

2016スタ論第2クール開講ガイダンス  
H28本試験出題 **大** 予想と答案戦略

# 公法系

揺れる司法試験憲法？

● 今こそ憲法上の基本的な問題の理解とその応用力を再確認！ ●

辰巳専任講師・弁護士 **柏谷周希** 先生

---

**辰巳法律研究所**

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

## 【本講義の趣旨】

### 揺れる司法試験憲法？

#### 今こそ憲法上の基本的な問題の理解とその応用力を再確認！

平成27年司法試験論文式試験問題公法系科目第1問出題趣旨には、「本年の問題も、憲法上の基本的な問題の理解や、その上での応用力を見ようとするものである。」「一定の判断枠組みを用いる場合には、学説・判例上で議論されている当該判断枠組みがどのような内容であるかを正確に理解していることが必要である。その上で、本問においてなぜその判断枠組みを用いるのかについての説得的な理由付けも必要であるし、判例を踏まえた論述をする際には、単に判例を引用するのではなく、当該判例の事案と本問との違いも意識した論述が必要となる。」と記載されております。

また、平成28年の司法試験考査委員（いわゆる問題作成委員）から法科大学院の現任教員が外れることとなりました。もっとも、「平成28年司法試験だけ出題方針が変動するような状況になることは適切ではなく、受験者との関係でも避けるべきであることなどを考慮する…」と法務省ワーキングチームの「平成28年司法試験考査委員の体制に関する提言」には記載されております。このため、平成28年司法試験論文式試験では、マイナーなテーマや奇をてらった出題ではなく、表現の自由などの実務上・学術上重要テーマを正面から問うてくると予想するのが自然かと思われます。

そこで、今回は、司法試験合格開眼塾などを担当され、その実務的・実践的な講義内容で定評がある柏谷周希先生に、上記出題趣旨にいう能力を問うのに最適などと出題時に評価の高かった、表現の自由を主要テーマとする2011スタンダード論文答練（第1クール）公法系1第1問（憲法）を素材として、上記出題趣旨にいう能力を高めるコツについてご講義をお願いします。

#### 【参 考】

- ・平成27年司法試験論文式試験問題出題趣旨（法務省HP）  
<http://www.moj.go.jp/content/001161346.pdf>
- ・司法試験出題内容漏えい問題に関する検討について（法務省HP）  
[http://www.moj.go.jp/jinji/shihoushiken/jinji08\\_00123.html](http://www.moj.go.jp/jinji/shihoushiken/jinji08_00123.html)

2010.10.3 LIVE 実施

2011 スタンダード論文答練（第1クール）公法系1第1問より

※問題文・解答例・解説等は，原則として出題当時のまま掲載しております。

## ◆ 問 題 ◆

(配点：100)

200×年、アメリカ合衆国において、人工妊娠中絶に反対する活動が非常に活発となっていた。人工妊娠中絶に反対する多くの団体は、『女性が子どもを産まないことを選択する権利は性行為の時点ですでに行使されていたのであり、命は無条件で尊く、赤ちゃんを殺す権利は存在しない』などと強く主張し続けた。

このアメリカでの議論を受けて、日本においても知識人、マスコミを中心として人工妊娠中絶に反対する活動が一部で盛んに行われるようになった。特にB県においては、特定の団体が、歩道で、産婦人科を有する病院に来院する女性に直接話しかけたり、小冊子を配ったり、あるいはプラスチック製の胎児の模型を示すことによって人工妊娠中絶をやめるように説得するなどの活動が盛んに行われた。その活動はしばしば威嚇的で執拗なものであったため、女性のクリニックへのアクセスを物理的に妨げることが多かった。また、その活動は警察の目を盗んで行われ、被害者が公表を恐れて積極的協力をしないことも多く、警察や不利な証言をした一般人にもしつこく抗議をすることなどから、警察による取締りの効果は薄かった。

20××年にB県議会は、県内に存在する病院のうち産婦人科を有する病院について、その入口のドアから30メートル以内での言論に関する行為を規制するため、B県産婦人科周辺におけるビラ配布、カウンセリング等の禁止等に関する条例（以下「本件条例」という。）を制定した【参考資料】。本件条例4条によると、何人も、産婦人科を有する病院の入口ドアから半径30メートル以内の公道又は歩道で、小冊子の配布、カウンセリング等を行う目的をもって、相手方の同意なしに、3メートル以内に近づくことを知りつつ他の者に接近してはならないこととされた。そして、同条に反した場合には罰則を科されるものとされた（本件条例7条）。なお、本件条例については、人工妊娠中絶に反対する表現に限定せず、県内に多数散在するクリニック近辺での表現活動を規制する点で、適用対象が広範囲に過ぎるとの指摘がなされることがままあった。

Aは過去に人工妊娠中絶を行った経験を有する者である。Aは人工妊娠中絶の後遺症である、習慣性流産、PTSD（心的外傷ストレス）を負った。しかし、Aは中絶手術の際にこれらのリスクについて医療機関から十分な説明を受けていなかった。

Aは、自己の経験から、人工妊娠中絶は母体に及ぼすリスクが重大であるためできるだけ行われるべきではないとの信念を有するに至った。そこで、Aは人工妊娠中絶のリスクを知ってもらうために、産婦人科を有する病院に来院する女性に直接話しかけ、そのリスクを説明するという活動を、本件条例制定前から定期的に行っていた。なお、Aは人工妊娠中絶に反対する団体等には所属していない。

人工妊娠中絶においては、手術中に子宮を傷つけることで、出血、炎症が起こる可能性があり、術後にもその傷が原因で月経困難、不妊症、子宮外妊娠、習慣性流産などの障害が生じるリスクが現実存在する。また、中絶経験者の2割から半数近くは、PTSDに苦しめられている。また、B県に存在する病院の中には、人工妊娠中絶にあたり、患者に対してそのリスクを十分に説明しないクリニックが複数存在した。

本件条例が制定されて数ヶ月後、Aは、B県内にあるCクリニックの入口から約20メートル離れた公道において、複数人に対して、人工妊娠中絶のリスクを記した小冊子を配布し、又は、口頭によってそのリスクの説明活動を行った。その際、Aは相手方の同意なく、3メー

ル以内に近づくことを知りつつ接近した。

Cクリニックは産婦人科のみを有する病院である。そして、Aより小冊子の配布を受け、又は、説得を受けた者の中には人工妊娠中絶のためにCクリニックを訪れた者もかなりの割合で存在した。

Aの説示の内容、又は、Aの配布した小冊子は、人工妊娠中絶に反対する趣旨を読み取ることが可能な内容ではあったが、直接的には人工妊娠中絶を止めるように促すものではなく、そのリスクを客観的に記載したものであった。また、Aの小冊子を読んだ者の中には、人工妊娠中絶のリスクを知ること、中絶するか否かについて適切に判断することができたことを感謝する者も複数名存在した。

Aは本件条例4条に違反するため、同条例7条の罪に該当するとして、起訴された。

**〔設問1〕**

あなたがAの弁護人であったとして、裁判においてどのような憲法上の主張を行うか、具体的に論じなさい。

**〔設問2〕**

設問1における憲法上の主張に関するあなた自身の見解を、検察官の主張を想定しつつ、述べなさい。

【参考資料】B県産婦人科周辺におけるビラ配布、カウンセリング等の禁止等に関する条例  
(抄)

(目的)

第1条 この条例は、産婦人科を有する病院の周辺において、小冊子若しくはビラを渡すこと、プラカードを掲げること、又は口頭での抗議、教育若しくはカウンセリングを行うこと等を行う目的で接近することを禁止することにより、人工妊娠中絶を受けようと考えている者が、産婦人科へ容易にアクセスすることを可能とせしめ、かつ、望まないコミュニケーションからの保護を受けうるようにすることを目的とする。

(適用上の注意)

第3条 この条例の適用に当たっては、県民の権利を不当に侵害しないように留意しなければならない。

(表現目的での接近の禁止)

第4条 何人も、産婦人科を有する病院の入口ドアから半径30メートル以内の公道又は歩道で、それぞれ当該各号に定める行為を行う目的をもって、相手方の同意なしに、3メートル以内に近づくことを知りつつ他の者に接近してはならない。

- 一 小冊子若しくはビラの配布
- 二 プラカードの掲揚
- 三 口頭での抗議、教育、カウンセリングをすること

(罰則)

第7条 第4条の規定に違反して他の者に接近した者は、50万円以下の罰金に処する。

2 常習として第4条の規定に違反して他の者に接近した者は、6月以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

