

表現規制と文面審査に関する一考察

A Study of Speech-Restrictive Law and Analysis on its Face

田中祥貴*

TANAKA Yoshitaka

1 はじめに

我が国では、法令の憲法適合性審査を行うに際して、判例上、合憲限定解釈なる解釈技術がしばしば用いられてきた^{*1}。その代表的な事例としては、公務員等の労働基本権について争った全通東京中郵事件判決^{*2}、東京都教組事件判決^{*3}、仙台全司法事件判決^{*4}がまず想起されるが、その是非をめぐっては賛否が大きく分かれるところである。判例上、かかる諸判決の解釈論（「二重の絞り論」）は全農林警職法事件判決^{*5}においてすでに覆されるに至っているが^{*6}、学説上は、なお合憲限定解釈の人権救済機能に鑑み、これを肯定する見解が有力である^{*7}。確かに、合憲限定解釈は、規制法令に限定解釈を施すことで、規制対象範囲を圧縮し以て国民の自律的領域を拡張するという意味では、結果的に人権救済機能を果たし得る。また一方で、我が国の刑罰法規は包括的な構成要件を特徴としており、その現行法規のもとで実務慣行が蓄積されていることに鑑みれば、不明確性を以て直ちに違憲無効とすることは困難な状況にあるというのも事実である^{*8}。しかし、かかる議論は一般論としては首肯し得ても、表現規制領域にまで適用し得るのかについては、さらに慎重な配慮が求められよう。表現の自由は、僅かな規制にも萎縮する極めて繊細な権利であると同時に、民主的政治過程を機能させる前提条件である

ことを看過してはならない。ところが、最高裁は、当該領域においても札幌税関検査事件^{*9}や青少年保護育成条例事件^{*10}を始めとする諸判決で合憲限定解釈を日常的に採用し合憲判決を導いているのが実情である。そこで本稿では、広島市暴走族追放条例事件判決を契機として、表現規制領域における文面審査のあり方、就中、最高裁が無自覚な「明確性」の理論と「過度の広汎性」の理論との相違を整理すると共に、またこれまでに最高裁が用いてきた合憲限定解釈の是非を改めて論じたい。

2 広島市暴走族追放条例事件

(1) 事実の概要

被告人Xは、暴走族構成員約40名と共謀の上、平成14年11月23日、広島市が管理する公共広場において、広島市長の許可を得ないで、所属する暴走族のグループ名を刺しゅうした「特攻服」と呼ばれる服を着用し、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し、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を行った。これに対して、広島市長の権限を代行する広島市職員から、本件集会を中止して退去するよう命じられたが、なおXがこれに従わなかったため、広島市暴走族追放条例（以下、本件

*社会福祉学部准教授

条例)違反の容疑で逮捕されたものである。第一審^{*11}及び控訴審^{*12}は共に有罪判決を言い渡したが、これを不服とするXは、本件条例はその規制対象が暴走族以外の集団による「い集又は集会」にも及ぶ「過度の広汎性」及び「不明確性」を有し、憲法21条1項及び同31条に違反する等を主張して上告した。

(2) 関連条文

本件で憲法適合性に疑義が持たれている関連諸規定は以下の通りである。

[広島市暴走族追放条例] (下線部筆者)

第1条 この条例は、暴走族による暴走行為、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ことから、暴走族追放に関し、本市、市民、事業者等の責務を明らかにするとともに、暴走族のい集、集会及び示威行為、暴走行為を[あおる行為等を規制することにより、市民生活の安全と安心が確保される地域社会の実現を図ることを目的とする。](#)

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

- ① 自動車等 道路交通法(昭和35年法律第105号。以下「法」という。)第2条第1項第9号に規定する自動車及び同項第10号に規定する原動機付自転車をいう。
- ② 少年 少年法(昭和23年法律第168号)第2条第1項に規定する少年をいう。
- ③ 保護者 少年法第2条第2項に規定する保護者をいう。
- ④ 公共の場所 道路、公園、広場、駅、空港、栈橋、駐車場、興行場、飲食店その他の公衆が通行し、又は出入りすることができる場所をいう。
- ⑤ 暴走行為 法第68条の規定に違反する行為又は自動車等を運転して集団を形成し、法第7条、法第17条、法第22条第1項、法第55条、法第57条

