

罰則の定めのある条例の審査について

刑事局付 吉田 雅之

第1 はじめに

本稿は、罰則の定めのある条例の審査（以下「条例審査」という。）に当たって留意すべき事項の概説を試みるものである。

各地方検察庁の検察官は、罰則の定めのある条例の制定・改廃に際し、地方公共団体からの相談に応じて、必要かつ適切な意見を述べるのが求められるが、条例審査については、通常の事件処理と異なる面がある上、検察官も特段の指導・教育を受けていない場合が多く、また、この種の経験が必ずしも十分でない場合もあることから、苦手意識のある検察官も多いのではないと思われる。

そこで、本稿では、「罰則の定めのある条例審査のQ & A」（検察月報抄録第14巻（以下「抄録」という。）421頁～458頁）を適宜参照しつつ、条例審査に当たって留意すべき事項について、概括的に述べることにしたい。

様々な分野にわたる多種多様な条例について、個々に留意点を指摘していくことは極めて困難であることから、ここでは、分野の差異を超えて、一般に条例審査に当たって留意すべき事項について述べることにするが、その際、適宜の形で具体例を採り上げることとする。

もっとも、そこで採り上げる条例の中には、既に改正等がなされているものもあるかもしれないが、本稿において具体例として採り上げるのは、単に条例審査に当たって留意すべき事項を説明するためであるから、この点、あらかじめ御理解いただきたい。

なお、本稿中、意見にわたる部分は、もとより私見である。

また、条文や判例を引用するに当たっては、原文において漢数字が用いられている場合であっても、読みやすさの観点から算用数字を用いることとする。

第2 条例審査に当たっての留意事項

1 総論

検察官が条例審査を行う根拠に関しては、以下のような刑事局長回答がある（なお、下記において引用されている地方自治法第245条第4項は、現在の同法第245条の4第1項に相当する。）。

直接の根拠法規はないが、国と地方公共団体との関係を定めた規定として、地方自治法第245条（助言・勧告・情報の提供等）があり、同条第4項に「主務大臣は、（中略）普通地方公共団体に対し、その担任する事務の運営その他の事項について適切と認める技術的な助言若しくは勧告をす」ることができる規定されている。

検察官において、積極的に条例罰則の審議に参画し、罰則適用上不備な条例の是正について助言をすることの根拠として右法規を援用することができるかについて、自治省行政局の見解は、右条項は、地方自治の本旨からみて、国としてはあくまで受身の規定と解するとして、消極の意見であるが、検察官として、制定された条例を実効あらしめ、適正な刑罰権を実現するために、あらかじめ、あるいは、事後に、地方公共団体に対し、条例罰則の制定・改正にあたり、意見を求められた場合は、その審議に参画し、条例立案について技術的な助言を行う用意があることを積極的に申し入れるときは可能と考えられるので、昭和36・9・21開催全国総務部長検事会同における刑事局長指示（検察月報147号登載）の趣旨に則り運用されたい。

もとより、条例の最終的な決定権限はその地方公共団体にあり、その自主性に配慮する必要があるのは当然であるが、他方、条例も法の一形式であり、罰則が設けられても規定の不備から処罰し得ないなど、適正な刑罰権の実現が困難であるような場合には、条例の実効性のみならず、法令一般に対する信頼性にも影響するところが少なくないと思われる。

したがって、各地方検察庁の検察官としては、都道府県庁等の関係機関と適宜連絡を取り、罰則の定めのある条例については、できる限り事前に協議を行う機会が持てるようにするとともに、成立済みの条例であっても、問題のあるものについては、適宜検討を加え、適切な意見を述べるが必要であると思

われる（抄録431頁・432頁〔Q5〕）。

条例審査における検討事項は多岐にわたるが、基本的なものとしては、

- ① 罰則の必要性・合理性
- ② 国の法令との関係
- ③ 構成要件の明確性・妥当性
- ④ 法定刑の妥当性
- ⑤ 両罰規定の要否・妥当性
- ⑥ 経過規定の要否・妥当性

といった点が挙げられると思われる（抄録433頁〔Q6〕。なお、抄録434頁〔Q7〕も参照。）。

そこで、以下においては、これらの点について順に述べることにする。

2 罰則の必要性・合理性

罰則を定めるに当たっては、規制目的との関係で、その罰則が必要かつ合理的なものでなければならないと考えられる。

罰則の要否については、一般的には、関係法令の体系の中でその条例が占める位置、義務規定の性質（実体規定か、手続規定か、組織規定か等）及び規制の仕組み全体を踏まえた上で、

- ① 罰則の前提となる義務の重要性
- ② 罰則の対象となる行為が行政に及ぼす影響
- ③ 行政措置による違反の防止の可能性
- ④ 国の法令又は他の条例による対応の可否・限度

等を考慮して、違反行為に対して刑罰をもって臨むことが規制の目的を達する上で必要かどうかを検討することになると考えられる（抄録435頁〔Q8〕）。

なお、④については、例えば、国の法令によって対応することができる、あるいは、むしろ、国の法令があるため条例で規制することはできないという場合には、条例による規制は必要性・合理性を欠くこととなるから、その意味で、国の法令との関係は、罰則の必要性・合理性の判断にも影響すると考えられるが、この点は、後記3において別途検討することとする。

罰則の必要性・合理性に関する検討に限らず、後記3以降の点に関する検討に当たっても、他の地方公共団体における同種の条例においてどのように規定されているかを調査することが有益な場合が少なくなく、条例の立案担当者から、適宜、参考資料として同種の条例の法文の提供を受ける必要があると思われる。

もっとも、条例審査において問題となっている罰則規定と同様のものが、他の同種の条例に設けられているからといって、それだけで問題が解決するものでないことは言うまでもなく、当該他の条例においてどのように整理され、それが合理性を持っているかについても検討する必要がある。

罰則の必要性・合理性の問題は、憲法に違反しないかどうかという問題とも密接に関連するものであり（例えば、ある営業について許可制を採ることとする場合には、営業の自由（憲法第22条第1項）を制約することになるから、同項に違反しないかどうかの問題となり得る。）、憲法判例を参照することが必要になる場合もあると思われる。