## 【配点表】

			配点
第1	過度に広汎ゆえに無効の法理について		
	1	Aの主張（設問1）	
	(1)	本件条例4条が、表現に対する萎縮的效果をもたらすゆえに憲法21条1項、31条に反するのではないかと指摘	2
	(2)	病院の入口ドアから半径30メートル以内におけるあらゆる種類の表現活動を制約することとなり、広汎に過ぎることの指摘	3
	(3)	結論 ・本件の具体的検討から整合的に結論を導き出していること	1
	2	検察官の反論（設問2前段）	
	(1)	本件条例4条は、一般人にとって、中絶反対表現に限定する内容であることが読み取れることの指摘	2
	(2)	本件の具体的検討から整合的に結論を導き出していること	1
	3	私見（設問2後段）	
	(1)	過度に広汎ゆえに無効の法理の判断基準の定立 ・表現の自由に対する萎縮的效果の指摘	2
	(2)	本問の具体的適用 ① 本件条例4条に違反すると、本件条例7条により罰則が科せられることの指摘…目安1点 ② 本件条例1条及び4条に照らすと、人工妊娠中絶に反対する表現に限定解釈することが可能であることの指摘…目安2点	3
	(3)	結論 ・本件の具体的検討から整合的に結論を導き出していること	1
		【加点事項】 ※ 広島市暴走族取締条例事件の規範について理解できていると認められる場合には加点する	加点評価 A・B・C
第2	本件条例4条が憲法21条1項に違反するかについて		
	1	Aの主張（設問1）	
	(1)	本件条例4条が、Aの表現の自由を侵害しているのではないかと指摘	2
	(2)	違憲審査基準の定立 ① 一般的な表現の自由の価値・重要性についての指摘…目安1点 ② 本件条例の規制対象である人工妊娠中絶に反対する旨の表現の価値についての指摘…目安2点 ③ 表現目的での接近に相手方の同意が必要であることが、事前規制の危険性を有するおそれがあることの指摘、及び、その危険性の説明…目安1点 ④ 本件条例の目的規定等に照らすと、本件条例は実質的には内容規制といえることについての指摘、及び、その危険性の説明…目安3点 ⑤ 判断基準が説得的に定立されていること…目安2点	9
	(3)	本問の具体的適用	
	ア	立法目的の検討 ・本件条例の立法目的を指摘していること、及び、その評価	2
	イ	手段の検討 ① 規制が病院からかなり離隔した範囲まで含んでいることの指摘、及び、その評価…目安2点 ② 表現行為を行っていない段階において、3メートル以内に近づくこと自体を規制していることの指摘、及び、その評価…目安2点	4
		★ イについて、上記以外の事実を指摘しつつ、適切にあてはめができていない場合に	

		は、 <u>4点</u> を上限として加する	
(4)	結論 ・本件の具体的検討から整合的に結論を導き出していること		1
2	検察官の反論（設問2前段）		
(1)	本件条例4条が、場所に着目した内容中立規制であることの指摘		2
(2)	本件条例4条が、事前規制に当たらないことの指摘		1
(3)	本件条例4条の立法目的を検察官の立場から評価できていること		1
(4)	手段について、検察官の立場から評価できていること		2
3	私見		
(1)	違憲審査基準の定立 ① 本件条例4条が規制対象として想定している表現の重要性について、自己の立場で評価できていること…目安2点 ② 表現の内容規制が厳格に審査されるべき理由について検討していること…目安2点 ③ 内容規制の危険性に照らして、本件条例4条が実質的に内容規制に当たるかどうかについて検討していること ・表現の場所に着目していることの指摘…目安1点 ・産婦人科前における表現禁止が、人工妊娠中絶反対の表現を行おうとする者に特に不利に働くことの指摘…目安1点 ・人工妊娠中絶反対の表現は産婦人科の周辺以外においても有効に行うこと の指摘…目安1点 ★ ③について、上記以外の事実を指摘しつつ、適切にあてはめができてい る場合には、 <u>3点</u> を上限として加点する ④ 事前規制の有する危険性に照らして、本件条例4条が事前規制に該当するか について検討していること…目安1点 ⑤ 本件条例がパブリック・フォーラムにおける表現を規制するものであること の指摘…目安2点 ⑥ 判断基準が説得的に定立されていること…目安1点		11
(2)	本問における具体的検討		
ア	立法目的の検討 ・本件条例の立法目的を指摘していること、及び、その評価		3
イ	手段の検討 ① 本件条例4条によって、立法目的を達成することが可能であることの指 摘、及び、その評価…目安1点 ② 人工妊娠中絶反対の団体が、女性の病院へのアクセスを物理的に妨げる ことが多かったことの指摘、及び、その評価…目安2点 ③ 警察による取締りの効果が薄かったことの指摘、及び、その評価…目安 2点 ④ 3メートル程度の距離であれば、相手方にコミュニケーションを図ること が可能であることの指摘、及び、その評価…目安2点 ★ イについて、上記以外の事実を指摘しつつ、適切にあてはめができてい る場合には、 <u>7点</u> を上限として加する		7
(3)	結論 ・本件の具体的検討から整合的に結論を導き出していること		1
【加点事項】 ※ 表現の事前規制が厳格に規制される趣旨について説明できている場合 には加点する ※ パブリック・フォーラムにおける表現が尊重されるべき理由について 説明できている場合には加点する		加点点評価 A・B・C  A・B・C	



第3	Aへの本件条例4条、7条の適用が憲法21条1項に違反するかについて		
	1	Aの主張（設問1）	
	(1)	Aに対して本件条例4条を適用することが憲法21条1項に違反するのではないかとの指摘	1
	(2)	Aの行っている表現が特に重要な価値を有している旨の指摘	2
	(3)	Aの活動の様態が、他者の産婦人科へのアクセスを侵害するものではないことの指摘	2
	(4)	結論 ・本件の具体的検討から整合的に結論を導き出していること	1
	2	検察官の反論（設問2前段）	
	(1)	女性のクリニックへのアクセスを現実に確保するために取締りの必要があったことの指摘	2
	(2)	立法目的の実効性確保のため、一律規制が必要であったことの指摘	2
	3	私見（設問2後段）	
	(1)	Aの表現の保護価値の検討 ① Aの表現は人工妊娠中絶を行おうとする者に対して適切な判断資料を与えようとするものであったことの指摘及びその評価…目安2点 ② Aが表現を行った場所がパブリック・フォーラムであることの指摘及びその評価…目安1点	3
		★ (1)について、上記以外の事実を指摘しつつ、適切にあてはめができている場合には、 <u>3</u> 点を上限として加点する	
	(2)	本件条例の適用によって保護される利益の価値の検討	
		ア B県においては特定の団体が女性のクリニックへのアクセスを物理的に妨げていることの指摘及びその評価	2
		イ Aは特定の団体には所属していなかったことの指摘及びその評価	2
		ウ Aの表現活動の様態は他者の病院へのアクセスを侵害するという側面を有していなかったことの指摘及びその評価	1
		★ (2)について、上記以外の事実を指摘しつつ、適切にあてはめができている場合には、 <u>5</u> 点を上限として加点する	
	(3)	結論 ・本件の具体的検討から整合的に結論を導き出していること	1
		【加点事項】 ※ 適用違憲の判断基準を説得的に提示できている場合には加点する	加点点評価 A・B・C
第4	【その他加点事項】 ※ 上記【加点事項】以外でも、本問事案解決につき特記すべきものがある場合には加点する		加点点評価 A・B・C

基本配点分	合計	80点
加点点評価点	合計	10点
基礎力評価点 (①事案解析能力、②論理的思考力、③法解釈・適用能力、④全体的な論理的構成力、⑤文章表現力、各2点)	合計	10点
総合得点	合計	100点

## 【論 点】

- 1 過度に広汎ゆえに無効の法理
- 2 表現の自由と二重の基準論
- 3 事前抑制と事後抑制
- 4 表現の内容規制・内容中立規制
- 5 パブリック・フォーラム論
- 6 適用違憲（処分違憲）

## 【出題のねらい】

本問は米判例（Hill v. Colorado, 120 S.Ct. 2480 (2000)）の事案をベースとしつつ、憲法の人権論の中核ともいえる表現の自由の理解を問うものである。もっとも、米判例の細かな知識を問うものではなく、日本における判例及び学説を正確に理解した上で検討し、適切な結論を導くとともに、説得力のある理由を示すことが求められている。なお、表現の自由は、憲法において非常に重要なテーマであり、新司法試験においても平成18年、20年において出題されているにもかかわらず、平成21年、22年の試験においては問われていない。このことから、出題される可能性は十分にあると考えたため、今回出題することとした。

本問では、主として3つのテーマが問われている。それは、「過度に広汎ゆえに無効の法理」と「表現の自由の内容規制と内容中立規制」と「適用違憲（処分違憲）」である。これらのテーマはそれぞれ、法令の文面上の違憲性の問題、法令の実体的な内容面の違憲性、処分の違憲性の問題に分類される。新司法試験においては、この分類をきちんと区別して論じる能力が要求されているところ（平成21年新司法試験考査委員（公法系科目）に対するヒアリングの概要参照）、本問では上記3テーマを通じて、違憲のレベルに応じた説示をすることが期待される。

