

論 説

「コインハイブ事件」に含まれる憲法上の争点

大 石 和 彦

はじめに

第1 総説

第2 法令違憲

1 総説

2 本件について

(1) 漠然不明確性

(2) 手段違憲

第3 本件被告人に刑法168条の3を適用し処罰することの違憲性

第4 刑法168条の3を憲法適合的に解釈すれば本件被告人の行為は同条の構成要件に該当しないこと

1 総説

2 本件について

はじめに

以下は、「コインハイブ（Coinhive）事件」被告人側主任弁護人を通じ、私が最高裁判所に提出した意見書である（そのため、普通「本稿」というべきところ「本意見書」との表記となっている部分がある。）。

同事件は、被告人が自ら運営するインターネット上のウェブサイトにて、閲覧者の同意を得ることなく閲覧者の電子計算機に仮想通貨の採掘作業（マイニング）を実行させるプログラムコードを設置したことについて、不正指令電磁的記録保管の罪（刑法168条の3）で起訴されたというものである。1審の横浜地判平成31年3月27日・判時2446号78頁は、上記プログラムコードにつき、その機能内容や本件当時における同種のプログラムに対する関係者の評価等に

鑑みれば、不正な指令を与えるプログラムに該当すると判断するには合理的な疑いが残るから、不正指令電磁的記録に該当せず、被告人において、人の電子計算機における実行の用に供する目的があったとも認められないとして無罪としたが、2審（東京高判令和2年2月7日・判時2446号71頁）の有罪判決を受け、被告人側から上告がなされた。

同事件被告人側主任弁護人の平野敬氏（電羊法律事務所所長）は当法科大学院修了生であり¹⁾、彼が本件上告に当たりクラウドファンディングで資金調達して意見募集を行った例²⁾は、立法事実の顕出のための基礎資料収集方法に新たな選択肢を加えるものとしても注目される。

第1 総説

本件をめぐり、憲法に照らしつつ展開可能な議論としては、以下の三つが想定される。

- 1) 本件被告人が行った行為に対し原審が適用した刑法168条の3が憲法に違反する。
- 2) 本件被告人が行った行為に対し、仮に裁判所が刑法168条の3を適用し処罰する判決を下すとしたら、その判決が憲法に違反することになろう。
- 3) 刑法168条の3にいう「前条第1項…各号に掲げる」、すなわち同法168条の2第1項第1号にいう「その意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える」との要件を憲法適合的に限定解釈し、あるいは同法168条の3にいう「正当な理由」を憲法適合的に（拡張）解釈した場合、本件被告人が行った行為は同条の構成要件に該当しない。

1) <https://elsh.jp/>

2) <https://www.hacker.or.jp/coinhiveopinion/>

このうち最高裁が1)の判断を行う場合は、裁判所法10条2号にいう「法律…が憲法に適合しないと認めるとき」に、また2)を行う場合は、同号の「処分が憲法に適合しないと認めるとき」に、それぞれ該当しようが、3)は、そもそも真正面から憲法判断を行うわけではなく、それ自体は刑罰法規の解釈に過ぎないから、上記各号いずれにも該当しない。

上記のうち3)は、さらに以下のとおり二分できる。

3-1) 刑法典上の上記両規定に用いられた文言を一般的な字義どおり解する
なら違憲であると疑われるところ、両規定の構成要件該当範囲を限定的に（一般的な字義の射程範囲から違憲部分を取り除いて）解釈する場合

3-2) 両規定そのものの憲法適合性については特段問うことなく、両規定の構成要件該当範囲を限定解釈し、そうした限定解釈をすべき理由（の一つ）を憲法に求める場合

上記のうち3-1)は両規定そのものに違憲の疑いを見出す点で1)に近い側面を持つが、3-2)は、両規定そのものの違憲性についても、刑法168条の3により被告人を処罰することの違憲性についても、真正面から問うものではない³⁾。

3) 宍戸常寿「シンポジウム 憲法適合的解釈についての比較法的検討1. 日本」比較法研究78号(2016)4頁以下は、3-1)を「合憲限定解釈」、3-2)を「狭義の憲法適合的解釈」と呼び、前者の例として「都教組事件」上告審判決（最大判昭和44年4月2日・刑集23巻5号305頁）、「札幌税関検査事件」上告審判決（最大判昭和59年12月12日・民集38巻12号1308頁）、「広島市暴走族追放条例事件」上告審判決（最三小判平成19年9月18日・刑集61巻6号601頁）等を、後者の例として「西山記者事件」上告審判決（最一小判昭和53年5月31日・刑集32巻3号457頁）、「『四畳半襖の下張り』事件」上告審判決（最二小判昭和55年11月28日・刑集34巻6号433頁）、「堀越事件」上告審判決（最二小判平成24年12月7日・刑集66巻12号1337頁）等をあげている。