条例の規定の憲法適合性が争われた主要な判例としては、まず、精神的自由権に関するものとして、

- ① 最大判昭35. 7. 20刑集14. 9. 1243（いわゆる東京都公安条例による集団行進等の規制について、憲法第21条に違反しないかどうか争われた事例）
- ② 最大判昭43. 12. 18刑集22. 13. 1549（大阪市屋外広告物条例による広告物の表示の規制について、憲法第21条に違反しないかどうか争われた事例）
- ③ 最3小判平元. 9. 19刑集43. 8. 785（岐阜県青少年保護育成条例による有害図書自動販売機への収納の規制について、憲法第21条第1項に違反しないかどうか争われた事例）

などがある。

また、経済的自由権に関するものとしては、

- ④ 最大判昭38. 6. 26刑集17. 5. 521（いわゆる奈良県ため池条例によるため池の堤とうの使用の規制について、憲法第29条第2項・第3項に違反しないかどうか争われた事例）

があるほか、法律の規定の憲法適合性が争われた判例ではあるものの、条例の規定の憲法適合性を検討するに当たって参考になると思われるものとして、

- ⑤ 最大判昭30. 1. 26刑集9. 1. 89（公衆浴場法による公衆浴場業の営業の規制について、憲法第22条に違反しないかどうか争われた事例）
 - ⑥ 最大判昭47. 11. 22刑集26. 9. 586（小売商業調整特別措置法による、小売市場とするための建物の貸付け等の規制について、憲法第22条第1項に違反しないかどうか争われた事例）
 - ⑦ 最大判昭50. 4. 30民集29. 4. 572（薬事法による薬局の開設の規制について、憲法第22条第1項に違反しないかどうか争われた事例）
 - ⑧ 最3小判平4. 12. 15民集46. 9. 2829（酒税法による酒類販売業の営業の規制について、憲法第22条第1項に違反しないかどうか争われた事例）
 - ⑨ 最大判昭62. 4. 22民集41. 3. 408（森林法による森林の分割の規制について、憲法第29条第2項に違反しないかどうか争われた事例）
- などがある。

条例によって規制しようとする権利の性質等に応じて、これらの判例を適宜参照し、そこで示されている判断の枠組みに照らして問題がないかどうかを検討することも必要になろう。

3 国の法令との関係

地方公共団体の条例制定権は、憲法第94条に由来するものであるが、同条は、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。

と規定しており、条例は、「法律の範囲内」のものでなければならないとされている。

また、地方自治法第14条も、第1項において、

普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第2条第2項の事務に関し、条例を制定することができる。

と規定するとともに、第3項において、

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。

と規定しており、条例は、国の法令に違反しないものでなければならないこととされている。

したがって、条例審査に当たっては、条例の規定が国の法令に違反しないかどうか（地方自治法第14条第3項に規定する法定刑の制限に違反しないかどうかも含む。）について検討する必要があると考えられる。

ここで、地方自治法第14条第3項に規定する「法令に特別の定めがあるもの」については、一般に、次のような場合をいうものと解されている（抄録428頁・429頁〔Q3〕）。

(1) 国の法令が罰則を設けることを禁止している場合又は国の法令の全体的規定を通じて罰則を設けることができないと解することが相当である場合

後者の例としては、消防法第9条に基づく市町村条例が挙げられる。すなわち、同法は、同条において、

かまど、風呂場その他火を使用する設備又はその使用に際し、火災の発生のおそれのある設備の位置、構造及び管理、こんろ、こたつその他火を使用する器具又はその使用に際し、火災の発生のおそれのある器具の取扱いその他火の使用に関し火災の予防のために必要な事項は、政令で定める基準に従い市町村条例でこれを定める。

と規定する一方、第9条の4において、

(第1項)

危険物についてその危険性を勘案して政令で定める数量（以下「指定数量」という。）未満の危険物及びわら製品、木毛その他の物品で火災が発生した場合にその拡大が速やかであり、又は消火の活動が著しく困難となるものとして政令で定めるもの（以下「指定可燃物」という。）その他指定可燃物に類する物品の貯蔵及び取扱いの技術上の基準は、市町村条例でこれを定める。

(第2項)

指定数量未満の危険物及び指定可燃物その他指定可燃物に類する物品を貯蔵し、又は取り扱う場所の位置、構造及び設備の技術上の基準（第17条第1項の消防用設備等の技術上の基準を除く。）は、市町村条例で定める。と規定しているところ、第46条においては、

第9条の4の規定に基づく条例には、これに違反した者に対し、30万円以下の罰金に処する旨の規定を設けることができる。

と規定し、「第9条の4に基づく条例」のみを明記しているから、その反対解釈として、第9条に基づく条例には罰則を設けることができないと解されている。

(2) 国の法令で条例違反に対する罰則を規定している場合

この例としては、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律第28条第2項に基づく条例が挙げられる。すなわち、同法は、同項において、

前項に定めるもののほか、都道府県は、善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害する行為又は少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するため必要があるときは、条例により、地域を定めて、店舗型性風俗特殊営業を営むことを禁止することができる。

と規定しているところ、第49条においては、

次の各号のいずれかに該当する者は、2年以下の懲役若しくは200万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

一～五（略）

六 第28条第2項（第31条の3第2項の規定により適用する場合及び第31条の13第1項において準用する場合を含む。）の規定に基づく都道府県の条例の規定に違反した者

と規定し、法律自体において条例違反に対する罰則を定めているから、条例で独自の罰則を定めることはできない。

(3) 国の法令が条例で規定する刑罰の種類及び限度を定めている場合

この例としては、都市計画法第58条第1項に基づく条例が挙げられる。すなわち、同法は、同項において、

風致地区内における建築物の建築、宅地の造成、木竹の伐採その他の行

為については、政令で定める基準に従い、地方公共団体の条例で、都市の風致を維持するため必要な規制をすることができる。

と規定しているところ、第97条においては、

第58条第1項の規定に基づく条例には、罰金のみを科する規定を設けることができる。

と規定し、条例で定めることのできる罰則の法定刑が罰金に限定されることを明記しているから、条例でこれ以外の刑を定めることはできない。

(4) 国の法令が条例で規定すべき罰則として行政上の秩序罰である過料のみを掲げている場合

この例としては、地方税法第72条の11に基づく条例が挙げられる。すなわち、同条は、

道府県は、第72条の9第2項の認定を受けていない事業税の納税義務者で同条第1項の承認を受けていないものが同項の規定によつて申告すべき納税管理人について正当な事由がなく申告をしなかつた場合においては、その者に対し、当該道府県の条例で3万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、条例で定めることのできる罰則が過料に限定されることを明記しているから、条例で刑罰を定めることはできない。