まず、「過度に広汎ゆえに無効の法理」については、文面審査における典型的な統制手法であり、かつ、近時、広島市暴走族追放条例事件最高裁判決において検討されているにもかかわらず、いまだ新司法試験における出題はない。そこで、今後、本試験において出題される可能性が十分にあると考え、出題するに至った。この点については、上記最高裁判決が、条例の趣旨等から規制範囲を限定解釈した上で条例を文面上合憲としていることを前提知識として、解答をすることが求められる。

次に、本問は、歩道上における小冊子の配布、口頭による抗議という典型的な表現行為に対する規制をめぐる問題である。ここでは、特に、表現の自由の内容規制と内容中立規制の限界が問題となる。形式的には時、場所、態様に着目した内容中立規制のように見える法令であっても、実質的には表現の内容に着目して規制を行った疑いがある場合、その限界をどのように考えるべきかにつき検討することを求めている。また、付随的に表現の事前規制の問題点、パブリック・フォーラム論についても検討することを求めている。

最後に、本問は、Aのような人に対して本件条例を形式的に適用することが適切か、Aに対する処罰の違憲性（適用違憲）についても検討することを求めている。問題文中には、具体的なAという人に対して規制をかけることが妥当か否かを判断するにあたって必要な考慮事情が多くあげられているため、その中から適宜取捨選択・評価することが要求される。

いずれにせよ、新しい素材に対して全く新たに考えることを求めているのではない。法科大学院

の授業で学んでいるはずである表現の自由や憲法訴訟論に関する基礎知識を正確に理解した上で、具体的問題に即して思考する力、応用する力を試すものである。その際に、判例及び学説に関する知識を単に「書き連ね」たような、観念的、定型的、「自動販売機」型の答案を作成することは求められていない。判例及び学説に関する正確な理解と検討に基づいて問題を解くための精緻な判断枠組を構築し、事案の内容に即した個別的・具体的な検討が求められている（平成21年公法系第1問の出題の趣旨参照）。

## 【参考文献】

- ・米判例 (Hill v. Colorado, 120 S.Ct. 2480 (2000))
- ・大沢秀介「アポーシヨン反対の表現活動の規制」ジュリストNo.1208P.252～6
- ・大沢秀介「アポーシヨン抗議活動と表現の自由」ジュリストNo.1075P.165～8
- ・芦部信喜『憲法』(岩波書店, 第4版・高橋和之補訂, 2007) P.101～2, 165, 181～5, 366～372
- ・芦部信喜『憲法学Ⅲ』(有斐閣, 増補版, 2000) P.395～7
- ・野中ほか『憲法Ⅰ』(有斐閣, 第4版, 2005) P.340～342
- ・高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣, 第2版, 2010) P.196～200, 211～2
- ・高橋和之『憲法判断の方法』(有斐閣, 1995) P.123～144
- ・高橋和之『違憲審査方法に関する学説・判例の動向』法曹時報61巻12号P.1～49
- ・佐藤幸治『憲法』(青林書院, 第3版, 1995) P.371～2, 513～4
- ・棟居ほか『プロセス演習 憲法』(信山社, 第3版, 2007) P.100～115
- ・最判平19.9.18(刑集61巻6号601頁, 平成19年度重判憲法5事件)
- ・宍戸常寿『表現の内容規制・内容中立規制』法学セミナーNo.651P.74～8

## 【分析と展開】

## 第1 設問1について

## 1 過度に広汎ゆえに無効の法理について

まず、Aとしては、B県産婦人科周辺におけるビラ配布、カウンセリング等の禁止等に関する条例（以下「本件条例」という。）が、文面上違憲であるとの主張をすることが考えられる。

本件条例については、人工妊娠中絶に反対する表現に限定せず、県内に多数散在するクリニック近辺での表現活動を規制する点で、適用対象が広範囲に過ぎるとの指摘がなされることがあった。このことからすると、これが表現の自由一般に対する過度に広汎な規制であり、かつ、違反行為に対して刑罰が予定されていることから、憲法21条1項・31条に反し、文面上違憲となるとの主張をすることが可能であろう。

## 2 本件条例4条が実体的に憲法21条1項に反する旨の主張について

次に、Aとしては、B県内の産婦人科を有する病院の入口ドアから30メートル以内の公道又は歩道で、表現活動を行う目的をもって、相手方の同意なしに、他の者に3メートル以内に接近することを規制する本件条例4条が、憲法21条1項との関係で問題となることを指摘すべきである。

ここでは、表現の自由が自己実現・自己統治に資する重要な価値を有することを強調するのみではなく、本件条例4条が事前規制・内容規制に該当する旨の立論をすることが可能であろう。すなわち、まず本件条例4条は、表現目的での接近の可否を相手方の同意にかからせているが、このことは許可制と類似しており、事前規制にあたるとの主張をすることが可能であろう。実際に本問類似の事案である米判例（Hill v. Colorado, 120 S.Ct. 2480 (2000)）において、原告はこのような主張を行なっている。

また、本件条例4条は、一見すると病院からの立地に着目した内容中立規制であるように思える。しかし、本件条例4条の制定の経緯は、人工妊娠中絶に反対する表現から人工妊娠中絶を受けようと考えている者の産婦人科へのアクセスを保護することとみることが可能である。そこで、Aとしては、同条が実質的には人口妊娠中絶に反対する内容の表現であることに着目した規制であり許されるべきでない主張することとなるだろう。

以上を検討したうえで、Aとしては目的手段審査の手法における厳格な審査基準を用いるべきことを主張することができるであろう。

## 3 適用違憲の主張について

さらに、Aとしては、仮に本件条例が合憲であったとしても、それをAに適用することが違憲であると主張することが可能である。具体的には次のようになる。まず、Aの表現は人工妊娠中絶のリスクを周知させる目的で行われるものであり、特に重要な表現価値を有する。また、Aの活動の態様は、直接的に人工妊娠中絶を止めるように促すものではないため、他者の産婦人科へのアクセスを侵害するという側面を有していなかった。これらの諸々の事情に鑑みると、本件条例をAに適用すべきではなかったのであり、処分は憲法21条1項に違反すると主張することができるであろう。

## 第2 設問2について

## 1 検察官の反論

## (1) 過度に広汎ゆえに無効の法理について

検察官としては、本件条例を合憲限定解釈することが可能である旨を主張することとなる。すなわち、本件条例の文言上、過度に広汎な規制となっているとしても、通常の判断能力を有する一般人にとって、その規制対象が人工妊娠中絶に反対する表現に限定されていることを読み取ることが可能であるから、本件条例は文面上無効とならないと主張することが可能であろう。

## (2) 本件条例4条が実体的に憲法21条1項に反する旨の主張について

検察官としては、本件条例4条が事前規制にも内容規制にも当たらない旨の反論をすることが考えられる。すなわち、相手方の同意を要件としても公権力による恣意的な表現の選別の危険等は存在しないから事前規制にはあたらず、また、本件条例はあくまで場所に着目した規制であるから、内容規制にはあたらないと反論することが可能であろう。

## (3) 適用違憲の主張について

さらに、検察官としては、本件条例を一律に適用する必要を強調して、Aに適用することも合憲であるとの反論をすることが考えられる。具体的には、B県においては、特定の団体が威嚇的で執拗な活動を行い、女性のクリニックへのアクセスを物理的に妨げることが多く、現実に取り締りの必要が高かったこと、及び、その活動は警察の目を盗んで行われることから規制の実効性が確保し難かったため、表現目的などに関係なく違反行為を一律に規制する必要があることなどを主張することとなる。

## 2 私見

## (1) 過度に広汎ゆえに無効の法理について

私見においては、まず、表現に対する過度に広汎な規制をかける法律が文面上無効となることの説明が求められる。ここではまず、表現への萎縮的効果及び罪刑法定主義がその根拠となるとの指摘をすることとなる。

次に、本件条例は、表現内容を人工妊娠中絶にかかわる表現に限定せず、市街地の多くの場所において、基本的な表現活動が広く制約されることとなるから、文面上は過度に広汎な規制となっている。ここで、最大判昭59.12.12（札幌税関検査事件）などを参考に、合憲限定解釈によって条例が違憲とならない場合があることについて説明することが期待される。特に近時の最高裁判決である最判平19.9.18（広島市暴走族追放条例違反事件）において、集会の自由に対する過度に広汎な規制の合憲限定解釈について判示されていることから、これを参考に立論することが期待される。同判例によると、法令の目的規定や他の諸規定等、法令全体から読み取ることができる趣旨、さらには法令の施行規則の規定等を総合して合憲限定解釈をすることができることとされる。そこで、本件条例についても、その目的が人工妊娠中絶を受けようと考えている者の産婦人科へのアクセスの確保にあり、かつ、規制の範囲が産婦人科を有する病院の周辺に限定されていることなどから、人工妊娠中絶に反対する表現に限定して解釈することが可能であろう。このように考える場合には、本件条例は文面上は合憲となる。

仮に、過度に広汎ゆえに無効の法理については合憲限定解釈することができないとの立場を採る場合には、上記広島市暴走族追放条例違反事件を引用した上でこれに反対するか、もしくは本件には判例の射程が及ばないことを説明することが必要となる。

