

松 山 大 学 論 集
第 35 卷 記 念 号 抜 刷
2 0 2 3 年 12 月 発 行

条例における刑罰の適用範囲について

今 村 暢 好

条例における刑罰の適用範囲について

今 村 暢 好

目 次

- 一. はじめに
- 二. 地方公共団体が制定する条例
- 三. 条例罰則の場所的効力範囲～属地主義の原則
 1. 条例における属地主義
 2. 刑法における属地主義
 3. 条例刑罰における属地主義
- 四. 条例刑罰の人的効力の範囲
 1. 問題点
 2. 地方公共団体が定める法令の人的適用範囲についての判例
 3. 区域外の行為者に対する条例刑罰の適用について
- 五. 各類型に対する検討

一. は じ め に

本稿は、地方公共団体が定める条例において規定された罰則の人的場所的適用範囲について、その諸問題を論究するものである。条例は、地方公共団体の自治において極めて重要な法形式である。この条例には、地方自治法を通じて、罰則を定めることが認められており¹⁾ 刑事罰を定めればその部分是一种の行政刑罰となる。その場合、行政刑法の特性に加えて、条例固有の特性を有することになり、そこで一般的な刑法では生じなかった問題が生じる。さらに、条例

1) 妹尾克敏『二〇一九年版 最新解説 地方自治法』（平成31年・2019年）37頁以下。本稿は、松山大学赴任時より同法学部において温かい御指導を賜り続けている妹尾克敏先生に捧げるものである。本稿執筆にあたり地方自治法の資料を閲覧させて戴いたことも含め、これまで賜った御指導に深く御礼申し上げる。

には刑罰だけでなく秩序罰も定められるのであり、制裁²⁾について検討すべき課題を多く包含していると思われる。そこで、本稿では、条例の制定された刑罰が、普通刑法と比較しつつ、どのような人的適用範囲なのか条例の法的特性に留意しながら検討する。

二. 地方公共団体が制定する条例

条例とは「地方公共団体が自主的に制定する法規で、国の法令に違反しない範囲で定められている住民の権利義務に関するもの」³⁾をいう。これは、地方自治法96条1項が定める通り地方公共団体の議会の制定にかかるものであって、「地方公共団体の執行機関に対して、広く私人の権利・自由を制約する権限を与える機能を有している」⁴⁾とされている。憲法94条は「地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。」と定めて、条例制定権を地方公共団体に認めている。地方公共団体がそれぞれの地域の特性に対応して条例を制定できることから、その機動性は高く、「条例は、公害対策、情報公開等の分野で国の立法に先行した」⁵⁾と評価されている。

地方自治法14条3項は「普通地方公共団体は、法令に特別の定めがあるものを除くほか、その条例中に、条例に違反した者に対し、二年以下の懲役若しくは禁錮、百万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収の刑又は五万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる。」と定め、条例中に刑罰と秩序罰である過料を定めることを認めている⁶⁾。条例に罰則を制定できるようにした

2) 佐伯仁志『制裁法』(平成21年・2009年)7頁は「国または地方自治体が、政策目的を実現するために、法律・条例を制定して国民に一定の義務を課す場合、その実効性を担保するために義務違反行為に対する制裁を規定することが多い」とする。

3) 妹尾・前掲注1)37頁。

4) 塩野宏『行政法I [第6版] 行政法総論』(平成27年・2015年)65頁。

5) 塩野・前掲注4)65頁。

6) 過料制裁について条例における地方自治法228条の過料(「五倍に相当する金額」等)を含めて、別途論じる予定である。同法15条の定める規則における過料については、須藤陽子『過料と不文の原則』(平成30年・2018年)113頁以下に詳しい。

のは「地方公共団体の権能の拡大・強化に伴い、条例によって規制する範囲が広がるので、この条例の実効性を確保するためである」⁷⁾とされている。

この地方自治法14条3項による条例に罰則制定することについては、憲法31条の法定手続に反する可能性について議論が尽きておらず、なお批判的な見解や指摘も少なくない⁸⁾。本稿では、この議論には言及を控えるが、多数説は合憲と解している⁹⁾。

三. 条例罰則の場所的効力範囲～属地主義の原則

条例の刑罰の効力の範囲を考えるにあたっては、厳密に言うならば、条例としての地域的効力の範囲と行政刑法としての地域的効力の範囲の2点から考える必要がある。条例については、その効力の範囲を明確に定める規定は存在しない。しかし、条例は、地方公共団体毎に制定されるので、当然に、その効力については「場所的・地域的限界」が存在する。条例の地域的効力、对人的効力の問題である。

1. 条例における属地主義

法令の効力の場所的適用範囲については、一般的にいわれる属地主義の原則といわれるものがあり、刑法のみならず行政法などにおいても妥当する考え方とされる¹⁰⁾。そして、この属地主義の原則は、地方公共団体が制定する条例の

7) 田中二郎『新版 行政法 上巻 全訂第二版』(昭和49年・1974年)42頁。

8) 団藤重光『刑法綱要総論 第三版』(平成2年・1990年)48頁は、「地方自治法一四条五項が普通に地方公共団体の条例にひろく罰則を委任しているのは、違憲の疑いがまったくないわけではない」とされる。この点(および次註)を取りあげるものとして、江藤隆之「条例による罰則制定の批判的検討」『桃山法学』26号(平成29年・2017年)1頁以下は、丁寧学説を纏めて批判的に考察される。特に、同・35頁は「地方政府はさほど当該領域滞在者の民主的コントロールに服しているとはいえない」とされる。

9) 例えば、山口厚『刑法総論 [第3版]』(平成28年・2016年)12頁は「地方自治法が、普通地方公共団体が定める条例中に罰則の制定を一般的・包括的に委任することは、法律主義に実質的に反することはなく、許されるものと解されるのである」とされる。

10) 塩野・前掲注4)73頁。

地域的効力についても妥当するとされている¹¹⁾ すなわち、「地方公共団体の自治立法（自主法）である条例は、当該地方公共団体の自治権の及ぶ地域、すなわち当該地方公共団体の区域においてその効力を有し、その効力の及ぶ地域の範囲は当該地方公共団体の区域内に限られるのが原則である」とするのである¹²⁾ さらに、条例の効力は、国法に比して「より強く属地主義が働く」とする見解¹³⁾ や人の具体的行為に対する権力的規制を定めている場合には当然に「物理的な属地主義」が適用になるとする見解¹⁴⁾ もある。

2. 刑法における属地主義

一方で、刑法における属地主義の原則は、刑法1条が定めている。同条により刑法は、「日本国内」において罪を犯した「すべての者」に適用されることになる。この刑法1条は、「8条を通じて他の法律に定められた犯罪についても適用がある」とされる¹⁵⁾ すなわち、刑法典以外の、刑罰を定めている法令についても、刑法8条により刑法総則が適用され、刑法の場所的適用範囲を定める刑法1条の属地主義が妥当することになる。これについては、判例も同様に解している。酒税法違反被告事件における最高裁昭和23年7月14日大法廷判決は、次のように述べている。

