

明確性の原則と憲法三一条

設楽裕文

- 一 序
- 二 裁判例にみる明確性の原則
- 三 裁判例の分析・評価
- 四 私見の展開
- 五 結語

一 序

本稿は、徳島市公安条例事件をはじめとする七つの事件の裁判例を素材として、そこにあらわれた〈明確性の原則〉の考えに検討を加え、私見を展開したものである。

刑罰法規が不明確な場合、罪刑法定主義に実質的に違背し、憲法的には憲法三一条に違反することから、当該法規が無効となることは、刑法学者の多くが認めるところである^①。判例としても、徳島市公安条例事件上告審判決が一定の基準を示しており、以来、刑罰法規が不明確であるため憲法三一条に違反する旨主張された事件は数多い^②。しかし、このような主張に答えて最高裁の法廷意見（多数意見―本稿においては、判決・決定が使用しているか否かにかかわらず「法廷意見」の語を用いることにする）が当該刑罰法規を違憲無効であるとした例はみられない。そればかりか、一九九〇年の段階で、「〔…〕最高裁は法的技術を駆使した裁判所による解釈や下位の法規範による明確化を是認し、『法的理解としての刑罰法規の明確性』が明確性の対象とされている」のであって「公正な告知」の中核といえる「一般人の認識可能性」を極めて低いものにさせ、「また、要求される『明確性』も、中核的な犯罪行為を推測させるにすぎないような抽象的・価値的基準の存在で足りるとしている」ので、「一般人の認識可能性」を低下させるとともに、刑罰権の恣意的濫用の危険を内包させており、「結局、わが国の最高裁が用いる『明確性の理論』は現実的な機能を果たしえない構造であり、これまで不明確により違憲とされた法令が存在しないのも当然であろう」といった批判がなされるにいたっている^③。その後、一九九八年に食品衛生法違反事件上告審判決が登場し、広島市暴走族追放条例事件上告審判決、世田谷区清掃・リサイクル条例事件上告審決定を経て、北海道迷惑防止条例事件上告審決定にいたるまで、明確性の原則の機能不全ないし形骸化は一層進んでいるように思う。その姿は、わが国における明確性の原則についての先駆的で浩瀚な研究である佐藤文哉（当時、秋田地裁判事補）「法文の不明確による法令の無効^④」と照らし合わせてみても、変容しているようにみえる。これを「わが国における独自の法発展」として受け容れるべきかは熟考を要しよう。そこで、七つの事件についての裁判例を分析・評価し、明確性の原則のあるべき姿について提

言を試みたのが本稿である。

二 裁判例にみる明確性の原則

1 徳島市公安条例事件（上告審判決…最大判昭和五〇年九月一〇日刑集二九卷八号四八九頁）

この事件では、集団行進の際に蛇行行進したりしたことが、徳島市公安条例三条三号「交通秩序を維持すること」という遵守事項に反するとして、関係者が同条例違反の罪に問われた。第一審判決（徳島地判昭和四七年四月二〇日刑集二九卷八号五五二頁）は、「交通秩序を維持すること」が不明確であるとして、憲法三一条違反を理由に無罪とし、原審判決（高松高判昭和四八年二月一九日刑集二九卷八号五七〇頁）もこれを支持した。上告審判決は、「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取れるかどうか」（以下、「一般人基準」という）によって不明確ゆえ憲法三一条違反と認められるかを判断するとしつつ、同条例については、「殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為」を避けるよう命じていると解し、一般人基準に従って同条例の規定は憲法に違反しないと判断した。

2 福岡県青少年保護育成条例事件（上告審判決…最大判昭和六〇年一〇月二三日刑集三九卷六号四一三頁）

福岡県青少年保護育成条例一〇条一項は、「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」と規定し、同条例一六条一項は、違反者を二年以下の懲役又は一〇万円以下の罰金に処するとしていた。被告人（本件当時二六歳、男性）は、福岡県内のホテルの客室内で、A（本件当時一六歳、女性）が一八歳に満たない青少年であることを知りながら、Aと性交をし、同条例一〇条一項違反の罪に問われた。第一審判決（小倉簡判昭和五六年一二月

一四日刑集三九卷六号四六一頁）、第二審判決（福岡高判昭和五七年三月二九日刑集三九卷六号四六二頁）ともに有罪の判断を示した。被告人は、上告し、上告審において、同条例一〇条一項にいう「淫行」の範囲が不明確であるから憲法三一条に違反するなどと主張した。

上告審判決は、上告を棄却した。法廷意見は、同条例の条項の規定するところを総合すると、「〔…〕本条例一〇条一項の規定にいう『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っ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」、前記『淫行』を目して単に反倫理的あるいは不純な性行為と解するのでは、犯罪の構成要件として不明確であるとの批判を免れないのであつて、前記の規定の文理から合理的に導き出され得る解釈の範囲内で、前叙のように限定して解するのを相当とする。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」る、とした。

伊藤正己裁判官、谷口正孝裁判官、島谷六郎裁判官の（法廷意見の解釈は通常の判断能力を有する一般人の理解が及ばないものである旨述べる点で共通する）各反対意見がある。

3 岐阜県青少年保護育成条例事件（上告審判決…最判平成元年九月一九日刑集四三卷八号七八五頁）

岐阜県青少年保護育成条例六条一項は、知事は、図書、がん具その他の物の内容等が「著しく性的感情を刺激し、又は著しく残忍性を助長するため」青少年の健全な育成を阻害するおそれがあると認めるときは、当該図書等を有害図書等として指定するものとし、同条二項は、知事は、指定すべき図書のうち、「特に卑わいな姿態若しくは性行為

