

# 法令の明確性に係る三段階の審査

福井康佐

---

はじめに	102
Ⅰ 明確性の判断における限界要因	102
1 抽象性と明確性のジレンマ	102
2 明確性の判断における「直覚性」	104
Ⅱ 明確性の原則の意義と判断手法	106
1 漠然不明確ゆえに無効の意義と主要な論点	106
2 漠然不明確性の判断における判例の枠組み	107
3 判例の枠組みの検討～法令の明確性を文面以外の要素で判断することの妥当性	114
4 過度の広汎性の意義と問題点	118
Ⅲ 法令の明確性に係る三段階の審査	121
1 明確性に係る三段階の審査	121
2 法領域別の考察	125
3 文面上違憲・無効以外の方法	128
4 第三者の権利主張	129
むすび	130

---

## はじめに

法科大学院教育における憲法の学習指導においては、事案に適用されるべき法令が明確性の原則に反するかどうか、という点の理解と論証を促すことは、きわめて重要である。しかしながら、明確性の原則については、いわゆる基本書と呼ばれる概説書等においても、いくつかの大きな問題点の説明が十分ではなく、学習の妨げになっているという感がある。法令を文面上違憲・無効とすることのインパクトは極めて大きいこと、規制当局には実務上、一定程度の裁量権を与える必要があることを考慮しつつ、現在の判例の理論が立法府に対して、十分な警告機能を果たしているのかという点を、事例に即して細かく分析する必要があると思われる。本稿では、最初に、明確性の判断をする際に、それを阻害する要因について考察する。これは、言い方を変えると、なぜ「漠然不明確性」「過度の広汎性」の理解が困難であるのか、ということの理由を示すものである。次に、漠然不明確ゆえに無効・過度に広汎ゆえに無効という、明確性の原則の基本的な二つの準則の意味について、日本の判例に則して、具体例を挙げて論じる予定である。特に、法令の明確性を「文面だけ」で判断することの意義と限界を説明する予定である。続いて、明確性を判断する手法として、判例の基本的な枠組みである文面のみの審査・立法事実等を組み込んだ審査・司法事実を組み込んだ審査という、三つの段階の審査を批判的に受容しながら、その機能を示し、併せて文面上違憲・無効以外の手法の可能性、第三者の権利主張の可否についても論じる予定である<sup>(1)</sup>。

## Ⅰ 明確性の判断における限界要因

明確性に係る判断は法的な判断の中でも困難な作業の一つである。その原因は、一つには、法令に本質的に求められるところの、抽象性・一般性にあり、もう一つには、直覚的判断によらざるを得ないことにある。

### 1 抽象性と明確性のジレンマ

全ての法令は、国民に対して、行動の予測可能性を保障しなければならないところ、

(1) 明確性の原則についての近時の主要な文献として、君塚正臣「明確性の原則」(戸松秀典・野坂泰司『憲法訴訟の現状分析』(2012年、有斐閣)所収) 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』(2007年、成文堂)がある。

この行動の予測可能性は、法令に抽象性・一般性<sup>(2)</sup>を求めることによって保障される。

抽象性・一般性は次のように説明される。国民に自由な行動を保障するためには、誰に対しても同じ法律を同一の場面・同一の事案で適用する必要がある。不特定多数に対する同一の事件処理は、ルールのある社会の形成を保障し、安定した経済の発展に寄与する<sup>(3)</sup>。こうした法律の適用の平等と事件処理の予測可能性を満たすために、一般性と抽象性が求められている<sup>(4)</sup>。

たとえば、国家公務員の懲戒理由を定める、国家公務員法 82 条 1 項 3 号「国民全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合」の規定は、国家公務員全員に対して適用するという「一般性」と、様々な非行の事例を包括して規定するという「抽象性」を有する。全ての適用事例を包括するような、一般的で柔軟な規定であれば、誰に対しても、同一場面・同一事例で適用することが可能になり、普遍的適用、すなわち、行動の予測可能性を保障する。

しかしながら、誰に対しても平等に適用できるという点を徹底すると、特殊性（個別のケースを踏まえて詳細な規定を置く）から一般性（適用可能性を高めるために抽象度・柔軟性を高める）へと進むことになり、法令が漠然不明確な規定を含む危険性を発生させる。その傾向は、一定の時代を超えて適用するためにさらに法令の柔軟性を高めることになると、ますます強くなる。

一方、行動の予測可能性は、法律の明確性によっても担保される。国民が萎縮せずに、自由な行動を行うためには、違法・合法のラインが明確に示されていることが重要である。つまり、行動の予測可能性を担保するためには、抽象性ではなく、詳細で明確な法律を制定する点を徹底するという方向もあり得る。しかしながら、この作業は、現実には困難な場合が多い。具体的な法の領域ごとに明確性を徹底できない事情が存在するからである。たとえば、行政法規の場合は、行政庁に具体的事例の適用をゆだねるために、一定の裁量権の行使を保障する必要もある。上述の公務員の懲戒理由である「国民全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合」の適用のように、懲戒に値する行為は多種多様であるので、処分を行う行政庁に、現場感覚を活かした裁量権を与える必要がある<sup>(5)</sup>。また、刑法の「わいせつ」概念のように、規制すべ

(2) 法律の一般性については、法哲学上の多くの議論がある。例えば青井秀夫『法理学概説』（2007年、有斐閣）521頁以下は一般条項のプラス・マイナスについて論じる。

(3) この意味では法の適正な執行、公平な裁判制度の整備は、資本主義社会のインフラである。

(4) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第5版）』（2011年、有斐閣）286頁。

(5) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第4版）』（2011年、有斐閣）314頁以下は、裁判所の判断よりも行政庁の判断を優先させるべきと判断する場合の代表例を挙げる。中でも、「予測困難な状況の

き中核部分も含めて、時代によってその意味が変遷することから明確な条文にしにくいものもある。「淫行条例」のように、中核部分がはっきりとしていて、青少年保護という規制利益も明確であっても、外延部分が必然的に発生し、ケースバイケースの判断が必要な文言もある。したがって、法律が一定程度の抽象性を有することは、やむを得ない。

しかしながら、抽象的な文言を含む法律の制定を許容することは、違法・合法の境目が不明な、グレーゾーンを含む（漠然不明確性を伴う）法律の制定を招く可能性がある。さらに、法令の制定趣旨に照らすと、本来規制に値しない者を規制するようになり、文言が過剰な規制を含む（過度の広汎性を伴う）可能性も存在する。これらは、行動の予測可能性に対する障害となり、明確性に反する法令となりうる。

以上のように、行動の予測可能性を担保するためには、法令に対して、抽象性・一般性を求める方向（いつでも、どこでも、だれにでも適用されるという安心感の保障）と、明確性を求める方向（禁止される行動が詳細に示されているという安心感の保障）があるが、この二つは緊張関係にあり、調整の難しい概念であることがわかる。

その意味では、法令はある程度の不確定概念を含まざるを得ず、明確性の追求には一定の限界がある。このように、明確性の原則の審査は、抽象性・一般性と明確性の間のジレンマを認識し、その落としどころをどうするか、という問題と言い換えることが可能である。

## 2 明確性の判断における「直覚性」

明確性の判断を困難にする二つ目の要因は、明確性の判断に必然的に伴う、「直覚性」である。後述するように、判例は法令の明確性を判断するにあたって、十分な説明を行わずに単に「明確である」と判示したり、合憲限定解釈を施して「通常の判断能力を有する一般人なら理解できる」としたり、「事案の当事者なら理解できる。」としている。仮に、通常の判断力のある一般人という基準を持ち出しても、その判断は、「明らかである」「明らかではない」という直感的・直覚的判断から免れることはできない。

確かに、後述するように<sup>(6)</sup>、明確性の原則の根拠とされる、公正な告知、恣意的運用の抑制、萎縮効果の除去を用いて、「十分な告知にならない不明確性」「萎縮効果をもたらすレベルの不明確性」という実体的、手続的理由からアプローチすることは可能

変化に迅速かつ臨機応変に対応することが特に必要な分野においては、法令であらかじめ具体的に規定しつくすことはできず、行政機関に判断の余地を与えておかなければならない。」とする。

(6) IIの1を参照せよ。

である。また、誰が見ても意味がわからないレベルの不明確性や、逆に、十分な明確性は判断可能である。しかし、1で述べた抽象性・一般性に必然的に伴う不確定概念が、どこまで明確で、どこまで不明確かという点は、法的三段論法になじむものではなく、最終的には直覚的判断に頼らざるを得ない。つまり、明確性の判断は、ルール定立（第一段）→事実認定（第二段）→当てはめ（第三段）という法的三段論法ではなく、「……に照らして」「……の目から見ると」→明確である・不明確である、という構造になっている。