第2 法令違憲

1 総説

上記のうち1)、すなわち当該事件において適用される法令そのものを憲法判断の対象とする場合にも、どのような観点からそれを行うかにより、以下の二種がある⁴⁾。

1-1) 当該規定が本来的に意図した規制対象範囲が広過ぎることそのものを憲法判断の対象にするのではなく、同規定が本来的に意図した規制対象範囲と、それを表すために用いられた文言の一般的な語義との間のズレの大きさ（漠然不明確性または過度の広範性）を憲法判断対象とする場合

1-2) 当該規定の（もちろん本来的な）目的が合憲かどうか、または規制手段に行き過ぎ（当該規定が本来的に意図した規制対象範囲が広範に過

4) ドイツでは、憲法上の権利を制約する規定が「正当化」される（憲法上の権利を制約しているにもかかわらず、結論的には合憲とされる）か否かの判断には、当該規制手段に行き過ぎ（過剰）が無いかどうかを「比例原則」に照らして審査することを含む「実質的」正当化（本文にいう1-2）に相当）と並び（おそらくはそれに先立ち）「形式的」正当化があるとされる。「形式的正当化」を構成する要素の中でも主たるものとしてまずあげられるのは、「法律の留保」（当該規定が形式的意味の法律に当たらない行政立法等の場合、法律上の根拠があるかどうか）である。また、「法律の留保」と並び、「規範の明確性」（さらには「過度の広範性」問題を含め、本文にいう1-1）に相当する問題）も「形式的正当化」を構成する要素の一つとされる。「規範の明確性」を「形式的正当化」問題の一つに数える渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法 I 基本権』（日本評論社2016）69頁以下 [松本]、「正当化」のうちの「形式的観点」の一つと表現する小山剛『「憲法上の権利」の作法（第3版）』（尚学社2016）47頁以下。渡辺康行「憲法訴訟の現状」公法研究71号（2009）1頁以下 [19頁]、同「憲法訴訟の現状」法政研究76巻1・2号（2009）33頁以下 [53頁]、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回—憲法論証を求めて』（日本評論社2013）79頁は、形式的正当化の要素として明確性（漠然性のゆえに無効）に加え、過度の「広汎」性の問題をあげる。

ぎることを含む。)がないかどうかを憲法判断対象とする場合

つまり、一言で(規制対象範囲の)「広範性」を憲法判断対象とする場合といっても、当該立法が本来的に意図した規制対象範囲が広範に過ぎることを問題視するのであれば1-2)に、当該規定に含まれる文言の一般的な語義の広範性ゆえ、立法が本来的に意図した範囲を超えて規制が及んでいるものと被治者が誤解してしまうことを問題視するのであれば1-1)に、それぞれ該当することになる。なお1-1)は、とりわけ憲法21条が保障する表現の自由等(集会の自由もしくは知る権利を含む。)を制約する法令または刑罰法規が憲法判断対象とされる場合に限り問題とされてきた⁵⁾。

1-1)においては、法令上用いられた文言の語義の漠然不明確性または過度の広範性により、本来は規制されていない(合法的)行為にまで規制が及んでいる(可能性がある)ものと被治者が誤解(または萎縮)し、当該行為を控えてしまうことが問題となる。これが、いわゆる「萎縮的効果」の名で語られてきたものである。1-2)が本来的な法効果が及ぶ範囲の過度の広範性を問題視するのに対し、1-1)において問題視される萎縮的「効果」なるものは、「効果」とはいつても、本来的法効果の射程の問題ではなく、当該行為に対し本来は及んではないはずの法効果が及ぶ(可能性がある)ものと、あくまで被治者の側が誤解(または萎縮)するという、いわば“事実上”の効果の射程の過度の広範性を問題視する点に、両者の間の違いがある。

1-1)における問題には、「漠然不明確性」と「過度の広範(広汎)性」の二様あるとされてきたが、両者の間にはどのような違いがあるのか、そもそも

5) 刑罰法規に当たらない(行政処分の根拠)法令の文言の射程範囲の不明確性ゆえ憲法21条に違反するか否かが争われた事案としては「札幌税関検査事件」(前掲注3)、表現の自由に当たらない自由を制約する刑罰法規の明確性および広範性に関する事例としては「福岡県青少年保護育成条例事件」(最大判昭和60年10月23日・刑集39巻6号413頁)、表現または集会の自由を制約する刑罰法規の広範性が問題とされた事案としては「広島市暴走族追放条例事件」上告審判決(前掲注3)を、それぞれあげることができる。

