

論説

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるということの意味

——「罪刑法定主義」・「法律による行政の原理」の民主主義的側面のゆくえ——

大石和彦

- 1 本稿の関心：「形式的正当化」論の要素としての「漠然不明確」・「過度の広範」性
- 2 徳島市公安条例事件
- 3 「罪刑法定主義」又は「法律による行政の原理」の民主主義的側面のゆくえ
- 4 それが憲法41条（国会中心立法の原則）問題である理由
- 5 広島市暴走族追放条例事件

1 本稿の関心：「形式的正当化」論の要素としての「漠然不明確」・「過度の広範」性

ドイツの「三段階審査」を紹介する近時の日本の文献¹⁾は、揃って以下のよう

に説明する。

憲法上の権利を制約する規定が「正当化」される（憲法上の権利を制約しているにもかかわらず、結論的には合憲とされる）か否かの判断には、当該規制手段に行き過ぎ（過剰）が無いかどうかを「比例原則」に照らして審査することを含む「実質的」正当化と並び（おそらくはそれに先立ち）「形式的」

1) 「規範の明確性」を「形式的正当化」問題の一つに数える渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法 I 基本権』（日本評論社 2016）69頁以下 [松本]、「正当化」のうちの「形式的観点」の一つと表現する小山剛『「憲法上の権利」の作法（第3版）』（尚学社 2016）47頁以下。渡辺康行「憲法訴訟の現状」公法研究71号（2009）1頁以下 [19頁]、同「憲法訴訟の現状」法政研究76巻1・2号（2009）33頁以下 [53頁]、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回—憲法論証を求めて』（日本評論社 2013）79頁は、形式的正当化の要素として明確性（漠然性のゆえに無効）に加え、過度の「広汎」性の問題をあげる。

正当化がある。「形式的正当化」を構成する要素の中でも主たるものとしてまずあげられるのは、「法律の留保」（当該規定が形式的意味の法律に当たらない行政立法等の場合、法律上の根拠があるかどうか）である。また、「法律の留保」と並び、「規範の明確性」（さらには「過度の広範性」問題）も「形式的正当化」を構成する要素の一つである。

確かに「三段階審査」の枠組で書かれたドイツの代表的テキストとされる「ピーロート / シュリンク」も、規定の不明確性の問題は、規制手段に行き過ぎが無いかどうかをめぐる比例原則に照らした審査とは区別すべきだとしている²⁾。また、アメリカの判例を念頭に置きつつ芦部信喜も、当該立法の目的と手段の合憲性を立法事実を照らして判断する手法（「事実判断」）と、立法事実論に論及するまでもなく、法令の文言のみを見て、それが漠然不明確又は過度に広範かどうかを審査する手法（「文面判断」）とを区別していた。だが、これらは、法令の明確性をめぐる審査が、手段の過剰問題を中心とする「実質的正当化」とは区別されるべき問題だということを指摘しているに過ぎず、不明確性問題を「法律の留保」と同じフォルダに整理すべき当の理由を説明しているわけではない。

本稿の関心は、議会制定法という「形式」を、とりあえずはとっているはずの規定の不明確性、さらには過度の広範性の問題が、「形式的」正当化という、「法律の留保」と同じフォルダに整理されなくてはならない、その理由にある。それをきちんと再確認しておくことは、これまで法令の漠然不明確又は過度の広範性を理由とした違憲判断を出してこなかった最高裁判例を批判的に検討するための視角の明確化に資する可能性もあるように思われる。

2) ボード・ピエロート / ベルンハルト・シュリンク（永田秀樹・松本和彦・倉田原志訳）『現代ドイツ基本権』（法律文化社 2001）103頁。

2 徳島市公安条例事件

憲法を一通り学んだ人であれば誰でも知っているはずの「徳島市公安条例事件」³⁾を通じ、本稿の問題意識をさらに明らかにして行きたい。

i) 事案の概要と判旨

「集団行進及び集団示威運動に関する条例」（昭和27年1月24日徳島市条例第3号。以下「条例」という。）3条（当時。以下同じ。）は「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。」とし、その3号で「交通秩序を維持すること」と規定し、5条で「……第3条の規定……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。」と規定していた。