上記(1)～(4)に掲げた各具体例は、いずれも比較的明確なものと思われるが、実際には、罰則を設けて規制することが国の法令に違反しないかどうか必ずしも明確でない場合も多いと思われる(上記①、特に、後段の「国の法令の全体の規定を通じて罰則を設けることができないと解することが相当である場合」に該当するかどうかについては、必ずしも判断が容易でない場合が少なくないと思われる。)

この点、最大判昭50. 9. 10刑集29. 8. 489(いわゆる徳島市公安条例による集団行進等の規制について、道路交通法に違反しないかどうか及び構成要件の明確性を欠くものでないかどうか争われたもの)は、概要以下のとおり判示しているところであり、条例の規定が国の法令に違反しないかどうかは、ここに示された判断基準に従って検討すべきものと考えられる(抄録436頁・437頁

〔Q9〕)。

- ① 条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによって決しなければならない。
- ② ある事項について国の法令中にこれを規律する明文の規定がない場合でも、当該法令全体からみて、右規定の欠如が特に当該事項についていかなる規制をも施すことなく放置すべきものとする趣旨であると解されるときは、これについて規律を設ける条例の規定は国の法令に違反することとなり得る。

- ③ 特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合でも、
 - ・ 後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によって前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害するものでないとき

や、

- ・ 両者が同一の目的に出たものであっても、国の法令が必ずしもその規定によって全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であるときは、国の法令と条例との間に矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反することにはならない。

もとより、このような判断基準に従って判断する前提として、抵触するか否かが問題となり得る国の法令を把握することが必要であり、そのためには、条例の立案担当者に確認するとともに、六法全書のうち、「刑法編」に掲載されている法律や、条例で規制しようとしている分野に対応する編に掲載されている法律に目を通し、その中に関連し得るものがないかどうかを自ら確認することも必要であろう。

そして、関連し得るものがある場合には、その法律の目的、趣旨、内容等について、どのように解釈されているかを立案担当者に質問し、必要に応じて所管省庁に対して照会させるなどするとともに、自ら解説書等にも目を通すことが必要であると思われる。

他方、条例の目的、趣旨、内容等については、不明な点があれば、納得のい

くまで立案担当者に質問すべきことは当然であろう。

なお、条例審査に当たっては、他の条例の規定との整合性について疑義を抱くこともあり得ると思われる。そのような場合には、立案担当者に遠慮なく質問し、既存の条例との間でどのように整理されるかを明確にしておくべきであろう。

それでは、ここで、国の法令との関係で問題があると考えられる条例の規定を若干採り上げてみることにする。

1 例目は、景観法との関係で問題がある条例である。関連する条文を以下に掲げる。下記条例における「法」とは、景観法を指すものである。

第21条の2 この条例において特定届出対象行為（法第17条第1項の条例で定める行為をいいます。）とは、風景づくり重点区域（標高120メートル以下の地区とその周辺の地区のうち、風景づくり計画で定める区域をいいます。）内で行われる行為のうち、次に掲げる行為とします。ただし、第20条第3項各号に掲げる行為を除きます。

- (1) 建築物の建築など
- (2) 工作物の建設など

第21条の3 市長は、特定届出対象行為が大規模な行為の風景基準に定められた建築物や工作物の形態や色彩その他の意匠に関する基準に適合しないか、そのおそれがあると判断するときは、法第17条第1項の規定により、その届出をした人に対し、その基準に適合させるため必要な限度において、その行為に関し設計の変更その他の必要な措置をとるよう命ずることができます。

2 前項に規定する命令については、法第17条第2項から第4項までの規定を適用します。

3 市長は、第1項の命令に違反した人あるいはその人からその建築物や工作物についての権利を承継した人に対し、法第17条第5項の規定により、相当の期限を定めて、大規模な行為の風景基準に適合させるため必要な限度において、その原状回復など必要な措置をとるよう命ずること

ができます。

4 (略)

5 市長は、第1項の命令をした人に対し、法第17条第7項の規定により、その措置の実施状況などについて報告を求めたり、職員にその敷地に立ち入らせ、実施状況の検査やその行為が風景に与える影響を調査させることができます。

第38条 第21条の3第3項の規定による命令に違反した人は、法第100条の規定により、1年以下の懲役あるいは50万円以下の罰金に処されます。

〔景観法〕

第17条 1～4 (略)

5 景観行政団体の長は、第1項の処分に違反した者又はその者から当該建築物又は工作物についての権利を承継した者に対して、相当の期限を定めて、景観計画に定められた建築物又は工作物の形態意匠の制限に適合させるため必要な限度において、その原状回復を命じ、又は原状回復が著しく困難である場合に、これに代わるべき必要な措置をとることを命ずることができる。

6 以下 (略)

第100条 第17条第5項の規定による景観行政団体の長の命令又は第64条第1項の規定による市町村長の命令に違反した者は、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

上記条例は、「です・ます」調になっているという点で、非常に奇異な印象を与えるが、その点とはともかく、第38条は、第21条の3第3項の命令違反を処罰対象としつつ、「法第100条の規定により」として景観法第100条を引用している。

しかし、そもそも、同条を引用する趣旨が不明である上、同条で引用されている同法第17条第5項の内容と上記条例第21条の3第3項の内容は実質的に同じであって、両者は重複しているから、上記条例第38条の処罰対象は、景観法第100条と重複することとなる。

そして、両者の規制の趣旨も基本的に同じであると考えられ、上記最高裁判

決の判断基準に照らすと、景観法上、上記条例第38条のような規定を設けることは許容されていないと考えられる。

2例目は、1例目ほど明確ではないものの、やはり法律上の罰則と重複している例である。関連する条文を以下に掲げる。なお、下記条例における「法」とは、建築基準法を指すものである。

第3条 法第48条第5項及び第8項の規定にかかわらず、製茶業を営む工場で作業場の床面積の合計が400平方メートル以内で、かつ、使用する原動機の出力の合計が65キロワットを超えないものを建築することができる。

第7条 第3条及び第4条の規定に違反した場合における当該建築物の設計者(設計図書を用いないで工事を施工し、又は設計図書に従わないで工事を施工した場合においては当該建築物の工事施工者)は、50万円以下の罰金に処する。

2 (略)

[建築基準法]

第48条 1～4 (略)

5 第1種住居地域内においては、別表第2(ほ)項に掲げる建築物は、建築してはならない。ただし、特定行政庁が第1種住居地域における住居の環境を害するおそれがないと認め、又は公益上やむを得ないと認めて許可した場合においては、この限りでない。

6・7 (略)