両者を分けることができるのかについては、これまでのところ必ずしも明快な説明はなされてこなかったのが実情であると思われる。もっとも「広島市暴走族追放条例事件」上告審判決⁶⁾は、「条例がその文言どおりに適用されることになる」と、規制の対象が広範囲に及び、憲法21条1項及び31条との関係で問題がある」と認めた上、この（過度の広範性の）問題につき、かなりのスペースを割いて検討したのに対し、「本条例…の各規定が明確性を欠き、憲法21条1項、31条に違反する旨」の上告人（被告人）側主張に対しては、「各規定の文言が不明確であるとはいえない」と応答したのみであり、要するに、漠然不明確性については、問題につき検討したのではなく、問題の存在自体を認めなかった。つまり同判決に従う限り、（広島市暴走族追放条例事件には含まれていなかった）漠然不明確性の問題と、（まさに広島市暴走族追放条例事件に含まれていた）過度の広範性の問題とは、区別することができるし、また、そうすべきだ、ということになる。では、両者はどのような点で区別し得るのか。次のように考えることができよう。

漠然不明確な法令が被治者の自由に対して害をもたらすケースとしては、以下の二種が想定される。

A) 被治者が本来合法的な行為を、委縮して控えてしまうケース

B) 被治者が本来違法な行為を合法だと誤解して行ってしまうケース

上記のうち、いわゆる「萎縮的効果」論が想定するのがケースAである。これに対しケースBが「萎縮的効果」論の射程には入らないことは、いうまでもない。ケースBの被告人は、「萎縮」せず違法行為を行っているからだ。特に刑罰法規が漠然不明確であってはならないことは、憲法31条の含意の一つである罪刑法定主義の、とりわけ自由主義的側面のコロラリーと考えられる

6) 前掲注3。

が、漠然不明確な刑罰法規が被治者の自由に対して害悪をもたらす際の、もたらし方が、AとBとは異なっている。ケースAでは、「萎縮」した被治者は、本来合法的な（科刑という法効果が及ばないはずの）行為を控えてしまうという、いわば“事実上”の「効果」によって自由を害されるのに対し、ケースBにおいて逮捕起訴された被告人は、いわば「不意打ち」的に、本来的法効果である科刑の危険に晒される。ケースBに該当する刑事事件の場合、当該法令の漠然不明確性により不利益を被ったのは、当の被告人自身であるから、当該法令の漠然不明確性につき被告人に違憲主張適格が認められるべきことは当然（いい換えれば、裁判所が漠然不明確性問題につき憲法判断回避しなければならない理由はない）であろう。これに対し、構成要件該当行為を「萎縮」せず、あえて行った（挑戦的な）被告人が、当該刑罰法規の漠然不明確ゆえ不特定多数の（善良な）訴外第三者が、ケースAの想定どおり「萎縮」している可能性があることを理由に違憲主張した場合には、付随的違憲審査制の下で、訴外第三者に及ぶ不利益をめぐる主張適格が認められるか（被告人がそのような違憲主張をしても、裁判所は判断回避すべきではないか）が問題となる⁷⁾。以上要するに、ケースAに含まれる「萎縮的效果」問題については、訴外第三者の自由に対して及ぶ事実上の「効果」を、自身は萎縮しなかった被告人が主張する形となるのに対し、ケースBの「不意打ち」問題については、まさに「不意打ち」を受けた当の被告人自身が、自身の自由が侵害された旨、裁判の場で主張する形となる。

漠然不明確な文言を含む法令が、上記A、B両方のパターンの害をもたらす可能性を持つのに対し、過度に広範な文言を含む法令をめぐるのは、上記Aのみ想定すれば足り、Bを想定する必要はなからう。最高裁が、過度に広範かが問題とはなるものの、漠然不明確ではないと断言した広島市暴走族追放条例を例に、これを説明しよう。同条例をめぐる憲法問題の所在は、「暴走族」の

