

条例による罰則制定の批判的検討

江 藤 隆 之

目 次

- I 問題の所在
- II 憲法学における議論
- III 刑法学における議論
- IV 議論の整理と課題の再設定
- V 罪刑法定主義あるいは刑罰法規の有効条件
- VI 問題提起的な言及
- VII ひとまずの結論
- VIII 残されたアポリア
- IX 結語

キーワード：条例，憲法31条，憲法9条，罪刑法定主義，地方自治

I 問題の所在

憲法31条は「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」と定め、刑罰の創設を法律の制定にかからせている⁽¹⁾。法律を制定できるのは国会のみであるため、その帰結として刑罰の制定は原則として国家が独占すべきものとなり、本条により憲法的に国家による刑罰制定が基礎づけられていることになる。ところが、憲法94条の「地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。」との規定を受け、地方自治法14条3項は「普通地方公共団体は、法令に特別の定めがあるものを除くほか、その条例中に、条例に違反した者に対し、2年以下の懲役若しくは禁錮、100万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収の刑又は5万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる。」と定め、普通地方公共団体すなわち都道府県および市町村がある行為に対して国家刑罰を含む罰則を科すことを内容とする条例を定めることを認めている。そこで、この規定が、憲法31条の「法律の定める手続⁽²⁾」に反しないかをめぐって議論がなされてきた。

とはいえ、条例は住民の民主的な政治参加によって制定されるものであることを理由にして、条例に刑罰を設けること一般を罪刑法定主義に反して違憲であるとする見解は現在学説においても判例においてもみられない。現在では、「なぜ条例に刑罰を設けることができるのか」という根拠論と「どのような要件で条例に刑罰を設けることができるのか」という要件論が主な争点を形成している⁽³⁾。

しかし、罪刑法定主義が要請するところの罪刑の民主的コントロールが、条例の民主的制定によって達成されているため、条例による刑罰制定は罪刑法定主義の問題をクリアしており問題なく合憲であるという説明は、ただちに疑問なく受け入れられるだろうか。私にはそうは思われぬ。というのも、①国境に比して自治体の境は認識困難である場合が多く、②法律

に比して条例の条文は確認困難であることが多く、③自治体によっては内閣ないし議院法制局に相当する機関が存在するとは限らず、仮に存在したとしてもその規模や組織内におけるステイタス等が十分であるとはいえず、⁽⁴⁾法律と条例の体系性明確性などのチェックがなお不十分である可能性がある、という諸点から内容の不明確性や場所的適用範囲の認識困難性などを理由とする不意打ち処罰の現実的危険性は法律に比して高く、罪刑法定主義の自由主義原理との抵触がなお問題になるのではないかと思われるばかりか、④越境通勤通学者など地方公共団体には国家に比して民主的手続きに参加していない滞在者が多い、という観点から条例の実質的な民主的正統性についても疑問が向けられうるからである。とりわけオフィス街を抱える都心部においては、昼間に条例の適用範囲内に滞在しているかなりの部分の者が当該条例に民主的な参政権を行使できない者である。東京都総務局の平成25年3月19日発表(平成22年10月1日国勢調査基準)⁽⁵⁾によれば、東京都の昼間人口は15,576,130人、流入人口は2,891,112人である。ということは、昼間、東京都の条例の適用範囲内にいる者の実に約18.5%が東京都の条例制定に参画する契機を有していない者である。千代田区にいたっては、昼間人口が819,247人、住民基本台帳上の人口が47,824人であり、昼間に千代田区条例の適用範囲内にいる者に比して自治に参加可能な住民は6%にも満たない(住民のうち選挙権のない者を除けばその数字はさらに下がる)⁽⁶⁾。もちろん、これがすべてではなく、ここにさらに買い物客や観光客等が加算されれば、条例の適用範囲内にいながら民主的参加が不可能な者の割合は、地方自治の民主的正統性を疑いたくなるほどの数になるだろう。そのため、条例が単に形式的に住民の民主的コントロールの下に制定されているからという理由だけで刑罰制定を単純に正当化するにはなお躊躇せざるをえないのである。

この点につき、小林直樹は「罪刑法定主義を厳格につらぬくべきであるならば、地方自治の現状のなかで、十分な民主的基礎に裏づけられるとはかぎらない条例に対して、広い刑罰権の委任をおこなうことには、実際問題として若干の疑問が残される」⁽⁷⁾と述べているが、正当な問題提起である

といえよう。⁽⁸⁾

また、現実の事案に目を向けてみても、徳島市公安条例事件⁽⁹⁾、福岡県青少年保護育成条例事件⁽¹⁰⁾、広島市暴走族追放条例事件⁽¹¹⁾、世田谷区清掃・リサイクル条例事件⁽¹²⁾など、条例による刑罰法規の明確性が争われた事件は決して少なくない。さらに、飛行機内での迷惑防止条例違反たる盗撮行為について、どの地方公共団体の上空で行われたか特定できないため処分保留・不起訴になった事案⁽¹³⁾や、航空機内で女性の脚を触った行為者につき、本来は迷惑防止条例違反の痴漢行為で立件すべきところ、どの条例を適用してよいか確定することができず、やむをえず刑法の暴行罪によって立件した事案⁽¹⁴⁾など、条例による刑罰の有効性に疑問符がつく事案が散見される。こういった状況に鑑みると、条例が民主的に制定されているという点によってのみ条例の合憲性を説明するのは早計にすぎると思われるのである。刑罰法規の制定はどのような条件下で許容されるのかという観点からもう少し立ち入った批判的な検討を行う必要があるだろう。

II 憲法学における議論

条例による罰則制定の根拠論について、憲法学において複数の見解が主張されている。その見解とは、条例による刑罰制定には具体的委任が必要であるとする見解、一般的・包括的委任で足りるとする見解、条例制定権はその実効性を担保するための罰則制定権を含むため法律による特別の授權を要しないと⁽¹⁵⁾する見解の3説である。それぞれ概観しよう。

a) 具体的委任が必要であるとする見解

憲法73条6号但書は、政令に罰則を定めるにあたり法律の委任を必要とする旨を定めている⁽¹⁶⁾。この趣旨を条例にも当てはめながら、条例が自治立法であることに鑑み、その委任の程度を「相当程度に具体的であり限定されていれば足りる」とする見解が唱えられている。その代表的なものは、大阪市売春取締条例判決⁽¹⁷⁾である。

本判決において最高裁は、「憲法31条はかならずしも刑罰がすべて法律そのもので定められなければならないとするものでなく、法律の授権によってそれ以下の法令によって定めることもできると解すべきで、このことは憲法73条6号但書によっても明らかである。ただ、法律の授権が不特定な一般的の白紙委任的なものであってはならないことは、いうまでもない」とし、「しかも、条例は、法律以下の法令といっても、上述のように、公選の議員をもって組織する地方公共団体の議会の議決を経て制定される自治立法であって、行政府の制定する命令等とは性質を異にし、むしろ国民の公選した議員をもって組織する国会の議決を経て制定される法律に類するものであるから、条例によって刑罰を定める場合には、法律の授権が相当な程度に具体的であり、限定されておればたりと解するのが正当である」と判示した。

本判決は、条例による刑罰制定には法律による授権が必要であり、それは相当程度に具体的・限定的であればたりる（裏返せば、相当程度に具体的・限定的でなければならない）、としたものである。

なお、この当時の（旧）地方自治法は、その2条3項7号で「風俗又は清潔を汚す行為の制限その他の保健衛生、風俗のじゅん化に関する事務を処理すること」と定めていたため、当時の（旧）地方自治法には多少の具体性・限定性があったという見方もあり⁽¹⁸⁾、一般的・包括的な規定しかもたない現行の地方自治法とは状況が異なることに留意が必要である。佐藤幸治は「本判決は今では歴史過程上のものと解されよう」と評している⁽¹⁹⁾。

この見解には、さまざまな疑問が向けられる。第1に、憲法73条6号は、あくまで政令に関する規定であり、これを条例にも適用ないし準用すべき根拠が不明である。第2に、なぜ自治立法であれば、委任を必要としつつその具体性の要件が緩和されるのか明らかでない⁽²⁰⁾。第3に、大阪市売春取締条例事件当時のように、（旧）地方自治法がある程度の具体性をもって定めているなら別論、一般的・包括的委任しかしていない現行地方自治法下においては、結局のところ条例による刑罰制定を違憲とする結論を導くのではないかという点である。ただし、屋外広告物法3条ないし5条、7

条1項および34条のように、法律が条例に具体的に内容と刑罰を委任している場合は、本見解から合憲の結論を導き出すことができよう。⁽²¹⁾

b) 一般的包括的委任で足りるとする見解

刑罰権は国家が有するため、条例に刑罰を制定する際は法律による授権が必要であるが、地方公共団体の条例は、住民の代表機関たる議会の議決によって成立する民主的立法であるから、実質的には法律に準じて考えてよいという見解が主張されている。⁽²²⁾

成田頼明は、「憲法94条によって条例制定権が与えられているというだけでは、その実効性を担保するための刑罰規定を設ける権能までも当然に地方公共団体に与えられたとはいえない。したがって、条例中に刑罰規定を設けるには、(引用者注：当時の)地方自治法14条5項のような特別の授権規定を必要とするものと解すべきであろう」として、条例制定権が当然に刑罰制定権を伴うものではないとしつつ、「条例中に設けられた罰則規定が、このように、(引用者注：当時の)地方自治法14条5項の委任に基づく限り、条例中に罰則を設けることが直接憲法31条に違反するとはいえない⁽²⁴⁾」と地方自治法による委任をもって憲法31条をクリアしているといひ、続けて憲法73条6号の問題については、「条例への罰則の委任は、政府の命令への罰則の委任とは本質を異にし、かつ、条例は、民主的手続をへて制定される自治立法であるから、憲法73条6号の関知するところではない⁽²⁵⁾」という。

本説の特徴は、「条例制定権」と「条例中における刑罰制定権」を区別して考え、条例制定権の憲法による授権だけでは刑罰制定権は認められないが、地方自治法が法律として刑罰制定権を授権しているため、条例には刑罰制定権があるととらえ、そのうえで、憲法73条6号については、条例が民主的な自治立法であることに鑑みて、政令等と異なり、一般的・包括的な委任で足りるとする点にある。

本説は、「罰則制定権が国家専属の権限であるとの前提に立ち、その権限を委譲可能とするなら憲法上に明確な委任の根拠が求められるが、その

根拠が「いずこにあるのか」⁽²⁶⁾との批判にさらされる。というのも、命令に関しての委任規定は憲法にあるものの、条例に関する委任規定は憲法に存在しない。「委任」を核に理解しようとする見解には、「委任立法(命令)と自治立法(条例)とを混同するものである」⁽²⁷⁾との批判が妥当することになるであろう。

c) 法律による特別の授権を要しないとする見解

近時の憲法学において、有力となっているのは、条例は地方政府の自主法であるため、憲法94条によって条例制定権がある以上、当然に刑罰制定権も有するという見解である。⁽²⁸⁾

佐藤幸治は、「条例は地方政府の自主法であって当然に罰則を設けうる」と解される⁽²⁹⁾と述べ、憲法31条の「法律」について「『法律』は『条例』と読み替えるべきである」という。高橋和之も「条例は住民の代表者により制定される自主立法であり、自治体の事務に関する限り法律と同位と見るべきである」⁽³⁰⁾という。同様に、渋谷秀樹は「憲法が地方公共団体は国と並ぶ統治団体であることを承認し、94条が地方政府の職務を果たすための法規範の定立権を確認している」⁽³²⁾のであるから、「その実効性担保手段として犯罪類型を創出する権限をもつことは当然と解される」といい、古典的自由主義憲法学を展開する阪本昌成も「地方公共団体が条例制定権をもった統治団体である以上、自主法を実効あらしむために必要な範囲程度の罰則を条例で制定する権能は、憲法94条から直接授権されている」⁽³⁴⁾という。⁽³⁵⁾

さらに、大阪市売春取締条例最高裁判決において、垂水克己裁判官は、条例が民主的な自治立法であることを根拠に、自治体に刑罰制定権を法律に反しないかぎり広くみとめるべきである旨の補足意見(藤田八郎裁判官賛成)を表明しているが、これもこの見解に属すると評することができるだろう。曰く、「刑罰法規は国会の制定した法律でなければならないという原則は堅持すべきである。ただ憲法94条は例外的に条例による罰則の制定を制限付で認容している。憲法は、政令には特定の『法律の委任がある場合を除いては罰則を設けることができない』と規定するに反し、条例は、

