

## 自治体職員のための政策法務入門

～公共政策立案に必要な法的知識の修得を目指して～

行政手法の実効性  
確保制度—刑罰制度①鹿児島大学教授  
宇那木正寛

## 今回のポイント

今回から数回にわたり、行政手法の実効性確保制度のうち、刑罰制度について解説します。

## ① 刑罰制度の意義

行政上の目的を達成するために、行政庁が住民に対し特定の作為又は不作為を命じ、当該義務に従わない場合に制裁を科すことを定めている場合が少なくありません。こうした制裁を行政罰といいます。行政罰には刑法に刑名のある行政罰と過料と呼ばれる金銭罰（秩序罰）とがあります。

刑法典に規定されている犯罪は、その多くが社会道徳的な見地から許容しがたい行為を内容とする犯罪（刑事犯≡自然犯）です。これに対し、行政法規に規定されている犯罪（行政犯≡法定犯）は、社会道徳の見地から非難されるものではないが、行政目的達成のため<sup>①</sup>の必要性から設けられたものです。このため

に、行政犯は、刑事犯とは異なる性格もありますが、実際の立案の際に注意すべき基本的事項は同じです。

刑罰制度は、住民に対して重大な結果をもたらします。立案に際しては、特に罪刑法定主義の観点から注意を払う必要があります。罪刑法定主義の内容として、法律主義の原則のほか遡及適用禁止の原則（憲法第39条）、類推解釈禁止の原則、刑罰均衡の原則、明確性の原則といった派生的な原理も含まれます。以下詳しくみていきましょう。

## ② 罪刑法定主義

① 罪刑法定主義の意義と内容

罪刑法定主義とは、「法律なければ、犯罪なし」とする考え方です。これは、主権者たる国民がその正当な代表を通じて、どのような行為が犯罪となり、当該犯罪に対してどのような処罰を受けるかということをあらかじめ決定しておくという自由主義的要請に基づくものです。

憲法第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」と定めています。このうち「法律の定める手続」には、刑罰を科すための刑事訴訟手続に関する法律はもちろんのこと、刑法などの実体法も含まれています。このことから、憲法第31条は、罪刑法定主義を宣言したものであると解されています。<sup>(2)</sup>

罪刑法定主義の内容は、刑罰は国民の代表者からなる国会において制定された法律をもって規定しなければならぬという法律主義の原則が中心です。法律主義を貫けば、行政機関は罰則を定めることはできません。しかし、例外があつて、「特に法律の委任」がある場合には、命令で罰則を定めることが許されています（憲法第73条第6号ただし書）。なお、ここでいう「委任」は、民主的コントロールの観点から、条文に特定の委任があることが必要です。そのため、包括的委任、例えば、「政令で定める行為を行った者は1年以下の懲役に処す」といった法律の規定は、憲法第31条の趣旨に反します。

【政令で罰則を定める例】

○毒物及び劇物取締法

（運搬等についての技術上の基準等）

第16条 保健衛生上の危害を防止するため

必要があるときは、政令で、毒物又は劇物の運搬、貯蔵その他の取扱について、技術上の基準を定めることができる。

2 略

第27条 第16条の規定に基づく政令には、その政令に違反した者を2年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する旨の規定及び法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者がその法人又は人の業務に関してその政令の違反行為をしたときはその行為者を罰するほか、その法人又は人に対して各本条の罰金を科する旨の規定を設けることができる。

○毒物及び劇物取締法施行令

（罰則）

第10条 第4条又は第5条の規定に違反した者は、2年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

2 第6条、第7条、第8条又は前条の規定に違反した者は、1年以下の懲役若しくは50万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

3 法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者がその法人又は人の業務に関して前2項の違反行為

をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人又は人に対しても前2項の罰金刑を科する。

(2) 法律主義の原則

旧地方自治法第14条第5項（現在の第14条第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」と規定していました。この規定が包括的委任であり、憲法第31条に反するかが争われた事件がありました。

大阪市売春防止条例違反事件最高裁判決<sup>(3)</sup>は、条例が「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つて、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、法律の授權が相当な程度に具体的であり、限定されておれば足りる」としました。その上で自治体の処理すべき事務について、旧地方自治法第2条第3項各号が「地方公共の秩序を維持し、住民及

び滞在者の安全、健康及び福祉を保持すること」「風俗又は清潔を汚す行為の制限」「風俗のじゆん化に関する事項」といった具合に、相当に具体的に規定していたこと、また、罰則の範囲も旧地方自治法第14条第5項により制限されていたことから、合憲であると判断しました。