8 近隣商業地域内においては、別表第2(ち)項に掲げる建築物は、建築してはならない。ただし、特定行政庁が近隣の住宅地の住民に対する日用品の供給を行うことを主たる内容とする商業その他の業務の利便及び当該住宅地の環境を害するおそれがないと認め、又は公益上やむを得ないと認めて許可した場合においては、この限りでない。

9以下 (略)

第101条 次の各号のいずれかに該当する者は、100万円以下の罰金に処す

る。

一～四 (略)

五 第48条第1項から第13項まで又は第51条(これらの規定を第88条第2項において準用する場合を含む。)の規定に違反した場合における当該建築物又は工作物の建築主又は築造主

六以下 (略)

2 (略)

第7条は、第3条違反を処罰対象としているが、同条は「できる」規定であり、そもそも罰則を設けることはできない(罰則規定は、義務規定又は禁止規定に違反した場合について設けるものである。)

もっとも、第3条違反を処罰対象としている趣旨は、製茶業を営む工場であって、作業場の床面積の合計が400平方メートルを超えるもの又は使用する原動機の出力の合計が65キロワットを超えるものを建築した場合に、これを処罰したいというところにあるように思われるが、そのような建築行為について罰則規定を設けるためには、その前提として、そのような建築行為をしてはならないという禁止規範が必要であり、この場合にそれに当たるのは、建築基準法第48条第5項及び第8項である。

すなわち、第3条は、「法第48条第5項及び第8項の規定にかかわらず」と規定していることから明らかなように、本来、建築基準法第48条第5項及び第8項によってかけられている規制を、所定の要件を満たす製茶業の工場に限って解除するものであり、第3条の要件を満たさないものについては、元に戻って同法第48条第5項及び第8項による規制がかかることとなる。

そして、これらの規定の違反については、同法第101条第1項第5号に罰則規定が設けられているのであるから、第7条の罰則規定は、同号と重複するものであり、しかも、その法定刑は、同号よりも低く設定されているのであって、同号に抵触すると言わざるを得ないと思われる。

3例目は、刑法との関係で問題がある条例である。関連する条文を以下に掲げる。

第3条 この条例において「給水装置」とは、需要者に水を供給するために水道事業管理者の権限を行う町長（以下「管理者」という。）の施設した配水管から分岐して設けられた吸水管及びこれに直結する給水用具をいう。

第5条 給水装置を新設、改造、修繕（水道法（昭和32年法律第177号。以下「法」という。）第16条の2第3項の厚生労働省令で定める軽微な変更を除く。）、又は撤去しようとする者は、管理者の定めるところにより、あらかじめ管理者に申し込み、その承認を受けなければならない。

2 (略)

第36条 次の各号のいずれかに該当する者は、5万円以下の過料に処し、損害があったときは、これを賠償させる。

一 第5条の承認を受けないで、給水装置を新設、改造、修繕又は撤去した者

二以下 (略)

第38条 この条例に違反し、みだりに配水管から給水の設備を設けて給水する行為をなした者は、10万円以下の罰金に処する。

第36条の「損害があったときは、これを賠償させる」との規定が民法の不法行為に関する規定（第709条から第724条まで）と整合するかどうかについては疑義があるが、その点は措くとして、罰則規定である第38条においては、「この条例に違反し、みだりに配水管から給水の設備を設けて給水する行為」が処罰対象とされている。

「給水の設備」が第3条に規定する「給水装置」と同一であるかどうかは、必ずしも明らかではないが、第36条第1号において、管理者の承認を得ないで行う給水装置の新設等が処罰対象とされていることを踏まえると、第38条の趣旨は、みだりに配水管から給水する行為を処罰するところにあると思われる。しかし、配水管の中を流れている水は、管理者の管理するものであるから、本来、無断で給水する行為は、窃盗罪（刑法第235条）に該当すると考えられ、その法定刑は、10年以下の懲役又は50万円以下の罰金となるべきところ、立案者の意

図にかかわらず、第38条の規定を設けることにより、窃盗罪について特別減輕類型を定めたこととなり（同条は、財物を窃取する行為のうち、配水管から給水設備を設けて給水する行為のみを処罰対象とするものであり、窃盗罪との関係では、一般法に対する特別法ということになる。）、その法定刑は、10万円以下の罰金にとどまることとなる。

しかしながら、そもそも条例で刑法犯の特別減輕類型を定め得るか否か自体問題である上、第38条に規定する行為が、窃盗罪に該当する他の態様による行為と比較して、典型的に特に悪質性が低いと言うことはできないはずであり、このような特別減輕類型を設ける合理性はないと言わざるを得ないと思われる。

4 構成要件の明確性・妥当性

刑罰法規の内容が明確なものでなければならないことは、罪刑法定主義の実質的な内容であるとされている。

罰則規定を設けるに当たっては、必要に応じて定義規定を置くなどして、罰則規定の内容（罰則規定とは別に義務規定を置き、その義務違反に対して罰則規定を設ける場合には、当該義務規定の内容を含む。）をできる限り明確にするとともに、犯罪が成立する時期も明確にしておくことが必要であると考えられる（抄録439頁〔Q11〕）。

刑罰法規の内容が曖昧で憲法第31条に違反するかどうかの判断基準については、前記最大判昭50. 9. 10（いわゆる徳島市公安条例に関する判例）が「およそ、刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反し無効であるとされるのは、その規定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く、そのため、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。しかし、一般に法規は、規定の文旨の表現力に限界があるばかりでなく、その性質上多かれ少なかれ抽象性を有し、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つてこれを決定すべきである。」と判示している。

もっとも、実際には、罰則規定の内容をどこまで明確にすれば足りるかにについては、判断に迷うことも少なくないと思われる。その場合、法令用語辞典や広辞苑等を参照すべきことは当然であるが、さらに、国の法令における用例の有無を調べること（総務省が管理する「法令データ提供システム」で調査することができる。<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>参照。）も重要であると思われる（国の法令に用例がある場合には、基本的には、その用語は法令用語として用いることが可能である。）。

罰則規定には、直罰規定と間接罰規定がある。直罰規定は、義務規定又は禁止規定に対する違反行為があれば直ちに処罰するという形をとるものであり、間接罰規定は、義務規定又は禁止規定に対する違反行為があっても、直ちに処罰するのではなく、違反の是正を命ずる等の行政措置命令を介し、その命令違反を処罰するという形をとるものである。