11) 田中二郎『新版行政法、中巻 全訂第2版』（昭和51年・1976年）132頁は「条例の効力は…原則として属地的に生ずるものと解すべきである」とされる。

12) 松本英昭『新版 逐条地方自治法 第8次改訂版』（平成27年・2015年）205頁。塩野・前掲注4）73頁は「いわゆる属地主義の原則」として「法令等の立法行為についても、その効力はそれぞれの公共団体の地域に限界をもつ」とし、同74頁で「条例も当該地方公共団体の区域内においてのみ効力を有する。」としている。

13) 古田佑紀「条例における罰則の適用範囲」『判例タイムズ』605号（昭和61年・1986年）29頁は、「地方自治体の場合は、もちろん、国家主権ほどに強力なものではなく、全体的な国法秩序の範囲で部分的に地方自治が認められるものであるから、一般論としては、国家相互の場合に比較して、より強く属地主義が働くことになるであろう」とされる。

14) 兼子仁『条例をめぐる法律問題』（昭和53年・1978年）166頁は「物理的な属地主義に徹しなければ、行政目的を達することができなるとともに、同一目的の権力的規制は重複させるわけにはいかないからである」として、物理的な属地性を説明する。

15) 古田佑紀=渡辺咲子「(国内犯) §1」『大コンメンタル刑法 第三版 第1巻 [序論・第1条～第34条の2]』（平成27年・2015年）81頁。

「酒税法は、同法に規定する徴税の目的を全うするためその罰則の人に関する効力すなわち罰則の適用をうくべき人の範囲については何等特別の規定を設けていないから、刑法第八条により、刑法総則は酒税法罰則の場合にも適用せられることは明白である。従つて、刑法総則第一条により、酒税法罰則は何人を問わず日本国内において罪を犯した者に適用せらるべきものである。」¹⁶⁾と最高裁は判示している。

3. 条例刑罰における属地主義

上記のことから、条例刑罰については、地方公共団体の制定する「条例としての」効力範囲として属地主義が採られるとともに、条例の「刑罰」としても、属地主義が適用になるといえる。

四. 条例刑罰の人的効力の範囲

1. 問題点

条例刑罰における地域的限界については、上記の通り「属地主義」が採られることが原則となる。しかしながら、属地主義の原則は、効力の地域的範囲としては極めて明確であるが、その効力の及ぶ人的範囲については、さらに問題となる。刑法1条は、国法レベルの人的効力について「日本国内において罪を犯した」「すべての者」に適用する旨を定めるだけであり、また、地方公共団体が制定した条例については、行政法においても地方自治法においても、人的効力範囲についての一般的明文規定が存在しない。そこで、条例刑罰の人的効力範囲が問題となるのである。地方公共団体は、地域住民のために存在しているともいえるので、条例が適用されるのは地域住民のみに限られるのか、それとも地域への滞在者も含まれるのか、行為者は地域内の者に限られるのか、という点が問題となるのである。

16) 『最高裁判所刑事判例集』2巻8号894頁、LEX/DB 文献番号 21000012。

2. 地方公共団体が定める法令の人的適用範囲についての判例

(1) 大審院判決（県令の人的適用範囲）

まず、地方公共団体が制定した法令の効力について、大審院において、地方官官制に基づく県令の人的適用範囲に対する見解が示されている¹⁷⁾

すなわち、大審院大正4年10月15日判決は、「地方官廳ニ於テ發シタル命令ハ苟モ明示又ハ黙示ノ特別規定ナキ限りハ該官廳ノ管轄行政区域内ニ住居ヲ有スル者ナルト否トヲ區別セス汎ク前示区域内ニ於テ該命令ノ規定シタル作為又ハ不作為ヲ爲シタル者ニ對シ其適用ヲ有ス可キモノニシテ又地方官廳ノ免許ノ効力ハ該官廳ノ管轄行政区域内ニ及フニ止マルコト論ヲ俟タス」¹⁸⁾としているのである。

注意すべきは、府県令は「国家法としての性質をもっていた…点で、条例とは基本的性格をことにしていた」点であるが、「府県令の地域的適用範囲は、原則として当該府県の区域内のみに限って適用される建前だった」とされている¹⁹⁾

この大審院判決では、府県令は、「区域内ニ住居ヲ有スル者ナルト否トヲ區別セス」として、地域住民に限られない旨を明示している点に意義があるといえる。府県令の効力範囲は「管轄の行政区域」であるが、その効力は、区域住民だけではなく、「区域において作為・不作為を爲した者」としているのである。

(2) 最高裁判決（条例刑罰の人的適用範囲）

そして、最高裁は、昭和29年11月24日大法廷判決において、地方公共団体が定める「条例」に対して明確に場所的効力範囲と人的効力範囲について一定の見解を示している。この事件は、長野市に居住していた被告人が、新潟県

17) 菊井康郎『地方自治判例百選 [第二版]』（平成5年・1993年）50頁。

18) 大審院大正4年10月15日判決、『大審院刑事判決録』21輯1620頁。LEX/DB文献番号27980344。

19) 菊井・前掲注17) 50頁。

高田市内において、同市公安委員会の許可を受けないで集団示威運動を指導し、この行為が昭和24年新潟県条例第4号（いわゆる公安条例）に違反するものとして起訴されたものである²⁰⁾ これに対して最高裁は、

「地方公共団体の制定する条例は、憲法が特に民主主義政治組織の欠くべからざる構成として保障する地方自治の本旨に基き〔憲法九二条〕、直接憲法九四条により法律の範囲内において制定する権能を認められた自治立法にほかならない。従つて条例を制定する権能もその効力も、法律の認める範囲を越えることを得ないとともに、法律の範囲内に在るかぎり原則としてその効力は当然属地的に生ずるものと解すべきである。それゆえ本件条例は、新潟県の地域内においては、この地域に来れる何人に対してもその効力を及ぼすものといわなければならない。』²¹⁾ としている。

このように最高裁は、条例についてその場所的効力範囲が「属地主義」によって地方公共団体の区域範囲であることを当然として示すとともに、その人的効力の範囲については、当該区域内に一時滞在している「何人に対しても」効力が及ぶことを明確にした。

(3) 広島高裁判決（条例刑罰の人的効力範囲）

同種の内容を示す判決として、広島高裁昭和26年12月4日判決がある。この判決は、

「地方自治法第二条及び同法第十四条によれば地方公共団体の条例はその地方公共団体の区域内においてはその総ての者に効力を及ぼすものであることは自ら明らかであるから徳山市内で行われた本件被告人等の所為に対し徳山市条例の規定を適用処断した原判決には所論のような違法はな²²⁾いとしている。

すなわち、この判決も条例の効力について「その地方公共団体の区域内の」

20) 菊井・前掲17) 50頁の事実の概要を参照。

21) 最高裁昭和29年11月24日大法廷判決、昭和26年(あ)第3188号 昭和24年新潟県条例第4号違反被告事件。『最高裁判所刑事判例集』第8巻11号1866頁、LEX/DB文献番号27660396。