本件は、道路交通法に基づき警察署長が与えた道路使用許可に「だ行進をするなど交通秩序を乱すおそれがある行為をしないこと」との条件が付されていたにもかかわらず、被告人自らもだ行進をした点が同法77条3項、119条1項13号に該当し、集団行進者にだ行進をさせるよう刺激を与え、集団行進者が交通秩序の維持に反する行為をするよう煽動した点が条例3条3号、5条に該当するとして起訴された刑事事件である。第一審は、「条例3条3号は、同5条によって処罰さるべき犯罪構成要件の内容として、合理的解釈によって確定できる程度の明確性をそなえているといえず、憲法31条の趣旨に反するといわざるを得ない……。よって市条例違反の訴因については、……罪とならない」とし、控訴審もこれを支持したため検察側が上告。

これに対し最高裁は、「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

3) 最大判昭和50年9月10日・刑集29巻8号489頁。

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」との一般論を提示した。そして本件については、「条例3条が、集団行進等を行おうとする者が……守らなければならない事項の一つとして、その3号に『交通秩序を維持すること』を掲げているのは、道路における集団行進等が一般的に秩序正しく平穩に行われる場合にこれに随伴する交通秩序阻害の程度を超えた、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避止すべきことを命じているものと解」した上で、「通常の判断能力を有する一般人が、具体的場合において、自己がしようとする行為が右条項による禁止に触れるものであるかどうかを判断するにあたっては、その行為が秩序正しく平穩に行われる集団行進等に伴う交通秩序の阻害を生ずるにとどまるものか、あるいは殊更な交通秩序の阻害をもたらすようなものであるかを考えることにより、通常その判断にさほどの困難を感じることはないはずであり、例えば各地における道路上の集団行進等に際して往々みられるだ行進、うず巻行進、すわり込み、道路一杯を占拠するいわゆるフランスデモ等の行為が、秩序正しく平穩な集団行進等に随伴する交通秩序阻害の程度を超えて、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為にあたるものと容易に想到することができる」として、条例3条3号が不明確性を理由として憲法31条に違反するものとは言えないと結論付けた。

ii) 問題点の抽出

こうした最高裁の議論の運びについては「論理の飛躍」を容易に指摘することができる。最高裁は、1段階目の議論として、条例が「集団行進等が表現の一態様として憲法上保障されるべき要素を有することにかんがみ、届出制を採用し、集団行進等の形態が交通秩序に不可避的にもたらす障害が生じても、なおこれを忍ぶべきものとして許容している」ことを根拠に、「交通秩序を維持すること」を、「道路における集団行進等が一般的に秩序正しく平穩に行われる場合にこれに随伴する交通秩序阻害の程度を超えた、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避止すべきこと」の意味だと解釈した。その上で、2

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるということの意味

段階目の議論として、「通常の判断能力を有する一般人」であれば、被告人が煽動したような「だ行進」等の行為が、「秩序正しく平穏な集団行進等に随伴する交通秩序阻害の程度を超えて、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為にあたる」との判断へと到達するのは容易だという。しかしながらいうまでもなく、上記2段階のうち1段階目の解釈が「通常の判断能力を有する一般人」にとって容易だとは考え難い。最高裁の上記一般論に立つとしても、本来ここで問題にされなければならないのは、1段階目では、上記のような条例解釈を法律のプロ集団たる最高裁に用意してもらった上で、2段階目での「あてはめ」が、「通常の判断能力を有する一般人」にとって可能かどうかののではなく、そもそも彼らが1段階目から法律のプロ集団の知恵を借りずに、条例の文言を自身の目で見た限りで、個別ケースが構成要件に該当するか否かを判断することができるかどうかだろう。

では、条例3条3号が「通常の判断能力を有する一般人」に対する事前告知機能を全く欠いていたものと言い切れるかという、事はそう単純ではない。上記事案の概要部分に引用した通り、本件デモ行進に先立って道交法に基づき警察署長が与えた道路使用許可には「だ行進をするなど交通秩序を乱すおそれがある行為をしないこと」との条件が付されていた。本件条例の規定のあり方が妥当でないことは最高裁も認めていたところで、「交通秩序を侵害するおそれのある行為の典型的なものをできるかぎり列举例示することによってその義務内容の明確化を図ることが十分可能であるにもかかわらず、本条例がその点についてなんらの考慮を払っていないことは、立法措置として著しく妥当を欠くものがある」と指摘していた。だが、だ行進が「交通秩序を侵害するおそれのある行為の典型的なもの」であること、すなわち条例3条3号の構成要件に該当する可能性があることは、上記警察署長の許可条件中に、事前に例示の上「明確化」されていたことになる。