第1項、法第62条若しくは法第71条第5号の3の規定に違反する行為をいう。

- ⑥ 示威行為 多数の者が威力を示して行進又は整列をすることをいう。
- ⑦ 暴走族 暴走行為をすることを目的として結成された集団又は公共の場所において、公衆に不安若しくは恐怖を覚えさせるような特異な服装若しくは集団名を表示した服装で、い集、集会若しくは示威行為を行う集団をいう。
- ⑧ 暴走族追放 暴走族による暴走行為等の防止、暴走族への加入の防止、暴走族からの離脱の促進等を図ることにより、暴走族のいない社会を築くことをいう。

第16条 何人も、次に掲げる行為をしてはならない。

- ① 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ようない集又は集会を行うこと。
 - ② 公共の場所における祭礼、興行その他の娯乐的催物に際し、当該催物の主催者の承諾を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせようない集、集会又は示威行為を行うこと。
 - ③ 現に暴走行為を行っている者に対し、当該暴走行為を助長する目的で、声援、拍手、手振り、身振り又は旗、鉄パイプその他これらに類するものを振ることにより暴走行為をあおること。
 - ④ 公共の場所において、正当な理由なく、自動車等を乗り入れ、急発進させ、急転回させる等により運転し、又は空ぶかしさせること。
- 2 何人も、前項各号に掲げる行為を指示し、又は命令してはならない。

第17条 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。

第19条 第17条の規定による市長の命令に違反し

た者は、6月以下の懲役又は10万円以下の罰金に
処する。

(3) 最高裁判決*13

(a) 多数意見

上告棄却。

「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的な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、したがって、市長において本条例による中止・退去命令を発し得る対象も、被告人に適用されている『集会』との関係では、本来的な意味における暴走族及び上記のようなその類似集団による集会が、本条例16条1項1号、17条所定の場所及び態様で行われている場合に限定されると解される。」

「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穏を害してきたこと、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条に違反するとははいえないことは、最高裁昭和44年(あ)第1501号同49年11月6日大法廷判決・刑集28巻9号393頁、最高裁昭和61年(行ツ)第11号平成4年7月1日大法廷判決・民集46巻5号437頁の趣旨に徴して明らかである。」

また、本条例16条1項1号、17条、19条の各規定が有する「不明確性」については、理由を示すこともなく、その憲法適合性を肯定して、本件

上告を棄却した。

(b) 堀籠裁判官補足意見

堀籠裁判官は、「被告人の本件行為は、本条例が公共の平穏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り、被告人に保障されている憲法上の正当な権利が侵害されることはないのであるから、罰則規定の不明確性、広範性を理由に被告人を無罪とすることは、国民の視点に立つと、どのように映るのであろうかとの感を抱かざるを得ない」と言及している。これは適用上の審査において、適用違憲を主張する適格を制限する見解で、かつて川崎民事事件判決*14や徳島市公安条例事件判決*15で用いられた判断枠組である。即ち、規制法令に不明確性が存しようとも、その被告人に当該法令が適用されることは明白であるという場合、当該事件では権利侵害が生じる危険性は存しないのであるから、被告人は他者への適用に違憲の疑いがあることを主張する適格 (third party standing) を欠くという考え方である。しかしかかる見解は、当該法令がその他の表現行為に及ぼす「萎縮効果」を無視しており、違憲立法審査権が、私権保障機能のみならず、憲法保障機能を併せ持つことを軽視していると言わざるを得ない。

(c) 那須裁判官補足意見

那須裁判官は、「どのような場合に限定解釈をすることが許されるのかについては、最高裁昭和57年(行ツ)第156号同59年12月12日大法廷判決・民集38巻12号1308頁(札幌税関検査違憲訴訟事件)が示す要件を満たす必要がある」としつつ、この点、規制対象に関する判断は、「定義規定だけに着目するのではなく、広く本条例中に存在するその他の関連規定をも勘案して決すべきものであり、そのような広い視点から判断すれば、本条例における『暴走族』につき多数意見のように限定解釈をすることは大法廷判決の示す要件にも合致し、十分に合理性を持つと考える。」よって、「本件につき第1審及び原審の判断を維持しつつ、憲法上広範に過ぎると判断される部分について