一般には、直罰規定は、義務規定又は禁止規定に対する違反行為が行政上直ちに重大な支障を及ぼす場合など当該行為自体の当罰性が高く、かつ、義務又は禁止の内容が明確な場合に用いられている。

これに対し、間接罰規定は、いったん行政庁による措置を待つ方が行政運営上適当と認められる場合や、行政上問題となる行為が個々の事情に応じて多種多様であり、あらかじめ義務の具体的な内容を明確に定めておくことが困難な場合に用いられている。特に、後者の場合には、直罰規定を設けると明確性の点で問題を生じ得るところ、行政措置命令を介在させることにより、構成要件としてはその命令違反ということになり、明確性の問題を一定程度解消し得ることとなる（もとより、間接罰規定であっても、罰則の前提となる義務規定又は禁止規定の内容は、できる限り明確な内容であることが望ましい。）（抄録442

頁〔Q13〕）。

義務規定を設けた上で、その違反行為について罰則を定めるという形をとっている場合には、犯罪成立時期が明確になっているかどうかについても留意が必要である。

例えば、義務規定において、「…を営もうとする者は、その営業を開始しようとする日の〇〇日前までに、知事の許可を受けなければならない。」と規定されている場合に、罰則規定において、単に「第〇条の規定に違反した者」としたのでは、いまだ営業自体は開始していないものの、知事の許可を受けることなく、営業開始の〇〇日前を経過した時点で犯罪が成立するのか、それとも、知事の許可を受けないで営業を開始した時点で犯罪が成立するのかが不明確であると言わざるを得ない。

そこで、このような場合は、単に「第〇条の規定に違反した者」とするのではなく、「第〇条の規定に違反して、許可を受けないで、…を営んだ者」とするのが適当であると考えられる。

このように、「第〇条に違反した者」という規定振りは、罰則規定を義務規定と併せて読んだ場合に、違反行為の内容がその成立時期も含めて明らかであるときに用い、「第〇条の規定に違反して、許可を受けないで、…をした者」という規定振りは、前者の規定振りによっては違反行為の内容が犯罪成立時期も含めて不明確であるとき等に用いるのが適当であると考えられる（抄録448頁〔Q17〕）。

また、構成要件を検討するに当たっては、規制の目的に照らして合理的なものであるか、義務規定又は禁止規定の内容と対応しているか等、その妥当性の確保に留意する必要があるほか、実際にどのような形で立証されることとなるかについても、考慮する必要があると考えられる。

例えば、規制の目的に照らして処罰対象が過度に広範なものとなるような罰則規定は設けることができないと考えられる。

また、実際に散見される例であるが、義務規定においては、地方公共団体の長が一定の者に対して報告又は資料の提出を求めることができることとされているのに、罰則規定においては、「第〇条の規定による報告をせず、又は虚偽の

報告をした者」としか規定されておらず、「資料の提出をせず、又は虚偽の資料の提出をした者」が処罰対象とされていない条例がある。報告の求めについてのみ罰則を設け、資料の提出の求めについては罰則を設けないことについて、合理的な理由があれば別であるが、そうでない限り、罰則規定には両者を掲げておく必要がある。

それでは、ここで、構成要件の明確性・妥当性の観点から問題があると考えられる条例の規定を若干採り上げてみることにする。

1 例目は、かなり特殊な例ではあるが、構成要件が著しく不明確であるとともに、過度に広範な規制になっている例である。関連する条文を以下に掲げる。

第3条 道の駅の管理は、村長（以下「管理者」という。）が行い、管理に必要な職員を置くことができる。

第6条 管理者は、次の各号のいずれかに該当すると認めるときは、研修室等の使用を承認しない。

- (1) 公の秩序を乱し、又は善良な風俗を害するおそれがあるとき。
- (2) 研修室等及び附属設備並びに備付物件をき損し、若しくは汚損し、又は滅失するおそれがあるとき。
- (3) 暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律（平成3年法律第77号）第2条第2号に規定する暴力団及び同条第6号に規定する暴力団員の利益になるとき。

第47条 使用者、出店者及び占有者は、その責めに帰すべき理由により、道の駅の施設並びに設備にき損、汚損又は滅失等の損害を与えたときは、その賠償をしなければならない。

第48条 この条例に違反したと認められる者は、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

第48条では、「この条例に違反したと認められる者」とされており、同条の処罰対象は、上記条例に違反するすべての行為ということになる。しかし、上記のとおり、

○ 第6条では、道の駅の管理者たる村長につき、研修室等の使用を承認しな

い義務が、

○ 第47条では、使用者、出店者及び占有者につき、賠償義務が、それぞれ定められており（なお、上記条例では、これらの規定以外にも、様々な義務が規定されている。）、これらの義務違反について、すべて第48条の罰則がかかることとなる上、その法定刑は一律同じということになる。このような罰則規定が不適当であることは、多言を要しないであろう。

2 例目は、ある条例において、他の条例を丸ごとそのまま準用している例である。関連する条文を以下に掲げる。

第2条 ○○広域行政組合個人情報保護条例については、△△市個人情報保護条例（平成□□年△△市条例第●●号）を準用する。ただし、「実施機関」は○○広域行政組合とする。なお、同条例中の「市内」を「組合の業務区域内」と、「市」を「組合」と、「市長」を「管理者」と、「市の区域外」を「組合の業務区域外」とそれぞれ読み替える。

〔△△市個人情報保護条例〕

第2条 1～3（略）

4 この条例において、「実施機関」とは、市長、教育委員会、選挙管理委員会、監査委員、公平委員会、農業委員会、固定資産評価審査委員会及び議会をいう。

5・6（略）

第29条 実施機関の職員若しくは職員であった者又は第24条第1項の委託を受けた事務若しくは地方自治法第244条の2第3項の規定に基づき市が指定するものが行う当該指定に係る公の施設の管理に関する事務に従事している者若しくは従事していた者が、正当な理由がなく、個人の秘密に属する事項が記録された個人情報ファイル（その全部又は一部を複製し、又は加工したものを含む。）を提供したときは、2年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

第30条 前条に規定する者が、その業務に関して知り得た保有個人情報を自己若しくは第三者の不正な利益を図る目的で提供し、又は盗用したと

きは、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

第2条において準用している△△市個人情報保護条例は、本則が33条、附則が4項の条例であり、本則には5条の罰則規定（うち1条は、過料を定めるものである。）が設けられているが、上記の第2条は、これらを一括して準用した上、ただし書となお書きを付している。