#### ○旧地方自治法

第2条 地方公共団体は、法人とする。

2 普通地方公共団体は、その公共事務及び法律又はこれに基く政令により普通地方公共団体に属するものの外、その区域内におけるその他の行政事務で国の事務に属しないものを処理する。

3 前項の事務を例示すると、概ね次の通りである。但し、法律又はこれに基く政令に特別の定があるときは、この限りでない。

(1) 地方公共の秩序を維持し、住民及び滞在者の安全、健康及び福祉を保持すること。

(2) ～(6) 略

(7) 清掃、消毒、美化、公害の防止、風俗又は清潔を汚す行為の制限その他の環境の整備保全、保健衛生及び風俗のじゆん化に関する事項を処理すること。

しかし、旧地方自治法第2条第3項各号の

規定は、平成12年の地方分権一括法の施行により削除され、条例制定権の及ぶ事務の範囲についての具体的な定めはなくなっています。したがって、現在、条例で罰則を定めることが適法であることについて、上記最高裁判決のように委任の枠組みで説明しようとするれば、一般的あるいは包括的委任を許容しなければ、説明が困難です。

こうした最高裁の考え方に対し、条例制定権を定める憲法第94条は、その実効性を確保するために、当然に罰則の制定権を含むものであって、法律の授權は要せず、ただ、地方自治法第14条第3項により罰則の範囲が制約されるだけであるとの考え方もあります。条例が憲法に直接の根拠を有する自主立法であるという点を強調する考え方といえます。

条例で定められる罰則について、最高裁が大阪市売春防止条例違反事件で示した委任の枠組みを厳守するのか、それとも自主立法である点を重視し、憲法の直接授權として考えるのかは、条例の憲法上の位置づけに関わる大変重要な問題です。自主立法として、法律の委任がなくても条例で刑罰を定めることができるという考え方が地方自治の本旨に適った考え方といえるでしょう。

#### (3) 遡及適用禁止の原則

憲法第39条前段は、「何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない」と規定し、遡及処罰の禁止を定めています。これは、遡及処罰が許されるということになると、人の活動に關しての予測可能性が著しく損なわれ、日常の活動に対する畏縮効果が生じ、国民の行動の自由が失われるからです。

これに対し、犯罪行為の時点では法律や条例が存在していたものの、判決前に刑罰が廃止された場合には、刑事訴訟法第337条に基づき免訴判決が言い渡されます。また、判決前に刑が軽く変更された場合には、刑法第6条の規定により軽い刑が適用されることとなります。これでは、既に当該規定により処罰された者との間で均衡を失うこととなります。そこで、法律や条例の改廃前の犯罪行為を改廃後も同様に処罰するため、一部改正法律、一部改正条例等の附則で「この法律(条例)の施行前にした行為に対する罰則の適用については、なお、従前の例による」といった規定が設けられています。なお、こうした経過措置についての規定は、改正前の規定による犯罪者を罰するものであって、過去の行為について、遡及して処罰するものではありません。

#### 【罰則について経過措置を定めた例】

○ストーカー行為等の規制等に関する法律の一部を改正する法律

(罰則に関する経過措置)

第2条 この法律の施行の日前にした第1条の規定による改正前のストーカー行為等の規制等に関する法律（附則第4条において「第1条による改正前の法」という。）第2条第2項に規定するストーカー行為に該当する行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による。

#### (4) 類推解釈禁止の原則

刑法の解釈においても、他の法令の解釈と異なるところはありませんが罪刑法定主義の観点から類推解釈は禁止されています。類推解釈とは、ある事案を直接に規定した法規がない場合に、それと類似の性質・関係をもつた事案について規定した条文を間接的に適用し、その条文の規定する効力を生じさせるように解釈することです。

例えば、「犬を連れて店に入つてはならない」という明文の規定がある場合に、「犬」に関する明文規定を類推してワニや毒蛇も店に連れて入つてはならないと解釈することです。具体的な例としては、債務不履行に基づく損害賠償の範囲を「通常生ずべき損害」に