ては判決書の中でこれを指摘するにとどめ、後のことは広島市における早期かつ適切な改正等の自発的な措置にまつこととするのが至当であると考え」と評価している。当該先例との整合性は後述するが、「広島市の早期かつ適切な改正等の自発的な措置をまつ」というくだりは、本件条例における違憲性を認識しているとの心情を吐露するものではないか。そうであれば、かかる認識の論理的帰結は文面上違憲判断ではないかとの疑問を抱かざるを得ない。

(d) 藤田裁判官反対意見

藤田裁判官は、「法令の合憲限定解釈一般について、それを許さないとするものではないが、表現の自由の規制について、最高裁判所が法令の文言とりわけ定義規定の強引な解釈を行ってまで法令の合憲性を救うことが果たして適切であるかについては、重大な疑念を抱くものである。本件の場合、広島市の立法意図が多数意見のいうようなところにあるのであるとするならば、『暴走族』概念の定義を始め問題となる諸規定をその趣旨に即した形で改正することは、技術的にさほど困難であるとは思われないのであって、本件は、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考え」と評価し、また堀籠裁判官補足意見に依って、「被告人の本件行為は、本条例が公共の平穏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るが、しかし「被告人が処罰根拠規定の違憲無効を訴訟上主張するに当たって、主張し得る違憲事由の範囲に制約があるわけではなく、またその主張の当否（すなわち処罰根拠規定自体の合憲性の有無）を当審が判断するに際して、被告人が行った具体的行為についての評価を先行せしむべきものでもない。そして、当審の判断の結果、仮に規律対象の過度の広範性の故に処罰根拠規定自体が違憲無効であるとされれば、被告人は、違憲無効の法令によって処罰されることになるのであるから、この意味において、本条例につきどのような解釈を採ろうとも被告人に保障されている憲法上の正当な権利が侵害されることはないということとはできない」と言及している。

(e) 田原裁判官反対意見

田原裁判官は、多数意見の合憲限定解釈につき、「本条例は、通常の判断能力を有する一般人の視点に立ったとき、その文言からして、多数意見が述べるような限定解釈に辿りつくことは極めて困難であって、その規定の広範性ととともに、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く点において、憲法11条、13条、21条、31条に違反するものと言わざるを得ない」と評価し、また「多数意見のように限定解釈によって、本条例の合憲性を肯定した場合、仮にその限定解釈の枠を超えて本条例が適用されると」、「それが違憲、無効であるとの最終判断がなされるまでの間、多くの国民（市民）は、本条例が限定解釈の枠を超えて適用される可能性があり得ると判断して行動することとなり、国民（市民）の行動に対し、強い萎縮的効果をもたらしかねない」との危惧を表明している。

3 表現規制と限定解釈のあり方

(1) 表現規制

まず第一に確認すべきは、本件条例の規制対象が、いわゆる集会の自由という事実である。そもそも集会の自由は、言論・出版の自由と並んで憲法21条1項で明示的に保障される表現の自由の一形態と位置付けられる^{*16}。ゆえに集会の自由は、伝統的な言論・出版の自由と同様に、個人の人格形成（自己実現 self-fulfillment の価値）及び民主主義社会の維持発展（自己統治 self-government の価値）という二つの文脈において不可欠の機能を営む^{*17}。かかる趣旨に鑑みれば、たとえ純粋な言論活動とは異なるとしても、集会に対する公権力規制については、言論・出版規制の場合に準じた厳格な基準に基づいて違憲審査が行われなければならない。この点、表現規制に関しては、その「萎縮効果 (chilling effect)」に配慮して、事実審査に立ち入るまでもなく、規制法令の法文に「不明確性 (vagueness)」や「過度の広汎性 (overbreadth)」が認められる場合には^{*18}、文面上無効 (void on its face) とされる^{*19}。本件条例の憲法適合性審査において中心的争点は、まさに

この規制対象の「不明確性」及び「過度の広汎性」であって、本判決もその文面審査を重視していることから、まずはこの論点について検証してゆきたい。

(2) 文面審査

そもそも本件条例2条7号は、その規制対象となる「暴走族」を「暴走行為をすることを目的として結成された集団又は公共の場所において、公衆に不安若しくは恐怖を覚えさせるような特異な服装若しくは集団名を表示した服装で、い集若しくは示威行為を行う集団（傍点筆者）」と定義すると共に、また同16条で「何人も、次に掲げる行為をしてはならない（傍点筆者）」としつつ、その1項1号で「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」と定める。そして当該行為について、同17条及び19条は、「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」、市長は、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つつ、この命令に違反した者には刑事罰をもって臨んでいる。