このように、本件許可に「だ行進をするなど交通秩序を乱すおそれがある行為をしないこと」との条件が付されていたことをもって条例の内容が「明確化」されていたとの議論に対しては、「交通秩序を乱すおそれ」の「おそれ」がど

のみち漠然不明確、さらには過度に広範だとの批判、道交法上の許可条件をもって条例の構成要件の不明確性を治癒することが妥当か、との批判、さらに法令（地方の例規を含む。以下同じ。）の文言の漠然不明確性が本件被告人以外の一般人に対してもたらず「萎縮的効果」の弊害問題は、本件被告人に対する規範内容の事前告知（明確化）のみをもってしては治癒されないとの批判が想定されよう。もっとも、上記許可条件の付加が、本件被告人らの行ったデモに限らない、かなりの程度一般的な運用実態であったと認められるなら、少なくとも最後の批判に対しては、再反論も可能かもしれない。だがしかし本稿も、やはり許可条件による事前告知をもって、条例文言の漠然不明確性の瑕疵が治癒するとの議論は妥当でないと考える。ただしそれはあくまで、上記の想定されるいずれの批判とも異なる視角からのものである。

3 「罪刑法定主義」又は「法律による行政の原理」の民主主義的側面のゆくえ

デモ行進は、動く「集会」とも言えるし、それは「表現」手段の一形態とも言うるので、徳島市の条例の不明確性の問題は、憲法21条の下でも論ずることが可能であったと思われるが、徳島市公安条例事件では、条例の一部規定の刑罰法規としての不明確性が、専ら憲法31条との関係で論じられた。

憲法31条に含意されるとされる罪刑法定主義には、自由主義的側面（刑罰法規の射程範囲を予め被治者に明文をもって告知しておくことで、不意打ちや騙し討ちを防止し、もって被治者の予見可能性を確保する側面）と民主主義的側面（刑罰法規の制定権を被治者たる国民の代表機関である議会に独占させ、民意によらない刑罰権行使を禁止する側面）とがあるとされる。これらと並び、一般的規範たる刑罰法規を制定する議会と、個別ケースに対し刑罰法規を適用する裁判所とを区別し、後者を前者に服させることにより、後者による恣意的権限行使を抑止する、という権力分立の投影としての側面もあげられる。

では、罪刑法定主義の「派生原理」の一つにあげられる刑罰法規の明確性をめぐっては、上記諸側面はどのようにして現れるであろうか。再び徳島市公安

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるということの意味

条例事件上告審判決を見る。

「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。」

このうち告知機能の不全の指摘は、上記で言えば自由主義的側面に対応し、適用機関の恣意の防止は、(恣意は自由に対する脅威であるから、これもまたどのみち自由主義的側面とも対応する可能性があることはおくとして) 権力分立主義的側面に対応するであろう。しかしながらここに、刑罰法規を制定できるのは、選挙を通じ国民(住民)の付託を受けた議会だけだ、という民主主義的含意を読み取ることは困難である。

「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」という同判決が示した一般的判断枠組が意識するのも、主に自由主義的側面であって、そこに民主主義的含意を読み取ることは困難である。こうした徳島市公安条例事件判決の「合憲限定解釈」の特徴は、「血統主義を基調として出生後における日本国籍の取得を認めた〔国籍〕法3条1項の規定の趣旨・内容を」非準正子にも「拡張」適用した「国籍法違憲判決」⁴⁾の以下部分と比較すれば直ちに明らかとなる。

4) 最大判平成20年6月4日・民集62巻6号1367頁。

「この解釈は、日本国民との法律上の親子関係の存在という血統主義の要請を満たすとともに、父が現に日本国民であることなど我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を満たす場合に出生後における日本国籍の取得を認めるものとして、同項の規定の趣旨及び目的に沿うものであり、この解釈をもって、裁判所が法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって国会の本来的な機能である立法作用を行うものとして許されない評価することは、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても、当を得ないものというべきである。」