## (2) 本件条例4条が実体的に憲法21条1項に反する旨の主張について

ここでも、やはりポイントは事前抑制に当たるか、及び、内容規制に当たるかという点にある。そこで、それぞれについて検討することが求められる。

まず、事前抑制については、一般的になぜ事前抑制が許されないのかについて説明することが求められる。ここでは、事前抑制が、①すべての思想はともかくも公にされるべきであるとする「思想の自由市場」の観念に反すること、②事前抑制にかかる表現行為が公権力の判断を受けることとなり、事後抑制に比べて公権力による規制の範囲が一般的で広汎であること、③一般に行政の裁量の下に簡易な手続によって行われ、手続上の保障や実際の抑止的效果の点でも事後抑制の場合に比べて問題が多いことなどを指摘することが期待される。そして、この根拠に照らして本件条例4条が相手方の同意を要件としていることが事前抑制に当たるかについて検討することとなる。本件では、同意の主体が公権力ではないため、上記①から③までの危険は生じないといえ、事前抑制とはいえないとの結論をとることが素直であろう。

次に、内容規制についても、まずそれが原則として許されないものとされる根拠について説明することが求められる。ここでは、①思想の自由市場を歪める、②「誤った思想」の抑止といった許されない動機に基づく規制である、③「伝達効果」(メッセージの内容が受け手に起こす反応)による規制である、といった危険を有することを指摘することが期待される。そして、この根拠に照らして実質的に内容規制・内容中立規制のいずれに該当するかについて検討することが求められる。具体的には、産婦人科を有する病院の周辺での表現活動の制約が、人工妊娠中絶反対論者に極めて不利に働くことを強調すれば、内容規制に該当し、厳格な審査が要求されるとの結論を導けよう。これに対して、本件条例によっても産婦人科の周辺以外の場所においては人工妊娠中絶に反対する旨の表現を行うことが可能であり、かつ、有効に行いうるため、特定の表現が言論市場から締め出されることにはならないことを強調すれば、内容中立規制に該当し、厳格な審査は要求されないとの結論を導くことができよう。

また、これらに加えて、本件条例は「公道又は歩道」での表現活動を制限していることから、このようなパブリック・フォーラムにおける表現活動の制約は必要最小限度であるべきではないかについても検討することが求められる。これを肯定する立場を採るならば、本件条例の合憲性はより厳格に審査されるべきこととなる。

## (3) 適用違憲の主張について

適用違憲の審査については、まず、どのような手法でその合憲性を判断するかが問題となる。この点については、適用違憲においては、「法律を適用する国家機関の適用行為に焦点を当てているのである。この場合の利益衡量にも個別的利益衡量と定義づけ利益衡量が区別されうるが、国家機関の行為を直接的な審査対象としていることから、両者の中間に審査基準論類似のアプローチを想定することも可能である。…その場合には、目的審査・手段審査の枠組において通常審査基準・厳格審査基準・敬讓審査基準の類推適用を考えることになる。」もつとも、通常は、適用違憲の判断に際しては、「審査基準論を応用するよりも、…比例原則を適用することを考えるべきであろう。」とする高橋和之教授の論文が参考になる(高橋・違憲審査方法に関する学説・判例の動向 P. 17)。これを参考にすれば、原則として、適用違憲の判断はAの具体的な権利の保護価値と本件条例の保護しようとする利益の価値とを比較衡量して判断すべきこととなる。

本件については、Aは人工妊娠中絶反対活動を行っている団体には所属していなかったこと、Aの表現活動の態様は他者の病院へのアクセスを侵害するという側面を有していなかったこと、Aの表現は人工妊娠中絶を行おうとする者に対して適切な判断資料を与えようとするものであったこと、Aの小冊子の読者にはAに感謝する者も存在したこと、Aが表現を行った場所がパブリック・フォーラムであることなどの事情を強調すれば、Aに本件条例を適用することは憲法21条1項に反するとの結論を導けよう。これに対して、B県においては、特定の団体が威嚇的で執拗な活動を行い、女性のクリニックへのアクセスを物理的に妨げることが多く、現実に取り締りの必要が高かったこと、その活動は警察の目を盗んで行われることから規制の実効性が確保し難かったため、表現目的などに関係なく違反行為を一律に規制する必要があったことなどを強調するならば、Aに本件条例を適用することが合憲であるとの結論を導くことができるであろう。

## 【解 説】

## ◆ 論点① 過度に広汎ゆえに無効の法理 ◆

## 1 問題の所在

本件条例4条は、産婦人科を有する病院の入口ドアから半径30メートル以内の公道又は歩道において、表現目的で、相手方の同意なしに、3メートル以内に近づくことを知りつつ他の者に接近することを禁止する。同条は、その文言上、表現内容を人工妊娠中絶に関する表現に限定しないため、県内に多数散在する病院周辺でのあらゆる表現活動が規制されてしまう点で、表現活動を過度に制約する結果となるおそれがある。

そこで、過度に広汎ゆえに無効の法理について検討する必要がある。

## 2 理論の内容

過度の広汎性とは、法律がその規制対象に、憲法上保護されておらず規制が許される行為のみならず、憲法上保護されており規制が許されない行為までも取り込んでいる場合のことをいう。過度に広汎な法律の問題点は、本来許されるべき行為が自主規制されてしまうことである。特に、表現活動は、自由な社会の根幹であるから、憲法上保護されたものである限り、自主規制されることなく自由に行われうるような環境、雰囲気が必要である。過度に広汎な法律はこのような環境を確保する障害となっているから、できる限り早く除去することが要請される（高橋『憲法判断の方法』P.123～5）。

「過度に広汎ゆえに無効」とは、法文は一応明確でも、規制の範囲があまりにも広汎で違憲的に適用される可能性のある法令は、その存在自体が表現の自由に対して上記のような重大な脅威を与える点で、不明確な法文の場合と異ならないため、違憲無効（文面上無効）となるというものである。

このように、法文の過度の広汎性が争われる事件においては、その憲法判断の方法として、立法事実（違憲か合憲かが争われる法律の立法目的及び立法目的を達成する手段（規制手段）の合理性を裏付け支える社会的・経済的・文化的な一般事実）をとくに検出し論証せず、法律の文面を検討するだけで結論を導き出すことができる場合がある点に留意する必要がある（芦部・憲法 P.366～7、佐藤幸治・憲法（第3版）P.367）。

## 3 過度に広汎な法令と合憲限定解釈

## (1) 学 説

過度に広汎ゆえに無効の理論は、「強力な医薬」であるから、「最後の手段」であり、（合憲）限定解釈が可能である場合には用いてはならないと説かれている（芦部信喜『憲法学Ⅲ』〔増補版〕P.395）。

## (2) 判例理論

広島市暴走族追放条例事件判決（最判平19.9.18刑集61-6-601）における多数意見は、過度に広汎な法令について、法令の目的規定や他の諸規定等、法令全体から読み取ることができる趣旨、さらには法令の施行規則の規定等を総合して、合憲限定解釈をすることが可能



である旨を述べている。

表現の自由に対する合憲限定解釈については、税関検査訴訟（最大判昭59.12.12民集38-12-1308）において要件が示されている。具体的には、①規制の対象となるものとそうでないものが明確に区別され、かつ、合憲的に規制しうるもののみが規制の対象となることが明らかにされること、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取ることができること、その要件とされている。

もともと、広島市暴走族追放条例事件判決の多数意見は、税関検査訴訟の要件を引用していない。それは多数意見が税関検査訴訟の②の要件を展開しているからと考えられる。税関検査訴訟の②の要件において一般国民が判断基準を読み取るもとなる「規定」とは、正に合憲限定解釈の対象となる規定それ自体を意味するが、広島市暴走族追放条例事件判決の多数意見は、目的規定をはじめ他の関連諸規定も含めた法令全体の趣旨を総合して解釈すべきことを明示したものと考えられる（重判平成19年P.17）。

いずれにせよ、判例理論によると、過度に広汎な法令についても合憲限定解釈が可能であると捉えられている。

#### 4 判例

##### □ 最大判昭59.12.12（税関検査訴訟，民集38-12-1308，百選I75事件）

以下のように判示して、徳島市公安条例事件判決の基準を、憲法21条の要求する法令の明確性についても採用している。

##### 【判旨】

「表現の自由は、前述のとおり、憲法の保障する基本的人権の中でも特に重要視されるべきものであつて、法律をもつて表現の自由を規制するについては、基準の広汎、不明確の故に当該規制が本来憲法上許容されるべき表現にまで及ぼされて表現の自由が不当に制限されるという結果を招くことがないように配慮する必要がある、事前規制的なものについては特に然りというべきである。法律の解釈、特にその規定の文言を限定して解釈する場合においても、その要請は異なるところがない。したがつて、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、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が明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現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ない（最高裁昭和48年（あ）第910号同50年9月10日大法廷判決・刑集29巻8号489頁参照）。ただし、かかる制約を付さないとすれば、規制の基準が不明確であるかあるいは広汎に失するため、表現の自由が不当に制限されることとなるばかりでなく、国民がその規定の適用を恐れて本来自由に言い得る表現行為までも差し控えるという効果を生むこととなるからである。」