この直覚性は、明確性判断のアナログ性と法的評価のデジタル性の違いからも説明できる。法令の明確性は、白（明確）から黒（不明確）まで、連続するアナログ的な評価である。その途中には、様々なレベルの灰色がある。一方、法的評価は、違憲（1）・合憲（0）のデジタル的判断である。アナログのレベルで、具体的にどの程度が不明確であれば、法令が違憲なのかは難しい判断である。明確性は、アナログである以上本来数字では表せるものではないが、仮に説明の便宜上、誰にもわかる明確性が100%であるとすれば、何%以下であれば、違憲無効となるのかは不明である<sup>(7)</sup>。すなわちどのレベルから、不明確とは断言できないからこそ、直覚的判断という批判がなされるのである。

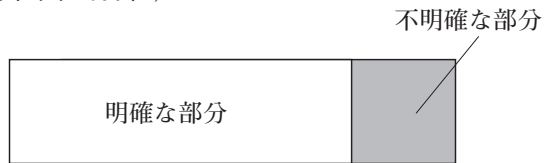
さらに、明確性の判断には、量的な判断だけではなく、質的な判断も求められる。その意味では、不明確性の判断にも、不可分性の議論が当てはまる<sup>(8)</sup>。図1のように、仮に、法令全体として見たとき、量的に見て不明確性の程度が低くても、質的に見て一部に重大な不明確な部分があれば、法令全体が瑕疵を帯びて、違憲無効とすべきであるという主張は可能である。確かに、一部だけの不明確性を取り上げて、法令全体を無効とすることは、権力分立という観点からは、裁判所に積極的な判断を躊躇させるところであるとしても、この法令全体を違憲とするほどの質的に不可分な不明確性<sup>(9)</sup>は、理論上ありうる。そして、この質的な判断も直覚的判断である。

(7) 藤井俊夫「過度の広汎性の理論及び明確性の理論」(芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』(1987年、有斐閣)所収 366頁。

(8) 不可分性について古典的議論としては、芦部信喜『憲法訴訟の理論』(1973年、有斐閣)90頁以下がある。

(9) 法令の適用場面における、質的な不可分性・量的な不可分性については、福井康佐「適用違憲における三類型説の再検討」(2011年、大宮ローレビュー第7号)54頁以下を参照されたい。

図1 (明確性に係る質的不可分性)



この直覚的判断は、他の手続的違法の判断にも見られる。たとえば、理由附記不備の場合では、青色申告承認取消し処分において、質的・量的に見てどの程度から、理由附記不備で違法と見なされるかは、直覚的判断である。書面に何行書いて、どのくらい詳細に書けば合法で、どこからが違法なのかはわかりにくい。「これでは処分理由がわからない」というレベルは存在するが、グレーゾーンを違法・合法に仕分ける、明快な論理的な基準は存在しないからである<sup>(10)</sup>。

後述するように、判例が法令の実体が合憲であることを先行して判断してから、それを理由として、明確性の判断を行う<sup>(11)</sup>のも、この直覚性に対する批判を回避するためであろう。したがって、明確性の判断においては、この直覚性に対する批判をどのようにして回避し、いかに説得力を持たせるのか、という視点が重要になる。

## II 明確性の原則の意義と判断手法

### 1 漠然不明確ゆえに無効の意義と主要な論点

明確性の原則を構成するところの、「漠然不明確ゆえに無効」の意味は、法律の文言が漠然不明確で、行為者に対して当該行為を行うことの是非(行うか否か)、態様(どう行うか)に係る、法的評価(違法・合法)についての情報を正確に与えない場合は、法律の文言は、文面上無効となる、ということである。その趣旨は、十分な告知・恣意的運用の抑制という、手続的要請と、萎縮効果の発生可能性の抑制という、実体的要請である<sup>(12)</sup>。この準則から理解できることは、①問題となる法律の文言に対して一定レベルの不明確性を認定できる場合は、②当該文言に対して、違憲、無効という法的

(10) 税務調査における手続的違法も同様の構造である。

(11) 青井美帆「広島市暴走族追放条例事件判決」『特集 憲法最高裁判例を読み直す』(論究ジュリスト2012年春号)所収は、この点を問題視する。

(12) 前掲芦部注(4)197頁

評価を与えることができる、という2点である。

しかし、逆に、この準則から生じる疑問としては、①不明確さの審査は、どのような判断手法をとるのか、特に、その明確性を判断する要素は何か、②どの程度の、どのような態様の不明確性をもって文面上無効とすることができるのか、③文面上違憲無効という判断以外には不明確性を除去する方法がないのか、④文面上無効は誰が主張できるのか、という点を挙げるができる。

本稿は、これらの論点を論じる予定であるところ、①では、法令の文言の明確性の判断要素は、当該条文及び他の条文といった形式的要素、立法事実等当該事案に特有の司法事実等の実質的要素が存在するのであるが、これらをどこまで組み入れて判断すべきか、という点が問題になる。そして、②は不明確性の決め手となる要素、不明確性の程度をどうするのか、という評価の問題である。①と②は、上述の通りの直感的判断に伴う説得力の不足を回避するための手段でもある。また、③は、文面上違憲・無効以外に、法令の不明確性を除去する方法は何か、という問題であり、④は主張適格の問題である。

なお、明確性の原則は、「漠然不明確ゆえに無効」と「過度に広汎ゆえに無効」の二つの準則から成り立っているところ、本稿では、漠然不明確性を最初に取り上げて、その判断手法について論じた後に、過度の広汎性の意味と、その漠然不明確性との重なり等を論じる。

## 2 漠然不明確性の判断における判例の枠組み

### (1) 判例を分類するための資料

それでは、法的に違憲と判断されるべき、「漠然不明確性」は、どのようにして決定されるのであろうか。「罪刑法定主義の原則によって要求される法文の明確性が争われる事件」は、「立法事実をとくに検出し論証せず、法律の文面を検討するだけで結論を導き出すことができる場合もある<sup>(13)</sup>」とされる。そうすると、明確性の判断は、「法令の明確性を文面という資料だけで判断する」ことを原則とするということになる。これは、法令の形式面を判断するということである<sup>(14)</sup>。

しかし、判例は、明確性に係る文面審査に際して、文面だけを資料として審査して

(13) 同上372頁。

(14) ただし、芦部前掲部分の「とくに」という部分がどの程度、立法事実等を包摂することを許容しているかどうかは、不明であるが、実質的要素を読み込む必要性のある場合を示唆しているのではないだろうか。



いる訳ではない。判例は、文面の明確性を判断するにあたっては、①適用される法令の文言、②目的規定、定義規定等の同一法令の他の規定の文言、及び下位法規という形式的要素に加えて、③憲法事実または立法事実、④司法事実という実質的要素を判断材料としていていると思われる。

このうち、憲法事実とは、憲法の条文を支える、社会的・経済的・文化的・歴史的事実のことであり、憲法解釈の合理性を支える事実である<sup>(15)</sup>。たとえば、プライバシー権であれば、情報化社会・都市化が進行したことから、個人の情報を守る必要性が出てきたこと、という社会的実態と歴史が、憲法事実である。これは、法律の合理性を支える立法事実とは、区別することができる。

## (2) 明確性に係る判例の類型化

この4つの資料を用いた、判例の審査手法を分類する<sup>(16)</sup>と以下の通りとなる。

A 条文それ自体が明確である、または文義上明確であるとするもの。

A-1 条文それ自体が明確であるとするもの。

破防法39条・40条の不明確性が問題となった事案で、「……上告趣意第一点は、憲法三一条、二一条違反をいうが、行為は、一定の目的等の主観的意図にもとづくものであることによつて、違法性を帯びあるいは違法性を加重することがありうるのであるから、その主観的意図の存在を犯罪の構成要件要素とすることは決して不合理なことではなく、また、破壊活動防止法三九条および四〇条は、その所定の目的をもつて、刑法一九九条、一〇六条等の罪を実行するための具体的な準備をすることや、その実行のための具体的な協議をすることのような、社会的に危険な行為を処罰しようとするものであり、その犯罪構成要件が不明確なものとも認められないから、所論はいずれも前提を欠き、上告適法の理由にあたらぬ。」としている<sup>(17)</sup>。

これは、十分な説明のない直覚的判断であるが、本判決のこの部分より前に、判決文中に破壊活動法39条と40条の煽動が、法的保護に値しない、という実体判断を先行させている。