を被写体とした写真又はこれらの写真を掲載する紙面が編集紙面の過半を占めると認められる刊行物」については、同条一項の指定に代えて、当該写真の内容を、あらかじめ、規則で定めるところにより、指定することができるようにしていた。そして、同条例六条の六第一項本文は、「自動販売機業者は、有害指定図書等を自動販売機に収納してはならない」と規定し、違反者は二一条五号により三万円以下の罰金又は科料に処するとしていた。被告人らは、同条例六条二項の有害図書指定を受けた雑誌を自動販売機に収納したとして、六条の六第一項違反の罪に問われた。第一審判決（岐阜簡判昭和六二年六月五日刑集四三卷八号八一五頁）、第二審判決（名古屋高判昭和六二年一月二五日刑集四三卷八号八一五頁）ともに有罪の判断を示した。

上告審判決は、弁護人らの上告趣意のうち規定の不明確さを理由に憲法二一条、三二条違反をいう点は、「本条例の有害図書の定義が不明確であるということではできないから前提を欠く」と述べて上告を棄却した。

伊藤正己裁判官の補足意見は、同条例六条一項の「著しく性的感情を刺激し、又は著しく残忍性を助長する」は、岐阜県青少年対策本部次長通達により審査基準がかなり具体的に定められているので、不明確とはいえず、本件で問題とされる六条二項では、指定有害図書を「特に卑わいな姿態若しくは性行為を被写体とした写真又はこれらの写真を掲載する紙面が編集紙面の過半を占めると認められる刊行物」と定義していて、一項の場合に比して具体化がされているとともに、写真の内容については岐阜県青少年保護育成条例施行規則二一条、告示（昭和五四年七月一日岐阜県告示第五三九号）を通じ、一層明確にされていることが認められ、結局、「本件条例は、その下位の諸規範とあいまって、具体的な基準を定め、表現の自由にみあうだけの明確性をそなえ、それによって、本件条例に一つの限定解釈ともいえるものが示されているのであって、「…」基準の不明確性を理由に法令としてのそれが違憲であると判断すること

はできないと思われる」としている(刑集四三卷八号七九九頁)。

4 食品衛生法違反事件(上告審決定・最決平成一〇年七月一〇日刑集五二卷五号二九七頁)

食品衛生法四条は、「有害な、若しくは有害な物質が含まれ、若しくは附着し、又はこれらの疑いがあるもの」(二号)の販売等を禁止し、同法三〇条は、違反者を二年以下の懲役又は二〇万円以下の罰金に処するとしていた。被告人(魚の卸業者)は、アブラソコムツ(肉内の脂肪中のワックスエステルにより下痢を生じる魚)の加工品について、販売等をしたため、同法四条(二号)違反の罪に問われた。第一審判決(東京地判平成五年一〇月二五日刑集五二卷五号三二五頁)、第二審判決(東京高判平成七年一〇月三一日刑集五二卷五号三二二頁)ともに有罪の判断を示した。なお、第二審判決の認定したところでは、アブラソコムツの加工や販売については、岡山県衛生部長から昭和五五(一九八〇)年一月一二日付照会書(ワックスを多量に含有する魚「アブラソコムツ」の取扱いについて教示を求めるもの)に対し、昭和五六(一九八一)年一月一〇日付厚生省環境衛生局乳肉衛生課長から「アブラソコムツについては、食品衛生法第四条第二号に該当する食品として取扱うべきものと解する」との回答(以下、「厚生省課長回答」という)があった後、処罰される事例が出るようになり(刑集五二卷五号三三二、三三三、三三六、三三七頁参照)、「現象的には、白地刑罰法規であった同法四条二号の規定を行政官庁の一担当者の回答によって補充されたとみられるような事態が生じていた」(刑集五二卷五号三三七頁)。また、第一審判決の「量刑の事情」によれば、被告人は、昭和五三(一九七八)年頃から大量にアブラソコムツを取り扱うようになり、その後、保健所から、厚生省課長回答及び通知に基づき、アブラソコムツの販売等を差し控えるよう警告を受けるなどしたにもかかわらず、販売を継続し、本件各犯行(いずれも平成三(一九九二)年中に実行)に及んだものである(刑集五二卷五号三二二頁参照)。

被告人は上告し、弁護人の上告趣意においては、同法四条二号の抽象的かつ漠然とした文言を厚生省課長回答で補完することによって内容を明確にしている点は罪刑法定主義に反するなどの主張がなされた。

上告審決定は、弁護人の上告趣意のうち同法四条二号の憲法三一条違反をいう点は、同号にいう「『有害な物質』の意義が不明確である」ということはできないから、所論は前提を欠く等と述べて、上告を棄却した。

5 広島市暴走族追放条例事件（上告審判決・最判平成一九年九月一八日刑集六一卷六号六〇一頁）

広島市暴走族追放条例二条七号は、同条例が想定する暴走族を「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、集会若しくは示威行為を行う集団をいう」と定義し、一六条は、「何人も、次に掲げる行為をしてはならない」と規定した上、一号で、「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」が禁止行為であるとしていた。そして、同条例一七条は市長による中止・退去命令について規定し、一九条は、同命令の違反者を六月以下の懲役又は一〇万円以下の罰金に処するとしていた。被告人は、暴走族構成員約四〇名と共謀の上、広島市の管理する公共の場所である広場で、特攻服を着用し、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おこない、広島市長の権限を代行する広島市職員から集会を中止して広場から退去するよう命令を受けながら、これに従わず、引き続き同所において集会を継続したことから、命令違反の罪に問われた。第一審判決（広島地判平成一六年七月一六日刑集六一卷六号六四五頁）、第二審判決（広島高判平成一七年七月二八日刑集六一卷六号六六二頁）ともに有罪の判断を示した。