##### □ 最判平19.9.18（刑集61-6-601，平成19年度重判・憲法5事件，広島市暴走族追放条例違反事件）

「(2) 所論は、本条例16条1項1号，17条，19条の規定の文言からすれば、その適用範囲が

広範に過ぎると指摘する。

なるほど、本条例は、暴走族の定義において社会通念上の暴走族以外の集団が含まれる文言となっていること、禁止行為の対象及び市長の中止・退去命令の対象も社会通念上の暴走族以外の者の行為にも及ぶ文言となっていることなど、規定の仕方が適切ではなく、本条例がその文言どおりに適用されることになると、規制の対象が広範囲に及び、憲法21条1項及び31条との関係で問題があることは所論のとおりである。しかし、本条例19条が処罰の対象としているのは、同17条の市長の中止・退去命令に違反する行為に限られる。そして、本条例の目的規定である1条は、『暴走行為、い集、集会及び祭礼等における示威行為が、市民生活や少年の健全育成に多大な影響を及ぼしているのみならず、国際平和文化都市の印象を著しく傷つけている』存在としての『暴走族』を本条例が規定する諸対策の対象として想定するものと解され、本条例5条、6条も、少年が加入する対象としての『暴走族』を想定しているほか、本条例には、暴走行為自体の抑止を眼目としている規定も数多く含まれている。また、本条例の委任規則である本条例施行規則3条は、『暴走、騒音、暴走族名等暴走族であることを強調するような文言等を刺しゅう、印刷等をされた服装等』の着用者の存在(1号)、『暴走族名等暴走族であることを強調するような文言等を刺しゅう、印刷等をされた旗等』の存在(4号)、『暴走族であることを強調するような大声の掛け合い等』(5号)を本条例17条の中止命令等を発する際の判断基準として挙げている。このような本条例の全体から読み取ることができる趣旨、さらには本条例施行規則の規定等を総合すれば、本条例が規制の対象としている『暴走族』は、本条例2条7号の定義にもかかわらず、暴走行為を目的として結成された集団である本来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条に違反するとまではいえない。

- \* 本判決につき、那須裁判官による補足意見は、税関検査訴訟が採用した合憲限定解釈の要件に言及しつつ、以下のように論じている。

「問題は第2の要件である『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あること』に当たるかどうかであるが、この点に関する大法廷判決の趣旨は、『限定解釈』も解釈の一種であるところから、規定の文言自体から対象を限定することの正当性が導き出されるような内容のものであることを求める点にあると理解できる。換言すると、規定の文言自体から導き出せないような限定解釈は、客観性・論理性を欠き、恣意的な解釈に流れるもので、そもそも『解釈』と呼ぶに相応しくないという、

当然の事理を指摘したものと考えられる。

これを本条例について見ると、条例の名称が広島市暴走族追放条例とされているほか、条例の目的を定める1条をはじめとして随所に『暴走族追放』、『暴走族から(の)離脱』等の文言が存在し、その主たる目的が少年の本来的暴走族への参加を防止し、あるいはその離脱を促すことにあることが読み取れる内容のものとなっている。そして、『暴走族』が社会通念上『オートバイなどを集団で乗り回し、無謀な運転や騒音などで周囲に迷惑を与える若者たち』を指すものと理解され、この理解がほぼ確立したものとなっていることも上述のとおりである。

このような諸点を前提とすれば、本条例が本来的な暴走族及びこれに類似する集団のみを対象とするものであるとする限定解釈の内容は、一般国民の理解においても極めて理解しやすいものであり、本条例の『規定から読みとることができるもの』であると評価できるものである。

これに対し、本条例2条7号が『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を行う集団』をも暴走族として取り扱うこととしている点は、一般国民の理解においてはむしろ社会通念に反する奇異なものとなり、定義規定にあるとの一事をもって正確な理解に達することは容易ではないとも考えられる。

以上の点から見て、本条例につき多数意見のような限定解釈をすることは、大法廷判決の示す第2の要件との関係でも適格的であると評価できる。」

- \* 本判決に対して、藤田及び田原両裁判官による各反対意見は、多数意見のような限定解釈の手法を批判する。それによれば、本条例2条7号の「暴走族」の定義規定や16条による禁止の名宛人が「何人」となっていること等からすると、「法文の規定そのものから多数意見のような解釈を導くことには、少なくとも相当の無理があるものと言わなければならない」（藤田反対意見）とされ、また、本条例は、その規定の文言からして、通常の判断能力を有する一般人にとって、多数意見が述べるような限定解釈をすべきものと理解することは著しく困難である（田原反対意見）というのである。

また、本判決に対しては、「たしかに法解釈方法一般としては、多数意見が提示する全体論的解釈が妥当と思われるが、全体論的解釈の素材となる法文自体、しかも定義規定を含む複数の規定に問題があり合憲限定解釈が必要な場面で、『一般国民』が適切な全体論的解釈をすることは容易ではなく、さらに表現の自由のように萎縮的效果が懸念される場合、適正な事前告知としてはあまりに不安定で、地方自治の『萎縮的效果』に配慮してもなお、本件は端的に法令違憲として、即刻の改正を促すべきであつたらう。」（判批『ジュリスト臨時増刊 平成19年度重要判例解説』P. 17）との指摘がある。

## 5 本問における具体的検討

Aとしては、本件条例4条が規制対象となる表現を人工妊娠中絶に関する表現に限定していないため、県内に多数散在する病院周辺でのあらゆる表現活動が規制されてしまう点で、憲法上保護されてしかるべき市民の表現活動をも制約対象に含むものであり、過度に広汎な規制ゆえに無効であると主張することとなる。

これに対して、検察官側は、通常の判断能力を有する一般人を基準とすると、その規制対象が人工妊娠中絶に反対する旨の表現に限定されていることを読み取ることが可能であり、過度に広汎な

規制にはあたらないと反論するであろう。

私見については、まず、表現の自由に鑑みて過度に広汎な法令の合憲限定解釈は許されないと考える場合、本件条例4条は合憲限定解釈をすることは許されず、文面上違憲とすることとなると思われる。これに対して、合憲限定解釈が可能であるとの立場に立つのであれば、その要件につき検討する必要がある。この場合には、判例の立場を参考に、目的規定や他の諸規定等、法令全体から読み取ることができる趣旨から合憲限定解釈を行い、本件条例4条を文面上合憲と判断することが考えられる。

## ◆ 論点② 表現の自由と二重の基準論 ◆

## 1 問題の所在

本問において、Aの弁護人は、実体的な内容面のレベルにおいても、本件条例4条が表現の自由（憲法21条1項）を侵害する違憲・無効な法令であると主張することが考えられる。そこで、表現の自由に対する制限の違憲審査基準をどのように定立するか検討を要する。

## 2 表現の自由の意義と「二重の基準」の理論

表現の自由は、①個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるという個人的な価値（自己実現の価値）と、②言論活動によって国民が政治的意思決定に関与するという民主政に資する社会的な価値（自己統治の価値）を有する。この表現の自由は、とりわけ、国民が自ら政治に参加するために不可欠の前提をなす権利とされ（芦部・憲法（第4版）P.165）、この不可欠性故に「表現の自由」の「優越的地位」が帰結される（佐藤幸治・憲法（第3版）P.514）。

しかし、この表現の自由も絶対無制約なものではなく、人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理である公共の福祉（憲法13条後段）による制約を受ける。その限界は、表現形態、規制目的・手段等を具体的に検討して決める必要がある（芦部・前掲書 P.181）。その際に用いる合憲性判定基準を整理する指針として広く支持されたのが、いわゆる「二重の基準」の理論である。

すなわち、この理論は、人権カタログのなかで、表現の自由を中心とする精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の権利であるから、それは経済的自由に比べて優越的地位を占め、人権を規制する法律の違憲審査にあたって、経済的自由の規制立法に関して適用される「合理性」の基準は、精神的自由の規制立法については妥当せず、より厳格な基準によって審査されなければならないとするものである（芦部・前掲書 P.101）。さらに、表現の自由の領域では、合憲性の推定が排除され、むしろ違憲性の推定原則が妥当するとの見解もある（佐藤・前掲書 P.371, 517）。

そして、その論拠として、①統治機構の基本をなす民主政の過程との関係、②裁判所の審査能力との関係、などが挙げられる（詳細は、芦部・前掲書 P.181～2、芦部・憲法学ⅡP.218～227等参照。なお、本論点については、浜田純一「表現の自由の保障根拠」憲法の争点（第4版）P.114も参照）。

### ◆ 論点③ 事前抑制と事後抑制 ◆

#### 1 問題の所在

本件条例4条は、表現を目的として、他の人間が3メートル以内にいると知りつつ接近する場合には、当該他の人間の同意が必要と規定する。この同意要件は、表現活動の可否が相手方の判断に係る点で許可制と同様な事前抑制に当たり、違憲となるのではないかが問題となる。

