

運転代行業適正化法の 「常態」概念の不明確性

愛 敬 浩 二

はじめに

- I 事件の概要
- II 法的論点の整理
- III 本件事案の特徴
- IV 「明確性の理論」に関する判例・学説の検討
 - 1 憲法学説・刑法学説による説明と若干の考察
 - 2 徳島市公安条例事件最高裁判決の考え方と若干の考察
- V 漠然不明確な刑罰法規を解釈する際の考慮事項
 - 1 刑罰法規の抽象性と明確性の理論
 - 2 「迷惑防止条例」最高裁決定の事案との比較
- VI 徳島市公安条例事件最高裁判決の再検討
 - 1 徳島判決の問題点
 - 2 徳島判決の「好意的」再構成
- VII 県側解釈の不合理性と検察解釈の不明確性
 - 1 県側解釈の不合理性
 - 2 検察解釈の不明確性
- VIII 名古屋地裁判決の検討

はじめに

本稿は、自動車運転代行業の業務の適正化に関する法律（以下、「適正化

法」と略す) 2 条 1 項 3 号の「常態」概念の不明確性が争点となった刑事事件において、名古屋地方裁判所に提出した意見書を研究論文として公表するものである。本稿のⅡからⅦが意見書に当たるが、「懇切丁寧な説明」を心がけたため、研究論文としては冗長な記述も散見されたので、趣旨を変更しない範囲で修正した。なお、名古屋地方裁判所は2023年3月15日、私の意見書を完全に「黙殺」して懲役1年執行猶予3年の有罪判決を出し⁽¹⁾た。同判決の検討をⅦで行うことにしたい。本稿の目的は、私の意見書が「黙殺」される程度の内容なのかどうかを、憲法学・刑法学の研究者や実務法曹の方々へ吟味して頂き、控訴審に向けた憲法論を準備することにある。忌憚のない批判を乞う次第である。

I 事件の概要

私の意見書は、適正化法の「常態」概念の不明確性の問題のみを検討したものであるが、事件全体との関係でその論点があつ「重み」を確認するため、判決文に示された4つの控訴事実に合わせて事件の概要を示す。⁽²⁾

①被告(Y)は2019年8月24日、公安委員会の運転免許を受けなくて普通乗用自動車を運転した(2020年3月11日付け公訴事実第1)。

②Yは同日、無免許で別の普通乗用自動車を運転した(同第2)

③Yは地方運輸局長の許可を受けなくて、2019年11月10日から2020年1月30日まで不特定の客に対して白タク行為を行った(同第3)。

④Yは2020年1月27日、公安委員会の普通第二種免許(以下、「二種免

(1) 名古屋地判2023・3・15判例集未登載(2021年(わ)第813号道路交通法違反、道路運送法違反被告事件。以下、「名古屋地裁判決」と略す)。判決文を含めて関係資料を提供して下さった兼村知孝弁護士と川口創弁護士に対し、興味深い問題を考える機会を頂戴したことを含めて、お礼を申し上げます。なお、兼村弁護士から2023年3月24日付けで控訴したとの連絡を頂いた。

(2) 以下の記述は概ね、判決文の該当箇所の要約であるが、兼村・川口弁護士から教えて頂いた事情を若干加筆した。

許」と略す)を受けないで夜間に代行運転普通自動車を運転した(2020年6月22日付け公訴事実)。

①と②の無免許運転については、免許更新の際に視力試験に落ちて一時的に無免許状態であったとの事情があるようだが、憲法学的検討の対象とはならない。本稿の課題との関係で注目されるのは、③と④の関係である。2019年11月頃、元従業員から警察にYの白タク行為の通報があり、愛知県警半田警察署は内偵捜査を始めた。2020年1月27日、Yが通常使用している普通自動車を追尾しながらビデオカメラで撮影したところ、代行運転自動車の後方で追従していることを現認した。Yが二種免許を有していないことは把握していたため、④の公訴事実に関わる証拠によって逮捕状と捜索差押許可状を取得し、同年2月1日、Yを自宅で逮捕し、携帯電話等を押収した。Yの携帯電話の解析から白タク行為の顧客情報を把握し、③で立件した。

以上のとおり、本件事案の特徴は、③に関わる内偵捜査の過程で、④に関わる証拠が手に入ったから、④の証拠に基づき逮捕・押収を行い、そこから得た証拠に基づき、③についてYを起訴したが、証拠収集の違法性を非難されるのを回避するため、④についても起訴した点にある(④のみ日付けが違うことに注目)。このことは、名古屋地裁判決がわざわざ次のように判示していることから推測される。

警察官は、上記逮捕状等の請求に当たり、白タク行為に関する捜査を視野に入れていたことは間違いないが、判示第4の行為自体、白タク行為と法定刑において大きな差はない犯罪であって、決して軽微なものではない上、いづれも適切な旅客運送の確保を図るために必要な許可等を受けずに自動車を運転する行為が存在することを前提とするという意味では捜査の範囲に重なり合いも生じ、判示第4の行為の捜査に当たっても、被告人の携帯電話を解析するなどして顧客との連絡状況等の営業実施を把握する必要があるとも考えられる。そうすると、判示第4の事実に基づく逮捕状等の発布を得て捜査

4 早法 99 卷 1 号 (2023)

を行う必要性はあったものと認められ、この逮捕状等の請求及びその執行に
(3)
違法性は認められない。

「法定刑に大きな差異がないから許される」というのは随分と乱暴な議論だと思うが、刑事訴訟法については門外漢のため、この論点には立ち入らない。しかし、④の逮捕・押収の根拠となった適正化法の規定が漠然不明確であり、憲法31条との関係で違憲無効であるならば、逮捕・押収自体が正当化されず、③に関する有罪の証拠として用いることも許されないと考える。以下では、この理解を前提にして、適正化法 2 条 1 項 3 号の「常態」概念の不明確性について検討する。

II 法的論点の整理

まず、適正化法の目的（第 1 条）と定義（第 2 条）を定めた条文を引用しておく。なお、本稿では、適正化法 2 条 1 項 3 号を「本件規定」と呼ぶ。

【引用 1】自動車運転代行業の業務の適正化に関する法律

第 1 条 この法律は、自動車運転代行業を営む者について必要な要件を認定する制度を実施するとともに、自動車運転代行業を営む者の遵守事項を定めること等により、自動車運転代行業の業務の適正な運営を確保し、もって交通の安全及び利用者の保護を図ることを目的とする。

第 2 条 この法律において「自動車運転代行業」とは、他人に代わって自動車（道路交通法（昭和35年法律第105号）第 2 条第 1 項第 9 号に規定する自動車をいう。以下同じ。）を運転する役務を提供する営業であつて、次の各号のいずれにも該当するものをいう。

一 主として、夜間において客に飲食をさせる営業を営む者から酒類の提供を受けて酒気を帯びた状態にある者（以下この条において「酔客」という。）

(3) 名古屋地裁判決 7-8 頁。

に代わって自動車運転する役務を提供するものであること。

二 酔客その他の当該役務の提供を受ける者を乗車させるものであること。

三 常態として、当該自動車に当該営業の用に供する自動車が随伴するものであること。

2 この法律において「自動車運転代行業者」とは、第4条の認定を受けて自動車運転代行業を営む者をいう。

3 この法律において「利用者」とは、第1項に規定する役務であって自動車運転代行業として提供されるもの（以下「代行運転役務」という。）の提供を受ける酔客その他の者をいう。

4 この法律において「運転代行業務」とは、代行運転自動車又は随伴用自動車を運転する業務をいう。

5 この法律において「運転代行業務従事者」とは、運転代行業務に従事する者をいう。

6 この法律において「代行運転自動車」とは、自動車運転代行業を営む者による代行運転役務の対象となっている自動車をいう。

7 この法律において「随伴用自動車」とは、自動車運転代行業の用に供される自動車のうち、代行運転自動車の随伴に用いられるものをいう。

道交法86条5項は、「代行運転普通自動車を運転しようとする者は、普通第二種免許を受けなければならない」と定めているので、二種免許を持たずに「代行運転普通自動車」を運転した者は無免許運転の禁止（道交法64条）に違反したものと、「2年以下の懲役又は30万円以下の罰金」に処せられる（同法117条の3の2第1号）。二種免許を持たずに自動車運転代行業を行ったことを理由として逮捕・書類送検された事件は多数報じられており、「代行運転一般に二種免許が必須」と単純に理解しているように読める新聞報道もある⁽⁴⁾。しかし、運転代行業の法的規制を子細に検討すると、必ずしもそのような制度設計にはなっていないことに気づく。

(4) たとえば参照、朝日新聞2014年6月4日朝刊（島根）、朝日新聞2012年12月12日朝刊（ちば首都圏）、朝日新聞2008年3月20日朝刊（富山全県）、読売新聞2006年10月2日朝刊（群馬）、読売新聞2004年6月27日朝刊（秋田）等。

たとえば、適正化法のみを参照すると、二種免許を持たない者が夜間に居酒屋で飲酒したトラック運転手のトラックの代行運転を行うと無免許運転のように思われるが、道交法が二種免許を求めているのは「普通自動車」の代行運転に限られるため、本件は無免許運転に該当しない。実際、愛知県警小牧署はトラックの代行運転を無免許運転（及び下命）の疑いで逮捕したが、後に法令解釈の誤りに気づいたため、愛知県警交通捜査課長⁽⁵⁾（当時）が謝罪する事態になったことがある。

また、折り畳みの自転車・小型バイク等を利用客の自動車のトランクに積んで代行運転をした場合、適正化法の適用対象にはならない。このことは、第171回国会・衆議院内閣委員会（2009年4月3日）で政府参考人から明確に説明されているので、該当箇所を引用しておく。質問者の「泉委員」は立憲民主党の泉健太・衆議院議員、回答者の「東川政府参考人」は東川一・警察庁交通局長である。⁽⁶⁾

【引用 2】 第171回国会衆議院内閣委員会議録

泉委員：（前略）いわゆるお客様の車のトランクに折り畳みバイクを積んで、そしてお客様の家に送り届ける。帰りは、その車から、トランクからバイクを出して、折り畳みバイクで帰ってくる。こういった新たな業態も出てきておるわけです。（原文改行）これは、いわゆる自動車運転代行業に当たりませうでしょうか。

東川政府参考人：現行の運転代行業法につきましては、随伴自動車が常態として使用されているということが定義でございますので、今議員がおっしゃられたような形態は、現行の運転代行業法の中には入ってきておりません。

他人の自動車の運転を代行して利益を得る行為であっても、適正化法の対象とならないものがあるため、無用の混乱を防ぐためにも、用語を丁寧に使い分ける必要がある。そこで、本稿では、㊦「代行運転」と㊧「運転

(5) 読売新聞2019年11月2日朝刊（中部）。

(6) 第171回国会衆議院内閣委員会会議録第7号13頁。

代行業」を意識的に使い分けている。①は適正化法の適用対象となる特定の営業形態の代行運転のみを指す。一方、②は他人の自動車の運転を代行する行為を広く含み、①はその一部ということになる。

前述のとおり、「代行運転一般に二種免許が必須」と単純に理解している新聞記事も散見されるが、この理解が誤りなのはなぜか。その理由は、代行運転は本来、誰でも自由にできたところ、適正化法は代行運転のうち一部の営業形態のみを規制対象としたからである。本件規定はそのための条文であり、【引用 1】の特に第 2 条を読めば、その点是一目瞭然である。逆に言えば、適正化法が規制対象としていない形態の代行運転は、新たな立法措置等がないかぎり、誰でも自由に行うことができる。【引用 2】の東川政府参考人の回答もこのことを当然の前提としている。

