

—目次—

はじめに

第一章 社会的迷惑行為の犯罪化

第一節 迷惑防止条例とは

第一項 迷惑防止条例の変遷

第二項 千代田区「生活環境条例」

第二節 社会的迷惑行為の生成と規制の方略の受容過程

第一項 社会的迷惑行為の生成

第二項 社会的迷惑行為に対する規制の方略の受容過程

第三節 迷惑防止条例の問題点

第四節 小括

第二章 社会的迷惑行為における法益論と侵害原理

第一節 問題提起

第二節 迷惑防止条例における法益論

第一項 「公共の平穩」法益について

第二項 タバコの吸い殻のポイ捨て・路上喫煙における法益について

第三項 小括

第三節 Andrew von Hirsch の侵害原理

第一項 Hirsch による法益批判

第二項 Hirsch による侵害原理の射程

第三項 Hirsch の侵害原理に対する評価

第四節 小括

### 第三章 不快な行為の犯罪化の正当化の試みとその批判

第一節 問題の所在

第二節 Andrew von Hirsch の不快原理

第一項 不快と侵害の区別

第二項 Hirsch の不快原理

第三項 不快原理が適用される 4 つの典型例

第四項 媒介原理 (Mediating Principle)

第五項 Hirsch の不快原理に対する評価

第三節 Tatjana Hörnle の議論—感情保護犯について—

第一項 「公共の平穩」法益と感情保護の関係

第二項 他者の権利について

第三項 ドイツ刑法典における感情保護犯の分析

第四節 小括

### 第四章 不快な行為に対する刑事制裁について

第一節 不快原理とその批判

第二節 不快な行為に対する刑事制裁

第三節 社会的迷惑行為をめぐる様々な対応

第一項 過料規定のある迷惑防止条例

第二項 罰金や過料の金銭的制裁規定のない迷惑防止条例

## はじめに

日常生活において我々はしばしば、落書き、タバコやゴミのポイ捨て、コンビニ前での座り込みなどの迷惑で不快な行為に遭遇する。近年、このような迷惑行為は社会的迷惑行為と呼ばれ、社会的迷惑行為に遭遇した多くの人々は、迷惑と感じ、不快感を抱くと言われている。社会的迷惑行為を完全になくすことはできないとしても、減少させる、あるいは、防止させるためには、どのような対策が考えられるだろうか。この問いに対する回答に関して、元吉は社会認識という概念に関連付けて考える。社会認識とは、法律や規則が社会の中で果たす役割、他者との協力・連携、利己的な行動や個人の権利が社会の中で持つ意味をどのように認識しているかというものである<sup>1</sup>。この社会認識に関連した社会的迷惑行為に対する対処方略として、以下の方略が挙げられる。まず、法律や規則などの制度的側面を重視するのが「規制的社会認識」、次に、他者との協力・連帯などの対人的側面を重視するのが「共生的社会認識」、そして、社会に対して無関心で利己的であるのが「利己的社会認識」である<sup>2</sup>。「規制的社会認識」とは、ルールや規制などの制度的側面によって迷惑行為を禁止する規制的な方略のことで<sup>3</sup>、例えば、社会的迷惑行為を禁止する迷惑防止条例が考えられるだろう。次に、「共生的社会認識」とは、キャンペーンなどによって個人の良識やモラルを向上させ自律的に迷惑行為を防止する教育的側面を重視した共生的な方略のことで<sup>4</sup>、例えば、マナー向上を呼びかける CM やポスターが考えられる。そして、「利己的社会認識」とは、迷惑行為に対して、無関心、あるいは放任することである<sup>5</sup>。

これら 3 つの方略のうち本稿がとりわけ注目するのは、「規制的社会認識」を重視した

---

<sup>1</sup> 吉田俊和・安藤直樹・元吉忠寛・藤田達雄・廣岡秀一・斎藤和志・森久美子・石田靖彦・北折充隆「社会的迷惑に関する研究(1)」名古屋大学教育学部紀要(心理学)第46巻(1999年)63頁。

<sup>2</sup> 元吉忠寛「社会的迷惑行為に対する迷惑認知と対処方略」、吉田俊和、斎藤和志、北折充隆編『社会的迷惑の心理学』(ナカニシヤ出版、2009年)27頁。

<sup>3</sup> 元吉・前掲注(2)27~28頁。

<sup>4</sup> 元吉・前掲注(2)28頁。

<sup>5</sup> 元吉・前掲注(2)28頁。

方略である。具体的にいうと、社会的迷惑行為を禁止する迷惑防止条例やそれに類する条例である。例えば、東京都「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」、千代田区「安全で快適な千代田区の生活環境の整備に関する条例」、北九州市「北九州市迷惑行為のない快適な生活環境の確保に関する条例」など名称は様々であるが、いずれもマナーやモラルに関わるような、市民生活に密接した社会的迷惑行為を禁止行為として規定している（以下では、社会的迷惑行為を禁止する条例を総称して迷惑防止条例と記述する）。最近、都道府県や市区町村では、迷惑防止条例の制定や改正が顕著に見られるようになってきている。これらの迷惑防止条例の中には、社会的迷惑行為に対して罰金を科すものも存在し、今や単なる迷惑行為は犯罪化されつつある。

しかし、迷惑防止条例で規制の対象とされている社会的迷惑行為の中には、単にマナーやモラルに関わる行為や、「市民の嗜好」に属する行為が含まれているように思われる。刑罰とは、基本的に、法益を侵害ないし危殆化する行為に科されると考えられている。このような社会的迷惑行為を犯罪と見なし、刑罰を科すことは理論上可能であるのか。社会的迷惑行為といえども、マナーやモラルに関わる行為や「市民の嗜好」に属する行為に対してまで刑罰を科すことは、個人の自由な展開を阻害することにも繋がる可能性があるため、慎重に検討されるべきである。その検討のためには、迷惑で不快な行為を「社会的迷惑行為」という言葉で一括りにすることなく、問題となっている行為を個別具体的に刑罰的観点から検討していく必要があるだろう。

なお、迷惑防止条例とは行政法の管轄であり、迷惑防止条例上の社会的迷惑行為が禁止され、罰金が科されているとしても、その罰金は行政刑罰であるので、上記の問題を刑法理論的観点から考察することには異論があるかもしれない。しかしながら、美濃部は、「行政法上の義務違反に対して刑罰の制裁を定めて居る場合には、刑罰に該当する行為は即ち刑法の意義における犯罪に外ならない<sup>6</sup>」として、「形式上にはこれを一般犯罪と區別すべき根拠なく、單純な行政法上の義務違反に過ぎないものでも、苟も刑罰の制裁が科せら

---

<sup>6</sup> 美濃部達吉『行政刑法概論』（勁草書房、1949年）3頁。

れて居る以上は、法律上は一般の犯罪と全く同様に扱われる<sup>7)</sup>としている。そのため、この問題を刑法理論的観点から考察することは可能であると考えられる。

しかし、本稿では、迷惑防止条例で社会的迷惑行為に対して罰金が科されていることだけでなく、過料が科されていることも問題であると考えている。迷惑防止条例では、社会的迷惑行為に対する制裁として、罰金よりも過料の方が多く規定されている。この過料とは行政上の秩序罰であって、刑罰ではないために、形式上、社会的迷惑行為を犯罪と理解することはできない。さらに過料は、原則としては、間接的に行政目的の達成を妨げるにとどまる単純な義務懈怠に対する対処に限定して存置されてきたということからも<sup>8)</sup>、社会的迷惑行為に対して過料が科される段階では、当該行為を犯罪と理解することはできないかもしれない。しかしながら、迷惑防止条例は、過料規定を用いて「生活の平穩」や「生活環境」といった社会的法益に侵害を加える義務違反への対処にあたっているために、さらに踏み込んで、積極的に行政刑罰の機能を果たしていると考えられる<sup>9)</sup>。したがって、実際に過料は、刑罰と同じ機能を有していると考えられる。さらに、迷惑防止条例は、市民生活に広く関わり、誰もが行為しうるマナーやモラルに関わる社会的迷惑行為を禁止している。そのため、社会的迷惑行為に対して科される過料も、人々の日常生活に広範な関わりを有していることも考慮すると、過料が刑罰ではないからといって簡単に見過ごせるものではない。迷惑防止条例上、過料しか科されていない社会的迷惑行為であっても、犯罪に限りなく近い行為として認識することが可能なのである。

さらに、条例によって保護されている漠然とした利益や、規制の対象とされている社会的迷惑行為概念の曖昧さは、どのような利益を法によって保護するのか、また、どのような行為を法でもって制限するのかという問題につながり、それは、いかなる事象が法益たりうるのか、また、刑法で保護すべき事象は何かという刑法理論における課題と共通すると思われる。したがって、社会的迷惑行為を検討対象とすることによって、刑罰の意義や

---

<sup>7)</sup> 美濃部・前掲注(6) 3頁。

<sup>8)</sup> 市橋克哉「行政罰—行政刑罰、通告処分、過料」公法研究第58号(1996年) 241頁。

<sup>9)</sup> 市橋・前掲注(8) 242頁。

限界を探ることができると思う。

また、いわゆるポイ捨て禁止条例に規定される罰金規定が典型的であるが、実際、条例の刑罰規定は、違反が発生しているにもかかわらず、めったに適用されないという状況にある<sup>10</sup>。それゆえ、刑罰規定は象徴的に盛り込まれているに過ぎないとも考えることができるが、条例で社会的迷惑行為に対して罰金を科すことが予定され、それが適用される可能性がある以上、その妥当性は問われなければならないだろう。

本稿では、単なる迷惑行為が迷惑防止条例で罰金をもって禁止され、犯罪化されつつあることを問題関心とし、刑法理論的観点から、社会的迷惑行為に刑罰を科すことの妥当性を問うことを目的としている。そのために、以下ではまず、迷惑防止条例の変遷を辿る。そして、そこから生じた疑問をもとに、社会的迷惑行為の生成過程と、社会的迷惑行為に対する規制の方略の受容過程を概観し、迷惑防止条例の問題点を挙げる（第一章）。次に、法益論を用いて迷惑防止条例の法益を検討し、さらに、侵害原理のもとで迷惑で不快な行為の犯罪化を理解することの可否を検討する（第二章）。そして、不快な行為の犯罪化を正当化する理論である不快原理と、刑法上の感情保護について検討を試みる（第三章）。最後に、不快原理に対する批判を行い、そして、社会的迷惑行為の中でも、タバコの吸い殻のポイ捨て行為と路上喫煙行為の犯罪化の是非を考察する。その後、社会的迷惑行為をめぐる様々な対応を紹介・検討することによって、社会的迷惑行為に対する望ましい対処方略を示す（第四章）。

## 第一章 社会的迷惑行為の犯罪化

### 第一節 迷惑防止条例とは

#### 第一項 迷惑防止条例の変遷

迷惑な行為を規制する条例は、昭和 37 年に制定された、東京都の「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、東京都「迷惑防止条例」）を始ま

---

<sup>10</sup> 北村喜宣『自治体環境行政法〔第二版〕』（良書普及会、2001年）271頁以下参照。

りとしている。これを皮切りに、東京オリンピックの開催（昭和 39 年 10 月）までに 31 都府県で迷惑防止条例が制定されるが、それらの各犯罪類型の規定の仕方も、また、各府県殆んど同様であって、最初に制定された東京都の条例が、その後の諸条例の雛型となっていることは明らかであるので<sup>11</sup>、以下では初期の迷惑防止条例の代表として、東京都「迷惑防止条例」を考察対象とする。

東京都「迷惑防止条例」の制定背景は、当時社会問題となっていたぐれん隊あるいは暴力団による粗暴行為が大きな契機となったようである。具体的には、ダフヤ、ショバヤ、景品買、タカリ、客引等の行為であり、これらはいずれも暴力団、ぐれん隊の資金源となる行為であると考えられていた<sup>12</sup>。また、これらの行為は街頭で行われ、都民と日常生活に接触をもつ行為であり、社会環境を悪化せしめるとともに、法軽視の風潮を醸成しているとされていた<sup>13</sup>。

このような粗暴行為に対して、警視庁は、昭和 31 年以来いわゆる小暴力の排除を目的に、ぐれん隊取締本部を設け、あるいは盛場環境浄化推進本部などを設置して、取締りの推進を図るとともに、刑事部に捜査第四課を設置して、暴力的不良集団の取締りを強化していた<sup>14</sup>。しかしながら、これらの行為は、根強い組織を背景に、巧みに法網をくぐって行われており、当時の警察庁防犯部長によれば、これらの迷惑行為を摘発する際に、「〔例えば男娼であれば、〕道交法違反ということで処理しようとしても具体的に道路交通の妨害の状況がでにくい。また、軽犯罪法のつきまといというような迷惑行為の規定をあてはめてみましても、迷惑を受けたという立証はきわめて困難で、これも立件し難い」という問題があり、「どんぴしゃりの法令がないのでどうにもその追求に困る」という悩みから、一定の限界を感じざるを得なかったということが述べられている<sup>15</sup>。それゆえ、刑法と軽犯

---

<sup>11</sup> 佐伯千仞「迷惑防止条例」立命館法学 53 卷（1964 年）4 頁。

<sup>12</sup> 佐伯・前掲注（11）3～4 頁。

<sup>13</sup> 乗本正名「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の制定について（一）」警察研究第 33 卷第 11 号（1962 年）57 頁。

<sup>14</sup> 乗本・前掲注（13）57 頁。

<sup>15</sup> 詳細は、石井春水・岩井弘融・上村貞一・田中二郎・乗本正名・平野龍一・山内一夫「〔座

罪法との間隙を埋めるための条例が必要とされた<sup>16</sup>。

さらに、その頃、東京オリンピックの開催が近々に控えていたこともあり、首都東京の街々を治安上きれいにすることや、日本の国際的信用を高めたいという切実な要求も、条例制定の大きな推進力になったようである<sup>17</sup>。街頭等の公共の場所や公共の乗物等から暴力的不良行為を一掃することは、都民の日常的な社会生活の平穩を守り、精神的文化を象ちょうする風俗環境の純化を促進して、わが国の首都としての誇りを持たしめるものであるという考慮があったのである<sup>18</sup>。

また、平野龍一や、警視庁の担当者が出席した迷惑防止条例についての座談会において、平野の「この条例のねらいが、一つは暴力団の資金源を断つということ、・・・もう一つは特にオリンピックを目の前にして街の中を清潔にするという、多少違った狙いがある(が)、どちらの方に重点があるわけですか。」という問いに対して、「重点はやはりあくまでも都民の日常生活に迷惑をかける行為をとらえていこうとするもの」であると、当時警視庁防犯部長であった上村が回答していることから、「迷惑行為の排除」という狙いもあったようである。

「迷惑行為の排除」という狙いについては、迷惑防止条例施行後の全国の検挙状況からも明らかになるだろう<sup>19</sup>。昭和38年1月から9月までの全国13都府県の全検挙数は、2,770件、3,361件であり、これら全国検挙数の約8割を占めている警視庁の(東京都「迷惑防止条例」一筆者加筆)施行以来10月までの全検挙数2,269件、2,667名についてみると、全検挙中のぐれん隊の暴力的不良集団構成員578名(21.2%)、同じく少年301名となっ

---

談会]ぐれん隊防止条例」ジュリスト261号(1962年)11頁。鈴木善晴「迷惑行為の実態と対策」警察学論集第21巻第10号(1968年)11～12頁。

<sup>16</sup> しかし、これについて佐伯は、「実際には、それらの条例が確定している迷惑行為で、既存の刑罰法規を適用して処罰できない場合は殆んどないということを指摘しなければならない。」としている。詳細は、佐伯・前掲注(11)53頁。

<sup>17</sup> 日出菊朗「都民の要望にこたえた『ぐれん隊』防止条例」時の法令第445号(1963年)5頁。

<sup>18</sup> 乗本・前掲注(13)60頁。

<sup>19</sup> 榎野敏雄、原田達夫「いわゆる『ぐれん隊防止条例』施行一年をかえりみて」警察研究第35巻第1号(1964年)104頁以下。

ている。全検挙者の中に占める割合からすれば、暴力団等の比率が必ずしも高いとはいえないということは、この種の条例の現実の姿が小暴力ないし国民の日常生活上の迷惑行為を規制する点にあることがいえる<sup>20</sup>。

以上のような制定背景のもとで、東京都「迷惑防止条例」が制定された。その第一条では、「この条例は、公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為などを防止し、もって県民生活（あるいは都民生活、府民生活、なお滞在者をいれるものもある）の平穩を保持することを目的とする」という制定目的が記された。当時 8 か条から成っていた東京都の迷惑防止条例の、一条の目的規定と八条の罰則規定を除く禁止行為の内容は、「乗車券等の不当な売買行為（ダフヤ行為）の禁止」（二条）、「座席等の不当な供与行為（ショバヤ行為）の禁止」（三条）、「景品買行為の禁止」（四条）、「粗暴行為（ぐれん隊行為等）の禁止」（五条）、「押売行為の禁止」（六条）、「不当な客引行為の禁止」（七条）であった。これらの禁止行為に違反した者には、懲役、三千元以下の罰金または拘留若しくは過料が科され、常習として違反行為をした者については三月以下の懲役または一万円以下の罰金が科された。