単に『法律の範囲内で』という広い制限の下にこれを制定することができることを認めている。地方自治法14条5項は、これを受けて、条例を制定しうる範囲についての一般的制限を設けたのである。だからこの制限は、政令への委任の場合と異り、広く包括的な、一般的なものであつても違憲ではない」とし、一般的包括的委任を合憲とする立場を明確にしたうえで、「条例が民主的自主血法であり、かつ、その効力は当該地方公共団体の区域内に限られることに鑑みれば、地方公共団体がかなり自由に条例の罰則を制定できると憲法が定めても、国民若しくは住民の総意によることなく行政機関の非公開手続によつて定められる政令等と異り、非民主的であることによる過誤、弊害は少いであろうと憲法はみたので、法律の範囲内で条例を制定できるとした訳だと考える」としたうえで、「要するに、法律（法律の委任）なくして政令の罰則はないが、法律なきところ、若しくは法律の禁止なきところにも条例の罰則はあるのである」とまとめている⁽³⁶⁾。

この見解には、そもそも刑罰規範制定権は規範制定権に当然に内包されているものなのか、規範を実効的にするために当然に刑罰が必要なのか、といった根本的な疑問が向けられよう。あらゆる規範を実効的にするために刑罰が必要であるとはいえず、法律においても刑罰が必要だとされる規範は限定的であるにもかかわらず、なぜ条例の実効性を確保するためには当然に刑罰が必要であるといえるのか。もし仮に何らかの強制力が必要であるとしても、秩序罰たる⁽³⁷⁾過料や制裁の公表等の刑事罰以外の地方公共団体による⁽³⁸⁾サンクションでは足りないのか。規範の実効性を担保するための罰則と⁽³⁸⁾いいうるサンクションは必ずしも国家的な刑事罰に限られないのである。いや、むしろ地方公共団体が憲法的に認められた中央政府から独立した統治団体であり、条例という独自の規範制定が可能であるからこそ、そのサンクションも国家的サンクションではなく、地方公共団体に独自の（刑罰ではない）方策がまず模索されるべきなのではないか。たとえば、生田勝義は、網野町の環境保護条例が刑罰威嚇や過料によらずに効果を挙げている興味深い事例を立法が必要になった事情から立法過程や成果まで

詳細に紹介している。⁽³⁹⁾生田は、人々の認識・理解の裏づけなしに「刑罰や制裁という強制力を背景に、それをチラつかせて規制しても、効果はない」という。このような取り組み・指摘のある中で、本説のように地方自治体は独自の統治団体であるから、その独自の規範の実効性を担保するために国家的刑事罰の制定権を有するというのは、理論的に筋の通った主張であるといえない。刑罰法規は、諸規範の中でも最も苛烈なものであり、国家の規範制定の中でも限定的かつ抑制的にしか認められないものである⁽⁴¹⁾ことに鑑みると、条例制定権があるからその条例に実効性を持たせるために——国家刑罰以外の「罰則」制定権は仮に認められるとしても⁽⁴²⁾——「国家刑罰」制定権があるとまでは到底いえないだろう。刑罰規範制定権は、あらゆる規範制定権の内部に当然にあるものではなく、一般の規範制定よりも厳しい条件下においてのみ認められる特別の権限なのである。⁽⁴³⁾本見解はこのことを見落としているといえるのではないだろうか。

なお、このような批判について、本見解に立つ前田徹生は、自覚的に反論を試みている。前田徹生によれば、法規範一般がその実効性を担保するために罰則等の強制力を必要とするとはいえないと認め、法定立権と罰則制定権とは憲法的に区別されているのであるから、条例による罰則制定にはさらに別の根拠が必要であるという。⁽⁴⁴⁾この点についての前田徹生の解は、「自己の承諾に基づかないで権利自由を侵害されることはないという民主主義の原理」に罰則制定の根拠を求め、罰則の制定には議会の議決を要するとし、これを経ている条例は「国の法律と同様に罰則制定のための実質的な要件は満たされて」いるというものである。⁽⁴⁵⁾しかし、この理解ではやはり議会の議決を経たすべての法規範（つまりすべての法律とすべての狭義の条例）に刑罰制定が可能であるということになり、結局のところ、議会の議決を経ることが前提とされている法律制定権・（狭義の）条例制定権と罰則制定権は等しいものになってしまうだろう。⁽⁴⁶⁾さらに理論的に問題であると思われるのは、この前田徹生の理解を貫けば、法律については、国会の議決によって制定されることが憲法的に明らかであるから、それだけで法律に刑罰を制定することが認められ、同時に議会の議決を経ない規

範には刑罰を制定できないことがあらかじめ前提されているから、憲法31条は罪刑法定主義の根本規定であると解することはできなくなり、仮に罪刑法定主義を読み込むとしても単なる注意規定ということになってしまう点である。⁽⁴⁷⁾ なんとすれば、憲法31条がなくとも、法律と条例に刑罰を制定することができ、かつ法律と条例にしか刑罰を制定できないことを帰結してしまうからである。このような理解は、憲法31条が「あえて罰則制定を国家専属権とした」⁽⁴⁸⁾ と考える前田徹生自身の前提と抵触するだろう。⁽⁴⁹⁾ そもそも、議会の決議を経ることは、「形式」ではあっても「実質」ではないのではないか。民主制は、個人の自由という実質を守るための形式であるように思われるのである。もちろん、近年圧倒的多数の論者によって民主制はいわゆる「自由民主制」と実質的な意味合いを含めて理解されている。当然、そのような理解を前提にしても、やはり「自由民主制」の実質は個人の権利自由を守ることであり、「議会の議決を経る」というのはその形式面にとどまるといわなければならないだろう。「議会の議決を経なければならない」と「議会の議決を経れば足りる」とはまったく意味合いが異なるのである。

また、州政府を持つ連邦制を敷いているのなら別論、現行憲法下における地方公共団体は刑罰制定権まで有する地方政府たりうるのかという疑問も生ずる。もし、地方公共団体が仮に当然に刑罰制定を認められた統治団体であるというのであれば、条例は本来的には——それこそ地方政府の法律として——死刑制定や独自の刑罰制定の権限すらも有することにはならないか。そうであれば、地方自治法による刑罰上限の制限はどのような意味を持つと解されるのか。佐藤幸治は、「地方政府の事務は本質的に行政的なものであるから、設けうる罰則には限度がある」⁽⁵⁰⁾ と述べ、地方自治法が刑罰上限の制限をしていることについては「地方公共団体の権限を確認し、刑罰の最高限を明らかにしたものと解される」⁽⁵¹⁾ というが、はたしてこの見解からそう解することが問題なくできるだろうか。もし仮に、憲法が直接地方公共団体に条例による刑罰制定権を認めたという前提のときに、たとえばある条例の実効性確保のために5年程度の懲役がふさわしいと地

地方公共団体が考えたならばどうか。もちろん、憲法94条が「法律の範囲内」というのだから、ひとまず条例は現行地方自治法の定める上限を超えることはできない⁽⁵²⁾。ただ、この見解によれば、地方自治法はただの刑罰上限制限にすぎないのであるから、自治体の刑罰権に憲法上の制約はないことになる。となれば、地方自治法さえ改正されれば、その改正如何によっては地方公共団体は条例の実効性確保のために必要だと考えるかぎり死刑や独自の刑罰を科すことが法理論上できることになるが、その妥当性が問題となろう。

もっとラジカルに考えれば、たとえば、懲役より軽いと観念できる自由刑（たとえば、週の半分は刑務作業があり、半分は作業が免除される、懲役と禁錮のミックスされたような自由刑）を2年以下で地方自治体が制定することが、——「法律の範囲内」の解釈が問題になるが——「法律の範囲内」として許容されてしまうのではないだろうかという疑問も提起できるだろう。

むしろ、地方政府が独自の統治団体であり、その事務が本質的に行政的なものであることが罰則制定を限界づけるのであれば、その限界は国家刑事罰の否定と独自の行政的制裁の肯定のあたりに求められるのではないだろうか。地方自治の独自性・行政事務性の強調は、国家家罰の方向を退け、独自の非刑罰的制裁を方向づけるように思われるのである。

くわえて、憲法が「法律」を条例の限度としているところ、地方自治法は「法令」とするが、命令が条例の上位に位置づけられることの説明に本説は窮する点も問題であろう⁽⁵³⁾。

以上のように、憲法が条例に対して直接刑罰制定権を授権したとする見解にはなお根本的な疑問が払拭できない⁽⁵⁴⁾。

Ⅲ 刑法学における議論

それでは、刑法学においてはこの問題はどのようにとらえられているのか。以下に概観しよう。

a) ある程度具体的・限定されていれば合憲であるとする見解

古くは、刑法学においても条例による罰則の違憲性について問題が提起されていた。団藤重光は、憲法31条について「これは内容——犯罪と刑罰——が法律によるものでなければならないことを当然の前提としているのである」⁽⁵⁵⁾としたうえで、憲法73条6号を挙げて「従来のような包括的委任は許されず特定委任だけしかみとめられないことになった」⁽⁵⁶⁾と指摘し、「罪刑法定主義は旧憲法のころよりもいっそう厳格になったものといわなければならない」⁽⁵⁷⁾と評している。この流れで条例について、「(引用者注：当時の) 地方自治法14条5項が普通地方公共団体の条例にひろく罰則を委任しているのは、違憲の疑がまったくないわけではないと思う」⁽⁵⁸⁾という。ただし、団藤はこれを違憲であるというのではなく、「(引用者注：当時の地方自治法14条5項) 規定もある程度の限定を加えているばかりでなく、条例は政令以下の命令とちがって地方議会の議決を経るものである点に、この規定の合憲性をみとめる根拠がある」⁽⁵⁹⁾としている。

また、大谷實は、「憲法は、法律主義の要請から地方公共団体に固有の刑事立法権は認めないが、法律による授権が、ある程度に具体的であり限定されていて法律主義に反しないと認められるときは、罰則の制定は憲法(31条、73条6号但書)に違反しないのである」⁽⁶⁰⁾という。

これらは、憲法学における具体的委任が必要であるとする見解と同様の思考方法であるといえるであろう。

この見解は、「罪刑の法定は法律による必要があるという原理」(法律主義)を守ろうとしながら、憲法73条6号但書を理由に、例外的に法律による具体的な委任があれば条例による刑罰の制定を認める趣旨であるが、このような理論は結局のところ法律主義を守れているとはいえない。団藤の「普通地方公共団体の条例にひろく罰則を委任しているのは、違憲の疑がまったくないわけではないと思う」⁽⁶¹⁾や大谷の「法律主義の要請から地方公共団体に固有の刑事立法権は認めない」⁽⁶²⁾という叙述からは、法律主義における法律と条例とを明確に区別していることが読み取れるが、法律と条例を明確に区別して法律主義を遵守するかぎり、条例による刑罰制定は、政

令についての憲法73条6号但書のようなものがない以上、憲法31条に反するといわなければならないのである。

したがって、例外的にでも条例による刑罰制定を認めるこの立場は、法律と条例の区別を前提とする以上、法律主義を守りきれていないといわざるをえない。

b) 法律主義の実質を民主的規範創設に求めて正当化する見解

現在の刑法学の通説的な見解は、法律主義の根拠を民主的な規範創設に求め、住民自治によってその要請が充足されるために、条例に刑罰を制定することは許容されうるとするものである。⁽⁶³⁾ この見解は、民主的に制定される条例については法律主義における「法律」の中に取り入れて理解するのである。⁽⁶⁴⁾

たとえば山口厚は、罪刑法定主義の「法律主義は、形式的には法律による（その具体的な委任による場合を含む）罰則の制定を要請するものであるが、その実質的根拠は、すでに述べたように、何が犯罪かは国民が決定するという民主主義の原理にある。そうだとすれば、条例は、住民の選挙により選出された議員によって構成される議会により制定されるものであるから、その中に罰則を定めることを認めても、何ら民主主義の原理には反しないことになる」と述べ、「地方自治地法が、普通地方公共団体が定める条例中に罰則の制定を一般的・包括的に委任することは、法律主義に実質的には反することはなく、許されるものと解される」という。⁽⁶⁶⁾ 佐伯仁志もまた、地方自治法が条例に刑罰制定権を認めていることについて、「条例は住民の代表である議会によって制定されるものであるから、このような一般的な委任であっても罪刑法定主義に反することはない」という。⁽⁶⁷⁾