ここでは、国籍取得要件の決定は国会の専権事項であり、裁判所は国会の権限を篡奪すべきではないとの前提の下、国籍法3条1項（当時）の授益的合意を上告人（原告）に拡張適用するという法廷意見の「解釈」は、同規定の「趣旨及び目的」、さらには、「他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性」といった要件に照らして、容認されるとの判断が示されている。注意しておきたいのは、ここに示されているのは、単なる権力分立主義的要素（国籍取得に関わる一般的要件の制定者と裁判所との間の分立）にはとどまらないことである。ここでは、国籍取得に関わる一般的要件の唯一の制定権者として国会が名指しされているのであって、裁判所以外の機関（例えば法務大臣や内閣）であれば誰でも良い、というわけではない。

もちろんこれは、（重要事項の決定の国会独占を一般的に規定する憲法41条に対する）特別規定としての憲法10条が意識されているためであるが、徳島市公安条例事件においても、憲法31条という、やはり形式的意味の法律（に準ずるものとしての条例⁵⁾）による独占を指示する憲法規範に照らした判断がなされていたはずである。徳島市公安条例事件判決の中に、判断権の国会独占（形式的意味の法律の留保）を意識した要件が見られないのは、国籍法違憲判

5) 「条例は、……公選の議員をもって組織する……議会の議決を経て制定される」点で「法律に類する」とした最大判昭和37年5月30・刑集16巻5号577頁（大阪市売春取締条例事件）参照。

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるということの意味

決のような授益的法令の射程「拡張」と、不利益的法令の射程「限定」との間の違いによるものだと反論してみたくなる人もいるかもしれない。しかしながら、本来立法者が処罰対象として予定していた行為を裁判所が処罰対象から排除することは、法律の「解釈」ではなく「書き換え」だという点において、立法者が授益対象として予定していなかった者に対する授益の拡張と基本的に異なるところは見出し難いように思われる。

では、徳島市公安条例事件とは対照的に、刑罰法規ではなく行政庁による不利益処分の根拠法令の明確性が憲法21条1項の観点から問題となった「札幌税関検査事件」⁶⁾はどうであろうか。上告審判決いわく、

「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され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ない」

「法律による行政の原理」についても、自由主義的側面と並び民主主義的側面が語られてきたが、上掲引用部分で意識されているのも、基本的には前者であると考えるを得ない。

4 それが憲法41条（国会中心立法の原則）問題である理由

「基本権の制限には法律の根拠を要するという法律の留保は、法律という形式だけではなく、その法律が明確であることを要求する。」⁷⁾

「そもそも何を規律しているのか全くわからない意味不明の法律は、法律と

6) 最大判昭和59年12月12日・民集38巻12号1308頁。

7) 小山・前掲書（注1）58頁。

して存立しているかさえ疑わしいのであるから、それは憲法41条違反というべきであろう。」⁸⁾

法律の不明確性が、被治者の自由との関係で問題であるばかりか、国会により独占（留保）されるべき（実質的意味の）立法権の篡奪問題（憲法41条違反）ともなりかねないというのはなぜであろうか。

実は同種の発想は、90年以降のアメリカにもみられるところである。例えばグイド・カラブレージ⁹⁾によると、憲法上の一定の重要な権利（fundamental rights）を制約する法令に漠然不明確な文言が用いられるのは、当該文言の射程につき十分に審議する時間が無かったり、単なる不注意による場合もあろうし、また被治者の権利が、彼らが思いもよらぬケースに至るまで制限されることになるという事実を故意に隠しつつ法律を成立させるため、あいまいな文言が選好されるという悪質な場合すら、想定されないわけではない。しかし、いずれにしても、これらのようなケースでは、議員は有権者に対し民主的な説明責任を果たしておらず、ひいては法律の内容が真に民意に基づいて決定されたことにはならないという瑕疵が認められる。そこでこうしたケースにおいては、当該立法の規範的内容に着目した違憲判断ではなく、当該立法が真に民意に基づくものとはいえないという手続的瑕疵を理由とする違憲判断を行うべきである。この結果、議会（の議員を選挙する有権者）は、もう一度議会の審議の中できちんと、当該立法による規制の射程範囲につき再検討（second look）を行う機会を得ることになり、しかも再検討の結果、明確な文言さえ用いれば、違憲とされた法律と全く同じ対象行為を規制する法律を制定することも否定されない。裁判所としても、少なくとも一回目の違憲判断をめぐっては、民主主義原理に照らした司法審査制の正統性をめぐる問題を回避しつつ、違憲判断が

8) 渡辺他・前掲書（注1）72頁〔松本〕。

9) Guido Calabresi, *The Supreme Court 1990 Term—Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, 105 HART. L. REV.80 (1991).