「総ての者」に効力が及ぶとしているのである。

(4) 条例刑罰の人的効力範囲についての学説（同一区域内の場合）

条例刑罰の人的効力範囲について、学説もこれらの判決と同様の見解を採っている²³⁾ たとえば、塩野宏教授は「条例による規律の対象が区域内の行為、物であれば、行為の主体、物に対する権利者が住民でなくとも、条例はその者について効力を有する」とされている²⁴⁾ もちろん、条例の効力範囲については、条例の当該規定の性質上から、住民のみを対象とすることが明らかな場合や、法令や条例自体にその旨が明記されている場合は、住民のみに限られることになる²⁵⁾ 他方で、地方自治法等により、条例の効力が地方公共団体の区域以外の者に対して適用される場合も存在する²⁶⁾

条例の効力が、当該地域の住民だけに限られず、来訪している滞在者に対し

22) 広島高裁昭和26年12月4日判決 昭和25年(う)第606号 行進及び集団示威運動に関する徳山市公安条例違反被告事件、『高等裁判所刑事判例集』4巻14号2005頁、LEX/DB文獻番号27660245。

23) 牛嶋仁『地方自治判例百選 [第三版]』(平成15年・2003年)219頁。地方自治総合研究所監修『逐条研究 地方自治法I 総則－直接請求』(平成14年・2002年)352頁。

24) 塩野・前掲注4)74頁。

25) 最大判・前掲注21)も「なお条例のこの効力は、法令また条例に別段の定めある場合、若しくは条例の性質上住民のみを対象とすること明らかな場合はこの限りでないと解すべきところ、本件条例についてはかかる趣旨は認められない。」とする。牛嶋・前掲注23)219頁。合田悦三「いわゆる迷惑防止条例について」『小林充先生 佐藤文哉先生 古稀祝賀 刑事裁判論集 上巻』(平成18年・2006年)516頁。

26) 松本・前掲注12)205頁は、条例の地域的効力について、次のような例外が認められるとしている。すなわち同・205頁は例外として①「公の施設の区域外設置の場合」(地方自治法244条の3第1項)、②「事務の委託の場合」(地方自治法252条の14)、③「公租公課について強制徴収を行う場合」を列挙される。①については「公の施設の設置及び管理に関する事項は、条例で定めることとされている(法二四四の二1)ため、住民以外の区域外の者に対しても効力を有することになる」とし、②については「規約で別の定めをしない場合には、事務の委託を受けた地方公共団体の条例、規則等は、委託した地方公共団体の条例、規則等としての効力を有することとされている(法二五二の一六)ので、委託した地方公共団体の住民にも委託を受けた地方公共団体の条例、規則等が適用されることとなる」とし、③については「公租公課について強制徴収を行う場合、対象が当該地方公共団体の区域外に居住しているときは、地方公共団体の強制徴収権を行使するため必要な限度で区域外で条例が適用される」としている。

ても及ぶとする理由については、当該地方公共団体の地域内の「秩序の保持のためには、住民に限らず、その他の滞在者の現実の行為についても、規律の対象とすることが必要」²⁷⁾として、滞在者が地方公共団体の地域的統治権に服するとしている。

このように条例の地域的効力についての判例・通説の考え方によれば、地方公共団体の区域内の人物であること、すなわち、住民だけでなく、滞り者や通過者であっても効力は及ぶことになる²⁸⁾さらに、区域内に条例の対象となる物を所有・占有していた場合も、その所有者・占有者は、規制の対象となるとされている²⁹⁾

3. 区域外の行為者に対する条例刑罰の適用について

(1) 問題となる3類型

行為者も被害者も条例の区域内であれば、既述の属地主義の原則から、当該条例の刑罰の効力が及ぶことに問題はない。争点となるのは、被害住民が当該条例の区域内であるが、区域外の遠隔地より条例刑罰の違反行為を行い、被害または法益侵害が区域内で生じた場合〔A類型〕である。また、その逆のバリエーションも考えられる。すなわち、行為者が区域内で条例罰則への違反行為を行い、結果発生地や被害者が、当該条例の区域外だった場合〔B類型〕である。さらに、a県内で行為者がa県条例に違反する行為を行い、その結果、b県内の被害者に結果発生しb条例に違反する結果となった場合〔C類型〕が考えられる。

27) 菊井・前掲17) 50頁。

28) 合田・前掲注25) 516頁、松本・前掲注12) 206頁。ただし、田中二郎=兼子一=団藤重光「解し難い最高裁公安條例合憲判決」『ジュリスト』75号(昭和30年・1955年)10頁で、団藤博士は「他の県の条例にひっかかるという場合を考えると、自分たちの代表者でない者がきめた罰則にひっかかるということになる」として、「条例でひろく罰則を設けることを認めた地方自治法一四条には問題があるような気がする」と鋭く指摘される。

29) 松本・前掲注12) 206頁。

この問題点に対する考え方には、次のような分類が可能である。すなわち、(2)条例刑罰の効力範囲を刑法と同様に解するか、それとも、(3)条例独自の特性から効力範囲を考えるか、の2つである。

(2) 条例刑罰の効力範囲を刑法と同様に解する考え方

まず、刑法における場所的適用範囲の議論においては、刑法1条1項が「日本国内において罪を犯したすべての者に適用する」として属地主義の原則を採用し、その「国内において罪を犯した」の基準として学説が分かれており、この学説の議論を、領域が縮小した地方自治体における条例罰則の議論と平行に考える見解である。

刑法の学説においては、「越境犯罪」³⁰⁾について、構成要件該当事実の一部が日本国内で生じていれば我が国の刑法を適用できるとする考え方=いわゆる遍在説が、判例・多数説となっている。

(a) 刑法における「遍在説」³¹⁾

日本において通説となっている立場であり、³²⁾日本刑法の母法であるドイツ刑法典がその9条で行為（作為・不作為）地または結果発生地によるとする遍在説を採用している³³⁾

この遍在説によれば、構成要件行為の一部、結果発生の一部はもちろんのこと、共謀のみが国内であった場合や中間影響地だけが日本国内であった場合に

30) 山口厚「越境犯罪に対する刑法の適用」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』（平成10年・1998年）409頁では、この問題を「越境犯罪」と称している。

31) 遍在説の「遍在」とは、森下忠「属地主義における犯罪地の決定」『刑事法学の課題と展望 香川達夫博士古稀祝賀』（平成8年）52頁によれば「ラテン語の“ubique”（どこにでも。到るところに）に由来する言葉」とされる。

32) 団藤・前掲8) 87頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（昭和50年・1975年）439頁、川端博『刑法総論講義 第3版』（平成25年・2013年）75頁、山口・前掲注30) 421頁、只木誠『刑事法学における現代的課題』（平成21年・2009年）177頁、井田良『講義刑法学・総論[第2版]』（平成30年・2018年）72頁。