東京都「迷惑防止条例」が制定される契機となった小暴力事犯の多発、ぐれん隊等の暴力的不良集団の横行、暴力的社会風潮等に対して、何らかの施策を必要としたという治安上の問題は、ある程度全国的に共通する課題であったということもあり<sup>21</sup>、迷惑防止条例は、昭和 30 年代のうちにいくつかの都府県で施行され、昭和 40 年代にはほとんどの都道府県で施行されることとなった。

その後、迷惑防止条例の制定は一旦沈静化するが、平成に入ってから、とりわけ 1990 年代後半以降、迷惑防止条例の改正が多くの都道府県で見られるようになった。現在では、そのほぼ全てが改正されており、いずれも最後の改正は平成になってから行われている。その背景には、地方自治体や警察は、地域において新たに社会問題となる迷惑行為が発生した時点で、迷惑防止条例を一部改正、あるいは全面改正するなどして、新しく発生した

---

<sup>20</sup> 榎野、原田・前掲注（19）106 頁。

<sup>21</sup> 榎野、原田・前掲注（19）60 頁。

迷惑行為に対応してきた経緯があると言われている<sup>22</sup>。そのため、多くの迷惑防止条例が何度も改正されている。東京都「迷惑防止条例」も、最近の改正でいえば、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の一部を改正する条例が平成 24 年に施行された。その改正では、公衆便所等での盗撮の禁止、悪質な訪問買取等の禁止、スカウト目的で相手方を待つ行為の禁止が新たに規定された。現在、これらの条例の名称や内容は、都道府県ごとに若干の差はあるものの、公衆に著しく迷惑をかける行為を防止して市民生活の平穏を保持することを目的とし、迷惑行為を規定して禁止した上、これらに違反した者を懲役、罰金、拘留又は過料に処すこととし（最も重いものは 1 年以下の懲役又は 100 万円以下の罰金）、常習として違反行為をした者については加重処罰（最も重いものは 2 年以下の懲役又は 100 万円以下の罰金）の対象とするものが一般的である<sup>23</sup>。

そして、とりわけ注目すべき最近の動向としては、市区町村レベルでも、この種の条例の制定が活性化し始めたことである。地区町村において迷惑防止条例が増加している理由は、防犯協会が市町村へ陳謝を出したり、都道府県警が市町村へ要請したりして制定されている状況がよく見られることや<sup>24</sup>、平成 6 年（1994 年）の地方自治法の改正によって、条例上、一般的に過料手法の利用が可能になり<sup>25</sup>、さらに、条例に違反した者に対して、刑罰と並んで 5 万円以下の過料を科す条例もつくることが初めて明定されたことが地方

---

<sup>22</sup> 牧瀬稔「条例から捉える社会的安全政策の現状（第 3 回）～『迷惑防止条例』の意義と現状」捜査研究第 59 巻第 2 号（2010 年）17 頁。

<sup>23</sup> 難波正樹「都道府県の迷惑防止条例について」警察学論集第 63 巻第 2 号（2010 年）47 頁。

<sup>24</sup> 「生活安全条例」研究会『生活安全条例とは何か 監視社会の先にあるもの』（現代人文社、2005 年）13 頁。

<sup>25</sup> 地方自治法の改正までは、地方自治法上、長の定める規則と異なり、条例において一般に過料を科すことについては規定を設けていなかった。このため従来、実務上条例で過料を科すことはできないと解されてきた（石毛正純・法制執務詳解〔改定版〕182 頁）。しかし、学説上は、条例準法律説の立場から、規則で認められているものであれば、当然条例においても科すことができるとする説が有力であり（例えば、兼子仁・行政法総論 215 頁）、実際にまちづくり条例において、申告義務違反者に対して五万円以下の過料を科す旨の規定を置くものもあった（伊賀町環境まちづくり条例）。市橋克哉『別冊法学セミナーNo.168 基本コンメンタール第四版／地方自治法』〔室井力・兼子仁編〕（日本評論社、2001 年）59 頁。

自治体による条例制定を後押ししたと考えられる<sup>26</sup>。

最近の迷惑防止条例、とりわけ、地区町村が制定する迷惑防止条例が禁止する行為は、1960年代に制定された都道府県の迷惑防止条例が禁止する行為よりも多岐にわたり、タバコの吸い殻のポイ捨てや路上喫煙、飼っている犬の糞を放置することなどの、マナーやモラルに関わる行為が禁止されていることが特徴的である。もちろん、マナーやモラルに関わる行為は、1960年代にも存在していた。1960年代の迷惑防止条例が禁止の対象としていた、ダフヤ行為やショバヤ行為もぐれん隊に関わる行為であるというだけでなく、マナーやモラルに関わる行為であるともいえるだろう。しかしながら、最近の迷惑防止条例で禁止されているマナーやモラルに関わる行為とは、市民生活に密接に関係した、誰もが行いうる行為なのである。

また、ある特定の行為だけを禁止することを目的とした、奈良県の「落書きのない美しい奈良をつくる条例」（平成16年施行）や、特定の場所のみを保護する目的で制定された、鳥取県「日本一の鳥取砂丘を守り育てる条例」（平成21年施行）も存在する。奈良県の条例では、落書き行為を行った者に対して、10万円以下の罰金が科されている。鳥取県の条例では、缶やたばこの吸い殻等を投棄する行為等を行い、禁止行為の中止又は原状回復命令に違反した者に対して、5万円以下の過料を科している。

次項では、1990年代後半以降に制定された条例について、東京都千代田区の「安全で快適な千代田区の生活環境の整備に関する条例」（以下「生活環境条例」）を検討することにする。その理由は、千代田区の生活環境条例は、路上禁煙地区内での路上喫煙に関して「努力義務」から一步踏み込んで過料を科すことを決めた全国初の条例であり、この条例を契機として他の地方自治体においても、路上喫煙者に対して罰則規定を設けた条例の制定が

---

<sup>26</sup> 市橋・前掲注（25）59頁。「この過料が、これまでの過料が届出義務違反など間接的に行政目的の達成を妨げる義務違反に対する処罰として用いられてきたのとは比べると。命令違反という直接的に行政目的を侵害する義務違反に対する処罰となっている点は注目に値する。」

広がっているからである<sup>27</sup>。また、この条例が「快適なまちづくり」と「安全なまちづくり」の二つを目標に設定している点も本稿の検討対象にふさわしいものとする。なぜならば、社会的迷惑行為が、ルールやマナー違反や単に迷惑であるということだけでなく、「安全」にも関わるのであれば、刑罰を科す根拠を補強すると考えられるからである。

## 第二項 千代田区「生活環境条例」

### 1 制定背景

千代田区は、平成 14 年 10 月 1 日に「安全で快適な千代田区的生活環境の整備に関する条例」を施行した（以下、「生活環境条例」）。制定背景について、千代田区は、「生活環境条例」以前に制定した、ゴミのポイ捨てや公共の場での喫煙を努力義務として禁止する「吸い殻、空き缶等の散乱防止に関する条例」（いわゆる「ポイ捨て禁止条例」。平成 11 年 4 月施行。）では目立った効果がなかったことを挙げている<sup>28</sup>。「ポイ捨て禁止条例」制定後、千代田区は、携帯灰皿の配布や灰皿の設置、条例に基づいた区民一斉大清掃などのキャンペーンを行ったが、街はきれいにならなかった<sup>29</sup>。そのため、千代田区は人々の「モラル」に頼るのはもはや限界であると考え、罰則付きの「生活環境条例」の制定を進めたのである。

また、区内の防犯協会から「生活安全条例を制定してほしい」という陳述があったことも条例の制定背景の一つとして挙げられている<sup>30</sup>。防犯協会からの区長宛ての陳述文の中には、「割れ窓理論」が紹介されていた。「割れ窓理論」とは、「ビルの割れた窓を放置しておく、監視の目が届かないとみて、次々に窓が割られ、やがては大きな犯罪につながる。だから、小さな犯罪を摘むことこそが大きな犯罪の抑止になる。」と説明される理論である。

---

<sup>27</sup> 例えば、福岡市「人に優しく安全で快適なまち福岡をつくる条例」、東京都杉並区「生活安全及び環境美化に関する条例」、東京都品川区「歩行喫煙および吸い殻・空き缶等の投げ捨てる防止に関する条例」等。

<sup>28</sup> 千代田区生活環境課『路上喫煙に NO!—ルールはマナーを呼ぶか—』（ぎょうせい、2003 年）11～12 頁。

<sup>29</sup> 千代田区生活環境課・前掲注（28）10 頁。

<sup>30</sup> 千代田区生活環境課・前掲注（28）15 頁。

このため、千代田区では、「環境生活条例」に「生活安全」の視点も含めて検討することが課題となった<sup>31</sup>。実際に、この趣旨は生活環境条例の前文で展開されている<sup>32</sup>。

さらに、「生活環境条例」について区民の賛成の声が多かったこともこの条例の制定を後押ししたとされている。平成14年2月の条例骨子公表から平成14年度末まで寄せられた区民等の意見では、74%が賛成し、反対意見を有するのは26%であった<sup>33</sup>。その声の中には、喫煙者のマナーの悪さや、タバコの吸い殻によって街が汚れていること、さらに、歩きタバコによる火傷の被害・危険性や受動喫煙による身体への悪影響についての訴えもみられた<sup>34</sup>。

以上のような経過をへて、2002年6月24日第2回区議会定例会で千代田区「環境生活条例」が可決成立した。路上喫煙地区内での路上喫煙に対して過料を科すという全国初の規定を盛り込んだこの条例は、マスコミの注目を集めただけでなく、全国の自治体が千代田区へ行政視察に訪れた。

## 2 千代田区「生活環境条例」

「生活環境条例」の内容は、第1章「総則」（第1条～第6条）、第2章「安全なまちづくり」（第7条～第8条）、第3章「快適なまちづくり」（第9条～第15条）、第4章「生

---

<sup>31</sup> 千代田区生活環境課・前掲注（28）15頁。

<sup>32</sup> 下線部分。千代田区「生活環境条例」前文

「千代田区は、日本の政治経済の中心地として400年の歴史と伝統と風格を備えたまちである。そこには、その中で住み、働く人々によって形成され、護られてきた生活環境がある。これを、護り、向上させていくことは、先人からこのまちを受け継いだ千代田区に住み、働き、集うすべての人々の責務である。千代田区は、区民とともに、安全で快適な生活環境を護るため、ごみの散乱防止を始め、諸施策を実施してきた。しかし、公共の場所を利用する人々のモラルの低下やルール無視、マナーの欠如などから、生活環境改善の効果は不十分である。生活環境の悪化は、そこに住み、働き、集う人々の日常生活を荒廃させ、ひいては犯罪の多発、地域社会の衰退といった深刻な事態にまでつながりかねない。今こそ、千代田区に関わるすべての人々が総力を挙げて、安全で快適な都市環境づくりに取り組むときであり、区民や事業者等すべての人々の主体的かつ具体的な行動を通じて、安全で快適なモデル都市千代田区をつくっていかう。千代田区は、このような決意のもとにこの条例を定める。」

<sup>33</sup> 千代田区生活環境課・前掲注（28）49頁。

<sup>34</sup> 千代田区生活環境課・前掲注（28）49～58頁。

活環境整備の体制及び活動」(第 16 条～第 23 条)、第 5 章「罰則」(第 24 条～第 26 条)、第 6 章「補則」(第 27 条～第 28 条) から組み立てられている。第 1 章「総則」では、「この条例は、区民等がより一層安全で快適に暮らせるまちづくりに関し必要な事項を定め、区民等の主体的かつ具体的な行動を支援するとともに、生活環境を整備することにより、安全で快適な都市千代田区の実現を図ることを目的とする。」(第 1 条) という条例の目的や、第 2 条「条例における用語の定義」、第 3 条「区の責務」、第 4 条「区民等の責務」、第 5 条「事業者等の責務」、第 6 条「関係行政機関の責務」が定められている。

第 2 章「安全なまちづくり」では、第 7 条「安全環境の整備」で、防犯及び防災のための区の街路灯等の整備努力をうたい、共同住宅や大規模施設の所有者に防犯カメラの設置等を求めている。第 8 章「交通の危険のないまちづくり」では、区が違法広告物や放置自転車等の路上障害物の除去に努めなければならないこと等を定めている。

第 3 章「快適なまちづくり」では、第 9 条「公共の場所の清掃保持」が、公共の場所における、吸い殻、空き缶等の廃棄、落書き、置き看板、のぼり旗、貼り札等の放置、犬猫等のふんの放置を禁止している。第 10 条「土地建物等の占有者等の責務」では、所有者が所有する不動産の環境保全、第 11 条「公共の場所の管理者の責務」では、公共の場所の管理者の環境保全、第 12 条「事業者のごみの散乱防止等に関する責務」では、事業者が事業活動に伴って生じるごみの散乱を防止しなければならないことを定め、第 13 条「チラシ散乱等の防止」では、宣伝物配布の際の美観への配慮義務やチラシ等が散乱した場合の配布者の清掃義務を定め、第 14 条「健全な環境の確保」では、善良な風俗を害し青少年に悪影響を及ぼす活動を行ってはならないことを定めている。第 15 条「改善命令及び公表」では、第 9 条から第 14 条のいずれかの規定に違反する者への区長の改善命令、それに応じない場合の事実の公表を定めている。

第 4 章「生活環境整備の体制及び活動」では、第 16 条「ボランティアの参加及び協力」、第 17 条「生活環境の状況の把握」、第 18 条「千代田区一斉清掃の日」を定めている。第 19 条は区長が「違法駐車など防止重点地区」を指定することができることを定め、第 20

条は、来訪者が多く、吸い殻、空き缶等の散乱が著しく、置き看板等が放置され、かつ、青少年の健全育成が阻害されるおそれがあり、特に環境の改善を図る必要がある地区を、区長が「環境美化・浄化推進モデル地区」として指定することができることを定めている。第 21 条「路上禁煙地区」では、路上禁煙地区において、喫煙及び吸い殻を捨てる行為を禁止する。第 22 条は区民や事業者等による自主的な環境美化のための「環境美化・浄化推進団体及び千代田区生活環境改善連絡協議会」設置について述べ、第 23 条は、事業者等による「環境美化・浄化協定」について定めている。

第 5 章「罰則」では、第 24 条「過料」が、環境美化・浄化推進モデル地区内で第 9 条第 1 項の規定に違反し、生活環境を著しく害していると認められる者、第 21 条第 3 項の規定に違反した者等に対する過料処分について述べている。第 25 条「罰金」では、第 9 条第 1 項の規定に違反し、第 15 条の改善命令を受けてこれに従わなかった者への 5 万円以下の罰金処分を定めている。第 26 条「告発」は、第 25 条に該当する者の区長による告発を定めている。

以上のように、全国で初めて路上喫煙の禁止に踏み込んだことがその大きな特徴である千代田区「生活環境条例」は、路上喫煙行為を禁止するだけではない。この条例が排除しようと盛り込んだ「環境阻害物件」には、タバコの吸い殻、空き缶、食品の容器、チューインガム、紙くず、放置されたチラシ、風俗を乱すようなチラシ・パンフレット、貼り札、違法駐車、路上の商品置き場、置き看板、のぼり旗、犬猫等のふん、生ゴミの散乱、落書き、放置自転車、違法駐車といったように、ありとあらゆるものが含まれている。それゆえ、この条例は、ドラえもんのポケットのように、なんでも入っているという意味で、千代田区総務課の職員達からは「ドラえもん条例」と呼ばれていた<sup>35</sup>。

なお、第 5 章「罰則」は、過料の額については 2 万円以下となっているが、条例施行後は当面、2 千円とされている。これは、あまりにも高すぎる金額であると、実際に過料を徴収する際に職員と違反者の間でトラブルになることが懸念されることや、実効性のある

---

<sup>35</sup> 千代田区生活環境課・前掲注（28）21 頁。

額とするために設定された金額である<sup>36</sup>。過料は、警察・検察に頼ることなく行政が自律的に適用できるのであり、行政が「その気」になりさえすれば、条例違反に対して効果的な執行をすることが可能になる<sup>37</sup>。実際に千代田区では、路上喫煙に対して過料をほぼ悉皆的に適用している<sup>38</sup>。

## 第二節 社会的迷惑行為の生成と規制の方略の受容過程

前節では、迷惑防止条例の変遷を辿ることによって、迷惑防止条例の始まりと現状を概観した。この概観から、とりわけ2つの点に注目したい。それは、迷惑防止条例で禁止の対象とされている社会的迷惑行為が変化していることと、迷惑防止条例の制定が増加していることである。

前者について、上述の概観から、1960年代に制定された迷惑防止条例と、1990年代後半以降の迷惑防止条例とでは、禁止の対象となっている行為に違いがみられたことが明らかになった。詳しく言うと、1990年代後半以降の迷惑防止条例は、マナーやモラルに関わる行為を禁止の対象としていることである。例えば、タバコの吸い殻のポイ捨てや路上喫煙、犬猫等のふんの放置は、1960年代とりわけ東京都「迷惑防止条例」が禁止の対象とする行為の中には含まれていなかった。禁止の対象となる行為が変化した原因は、ぐれん隊の出現や生活環境の悪化など、迷惑防止条例が制定されるその時々社会的な問題に関わっているとも考えられる。しかしながら、マナーやルールに関わるような上記の迷惑行為は、1960年代にも当然存在していたはずである。つまり、ここでの疑問は、なぜ従来単なる迷惑行為として認識されてきた行為が、社会的に非難に値する行為として認識されるようになったのかということである。以下の第一項では、この疑問を出発点として、単なる

