準の下での事前規制は違憲である、としたのである。これらの諸判決はその判決の文言上は事前規制は修正第一四条を通じて保障される修正第一条に違反するとするのであるが、注意すべきことは、それらが同時に、無拘束の裁量権が行政官に対して与えられているとか、許可についての何らの基準もない、といったことに関心を示していることである。<sup>(11)</sup>この問題はまさに法律（条例）の適用範囲の過度の広汎さの問題である。そこで、これらの判決は事前規制をそれ自体として無効とするのではなく、むしろ、過度の広汎さの故に無効としているのだとする指摘がなされるのである。<sup>(12)</sup>このことは、同じく許可制に関する事件でありながら問題の法律とか条例を合憲とした諸判決が、いずれも、それらの許可制においては行政官に対して無拘束の裁量権が与えられておらずまた明確な基準も存する、<sup>(13)</sup>として、このことから逆に推測できるであろう。

以上のように、一九三〇年および四〇年代の修正第一条に関する文面上無効判決はいくつかの理論の重なり合いを示している。最高裁が正面から「過度の広汎さ」の抗弁を認めたのは Thornhill 判決だけである。しかもそれは傍論（alternative opinion）として述べられたものであった。その他の判決は、その実質的内容においては「過度の広

汎さ」に対する関心が重要な位置を占めていたと思われるにもかかわらず、あくまでも「あいまいさ」および「事前規制」に関する文面上無効判決だったのである。このことはさほど異とするには当たらないとも考えられる。なぜならば汎な適用範囲をもった法律の処理に関して、*Thornhill* 判決のように修正第一条の権利の「優越性」を根拠に「過度の汎さ」の抗弁を正面から認めて法律そのものの文面上審査を認めるということとは、伝統的な適用上審査ないしは事件の事実審査に対する一つの重大な修正を意味することになる。従ってそうせずに「あいまいさ」の要素があれば伝統的な「あいまいさの故の無効」論に依拠し、「事前規制」に関する事件ならばそれを理由とするということとは、先例とか伝統的な理論を重視すべき最高裁としては当然のことだったかもしれないからである。また、このほかに「過度の汎さ」という観念そのものが未成熟だったということもつけ加えられねばならないだろう。しかしすでに述べたように、これらの文面上無効判決の真の根拠は法律の「過度の汎さ」にあったのだという評価がなされ、また「過度の汎さ」それ自体を抗弁とすることの意義がくり返し主張されるにつれ、<sup>(15)</sup> 以上の諸事件を統一的に処理しうるようなものとしての「過度の汎さの故の無効」という観念が成熟してゆくのである。<sup>(16)</sup>

(1) この理論の全般的な問題については、拙稿・前掲書・早稲田法学会誌二五卷二四七頁。

(2) Bernard, *op. cit.*, pp. 271-3; Note, *The Void-For-Vagueness Doctrine in the Supreme Court*, *op. cit.*, pp. 96-9; Sedler, *Standing to Assert Constitutional Jus Tertii in the Supreme Court*, 71 *Yale L. J.* 599, 600-26 (1962). 前掲信書「憲法訴訟の理論」八六頁以下。

