

調 査 解 説

1 罰則の定めのある条例審査のQ & A

刑事局刑事法制課

目 次

(条例一般)

- Q 1 条例の制定は、どのような手続によって行われるのか。 425
- Q 2 条例では、どのような範囲で罰則を設けることができるのか。 427
- Q 3 地方自治法第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、罰則を科することができる旨規定しているが、「法令に特別の定めがあるもの」とは、具体的にどのような場合をいうのか。 428
- Q 4 条例で刑罰を科すこととされる犯罪は何か。 430

(罰則の定めのある条例審査一般)

- Q 5 罰則の定めのある条例案について、検察官が審議に参画し、意見を述べる理由は何か。 431
- Q 6 条例審査に当たっての基本的留意事項は何か。 433
- Q 7 条例審査の及ぶ範囲はどこまでか。 434

例えば、①許可なしに一定の行為をした者を処罰する旨の規定が存する場合において、許可の要件を変更する改正、②団体の業務に関する監督官庁への報告につき不報告・虚偽報告・検査拒否等の罰則が設けられている場合において、当該団体の業務範囲を変更する改正についてはどうか。

Q 8 刑事罰則の要否を考える上で考慮すべき事項は何か。 ……………	435
Q 9 条例と国の法令の関係については、どのような点に注意すべきか。 …	436
Q 10 不備のある条例がすでに成立している場合には、どのように対応すべきか。 ……………	438

(構成要件)

Q 11 罰則の構成要件を検討する際に留意すべき基本は何か。 ……………	439
Q 12 過失犯処罰規定の要否についてどのように考えるか。 ……………	441
Q 13 直罰規定、間接罰規定とは何か。また、直罰規定と間接罰規定をどのように使い分けるのか。 ……………	442
Q 14 立入検査又は立入りに関する規定について留意すべき点は何か。 …	444
Q 15 検査等拒否罪において立入拒否を独立の罪としているものと、立入拒否自体は処罰していないものがあるが、違いはどうか。 ……………	445
Q 16 不記載（不届出、書類の不提出）の罪と虚偽記載（虚偽届出、虚偽書類の提出）の罪については、どのような点に注意する必要があるか。 ……………	447
Q 17 義務規定とこれを担保する罰則規定が別条で規定される場合、「…に違反した者」と「…に違反して…した者」とは、どのように使い分けるか。 ……………	448

(刑の種類)

Q 18 条例で科し得る刑罰は何か。 ……………	449
Q 19 法定刑を定める上で一般的に留意すべき事項は何か。 ……………	450
Q 20 条例で併科規定を設けることは可能か。 ……………	451

(両罰規定)

Q 21 両罰規定はどのような場合に設けるのか。 ……………	453
Q 22 両罰規定に「但し、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、当該業務又は財産に対し相当の注意及び監督が尽されたことの証明があつたときは、その法人又は人	

については、この限りでない。」との規定を置くことの当否如何。 …… 454

(経過規定)

Q 23 経過規定とは何か。 ……………	455
Q 24 罰則に関する経過規定を設ける必要性があるのは、どのような場合か。 ……………	456
Q 25 罰則に関する経過規定には、どのような記載例があるか。 ……………	457
Q 26 罰則が新設された場合や法定刑が重く変更された場合にも経過規定は必要か。 ……………	458

はじめに

条例案の作成手続においては、国の法令のように内閣法制局の審査手続や法務省等との協議がないが、条例において罰則が設けられた場合には、その罰則に基づいて実際に事件処理を行う検察官の職務にも大きく関わることになる。そこで、各地方検察庁の検察官は、各地方自治体から罰則の定めのある条例の制定・改廃について相談を受けた場合には、検察官の述べる意見が条例における罰則の内容の適正さを確保する上で大きな意義を持つことから、必要かつ適切な意見を述べることが求められる。

他方、罰則の定めのある条例案の審査（以下「条例審査」という。）は、指導係検事の担当事務とされているところ(注)、この種の事務は通常の事件処理とは異なる面があり、担当検察官においても、条例審査の経験は必ずしも十分でない場合がある上、複雑かつ難解な問題点を含む条例案もあると思われる。

そこで、本稿は、条例審査を担当する検察官の身近な参考資料として、その審査の基本事項をQ&A方式で紹介することとするものである。

(注) 係検事に関する規程上、指導係検事の担当事務には「罰則の定めのある条例に関する事項」が含まれている。

参考文献・資料（本文中で引用したものは太字で示した形に略して引用し、本文中編集物の執筆者を〔 〕で表示した。）

○ 条例関係

- ・池田茂穂「条例と検察」研修415・42（昭和58年）
- ・伊藤栄樹編著『新おかしな条例』（ぎょうせい、昭和56年）
- ・猪野積編著『条例と規則(1)（新地方自治法講座2）』、『条例と規則(2)（新地方自治法講座3）』（ぎょうせい、平成9年）
- ・岩崎忠夫編『条例と規則（実務地方自治法講座2）』（ぎょうせい、平成2年）
- ・兼子仁『条例をめぐる法律問題（条例研究叢書1）』（学陽書房、昭和53年）
- ・日下千章＝大井民雄『条例規則の見方・つくり方』（第2次改訂版）（学陽書房、昭和57年）
- ・小島和夫『やさしい条例・規則の見方・読み方・作り方』（月刊地方自治職員研修臨時増刊号第55号（公職研、平成9年）
- ・条例実務研究会編『条例解説全集第1巻』（ぎょうせい、昭和58年）