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるということの意味

可能となる。では、一回目の違憲判断の根拠となる憲法上の規範とは何か。カラブレイジによればそれは“nondelegation doctrine”（合衆国憲法の下認められた連邦レベルの「すべての」立法権を連邦議会に独占させている、同憲法 Art.1 Sec.1）だという¹⁰⁾。

また、キャス・サンステインいわく、

「[立法権の] 包括委任の禁止は、憲法分野における『漠然不明確性ゆえ無効』の法理と密接に関連するように思われる……。後者の法理の2つの主要目的は、当該立法により影響を受ける可能性のある市民に対し公正な告知を与えること、そして選挙による付託を受けていない行政機関による法令適用段階での裁量を統制することである。適用者が[法律中に規定された] 明確な指針 (intelligible principles) に拘束されていることを要求する点で、立法権委任禁止法理は、これと同じ目的に資する。』¹¹⁾

ここでは「漠然不明確性ゆえ無効」の法理に2つの目的があるとされるが、いずれも上掲の徳島市公安条例事件上告審判決にも対応物を見出し得るものではある（サンステインいわくの第一の目的が、徳島市公安条例事件判決の「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」に対応し、第二の目的が、「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」に対応。）。しかしながらサンステインの上掲記述には、法適用機関の裁量を統制すべき、その理由として、彼らが選挙によって選ばれたわけではない (unelected) 点 (民主主義的観点) をあげていることに注目しておきたい。

さらにサンステインは、刑罰法規に特有の解釈準則としての“rule of lenity”¹²⁾ (刑罰法規の漠然不明確は被告の利益に〔可罰範囲をより狭く解する

10) Calabresi, *supra* n.9 at 120 (n.131).

11) CASS R. SUNSTEIN, *DESIGNING DEMOCRACY* 141 (Oxford 2001).

方を選ぶべし]との法理)の機能の一つに、「裁判所への立法権委任の禁止」があると指摘する¹²⁾。すなわち、漠然不明確な刑罰法規は結局のところ、刑罰法規を個別ケースに適用するか否かを最終的に判断する裁判所に対し、実質的に刑罰法規制定権を委任するようなものであると考えるのである。

ドイツ流に「法律の留保」と呼ぼうと、またアメリカ流に立法権の「委任禁止」と呼ぼうと、また当代日本の憲法学に広まっている表現で「国会中心立法の原則」と呼ぼうと、被治者の権利を制約する一般的規範を含む一定範囲の規範（「実質の意味の法律」）の制定改廃は国会の専権事項であるとの要請が、憲法41条に含意されていることについては、争いは無いと言ってよからう（争われているとすれば、被治者の権利を制約する一般的規範以外に、「実質の意味の法律」にはどのようなものが含まれるか、であるが、それは本稿の関心対象ではない。）。漠然不明確な権利制約立法は、その適用に当たる裁判所に実質的に立法権を委任するに等しいがゆえ、憲法41条の趣旨に照らして問題であると考えられる。とすれば（法律〔と政省令との間の関係〕と、条例〔と規則との間の関係〕をどこまで同視し得るかについては後で若干言及するが、ここではひとまず棚上げし）、徳島市公安条例事件において、警察署長の道路使用許可に付された条件によって、だ行進が「交通秩序を維持すること」という条例の命ずるところに反することが事前に明示的に告知されていたとしても、事前告知が徳島市議会の制定した条例自体によってなされていたものとは言えない以上、本来最高裁としては、漠然不明確を理由に条例の当該規定をいったんは無効とした上で、文言修正に向け徳島市議会に再検討を求めるのが筋であった。そうしていたとしても、文言さえ工夫すれば、同じ対象に対して再び規制

12) あえて和訳すれば「寛大律」くらいの意味か。なお、同準則に関する日本における代表的研究として、門田（秋野）成人による一連の業績（門田成人「アメリカ合衆国における『刑罰法規厳格解釈の原則』見直し論について（1）」広島法科大学院論集7号〔2011〕141頁及びそこに引用された文献）がある（門田は rule of lenity に「慈悲の原則」という訳を当てている。）。

13) SUNSTEIN, *supra* n.11 at 149.