(3) 310 U. S. 88 (1940). 伊藤・前掲書二四〇頁。

(4) 310 U. S. 88, 97-8 (1940). 伊藤・前掲書五一—三頁参照。

- (5) Note, *Inseparability in Application of Statute Impairing Civil Liberties*, 61 Harv. L. Rev. 1208 (1948) は、一九四〇年のこの判決以来八年間、その意味(過度の広汎さの抗弁)に対してほとんど注意が払われてきていない、としている。
- (6) 283 U.S. 697 (1931). なお、事前規制に関する諸判決については、伊藤・前掲書一〇八頁以下参照。
- (7) 307 U.S. 496, 516 (1939).
- (8) 303 U.S. 444 (1938). 宗教的文書の配布の許可制に関して、実質的に法律を文面上無効としたものと見做す *Cantwell v. Connecticut*, 301 U.S. 296 (1940) が、<sup>482</sup>。
- (9) 334 U.S. 558, 560-1 (1948).
- (10) 343 U.S. 495 (1952).
- (11) なお、事前の検閲のもつ本質的な弊害は表現され得る思想というものについての行政官によるより好みな決定のおそれであるということからすれば、事前の検閲を修正第一条に違反するとして否定するというのは、同時に、そのような好みを許すような仕方での裁量権の賦与を非難するということに等しいわけで、その意味では事前規制の拒否と過度の広汎さの非難とは表裏一体のものだと言ふべきであらう。なお、これについて、伊藤・前掲書一四六―七頁参照。
- (12) Bernard, *op. cit.*, p. 279; Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, 83 Harv. L. Rev. 844, n. 55 at p. 857 (1970).
- (13) 例えは *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569, 576 (1941); *Poulos v. New Hampshire*, 345 U.S. 395, 402-4 (1953).
- (14) 伊藤・前掲書五三頁は「ここでは文面上無効の理論は、別段の意味をもたず、事前の抑制の理論ないし規範の不明確性の理論が、論旨の中核をなしている」としている。なお、奥平康弘「表現の自由」日本国憲法体系七卷七九―八〇頁および九二頁注(二四)参照。
- (15) 例えは *Chapman v. United States*, Note, *Inseparability in Application of Statute Impairing Civil Liberties*, *op. cit.*, pp. 1208-11 (1948); Bernard, *op. cit.*, pp. 273-86 (1951); Collings, *op. cit.*, pp. 218-20 (1955). <sup>483</sup> *ハリス校対 Cantwell* Note,

The Void-For-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, op. cit., pp. 96-104 (1960) は右の見解のように「過度の広汎さ」を統一的概念とせず、むしろ「あいまいさ」を上位概念とし、より具体的には standing の問題を事前規制については過度の広汎さの抗弁に、刑事処罰については「あいまいさ」の抗弁に服せしめようとする。Ibid., pp. 102-4.

また同様に Freund, The Supreme Court and Civil Liberties, 4 Vand. L. Rev. 533, 540 (1951) は、過度の広汎さの問題はあいまいさの問題の特殊な場合であるとし、明確な文言を用いているが広汎にすぎる法のもつあいまいさ（公正な警告の欠如）について述べ、これはすべての法に存在するとしている。たしかにこの「過度の広汎さのもつあいまいさ」の問題は重要であるが（拙稿・前掲書・早稲田法学会誌二五巻二五六頁注(9)参照）、この点を強調するということは同時にすべての問題をより一般的な次元での公正な警告の問題に還元し、修正第一条についての特別扱いをしないという指向性をもっている。これに対して「過度の広汎さ」の抗弁を重視する考え方は、修正第一条の権利の重要性を強調し、「あいまいさ」をも包括したものとして全面的に違憲の主張を認めようとするが、同時にこの抗弁を認める場合を修正第一条の場合に限定する（そうしなければ、適用上審査を原則とする standing の原則は崩壊することになる）のである。その意味では過度の広汎さの抗弁は修正第一条の権利に対する特別な関心から切り離すことはできないのである。

(16) なお、これと同時に chilling effect 理論が発展してゆくのであるが紙数の都合上ここでは述べない。

#### 四 「過度の広汎さの故の無効」理論の展開

##### (一) 「過度の広汎さ」理論の一般化

「過度の広汎さ overbreadth」という言葉が判決の中でとくに積極的に使われたのは比較的最近のことで、一九六六年の Brown v. Louisiana 判決<sup>(1)</sup>の中でである。ブレナン判事は単独の賛成意見の中で、問題の州法は州の裁判所によって解釈されたものとしても過度の広汎さの故に違憲であるとしつつ「その法律のこのような明らかに違憲な適