33) 佐久間修『越境犯罪における犯罪地の決定』『刑法雑誌』43巻1号（平成15年・2003年）151頁ほか。森下・前掲注31) 53頁によれば、ドイツでは、1885年にビンディングが主張されて、1940年に刑法典に採用されたとされる。

においても、日本が「犯罪地」となり、刑法が適用されることになる³⁴⁾ ただし、予備行為だけが国内だった場合や、教唆・幫助行為のみが国内の場合は、国外で行為した正犯者の犯罪地は日本とはならない。

刑法における遍在説（対等説）の根拠としては、小野清一郎博士によれば次のように説明される。

「行為の所、中間影響の所、結果の所、孰れも犯罪の所として刑法適用の標準とたるべきものとする對等説を以て正當なりと信ず。蓋し苟くも犯罪事實の一部が領域内に於て生ずる以上は、その犯罪行為が領域内に於て行はるる場合たと、結果の領域内に發生する場合なるとを問はず、我が邦に於ける法律秩序は之に依りて紛淆せられざるを得ず。之に對し我が刑法を適用して我が邦の法律秩序を維持すべきは當然なり」³⁵⁾ とされる。これは「行為と結果の構成要件上の等価性」を根拠としていると説明されている³⁶⁾

長らく判例・通説となっているこの遍在説には、いくつかの批判が提起されている。

1 点目としては、遍在説の理論的な根拠不足を指摘するものである。例えば、遍在説は「犯罪地の決定に際して、特別の考慮もなく構成要件に依拠している」とし「構成要件要素の一部が存在するだけで当然のように国内犯性を認めるという結論には十分な理論的根拠は与えられていない」³⁷⁾ という批判がある。

この批判に対しては、山口厚教授（当時）は次のように反論される。すなわち「犯罪を構成する構成要件該当事実全体が国内で発生した場合が国内犯であると解するか、「構成要件要素の同価値性」により、その一部でも発生すれば国内犯であると解するかが問題」なのでであると問題を提起し、「前者の立場によれば…越境犯罪はいずれの国内犯でもないことになってしまい、事実上不都

34) 山口・前掲注 30) 413 頁、井田・前掲注 32) 72 頁。

35) 小野清一郎『罪の時及び所：附・独逸の陪審制度』（大正 12 年・1923 年）44、96 頁。

36) 佐久間・前掲注 33) 151 頁。

37) 辰井総子「犯罪地の決定について（一）」『上智法學論集』41 卷 2 号（平成 9 年・1997 年）104、105 頁。

合」となるとし、遍在説は「決して根拠・合理性を欠く見解ではなく、十分それ自体として維持しうるものだ」とされる³⁸⁾

2点目として、外国で行われる正犯行為の共犯行為が国内で行われた場合、共犯者が国内犯として常に処罰されうる点である。たとえば、国内では違法であっても外国内では適法化されている行為について、国内の共犯者が幫助して、外国で正犯の日本人が（正犯）行為を行う場合に、国内の共犯者に刑法が適用されてしまう危険性があるとするものである。この点については、法適用の問題と違法性阻却や責任阻却は別のもので捉え、遍在説によって日本法適用は認めつつ、違法性阻却等を検討すべきとする見解³⁹⁾や、国内法益を侵害しても結果発生地の外国で法益侵害しない場合などは共犯の構成要件該当性を否定して内国法適用を排除すべきとする見解⁴⁰⁾などがある。

3点目としては、インターネットの発達により遍在説を採用するとインターネットの場合は「地球上のすべてが犯罪地になる」⁴¹⁾との指摘である。この点については、遍在説を維持しつつ、各構成要件の適用範囲の問題として捉える修正説なども提唱されている⁴²⁾

刑法における判例は、この遍在説を採用している。たとえば、東京高裁平成25年2月22日判決は、
「犯罪構成要件に該当する事実の一部が日本国内で発生していれば、刑法1条にいう国内犯として同法を適用することができる」と解されるどころ、既にみたとおり、被告人らは日本国内における顧客のダウンロードという行為を介してわいせつ動画等のデータファイルを頒布したのであって、刑法175条1項後段の実行行為の一部が日本国内で行われていることに帰するから、被告人らの犯

38) 山口・前掲注30) 416頁。

39) 佐久間・前掲注33) 153頁。

40) 山口・前掲注30) 416頁。

41) 只木・前掲注30) 168頁。坂田正史「迷惑防止条例の罰則に関する諸問題について」『判例タイムズ』1433号（平成29年・2017年）37頁の脚注67）も同様の指摘をされる。

42) 只木・前掲註41) 169頁以下参照。

罪行為は、刑法1条1項にいう国内犯として処罰することができる。』⁴³⁾としている。本判決は「犯罪構成要件に該当する事実の一部が日本国内で発生していれば、刑法1条にいう国内犯として同法を適用することができる」として、明確に遍在説を採用している⁴⁴⁾

(b) 刑法における「結果地説」

これに対して、理論的明確性から、結果発生地のみを「犯罪地」とする結果説も有力に唱えられている。

結果地説は、「刑法は法益保護を目的とするものであり、法益侵害（危殆）の結果が犯罪の実質である」⁴⁵⁾ことを根拠の1つとしている。「国内法益の保護を刑法の役割とするなら、構成要件該当性が認められる行為を国外犯として処罰するか否かは、国内の法益が侵害（危殆化）されたか否かが唯一の基準となる」⁴⁶⁾とされて結果発生地を犯罪地の基準とするのである。

遍在説に対しては、「行為説と同様、国家領域内に存在する人への服従要求

43) 東京高裁平成25年2月22日判決 平成24年(う)第2197号 わいせつ電磁的記録等送信頒布、わいせつ電磁的記録有償頒布目的保管被告事件。『最高裁判所刑事判例集』68巻9号1062頁、LEX/DB 文献番号25445796。同判決は「所論は、このように解すると、わいせつ画像等の規制がない外国に配信サーバを設置してサイトを運営する行為であっても、日本からアクセスされてダウンロードされれば、日本人、外国人であると問わず、我が国の刑法が適用されることになり、各国の規制との衝突が生じることになり不当であるという。しかし、実際上の検挙の可能性はともかく、我が国における実体法上の犯罪の成立を否定する理由はなく、所論のいう点は、前記のような解釈の妨げとはならない。」と判示する。

44) この判決について、高良幸哉「刑事判例研究(1)」『法学新報』（中央大学）（平成26年・2014年）121巻1・2号214頁は「偏在主義により刑法の場所的適用範囲が際限なく拡大するのではないかとの批判が向けられるところではあるが、行為から生じる法益侵害の危険性が国内に及ぶのであれば、自国の刑法に基づいて、かかる行為の違法性を判断するのはむしろ当然のことである」とされる。岩間康夫『判例時報』（平成26年・2014年）2226号174頁は「インターネットの場合は、世界中が犯罪地となり、各国の刑罰権が無数に衝突する懸念も…表明されているが、ネット回線によってボーダーレス化した状況では避け難い現象というほかない」とされる。ほかに、今井猛嘉「わいせつ電磁的記録等送信頒布罪にいう「頒布」に当たるとされた事例」『平成25年度重要判例解説』（平成26年・2014年）178頁、石田良「判例評釈 東京高判25.2.22」『警察公論』69巻4号（平成26年・2014年）89頁、などがある。