限定した民法第416条の規定を、損害賠償の範囲について規定を欠いている民法第709条の不法行為に基づく損害賠償の場合に準用する場合などがあります。

類推適用は、拡張解釈と似たところがあり、現実に区別がつきにくい場合が少なくありません<sup>7)</sup>。論理的には、拡張解釈が、条文の語義の枠内で行われるのに対し、類推解釈は、語義の枠を超えて法の欠缺を補充するという違いがあります。このため、法の欠缺を補充する類推解釈は拡張解釈とは異なり、刑法法規に関しては罪刑法定主義の観点から許されないとされているのです。

#### (5) 刑罰均衡の原則

刑罰均衡の原則とは、定められた犯罪に対して、著しく不合理な法定刑を定めることを禁ずる原則です。この原則に反することは、憲法第31条に反することを意味します。猿払事件最高裁判決<sup>8)</sup>も、刑罰規定が刑罰の均衡その他種々の観点から著しく不合理なものであつて到底許容し難いものであるときは、違憲の判断を受けなければならないとしています。このため、立案に際しては、法律や他の地方公共団体の同種又は類似の違反行為に対して科される罰則も考慮しなければいけません。また、実務上、条例で刑罰を定める場合

には、地方検察庁との協議を行います<sup>9)</sup>が、その際は、特に刑罰の均衡は協議の大きなポイントの一つとなります。

#### (6) 明確性の原則

ア 明確性の原則の意義

罪刑法定主義の派生原則として最も重要なものは、明確性の原則です。明確性の原則とは、刑法法規の内容が国民に対して明確でなければならぬとする原則です。なぜ条文の明確性は大切なのでしょうか。

例えば、「極めて危険な行為をした者は、50万円以下の罰金に処す」という条例があると仮定します。この場合、「極めて危険な行為」を規制することは、住民の生命、財産を守るといふ観点からすると、とても合理的なことです。しかし、いったいどのような行為が「極めて危険」なものなのか具体的にわかりません。このため、個々の住民が具体的な場面に於いて、自分の行為が条例上許容されているのか判断がつきません。その結果、行動の予測可能性が奪われ、行動の自由が著しく制限される結果となります。こうした事態にならないように、刑罰規定の内容が一般の人々に対して明確であるということが求められているのです。

## イ 必要とされる明確性の程度

一般に条文は文字によって構成されるので、文字による表現力には限界があり、抽象性を有しています。そのため、禁止される行為とそうでない行為との識別を完全に可能にする条文を書くことは法技術上不可能です。では、どの程度の明確性が求められるのでしょうか。換言すればどのような場合に、不明確ゆえに憲法第31条に違反するとされるのでしょうか。

この点に関し、条例に規定する「交通秩序を維持すること」が犯罪構成要件の内容をなすものとして明確性が欠くがゆえに憲法第31条に違反して無効か否かが争点となった徳島市公安条例事件最高裁判決<sup>10</sup>があります。同判決は、「一般に法規は、規定の文言の表現力に限界があるばかりでなく、その性質上多少なかなれ抽象性を有し、刑罰法規もその例外をなすものではないから、禁止される行為とそうでない行為との識別を可能ならしめる基準といつても、必ずしも常に絶対的なそれを要求することはできず、合理的な判断を必要とする場合があることを免れない。それゆえ、ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反するものと認めるべきかどうかは、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かどうかによってこれを決定すべきである。」(傍点筆者)としたのです。

その上で、「確かにその文言が抽象的であるとのそしりを免れないとはいえ、集団行進等における道路交通の秩序遵守についての基準を読みとることが可能であり、犯罪構成要件の内容をなすものとして明確性を欠き憲法31条に違反するものとはいえない」としました。

### 【徳島市公安条例】

○ 集団行進及び集団示威運動に関する条例 (遵守事項)

第3条 集団行進又は集団示威運動を行うとする者は、集団行進又は集団示威運動の秩序を保ち、公共の安寧を保持するため、次の事項を守らなければならない。

(1) 官公署の事務の妨害とならないこと。

(2) 刃物棍棒その他の他人の生命及び身体に危害を加えるに使用される様な器具を携帯しないこと。

(3) 交通秩序を維持すること。

(4) 夜間の静穏を害しないこと。

(罰則)

第5条 第1条若しくは第3条の規定又は

第2条の規定による届出事項に違反して行われた集団行進又は集団示威運動の主催者、指導者又は煽動者はこれを1年以下の懲役若しくは禁錮又は5万円以下の罰金に処する。

次に、条例に規定する「淫行」について、その範囲が不明確で、憲法第31条に反するかが争われた福岡県青少年保護育成条例事件最高裁判決<sup>11</sup>をみてみましょう。同判決は、次のように判断して不明確ではないとしました。