用の可能性に照らしてみた場合、我々は上告人の現実の行為が憲法上保障されたものであるかどうかについて判断する必要はない<sup>(1)</sup>としたのである。それ以後アリゾナ州の忠誠宣誓を無効とした *Elfrandt v. Russell* <sup>(2)</sup>判決、破壊主義的人物を排除しようとするニューヨーク州の忠誠計画を無効とした *Keyishian v. Board of Regent of New York* <sup>(3)</sup>判決、同じく共産党関係の団体に所属する者の防衛施設への雇傭を拒否する連邦法を無効とした *U. S. v. Robel* <sup>(4)</sup>判決などで、これらの言葉が用いられるに至っている<sup>(5)</sup>。しかし、この *overbreadth* という言葉自体は *vagueness* という言葉とは違って判決の文中でさほど重要な意味をもつわけではなく、ただ問題の法律が憲法によって保障されているような行為までも禁止する位に広い規制を行っているということを確認する言葉として用いられているにすぎない。その意味で、右にあげた判決と、法律を修正第一条違反とするがとくにこの *overbreadth* という言葉を用いてはいない、それ以前の、すなわち一九五〇年代後半から一九六〇年代前半における（あるいは更に一九三〇年から四〇年代の）諸判決との実質的な差異はないのである<sup>(6)</sup>。それらの判決は問題の法律が憲法上保障されている言論とか結社の自由を侵害しないように狭く規定されていないということに関心をもっていたのであり、従って、これらも「過度の広汎さの故の無効」判決の中に含められている。このように「あいまいさの故の無効」論があくまでもあいまいな文言を用いた刑罰法規を対象とするという特殊性をもつのに対して、「過度の広汎さの故の無効」論は、現在のところ修正第一条違反を理由とする文面上無効論のほとんどすべてを含んでいる<sup>(7)</sup>といえるであろう。なお以下にくつかの問題を指摘しておく。

まず、無効とされる法律はほとんどが州法だということである。これは、州法については州の裁判所に解釈権があ



るとし、連邦の最高裁は従って法律が文面上あるいは州の裁判所によって解釈されたものとして憲法に違反するか否かだけを判定するという態度をとっているからである。<sup>(8)</sup>連邦法については最高裁に解釈権があるため限定解釈が採用されることが多いが右にあげた *Robel* 判決はこれを拒否している。<sup>(9)</sup>次に、standing（違憲の主張の適格性）の問題がある。これは「文面上」無効論の第一の前提をなしているということについてはすでに第三節で述べたが、ただし、「hard core」論がこの「過度の広汎さ」の抗弁の中に読み込まれているように思われる例があるということに注意しておく必要がある。すなわち、右にあげた *Brown* 判決の引用にすぐひき続いて、ブレナン判事は *Dombrowski v. Pfister* 判決を脚注で引用しつつ、当事者の行為が「いかなる解釈の下でも明らかに禁止されているであろうと思われるような」この「hard core」にあるものである場合には、「過度の広汎さ」の主張が認められないということを示唆しているのである。<sup>(11)</sup>しかし、*Dombrowski* 判決のその該当部分はいまいきの主張との関連で述べられたものである。従って、この部分を一般化することは妥当ではなく「過度の広汎さ」の主張はその行為のいかんにかかわらずすべての者に認められるという *Thornhill* 判決以来の原理は変っていないと考えるべきであろう。<sup>(12)</sup>更に「過度の広汎さ」の証明方法の問題がある。<sup>(13)</sup>これは、そもそも問題の法律が「広汎にすぎる」ということを証明する（理由づける）ための方法であり、「過度の広汎さの故の無効」論の実質的な内容をなしている。*standing* がこの理論の手段面であるのに対して、これはいわば実体面というべきであろう。この理由づけには、すでに述べた事前規制の分野での広汎な裁量権の賦与とか、立法目的と規制手段との実質的なあるいは密接な関連性の欠如とか、より制限的でない手段（*LRA*）との関連での考慮などがある。そして、最後に「過度の広汎さの程度」の問題がある。法律はそ

れが少しでも違憲的に適用される可能性があればすべて文面上違憲とされるべきであるとはいえない。すなわち、その違憲的な適用の可能性が相当なもの (substantial) であってはじめて致命的なものとされるのである。しかしこの substantial overbreadth とは、fatal overbreadth とはいったものは、従来は最高裁によって自覚的に展開されてはいなかった。ただ、これまでの実際の処理の仕方からみると、問題となっている法律の種類によって最高裁によるその程度の評価に強弱がみられるとされている。すなわち、大別すると、ある特定の見解の鼓吹を選別しそれに負担を加えるような「検閲的な法律」に対してはこの審査は最も厳格で、表現あるいは結社的行為を侵害するがしかし鼓吹されようとしている見解については中立的である「禁止的法律」に対してはそれはいく分緩くなるとされている。<sup>(14)</sup> ここで注意すべきものは禁止的法律に属する集団的な無秩序行為 (デモ・不法な集会) などに関する法律である。この分野では最高裁は、法律が行為の表現的な側面よりもむしろその非表現的な側面に処罰を与えようと試みている場合には、それを無効とする一歩手前で慎重な態度をとっているとされている。<sup>(15)</sup>