7) この問題を提起した典型例が「徳島市公安条例事件」上告審判決（最大判昭和50年9月10日・刑集29巻8号489頁）における高辻正巳裁判官意見である。

定義規定に当たる同条例2条7号が用いた、「暴走行為をすることを目的として結成された集団又は公共の場所において、公衆に不安若しくは恐怖を覚えさせるような特異な服装若しくは集団名を表示した服装で、い集、集会若しくは示威行為を行う集団」との部分に表れている。このうち、最高裁は「又は」の前の部分、すなわち「暴走行為をすることを目的として結成された集団」を「社会通念上の暴走族」または「本来的な意味における暴走族」と呼び、「本条例の全体から読み取ることができる趣旨、さらには本条例施行規則の規定等を総合すれば、本条例が規制の対象としている『暴走族』は、本条例2条7号の定義にもかかわらず、暴走行為を目的として結成された集団である本来的な意味における暴走族の外には、服装、旗、言動などにおいてこのような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団に限られるものと解され…」とした上、「このように限定的に解釈すれば、いまだ憲法21条1項、31条に違反するとまではいえない」との結論に至った。つまりここでも、ある種の漠然不明確性、すなわち条例が本来意図した規制対象範囲の境界線が必ずしも明らかでないことが問題となっはいるものの、それは条例が本来想定する規制対象範囲の境界線の、専ら「外側」、すなわち上記定義規定のうち「又は」以下の部分のどこで引かれているのかが不明確なため、上記AB2パターンのうち、専らAにおいて想定される萎縮的効果が問題とされているのであって、条例が本来想定する境界線の「内側」、すなわち「社会通念上の暴走族」または「本来的な意味における暴走族」による集会行為に対する「不意打ち」的な科刑の危険（上記のうちB）が問題とされているわけでは全くない。同事件被告人が引退後も引き続き「面倒見」として事実上支配し、同人が主催した集会の参加者が所属していた「観音連合」が「社会通念上の暴走族」に当たることについては、市の職員による中止・退去命令により当該集会が条例の規制対象である旨が明確化される以前に、被告人自身にとっても既に明確であったはずであろう。そうであったにもかかわらず、同事件被告人は、条例に対する独自の反抗心から、同条例の本来的規制対象となることを知りつつ、あえて当該集会を強行しようとした、挑戦的な者である⁸⁾。同人は、Bパターンの想定する、

特に法に対して独自の反抗心があったわけではなく、「不意打ち」的に逮捕起訴された被告人とは明らかに対照的である。以上要するに、上記1-1)の問題にも、A（外側に及ぶ萎縮の効果）とB（内側に及ぶ不意打ち的科刑）の両方が問題となる事例パターンと、専らAが問題となるパターンとがあり、前者が「漠然不明確性」、後者が「過度の広範性」の名で、それぞれ呼ばれてきたものと整理することができる。

2 本件について

(1) 漠然不明確性

以上を念頭に見るなら、本件はBパターンの事例である。つまり、法による本来的規制対象とはならないと信じ、当該行為を行った被告人が「不意打ち」的に逮捕起訴された類型の事件である。このことから、本件につき被告人側から1-1)の観点で違憲性を主張する場合、法の文言の「過度の広範性」ではなく、「漠然不明確性」を主張すべきことになる。すなわち、本件被告人が運営するインターネット上のウェブサイト「ボカログ」の閲覧者が使用する電子計算機の中央処理装置に仮想通貨モネロの取引履歴の承認作業等の演算を行わせるプログラムコードが蔵置されたサーバコンピューターに、同サイト閲覧者の同意を得ることなく同電子計算機をアクセスさせ、同プログラムコードを取得させ、同電子計算機に上記演算を行わせるためのプログラムコードを、ボカログを構成するファイル内に蔵置保管した本件被告人の行為は、事件当時の一般的な評価では「グレー」とされていたこと、すなわち違法との認識が一般的であったとは言い難いことに鑑みれば、これを違法とは思わずに継続した被告人に対し、刑法168条の3の「前条第1項…各号に掲げる」、すなわち同法168条の2第1項第1号の文言のうち、特に「不正な」との部分は、十分な事前告

8) 同事件原審（広島高判平成17年7月28日・刑集61巻6号662頁）が認定した事実によれば、「このままでは命令を出すよ。」との市職員による警告に対し、同事件被告人は「出してみやあ。何が条例やあ。怖ないんじゃ。」と応じ、集会を継続していることから、同人が全く「萎縮」していないことがうかがわれる。