随伴自動車を伴わない代行運転（以下「無随伴代行」と略す）が放任されている以上、本件規定の「常態」の意味内容が明確に定義され、然るべく告知されていない場合、随伴用自動車を伴う形態での代行運転（以下「随伴代行」と略す）が一定の割合を超えなければ、「常態」には該当せず、適正化法の適用対象にならないと理解するのは不合理ではない。たとえば、半分は随伴代行で半分は無随伴代行で営業している者は、自分は「常態」として適正化法の規制対象である運転代行業は行っていないので、二種免許は不要であると解釈する可能性がある（この解釈は随伴代行の割合を問題にするので、論述の便宜上、「割合解釈」と呼ぶ）。

適正化法の解釈・運用に関して権威のある解説書『執務資料 道路交通法解説』（以下『執務資料』と略す）の本件規定に関する説明を引用してお

(7) この理解は、適正化法の制定過程における政府の説明に従っている。第151回国会衆議院内閣委員会（2001年4月11日）において、「この運転代行業というのが、これまで自由な営業形態をとっていたものに初めて法的な枠組みを入れるということで、その定義が設けられているところでございます」という質問（小野晋也委員）に対して、政府参考人（坂東自朗・警察庁交通局長）は「国会で御審議をいただいております代行業法案の定義は、委員御指摘のとおりでございます」と答えており、「自由な営業活動の一部に法的規制を加える」という理解は当然のものとして共有されている。第151回国会衆議院内閣委員会会議録第9号4頁。

く(下線と波線は愛敬によるもの)⁽⁸⁾。無随伴代行は適正化法の規制対象ではないことが、違反行為の摘発に関わる捜査関係者の「必読書」というべき解説書の中で簡潔に説明されている(下線部を参照)。

【引用 3】『執務資料 道路交通法解説』

ウ 「常態として……随伴する」とは

「常態」とは、いつも、普通の状態という意味であり、「随伴」とは、供となって、つき従うことであるが、代行運転普通自動車と代行運転普通自動車の随伴に用いられる自動車(随伴用自動車)が常に一緒に走行しなければならないというのではなく、時間的に必ずしも近接してはいないものの、出発地から目的地まで前後して走行する場合には、随伴して走行する場合に当たると解される(中略)。

第 2 種免許が必要である代行運転役務は適正化法に規定する自動車運転代行業として提供される役務であることが必要であり、業とはいえない場合や他人に代わって自動車を運転する役務を提供する業であっても

- ・ 無償の業である場合
- ・ 主として昼間における営業である場合
- ・ 常態として随伴用自動車を随伴するものでない場合

などは、適正化法に規定する自動車運転代行業には該当しないので、第 2 種免許を受ける必要はない。

したがって、検討すべき問題は次の二つである。第一に、無随伴代行を一定の割合で行っているため、「常態」に該当しないので自らは適正化法の対象にならないと信じていた者(本件規定について割合解釈を採用する者。以下「A」と略す)が、二種免許を持たずに随伴代行を行った場合、道路交通法の無免許運転の禁止に違反することになるのか、という問題である。第二に、その前提として、本件規定の「常態」は漠然不明確な概念であり、罪刑法定主義の要求に違反し、ひいては憲法 31 条に違反するのでは

(8) 道路交通執務研究会編著『執務資料 道路交通法解説 18訂版』(東京法令出版、2020年)994頁。

ないか、という問題である。

割合解釈には相当の根拠と合理性があるので、第一の問題について二種免許は不要であり、Yは無罪であると私は考えるが、警察・検察は本件規定の合憲性とYの行為の構成要件該当性を前提にしているようなので、その前提が誤りであることを明らかにするため、本稿では主に第二の問題を検討する。そのための準備として、本件事案の特徴を確認しておきたい。

Ⅲ 本件事案の特徴

本件事案の第一の特徴は、Yが「随伴車両が常態として随伴していない以上、適正化法の規制対象ではないので二種免許は不要」と考えており、Yは明らかに前述のAに該当する点である。Yは『執務資料』を読んだ上でそう判断している点を強調しておきたい。⁽⁹⁾

一方、捜査機関の側は、白タクの内偵捜査の際にYの白タク行為自体を現認できなかったところ、適正化法に基づく二種無免許運転を理由として強制捜査に着手し、Yの携帯電話を押収・解析して関係者を割り出し、白タク行為についても立件した事件である。本件事案についてとりわけ驚かされたのは、二種無免許運転に関する逮捕状を請求する時点で、捜査担当者が本件規定の「常態」の意味を一切検討していない事実である。身柄を拘束されたYから「常態」の意味を問われたため、『執務資料』等を参考にしつつ一応の検討はしたようだが、捜査担当者は、「常態」に関する明確な定義がないことを率直に認めた上で、「判断したのは私であり、捜査のみんなでありというところだと思います」という聞き直りにも聞こえる証言をしている⁽¹⁰⁾。以上のとおり、「常態」の理解・解釈が不明確である

(9) 第9回公判（2021年10月13日）速記録24頁。Yは『執務資料』に明示的に言及している。

(10) 第5回公判調書・証人尋問調書（八橋康介）11-15頁。引用部分は15頁17行目。

にもかかわらず、捜査関係者がその問題を全く軽視している点が、本件事案の第二の特徴である。

第三の、そして、最も注目すべき特徴は、本件規定の「常態」について、適正化法の運用に責任を持つ二つの公的機関から全く異なる理解・解釈が示されている点である。本件事案における弁護人の求釈明申立に対する検察官の回答は次のとおりである（以下「検察解釈」という。下線は愛敬⁽¹¹⁾によるもの）。

【引用4】 検察解釈

「常態」については、「いつもの状態、普通の状態」をいうとされている。要は、日常的に運転を代行する自動車と営業の用に供する自動車とがペアになって走行している状態であることをいうとの定義づけでよいと考える。その上で「常態」については、代行運転の実態を踏まえて解釈するものにとらえている。なお、代行運転の実態というのは、単に1回限りの個別の運転行為の中での話ではなく、被告人が代行運転をいつから始めていて、本件に至るまでどういう営業をしていたのかといった一定期間における営業状況や主観的な目的などの諸要素を総合考慮して決めるものだと解釈している。

一方、Yが提起した本件事案に関わる運転免許取消処分取消請求事件における被告・愛知県側の理解・解釈は次のとおりである（以下「県側解釈」という。下線と波線は愛敬⁽¹²⁾によるもの）。

【引用5】 県側解釈

（前略）通常の合理的な判断能力を有する一般人の理解によれば、「常態として……随伴」の解釈につき、規制対象となる運転行為といえるためには、出発地点から到着地点までの間、客の自動車と営業車側の自動車が随伴しているのが普通の状態であれば足りること、例えば赤信号などがきっかけで客の自動車と営業車側の自動車がいつとき離れた状態になったとしても、随伴

(11) 第11回公判調書（手続・2022年1月13日）。

(12) 令和2年（行ウ）第109号・運転免許取消処分取消請求事件・準備書面（4）（2021年12月16日。作成者：被告訴訟代理人弁護士・葛西良亮）4頁。

しているのが普通といえる状態の運転役務の提供であれば、これが営業として行われる限り規制の対象となるのだ、などと容易に理解する。

検察解釈は1回の代行運転ではなく、一定期間の営業状態を問題としているのに対し、県側解釈は1回の代行運転を問題としている。**【引用5】**の破線部は、合理的な交通規制の観点からみると、相当に馬鹿々々しい議論であるが、⁽¹³⁾それにもかかわらず、あえてこの説明を加えたのは、本件規定の「常態」が1回の代行運転のみを問題としており、一定期間の営業状態と解釈するべきではないことを強調するためであると解される。一方、検察解釈が「単に1回限りの個別の運転行為の中での話ではなく」とわざわざ付け加えている以上、県側解釈と検察解釈は真っ向から対立しており、両立不可能であると評価できる。

なお、検察解釈が『執務資料』と同様に「常態」と「随伴」を区別して説明しているのに対し、県側解釈が「常態として……随伴」という文言を一体として解釈しているのは、両者を区別した上で「常態」を辞書類の説明に従って解釈すると、「一定の期間」との関係で理解するのが自然だからである。⁽¹⁴⁾「常態」と「随伴」を一体として解釈し、「常態」を「随伴」に関わる継続の状態として理解する場合のみ（別な言い方をすれば、「常態として」を独立した要件としては認めず、単に「随伴」に係る語句として理解する場合のみ）、県側解釈は成立する。しかし、このような解釈は日本語の理解として不自然である。また、県側解釈はこの不自然な解釈をする過程

(13) 複数車両の「常時の近接性」を厳格に要求したら、交通事故の原因になることは、「通常の合理的な判断能力を有する一般人」ならば直ちに理解できるので、代行運転自動車と随伴用自動車が「いつとき離れた状態になった」ら、適正化法の規制対象から外れると解釈するはずがない。県側解釈がこのように馬鹿々々しい例示をせざるをえないのは、「常態」を「1回の代行運転」の中で認定するため、「常態」と「随伴」を不自然なかたちで（日本語の文法や合理的な交通規制を無視して）接続せざるをえないからである。

(14) 手元にある辞典類の説明は以下のとおり。『日本国語大辞典 第2版』第7巻191頁：（名詞）平常の状態。定まった状態。『広辞苑 第5版』（電子版）：いつもの状態。普通の状態。『デジタル大辞泉』：平常の状態。

で、交通安全の観点から見れば著しく不合理な解釈の成立可能性を認めた上で、それを打ち消すという無用な回り道をしなければならなくなることも、前述のとおりである。

ところで、『執務資料』【引用3】の波線部は一見したところ、県側解釈【引用5】の波線部と内容が似ているので、二つの文章の差異を確認しておく。『執務資料』の波線部は、「常態」と「随伴」を区別した上で、「一定の期間」を意味する「常態」が、基本的には1回の代行運転ごとに観念される「随伴」の理解に影響するのを防ぐための手当てといえる。『執務資料』は後述する前提㉔をとっていないので、2台の車両の継続的な近接性がなくとも（時間的近接性を求めている点に注意せよ）、「随伴」は認められるというシンプルな説明になっている。そのため、県側解釈と異なり、「赤信号云々」という馬鹿々々しい例を示す必要はない。⁽¹⁵⁾

一方、県側解釈は「常態」と「随伴」を一体として解釈したいので、㉔「2台の車両は本来、常時近接しているべき」という前提に立つが、㉑交通規制上、㉔を厳格に要求することが不合理なのは明白なので、㉕「赤信号云々」の場合でも「常態として……随伴」に該当すると説明する必要がある。すなわち、県側解釈は、交通規制との関係で明らかに不合理な前提㉔をとるから、車両が離れる機会をできるだけ限定する必要性が生じ、㉕の例示が必要になる。要するに、前提㉔を放棄すれば、話は簡単なのだが、これを放棄すると、1回の代行運転の中で「常態」と「随伴」を一体として解釈することができないので、前提㉔をとらざるをえない……という悪循環に陥っている。私が「無用な回り道」と酷評したのも、そのためである。⁽¹⁶⁾

(15) ちなみに、名古屋地裁判決は「赤信号云々」だけでは例示が足りないと考えたのか、2つの事例を追加している。Ⅷで引用した判決文㉔を参照。ただし、「常時の近接性」が緩和される事例を何個挙げたところで、前提㉔の不合理性が解消されるわけではない。