公務員の政治活動を禁止するオクラホマ州法を合憲とした一九七三年の *Broadrick v. Oklahoma* <sup>(16)</sup> 判決はある程度このような判決の流れに沿っているといえることができる。すなわちホワイト判事の法廷意見は、まず伝統的な standing 原則の例外としての修正第一条に関する「過度の広汎さ」の抗弁を確認する。しかし「過度の広汎さ」の理論の適用は強力な医薬であるからそれは控え目に最後の手段としてのみ用いられてきているとし、限定解釈がなされている時とか、通常の刑罰法規の場合には文面無効とはされず、更に、中立的で非検閲のないわば右に述べた「禁止的な法律」に対しては「過度の広汎さ」の吟味はあまり活発に用いられてはいないとする。そして、この分野におい

ても、むしろこの理論が有効な場合はあるが、しかし、法律の規制の対象が単なる言論から行為へと移るにつれ、更に、その行為が通常の犯罪としての色合を帯びるにつれ、この理論の機能は弱まる。いいかえれば「単なる言論ではなく行為が問題となっている時には、法律の過度の広汎さは、その法律の明らかに正当な適用範囲との関連で判断されてみて、realであるばかりでなく同時に substantial でなければならない……（本件で問題となっている）八一八条は相当程度に過度に広汎であるとはいえず、従ってどんな過度の広汎さが存在するにせよ、それらはその（法の）制裁が適用されることが許されないと主張されているような事実状況についての case-by-case による分析を通じて治療されるべきである」とするのである。この判決にはいくつかの重要な問題が含まれている。すなわち、まず、substantial overbreadth という考え方自体はこの判決以前にすでに現われていたことは右に述べたが、ブレナン反対意見の指摘するように、それがどんな内容、基準をもったものかは明らかではない。<sup>(17)</sup> また禁止的な法律に関しては言論と行為について区別することはかりにやむを得ないとしても、<sup>(18)</sup> 右に述べた集団的無秩序行為と、公務員の政治活動とを同じ「行為」として同視することはできないはずである。判決にはこの点についての考慮は全くない。なお、判決はこの事件での法律のように広汎にすぎるが文面上無効とはされない法律のもつ欠陥の case-by-case による治療について言及しているが、これは文面上無効の主張をしりぞけて法律を有効としたが、その法律がまれに違憲的に適用される可能性があるということは否定できず、そのような事案が生じた場合には適用上（違憲）判決によって個々の救済をはかるべきである、ということを意味している。<sup>(19)</sup> ここでは、結果的には違憲の主張が失敗したわけであるが、決してはじめから standing を否定したわけではなく、あくまでも法律の文面判断を行ったのだということ、

および、文面上有効という判断は直ちにすべての適用について合憲とする趣旨ではなく、なおも適用上判断による救済の余地を残しているのだ、ということが注意されるべきであろう。

## (1) Chilling 理論の展開と「過度の広汎さ」理論の今後

「過度の広汎さ」理論が修正第一条関係事件の審査の中で一般化されるのとはば併行して、chilling effect の理論がこれと密接に絡み合いつつも、独自の展開をみせてゆく。それ自体興味あるテーマであるが、ここでは簡単に問題の指摘をするにとどめる。chilling effect (委縮的效果)、deterrent impact (阻止的な圧迫)、より古くは coercive effect (威圧的效果) などと呼ばれるこの効果は、広汎にすぎる法律とかあいまいな法律の存在そのもののもつ行為阻害効果、それも本来憲法上保障されている表現行為を自重せしめようという効果を意味している。この効果への注目とは「公正な警告」への関心を示したあいまいさに関する諸判決、および、事前規制そのものの行為抑制を強調した事前規制の諸判決の両者の中にその淵源をみることができる。そして、このような関心は憲法訴訟の理論の中でもいわば手続と実体面という二つの側面へと分かれて発展してゆく。はじめにこのような効果への関心が理論化されたのはその手続的機能すなわち広汎にすぎる法は威圧的な効果をもつから文面上審査されねばならない、ということであった。これは当該事件での適用が合憲であるか否かを問わず、当事者に対してその法律の違憲性を主張する適格性を与えるというのを根拠づけるものであった。そして、この限りにおいては、「過度の広汎さ」理論と chilling 理論とは全く重なり合っている。<sup>(20)</sup>しかし、この手続面は更に発展し、事件の成熟性とか連邦の最高裁による州の裁判所に対する敬讓に基づく自制 (abstention) 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さねばならない