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるということの意味

を行う道は残されるのであるから、地方レベルの民主主義（住民自治）を侵害することにはならなかったはずであり、むしろ条例への民意反映度は、かえって補強された可能性もあろう。

なお、罪刑法定主義の「民主主義的側面」が浮世離れした書生論に映る理由としては、憲法73条6号但書の存在が大きいだろう。もっとも同但書が、カラブレイジが問題視する上述のようなケースまで免罪してくれるかどうか。そして「福祉国家化現象にともなう国家機能の増大」という、《行政》立法免罪のためのお決まりの枕詞も、サンスティンが問題視する、不明確立法による《裁判所への》委任まで免罪してくれるのかどうかは、極めてあやしいものがあるう。

5 広島市暴走族追放条例事件

i) 事案の概要と判旨

「広島市暴走族追放条例事件」¹⁴⁾では、「広島市暴走族追放条例」（平成14年広島市条例第39号）に含まれる以下各規定が過度に広範ゆえ、憲法21条1項及び31条に照らして無効かどうか争われた。

第16条 何人も、次に掲げる行為をしてはならない。

- (1) 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。

第17条 前条第1項第1号の行為が、本市の管理する公共の場所において、特異な服装をし、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し、円陣を組み、又は旗を立てる等威勢を示すことにより行われたときは、市長は、当該行為者に対し、当該行為の中止又は当該場所からの退去を命ずることができる。

14) 最三小判平成19年9月18日・刑集61巻6号601頁。

第19条 第17条の規定による市長の命令に違反した者は、6月以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する。

ちなみに同条例には、「暴走族」につき以下の定義規定が置かれていたものの、「暴走行為をすることを目的として結成された集団」すなわち「社会通念上の暴走族」以外の集団（「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」）にも適用が及ぶかのような規定ぶりであり、適用対象を限定する歯止めの機能を十分に果たしていないという問題があった。この点にも、本件の特徴がある¹⁵⁾。

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

- (7) 暴走族 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。

これにつき法廷意見は、「なるほど、本条例は、暴走族の定義において社会通念上の暴走族以外の集団が含まれる文言となっていること、禁止行為の対象及び市長の中止・退去命令の対象も社会通念上の暴走族以外の者の行為にも及ぶ文言となっていることなど、規定の仕方が適切ではなく、本条例がその文言どおりに適用されることになると、規制の対象が広範囲に及び、憲法21条1項及び31条との関係で問題があることは所論のとおりである」とは認めたものの、過度に広範ゆえ無効とまでは言えないとした。その理由は以下の通りである。

「本条例19条が処罰の対象としているのは、同17条の市長の中止・退去

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるということの意味

命令に違反する行為に限られる。」

「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

-
- 15) 本件上告審判決法廷意見が、各規定につき過度の広範性問題の観点から論ずる一方、不明確性問題については立ち入らなかった理由が何かをめぐっては、本稿筆者としては確証を持ってないが、見方によっては、この定義規定の存在が関係してはいまいか。つまり当該規制の人的対象範囲につき定義規定（条例2条7号）が存在する以上、それはそれなりに明確な（少なくとも漠然不明確ゆえ無効とまでは言い難い）ため、不明確性ではなく広範性問題という形で論じられたのではないか。

