

## 検察の現場から

### 罰則の定めのある条例審査について

東京高等検察庁検事 古江頼隆

#### 第1 はじめに

高検総務部においては、管内各地検から報告された「罰則の定めのある条例に対する審査の結果」について、検討を加え、必ずしも適切でないと思われるものについては、当該地検の担当者に連絡をさせていただいているところである。この種の条例審査事務に関しては、最近では、検察月報に連載された「罰則の定めのある条例審査のQ&A」(検察月報527号1頁)が参考になるものの、検察事務と異なり、担当者は特段の指導・教育を受けていないことから、条例審査に難渋することが少なくないであろうことは、上記報告の端々に垣間見ることができる。そこで、各位の執務の参考に供すべく、本年4月以降に接した条例審査報告の中から、留意を要する事項を含む事例を類型化して紹介することとしたい。

#### 第2 事例の紹介

##### 1 犯罪構成要件の不明確なもの

(ア) A市空き缶等ポイ捨て禁止条例において、実体上の義務規定を「空き缶等をみだりに投げ捨ててはならない。」とし、その違反に刑罰を科しているもの

【コメント】この義務規定の「投げ捨てる」との表現振りからみると、「捨てる」のみならず、「投げ」ることが構成要件になっているように思われるが、廃棄物の処理及び清掃に関する法律(以下「廃棄物処理法」という。)16条の「捨てる」の文言とは異なる概念であるように解釈されるおそれがあり、「投げ」ないで「捨て」

た事例は、構成要件に該当しないこととなる。

(イ) B市放置自動車等条例において、自動車等を公共施設に放置した所有者等に対し、市長が撤去勧告の後、撤去を命じることができ、当該命令に違反した者に対して刑罰を科することとしているところ、定義規定では、自動車等とは、「道路運送車両法に規定する自動車及び原動機付自転車並びに現に動力機能を有しなくなった自動車及び原動機付自転車」をいい、所有者等とは、「自動車を所有し、占有し、又は管理する者」をいうとされ、定義間に齟齬があるもの

【コメント】上記定義規定間の齟齬のため、所有者等とは、自動車の所有者・占有者・管理者のみを指すことになり、「原動機付自転車並びに現に動力機能を有しなくなった自動車及び原動機付自転車」の所有者・占有者・管理者は、「所有者等」に当たらないので、これに対して勧告も命令もできないこととなる。「所有者等」の定義を、「自動車を所有し、占有し、又は管理する者」とすべきであった。わずかに「等」の一字で、撤去勧告も撤去命令もできず、そしてまた処罰もできなくなることに留意されたい。

## 2 犯罪成立時期が不明確なもの

C県テレホンクラブ利用カード等販売規制条例において、「自動販売機を設けて利用カード等の販売業を営もうとする者は、販売を開始する日の10日前までに、…次に掲げる事項を公安委員会に届け出なければならない。」との実体上の義務規定に対して、罰則の表現振りは、「第〇条の規定による届出をせず、又は虚偽の届出をした者」としているもの

【コメント】このような犯罪構成要件の表現振りでは、所定の10日が経過したときに犯罪が成立するのか、それとも営業を開始したときに犯罪が成立するのが明らかでない。後者なら、「第〇条の規定による届出をしないで、又は虚偽の届出をして、販売業を営んだ者」

と表現すべき。

## 3 刑法その他の法令の罰則との関係が明らかでないもの

(ア) D市空き缶等ポイ捨て禁止条例において、空き缶等をみだりに捨てる行為と廃棄物処理法の不法投棄罪の関係が明らかでないもの

【コメント】

空き缶等が廃棄物処理法にいう「一般廃棄物」に該当するということは明らかであり、同法の不法投棄罪（25条8号、16号）との関係が問題となる。

廃棄物処理法の罰則の保護法益が「生活環境を清潔にすることによる生活環境の保全及び公衆衛生の向上」（1条）にあるのに対し、当該条例の空き缶等に関する罰則の保護法益が「環境の美化」にあり、この保護法益が異なると解すれば、罪数関係は観念的競合ということになるが、「環境の美化」が「生活環境の保全」に含まれると解すると、廃棄物処理法に抵触するおそれがある。