(15) 江橋崇「立法事実」(芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』(1987年、有斐閣)所収)77頁以下。なお、高橋和之『憲法判断の方法』(有斐閣、1995年)13頁は、この憲法事実について、「憲法解釈事実」という語を用いている。

(16) 判例の分類を示した文献として、小田健司「最高裁判例解説刑事編昭和50年度」156頁以下、199頁～203頁。

(17) 最判昭和45年7月2日刑集24巻7号412頁。



## A-2 目的規定または定義規定との関係で明確であるとするもの。

別件の破壊法違反が問われた事件<sup>(18)</sup>では、A-1の判決を引用して、「同第三点は、破壊活動防止法三九条及び四〇条のせん動の概念は不明確であり、憲法三一条に違反すると主張する。しかしながら、破壊活動防止法三九条及び四〇条のせん動の概念は、同法四条二項の定義規定により明らかであって、その犯罪構成要件が所論のようであいまいであり、漠然としているものとはいい難いから、所論は前提を欠き、適法な上告理由に当たらない。」と判示する。ここでは、定義規定をさらに、文理解釈の理由として挙げている。

## A-3 例示によって具体化されているので、明確であるとするもの。

「医療類似行為」の不明確性が問題となった事案で、判例は「同第二点は、あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法一二条の医業類似行為の内容が明確でないことを前提として、憲法三一条違反をいうものである。しかし、前記法律一二条は「何人も、第一条に掲げるものを除く外、医業類似行為を業としてはならない」と規定し、同法一条に掲げるものとは、あん摩（マッサージおよび指圧を含む）、はり、きゆうおよび柔道整復の四種の行為であるから、これらの行為は、何が同法一二条の医業類似行為であるかを定める場合の基準となるものというべく、結局医業類似行為の例示と見ることができないわけではない。それ故、右一二条が所論のように犯罪行為の明確性を欠くものとは認められず、違憲の主張は前提を欠くものであつて、採るを得ない。<sup>(19)</sup>」とする。

以上、A1～A3までは、法令の明確性を「文面だけで」判断している。しかし、判例には、次のように、文面が明確であるという判断に、文面以外の要素を織り込んでいるものも、少なからず存在する。

## B 法令の明確性の判断に際して憲法事実及び立法事実を読み込んでいるもの。

### B-1 憲法事実を読み込んで、明確性を認定しているもの

旅券渡航の自由が問題となった、帆足計事件では、旅券法第13条第1項第5号（現行7号）が、「外務大臣において著しく且つ直接に日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者」については、凡そ憲法上自由を制限する場合に、このような漠然広義な標準に基き包括的に判断を行政庁に委任するようなことは許さるべきものではない」という原告（上告人）の主張に対して、次

(18) 最判平成2年2月28日刑集44巻6号463頁。

(19) 最判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁。

のように判示している。

「しかし憲法二二条二項の「外国に移住する自由」には外国へ一時旅行する自由を含むものと解すべきであるが、外国旅行の自由といえども無制限のままに許されるものではなく、公共の福祉のために合理的な制限に服するものと解すべきである。そして旅券発給を拒否することができる場合として、旅券法一三条一項五号が、「著しく且つ直接に日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者」と規定したのは、外国旅行の自由に対し、公共の福祉のために合理的な制限を定めたものとみることができ、所論のごとく右規定が漠然たる基準を示す無効のものであるということとはできない。されば右旅券法の規定に関する所論違憲の主張は採用できない<sup>(20)</sup>。」

ここでは、先に実体判断として、外国に移住する自由に対しては公共の福祉のための合理的制限を加えることができると判示した上で、問題となる規定は、その合理的制限を規定したものであるから、漠然不明確ゆえに無効な法令ではない、とする。つまり、当該規定は、外国に移住する自由を制限すべき範囲を包摂している、という判断である。本判決では、立法事実の認定がなされていないが、一般に、諸外国との外交関係を考慮すれば、海外渡航を禁止すべき理由が存在するという事実、すなわち、憲法事実を加えて文面上の判断を行っていることを読み取ることができる。

なお、このB-1の手法は、合憲限定解釈を行っていない。法令全体が、裁量部分を含めて明確であるという判断であろう。

## B-2 立法事実を加味して合憲限定解釈しているもの

違法な争議行為の「あおり」行為が問題となった全農林警職法事件<sup>(21)</sup>では、立法事実を加味して、適用範囲の明確性を判断している。

「しかしながら、違法な争議行為に対する原動力または支柱となるものとして罰則の対象とされる国公法一一〇条一項一七号所定の各行為のうち、本件において問題となっている「あおり」および「企て」について考えるに、ここに「あおり」とは、国公法九八条五項前段に定める違法行為を実行させる目的をもつて、他人に対し、その行為を実行する決意を生じさせるような、またはすでに生じている決意を助長させるような勢いのある刺激を与えること（昭和三三年（あ）第一四一三号同三七年二月二日大法廷判決・刑集一六巻二号一〇七頁参照）をいい、また、「企て」とは、右のごとき違法行為の共謀、そそのかし、またはあおり行為の遂行を計画準備することであつ

(20) 最大判昭和33年9月10日民集12巻13号1969頁。

(21) 最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁。

て、違法行為発生の危険性が具体的に生じたと認めうる状態に達したものをいうと解するのが相当である（いずれの場合にせよ、単なる機械的労務を提供したにすぎない者、またはこれに類する者は含まれない）。してみると、国公法一一〇条一項一七号に規定する犯罪構成要件は、所論のように、内容が漠然としているものとはいいがたく、また違法な行為につき、その前段階的行為であるあおり行為等のみを独立犯として処罰することは、前述のとおりこれらの行為が違法行為に原因を与える行為として単なる争議への参加にくらべ社会的責任が重いと見られる以上、決して不合理とはいいがたいから、所論違憲の主張は理由がない。」

上記掲載部分の前に、「あおり行為が、単なる争議への参加にくらべて社会的責任が重いという」という点を判示しているが、それは、立法事実である。本判決は、立法事実を加味して、実体判断を行って、限定解釈をしているものである。

B-3 「通常の判断能力を有する一般人」という基準を用いて、憲法事実及び立法事実を加味して判断している場合。

徳島市公安条例事件<sup>(22)</sup>では、同条例の三条三号、五条の犯罪構成要件としての明確性について次のように判断している。

「次に、本条例三条三号の「交通秩序を維持すること」という規定が犯罪構成要件の内容をなすものとして明確であるかどうかを検討する。」

……（中略）……

「しかしながら、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三一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。それゆえ、ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法三一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

(22) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489号。

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。」(下線部筆者)

と、一般論を展開した後に、具体的に法令の明確性を認定する。

「……そうすると本条例三条が、集団行進等を行おうとする者が、集団行進等の秩序を保ち、公共の安寧を保持するために守らなければならない事項の一つとして、その三号に「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されるのである。そして、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つては、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……」

#### B-4 実体審査をした上で、3つの厳格な基準を用いるもの。

札幌税関事件<sup>(23)</sup>では、徳島市公安条例判決をさらに一步進めて、合憲限定解釈が許容されるべき、3つの条件を示す。それは、①規制の対象と対象外が明確に区別されること、②合憲的に規制しうるもののみが規制の対象となること、③一般国民の理解において、具体的な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読み取ることができることである。

そして、合憲限定解釈をした後に、「風俗を害すべき書籍、図画」＝「猥褻な書籍、図画」であるとした上で、そのような定式は、現在の社会事情の下において、わが国内における社会通念に合致するものといつて妨げないとする。さらに、わいせつの概念は、刑法175条の規定の解釈による判例の蓄積によって明確化されている。というように当てはめを行っている。このような認定は、「法の運用のあり方」を立法事実ととらえていることから、実体判断をしているとみなしうる。

#### C 適用する事例においては不明確ではないとするもの。

川崎民商事件<sup>(24)</sup>では、旧所得税法第63条の「所得税に関する調査」「調査に関し必要ある時」「納税義務者」「納税義務があると認められる者」等の意味が不明確である

(23) 最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁。

(24) 最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁。

という主張がなされている。

「しかし、第一、二審判決判示の本件事実関係は、被告人が所管川崎税務署長に提出した昭和三七年分所得税確定申告書について、同税務署が検討した結果、その内容に過少申告の疑いが認められたことから、その調査のため、同税務署所得税第二課に所属し所得税の賦課徴収事務に従事する職員において、被告人に対し、売上帳、仕入帳等の呈示を求めたというものであり、右職員の職務上の地位および行為が旧所得税法六三条所定の各要件を具備するものであることは明らかであるから、旧所得税法七〇条一〇号の刑罰規定の内容をなす同法六三条の規定は、それが本件に適用される場合に、その内容になんら不明確な点は存しない。」(下線部筆者)