45) 町野朔『刑法総論【講義案】I』（平成2年・1990年）92頁。同・92頁は「命令・禁止規範は法益保護のために存在する二次的なものにすぎない。」とされる。

権を根拠として、属地主義の妥当範囲の拡張を図ろうとするものである」⁴⁷⁾と結果地説は批判している。

(3) 条例独自の特性から効力範囲を考える考え方

遍在説、結果説を論じた国法と地方公共団体の制定した条例は、同一でないとする出発点から、場所的適用範囲を別の観点を加えて議論する考え方がある。すなわち、「国家主権と地方自治の相違から来る差異がないかどうか」に着目するのである⁴⁸⁾。

例えば、次のような見解が挙げられる。「領域における侵害が発生したときは、当該領域につき主権を有する国家がその主権を発動してそのような侵害を生ぜしめた者を処罰することが国際的にも当然のこととして容認されている…。これに対して、地方公共団体の場合は国家主権のようにその自治機能が強力なものではなく、我が国の主権下における国法秩序の範囲内で部分的に認められるものであるから、条例における属地主義の内容がどのようなものなのかは結局地方自治の性質及び地方自治の範囲として法律の予定しているところは何かという点から合理的に定めるほかない」⁴⁹⁾とするものである。このような観点からすれば、「条例制定目的を考慮に入れたきめ細かい判断」が必要とされる⁵⁰⁾。

すなわち、地方公共団体の制定する条例は、その地方公共団体にのみに認め

46) 辰井総子「犯罪地の決定について(二)」『上智法學論集』41巻3号(平成9年・1997年)276頁。同275頁以下は、内乱罪については「国内で構成要件の結果が発生した場合のみ」国内犯として処罰され、通貨偽造罪などは結果に加えて「国内における行使の目的」が必要となり、賭博罪は「国内で行われた場合に限り」国内犯として処罰されるとしている。これに対して、同276頁では、贈収賄罪については、保護法益との関係から、結果が国外で発生しても「国内の法益の危殆化が認められる場合には、国内犯として処罰すべきである」とする。

47) 町野・前掲注45)92頁。

48) 古田佑紀「県外から迷惑電話をかけた事案について県条例の罰則を適用した事例」『警察学論集』40巻7号(昭和62年・1987年)147頁。

49) 古田・前掲注48)147頁。

られた自治立法としての性質上、その効果範囲には自ずから制約があるのであり、当該条例罰則の立法目的だけでなく、「条例」という法令の性質による内在的制約を考慮しなければならないといえる。このように考えるならば、当該地方公共団体の範囲内に効力は留めるべきであり、区域外の人物に効力を及ぼすことは自治権の範囲外と考えることになる。

これに対して、条例に対して一定の区域外適用を認める考え方がある。そもそも、条例の区域外適用については、情報化社会の進む中で、その可能性について指摘されているとともに、その限界について検討の必要性が指摘されている。「インターネットを介した情報流通が世界規模に拡大してきたことを考えると、古典的な行為地概念を基礎にした属地主義がそれに対してどこまで適用可能なものであるかは慎重な検討が必要である」⁵¹⁾とされている。そもそも、地方自治法14条1項は「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第二条第二項の事務に関し、条例を制定することができる。」とし、地方自治法2条2項の事務に関する範囲での条例の制定内容を限界づけている。同法2条2項は、地方公共団体は「地域における事務」を処理するものと考えられ、「自治立法（自主法）としての事項的限界」となる⁵²⁾この「地域における事務」の範囲については、「住民を含め自治体との「合理的な関連性」が認められるならば、その事務が当該自治体の区域内で場所的に完結しているか否かにかかわらず、当該自治体が処理する「地域における事務」に当たると解され」その「合理的な関連性」が認められる限りにおいて「当該自治体の区域外で行われる行為等を規律する条例を制定することが、自治法14条1項のもとで許容さ

50) 林陽一「「迷惑条例」違反と法令の適用範囲」『法学教室』81号（昭和62年・1987年）104頁は「国法における属地主義は領土主権の効果とされ、ややもすると領土内に妥当する法秩序の維持のため処罰を確保するための原理となりがちなのに対し、条例における属地主義は地方公共団体の行政目的の達成のため必要とされる」としている。

51) 大屋雄裕「調査研究報告書 政策の影響範囲と条例制定権の関係」平成25年度全国知事会自主調査研究委託事業調査研究報告書（<https://www.nga.gr.jp/item/material/files/group/2/h26%20oya.pdf> 2023年8月現在）28頁。

52) 松本・前掲注12) 158頁。

れている」としている⁵³⁾。この区域外適用を予定した条例としては、大阪市ヘイトスピーチ条例などが存在し、大阪地裁令和2年1月17日判決⁵⁴⁾は、同条例の区域外適用の条項について適法性を認めている⁵⁵⁾。一方で、条例の区域外適用条項については「区域外の条例対象者の予見可能性等を具体的に検討していくことも必要」との指摘がある⁵⁶⁾。このような背景から、地方公共団体とその滞在者を保護するために、域外適用条項により「保護主義・消極的属人主義」的に区域外の行為者に対して条例を適用することを認める考え方も可能である⁵⁷⁾。

53) 釧持麻衣「条例の効力が及ぶ範囲の再検討－自治体の区域と「地域における事務」－」『都市とガバナンス』36号（令和3年・2021年）114頁以下。

54) 大阪地裁令和2年1月17日判決、平成29年（行ウ）第161号公金支出無効確認等請求事件（住民訴訟）。LEX/DB 文献番号 25570778。同判決は、「地域における事務」とは、普通地方公共団体の自治権が及ぶ地理的領域である「区域」（同法5条1項参照）という語が用いられていないことにも鑑みると、普通地方公共団体が、その区域における住民福祉の向上を目的とし、統治作用として処理する事務一般をいうものであって、当該区域の地理的領域にとどまらず、当該区域の住民を含めた地域との合理的関連性が認められるものをいうと解される。そして、本件条例は、〔1〕大阪市の区域内で行われた表現活動、〔2〕大阪市の区域外で行われた表現活動（大阪市の区域内で行われたか否かが明らかでない表現活動を含む。）で、（ア）表現の内容が市民等に関するものであると明らかに認められるもの、又は（イ）前記（ア）に掲げる表現活動以外の表現活動で大阪市の区域内で行われた条例ヘイトスピーチの内容を大阪市の区域内に拡散するものを対象として、これらが条例ヘイトスピーチに該当するときは、拡散防止措置等を探る旨を定めたものである（5条1項本文）。そうすると、本件条例に基づく拡散防止措置等の対象は、大阪市の区域内又は市民等に関わる条例ヘイトスピーチに限定されているのであって、大阪市の区域の住民を含め、大阪市の地域との合理的関連性が認められるもの、すなわち、大阪市の「地域における事務」に該当するものといえることができる。」と判示した。同上告審として、最高裁令和4年2月15日判決、『最高裁判所民事判例集』76巻2号207頁がある。