したがって、このように法律の先占事項か否かについて疑義が生じうることから、多くの場合は回収命令等の措置命令を介した間接罰方式が採られている。

(イ) E市公共物管理条例において、(a)「みだりに道路を損壊し、道路の附属物を移転し、損壊して、道路の効用を害し、又は道路における交通の危険を生じさせた者」、(b)「みだりに道路を損傷し、又は汚損した者」、(c)「みだりに道路に土石、竹木等の物件を堆積し、その他道路の構造又は交通に支障を及ぼすおそれのある行為をした者」に刑罰を科することとしているが、刑法（往来妨害罪）及び道路法の罰則との関係が明確でないもの

【コメント】上記(a)、(b)及び(c)のいずれについても、道路法に構成要件の表現振りを同じくする規定があるが((a)・道路法99条、(b)・同法100条3号、(c)・同号)、いわゆる法定外公共用物については

道路法の適用はないので、道路法の罰則との競合はないが、刑法の往来妨害罪(124条1項)とは競合し得るので、往来妨害罪の規定が存するのに更に上記罰則を設ける合理性があるのか、すなわち国法に抵触し無効ではないかについて検討を要する。

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つてこれを決しなければならない」(最高裁昭和50年9月10日大法廷判決・刑集29巻8号489頁)ところ、往来妨害罪の保護法益が、交通の安全であるのに対し、当該条例違反罪のそれは、法定外公共用物としての道路の適正な機能管理(道路の補修・清掃等の機能維持であつて、道路交通の安全ではない)及び財産管理であると解されるので、両者は保護法益を異にすると解して初めて、当該条例の罰則の制定を正当化することができる。両罪の罪数関係は、観念的競合と解すべきであろう。

#### 4 必要のない「罰則に関する経過措置」が規定されたもの

近時、罰則に関する経過規定を設ける必要がないにもかかわらず、これが規定されている条例が目につく。

改めて言うまでもなく、罰則に関する経過規定が必要となるのは、

① 罰則の一部又は全部が廃止された場合において、廃止前の違反行為について廃止後も処罰するのが相当な場合(経過規定を設けないと、刑訴法337条2号により、免訴判決がなされることとなる。)

② 法定刑が軽く変更された場合において、変更前の行為について従前どおりの法定刑をもって処罰するのが相当な場合(経過規定を設けないと、刑法6条により、軽い刑によることとなる。)

の二つの場合がその大部分を占める(注1)。

ところが、罰則を新設しただけで、罰則が廃止された部分や法定

刑の引き下げがないにもかかわらず、罰則に関する経過規定が設けられている条例が少なからず見受けられた。「入念規定」として設けることは、同種の実体上の義務規定に対する罰則であつて罰則の経過規定を設けていないものについて、反対解釈されることとなるので、不必要な経過規定を設けることのないように留意されたい(注2)。

以下に、罰則の経過規定が必要でないのに、経過規定を設けた一例を紹介しよう。

(ア) F県内水面漁業調整規則の一部を改正する規則において、「〇〇町」が市制施行により「〇〇市」に変更になったことに伴い、水産動物の採捕禁止区域について、「〇〇町」を「〇〇市」に改め、また、新たに移植禁止魚種を追加する改正について、誤つて罰則の経過規定が設けられたもの

【コメント】従来の町域と新しい市域とは全く同一区域であるので、水産物の採捕禁止区域についての実質的な変更はなく、また移植禁止魚種追加は、刑罰の適用範囲を拡大するものであつて、いずれについても罰則の経過措置が不要であることは明らかである。

(イ) G県テレホンクラブ利用カード等販売規制条例は、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律(以下「風営法」という。)の一部改正(平成13年法律第52号)により、テレホンクラブ営業等に関する規制が、風営法に取り込まれたため、これを規制し罰則を設けていた旧条例を全部改正したものであるが、従前旧条例で刑罰を科することとされていた違反行為に対して、新風営法が刑罰を科することとしていない部分があることから、刑の廃止に当たるとして誤つて罰則の経過規定が設けられたもの