知機能を果たさなかったことが明らかであり、その不明確性ゆえ、憲法31条に違反するというべきである。

(2) 手段違憲

法令上用いられた文言の漠然不明確性または過度の広範性を理由に、法令が憲法31条に違反すると断じられた場合、法改正により明確な、または過度に広範でない文言へと差し替えれば、法令が本来的に規制しようとした行為を取り締まること自体が妨げられるわけではない。漠然不明確性または過度の広範性を理由とした法令違憲判断は、法令の本来的規制対象が広過ぎることを難するものではなく、あくまで規制対象を表現するための文言選択の不適切性を難するに過ぎないからである。だが、もし仮に刑法168条の3の構成要件該当範囲の本来的な射程が、検察官および原審がいう通り、本件被告人の行為にまで及ぶというのであれば、同条は1-2)の観点からも、憲法に違反すると考えられる。本件被告人が行った上述の行為は、それ自体としては経済的利益の追求であり、憲法22条1項の射程の問題とはなりうるであろうが、本件被告人が用いた「Coinhive」は、ネット上のウェブサイトを通じた表現活動を安定的に維持するために必要な費用を賄うための一手段としても期待されていた面を持つことに鑑みると、仮に被告人の行為が刑法168条の3の構成要件に本来的に該当するとすれば、同条は憲法21条1項が保障する表現の自由そのものを直接制約するわけではないにせよ、その趣旨に反する疑いもある。また、被告人が行った、閲覧者が用いる電子計算機に特段の実害を加えることのない行為⁹⁾にまで科刑範囲を広げる刑法168条の3は、その限りで憲法31条の含意の一つとしての「『罪刑の均衡』の原則」¹⁰⁾に反するとも考えられる。

不正指令電磁的記録に関する罪の保護法益（立法目的）は、電子計算機のプ

9) 本件被告人がボカログを構成するファイル内に蔵置保管したプログラムコードにより所定の演算を強られる際、ボカログ閲覧者が用いる電子計算機にかかる負荷（一時的な消費電力の増加や処理速度の低下）が「使用者の気づかない程度」ととどまるものであったことは、有罪判決を下した原審も認めるところである。

プログラムに対する社会一般の信頼（を保護すること）であるが、こうした立法目的自体が憲法に反するわけではないことはいうまでもない。だが、こうした規制目的と、同目的を達成する手段として本件被告人の行為にまで規制範囲を広げることとの間の関係性につき、とりわけそれらの間の均衡性（狭義の比例性）という観点から見ると、刑法168条の3は憲法22条1項、31条、さらには表現の自由を保障した憲法21条1項の趣旨に反するものといわざるを得ない。すなわち、まずは本件被告人の行為を規制対象とすることにより得られる利益につき考えると、本件被告人による、特段の実害を認めることのできない行為を取り締まるのが、電子計算機のプログラムに対する社会一般の信頼の保護という立法目的達成のために有意な関連性、必要性を持つものとは到底考え難い。一方、本件被告人の行為を規制対象とすることにより犠牲とされてしまう利益を考えると、独り本件被告人がウェブ上の表現発信を安定的に維持するための費用を賄うための有力な一選択肢を失うにとどまらず、今後のウェブ・サービスの質を向上させるための資金源となる可能性のある選択肢の芽を摘むことにより、将来的にはウェブサイト閲覧者一般に提供される情報の多様性が損なわれることとなる。このように考えると、本件被告人が行った実害の認め難い行為にまで規制範囲を広げるとは違憲というべきである。少なくとも、本件被告人が行った一事例に適用される限りで、刑法168条の3は違憲であるともいえるし¹¹⁾、あるいは同条が、本件被告人が行ったような行為類型一般に対し適用を予定する部分に限っては違憲である¹²⁾。

10) 例えば芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第7版）』（岩波書店2019）253頁は、「『罪刑の均衡』の原則」を憲法31条の一含意とする「通説」に対し、「ほぼ妥当なものと評」している。

11) 当該刑罰法規の保護法益を実質的に害するとは考えられない行為を被告人が行った当該一事例に適用される限りで、刑罰法規が違憲であるとの判断手法を採った日本における代表例は猿払事件第1審判決（旭川地判昭和43年3月25日・刑集28巻9号676頁）である。