かかる集会規制の対象が「不明確」かつ「過度に広汎」であるとの上告趣意に対して、多数意見は、前記判旨の通り、本件条例自体を文面上無効とはせず、合憲限定解釈の技術を用いて合憲判断へと導いている。合憲限定解釈とは、通常、「ある法令における行為の制限ないし禁止の規定が、法文上は広汎に過ぎ、字義どおりに解釈すれば違憲になるかも知れないが、他のより制限的な解釈をとれば合憲となるであろう、というような場合に、法令の効力を救済する後者の解釈のこと^{*20}」を指称しており、民主的基盤を持たない裁判所が違憲立法審査に際して、法令の違憲判断を回避するために行われる司法自己抑制の技術の一つである。従って、合憲限定解釈の採用は、そもそも限定解釈を施さない字義通りの法令解釈では違憲性を払拭し得ないとの認識を前提としている点に留意しなければならない。尤も、本来、法規範は上

位規範に従って解釈されるべきであり、また議会は憲法上の制約内で立法を行っているとの推定に基づけば、違憲判決による法的混乱を回避するべく合憲限定解釈を施すことは許されない解釈論ではない^{*21}。

但し、その際には節度を保つことが肝要である。即ち、合憲限定解釈が許されるのは、法令の目的及び文言に徴して、文理解釈上、合理的に成立する場合に限られなければならない^{*22}。つまり、文理解釈上の限界を超えてまで、法令を救済することは、却って、当該法令の意味を不明確にしまい、国民の予測可能性を奪うと共に、法的安定性を害することとなる。かかる合理的範囲を逸脱した法解釈はもはや解釈にあらず、法文の書き換えであり、民主的基盤を持たない裁判所にとって、その権限を逸脱するものと言わざるを得ない。そしてここで考慮されるべきは、刑罰法規の場合には犯罪構成要件明確性の要請から、また精神的自由規制立法の場合には広汎な規制が及ぼす「萎縮効果」の弊害に鑑みて、通常よりも厳格な文面審査を行うべきであるとの鉄則である。この点、本件の場合、二重の文脈で厳格な審査が求められ、安易な合憲限定解釈を懐むべきことは言うまでもない^{*23}。

では、本件多数意見は、合憲限定解釈を許容するだけの合理性を担保しているだろうか。そこには以下の問題点が存する。即ち、まず本件条例2条7号の定義によると、社会通念上の暴走族以外にも、「公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような・・・い集又は集会を行う」集団はすべて「暴走族」概念の範疇に包摂されており、さらに同16条では「何人」にまで規制対象を拡張している。ところが、かかる「定義にもかかわらず」、多数意見は、本件条例及び同施行規則を総合すれば、その対象を社会通念上の「暴走族」と「これと同視できる集団」に限定することが可能であると主張する。果たして、このような解釈が成立し得るのであるか。「通常の判断能力を有する一般人^{*24}」を基準とするならば、条例の規制対象概念につき定義規定が設けられている場合、かかる定義規定の文言に従って解釈するのが当然であって、そうでなければ法文上の概念に定義は必要とされないとすべきである^{*25}。本件条例の定義規定に従え

ば、その規制対象は社会通念上の「暴走族」に限定され得ず、過大包摂の誇りは免れまい。かかる定義規定を前提としつつ、多数意見のような結論を導くことは余りに強引な解釈であって、このような無理な限定解釈を施すことは、一般人による法文の理解を不可能たらしめ、結局、「過度の広汎性」を「不明確性」に置き換えるだけの結果しかもたらさない^{*26}。

さらに他方で、たとえ多数意見の限定解釈を前提としても、「これと同視できる集団」の概念はその外延がなお不明確で、一般人が規制対象を明確に峻別し得る基準とは言い難いであろう。ここに本件条例最大の瑕疵が存する。即ち、公衆の「不安」や「恐怖」という何ら客観性を持たない主観的判断基準を採用することで、その規制対象の外延を曖昧化し以て公権力による恣意的規制の余地を残しているのである。本件条例では、「不安又は恐怖」の存在を「誰が」「如何なる基準で」認定するのか、その手続は全く明示されていない。結果、かかる規制の「不明確性」は「過度の広汎性」と重なり合い、その外延の不明確性が同時に規制対象を過度に拡張する機能を果たす。それは、国民の予見可能性を奪い、国民の自由な表現行為に対して「萎縮効果」を生じさせると共に、罪刑法定主義の法理にも反する。即ち、かかる文面審査において、多数意見の法解釈は、合憲限定解釈の限界を超えていると言わざるを得ないであろう。