上告審判決は、上告を棄却した。法廷意見は、同条例一六条一項一号、一七条、一九条の適用範囲が広範に過ぎる

との所論に対し、同条例の全体から読み取ることができ趣旨、同条例施行規則の規定（中止命令等を発する際の判断基準を示したもの）等を総合すれば、同条例が規制の対象としている「暴走族」は、二条七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の暴走族のほかには、「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集団」に限られるものと解され、中止・退去命令を発しうる対象も、集会との関係では、本来的意味における暴走族及び前記のようなその類似集団による集会が一六条一項一号、一七条所定の場所及び態様でおこなわれている場合に限定されると解されるのであって、「このように限定的に解釈すれば、本条例一六条一項一号、一七条、一九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るものとする」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、「…」いまだ憲法二一条一項、三一条に違反するとはいえないことは「明らかである、とした。また、法廷意見は、「なお、所論は、本条例一六条一項一号、一七条、一九条の各規定が明確性を欠き、憲法二一条一項、三一条に違反する旨主張するが、各規定の文言は不明確であるとはいえないから、所論は前提を欠く」とする。

堀籠幸雄裁判官、那須弘平裁判官の各補足意見、藤田宙靖裁判官、田原睦夫裁判官の各反対意見がある。

6 世田谷区清掃・リサイクル条例事件（上告審決定…最決平成二〇年七月一七日裁判集刑事二九四号八六九頁）

世田谷区清掃・リサイクル条例三一条の二第一項は「第三五条第一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」旨を、同条二項は「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」旨を、三五条一項は「区長は、規則で定めるところにより、一般廃棄物の処理に關する計画を定め、これを遅滞なく公表しなければならない」旨を、定めていた（なお、七九条一号は、命令に違反した場合は二〇万円以下の罰金に処する旨を定めていた。同条例三五条一項等の規定に基づき告示された「平成一六年度一般廃棄物処理計画」には、家庭廃棄物につき「可燃ごみ、不燃ごみ及び資源に分別し、別表第一に定める収集曜日及び時間に、保管している場所から定められた場所に排出する」旨定められており、「定められた場所」については「原則としてそれを利用しようとする区民等が協議のうえ位置を定め、その場所を区に申し出て、区が収集可能であると確認した場所とする」と規定されていた。被告人は、「区長が指定する者以外の者」であるにもかかわらず、処理計画の「定められた場所」に置かれた古紙を平成一六（二〇〇四）年三月四日に回収したため、警告書の交付を受け、同年五月二〇日に別の「定められた場所」に置かれた古紙を回収したため、禁止命令書の交付を受けた。そして、被告人は、同年一二月四日に別の「定められた場所」に置かれた古紙を収集し、禁止命令違反罪に問われた。第一審判決（東京簡判平成一九年五月七日公刊物未登載）は、同条例三一条の二第一項の「所定の場所」を特定する記載が処理計画にない上、「所定の場所」と「定められた場所」とは異なり、仮に「定められた場所」が「所定の場所」であると解されるにしても「定められた場所」についての記載は具体的な特定の場所を示すものではなく、看板・コンテナの存在等によっても犯罪構成要件の特定は充分ではないことなどを根拠に被告人を無罪とした。第二審判決（東京高判平成一九年一二月一八日判例時報一九九五号五六頁）は、「〔…〕本件条例三一条の二第一項にいう『所定の場所』とは処

理計画にいう『定められた場所』のことであつて、それが処理計画にいう『区民においてごみを排出すべき場所と合意し、区においてその旨確認する』手続により確定された、区民等がごみ、資源等を分別して排出すべき場所のことを指すことは明らかである。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、しかも、本件条例による規制は所定の場所における古紙等の収集行為を直ちに犯罪として処罰するのではなく、区長による禁止命令の対象とするにとどめ、この命令を受けた者が命令に違反して初めて処罰の対象としていること等を併せ考えると、同規定につき処罰の範囲があいまいであるとも不明確であるともいえないから、同規定が憲法三一条の規定に違反するとはいえない」などとして、無罪判決を破棄した。被告人は、上告して、本条例三一条の二第一項の「一般廃棄物処理計画で定める所定の場所」が不明確で憲法三一条に違反するなど主張した。

上告審決定は、「上告趣意のうち世田谷区清掃・リサイクル条例三一条の二第一項にいう『一般廃棄物処理計画で定める所定の場所』の明確性に関し憲法三一条違反をいう点は、同条例三一条の二第一項、三七条、一般廃棄物処理計画等によれば、世田谷区が、一般廃棄物の収集について区民等の協力を得るために、区民等が一般廃棄物を分別して排出する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、刑法法規の構成要件として不明確であるとはいえない。また、本件における違反場所は、『資源・ごみ集積所』と記載した看板等により、上記集積所であることが周知されている」と述べて上告を棄却した。

7 北海道迷惑防止条例事件(上告審決定…最決平成二〇年一月一〇日刑集六二卷一〇号二八五三頁)

北海道迷惑防止条例二条の二第一項柱書は、「何人も公共の場所又は公共の乗物にいる者に対し、正当な理由がないのに、著しくしゅう恥させ、又は不安を覚えさせるような次に掲げる行為をしてはならない」と規定しており、同