(16) 説明するまでもないと思うが、『執務資料』や検察解釈のように、「常態」を一定の期間との関係で理解すれば、この悪循環に陥る心配はない。関連して、前掲注

第三の特徴と関連するが、特に問題視すべき第四の特徴は、捜査機関が本来は両立しない検察解釈と県側解釈を都合よく使い分けている点である。捜査担当者は逮捕状請求の時点では県側解釈に従って「常態」を認定していたにもかかわらず、⁽¹⁷⁾ Y から割合解釈を突き付けられると、一転して検察解釈を採用した。2020年3月9日付捜査報告書では、押収した携帯電話の通話記録に基づき、Y から「一定の期間の間の随伴代行為が80回、無随伴代行為が3回」との供述を引き出し、「随伴用自動車を伴った自動車運転代行稼働が多数あり反復継続性があることから業としての稼働と認め、『日常的』に随伴用自動車を伴っての代行運転中の無免許行為をしていたと判断した」と結論するが、これは明らかに検察解釈に基づく議論である。⁽¹⁸⁾ しかし、携帯電話の押収の際は県側解釈を使い、押収した携帯電話から検察解釈を維持しうるだけの情報を手に入れたら、検察解釈に依拠して逮捕・押収を遡って正当化するというのは、県側解釈と検察解釈は両立不可能である以上、許されるものではない。

「常態」に関する公的機関の理解・解釈が対立しているだけではなく、無随伴代行為を主とする代行運転業者は適正化法の適用対象外であり、二種免許は不要であるとの解釈（割合解釈）も相当の説得力をもって成立する以上、本件規定の「常態」は漠然不明確であり、刑罰権の発動に必要な不可欠な事前の公正な告知を提供できていない。とりわけ、本件事案との関係では、捜査機関の恣意的運用に対する歯止めとなっていない点が強調されるべきである。すなわち、捜査機関は、漠然不明確な本件規定を別の捜査目的のために便利使いし（白タク捜査のための携帯電話の押収）、被疑者から法令上の根拠を問われると、逮捕時の法令解釈とは両立不可能な別の法令解釈によって逮捕・押収を遡って正当化している。このような運用を許せば、警察権力の濫用を法律で統制することは著しく困難になり、私たち

(13) も参照。

(17) 第5回公判調書・証人尋問調書（八橋康介）12-13頁。

(18) 「捜査報告書」（八橋康介作成・若杉宜弘宛、2020年3月9日）7-8頁。

に保障された憲法上の自由・権利が恣意的に侵害される危険性も飛躍的に高まるであろう。

以上のとおり、本件規定の「常態」は刑罰権発動の端緒となる文言としては漠然不明確であり、捜査機関の恣意防止の役割も果たせない以上、違憲無効と判断すべきと私は考えるが、これまでの考察を補強するため、次章以下では、明確性の理論に関する判例・学説の議論水準を確認した上で、本件規定の漠然不明確性を最高裁判例に照らして具体的に論証することにした。

IV 「明確性の理論」に関する判例・学説の検討

1 憲法学説・刑法学説による説明と若干の考察

明確性の理論は、アメリカ憲法の判例・学説を参考にしつつ、憲法学と刑法学の双方において通説的理論として受容された⁽¹⁹⁾。憲法の教科書では表現の自由の項目で、刑法の教科書では罪刑法定主義の項目で説明されるのが一般的である。参考のため、定評のある憲法の教科書である芦部信喜『憲法』の説明を引用しておこう（読みやすさを考慮して改行した。(1)～⁽²⁰⁾(4)の番号は愛敬が付したもの）。

(19) アメリカ憲法における明確性の理論に関する古典的な研究として、伊藤正己『言論・出版の自由』（岩波書店、1959年）151-188頁、佐藤文哉「法文の不明確性による法令の無効（1）・（2）」司法研修所論集37号・38号（1967年）がある。アメリカ憲法判例・学説のその後の展開を検討する研究として、門田成人「刑罰法規の明確性の根拠について」島大法学32巻2号（1988年）95頁以下、木下智史「明確性の原則について」阿部照哉先生喜寿記念論文集『現代社会における国家と法』（成文堂、2007年）229頁以下、門田成人「刑罰法規の解釈における『公正な告知』原理」神戸学院法学37巻3・4号（2008年）57頁以下等がある。

(20) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第7版』（岩波書店、2019年）213-214頁。ちなみに、法曹志望者の間で学習用教材として定評のある、宍戸常寿『憲法解釈論

【引用6】 芦部信喜『憲法』の説明

(1) 精神的自由を規制する立法は明確でなければならないとするのが、明確性の基準である。法令が漠然不明確な法令は、もともと刑罰法規についてとくに問題とされた。

(2) 罪刑法定主義（日本国憲法では31条によって保障されている）によれば、刑罰法規は、①国民に法規の内容を明確にし、違法行為を公平に処罰するのに必要な事前の「公正な告知」を与えること、②法規の執行者たる行政の恣意的な裁量権を制限するものであること、が必要であるからである。

(3) しかし、刑罰法規でも、それが表現の自由を制約するものである場合は、その漠然不明確性は、①、②の手續の適正の問題にとどまらず、③表現行為に対して委縮的效果（本来合憲的に行うことのできる表現行為をも差し控えさせてしまう効果）を及ぼすという実体の適正の問題をひき起こす。

(4) そこで、合理的な限定解釈（それには厳格な枠がある）によって法令の漠然不明確性が除去されないうえ、かりに当該法規の合憲的適用の範囲内にあると解される行為が争われるケースでも、原則として法規それ自体が違憲無効（文面上無効）となる。

以下では、上の引用文の①を「公正告知」、②を「恣意防止」、③を「委縮効果論」と略称する。⁽²¹⁾ 明確性の理論は憲法学・刑法学の双方で議論されるので、以下の考察を円滑に進めるため、憲法学と刑法学の問題意識の異同を確認しておく⁽²²⁾たい。

の応用と展開【第2版】』（日本評論社、2014年）145-146頁は、芦部のこの説明に基づいて明確性の理論に関する基本論点の解説をしている。

(21) 刑法学者の門田成人は、アメリカの憲法判例の丁寧な検討を踏まえて、刑罰法規の明確性の根拠について、(a) 公正な告知、(b) 恣意的・差別的執行の防止、(c) 憲法上保護された自由への悪影響を挙げている。門田・前掲注(19)「刑罰法規の明確性の根拠について」116-125頁。本文の①と(a)、②と(b)が同じであることは言うまでもない。後述するとおり、刑法学者は表現規制に問題を限定せず、刑罰法規一般について明確性を議論するので、門田も③の委縮効果論ではなく、(c)の表現を用いているが、そこで議論されている事柄は基本的に同じである。

(22) 本稿と同様の見地から、明確性の理論に関する憲法学と刑法学の問題意識の異

憲法学では明確性の理論を表現の自由の問題の一部として扱うため、憲法の教科書等では、【引用6】の③の委縮効果論や(4)の文面審査の問題が議論の中心になる。すなわち、「漠然不明確性ゆえに無効」と「過度の広汎性ゆえに無効」の二つの法理の異同を文面審査のあり方や第三者の権利主張の可否等の憲法訴訟上の論点と絡めて議論するのが一般的である⁽²³⁾。ただし、【引用6】の(2)にも示されているとおり、刑罰法規一般についても明確性が要求されることは当然の前提とされている。浦部法徳はこの点について、「およそ人の行為を規制しあるいは処罰する法律の規定が明確でなければならないことは、適正手続ないし罪刑法定主義(憲法31条)の要請するところ」であり、精神的自由の領域では公正告知と恣意防止に加えて委縮効果論に関心が向けられるので、「精神的自由の規制立法については、いっそう厳格な明確性が要求されるものとすべきである」と説明している⁽²⁴⁾。

同を分析する論稿として参照、青井未帆「過度広汎性・明確性の理論と合憲限定解釈」論究ジュリスト01号(2012年)90頁以下。青井によれば、表現規制の明確性という観点からは重要判例である税関検査最高裁判決(最大判1984・12・12民集38巻12号1308頁)は刑事事件でないため、刑法学者による検討から外されることが多い。青井・前掲論文96頁の注(7)。一方、憲法学者・市川正人の『表現の自由の法理』(日本評論社、2003年)は、表現規制の事案ではないため、福岡県青少年保護育成条例事件最高裁判決(最大判1985・10・23刑集39巻6号413頁)を取り上げていない。刑法学における同判決の重要性は、『刑法判例百選』が刑罰法規の明確性に関する判例として、同判決を取り上げていることから明らかである。佐伯仁志「刑罰法規の明確性・広汎性」佐伯仁志・橋爪隆編『刑法判例百選Ⅰ総論[第8版]』(有斐閣、2020年)6頁。

(23) 芦部・前掲注(20)213-216頁、宍戸・前掲注(20)142-152頁、芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)[増補版]』(有斐閣、2000年)388-401頁、浦部法徳『憲法学教室[第3版]』(日本評論社、2016年)102-107頁、辻村みよ子『憲法 第7版』(日本評論社、2021年)203-205頁、長谷部恭男『憲法 第8版』(信世社、2022年)209-212頁等。藤井俊夫「過度の広汎性の理論および明確性の理論」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第2巻』(有斐閣、1987年)347頁以下も参照。

(24) 浦部・前掲注(23)104-105頁。青井・前掲注(22)90頁によれば、「規制対象に表現の自由が関わる場合、より高度の明確性が必要とされることは、少なくとも憲法学では、通説的な理解である」。アメリカの憲法の教科書でも同様に、法令の

一方、刑法学では罪刑法定主義の重要な要素として明確性の理論が扱われるため、刑罰法規一般（表現規制に限定されない）についての明確性が議論される⁽²⁵⁾。その結果、刑法学者の多くは委縮効果論に十分な関心を払わず、委縮効果論に言及する場合でも、刑罰法規一般の明確性の問題として議論しているため、表現の自由に対する委縮効果の問題性を踏まえて、合憲限定解釈が許されるのは極めて例外的であること（文面審査が原則であること）を強調する議論には必ずしもなっていない⁽²⁷⁾。刑法学の観点から明確性の理論に関する比較法研究を蓄積してきた門田成人は、刑法学が刑罰法規一般に関する明確性を要求していることに自覚的であるからこそ、明確性の要求の根拠を、憲法学者のように表現の自由に対する委縮効果にではなく、「刑罰のもつ峻厳性」に求めている⁽²⁸⁾。

門田の指摘と関連して、憲法学者の土井真一が、「刑罰法規は、強い社会的非難を伴う峻厳な制裁を科すものであり、罪を犯したことを疑う相当

明確性の要求は表現規制の場合に限定されるものではないが、表現規制の文脈では特別な厳格さが求められると説明されている。Geoffrey Stone, et al., *The First Amendment*, 4th edition (Wolters Kulwer, 2012) p. 136; Kathleen S. Sullivan & Noah Feldman, *Constitutional Law*, 19th edition (Foundation Press, 2016) p. 1362.