この考え方は、憲法学において近時有力となっている「法律による特別の授権を要しないとする見解」と軌を一にしている。このことは、この見解に立つ藤木英雄の「地方自治体の住民の代表者によって構成される議会が制定した自主立法たる条例に、その条例の実効性を保つために罰則を付することは、自治体固有の権限として肯定されてよい。すなわち、憲法94

条は、条例の罰則制定権を固有の自治権として肯定したものと解すべく、地方自治法の規定は、法律が条例に罰則を委任したというよりは、罰則の限界を国法により定めたものとみることが妥当である⁽⁶⁸⁾という叙述が、憲法学説の叙述とほぼ同一であることから明らかである。

この見解は、罪刑法定主義の要請を民主的コントロールから読み解こうとするものである。なるほど、たしかに法律主義は刑罰規範の制定が民主的コントロールによることを要求している。それは法律主義充足の「必要条件」である。ただし、「充分条件」ではない。このことをこの見解は見落として⁽⁶⁹⁾いる。「刑罰規範は民主的に設定されなければならない」からは「刑罰規範は民主的に設定されていればよい」を導くことは論理的にできない。「刑罰規範が民主的に設定されているから罪刑法定主義をクリアしている」というのは端的に誤謬である。罪刑法定主義には刑罰が民主制を通じてコントロールされるという民主的側面だけでなく、それと並んで、あるいはそれより重要な意義をもって、刑罰が人々の自由を侵害しないという自由主義的側面がある。この民主的側面と自由主義的側面とが両方そろってはじめて罪刑法定主義の要請を充足しうるのである。そこで、条例による刑罰制定を正当化するのであれば、それが民主的にコントロールされていること以外にも、条例による刑罰制定が人々の自由を法律に比してより侵害することのないことを立証しなければならない。法律主義は、形式的には罪刑法定主義の民主的側面を表現しているが、実質的には、法律主義もまた自由主義的要請をも担っている⁽⁷⁰⁾のである。たとえば、法律主義が慣習刑法を排斥するのは、それが民主的に立法されたものでないからという民主的側面からの理由によるものであるというよりもむしろ、慣習は認識困難であり、明確性に欠け、不意打ちの危険性が大きいという法律主義の自由主義的側面によるものであろう。

この点の説明が、この見解からは不十分である。というのも、一般に条例は法律よりも認識しづらく、その規定内容も明確性に疑義があるものが多くあり⁽⁷¹⁾え、適用範囲の境界線も法律に比して曖昧であるが故に、不意打ち処罰の実際的危険性が法律よりも高いのではないかと考えられるからで

ある。また、民主的側面についても、すでに指摘したように、都市部においては民主的手続に参加できない者が多く存在するため、「実質的に」それがクリアされているか否かについてはなお疑問の余地があるといえよう。「住民の選挙によって議員が選ばれ、議員が条例をつくるから民主的である」というのはあまりにも形式的な（民主制が個人の自由を守るための制度であるという実質を忘却した）民主制理解であろう。そこには、民主制が強制規範適用範囲内にいる人々の権利・自由を守るための仕組みであるという基本的な視座が欠落している。この視座の欠落は、罪刑法定主義の自由主義的観点の等閑視にいたる。憲法31条が刑罰を法律のコントロールにかけたのは、単に国民の代表が立法すればそれで良いということではなく、個人の権利・自由を侵害する立法は排除されるという違憲審査権の下に刑罰制定権を置いたということであり⁽⁷²⁾、その究極の目的は形式的な民主的コントロール（「法律あれば刑罰あり」）ではなく、実質的に個人の自由を守るための自由主義によって制約された民主的コントロール、すなわち自由主義的民主制（「法律なければ刑罰なし」そして「法律があったとしても個人の自由を不当に侵害する刑罰は許されない」）の達成なのである。そうであるのだから、条例の制定が民主的に行われていることを示しただけでは条例による刑罰は正当化されない。条例による刑罰制定が、自由主義によっても肯定しうるものであることを説明せねばならないだろう。

c) 条例によっては違憲の疑いがあるとする見解

これに対して、条例を一律に考察するのではなく、条例の内容や規定方法によっては違憲の疑いが生じうることを指摘する見解も、刑法学においては見受けられる。

西田典之は、包括的委任の問題がクリアできるとしてもなお、法律主義の問題が残りうることを指摘したうえで、「法令が規制していない場合についても条例で処罰の対象としてよいのかという問題」を提起し、条例が「他地域の住民についても適用されるものである場合にはなお疑問があ⁽⁷³⁾る」⁽⁷⁴⁾という。西田典之は、各地方公共団体が制定している青少年保護条例

における淫行処罰を例にあげて、その合憲性に疑問を呈している⁽⁷⁵⁾。

高橋則夫は、「条例は、住民の代表者である地方議会の議決によって成立するものであるから、民主主義的要請は一応満たされているといえよう」としながらも、「条例による罰則が法律の規制のない場合に及ぶ場合」について法律では処罰されない行為を「条例によって処罰することには疑問がある」とする⁽⁷⁶⁾。これらは、いわゆる「横出し条例」への疑問であるといえよう。

また、曽根威彦は、「条例は、住民の代表者である地方議会の議決によって成立するものであるから、『法律』と同様、議会制民主主義的要請を満たしているが、いわゆる公安条例などにみられるように、条例には憲法を初めとする諸法律の趣旨に反する疑いのあるものも少なくない」と指摘する⁽⁷⁷⁾。

このような疑問は、単に条例とその刑罰がどのような授權によって制定されるか、法律主義との関係如何という総論的な問題を超えてもなお、個別的な問題が生じうることを指摘する点で、きわめて重要な意義を有しているといえるであろう。

Ⅳ 議論の整理と課題の再設定

a) 議論の整理

これまでの議論を整理してみよう。

憲法学においては、刑罰権を本質的に国家のものであるとし、それを自治体に委任するという見解が「具体的委任が必要であるとする見解」と「一般的包括的委任で足りるとする見解」であり、委任の程度について憲法73条6号但書のいうようにある程度の具体性を要求するのが前者、具体性は要求しないのが後者である。これに対して、憲法94条が条例制定権とともに直接地方公共団体に刑罰制定権を認めているとして、法律の委任なく条例の刑罰制定を認めるのが「法律による特別の授權を要しないとする見解」であった。この見解においては、地方公共団体は憲法上の統治団体

なのであるから、その民主的な自主立法たる条例は、いわゆる憲法31条のいうところの「法律」である、と理解されていた。

刑法学においては、議論の中心は、国家および地方公共団体のあり方というよりは、条例による刑罰が、罪刑法定主義における法律主義をいかにして充足できるかという観点を中心であった。憲法学における「具体的委任が必要であるとする見解」に対応するのが「ある程度具体的・限定されていれば合憲であるとする見解」であり、憲法学における「法律による特別の授權を要しないとする見解」に対応するのが「法律主義の実質を民主的規範創設に求めて正当化する見解」であるといえるが、前者は、法律主義における「法律」には条例が含まれないため、憲法73条6号但書をたよりに、法律による条例への委任を要求し、後者は、条例が民主的な自主立法であることを根拠に、法律主義の要請を条例によって直接充足する、つまり法律主義の「法律」には民主的自主立法である条例も含まれると解するのである。また、刑法学においては、条例の制定の仕方如何では、罪刑法定主義の観点から問題があるのではないかといった条例による刑罰制定を全面的に肯定するわけではない見解も唱えられていた。

これまでの整理によって、我々は憲法31条および法律主義の「法律」の意義を解釈するにあたって、条例による刑罰制定を合憲とするには、2つのやり方があることに気づかされた。ひとつは、「法律とは、国会が制定する法規範である」という形式的理解を維持しながら、刑罰制定権の地方公共団体への法律的委任を探る道であり、もうひとつは、憲法31条および法律主義の「法律」の意義を実質的に解釈し、条例も「法律」にあたるとして憲法31条および法律主義違反の問題をクリアしようとする道である。このいずれかの道をゴールまで歩めれば、条例による刑罰制定は合憲である。もしどちらも行き止まりであり頓挫するならば、条例による刑罰制定は違憲である。

b) 法律の形式的理解を堅持し、委任の理論を探る道

それでは、第1の法律の形式的理解を堅持し、委任を探る道にどのよう

な見通しが立つかについて、これまでの叙述と若干重複するが、理論的な可能性を検討してみよう。

この見解の前提は、憲法31条における「法律」を国会の制定する法規範たる法律であるとするものである。すなわち、この見解によれば、法律によらずに刑罰を科すことは原則として違憲ということになる。

ところが、憲法73条6号は内閣の事務として「この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること」を規定し、続けて但書に「政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない」としている。この但書からは「特にその法律の委任がある場合には政令に罰則を設けることができる」旨の解釈が導き出される。そこで、「法律による特定委任がある場合」は、①31条の特別規定ないし例外である、②法律の特定委任がある以上は法律によるものである、のいずれかの説明をすることによって、政令に罰則を設けることができるようになるのである。

では、条例はどうか。

第1に考えられるのは、憲法73条6号をあくまで政令に関する31条の特別法規定ないし例外規定にすぎないと理解することによって、条例については憲法に委任の規定がないため、政令と異なり条例の罰則は憲法31条をクリアすることができないとする理論展開である。この展開を選べば、条例による罰則制定を探る道は行き止まり（違憲）となる。

第2に考えられるのは、憲法73条6号の規定は政令に関するものであるが、これは「法律の特定委任がある場合は法律によるものである」という基本思想のあらわれであり、政令でない条例であっても、特定委任があれば憲法31条をクリアできるという理論展開である。この展開は、理論としてはありうるが、現行の地方自治法は特定委任ではなく包括委任であるので、現状では行き止まり（違憲）⁽⁷⁸⁾となる。

第3に考えられるのは、第2の考え方の「特定委任」の程度を緩めることによって、「委任はある程度限定していれば足りる」とするものであり、大阪市売春取締条例判決の最高裁の立場である。しかし、委任の程度を緩

める根拠が分明ではない。最高裁は、自治法であることを根拠にして緩和しようとするが、自治法であれば「法律に準ずるので委任は不要」(質を問題とする)というのならまだわからなくもないが、なぜ「それでもまだ委任は必要だが、委任の程度が緩和される」(量を問題とする)といえるのかわからない。自治法であることと、委任要件の緩和との間に論理的なつながりはないだろう。そして、また、現行の地方自治法はある程度の限定もしていない包括委任であるため、やはりこの見解では行き止まり(違憲)となる。

第4に考えられるのは、自治法であることを根拠に、委任を「包括的・一般的委任で足りる」とする道である。しかし、これも第3の見解と同様に、自治法であることを根拠にして委任の程度を緩めることができるという理論が成立しない問題がある。それにもし、自治法であるから包括的・一般的委任で足りるのであれば、それは——成田頼明も認めるように⁽⁷⁹⁾——憲法73条6号とは無関係ということになろう。となれば、一体どこから「委任」という話が出てきたのか。憲法に規定がなくても、法律が委任すれば31条の「法律の定める手続」をクリアできるというのであれば、法律が憲法上の定めなく様々な機関に刑罰制定を委任することが無限定に可能になってしまい不当であろうし、そうではなく憲法94条に定める地方公共団体の自治法たる条例であるからこそ包括的委任が許されるのだというのであれば、それは法律以外の法規範のうち、条例のみ憲法94条を根拠に特別視する見解であり、次の「法律の実質的理解から直接合憲性を探る道」に接続せざるをえない。すなわち、この道は、行き止まり(違憲)、あるいは「法律の実質的理解から直接合憲性を探る道」への迂回路である。

以上の検討によって、「法律の形式的理解を堅持し、委任の理論を探る道」は現状では——「法律の実質的理解から直接合憲性を探る道」への迂回路を除いて——すべて閉塞されていることが明らかになった。

c) 法律の実質的理解から直接合憲性を探る道

となれば、憲法31条および法律主義の「法律」という言葉を実質的に解

積して、これに条例を直接読み込むという、直接合憲性を探る道は拓けているのだろうか。

この道の基本思想は、憲法が地方公共団体を統治団体として認め、あわせて条例制定権を認めているのであるから、その統治団体たる地方公共団体が民主的な手続を経て制定した条例は、実質的には地方政府の「法律」ともいうべきものであり、憲法31条にいう「法律」には条例も含まれるとするものである。