という要求 (exhaustion)、より一般的には「厳格な必要性」と呼ばれる理論をも部分的にとり払うに至るのである。すなわち、一九六五年の *Dombrowski v. Pfister* 判決<sup>(22)</sup>で、最高裁はルイジアナ州の「破壊活動および共産主義防止法」などの下で訴追の脅しを受けているという理由で宣言判決および禁止命令による救済を求めた原告（上告人）の主張に対して、これを是認した。そこでは訴えそのものの成熟性とか、州の訴訟手続への干渉とかの問題が含まれていたのであるが、これについて最高裁は、あいまいで広汎にすぎる州法の下での訴追のおそれ (threatened prosecution) は修正第一条の諸権利に対して取りかえしのつかない損害を前もって予測させるのであり、従って、それは連邦による衡平法上の干渉を正当化するとしたのである。<sup>(22)</sup>

ところでこのような先回りの救済を正当化するための chilling 理論には二つの根拠があるとされている。<sup>(23)</sup>一つは、あいまいで広汎にすぎる法律の存在そのものから生ずる chilling effect であり、他は、不誠実な執行 (bad faith enforcement) とか訴追の脅しなどによって生ずる chilling effect である。Dombrowski 判決は、この両者について言及していたが後者はそこでは付随的意見にすぎなかった（すなわち、前者の要件だけでよい）とされている。これに対して両者の要件、すなわち州法が過度に広汎であるというだけでなく、不誠実な執行がなされているという特別な条件が必要であるとしたのは一九七一年の *Younger v. Harris* 判決である。<sup>(24)</sup>ここではその州法が文面上修正第一条の権利を侵害しているということ、すなわち州法が文面上違憲の可能性があるということの証明だけでは、その州法に基づく州の裁判所における訴追を禁止命令によって差し止めることはできない、すなわち例えば不誠実な執行のような極端な状況が必要だとしたのである。ただし、この事件はある広汎にすぎる法の下ですでに州の裁判所に訴

追が行なわれてしまっている時に、連邦の裁判所に対してその訴追を禁止する命令を出すことを要求するといった場合<sup>(25)</sup>であり、その意味ではまだ訴追がなされていない時に宣言判決およびそれに基づく禁止命令を求めるという *Donbrowski* 判決の型とは異っている。従って *Donbrowski* 判決の型の事件についても両者の要件が必要とされるとしたわけではない。

いずれにせよ、このような先回りの救済の問題では、連邦の最高裁はできるだけ州の権限を侵害しないようにする必要があるという制約を受けることになるから、単なる「過度の広汎さ」理論では問題を解決することはできないということが注意されねばならない。とはいえ、現在のように先回りの救済そのものが、その請求が認容されるか否かは別として、一般的に利用されるようになる、この「過度の広汎さ」の問題もこのような訴訟形式とは全く別個の問題として取り扱われることはできなくなる。例えば、最近の公務員の政活活動の禁止に関する *Letter Carriers* 判決<sup>(26)</sup>は、宣言判決とそれに基づく禁止命令を請求した事件であり、また *Broadrick* 判決<sup>(27)</sup>は、すでに開始された訴追を差し止める禁止命令を請求した事件である。これらの事件においては、右に述べた制約から請求の認容される可能性はより小さいわけであるが、それが「過度の広汎さ」による文面上無効論そのものの後退とみなされることになる。

「過度の広汎さ」理論は後退し、その根拠づけも *chilling effect* 理論から行政庁および裁判所による不公正な執行の危険へと移ってきている、とする *Torke* 論文<sup>(28)</sup>はこの点に注目したものである。このような理解は、「過度の広汎さ」に基づく文面上無効の問題と、連邦の最高裁による禁止命令が認められるべき特別な根拠づけの問題とを混同しているとはいえず、修正第一条に関する文面上無効論の現実的な傾向を捉えているということができるであろう。