#### 2 事前抑制の原則的禁止の法理

表現の行われる前にそれを制限・禁止することを事前抑制、行われた後に制裁を加える場合を事後抑制という。事前抑制の典型は許可制であるのに対し、一定の表現行為の制限・禁止をあらかじめ決めておき、表現が行われた後にそれが制限・禁止に該当したと判断された場合には処罰するというのが、事後抑制である（高橋・立憲主義と日本国憲法（第2版）P. 196）。

表現に対する公権力による事前の規制を排除するという事前抑制禁止の理論は、表現の自由保障の重要な内容をなすものである。事前抑制は、①表現が「市場」に出る前に公権力がそれを抑制する点で、すべての思想はともかくも公にされるべきであるとする「思想の自由市場」の観念に反すること、また、②事前抑制にかかる表現行為のすべてが、まずもって公権力の判断を受けることとなり、そのため、訴追を受けた特定の表現行為についてのみ判断がなされる事後抑制に比べて公権力による規制の範囲が一般的で広汎であること、③一般に事前抑制は、行政の広汎な裁量権の下に簡易な手続によって行われ、手続上の保障や実際の抑止的効果の点でも、事後抑制の場合に比べて問題が多いことを根拠に、事前抑制の原則的禁止の法理が導き出されるのである（野中他・憲法I（第4版）P. 340）。

#### 3 判例

(1) 判例は、検閲と事前抑制とを区別し、検閲は絶対的に禁止されるのに対して、事前抑制は例外的なやむを得ない必要最小限度の場合に容認されると判断している。

具体的には、最大判昭61. 6. 11（北方ジャーナル事件・百選I 74事件）、最判平元. 9. 19（岐阜県青少年保護育成条例事件・百選I 56事件）、最大判昭59. 12. 12（札幌税関検査事件・百選I 75事件）、最判平5. 3. 16（家永教科書検定第1次訴訟上告審・百選I 97事件）などがある。

(2) なお、本問の素材とされた米判例(Hill v. Colorado, 120 S.Ct. 2480 (2000))において、原告は、相手方の同意を表現活動を行う要件としていることが、許可制と同様な事前抑制であると主張している。しかし、裁判所はその主張を認めなかった。

#### 4 本問における具体的検討

まず、Aの立場からは、本件条例4条は、表現を目的として他の人間に接近する場合に、当該他の人間の同意が必要とする点で許可制と同様な事前抑制に当たると主張することとなる。

これに対して、検察官の立場からすると、本件条例の同意要件には公権力による主観的・恣意的判断を招くおそれはないことから、事前抑制に当たらないと反論することとなる。

私見としては、事前抑制が厳格に審査される理由について検討した上で、自らの立場から説得的

に結論を導き出すことが期待される。特に、本問については、同意権者が表現の相手方であり公権力でないこと、及び、個別の同意を問題としている点で許可権者の一般的・抽象的判断による危険が存在しないことを考えると、事前抑制として厳格な審査を行うべきではないとの結論を導き出すことが可能であろう。

## ◆ 論点④ 表現の内容規制・内容中立規制 ◆

## 1 問題の所在

本件条例4条は、形式的には表現の内容にかかわらず、表現の行われる場所、態様に着目して表現活動に規制を加えている。しかし、同条は、人工妊娠中絶に反対する表現から市民を守ることを目的としており、かつ、産婦人科の周辺における表現を規制するものであることから人工妊娠中絶に反対する目的で表現を行う者に不利な内容となっている。そこで、本件条例4条が実質的には内容規制であるとして、その合憲性を厳格に判断すべきでないかが問題となる。

## 2 表現内容規制・内容中立規制の区別

表現の内容に着目した規制を内容規制といい、これに対し、表現の内容には関係なく、表現の手段・方法等を規制する場合を内容中立規制という（前掲高橋・立憲主義と日本国憲法 P. 199～200）。

内容規制は内容中立規制に比べて、①思想の自由市場を歪める、②「誤った思想」の抑止といった許されない動機に基づく規制である、③「伝達効果」（メッセージの内容が受け手に起こす反応）による規制であるといった危険性を有するため、厳しく審査されるべきだと考えられている。これに対して、審査を緩和しうる表現内容中立規制とは、①規制が思想内容毎に差別的な効果を生じず、また規制されたのとは別のチャンネルを通じて内容が自由市場に参入できる、②美観維持のような正当な公共の利益に基づく、③表現行為と害悪発生との因果関係が直接であり、受け手の自律的判断といった介入・切断がない、といった規制類型になる。

具体的な規制が、内容規制・内容中立規制のいずれに該当するかの判断は、規制の要件に時・所・方法のいずれかが用いられていれば直ちに内容中立規制であると即断するのではなく、上記の論拠について慎重な分析の上で、割り振りを自分で決め、その理由を説得的に論じることが求められる（穴戸『表現の内容規制・内容中立規制』法学セミナーNo.651P.76）。

## 3 判例

一般に、判例は表現内容中立規制を緩やかな審査で簡単に合憲としていると批判されている（芦部・憲法（第4版）、P.182～5、196以下）。そこで挙げられるのは、ビラ貼り規制に関する大阪市屋外広告物条例事件（最大判昭43.12.18）、そして付随的制約を論じた猿払事件（最大判昭49.11.6）と戸別訪問禁止事件（最判昭56.6.15）の各最高裁判決である。そして、最近の立川テント村事件（最判平20.4.11）等によって、内容中立規制ひいては違憲審査基準論全体が大きな転換を迎えつつある（前掲穴戸、憲法解釈論の応用と展開P.75）。

□ 最大判昭43.12.18（刑集22-13-1549、百選I61事件、大阪市屋外広告物条例事件）

〔判旨〕

「大阪市屋外広告物条例は、屋外広告物法（昭和24年法律第189号）に基づいて制定されたもので、右法律と条例の両者相俟つて、大阪市における美観風致を維持し、および公衆に対する危害を防止するために、屋外広告物の表示の場所および方法ならびに屋外広告物を掲出する物件の設置および維持について必要な規制をしているのであり、本件印刷物の貼付が所論のように営利と関係のないものであるとしても、右法律および条例の規制の対象とされている



ものと解すべきところ（屋外広告物法1条，2条，大阪市屋外広告物条例1条），被告人らのした橋柱，電柱，電信柱にビラをはりつけた本件各所為のごときは，都市の美観風致を害するものとして規制の対象とされているものと認めるのを相当とする。そして，国民の文化的生活の向上を目途とする憲法の下においては，都市の美観風致を維持することは，公共の福祉を保持する所以であるから，この程度の規制は，公共の福祉のため，表現の自由に対し許された必要且つ合理的な制限と解することができる。従つて，所論の各禁止規定を憲法に違反するものということではできず（当裁判所昭和24年（れ）第2591号同25年9月27日大法廷判決，刑集4巻9号1799頁，昭和28年（あ）第4030号同30年3月30日大法廷判決，刑集9巻3号635頁，昭和28年（あ）第3147号同30年4月6日大法廷判決，刑集9巻4号819頁，昭和28年（あ）第1713号同32年3月13日大法廷判決，刑集11巻3号997頁，昭和37年（あ）第899号同39年11月18日大法廷判決，刑集18巻9号561頁参照），右と同趣旨に出た原判決の判断は相当であつて，論旨は理由がない。」

□ 最大判昭49. 11. 6 （刑集28-9-393，百選I15事件，猿払事件）

〔判旨〕

「憲法21条の保障する表現の自由は，民主主義国家の政治的基盤をなし，国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり，法律によつてもみだりに制限することができないものである。そして，およそ政治的行為は，行動としての面をもつほかに，政治的意見の表明としての面をも有するものであるから，その限りにおいて，憲法21条による保障を受けるものであることも，明らかである。国公法102条1項及び規則によつて公務員に禁止されている政治的行為も多かれ少なかれ政治的意見の表明を内包する行為であるから，もしそのような行為が国民一般に対して禁止されるのであれば，憲法違反の問題が生ずることはいうまでもない。

しかしながら，国公法102条1項及び規則による政治的行為の禁止は，もとより国民一般に対して向けられているものではなく，公務員のみに対して向けられているものである。ところで，国民の信託による国政が国民全体への奉仕を旨として行われなければならないことは当然の理であるが，『すべて公務員は，全体の奉仕者であつて，一部の奉仕者ではない。』とする憲法15条2項の規定からもまた，公務が国民の一部に対する奉仕としてではなく，その全体に対する奉仕として運営されるべきものであることを理解することができる。公務のうちでも行政の分野におけるそれは，憲法の定める統治組織の構造に照らし，議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策の忠実な遂行を期し，もつぱら国民全体に対する奉仕を旨とし，政治的偏向を排して運営されなければならないものと解されるのであつて，そのためには，個々の公務員が，政治的に，一党一派に偏することなく，厳に中立の立場を堅持して，その職務の遂行にあたる必要があるのである。すなわち，行政の中立的運営が確保され，これに対する国民の信頼が維持されることは，憲法の要請にかなうものであり，公務員の政治的中立性が維持されることは，国民全体の重要な利益にほかならないというべきである。したがつて，公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは，それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り，憲法の許容するところであるといわなければならない。」