○ 地方自治法関係

- ・地方自治制度研究会編『Q & A改正地方自治法のポイント』（ぎょうせい、平成11年）
- ・長野士郎『逐条地方自治法』（第10次改訂新版）（学陽書房、昭和58年）
- ・成田頼明＝園部逸夫＝金子宏＝塩野宏編『注釈地方自治法1～3』（全訂）（第一法規、平成12年）

○ 法制関係

- ・浅野一郎編著『立法の過程（立法技術入門講座1）』（ぎょうせい、昭和63年）
- ・内閣法制局法令用語研究会編『法律用語辞典』（有斐閣、平成5年）
- ・林修三『法令作成の常識』（第2版）（日本評論社、昭和50年）
- ・林修三『法令解釈の常識』（第2版）（日本評論社、昭和50年）
- ・前田正道編『ワークブック法制執務』（全訂）（ぎょうせい、昭和58年）

○ その他

- ・伊藤栄樹＝小野慶二＝莊子邦雄編『注釈特別刑法第二巻準刑法編』（立花書房、昭和57年）
- ・検察月報
- ・最高裁判所刑事裁判例集、最高裁判所民事裁判例集

(条例一般)

Q1 条例の制定は、どのような手続によって行われるのか。

A 条例は、①地方公共団体の長又は議会の議員による発案、②地方公共団体の議会の審議・議決、③条例の公布の手続を経て制定されるのが通常である。

通常条例審査が行われる地方公共団体の長の発案に係る条例案の立案過程については、各地方公共団体ごとに様々な態様があり、一般化は困難であるが、代表的な例は以下のとおりである（注）。

① 原案の作成

まず、担当課を中心に原案を作成する。ここでその内容や立法の必要性、立法事実などを検討するが、要すれば、関係法令を所管する中央官庁の意向を打診したり、総務省自治行政局（旧自治省行政局）行政課の意見を聴いたり、都や他府県の動向を調査する。このような検討を経て一次原案が作成され、これに基づいて関係部局との協議・調整に入る。

関係部局との協議・調整が整うと、案文を作成し、正式に局・部課長の承認をとる。

② 条例案の作成・審査

次に、総務部局の法規担当課（文書課など）に案文が送付され、担当課と協議の上、条例案を立案する。条例案は、法制担当課長の主率する「法令審査会」等と呼称される審査会で審査され、これを経ることにより最終的な条例案の起案が終わったことになる。

③ 提出への手続・外部との調整

最終条例案は、知事の決裁を受け、財務部局の議案担当課に送られ、ここで最終的に議案書が作成され、議会へ送付される。財務部局に送られるのは、条例案の内容について、予算その他の財政措置との関係を明確にする必要があるからである。

なお、以上の内部手続だけでなく、この過程において外部との調整も行われる。中央官庁との協議や、問題に応じて、種々の利害関係者との間で、協議、説明、調整、説得等が行われる。また、これと併行して、議会への根回

しも必要となり、議会各政党や会派、議員個人への説明等も行われる。

(注) 浅野・立法の過程285

Q 2 条例では、どのような範囲で罰則を設けることができるのか。

A 憲法第94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、地方公共団体に条例制定権を付与し、これを受けて、地方自治法は、第14条第1項において普通地方公共団体の条例制定権一般に関する規定を設けている。

そして、同条第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（注1）を科する旨の規定を設けることができる。

と規定して、普通地方公共団体に、条例中に条例違反に対する刑罰及び過料を設けることの授權をし、「法令に特別の定めがあるものを除」いて（注2）、構成要件及び法定刑（ただし、上限は同条第3項の範囲内）につき、すべて条例の定めによだねることとしている。

（注1）地方自治法は、平成11年7月に成立し公布された地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律により大幅に改正されているところ、罰則に関する授權について規定する旧地方自治法第14条第5項に対応する規定が、改正後の地方自治法第14条第3項に設けられている。なお、秩序罰である過料については、同改正により新たに設けられたものである。

（注2）「法令に特別の定めがあるもの」の具体例については、Q3を参照。

Q 3 地方自治法第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、罰則を科することができる旨規定しているが、「法令に特別の定めがあるもの」とは、具体的にどのような場合をいうのか。

A 地方自治法第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。

と規定している。

この「法令に特別の定めがあるもの」とは、一般に次のような場合をいうものと解されている（注）。

① 法令が罰則を設けることを禁止している場合又は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

後者の例としては、消防法第9条の火災の発生のおそれのある設備の取締りの市町村条例については、同法第9条の3の危険物等の貯蔵等の基準に関する同法第46条（「第9条の3の規定に基づく条例には、これに違反した者に対し、20万円以下の罰金に処する旨の規定を設けることができる。」）のような規定がないことから、反対解釈として、これに罰則を設けることができないと解釈されている。

② 法令で条例違反に対する罰則を規定している場合

例えば、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項は、「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、同法第49条第3項第8号で同法第28条第2項の規定に基づく都道府県の条例に違反した者は、「6月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。」と規定しており、

この場合は、条例で独自の罰則を定めることはできない。

③ 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

例えば、都市計画法第97条は、「第58条第1項の規定（※風致地区内における建築等の規制）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、条例で規定できる罰則が罰金のみに限られることを明確にしており、このような場合には、条例で規定できる罰則は、法令で定める刑罰の種類及びその限度に限られることになる。