すなわち、「本条例は、青少年の健全な育成を図るため青少年を保護することを目的として定められ(1条1項)、他の法令により成年者と同一の能力を有する者を除き、小学校就学の始期から満18歳に達するまでの者を青少年と定義した(3条1項)上で、『何人も青少年に対し、淫行又はわいせつの行為をしてはならない』(10条1項)と規定し、その違反者に対しては2年以下の懲役又は10万円以下の罰金を科し(16条1項)、違反者が青少年であるときは、これに対して罰則を適用しない(17条)こととしている。これらの条項の規定するところを総合すると、本条例10条1項、16条1項の規定(以下、両者を併せて「本件各規定」という。)の趣旨は、一般に青少年が、その心身の未成熟や発育程度の不均衡から、精神的に未だ十分に安定して

いないため、性行為等によつて精神的な痛手を受け易く、また、その痛手からの回復が困難となりがちである等の事情にかんがみ、青少年の健全な育成を図るため、青少年を対象としてなされる性行為等のうち、その育成を阻害するおそれのあるものとして社会通念上非難を受けるべき性質のものを禁止することとしたものであることが明らかであつて、右のような本件各規定の趣旨及びその文理等に徴すると、本条例10条1項の規定にいう『淫行』とは、広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱つているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいうものと解するのが相当である…(中略)…このような解釈は通常の判断能力を有する一般人の理解にも適うものであり、『淫行』の意義を右のように解釈するときは、同規定につき処罰の範囲が不当に広過ぎるとも不明確であるともいえないから、本件各規定が憲法31条の規定に違反するものとはいえないとしています(傍点筆者)。

○福岡県青少年保護育成条例(当時)  
(淫行又はわいせつ行為の禁止)

第10条 何人も、青少年に対し、淫行又はわいせつの行為をしてはならない。

ここで注意が必要なのですが、上記最高裁判決は、刑罰の規定それ自体で一般人の理解が可能であるとはしていません。規制の目的や当該法令の規定を総合的に解釈して導き出される解釈であればよいとしています。

近年、条例上の「暴走族」の定義をめぐつて争われた広島市暴走族追放条例事件最高裁判決<sup>12</sup>も「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と限られるものと解され…」(傍点筆者)としており、刑罰法規それ自体で、一般人が理解できるものでなければならぬとはしていません。規制の目的や文理等による合理的な解釈により一般人が理解できれば、それでよいとしているのです。

さらに、「一般廃棄物処理計画で定める所定の場所」の意義をめぐつて争われた世田谷区清掃・リサイクル条例事件最高裁判決<sup>13</sup>では、

同条例の他の規定、一般廃棄物処理計画等からすると区民等が排出場所として定めた一般廃棄物の集積所を意味することは明らかであり、「所定の場所」の文言を用いた本件罰則規定が刑罰法規の構成要件として不明確であるとはいえないとされました。

○世田谷区清掃・リサイクル条例

(収集又は運搬の禁止等)

第31条の2 第35条第1項に規定する一般廃棄物処理計画で定める所定の場所に置かれた廃棄物のうち、古紙、ガラスびん、缶等再利用の対象となる物として区長が指定するものについては、区長及び区長が指定する者以外の者は、これらを収集し、又は運搬してはならない。

2 区長は、区長が指定する者以外の者が前項の規定に違反して、収集し、又は運搬したときは、その者に対し、これらの行為を行わないよう命ずることができる。

第80条 次の各号の一に該当する者は、20万円以下の罰金に処する。

(1) 第31条の2第2項の規定による命令に違反した者

(2) ～(5) 略

加えて、「卑わいな言動」の意義をめぐつて争われた北海道迷惑防止条例事件最高裁判決<sup>14</sup>では、「卑わいな言動」とは、社会通念上、

性的道義観念に反する下品でみだらな言語又は動作をいうと解され、他の条文の文言と相まって、日常用語としてこれを合理的に解釈することが可能であり、所論のように不明確であるということはできないとされました。

○北海道迷惑行為防止条例

(卑わいな行為の禁止)