---

<sup>36</sup> 千代田区生活環境課・前掲注(28)75～76頁。

<sup>37</sup> 北村喜宣「条例の義務履行確保手法としての過料 路上喫煙を禁止する千代田区生活環境条例を題材に」地方自治職員研修第36巻4号(2003年)21頁。

<sup>38</sup> 千代田区総合ホームページでは、平成14年11月から平成23年12月までの路上喫煙行為に対する過料処分件数が確認できる。

<http://www.city.chiyoda.tokyo.jp/service/00068/d0006855.html>

「迷惑」が「社会的迷惑行為」となる過程を明らかにし、それと同時に、「迷惑」そのものが有する性質を明らかにしていく。

続いて後者の、迷惑防止条例の制定が増加しているという点から生じる疑問は、なぜ社会的迷惑行為の対処方略として、規制的方略が採られるのかということである。社会的迷惑行為とは、もともと単なる迷惑行為であるのだから、無関心あるいは放任という利己的方略や、マナーやルールの向上を目的とした啓発活動を行うという共生的方略が採用されてもよさそうである。第二項では、この疑問を出発点として、単なる迷惑行為である社会的迷惑行為に対して、迷惑防止条例という規制的方略が広く受け入れられるようになった社会的背景を明らかにしていく。

### **第一項 社会的迷惑行為の生成**

我々は、なぜ迷惑な行為を「迷惑」とであると認識するのだろうか。タバコの吸い殻をポイ捨てする行為を例に挙げて考えてみよう。この行為に直面した多くの人々は、「道路が汚れる」「街の美観が損なわれる」「火事の危険がある」「イヤな匂いがする」等々の不快感情を抱くだろう。このことから、迷惑行為の認知者側から捉えた場合、「迷惑」とは、個人的な「不快」という感情を生起させられることといえることができる。

他方で、当該行為を行為者側から捉えた場合、「迷惑」をどのように理解することができるだろうか。もし、行為者が当該行為を行ったとき、周囲に他者が存在しておらず、誰も見ていない状況であったとすれば、当該行為それ自体に対して「迷惑」と感じる他者はいない。したがって、他者に「迷惑」と感じさせるには、前提として受け手が確実に存在することが必要となる。このことをふまえて、周囲に他者が存在している時に、タバコの吸い殻のポイ捨てを行った場合を考えてみよう。行為者本人にとってこの行為は、何も考えずに吸い終わったタバコを道路上に捨てただけの行為かもしれない。しかし、当該行為に直面した人は、上記のような「迷惑」を感じるであろう。本来であればこのような場面で

迷惑行為者は、受け手に迷惑と認知されうる行為を慎む必要があった<sup>39</sup>。このことから、迷惑行為の行為者側から捉えた場合、「迷惑」とは、他者に対する配慮のない行為であるといえるだろう。そして、迷惑な行為として認識されるには、確実に他人が存在することが必要となる<sup>40</sup>。

上記の「迷惑」についての検討から、迷惑行為とは、行為者が他人に対する配慮なしに行為した結果として、他人に不快な感情を生起させる行為であるということが出来る。これは、心理学上の社会的迷惑行為の「行為者が自己の欲求充足を第一に考えることによって、結果として他者に不快な感情を生起させること、またはその行為<sup>41</sup>」という暫定的な定義にも合致するだろう。しかしながら、なぜ個人的な不快感情を引き起こす迷惑行為が、「社会的」に迷惑な行為として認識されるのか、つまり、単なる「迷惑」はどのような過程で「社会的迷惑行為」となるのだろうか。

「迷惑」という心性、その生成と受容の過程について、森は、『迷惑』という感覚の背景には、社会的合意を支えに行為者を責める気持ちがないだろうか。人がある行為を『迷惑』と呼ぶとき、人はその行為がもたらす不快を、(不快を感じる者ではなく)迷惑行為者に帰属することに、何らかの正当性を見いだしている。そしてその正当性の根拠は、多くの場合、社会的合意に求められる。『みんなの迷惑だ』『常識に反している』『マナーが悪い』。迷惑行為者に向けられるこうした言葉は、『みんな』『常識』『マナー』といった、共有され合意された社会的規範の存在を仮定し、そこからの逸脱であることを根拠として当該行為を『迷惑』と位置づけ、糾弾する<sup>42</sup>と分析する。この分析からも、「迷惑」の正体とは、そもそもは個人的な「不快」という感情であることが分かる。そして、もともとは個人的

---

<sup>39</sup> 原田知佳「自己制御と社会的迷惑行為」吉田俊和、斎藤和志、北折充隆編『社会的迷惑の心理学』（ナカニシヤ出版、2009年）96頁。

<sup>40</sup> 原田は、目の前に確実に受け手が存在する迷惑行為を、「对人的迷惑行為」と呼ぶ。原田・前掲注（39）96頁。

<sup>41</sup> 吉田ほか・前掲注（1）54頁。斎藤和志「社会的迷惑行為と社会を考慮すること」愛知淑徳大学論集—文学部篇—第24号（1999年）67～68頁。

<sup>42</sup> 森久美子「迷惑行為の生成と受容過程—列車内での携帯電話マナーに関する意識の変遷から—」吉田俊和、斎藤和志、北折充隆編『社会的迷惑の心理学』（ナカニシヤ出版、2009年）57頁。

な不快感を生起させる「迷惑」は、仮定的な社会的合意や社会的規範から逸脱していることを根拠に、集合的・公共的な「迷惑」とされることにより、社会的に非難に値する社会的迷惑行為になるのである。さらにこの分析から、社会的迷惑行為の「迷惑」とは、個人的な不快ではなく、集合的・公共的な不快であることもわかる。つまり、社会的迷惑行為は、多くの人々に不快感を生起させる行為なのである。

しかし、個々の生活者集団が内部的に共有している社会規範が互いに異なることも多く、よりどころとなる社会的合意、すなわち仮定される「常識」「マナー」は時代や集団によって異なるといえる<sup>43</sup>。その際、社会的迷惑行為は、マナーの問題とされる場合もあれば、そのまま受容される場合もある。迷惑行為を禁止する迷惑防止条例の増加という点から見れば、今日の社会的迷惑行為を取り巻く状況は、前者の方であるといえるだろう。

なお、社会的迷惑行為は、犯罪のような反社会的な行為と重複する部分もあると思われるが、少なくともその行為者自身は、その反社会性を明確に意識していないという点において、いわゆる反社会的行為一般とは区別されるべきであると考えられている<sup>44</sup>。また、社会的迷惑行為に共通して言えるのは、その場に他の人がいなければ、そもそも不快感情を抱く他者がいないため、その行為は、迷惑行為とはなり得ない。つまり、周囲の状況というものが非常に密接に関与してくる行為であると言える<sup>45</sup>。これに対して、反社会的行為は、周囲の状況に関わらず、法的・社会的に逸脱した行為であるといえる。このことから、社会的迷惑行為と反社会的行為は、社会的な問題行動という点では同じではあるが、行為の質は異なると考えられる。

## 第二項 社会的迷惑行為に対する規制の方略の受容過程

社会的迷惑行為の解決策として、近年多くみられる迷惑防止条例は、従来から存在しているものである。1962年（昭和37年）に施行された「公衆に著しく迷惑をかける暴力的

---

<sup>43</sup> 森・前掲注（42）58頁。

<sup>44</sup> 吉田ほか・前掲注（1）54頁。斎藤・前掲注（41）54～55頁。

<sup>45</sup> 原田・前掲注（39）80頁。

不良行為等の防止に関する条例」(以下、迷惑防止条例)が始まりで、それ以来この種の条例が、昭和30年代のうちに、いくつかの都府県で施行され、昭和40年代には、ほとんどの都道府県で施行された。各都道府県で制定されている迷惑防止条例の内容は、いずれも街頭の粗暴な暴力的不法行為(あるいは迷惑行為)の典型的なものを規制し、いわゆるぐれん隊あるいは暴力団の一扫を狙ったものだと説明され、その冒頭には、制定の目的をうたうのが通例になっている<sup>46</sup>。例えば、一般的に、第一条では「この条例は、公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為などを防止し、もって県民生活(あるいは都民生活、府民生活、なお滞在者をいれるものもある)の平穩を保持することを目的とする」というように記述されている。当時の文献によれば<sup>47</sup>、これらの行為は、暴力団あるいはぐれん隊が一般公衆に対して加える表見的な暴力行為あるいはそれに関連する行為として、近年社会的にクローズアップされてきた非行類型であるとされ<sup>48</sup>、迷惑防止条例の制定の趣旨は、暴力団の資金源となっているぐれん隊の粗暴行為や小暴力の根絶にあった。

その後、迷惑防止条例の制定は一旦沈静化したのが、1990年代後半以降になって再びその制定が活性化した。昭和の頃に制定された迷惑防止条例の改正作業も、この時期に入ってから多くみられるようになった。また、都道府県だけでなく、地区町村レベルでも迷惑防止条例が多く制定されるようになった。その禁止行為は、マナーやモラルに関わる行為にも及び、1960年代に制定された迷惑防止条例の禁止行為よりも拡大傾向にある。このように、現代社会において社会的迷惑行為を禁止する迷惑防止条例の制定が増加しているのは、なぜなのであろうか。

現代社会は、ますます「個人化<sup>49</sup>」が進むことによって、個人に多様な選択肢が与えら

---

<sup>46</sup> 佐伯・前掲注(11)3頁。

<sup>47</sup> 石井ほか・前掲注(15)。乗本・前掲注(13)。乗本正名「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の制定について(二)」警察研究第33巻第12号(1962年)33頁以下。鈴木・前掲注(15)。日出・前掲注(17)。榎野、原田・前掲注(19)等。

<sup>48</sup> 佐伯・前掲注(11)3頁。

<sup>49</sup> 個人化とは、1980年代のドイツでウルリッヒ・ベック(Ulrich Beck)らによって使用された概念であり、社会の諸制度、および個人と社会の関係の構造的変化を示す用語である。そこでは、人が伝統的な社会形態や紐帯から解き放たれ、行動に関する知識や信仰や

れ、様々な価値観をもった人々が存在している社会であるといえる。そのことによって、個人が自由に行動できる範囲は広がっているはずである。それにもかかわらず、迷惑防止条例によって、マナーやモラルに関わる行為や「市民の嗜好」に属する行為などの個人の行動が規制されるという傾向が顕著に見られる。個人の多様化が深まっているにも関わらず、同時に不寛容性が高まっている社会は、一見、矛盾しているようにも感じられるが、これこそが現代社会の特徴であると考えられる。つまり、現代社会においては、「自由」に関して、一方では、個人化の進行に伴い、他者からの干渉を免れる個人の「自由」が広がりつつあるといえるが、他方では、迷惑防止条例の制定が増加している傾向にあるように、自己実現を妨げる他者の「自由」に対する不寛容性が高まっているのである。現代社会は、個人の多様性が認められる社会でありながら、同時に、他者による迷惑な行為に対する規制という不寛容な傾向が見られる。そして、このことが、迷惑防止条例による社会的迷惑行為の禁止を促進させる一因であるように推論されるのである。以上のような考えから、「個人化」が進行した背景と、その結果、なぜ現代社会において、上述のような一見矛盾しているように感じられる現象が生じ、他者に対する不寛容性の表れとも言える、迷惑防止条例による社会的迷惑行為の禁止が広く受け入れられるようになったのかを以下で検討したい。

まず、「個人化」という現象がどのようにして現れたのかを検討する。権によれば、次のことを条件として「個人化」という現象が生じるという。『個人化』は主に成熟した近代社会で生じる現象であるが、それは一定の経済成長による物質的生活の向上を条件としている。社会経済の全体的な発展は社会的な格差はそのままに生活水準を底上げすることで、社会的な不平等を問題化する視線を相対的に緩和させる。この『エレベーター効果』によっ

---

規範について伝統が有していた確実性を喪失し、そして社会の中にまったく新しいやり方で組み込まれるという過程が観察される。(伊藤美登里「個人化—ベック」日本社会学会社会学辞典刊行委員会編『社会学辞典』(2010年、丸善株式会社) 230頁。)日本における個人化について論じたものとして、武川正吾「日本における個人化の現象—福祉国家をとおしてみる」ウルリッヒ・ベック、鈴木宗徳、伊藤美登里編『リスク化する日本社会 ウルリッヒ・ベックとの対話』(2011年、岩波書店) 127頁以下。

て、依然として不平等は残るものの、物質的な福祉の達成は、階級的な連帯を弱め、個人的な欲求を優先させる土壌を涵養する<sup>50</sup>。この見解に従うと、確かに日本は、1955年から1973年までの時期に飛躍的な経済成長を遂げたことにより、物質的な生活が向上したといえるだろう。当時の社会では、長期雇用が一般化し、仕事の将来性が約束され、人々は安定的な将来を描くことができた。例えば、女性はそのほとんどが適齢期と呼ばれる年齢前後に結婚して夫の扶養下に入り、その結婚は生涯続くと考えられ、ほとんどの男性は学卒後すぐに正社員として会社に就職し定年まで勤めるものと思われていた<sup>51</sup>。そして、消費社会による多様な選択可能性の高まりは、個々人の自己実現への欲求や生活の向上に対する欲求を高め、景気の好調と相まって、それが満たされうる社会であった。個人と社会の両側面からの生活水準の向上は、日本を「成熟した社会」にし、「個人的な欲求を優先させる土壌」を涵養した。

しかし、とりわけ1990年代の後半以降、このような人生は当然のものではなくなった。それは、加熱した景気が1990年に一挙にバブル崩壊となり、暴騰した株価と地価が暴落したのちに、1990年代はトンネルの先が見えない長い不況となったことに起因するものである。このことによって、労働市場は変化した。例えば、80年代後半まで維持されてきた個人と企業の長期間に渡る契約関係は、比較的サイクルの短いものへと変化しつつある<sup>52</sup>。さらに、長期雇用が約束されたかつての職域は安定した空間であり、とくに日本では、職域が擬制共同体であり、労働者は自らのアイデンティティを職域に求めることができたが<sup>53</sup>、景気の低迷によってこのような職域の安定性は揺らぎ始めた。また、失業の増加だけでなく、積極的・消極的な転職の増加、あるいは年俸制や確定拠出年金といった制度を採用する企業の増加は、疑似家族的と言われてきた日本の「終身雇用」神話の終焉を暗示し

---

<sup>50</sup> 権永詞「生活安定化の課題としての不安—成熟社会におけるヒューマンセキュリティ—」総合政策ワーキングペーパーシリーズNo.108（2007年）8頁。

<sup>51</sup> 伊藤・前掲注（49）230頁。

<sup>52</sup> 権・前掲注（50）12頁。

<sup>53</sup> 武川正吾「福祉国家と個人化」社会学評論第54巻第4号（2004年）329頁。

ているといえる<sup>54</sup>。「職域からの個人の離脱は、それまでの人格的拘束から逃れることができるという意味で、個人の自由の拡大である。しかしそれは使用者が容易に雇用調整を行うようになるという意味では、企業の自由の拡大でもある。このことは個人の立場から見れば、雇用の不安定化にほかならない<sup>55</sup>」のである。終身雇用の崩壊や派遣形態による労働といった雇用形態の変化により、男性は以前のように、長期雇用による安定した将来を描くことができなくなり、それに伴い家族という集団も女性の一生の扶養機関ではなくなった。社会の主要な制度が、集団単位ではなく個人単位になりつつある中で、個人は以前にもまして自身の人生を自身で選択して生きていかなければならなくなった。彼らは、「安定したライフコース・モデルの喪失<sup>56</sup>」という事態に直面するのである。それは、人生の安定性、持続性に対する不安をもたらし<sup>57</sup>、それとともに、将来への不安、社会の衰退と退廃への恐れも一般化することとなり、社会において広い意味での「不安」が創出されるようになったのである。

そして、経済生活の不安定化と同時に、アイデンティティも不安定化することとなる<sup>58</sup>。山田は、「グローバル化などによって、多種多様な人々が身近に生活するようになるだけでなく、メディアによってさまざまな価値観を持った人が多様な生活を営んでいることが認識されるようになる。つまり、自分とは異なった価値観を持つ人が身近にいることを実感する機会が増えるのだ。すると特に生活に不安を持つ人の中で、自分が何者であるか、自分が抱いている価値観が正しいのかどうかという不安を持つ人が多くなる<sup>59</sup>」と指摘する。これに関して、地域社会の在り方の変化という例を挙げて考えてみよう。従来であれば、地域社会において、家族や地域などの伝統的な共同体の役割が存在した。そこでは、人格としての個人は家族のなかに埋め込まれ、家族を構成単位とする町内会・部落会などの包