④ 法令で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を科する旨の規定を設けている場合

例えば、地方税法第72条の11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。」としており、このような場合には、過料以外に刑罰を科することはできない。法律は秩序罰で十分であると考えているからである。

（注）小島・やさしい条例114、兼子・条例をめぐる法律問題113、長野・逐条126等

Q 4 条例で刑罰を科すこととされる犯罪は何か。

A 一般的には、条例で刑罰を科すこととされる犯罪は、「行政犯」であって、「刑事犯」又は「自然犯」ではないということでは出来るものの、行政犯と自然犯との区別は、必ずしも明確ではなく、条例によって自然犯に刑罰を科すことはできないと断ずることは困難であろう。

(注)「刑事犯」とは、殺人や強盗のように、法律の規定をまつまでもなく、それ自体で社会的、倫理的な非難に値する犯罪であり、自然犯ともいう(内閣法制局・法律用語辞典342)。

他方、「行政犯」とは、行政罰を科されるべき非行をいい、刑事犯との区別については種々の見解があるが、一般には、行政犯は行政上の目的による制限、禁止に違反するため制裁されるものであるのに対して、刑事犯はその行為自体が反道徳性、反社会性を有しているものであるとされている(内閣法制局・法律用語辞典274)。

(罰則の定めのある条例審査一般)

Q 5 罰則の定めのある条例案について、検察官が審議に参画し、意見を述べる理由は何か。

A 罰則の解釈・適用上不備な点のある条例について、検察官が積極的に是正を求める措置をとることの根拠如何との質疑(昭和46年10月20日)に対し、刑事局は、以下のように回答している。

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」と規定されている(注1)。

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、消極的意見であるが、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)(注2)の趣旨に則り運用されたい。

もとより、条例は、地方公共団体がそれぞれの創意工夫に基づき、地域の安定と住民の福利増進をめざして地域的事情に適合したきめ細かな行政を行う必要から制定する自主立法であり、最終的な決定権限は当該地方公共団体にあって、その自主性に配慮する必要があることはもちろんであるが、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を困難ならしめるものであるときは、条例の実効性のみならず、

ひいては一般法令の権威に対しても影響するところが少なくないのであるから
(注3)、県庁等の関係機関と適宜連絡を取り、できる限り罰則の定めのある条例については、事前に協議を行う機会が持てるようにするとともに、すでに成立した条例にあっても、問題のあるものについては、適宜検討を加え、率直に意見を述べる必要があると考えられる。

(注1) 地方自治法は、平成11年7月に成立し公布された地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律により大幅に改正されているところ、上記質疑にある旧地方自治法第245条第4項については、これに対応する規定が改正後の地方自治法第245条の4(技術的な助言及び勧告並びに資料の提出の要求)第1項に設けられており、上記質疑は、かかる地方自治法の改正後も妥当するものと考えられる。

(注2) 昭和36年9月21日開催全国総務部長校事会同における竹内刑事局長指示(月報147・7)

第7には、条例罰則の審議及び検討についてであります。

近時、地方公共団体において各種条例が整備されるに伴い、罰則の定めのある条例も次第にその数を増してきているのであります。これらについては、各庁からの御報告により、逐一承知いたしておりますが、なかには、国の法律ないしは条例制定の根拠法としての地方自治法の規定等に照らし、疑義のあるやに窺われる罰則もときとして見受けられるのであります。このような事態が生ずるのは、各地方において最も権威ある法務官衙である検察庁に対し、事前に意見を求める措置がとられなかつたことに起因するのではないかと推察しておりますが、かかる罰則に違反する者があつた場合、規定の不備からこれを処罰しえないことになれば、条例の実効性、ひいては一般法令の権威に対しても影響するところが少なくないと考えられるのであります。各位は、平素から地方公共団体関係者との接触に留意し、条例の制定に当たっては、おのずから意見を求められる雰囲気を作成して、その審議に参画するとともに、既存の条例罰則についても必要に応じて検討を加え、是正すべきは是正せしめるよう措置し、もつて、条例の権威を確保することといたされたいのであります。

(注3) 池田・条例と検察

Q 6 条例審査に当たっての基本的留意事項は何か。

A 条例審査における留意事項は、もとより多岐にわたるものであるが、基本的事項としては、以下のものが挙げられよう。

- ① 罰則をもって規制すべき事項かどうか。
- ② 法律の範囲内であるか、国法と抵触することはないか。
- ③ 構成要件は明確か。
- ④ 義務規定を定めた本則と罰則との間にそごはないか。
- ⑤ 直接ある行為を処罰するか(直罰)、あるいは、まず、行政命令によってその是正を図り、その命令違反を処罰するか(間接罰)。
- ⑥ 両罰規定を設けるべきところ、それを欠いていないか。
- ⑦ 地方自治法第14条第3項の定める刑の上限を超えていないか。
- ⑧ 改廃の経過規定は十分か。

Q 7 条例審査の及ぶ範囲はどこまでか。

例えば、①許可なしに一定の行為をした者を処罰する旨の規定が存する場合において、許可の要件を変更する改正、②団体の業務に関する監督官庁への報告につき不報告・虚偽報告・検査拒否等の罰則が設けられている場合において、当該団体の業務範囲を変更する改正についてはどうか。