第2条の2 何人も、正当な理由がないのに、次に掲げる行為をしてはならない。

(1) 公共の場所又は公共の乗物にいる者に対し、著しく羞恥させ、又は不安を覚えさせるような方法で、次に掲げる行為をすること。

ア 衣服等の上から、又は直接身体に触れること。

イ 衣服等で覆われている身体若しくは下着をのぞき見し、又は映像面に衣服等を透かして身体若しくは下着の映像を表示する機能を有する機器を使用して当該映像を見ること。

ウ ア及びイに掲げるもののほか、卑わいな言動をすること(次号に掲げる行為を除く)。

第11条 第2条の2、第6条又は第9条第1項の規定のいずれかに違反した者は、6月以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

2 常習として、第2条の2、第6条又は第9条第1項の規定のいずれかに違反した者は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

以上のような規制の目的や当該法令の規定を総合的に解釈して導出される解釈でよいとする最高裁の考え方に対しては、批判も少なくありません。例えば、広島市暴走族追放条例事件最高裁判決の反対意見において藤田宙靖判事は、「一般国民の理解において、具体的場合に当該表現行為等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、その規定自体から読み取ることができるところでなければならぬ」としています。

確かに、法文という性格上、刑罰規定であっても法技術的には抽象的にならざるを得ない面があることからすると、たとえ、罰則規定自体に多少の明確性を欠いていても、規制の目的や文理等の関係を合理的に解釈することにより一般人の理解に適うものであればよいとする判例理論に説得力があります。しかし、明確性の原則が、そもそも、刑罰規定それ自体の明確性を問う理論であることを考えると、規制の目的や文理等の関係を合理的に解釈するというプロセスを経なくても、当該罰則規定(犯罪構成要件)から直接に読みとれることに越したことはありません。

条文の不明確性の克服は、困難な場合も少なくありません。しかし、人権保障の観点から、犯罪構成要件を定めた規定自体により、規制対象の行為に該当するか否かについて一般人が判断できるように立案努力をすることが大切です。表現に困ったなら、最新の法令を多く眺めてみることを勧めます。きっといいヒントが見つかるはずです。

注

(1) 刑法典以外の刑罰法規は特別刑法とよばれ、狭義の特別刑法と行政刑法とに分かれる。このうち狭義の特別刑法は、例えば、暴力行為等処罰に関する法律のように、刑法典の付属的・補充的性格を有するものであり、その規定する犯罪も大部分は、刑法典上の犯罪と同様に道徳規範に違反する行為を内容とするものである(大谷實『刑法講義総論(新版第3版)』(成文堂、2009)5頁)。これに対し、行政刑法は、行政的取締の必要性から行政上の義務に反する行為を内容とするものである。

(2) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第6版)』(有斐閣、2015)244頁

(3) 最大判昭和37・5・30刑集16巻5号577頁

(4) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011)

566頁

(5) 大判大正15・5・22民集5卷386頁

(6) 拡張解釈とは、可能な語義の枠内で通常の意味より広く解することをいう。例えば、明文で「二輪車を駐車してはならない」と定められているときに、三輪のバイクも「二輪車」の概念に含まれるとし、三輪のバイクの駐車も禁止されていると解するような場合である。具体的例については、刑法175条のわいせつ物頒布罪について、映画を映写することも「陳列」と解釈したり（大判大正15・6・19刑集5卷267頁）、民法第722条第2項の過失相殺における斟酌事項である「被害者の過失」を広く被害者側の過失をも包含する趣旨で「被害者側の過失」に拡大して解する（最判昭和34・11・26民集13卷12号1573頁）場合などがある。なお、明らかに語義の枠外にある場合、この解釈手法は使えないので類推解釈によることになる。

(7) 大塚仁『刑法入門（第4版）』（有斐閣2003）15・16頁は、「具体的な法解釈が、はたして許される拡張解釈なのか、それとも、禁ぜられた類推解釈なのかは、その法律の元来の意図、そこに規定されている言葉の趣旨、社会の変動に基づく法的規制についての現実的要請などを総合的に考慮して決められるべき」であるとする。

(8) 最大判昭和49・11・6刑集28卷9号393頁

(9) 地方検察庁との協議は、条文の明確性、刑罰の適正など刑罰規定にかかわる条文だけではなく、全ての条文について法制執務的視点からの協議も行われる。協議期間は、おおむね3月程度必要であるため、条例案の議会上程日を考慮し、余裕を持って協議に着手することが必要である。

(10) 最大判昭和50・9・10刑集29卷8号489頁

頁

(11) 最大判昭60・10・23刑集39卷6号413頁

(12) 最判平19・9・18刑集61卷6号601頁

(13) 最決平20・7・17判時2050号156頁

(14) 最決平20・11・10刑集62卷10号2853頁