【コメント】もとより、条例の刑が廃止されたもののうち、改正後の新風営法に取り込まれ、法定刑が同一又は引き上げられている

ものについては、刑の廃止に当たらず、罰則に関する経過規定は不要である。また、新風営法に取り込まれなかったもの、あるいは取り込まれても法定刑が引き下げられたものについては、罰則の経過規定が必要ではあるが、上記平成13年法律第52号による一部改正法の附則3条後段には、「当該地方公共団体が条例で別段の定めをしないときは、その失効前にした違反行為の処罰については、その失効後も、なお従前の例による。」と規定しており、風営法の一部改正に伴う条例改正を予想して、いわば包括的に罰則に関する経過規定を置いているので、罰則に関する経過規定は、不要である。

(ウ) H県迷惑行為等防止条例の一部改正条例において、構成要件に当たる場合が新たに追加され、従前の罰則の法定刑が引き上げられたのに、誤って罰則に関する経過規定が設けられたもの

【コメント】従前の説明から、この場合に罰則に関する経過規定が不要であることは自明であろう。

県や市の担当者は、罰則に関する経過規定の要否について必ずしも十分な知識を有していないことが通例と思われるので、各地地の担当者は、経過規定の要否については十分に配慮するようお願いしたい。

#### 5 その他の留意事項

事前協議において検察庁として了解した後に、地方公共団体の担当者が、上司あるいは他の部門からの意見により、協議済みの条例案の一部を変更し、検察庁と再協議することなく、議会に上程して、当該条例が成立し、検察庁が、その後、公報を閲覧すること等により、協議済み案とは内容の異なった条例が成立したことを初めて知る例が散見されるところ、検察庁の関与しない変更によって罰則に係る実体規定が不明確となり、あるいは罰則の経過措置が必要又は不要となる事例も発生しているため、条例の罰則に関する事前協議

に際して、地方公共団体の担当者に対して、条例案の修文がなされる場合には、速やかに検察庁に連絡するよう注意を喚起する必要がある。

また、事前協議が全くなされることなく、条例制定後に地方公共団体から成立した条例の送付を受ける事例もなくはないので、留意が必要である。

(注1) そのほか、罰則に関する経過規定を設ける必要がある特殊な場合については、後掲「罰則の定めのある条例審査のQ&A」25問参照

(注2) 後掲「罰則の定めのある条例審査のQ&A」26問参照

#### 第3 条例審査事項

条例審査に当たって検討すべき事項は、おおむね次の事項になるかと思われる(注3)。

##### 1 罰則を設けることの許容性

罰則の条例委任の根拠規定は、一般的には、「条例中に、その条例に違反した者に対し2年以下の懲役・禁錮、100万円以下の罰金等を科する旨の規定を設けることができる」旨定める地方自治法14条3項の規定であるが(注4)、同項は、「法令に特別の定めがあるものを除くほか」との例外を設けており、注意が必要である。

この「法令に特別の定めがあるもの」は、次の3つに分類することができる。

(1) 法律の趣旨が条例に罰則(刑罰)を設けることを認めないものがある。例えば、売春防止法の原始附則4項は、売春又は売春の相手方となる行為を処罰する条例(注5)の規定は失効する旨規定するが、その趣旨は、今後、これらを処罰する条例を制定することができない旨定められた規定であると解されており、そうすると、地方自治法14条3項を根拠に罰則規定を設けることは許されないこととなる。また、消防法46条は、「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。」旨規定するところ、同法においては、9条の3だけでなく、9条、13条の4第2項、17条2項等においても、条例への委任を行っているのであるから、9条、13条の4第2項、17条2項等に基づいて制定する条例については、反対解釈により、その違反に対して罰則を設けることができない趣旨であると解さざるを得ないであろう（法務府法制意見第一局長回答昭和25年12月13日法意1発第99号・検察月報22号54頁参照）。