A 罰則自体の新設、変更でなくても、罰則の適用に関わる事項であれば条例審査が及ぶことはいうまでもない。①及び②については、各罰則規定による処罰範囲に変更を来すことになることから、罰則の適用に関わる事項の改正として条例審査が及ぶと考えられる。

具体的には、①については、罰則に関する経過規定の要否、罰則を設けること自体の当否（当該変更により当罰性に影響が生ずる場合がある。）、構成要件の明確性等の観点からの検討を要することとなる。

また、②については、団体に同一性があり、法改正による変更前の業務に関し、法改正後においてもなお報告義務は存続すると認められる場合には、罰則に関する経過規定は不要と解されるものの、そのような場合であるか否か等につき検討の要がある。

Q 8 刑事罰則の要否を考える上で考慮すべき事項は何か。

A 一般的に言えば、①関係法令の体系の中で当該条例案の占める位置、義務規定の性質（実体規定、手続規定、組織規定）及び規制の仕組み全体を踏まえて、②刑事罰則の前提となる義務の重要性、対象となる行為の行政に及ぼす影響、他の同種の条例との整合性、行政措置による違反の防止の可能性、刑法等による対応の可否、限度等を考慮して、③違反行為に対して刑罰をもって臨むことが行政の円滑な実現及び秩序維持に必要不可欠と認められる場合に刑事罰則を設けることとなる。

Q 9 条例と国の法令の関係については、どのような点に注意すべきか。

A 憲法第94条により、条例は「法律の範囲内」で制定することができる。また、地方自治法第14条第1項により、普通地方公共団体は「法令に違反しない限りにおいて」条例を制定することができ、更に同条第3項により、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年以下の懲役等の刑等を科すことができる。

条例と国の法令の抵触の問題は困難な問題であり、一般論としては、周知のいわゆる徳島市公安条例事件判決（注1）において示されているとおりであるが、国の法令において同一事項を規定する規定の存否を調査した上、これが存在する場合にはその内容をよく検討し、特に、①条例と国の法令の目的の異同、②国の法令の規制の趣旨（例えば、国の法令の規制が全国的な観点からの最低基準（ナショナル・ミニマム）を定めたものと考えられる場合には、条例と国の法令の規制目的が同一であっても、いわゆる上乗せ条例（注2）の制定は可能と考えられる。（注3））等に留意して検討する必要がある。

（注1）徳島市公安条例事件判決（最判昭50・9・10刑集29・8・489）は、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これを決しなければならないとし、例えば、

① 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うる

② 特定事項についてこれを規律する国の法令と条例が併存する場合でも、

ア 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ことがないとき

イ 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解されるとき

は、国の法令と条例との間になんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえないのである

としている。

（注2）「上乗せ条例」とは、法律が一定の事項について、一定の目的で規制している場合に、法律よりも厳しい規制を行う条例をいう（内閣法制局・法律用語辞典62）。

（注3）国法が、自ら定める規制の程度をもっておよそその分野に関する規制の最高限度とする趣旨を含むと解され、条例が国法の定めるところ以上に強力な規制をすることは許されないとした事例として、いわゆる普通河川の管理について定める普通地方公共団体の条例において、河川法がいわゆる適用河川又は準用河川について定めるところ以上に強力な河川管理の定めをすることは、同法に違反し許されないとした最判昭53・12・21民集32・9・1723がある。

（注4）国法と条例との関係については、これまでの条例審査において、例えば、

①右翼の街宣車対策等のための暴騒音規制条例について、軽犯罪法第1条第14号〔静穏妨害の罪〕、国会議事堂等周辺地域及び外国公館等周辺地域の静穏の保持に関する法律（東京都の場合）第7条（罰則）、第6条（違反に対する措置）との関係

②指定有形文化財を損壊等した者に罰金を科す旨の規定を設けている文化財保護条例について、刑法第260条前段（建造物等損壊）、第261条（器物損壊等）、文化財保護法第107条〔重要文化財の損壊等〕等との関係

③いわゆるポイ捨て条例について、廃棄物の処理及び清掃に関する法律第26条第5号〔罰則〕、第16条（投棄禁止）等との関係

が、それぞれ問題とされた。

なお、①に関しては、伊藤・注釈特別刑法第二巻〔伊藤栄樹〕81が、軽犯罪法第1条第14号と騒音の発生に関して罰則を定めている東京都公害防止条例との関係について解説を加えており、適宜参照されたい。

Q10 不備のある条例がすでに成立している場合には、どのように対応すべきか。

A 問題点の指摘はもとより、次期改正の際には必ず事前に検察庁と協議をするよう申入れをすべきである。

また、条例の不備が大きく看過できない場合には、罰則の適用を差し控えることとなる旨の申入れをすることが相当な場合もあろう。

(構成要件)

Q11 罰則の構成要件を検討する際に留意すべき基本は何か。

A 行政罰則については、法定犯であるので、処罰の対象となる行為の範囲が一義的に明瞭となっていることが特に要請されるとともに、処罰の範囲に穴があり脱法行為を許す結果となることを避ける必要がある。

このような問題点の有無を検討する上で最も重要なことは、本体たる義務規定の実態を十分に検討し、義務の内容を明確にすることである。したがって、まずもって、当該条例が何を目的としてどのような体系の下に何を規制しようとしているかを明らかにする必要がある。