となれば、この道の唯一の活路は、いかにして憲法31条の「法律」の意味を条例にまで広げられるのかにかかっている。ここまでの検討で明らかなどおり、この道を行く論者は、条例が民主的に成立する自治法だからであるという一点突破を試みている。しかし、憲法31条が罪刑法定主義に関する規定であるとするならば、その解釈の限界範囲は「罪刑法定主義の趣旨を没却しないかぎり」(あるいは、後に断るように、31条を罪刑法定主義に関する規定であるとし、または罪刑法定主義の実質化を否定する立場を採るならばもっと直接的に「当該刑罰法規が有効に成立しているかぎり」となろう。となれば、我々は、——すでに何度も述べたとおり——31条の「法律」に読み込まれる刑罰法規が「民主的」であることだけでなく、「自由主義的」でなければならないことにも着目しなければならない。民主的自治立法であることによる一点突破をただちに是認するわけにはいかないのである。⁽⁸⁰⁾

そこで、罪刑法定主義における法律とは実質的にどのようなものでなければならないか(あるいは罪刑法定主義とは無関係だとしても、刑罰法規が⁽⁸¹⁾いかなる条件で正当化されうるか)を検討することになる。これが次の課題となる。

V 罪刑法定主義あるいは刑罰法規の有効条件

罪刑法定主義に、自由主義的側面と民主的側面があることは広く承認されている。たとえば、ロクシンは、罪刑法定主義の根源として第1に「罪

刑法定主義の今日なお重要な基盤は、政治的自由主義の中心的基本要請の内に⁽⁸²⁾ある」と述べ、第2に「罪刑法定主義において、重要な基礎づけはまた⁽⁸³⁾権力分立的民主制の原理にもある」と述べている。⁽⁸⁴⁾もちろん、この自由主義的側面と民主的側面は、容易に切り分けられるものではない。自由主義原則は「行政と司法を法で縛る」⁽⁸⁵⁾ことを導くが、これは権力分立的民主制と無関係ではないからである。というのも、国家の領域を一定範囲に限定し、権力を分立させて国民の自由・権利の保障をはかるというのは、まさに自由主義にもとづいた近代立憲主義思想そのものだからである。罪刑法定主義は、立憲主義が自由主義の憲法的結実であるのと同様に、自由主義の刑事法における結実なのである。

現行法体系において、罪刑法定主義の根拠やその内容理解は、決して一枚岩ではない。憲法31条をどのように解するか、そこにいわゆる実体的デュープロセスを読み込むか否か、31条の沿革とは厳密には異なる罪刑法定主義を読み込むか否かについても争いがある。本稿ではその争いの詳細に触れることはできないが、いずれの立場に立っても、それが人々の自由を強制権力の不当な刑罰から守るためのものであると理解することに違いはないことを確認しておきたい。

何らの実質的思想背景をもたず、単純に形式だけの民主制は、ときに多数による少数への暴力を肯定しかねない。それは、刑事法の領域においては「刑罰法規があるのだから罰してよい（法律あれば刑罰あり）」としてあらわれかねない。平野龍一は「罪刑法定主義は、『法律なければ刑罰なし』⁽⁸⁶⁾ということであって、『法律あれば刑罰あり』⁽⁸⁶⁾ということではない」との警句を發したが、これは今でも重要な意味をもっている。強制権力の暴走から個人を守るため、自由主義のキャップのはめられた民主制、どれだけ法律としての形式が整っていようと権力が個人から奪うことのできない基本的人権を守る民主制としての立憲主義・自由民主制が法の支配の要諦⁽⁸⁷⁾である。この観点は、罪刑法定主義に民主制の形式を満たすことに加えて、実質的に自由主義の要請を満たすことをも要求する。すなわち、「法律あれば刑罰あり」となりかねない罪刑法定主義理解を、民主的に制

定された刑罰法規が存在するという形式面がクリアされていることを当然の前提にしたうえで、なおその法規が自由を侵害していないかを具体的・実質的に問うて、それがクリアできているときにはじめてその法は刑罰法規として有効であるということになるのである⁽⁸⁸⁾。

となれば、条例における刑罰制定が罪刑法定主義をクリアしているといえるためには、あえて法律によってではなく条例によって刑罰を定めることの合理性にくわえて、内容の明確性、規範へのアクセス可能性、適用範囲の明確性などが、それぞれ国会における立法と同視しうる程度には備わっており、地方公共団体という強制権力が個人の自由を不当に侵害しないことが担保されているといえなければならないだろう。そうでなければ、刑罰法規の自由主義的要請をクリアできないといわなければならない。というのも、もし法律の方が条例に比してより自由保護的な規範を制定しうるのならば、法律よる規範制定を選択すべきだからである⁽⁸⁹⁾。

なお、本稿のような刑事立法の実質的正当化条件を罪刑法定主義に読み込むこと自体に抵抗がある立場も、また憲法31条と罪刑法定主義を切り離して理解する立場も考えられるが、本稿の論旨には影響しないだろう。自由主義の実質を罪刑法定主義に読み込まずに、罪刑法定主義の形式的理解を貫いたとしても、あるいは憲法31条に罪刑法定主義を読み込まないとしても、どのように不当な刑罰法規でも法律として有効に制定可能であるというおよそ反立憲主義的立場を採らないかぎりには、罪刑法定主義以外の何らかの名目で刑事立法の自由主義的要請を実質的に求めなければならなくなるのであるから、条例における刑罰の正当化にも、やはり実質的要請を向けなくてはならないからである。ひとまず本稿においては「刑罰法規が実質的に自由を侵害しないことがその有効条件である」との視点を持ち込むことにさえ成功すれば、その名目が罪刑法定主義であるか否かに拘泥するものではない。

つまり、憲法学・刑法学において通説である「法律の実質的理解から直接合憲性を探る道」は、理論的には拓けている。ただし、それは条例が民主的でありかつ具体的に法律以上に自由を侵害しないと認められる範囲に

において、である。この点、刑法学において一部の論者から示されていた「条例によっては違憲の疑いがあるとする見解」は、条例の実質から合憲・違憲を探ろうとするものであり、実に示唆的であったといえよう。

VI 問題提起的な言及

a) 問題提起的な言及の趣旨

理論的に道は拓けているとはいえ、実際に条例が自由侵害的でないことは少ないように思われる。というのも、すでに指摘したように、地方公共団体の境界は曖昧であり、条例の条文は法律に比してアクセスしづらく、⁽⁹⁰⁾ 同じ行為であっても条例によって処罰されたりされなかったりすることがあるからである。さらに、横出し条例についていえば、「処罰範囲拡大のための抜け道」となっているのではないかとすら思われる。法律が処罰していない行為を条例が処罰にかけるというのには、問題があるといえるのではないだろうか。

そこで本稿では、——すべての条例を個別に検討するあるいはひとつの条例を深く掘り下げるには、時間も紙幅も足りないため——検討不足は否めないまま、あくまで問題提起的にいくつかの代表的な条例に言及してみたいと思う。

b) 全国的な課題に関しかつ行為者が越境して移動する可能性がある場合

全国的な課題に関しかつ行為者が越境して移動する可能性がある場合、ある行為を条例によって禁止してそれに刑罰を科すことは違憲の疑いが払拭できないように思われる。以下に2つの条例を見てみよう。

①いわゆる迷惑防止条例における痴漢行為処罰等

いわゆる迷惑防止条例違反となる痴漢行為を移動中の乗り物内で行った場合、どの条例が適用されるのか不透明である場合がある。現実には、すでに述べたように、飛行機内での迷惑防止条例違反行為については、どの自治体の上空か判然としないため、処罰できないという事案が発生してい

⁽⁹¹⁾。実際の場面における場所的適用範囲の曖昧性がただちに自由侵害であるとはいえないが、痴漢行為は今や国全体の問題であるので、むしろ条例で規定せず⁽⁹²⁾に法律による規定がある方が合理的であり、そうすれば場所的適用範囲の曖昧性も解消できる。あえて条例に任せる理由に乏しい。

また、痴漢行為にとどまらず、各都道府県の迷惑防止条例で禁止している行為には、地域に関係なく全国的に処理すべきものが多く見受けられる。これらのものは、実質的な明確性を担保するために法律にして全国一律で処断すべきである。

②いわゆる青少年保護条例の淫行処罰規定

平成28年7月7日に「長野県子どもを性被害から守るための条例」が公布され、日本の都道府県すべてにいわゆる青少年との淫行を処罰しうる規定がおかれることになった。ただし、長野県と同条例第17条は、「威迫し、欺き若しくは困惑させ、又はその困惑に乗じて、性行為又はわいせつな行為を行う」ことを処罰対象にするものであって、たとえば隣接する愛知県の条例よりもその処罰範囲は規定上狭いものになっている。

となれば、17歳の者と性行為を行った場合、それが愛知県内であれば「何人も、青少年に対して、いん行又はわいせつ行為をしてはならない。」と定める愛知県青少年保護育成条例第14条1項違反となり2年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処せられるが、県境を越えた長野県であれば、威迫、欺罔、困惑または困惑に乗じる行為がなければ処罰の対象とならないことになる。日頃、威迫、欺罔、困惑または困惑に乗じることなく17歳の者と長野県内で（処罰対象ではないと正確に認識して）性行為を行っていた者が、たまたまホテルが満室であったため（県境を越えたと知らずに）近くにあった愛知県内のホテルを使用したら処罰される⁽⁹³⁾というのでは、——認識可能性が担保されている以上形式的には問題とはいえないが——実質的には不意打ちといわざるをえないだろう。

同様の事態は、たとえば「何人も、青少年に対し、威迫し、欺き、又は困惑させる等青少年の心身の未成熟に乗じた不当な手段によるほか単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っている」としか認められ

ない性行為又はわいせつな行為をしてはならない。」(千葉県青少年健全育成条例第20条1項)とする千葉県と、「何人も、青少年とみだらな性交又は性交類似行為を行つてはならない。」(東京都青少年の健全な育成に関する条例第18条の6)とだけ定める東京都との間でも起こりうる。

また、山口県青少年健全育成条例第12条は、「何人も、青少年に対し、次に掲げる行為をしてはならない。」として各号で「金品その他の財産上の利益を供与し、若しくは役務を提供し、又はこれらの供与若しくは提供を約束して性行為又はわいせつの行為をすること。」(1号)、「相手方を欺き、若しくは困惑させ、又はその困惑に乗じて性行為又はわいせつの行為をすること。」(2号)、「あつせんを受けて性行為又はわいせつの行為をすること。」(3号)と行為類型を明確化しようとしており、行為の明確化自体は望ましいことだが、とりわけ1号については児童買春・児童ポルノ処罰法との関係が問題となろう。条例は、国法として新法が制定されても機動的に体系的考慮をもって改正されるわけではない。すると、条例が行為者に対する目くらしになる可能性も出てくるだろう。17歳の者を買春しようとした者が、条例を調べることによって自らの行為が「2年以下の懲役又は100万円以下の罰金」(山口県青少年健全育成条例第19条の3)相当であると勘違いするかもしれない。実際は「5年以下の懲役又は300万円以下の罰金」(児童買春・児童ポルノ処罰法⁽⁹⁴⁾4条)であるのにである。

そもそも、青少年がどのように育つかは、本人、家庭、学校、サークル、町内会、地域、宗教、自治体、国、ひいては世界全体にいたるまで、それぞれがそれぞれに関心を寄せているものであるところ、青少年の性行為と刑罰については都道府県が独自に制定するというあり方の問題性がもっと認識されるべきではなかろうか。青少年の性行為等がモラルレベルのことなのであれば刑罰法規が規制すべきことではなく、国家刑罰をもってすべきレベルのことであるならば——仮にその必要性が認められるとするならば——全国的な課題として法律によるべきであろう。青少年との性交を都道府県が、合理性なくそれぞれ異なった態様で刑事規制しているという問題は、もっと鋭く問われて良いように思われる。⁽⁹⁵⁾福岡県青少年保護育成条

例判決当時すでに伊藤正己は反対意見において「わが国のように、性及び青少年の育成保護に関する社会通念についてほとんど地域差の認められない社会において、青少年に対する性行為という、それ自体地域的特色を有しない、いわば国全体に共通する事項に関して、地域によつてそれが処罰されたりされなかつたりし、また処罰される場合でも地域によつて科せられる刑罰が著しく異なるなどということは、きわめて奇異な事態であり、地方公共団体の自主立法権が尊重されるべきものであるにせよ、一国の法制度としてはなほだ望ましくないことであ」り「青少年との淫行の処罰に関し各都道府県の条例の間に存する前述のような著しい不均衡は、きわめて不合理なものであることが明らかである」と指摘していた⁽⁹⁶⁾。この指摘に同意する評釈もあるところ、この問題意識が現在までほとんど顧みられることなく放置されていることに強い違和感を呈したい。