第3 本件被告人に刑法168条の3を適用し処罰することの違憲性

仮に刑法168条の3そのものが違憲とはいえないとしても、本件被告人に対し同条を適用し処罰すること（それは結局、有罪判決だということになる。）が憲法に違反する。

法令そのものではなく、それを根拠として行われる個別具体的な公権力的行為（行政処分や裁判判決など）に対する憲法判断の例は、最高裁判例に限っても少なくないが、それらの事例においては、法令を対象として憲法判断を行う場合のような、立法目的と規制手段に分けての「二段構え」の審査¹³⁾ではなく、例えば「博多駅テレビフィルム提出命令事件」¹⁴⁾、「君が代不起立事件」¹⁵⁾等に見られるように、当事者の憲法上の権利を制約することによって得られる利益と失われる利益との間の均衡性を端的に検討したものが多¹⁶⁾。「立川自衛隊官舎ビラ配布事件」上告審判決¹⁷⁾は、刑罰法規そのものではなく、それを被告人の行為に適用して処罰することの合憲性を検討した点で、ここでの検討課題に近いものがあるため、合憲判断の理由を述べた部分を以下に引用する。

(ア)「本件では、表現そのものを処罰することの憲法適合性が問われている

12) こうした、法令が想定する適用対象の一部に適用される限りで違憲とする判断手法については、郵便法（当時）68条、73条の規定のうち、書留郵便物について、郵便業務従事者の故意又は重大な過失によって損害が生じた場合に、不法行為に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分、および特別送達郵便物について、郵便業務従事者の軽過失による不法行為に基づき損害が生じた場合に、国家賠償法に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分が憲法17条に反するとした最大判平成14年9月11日・民集56巻7号1439頁、および女性について6箇月の再婚禁止期間を定めていた民法733条1項（当時）のうち100日超過部分につき、上告人が前婚を解消した日から100日を経過した時点において憲法14条1項に違反するとともに、憲法24条2項にも違反するに至っていたとした最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2427頁という先例がある。

13) 『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和48年度』（法曹会1975）144頁 [田尾勇]。

14) 最大決昭和44年11月26日・刑集23巻11号1490頁。

15) 最二小判平成23年5月30日・民集65巻4号1780頁。

のではなく、表現の手段すなわちビラの配布のために『人の看守する邸宅』に管理権者の承諾なく立ち入ったことを処罰することの憲法適合性が問われている…」

- (イ)「…本件で被告人らが立ち入った場所は、防衛庁の職員及びその家族が私的生活を営む場所である集合住宅の共用部分及びその敷地であり、自衛隊・防衛庁当局がそのような場所として管理していたもので、一般に人が自由に入出入りすることのできる場所ではない。たとえ表現の自由の行使のためとはいえ、このような場所に管理権者の意思に反して立ち入ることは、管理権者の管理権を侵害するのみならず、そこで私的生活を営む者の私生活の平穩を侵害するものといわざるを得ない。」

16) その理由については、これまで必ずしも明示的に語られてきたわけではないが、これにつきあえて考えてみると、個別具体的な国家行為の合憲性を検討する際には、その目的の憲法適合性審査が不要になる(手段レベルの合憲性しか問題にできない。)という要因を、一つには考慮に入れるべきだろう。つまり、個別具体的な国家行為の場合、その目的とは、その根拠となった法令のそれと、少なくとも通常の場合、一致すると考えられるところ、仮に法令の目的自体が違憲であるとすれば、個別具体的行為の違憲性を問う以前に、そもそも根拠法令自体が違憲だということになるため、根拠法令が違憲かどうかは問わないという前提の下で(その問題についてはショートカットして)、それを根拠として行われた個別具体的行為の合憲性のみを論じる際の、その前提に矛盾することになる。また、仮に法令の目的とは異なる目的で個別具体的な行為が行われた場合、その行為は、違憲性を問う以前に、根拠法令に照らし違法というべきであろう。「オウム真理教解散命令事件」に関する最一小決平成8年1月30日・民集50巻1号199頁は、宗教法人法81条に規定する宗教法人の解散命令の制度の目的の合理性、および当該解散命令が必要でやむを得ない法的規制であること等を、同解散命令が合憲である理由としているが、ここで注意すべきは、「目的」審査の対象はあくまで「制度」一般のそれであって、当該解散命令ではないことである。つまり同判決は、個別具体的な国家行為の合憲性審査に当たっても「目的」と「手段」の「二段構え」の審査が行われた例のように一見したところ見えるものの、実は個別具体的な国家行為独自の(法令審査における立法目的に対する審査とは別の)目的審査はあり得ないことを示す例というべきであろう。