(2) 犯罪構成要件の一部を条例に委任し、当該条例に対する違反について法律で罰則を規定している場合があり、この場合においては、条例に罰則（刑罰）を設けることはできない。例えば、風営法49条3項8号は、「28条2項又は33条4項の規定に基づく都道府県の条例に違反した者に対して6月以下の懲役等に処する」とこととしているのであるから、重ねて条例で罰則（刑罰）を設けることができないことはいうまでもなからう。付言するに、風営法の他の規定（例えば、13条2項）に基づく都道府県条例の規定に違反した場合についても、同法26条では、「この法律に基づく条例の規定に違反した場合において著しく善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害し若しくは少年の健全な育成に障害を及ぼすおそれがあると認めるとき」は、当該風俗営業の許可の取消し又は営業停止を命ずることができることとされ、この命令に違反した者に対しては、刑罰が科されることとされている（いわゆる間接罰）ので（49条1項4号）、条例違反に対して、都道府県条例（施行条例）の中に罰則（刑罰）を設ける余地がないことは、上記(1)と同様である。

(3) 法律の中には、「条例で過料を科する規定を設けることができる。」旨の定めをしているものが散見されるが（地方自治法228条3項、児童福祉法62条の3、国民健康保険法127条など）、このような場合には、当該法の解釈として、刑事罰則を否定する趣旨と

解されることが多いように思われる（注6）。

以上のことから明らかなように、条例の罰則の根拠規定を安易に地方自治法に求めることなく、当該条例の罰則規定の根拠法の検討を怠ることのないようにしていただきたい。

## 2 罰則を設けることの相当性

条例の実効性を担保する手段として、刑罰は、最も有効なものはあるが、最終手段である刑罰をもって行政上の義務を間接強制することには謙抑的であらねばならないのであって、刑罰は、やむを得ない場合に限るべきである。各種行政法令及び条例制定の現状が、いわば刑罰の「インフレ」状態を来していることはご案内のとおりである。条例審査に当たっては、他のより緩やかな他の手段では何故に足りないのかを自問し、刑罰の必要性について慎重に検討することが求められる。

## 3 法定刑の相当性

法定刑は、当該違反行為の反社会性、可罰性の程度に応じたものでなければならないこと（罪刑の均衡）は当然のことであるが、当該条例中における他の違反行為に対する罰則の法定刑とのバランス、さらには、国法の関連違反行為に対する罰則、他の公共団体の類似条例における罰則との均衡も考慮すべきであろう。市町村条例に関しては、少なくとも当該都県内の類似条例の法定刑との比較は不可欠であるし、都県条例については、隣接都県のそれも取り寄せて比較検討すべきである（注7）。また、法定刑に懲役（禁錮）と罰金を設けるときは、両刑のバランスも考慮すべきである（「1年以下の懲役又は3万円以下の罰金」という実例があった。）。

なお、条例の罰則の法定刑の範囲については、地方自治法14条3項が、「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」と定めているが、上述の消防法46条（20万円以下の罰金）のほか、都市計画法97条（罰金）、港湾法40条3項（30

万円以下の罰金)、建築基準法103条(20万円以下の罰金)、屋外広告物法14条(罰金)、自然公園法76条(同法に定める処罰の程度を越えない限度)などに特別規定があるので、留意が肝要である。

#### 4 犯罪構成要件の相当性(構成要件の明確性、犯罪成立時期の明確性)

構成要件の明確性は、もっとも留意を要する事項である。これがいわゆる罪刑法定主義の要諦であることは、改めて言うまでもないところであり、徳島市公安条例事件大法廷判決という「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規準が読みとれるかどうか」(最高裁昭和50年9月10日大法廷判決・刑集29巻8号489頁)を検討すべきである。

「第〇条に違反した者」との規定振りが明確性を欠く場合があることは、後掲「罰則の定めのある条例審査のQ&A」17問のとおりである。

これに関連して、実体上の義務規定が、「速やかに…しなければならない。」とか「遅滞なく…しなければならない。」であって、罰則の規定が、「第〇条の規定に違反した者は、…」との表現振りで、一体いつの時点で犯罪が成立するのか、犯罪の成立時期が不明確であるといわざるを得ないのである。上記の場合、罰則を伴う実体上の義務規定は、「〇日(〇週間、〇月)以内に…しなければならない」などと表現すべきであろう。

#### 5 両罰規定の必要性

両罰規定については、その必要性を十分に吟味することが必要である(注8)。両罰規定を設けるか否かの規準は、「当該違反行為が企業等の事業組織の遂行の過程で通常あり得べきか否かに求められることになろう」(東條伸一郎「両罰規定」注釈特別刑法第1巻259頁)との見解によるべきであろう。両罰規定が設けられる場合につ