□ 最判平20. 4. 11 (刑集62-5-1217, 裁時1457-6, 立川テント村事件)  
〔事案〕

自衛隊の米軍立川基地移駐に際して結成された団体である「立川自衛隊監視テント村」の構成員である被告人が、テント村の活動の一環として、「自衛隊のイラク派兵反対」との内容のビラを、自衛隊立川宿舎の各号棟の各室玄関ドアの新聞受けに投かんする目的で、立川宿舎の敷地内に立ち入った上、宿舎の各室玄関前まで立ち入り、各室玄関ドアの新聞受けに上記ビラを投かんするなどしたところ、これらの行為が住居侵入罪(刑法130条前段)に該当するとして公訴提起された事件。

〔判旨〕

「確かに、表現の自由は、民主主義社会において特に重要な権利として尊重されなければならないが、被告人らによるその政治的意見を記載したビラの配布は、表現の自由の行使といえることができる。しかしながら、憲法21条1項も、表現の自由を絶対無制限に保障したものではなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を是認するものであって、たとえ思想を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の権利を不当に害するようなものは許されないといふべきである(最高裁昭和59年(あ)第206号同年12月18日第三小法廷判決・刑集38巻12号3026頁参照)。本件では、表現そのものを処罰することの憲法適合性が問われているのではなく、表現の手段すなわちビラの配布のために「人の看守する邸宅」に管理権者の承諾なく立ち入ったことを処罰することの憲法適合性が問われているところ、本件で被告人らが立ち入った場所は、防衛庁の職員及びその家族が私生活を営む場所である集合住宅の共用部分及びその敷地であり、自衛隊・防衛庁当局がそのような場所として管理していたもので、一般に人が自由に出入りすることのできる場所ではない。たとえ表現の自由の行使のためとはいえ、このような場所に管理権者の意思に反して立ち入ることは、管理権者の管理権を侵害するのみならず、そこで私生活を営む者の私生活の平穏を侵害するものといわざるを得ない。したがって、本件被告人らの行為をもって刑法130条前段の罪に問うことは、憲法21条1項に違反するものではない。このように解することができることは、当裁判所の判例(昭和41年(あ)第536号同43年12月18日大法廷判決・刑集22巻13号1549頁, 昭和42年(あ)第1626号同45年6月17日大法廷判決・刑集24巻6号280頁)の趣旨に徴して明らかである。所論は理由がない。」

4 本問における具体的検討

まず、Aの立場からは、本件条例は「産婦人科を有する病院の周辺において」「人工妊娠中絶を受けようと考えている者が、産婦人科へ容易にアクセスすること」を可能とすることを目的としている(1条)ことに照らすと、本件条例4条は、実質的には人工妊娠中絶に反対する表現であるか否かに着目して規制をかけるものであり、内容規制に当たると主張することとなる。

これに対して、検察官の立場からは、本件条例4条は「産婦人科を有する病院の入口ドアから30メートル以内」という場所に着目した内容中立規制であると反論することとなる。

私見では、内容規制が内容中立規制よりも厳格に判断される理論的根拠を明らかにした上で、その根拠から演繹して説得的に結論を導くことが期待される。具体的には、産婦人科を有する病院の周辺での表現活動の制約が、人工妊娠中絶反対論者にきわめて不利に働くことを強調すれば内容規

制に該当し、厳格な審査が要求されるとの結論を導けよう。これに対して、本件条例によっても、産婦人科の周辺以外の場所においては人工妊娠中絶に反対する旨の表現を行うことが可能であり、かつ、有効に行いうるため、特定の表現が言論市場から締め出されることにはならないことを強調すれば内容中立規制に該当し、厳格な審査は要求されないとの結論を導くことができよう。

## ◆ 論点⑤ パブリック・フォーラム論 ◆

## 1 問題の所在

本件条例は「公道又は歩道」での表現活動を制限しているところ、このようなパブリック・フォーラムにおける表現活動の制約は必要最小限度であるべきではないかが問題となる。

## 2 パブリック・フォーラムとは

表現のためには、表現の空間を確保することが不可欠である。道路・広場・公園等は、伝統的に、交通や憩いの場というだけでなく、人々が自由に交流して表現する場としても認められてきた。このような場をパブリック・フォーラムと呼び、そこでの表現の自由を施設の管理権を楯に安易に規制することは控えられるべきであるとする見解がある（前掲高橋和之『立憲主義と日本国憲法』P. 211～2）。

パブリック・フォーラム論は、アメリカで発展したものであるが、そこでは公的施設を3つに区分している。①道路・広場・公園等の「伝統的なパブリック・フォーラム」、②公会堂等表現のために特に設置された「指定されたパブリック・フォーラム」、③非パブリック・フォーラムである。①における表現規制は厳格な審査に服し、②についても、設置・維持に関しては裁量の問題であるが、設置・維持する限りは、伝統的なパブリック・フォーラムと同様に扱うべきとされる。本問では、「公道又は歩道」での表現活動の規制が問題となっているため、①の問題となろう。

パブリック・フォーラム論は、日本でも広く支持を受けるに至っているが、以上のような類型化のアプローチに対しては、むしろ伝統的パブリック・フォーラム以外の場所においては厳格な規制を行ってもよい（空港ロビー・職場の募金活動・学区の郵便網や学校の郵便受けの利用）という論法の支えになっているとの指摘がある（山元 一「表現の自由とパブリック・フォーラム」L憲法研究会編『プロセス演習憲法（第3版）』P. 110参照）。そこで、むしろ表現行為を安定的に保護する方向での類型化が必要との指摘もなされている（山元・前掲P. 110）。

判例において、明示的にパブリック・フォーラム論を展開したものはない。もっとも、前述①の伝統的なパブリック・フォーラムに関するものとして、道交法による集団行進の規制が問題となった事件（最判昭57. 11. 16刑集36-11-908, 百選I91事件）、前述②の指定されたパブリック・フォーラムに関するものとして、新潟県公安条例事件判決（最大判昭29. 11. 24刑集8-11-1866）、泉佐野市民会館事件（最判平7. 3. 7民集49-3-687, 百選I88事件）等がある。

また、伊藤正己裁判官がいくつかの事件において、パブリック・フォーラム論を補足意見において展開している。伊藤補足意見は、アドホックなアプローチから個別的比較衡量における考慮されるべき一要素としてパブリック・フォーラムを捉えている点に特色がある。このアプローチに関しては、予測可能性や客観性の点で表現行為を安定的に保護する役割を果たしうるのかという疑問も提起されている（山元・前掲P. 110）。また、後掲最判昭59. 12. 18の伊藤補足意見では、私鉄の構内という政府の施設でない場所においてもパブリック・フォーラム論が適用されることを述べており注目される。

## 3 判例

## □ 最判昭62. 3. 3（刑集41-2-15, 百選I63事件）伊藤正己裁判官補足意見

「本条例の規制の対象となる屋外広告物には、政治的な意見や情報を伝えるビラ、ポスター等

が含まれることは明らかであるが、これらのものを公衆の眼にふれやすい場所、物件に掲出することは、極めて容易に意見や情報を他人に伝達する効果をあげうる方法であり、さらに街頭等におけるビラ配布のような方法に比して、永続的に広範囲の人に伝えることのできる点では有効性にまさり、かつそのための費用が低廉であつて、とくに経済的に恵まれない者にとって簡便で効果的な表現伝達方法であるといわなければならない。このことは、商業広告のような営利的な情報の伝達についてもいえることであるが、とくに思想や意見の表示のような表現の自由の核心をなす表現についてそういえる。簡便で有効なだけに、これらを放置するときには、美観風致を害する状況を生じやすいことはたしかである。しかし、このようなビラやポスターを貼付するに適切な場所や物件は、道路、公園等とは性格を異にするものではあるが、私のいうパブリック・フォーラム（昭和59年（あ）第206号同年12月18日第三小法廷判決・刑集38巻12号3026頁における私の補足意見参照）たる性質を帯びるものともいうことができる。そうとすれば、とくに思想や意見にかかわる表現の規制となるときには、美観風致の維持という公共の福祉に適合する目的をもつ規制であるというのみで、たやすく合憲であると判断するのは速断にすぎるとも思われる。」

「それぞれの事案の具体的な事情に照らし、広告物の貼付されている場所がどのような性質をもつものであるか、周囲がどのような状況であるか、貼付された広告物の数量・形状や、掲出のしかた等を総合的に考慮し、その地域の美観風致の侵害の程度と掲出された広告物にあらわれた表現のもつ価値とを比較衡量した結果、表現の価値の有する利益が美観風致の維持の利益に優越すると判断されるときに、本条例の定める刑事罰を科することは、適用において違憲となるのを免れないというべきである。」