17) 最二小判平成20年4月11日・刑集62巻5号1217頁。

上記のうち（ア）では、「表現の手段」の一つに過ぎない行為の処罰の合憲性が問題となっている当該事件においては、表現の自由に対する制約の程度は、少なくとも「表現そのもの」に対する処罰との比較で、低いとの見積もりが示されている。一方（イ）では、「私生活の平穩」という、被告人がした（ような）行為を処罰対象とすることにより保護される利益が大きいとの見積りが示されていると同時に、「たとえ表現の自由の行使のためとはいっても」との部分からすれば、被告人の表現の自由を制約（犠牲に）しても、それにより得られる「私生活の平穩」という利益が前者との比較上も十分大きい（均衡性を失するものではない）という価値衡量判断も示されていると考えられる。

上記諸判例に倣い、本件につき見るに、本件被告人の行為を規制対象とすることにより得られる利益と失われる利益との間に均衡性が認められないことは、上記第2・2・(2)において述べたとおりである。

第4 刑法168条の3を憲法適合的に解釈すれば本件被告人の行為は同条の構成要件に該当しないこと

1 総説

上記第1で見た3-1) において行われる「合憲限定解釈」にしても、3-2) において行われる「(狭義の) 憲法適合的解釈」にしても¹⁸⁾、そうした解釈の対象となる法令をめぐる論じ得る憲法問題には、第2で見たとおり1-1) と1-2) の二種があり得る。例えば3-1) の例とされる「広島市暴走族追放条例事件」上告審判決は、

(ア)「本条例が規制の対象としている『暴走族』は、本条例2条7号の定義にもかかわらず、暴走行為を目的として結成された集団である本来的な意味における暴走族の外には、服装、旗、言動などにおいてこのような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団に限

18) これらの用語の意味については注3で述べた。

られるものと限定されると解される。」

とした上で、これに続けて次のように述べる。

(イ)「そして、このように限定的に解釈すれば、本条例16条1項1号、17条、19条の規定による規制は、広島市内の公共の場所における暴走族による集会等が公衆の平穏を害してきたこと、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とするにとどめ、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等にかんがみると、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条に違反するとまではいえない…。」

以上のうち(ア)は、上記のように限定解釈するという、いわば条件付きで、当該条例には1-1)の法令違憲問題(条例上の文言の「過度の広範性」問題)はないとの判断である。

これに対し、条例の「目的」および「手段」に言及する(イ)は、1-2)の法令違憲問題はないとの判断である。このように、合憲限定解釈によって解消される法令違憲の疑いには、1-1)が想定するものと、1-2)が想定するものの二種があり得る。

また、いわゆる「堀越事件」上告審判決¹⁹⁾も、国家公務員法102条1項が禁ずる、国家公務員による「政治的行為」(これは刑罰法規(同法110条1項19号(当時))の構成要件とされてもいる。)の範囲につき、「国民は、憲法上、表現の自由(21条1項)としての政治活動の自由を保障されており、この精神的自

19) 前掲注3。

由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的人権であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であることを理由（の一つ）として、「その範囲が画されるべきもの」、すなわち「同項にいう『政治的行為』とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるもの」に限られると解しているため、これを合憲限定解釈の一例と考えることもできようが（おそらく、そう理解するのが素直であろう。）、同判決に付された千葉裁判官補足意見によれば、「これは、いわゆる合憲限定解釈の手法…を採用したというものではない」という。だとすれば、本意見書における上記分類でいえば、同判決は3-1（合憲限定解釈）ではなく、3-2（（狭義の）憲法適合的解釈）の例ということになる。しかし、この、同判決が採った手法が「合憲限定解釈」なのか、それとも「（狭義の）憲法適合的解釈」なのかという、どちらかというところノミナルな問題はさておき、国家公務員法102条1項にいう「政治的行為」に対し行った上記解釈の帰結として、同判決が実際に述べている肝心の中身の方は、以下のように、広島市暴走族追放条例事件上告審判決の上掲部分とパラレルに理解し得るものであることが明らかである。

- (ア)「…上記の解釈の下における本件罰則規定は、不明確なものとも、過度に広汎な規制であるともいえないと解される。」
- (イ)「…本件罰則規定により…禁止の対象とされるものは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為に限られ、このようなおそれが認められない政治的行為や本規則が規定する行為類型以外の政治的行為が禁止されるものではないから、その制限は必要やむを得ない限度にとどまり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲のものというべきである。」

やはり堀越事件上告審判決も、限定解釈を施す限りにおいて、国家公務員法

の罰則には1-1)の法令違憲問題はない(「政治的行為」という文言が「不明確なものとも、過度に広汎」ともいえない)と述べる(ア)の部分と、その「目的」達成手段が「必要かつ合理的な範囲のもの」として、1-2)の法令違憲問題が認められないとする(イ)の部分から成っていることがわかる。