また、罰則規定上の文言(又は一定の義務違反に対し刑罰を科する場合には、その義務を定める規定上の文言)には、できる限り定義規定を置き、その内容を明確にしておくこと、内容のあいまいな文言はできる限り用いないこと(注)、犯罪が成立する時期を明確にしておくこと(例えば、届出義務を課し、違反者には罰則を科するような規定で、どの時点を経過すれば義務違反となるのかが不明確である場合には、これを明示する必要がある。)にも留意する必要がある。

さらに、構成要件(除外事由等を含む。)を検討するに当たっては、現実にとどのような形で立証されることとなるかを考慮しておくことも必要である。

(注) 以下の指摘も適宜参考にされたい。

○ ○○町馬車取締条例において、馬車の構造基準を定める

車台及び乗車設備の内外に風紀をみだすおそれのある絵画若しくは文字等を付し、又は風紀をそこなうものを設備しないこと。

との規定について、「風紀をみだすおそれ」というのは、その内容があいまいで、罰則の明確性という観点からすると相当問題がある。「風紀」という言葉は、一般的に「風俗」とほぼ同意義に使われており、「風俗」という言葉は、「善良な風俗」とか「風俗を害する」とかの形で憲法や法律でも使われ、ある程度法律用語として定着している。したがって、「風紀をみだす」という意味はなんとか理解できそうだ。しかし、その「おそれ」となると、漠として、一体どのようなものが「風紀をみだすおそれがある」とい

うのかはっきりしない。その上、このおそれのある『絵画若しくは文字等』の『等』も何を指すのかかなりあいまいである。」(伊藤・新おかしな条例〔鶴田六郎〕281)

- 「もう一つの注意事項は、包括的・抽象的な意味をもつ字句は、なるべく使わないようにするということである。こういう字句は、どうしても罰則の構成要件をあいまいにするおそれがある。そういう意味で、

いかなる名義をもってするを問わず、第〇条の規定による禁止を免れる行為をしてはならない。

などのような脱法行為禁止の規定は、特別にそういう表現をするやむをえない必要のある場合は別として、あまり適当な表現とはいえないであろう。それと同様の意味で、『…と同様な性質を有する行為』、『これに類する行為』などを禁止するというような字句も、罰則の構成要件の一部としては、あまり適当な表現とはいえない。」(林・法令作成の常識182)

Q12 過失犯処罰規定の要否についてどのように考えるか。

A 刑法第38条第1項は、過失犯を処罰するためには、それぞれの罰則規定に過失犯を処罰する旨を特に定めなければいけないと定めており、このことは、刑法第8条を通じて、刑法以外の刑罰規定を定める法令の規定にも当てはまることになる。

もっとも、行政罰則については、立法目的等からして明文の規定がなくとも過失犯の処罰が可能と解されている場合もあるが(注1)、疑義を避ける意味でも、過失犯を処罰する必要がある場合は、その旨を明示するようにしなければならない(注2)。

(注1) いわゆる忘却犯の場合について、最判昭28・3・5刑集7・3・506(外国人登録令の登録証不携帯)、最判昭37・5・4刑集16・5・510(古物営業法の記憶義務違反)は過失による違反を罰するものとしている。

(注2) 道路交通法第121条第2項では、免許証不携帯等につき過失犯をも処罰する旨の規定を設けている。

道路交通法

第121条 次の各号のいずれかに該当する者は、2万円以下の罰金又は科料に処する。

一～九の三 (略)

十 第95条(免許証の携帯及び提示義務)第1項又は第107条の3(国際運転免許証等の携帯及び提示義務)前段の規定に違反した者

2 過失により前項第9号の3又は第10号の罪を犯した者は、2万円以下の罰金又は科料に処する。

Q13 直罰規定、間接罰規定とは何か。また、直罰規定と間接罰規定をどのように使い分けるのか。

A 直罰規定とは、罰則の定め方として、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されるという形を採るものである。これに対し、間接罰規定とは、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、違反を是正するなど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採るものである。(注1)

一般的には、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可罰性が強く、かつ、義務又は禁止の内容が明確な場合に用いられる。

これに対し、間接罰規定は、①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、②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などに用いられる。

間接罰規定は、取締りの立場からすると遠ではないかとも思われる場合があるが、義務規定又は禁止規定を設けること自体に憲法上の権利等との関係で問題になるようなときには、これに係る刑事罰則についても同様の問題が現れるため、問題をより少なくするには間接罰規定の方が適切であるし、また、自己の行為が法令違反になるのか否かを認識することが困難である場合には、直罰規定にしても取締りの実効性が得られるかは疑問であり、むしろいったん警告等を与え、それに対する違反を処罰する間接罰規定の方が適切である(注2)。

(注1) 近時、いわゆる議員立法として成立したストーカー行為等の規制等に関する法律は、以下のように、直罰規定(同法第13条)と間接罰規定(同法第14条及び第15条)の両方を定めている。

(禁止命令等)

第5条 公安委員会は、警告を受けた者が当該警告に従わずに当該警告に係る第3条の規定に違反する行為をした場合において、当該行為をした者が更に反復して当該行為

をするおそれがあると認めるときは、当該行為をした者に対し、国家公安委員会規則で定めるところにより、次に掲げる事項を命ずることができる。

一 更に反復して当該行為をしてはならないこと。

二 (略)

2, 3 (略)

(罰則)

第13条 ストーカー行為をした者は、6月以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

2 (略)