□ 最判昭59. 12. 18（刑集38-12-3026, 百選164事件）伊藤正己裁判官補足意見

「ある主張や意見を社会に伝達する自由を保障する場合に、その表現の場を確保することが重要な意味をもっている。特に表現の自由の行使が行動を伴うときには表現のための物理的な場所が必要となってくる。この場所が提供されないときには、多くの意見は受け手に伝達することができないといつてもよい。一般公衆が自由に入出入りできる場所は、それぞれその本来の利用目的を備えているが、それは同時に、表現のための場として役立つことが少なくない。道路、公園、広場などは、その例である。これを『パブリック・フォーラム』と呼ぶことができよう。このパブリック・フォーラムが表現の場所として用いられるときには、所有権や、本来の利用目的のための管理権に基づく制約を受けざるをえないとしても、その機能にかんがみ、表現の自由の保障を可能な限り配慮する必要があると考えられる。道路における集団行進についての道路交通法による規制について、警察署長は、集団行進が行われることにより一般交通の用に供せられるべき道路の機能を著しく害するものと認められ、また、条件を付することによつてもかかる事態の発生を阻止することができないと予測される場合に限り、許可を拒むことができるとされるのも（最高裁昭和56年（あ）第561号同57年11月16日第三小法廷判決・刑集36巻11号908頁参照）、道路のもつパブリック・フォーラムたる性質を重視するものと考えられる。

もとより、道路のような公共用物と、一般公衆が自由に入出入りすることのできる場所とはいえ、私的な所有権、管理権に服するところとは、性質に差異があり、同一に論ずることはできない。しかし、後者にあつても、パブリック・フォーラムたる性質を帯有するときには、表現の自由の保障を無視することができないのであり、その場合には、それぞれの具体的状況に応じて、表現

の自由と所有権，管理権とをどのように調整するかを判断すべきこととなり，前述の較量の結果，表現行為を規制することが表現の自由の保障に照らして是認できないとされる場合がありうるのである。」

#### 4 本問における具体的検討

本件条例4条は「公道又は歩道」における表現活動を規制している。そこで，パブリック・フォーラム論を採用する立場を採るならば，その合憲性はより厳格に審査されるべきこととなろう。

## ◆ 論点⑥ 適用違憲（処分違憲） ◆

## 1 問題の所在

Aの弁護人としては、本件条例が実体法上合憲であるとしても、本問事情の下においてAに本件条例を適用したことは違憲であると主張することが考えられる。そこで、適用違憲（処分違憲）について検討する。

## 2 適用違憲の審査

## (1) 学説

違憲判断の方法には、大別して、法令そのものを違憲とする法令違憲の判決と、法令自体は合憲でも、それが当該事件の当事者に適用される限度において違憲であるという適用違憲の判決とがある（芦部・憲法（第4版）P. 370）。

適用違憲とは、具体的には次のような手法である。すなわち、行政機関の行為は、法律に基づく行政の原理の下では、当然に法律の解釈適用行為であり、通常はその法的評価は合法か違法かという問題になる。しかし、行政裁量の統制に憲法を用いることも可能であり、その場合に法律の解釈適用行為の根拠法律規定自体は合憲であることを前提に、その裁量的適用行為の合憲性を判断する手法を適用違憲という。適用違憲は、法律を適用する国家機関の適用行為に焦点を当てているのである。

適用違憲の判断における違憲審査の方法は次のように考えられる。適用違憲においては、国家機関の行為を直接的な審査対象としていることから、両者（注：個別的利益衡量と定義づけ利益衡量）の中間に審査基準論類似のアプローチを想定することも可能である。一般に、審査基準論は法律の審査に関するものであり、文面上判断で使用することを想定しているが、法律の適用行為の審査にも応用可能である。その場合には、目的審査・手段審査の枠組みにおいて通常審査基準・厳格審査基準・緩やかな審査基準の類推適用を考えることになる。

もともと、通常は、適用違憲の判断に際しては、審査基準論を応用するよりも、比例原則を適用することを考えるべきであろう（高橋・違憲審査方法に関する学説・判例の動向P. 17）。

## (2) 判例

□ 最大判昭48. 4. 25（刑集27-4-547, 百選Ⅱ153事件, 全農林警職法事件）  
における5裁判官の意見

5裁判官の意見の中では、「およそ、ある法律における行為の制限、禁止規定がその文言上制限、禁止の内容において広汎に過ぎ、それ自体憲法上保障された個人の基本的人権を不当に侵害する要素を含んでいる場合」においても「右の基本的人権の侵害に当たる場合がむしろ例外で、原則としては、その大部分が合憲的な制限、禁止の範囲に属するようなものである場合には、当該規定自体を全面的に無効とすることなく、できるかぎり解釈によって規定内容を合憲の範囲にとどめる方法（合憲的制限解釈）、またはこれが困難な場合には、具体的な場合における当該法規の適用を憲法に違反するものとして拒否する方法（適用違憲）によってことを処理するのが妥当な処置というべきで」とした。

3 適用違憲の種類（前掲・芦部P. 370～371）

① 法令の合憲限定解釈が不可能である場合に、違憲的適用の場合をも含むような広い解釈に基づいて法令を当該事件に適用すること

法令の合憲限定解釈が不可能である場合、すなわち合憲的に適用できる部分と違憲的に適用される可能性のある部分とが不可分の関係にある場合に、違憲的適用の場合をも含むような広い解釈に基づいて法令を当該事件に適用するのは違憲である。

□ 旭川地判昭43. 3. 25（下刑集10-3-293，百選Ⅱ215事件，猿払事件一審判決）

「国公法110条1項19号は、…同法102条1項に規定する政治的行為の制限に違反した者という文字を使っており、制限解釈を加える余地は全く存しないのみならず、…人事院規則14-7は、全ての一般職に属する職員にこの規定の適用があることを明示している以上、当裁判所としては、本件被告人の所為に、国公法110条1項19号が適用される限度において、同号が憲法21条および31条に違反するもので、これを被告人に適用することができないと云わざるを得ない。」

② 法令の合憲限定解釈が可能であるにもかかわらず、法令の執行者が合憲的適用の場合に限定する解釈を行わず、違憲的に適用したこと

法令の合憲限定解釈が可能であるにもかかわらず、法令の執行者が合憲的適用の場合に限定する解釈を行わず、違憲的に適用した場合に、違憲判断をする下級審判決がある。

□ 東京地判昭46. 11. 1（行集22-11・12-1755，判時646-26，全通プラカード事件一審判決）

「ベトナム侵略に加担する佐藤内閣打倒」のプラカードを掲げて行進した行為は、形式上文理解上は国公法102条1項に違反するけれども、右各規定（人事院規則14-7第5項4号，6項12号）を合憲的に限定解釈すれば、本件行為は、右各規定に該当又は違反するものではない。したがって、本件行為が右各規定に該当又は違反するものとして、これに各規定を適用した被告の行為は、その適用上憲法21条1項に違反すると判示した。

③ 法令そのものは合憲でも、その執行者が人権を侵害するような形で解釈適用すること

法令そのものは合憲でも、その執行者が人権を侵害するような形で解釈適用した場合に違憲判断をする下級審判決がある。

□ 東京地判昭45. 7. 17（行集21-7-別冊1，教科書裁判第二次訴訟一審判決）

本判決は、現行の検定制度の合憲性を前提とした上で、教科書の記述の内容の当否に立ち入って検定を行い、当該教科書を検定不合格とした処分を、「検閲」に当たり憲法21条2項に違反するとした。



## 4 本問における具体的検討

比例原則に立って、本問について検討すると、Aの表現を制限することが、対立する公共の利益を確保するために必要最小限度の手段といえるかがポイントとなる。具体的には、Aの表現は人工妊娠中絶を行おうとする者に対して適切な判断資料を与えようとするものであったことや、Aの小冊子の読者にはAに感謝する者も存在したこと、Aが表現を行った場所がパブリック・フォーラムであるなどの事情から、Aの表現の保護価値を評価すべきである。その上で、B県においては特定の団体が女性のクリニックへのアクセスを物理的に妨げていることなどから、本件条例の適用によって保護される利益の価値を検討・評価し、Aの表現の保護価値と比較したうえで説得的に結論を導き出すことが求められることとなろう。

本件では、Aは人工妊娠中絶反対活動を行っている団体には所属していなかったこと、及び、Aの表現活動の態様は他者の病院へのアクセスを侵害するという側面を有していなかったことから、本件条例4条をAに適用することが直接には立法目的達成に役立たず、Aに本件条例を適用することは違憲であるとの結論を導くことが可能であろう。

適用違憲の審査に関しても違憲審査基準を立てる場合は、上記と同様に具体的なAの表現の保護価値を検討・評価した上で、その価値に応じて通常審査基準・厳格審査基準・敬讓審査基準の類推適用を考えることになろう。