項四号には「前三号に掲げるもののほか、卑わいな言動をすること」が禁止行為として掲げられていた。そして、違反者は一〇条一項により六月以下の懲役又は五〇万円以下の罰金に処するとされていた。被告人は、正当な理由がないのに、ショッピングセンターにおいて、細身のズボンを着用した女性客（当時二七歳）の背後からデジタルカメラ機能付携帯電話で、臀部を約一一回撮影したことから、同条例二条の二第一項違反の罪に問われた。第一審判決（旭川簡判平成一九年三月九日刑集六二卷一〇号二八九〇頁）は、被告人の行為は二条の二第一項二号、四号に該当しないと見て、被告人を無罪とした。第二審判決（札幌高判平成一九年九月二五日刑集六二卷一〇号二九〇〇頁）は、被告人の行為は二条の二第一項四号にあたるとした上、同号の内容が不明確であり憲法三二条、三九条に違反するとの主張に対しては、同号の構成要件は一項柱書の文言とあいまって明確であるとして、第一審判決を破棄した。

上告審決定は上告を棄却した。法廷意見は、同条例二条の二第一項四号の「卑わいな言動」とは、「社会通念上の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、一項柱書の「公共の場所又は公共の乗物にいる者に対し、正当な理由がないのに、著しくしゅう恥させ、又は不安を覚えさせるような」とあいまって、「日常生活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とはできない」とした。

田原睦夫裁判官の反対意見がある。

三 裁判例の分析・評価

前章の各裁判例を、以下、分析・評価する。

明確性を欠くために法令の規定が憲法三二条に違反することになるかの判断基準としては、徳島市公安条例事件上

告審判決で示された一般人基準が、その後の(下級審のものを含む)裁判例においても採用され、判例理論として確立しているといえる。ただ、この基準によつて最高裁の法廷意見が法令を憲法三二条違反とした例はみられない。また、一般人基準によりながら、徳島市公安条例事件上告審判決では高辻裁判官が同条例三条三項が明確性を欠くものではないとする法廷意見には賛成できない旨の意見を述べており(刑集二九卷八号五二二頁)、福岡県青少年保護育成条例事件上告審判決では三人の裁判官が反対意見を述べている。どうしてそのようなことになるのであろうか。

徳島市公安条例事件上告審判決は、一般人基準を定立する理由について、刑罰法規が通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがないと「その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからであると考えられる」と述べている(刑集二九卷八号五〇四頁)。ここでは、一般的・抽象的に、①国民に刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知できず、②刑罰権の行使が恣意的になされる危険がある、といったことが基準定立の理由とされている。このような理由からすれば、一般人基準とは別の(むしろ萎縮的効果を及ぼす危険性等を重視する)基準を定立することになるように思う。そのような「別の基準」によれば、徳島市公安条例事件においても上告審判決の法廷意見とは異なった判断をすることが可能であろう。これに対して、一般人基準は、「通常の判断能力を有する一般人の理解」とはいいながら、「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取れるかどうか」を重視している。これは、(具体的な行為者(いわば「具体人」)が、当該事案において、現実に自己がおこなおうとしている具体的な行為に法令の規定が適用されるか否かが判断できればよい)という考えにつながりかねない。

換言するならば、法廷意見は、法令の規定が不明確であることにより刑罰権が恣意的に行使されて国民一般の人権を侵害するおそれがあるとか一般的な萎縮的効果を及ぼすとかいったことよりも、〈個別具体的に当該事件の被告人において当該行為が処罰されるものか否かを判断できたか〉に重点を置いていえるといえる。高辻裁判官の意見は、「本件におけるだ行進が、交通秩序侵害行為の典型的のものとして、本条例三条三号の文言上、通常判断能力を有する者の常識において、その避止すべき行為に当たると理解しえられるものであることは、疑問の余地がない。それ故、本件事実に本条例三条三号、五条を適用しても、これによつて被告人が、格別、憲法三一条によつて保障される権利を侵害することにはならないのである」と述べている（刑集二九卷八号五一九～五二〇頁^⑤）。同事件の被告人は、同条例の規定の適用を受ける典型例である、だ行進をするようせん動した者であつて、被告人が当該集団行進の主催者である団体の幹事であり、所轄警察署長が集団行進につき道路使用許可を出す際に、「だ行進、〔…〕等交通秩序を乱すおそれがある行為をしないこと」等の条件を付していることにかんがみれば、被告人には「具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかの判断」が可能であつたともいえる。このようなことが法廷意見の判断の背景にあるように思う。

このように、徳島市公安条例事件上告審判決にはかなりの問題があるといえる。その問題性が拡大した形で露呈したのが福岡県青少年保護育成条例事件上告審判決である。しかも、同事件の被告人に「具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかの判断」が可能であつたといえるかは、疑問である。

まず、佐藤が指摘しているように^⑥、構成要件が不明確な場合には「外延のみが曖昧な場合」と「内包も曖昧な場合」とが考えられるところ、同条例一〇条一項が禁止する「淫行」は内包も曖昧な場合にあたるといえる。「淫行」の国語的意味は「みだらな行為」という程度のものであり、禁止行為として「わいせつな行為」があげられているこ

とを考慮しても、「淫らな性行為」と解するのが限界である。「性行為」の典型例はともかく、「淫らな」の典型例は考えにくい。法廷意見が限定解釈して導出した二類型の「性交又は性交類似行為」が具体的にどのようなものかも不明である。加えて、「淫らな性行為」という言葉からは「無貞操な性行為」「不特定の者を相手とする性行為」といったものが想起されるのであつて、この限定解釈の結論は、本来の語義からも遠いものといえる。ちなみに、同事件上告審判決以前の類似事件における下級審裁判例の「淫行」の解釈はさまざまに分かれていた。^⑧このようなことが、三裁判官の反対意見を招いた原因と考えられる。要は、法廷意見の限定解釈が「通常の判断能力を有する一般人の理解にも適う」ということは困難なのである。