また、結婚を前提とするかや不純であるかによって規制対象とするか否かを決定している自治体があるが、結婚を前提とする性交渉は適法であり、結婚を前提としない性交渉は違法であるというのは個人のライフスタイルへの過度の干渉であり、刑罰法規においては排斥されるべき極端なモラリズムである⁽¹⁰⁰⁾。くわえて、結婚前提の有無による区別は、事実婚を選ぼうとする者や、そもそも（不当にも）結婚を前提とすることが制度上できない性的少数者の自由を侵害する差別的な規定であるとすらいえよう。また裁判所がある交際を純真であるか不純であるかを判断するのも不当である。私人間の愛情の質や量を判断する権限はいかなる国家機関にも与えられていない。法律であれば制定が許されないであろうこのような刑罰規定が、条例であるということを抜け穴のように利用して制定されていることに極めて重大な疑義があるといわなければならない⁽¹⁰¹⁾。

横田耕一は、青少年保護育成条例違反について「なかには処罰の必要があるだろうかと首を傾げる事例もある」と素直な感想を述べているが、私も同様の、あるいはもっと強い疑問を感じるのである⁽¹⁰²⁾。

- c) 地域の課題に関するものの行為者が越境して移動する可能性がある場合

地域ごとに禁止の有無あるいは禁止区域等を制定するには合理性があるが、行為者が越境して移動するような場合、ただちに違憲であるとはいえないが、現実的な不意打ちを減らすための方策が求められるように思われる。たとえば、路上喫煙・ポイ捨て禁止条例がその一例である。

路上喫煙・ポイ捨て禁止条例は、各地方公共団体が一定の区域を指定してポイ捨てを禁止するものである。この種の条例については、路上喫煙およびポイ捨てについてそれぞれ罰則規定のない条例を定めている自治体、過料規定のある条例を定めている自治体、刑罰（罰金）規定のある条例を定めている自治体、条例自体を定めていない自治体があるなど、その状況はまちまちである。⁽¹⁰⁵⁾これではあまりにも罰則がばらつきすぎているといえよう。このばらつきは「自治体ごとの特徴」というよりももっと重大な問題をもたらすだろう。それはたとえば条例はあるが罰則のない地域に普段居住し、罰則のないことを認識しながら条例違背の路上喫煙行為をしている者が、刑罰のある地域にたまたま訪れていつもと同様の行為をしたところ刑罰を科せられるということになりかねないからである。路上喫煙の禁止区域の指定については、地域の実情により条例によるべきことは首肯できるが、罰則がそれぞれに変わることは刑罰の具体的予測可能性の観点からして問題なしとはしない。もし刑罰がどうしても必要であるというのなら、行為態様と刑罰は法律で定め、その法律が区域の指定を条例に委任するという方法は採れないだろうか。行為者が「どこが可罰的路上喫煙禁止区域なのか」だけを気にすればよく、その違反にどのような制裁が予定されているのかについては全国共通で知りうるという状態が望ましいのではないか。また、刑罰が必要でなく、過料で足りるのであれば、法律で行為態様と過料を定め、禁止区域の指定を条例に委任する旨の規定を置いておくべきではなかろうか。いずれにせよ、条例であるべき部分は、「実情に合わせた区域の指定」とどまり、喫煙・ポイ捨ての行為態様および喫煙者のインセンティブに働きかける手段としての罰則は、地域差が⁽¹⁰⁶⁾

あるとは考えられないから、全国一律である方が明確であり、合理性もあるといえよう。⁽¹⁰⁵⁾

d) 地域の課題に関しかつ行為者が越境して移動しない場合

以上のようなものに対し、行為者が移動しない場合、条例による刑罰の合憲性は容易に肯定できよう。それは、当該地方公共団体内で事業を営む者の規制違反に対する刑罰規定である。公害を引き起こす可能性のある事業者に対する環境条例や繁華街での路上客引き行為の禁止条例などがその代表例である。

①環境条例

たとえば、滋賀県公害防止条例は、水質汚濁防止法等の関連法令にもとづいて、県内で営まれている有害物質を排出する工場の排出を規制し、違反者に刑罰を科すことにしている。また、岸和田市環境保全条例は公害等を引き起こす可能性のある指定事業所や騒音・振動を起こす特定建設作業について規制を設け、その規制違反がある場合には、市長が配置・処理・作業についての必要な措置または施設使用・作業の一時停止を命令（騒音・振動に関しては命令の前に勧告をすることになっている）し、それに違反がある場合に刑罰を科すことにしている。

このような条例は、環境法等の法律の根拠があるうえに、地域の実情にあわせる合理性もあり、事業者の営む施設は県境を越えて移動せず、事業者への周知は事業所設置時にも定期的にも徹底可能であり、それにともない内容も明確に伝達可能であり、問題は少ないといえよう。

②客引き禁止条例

各繁華街等の実情に合わせて地方公共団体が、事業者たる法人または個人に対し、客引き等の禁止を定めることがある。このような場合、地域の実情にあわせるため条例による合理性があり、事業者への事前の周知徹底が容易であり、不意打ちの可能性は少ないといえる。たとえば、——罰則としては秩序罰としての過料を定めるものであって刑罰を定めるものではないが——豊島区の「豊島区客引き行為等の防止に関する条例」では、客

引き行為（5条）、客引き行為をする者や客引きされた客を事業者が店内に立ち入らせる行為（6条）について、違反があればまず指導（8条）が行われ、指導後にも違反があれば警告（9条）が行われ、警告後も違反があれば勧告（10条）が行われ、勧告後になお違反があった場合にはじめて、行為者側に意見陳述の機会付与（12条）をしたうえで公表（11条）および50万円以下の過料（15条）という仕組みになっている。大阪市の「大阪市客引き行為等の適正化に関する条例」もやはり公表（12条）と過料（15条）を定めているが、そこにいたるまでには指導（11条1項）、文書による勧告（11条4項、5項）、文書による命令（11条6項、7項）を経ることになっている。このようなものであれば、およそ不意打ちのおそれはないといえよう。

このように、対象者に周知徹底が可能で、およそ不意打ちのおそれがない条例については、営業の自由との関係等、他の問題がクリアされることを前提に、条例に刑罰を定めることの合理性が認められるかぎりにおいて、⁽¹⁰⁶⁾刑罰を定めることも認められるといえよう。このとき、条例は憲法31条の「法律」にあたりと解釈できるのである。⁽¹⁰⁷⁾

e) 全国的な課題に関しかつ行為者が越境して移動しない場合

全国的な課題に関する以上、法律によるのが原則であるが、条例による方が行為者に有利になる等の事情がある場合、たとえば地方公共団体や首長による周知徹底、指導、警告、勧告、命令などを先行させることができ、条例による方が不意打ちを防止できるという場合には、条例による合理性があるものとして、これを法律ではなく条例に定めることも問題ないと考えられるであろう。

Ⅶ ひとまずの結論

以上の検討によって得られた結論を、列挙すれば以下のとおりである。

①地方公共団体は憲法により条例制定権を認められており、条例に刑罰を

設けることも可能である。

- ②しかし、刑罰制定は通説が考えているように民主的側面だけから正当化できるものではなく、刑罰法規を正当化するためには、自由主義の側面も実質的に考慮しなければならない。
- ③条例に刑罰を定める場合は、条例で刑罰を定める合理性があることを前提として、具体的な不意打ち防止が少なくとも法律と同程度に担保されているといえなければならない。
- ④現行の条例に定められている刑罰については、条例ではなく法律で定めるべきものが多い。とりわけ、行為者が地方公共団体の境を越えて移動するタイプのもので、全国一律で対処することに合理性が見出される行為について、法律の定める範囲の外側に刑罰を科す条例には、違憲の疑いがある。
- ⑤地域の事業者の規制違反行為を罰する条例など、行為者が移動せず、行為態様も明確で、不意打ちのおそれがない条例については、刑罰を科すことの合理性が認められるならば、罪刑法定主義の問題をクリアしており、憲法31条の「法律」としてみることができ、合憲である。

また、本稿の叙述に誤解があってはならないので、本稿はどのような主張でないかも列挙しておきたい。

- ①本稿は、地方自治の意義を軽く見積もるものではない。地方自治の重要性を承認しながら、なお刑罰法規制定の制定については、一定の条件の充足を求めるものである。
- ②本稿は、地方公共団体の条例によるあらゆるサンクションを否定するものではない。本稿は、国家的刑事罰を地方公共団体の条例に定めることに焦点を当てており、国家的刑事罰以外の各種ポジティブ／ネガティブ・サンクションを地方公共団体が使用することを否定するものではない。
- ③本稿は、現実的に条文が読まれていることを要求するものではない。本稿が条例の認識可能性というときに、条文が住民によって現実に読まれていることを要求しているのではない。刑法であっても一般人にさほど読まれているとはいえず、そのようなことを要求しては法による統治は

不可能になってしまう。本稿の主張は、刑罰法規について、同一の内容を定めかつ同一の効果を得ることが複数の法規範の形式によって可能な場合、つまり統治者が刑事罰を定めるにあたり複数の法形式の中からひとつを選択することが可能な場合、一般人にとって認識が最も容易な法規範を選択すべきであるという立法理念に関する主張である。

Ⅷ 残されたアポリア

ところで、本稿で問題を提起しながらも解決していない困難な問題がいくつかある。残されたアポリアとして指摘しておこう。

a) 地方自治と刑罰の民主的正統性をめぐって

地方住民の生活に関することについては、巨大で画一的な中央政府よりも、生活に密着した地方政府の方が具体的なニーズが汲み取りやすく、適切に行動できる場合が多い。その意味で、地方自治の重要性は疑うべくもない。地方住民による地方公共団体の民主的コントロールはきわめて重要であるといえよう。

ところで、民主的正統性は、形式的な要件に過ぎず、一切の具体的な基準を有しないものなのか。

たとえば、ある国家に選挙権のある成人国民が3人、選挙権のない未成年国民が50人、外国人住民が50人、旅行者が100人いるとして、この203人に適用されるルール制定は、3人の選挙権のある国民の過半数、すなわち2人によって決定されることで民主的正統性があるといえるのだろうか。これは、ある地方に滞留する者のごく少数者だけが選挙に参加し、大多数の者（通勤者、通学者、通過者、観光客、未成年）が参加しない場合、そして滞留者に占める後者が前者に比して異様に大きい場合にも、前者の選挙参加が保障されてさえいれば民主的に正統であるといえるのだろうかという問いのラジカルな思考実験である。もちろん、この想定は極端だが、たとえば東京都千代田区の夜間人口・昼間人口を見るかぎり、このような

問題をとりあげて検討することに意味がないとはいえないだろう。現在の理論状況としては、民主制が敷かれているかぎり、「我々の犯罪と刑罰は我々が決めている」という民主的コントロールの要請が充足されていると考えるのが大勢のようであるが、刑罰を制定するにあたり、その制定者は現実にどの程度対象者と一致していれば「我々の犯罪と刑罰は我々が決めている」といえるだろうか。

b) 未来

民主的正統性をめぐる問題に時間軸の考慮を入れることで、さらに困難なアポリアが立ち現れる。

我々の生活は、時代が進むにつれて、属地的でなくなってきている。すでに情報はグローバルであり、他者の名誉は世界中のどこにいてもインターネットで毀損することができる。財産もインターネットを通じたやり取りにより、地球の裏側からでも奪うことができるようになった。肉体的な座標はまだ瞬間移動できないが、それでも近代国家成立当時と比べれば格段に移動スピードが上がり、移動コストは下がっている。

このような中で、属地的な法制度はどこまで有効でありうるのか。なにも地球規模の大きな問題を提起したいわけではない。地方自治の重要性はますます高まっていくものの、——国家レベルにおける国民と外国人の関係とは比べものにならないほど移動が激しく、民主的手続に参加できる者よりも参加できない者の方がはるかに多いという現象が現実には起きている——地方公共団体の条例に定められた刑罰法規というものが、その民主的正統性をこれからの時代どれくらい保つことができるのだろうか、という素朴かつ深刻な疑問である。とりわけ、不意打ちを許さない刑罰法規が、狭い範囲で議論されて成立し、適用されるというのは、自由主義的な（つまり古典的な）観点からしても、現実的な（つまり将来的な）観点からしても、なかなか正当化が難しいように思われるのである。日々の暮らしの中で自分の所属する自治体からまったく外に出ないという人は少数派だろう。多くの人々は複数の自治体の支配領域内に滞在し、あるいは通過する。