もっとも、定義規定を通じそれなりの明確化がなされていればこそ、「通常人の読み方からすれば、ある条例において規制対象たる『暴走族』の語につき定義規定が置かれている以上、条文の解釈上、『暴走族』の意味はその定義の字義通りに理解されるのが至極当然というべきであり（そうでなければ、およそ法文上言葉の『定義』をすることの意味が失われる）」として、合憲限定解釈の手法を通じ違憲判断を回避した法廷意見を批判する藤田裁判官反対意見も付されることとなったわけである。そこで、藤田裁判官反対意見が指摘する定義規定の役割をも意識しつつ、あらためて法廷意見の立場をあえて説明しようとすれば、次のようなことにならざるを得ないのではないか。すなわち、かねてから当該条例制定の背景事情を知っていた広島一般市民に条例2条7項を見せたところで、「又は」という等位接続詞の前には社会通念上の暴走族がおかれているのに対し、「又は」の後には社会通念上の暴走族以外の集団が含まれる文言となっている、とか、16条の主語が文字通り読めば暴走族以外の者も含みうる「何人も」となっている、などという難しい（プロの法律家でないといつかないような）ことを考える市民は、現実には殆どおらず、むしろ暴走族関係者のみが規制対象である（暴走族に関係のない市民には関係が無い）、つまりは法廷意見が語る「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」するなどという小難しい解釈論は一切ショートカットしつつも、法廷意見の解釈と結果的には同様に理解してははずだ、ということではないか。要するに、条例につき厳密な読みをできるわけもない一般市民に、これまた厳密な文言選択ができなかった市議会の作った条例を読ませたとしても、その地方の暴走族のそれまでの行動をめぐると当地の住人（議員含めた市民）どうしの共通理解（阿吽の呼吸）を通じ、結果的には法廷意見が示したのとさほどズレのない限定解釈（？）がなされるはずだ、といったことが、当たらずとも遠からじといえようか。

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ものと解され、したがって、市長において本条例による中止・退去命令を発し得る対象も、被告人に適用されている『集会』との関係では、本来の意味における暴走族及び上記のようなその類似集団による集会が、本条例16条1項1号、17条所定の場所及び態様で行われている場合に限定される」

ii) 過度の広範性も立法権委任問題か？

ところで本稿上記4で紹介した議論は、いずれも法令の不明確性をめぐるものであった。これに対し過度の広範性問題もまた、不明確な法令の場合と同様に、法適用機関に対する実質的な立法権委任問題として把握して良いものであろうか。

少なくとも広島市暴走族追放条例事件において現れた過度の広範性問題もまた、同様に考えて良いと思われる。というのは、規定の射程は明確だが過度に広範とは言っても、規定の文言のみからは規制対象範囲の本当の境目が判然とせず、最高裁が施した合憲限定解釈を通じそれが明らかにされる点、また過度の広範性ゆえ本来合憲的に規制対象にはできないはずの人々に対して萎縮的効果をもたらす点において、漠然不明確な規定の場合と変わりはないからである¹⁶⁾。その証拠として、同事件上告審判決において法廷意見に参加し、また自らの補足意見においても、同事件における主要争点が漠然不明確性ではなく過度の広範性問題の方であると明言している那須裁判官が、不明確性問題に関する

16) あえて違いをあげれば、漠然不明確法令の場合では、本来合法的な行為を萎縮する人々がいる可能性がある一方、本来違法な行為を合法だと勘違いして行うケースもありそうなのに対し、一般人が規定の文言のみ見る限りでは過度に広範に見える（が、しかし実は法令の側では取り締まりの対象をそこまで広く考えてはいない）規定の場合、前者はあり得ても後者は想定し難い、といったところか。なお、法令の側で本来的に取り締まり対象範囲を広く考えている（すなわち過剰包摂された人々に対して当該規定が持ち得る効果が、被治者の側での「萎縮」という事実上の「効果」にとどまらず、刑罰等の本来的な法効果である）場合には、それは文言の書き振り（「文面上」）の問題ではなく、規制手段の過剰（必要性）につき実質的正当化し得るものかどうかを審査すべきであろう。