もちろん、3-1)の「合憲限定解釈」が行われた事例においても、3-2)の「(狭義の)憲法適合的解釈」が行われた事例においても、必ず(ア)と(イ)の両方が行われる、というわけではなく、それらのうちの一方のみが行われる事例²⁰⁾の方が、むしろ多い。

2 本件について

本件は刑罰法規の解釈適用をめぐる事案であることから、その文言の明確性および罪刑の間の均衡性が、憲法31条から要請されることは上記第2にて述べたとおりである。また本件被告人の行為が、今後のウェブ・サービスの質を向上させるための資金源となる可能性を探る実験としての意味を持つものであることに鑑みれば、そうした行為を取り締まることは、間接的にせよ、憲法21条1項が保障する表現の自由にもかかわるものといえる。これらの点に照らせば、刑法168条の3にいう「前条第1項…各号に掲げる」、すなわち同法168条の2第1項第1号にいう「その意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える」との要件は憲法適合的に限定解釈されるべきである(そう解すること

20) (ア)と同種の、つまり専ら1-1)に対応する法令文言の「漠然不明確性」または「過度の広範性」に関する例として、徳島市公安条例事件(前掲注7)、福岡県青少年保護育成条例事件(前掲注5)等、(イ)と同種の、つまり専ら1-2)に対応する憲法問題を限定解釈によって払拭(しよう)した例として、都教組事件(前掲注3)、よど号ハイジャック記事抹消事件上告審(最大判昭和58年6月22日・民集37巻5号793頁)、インサイダー取引事件(最大判平成14年2月13日・民集56巻2号331頁)等をあげることができよう。特にこれらのうち最後の平成14年判決は、憲法21条1項により保護された表現の自由等の制約に関するケースでも、また刑罰法規の合憲性をめぐるケースでもないため、1-1)が想定するタイプの法令違憲問題を論じようのない(法令違憲問題を論じるとすれば、専ら1-2)のタイプでしかありえない)事例といえる。

により、刑法168条の3は上記第2・2・(1)および(2)において述べた二種の法令違憲問題を両方とも免れることになる。)。すなわち、そのうち「不正な」とは、刑法168条の3の保護法益に対する侵害が単に観念的なものにとどまらず、実質的に認められる場合に限られるというべきである。このように刑法168条の3の構成要件該当範囲を限定的に解した場合、本件被告人の行為がそれに該当するか否かについては、少なくとも本件第1審がいうとおり、「合理的な疑いが残る」といわざるを得ない。

確かに本件被告人の行為は、「グレー」、すなわち「白」(当該規定が本来規制対象とはしなかったことが明らかなケース)とはいえない、という見方もあるかもしれない。だが、逆にいえば「黒」(当該規定が本来規制対象に含めたことが明らかなケース)と切り切ることができないことも、また確かである。こうした微妙なボーダーライン上のケースにつき、処罰範囲の射程が及ぶものと、捜査官、検察官が、そして最終的には有罪判決をもって裁判官が決めてしまうことは、実質的に見れば、いうまでもなく本来は立法府に独占されるべき刑罰法規の射程の決定権を、その極々一部ではあれ、彼(女)らに委任するに等しい。罪刑法定主義の民主主義的側面(刑罰法規を定立しうるのは民主的に選挙された代表者からなる立法府のみに許されるという、近代国家の大原則)、そして権力分立的側面(刑罰法規を定立する者と、それを適用する者は、同じであってはならないという建前)、さらには憲法41条の含意である国会中心立法の原則の趣旨からすれば、「グレー」な事例が刑罰法規による規制の射程に入るとの最終判断は、裁判所が有罪判決という形でこれを行うべきではなく、裁判所としては、まずは無罪の判決を行った上、被告人の行為を将来的に本当に規制の射程に入れるべきか否かの判断は、国会による再検討に委ねることが、憲法41条(にいう「立法」に含まれることが明らかな刑罰法規に対象を特化した特別規定としての同31条)の命ずるところと考えられる。かくして本意見書が至った結論は、被告人の行為の構成要件該当性につき「合理的な疑いが残る」本件については、第1審判決がいうとおり、まずは現時点では無罪とし、同行った(ような)行為を本来的な処罰対象に含めるべきか否かの最終判

断は、立法府へと差し戻すべきであり、そうすることこそが、公的機関相互間の権限分配に関する近代憲法の基本想定に沿う（「憲法適合的」な）ものというべきである。

（おおいし・かずひこ 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）