(25) 団藤重光『刑法綱要総論 第3版』（創文社、1990年）51-53頁、山口厚『刑法第2版』（有斐閣、2011年）14-18頁、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）46-52頁、高橋則夫『刑法総論 第4版』（成文堂、2018年）38-40頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論（第3版）』（弘文堂、2019年）59-62頁。

(26) 曾根・前掲注(25) 46-47頁、高橋・前掲注(25) 38-39頁、日高義博「刑罰法規の明確性」西田典之ほか編『刑法の争点（新・法律学の争点シリーズ2）』（有斐閣、2007年）6-7頁等は、委縮効果論の問題に言及していない。

(27) もちろん、刑法学説の主要な課題は、刑罰法規の違憲性を論証することではなく、刑罰法規の構成要件の厳格な解釈を提示することにあると解されるので、教科書レベルの記述において、委縮効果論と文面審査の論点が落ちるのは当然である。ただし、西田・前掲注(25) 59頁以下のように、委縮効果論に明示的に言及しておきながら、憲法学者が問題視する最高裁の合憲限定解釈の例を紹介するのみで特段の批判をしない論述もあるので、本文のとおり問題提起をしておく。

(28) 門田成人『『刑罰法規明確性の理論』の意義と根拠について』刑法雑誌33巻3号（1994年）399頁。

な理由があるときは、人身の自由その他の権利・自由に対して重大な制約を課す手続が開始され得ることから、表現の自由に対する制約とは異なる角度から……、強い委縮効果が働く⁽²⁹⁾と解するのが相当である」と論じていることに注目したい。伊藤正己も福岡県青少年保護育成条例事件最高裁判決(最大判1985・10・23刑集39巻6号413頁。以下「福岡判決」と略す)の反対意見において、「表現の自由の特質からその規制の立法はとくに明確性が憲法上要求されることはたしかであるが、刑罰という最もきびしい法的制裁を科する刑事法規については、罪刑法定主義にもとづく構成要件の明確性の要請がつよく働くのであるから、判例の説示するところは、憲法31条⁽³⁰⁾のもとにあつて、刑罰法規についてもほぼ同様に考えてよいと思われる」と述べていることを確認しておこう。

2 徳島市公安条例事件最高裁判決の考え方と若干の考察

憲法学・刑法学の両方で刑罰法規の明確性に関する先例として扱われているのが、徳島市公安条例事件最高裁判決(最大判1975・9・10刑集29巻8号489頁。以下「徳島判決」と略す)⁽³¹⁾である。刑罰法規の明確性に関する判示の部分を引用しておこう(読みやすさを考慮して改行した。(1)や①の番号と下線は愛敬が付したもの)⁽³²⁾。

(29) 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(3) 国民の権利及び義務(2)・国会』(有斐閣、2020年)219頁(土井真一執筆部分)。

(30) 刑集39巻6号436-437頁。

(31) 憲法学者の指摘の例として参照、芦部・前掲注(20)215頁、浦部・前掲注(23)104頁、長谷部・前掲注(23)210頁、木村草太「公安条例の明確性——徳島市公安条例事件」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I [第7版]』(有斐閣、2019年)179頁、吉川智志「不明確性・過度広汎性」横大道聡編著『憲法判例の射程第2版』(弘文堂、2020年)358頁、井上典之「犯罪処罰規定の明確性と憲法31条」法学セミナー626号(2007年)66頁。刑法学者の指摘の例として参照、山口・前掲注(25)15-16頁、西田・前掲注(25)59-60頁、曾根・前掲注(25)47頁、高橋・前掲注(25)39頁、日高・前掲注(26)4頁、田宮裕「罪刑法定主義と刑罰の明確性」藤木英雄・板倉宏編『刑法の争点(第3版)』(有斐閣、1987年)14頁、設楽裕文「明確性の原則と憲法31条」日本法学82巻3号(2016年)193頁。

【引用7】徳島市公安条例事件最高裁判決

(1) 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、①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、②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。

(2) しかし、一般に法規は、規定の文言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。

(3) 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。

最高裁も、刑罰法規の明確性が憲法31条の要求である理由を述べる(1)において、①公正告知と②恣意防止を挙げていることを確認しておこう。その上で、②について、徳島判決の多数意見がカッコ書きのかたちで、「なお、記録上あらわれた本条例の運用の実態をみても、本条例3条3号の規定が、国民の憲法上の権利の正当な行使を阻害したとか、国又は地方公共団体の機関の恣意的な運用を許したとかいう弊害を生じた形跡は、全く認められない」と付言していた事実に注意を促したい。⁽³³⁾Ⅲで確認

(32) 刑集29巻8号504頁。

(33) 刑集29巻8号506頁。徳島判決で補足意見を書いた団藤重光は教科書の中でわざわざ、カッコ書きの内容に触れており、徳島判決で多数意見に与した団藤にとつて、「恣意的運用の実績がない」ことは重要な考慮要素であったものと解される。

したとおり、本件事案では捜査機関が本件規定を恣意的に運用しているので、仮に徳島判決に従うとしても、本件規定を漠然不明確と評価できるものと解される。この問題はVIの2で検討する。

ところで、学説は前述のとおり、アメリカ憲法の判例・学説を参考にしつつ、日本国憲法に適合的な明確性の理論を作り上げてきたが、アメリカ連邦最高裁も、公正告知と恣意防止を明確性の理論の重要な根拠としている事実を確認しておきたい。最近の学説も重要な先例として引用する1972年の判決（Grayned v. City of Rockford）で連邦最高裁は次のように判示した（Thurgood Marshall 判事による法廷意見。読みやすさを考慮して改行した。⁽³⁴⁾（1）～（3）の番号・下線・カッコ内の補足は愛敬によるもの）。

【引用8】アメリカ連邦最高裁判決（Grayned v. City of Rockford）

（1）法律による禁止の内容が明確に定義されていない場合、当該立法は漠然不明確ゆえに無効であるというのが、適正手続の基本原則である。漠然不明確な法律はいくつかの重要な価値を侵害する。

（2）第一に、人々は適法行為と違法行為の間を自らの責任で切り抜けるべきというのが我々の前提なので、法律は、通常の知性の持ち主に対して、

団藤・前掲注（25）52頁。徳島判決の団藤補足意見も参照。青井・前掲注（22）94頁は、カッコ書きの重要性を指摘した上で団藤補足意見に触れて、徳島判決は「問題を憲法31条違反と把握していたのではあるが、背後には21条への配慮があったものといえるだろう」と評している。

(34) Grayned v. City of Rockford, 408 U.S. 104 (1972) at 108-109. 同判決の日本語による紹介として参照、門田・前掲注（19）「刑罰法規の明確性の根拠について」103-104頁。明確性の理論を検討するアメリカの法学者の論稿のうち、同判決を重要な先例として扱うものをいくつか挙げておく。Stone et al, *supra* note 24, p. 136; John F. Decker, “Addressing Vagueness, Ambiguity, and Other Uncertainty in American Criminal Laws” 80 *Denver Law Review* 241, 246 (2002); Tammy W. Sun, “Equality by Other Means: The Substantive Foundations of the Vagueness Doctrine” 46 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 149, 170-171 (2011); Carissa Byrne Hessick, “Vagueness Principles” 48 *Arizona State Law Journal* 1137, 1143-44 (2017); Guyola Binder & Brenner Fissell, “A Political Interpretation of Vagueness Doctrine” 2019 *University of Illinois Law Review* 1527, 1536-38.

何が禁止されているのかを理解し、それに基づいて行動する合理的な機会を提供しなければならないと我々は主張する。漠然不明確な法律は、公正な告知を提供しないことにより、無実の人間を罠にかけることになるかもしれない。

(3) 第二に、もし恣意的で不平等な適用を回避すべきであるならば、法律はその適用者に対して明確な基準を提供しなければならない。漠然不明確な法律は（立法機関が担うべき）基本的政策の決定を、警察官・裁判官・陪審員のアドホックで主観的な決定に委任するものであり、許容できない。

(2) が公正告知の、(3) が恣意防止の要求であることは明白である。(2) や (3) の下線部はⅢで検討した本件事案の特徴との関係で示唆的な説示であるが、詳細はⅥの2で検討したい。なお、Marshall 判事の法廷意見は続けて、表現規制との関係で委縮効果の問題を論じているが、本稿の課題との関係で省略した。ここで確認しておきたいのは、日本の最高裁はアメリカ連邦最高裁と同様、刑罰法規の明確性が求められる理由として公正告知と恣意防止を挙げている点である。⁽³⁵⁾

「明確性の理論の母国アメリカ」の「判例展開は複雑であり、また混乱も指摘されるところである」との論評もあり⁽³⁶⁾、丁寧な比較憲法的研究が必要であるが、本件事案との関係で注目しておきたいのは、次の3点である。第一に、近年の判例は一般に、公正告知よりも恣意防止の観点を重視していると指摘されている点である⁽³⁷⁾。第二に、恣意防止の観点を重視する学説によれば、「明確性の理論の核心にあるのは、政府権力が抑制されていないと、結果として腐敗と抑圧が生ずるとの想定」であり、明確性の理

(35) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、1984年）178頁の注（4）は、徳島市公安条例事件最高裁判決にはアメリカ憲法判例の公正告知と恣意防止が「明示されている」と評価している。

(36) 青井・前掲注（22）96頁。

(37) Donald A. Dripps, “Due Process Overbreadth? The Void for Vagueness Doctrine, Fundamental Rights, and the Brewing Storm over Undefined Consent in Sexual Assault Statutes” 73 Oklahoma Law Review 121, 129 (2020).

論が提供するの、個別事案における警察と市民の具体的な関係よりもむしろ、捜査機関の裁量的意思決定を統制することの決定的重要性を強調する視点である⁽³⁸⁾。そして、第三に、恣意防止の観点を重視する学説は、行政機関等による事前の解釈準則の定立がある場合と比べて、捜査機関が事後的に不明確な法令を自ら解釈して適用することを特に問題視する点である⁽³⁹⁾。同様の主張をする論者は、問題の本質は「警察官の法 law by cop」(現場での警察官の判断による逮捕等)の是非であり、それを許せば、警察官の勝手放題になってしまうと警鐘を鳴らしている⁽⁴⁰⁾。

日本の憲法学説は、表現規制との関係で委縮効果論に注目するため、問題の条文の不明確性を批判する際も、公正告知の観点を重視しがちである⁽⁴¹⁾が、本件事案との関係では、アメリカ憲法の判例・学説の動向にも留意しつつ、恣意防止の観点の重要性を改めて強調しておきたい。恣意防止を重視するアメリカの学説の第二・第三の指摘は、本件事案の特徴(Ⅲを参照)との関係で特に示唆的である。なぜなら、あえて繰り返すが、日本の最高裁もアメリカ連邦最高裁と同様、刑罰法規の明確性が求められる理由として恣意防止の観点を重視しているからである。

(38) Sun, *supra* note 34, pp. 181-182, 186.

(39) Binder & Fissell, *supra* note 34, p. 1585.

(40) Peter W. Low & Joel S. Johnson, “Changing the Vocabulary of the Vagueness Doctrine” 101 *Virginia Law Review* 2051, 2078-79 (2015).