---

<sup>54</sup> 権・前掲注（50）12頁。

<sup>55</sup> 武川・前掲注（53）329頁。

<sup>56</sup> 権・前掲注（50）12頁。

<sup>57</sup> 権・前掲注（50）12頁。

<sup>58</sup> 山田昌弘「多様性の高まりが不寛容を招く逆説」週刊東洋経済第 6176 号（2008 年）131 頁。

<sup>59</sup> 山田・前掲注（58）131頁。

括的な地縁組織が重要な意味をもっていた<sup>60</sup>。このような伝統社会ではアイデンティティの喪失が問題となることは稀である。なぜなら、自分が何ものであり、どう振る舞うべきか、ということは伝統によって予め決められており、そのことは共同体内部の他者との日常的な交流を通じて、意識されない形ではあるが常に確認されているからだ<sup>61</sup>。しかしながら、「個人化」に伴って、家族や地域、社会階層など、共同関係の母体となった社会領域・組織の分解が進行し始めた<sup>62</sup>。「個人」は、家族や組織に代わって、社会を構成する最小の生産単位となった<sup>63</sup>。60年代に存在していた家族モデルを現代の家族に当てはめようとする、こうしたモデルはそれが完全に失われたわけではないとはいえ、以前のように社会的な継続性と信頼に基づいた、(つまり伝統に支えられた) 所与の関係を示すものではないことがわかる<sup>64</sup>。伝統的な社会を通して形成されていたアイデンティティは、現代社会の中では、自己を通して形成しなければならなくなったのである。そのため、「個人は『自分は何をしたいのか』『何をすべきなのか』という内相的な問いを繰り返しながら、自らの欲求に最適な生活の組み合わせを市場と制度の中から見つけださなくてはならない。なぜなら、内相的な問いに回答がなされない場合、あるいは自らの欲求に適した方策を見出せない場合、それは、『自己組織化』に失敗した結果として、個人の不安を生み出す要因となるからだ<sup>65</sup>」。このことから、人々は「個人の不安」を生み出さないために、「内相的な問いへの回答」、「自らの欲求に適した方策」を見つけ出そうと躍起になるのである。

そして、これに関わるより具体的な現象は、社会内にある身近なトラブルに対する考え方や対処の仕方に現れる。経済生活やアイデンティティが安定しているときには、自分や社会に迷惑が及ばないかぎり、他人がどのような価値観を持っていようが気にならないも

---

<sup>60</sup> 武川・前掲注(53) 330頁。

<sup>61</sup> 権・前掲注(50) 13頁。

<sup>62</sup> 和田仁孝「『個人化』と法システムのゆらぎ」社会学評論第54巻第4号(2004年) 418頁。

<sup>63</sup> 権・前掲注(50) 8~9頁。

<sup>64</sup> 権・前掲注(50) 12頁。

<sup>65</sup> 権・前掲注(50) 9頁。

のであり<sup>66</sup>、たとえ何らかのトラブルが起こったとしても、そのような社会においては、伝統的な共同体の役割を通して個人の生活の問題が解決されてきた。しかしながら、上述した通り、現代社会においては、社会領域・組織の分解や、地域からの個人の離脱により、地域社会は身近なトラブルの解決能力を失いつつある。それにもかかわらず、社会の多様化によって、個々人の様々な価値観が衝突することによってトラブルが生じやすくなっている状況にある。そして、この反動で「価値観」の統一性でアイデンティティを保とうとする動きが強まる<sup>67</sup>。これこそが、「個人の不安」を生み出さないために、「内相的な問いへの回答」、「自らの欲求に適した方策」を見つけ出そうとした結果なのである。人々は統一的な「価値観」を探ることによって、自己のアイデンティティを形成しようとする。そして、その統一的な「価値観」が根拠となって、その「価値観」に合わない他者を、自分の空間から排除していくのである。

これは、現代社会がもたらした新たな社会的排除であろう。従来であれば、「社会的排除は、同和地区における差別のように集団単位で行われた<sup>68</sup>」のであるが、「地域における個人化は社会的排除も個人化する<sup>69</sup>」こととなったのである。自己の価値観に合わない人々を、そこから排除することによって、アイデンティティを確認して安心しようとする動きが起こる。これこそが、自己実現を妨げる他者の「自由」に対する不寛容性を高める基盤となっているのではないだろうか。マナーやモラルに反する社会的迷惑行為を行う他者の「価値観」は、それを行わない人々の「価値観」とは異なる。社会の多様化により、今や、自分の「価値観」に合わない他者は、特定の集団の中に存在するというよりも、どこにでも存在しており、彼らは個人が感じる不安の原因となる。実際に、社会的迷惑が問題となる場面は、自分が非常によく知っている相手との相互作用で問題になるというより、むしろ、あまりよく知らない、見知らぬ他者との社会的状況において問題になることが多いと

---

<sup>66</sup> 武川・前掲注（53）331頁。

<sup>67</sup> 山田・前掲注（58）131頁。

<sup>68</sup> 武川・前掲注（53）331頁。

<sup>69</sup> 武川・前掲注（53）331頁。

いえるだろう<sup>70</sup>。かつては、それが結果的に個人に不安を喚起するものであったとしても、個人が直面していた不確実性は、労働者、女性、子供、老人といった社会集団にとっての問題として表象することができた<sup>71</sup>。しかし、伝統的な社会の解体、そして、「個人化」が進展するほどに、これら不確実性は個人が感じる不安という形以外で表現することが困難になるのである<sup>72</sup>。

上述の通り、個人のアイデンティティは、家族や地域、職場集団などの共同関係の母体となる共同社会関係のなかに係留されることで、安定的に構成されていた。それと同様に、法と感情の関係を社会的に分析する和田は、被害者の怒りや紛争当事者の当惑といった、法の作動に一定の関わりをもつ感情的要素も、かつては、家族や地域、職場集団などの共同関係の母体となる共同社会関係が受け皿となることによって吸収されていたと考える<sup>73</sup>。そのことによって、法は、まさにこれらの感情的要素を法外の問題として排除し、法専門的対応のみを提供することで足りていた<sup>74</sup>。そうした中では、感情はきわめて個人的な私域的領域に属するものとして、まさにそれ自体を対象とする狭い領域を除いて、脚光を浴びることはなかったのである<sup>75</sup>。

しかし、現在では感情的要素の受け皿として機能していた共同社会関係は分解が進んでいる。そのことによって、統一的なアイデンティティが喪失されたのと同様に、感情的要素も解放されることになる。そうであるとすれば、この感情的要素を管理し、制御するテクノロジーが要請されるのは必然であり、それが法システムに応答を求めて噴出してきていると考えることができる<sup>76</sup>。

以上の社会学的考察を本稿の問題関心に関連付けて考慮してみる。家族や地域、職場集団などの共同関係の母体となる共同社会関係が分解されておらず、地域からの個人の

---

<sup>70</sup> 元吉・前掲注(2) 28頁。

<sup>71</sup> 権・前掲注(50) 11頁。

<sup>72</sup> 権・前掲注(50) 11頁。

<sup>73</sup> 和田仁孝『『感情』の横溢と法の変容』法と情動第60号(2004年) 2頁。

<sup>74</sup> 和田・前掲注(73) 2頁。

<sup>75</sup> 和田・前掲注(73) 5頁。

<sup>76</sup> 和田・前掲注(73) 2頁、6頁。

離脱が進んでいなかった社会では、人々のアイデンティティや価値観は安定していた。そのため、社会生活におけるマナーやモラルに関わる迷惑行為が生じたとしても、迷惑行為から生起される不快感や迷惑行為から生じるトラブルは、共同的社会関係や地域内で吸収・解決されてきた。

しかしながら、現代社会において、雇用の不安定化や共同的社会関係の分解に起因するアイデンティティや価値観の不安定化によって、統一的なアイデンティティや価値観は喪失した。社会が多様化することにも伴って、個々人の様々な価値観は衝突することとなる。このため、迷惑行為から生起する不快感や迷惑行為から生じるトラブルは起こりやすくなるが、かつてその問題を解決する役割を果たしていた共同社会関係の分解が進む現代社会においては、その問題が吸収・解決されることはない。さらに、現代社会において、迷惑行為は、多くの人々に不快感を生起させる行為、すなわち社会的迷惑行為として理解される。なぜならば、人々は、迷惑な行為を行う他者に向けて、「みんなの迷惑だ」「常識に反している」「マナーが悪い」といった言葉で社会的規範を仮定することによって人々の価値観を統一させ、そこからの逸脱を根拠に、迷惑行為を社会的に非難に値する行為として認識するからである。

現代社会は、社会的迷惑行為の対処方略として、共生的方略や利己的方略を取りづらい社会であるといえる。さらに、従来、感情的要素は、法の外側の問題として扱われていたため、不快感という感情的要素に関わる迷惑行為も、法の外側の問題として扱われていたが、感情的要素の受け皿が少なくなった現代社会においては、法システムにその管理・制御が求められることになるのである。そのため、社会的迷惑行為の対処方略は、規制的方略、つまり迷惑防止条例に求められるようになり、社会的にも広く受け入れられることになったと考えられる。

### 第三節 迷惑防止条例の問題点

上記の検討から、迷惑防止条例は、その時々で社会で問題となっている社会的迷惑行為

の解決を目的として制定されてきたということができよう。さらに、その社会的迷惑行為は、刑法、軽犯罪法等の既存の法律では規制することができない行為であり、もしくは、既存の法律の規定を当てはめても、立証や立件が困難であるとされている行為であった。そのため、迷惑防止条例は、それら既存の法律の間隙を埋める役割を果たすと考えられていた。このことから、その地域の実情に応じて規制することができる迷惑防止条例は、都道府県や市区町村が抱える問題を解決するための一つの有効な手段として捉えることができるだろう。さらに、迷惑防止条例は、そのほとんどが何度も改正されていたり、新たに制定されたりしており、その視点で捉えると、迷惑防止条例は、国に先駆けて地方自治体や警察の創意工夫により制定されてきた能動的な要素を持つ条例であるということが出来る<sup>77</sup>。

しかしながら、迷惑防止条例には以下のようないくつかの問題点があるように思われる。まず、主に 1990 年代後半以降に制定された迷惑防止条例に、新たな禁止行為が規定されていることである。東京都「迷惑防止条例」では、その制定経緯からしても、暴力団の資金源となるような行為が禁止されていた。上記の検討からは、「暴力団の資金源の断絶」だけでなく、「都民の日常的な社会生活の保護」や「オリンピックの開催に向けた治安整備」を目的として制定されたともいえるが、公衆に対する迷惑行為一般の防止という体裁をとりつつも、暴力団対策上の観点が強く意識されていたことは否定できず、東京都「迷惑防止条例」が規定していた禁止行為は、暴力団やぐれん隊特有の行為であったといえる。しかしながら、最近の迷惑防止条例では、例えば、タバコの吸い殻のポイ捨てや路上喫煙など、東京都「迷惑防止条例」では禁止されていなかった新たな行為が禁止の対象とされている。これに関して、刑法理論的観点からいえば、新しい犯罪類型を安易に作ることは、刑罰は謙抑的であるべきという刑事政策の大原則に反することを意味するだろう<sup>78</sup>。したがって、この新たな迷惑行為を可罰的であるとして犯罪とみなすのであれば、その妥当性

---

<sup>77</sup> 牧瀬・前掲注 (22) 18 頁。

<sup>78</sup> 『『東京都安全・安心まちづくり条例 (生活安全条例)』案の制定に反対する法律家声明』法と民主主義第 379 巻 (2003 年) 44 頁。

が検討されなければならない。

そして、最近の迷惑防止条例が規定する新たな禁止行為の中に、マナーやモラルに関わる行為が含まれていることも見過ごせない。例えば、タバコの吸い殻のポイ捨て行為や路上喫煙行為は、確かに迷惑行為であるという社会的認識が広まっているが、一方で、喫煙行為それ自体は市民生活に定着している行為であるため、犯罪行為であるとは断言し難いのではないだろうか。それにもかかわらず、千代田区「生活環境条例」では、タバコの吸い殻のポイ捨て行為や路上喫煙行為に対して、過料が科せられ、タバコの吸い殻のポイ捨て行為については、改善命令を受けてこれに従わなかった場合には、5万円以下の罰金が科される。神奈川県平塚市「さわやかで清潔なまちづくり条例」では、路上喫煙行為について、指導・勧告命令を受けてこれに従わなかった場合には、2万円以下の罰金が科される。タバコの吸い殻のポイ捨て行為や路上喫煙行為は、本来であればマナーやモラルに関わる行為であるにもかかわらず、迷惑防止条例上、罰金が科されることによって犯罪化されている。しかしながら、当該行為に刑罰を科す根拠はどこに求められるのであろうか。当該行為から想起される否定的な影響としては、例えば、タバコの吸い殻のポイ捨てによって街が汚れることや、受動喫煙によって与えられる身体に対する悪影響などが考えられる。しかし、これらの否定的な影響が、当該行為に対して刑罰を科す根拠となりえるのだろうか。

次いで、上述では、千代田区「生活環境条例」の制定経緯の中で、防犯協会からの区長宛ての陳述文の中で「割れ窓理論」が紹介されていたこと、そして、それが千代田区「生活環境条例」の前文においても展開されていたことを述べた。この理論のもとでは、「迷惑防止条例等において規制される行為は、重大な犯罪に発展するおそれのある行為や他の犯罪の手段となる行為であったり、街頭等において公然と行われる秩序違反行為であり、これらの行為を看過しないことが、市民生活に対する不安や脅威を防止し、国民の規範意識を高め、街頭犯罪をはじめとする犯罪全体を抑止することにつながる<sup>79)</sup>」と解されること

---

<sup>79)</sup> 難波・前掲注(23)46頁。

になるだろう。しかし、一見もっともらしく説明されるこの「割れ窓理論」を引用することによって、帰属の問題についての検討が放棄されているのではないだろうか。迷惑防止条例で禁止されている社会的迷惑行為と、後に起るかもしれない犯罪との間には、因果関係が存在するといえるのだろうか。

さらに、初期の迷惑防止条例とは異なって、主に 1990 年代後半以降に制定された迷惑防止条例では、規制方式が変化していることも大きな特徴である。初期の迷惑防止条例は、違反行為があればすぐに処罰されるというものであったが、1990 年代後半以降に制定された迷惑防止条例では、初期の迷惑防止条例と同じ規制方式だけでなく、禁止違反行為のあとに、「中止・退去」行政命令がなされ、さらにその命令に違反すれば処罰するという、民事的規制と刑事的規制との結合という形式をとるものがいくつか存在している。このような「ハイブリッド型規制<sup>80</sup>」と呼ばれる規制方式は、予防的な行政命令が前置されているものの、命令違反行為が直ちに処罰されることから、結局、これまで犯罪とされず、刑罰の対象とされてこなかった、また、立法部により処罰に値するとは未だ評価されていない行為が、行政命令を媒介としつつ、刑罰の威嚇によって制約を受けることになる<sup>81</sup>。「それ自体犯罪とはならない行為が広範に規制される時、実際に処罰される場合が少ないからと言って、はたして、刑法の謙抑主義に適合しているといえるのであろうか<sup>82</sup>」という問題が、迷惑防止条例に問われているのである。

そして次に、保護法益に関する問題である。東京都「迷惑防止条例」の法益は、その第一条「目的」から「生活の平穩」であり、千代田区「生活環境条例」の法益は、その第一

---

<sup>80</sup> ハイブリッド型規制とは、「『犯罪』が存在しない段階で、まず行政的規制として始動し、行政命令違反行為としての『犯罪』が存在する段階に至ると、刑事的規制へと移行する」と説明される規制方式である。これについては、葛野尋之「社会的迷惑行為のハイブリッド型規制と適正手続」立命館法学第 327・328 号（2009 年第 5・6 号）参照。

なお、ハイブリッド型規制の別称として、阿部は「ワンクッション・システム」と称する。「行政上の規制に違反しても、そのうえで指導、改善命令などを受けて、それに違反して初めて処罰される（ないし行政上の制裁を受ける）のをワンクッション・システムと称する。」これについては、阿部泰隆『行政の法システム（下）〔新版〕』（1997 年、有斐閣）参照。

<sup>81</sup> 葛野尋之「コメント」刑法雑誌第 48 巻第 2 号（2009 年）281 頁。

<sup>82</sup> 葛野・前掲注（80）282 頁。

条「目的」から「安全で快適な都市」であることがわかる。しかし、これらの迷惑防止条例そのものの法益は、不明確で曖昧な概念であるために、具体的な被害者や侵害状況が明らかではない。したがって、これらの法益の内容を明らかにし、その正当性を問うことが必要となる。

さらに、社会的迷惑行為の生成に関する検討から、もともとは個人的な不快感を生起させる迷惑行為が、多くの人々に不快感を生起させる社会的迷惑行為になるということが明らかになったが、ここから生じる疑問は、多くの人々に不快感を生起させることを根拠として刑罰を科すことを正当化できるのかということである。これについては、刑法によって感情を保護することは可能なのかということが問題となるだろう。

また、社会的迷惑行為の問題の解決策としては、過料など刑罰以外の手段も用いられている。それらの手段に実効性があるのであれば、刑罰的介入は不要なはずである。なぜなら、「刑罰が正当化されるのは、禁止されるべき行為が市民や共同体を侵害していて、その侵害に対して、刑罰以外には有効な手段がない場合だけである<sup>83</sup>」からだ。したがって、刑罰以外の手段の実効性についての検討が必要である。

#### 第四節 小括

本章では、まず、1960年代に制定された迷惑防止条例として、東京都「迷惑防止条例」を取り上げ、迷惑防止条例の制定が再び活性化し始めた1990年代後半以降に制定された迷惑防止条例として、千代田区「生活環境条例」を取り上げることによって、迷惑防止条例の変遷について概観した。この概観から明らかになったこととして、とりわけ注目すべきは、迷惑防止条例で禁止されている行為に変化が見られたことである。東京都「迷惑防止条例」が禁止していた行為が、暴力団やぐれん隊特有の行為であったのに対して、1990年代後半以降に制定された「迷惑防止条例」は、タバコの吸い殻のポイ捨てや路上喫煙と