法文中で「なお」書きをすることは、法制執務上、適当とは思われず、また、ただし書の趣旨も必ずしも明らかではなく、仮にそれが読替規定の趣旨であるとしても、△△市個人情報保護条例第2条第4項において「実施機関」とされているのは、地方公共団体の機関であるところ、〇〇広域行政組合個人情報保護条例第2条においては、これを特別地方公共団体そのものである「〇〇広域行政組合」としており、この点にも問題があるように思われる。

さらに、△△市個人情報保護条例第29条においては、「地方自治法第244条の2第3項の規定に基づき市が指定するものが行う当該指定に係る公の施設の管理に関する事務に従事している者若しくは従事していた者」が処罰対象とされているが（なお、同項では、普通地方公共団体は、公の施設の設置の目的を効果的に達成するため必要があると認めるときは、法人その他の団体であって当該普通地方公共団体が指定するものに、当該公の施設の管理を行わせることができることとされている。）、△△市個人情報保護条例第29条を準用した場合にこの部分がどのように読み替わるのかが明らかでなく（上記のとおり、地方自治法第244条の2第3項においては、特別地方公共団体は主体として掲げられていないため、普通地方公共団体を前提とした△△市個人情報保護条例の規定を特別地方公共団体について準用した場合に、同項を引用して規定している上記部分がどのように読み替わるかが明らかでない。）、同条例第30条についても、「前条に規定する者」と規定していることから、これを準用した場合における処罰対象が同様に不明確になっている。

一般に、罰則規定の準用は、刑罰法規の明確性の観点から問題を生じることが多く、基本的に避けるべきものと考えられるが、特に、上記の例のように、他の条例の規定を包括的に準用するようなことはすべきでないと考えられる。

3例目は、構成要件の具体的な文言の明確性が問題となる例である。関連する条文を以下に掲げる。

第9条 建築物の形態又は意匠については、別表第2の計画地区に応じ、それぞれ同表キ欄に掲げるとおりとする。

別表第2（抜粋）

【〇〇整備計画区域】

【キ】

- 1 外壁等の色彩は、周辺環境になじむ色調とする。
- 2 駐車場、駐輪場及び住宅の用に供する建築物は、周辺環境を配慮した形状とし、建物との連続性と調和を図るよう配慮する。

3（略）

第15条 次の各号のいずれかに該当する者は、50万円以下の罰金に処する。

(1)（略）

- (2) 第4条、第5条又は第7条から第10条までの規定に違反した場合における当該建築物の設計者（設計図書を用いしないで工事を施工し、又は設計図書に従わないで工事を施工した場合においては、当該建築物の工事施工者）

(3)（略）

〇〇整備計画区域における建築物の形態又は意匠については、第9条により、外壁等の色彩は、周辺環境になじむ色調とするものとされ、また、駐車場、駐輪場及び住宅の用に供する建築物は、周辺環境を配慮した形状とし、建物との連続性と調和を図るよう配慮するものとされているところ、同条の違反については、第15条において直罰規定が設けられている。

しかし、「周辺環境になじむ色調」であるか否かという点は、それ自体曖昧である上、その判断に主観が入らざるを得ず、その義務違反について直罰規定を設けることは、刑罰法規の明確性に反するものと言わざるを得ないと思われる。

このことは、「周辺環境を配慮した形状」であるか否かという点についても同様であり、また、「建物との連続性と調和を図るよう配慮する」という配慮義務

の違反に罰則をかけることも不適当と言わざるを得ないであろう。

5 法定刑の妥当性

前記3のとおり、条例で定めることのできる刑罰は、法令に特別の定めがあるものを除き、2年以下の懲役若しくは禁錮、100万円以下の罰金、拘留、科料又は没収に限定されている（地方自治法第14条第3項。このほか、同項では、条例違反に対し、5万円以下の過料を科する旨の規定を条例に設けることができることとされているが、過料は、行政上の秩序罰であって、刑罰ではないから、ここでは検討の対象から除く。）。

もっとも、没収については、刑法第1編の総則中に第19条の規定があるところ、同編の規定は、法令に特別の規定がない限り、他の法令の罪についても適用することとされているから（同法第8条）、条例違反の罪に対しても同法第19条が適用されることとなる。したがって、条例において刑法どおりの没収を科そうとする場合には、格別の規定は不要であり、必要的没収の規定を設ける場合など、同条の特例を設ける場合にのみ、条例に格別の規定を設ける必要があることとなる（抄録449頁〔Q18〕）。もとより、そのような格別の規定を設けるに当たっては、刑法その他の法律における没収に関する規定との整合性に十分留意する必要がある。

法定刑を定めるに当たっては、一般に、

- ① 違反行為の重大さ（行政秩序に違反するのみか、実質的な危険や害悪等を伴う行為か等）
- ② 当該条例内での他の違反行為との均衡
- ③ 同種の違反行為に対する他の法令の罰則の法定刑などを考慮する必要がある。

また、行政罰則は、自然犯的性格が希薄であり、かつ、法人が同罰規定により処罰されることが一般であることから、原則として罰金刑は設けておくべきであると考えられる（抄録450頁〔Q19〕）。

罰金刑の金額についても、上記①～③などを考慮して定めることとなるが、その多額があまりに低いと、刑罰としての感銘力に疑問を生じさせることにな

りかねず、また、選択刑として自由刑と罰金刑が掲げられている場合に罰金の多額があまりに低いと、罰金刑の選択を可能にしている意義が損なわれることにもなりかねないことから、留意が必要である。例えば、法定刑の中には、「1年以下の懲役又は3万円以下の罰金」となっているものが見られるが、このような場合、罰金3万円では不十分な事案については、すべて懲役刑が科されることとなり、罰金刑相当事案と懲役刑相当事案の間のギャップが大きくなりすぎるおそれがあると思われる。法律においても、このような法定刑を定めた罰則規定がなお見られるが、逐次、改正がなされているように思われる。

また、30万円（刑法、暴力行為等処罰に関する法律及び経済関係罰則の整備に関する法律の罪以外の罪については、当分の間、2万円）以下の罰金に当たる事件については、被告人が住居不定である場合に限り、逮捕・勾留をすることができるとされている（刑事訴訟法第60条第3項、第199条第1項ただし書）。もとより、罰金額は、基本的には違反行為の内容自体に応じて定められるべきものであり、逮捕・勾留の必要性のみから30万円を超える罰金刑を定めるべきものではないが、1つの要素としては考慮に値するのではないと思われる。