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるということの意味

「札幌税関検査事件」上告審判決の提示した一般論に依拠しつつ、「本条例の『暴走族』につき、「札幌税関検査事件」上告審判決」のおおりの限定解釈ができれば、本条例の規制の対象となるものが本来の意味における暴走族及びこれに類似する集団に限られその余の集団は対象とならないことも明確になる」としている（ただし傍点は本稿筆者）のをあげることができるだろう¹⁷⁾。とすれば、過度に広範な規定もまた、上記4で確認したのと同様の問題をはらむものと考えることができよう。

iii) 「広島市暴走族追放条例事件」上告審判決に見られる問題点

そこで、上記4と同様の観点から、「広島市暴走族追放条例事件」上告審判決（法廷意見）に含まれる問題点を指摘することにしよう。

まず同判決は、「条例19条が処罰の対象としているの〔が〕、同17条の市長の中止・退去命令に違反する行為に限られる」ことを、過度に広範ではない理由の一つとしているが、これについてはまず、本件では条例の各規定が憲法31条のみならず憲法21条1項に違反しないかも問題となっていたはずであるから、「処罰の対象」が憲法31条に照らして十分絞られているかどうかとは別途、不利益処分（中止・退去命令）の根拠法規としての過度の広範性が憲法21条1項に照らして問題とされなくてはならなかったはずである。また中止・退去命令に違反する行為に限って処罰対象とすることは、刑罰の適用対象の決定権を市長に「委任」していることになるから、本来、憲法上の疑義を払拭す

17) 「広島市暴走族追放条例事件」法廷意見が「札幌税関検査事件」上告審判決を引かないのは、後者の一般的判断枠組の中に「明確」、「明らかな」の文言があるため、これを前者に適用してしまうと、前者を不明確性問題とは区別した上で、広範性問題として論じようとする法廷意見の姿勢がボケてしまうと考えられたためである可能性もあろう。なお前者は「成田新法事件」判決（最大判平成4年7月1日・民集46巻5号437頁）を引用するが、前者の中でそれが引用されている位置からして、成田判決が当該規定につき不明確とも過度に広範とも言えないとした部分を引用する趣旨ではなく、実質的正当化に際して、規制によって得られる利益と犠牲に供される利益との間の比較衡量を行った部分を引用する趣旨かと思われる。

るための理由とはなし難いものではないか。なお市長も住民による選挙を通じ選出される民主的代表であるから、委任先が市長である本件条例をめぐっては、罪刑法定主義の民主主義的側面からは問題とはなし難いのではないかと、この見方もあり得るところであろう。だが、それでは逆に問わなければならない。憲法93条2項は、地方公共団体の長につき「住民が、直接これを選挙する」ことを定める一方、なぜ長と並び、地方公共団体に議会という、わざわざ金と時間のかかる仕組みを置くことを要求しているのでしょうか。それは、統治を民意に服させるためには、単に統治者を公選の職とするのみでは足りないと考えているからだというほかはない。長を公選にしたところで、長が持ちえない、しかし議会なら持ちうる美点とは何か。合議体としての議会には、決して一枚岩ではない住民の多様な利害や意見が多角的に反映される点で、長よりも民主的な機関だと考えられる（もちろん独任制機関である長にも、機動性・即決性という、議会にはない美点もあろうが）。このように考えた場合、地方自治法14条2項は、単なる立法政策論上の選択の結果と考えるべきではなく、被治者の権利を制限する規範の創設を国会に独占させる憲法41条の趣旨を、地方公共団体のレベルにも貫徹させるための確信的な意味合いを含むものと考えらるべきであろう。

さらに法廷意見は、「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」、限定解釈が可能であるとするが、この中に「本条例」のみならず、本条例の委任規則である広島市暴走族追放条例施行規則までもが含まれていることも、条例による権利制限規範制定権の留保（地方自治法14条2項）の観点（さらには、被治者の権利を制約する規範の創設権は、民主的代表機関に独占されるべきだという、憲法41条とも通底する考え方）からは疑問視される。

むすび

以上述べた通り、法令の憲法適合性判断に当たり、その文言の漠然不明確性、さらには過度の広範性を問う観点には、「法律の留保」又は憲法41条の含意と

法令の「漠然不明確」・「過度の広範」性が《形式的》正当化の問題であるということの意味

しての「国会中心立法の原則」と通底するものがあることを見た。

なお、念のため付言すれば、本稿は、上記において引用した判例が用いた合憲限定解釈の手法を一般的に否定するつもりはない。ただ、不明確性又は過度の広範性の疑いは、法律又は条例自体、あるいはそれを見た場合の一般人の理解に依拠して払拭されなければならない、それらより下位の法形式、さらには一般人の想像もつかないような裁判所の解釈に依拠することはできない。

(おおいし・かずひこ 筑波大学法科大学院教授)