つぎに、同条例には「淫行」の定義規定がないのはもとより、「淫行」の意味を具体化した規則などの規範も存しない。また、第一審判決から上告審判決までの判決書をみる限り、被告人に同種事件について前科や前歴があるとか、警告等を受けたことがあるとかいった事実は認められず、被告人が自己の行為が禁止行為にあたりと判断するための材料は何ら与えられていなかったといえる。

以上から考えて、被告人に「具体的な場合に当該行為がその適用を受けるものかの判断」が可能であつたとは認め難い。そうであるなら、具体的妥当性の観点からも、上告審判決においては、同条例一〇条一項の「淫行」が不明確であることから同条項を憲法三一条違反により無効とするべきであつたように思う。それにもかかわらず、相当な無理をして上告を棄却した法廷意見は、明確性の原則を形骸化したとの批判を免れ難いであろう。三裁判官が反対意見を付したのも無理はないといえる。

岐阜県青少年保護育成条例事件の場合は、伊藤裁判官の補足意見にもあるように（刑集四三卷八号七九八〜七九九頁

参照)、同条例六条二項の規定は、同条例施行規則二条、昭和五四(一九七九)年七月一日岐阜県告示第五三九号(以下、「本件告示」という)といった「下位の法規範」により、相当に具体化、明確化されているといえる。⁽⁹⁾ 被告人会社は自動販売機により図書を販売することを業とする株式会社であり、相被告人は同社の代表取締役であつて、本件告示の約六年後(昭和六〇(一九八五)年四月、五月、八月)に自動販売機に雑誌を収納したというのであるから、実行の時点で被告人(代表取締役)は、「具体的な場合に当該行為がその適用を受けるものかの判断」が可能であつたとみる余地がある。上告審判決が有害図書の意義が不明確であるということとはできないとして憲法三一条違反の主張を退けたのもこのような点に配慮したからであろう。

食品衛生法違反事件はどうか。同法四条二号の「有害な物質」は、先に述べた「外延のみが曖昧な場合」にあたる。このような場合は、事実関係が規定の適用を受ける典型例にあたる場合として「本件の事実に適用される限りにおいて明確性に欠けるところはない」とすることが可能である。もつとも、アブラソコムツやその加工品が「有害な物質」が含まれる食品の典型例といえるかという点、第二審判決が認定しているように、厚生省課長回答の前提となつた岡山県衛生部長の照会書が昭和五五(一九八〇)年一月一二日付で出される以前はアブラソコムツの加工・販売等が処罰されていなかったことから、難しいといえる。そうであればこそ、第二審判決は、一般人基準を示した上、「有害な物質」について「物質それ自体には毒作用がなくても人の健康状態に物理的に危害又は不良な変更を引き起こすもの」であるという「一般人の通常理解可能な基準」を定立し、さらに、アブラソコムツやその加工品が油状下痢便を排泄するにいたらせるおそれのある食品であることは明白で、「本件各犯行時にはすでに社会一般にもよく認識されていることであつた」として、「基準を読み取ることも可能でありアブラソコムツの販売等に適用するに当

たつては明確であるということができるといふ、いわば二段構えで明確性を肯定しているのであろう(刑集五二巻五号三三七～三三八頁参照)。加えて、被告人が従来からアブラソコムツを扱ってきた魚卸売業者であり、保健所から厚生省課長回答及び通知に基づいた警告を受けていたにもかかわらずアブラソコムツないしその加工品の販売を継続して本件各犯行にいたつていふことを考えれば、被告人には「具体的な場合に当該行為がその適用を受けるものかの判断」が可能であつたといふことができる。このような第二審判決を踏まえて、上告審決定は簡潔な表現で明確性を肯定したのだと思う。「有害な物質」についての解釈が一般人基準に適うものか、アブラソコムツないしその加工品が「有害な物質」が含まれる典型例といえるか、規則と異なり公示されない厚生省課長回答やそれに基づく保健所からの警告によつて明確性を補充できるかは、単体としてみれば脆弱ではあるものの、総合的にこれらを考慮して明確性を肯定する判断を示したものと理解すべきであろう¹⁰⁾。

広島市暴走族追放条例事件においては、広範性(過度の広範性)の問題と明確性の問題に検討が加えられており、主張が多岐にわたつている。ただ、堀籠裁判官、那須裁判官の各補足意見及び藤田裁判官、田原裁判官の各反対意見を参照しつつ、明確性の原則との関係でいふなら、同条例が規制の対象としている「暴走族」は「暴走行為を目的として結成された集団である本来の意味における暴走族」のほかに「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」に限られるという限定解釈の前提として、¹¹⁾ ①一般国民の理解において具体的場合に当該行為が規制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読み取れるものであるか、②中止命令等を発する際の判断基準を定めた同条例施行規則の規定を考慮して同条例自体の規定の限定解釈をしてもよいか、といった点が問題になるであろう。さらに、堀籠裁判官の補足意見には、被告人の行為は同条例が

「規制しようとしていた典型的な行為」であり、これが同条例に違反することは明らかであつて、「被告人に保障されている憲法上の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」とあるので（刑集六一巻六号六〇五頁参照）、③典型例にあたるので本件の事実に適用される限り明確性に欠けることはないといえるか、という点も問題になる。なお、必ずしも明確性との関係で述べられているわけではないものの、④法廷意見が、規制対象の集会をおこなうことを直ちに処罰するのではなく、中止命令等の対象にとどめ、命令に違反した場合にはじめて処罰するという「事後的かつ段階的規制」によつていることを憲法三一条違反を否定する根拠の一つにしている点をどう評価するか、といった問題もある。