---

<sup>83</sup> Claus Roxin, Einführung in die Grundprobleme des Strafrechts, Sanshusha 1976, S.8. この文献の紹介として、中義勝、園田寿（紹介）クラウス・ロクシン「刑法入門」関西大学法学論集第27巻第1号（1977年）134頁以下。

いった、マナーやモラルに関わり、誰もが行いうる行為を禁止していた。

迷惑防止条例の変遷を概観した後、社会的迷惑行為の生成と規制の方略の受容過程を検討した。そのことから、社会的迷惑行為とは、もともと、個人的な不快感を生起させる「迷惑」であるが、仮定的な社会的合意によって、集合的・社会的な不快感を生起させる「迷惑」となることで、社会的に非難に値する社会的迷惑行為になることが明らかになった。

そして、社会的迷惑行為に対する規制の方略が広く社会に受け入れられるようになった過程を社会学的観点から考察した。高度経済成長から雇用の不安定化という経済生活の流れの中で生じた、家族や地域、職場集団などの共同社会関係の分解、アイデンティティや価値観の不安定化、受け皿のなくなった感情的要素といった社会の現象が、社会的迷惑行為に対して共生的方略や利己の方略を採りづらくし、規制の方略が社会に受け入れられやすくなっていることを明らかにした。

最後にこれまでの検討をふまえて、マナーやモラルに関わる行為が犯罪化されていることや、迷惑防止条例そのものの法益が不明確な概念であること、さらに、多くの人々に不快感を生起させたことを根拠として社会的迷惑行為に刑罰を科すことが正当化されるのかということなどの迷惑防止条例の問題点を挙げた。

## 第二章 社会的迷惑行為における法益論と侵害原理

### 第一節 問題提起

上述した通り、迷惑防止条例における法益は、「生活の平穏」（東京都「迷惑防止条例」）や、「安全で快適な都市」（千代田区「生活環境条例」）であった。他の都道府県による迷惑防止条例では、生活の「平穏」だけでなく、「安全」の保持も挙げるもの（青森県（厳密には、「県民生活の安全」と「地域の平穏」）、福島県、栃木県及び岐阜県）、「平穏」を挙げずに「生活の安全と秩序」の維持を挙げるもの（兵庫県）もあるが、これも生活の「平穏」だけを挙げるものと実質的違いはないだろう<sup>84</sup>。さらに、平成に入ってから制定された府

---

<sup>84</sup> 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

県の条例は、いずれも、題名及び目的規定に「公衆に著しく迷惑をかける行為」、「公衆に不安等を覚えさせる行為」という用語を用いており、「暴力的不良行為等」という用語を用いていない<sup>85</sup>。したがって、都道府県の迷惑防止条例は、現在では、市民生活の平穩を害する迷惑行為一般を広く規制する性格を有するものであると考えられる<sup>86</sup>。これらのことから、迷惑防止条例の法益は、一般に「生活の平穩」を保護していると解し、この法益を実質的に検討していくこととする。

そして、本稿では、この「生活の平穩」法益を考察するために、Tatjana Hörnle（以下、Hörnle）による刑法典でいうところの「公共の平穩」法益についての検討を見ていくことにする。その理由は、刑法典における「公共の平穩」法益は、条例における「生活の平穩」法益と同様の性質を有していると考えられるからである。Hörnle は、「公共の平穩」法益を「見せかけの根拠づけ」とであると解する。ドイツ刑法典では、いくつかの構成要件が「公共の平穩」に対する犯罪として捉えられている（例えば、ドイツ刑法典 126 条<sup>87</sup>、同 130 条<sup>88</sup>、同 166 条<sup>89</sup>など）。しかし、Hörnle は「公共の平穩」法益に対して明らかであるのは、集合的に分類された財が問題になっているに違いないということのみで、どのような状態が保護されるべきなのかということとは明らかではないと述べる<sup>90</sup>。迷惑防止条例で法益として設定されている「生活の平穩」からも、保護されるべき状態、あるいは、どのように侵害・危殆化されるのかを見いだすことはできないと述べたのは上記のとおりである。このような「公共の平穩」法益に対する Hörnle の見解は、「公共の平穩」概念があまりにも抽象的で、曖昧であるためである。それゆえ、当該刑罰規定の処罰範囲は不明確なものとなる。この問題は、迷惑防止条例にも同様に当てはまる。つまり、迷惑防止条

---

裁判論集上巻』（判例タイムズ社、2006年）516頁。

<sup>85</sup> 難波・前掲注（23）49頁。

<sup>86</sup> 難波・前掲注（23）49頁。

<sup>87</sup> ドイツ刑法 126 条 犯行を行う旨の脅迫により公の平和を乱す罪

<sup>88</sup> ドイツ刑法 130 条 民衆扇動

<sup>89</sup> ドイツ刑法 166 条 信条、宗教団体及び世界観を共有する団体に対する冒瀆

<sup>90</sup> Tatjana Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten : Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus.*, Frankfurt am Main 2005, S. 90.

例の法益である「生活の平穩」概念も抽象的であるために、迷惑防止条例上の規定の処罰範囲が不明確なものとなっているということである。この点にも、「公共の平穩」法益と「生活の平穩」法益の共通性が見出される。

したがって、迷惑防止条例における「生活の平穩」法益は、刑法典における「公共の平穩」法益と軸を一にすると考え、次節では、「公共の平穩」法益を手がかりにして、迷惑防止条例そのものの法益である「生活の平穩」法益の内容を明らかにし、その妥当性を考察する。

その後、具体的な社会的迷惑行為から観念できる法益についても検討を行う。迷惑防止条例が禁止する社会的迷惑行為には多種多様な行為が含まれており、それらの行為から観念できる法益は、迷惑防止条例そのものの法益と全く同じであるとはいえない。本稿では、社会的迷惑行為の中から、タバコの吸い殻のポイ捨て行為と路上喫煙行為を取り上げる。

## 第二節 迷惑防止条例における法益論

### 第一項 「公共の平穩」法益について

ここでは、ドイツ刑法典における「公共の平穩」法益の中身を Hörnle の検討から明らかにする。「公共の平穩」法益の実際に保護されるべき状態、そして、それがどのようにして侵害ないし危殆化されるのかを検討することにより、「公共の平穩」法益が刑法上の保護に値する利益として正当であるかどうかを考察する。さらに、それを手がかりとして、迷惑防止条例上の「生活の平穩」を、刑罰をもって保護すべき法益として認めることができるのかどうかを考える。

ドイツ刑法典における「公共の平穩」の保護は、ドイツ刑法典上の多くの規定において刑罰による威嚇の根拠として持ち出される。例えば、ドイツ刑法 126 条（犯行を行う旨の脅迫により公の平和を乱す罪）、同 130 条（民衆扇動）、同 130 条 a（犯罪行為への指揮）、同 131 条（暴力の記述）、同 140 条（犯罪行為への報酬の支払い及び是認）、同 166 条（信條の冒瀆）、同 167 条（宗教活動の妨害）や、部分的には、ドイツ刑法 167 条 a（葬儀の

妨害)、同 168 条 (死者の安息の妨害) が「公共の平穩」を法益としている。さらに、「国内の平穩」法益もしくは「政治の平穩」法益に焦点を合わせるものとしては、ドイツ刑法 90 条 a、同 86 条 a、同 111 条が挙げられる。

このように、ドイツ刑法典上の多くの規定で「公共の平穩」が法益として設定されているにもかかわらず、この法益に対しては批判がある。集合的に整除された財に関わる問題に違いないということが明らかで、どのような状態が保護されるべきなのかということは明らかではないという批判や<sup>91</sup>、どのようにして公共の平穩の攪乱が観念されなければならないのか、そして、いかにしてそれが生じるのかという批判が示されている<sup>92</sup>。古典的法益とは違って、「公共の平穩」法益それ自体からは、上記の批判に対する回答を読み取ることはできないだろう。そのため、「公共の平穩」を法益とする刑罰規定の射程範囲や処罰範囲は、不明確なものとなってしまう。

この「公共の平穩」法益に対する批判は、迷惑防止条例における「生活の平穩」法益にも同様に当てはまるだろう。「生活の平穩」法益それ自体からも、何に対するある程度具体的な侵害ないし危険が要求されているのかは明らかではない。さらに、迷惑防止条例の場合、全く性質の異なる構成要件が規定されているにもかかわらず、それらの法益は一括して「生活の平穩」と説明されている。各構成要件は、この「生活の平穩」法益からそれぞれのより具体的な利益を観念しなければならない。これに関しても、「ときおり、その概念が、実証主義的な観念の総体と、そのつどの利益集団の構想のために、最も一般的な決まり文句を示しているように思われる<sup>93</sup>」という「公共の平穩」法益に対する批判が、同様に「生活の平穩」法益にも当てはまる。これらの法益を形式的に理解するだけでは、その侵害ないし危殆化の内容を事後的に説明するための概念、もしくは、説明しないことを許すための概念でしかなくなる。このように、「公共の平穩」法益と「生活の平穩」法益とは、その法律の種類や構成要件は異なるが、両法益が抱える普遍的な問題は重なるように思わ

---

<sup>91</sup> Ibid.

<sup>92</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 91.

<sup>93</sup> Thomas Fischer, *Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung*, Würzburg 1986, S.1.

れる。それゆえ、「公共の平穩」法益に対する検討を手がかりに、迷惑防止条例における「生活の平穩」法益の正統性を検討することは不適切ではないと考える。

以下では、「公共の平穩」法益が、刑法上の保護に値する利益であるのかを検討する Hörnle の議論を紹介する。その際、ドイツ刑法典の「公共の平穩」法益における「一般的な法的安定性」と「公共の平穩の攪乱」という 2 つの定義について検討する。

## 1 「一般的な法的安定性」

公共の平穩の概念は、客観的な要素と主観的な要素に言い換えられるとされている<sup>94</sup>。それによれば、公共の平穩は、「一般的な法的安定性の状態ならびに一般的な法的安定性への信頼に基づいた国民の中の安全感情<sup>95</sup>」であると定義される。Hörnle は客観的な「一般的な法的安定性」を「公共の安全」と重要な相違点がないとして、同義のものとして扱い、主観的な「一般的な法的安定性への信頼に基づいた国民の中の安全感情」については、「安全感情」と同義のものとして扱う。それゆえ、ここでは、端的にいうと「公共の安全と安全感情」が公共の平穩であると理解されることになる。しかし、客観的な状態である「公共の安全」と主観的な評価である「安全感情」は、同一のものではない。それゆえ、両概念は個別に検討されることになる<sup>96</sup>。

### 1-1 「公共の安全」

Hörnle は、「一般的な法的安全性」という概念それ自体はもっともらしいものであるが、法規範を考慮した場合に事態は進捗しないとする。なぜなら、各々の犯罪行為は、法秩序と警察法 (Polizeirecht) 上の意味における公共の安全に対する違反を意味しており、保護すべき状態を犯罪が起こらないこととする法益の定義は、何ら独立的な意義内容をもたず、

---

<sup>94</sup> Adolf Schönke / Horst Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. München 2010, § 126 Rn 1.

<sup>95</sup> Ibid.

<sup>96</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 92 ff.

全ての刑罰規範によって追求されるべき目標を再現しているにすぎないからである。

しかしながら、Hörnle は、「一般的な法的安全性」を集散的に整序された財として構成する可能性が残されているとして、さらに検討を進める。その検討は、一般に認められている通貨や司法といった古典的な集合的法益と、「一般的な法的安定性」あるいは「公共の平穩」を比較することによって、以下のように行われる。

一方で、通貨偽造罪などの集合的法益に対する犯罪は、具体的な人間の侵害という事態に至る前に、重要な社会的制度に対して深刻な害を与えるという状態が現れうる。それゆえ、社会的制度に対する侵害と個々の国民に対する侵害とは、完全に等しいものではなく、その概念が被るわけではない。他方で、「一般的な法的安定性」あるいは「公共の安全」に対する侵害を考えた場合、「一般的な法的安定性」あるいは「公共の安全」という財の射程範囲と、その財の背後にある個人的法益との射程範囲は完全に等しいものになる。なぜなら、「公共の安全」の侵害は、すでに正当と認められている法益が、侵害ないし危殆化されることなしには起こりえないからである。それゆえ、古典的な集合的法益と「一般的な法的安定性」あるいは「公共の安全」は異なるために、結局、いかなる役割が「一般的な法的安定性」あるいは「公共の安全」という独立した法益に当然付与されることになるのかは明らかではないと結論づける。

Hörnle に従って、「公共の安全」という財の射程範囲と個人的法益の射程範囲は完全に等しいと解するならば、個人的法益を侵害する全ての犯罪行為は、「公共の安全」を侵害するということになり、ひいては、「公共の平穩」法益を侵害することにつながるだろう。しかしながら、すでに正当と認められている法益が侵害されることにより、「公共の安全」が侵害され、それによって「公共の平穩」法益が侵害されると解する何層にも及ぶ判断は意味がない。なぜならば、すでに正当と認められた法益の侵害ないし危殆化が証明された時点で、刑罰を根拠づけることで足りるからである。それゆえ、Hörnle が結論づけたように、「公共の平穩」概念の内容としての「公共の安全」法益に、独立した意義や役割を与えることは意味がないだろう。

上記の検討で Hörnle は、公共の安全と個人的法益との関係を考察することで「公共の安全」法益そのものを否定した。その結論に異論はないが、仮に「公共の安全」法益を認めるとした場合、公共の安全に対する侵害を国家に対する侵害と解釈することはできるのだろうか。これについて伊藤は、「公共の安全攪乱が、直ちに国家権力そのものに対する侵害となるか、については疑問ないとしな。国家権力によって公共の秩序及び安全が維持されているとしても、誰がそれを保護するか（法益保護の主体）ということと誰にそれが帰属するか（法益帰属の主体）ということは、区別されるべきだと考えるからである。そうだとすれば、直接の被害者については個人犯罪として評価されてしまっていることをもって、直ちに国家権力が全面に出てくる理由はないというべきであろう<sup>97</sup>」と解する。したがって、仮に「公共の安全」法益が認められるとした場合でも、その侵害を理由として国家を侵害したと解する必要はないだろう。

上記の検討を手がかりとすると、迷惑防止条例における「生活の平穩」法益は、どのように理解することができるだろうか。迷惑防止条例の目的規定には、「安全で快適に暮らせるまちづくり」（千代田区「生活環境条例」）や「市民生活の安全と安心が確保される地域社会の実現を図ることを目的とする」（広島市暴走族追放条例）等の文言がみられることや、迷惑防止条例に防犯及び防災の観点が取り入れられている。したがって、迷惑防止条例における「生活の平穩」法益の内容には、「公共の安全」という利益が含まれているといえるだろう。

しかしながら、Hörnle による検討からは、「公共の安全」法益そのものを認めることができなかった。社会的迷惑行為によって個人的法益が侵害され、そのために「公共の安全」が侵害されたということは意味がない。社会的迷惑行為そのものが個人的法益に与えた侵害を根拠に刑罰を科すことで足りる。それゆえ、迷惑防止条例における「公共の安全」法益そのものを認めることはできないだろう。

---

<sup>97</sup> 伊藤司「騒擾罪の保護法益についての一考察（1）—刑法における「社会」概念を視座において—」北大法学論集第 34 巻第 1 号（1983 年）87 頁。

また、伊藤による検討からは、迷惑防止条例で禁止されている社会的迷惑行為を行ったからといって、当該条例を制定した行政それ自体を侵害したと解する必要はないといえるだろう。これについても、社会的迷惑行為それ自体が被害者に与えた侵害を問題とすることで十分であるといえる。

以上の検討から、迷惑防止条例における「生活の平穩」法益から派生する「公共の安全」法益そのものが認められないということが明らかになり、そのことから、そもそも法益として認められない「公共の安全」の侵害ないし危殆化を根拠として社会的迷惑行為に刑罰を科することは正当化できないと結論づけることができる<sup>98</sup>。

## 1-2 「安全感情」

Hörnle によれば、「公共の平穩」概念の言い換えの一つである「一般的な法的安定性への信頼に基づいた国民の中の安全感情」の定義は、感情保護の手がかりとなるという。なぜなら、「一般的な法的安定性への低下した信頼」もしくは「国民における毀損された安全感情」という状態は、「不安」や「心配」という言葉に言い換えることができるからである。そのため、「安全感情」とは、個々の市民の感情的な考えの総体に過ぎないといえることができる。

このような「安全感情」を、刑法上の集合的な財として承認するためには、心理的な状態を測定することが必要となる。理論的にいえば、心理的な状態は社会心理学で測られるだろうが、そのような状態を測定することは難しく、可能であったとしても、その限界値を確定することは困難である。これに関しては、世論調査という方法も考えられるが、世論調査が提供するものは、信頼できる価値ではなく、短期間に形成される、急速に変化する断面的な記録だけである。これらのことから、Hörnle は、法律上の文脈の中で、社会心理

---

<sup>98</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 92 ff.; Tatjana Hörnle, Der Schutz von Gefühlen im StGB, in: Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 270.