(41) 長谷部編・前掲注(29) 218-219頁(土井真一)はこのことを明快に指摘する。たとえば、木下・前掲注(19) 230-234頁は、最高裁は表現規制の事案でも委縮効果の問題を無視して、罪刑法定主義の一内容としての刑罰法規の明確性の問題として処理する点を問題視する立場から、恣意防止という目的だけを重視する議論のあり方を批判している。

V 漠然不明確な刑罰法規を解釈する際の考慮事項

1 刑罰法規の抽象性と明確性の理論

前述のとおり、明確性の理論に関する憲法学者の論説は、表現規制に関わる委縮効果論との関係で文面審査の問題を中心に議論をするものが多く、他方で、刑法学者の論説は罪刑法定主義との関係で刑罰法規一般の明確性を議論するため、個々の事案においてどの程度の明確性が要求されるべきかについて、必ずしも具体的な指針を読み取れないところもある。ただし、その原因は学説の側ではなく、一般論のレベルではアメリカ憲法判例や学説と同様の明確性の理論を受け入れておきながら、具体的な適用の場面では明確性の要求水準を安易に下げてしまう最高裁の側にある⁽⁴²⁾。

最高裁が適用場面での明確性の要求水準を下げるための「伏線」となっているのが、徳島判決【引用7】の（2）の判示であると解される。徳島判決への賛否は別にして、（2）の判示と類似の指摘が、憲法学者・刑法学者の双方からなされている。たとえば、憲法学者の君塚正臣は徳島判決以下の最高裁判決を批判しつつも、「そもそも刑罰法規に関しては、犯罪を抑止するため、委縮の効果（威嚇力）が必要である。違法行為ではなくとも、それに準じる行為を抑止する効果もあつてしかるべきである」と述べている⁽⁴³⁾。刑法学者の山口厚も、「罰則の解釈は技術的になっており、一般人が処罰範囲を認識しうるかには、実際上問題がある。この意味で、さほど厳格な明確性が要求されうるものではないことは認めざるをえないであろう」と述べている⁽⁴⁴⁾。

(42) 青井・前掲注(22)97頁は、広島市暴走族追放条例最高裁判決（最判2007・9・18刑集61巻6号601頁）のように「立法過程や立法者意思をすら軽視できるとしたら、限定解釈が可能な範囲は極めて広くなる」ので、過度の広汎性や明確性の理論は、出番のない「張りぼて」理論になると批判している。

(43) 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論 下巻』（法律文化社、2018年）649頁。

表現規制の事案であれば、「刑罰法規一般については一定の不明確性を許容するとしても、委縮効果との関係で本件規制は違憲である」と主張すれば足りるのだろうが、本件事案は表現規制の問題ではない。そこで、少々回り道をすることになるが、長谷部恭男の論稿「漠然性の故に有効」を参考にしながら、刑罰法規の抽象性が許される理由（あるいは場合）について、少し掘り下げて考えてみたい。

長谷部は、刑法130条（住居侵入罪）が「正当な理由がないのに」という漠然不明確な構成要件を定めていることに注目する。長谷部によれば、このように漠然とした概念が犯罪の構成要件に用いられている理由は、「規定の文言の表現力に限界がある」（【引用7】の（2）を参照）という事情にのみあるわけではなく、「人の住居も社会生活一般の網の目の中に据えられたものである以上、何時いかなる場合であっても、管理権者の許諾なくして建物に立ち入ることは絶対に許されないと法準則を設定することは極端に過ぎる」が、だからといって、どのような場合に管理権者の許諾は不要かについて、「文言によって明確な輪郭を引くことはきわめて困難」⁽⁴⁵⁾だからである。

管理権者の許諾なしに建物に立ち入る「正当な理由」については、「社会通念に基づく一般的な了解があり、少なくとも具体的場面においては、一般市民としてさほど判断に困らないことが通常であろう」し、「最終的にその内容を判断する権限を裁判所に与えたとしても、その判断権限が濫用されたり、裁判官によってまちまちな判断がなされる危険は大きなものではない」から、「漠然としていることが、かえって規範としての有効性を高める」と長谷部は論ずる。ただし、長谷部によれば、「問題となる漠然とした実定法規の適用が、通常の判断能力を有する一般人の良識に照ら

(44) 山口・前掲注(25)15頁。渡邊一弘「刑罰法規の明確性・広汎性と合憲限定解釈」法学会雑誌（首都大学東京）49巻1号（2008年）439頁も同様の指摘をしている。

(45) 長谷部恭男「漠然性の故に有効」同著『憲法の論理』（有斐閣、2017年）128-129頁。

したとき結論の収斂を導かない場合は、「法令全体として漠然性の瑕疵を帯びるため文面上違憲無効と判断される余地は残る⁽⁴⁶⁾」。

本件事案との関係でまず確認しておきたいのは、本件規定の「常態」の解釈については、「通常の判断能力を有する一般人の良識に照らしたとき結論の収斂」を導くどころか、公的機関の間でも「結論の収斂」を導いていない点である（Ⅲで確認した検察解釈と県側解釈の両立不可能性を参照）。よって、本件規定に対する明確性の要求を、「刑罰法規には一定の委縮効果が期待される」とか、「規定の文言の表現力に限界がある」といった一般論によって緩和することは許されない。このことを確認した上で、本件事案は表現規制の問題ではないが、明確性の要求が緩和されるべきではない理由を、北海道の「公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例」（以下「迷惑防止条例」と略す）に関する最高裁決定（最決2008・11・10刑集62巻10号2853頁。以下「北海道決定」と略す）との比較を通じて明らかにしたい。

2 「迷惑防止条例」最高裁決定の事案との比較

迷惑防止条例2条の2第1項は、「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。（1）衣服等の上から、又は直接身体に触れること。（2）衣服等で覆われている身体又は下着をのぞき見し、又は撮影すること。（3）写真機等を使用して衣服等を透かして見る方法により、衣服等で覆われている身体又は下着の映像を見、又は撮影すること。（4）前3号に掲げるもののほか、卑わいな言動をすること」を禁止しており、違反者には6月以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する旨を定めている（10条1項⁽⁴⁷⁾）。最高裁の事実認定によれば、被告人は旭川市内のショッピングセンターで女性客を少なくとも5分

(46) 同上書130-131、137頁。

(47) 三浦透「判批」ジュリスト1433号（2011年）114-115頁を参照。

間、40メートル余りにわたって付けねらい、背後の1～3メートルの距離から、携帯電話のデジタルカメラで、細身のズボンを着用した同女性客の臀部をねらい、約11回これを撮影した。

この行為が迷惑防止条例2条の2第1項4号の「卑わいな言動」に当たるとして起訴された被告人が同規定は漠然不明確であり、憲法31条に違反すると争ったところ、最高裁は、「卑わいな言動」とは「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され」、同規定1項と相まって「日常用語としてこれを合理的に解釈することが可能である」として被告人側の違憲の主張を斥けた。そして、被告人の本件撮影行為を被害者が気づいておらず、ズボンの上からされたものであっても、「社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな動作であることは明らか」⁽⁴⁸⁾であると判断した。明確性の理論との関係では、多数意見の限定解釈を疑問視し、被告人は無罪と結論した田原睦夫裁判官の反対意見が注目される。同意見によれば、「臀部を視る」行為の中には「卑わいな言動」に当たらない場合が数多く想定されること、被告人の撮影行為の態様も「卑わい」性が認められないこと、そして、撮影行為の態様からして、被害者が不快の念を抱く場合があるとしても、客観的に「著しくしゅう恥させ、不安を覚えさせるような行為」とは評価できないので、被告人は無罪⁽⁴⁹⁾であるとされる。田原反対意見と同様、多数意見の限定解釈の恣意性を問題視する刑法学者による判例評釈も⁽⁵⁰⁾ある。

この点について最高裁調査官は、田原反対意見に一定の説得力があることを認めつつも、「ねらった対象が臀部であること……、また、約5分間、40m以上にわたり、被害者の後ろを付けながら、その背後の至近距離から、約11枚もの画像を隠し撮りしたという、相当に執ような態様であったことなどが考慮されたものと推察される」として、多数意見を擁護してい

(48) 刑集62巻10号2855頁。

(49) 刑集62巻10号2856-2860頁。

(50) 金尚均「判批」法学セミナー増刊・速報判例解説 vol.5 (2009年) 155頁。

(51) 長谷部の論稿の表現を借りるならば、「相当に執ような態様」であったことを重視すれば、「通常の判断能力を有する一般人の良識に照らしたとき結論の収斂」を導くとの主張であると評価できよう。憲法学者として理論的には田原反対意見を支持するが、ここでは本件事案との関係で譲歩して、最高裁調査官の「相当に執ような態様」の議論を受け入れた上で、次の問題を考えてみたい。

北海道決定の被告人（以下「B」と略す）に対して、「衣服の上からとはいえ女性の臀部を相当に執ような態様で撮影する行為が、社会通念上許されるべきか」と尋ねたら、Bは「社会通念上許されるべき行為である」と正々堂々反論できたであろうか。逆にいえば、正々堂々とは行えない撮影行為だからこそ、Bは事前に被写体に対して告知せず、撮影自体も目立たないようにして実行したのではないか。一方、本件事案のYは本件規定の「常態」に関する自らの解釈が正しいとの信念の下で（Ⅱで説明したとおり、Yの割合解釈には相当の根拠と合理性がある）、自らの行為が何ら違法ではないことを正々堂々と主張している（前掲注（9）と対応する本文を参照）。自らの行動の正当性に関するBとYの間の差異は決定的に重要である。このことを、福岡判決を参考にしつつ、明らかにしたい。

福岡県青少年保護育成条例10条1項の「淫行」は刑罰法規として不明確であるとの上告人側の主張に対して、最高裁の多数意見は、本条例が「淫行」を処罰する趣旨は、「一般に青少年が、その心身の未成熟や発育程度の不均衡から、精神的に未だ十分に安定していないため、性行為等によって精神的な痛手を受け易く、また、その痛手からの回復が困難となりがちである等の事情にかんがみ、青少年の健全な育成を図るため、青少年を対象としてなされる性行為等のうち、その育成を阻害するおそれのあるものとして社会通念上非難を受けるべき性質のものを禁止することとしたものであることが明らか」であるとした上で、「本件各規定の趣旨及びその文理等に徴すると、本条例10条1項の規定にいう『淫行』とは、㊦広く青少

(51) 三浦・前掲注（47）115-116頁。

年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、㉑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、㉒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」と判示した(㉑～㉒の記号は愛敬が付したもの⁽⁵²⁾)。

伊藤正己裁判官の反対意見は、「淫行」が㉑を含むとしたら、過度に広汎かつ不明確であるのは多数意見のいうとおりとした上で、㉑については処罰が許されるとしても、㉒を処罰の対象とすることは、「明確性の点で問題があるのみならず……、国法との関係からいっても、処罰範囲の限定として適当なものとはいえない」と述べた。その上で伊藤反対意見は、単に「淫行」とのみ定める本条例の該当規定を㉑の場合に限定する解釈が許されるか否かを徳島判決に従って検討し、次のように結論する。「『淫行』という文言の語義からいっても無理を伴うもので、通常判断能力を有する一般人の理解の及びえないものであり、『淫行』の意義の解釈の域を逸脱したものといわざるをえない。このように考えると、『淫行』という文言は、正当に処罰の範囲とされるべきものを示すことができず、本条例10条1項の規定は、犯罪の構成要件の明確性の要請を充たすことができないものであつて、憲法31条に違反し無効というほかはない。原判決及びその支持する第一審判決は破棄を免れず、被告人は無罪である⁽⁵³⁾と考える」。

多数意見の限定解釈を疑問視し、伊藤反対意見を支持する立場が、憲法学・刑法学の双方において圧倒的に有力であるが、ここで確認しておきた

(52) 刑集39巻6号415-416頁。本条例において「青少年」とは18歳未満の者を指し、婚姻関係にある者は除外される。

(53) 刑集39巻6号434-437頁。

(54) 憲法学者の指摘の例として参照、芦部・前掲注(20)400-401頁、宍戸常寿「青少年保護条例による淫行禁止」磯部力ほか編『地方自治判例百選[第3版]』(有斐閣、2003年)57頁、刑法学者の指摘の例として参照、佐伯・前掲注(22)7頁、曾根威彦「罪刑法定主義と刑法の解釈」西田典之ほか編『刑法の争点(新・法律学の争点シリーズ2)』(有斐閣、2007年)5頁。