それにもかかわらず、居住している自治体でしか住民としての権利を行使することができない。住民に密着した地方自治の重要性は高まりつつも、実際に制定された条例の適用範囲内にいる人間は、その統治範囲の主権者ではない確率が高まる。これは、人の移動が活発化すればするほど、未来へ行けばいくほど高まっていくだろう。日常生活のこと、たとえば自宅の水道やゴミ出しに関連することは住民の自治でいいだろう。しかし、刑罰に関するそれがそれでいいのか。本稿の検討だけでは明らかにしきれなかったところがある。アポリアとして指摘しておきたい。

c) 刑罰の目的をめぐる

刑罰が何のために存在するのか、古今東西多くの論稿が発表され、様々な立場から議論されている。その具体的考察は別の機会に譲るが、いずれの見解であっても、「統治に都合が良いから」でないことだけは共通して承認されているところである。そうであるのに、統治の実効性を確保するために条例に刑罰を定めることができるのだという議論が有力に唱えられていることは奇妙なことである（あるいはこれは予防論の換言ないし規範の妥当性保障を目的とする理論⁽⁹⁹⁾・秩序応報または規範防衛論⁽¹⁰⁰⁾を主張するものなのだろうか。判然としない）。

改めて指摘しつつ、刑罰の目的については今後の課題としておきたい。

IX 結 語

以上のように、条例と刑罰との関係を批判的に論じてきた。

私は、個人の行動の自由保障、権力機構および他者から法益を侵害されずに自由に活動できる領域の保護こそ刑法の（そして国家の）最大の役割であると考えたものである。この観点からいえば、刑罰規範は可能なかぎり最も認識しやすい方式で制定されなければならない。条例が適任なのであれば、条例に刑罰を定めることも認められるべきだろう。しかし、現状に鑑みれば、条例よりも法律による方が「より認識しやすい」場合が多い

ことは明らかである。となれば、その実際の適用が個人の自由を侵害しないように、もう一度法律と条例との関係を見直すべきであろう。中央政府という巨大で画一的な強制権力よりも、地方政府の方が地域住民のニーズを汲み取りやすい。それゆえ、地方自治の重要性は疑うべくもない。しかし、地方政府もまた権力機構なのであり、刑罰はそれが中央政府のもとにあるとも、地方政府のもとにあるとも、個人の自由を侵害しないように制定される必要がある。それゆえに、刑罰は実質的に民主的コントロールに服していなければならないのである。理想的には住民により近い地方政府の方が民主的コントロールに服しやすい。ところが現実には、地方政府はさほど当該領域滞在者の民主的コントロールに服しているとはいえない。これが本稿の問題意識のひとつであった。刑罰は、我々が最も統制可能な形式によって定められなければならない。そしてそれは、現在のところ、(おそらく)原則として法律という形式なのである。それが憲法31条の趣旨であるといえよう。例外として条例による刑罰制定を認めるならば、すなわち憲法31条の「法律」に「条例」を読み込むならば、その条例が実質的に自由を侵害しないようなものであることが必要である。これが本稿の結論である。

(了)

*学長として、法学部長として、ひとりの教員として、そして優れた人格者として、永きに亘り桃山学院大学の発展を支えてこられた憲法学者・前田徹生教授の退職を記念し、——かなり批判的な内容になってしまったが、公私ともにご指導いただいている前田教授はきっと笑って許してくれるものと希望的に信じて——拙稿を前田徹生教授に捧げる。

注

- (1) 本稿は、沿革に若干の疑問はあるものの(たとえばデュープロセスについては、田中秀夫『デュー・プロセス』(東京大学出版会、1987年)281頁以下参照)、憲法31条に、手続法的なデュープロセスだけではなく、実体法的な罪刑法定主義も読み込む立場を前提とする。罪刑法定主義は憲法上明文の要請あるべきものであり、また罪刑法定主義違反が刑事訴

- 訟における適法な上告理由(刑訴405条)たるべき(そして実際にそのように——たとえば本稿でとりあげる大阪市売春取締条例違反事件における最高裁判決ではこの理解が前提となつて——運用されている)だからである。赤坂正浩『憲法講義(人権)』(信山社, 2011年)176頁参照。
- (2) 本稿でいう条例は, 地方議会の議を経て制定されるいわゆる狭義の条例に限定する。
 - (3) 前田徹生「条例による罰則制定と罪刑法定主義」上智法学論集52巻1・2号(2008年)212頁。あわせて, 前田徹生「条例の罰則」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣, 2008年)316頁参照。
 - (4) 「地方公共団体においても, ある程度以上の規模の団体においては, 文書課等の法令審査担当部局が存在している。しかしながら, その規模, 組織内におけるステイタス等は, 必ずしも充分なものとはいえない。」と指摘するものに, 松永邦男「地方公共団体の条例及び規則について」大森政輔・鎌田薫編『立法学講義』(商事法務, 2006年)248頁。
 - (5) <http://www.metro.tokyo.jp/INET/CHOUSA/2013/03/60n3j100.htm> (東京都ウェブサイト/2016年8月29日閲覧)
 - (6) <https://www.city.chiyoda.lg.jp/koho/kuse/gaiyo/yokoso/ichi.html> (千代田区ウェブサイト/2016年8月29日閲覧)
 - (7) 小林直樹『〔新版〕憲法講義(下)』(東京大学出版会, 1981年)475頁。
 - (8) 刑法学者の前田雅英も, 「『民主主義的要請の公式論』が, 現在わが国において絶対的な説得性を有するとは言えない」と指摘する(前田雅英「法文の明確性と解釈の明確性」ジュリストNo. 853(1986年)58頁)。この点, 前田雅英と本稿の問題意識は共通する。なお, この前田雅英の主張の主眼は, 「立法に, 合理的な処罰犯意と明確な法文を持つ刑罰法規を常に期待するのは甘い幻想だとすら思われる」(同・58頁)から, 司法官の解釈作業による合理的な法規範の定立を期待する点にあるが, 本稿が主張したいのは, 刑事立法を「形式的に民主的である」という以上に実質的な制限にかけるべきであるということである。
 - (9) 最大判昭和50・9・10刑集29巻8号489頁。
 - (10) 最大判昭和60・10・23刑集39巻6号413頁。
 - (11) 最判平成19・9・18刑集61巻6号601頁。
 - (12) 最決平成20・7・17判時2050号156頁。
 - (13) 迷惑防止条例違反の盗撮事案につき, 飛行機内であったため撮影時点でいずれの自治体の上空にいたかの特定ができず, 処分保留で釈放(後に不起訴)された事案として, 朝日新聞2012年10月12日夕刊第1社会面

参照。

- (14) 飛行機内の痴漢行為につき、迷惑防止条例違反では立件が困難であったため、暴行罪で立件したという事案につき、日本経済新聞 web 刊 (2013年3月19日付) http://www.nikkei.com/article/DGXNASDG2805O_Y3A320C1CC1000/ (2016年8月29日閲覧) 参照。
- (15) 前田 (徹) 「条例による罰則制定と罪刑法定主義」前掲注 (3) 213頁以下、同「条例の罰則」前掲注 (3) 316頁。なお、これらの各説は、限定的法律授權説 (あるいは委任要件緩和説)、条例準法律説、憲法直接授權説などと呼ばれることがあるが、憲法授權説の説明の中で条例はいわば法律に準ずるものであるとされたりするなど、その呼称と内容の説明が厳密に対応しているとはいえないので、本稿においてはその見解の中心的な主張をそのまま見解の名称として使用する。
- (16) 委任立法による行政機構の政治支配構造の問題点に着目し、法の支配、権力分立などの基本原理に立ち返り、議会制デモクラシーの確立を試みる意欲的な研究として、田中祥貴『委任立法と議会』(日本評論社、2012年) 3頁以下がある。
- (17) 最大判昭37・5・30刑集16巻5号577頁。本件の事案は、大阪市内において売春の目的で通行人を誘ったというものである。当時は売春防止法は制定されておらず、「街路等における売春勧誘行為等の取締条例」(昭和25年大阪市条例68号) 違反で起訴されたものである。
- (18) ただし、この点についても、この規定は「地方公共団体の事務の例示にすぎず、具体的授權であると解することには無理があ」とする指摘(高橋雅夫「条例と罰則」『行政法判例百選Ⅰ』第4版(有斐閣、2009年) 243頁) や、「それのみではさほど具体的とはいいがたい同項1号のみにもとづいて条例が罰則を規定しうるか否かも判旨からは明らかでない」との指摘(長谷部恭男「条例への罰則の委任」地方自治判例百選第2版(有斐閣、1993年) 5頁) などがある。たしかに、この程度の規定で具体的な授權があると解することは困難であり、判例のいう具体性の程度も不明であるといえよう。
- (19) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2012年) 566頁。
- (20) 前田 (徹) 「条例の罰則」前掲注 (3) 317頁参照。
- (21) 屋外広告物法は、以下のとおり定めている。

3条 都道府県は、条例で定めるところにより、良好な景観又は風致を維持するために必要があると認めるときは、次に掲げる地域又は場所について、広告物の表示又は掲出物件の設置を禁止することができ

る。

- 1 都市計画法（昭和43年法律第100号）第2章の規定により定められた第1種低層住居専用地域，第2種低層住居専用地域，第1種中高層住居専用地域，第2種中高層住居専用地域，景観地区，風致地区又は伝統的建造物群保存地区
 - 2 文化財保護法（昭和25年法律第214号）第27条又は第78条第1項の規定により指定された建造物の周囲で，当該都道府県が定める範囲内にある地域，同法第109条第1項若しくは第2項又は第110条第1項の規定により指定され，又は仮指定された地域及び同法第143条第2項に規定する条例の規定により市町村が定める地域
 - 3 森林法（昭和26年法律第249号）第25条第1項第11号に掲げる目的を達成するため保安林として指定された森林のある地域
 - 4 道路，鉄道，軌道，索道又はこれらに接続する地域で，良好な景観又は風致を維持するために必要があるものとして当該都道府県が指定するもの
 - 5 公園，緑地，古墳又は墓地
 - 6 前各号に掲げるもののほか，当該都道府県が特に指定する地域又は場所
- 2項 都道府県は，条例で定めるところにより，良好な景観又は風致を維持するために必要があると認めるときは，次に掲げる物件に広告物を表示し，又は掲出物件を設置することを禁止することができる。
- 1 橋りょう
 - 2 街路樹及び路傍樹
 - 3 銅像及び記念碑
 - 4 景観法（平成16年法律第110号）第19条第1項の規定により指定された景観重要建造物及び同法第28条第1項の規定により指定された景観重要樹木
 - 5 前各号に掲げるもののほか，当該都道府県が特に指定する物件
- 3項 都道府県は，条例で定めるところにより，公衆に対する危害を防止するために必要があると認めるときは，広告物の表示又は掲出物件の設置を禁止することができる。
- 4条 都道府県は，条例で定めるところにより，良好な景観を形成し，若しくは風致を維持し，又は公衆に対する危害を防止するために必要があると認めるときは，広告物の表示又は掲出物件の設置（前条の規定に基づく条例によりその表示又は設置が禁止されているものを

除く。)について、都道府県知事の許可を受けなければならないとすることその他必要な制限をすることができる。

5条 前条に規定するもののほか、都道府県は、良好な景観を形成し、若しくは風致を維持し、又は公衆に対する危害を防止するために必要があると認めるときは、条例で、広告物（第3条の規定に基づく条例によりその表示が禁止されているものを除く。）の形状、面積、色彩、意匠その他表示の方法の基準若しくは掲出物件（同条の規定に基づく条例によりその設置が禁止されているものを除く。）の形状その他設置の方法の基準又はこれらの維持の方法の基準を定めることができる。

7条 都道府県知事は、条例で定めるところにより、第3条から第5条までの規定に基づく条例に違反した広告物を表示し、若しくは当該条例に違反した掲出物件を設置し、又はこれらを管理する者に対し、これらの表示若しくは設置の停止を命じ、又は相当の期限を定め、これらの除却その他良好な景観を形成し、若しくは風致を維持し、又は公衆に対する危害を防止するために必要な措置を命ずることができる。