売春と職業安法 63 条が問題となった判決<sup>(25)</sup>でも同様の手法が用いられている。

「……上告趣意は、職業安法六三条二号が罪の内容を定めるのに「公衆衛生又は公衆道徳上有害な業務に就かせる目的で」といつているのは、罪となるべき行為の定め方があいまいであつて、罪刑法定主義を規定した憲法三一条に違反すると主張する。しかし、第一審判決の確定した事実によれば、本件は、すべて売春を業とする接客婦の雇用をあつ旋した場合であり、およそ売春を業とすることが職業安法六三条二号にいわゆる公衆衛生、公衆道徳上有害な業務に該当することに明白であるから、右の規定は、これを本件に適用する限りにおいては、何ら明確を欠くところはない。従つて、所論違憲の主張は、その前提を欠き刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。」(下線部筆者)

以上の判例は、当該法令が明確性を欠くか否かという判断について、「本件に適用される場合は」「本件に適用される限り」という、留保条件を示している。これは、司法事実としての、事案の当事者であれば、法の意味することは理解できるはずであるという判断である。いわば、文面審査における「適用判断」であり、事案に即してみると、文面上「適用合憲」という判断である<sup>(26)</sup>。

以上より、判例は、法令の明確性が「違憲・無効のレベルに達していない」と判断するにあたって、①当該文面を読む直感的判断→②他の条文等を参考にした形式的理由による判断→③立法事実・憲法事実に基づく判断→④司法事実を理由とする判断、

(25) 最判昭和 36 年 12 月 6 日裁判集刑事 140 号 370 頁。

(26) 少なくとも、本件については、萎縮効果が問題となる事例ではないとして、この手法を肯定的に評価する文献として、野坂泰司「憲法基本判例を読み直す」(2011 年、有斐閣) 316 頁がある。逆に、野坂教授は、徳島市公安条例事件の高辻判事補足意見のように、集団行進等の表現の自由の規制が問われていることに対して用いることは、批判している。同 206 頁。

という流れの手法を用いている。

### 3 判例の枠組みの検討～法令の明確性を文面以外の要素で判断することの妥当性

学説上は、上記①の法令の明確性を「文面のみ」で判断する手法が、少なくとも、表現の自由および刑法の分野では求められるとして、立法事実等の人権を支える実体的理由を、明確性の判断の要素に含めることには、一般に批判的である。そして、法令の明確性を文面で判断することが、求められる「厳格な審査態度」であるように見える<sup>(27)</sup>。

そこで、本質的な問題として、「なぜ文面を文面だけで判断するのか?」「なぜ文面に立法事実等の実質的要素を含めることができないのか?」を検討してみる。

#### (1) 文面のみで法令の明確性を審査することの意義

明確性の原則は、第一に手続法的要請に基づく<sup>(28)</sup>。表現の自由を規制する法および刑法は、国民に対して、十分な警告を与えなければならない。この「十分な警告」を行動に係る情報という点から再構成すると、明確性の原則は、立法機関に対して、法令が提供するところの「行動に係る情報」と、「国民が受け取る情報」との間の「乖離」をできる限り少なくすることを求めている、と思われる。たとえば、福岡県青少年保護育成条例の場合、「淫行条例」という規定を認識し、その意味を想定した時に、「未成年者と性行為をするとき、どういう場合に処罰されるかどうかの境界線がわからない」というレベルが、法令の漠然不明確性(情報を十分に与えてくれない)である。一方、真摯な交際に係る性行為を行う者からみると、「淫行」という文言を読んだときに、自分の想定では規制対象になってしまうと思う場合、あるいは、にわかには違法合法の判断がつかない、グレーゾーン(以下、このグレーゾーンを「中間領域」という。)にいる者からみると、自分の想定では規制対象外だと思ったが実際に規制されてしまう場合は、行為者に情報の錯誤があり、法令が過度に広汎なのである。

このように、明確性の原則に係る文面審査の本質が、当該法令の「国民への情報の提供のあり方」を問うものであるとすると、法律の素人である一般国民は、自分の行為に係る法令を手掛かりにして、行動を決定するのであるから、法令は、文面の内容

(27) 青井前掲注(11)は、実質面を明確性の判断に読み込むことに対して批判的である。渋谷『憲法』(2007年、有斐閣)166頁は、「この審査は、具体的事実の衡量という要素が入らず、原則として文面判断で結論を出すことが可能とする。

(28) 芦部前掲注(8)101頁以下。



を文面だけで理解できるような明確なものにする、という要請が当然になされる。いったん萎縮した表現活動は、回復が困難であるという性質からみると、表現の自由の領域は、明確な行動の指針をできるだけ示すことが求められる。罪刑法定主義が要請される刑法についても同様である。そういう意味では、「文面を文面のみで判断する」という手法こそが、行動の予測可能性を担保するものであるし、文面の明確性に、国民一般が、実質面を読み込むことを求めるのは困難であり、それは「十分な告知」の保障を超えた要請になるであろう<sup>(29)</sup>。

## (2) 文面のみで法令の明確性を審査することの限界

確かに、表現の自由や刑法の領域では、原則的に①文面（そのもの）、②文面（他の条文及び下位法規等）で明確性を判断すべきである。しかしながら、規制する人権によっては、③憲法事実及び立法事実を読み込む審査、④司法事実を読み込む審査をする必要がある。というのは、憲法事実及び立法事実を法令の明確性の審査に組み込むことによって、中間領域の存在を認定し、法令の明確性をより細かく判断することが可能になるからである。この作業によって、法令を合憲限定解釈不能であるとして、違憲としたり、あるいは、合憲的適用部分があるから法令を救済したりすることができるからである。また、司法事実を組み込むことによって、最低でも当事者には法令を理解できるとして、法令を救済することができるからである。

つまり、文面を文面のみで審査するというのが、文面審査における司法積極主義であるとすれば、文面だけではなく、それ以外の実質的要素、事件の要素を考慮する姿勢は、文面審査における司法消極主義であり、この二つの姿勢は、法令の実体の違憲性と同様に、問題となる人権の重要性、規制利益、規制の態様、裁判所の役割等によって、使い分ける必要がある。

伊藤正巳裁判官は、岐阜県青少年保護育成条例事件<sup>(30)</sup>の補足意見で、文面審査における司法消極主義の可能性を示唆している。同意見では、青少年保護という目的がはっきりしていることから、文面審査を緩くすることも可能である、としているが、その示唆するところは、法令の明確性に係る文面の審査を、立法裁量ととらえた上で、権利の価値と規制利益の重要性によってその広狭を認定し、法令の明確性に係る立法府の裁量権の逸脱濫用を審査するというものであろう。たとえば、岐阜県青少年保護

(29) 青井前掲注(11)97頁の言うように、文面に法的意味を含めて、「正しい」解釈を求めることは、公正な告知の機能を減退させると思われる。

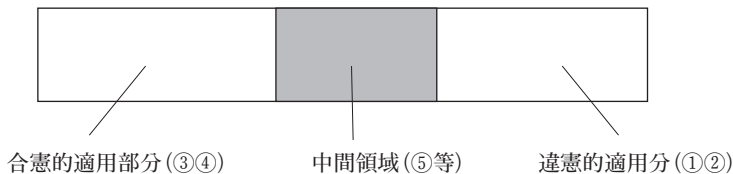
(30) 最判平元年9月19日刑集43巻8号785頁。



育成条例事件では、明確性に係る広い立法裁量が認められるとすると、著しい漠然不明確性がない限りは、法令は合憲と言うことになる。私見は、これをさらに発展させ、法令の明確性の判断においては、人権の重要性、規制利益等によって、立法府の裁量権の広狭を認定した上で、その逸脱濫用を判断する要素として、憲法事実及び立法事実、場合によっては司法事実を加味する必要性を提唱するものである。

また、上述の中間領域の存在を認識し評価する必要性がある、という点を敷衍したい。たとえば、淫行条例の場合、未成年者と成年との性行為には、多くの態様があるという点を指摘できる。これは、13条で保障される性行為の自由を支える憲法事実である。それらは、①結婚を前提とする場合等の真摯な交際があるもの、②女子高生と大学生との交際のように年齢が接近しているもの、③いわゆる「援助交際」のように、金銭の授受等があるもの、④教師等の立場を利用して誘惑・威迫しているように見えるもの、⑤専ら性欲を満たす目的で接近し性行為を遂げたもの等である。青少年保護育成という目的から見ると、①②は、違憲的適用部分であり、③④は合憲的適用部分である。これらの淫行条例の例では、合憲的適用部分であっても、途中から①の真摯な交際に近いものになったものもあると思われる。また、違憲的適用部分であっても、⑤のような性欲を満たすという主観的意図が多少ある場合も存在する。これらは、中間領域である。このように、中間領域は、法令に憲法事実及び立法事実を組み込むことによって、見いだすことができる。従って、淫行条例の適用は図2のように3つの領域に分けることができる。