いのは、多数意見が強引な限定解釈をせざるをえなかったのは、㊦を「淫行」から括りだすためであったことである。その背景には、青少年との性交であっても当事者の合意に基づく場合は、自己決定権ないしプライバシー権に基づく行為として処罰の対象にするべきではないとの実質的判断（＝憲法論）があるものと解される。伊藤反対意見がわざわざ、「性行為そのものは、自己の性欲を満足させるために行われるのが通常である」と述べているのも、⁽⁵⁵⁾憲法13条の保障の範囲に入ると解される性的自由を前提にすれば、将来の婚姻等を前提としない青少年との性交を㊦に該当するとして処罰することは許されないことを強調するためであろう。

本件事案で問題となっているのは、Yの職業の自由である。薬事法事件最高裁判決（最大判1975・4・30民集29巻4号572頁）によれば、「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人的人格的価値とも不可分の関連を有するものである」。もちろん、判例・学説が認めるとおり、経済的自由に対しては国民経済の調和的発展や経済的弱者保護の観点から広く規制が認められるが、だからといって、経済規制の場合は刑罰法規の明確性の要求が当然に緩和されるという話ではない。IVの1で引用した伊藤正己や土井真一の指摘にあるとおり、刑罰を用いた憲法上の権利の規制については明確性が厳格に要求されると考えるべきである。⁽⁵⁶⁾

(55) 刑集39巻6号435頁。

(56) 門田・前掲注(19)「刑罰法規の明確性の根拠について」125頁は、「規制対象行為が憲法によって保護されていない場合には、明確性の理論はデュー・プロセスの基本原理のみによって要請される。この場合における明確性の基準は最低限度のものといえる。憲法上保護された行為に制定法が及ぶ場合には、デュー・プロセスの要請とともに、憲法上の権利行使への抑止効排除の要請が働くから、一層厳格な基準が要求される」と述べている。関連して、妊娠中絶規制のように表現規制に当たらない場合でも、アメリカ連邦最高裁は明確性の理論に基づく主張（特に過度の広汎性）を認めていることに注目して、妊娠中絶規制との関係で委縮効果の有無を

北海道決定のBと本件事案のYとの決定的な違いは、前述したとおり、Yの法令解釈に相当な根拠と合理性があるだけではなく、規制対象となっているYの行為が、Bの行為とは異なり、最高裁も「個人の人格的価値とも不可分の関連を有する」重要な権利として認める職業の自由の行使である点にある。その意味で、本件事案は福岡判決と同様の配慮が要求される事案であるというべきである。そして、学説から厳しく批判される福岡判決の多数意見でさえ、憲法上保護される性的自由の問題を考慮していることは前述のとおりである。したがって、憲法上の権利の行使として評価するのが困難な事案で北海道決定のように安易な限定解釈をする場合があるとしても、事案を異にする本件事案について安易な限定解釈をすることは許されないことになる。

VI 徳島市公安条例事件最高裁判決の再検討

1 徳島判決の問題点

徳島判決に対する学説の評価は概ね、【引用7】の説示は妥当としつつも、徳島市公安条例3条3号の「交通秩序を維持すること」という漠然不明確な規定に対する最高裁の限定解釈を批判する。最高裁は、同規定を

経験的に判定する方法を検討する論稿が注目される。Brandice Canes-Wrone & Michael C. Dorf, “Measuring the Chilling Effect” 90 New York University Law Review 1095 (2015). ともあれ、ここで確認しておきたいのは、日本では、表現規制の場合でも委縮効果の問題を重視せず、文面審査による違憲無効という判断を示さない最高裁判例の動向を批判するため、憲法学説の中には「表現規制の特別性」を過度に強調する議論もあるが、門田の指摘にあるとおり、表現規制に該当しなくとも、「憲法上保護された行為」の刑事規制には「抑止効排除」の要請が働く場合があると理解すべきである。

(57) 憲法学者の指摘として参照、長谷部・前掲注(23)210-211頁、市川・前掲注(22)345頁、藤井・前掲注(23)369-371頁、木村・前掲注(31)181頁、君塚・前掲注(43)642-643頁、野坂泰司『憲法判例を読み直す』(有斐閣、2011年)204-207頁。刑法学者の指摘として参照、曾根・前掲注(25)47頁、山口・前掲注(25)

「道路における集団行動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」と限定的に解釈した上で、「通常の判断能力を有する一般人」ならば、具体的状況の下で禁止される行為と禁止されない行為の判断に格別の困難を感じないはずであると論じ、同規定は「確かにその文言が抽象的であるとのそしりを免れないとはいえ、集団行動等における道路交通の秩序遵守についての基準を読み取ることが可能であり、犯罪構成要件の内容をなすものとして明確性を欠き憲法31条に反するものとはいえない」と結論した。⁽⁵⁸⁾

徳島判決は、具体的条件の下では「交通秩序を維持すること」という文言も漠然不明確とはいえないとして、同規定を無傷のままで合憲としたので、集会の自由が問題となった事案である以上、委縮効果の問題を完全に無視していると批判されるのは当然である。ただし、表現規制の問題ではない本件事案との関係で重要なのは、徳島判決の限定解釈の当否である。刑罰法規は裁判官にとっては裁判規範であるが、一般の人々にとっては行為規範である。⁽⁵⁹⁾ 公正告知は行為規範のレベルでも要求されるから、「交通秩序を維持すること」という文言から、「通常の判断能力を有する一般人」が専門家の助けを借りずに、㉞「秩序正しく平穩に行われる集団行動に随伴する交通秩序の阻害」は許されるが、㉟「殊更な交通秩序の阻害」は許されないというルールを導き出すことができる必要がある。⁽⁶⁰⁾ しかし、これ

16頁、設楽・前掲注(31) 202-205頁、三井誠「刑罰法規の明確性——徳島市公安条例事件」平野龍一編『刑法判例百選Ⅰ 総論』(有斐閣、1978年) 23頁、竹内正「公安条例と道交法との関係」『昭和50年度重要判例解説』(有斐閣、1976年) 147頁。

(58) 刑集29巻8号505-506頁。

(59) 刑法学者による指摘として参照、日高・前掲注(26) 6頁、高橋則夫・杉本一敏「罪刑法定主義② 刑法と憲法における『不明確性』の主張」法学セミナー702号(2013年) 16頁(高橋のコメント)。憲法学者による指摘として参照、井上・前掲注(31) 70頁。

(60) 木下・前掲注(19) 233頁は、最高裁が一般人にとっての行為規範の側面を軽

は相当に困難な作業であろう。そもそも、限定解釈によって得られた④も相変わらず不明確であり、公正告知や恣意防止の役割を実際に果たしうるのか疑わしい。

以上のとおり、私も従来の学説と同様、徳島判決には重大な問題点があると考え、次項では、徳島判決に従った場合でも本件規定は漠然不明確であることを論証する。

2 徳島判決の「好意的」再構成

徳島判決は集会の自由に関する事案なので、表現規制との関係で委縮効果の問題が議論されるべきなのは当然であるが、表現規制とは関わらない本件事案との関係での示唆を得るため、憲法学者の論考としては異例のことではあるが、本項では、委縮効果の問題は度外視して、刑罰法規の明確性の問題を考える。

徳島判決の事案は、道交法上の許可を得て行った集団示威行動において「だ行進」を行ったことが、徳島市公安条例3条3号の「交通秩序を維持すること」にも違反するとして起訴された事件である。道交法上の許可には「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」という条件が付されていた。よって、徳島判決を「好意的」に解釈するならば、一般人はいざ知らず、本件許可を申請した被告人らは「だ行進」が「交通秩序を乱すおそれがある行為」に該当するというのが規制権限を有する行政機関の解釈であることを事前に知っていたと評価できるので、「だ行進」をすれば公安条例違反と認定される可能性も予見できたはずだ、

視して、裁判官にとっての「正しい解釈」を求める点を批判している。木下も指摘するとおり、「法規の変遷」や「判例の蓄積」についての知識を一般人に要求するのは「酷というべき」であろう。君塚・前掲注(43)650-651頁も、「立法制定の背景・経緯を知り、条例全体の趣旨などを総合的に判断して初めて、何が犯罪であるかが判明するというのであれば、一般人に無理を強いており、許されない。条文の多義性を捕らえるものは、一般人の視野にある条文や事実などに限るべきであろう」と論ずる。

と論じることは可能かもしれない。よって、公安条例違反で処罰しても被告人との関係では公正告知の要請を充たしており、恣意防止との関係でも問題は無いとの評価もありえよう。すなわち、徳島判決の被告人には、具体的な条件の下で自らの行動の違法・適法を判断するための公的指針が事前に示されていたということである。⁽⁶¹⁾

多数意見の限定解釈が学説から厳しく批判されている判決として、広島市暴走族追放条例最高裁判決がある（最判2007・9・18刑集61巻6号601頁。以下、「広島判決」と略す）。詳細には立ち入らないが、条例の文言は「特異な服装をし、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し」（17条）という不明確な概念を用いているけれども、多数意見によれば、「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」⁽⁶²⁾、「本来的な意味における暴走族」とそれと同視しうる集団に限定できる。また、多数意見は、「㊦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にするにとどめ、㊧この命令に違反した場合に初めて処罰すべきものとするという事後的かつ段階的規制」によっていることにかんがみると、㊨その弊害を防止しようとする規制目的の正当性、弊害防止手段としての合理性、この規制により得られる利益と失われる利益との均衡の観点に照らし、いまだ憲法21条1項、31条に違反するとはまではいえない」としている⁽⁶³⁾（㊦～㊨の記号は愛敬が付したもの）。

私も多くの憲法学者・刑法学者と同様、多数意見の合憲限定解釈には批判的であり⁽⁶⁴⁾、多数意見の限定解釈を「強引」と断じた藤田宙靖裁判

(61) 本段落の考察は、大石和彦「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」筑波ロー・ジャーナル22号（2017年）4-6頁の論述から多大な示唆を受けている。

(62) 61巻6号604頁。本条例施行規則3条は「……暴走族であることを強調するような文言等を刺しゅう、印刷等をされた服装等」の着用者の存在を本条例17条に基づく中止命令等を発する際の判断基準にしている。

(63) 刑集61巻6号604頁。

(64) 憲法学者による指摘として参照、君塚・前掲注（43）644-647頁、門田孝「広

官の反対意見を支持する。⁽⁶⁵⁾しかし、本件事案との関係で百歩譲って(心情的には「一万歩くらい」譲って)、広島判決を「好意的に」解釈するならば、市長による中止・退去命令を受けたことにより、集会等をしている集団は自らが刑罰規定の適用対象であることを一応告知されたと評価できるので、処罰を回避したければ、集会等をひとまず中止し、中止命令等の違法性は事後的に国家賠償請求訴訟等で争えばよいとの立場であると理解することも可能である。⁽⁶⁶⁾

一方、本件事案のYは、徳島判決や広島判決の被告人とは異なり、刑罰規定に違反するのを回避するための公的指針を、事前に一切示されてい

島市暴走族追放条例事件最高裁判決」法律時報79巻13号(2007年)1頁、井上禎男『暴走族』による『集会』に対する規制と憲法第21条1項」法学セミナー637号(2008年)112頁、西村裕一「条例の広範性」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I[第7版]』(有斐閣、2019年)182頁。刑法学者による指摘として参照、曾根威彦『現代社会と刑法』(成文堂、2013年)127頁以下、豊田兼彦「刑罰法規の広範性と限定解釈」法学セミナー637号(2008年)115頁。