- (1) 383 U. S. 131, 143-149 (1966).
- (2) 384 U. S. 11, 18-9 (1966).
- (3) 385 U. S. 589, 609 (1967).
- (4) 389 U. S. 258, 262, 266 (1967)
- (5) 最近のものは *Gooding v. Wilson*, 405 U. S. 518 (1972).
- (6) Sax, *Judicial Rewriting of Overbread Statutes: Protecting the Freedom of Association from Scales to Rebel*, 57 Calif. L. Rev. 240, n. 1, 5 at p. 240 (1969); Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, op. cit., n. 55 at p. 857.
- (7) ただし、この中でも手続面に関心をあつた諸判決については別の考慮が必要であらう。これについては、*Monaghan, First Amendment "Due Process"*, 83 Harv. L. Rev. 518 (1970)。なお、おいては抗弁は決してなくなつたわけではなく、修正第一条に関する文面無効が主張される時にはほとんど常にその主張が付随的になつてゐる。おいての故に無効とされた例として、*忠誠宣誓に関する Baggett v. Bullitt*, 377 U. S. 360 (1964)。
- (8) 不可分性の問題に関しては（というよりもその時期には）逆に、州法が全体として無効とされることがなかったということに注意すべきである。
- (9) 拙稿・前掲書・早稲田法学会誌二五卷二五九頁参照。
- (10) 380 U. S. 479 (1965).
- (11) 383 U. S. 131, 147-8 (1966); Sax, op. cit., n. 1 at p. 240. Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, op. cit., pp. 907-10. なお、第二節注(二)参照。
- (12) この原理を宣言したものは *N. A. A. C. P. v. Button*, 371 U. S. 415, 432-3 (1963); *Dombrowski v. Pfister*, 380 U. S. 479, 486 (1965); *Freedman v. Maryland*, 380 U. S. 51, 56 (1965).
- (13) 「過度の広汎さ」の理由づけについては拙稿・前掲書・早稲田法学会誌二五卷二六八頁以下参照。

- (14) なお、このほか「補修的な」法律があげられるが、これらはほとんど合憲とされることになる。Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, op. cit., pp. 918-27.
- (15) Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, op. cit., pp. 922-3. なお overbreadth 理論と speech-conduct 理論との異同については、Ibid., n. 288 at pp. 918-9.
- (16) 413 U. S. 601, 610-616 (1973).
- (17) Ibid., pp. 630-1. なお、このように Ibid., f. n. 14 at p. 616 参照。
- (18) トランスジェンズ対意見 Ibid., pp. 632-3. なお、この区別をするという自体に反対している。
- (19) これはむしろ Note, *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, op. cit., p. 923 に示唆されている。わが国の憲法事件時国判決の適用違憲論をこれになぞらえて考えることも可能であろう。
- (20) 注(13)の諸判決。これらの判決について戸部「憲法訴訟の理論」三三七—四二頁参照。なお、拙稿・前掲書・早稲田法学会報二五巻二五三頁以下を参照二五五頁注⑨参照。
- (21) 380 U. S. 479 (1965).
- (22) Note, *The Chilling Effect in Constitutional Law*, 69 Col. L. Rev. 808, 809 (1969). なお、それ以前の先回りの教義を採った判決については、Note, *Inseparability in Application of Statute Impairing Civil Liberties*, op. cit., p. 1214; Note, *Avoidance of Constitutional Issues in Civil Rights Cases*, 48 Col. L. Rev. 427, 433-5 (1948) 参照。
- (23) Note, *The Chilling Effect in Constitutional Law*, op. cit., pp. 811-7.
- (24) 401 U. S. 37 (1971).
- (25) Note, *The Chilling Effect in Constitutional Law*, op. cit., p. 820. なお、このように州の手続が開始された時には禁止命令による介入は好ましくないとする。
- (26) 413 U. S. 548 (1973).
- (27) 413 U. S. 601 (1973). このほか Goodling 判決(注(5)参照)のように、州の裁判所での有罪に対して連邦の裁判所に人



身保護令状を請求するという例もある。

- (28) Torke, *The Future of First Amendment Overbreadth*, 27 *Vand. L. Rev.* 289, 293-310 (1974). この論文では、更に進んで、最高裁は行政庁とか州の裁判所の誠実な執行に期待すべきであるとするが、理論上はそのような必然性があるわけではない。すなわち、ここでは、かつて事実上政府の利益を重視させるために利益衡量論が唱えられたのと同じように、行政庁への信頼論を強調するために行政の誠実な執行についての吟味の問題が提出されているのである。なお、芦部・前掲書・公法研究三七号一七頁。