的な状態に関する確固たる命題を作成することは不可能であるとし、さらに、「信頼」とは、安全の状態と等しいものではなく、主観的で、しばしば客観的に存在する状態の歪曲した反映であるので、「信頼」それ自体は、ほとんど保護するに値しないものであるとする。以上のことから、Hörnle は、「国民の中の信頼」や「安全感情」のような社会心理的な状態は、何ら適格性のある法益ではないと結論づける。

また、Hörnle は、「国民の中の信頼」や「安全感情」という内容を含む「公共の平穩」法益が、見せかけの法益であると主張する。なぜならば、「国民の中の信頼」や「安全感情」のような社会心理的な状態を測定することは困難であるにもかかわらず、感情的な反作用に関連付けた「公共の平穩」法益が用いられているからである。それゆえ、Hörnle は、「公共の平穩」法益を、見せかけの合理的な外見を作り出しているに過ぎないと解するのである<sup>99</sup>。

別の見解として、「国民の中の信頼」や「安全感情」という感情に関わる集合的法益の法益としての適格性を否定した Hörnle に対し、Roxin は、威嚇感情 (Bedrohungsgefühlen) のみが保護法益と見なすことができるとする<sup>100</sup>。なぜなら、Roxin は、国民に不安のない社会生活を保障することは国家の任務であるので、国民の一部に対する、憎悪や暴力的手段、軽蔑といった差別的言動の扇動を処罰すること (ドイツ刑法 130 条 1 項、2 項) は、正当であると考えからである。このことから、例えば露出行為の処罰は、当事者である女性に性的干渉に対する恐怖心 (Furcht) を生じさせるに違いないという状況下で行われた場合に限って正当化されることになる。

---

<sup>99</sup> Ibid.; Tatjana Hörnle, *Offensive Behavior and German Penal Law*, *Buffalo Criminal Law Review* 5 2001, at 257.; Tatjana Hörnle, *Legal Regulation of Offence*, in: Andrew von Hirsch / AP Simester (eds.), *Incivilities*, Oxford und Portland, Oregon: Hart Publishing 2006, at 135-136.

<sup>100</sup> Claus Roxin, *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, 2005, S.141 f. この文献の翻訳として、クラウス・ロクシン／松原芳博訳「刑法の任務としての法益保護」早稲田法学第 82 巻第 3 号 (2007 年) 225 頁以下。なお、松原は、*Bedrohungsgefühlen* を「恐怖心」と訳す。

しかし、Roxin は、その他の感情保護は、刑法の任務とはなりえないとする。なぜなら、Roxin は、自分の価値観と矛盾する態度に対する寛容は、他文化的な社会の前提の一部であると考えるからである。それゆえ、公然で性的行為を行うことにより不快感 (Ärgernis) を引き起こす者 (ドイツ刑法 183 条 a) を処罰するドイツ刑法は、あまりにも広すぎるものとして理解される。Roxin によれば、このような事例における問題は、目を逸らすことによって自ら解決することができ、また、共同生活の自由と安全は、少なくともそれによって毀損されていないために、このような事例を処罰することは過剰反応であると解される。

以上の検討を手がかりとすると、迷惑防止条例における「生活の平穩」法益はどのような理解することができるだろうか。前章の検討で、迷惑防止条例が禁止している社会的迷惑行為は、多くの人々に不快感を生起させる行為であるということを明らかにした。そのことから、一つの考慮として、迷惑防止条例は、多くの人々に不快感を生起させる行為を禁止していると考えられることができるだろう。それゆえ、迷惑防止条例が保護している一つの利益として、「感情」を挙げることができる。また、迷惑防止条例の目的規定や条文規定には、「市民生活の安全と安心が確保される地域社会の実現を図ることを目的とする」、「公衆に不安又は恐怖を覚えさせる<sup>101</sup>」(「広島市暴走族追放条例」) や「安心、安全で快適なまちの実現」(名古屋市「安心・安全で快適なまちづくりなごや条例」) 等の文言が用いられており、「安心」、「不安」、「恐怖」等の心理的な状態が保護されるべき利益の一つとされていることが看取できる。したがって、迷惑防止条例における「生活の平穩」法益の内容には、「感情」に関わる利益が含まれているといえるだろう。

しかしながら、Hörnle は、「国民の中の信頼」や「安全感情」という心理的状态は測ることができないというために、感情に関わる集合的公益の公益としての適格性を認めていなかった。また、「安全感情」は、個人のコミュニケーションや情報行動

---

<sup>101</sup> 広島市暴走族追放条例第 16 条 (行為の禁止) ①「何人も、次に掲げる行為をしてはならない。」1「公共の場所において、当該場所の所有者又は管理者の承諾又は許可を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集又は集会を行うこと。」

(Informationsverhalten) の帰結として生じ<sup>102</sup>、現実的な安全だけに依拠するのではないために<sup>103</sup>、「安全感情」を独自の価値として刑法が保護する必要性はないということもできるだろう。これと同様に、迷惑防止条例における「不快感」や「安心」等も心理的狀態であるために、測定することができないといえる。また、例えば、国民が抱いている犯罪に対する不安の高まり、つまり、体感治安の悪化は、実際の犯罪の認知件数及び検挙率に基づくものではなく<sup>104</sup>、その悪化に大きな役割を果たしているのは、マスコミ、市民活動家、行政・政治家、専門家であるといわれている<sup>105</sup>。このことから、心理的狀態は、様々な要因によって左右され、実際の現実的・客観的な状態を必ずしも反映するわけではないといえることができる。したがって、測定不可能な感情に関わる法益の法益としての適格性は疑わしく、迷惑防止条例における「不快感」や「安心」等の感情に関わる法益も認めることはできないだろう。

次に、Roxin は、刑法上、威嚇感情 (Bedrohungsgefühlen) の保護だけが認められると主張した。しかし、Hörnle に従えば、心理的な感情を測ることはできないために、威嚇感情 (Bedrohungsgefühlen) の保護も否定されるだろう。また、Hörnle の見解と同様の趣旨の見解として、「広島市暴走族追放条例」における規定の中で見られる「公衆に不安又は恐怖を覚えさせる」という文言について、「公衆の不安や恐怖は本来多数人の内心に関わるものであるから、客観的に認定することが困難で、条例執行者の主観に左右されやすいことは否定できない<sup>106</sup>」という指摘がなされている。これらのことから、迷惑防止条例上の「恐怖」等の感情に関わる法益も認めることはできない。

さらに、Roxin は、威嚇感情 (Bedrohungsgefühlen) の保護以外の感情保護は認めら

---

<sup>102</sup> Christoph Gusy, Polizei und private Sicherheitsdienste im öffentlichen Raum, Verwaltungs-Archiv 2001, S. 362.

<sup>103</sup> Gusy (Fn. 102), S. 360.

<sup>104</sup> 浜井浩一「日本の治安悪化神話はいかに作られたか—治安悪化の実体と背景要因—(モラル・パニック)を越えて—」犯罪社会学研究第 29 号 (2004 年) 10 頁以下。

<sup>105</sup> 浜井・前掲注 (104) 10 頁以下。

<sup>106</sup> 飯田稔「法令の合憲限定解釈とその要件—広島市暴走族追放条例事件最高裁判決—」亜細亜法学第 43 巻第 1 号 (2008 年) 126 頁。

れないと主張していた。それらの感情については、「自分の価値観と矛盾する態度に対する寛容」や「目を逸らすこと」で解決できるとしていた。このことは、社会的迷惑行為にも妥当すると考えられる。つまり、社会的迷惑行為も、寛容になることで見過ごすことができ、目を逸らすことで無視することができる場合があるからである。

そして、最後に、Hörnle が「公共の平穩」法益を見せかけの法益であると指摘したことについて触れておく。Hörnle は、「公共の平穩」法益とは、感情保護という連関を覆い隠している見せかけの法益であると考え、このことを手がかりに、ドイツ刑法典におけるいくつかの規定が、耐えがたく、不快な行為を扱っていることを指摘する<sup>107</sup>。そして、これらの行為の多くは、具体的な人への明らかな侵害という結果に至らないにもかかわらず<sup>108</sup>、「公共の平穩」を危殆化するという理由のために禁止されているとする<sup>109</sup>。Hörnle は、感情に関わる法益の法益としての適格性を認めなかったが、見せかけの「公共の平穩」法益を設定しながら、実際には感情を保護している構成要件についての検討を行っている。これについては、次章で考察することとする。

## 2 「公共の平穩の攪乱」

次に、「公共の平穩」の言い換えである、雰囲気の変更に関連する「公共の平穩の攪乱」という客観的な状態について検討する。これは、「精神的な雰囲気」が作りだされ、その雰囲気の中で、潜在的な行為者を扇動して犯罪行為を起こさせようような、もしくは、平穩の攪乱が掻き立てられるような「精神的な雰囲気」がある場合に、公共の平穩の攪乱があると解するものである。典型的には、民衆扇動罪（ドイツ刑法 130 条）が問題となる場合に「公共の平穩の攪乱」という定義が用いられる。

この定義を検討する際に Hörnle が注目するのは、記述された社会心理的な状態それ自体が、後の結果に左右されることなく阻止されるべきかどうかという点である。Hörnle

---

<sup>107</sup> Hörnle, *supra* note (99) (Offensive Behavior and German Penal Law), at 255.

<sup>108</sup> Hörnle, *supra* note (99) (Offensive Behavior and German Penal Law), at 255.

<sup>109</sup> Hörnle, *supra* note (99) (Legal Regulation of Offence), at 134.

は、「扇動する」という動詞から容易に連想できることは、阻止されるべき悪（Übel）の中核が、主に雰囲気それ自体にあるのではなく、扇動行為によって後に引き起こされるかもしれない犯罪行為にあるということを述べる。それゆえ、雰囲気保護の規定は、暴力行為の前に、個人に割り当てられた財の保護についての一般的な刑法上の規範を支援する側防的規範であると解す。このために、扇動行為によって引き起こされるであろう後の侵害的な結果が予見されることになり、刑法上の保護が前傾化される。つまり、この規範は、集合的法益から離れて個人の権利の保護に資する規範へと向かうことになるのである。

しかし、ここで可罰性がなお正統化されうるために、どこまで個人的法益に対する潜在的な危険を「希薄化」することが許されるのかという問題が生じるだろう。Hörnleによれば、この行為と危険に関わる不可避で困難な問題を回避することを可能にするのが、まさに「公共の平穩」法益であるという。なぜならば、上述した雰囲気保護という法益を是認することによる個人的法益の保護の極端な前傾化は、集合的法益という根拠づけによって偽装される際に生じるからである。そのため、Hörnleは、行為者によって帰責可能に惹起された不法とは全く関係のない要因でさえも考慮することを容認する、「公共の平穩の攪乱」という定義での「公共の平穩」法益は、正当なものではないと結論づける<sup>110</sup>。

以上のHörnleの検討からは、扇動行為がどのような経過をたどって後の犯罪行為に至りうるのか、また、後の犯罪行為による結果が最初の行為者に帰責されてよいのかという問題を回避するために、「公共の平穩」という集合的法益が用いられているということが明らかになった。これについては、迷惑防止条例においても同様のことがいえる。迷惑防止条例には、「割れ窓理論」が考慮に入れられていることが多い。千代田区「生活環境条例」でも「割れ窓理論」をゴミにも適用し、小さな吸い殻がゴミを捨てても平気でいられる街をつくってしまったのではないかと推論し<sup>111</sup>、さらには、千代田区「生活環境条例」の前文で展開されているように、生活環境の悪化は、犯罪の多発、地域社会の衰退といった深

---

<sup>110</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 94 ff.

<sup>111</sup> 千代田区生活環境課・前掲注(28) 19頁。

刻な事態にまでつながりかねないとしている。つまり、迷惑防止条例では、社会的迷惑行為とそれを放置したことによって生じる後の重大な犯罪による侵害ないし危険の関係が何ら明らかにされないまま、将来の不確定な侵害ないし危険を根拠に社会的迷惑行為が禁止されているのである。迷惑防止条例における「生活の平穩」法益も、社会的迷惑行為が後にどのような重大な犯罪を引き起こし、その犯罪がどのような侵害的又は危険な結果を生じさせるのかという問題の説明を不要にする機能を果たしているといえる。社会的迷惑行為と後の犯罪によって生じた侵害ないし危険との因果関係が問われるべきであって、その説明を不要にする迷惑防止条例における「生活の平穩」法益の正当性を認めることはできない。

## 第二項 タバコの吸い殻のポイ捨て・路上喫煙における法益について

### 1 「身体」、「健康」

路上喫煙行為について問題となるのは、歩きタバコによる火傷の被害・危険性と受動喫煙による身体に対する悪影響である。前章で記述した通り、火傷の被害・危険性や受動喫煙による身体への悪影響は、千代田区「生活環境条例」の制定経緯の中でも取り上げられていた。このことから、路上喫煙行為から観念できる法益は、「身体」や「健康」ということになる。また、深町は、歩きタバコによる火傷の危険性を考慮に入れることによって、路上喫煙における社会侵害性の実質を「人の身体に対する危険」として構成し、人の生命・身体・財産などに対する侵害に着目した伝統的刑法犯をいわば前倒しした犯罪として構成することは十分に可能であるとしている<sup>112</sup>。さらに、「路上喫煙は、不特定多数人が行き来する公共の場所における喫煙行為であり、こうした不特定多数人に火傷を負わせる危険性のある行為として法的規制の対象とすることは十分に可能である<sup>113</sup>」とも述べている。

実際に歩きタバコによって他者に火傷を負わせるという結果が生じた場合、確かに「身

---

<sup>112</sup> 深町晋也、「路上喫煙・ポイ捨て禁止条例と刑罰論」立教法学第79号（2010年）65頁。

<sup>113</sup> 深町・前掲注（112）71頁。

体」に対する侵害が存在するといえる。しかし、それは刑法上の傷害罪もしくは過失傷害罪に該当する行為であるので、刑法を適用して処罰することが可能である。したがって、歩きタバコによる火傷の被害は、そもそも迷惑防止条例で解決されるべき問題ではない。また、歩きタバコによる火傷の被害を刑罰法規の根拠として迷惑防止条例で禁止することは、国法によって先占された問題領域に対する侵犯となるだろう<sup>114</sup>。

さらに、歩きタバコによる火傷の危険性については、歩行喫煙行為と火傷の危険性を端的に結び付けて理解することには問題があると思われる。確かに、歩行喫煙による火傷の危険性は存在するが、それを刑法上の議論として取り上げ、歩行喫煙行為と火傷の危険性とを結び付けて理解するのであれば、タバコあるいはタバコの火それ自体が危険な武器として扱われなければならないだろう。そうなれば、歩行喫煙行為や路上喫煙行為どころか、私的領域における喫煙行為でさえ危険な行為となるのではないだろうか。そのように解するのであれば、これもまた、迷惑防止条例で解決されるべき問題ではなく、刑法を適用して処罰されるべきであるといえる。しかしながら、実際にタバコあるいはタバコの火それ自体を武器と解し、刑法を適用して処罰することは現実的ではないだろう。なぜならば、歩行喫煙行為による火傷の危険性についての問題の本質は、喫煙者のマナー違反にあるからである。したがって、歩きタバコによる火傷の危険性を考慮した「身体」法益は、少なくとも迷惑防止条例上で、刑罰を用いてまで保護するべき法益ではないと考える。

以上のことから、歩きタバコによる火傷の被害を考慮した「身体」法益は、迷惑防止条例で保護するべき法益ではないし、歩きタバコによる危険性を考慮した「身体」法益は、刑罰を用いてまで保護するべき法益ではないと考える。

次に、受動喫煙による身体の悪影響から観念できる「健康」法益については、どのように考えられるだろうか。健康の増進のために、自宅での喫煙を含めて一切の喫煙を禁止するような立法に対して松宮は、「有害とはいえタバコの毒性の一麻薬や毒ガス等と比較した一弱さや、喫煙という習慣の社会への定着の度合いを考慮すれば、刑法があまりにも個人

---

<sup>114</sup> 佐伯・前掲注(11) 26頁。

の私的領域に介入しすぎるように思われる<sup>115</sup>」として、「妥当な立法とは思われない」と解する。さらに、ここに「刑法は個人の私的領域には介入するべきでない」という刑事立法の限界基準がみえてくるという<sup>116</sup>。「健康」という法益そのものは正当であっても、受動喫煙による侵害性の程度は低いものであるので、受動喫煙による身体の悪影響を考慮した「健康」法益は、刑罰を用いてまで保護すべき法益ではないといえる。

## 2 「生活環境」

タバコの吸い殻のポイ捨て行為について問題となるのは、吸い殻によって街が汚れることである。これについても、前述の通り、千代田区「生活環境条例」の制定経緯の中で取り上げられていた問題であった。また、千代田区「生活環境条例」は、生活環境の整備に関わる条例であるということや、広島市「ポイ捨て等の防止に関する条例」でも、第一条の目的規定において、当該条例が「快適な生活環境」に資することを明記しているということから、「生活環境」は、タバコの吸い殻のポイ捨て行為から観念できる法益にとどまらず、迷惑防止条例そのものの法益といえることができるだろう。

伊東は、タバコの吸い殻や飲料の空き缶・空きボトルがそこそこに投げ捨てられている街並み等々は、多くの人間にとっては（おそらく）好ましからざる「環境」であることは間違いなく、それは、人間が生活していく上での精神衛生面をも含めた環境という意味で、「生活環境」と呼ぶこともできるであろうと述べる<sup>117</sup>。しかし、「環境刑法にいう環境」とは、まず第一に、そのような人間の心理的・情緒的あるいは意思的側面に関わるものを