(65) 藤田反対意見は、「私もまた、法令の合憲限定解釈一般について、それを許さないとするものではないが、表現の自由の規制について、最高裁判所が法令の文言とりわけ定義規定の強引な解釈を行ってまで法令の合憲性を救うことが果たして適切であるかについては、重大な疑念を抱くものである。本件の場合、広島市の立法意図が多数意見のいうようなところにあるのであるとするならば、『暴走族』概念の定義を始め問題となる諸規定をその趣旨に即した形で改正することは、技術的にさほど困難であるとは思われないのであって、本件は、当審が敢えて合憲限定解釈を行って条例の有効性を維持すべき事案ではなく、違憲無効と判断し、即刻の改正を強いるべき事案であると考える」(刑集61巻6号612-613頁。下線と波線は愛敬によるもの)と述べている。明確性の理論の存在意義を考える上で下線部の説示は特に重要であるとする。また、定義規定の強引な解釈は特に問題であると述べている点(破線部)は、本件事案との関係で示唆的である。なお、後掲注(66)にあるとおり、最高裁調査官も「拙劣な規定」であることを認めていることに注意を促したい。

(66) 最高裁調査官は、「本条例は、規制対象を過不足なく記述するという立法技術的観点からは、その配慮に欠けた甚だ拙劣な規定といわざるを得ない」としながらも、市長による中止・退去命令を介在させた二段階の規制であることを重視して多数意見を弁護した上で、「限界的な判断例であることが争えないであろう」と述べている。前田巖「判批」ジュリスト1350号(2008年)86頁。

ない。そもそも、捜査担当者自身が逮捕状を請求する時点では、本件規定の「常態」の解釈について何ら定見を持っていなかったことはⅢで確認したとおりである。よって、仮に憲法・刑法の学説の大勢に抗して、徳島判決と広島判決の限定解釈を受け入れるとしても、両判決の事案には存在した違法行為を回避するための事前の公的指針が本件事案では一切存在しないので、本件規定は公正告知と恣意防止の役割を果たすことができないから、具体的適用の場面においても漠然不明確であると評価せざるをえないので、本件規定は憲法31条に違反し無効である。

Ⅶ 県側解釈の不合理性と検察解釈の不明確性

以上のとおり、本件規定は漠然不明確であり、憲法31条1項に違反して無効であると考えるが、最高裁はこれまで、法令の文言の漠然不明確性を理由として直ちに法令違憲を道きだしたことはないと思われるので、本章では、仮に本件規定の限定解釈を認めるとしても、県側解釈は法解釈に求められる最低限度の論理性も認められない恣意的なものであり、検察解釈は刑罰法規に要求される明確性を提供できないことを論証したい。

1 県側解釈の不合理性

Ⅲでも確認したとおり、県側解釈【引用5】の特徴は「常態」を1回の代行運転について問題にしている点にある。このような説明をするため、「常態」と「随伴」を区別せず、一体として説明している点も確認したとおりである。しかし、このような解釈は、『執務資料』【引用3】の解説と矛盾する。

『執務資料』は県側解釈と異なり、「常態」と「随伴」をきちんと区別して解説していることが明白である。なぜ区別するのかといえば、その理由は明らかに、本件規定が「常態として……随伴する」と定めているため、「常態」という言葉に引っ張られて（あるいは何らかの意図の下で強引に解

積して)、代行運転自動車と随伴用自動車が「常に至近距離で前後するかたちで走行する状態」という道交法⁽⁶⁷⁾や適正化法の目的に反することが明白な理解が導き出されるのを防ぐためである。【引用5】の下線部を読むと、『執務資料』の下線部を梶側解釈は「常態」の解釈に利用したものと解されるが、『執務資料』の下線部は、「随伴して走行する場合に当たる」につながることは疑いの余地がなく、「常態」に関わる説明でないことは一目瞭然である。『執務資料』の下線部を「常態」の解釈に利用しようとする梶側解釈は、日本語の文法を平然と無視しており、啞然とするほかない。

『執務資料』の説明は、「常態」が1回の代行運転に関する代行運転車両と随伴用車両の位置関係を問題にするのであれば、「常態」は不要どころか、本件規定の解釈を混乱させる恐れがあることを意識した説明になっている。したがって、梶側解釈は『執務資料』の説明と明らかに矛盾しており、『執務資料』が否定しようと努めた解釈をあえて採用している点で、著しく不合理な解釈であると評価すべきである。念のため、付言しておく、「常態」を「いつも、普通の状態」という意味で理解し、一定期間の中で「常態」か否かを判断するという『執務資料』の説明は、「常態」に関する辞書的説明とも一致して⁽⁶⁸⁾おり、また、「常態」という文言を用いる⁽⁶⁹⁾その他の法令の用法とも一致している。よって、「常態」を1回の代行運

(67) 道交法1条「この法律は、道路における危険を防止し、その他交通の安全と円滑を図り、及び道路の交通に起因する障害の防止に資することを目的とする」。適正化法1条も「交通の安全及び利用者の保護を図ること」を目的としている（【引用1】を参照）。

(68) 前掲注(13)を参照。

(69) 「e-gov 法令検索」(<https://elaws.e-gov.go.jp/>)で「常態」と打ち込んで全文検索すると、40件の法令が示される。適正化法を除くと法律は14件であるが、いずれも「一定の期間」との関係で「常態」の該当性を判断するものであることが明らかである。参考のため、法令の名称と条文番号を挙げておく。①労働者災害補償保険法33条、②風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律2条、③中小企業退職金共済法2条・39条、④豪雪地帯対策特別措置法13条の4、⑤職業能力開発促進法92条、⑥家内労働法2条、⑦労働安全衛生法30条、⑧公害健康被害の補償等に

転との関係で理解する不自然かつ不合理な解釈を正当化するためには、適正化法を改正してその旨の定義規定を新設するか、少なくとも施行規則のレベルでそのような定義を事前に示しておく必要がある。しかし、本件事案においては、そのような定義規定は一切存在せず、徳島判決や広島判決の事案と異なり、そのように解釈すべきことを示す事前の公的指針もない。

以上のとおり、県側解釈は本件規定の解釈としては著しく不合理であり、「常態」に関する理解は、『執務資料』の説明、辞書的説明、その他の法令の用法のいずれからも乖離しているため、仮に本件規定の限定解釈を許すとしても、県側解釈は法解釈に求められる最低限度の論理性を欠いているので、このような限定解釈は認められない。Yに対する逮捕・押収を正当化するためだけに編み出された強引で拙劣な解釈と評するほかなく、そのような県側解釈に基づいてYを有罪とすることは絶対に許されない。

2 検察解釈の不明確性

検察解釈【引用4】は「常態」について、「単に1回限りの個別の運転行為の中での話ではなく……一定期間における営業状態や主観的な目的などの諸要素を総合考慮して決める」としており、『執務資料』の説明とも整合的で、本件規定の限定解釈として成立しうるものであることは認められる。しかし、IIで明らかにしたとおり、無随伴代行が放任されている現行法の下では、Yの解釈（割合解釈）も同様の根拠と合理性をもって成立するし、『執務資料』【引用3】の説明とも整合的である。よって、本件規定について合理的な複数の解釈が成立することになり、明確性の原理が

関する法律4条、⑨建設労働者の雇用の改善等に関する法律8条、⑩育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律19条、⑪地域再生法17条の14、⑫空家等対策の推進に関する特別措置法2条、⑬特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律2条、⑭特定石綿被害建設業務労働者等に対する給付金等の支給に関する法律2条。

要求する公正告知と恣意防止の役割を果たしていないと評価せざるをえない。

仮に検察解釈を受け入れるとしても、本件規定の不明確性は残り、公正告知と恣意防止の役割を果たすことができない。そのことは、被告人供述調書(第9回公判)における検察官とYのやり取りから明らかである。検察官はYに対して、「例えば100回中99回は随伴自動車を使った狭義の代行運転をしたけれども、1回は自転車を使った代行運転……をした場合は、適正化法の『常態として』という要件を充たさないことになるんですね」と質問して、Yから「まあ1回程度でしたら言えないかもしれませんね」との回答を引き出した後、本来であれば、この回答に続くべき議論、すなわち、「一定の期間内に何割以上が随伴代行であった場合に適正化法の要件を充たすのか」という問題の検討になぜか立ち入らず、「要件の話、一旦離れて」と話題を転換し、結局、前述の問題には一切触れないまま、質問を終えている。その理由は明白であろう。「常態」の該当性を「一定期間における営業状態や主観的な目的などの諸要素を総合考慮して決める」のであれば、一定期間の営業状態における随伴代行の割合がどの程度を超えたら「常態」と認定されるのかについて、「通常の判断能力を有する一般人の良識に照らしたとき結論の収斂を導く」基準を示す必要がある。しかし、これは無理な話ではないだろうか。検察官がせっかく、「まあ1回程度でしたら言えないかもしれませんね」というYの回答を引き出しておきながら、適正化法の適用に関して最重要の論点を放置したのは、「常態」と判断される合理的で客観的な基準を示すことが不可能であることに気づいていたからだと推察される⁽⁷¹⁾。

以上のとおり、検察解釈は限定解釈として成立するとしても、その不明確性は深刻であり、公正告知の機能を果たしていないと評価するが、本件事案との関係でより深刻なのは、恣意防止の要求との関係での不明確性で

(70) 第9回公判(2021年10月13日)速記録56頁以下。

(71) 後掲注(73)で示した検察官とYのやり取りの際、裁判官が2回とも、Yの

ある。捜査担当者が作成した捜査報告書（2020年3月9日）では、Yから押収した携帯電話の通話記録等の解析から、「令和元年12月12日から令和2年1月28日までの間」で随伴代行業が87件確認される一方、同期間における無随伴代行業は3回程度であるとYが供述しているので、「随伴用自動車を伴った自動車運転代行業稼働が多数あり反復性があることから業としての稼働と認め、『日常的』に随伴用自動車を伴ったの代行業運転中の無免許運転行為をしていたと判断した⁽⁷²⁾」と結論している。しかし、いかなる理由で前記の期間が設定されたのかは一切説明されていない。Y自身は第9回公判で、「バイクが4割、随伴自動車が6割ぐらい⁽⁷³⁾」と答えており、別の期間を設定すれば、捜査報告書の数字よりも無随伴代行業の割合が増える可能性がある。この点を具体的な数字を使って説明した上で、検察解釈は捜査報告書に示されたような運用を排除できないので、恣意防止の観点から容認しがたい瑕疵があることを論証する。

考察の便宜のため、以下の例を利用する。

	1月	2月	3月	合計
随伴代行業	2回	3回	15回	20回
無随伴代行業	15回	20回	5回	40回

3か月間の平均では、随伴代行業が33%、無随伴代行業が66%である、しかし、3月のみでは、随伴代行業が75%、無随伴代行業が25%となる。すなわち、割合の算定の基礎となる「一定の期間」をどのように設定するかによ

証言の趣旨を確認していることが興味深い。随伴代行業の割合の問題は、検察官からすれば重要な問題であるが、Yからすれば必ずしも重要な問題ではない（随伴代行業の割合は4～5割程度であり、「常態」には該当しないと確信している）。そのため、意図を曖昧にした検察官の質問に対して、Yは随分と不用意に回答しており、だからこそ、このやり取りの重要性に気づいている裁判官は、Yの証言の趣旨を確認したものと同推測される。