第14条 禁止命令等(第5条第1項第1号に係るものに限る。以下同じ。)に違反してストーカー行為をした者は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

2 前項に規定するもののほか、禁止命令等に違反してつきまとい等をする事により、ストーカー行為をした者も、同項と同様とする。

第15条 前条に規定するもののほか、禁止命令等に違反した者は、50万円以下の罰金に処する。

(注2) 国会議事堂等周辺地域及び外国公館等周辺地域の静穏の保持に関する法律第6条及び第7条や、これと類似する各自治体において見られるいわゆる暴騒音規制条例が直罰規定ではなく間接罰規定を置いているのは、このような配慮があるからである。

Q14 立入検査又は立入りに関する規定について留意すべき点は何か。

A 行政機関の職員が、法令の執行を確保するために、当該行政機関の監督を受ける個人又は法人の事務所、事業場、工場、倉庫等に、帳簿書類その他の物件の検査又は質問のために立ち入ることを必要とする場合がある。このような立入りを、法令上「立入検査」又は「立入り」という。

行政機関の職員が一般の個人又は法人の事務所等に強制的に立ち入ることは、これを受ける側からみれば、相当大きな権利又は自由の制限になることであるから、立入りについては、公益上必要がある場合に限り、しかも公益上必要な最小限度のものとすべきであり、具体的な規定の書き方としても、できるだけ制限的に、明確にすることが望ましい。

すなわち、「この条例を施行するため必要があると認めるときは」との規定振りは、必ずしも適当ではなく、「この条例の施行に必要な限度において」等の限定を付ける必要があり、また、立入りを行う場所を明確に限定し、立ち入った後に行う権限の範囲も明確にすべきである。

Q15 検査等拒否罪において立入拒否を独立の罪としているものと、立入拒否自体は処罰していないものがあるが、違いはどうか。

A 厳密に言えば、立入り自体が一つの重要な意味を持っている場合は立入拒否罪を独立して設けることに合理性も認められるが、通常の検査権との関係では検査等の目的をもった立入りのみが問題となり、これを拒否すれば通常は検査拒否となるので、立入拒否を独立に処罰する場合には、その必要性をよく検討する必要がある。

(注) それぞれの立法例は、以下のとおりである。

○ 立入拒否罪を定めている例

風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律

(報告及び立入り)

第37条 公安委員会は、この法律の施行に必要な限度において、風俗営業者、性風俗特殊営業を営む者、第33条第6項に規定する酒類提供飲食店営業を営む者、深夜において飲食店営業(酒類提供飲食店営業を除く。)を営む者又は接客業務受託営業を営む者に対し、その業務に関し報告又は資料の提出を求めることができる。

2 警察職員は、この法律の施行に必要な限度において、風俗営業又は店舗型性風俗特殊営業の営業所(個室その他これに類する施設(以下この項において「個室等」という。))を設ける営業所にあつては、客が在室する個室等を除く。)に立ち入ることができる。深夜においては、設備を設けて客に飲食をさせる営業の営業所についても、同様とする。

3, 4 (略)

第49条 1～5 (略)

6 次の各号のいずれかに該当する者は、20万円以下の罰金に処する。

一～七 (略)

八 第37条第1項の規定に違反して報告をせず、若しくは資料を提出せず、若しくは同項の報告若しくは資料の提出について虚偽の報告をし、若しくは虚偽の資料を提出し、又は同条第2項の規定による立入りを拒み、妨げ、若しくは忌避した者

○ 検査拒否罪のみを定めている例

化学兵器の禁止及び特定物質の規制等に関する法律

(立入検査)

第33条 通商産業大臣は、この法律の施行に必要な限度において、その職員に、許可製造者、承認輸入者、許可使用者又は廃棄義務者の事務所、工場その他の事業所に立ち入り、帳簿、書類その他の物件を検査させ、関係者に質問させ、又は試験のため必要な最小限度の分量に限り試料を無償で取去させることができる。

2～4 (略)

第45条 次の各号の一に該当する者は、30万円以下の罰金に処する。

一八 (略)

九 第33条第1項の規定による検査若しくは取去を拒み、妨げ、若しくは忌避し、又は質問に対して答弁をせず、若しくは虚偽の答弁をした者

十 (略)

Q16 不記載（不届出、書類の不提出）の罪と虚偽記載（虚偽届出、虚偽書類の提出）の罪については、どのような点に注意する必要があるか。

A 不記載（不届出、書類の不提出等）の行為を処罰する場合、併せて虚偽記載（虚偽届出、虚偽書類の提出等）の行為を処罰する規定を設けることが多いが、このような場合、「業者（…責任者）は、…を記載しなければならない。」「…を届け出なければならない。」「虚偽の届出をしてはならない。」という規定は設けないのが通例である。

この場合、不記載等の罪は、不作為犯であるから、その義務主体をどのように定めるかについて十分に検討する必要があるが、虚偽記載等の罪については、積極的な作為が問題となることから、記載義務等の有無とはかわりなく、何人の行為でも対象とすることができ、行為主体が記載義務等の主体に限られる場合のほか、特に主体を限定しない場合が考えられる。したがって、この種の罰則を設けるとときには、どちらの趣旨で設けるのかを確認するとともに、その趣旨が明らかになるように規定振りにについても考慮すべきである。