図2 (成年と未成年の性行為に係る3つの領域)



判例は、私見とは異なり、合憲限定解釈をするにあたって、中間領域の存在を認めないように見える。上述の通り札幌税関事件最高裁判決<sup>(31)</sup>で、合憲限定解釈が可能な条件として、①規制の対象と対象外が明確に区別されること、②合憲的に規制し

(31) 最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁。

うるもののみが規制の対象となること、③一般国民の理解において、具体的な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読み取ることができることの3点を示す。条件①と②を合わせると、合憲限定解釈によって、合憲・違憲のそれぞれの適用部分を明確に分離することが求められる。従って、この基準は、合憲限定解釈をするのであれば、中間領域を出さないという厳しいものになっている<sup>(32)</sup>。

しかし、実際には、憲法上保護されるか、保護されないかという判断は、ケースバイケースであって、行為者が自分では判断しかねる（または規制当局が認定しかねる）ところの、中間領域が多くの場合に存在するはずである。Iの1で述べた通り、法令は、必ずしも、全ての実例を包含することはできない。つまり、ある行為が憲法上保護に値するかどうかという判断（憲法適合性の判断）を、すべて、法令が明示することは困難な場合があると思われる。これは、法令の抽象性からくる、本質的な限界である。

中間領域にいる者（例「教師の立場であるが教え子との真摯な交際関係を前提とした性行為を行う者」）が、性行為を行う場合は、規制に該当するかどうかは十分な情報を与えられないことから、当該行為を実際に行うことは、法規範に対する「実験的挑戦」の意味を持つことになり、当然、一方でそれを控える者の存在も想定され萎縮効果が発生する。

表現の自由を規制対象とする法令の場合であれば、できる限り、萎縮効果の発生を抑制する必要があるので、判例の枠組みのように、中間領域があること自体を理由として、漠然不明確ゆえに違憲無効とされるであろう。一方、淫行条例の場合は、表現の自由の規制ではないこと、青少年保護という目的は重要であることから、「専ら自己の性欲を満たす場合」というカテゴリーを設けて、中間領域も包括できるようにしたのではないかと推定される。

判例は、立法事実等を組み込みながら、中間領域の存在を正面から認めないのであるが、むしろ、立法事実を組み込んで、合憲・違憲・中間と分け、本稿のように、中間領域の評価を正当に行う必要がある。

また、これまでは、学説上、合憲限定解釈という作業に際しては、憲法事実及び立法事実を加味して行うという点が明示的に意識されてこなかったと思われる<sup>(33)</sup>。Iの1で述べた通り、法令に要求される、抽象性と明確性は、時として対立するものであり、抽象性の限界を補うための一つの手法である合憲限定解釈を肯定的にとらえた上で、

(32) 含意として、合憲限定解釈できないものは文面上違憲無効になる、ということになる。

(33) 芦部前掲注(4)197頁。戸松秀典『憲法訴訟(第2版)』(2007年、有斐閣)など。

その手法には、権利の重要性、権利制約の根拠に係る憲法事実及び立法事実の考察が必要であることを、正面から認識することの重要性をここで強調したい。

たとえば、学説の多くが肯定的に評価する泉佐野市民会館事件最高裁判決<sup>(34)</sup>では、①集会の自由の重要性、②集会の自由が制約される根拠と場合分け、③合憲限定解釈、④事実認定、⑤当てはめ、という論理で結論を導いているところ、①と②では、使用不許可を3つに場合分けしていることから実質面を加味していることは明らかである。

また、憲法事実及び立法事実の審査のレベルでも、司法事実の審査のレベルでも、法令の名宛て人が誰であるかを考察する必要がある、これも、法令に実体を読み込むことによってこそ、可能になる。

### 小括

- 1) 法令の明確性を審査する際には、①文面だけを見る審査、②憲法解釈事実・立法事実を加味する審査、③司法事実を加味して、当該事件に適用する限りに明確かどうかを問う審査の三段階の審査がある（以下、本稿では、それぞれ、「第一段階の審査」、「第二段階の審査」、「第三段階の審査」という）。
- 2) 三段階の文面審査のどの段階を採用するかに際しては、問題となる権利の性質、権利制約の根拠、立法裁量の広狭、裁判所の役割を加味して、総合的に判断する。
- 3) 第二段階においては、憲法事実と立法事実を加味した、中間領域の析出と評価が重要である。
- 4) 第三段階においては、事件の名宛て人が当該法規に含まれている情報を理解していたかまたは、その可能性があったかを評価する。

## 4 過度の広汎性の意義と問題点

過度の広汎性は、漠然不明確ゆえに無効の原則と並んで、明確性の原則を支える準則である。しかし、その判断は、規制目的に照らして広汎かどうかを問うのであるから、漠然不明確性の判断よりは、直覚性の解消のための手がかりは少なからず存在すると言うことができる。そして、その目的の審査には、憲法事実及び立法事実の認定が必要である。たとえば、「淫行」という文言は、青少年保護という目的に照らすと、その処罰範囲が不明確であると同時に、過度に広汎な規制という主張が可能である。性行為の自由という、私生活における重要な自己決定を行う者から見ると、未成年者との

(34) 最判平成7年3月7日民集47巻3号687頁。

性行為および同類似行為が、全て禁止されているのか、どういう態様であれば禁止されているのか、という情報を、「淫行」という文字から理解するのは、通常は困難であろう。

この問題を、行為者への情報の提供という視点から論じるに際して、上述の通りの淫行条例の実例（図2）に照らしてみたい。「淫行」規定が、違憲的適用部分（①②）にいる行為者に対して、その処罰範囲の境界線を明示せず、不十分な情報を与えているのであれば、漠然不明確性の疑いが出てくる。一方、「淫行」規定が、違憲的適用部分を含んでいるように、一般人が解釈してしまうとすれば、萎縮効果を発生させ、その部分は「過度に広汎」となる。法令の過度の広汎性は、違憲的適用部分にいる者、すなわち憲法上保護されるべき行為者に、自分が処罰されるという錯誤をもたらすのである。このように、過度に広汎な法令は、漠然不明確な法令と同様に、違憲的適用部分にいる者を萎縮させ、これらの者に十分な事前警告を与えず、同時に恣意的な運用を招く可能性がある<sup>(35)</sup>。

図3-1

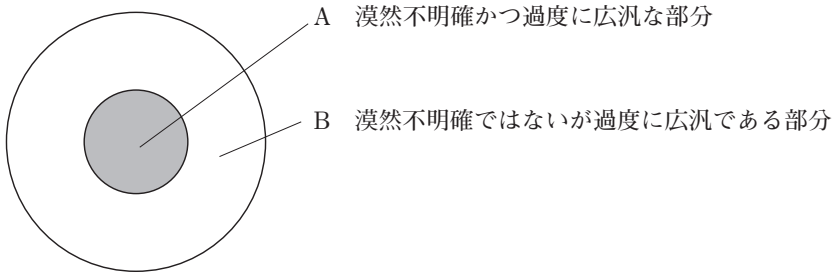
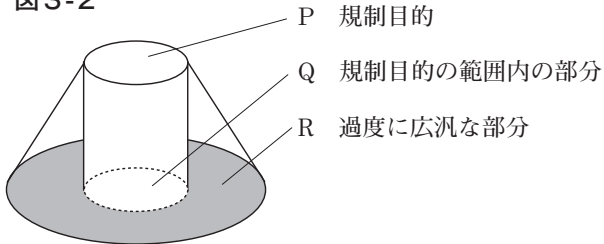