条例において、主刑（懲役、禁錮、罰金、拘留又は科料）の併科を定めることができるか否かについては、地方自治法第14条第3項は、前記3のとおり、

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。

と規定するのみで、「これらの刑を併科する旨の規定」という文言がないことから、法令に特別の定めがない限り、条例で主刑を併科する旨の規定を設けることはできないと考えられる（抄録451頁〔Q20〕）。

なお、条例の罰則で法定刑について「禁固」と規定しているものを目にしたことがあるが、正しくは「禁錮」である。刑法第9条は、

死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留及び科料を主刑とし、没収を付加刑とする。と規定しており、ここに「禁固」は掲げられていないから、上記条例は、刑法が規定していない刑罰を法定刑として規定していることになり、この部分は適

用できないおそれがあると思われる。

6 両罰規定の要否・妥当性

両罰規定は、法人等の業務主の従業者等が業務主の業務に関して行った行為による効果や利益が、業務主に帰属することにかんがみ、

- ① 当該違反行為がその業務遂行過程において行われることが通常の形態であると認められ、
- ② 業務に関して違反行為が行われた場合に、当該業務主を処罰することが、違反行為の発生を抑止し、当該法令の取締目的を達成することに効果があると認められる

場合に設けるのが相当であると考えられる。

具体的には、

- 業務主自体が独立した義務主体となっている場合
- 義務主体が業務主に限られていなくても、義務主体の中に業務主も含まれる場合
- 違反行為がいわゆる会社ぐるみでなされることが想定される場合には、両罰規定を設けるべきであり、また、これ以外の場合であっても、違反行為が行われる実態を勘案し、違反行為が業務に関して行われた場合に、業務主を処罰する必要があると認められる場合には、両罰規定を設けることが相当であると考えられる（抄録453頁〔Q21〕）。

その場合の規定振りとしては、

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、第○条の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人又は人に対しても、各本条の罰金刑を科する。

という形をとるのが通常であり、また、このように規定すべきものと考えられるが、一部には、このような規定に続けて、

ただし、法人又は人の代理人、使用人その他の従業者の当該違反行為を防止するため、当該業務に対し相当の注意及び監督が尽くされたことの証明があったときは、その法人又は人については、この限りでない。

というただし書を付けているものもある。

しかしながら、最大判昭32. 11. 27刑集11. 12. 3113は、「所論は、廃止前の入場税法17条の3（但し昭和22年法律第142号による改正前の条文）のいわゆる両罰規定は、憲法39条に違反すると主張する。しかし、同条は事業者たる、人の『代理人、使用人其ノ他ノ従業者』が入場税を遁脱または遁脱せんとした行為に対し、事業者として右行為者らの選任、監督その他違反行為を防止するために必要な注意を尽さなかった過失の存在を推定した規定と解すべく、したがつて事業者において右に関する注意を尽したことの証明がなされない限り、事業者もまた刑責を免れ得ないとする法意と解する相当とする。」と判示しているところであり、上記のようなただし書を付けなくても、それが付けられているのと同様に解すべきものである。

それにもかかわらず、上記のようなただし書を付けると、かえって通常型の両罰規定との間で無用な解釈上の混乱を招きかねないことから、両罰規定を設けるに当たっては通常型の規定とすべきであり、仮に地方公共団体から通常型とは異なる両罰規定を設けたいとの意見が示された場合には（条例案に通常型とは異なる両罰規定が盛り込まれているからといって、必ずしも意識的にそのようにしているとは限らず、他の例を参考にしているにとどまる場合も少なくない。）、その合理的な理由の有無を十分に検討し、それが認められないのであれば、通常型に統一するよう申し入れることが必要であると考えられる。

7 経過規定の要否・妥当性

経過規定とは、法令の制定・改廃があったときに、一定の事実に対する旧法令又は新法令の適用関係についての経過措置を定める規定をいう（抄録455頁〔Q23〕）。

経過規定は、罰則以外についても設けられるものであるが、罰則に関する経過規定を設ける必要があるのは、法令の制定・改廃によって処罰範囲が縮減し、又は法定刑が引き下げられる場合において、その制定・改廃後においても、制定・改廃前の罰則規定を適用する必要があるときである。具体的には、

- ① 罰則の全部又は一部が廃止された場合に、廃止前の違反行為につき、廃止

後も当該行為を処罰するのが適当と認められるとき

- ② 法定刑が軽く変更された場合に、変更前の行為につき、従前どおりの刑をもって処罰するのが適当と認められるとき
 - ③ 法律が改正された場合に、新法施行後の一定の行為について旧法の義務体系を新法施行後も適用するときで、かつ、罰則も旧法の義務違反に対する罰則を適用するのが適当と認められるとき
- がこれに当たるが、さらに、経過措置に関する罰則規定を設ける場合として、
- ④ 法律が改正された場合に、旧法の下で行われていた事柄を新法の義務体系に取り込むため特別の経過措置を定めるときで、かつ、これに関して特別の罰則を定めるのが適当と認められるとき

が挙げられる。

これらのうち、上記①の類型については、仮に経過規定を設けなければ、免訴の判決が言い渡されることとなる（刑事訴訟法第337条第2号）。また、上記②の類型については、仮に経過規定を設けなければ、変更後の軽い刑が適用されることとなる（刑法第6条）。

この2つの場合における経過規定の規定振りとしては、

この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。

というものと、

この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、第〇条の規定は、この条例の施行後も、なお効力を有する。

というものが考えられる。

前者の「なお従前の例による」というタイプと、後者の「なお効力を有する」というタイプとの間には、法律効果の面で若干の差異があり、具体的には、

- ある事柄について旧法令が適用される根拠は、後者の場合は、その経過規定によって効力を有するとされる旧法令の規定自体であるのに対し、前者の場合は、旧法令自体は既に完全に失効しており、経過規定のみが適用根拠となる。
- 後者の場合は、そこで効力を有するとされた特定の旧法令の規定だけが問

題とされており、当該旧法令に基づく施行命令等が別にある場合にその施行命令等の効力がどうなるかについては、改めて別途規定しなければならないのに対し、前者の場合は、その経過規定が設けられた特定の旧法令だけでなく、施行命令等も含めて、問題とされている事柄についての法律関係は、包括的に旧法令の規定によることとしているのであるから、その施行命令等に関する経過措置を改めて別途規定する必要はない。