---

<sup>115</sup> 松宮孝明「今日の日本刑法学とその課題」立命館法学第304号（2005年6号）307～308頁。

<sup>116</sup> この後、松宮は続けて、「このような限界基準は、『法益保護の原則』そのものからは出てこない…なぜなら、タバコの煙、とわけ副流煙は、他者の健康にとって有害なので、私的領域においても健康を危険にさらされる他者が存在しうる限り、喫煙を禁止し、かつ、喫煙を助長するような行為も禁止しておくほうが、他者の健康という「法益」保護にとって一例えその効果はわずかであっても一好ましいからである」と述べて、『法益保護の原則』は、刑事立法を限界づけることもできないし正当化することもできない」とする。（松宮・前掲注（115）308頁。）

<sup>117</sup> 伊東研祐／町野朔編『環境刑法の総合的研究』（信山社、2003年）48頁。

除いて考えるべきことになるとして<sup>118</sup>、「生活環境」は「環境刑法にいう環境」には含まれないと解する。伊東に従えば、タバコのポイ捨てによって街が汚れるというような心理的側面を含めた「生活環境」は、法益として認められないことになるだろう。また、社会心理的な状態は、何ら適格性のある法益ではないとする Hörnle の見解からも、この「生活環境」法益は、否定されることになるだろう。

また、町野は「環境刑法の保護法益が問題とされるときには、個人の生命・身体という伝統的な個人法益と、それに解消しえない、豊かな自然環境を共有する権利という、新たな個人的（あるいは社会的）法益の二つが存在している<sup>119</sup>」と主張する。上記で伊東が述べたように、「生活環境」を「人間が生活していく上での精神衛生面をも含めた環境」という意味で捉えるならば、「生活環境」とは、町野のいう後者の法益に分類される。つまり、「生活環境」は、「個人法益に解消しえない、豊かな自然環境を共有する権利という、新たな個人的（あるいは社会的）法益」であるといえ、「生活環境」法益として認められることになる。

しかし、町野は、刑法に固有の法益、例えば、稀少生物、景観、生態系などの環境財の保護が問題とされる場合には、ダイオキシンの大気・土壌・河川への放出のような「新たな侵害行為」に対応した法益の保護が問題なのではなく、「新たな個人的（あるいは社会的）法益」の保護のために刑法が用いられるべきかが問題であると述べる<sup>120</sup>。町野は、刑罰的保護のあり方以前に、およそ刑法による保護を肯定すべきかを問題とするのである<sup>121</sup>。それゆえ、町野の見解に従えば、「生活環境」法益が刑法による保護に値するかを考える必要があるだろう。

町野は、「豊かな自然環境を共有する権利」について、「豊かな自然環境を享受する権利

---

<sup>118</sup> 伊東・前掲注（117）49頁。

<sup>119</sup> 町野・前掲注（117）（『環境刑法の総合的研究』）36頁。町野朔「環境刑法と環境倫理（下）」上智法学論集第43巻第2号（1999年）16頁。

<sup>120</sup> 町野・前掲注（117）（『環境刑法の総合的研究』）36頁。町野・前掲注（119）（「環境刑法と環境倫理（下）」）17頁。

<sup>121</sup> 町野・前掲注（117）（『環境刑法の総合的研究』）37頁。町野・前掲注（119）（「環境刑法と環境倫理（下）」）17頁。

は、それを『精神的法益』と名付けたとしても、その実質は人々の法的に是認されるべき感情であり、それ故、生命・身体・財産という伝統的な個人法益と比べるなら、かなり希薄化した法益である」とする。「生活環境」法益は、「個人法益に解消しえない、豊かな自然環境を共有する権利という、新たな個人的（あるいは社会的）法益」に分類されるということは上記で示した通りであって、この記述を「生活環境」法益に当てはめて考えると、「生活環境」法益の実質は「感情」であるということと、そのために「生活環境」法益は伝統的な個人法益と比較して、かなり希薄化した法益となるということができよう。

「生活環境」法益の実質が「感情」であると解した場合、上述の伊東や Hörnle の見解に従えば、心理的側面を含む法益や、感情に基づく法益は認められないので、「生活環境」法益も、法益として認められないという結論に至る。したがって、「生活環境」法益の侵害ないし危殆化を処罰根拠として刑罰を科すことは正当化できない。また、町野のいう「新たな個人的（あるいは社会的）法益」は、その実質を「感情」と捉える限りでは、少なくとも刑法で保護すべき法益として認めることはできないので<sup>122</sup>、刑法による保護を肯定すべきかを問題にする必要もないといえる。

「生活環境」を感情に関わる法益と捉える見解に対して、深町は、生活環境の悪化はまさしく当該場所の住民にとっては、その生命・健康に対する危険を与えるものであると考え、「生活環境」は、その生存に不可欠な基盤であると解する<sup>123</sup>。そして、深町はこの理解に従い、「生活環境」を保護法益として認めた場合、タバコの吸い殻のポイ捨ては、ごみのポイ捨ての一種として生活環境に対して負荷を与える行為であると解する<sup>124</sup>。

---

<sup>122</sup> 但し、民法上では「不安感・不快感」が保護に値する利益として認められる場合がある。これに関する文献として、須加憲子「高度な危険を有する（バイオハザード）研究施設による『不安感・恐怖感』と『生活平穩権』について—国立感染症研究所実験等差止事件を契機として—」早稲田法学第 78 卷 1 号（2002 年）167 頁以下。吉村良一「『平穩生活権』の意義」越智敏裕ほか編『水野武夫先生古稀記念論文集 行政と国民の権利』（法律文化社、2011 年）232 頁以下。

<sup>123</sup> 深町・前掲注（112）72～73 頁。

<sup>124</sup> 深町・前掲注（112）71 頁。

さらに深町は、Kuhlen の「累積犯<sup>125</sup>」の観点から、個々のポイ捨て行為自体が直接的に環境に与える影響は僅少であると言わざるを得ないが、かかる行為が正に強度の誘発的性質を有していることは疑いなく、そのようなポイ捨て行為をそれ自体として「生活環境に負荷を与える行為」として法的規制の対象とすることは、なお可能であろうと解する<sup>126</sup>。その上で、「ポイ捨てをすると街が汚れるのでポイ捨てをすな」という規範は一定程度存在するか、少なくとも受容可能な規範であると考えられるので、タバコの吸い殻のポイ捨て行為を、刑罰による抑止の対象とすることに特段の障害はないと結論づける<sup>127</sup>。

しかし、複数の行為による軽微な結果が累積したことにより重大な実害が生じることを処罰根拠とする累積犯の概念に対しては、「法益侵害の重大な危険を惹起したから処罰されるのではなく、法益侵害またはその重大な危険を将来生じさせるのに寄与するから処罰することになり、それはいわば嫌疑刑の思想である<sup>128</sup>」という批判や、「行為者に対して、自分とは関係のない他人の同種の大量・反復行為によって生じた（生じうるであろう）結果についての責任を問われなければならないのか<sup>129</sup>」という問題性が指摘されている。確かに、個別的なタバコの吸い殻のポイ捨て行為それ自体に、他の多数人によるタバコの吸い殻のポイ捨て行為から生じた法益に対する侵害ないし危険の結果についての責任までも負わせることは妥当ではない。

それゆえ、個別的なタバコの吸い殻のポイ捨て行為それ自体が、深町の解する意味での「生活環境」法益に与える侵害ないし危険を考慮しなければならないだろう。しかし、これについては、「個々のポイ捨て行為自体が直接的に環境に与える影響は僅少であると言わざるを得ない」と深町も認めているように、個別的なタバコのポイ捨て行為それ自体から、

---

<sup>125</sup> Lothar Kuhlen, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), GA 1986, S.389 ff.

<sup>126</sup> 深町・前掲注(112) 74 頁。

<sup>127</sup> 深町・前掲注(112) 76 頁。

<sup>128</sup> 金尚均「処罰段階の早期化再考」『村井敏邦先生古稀記念論文集 人権の刑事法学』(日本評論社、2011 年) 68 頁。

<sup>129</sup> 齋野彦弥「環境刑法の法益保護」現代刑事法 No. 34 (第 4 巻第 2 号)(現代法律出版、2002 年) 35~36 頁。

「生活環境」法益に対する侵害ない危険を見いだすことは困難である。

なお、齋野は、「反面では、地球環境段階での環境侵害行為と人間の法益関係性が希薄だからといって、一切の犯罪化を拒絶することもまた妥当ではない<sup>130</sup>」として、地球環境段階での環境侵害行為と人間の法益関係性との希薄性を補償する要因を次のように述べる。

「関係性の希薄性を補償するのは、クーレン（Kuhlen）のいう、累積という単に数量的な問題であるよりも、一旦汚染したらそれが回復することがきわめて困難であるという、侵害の不可逆性・非回復性、損害が現実化した場合…、例えば、地球上、人類存続の危機にみまわれるほどの、多数人への甚大な損害の発生という結果の重大性、個別的行為を処罰しなければ容易に模倣され、同種の汚染行為が反復される誘発性、またほかの要因・原因と複合して結果が生ずる、複合性等の、法的侵害の量的な側面を高める要因に求めるべきであり、そこに、環境犯罪の法益（侵害・危殆化）の特殊性があるといえる<sup>131</sup>」と述べる。地球環境段階での環境侵害行為と、生活環境段階での環境侵害行為とは、その侵害の規模や程度が異なるが、この要因を一つの手がかりとしてポイ捨て行為と深町の解する意味での、つまり、「生活環境の悪化はまさしく当該場所の住民にとっては、その生命・健康に対する危険を与える<sup>132</sup>」という意味での「生活環境」法益との関係性を考えてみる。

まず、タバコの吸い殻のポイ捨て行為は、地域住民の存続の危機にみまわれるほどの結果の重大性を引き起こす行為ではない。そして、当該行為の誘発性については肯定できるが、それによって引き起こされた結果、具体的にいえば、街や路上で大量にタバコの吸い殻が散見している状態が、住民の生命・健康に対する侵害ないし危険を与えるとは言い難い。さらに、当該行為の複合性については、例えば、タバコの吸い殻が街や路上に放置することは、犯罪に繋がるという考えがあるが、この「割れ窓理論」に由来する考えは、上記で否定したとおりである。したがって、タバコの吸い殻のポイ捨て行為と「生活環境」法益の関係性は、希薄化したものであるといえるので、「生活環境」法益は、環境法益とし

---

<sup>130</sup> 齋野・前掲注（129）36頁。

<sup>131</sup> 齋野・前掲注（129）36頁。

<sup>132</sup> 深町・前掲注（112）72～73頁。

での特殊性もないといえる。それゆえ、タバコの吸い殻のポイ捨て行為から観念できる「生活環境」法益は、刑罰を用いてまで保護しなければならない法益であるとは言い難い。

### 第三項 小括

本節では、「迷惑防止条例」そのものの法益である「生活の平穩」法益と、タバコの吸い殻のポイ捨て行為と路上喫煙行為から観念できる「身体」、「健康」、「生活環境」法益について検討を行った。

「生活の平穩」法益の検討の際には、主に Hörnle の「公共の平穩」法益に関する見解を手がかりとした。「公共の平穩」法益からは、「公共の安全」、「安全感情」、「公共の平穩の攪乱」という利益が見いだされた。それぞれ検討した結果、「公共の平穩」という利益には、独立した意義や役割を与えることは意味のないことであり、それゆえ、法益として認められないという結論に至った。次に、「安全感情」という利益については、心理的状态は測定することができないため、何ら適格性のある法益ではないという結論に至った。そして、雰囲気の変更に関連する「公共の平穩の攪乱」という客観的な状態については、行為者によって帰責可能に惹起された不法とは全く関係のない要因でさえも考慮することを容認する概念であるため、「公共の平穩の攪乱」という定義での「公共の平穩」法益は、正当なものではないという結論に至った。

「公共の安全」、「安全感情」、「公共の平穩の攪乱」という利益は、迷惑防止条例における「生活の平穩」法益からも見いだされる利益であり、これら 3 つの利益を含む迷惑防止条例における「生活の平穩」法益も正当なものではないために、「生活の平穩」法益は、迷惑防止条例で社会的迷惑行為に対して刑罰を科す根拠として認められないと考えた。

そして、タバコの吸い殻のポイ捨て行為と路上喫煙行為から観念できる「身体」、「健康」、「生活環境」法益については、いずれの法益も、迷惑防止条例で刑罰を科してまで保護すべき法益ではないと考えた。

### 第三節 Andrew von Hirsch の侵害原理

上記では、法益論の観点から、迷惑防止条例で社会的迷惑行為に対して刑罰を科すことの是非を検討してきたが、法益で説明することはできなかった。それゆえ、法益論の観点からは、迷惑防止条例が社会的迷惑行為に対して刑罰を科すことを正当化できないということができる。しかしながら、英米の刑法理論においては、不快感を生じさせたことを根拠として刑罰的介入を正当化する考え方がある。この考え方が妥当なものであれば、迷惑防止条例上、社会的迷惑行為に対して刑罰を科すことを認めることができるかもしれない。

英米の刑法理論では、刑罰を科す根拠を、日本やドイツのように「法益」に求めるのではなく、「侵害原理」に求める。侵害原理<sup>133</sup> (harm principle) とは、John Stuart Mill (以下 Mill) の『自由論』の中で主張された原理である。Mill は、侵害原理を次のように説明する。「この論文の目的は、法的刑罰という形での物理的力であれ、世論という道徳的強制であれ、社会が個人を強制や統制というやり方で取り扱うことを、絶対的に支配する権限のある、ひとつの極めて単純な原理を主張することである。その原理とは、人類が、個人的にせよ集団的にせよ、その成員の誰かの行動の自由に干渉することが正当化される唯一の目的は、自己防衛 (self-protection) だということである。文明社会のどの成員に対して、彼の意思に反して、正当に権力を行使しうる唯一の目的は、他者に対する害を防止するというところにある。彼自身の幸福は、物質的なものであれ、精神的なものであれ、十分に正当な理由ではない<sup>134</sup>」。

この侵害原理の特徴は、第一に、害 (harm) (以下、「害」と「危害」は同義で用いる。) 概念を中心に位置付けていることである。「害」を考慮することは、行為とそれによる結果の関係を追求することである。法益を出発点とした場合、例えば、立法者によって設定された利益をそのまま法益と理解しうるとすれば、問題となる行為が「公共の平穩」という

---

<sup>133</sup> harm principle は、侵害原理の他に、他害原理、危害原理、加害原理、危害防止原理とも訳される。

<sup>134</sup> John Stuart Mill, *On Liberty*, London : Longmans, Green, Reader and Dyer, 1875, Chap. 1, at 6. この論文の翻訳として、J. S. ミル著／塩尻公明、木村健康訳『自由論』(岩波書店、1971年)

法益を侵害するという説明だけで、当該行為を処罰することが可能になる。しかし、侵害原理を出発点とした場合、この説明では十分ではない。なぜならば、「公共の平穩」に対する「害」の説明が欠けているからである。「害」を意識すれば、問題となっている行為がどのような結果、つまり、どのような「害」を生じさせたのかという説明が必要となる。

そして、侵害原理の第二の特徴は、「他者に対する害」を問題にしていることである。他方で、法的に保護される利益としての法益の上位概念の中には、「他者 (of other)」という要件が欠けている<sup>135</sup>。それゆえ、「公共の平穩」のような具体的な被害者を特定しなくてもよい法益を設定することが可能となってしまう。しかし、「他者に対する害」を意識した場合、誰の利益が侵害されているのかを説明する必要があるので、あまりにも抽象的な「被害者」を想定することはできない。

このように侵害原理は、法益論に欠けている重要な観点を有している。そのため、Andrew von Hirsch (以下、Hirsch) は、法益ではなく侵害原理を刑罰の正当化根拠とすることで、処罰範囲を狭めることができると考え、英米の刑法理論における侵害原理が、ドイツの刑法理論における法益概念に類似する機能を果たしうるかどうかという課題に取り組む。この課題に関しては、「法益」概念とはドイツ刑法に由来し、「侵害」概念とは英米刑法に由来するものであることから、両概念の刑法体系は異なるので、一見、両概念は相いれないものであるかのように思われるが、共通点が存在する。例えば、「法益」と「侵害」に関する議論は、「利益」という観念 (notion) に焦点を合わせている<sup>136</sup>。両概念共に何らかの「利益」を保護しようとし、さらには、国家的刑罰権を制限しようとしている点も同様であり、目的は共通している。両概念を検討することで、どちらの概念が刑罰を限界づけるのに、より相応しいといえるのか、あるいは、両概念が互いに歩み寄る可能性についても探ることができるといえよう。

しかしながら、ここで、不快感を生じさせたことを根拠として刑罰的介入を正当化する

---

<sup>135</sup> Nina Peršak, *Criminalising Harmful Conduct The Harm Principle - its Limits and Continental Counterparts*, Springer 2007, at 105.

<sup>136</sup> *Ibid.*, at 132.