図3-2



(35) 過度の広汎性を萎縮効果から詳細に論じた文献として、毛利透『表現の自由—その公共性ともろさについて』（2007年、岩波書店）がある。

以上の説明から理解できることは、漠然不明確な法令は過度に広汎な法令にもなっているという点である（図3-1のA）。しかし、過度に広汎な法令は、必ずしも、漠然不明確とは限らない<sup>(36)</sup>。明確な法令であるが、規制範囲が広過ぎるという場合も存在する（図3-1のB）。たとえば、公務員の政治活動を規制するにあたって、明文で公務に関わらない純粋な私生活における政治活動・政治的見解の発表等までも規制する場合は、公務員に対する十分な警告という手続的保障は満たされている、ということが出来る。しかし、公務員の政治的中立性の維持という目的に照らすと、過剰な規制になっているということが出来る。これは、文面上の過度の広汎性（行動に係る情報の読み取りの保障）だけではなくて、実体上の過度の広汎性の問題でもある。すなわち、猿払事件一審<sup>(37)</sup>・堀越事件高裁判決<sup>(38)</sup>が指摘するように、政府が、より制限的ではない規制（休日の職場を用いない政治活動は規制しない）が存在するにもかかわらず、過剰な規制を行っている、という点が指摘できる。

このように、過度に広汎な法令には、文面上の広汎性と実体上の広汎性という二つの意味が存在する<sup>(39)</sup>。

判例は、過度の広汎性に対しても、実質面を読み込んで文面審査をしている。たとえば、広島市暴走族条例事件では、「過度に広汎である」という主張に対して、合憲限定解釈を施した上で、当該合憲的適用部分は、合理的関連性の基準に照らすと違憲ではないという判断を下している。これは、漠然不明確性の審査と同様に、法令の違憲的適用部分の認識→法令における合憲的適用範囲の確定→文面上合憲というスタイルをとっていると推定される。

## 小括

以上まとめると、過度の広汎性を帯びた法令は、3種に分類することが可能である。以下は、成年と未成年の間の性交渉に係る淫行条例を想定して説明する。

### (A) 形式的過度の広汎性

- ①法令を読んだとき、違憲的適用部分（真摯な交際に係る性行為）を含む可能性があるという意味で、法令の文面が広すぎるもの。この場合、違憲的適用部分に該当する行為が萎縮し、公正な告知になっていない。違憲的適用部分を含む可能性がある

(36) 芦部前掲注(8)90頁以下。

(37) 旭川地判昭和43年3月25日下刑集10巻3号293頁。

(38) 東京高判平成22年3月29日判タ1340号105頁。

(39) 二種類の過度の広汎性については、藤井俊夫「過度の広汎性の理論及び明確性の理論」（芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』（1987年、有斐閣）所収 359頁以下を参照されたい。

という点は、漠然不明確でもある。つまり、この場合、過度の広汎性と漠然不明確性が重なる。

- ②法令自体は明確で、違憲的適用部分をはっきりと含んでいる場合。たとえば、淫行の定義の規定を行い、その中にあらゆる未成年との性交渉を網羅的に禁止するもの。これは、公正な告知に問題がなく<sup>(40)</sup>、漠然不明確性はない。

#### (B) 実質的過度の広汎性

- ③淫行が、②のように、あらゆる未成年との性交渉を禁止するのであれば、16歳という女子の結婚年齢からみても、過剰な規制になっていることから、過度に広汎な規制とすることができる。

以上3つの意味のうち、厳密な意味で、明確性の原則と言えるものは、①のみである<sup>(41)</sup>。

### III 法令の明確性に係る三段階の審査

#### 1 明確性に係る三段階の審査

IIの3で検討したように、判断のための要因を挙げる事が可能になったとしても、アナログ評価としての法令の不明確性が、どの程度に至った場合に、文面上違憲・無効という法的デジタル評価を下すことができるかという点は、依然として明らかではないが、明確性の原則を要求する3つの根拠に照らしてみると、一定のパターンに分類可能であり、法令の明確性に係る立法府の裁量権の逸脱・濫用であるとして、違憲無効となる判断の枠組みを形成することが可能である。また、これは、明確性の判断に係る直覚性を通減させる可能性がある。以下は、文面上違憲・無効の疑いのある法令の審査とその結果を、審査段階ごとに分析し、①～④のタイプに分類する。

#### (1) 第一段階 = 文面のみを資料とする審査

判断手法は、条文に対する直覚的判断・条文の分析によるものである。

[合憲判断]

タイプ①当該文面そのものを見て、直覚的に明確と判断できる場合。

タイプ②当該文面と他の目的規定・定義規定、あるいは下位法規などの条文を照ら

(40) 悪法も法であり、この場合最低限、公正な告知機能を営む。

(41) 本来的な意味で、①のみが明確性の原則であると指摘する文献として、中谷実編・向井久了・高野敏樹・井上典之『憲法訴訟の基本問題 - 基礎用語の解説』（法曹同人、1989年）がある。

して明確と判断する場合。

〔違憲判断〕

タイプ③第二段階の合憲限定解釈に進むことができないほどの不明確性がある場合である。すなわち、文面を見る限り、漠然不明確すぎて、法令を違憲的適用部分と合憲的適用部分に分けることができないものである（後述の図6参照）。法令に求められる明確性のための3つの要請は、すべて満たさないことから、明確性に係る立法裁量の明白な逸脱濫用である。また、これは、「文言解釈の不可分性」を示している場面でもある<sup>(42)</sup>。

広島市暴走族追放条例のように、「何人も」……「公衆に不安または恐怖を覚えさせるような集又は集会を行うこと」という文言は、合憲的適用部分も違憲的適用部分にも分けることはできない<sup>(43)</sup>。

(2) 第二段階 = 文面の中に実質面を読み込む審査

ここでは、憲法事実及び立法事実面を読み込んで、明確性が違憲無効のレベルに達するか否かを判断する。場合によっては、判例のように、法令の実体上の合憲性を先行して判断した上での「明確性」の判断も可能であるが、それを安易に明確性の理由付けにすることは避けなければならない。

(A) 実体を判断するが合憲限定解釈に進まない

タイプ④実体を審査した結果、合憲限定解釈の必要性を認めず、法令が明確であるとする場合、上述の帆足計事件は、裁量権に係る中間領域を含めて、全体として明確であるとする。

(B) 実体を判断して合憲限定解釈に進む。

(B-1) 合憲限定解釈を試みて、合憲と判断する。以下、3つのタイプに分けられる。

タイプ⑤合憲的適用部分を指摘し、それが「通常の判断能力を有する一般人」なら

(42) 法令解釈の合憲限定解釈が不可能または不適切な場合である。新正幸『憲法訴訟論(第2版)』(2010年、信山社)489頁。これは、後述するように、芦部説による適用違憲の第一の類型の前提条件でもある。

(43) 広島市暴走族追放条例第16条 何人も、次に掲げる行為をしてはならない。

一 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。二 公共の場所における祭礼、興行その他の娯乐的催物に際し、当該催物の主催者の承諾を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集、集会又は示威行為を行うこと。



理解できる場合（合憲部分適示型）。これは、徳島市公安条例事件最高裁判決に見られるタイプである。

タイプ⑥違憲と合憲を分離して、中間領域の存在が認められないとする場合（違憲・合憲厳格分離型）。税関検査事件で示されたタイプである<sup>(44)</sup>。

タイプ⑦違憲と合憲を分離できるが、中間領域の存在も事実上認定して、中間領域の存在はやむを得ないと判断する場合。福岡県青少年保護育成条例の法廷意見は、「青少年を単に自己の性的欲望を満足するために扱っているとしか認められないような性交または性行為類似行為」という中間領域を、「淫行」中に含めているので、このタイプに入る<sup>(45)</sup>。やむを得ないと判断する理由は、裁量権に係る不確定概念の必要性、青少年保護等の規制目的の重要性である。これは、一種の司法消極主義であり、岐阜県青少年保護育成条例事件における伊藤正己裁判官補足意見の立場でもある<sup>(46)</sup>。行政法規に対する明確性の判断の多くは、タイプ④とタイプ⑦になるとと思われる。

(B-2) 合憲限定解釈を試みるが、限界を超えている（明確性に係る立法府の裁量権の逸脱・濫用）として、違憲と判断する。

タイプ⑧中間領域が存在するだけで違憲とする場合。札幌税関事件の判断手法を、同法廷意見とは異なり、厳格に適用した場合（同判決反対意見）である。表現の自由の場合、萎縮効果の発生を抑止するために、この厳格さが求められる<sup>(47)</sup>。

タイプ⑨条文の中に中間領域の存在を認めつつも、中間領域を厳格に審査する場合。これは、さらに二つのタイプに分けることができる。一つは、図 4-1 のように中間領域が広いことが、量的不可分性を構成し法令違憲とするものである（量的不可分型）。これは、福岡県青少年保護育成条例の伊藤裁判官補足意見と同旨であろう。同反対意見は、「青少年を単に自己の性的欲望を満足するために扱っているとしか認められないような性交または性行為類似行為」という中間領域の存在に、量的不可分性を認めて、法令を違憲・無効とすべきであるとしている<sup>(48)</sup>。