34条 第3条から第5条まで及び第7条第1項の規定に基づく条例には、罰金又は過料のみを科する規定を設けることができる。

このほかに、条例に具体的な委任をしている法律として、消防法や建築基準法等が挙げられる。

- (22) 成田頼明「法律と条例」室井力編『日本国憲法12 地方自治』（三省堂、1977年）104頁、前田（徹）「条例の罰則」前掲注（3）316頁参照。
- (23) 成田・前掲注（22）105頁。
- (24) 成田・前掲注（22）105頁。
- (25) 成田・前掲注（22）105頁。
- (26) 前田（徹）「条例における罰則と罪刑法定主義」前掲注（3）220頁、同「条例の罰則」前掲注（3）317頁。
- (27) 南川諦弘「条例制定権に関する研究」大阪府立大学経済研究叢書第60冊（1984）20頁。
- (28) 前田（徹）「条例の罰則」前掲注（3）317頁。
- (29) 佐藤・前掲注（19）566頁。
- (30) 佐藤・前掲注（19）566頁。
- (31) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』第2版（有斐閣、2010年）362頁。
- (32) 渋谷秀樹『憲法』第2版（有斐閣、2013年）761頁。

- (33) 渋谷・前掲注(32) 761頁。
- (34) 阪本昌成『憲法Ⅰ 国制クラシック』全訂第3版(有信堂, 2011年) 282頁。阪本の理論を引き継ぐ大日方信春もほぼ同様の表現でこれを肯定する。大日方信春『憲法Ⅰ総論・統治機構論』(有信堂, 2015年) 265頁。

古典的自由主義の重視する近代立憲主義の観点からの罪刑法定主義理解によれば、強制権力(強制権力である点においては、中央政府も地方政府もかわらない)の肥大を招く刑罰権の付加にはなお慎重であるべきなのではないかと思われる。たしかに、中央政府よりも地方政府の方が、より機動的で無駄の少なく、自由を侵害しない政治を行えるように思われる。その点で、古典的自由主義者が地方政府の独自性を重視することに疑問はなく、大きな異論はない。しかし、条例による刑罰制定は、「中央政府の権限を弱めることなく、地方政府にも刑罰という過酷な強制力を持たせる」というものであり、むしろ強制権力の権限拡大につながる議論であるのだから、もっと慎重であるべきではないだろうか。地方政府の規制もまた個人の自由に対する介入たりうるのである。地方政府への権力移譲が中央政府の権力削減と一体であれば、なお賛成する余地はあるかもしれないが。

- (35) 相川貴文は、本説に立脚した上で、議会によって議決されたものであるということに加えて、本説を採用する根拠を強化する材料のひとつとして、「公安条例や青少年保護育成条例でデモ行進や有害図書規制など表現の自由すら制限しようとされていることの根拠は憲法94条以外に考えられないが、これが『法律による』委任なしにできるのに、条例による罰則の制定が法律による委任なしにはできないというのは著しく均衡を欠く」ことを挙げる(相川貴文「条例による罰則制定権」帝塚山大学教養学部紀要(1998年)12頁)。しかし、そもそもデモ行進や有害図書の規制についてはやはり程度、範囲、態様等により違憲の問題はお生じうるのであるから、比較の対象が適切であると思われなければいかか、単なる制限・規制を超えて積極的に国家が人を攻撃する法益剝奪たる刑罰制定について制限・規制の場合よりも慎重な態度をとることがなぜ不均衡であると評されるのか明らかでない。
- (36) 阿部照哉「条例による罰則と憲法31条」法学論叢73巻2号(1963年)135頁以下は、条例による罰則制定については甲論乙駁する意義もないが、説明の仕方としては垂水裁判官の説明に賛成であるという。しかし、阿部自身が同稿の中で述べているように、憲法31条に条例を含めること

は31条の趣旨に反する恐れがあるのだから、なお甲論乙駁する意義はあるといえるし、この問題は単なる説明の仕方の問題にとどまらないといふべきであろう。

- (37) 現行法においても秩序罰としての過料が定められており、一般的に5万円以下（地方自治法14条3項）とされているが、事項によっては過料額を引き上げていることもあり（たとえば児童福祉法62条の6は条例に「10万円以下の過料」を認めている）、これらで条例の実効性担保が十分ではないと考えるのはなぜなのか疑問である。あるいは罰は重ければ重いほど実効性があるという考えを前提としているのであろうか。死刑の予防効果にも疑問が呈されている現在、そのような単純な考え方には賛同できないといわざるをえない。
- (38) 規範の実効性を担保するのであれば、事業者表彰、優良認定、減税措置等のインセンティブの付与をとまなうポジティブ・サンクションも考えられるであろう。
- (39) 生田勝義「刑罰威嚇に頼らない環境保護条例」立命館法学345・346号上巻（2012年）58頁以下。
- (40) 生田・前掲注（39）97頁。
- (41) 中央政府にも刑罰制定権を認めない見解すら主張されているのである（ランディ・バーネット〔嶋津格・森村進監訳〕『自由の構造』（木鐸社、2000年）253頁以下。あわせて橋本佑子『リバタリアニズムと最小福祉国家』（勁草書房、2008年）102頁以下も参照）。なお、私はバーネットのような刑罰廃止論には賛成しない。なぜなら、彼の構想は、①侵害結果を発生させない未遂犯・危険犯を防止する契機がないと思われる（バーネットはこれを assault として扱うことができるというが、そのような扱いができるのは被害者が攻撃を認識可能なタイプのごく一部の個人的法益に対する罪にかぎられ、多くの犯罪類型においては対応不可能になるだろう）。ばかりか、②当初は軽微な事件であっても行為者に対して損害賠償請求の可能な被害者およびその親族の皆殺しのインセンティブを与えかねないと思われる、からである。さらに、森村進『リバタリアンはこう考える』（信山社、2013年）448頁以下および462頁以下もあわせて参照。
- (42) この見解において、罰則と刑罰はどのような関係にあるのか疑問である。罰則の制定が認められるとしても、それが直ちに国家的刑事罰の制定を認めるということになるのだろうか。刑罰とは、（私見の定義によれば）「ある人が過去に行った行為を理由としてその人に伝達される、

苦痛を伴う法的非難メッセージの形式」であり、苦痛を伴うとしても、それが過去の行為を理由としていなかったり、非難メッセージの伝達でなかったりするならば、刑罰ではない（それゆえ、税金による財産の強制徴収や伝染病による自由の制限は刑罰ではない）。したがって、非難を内容とするわけではなく、単に規範に実効性を持たせる目的で、ある人に加えられる苦痛は刑罰ではない。たとえば、秩序罰としての過料は刑事罰とは区別して理解されている。

- (43) 単に「実効性」といっただけでは「何のために刑罰があるのか」という古典的かつ新しい問題にも直面するだろう。その「実効性論」は応報刑論や各種予防刑論とどのような関係に立つのだろうか。また、刑罰による法益保護の観点から、条例の実効性担保という議論の中ではどのように反映されるのだろうか。
- (44) 前田（徹）「条例における罰則と罪刑法定主義」前掲注（3）221頁以下。
- (45) 前田（徹）「条例における罰則と罪刑法定主義」前掲注（3）222頁。
- (46) 単に命令や規則の刑罰制定権を排除するにすぎないことになろう。
- (47) 憲法31条以前に「議会の議決を経て制定されるという民主的な要請を充足する規範であれば刑罰を制定できる」かつ「そのような民主的要請を充足していなければ刑罰を制定できない」というのであれば、憲法31条がなくても「法律と条例は刑罰を制定できる」かつ「法律と条例以外は刑罰を制定できない」ということが帰結される。となれば憲法31条は、実体法的には注意規定と解するか、文字通り手続についてのみの規定と解するかになろう。
- (48) 前田（徹）「条例における罰則と罪刑法定主義」前掲注（3）222頁。
- (49) そもそも31条について「あえて罰則制定を国家専属権とした」と表現してしまえば、——憲法があえて明文をもってあえて国家専属にしたというのであるから——条例による刑罰制定の道は閉ざされるだろう。前田徹生の主張は、31条は「あえて罰則制定を議会専属権とした」と読み直されなければならないし、そう読み直すべきであるとの趣旨であるが、そうであれば結局のところ、条例についての結論先取りが行われているのではないかとの疑問を払拭できないように思われる。
- (50) 佐藤・前掲注（19）566頁。
- (51) 佐藤・前掲注（19）566頁。
- (52) 売春防止法附則4項「地方公共団体の条例の規定で、売春又は売春の相手方となる行為その他売春に関する行為を処罰する旨を定めているも

のは、第2章の規定の施行と同時に、その効力を失うものとする。」のように、法律が条例による処罰を禁止していると思われる場合、この立場からは「その禁止の根拠」を説明することも必要になろう。

- (53) なお、芝池義一は、この法令優先の原則は、地方自治法の規定よりはじめて確定されているものとし、本質論から当然に導き出されうるものではないと指摘する。芝池義一「条例及び規則」杉村敏正＝室井力編『コンメンタール地方自治法』（勁草書房、1979年）100頁以下。
- (54) このほか、長谷川彰一は「仮に憲法第94条が憲法31条の例外をなすと考えると、条例上の刑罰に関する罪刑法定主義は憲法上どのように位置づけられるのかとか、執行機関の定める規則等をどう考えるのかという問題が生じ得ることなどから、憲法直接授權説は妥当ではないと思われる」という（松永邦男・長谷川彰一・江村興治『自治立法』（ぎょうせい、2006年）100頁。
- (55) 団藤重光『刑法綱要総論』第3版（創文社、1990年）48頁。
- (56) 団藤・前掲注（55）48頁。
- (57) 団藤・前掲注（55）48頁。
- (58) 団藤・前掲注（55）48頁。
- (59) 団藤・前掲注（55）48頁。
- (60) 大谷實『刑法講義総論』新版第3版（成文堂、2009年）57頁以下。
- (61) 団藤・前掲注（55）48頁。
- (62) 大谷・前掲注（60）57頁以下。
- (63) 井田良『講義・刑法学総論』（有斐閣2008年）35頁は、「判例および通説は、（略）かなり包括的な委任も、設けることのできる刑罰法規が地方公共団体の事務に関するものに限られ、かつ、条例が地方公共団体の議会の議決を経て制定される自治立法であり、法律に準ずる民主主義的な基礎をもつことから、罪刑法定主義違反ではないと解している」という。たしかに、このような見解が通説的であることはおそらくその通りだが、大阪市春春取締条例事件で示された判例の立場がそうであるとはいえないだろう。
- (64) 大塚仁が「条例は地方公共団体の議会の議決を成立要件とするから、法律に準ずるものと解しうる」というのもこの趣旨であろう。ただし、大塚は「若干の疑問はあるが」と前置きしている。大塚仁『刑法概説（総論）』第3版増補版（有斐閣、2005年）60頁。
- (65) 山口厚『刑法総論』第3版（有斐閣、2016年）12頁。
- (66) 山口・前掲注（65）12頁以下。

- (67) 佐伯仁志『制裁論』(有斐閣, 2009年) 19頁。
- (68) 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂, 1975年) 39頁。
- (69) 罪刑法定主義を形式的にのみ理解してはいけないといち早く指摘したものに、横山晃一郎「罪刑法定主義概念の再構成」佐伯千仞選譯『犯罪と刑罰(上)』(有斐閣, 1968年) 83頁以下。
- (70) ドイツ語での“Gesetzlichkeitsprinzip”が“Liberalismus”に基づくものであると考えれば、このことはなお一層自明である。Claus Roxin, Strafrecht AT. Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 146.
- (71) 条例がしばしば刑罰法規の明確性をめぐって問題となることは周知のとおりである。たとえば、最大判昭和50・9・10刑集29巻8号489頁(徳島市公安条例事件), 最大判昭60・10・23刑集39巻6号413頁(福岡県青少年保護育成条例事件), 最判平19・9・18刑集61巻6号601頁(広島市暴走族追放条例事件), 最決平20・7・17判時2050号156頁(世田谷区・清掃リサイクル条例事件)など。
- (72) その点で、立法権の淵源は国民であっても、自由が守られるのは国民にかぎらず、法の適用範囲内であればあらゆる人間の自由が守られるものでなければならない。
- (73) 西田典之『刑法総論』第2版(弘文堂, 2010年) 47頁以下。
- (74) 西田・前掲注(73) 48頁。
- (75) 西田・前掲注(73) 48頁。
- (76) 高橋則夫『刑法総論』第3版(成文堂, 2016年) 34頁。
- (77) 曾根威彦『刑法原論』(成文堂, 2016年) 39頁。
- (78) 前田(徹)「条例における罰則と罪刑法定主義」前掲注(3) 220頁参照。ただし、先述したように、屋外広告物法のような条例への具体的委任をする法律を整備していけば、この道は再び拓けることになろう。
- (79) 成田・前掲注(22) 105頁。
- (80) 前田徹生は「条例は、その効力が地方公共団体のその区域に限られ、その住民の代表機関である議会の議決に基づいて制定されるものであるから、その意味で国の法律と同様に罰則制定のための実質的な要件は満たされて」いるというのが(前田(徹)「条例における罰則と罪刑法定主義」前掲注(3) 222頁), 何が「実質的」なのかが問われなければならないだろう。代表が立法するというのは民主制の形式にすぎないのではないか。その立法の中身がいかに個人の自由を侵害するのか/しないのかという考慮こそが実質的なのではないだろうか。そうすると、条例が住民の代表機関である議会の議決に基づいて制定されるというだけでは、