(3) 事実審査

しかし、多数意見は、上記限定解釈を前提に「この規制により得られる利益と失われる利益」を比較衡量して、本件条例規制の憲法適合性を肯定しているため、次にかかる判断枠組の妥当性を検証してみたい。従前、表現規制の憲法適合性審査で利益衡量論を使用することは、最高裁の常套手段である。かかる最高裁の利益衡量論を基軸に据えた判断枠組そのものは、1960年代後半以降の諸判決において展開され^{*27}、またそれに加えて表現規制領域では、近年、当該利益衡量において許容される規制の「必要かつ合理的」な範囲を、「明白かつ現在の危険 (clear and present danger)」

の基準（以下、「危険」の基準）等で絞り込むという手法が採用され始めている^{*28}。そして最高裁は、かかる表現規制の違憲審査に際して、表現行為への規制が「直接的」か「間接的・付随的」かの区別を重視して、前者には「危険」の基準や「必要最小限度」の基準等の厳格審査基準を適用し、後者には「合理的関連性 (rational relationship)」の基準を適用する判断枠組を展開してきた^{*29}。これに対して、憲法学説は、表現規制に関する違憲審査をより厳格に捉え、これを表現内容規制か表現内容中立規制かの区別に基づいて、前者には「危険」の基準等の厳格審査基準を適用し、後者には「L.R.A. (Less Restrictive Alternative)」の基準等の一段緩やかな中間審査基準 (intermediate standard) を適用する^{*30}。両者の判断枠組はある意味で酷似しているが、最高裁は、「間接的・付随的」規制に関して「合理性 (rationality)」の基準に等しい審査基準を用いること、また「危険」の基準等による厳格審査を展開しようとも、これを利益衡量の枠組に吸収・埋没させる看過しがたい構造を有し、その実体的審査については、学説との間に相当の隔たりが存在するのが実情である。

本件多数意見では、その利益衡量に関わる違憲審査基準につき、なんら直接言及する箇所はないが、猿払事件判決及び成田新法事件判決を引用して、単純な利益衡量論を展開している状況から、本件規制を「市民生活の安全と安心が確保される地域社会」を実現するための間接的・付随的規制に過ぎず、立法目的とそれを達成する手段の間に合理的関連性があれば足りると考えて、厳格審査基準を排除していることは明白である。かかる審査基準は表現規制に適用するには余りにも緩やかに過ぎよう。ここで翻って考察してみるに、何れの判断枠組に拠ろうとも、多数意見が主張するように、合憲限定解釈によって、本件条例の規制対象が「暴走族」と「これと同視できる集団」の集団に限定されるならば、それはまさに表現主体に基づく内容規制であって^{*31}、逆に、「危険」の基準等の厳格審査基準に拠らねばならないはずである^{*32}。かかる文脈において、多数意見の理論展開は自己矛盾であり、論理的に破綻していると言わざるを得ない。そして、上記の厳格審査基準に基

づいた場合、利益衡量の枠組によって合憲判決を導き出すのは至難であろう*33。それは、本件条例規制で喪失する利益が、憲法上優越的地位を有する「表現の自由」であるのに対して、当該規制の保護法益は、公衆の「不安又は恐怖」を取り除いた「市民生活の安全と安心」という何ら実体的内容を伴わない抽象的利益に過ぎないからである。勿論、厳格審査を回避するべく、かかる合憲限定解釈の紐を解いて、規制対象を限定せず「何人」にまで拡大すれば、本件条例は「過度の広汎性」を有するものとして違憲無効の評価が下されることは言を待たない。