堀籠裁判官の補足意見は、①②について肯定的である（刑集六一巻六号六〇六〜六〇七頁参照）。これに対し、那須裁判官の補足意見は、①については肯定的であるもの②については否定的であると理解できる（刑集六一巻六号六〇八〜六一〇頁参照）。藤田裁判官の反対意見は、①②につき否定的であるように読め（刑集六一巻六号六一一〜六一二頁）、また、③につき否定的であるといえる（刑集六一巻六号六一二頁参照）。田原裁判官の反対意見は、①②について否定的であり（刑集六一巻六号六一三〜六一四頁参照）、④についても否定的であるように読める（刑集六一巻六号六一八〜六一九頁参照）。

法廷意見は、明確性の問題について簡潔に「各規定の文言が不明確であるとはいえない」と述べるにとどめているものの、各裁判官の考えには複雑な濃淡の差があることがわかる。①②につき、各裁判官の意見にかなりの相違があることから、同条例を限定解釈して憲法三一条に違反しないとすることはかなりの無理があるように思う。③につ

いては、法廷意見も否定的に解しているともみることができ、本件が憲法二二条一項にかかわるものであることからも妥当な判断といえよう。¹² 逆に、④については、法廷意見にスペースを取って掲げられているにしては詰めた議論がされていらないように思う。

世田谷区清掃・リサイクル条例事件で争われたのは、同条例三六条の二第一項にいう「一般廃棄物処理計画で定める所定の場所」の明確性である。規定に用いられている言葉の意味の明確性というより、①条例自体ではなく一般廃棄物処理計画（以下、「処理計画」という）に「所定の場所」がどこであるかが明示してあれば明確であるとしてよいか、②そうであるとして、同条例と処理計画により「所定の場所」は明確であるといえるか、③「所定の場所」にあたる場所が「資源・ごみ集積所」と記載した看板等により周知されていることから憲法三一条違反でないとするこゝはできるか、といったことが問題になる。また、第二審判決は、一般人基準によって明確性を肯定するとともに、（所定の場所からの古紙等の収集行為を直接処罰するのではなく区長による禁止命令の対象とするにとどめ）命令違反があつて初めて処罰するという規制方法をとっていることを不明確性を否定する理由としていることから、広島市暴走族追放条例事件上告審判決で登場した④「事後的かつ段階的規制」であることによつて憲法三一条に違反しないとすることができるか、が明確性に関して問題になるといえる。

世田谷区清掃・リサイクル条例事件上告審決定は、①ないし③について肯定し、また、④についてはとくに触れていないので、第二審判決を基本的に是認したものと見える。反対意見はなく、補足意見すらない。上告審決定のみを読む限りでは、上告を棄却することについてさほど問題はないように感じられないではない。

しかし、事実関係、実態に照らしてみると、上告審決定が第二審判決を是認したことが妥当かどうかは疑問である。

東京簡易裁判所は、同事件の第一審判決（平成一七年（ろ）第二〇四一号・平成一九年五月七日判決）のほか、五件の同種事件につき無罪判決を下している（i）平成一七年（ろ）第三六〇号・平成一九年三月二六日判決・LEX/DB28145132⁷（ii）平成一七年（ろ）第四四九号・平成一九年三月二六日判決・LEX/DB28135130⁸（iii）平成一七年（ろ）第二〇四〇号・平成一九年三月二六日判決・LEX/DB28135128⁹（iv）平成一七年（ろ）第二〇四二号・平成一九年三月二六日判決・LEX/DB25450800¹⁰（v）平成一七年（ろ）第四五〇号・平成一九年五月七日判決・LEX/DB25450805¹¹。例えば、（i）の判決が認定するところでは、同判決時、世田谷区内には約四万八〇〇〇（平成二二（二〇〇〇）年当時は約三万）の集積所が存在し、毎日一〇か所位変更しなければならぬという状況であった上、「資源・ごみ集積所」といった看板のような掲示物のない集積所も相当数存在したとのことである。「所定の場所」ないし処理計画の「定められた場所」である集積所に「資源・ごみ集積所」と記載した看板等があることにより明確性が確保できるとはいい難いであろう。もっとも、上告審決定は、「本件における違反場所」が看板等により集積所であることが周知されているとして、¹²「本件の違反行為をするについては明確であった」（被告人には自己の行為が規制されているものであることが認識できた）¹³ということを指摘したものとみるべきなのかも知れない。

また、「事後的かつ段階的規制」がとられているとはいえ、ある地点で古紙等を収集したことから（同地点での収集につき）禁止命令を受けたとしても、同地点以外の場所で収集することが命令違反になることを告知することになるのかは疑問である。¹⁴②についても疑問があることを考えると、上告審決定は、広島市暴走族追放条例事件以上に問題のある事案について明確性を肯定したものであり、明確性の原則を形骸化しているとの評価を免れ難いように思う。¹⁵

北海道迷惑防止条例事件についてみると、同条例二条の二第一項四号の「卑わいな言動」は、同項柱書とあわせて

読めば、「外延のみが曖昧な場合」にあたるといえる。したがって、限定解釈により明確性を確保することが可能である。同事件上告審決定の法廷意見は、「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」をいうと解しており、これは日常用語とさほど径庭のない解釈といえるように思う。ただ、外延を明確にする限定解釈にはなっていないであろう。柱書を考慮して、「公共の場所又は公共の乗物にいる者に対し、正当な理由がないのに、著しくしゅう恥させ、又は不安を覚えさせるような、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すること」が実行行為であると解しても、例えば、女性の露出した背中や足を撮影する行為がこれにあたるのか判断することは容易ではない¹⁴。まして、午後七時頃、ショッピングセンター内で女性客を少なくとも約五分間、四〇メートル余りにわたって追尾し背後の約一ないし三メートルの距離から、同人のズボンを着用した臀部を約一回撮影する行為がこれにあたるかは、田原裁判官の反対意見に縷々論じられているように、相当に疑問だといわなければならない。法廷意見にはかなり問題があるように思う。