(注1) 両者の罰則をまとめて一つにして規定する場合、法案審査においては、従来、「第〇条の規定による事項を…に記載せず、又は虚偽の記載をした者」等と規定することが多く、虚偽記載等の罪について主体をどう見るのか解釈上疑義を招くことがあった。

不記載の罪と虚偽記載の罪とで主体を異にする趣旨であるときは、例えば、「第〇条の規定に違反し、又は同条の…について虚偽の記載をした者」等とするのが相当であろう。

(注2) 「主務大臣（知事等）は、…のため、〇に対し、…について報告を求めることができる。」との規定を置いた上、この関係で不報告、虚偽報告の罰則を設ける例もよく見られる。

この場合でも、同様の問題はあり、不報告の罪の主体としては報告を求められた者に限られるのに対し、虚偽報告の罪については、主体を報告を求められた者に限るのか特に限定しないのかを確認した上、規定振りに留意すべきである。

Q17 義務規定とこれを担保する罰則規定が別条で規定される場合、「…に違反した者」と「…に違反して…した者」とは、どのように使い分けるか。

A 前者は、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、後者は、前者の規定振りによっては違反行為の内容がその成立時期も含め不明確であるとか義務違反の一部のみを処罰の対象としようとする場合に用いるのが適当である。

例えば、義務規定が「…を営もうとする者は、知事の許可を受けなければならない。」等のように規定されている場合に、罰則規定を、単に「…に違反した者」としたのでは、犯罪の成立時期が不明確になるので、後者を用いることとなる。また、書面の交付が義務付けられている場合において、虚偽の記載をした書面を交付する行為も処罰するときは、後者を用いることになる。

(注) 以下の指摘も適宜参考にされたい。

「地方の条例などによくみられる例であるが、『…は、…するとともに、…してはならない』という義務規定に対して、単に、第〇条の規定に違反した者を処罰するとされると、処罰される対象が、どういう行為か必ずしもはっきりしない。前半の『…するとともに』という規定がはたして義務を命じた規定かどうかははっきりしないので、これに対する違反も処罰されるかどうか、ややはっきりしないのである。」(林・法令作成の常識180)

(刑の種類)

Q18 条例で科し得る刑罰は何か。

A 条例で科し得る刑罰は、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、料料又は没収である(地方自治法第14条第3項)。

もっとも、没収については、刑法第一編の総則中に第19条(没収)の規定があり、同法第一編の規定は、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されることとされているので(同法第8条)、条例違反の罪に対しても同法第19条の適用があり、条例において刑法どおりの没収を科そうとするときは格別の規定は必要がなく、同条の特例を設ける場合にのみ(注)、条例の特別の規定を必要とすることになる。

(注) 例えば、必要的没収規定を設けるような場合がこれに当たる。

Q19 法定刑を定める上で一般的に留意すべき事項は何か。

A 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、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（刑法を含む。）の罰則の法定刑等を考慮して決定する必要がある。

また、行政罰則は、自然犯的性格はき薄であり、かつ、法人が両罰規定により処罰されることが一般であるので、原則として罰金刑は設けておくべきである。

Q20 条例で併科規定を設けることは可能か。

A 条例で科することとすることができる刑罰の種類は、懲役若しくは禁錮、罰金、拘留、科料又は没収であるが、このうち没収以外は、主刑であり、主刑の併科は、法律で併科することができる旨の定めがある場合に限られている。もっとも、没収は、附加刑であるから、主刑と没収との併科は可能である。

条例で刑罰（主刑）の併科を規定す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

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、条例で刑罰（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るのが相当であろう。

（注1）行政実例として、「地方自治法第14条第5項（※改正後の地方自治法第14条第3項に対応）の規定を根拠として条例に罰則を付する場合、懲役と罰金を併科する旨の規定を設けることはできない。」（昭24, 12, 15長崎県総務部長宛、昭27, 10, 22岐阜市警察本部長宛）とするものがあり、日下・条例規則の見方130、小島・やさしい条例119も同旨である。

なお、平成11年の地方自治法の改正は、機関委任事務制度の廃止と自治事務及び法定受託事務の創設、地方公共団体に対する国又は都道府県の関与のルール等に係るものであり、併科規定存置の可否に影響を及ぼすような改正は行われていないことから、その改正後も、併科規定に関する行政実例は従前どおり妥当とするのが総務省自治行政局（旧 自治省行政局）行政課の見解である。

（注2）都道府県漁業調整規則においては、懲役と罰金の併科規定が存するが、これは、法令による特別の定め（地方自治法第15条第2項参照）である漁業法第65条第2項及び第3項並びに水産資源保護法第4条第2項及び第3項の規定に基づくことによる（成田・注

積地方自治法1・736等)。

漁業法

(漁業調整に関する命令)

第65条 (略)

2 前項の規定による農林水産省令又は規則には、必要な罰則を設けることができる。

3 前項の罰則に規定することができる罰は、農林水産省令にあつては2年以下の懲役、50万円以下の罰金、拘留若しくは科料又はこれらの併科、規則にあつては6月以下の懲役、10万円以下の罰金、拘留若しくは科料又はこれらの併科とする。

4～7 (略)

水産資源保護法

(水産動植物の採捕制限等に関する命令)

第4条 (略)

2 前項の規定による農林水産省令又は規則には、必要な罰則を設けることができる。

3 前項の罰則に規定することができる罰は、農林水産省令にあつては2年以下の懲役、50万円以下の罰金、拘留若しくは科料又はこれらの併科、規則にあつては6月以下の懲役、10万円以下の罰金、拘留若しくは科料又はこれらの併科とする。