もう一つは、中間領域が広くはないが、重大な人権侵害があるので違憲とするもの

(44) 高橋和之「憲法判断の回避」(芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』(1987年、有斐閣)所収22頁以下は、合憲限定解釈を「合憲部分確定型」と「違憲部分確定型」に分ける。

(45) 最大判昭和60年10月23日。

(46) 伊藤正己裁判官は、二つの青少年保護育成条例について、福岡県は司法積極主義、岐阜県は司法消極主義的判断を示している。

(47) ただし、判断する際に、同判決法廷意見のように、「風俗を害すべき」＝「猥褻な」と認定してしまうと、厳格さが機能しない。同じ基準でも、中間領域に対する評価によって、違憲・合憲の判断が異なる。

(48) 最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁。

である（質的不可分型）。たとえば、徳島市公安条例3条3号の「交通秩序を維持すること」は、判決文にあるように、だ行進、うず巻き行進、座り込みなど殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為の避止を命じていることはわかるとしても、種類は少ないながらも、その中間形態が存在するはずであり、集団行進の自由は重要な人権であることから、その行使の具体的方法について、違法か合法かを示さない文言は、質的な不可分性を構成する（図4-2）。

図4-1（中間領域の量的不可分性）

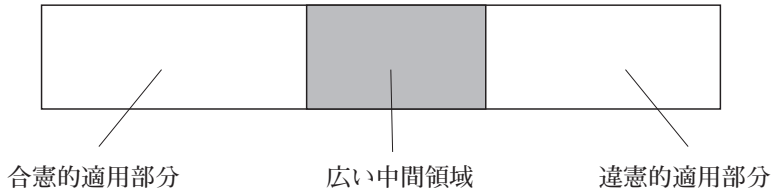
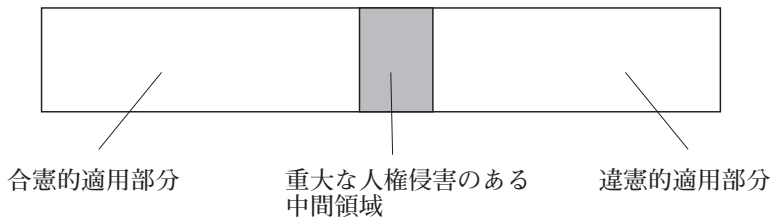


図4-2（中間領域の質的不可分性）



### (3) 第三段階 = 明確性に係る適用審査

ここでの判断手法は、当該事件特有の事情を分析することである。法令の明確性における、適用審査である。法令には問題がないが、法令を当該事案に適用する限りにおいて、違憲か合憲かを問うのが、適用審査であるとする、第三段階は、法令が当該事案に限って明確かどうかを問う手法である。適用違憲が、法令違憲に比べて司法消極主義的であるように、この第三段階の審査も、上記の二つの段階に比べると司法消極主義的であることから、委縮効果の発生を予防すべき法令に対しては、原則とし

て用いることはできない。しかしながら、法令の告知機能が十分に果たされていると判断される場合には、「本件に適用する限りにおいて明確である」という判断も可能であろう<sup>(49)</sup>。したがって、この方法を用いることができる場合の条件としては、表現の自由など萎縮効果の発生を予防する重要な人権以外が規制対象であることが求められる。第二段階で、通常の一般人でも理解できないとし、第三段階では、事件事業者でも理解できない、とすることによって、直覚性を緩和する機能を営む。

〔合憲判断〕

タイプ⑩一般人には理解できないが、当該事件の名宛て人にとっては、明確であるとする場合。川崎民商事件が典型である。徳島市公安条例における、高辻裁判官補足意見<sup>(50)</sup>もこのタイプに属する。

〔違憲判断〕

タイプ⑪当該事件の名宛て人にとっても理解できない場合。これは、法令の実体的違憲審査基準における、明白の原則と同様に、法令に対する司法消極主義的態度をとっても、一般人にはもちろん理解できないし、専門家等・当事者でも理解できないほどの不明確であるとし、法令制定に係る広い立法裁量を逸脱したという判断である。一般人にも不明確であるし、事情を知っている等の本人にも不明確である、という「ダメ押し」的な判断になる<sup>(51)</sup>。

## 2 法領域別の考察

以上の文面審査の枠組みを、さらに、法領域別に整理したい。

### (1) 表現の自由

表現の自由に係る法令は、原則として第一段階で審査しなければならない。第二段階に進むとしても、合憲部分摘示型ではなく、違憲・合憲厳格分離型を採用して、和泉佐野市民会館事件最高裁判決のように、中間領域の存在を認めない方向にすべきであろう。第三段階では、裁判所レベルで、ケースバイケースの判断がなされることから、予想される表現の自由を規制する法令は、萎縮効果が発生するので、この段階で審査することは許されない。

(49) 芦部前掲注(8)120頁。

(50) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁。

(51) 第一段階の審査で、直覚的判断として合憲とすることも、第三段階に進んで合憲とすることも、ともに司法消極主義であることになる。

## (2) 刑法

刑罰法規は、規制利益（保護法益）が重要であることが多いことから、表現の自由のように、第一段階の審査が原則ということとはできない。しかし、刑罰という重大な不利益を考慮すると、第二段階での審査も慎重に行う必要があり、違憲・合憲厳格分離型であるタイプ⑥<sup>⑤</sup>が望ましい。ただし、売春防止のように、規制目的が明確な場合は、第三段階での審査も許容される。

## (3) 行政法

行政法の場合、恣意的運用を許容するような、漠然不明確な法令の審査が問題となる。行政法の場合、規制行政と給付行政等の違いがあり、求められる明確性のレベルを一律に判断することは難しい。規制行政の場合は、裁量権を行政庁に付与する必要があることから、一定の中間領域が法令の中に含まれることはやむを得ない。また、行政上の便宜から委任立法が増加することも、法令の抽象性に拍車をかけていることは事実である。こうした事態を打開するために、裁量権の統制の議論がなされ<sup>⑥</sup>、裁量行為に対する基準設定（行政手続法）などの立法的対処がなされている。

しかし、行政の便宜、大量処理の必要性、現場の判断の尊重といった要因を考慮する必要があるとしても、抽象的文言の制定によって無限定の裁量権の行使を許容したり、委任立法を助長したりすることは望ましくない。したがって、限度を超えた、抽象的な文言に対しては、不明確との判断を下す必要がある。特に、経済活動に関わる時、許認可の予測が十分つかないとき、規制の対象となることが予想外であるときは、大きな不利益を被ることになるから、当該法令の明確性の判断については、場合によっては積極的に行う必要がある。

アブラソコムツ事件最高裁判決<sup>⑦</sup>では、食品衛生法4条2号「有毒な、若しくは有害な物質が含まれ、若しくは附着し、又はこれらの疑いがあるもの。但し、人の健康を害う虞がない場合として厚生大臣が定める場合においては、この限りでない。」の「有毒な物質」「有害な物質」の漠然不明確性が問題となった。同判決は、第一段階の審査で、十分な説明もなく、文面上合憲と判断している。

しかし、高裁判決<sup>⑧</sup>では、犯行当時（販売当時）は、下痢症状を伴うといったアブ

(52) 例えば宇賀前掲注(5)320頁以下。

(53) 最判平成10年7月10日。

(54) 東京高判平成7年10月31日。

ラソコムツの有害性が明らかにされていたことから、通常の判断能力を有する一般人には理解可能である、と判示すると同時に、「のみならず、アブラソコムツやその加工品が異常臭を伴う油状下痢便を排泄するに至るおそれのある食品であることは明白であり、本件各犯行時にはすでに社会一般にもよく認識されていることであったのであるから、同条を、アブラソコムツ及びその加工品を販売し、あるいは販売の用に供するために貯蔵したという被告人の所為に適用する限りにおいては、何ら明確性に欠けるところはないのである。」としている。このように、高裁判決が、第二段階のみならず第三段階までの不明確性を追求した手法は直覚性の緩和という点で、評価されるべきである。

ただし、行政法の場合、一定の規制利益がある法令を文面上違憲・無効とすることのインパクトは大きい。また、給付行政の場合は、漠然不明確で法令違憲とされて、行政行為の根拠となる法令が失われてしまうことは、権利救済とはならない。これは、請求権に対応する権利を規定する法令を、漠然不明確とすると、逆に権利侵害となるという問題である。例えば、生活保護の認定要件を漠然不明確として、違憲・無効とすると、そもそも、生活保護の認定を請求できなくなってしまうのである。これを仮に、「請求権のジレンマ」と呼ぶとするなら、このジレンマの解決は、後述するように、適用違憲の活用求められる。