55) 釧持・前掲注53) 115頁、大島義則「条例によるゲーム・ネット規制－香川県ゲーム条例を題材として－」『情報法制研究』9号（令和3年・2021年）8頁、は条例の域外適用として同判決を紹介される。

56) 大島・前掲注55) 8頁。

57) 松下啓一「条例の域外適用－ヘイトスピーチ抑止条例を契機に（上）その背景と必要性」『ガバナンス』228号（令和2年・2020年）121頁は、域外適用を認める条例刑罰のとして、青森県個人情報保護条例54条を挙げ、同120頁は、「この違反行為が域外で行われた場合に、域外ということで、個人情報の保護と処罰ができないとすると、個人情報保護制度が空洞化してしまう。そこで、これらについて罰則が適用される条文がある」とされる。大島・前掲注55) 8頁の脚注21) 参照。

(4) 高松高裁判決

他の公共団体の区域の行為者から迷惑行為に対して、条例刑罰の適用を認めた〔A類型〕の判例として、高松高裁昭和61年12月2日判決がある⁵⁸⁾この事件は、被告人が数回にわたり徳島県の自宅から香川県にあるA方に電話をして、同人の妻Bに対し「あんたが好きです。会つてほしい。」などと反覆して申向け、もつて同女に著しく不安又は迷惑を覚えさせるようなことをしたという事案である⁵⁹⁾

原審（徳島池田簡裁）は、「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（昭和三八年一二月二三日香川県条例五〇号）一〇条、一一条一項は香川県の区域内における行為に対して適用されるのが原則であつて、区域外の行為に本件条例を適用するには特段の根拠の存在することが必要であるが、本件被告人の行為は区域外でなされたものであり、本件条例を適用する特段の根拠はないとして、被告人は無罪とした」ものである。これに対して検察官から控訴がなされ、高松高裁は次のように判示した。

「条例は当該地方公共団体の区域内の行為に適用されるのが原則であるものの、本件のように当該地方公共団体の区域外から区域内に向けて内容が犯罪となる電話をかける行為に及んだ場合には、電話をかけた場所のみならず、電話を受けた場所である結果発生地も犯罪地と認められるのであり、このように犯罪の結果発生地が香川県にあるとされる以上、行為者は直接的かつ現実的に香川県に関わりを持つたものというべく、香川県民及び滞在者と同様に本件条例が適用されるものと解すべきである。」⁶⁰⁾ (①)

58) 高松高裁昭和61年12月2日判決、高松高等裁判所昭和六一年(う)第一八三号 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（昭和三八年香川県条例第五〇号）違反被告事件。高等裁判所刑事判例集39巻4号507頁、高等裁判所刑事裁判速報集（昭61）号296頁、判例タイムズ631号244頁、LEX/DB 文献番号27803571。

59) 高松高判・前掲注58)の認定事実を参照。

60) 判決では、この部分について「なお、本件条例一二条は本件条例が適用される通常の場合の行為者として「県民及び滞在者」を挙げて適用上の注意を示しているに過ぎないと解すべく、同条を根拠として本件条例が適用される行為者の範囲を直ちに限定することは相当でない。」としている。

「また、原審は、香川県民及び滞在者以外の者に本件条例を適用し処罰すると、本件条例の存在、内容を了知することが不可能若しくは著しく困難なことから、行為に際し違法性の認識すら持ち得ない者が処罰される結果を招くというが、故意の内容に違法性の認識は必要がないのみならず、本件被告人は、一般通常人におけると同様、本件違法性の認識に欠くる所はなかつたものと認められるから、右の結果が不合理であるとはいえない。」(②)

と①②を判示して、原判決を破棄し、罰金1万円を言い渡した。

この判決について、まず原審は、条例における属地主義の原則を厳格に解している。すなわち、原審は、条例刑罰の適用には、条例を制定した地方公共団体の区域内における行為者による行為を要求するものであり、条例刑罰の効力は、区域外の行為者には及ばない、とする理解に基づくものである。

これに対して、高松高裁は、属地主義における行為者の人的適用範囲を当該地方公共団体の「区域外の人物」にも認めた点において注目される。すなわち、徳島県からの架電者に対して「香川県民及び滞在者と同様に本件条例が適用されるものと解すべき」とした。

この根拠としては、「電話を受けた場所である結果発生地も犯罪地」と解することに加えて、「行為者は直接的かつ現実的に香川県に関わりを持つたもの」として、区域外の行為者と区域内の行為者との違いを埋め合わせる理由も示している(①)。さらに、故意について違法性の意識不要説を採用しながらも「被告人は、一般通常人におけると同様、本件違法性の認識に欠くる所はなかつたものと認められる」として、違法性の認識およびその可能性がない状況を否定している(②)。

この判決における「犯罪地」の理解については、「犯罪の結果発生地が香川県にあるとされる以上」としていることから、一見すると、刑法における議論の「結果説」を採用したかのように見える。しかし、判決では「電話をかけた場所のみならず、電話を受けた場所である結果発生地も犯罪地と認められる」としているので、刑法の議論における「遍在説」的な理解を前提としているも

のと思われる⁶¹⁾。その上で、実質的には香川に参与して香川で結果発生したことにより、香川県の条例違反罪を成立させているものと解される。

五. 各類型に対する検討

それでは、条例刑罰の効力の人的範囲についてどのように解すべきであるか検討する。

(1) 条例の効力「属地主義」

条例の効力については、地方公共団体が制定しているということから、原則として「属地主義」によって適用範囲が決まるものと解する。これについては、学説においても全く異論はないと思われる。したがって、当該地方公共団体の区域外の行為・結果に対して、基本的には当該条例は適用されないと解される⁶²⁾。条例は、地方公共団体が憲法に基づき地方自治法を通じて認められた自治立法によるものであり、具体的には個別の条例の法目的と保護法益に拘束されつつ、最終的には当該地方公共団体に資する範囲で人的効力が定まると考える。

この観点からは、まず、条例が制定された地方公共団体の同一区域内の行為者であるのであれば、人的効力範囲がその住民に限定される必要はない。この点については、昭和29年最高裁判決と同様の結論である。

問題は、当該地方公共団体の区域内で行為または結果発生のどちらかのみが生じた場合である。条例における属地主義をどのように理解して「犯罪地」を判断して、人的効力範囲を区域外に及ぼすことが可能か検討が必要となる。

61) 坂田・前掲注41) 38頁も、同判決を「遍在説に依拠しているとみるのが自然ではないかと思われる」とされている。これに対して、林・前掲注50) 104頁は、「条例の特質を考慮した本判決の方法は妥当」として「刑法でいう遍在説を採ったとはいえない」としている。