4～9 (略)

(注3) なお、刑事罰と行政罰(過料)との併科については、行政事例で、「刑罰と行政罰の一種である過料との併科規定を条例中に設けることはできないが、刑罰と行政罰が併科されうる場合があることは当然である。」としたものがある(昭26, 4, 14岐阜県知事室長宛)。

(両罰規定)

Q21 両罰規定はどのような場合に設けるのか。

A 両罰規定は、法人等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、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と認められ、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制し、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。

具体的には、

① 業務主自体が独立した義務主体となっている場合

② 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

③ 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設けるべきであるが、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設けるべきである。

また、検査妨害罪など自然犯的色彩のある違反行為に両罰規定を設けることについては慎重な検討を要するものの、実際には設けられる場合が多い。この種の違反行為について両罰規定を設けることが適当な場合としては、当該行為が業務に関して行われる場合が少なくなく、したがって業務主の選任・監督上の過失を問うことができる場合、あるいは、いわゆる会社ぐるみで違反行為が行われることが想定される場合がある。

Q22 両罰規定に「但し、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、当該業務又は財産に対し相当の注意及び監督が尽されたことの証明があつたときは、その法人又は人については、この限りでない。」との規定を置くことの当否如何。

A 現在大多数の両罰規定の形式は、

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（又は財産）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。

というものである（以下本問において「通常型」という。）。

ところで、両罰規定は、周知のとおり、事業主として行為者らの選任、監督その他違反行為を防止するために必要な注意を尽くさなかった過失の存在を推定したもので、事業主においてこれに関する注意を尽くしたことの証明がなされない限り、事業主も刑責を免れ得ないものであるとするのが判例である（注1）。したがって、通常型と異なる両罰規定を設けた場合、通常型との間で無用な解釈の混乱を招きかねないので、設問にあるような規定を設けることは適当ではないと考えられる。

したがって、設問にあるような規定を置いている条例については、通常型と異なる両罰規定を設けなくてはならない合理的な理由の有無を十分検討した上で、その理由が認められないのであれば、通常型に統一するよう指導すべきである（注2）。

（注1）最判昭32・11・27刑集11・12・3113等

（注2）前田・法制執務218

（経過規定）

Q23 経過規定とは何か。

A 経過規定とは、法令の制定、改廃があつたときに、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。

法令は、社会生活の規範であり、人の社会生活は、法令によって規律されているのであるから、新しい法令が制定され、又は既存の法令が改廃されると、多かれ少なかれ、法令の体系に変更が加えられることになり、そのことが、人の社会生活に影響を及ぼすことになる。法令の制定・改廃は、既存の法秩序をある程度破壊して新しい法秩序を形成することである。そして、法令の制定・改廃により、一挙に今までの法秩序が破壊され、新しい法秩序に移行することには困難を伴うことが多いし、社会生活に混乱を生ずることにもなりかねない。

そこで、新たに法令を制定し、又は既存の法令を改廃する場合に、社会生活における従来の秩序が新しい秩序に円滑に移行するように配慮を加える必要が生ずる。例えば、従来の秩序をある程度容認するとか、新しい秩序の設定に暫定的な特例を設けるとかする経過的な措置を定めるのがそれであり、経過規定とは、このような措置をするための規定をいうのである。

Q24 罰則に関する経過規定を設ける必要性があるのは、どのような場合か。

A 一般的には、以下のような場合に罰則に関する経過措置を必要とするといえよう。

- ① 罰則の一部又は全部が廃止された場合において、それ以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（刑事訴訟法第337条第2号参照）
- 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なとき（刑法第6条参照）
- 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なとき
- 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、これに関して特別の罰則を定めるとき

Q25 罰則に関する経過規定には、どのような記載例があるか。

A 経過規定の記載例としては、

- ① 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。
- ② 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、…条の規定は、この条例の施行後も、なお効力を有する。

という二つのタイプがある。

①の「なお従前の例による」というのは、ある事柄については、新しい法令の規定によらず、改正前又は廃止前の法令の定めるところによるということであり、②の「なおその効力を有する」とは、ある事柄については、新しい法令の規定を適用せず、それに関して定めた改正前又は廃止前の規定をなお有効なものとするということであって、両者の効果に若干の差はあるものの、罰則に関する経過規定の場合には、この差はほとんど表面に出ず、大体同一のことに帰する。

他方、実体規定及びこれに対する罰則が改廃され、附則で暫定的に、その実体規定が「なお従前の例による」又は「なおその効力を有する」式で生かされている場合に、このような実体規定の改廃後に行われた暫定的な実体規定に違反する行為を処罰しようとする場合については、通常型の「…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ただけでは、カバーしきれないおそれがある。そこでこのような場合には、もっといねいに、

…の規定により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。

というような規定を設けておくのが安全である。

Q26 罰則が新設された場合や法定刑が重く変更された場合にも経過規定は必要か。

A 罰則が新設された場合や法定刑が重く変更された場合には、憲法第39条、刑法第6条により、施行前の行為については新法を適用できないことは当然のことであるので、経過規定は不要であり、他方、本来必要でない場合に経過規定を置いてしまうと、同種の罰則で経過規定を置いていないものについて反対解釈がなされるおそれも出てくるので、その要否については慎重な審査が要求される。