- (29) 従つて、substantial overbreadth 論と行政の誠実な執行への信頼論とは理論的には本来別のことがらである。

## むすび

合衆国の違憲審査における文面上の無効論ははじめから存在していたわけではなかった。当初はむしろ事件の事実審査あるいは適用上の審査（判決）と呼ばれるものが前提であった。これは、権力分立論とか、事件での資料によって得られる以上の判断をすべきではないとか、を理由とする一種の司法的な自己制限を意味している。しかし、争訟が増加し、その中で重要な憲法問題がしばしば提起されるようになるにつれ、いくつかの型の文面上判断（判決）がなされてゆく。これは、その限りにおいて自己制限を放棄し、いわゆる司法積極主義を採用したということでもある。その政治的、経済的そして社会的背景にはさまざまなものがある。例えば、南北戦争後の平等条項および州際通商条項の実施をめぐって展開される連邦と州の権限相互の干渉の問題、また二〇世紀に入ってから、まず経済上の自由主義に対する様々な理由による政府の干渉をめぐって生ずる問題、更に社会主義国家成立後の国際的な政治情勢

を反映した特定の思想傾向の抑制政策をめぐる問題などである。最高裁はその政治的な当否はともかくとして、右のような歴史的な脈絡の中でその文面審査（判決）の範囲を拡大してきたのである。本稿ではこれらの文面審査のための憲法訴訟上の理論を中心に検討してきた。現在のところ文面上無効判決の退潮の傾向が指摘されているが、しかし、直ちに文面審査（判決）そのものが急に後退するということはあまり考えられないといってもよいであろう。

このように合衆国における文面上審査の理論の発展がそれなりの特殊性をもっていることを考えた場合、本稿で検討した文面審査に関する諸理論がただちにそのままが国の憲法訴訟の中で参照され得るとするのは疑問である。まず、違憲審査のあり方としてわが国ではもともと合衆国での文面上の審査にあたる方法をとってきているように思われる。第三者の権利の主張の可否とか条項の可分性といった問題は若干提示されているが、法律をそれぞれの適用に分けて審査するという考え方はほとんど示されたことはないのである。もし、この理解が正しいとすれば、例えば「過度の広汎さの故の文面上無効」というような主張は、それがLARとか「明白かつ現在の危険」とかいいた証明方法と結びついて述べられるのではない限りは、それ自体としてはほとんど無内容なものとなる。その意味では、わが国ではこの「文面上無効」という言葉に過大な評価が与えられないように注意すべきであろう。ところで、徳島市条例事件最高裁判決（昭和五〇・九・一〇）の高辻意見の中で適用上審査の考え方が示されている。これは合衆国におけるそれに対する考慮があったものと思われるが、本稿での検討に即して考えてみた場合問題がある。すなわち、そこでは刑罰法規の明確性が問題となっている。このような場合の適用上審査には疑問がある。次に、それは

表現手段としての集団行進等を行うことそれ自体とその態様とを区別しているが、この両者は必ずしも明確に切り離せるものではない。このような行為規制の場合には、かりに純粹な言論の規制の場合に比して違憲とされる可能性が少なくなるとしても、やはりまず文面上の審査が行われるべきである。もちろん、合衆国での理論状況とは別にこの意見を評価することは可能であるが、しかし、これまでわが国にほとんど行なわれていなかった適用上審査の考え方を、合衆国においてすら文面上審査されていると思われる事案の中で導入してゆこうとするのは問題である。なお、この意見はいまいきに関する“hard core”論を用いたと解することもできるが、そもそもこの“hard core”論自体が適用上審査の原則の中で意義をもつものであるということからすれば、そのように解して違憲の主張をしりぞけるというのも現在のところは適切ではない。むしろ、同じ適用上審査でも猿払事件時国判決の適用違憲の型、すなわち、文面上有効とした後でもなお、場合によっては適用上違憲とする型の方が考慮されるべきである。違憲の主張がなされてもほとんど文面上合憲とされてしまうわが国においては特に必要なのではないだろうか。なお、わが国では禁止命令による救済にあたるものは行なわれておらず、また連邦と州の権限相互の干渉という問題も存しないのであるから、本稿で最後に紹介した行政への信頼の強調はただちに参考にすべきものではないであろう。

（一九七五年十一月）