62) 最大判・前掲注21), 坂田・前掲注41) 36頁など。

(2) A類型について

A類型は、区域外の行為者から区域内の者に法益侵害が生じた場合である。地方公共団体における自治立法の特性を特に重視すれば、条例の効力範囲は、区域内の人・物に限定される原則論を貫徹させ、区域外の行為者には一切適用されないという理解も不可能ではない。

しかしながら、行為者の所在地が区域内か区域外で、違反行為の実質が大きく異なるかどうかは疑問である。ここで重要なのは、①区域外の行為者に対して適用する理由があるかどうか、とともに、②区域外の行為者に対して適用することが許されるかどうか、の2点である。

条例の法目的である住民の「平穏」や「安全」という点にのみ着目するならば⁶³⁾ 同一区域内からの行為によるものと区域外からの行為によるものとの間には、「平穏」「安全」の侵害や被害に相違はないように思われる。この考え方からは、区域外の行為者に対して条例刑罰を適用する理由があるといえる(①)。この場合、その刑罰適用を区域外の行為者に及ぼすことが法的に許されるか否かという点②が残るのみである。また同様に、法益への侵害という観点のみに着目するならば、社会的法益が中心となる迷惑防止条例等では⁶⁴⁾ 区域外からの行為であっても、その延長線上の区域内において法益侵害行為は行われていると判断することも可能である。例えば、(反復的な)架電行為や送付行為であれば、A県の対象者Bに対してC県の行為者Dが反復的な架電や送付をした場合、たしかに発信行為や発送行為は行為者Dの滞在するC県内で行われているが、A県内の対象者Bに届くまでに、電話が掛かる行為、物が届く行為をA県区域内で観念することは可能なので、法益侵害行為はA県区域内に存在していると構成することも不可能ではない⁶⁵⁾ (①)。したがって、この場合も、当該

63) 合田・前掲注25) 516頁。

64) 合田・前掲注25) 517頁。

65) 坂田・前掲注41) 37頁では、カメラによる遠隔盗撮の事案において【見解1】として行為概念の捉え方アプローチを挙げているが、この手法には「技巧的すぎる」との指摘を紹介される。

条例の刑罰適用を区域外の者に及ぼすことが許されるか否かという点⁶⁶⁾が残るだけである。

それでは、当該地方公共団体が制定した条例の刑罰適用を区域外の者に及ぼすことが許されるかどうか。たしかに、条例という地方公共団体の独自性、地域限定性を尊重すれば、区域外の行為者に効果を及ぼすことは、地方公共団体の権限の範囲外とする考えに到る可能性もある。既に紹介した学説で指摘されているように「地方公共団体の場合は国家主権のようにその自治機能が強力なものではなく、我が国の主権下における国法秩序の範囲内で部分的に認められる」⁶⁶⁾にすぎない。この点からすれば、地方自治体の制定する条例の効果が区域外や外国の滞在者に及ぶことは、自治機能を越えた権限の超過かもしれない。

しかしながら、区域外の行為者からの侵害に対して、区域内の住民・滞在者を保護するために、直接的な侵害者に対して効果を及ぼせないということは、条例刑罰による保護の趣旨を全うできていないように思われる⁶⁷⁾。条例刑罰の規制行為の中には、離隔犯の可能性を多分に考えられる禁止行為類型が含まれている。代表的なものが、先に挙げた高松高裁の事例にあった「架電行為」であり、反復した「メール送信」「文字メッセージ送信」、さらには「～を告げること」なども離隔的に行われる可能性が高い。これらについては、たしかに同一都道府県内、同一市町村内で「架電」や「文字メッセージ送信」が行われることも十分にあるが、スマートフォンなどの機器の発達によって、各区域外に「架電」や「文字情報送信」が行われる可能性は極めて高く、立法者はそれら

66) 古田・前掲注 48) 147 頁。

67) 古田佑紀「条例における罰則の適用範囲」『判例タイムズ』605号(昭和61年・1986年) 29頁は「行政権の及ぶ区域の住民等の安全を守る機能が区域外からの行為に対してまったく働かないということは、我が国の法体系が地方公共団体間にまたがる行為の取扱いについて必ずしも各地方自治体の権限を制約する規定を設けていないことからすれば、おそらく適当ではない」とされる。古田・前掲注 48) 148頁も「その区域の住民の安全を守る機能が区域外からの行為に対してまったく働かないとするのは、地方自治法が地方公共団体に付与した事務の実施上の適切さを欠く結果となるおそれがある」とされる。

が区域外から行為されることを想定していると解釈するのが合理的である。インターネットの普及と情報端末の高性能化による迷惑行為の防止が今後も増えると思われる中で、行為者を同一区域内に限る解釈は、現代的でないと言わざるを得ないであろう⁶⁸⁾。近年の条例では、遠隔地からの迷惑行為等も想定される行為類型を積極的に条例刑罰で規制しているといえる。したがって、地方公共団体の区域内の人物の保護という明確な基準のもとで、区域外から明確に区域内に侵害するような行為者に対しては、立法趣旨からも条例刑罰を適用することは許されるものと考え⁶⁹⁾ (2)。

さらに、地方自治法を通じて自治立法の1つとして(軽い法定刑に限定して)刑罰規定の制定を地方自治体に認めている以上は、刑法の総則規定は適用になるものと解する。すなわち、国外の者の行為によって特定の地方公共団体の区域内の者が被害に遭った場合は、条例刑罰も、刑法8条を通じて、刑法1条の適用場面となり得る。たしかに、国家主権との関わりが薄い条例が、国法の属地主義を準用できるかについては異論も考えられるが、刑法8条の解釈として許容されるものと考え。これを前提とした上で、A県の対象者Bに対して、C県のDではなく、外国であるE国の行為者Fから反復的な架電や物の送付を受けた場合について検討する。この場合、刑法8条を通じて刑法1条が適用になり、遍在説ないし結果説を採用することによって、E国の行為者Fに、日本の条例刑罰が適用となると考える。刑法8条は、条例を含む「他の法令の罪」について、総則規定を適用すると定め、「その法令に特別の規定があるとき」に限り、これが排除されるが、条例や地方自治法その他法令でこれを排除する一

68) 松下・前掲注51) 121頁も、インターネットやスマホの利用者の増加していることから「自治体内の住民の平穏な暮らしを守る(福祉の実現の)ために、自治体は、属地的な対応にとどまらず、域外の行為に対しても積極的に関与することが求められるようになってきた」とされる。

69) 古田・前掲注67) 30頁は「少なくともその区域に直接向けられ、そこで完成し、現実的かつ明確な結果の発生する行為に関する問題を含ませることはなお区域内の問題として属地主義の範囲内で可能なもののように思われる」とされる。同指摘に着目するものとして、坂田・前掲注41) 40頁。