いては、後掲「罰則の定めのある条例審査のQ&A」21問参照のこと。なお、実体上の義務規定がいわゆる名宛人非限定型の場合には、行為者が当該義務規定違反で処罰され、法人を処罰するには両罰規定が必要であることはいうまでもないが、いわゆる名宛人限定型の義務規定の場合にも、事業者たる自然人が自ら義務規定に違反した場合に両罰規定による必要はないが、事業者たる法人の処罰は、両罰規定により初めて可能になることに留意されたい。

#### 6 罰則に関する経過規定の要否等

罰則に関する経過規定に関しては、上記第2、4のとおりであるが、改廃前の違反行為者に対して、改廃前と同じ罰則を適用することの相当性について検討することを忘れてはならない。

なお、従前県条例で規定していた罰則について、県内の特定の市域について、これを適用しないこととし、当該市において新たに市条例を制定して県条例と同じ罰則を設けた場合には、実質的にみて、刑の廃止はなされていないので、两条例の施行期日が同じである限り、罰則に関する経過規定は、不要である(注9)。

また、上記第2、4、(1)において述べたところであるが、風俗営業法の平成13年法律第52号による一部改正附則3条のように、法律の改正附則中に条例の罰則の経過措置を規定している場合もあり、そのような場合には、当該附則の要件を充足する限りにおいては、条例に経過措置を設ける必要はない。同旨の規定は、売春防止法の原始附則4項、5項、児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律の原始附則2条、ストーカー行為等の規制等に関する法律の原始附則2項、3項にも存する。

(注3) 後掲「罰則の定めのある条例審査のQ&A」3問参照

(注4) 地方自治法14条3項に規定する科刑権の包括的委任の合憲性については、最高裁昭和37年5月30日刑集16巻5号577頁

(注5) 例えば、宮城県売淫等の取締に関する条例(昭和24年宮城県条例第41

号) など

(注6) 長野士郎・逐条地方自治法(第12次改訂新版) 142頁

(注7) 長野士郎・森脇博「地方自治と条例」(地方自治叢書1)は、「罰則の程度は、同一内容の事項に関するものは、市町村の条例にあつては少なくとも同一都道府県内、都道府県の条例にあつては隣接都道府県及びブロック内の都道府県の均衡を図るよう、何等かの方法により調整することが望ましい、またそうあるべきである。」(156頁)とする。

(注8) 地方自治法14条3項の「条例に違反した者に対し」の文言に業務主が含まれるかどうかについては、長野士郎・前掲逐条地方自治法143頁参照のこと。

(注9) 団藤・注釈刑法(1)35頁

#### 第4 高検への照会等について

高検総務部では、管内の罰則の定めのある条例について、三長官報告を集積し、高検管内の条例に関する情報センター的役割を担い、管内各地検に対して情報提供を行うことが可能であるので、罰則の定めのある条例の制定・改正について、疑義のあるときは、当部まで照会願えれば幸いである。

なお、同種の条例を検索する方法としては、鹿児島大学法文学部のホームページ「全国条例データベース」<http://joreimaster.leh.kagoshima-u.ac.jp/>が、犯罪構成要件(実体上の義務規定を含む。)の表現振りについては、後掲「ワークブック法制執務(全訂)」が、参考になるので、申し添える。また、法令の検索については、現行日本法規のほか、LAN登載の「電子版」現行法規が便利である。

#### 第5 参考文献

- 1 「罰則の定めのある条例審査のQ&A」(検察月報527号1頁) 平成13年2月
- 2 前田正道編「ワークブック法制執務(全訂)」昭和58年4月
- 3 伊藤栄樹ほか編「注釈特別刑法第1巻」昭和60年12月

- 4 上田章・笠井真一「条例規則の読み方・つくり方」(全訂新版) 平成12年4月
- 5 小島和夫「やさしい条例・規則の見方・読み方・作り方」(地方自治職員研修臨時増刊) 平成9年6月
- 6 兼子仁「条例をめぐる法律問題」(条例研究叢書1) 昭和53年5月
- 7 条例実務研究会編「条例解説全集1巻」 昭和58年10月

(東京高検「高検だより」平成14年7月号第254号)