実質的な要件を検討しているとはいいがたいだろう。

- (81) 罪刑法定主義のドイツ語 *Gesetzlichkeitsprinzip* がまさに「法律性原理」であり、その *Gesetz*（基本法103条においては *gesetzlich*）の意味について議論されているのと同様である。z.B. Vgl. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 17. neub. Aufl., Rn. 507.
- (82) Roxin, a.a.O. (Anm. 70), S. 146.
- (83) Roxin, a.a.O. (Anm. 70), S. 146.
- (84) なお、ロクシンは第3に一般予防、第4に責任原理を挙げている。Roxin, a.a.O. (Anm. 70), S. 147f. ロクシンも認めており、すでに広く承認されているように、当初罪刑法定主義を一般予防と結び付けて定式化したフォイエルバッハの心理強制説の説得力自体は失われているものの、なお、罪刑法定主義と言語による規範的一般予防は切り離せないものであると解される。何をすべきかを事前に明確に提示することは、言語によって行為規範を提示することに他ならないからである。また、行為者が自らの行為を違法であるとまったく知りえない場合には、責任を問えないため、責任を問えるためにはあらかじめ規範を提示しておく必要があるという責任原理的要請も、罪刑法定主義に結びつきうるであろう。ただし、沿革的に罪刑法定主義を成立させた考え方としては、まず思想としての自由主義、そして制度としての（権力分立）民主制の2点に焦点が当てられるということになる。
- (85) Albin Eser/Bernd Hecker, *Shönke/Schröder StGB*, 28. Aufl., 2010, § 1, Rn. 2.
- (86) 平野龍一『刑法総論I』（有斐閣，1972年）80頁。
- (87) 立憲主義、法の支配についてとりわけ古典的自由主義の立場から阪本昌成『新・近代立憲主義を読み直す』新版（成文堂，2008年），同『リベラリズム／デモクラシー』第2版（有信堂，2004年），同『法の支配』（勁草書房，2006年）など参照。あわせて、佐藤幸治『立憲主義について』（放送大学叢書，2016年），高橋和之『立憲主義と日本国憲法』第3版（有斐閣，2013年），樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』新装版（勁草書房，2016年）など参照。
- (88) 罪刑法定主義の実質化を主張するのが内藤謙である。内藤は、「罪刑法定主義を『法律なければ刑罰なし』という形式的側面だけからみるとき、『法律』ないし刑罰法規さえあれば、その規定の内容はどのようなものであっても、罪刑法定主義に違反しないと考えられがちであった」

(内藤謙『刑法講義 総論(上)』(有斐閣, 1983年, オンデマンド版, 2001年) 36頁)と罪刑法定主義を形式的側面だけからみることの問題を指摘し, そのうえで, 罪刑法定主義の実質的原理を考慮すべきである旨を述べる。内藤は罪刑法定主義の実質的原理として「実質的人権保障の原理」があり, それが刑罰法規の内容の適正を要求するという(同・23頁以下)。赤池一将は, このような実質化を「日本の思考形式」であるとし, それが罪刑法定主義の形式的要請を侵食しうることを指摘するとともに, そもそもこのような実質化の根拠が問われるべきであると指摘する。赤池一将「罪刑法定主義をめぐる日本の思考形式について」村井敏邦古稀『人権の刑事法学』(日本評論社, 2011年) 20頁。本稿の立場は, この両者の問題意識をもつものである。懸念のように, 形式は実質化されることによって, 崩壊していくことがある。すると, 実質化され(すぎ)た罪刑法定主義は, いわゆる「国民の規範意識」による犯罪化・厳罰化の方向に舵を取らせることになるかもしれない。しかし, 本稿の立場は, そのような崩壊的な実質化に賛成するものではなく, 罪刑法定主義の形式をクリアすることを「必要条件」として保ちながらも, 自由主義の原則を実質的に侵害するような規範はたとえ民意によるものであったとしても許されないと, 「刑罰の暴走に制限をかけるための実質」である。

- (89) 刑罰規範は, 制定しうる方法のうちもっとも侵害の少ない規定方法によらなければならない。
- (90) 最近ではほとんどの自治体がインターネットによって条例にアクセス可能にしているが, それは条例のすべてではない。六法, 法令全書等によるアクセスの容易さは法律に分があるといえよう。また, 専門家のアドバイスも法律については条例についてよりもより広く受けることができよう。なお, 誤解のないように付言しておきたいが, 本稿は, 「条例は条文にアクセスしづらいからただちに問題だ」といつているのではない。法律も必ずしもアクセス容易なものばかりとはいえない。法律はアクセス不可能であれば問題だが, アクセス可能性があるならばそれで有効であるというのが原則的な考えであり, 私も賛同している。本稿で問題としているのは, 「あえて法律ではなく条例に規定する」ということが「あえてアクセスしやすい方ではなくアクセスしにくい方に規定する」という意味を持つのなら実質的に問題であるという趣旨である。もしより条文にアクセスしやすい方法があるのならそちらを選ぶべきだからである。この主張は本稿において何度も繰り返される。

- (91) 注(13)参照。
- (92) ただし、強制わいせつ罪で十分であるとの考え方もあろう。迷惑防止条例による痴漢行為の禁止は、現実の運用においては本来ならば強制わいせつ罪に問うことのできる行為であっても、痴漢行為の性質上一定程度以上の悪質性を持たない行為については条例違反に「格下げ」して処理するというものなかもしれない。しかし、そうであればそのような運用はやはり不健全であり、法律が強制わいせつ罪との関係も含めて整理すべきであろう。
- (93) 愛知県の条例も無制限に適用されるのではなく、最大判昭60・10・23刑集39巻6号413頁（福岡県青少年保護育成条例事件）の判決のとおり限定がつくと考えられるが、それでも長野県の条例の限定よりは広いものであるといえる。
- (94) もちろん、このような競合・特別関係等は法律によっても起こりうるだろうが、法律と条例の関係よりは、明確で整理もされやすいように思われる。
- (95) これに対して、奥平康弘は「青少年保護に関する全分野を、国がその法令によって全国的画一的に規律しなければならない理由にとほしく、また、そんなことは望ましいことでもない。日本国憲法の精神からみて、それぞれの地方公共団体が、住民たる青少年の健全な育成をその自主的な判断で選択したやり方で行う余地があるのを承認しないわけにはいかない」という（奥平康弘編著「青少年保護条例」『条例研究叢書7』（学陽書房、1981年）5頁）。なるほど、その地域の実情にあわせるべきことから（青少年健全育成活動の推進・推奨、指導者の育成、相談窓口の設置、地域の実情の調査・研究など）は地方自治になじむようにも思われる。しかし、こと性行為の刑事規制にかぎっていえば、これを地方公共団体が担う必然性はなお乏しいというべきであろう。さらにいえば、ある人がふるさとで生まれ、ふるさとで育ち、成人してもふるさとで生活するというモデルはすでに多くの地域で崩壊しており、地方公共団体の域を超えて人は流出・流入しているのであるから、地方公共団体による青少年育成モデルも根本から見直すべきときにあるといえるのではなからうか。青少年の健全育成は、家庭、学校、サークル、宗教、地域社会、地方公共団体、国等に重層的に所属する青少年が、それぞれのコミュニティの影響の中で、コミュニティと協調しつつもそれに埋没しない個人として自律した大人へと育つことがその課題であり、この根幹部分について地方公共団体が国家刑罰をつかって統制すべきであるとはいえない

いであろう。

- (96) 最大判昭60・10・23刑集39巻6号413頁伊藤裁判官反対意見。
- (97) 渡辺賢「青少年保護条例の『淫行』処罰規定と憲法31条」法セミ No. 375 (1986) 45頁。
- (98) 神奈川県青少年保護育成条例31条3項。
- (99) 愛媛県青少年保護条例第9条の2。
- (100) さらに、最大判昭60・10・23刑集39巻6号413頁(福岡県青少年保護育成条例事件)において谷口裁判官の反対意見中に「例えば、本条例にいう青少年を当初単に性的欲望を充たすための対象として扱っているとした認められないような性的交渉を重ねた後、結婚意思を生じたというような場合、多数意見によれば果して処罰の対象となるのであろうか」というもっともな疑問が呈されているが、多数意見の主張はなお明らかでない。
- (101) このようなことが許されるのであれば、たとえば姦通を処罰する条例すらもつくれることになりかねないだろう。少なくともこれを禁止するような理論は、憲法直接授權説からは提示されていない。もし「法律の範囲内」を超えるというのであれば、淫行条例のような横出し条例も法律の範囲内を超えているといわなければ筋が通らないだろう。
- (102) 横田耕一「青少年に対する淫行の条例による規制と憲法」ジュリスト No. 853 (1986年) 51頁。
- (103) たとえば、少し前のものであるが深町晋也の研究において、このような状況が調査され、わかりやすく示されている(深町晋也「路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例と刑罰論——刑事立法学序説——」立教法学79号(2010年)61頁以下参照)。この研究当時の状況と現在の状況には異なる点もあろうが、条例の有無や罰則の有無・程度が自治体ごとに異なることに変わらないため、本稿の論旨に影響はない。あわせて生田・前掲注(39)も参照。
- (104) 刑罰を予定するのであれば応報ないし予防の考慮があるということになり、後者の理論を重視する場合は刑罰の負のインセンティブ効果をいかに発揮させるのかという問題になるだろう。ただし、ポイ捨てはともかく、路上喫煙については、薬理作用・依存性のある喫煙を思いとどまらせるに適切な負のインセンティブがどのようなものであるかに疑問がないこともない。
- (105) なお、内容に関する私見では、路上喫煙対策には刑罰を用いるべきではないと考えていることを付言しておく。

- (106) 単なる行政命令違反にとどまり、その対応として過料や制裁的公表等で間に合うのであれば、刑罰を科すことは正当化されないだろう。これに対して、周辺住民の法益を侵害するような行為の規制に対する違反であれば、刑罰を用いることができよう。
- (107) 憲法31条の「法律」にあたと解される以上、このような条例に限り、いわゆる横出し・上乘せも肯定することができる。法律による刑罰制定に他ならないからである。
- (108) たとえば淫行条例であれば、地域ごとの差異を統一し、同一趣旨の法律を全国一律に定めることも可能であり、そしてその効果は条例で定めているのと同等あるいは場合によってはそれ以上の効果が期待できるだろう。となれば、淫行処罰は法律によるべきか条例によるべきかという選択の問題になる。本稿は、刑事罰を加えるのであれば、淫行については地域別に配慮する合理性はないのであるから、法律によるべきであると主張するものである。ただし、この主張には「刑事罰を加えるのであれば」という限定がついており、私見によれば、買春や困惑や知慮浅薄に乗じる等の行為態様の限定なく、児童との性行為一般に刑事罰を科す規定は——高校生同士の恋愛すら対象にしかねない——過度に広汎な刑事規制であり、不当である（そもそも13歳から17歳までの自己決定を同等に扱うこと自体が不当である。最大判昭60・10・23刑集39巻6号413頁（福岡県青少年保護育成条例事件）の谷口裁判官反対意見は16歳をひとつの基準とすべきという）。
- (109) Vgl. Günther Jakobs, Staatliche Strafe, 2004, S. 29. 邦訳として、ギュンター・ヤコブス（飯島暢＝川口浩一訳）『国家刑罰』（関西大学出版部、2013年）参照。
- (110) 日本法哲学会編『応報の行方』法哲学年報2015（有斐閣、2016年）1頁以下、とりわけ松原芳博論説（63頁以下）および井田良コメント（100頁以下）参照。