- 後者の場合は、そこで効力を有するとされた規定は、問題となる事柄についてはなお生きているのであるから、それに基づく施行命令等は、必要に応じて後に改正することも可能であるのに対し、前者の場合は、ある事柄に対する法律関係については、旧法令による制度をそのまま凍結しようとするものであるから、この凍結状態を解除することなしに、経過規定によって適用される法律制度に基づく施行命令等を後に改正することは不可能である。ということになる（林修三「法令用語の常識」（日本評論社）4頁～7頁）。

もっとも、罰則に関する経過規定については、上記のような差異は基本的に表面に出ないと考えられるところ（抄録457頁〔Q25〕）、実際上は、罰則については、「なお従前の例による」というタイプの方が一般的であるように思われる。

一方、上記③の類型については、

第〇条の規定によりなお従前の例によることとされる…に係るこの条例の施行後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。という経過規定を設けるのが一般的であると思われる。

このような経過規定が設けられた例として、「絶滅のおそれのある野生動植物の種の保存に関する法律の一部を改正する法律」（平成15年法律第99号）が挙げられる。

すなわち、同法による改正前の「絶滅のおそれのある野生動植物の種の保存に関する法律」においては、国際的に希少な野生動植物の種の譲渡し等の規制について、その確実な実施を図るため、

- 商業目的での譲渡し等が可能な個体等の登録制度、及び
- 適正に入手された原材料器官等から製造された製品であることの認定制度を設けるとともに、これらの制度に係る事務について、国が指定した公益法人

(指定登録機関、指定認定機関)に代行させていた。

これに対し、改正後は、

- 国際希少野生動植物種の個体等の登録等を行う機関を、環境大臣の指定制から登録制に改めるとともに、
- 適正に入手された原材料器官等から製造された製品である旨の認定の事務を行う機関を、環境大臣及び特定国際種関係大臣の指定制から登録制に改める

こととされ、これに伴い、指定登録機関及び指定認定機関がなくなることとなった。

それまで、指定登録機関及び指定認定機関の役員若しくは職員又はこれらの職にあった者については、登録関係事務又は認定関係事務に関し知り得た秘密を漏らしてはならない旨の守秘義務の規定が設けられていたところ、上記改正により、指定登録機関及び指定認定機関自体がなくなることとなったわけであるが、上記「絶滅のおそれのある野生動植物の種の保存に関する法律の一部を改正する法律」においては、附則第5条として、

旧法第23条第1項に規定する登録関係事務に従事する同条第5項に規定する指定登録機関の役員若しくは職員であった者又は旧法第33条の8第1項に規定する認定関係事務に従事する同条第3項に規定する指定認定機関の役員若しくは職員であった者に係る当該事務に関して知り得た秘密を漏らしてはならない義務については、この法律の施行後も、なお従前の例による。

という経過規定が設けられ、改正前の法律に基づく指定登録機関又は指定認定機関の役員又は職員であった者の守秘義務は、改正後も、なお従前の例によることとされた。

そこで問題となるのが、これらの者が改正後に守秘義務違反行為をした場合における罰則の適用関係であり、「この法律の施行前にした行為に対する罰則の適用については、第〇条の規定は、この法律の施行後も、なお従前の例による。」というタイプの経過規定においては、対象となるのは、「この法律の施行前にした行為」に対する罰則の適用であって、施行後にした行為は対象とされていないから、改正後に守秘義務違反行為をした場合を捕捉できないこととな

る。

このようなことから、上記「絶滅のおそれのある野生動植物の種の保存に関する法律の一部を改正する法律」においては、附則第6条として、

この法律の施行前にした行為及び前条の規定によりなお従前の例によることとされる事項に係るこの法律の施行後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。

という経過規定が設けられ、「前条の規定によりなお従前の例によることとされる事項に係るこの法律の施行後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。」とすることで、改正後の守秘義務違反行為に対しても改正前の罰則を適用し得ることとされたものである。

最後に、上記④の類型であるが、例えば、ある営業について、事前届出義務を課すとともに、その違反（無届け営業）につき罰則を設ける場合、規制対象となる営業をその条例の施行前から営んでいる者については、上記義務を履行することは困難であることから、そのような者につき、条例の施行後、一定の期間内に届出をすれば足りる旨の経過規定を設けることがある。

この経過規定による届出義務の実効性を担保するために、罰則を設けることが必要となり得るが、その場合、届出義務の根拠となるのは経過規定であるから、その違反に対する罰則も、経過規定として設けられることとなるのが通常である。

なお、既に述べたように、罰則に関する経過規定を設ける必要があるのは、法令の制定・改廃によって処罰範囲が縮減し、又は法定刑が引き下げられる場合であり、罰則を新設する場合や、罰則の改正によって処罰範囲が拡大する場合、あるいは、法定刑が引き上げられる場合については、経過規定は不要というよりも、むしろ、設けるべきではないと考えられる。これらの場合に施行前の行為に新しい罰則が適用できないことは、憲法第39条から当然のことであり、経過規定を設けることは適当でないと考えられる。

第3 おわりに

以上述べたとおり、条例審査に当たって検討すべき事項は、基本的なものだ

けでもそれなりに多く、また、通常の事件処理等ではそれほど必要とされない法制執務に関する知識等も必要になる。

法制執務に関しては、本稿の末尾に掲げる文献等が参考になるが、慣れや経験の問題もあり、捜査・公判等に従事しつつ条例審査を十分に行うことに困難な面があることは否定できないように思われる。

しかしながら、ひとたび問題のある条例が制定されると、具体的な事件における解釈・適用に問題を生じ、捜査・公判に支障を来しかねないこととなる。

それと同時に、そのような問題のある条例が一つの先例となって、以後、当該地方公共団体において、同様の問題を含む条例が制定され得ることとなり、それに対して意見を述べても、先例があるとして修正に応じてもらえなくなるほか、他の地方公共団体においても、条例案の立案に当たってそのような問題のある条例が参考とされ、同様問題を含む条例が他の地方公共団体でも成立するということにもなりかねない。

このように、条例審査に当たっては、問題のある条例が制定されると、様々な問題を生じかねないことを踏まえ、十分な検討を行った上で、必要かつ適切な意見を適時に述べるのが肝要であると思われる。

(法制執務に関する参考文献)

- ・法制執務研究会編「新訂ワークブック法制執務」(ぎょうせい)
- ・林修三「法令作成の常識」(日本評論社)
- ・林修三「法令用語の常識」(日本評論社)
- ・林修三「法令解釈の常識」(日本評論社)
- ・法令用語研究会編「法律用語辞典(第3版)」(有斐閣)
- ・吉国一郎ほか編「法令用語辞典(第9次改訂版)」(学陽書房)