(72) 「捜査報告書」（八橋康介作成・若杉宜弘宛、2020年3月9日）7-8頁。

(73) 第9回公判（2021年10月13日）速記録17頁。62-63頁の検察官・裁判官とYのやり取りも参照。

って、「常態」該当性を容易に操作できることになる。検察解釈は恣意防止との関係で深刻な瑕疵があると評価せざるをえないのは、捜査機関が「一定の期間」を設定する際の客観的な基準を何ら示していないからであり、捜査機関としては、まず携帯電話等を押収し、白タク行為等の処罰に必要な情報を収集した後、携帯電話等の押収を事後的に正当化するため、恣意的に「一定の期間」を設定して、随伴代行の割合を最大限に増やすことも可能である。法治国家での生活を享受している一人の市民として、日本の捜査機関がこのような権力濫用をするとは信じたくないが、検察解釈ではこのような権力濫用を抑止できないし、本件事案は残念ながら、そのような権力濫用があった事案として評価するほかないと考える。IVの2で紹介した恣意防止を重視するアメリカの学説から見れば、検察解釈は「警察官の法」を広く容認するものであり、受け入れがたいということになるう。

以上のとおり、本件規定に関する限定解釈として検察解釈が成立することを認めるとしても、検察解釈はなお、公正告知と恣意防止の要求を充たしておらず、福岡判決の伊藤反対意見の表現を借用するならば、本件規定は「正当に処罰の範囲とされるべきものを示すことができず、……犯罪の構成要件の明確性の要請を充たすことができないものであつて、憲法31条に違反し無効というほかはない」。

VIII 名古屋地裁判決の検討

本節では、名古屋地裁判決が私の意見書を「黙殺」したことを確認した上で、若干の批判的検討を加える。考察の便宜上、刑罰法規の明確性に関する判示をすべて引用する（読みやすさを勘案して適宜改行し、①以下の記号⁽⁷⁴⁾を付した）。

(74) 名古屋地裁判決 8-10頁。

①一般的に法令の文言は一定程度解釈の余地を許容すべきものであり、「常態として」の文言は他の法令にも用いられているのだから、その文言のみに着目して不明確であるか否かを判断することは妥当ではなく、当該規定及び当該規定を解釈しようとする者が併せ読むであろう関連規定も踏まえてそれを判断すべきである。

②適正化法は、自動車運転代行業者の認定制度を実施し、遵守事項を定めること等により、自動車運転代行業の業務の適正な運営を確保し、もって交通の安全及び利用者の保護を図ることを目的とするものである（同法1条）。

③そして、同法2条1項の定める「自動車運転代行業」の定義を踏まえれば、同法は規制（認定制度や遵守事項等）の典型的な対象として、自動車を運転して出かけたが出先で飲酒したため自動車を運転できなくなった顧客に対し、同人の乗ってきた自動車（代行運転自動車）に同人を同乗させて指定の場所（同人の自宅等）まで運転するという役務を提供しつつ、役務を提供する運転手を役務提供開始場所（出発地）まで送り届け、かつ、目的地到着後に同地から次の出発地や待機場所等へ送り届けるための車両（随伴用自動車）がそれに付き従うという業務形態を想定していることがわかる。

④このような業務形態は、営利性（この場合は時間効率）を追求しつつ、2台の車両が連なって走行し、道路の状況その他の事情により一時的に距離が離れたり別の経路をとったりすることになっても、同時並行的に同じ出発地から目的地に向けて走行することになるから、交通違反や交通事故の危険性が比較的高いものといえることができる。

⑤そして、同法16条は（随伴自動車が17条の所定の表示等により外部からそれと認識可能であることを前提に）代行運転自動車に所定の標識を表示することを求めており、同法の制定に伴い改正・新設された道路交通法85条12項、86条5項、6項は代行運転自動車の運転者について第二種免許を受けた者に限定している。

⑥これらの規制の内容並びに前記の適正化法の目的及び典型的な規制対象として想定される業務形態からすると、これらの規制は、代行運転自動車に随伴自動車が付き従うという運行態様及びそれが営業として行われることに起因する危険性に対し、顧客を乗せて走行する代行運転自動車の運転者に高

い運転技能を求め、また、周囲に代行運転自動車であることを周知することにより、交通の安全と利用者の保護を確保しようとするものと考えられる。そして、適正化法2条1項柱書及び各号は、前記の交通安全確保の措置が求められる範囲を画するものということになる。

⑦以上を前提とすれば、同項3号の「常態として、当該自動車に当該営業の用に供する自動車が随伴する」とは、先行の自動車と後行の自動車が同時並行的に同じ出発地から目的地に向けて走行し、典型的には連なって走行するものであるが、道路の状況その他の事情により一時的に距離が離れたり別の経路をとったりする場合をも含むものと解することが相当である（なお、その他の事情としては、例えば、2台のうち1台が途中の給油所で給油するため経路を一時外れる場合や、出発地及び目的地が近接する複数の必要がある場合に1台の随伴用自動車複数名の運転手の送迎を行うため代行運転自動車の一部が随伴用自動車と異なる経路をとる場合等が考えられる。）。

⑧このように、同号は、関連規定を併せ読むことで論理的・常識的に解釈が導かれる上、同解釈は文言自体の読み方として不自然なものではない。すなわち、同号は、通常の判断能力を有する一般人において、その適用を受けるか否かの判断が可能となる基準を読み取ることができるものであって、違憲無効とするほど不明確であるということとはできない。

本判決の特徴は、本稿が「法解釈に求められる最低限度の論理性を欠いている」と評した県側解釈を採用している点にある（⑦を参照）。県側解釈を正当化する理由として挙げられているのは、議論の当然の前提として本稿も言及した適正化法と道交法の関連規定のみであり、その検討も条文の内容を確認するだけのすこぶる簡単なものである（②・③・⑤を参照）。なお、①では『『常態』としての文言は他の法令にも用いられていられているのだから』と述べておきながら、他の法令の「常態」の用法との比較を一切行わないことも注目される。本判決は県側解釈について、「関連規定を併せ読むことで論理的・常識的に解釈が導かれる上、同解釈は文言自

(75) 他の法令の用法を参照したら、名古屋地裁判決が依拠する県側解釈が維持できないことに気づいていたからではないかと推測する。前掲注(69)を参照。

体の読み方として不自然なものではない」と断定するが（⑧を参照）、検察側は当初、県側解釈と完全に対立する解釈（検察解釈）を採用していたのだから（Ⅲを参照）、本事件の担当検察官は名古屋地裁の3人の裁判官（平城文啓・伊藤昌代・藤田陽平）から、「通常の判断能力を有する一般人」としての判断能力を欠いていたと厳しく論難されたことになる（もちろん、私の意見書も同断である）。

Ⅲでも詳述したとおり、県側解釈の前提㉗（判決文㉗の表現に従って「同時並行的走行」と呼ぶ）は交通規制の観点から不合理なのだが、本判決は同時並行的走行を適正化法が想定する「営業形態」とした上で、同時並行的走行はとりわけ危険なので、現行法は二種免許や所定の標識を求めていると説明する（④・⑥を参照）。しかし、この説明は、警察庁交通局長が各都道府県警察の長等に発した通達⁽⁷⁶⁾に示された説明とは明らかに異なっている。

自動車運転代行業は、移動手段として自家用自動車が大きな地位を占める地方都市を中心にして発展してきた事業であるが、飲酒運転の防止等に一定の役割を果たしてきた一方で、交通事故の多発、事業者による運転者に対する最高速度違反等の下命容認、不適正業者による不明瞭な料金設定・保険の未加入等の問題点が指摘されてきた。

法は、自動車運転代行業のこのような問題点に対処するため、自動車運転代行業の業務の適正な運営を確保し、もって交通の安全及び利用者の保護を図ることを目的として制定されたものである。自動車運転代行業者等に対する指導、監督は、このような法の目的の達成に資するものでなければならない。

同時並行的走行の危険性への対応が適正化法の主な目的であるとはどこ

(76) 警察庁交通局長「自動車運転代行業の業務の適正化に関する法律等の解釈及び運用等について（通達）」（2019年11月20日・警察庁丙交企発第64号、丙交指発第16号）別添1「自動車運転代行業の業務の適正化に関する法律等の解釈及び運用上の留意事項」。

にも書いていない。「交通事故の多発」に含まれると論ずることは可能であろうが、もし同時並行的走行が「交通事故の多発」の主要原因であると立法者が考えたのであれば、端的に同時並行的走行を規制(禁止)すれば足りる。他方、適正化法の規律対象ではない無償での代行運転や昼間の代行運転についても(【引用3】を参照)、同時並行的走行は同様に危険なはずだから、名古屋地裁判決の論理に従うならば、これらの代行運転についても二種免許や所定の標識を求めるべきなのに、現行法はそうっていない。同時並行的走行に起因する危険性の低減が適正化法の主な目的ならば、トラックの運転代行を規制対象から外した立法者の判断に合理性を認めることも著しく困難である。以上のとおり、本判決は担当検察官の「判断能力」を論難するだけでなく、立法者には最低限の合理性があるとの前提もとっていない。その意味では括目すべき判決といえよう。

本判決の特徴として注目されるのは、最高裁の関連判例(特に徳島判決や広島判決)に一切言及しない点である。①と⑧に徳島判決の「痕跡」を読み取ることができるが、刑罰法規の明確性を求める理由として同判決が示した公正告知と恣意防止については言及がない一方、刑罰法規の明確性を緩和する理由のみ援用しており(①を参照)、本判決のいう「通常の判断能力を有する一般人において、その適用を受けるか否かの判断が可能となる基準」というのが、著しく形骸化したものであることが理解できる。刑罰法規の明確性に関する徳島判決や広島判決の考え方を受け入れるとしても、本件規定は漠然不明確であるというのが、私の意見書の核心的主張であったので、本稿で詳述した憲法論を棚上げして有罪判決を出すためには、最高裁判例に言及しないほうが得策との判断があったのかもしれない

(77) 愛知県警が法令解釈を誤ってトラックの代行運転者を逮捕し、謝罪に追い込まれた事件について、前掲注(5)に対応する本文を参照。

(78) 徳島判決が「恣意的運用の実績がない」旨のカッコ書きをしていたこと、徳島判決で多数意見に与した団藤重光がその点を重視していたことについて、前掲注(33)を参照。一方、本件はⅢで詳述したとおり、「恣意的運用の実績」としてカウントできる事案であるように思われる。

(79)
い。

ならば、名古屋地裁判決は、私の意見書だけではなく、最高裁判例をも「黙殺」したことになる。控訴審においては、もう少し中身のある憲法論が行われることを期待したい。

[追記]

校正の段階で控訴審判決が出た（名古屋高判2023年8月7日・令和5年（う）第124号）。名古屋高裁は第一審の県側解釈を明確に斥け、基本的には檢察解釈に基づいて有罪判決を維持した。控訴審判決の結論には賛成できないが、私の意見書を考慮した跡も窺われるので、その点については敬意を表しておきたい。

ただし、第一審が「論理的・常識的」と断じた県側解釈を控訴審が斥けたのだから、本件規定は第一審裁判官にとっても不明確であったことにならないか（そう理解してあげないと、彼らは「通常の判断能力を有する一般人」としての判断力を欠いていたことになる）。ともあれ、裁判官の間でも解釈が対立する不明確な本件規定を違憲無効と判示し、速やかな法改正を促すことは、最高裁の責務であると考えます。

(79) 近年でも、刑罰法規の明確性が争点になる事案で徳島判決を明示的に引用する地裁判決は多い。高松地判2022・8・30 LEX/DB 25572310、金沢地判2020・9・18判時2465＝2466合併号25頁、東京地判2016・5・9判タ1442号235頁等。東京地判2011・9・6 LEX/DB 25472857、福岡地判2015・7・15訟務月報62巻5号691頁、東京地判2014・3・12 LEX/DB 25503345、京都地判2014・2・26判時2275号27頁、東京地判2010・12・16 LEX/DB 25502937等。それにもかかわらず、名古屋地裁判決が徳島判決への明示的言及を避けたのはなぜか。私としては、本文で述べた理由以外、思い付かない。