四 私見の展開

以上にみたように、裁判例における明確性の原則は、一般人基準を示した徳島市公安条例事件上告審判決以来、担当裁判官の懸命な努力にもかかわらず、混迷しているように思う。そこで、不十分ながら私見のアウトラインを示しておくことにする。

第一に、刑罰法規の明確性が要求される根拠が、国民に対して禁止される行為（それをおこなった場合に刑罰権の行使を許容する行為）とそうでない行為をあらかじめ示し、前者の行為がおこなわれていないにもかかわらず国・地方公

共同体の機関により規制がなされないよう制約するというものである以上、不明確ゆえに憲法三二条に違反することになるかの判断基準は「国民一般に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知するものといえるか」といった、より一般的なものに修正される必要があると思う。当該事件の被告人にとって「具体的場合に自己の行為が規定の適用を受けるかどうかの判断が可能か」といった基準によることは、〈本件の被告人にとっては明確であった〉といった判断により不明確な法令を放置する結果につながるので、妥当ではない。

第二に、明確性の有無は、当該法令の文言について判断されなければならない。下位の法規範による明確化を許容するにしても、一般に公示される規則あたりまでが限界ではないかと思う。命令や通達、あるいはガイドラインによる明確化は許容されないと考える¹⁵⁾。

第三に、限定解釈による明確化は、そのような解釈が「解釈」として可能な範囲にあり、かつ、解釈の結果が、法令の語義から離れない明確なものである限りで許されると思う。司法が法を解釈して具体的事案に適用し解決をはかる作用である以上、解釈の限界を超えるようなものは許容されない¹⁶⁾。もとより、国民の誰もが理解できるような解釈をする必要はないし、また、そのようなことは不可能である。しかし、最高裁判所の裁判官の間でも意見が分かれるような解釈―典型例は、福岡県青少年保護育成条例事件上告審判決の「淫行」の解釈である¹⁷⁾―は許容されるべきではない。

五 結語

以上で、七つの事件の裁判例にあらわれた〈明確性の原則〉についての考えの批判的検討とそれを踏まえた私見

(その基本的枠組み)の展開を終えることにする。さらに、①明確性を規則、通達、ガイドライン等で補完することの妥当性、②規制目的や規制対象(表現の自由に関わるものか、経済活動の自由に関わるものか、人権享有主体が業者か一般人か等)により明確性の補完方法が異なるといえるか、③通達やガイドラインに従って行爲した者の刑事責任はどうなるか、④ドイツ法の Bestimmtheitsgebot¹⁸⁾との比較、といった問題を検討したいと思つていたのであるけれど、紙幅の関係もあり、断念せざるをえない。

拙い本稿ではあるものの、百地章先生の温顔を思い起こしつつ、ひとまず擱筆し、寄稿させていただくことにする。

注

- (1) 団藤重光『刑法綱要総論』五一頁以下(創文社、第三版、一九九〇年)、平野龍一『刑法 総論I』八二頁以下(有斐閣、一九七二年)、大塚仁『刑法概説(総論)』五八頁以下(有斐閣、第四版、二〇〇八年)、板倉宏『刑法総論』三四頁以下(勁草書房、補訂版、二〇〇七年)、大谷實『刑法講義総論』六一頁以下(成文堂、新版第四版、二〇一二年)、西田典之『刑法総論』五六頁以下(弘文堂、第二版、二〇一〇年)、前田雅英『刑法総論講義』四九頁以下(東京大学出版会、第六版、二〇一五年)、山口厚『刑法総論』一七頁以下(有斐閣、第二版、二〇〇七年)など。
- (2) 徳島市公安条例事件以前の裁判例については、佐藤文哉「法文の不明確による法令の無効(二完)」司法研修所論集一九六七―二二三四頁以下(一九六七年)の八九―九三頁、芝原邦爾『刑法の社会的機能』二二二―二三四頁(有斐閣、一九七三年)など参照。
- (3) 門田成人「刑罰法規明確性の理論と『公正な告知』の概念(二完)」島大法学三四卷三号八七頁以下(一九九〇年)の二二〇頁参照。
- (4) 佐藤・前掲注(2)及びこれに先立つ、佐藤文哉「法文の不明確による法令の無効(一)」司法研修所論集一九六七―二二四頁

以下（一九六七年）を意味する。

(5) 小田健司「判解」最高裁判所判例解説刑事事篇—以下、「最判解刑」と略記—（昭和五〇年度）一五六頁以下（法曹会、一九七九年）の一九六頁は、「〔…〕外延の不明確性の問題については、被告人の行為がこのような外延に関する場合であれば格別、被告人の行為がその規定の適用を受けることが明白な典型的事例に関する場合には、被告人はその規定の外延の不明確性によってなら自己の権利を侵害されるわけではないのである。そうであるとすれば、本件の具体的事実関係に適用される限りにおいて明確性に欠けるところはないとして外延の不明確性の問題を取りあげないことも可能であろう」とする。また、高辻裁判官の意見は、本文のように解する根拠として、被告人の権利が侵害されないことのほかに、法令の合憲違憲の判断は司法権の行使に付随して具体的事実に対する当該法令の適用に関して必要とされる範囲においてすれば足り、また、その限度にとどめることが相当であると考えられることをあげている（刑集二八卷八号五二〇頁）。これは、佐藤・前掲注(2)三三三頁の「事件性の問題」と同様の考えであろう。