般規定は存在しない。また、条例の法文全体の趣旨から第1条を否定する「特別の規定」と解釈することは、困難であろう。

そうなのであれば、A県の対象者Bに対して、C県の行為者Dから侵害を受けた場合は、外国滞在の行為者Fの場合に適用になる以上は、国内の区域外滞在の行為者Dに対して適用されることは、許されると考えるのも可能である(2)。

このとき、遍在説、結果地説、行為地説のどれが適当であるかについては、越境犯罪の議論に譲ることとしたいが、私見では、遍在説を適用しつつ、単一の行為で複数の公共団体の条例違反となった場合は、罪数として密接関連地の罰則違反の一罪とすることが適当と考える。少なくとも、同一区域内からの反復メッセージのみが規制され、他県からの反復メッセージが規制対象外となるような非前近代的な事態による空洞化は回避されるべきである⁷⁰⁾。

(3) B類型について

この類型は、行為者が区域内で条例罰則が定める違反行為を行い、結果発生地は区域外だった場合についてである。この場合は、既述の通り、遍在説によることとなる。すなわち、行為者の行為(の一部)が、条例刑罰の地域的効力の及ぶ区域内で行われているので、法益侵害の内容との関係にもよるが、基本的には行為者に対して条例刑罰の効果が及ぶものと解する。

(4) C類型について

この類型は、a県内で行為者がa県条例に違反する行為を行い、その結果、b県内の被害者に結果発生しb条例に違反する結果となった場合についてである。この場合、遍在説によれば、違反行為についてはa条例違反罪に該当し、結果についてはb条例違反罪に該当する。両罪の関係については、侵害する保

70) もしそのようなことになれば、あえて区域外から離隔犯の形態で悪質な迷惑行為が多発しかねない。

護法益に依ることになるが、既に高松高裁が示したとおり、個人的法益を侵害するような場合については、実質的には直接的に結果発生地のb県において犯罪が行われているといえるので、b条例違反罪の1罪が成立すると解すべきであらう。

一方で、継続的に法益侵害や被害を生じさせる行為をa県内からb県内において継続していた場合は、a条例違反罪とb条例違反罪に該当する。両罪の関係については、両罪が同じ法益を保護するほぼ同じ構成要件に対する違反罪であるならば、包括一罪となると思われる。他法、両罪が法益を異にする場合や、構成要件が異なっていた場合には、観念的競合になるものと解する。

この両罪の関係で参考となるのは、東京高裁平成19年3月14日判決である。神奈川県から東京都を通る鉄道車内で、同一の被害者に対して継続的に痴漢行為をしたために、神奈川県内と東京都内とで痴漢行為をしたこととなり、2つの迷惑防止条例違反罪に該当したこととなり、その罪数関係が問題となった。原審は、両罪の関係を「観念的競合」として重い東京都迷惑条例違反罪の刑で処断したが、被告人側が控訴した。これについて東京高裁は次のように判示した。

「被告人が…被害者を認めて痴漢行為をすることを企て…その犯意を継続させて一連の犯意の下に、上記女性に対し、電車が神奈川県相模原市内を走行中にも…卑わいな行為をし、また、電車が東京都町田市内を走行中にも…卑わいな行為をすることを繰り返していることが明らかである。

このような事実関係を前提にすると、本件においては、神奈川県迷惑防止条例違反の罪と東京都迷惑防止条例違反の罪のいわゆる包括一罪が成立すると解するのが相当である⁷¹⁾と判示している。

71) 東京高等裁判所平成19年3月14日判決、平成19年(う)第263号 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違反(神奈川県)、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違反(東京都)被告事件。高等裁判所刑事裁判速報集(平19)号145頁、LEX/DB 文献番号25365657。

本事案は、両条例違反罪の法益も構成要件もほぼ同一であるので、罪数は、包括一罪で妥当なものと思われる⁷²⁾

(5) 犯罪地の認識と違法性の認識について

条例違反罪における犯罪地の認識の取扱については、場所的適用範囲を客観的処罰条件とするか否かにも関係するが、少なくとも、犯罪地の認識の欠如は故意の存否を含めて犯罪の成否には影響しないものとする⁷³⁾。たとえば、A県の対象者Bに対して、C県の行為者Dが、Bの携帯電話に反復して架電をした場合、もし対象者Bが出張中でG県に滞在して、G県条例違反罪に客観的に該当したとする。このような場合、行為者Dには、対象者の滞在先「G県」の認識はないわけであるが、G県の条例刑罰が保護する内容を侵害していること、また、対象者BがA県に滞在しているかG県に滞在しているかで実質的な差はないことから「G県」滞在先者への認識がない行為者Dに対して、G県条例違反罪が成立するものと考えられる。条例罰則の構成要件該当事実には、結果発生地は含まれていないので、故意の対象とはならないと思われる。

さらに、行為者が犯罪地における条例刑罰の存在の認識や違法性の認識を欠いていた場合については、一般的な特別刑法規定の場合と変わるところはないと考える。私見によれば違法性の認識がなかった場合については、故意が阻却されることはなく、地域性の強い特殊な条例刑罰を認識していなかった場合については、責任が減少ないし阻却されるものと解する⁷⁴⁾

72) 上富敏伸「県域を越える痴漢行為の罪数及び訴因の特定」『別冊判例タイムズ 26号警察基本判例・実務 200』(平成 22 年・2010 年) 511 頁は「実務的には、同種の事案においては、本件各判決と同様の理解に立つことが相当であろう」とされる。仲道祐樹「隣接する地方公共団体にまたがる迷惑防止条例違反の罪の罪数関係(特別刑法判例研究)」『法律時報』80 卷 8 号(通巻 998 号)(平成 20 年・2008 年) 118 頁も「本判決の結論は妥当なもの」とされる。

73) 只木・前掲注 32) 177 頁は、刑法における結果発生地の認識について「故意の認識対象ではないとすべき」と鋭く指摘される。さらに、山口・前掲注 30) 423 頁。

(6) 小 括

以上のことから、条例刑法については、その保護の空洞化を避けるために、当該地方公共団体の区域外の行為者から直接的に区域内に対して法益侵害がなされたときには、その行為者に罰則を適用することができる場合を肯定すべきである。

ただし、条例罰則の保護対象が、他区域からの侵害を十分に想定しうる場合には、条例中に明文で「区域外適用の条項」を予め併せて定めておくことがのぞましいと考える。⁷⁵⁾

74) 古田・前掲注48) 150頁は「条例の罰則は特殊性が強く、地域的に特殊な問題については場合により共通して実質的な意味での違法性の意識を期待することが困難である可能性がある」ことを指摘される。

75) 松下啓一「条例の域外適用－ヘイトスピーチ抑止条例を契機に（下）域外適用の理論と課題」『ガバナンス』229号（令和2年・2020年）120頁は、域外適用を認める規制条例の制定について、「法律の不存在」「域外で自治体の住民に被害を与える行為が行われていること」「域外の活動によって、放置できないくらいに自治体や住民の利益が直接的、実質的に侵害されていること」などをはじめ6つの要件を提案されている。