4 最後に

結局のところ、本件多数意見に関しては、かつての札幌税関検査事件や青少年保護育成条例事件と同様に、過度な法令救済に逸り、無理な文面審査を展開した点に根本的な問題が存する。そもそも文面審査における法理論は、手続的適正 (procedural due process) と実体的適正 (substantive due process) の両側面を内包し、前者は、国民に対して刑罰法規の犯罪構成要件を明確に告知させると共に、以て、公権力の恣意的な裁量権行使を抑制するという「明確性」の理論 (void-for-vagueness doctrine) へと帰結し、また後者は、たとえ明確な告知機能を果たし手続的問題を克服しようとも、その規制が憲法上保障された権利自由に及ばない必要最小限度性の担保を求める「過度の広汎性」の理論 (overbreadth doctrine) へと帰結する。この点で、規制法令の文言が不明確で、その規制対象の外延を過度に拡張しているとき、「明確性」の理論と「過度の広汎性」の理論は相互に重なり合うことに留意する必要がある。そして就中、表現規制領域では、この実体的適正が実現されることで、表現行為に対する国民の「萎縮効果」が初めて除去されることとなる。さらに文面審査の法理論は、かかる手続的適正の領域か実体的適正の領域かに応じて、その現実の審査基準にも差異が生じる。即ち、まず手続的領域における「明確性」の理論は、国民への適正な告知 (fair notice) を求めるので、「通常の判断能力を有する

一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれる*34」だけの犯罪構成要件の明確性を基準とすることとなる。その一方で、実体的領域における「過度の広汎性」の理論には、そもそもどの程度の広汎性を違憲と捉えるのかにつき実体的基準が存在する訳ではなく、結局、これは「必要最小限度」の基準の一類型であるから、規制される人権の種類や規制の目的、程度、及び態様等に関する総合考量に基づいて、何らかの他の実体的審査基準を併用せざるを得ない*35。尤も、その際の基準には、表現規制領域であれば、当然、「危険」の基準や「L.R.A.」の基準といった厳格審査基準が採用されねばならない*36。以上の「明確性」の理論と「過度の広汎性」の理論との相違や、それぞれに対応すべき違憲審査基準の峻別につき、最高裁は十分な認識を欠いている*37。かかる判断枠組に則してみれば、やはり本件条例規制については、これらの審査基準に耐える程度の「明確性」及び「最小限度性」を担保しているとは言い難く、前述の通り、犯罪構成要件の明確な告知を欠き、以て、その規制対象を過度に拡張していると言うべきであるから、文面上、「不明確性」及び「過度の広汎性」ゆえに違憲無効との判断を下すことこそが妥当な結論であったと考えられる。かかる事例においてまで、合憲限定解釈を以て法令救済に苦心する最高裁の姿勢は、自らに違憲立法審査権が付与された憲法的意義を再考する必要があるものと言わねばなるまい。

注

- * 1 合憲限定解釈は、Brandeis ルール第7準則に該当する憲法判断回避ルール (see *Ashwander vs. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1935)) の一類型と位置付けられるが、厳密には、憲法判断に入りながら法令違憲を回避する技術であって、憲法判断それ自体の回避ではない。芦部信喜『司法審査のあり方と人権』(東大出版会、1983年) 182頁以下参照。
- * 2 最大判昭和41・10・26刑集20巻8号901頁。
- * 3 最大判昭和44・4・2刑集23巻5号305頁。
- * 4 最大判昭和44・4・2刑集23巻5号685頁。
- * 5 最大判昭和48・4・25刑集27巻4号547頁。