(6) 佐藤・前掲注(4)六〇頁参照。

(7) 淫行勧誘罪の「淫行ノ常習ナキ婦女」については、従来、「無貞操に性交を行う習癖のない婦女をいうことになろう」、「特定の一人を相手とする限り姦婦でもよく、〔…〕逆に頻繁に代えることがなければ同時期に多数の男を持つ女でもよいと解する」といった解釈がされていた—団藤重光編『注釈刑法(4)各側(2)』三三二頁以下〔所一彦〕（有斐閣、一九六五年）参照。

福岡県青少年保護育成条例事件上告審判決が出た後も、とくに解釈の顕著な変更はみられない—大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第九卷（第一七四条）第一九二条』一一〇頁〔龜山継夫∥河村博〕（青林書院、第三版、二〇一三年）参照。

(8) 高橋省吾「判解」最判解刑（昭和六〇年度）二〇一頁以下（法曹会、一九八九年）の二一六—二一九頁参照。

(9) 原田國男「判解」最判解刑（平成元年度）二八八頁以下（法曹会、一九九一年）の三二五頁は、施行規則や告示が法規範として一般に公示されているものであることを考慮して、岐阜県青少年保護育成条例事件の場合は、明確性の原則を充足しているともみることができるとする。

(10) 飯田喜信「判解」最判解刑（平成一〇年度）九八頁以下（法曹会、二〇〇一年）の一〇六頁は、上告審決定の基底には

「『有害』が食品による人の健康に対する危害を指すことは明らかであるから、限定解釈を加える必要はないという考え」があると推察され、また、第二審判決が、アブラソコムツの販売等に食品衛生法四条二号を適用する限りにおいて規定の文言は明確である旨の説示をしているのは「アブラソコムツが人の健康危害を引き起こす食品であることは疑いがないから、本件では、規定文言の明確性を論じるに足りる事件性がないという考え方」に基づく説示であると理解しようとしている。

(11) 札幌税関検査違憲訴訟事件上告審判決(最大判昭和五九年一月二二日民集三八卷二二号一三〇八頁)は、「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な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ぬ(最高裁昭和四八年(あ)第九一〇号同五〇年九月一〇日大法廷判決・刑集二九卷八号四八九頁参照)」と徳島市公安条例事件上告審判決を引用して述べており(民集二八卷二二号一三三四頁)、この基準については、広島市暴走族追放条例事件上告審判決の那須裁判官の補足意見(刑集六一卷六号六〇八頁)のほか藤田裁判官の反対意見(刑集六一卷六号六一頁)でも触れられているので、この判決に関与した裁判官の間で議論の前提にされていたものであると推認できる。

(12) 前田巖「判解」最判解刑(平成一九年度)三七九頁以下(法曹会、二〇一一年)の三九四〜三九五頁は、札幌税関検査違憲訴訟上告審判決、福岡県青少年保護育成条例事件上告審判決は、「規制の対象とされた具体的行為が本来的に合憲的に規制し得るものであった事案」ということができるのに、広範性・明確性の問題に答えており、規定を文言上違憲とする適格を認める立場に立つものと解され、広島市暴走族追放条例事件上告審判決の法廷意見も被告人の行為が「限定解釈される処罰行為の核心部分」にあることを前提にしつつ違憲主張の「主張適格を認めたものと理解できよう」とする。

(13) 世田谷区清掃・リサイクル条例事件のさまざまな問題点につき、例えば、山本善貴「刑罰法規の明確性と罪刑法定主義」板倉宏監修・著、沼野輝彦Ⅱ設楽裕文編『現代の判例と刑法理論の展開』一七頁以下(八千代出版、二〇一四年)参照。

(14) 三浦透「判解」最判解刑(平成二〇年度)六九九頁以下(法曹会、二〇一二年)の七一六頁は、ある程度性的な意味合い

がある特定部位をねらって撮影したのでなければ「卑わいな言動」にあたりとみることが困難であり、「肩、背中などをねらった場合は一般的には積極の判断をすることは困難ではないかと思われる」とする。

(15) 井田良『講義刑法学・総論』三八頁(有斐閣、二〇〇八年)は、罪刑法定主義は刑罰権行使に民主主義的正当性を与え、同時に歯止めをかけようとするものであり、「不明確な法律は国家権力の民主的コントロールのためにも役立たない」とする。民主主義的要素のない下位規範による明確化はこのような観点からも否定されるべきであろう。

(16) 佐藤・前掲注(2)四六～四七頁は、解釈の結果は明確性の基準に達しているものでなければならず、また、実質的に当該法令を書きかえるような解釈は用いられてはならないとする。

(17) 福岡県青少年保護育成条例事件上告審判決については、学説においても、反対意見を支持する見解が有力である―西田・前掲注(1)五七頁、山口・前掲注(1)二二頁、浅田和茂『刑法総論』五八頁(成文堂、補正版、二〇一二年)、曾根威彦『法の重要問題「総論」』一五頁(成文堂、第二版、二〇〇六年)、伊東研祐「刑法の解釈」阿部純二ほか編『刑法基本講座(第一巻)―基礎理論、刑罰論』五八頁(法学書院、一九九二年)など参照。ごく最近のものとして、清水洋雄「国民目線の刑法」日本法学八二巻二号一三七頁以下(二〇一六年)の一四四頁参照。

(18) Vgl. etwa *Claus Roxin, Strafrecht AT*, Bd. I, 3. Aufl., 1997, § 5, Rn. 11, 67-82, S. 98-99, 125-130; *Klaus Hoffmann-Holland, Strafrecht AT*, 2007, S. 27-28.