#### (4) 税法

税法は、不測の経済的不利益を回避する必要があることから、明確性が強く要求される法領域である<sup>(55)</sup>。しかし、一方で、大量処理と現場での判断が要求されることから、税務行政は、税法の抽象性を下位法規と通達で補って、行われているのが現状である。また、税法は、実体についての国会の裁量権が広いだけでなく、明確性に係る国会の裁量権も広いとみることができる。したがって、第二段階で、裁量権を認めるタイプ④や中間領域の存在を認めつつ、緩やかに審査するタイプ⑦の手法も首肯できる。また、川崎民商事件のように、第三段階も許される局面もあるであろう。

しかし、便宜性と現場での判断の必要性があるからといって、安易な不確定概念による課税が許されるものではない。例えば、法人課税上の収益の圧縮を禁じる「寄附金」という概念は、その立法趣旨は理解できるとしても、様々なケースが想定されることから、法人にとって想定外の課税という場面が多々見られ、訴訟に至ることも多

(55) 課税要件明確主義については、金子宏『租税法(17版)』(2012年、弘文堂)75頁以下を参照されたい。

い。このように下位法規でも十分に補うことのできない規範は、漠然不明確と判断されるべきだと思われる<sup>(56)</sup>。

### 3 文面上違憲・無効以外の手法

上記の通りの三段階の審査に見られるように、漠然不明確ゆえに無効・過度に広汎ゆえに無効と判断されるレベルの不明確性は、確かに存在し得る。しかしながら、判例には明確性に反するとして違憲・無効とした判決は存在しない。その理由は、一つには立法府への謙譲であり、もう一つは、中間領域の存在を認め、行政の現場による裁量権を尊重しているということである。言い換えると、三権分立の原則の下、他の二権との役割分担を認識していることになる。

このように、裁判所の他の二権に対する謙譲の姿勢は一概に否定できるものではない。国会の立法を違憲無効とするインパクトは確かに大きく、超立法府との批判を回避する必要もある。しかしながら、現実には不明確な立法が存在し、それが国民の行動を委縮させかねないのであれば、立法府との役割分担に配慮しつつも、立法技術上の問題点を指摘し、警告を促す手段を講じる必要がある。

一つの方法は、文面上違憲・無効以外の法令違憲のインパクトを回避する手段として、適用違憲を用いることである。もちろん、第一段階で違憲無効と判断する場合もある。しかし、裁判所が、合憲的適用部分と違憲的適用部分が分離できないほどの不明確性を認識した場合で、かつ、法令違憲に至らないと判断した場合、すなわちタイプ③に相当する法令については、本件に適用する限りにおいて違憲という手段もあり得る。また、第二段階で、合憲的適用部分と違憲的適用部分を認識しつつも、中間領域の存在を覚知した場合は、①中間領域の存在自体を理由として、②中間領域が広範囲に渡るがゆえに（量的不可分性を理由として）、③中間領域の重要な人権の行使を委縮させるがゆえに（質的不可分性を理由として）、それぞれの理由から、当該法令は、本件に適用する限りにおいて違憲・無効という判断が可能であると思われる<sup>(57)</sup>。

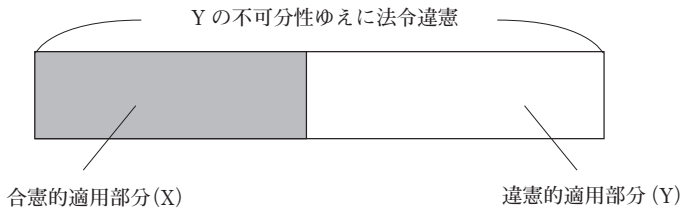
また、漠然不明確性・過度の広汎性を認識しても、法令違憲に至らないという場合は、芦部説の分類によるところの、第三の類型の適用違憲（処分の違憲）で、その違憲性を指摘することも可能である。堀越事件高裁判決のように、法令の過度の広汎性を認識しつつも、なお一定の合理性があると判断した上で、その残存した過度の広汎性に係る違憲部分を、適用の場面で指摘するという方法もある。

(56) 同上120頁。

(57) 君塚前掲(1)338頁は、適用違憲の活用と可能性を論じる。

さらには、違憲と無効を切り離して、事情判決型の判断も理論上はあり得る。文面上、違憲と判断しながら、法令の効力を維持して、立法院・地方議会に改正を求める手法である。

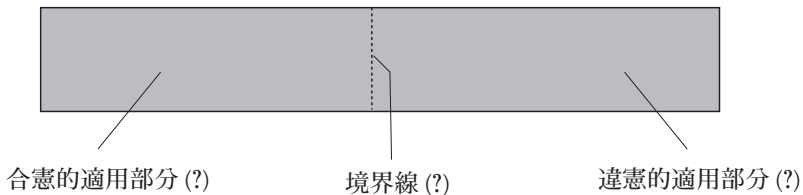
図5 (不可分性と第三者の権利主張)



#### 4 第三者の権利主張

最後に、第三者の権利主張について触れたい。第三者の権利主張は、従来、不可分性との関連で論じられてきた。違憲的適用部分のために法令全体が違憲性を帯びる場合、合憲的適用部分にいる者は、第三者に適用されるであろう、違憲的適用部分の違憲性を主張できる、というものである。淫行条例でいうと、援助交際をして起訴された被告 (X) は、未知の第三者 (真摯な交際に係る性行為をした者 (Y)) に法令が適用される危険性を主張し、かつその違憲的適用部分が法令全体を違憲とするほどの重大な人権侵害を有する (不可分性あり)、と主張するのである (図5)。

図6 (合憲限定解釈が全くできない場合)

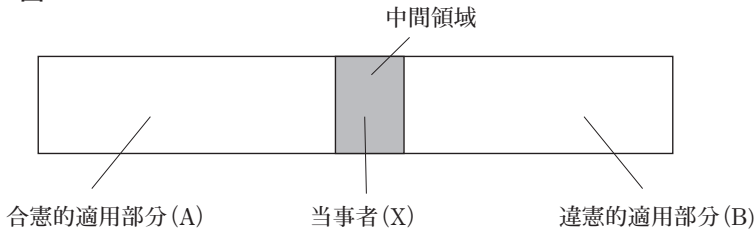


しかしながら、上述の説明は、本稿の枠組みでは再構成されなければならない。図6のように第一段階で文面上違憲無効とされるレベル (タイプ③に相当するもの) で



あれば、そもそも、合憲と違憲の区別が全くつかないレベル（境界線が全く分らないレベル）である以上、上述の例であっても、そもそも自分の行為が淫行に該当するのかが、不明であると主張すれば十分である。自分が、違憲・合憲・中間領域のどこにいるのか分からない法令は、文面上違憲無効と主張することで、法令の明確性を攻撃するという、目的は達成できる。

図7



次に、第二段階（図7）で、中間領域にいる者（X）は、本人にとって公正な告知になっていないことから、当然その法令の不明確性を攻撃することができる。しかし、合憲的適用部分にいる者（A）は、第三段階の審査と同様に、自己の適用について、十分な認識をしていて、公正な告知は保障されているのであるから、中間領域にいる者（X）、違憲的適用部分にいる者（B）の権利を主張することはできない。なお、この段階の違憲的適用部分にいる者（B）は、漠然不明確または過度に広汎ゆえに自己に適用される法令の違憲無効性を適用することになるので、第三者の権利主張は必要がない。

以上のように、第三者の権利主張については、従来の議論を、中間領域を含めた、より細かなものにする必要がある。

## むすび

法令の明確性を文面だけで審査することの必要性と重要性は十分に理解できる。原則として規制する側は、法の素人が法解釈なしでも行動できるように、情報を与えなければならないからである。しかし、本稿で示した通り、文面の合憲的適用部分を評価しつつ、違憲部分の除去による行動可能性を担保するためには、憲法事実及び立法

事実を評価することによって、はじめて、細かいルールの分解が可能となる。さらには、法令の行動予測可能性は、当事者に限り実質的に保障されている場合もあることからみると、第三段階の適用的文面審査も、場合によっては許容されるであろう。このように、明確性の原則に係る審査を、法令の明確性に係る立法裁量ととらえた上で、その逸脱・濫用を審査するためには、判例の枠組みを批判的に受容し、文面・憲法事実及び立法事実・司法事実という3つの要素を用いる、三段階で審査する必要がある。特に、第二段階では、中間領域の析出と評価をするために、憲法事実及び立法事実を加味する必要があることを本稿で示すことができれば幸いである。