- * 6 最高裁は、「二重の絞り論」に基づく限定解釈を破棄したのであって、合憲限定解釈そのものを否定した訳ではなく、それが法の合理的範囲内に止まる限りは許容されるとする。
- * 7 芦部・前掲注(1)191頁。
- * 8 芝原邦爾「罪刑法定主義の展開」ジュリスト500号374頁(1972年)。
- * 9 最大判昭和59・12・12民集38巻12号1308頁。
- * 10 最大判昭和60・10・23刑集39巻6号413頁。
- * 11 広島地判平成16・7・16判例集未登載。
- * 12 広島高判平成17・7・28判タ1195号128頁。
- * 13 最三小判平成19・9・18裁時1444号1頁。
- * 14 最大判昭和47・11・22刑集26巻9号554頁。
- * 15 最大判昭和50・9・10刑集29巻8号489頁。
- * 16 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1) [増補版]』(有斐閣、2000年) 236頁以下。
- * 17 最大判平成4・7・1民集46巻5号437頁(成田新法事件)。
- * 18 前者の法理論は、不明確な文言ゆえに憲法上保障された表現行為まで規制される恐れがある場合、後者の法理論は、明確な文言が用いられているが、その規制対象が広汎に過ぎ、憲法上保障された表現行為に及んでいる場合を想定しており、この両者は実体面では相違するが、手続面では相互に重複する側面を有している。藤井俊夫「過度の広汎性の理論および明確性の理論」『講座憲法訴訟(第2巻)』(有斐閣、1987年) 348頁参照。
- * 19 勿論、我が国の憲法81条が定める違憲立法審査権は付随的審査制を前提としており、原則として文面審査が先行する訳ではない。司法的自己抑制の視座から言えば、まずは適用違憲や運用違憲といった限定的手法の可能性を模索することが求められよう。しかし、表現規制領域においては、その萎縮効果を早期に除去することが要請され、「不明確性」又は「過度の広汎性」が認められる場合には、その時点で文面上無効とすべきである。
- * 20 芦部・前掲注(1)178頁。
- * 21 佐藤幸治『憲法 [第3版]』(青林書院、1995年) 362頁以下。
- * 22 判例上、合憲限定解釈を許容する要件は、①「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あり」(合憲的規制対象の明確な範囲画定性)、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場合に限られる」(一般人による規制対象の判断可能性)に求められる。前掲注(9)参照(札幌税関検査事件)。
- * 23 確かに、合憲限定解釈を行った場合、違憲的部分と合憲的部分が可分であれば、それにより法令の違憲的部分は排除され、それに基づく限りで「萎縮効果」も除去されたことになる。しかし実際には、その効果は当該判例を知る範囲の者に限定され、現実的には法令は維持されている以上、当該判例の存在を知らぬ者にとっては、その「萎縮効果」は、なお維持されることに留意すべきである。
- * 24 前掲注(15)参照(徳島市公安条例事件)。
- * 25 本件藤田裁判官反対意見同旨。
- * 26 浦部法穂『憲法学教室 [全訂第2版]』(日本評論社、2006年) 99頁参照。
- * 27 最大判昭和40・7・14民集19巻5号1198頁(和教組事件)、最大判昭和41・10・26刑集20巻8号901頁(全通東京中郵事件)。
- * 28 最三小判平成7・3・7民集49巻3号687頁(泉佐野市民会館事件)、最二小判平成8・3・15民集50巻3号549頁(上尾市福祉会館事件)。
- * 29 最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁(猿払事件)、最二小判昭和56・6・15刑集35巻4号205頁(戸別訪問禁止事件)。
- * 30 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(有斐閣、1994年) 229頁以下参照。
- * 31 かかる二分論発祥の地アメリカでは、表現主体に基づく規制を表現内容規制と位置付けている。表現主体に基づく規制と表現内容に基づく規制とは相互に緊密な関連性が存するからであろう。See *First National Bank of Boston vs. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978). ; *City of Madison, Joint School District No.8 vs. Wisconsin Employment Relations Commission*, 429 U.S. 167 (1976).
- * 32 橋本基弘「集会規制における内容中立性の諸問題」中央ロー・ジャーナル第3巻3号55頁(2006年)同旨。
- * 33 本件田原裁判官反対意見同旨。
- * 34 前掲注(15)(徳島市公安条例事件)。尚、アメリカでも判例上「通常の知性を有する者が、その意味を推量することを余儀なくされ、かつその適用について見解を異にする」程度に不明確なものは無効としている。*Connally vs. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926); see also *Jordan vs. De George*, 341 U.S. 223 (1951).

*35 藤井・前掲注(18)359頁以下参照。

*36 例えば、明白かつ現在の危険を伴わない表現行為まで規制しているから過度に広汎であるという判断枠組 *see Thornhill vs. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940); *Cantwell vs. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940) や、他のより制限的でない規制方法があるのにその選択肢を採用していないから過度に広汎であるという判断枠組 *see Shelton vs. Tucker*, 364 U.S. 479 (1960) が採

用されねばならない。

*37 徳島市公安条例事件、札幌税関検査事件、青少年保護育成条例事件等における文面審査をみる限り、我が国の最高裁は、表現規制領域での「萎縮効果」を除去するという実体的適正に関する認識が極めて希薄である。本判決もその延長線上に位置付けられよう。