ことができるのか、つまり、「他者の気持ち、感情といった精神的・心理的なものを害することは侵害になるのか否か<sup>137</sup>」という疑問が出てくる。これに関わるのが、いわゆる不快原理である。不快原理とは、基本的には、「不道徳な行為が当事者間の合意によって密かに行われている限り、処罰するべきではないが、その行為が公然と行われ一般の人々を不快にさせる場合には、それを理由に処罰することができる<sup>138</sup>」と説明されるものである。

Mill 自身は国家の刑罰権の根拠として、侵害原理しか認めておらず、不快原理を認めていない。それゆえ、Mill の見解からは、不快感を生じさせたことに刑罰を科すことは認められないが、ここで注目すべきは、Mill は侵害原理について「非常に単純」に説明しているに過ぎないということである。そのため、確かに侵害を防止するという唯一の目的のためにのみ自由への制約（強制・統制）が正当とされるというこの原理の含意は「非常に単純」といってよいが、実際に個々の行為がこの原理を適用されて制約されるのかどうかが問われると、その解答は必ずしも簡単に出てくるわけではないのである<sup>139</sup>。さらに、そもそも「害」をどのように規定するかによって相当の幅を生む原理であると同時に、その区分の基準も定かではないといえることができる<sup>140</sup>。それゆえ、不快原理における「不快」が、侵害原理における「害」に含まれるか否かについては、争いがあるところであって、多くの人々に不快感を生じさせると考えられる、例えば、公共の場所で、大音量で音楽を流すような行為に刑罰を科すことも、侵害原理で正当化される余地があるのである。

「侵害原理」と「不快原理」の関係について、例えば田中は、「不快原理は、ミルの他者侵害原理の一種とみることもできるが、危害を伴わない不快、強制を正当化するに足りないほどささいな危害しかもたらさない不快もあるから、実質的に侵害原理を拡大するもの

---

137 中村直美「侵害原理、モラルリズム、パターナリズムと自律」『法思想の伝統と現在—三島淑臣教授退官記念論集—』（九州大学出版会、1998年）201頁。

138 田中成明『法学入門』（有斐閣、2005年）87頁。

139 中村・前掲注（137）200頁。

140 樋澤吉彦「『同意』は介入の根拠足り得るか？—パターナリズム正当化原理の検討を通して—」新潟青陵大学紀要第5号（2005年）8頁。

であり、別個の補充的正当化原理とみるのが適切であろう。<sup>141)</sup>と解する。そして、この田中の解釈に対して中村は、「ミルの侵害原理にこの不快原理が含まれるかどうかは、侵害(harm)ということばをどう解釈するかにかかっている。もともと、侵害原理が、自由制約の必要ではあるが十分な条件を述べているものではないと解釈すれば、例えば具体的な行為の処罰のためには、侵害があることその他、侵害の程度、処罰にともなう苦痛・コストなどの考慮を経て処罰すべきかどうかが決まるわけであるから、侵害の意味を拡大することが直ちに処罰の拡大を意味する訳ではない。したがって、不快原理を侵害原理とは『別個の補充的正当化原理とみる』必要は必ずしもないであろう<sup>142)</sup>と反論する。不快原理を侵害原理とは別個の補充的正当化原理と解する田中に対し、中村は、侵害原理の範囲内で不快原理における「不快」を理解するのである。

さらに、侵害原理の第二の特徴である「他者に対する害」に関して、「他者」とは誰であるのかについての解釈も一つではない。単純に解せば、「他者」とは、被害者ということになるであろうが、その被害者とは、単なる他の人であるのか、それとも、社会のような抽象的な存在も含まれるのかといった問題がある。

これらのことから、侵害原理は、まさにどのような種類の侵害が犯罪となるのかということを支えるものではないといえ<sup>143)</sup>、Millの侵害原理を再解釈することが求められるのである。そのため、本節では、Hirschによる法益批判を概観した後、侵害判断のための体系的な概念的枠組みを提供するHirschの解釈による侵害原理を紹介し、その後、具体的な事例を挙げてHirschの侵害原理の妥当性を検討する。

### 第一項 Hirschによる法益批判

Hirschは、法益概念がリーガル・パターンリズムを排除しないことと、法益概念が抽象化しているということから、法益に対して批判的な立場をとる。リーガル・パターンリズム

<sup>141)</sup> 田中成明『法理学講義』(有斐閣、1994年)142頁。

<sup>142)</sup> 中村・前掲注(137)201頁。

<sup>143)</sup> Peršak, *supra* note (135), at 48.

ム<sup>144</sup>に関する議論については、例えば、ドイツでは、麻薬剤法の犯罪構成要件は、国民の健康の法益を保護するという見解が主張されている。疑いもなくある種の薬物は、薬物を使用する本人にとって健康侵害的である。したがって、薬物の摂取から結果として生じる身体的な侵害が、薬物使用者自身に与えられる。ここでは、行為者が自分自身に危害を加えることを防ぐために、行為を規制することが許されるというリーガル・パターンリズムを用いた根拠づけが必要となる。

しかし、他方で、スカイダイビングのような危険なスポーツは許されている。行為者が自分自身を侵害ないしは危殆化するという点では、危険なスポーツ種目も薬物使用も同じである。つまり、Hirsch は、法益の観点からは、人の何らかの利益が毀損されるかどうかは決定的ではなく、薬物の使用を処罰する意義は、パターンリスティックな禁止の支持者が、薬物の使用を許さない傾向があるということにあるという。それゆえ Hirsch は、このような事例では、法益は何ら指導的なアイデアとはなり得ないと結論づける。

さらに Hirsch は、自分自身が被る侵害は、他者の利益の毀損とはほとんど関係がなく、法的保護に値する利益とは、自分自身の健康が他者によって毀損されないという利益であると考え。侵害原理の観点からすれば、「他者に対する害」のみが処罰可能な「侵害」となりうるので、自己の身体を侵害ないし危殆化する薬物使用は可罰的な行為とはならないだろう。それゆえ、自由意思による薬物の使用が処罰の対象となることを正統化することはできないという結論に至る<sup>145</sup>。これはつまり、侵害原理の観点からは、リーガル・パターンリズムは排除されるということである。それに対して、法益それ自体は、リーガル・パターンリズムを法的保護の領域に含めることを排除しない。この大きな違いは、法的に保護される利益としての法益の定義には、「他者」という観点が欠けている点にある<sup>146</sup>。

---

<sup>144</sup> Andrew von Hirsch, *Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle"*, in: Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003, S. 21 ff.

<sup>145</sup> von Hirsch (Fn. 144), S. 19 f.

<sup>146</sup> Peršak, *supra* note (135), at 105.

次に、Hirsch は、法益概念がかなり広く捉えられ、とりわけ、人の利益と結びつけることが放棄されることによって、潜在的な法益の領域を拡大するという傾向がドイツにあると指摘する<sup>147</sup>。これはつまり、法益概念が抽象化されていることを問題視しているのである。例えば、法益の観点からは、「資本市場の機能能力」もしくは「保険制度の社会的能力」のような、ほぼ事実上現存する存在もしくは機能関連も法益として承認可能である。しかし、このような考えに対して Hirsch は、法益は存在領域の中に見いだす現象ではないと批判する。

他方で、侵害原理の観点からすれば、侵害が他者の利益の毀損として定義づけられることにその前提があるので、他者に対する侵害性とは、侵害原理の場合には、主に個人主義的に捉えられうることになり<sup>148</sup>、法的に保護されるべき利益も、個人の観点から導かれることになる。したがって、侵害原理がいうところの「他者に対する害」の「他者」とは「個人」と解されることになる。

なお、この「他者に対する害」の「他者」を、「社会」と捉える見解もあるだろう。例えば、迷惑防止条例に関連付けるのであれば、「迷惑防止条例は、当該都道府県の区域内に存在する個別の人自身を保護したり、それらの人の個々具体的な法益を維持しようというのではなく、より一般的で包括的かつ概括的な、いわば公衆レベルでの「県民」の生活の平穩等を保持するために、それを害する危険性のある行為を禁止しようとするものであり、個人法益ではなく当該都道府県毎の社会法益を保護法益としていると解すべきものと思う<sup>149</sup>」という見解がある。これに従うのであれば、「他者に対する害」の「他者」とは、「社会」と解することになる。しかしながら、このような見解に対しては、「社会とは、『副次的』で派生的な保護の対象であり、個人と彼の利益の保護を通して保護される。したがって、個々の成員に対して行われた侵害を通して侵害されうる<sup>150</sup>」という批判が可能である

---

<sup>147</sup> von Hirsch (Fn. 144), S. 18.

<sup>148</sup> von Hirsch (Fn. 144), S. 19.

<sup>149</sup> 合田・前掲注 (84) 517 頁。

<sup>150</sup> Peršak, *supra* note (135), at 103.

う。

## 第二項 Hirsch による侵害原理の射程

Hirsch による侵害原理からは、ある態度によって利益が毀損される場合に侵害が存在する。ここで問題となるのは、その利益とは何であるかということである。Hirsch によれば、利益とは「資質 (Ressource)」であり、当事者はその完全性に対して規範的な請求権 (Anspruch) を有するという。Hirsch は、このように侵害原理のための中心的な概念である「侵害」を定義づけることによって、法益概念の構成要素をも書き換えたことになると考え、それゆえ、侵害原理から法益と類似したものが構成されるとする。

では、「資質」とはいかなるものであり、何が資質となりうるのだろうか。Hirsch によれば、保護目的ではなくて、その背後に存在する「ある物 (Etwas)」であるとする。そしてその「ある物 (Etwas)」とは、手段もしくは能力として定義づけられうる利益の背後に存在する「資質」であり、いずれにせよ通常の場合、人間の生活の質のためのある種の価値を有しているとする。さらに、「資質」は時間の観点をも有しており<sup>151</sup>、長期間にわたって存在するものであるという<sup>152</sup>。以上のことから Hirsch は、例えば、物質的な要求を満たす手段を与える財産や、他の利益追求のための基本的な前提である身体の完全性が「資質」となりうるかと解するのである<sup>153</sup>。これをふまえて、Hirsch は、ドイツ刑法 172 条 (重婚) において法益とされる「一夫一妻制の婚姻」については、規範で達成されるべきものの言い換えの反復にすぎず、循環論法に陥っているとする。Hirsch は、ドイツの刑法理論における法益概念を「資質」として理解するが、法益のように精神的に捉えるのではなく、

---

<sup>151</sup> von Hirsch (Fn. 144), S. 17.

<sup>152</sup> Andrew von Hirsch, Harm und Offence : Schädigungsprinzip und Belästigungsprinzip als Kriterien für die Kriminalisierung von Verhalten, in: Holm Putzke / Bernhard Hardtung / Tatjana Hörnle / Reinhard Merkel / Jörg Scheifeld / Horst Schlehofer / Jürgen Seier (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, S.917.

<sup>153</sup> von Hirsch (Fn. 144), S. 17.

実体的に「資質」概念を捉える。このために、侵害原理を用いることで法益よりも処罰範囲が狭くなるというのである。

そして、どのようにして資質に対する「請求権 (Anspruch)」の前提条件が決まるのかということに対して Hirsch は、「請求権」とは、人が権限をもって、他者が資質の毀損を断念することを要求しうるための、禁止自体からは区別される規範的な根拠でなければならないと説明する。それゆえ、どのような場合に資質が個々人に「彼らの」資源として割り当てられうるのか、そして、どのような条件の下でどのような人が毀損されていると見なされなければならないのかという根拠を決定するためには、刑法だけでなく、例えば民法や倫理的根拠、もしくは、その両方を持ち出さなければならないとする。

以下では具体例を挙げることによって Hirsch の侵害原理をより具体化し、「害」の射程範囲を明らかにすることを試みる。

## 1 脱税

まずは、脱税について考察する。Hirsch によれば、脱税は、共同侵害的な行為方法 (Verhaltensweisen) を理由に禁じることができるとするが、これは、集合的法益を個人的法益に還元させながら保護することを指向する人格的法益論を採用しているのではないという。Hirsch は、税金システムが刑法上保護されてよい根拠は、社会福祉国家において、市民の生活の質の保護のための税金の工面にあるという意義から導き出されるとする<sup>154</sup>。Hirsch の侵害原理からは、資質が毀損される場合に侵害が存在することになるので、上記の根拠は一見資質とは関連がないように思えるが、Hirsch によれば、資質は「生活の質」のためのある種の価値を有しているという。資質が典型的な状況下で標準的な人の「生活の質」を促進するかどうかということが問題であるという。

ここでさらに、「生活の質」とは何かという問題が出てくる。「生活の質」とは、実体的な支援や快適さだけでなく、人の生活の質に影響を及ぼす他の経済的な能力も含む人の存

---

<sup>154</sup> von Hirsch (Fn.144), S. 19.

在の質に関連すると説明されるものである<sup>155</sup>。また、Senによれば、「生活の質」は、実際の生活の質もしくは目標の達成に焦点を当てるのではなく、生活の一定の質を達成する方法もしくは能力に焦点を当てていると説明される<sup>156</sup>。Hirschは、彼の全般的な「生活の質」は、より不都合な影響を受けるという理由で、侵害を評価する手段として生活の質という概念に依拠する<sup>157</sup>。Hirschによれば、「生活の質」は、一般化された道德規範ではなく、法が犯罪行為の侵害性の評価に使うことができる有益な基準を提供するという<sup>158</sup>。

## 2 露出行為

次に、露出行為（ドイツ刑法 183 条）について考察する。法益に基づくドイツの刑法学においては、この犯罪構成要件は、まず第一に、個々人の精神もしくは身体の完全性を、「場合によっては精神的なショックを与えるかもしれない性的な行為との故意でない直面<sup>159</sup>」の結果としての毀損から保護しているという見解が主張されている。

これに対して Hirsch は、侵害原理の観点からは、露出行為が人の法的に保護された利益を侵害する、もしくは、危殆化するということを構成しているとはとても言えず<sup>160</sup>、誰も侵害していないとする<sup>161</sup>。露出行為は、その行為に直面する人の精神と身体の完全性に対して、もしかすると威嚇的な毀損（die drohende Beeinträchtigung）があるかもしれないという限りで、恐れの効果（der befürchtete Effekt）が生じる場合には、それは単に一時

---

<sup>155</sup> Andrew von Hirsch and Nils Jareborg, Gauging Criminal Harms : A Living Standard Analysis, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 11, no. 1, 1991, at 10.

<sup>156</sup> Amartya Sen, The Standard of Living, Cambridge: Cambridge University Press 1987, at 30.

<sup>157</sup> von Hirsch / Jareborg, supra note (155), at 11.

<sup>158</sup> von Hirsch / Jareborg, supra note (155), at 11-12.

<sup>159</sup> Schönke/Schröder (Fn. 94), § 126 Rn 1.

<sup>160</sup> Andrew von Hirsch, Belästigendes Verhalten : Gibt es ein strafrechtliches Belästigungsprinzip?, in: Jörg Arnord / Björn Burkhardt / Walter Gropp / Günter Heine / Hans-Georg Koch / Otto Lagodny / Walter Perron / Susanne Walther (Hrsgs.), Menschengerechtes Strafrecht Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 190.

<sup>161</sup> von Hirsch (Fn. 160), S. 193.

的な効果であるということを考慮しなければならないとする<sup>162</sup>。上述の「資質」についての説明の通り、「資質」は時間の観点をも有しており、長期間にわたって存在するものであるとされている。Hirschによれば、露出行為による威嚇的な効果は一時的なものであり、「資質」の理解に従うと、露出行為の犯罪構成要件の正統化が疑わしいという結論に至る。

しかし、Hirschは、露出行為による他者への影響は、侵害原理における「害」ではないが、一時的な性質を有する不快感情を生起させるという<sup>163</sup>。それゆえ、露出行為を侵害原理では説明できないが、他の原理を採用することにより処罰可能であるとする。この原理とは上述で説明した「不快原理」である。これについてはHirsch独自の理論が展開されているので、次章で詳述する。

### 第三項 Hirschの侵害原理に対する評価

侵害原理の前提は、「他者に対する侵害」が要求されていることである。このことにより、侵害原理の観点からは、行為者自身の身体を侵害ないし危殆化する薬物使用は可罰的な行為と認めることはできなかった。つまり、侵害原理には、「他者」という観点を要求することによって、リーガル・パターンリズムを排除するという利点があるのである。

そして、Hirschの侵害原理における一番の特徴は、「資質 (Ressource)」を侵害原理における中心的な利益概念としたことであろう。Hirschは、「資質」を、法益と類似した概念とし、法益のように精神化することなく実体的に「資質」の概念を捉えた。そのため、法益を基準とするよりも、侵害原理を犯罪化の基準とした方が、処罰範囲を制限することを可能にし、明確にすることができるということができよう。

しかしながら、Hirschの侵害原理には、疑わしい点も存在する。それは、「資質」の概念が不明確であることである。そのため、「資質」の範囲を広く理解することが可能となり、様々な利益を取り込む余地ができることによって、刑法を適用する場面を拡大する方向へ

---

<sup>162</sup> von Hirsch (Fn. 144), S. 23.

<sup>163</sup> von Hirsch (Fn. 160), S. 191.

と向かうことになる。上述のような Hirsch の侵害原理を用いる利点を生かすためには、「資質」そのものを一般化することが可能であるかどうかが重要となるが、今の時点では、「資質」そのものの説明が十分なものではないために、Hirsch の侵害原理を一般化することは困難である。そのため、私見としては、Hirsch の侵害原理に賛成することはできない。

そして、Hirsch の侵害原理に対するさらなる疑問は、どのような条件の下で、どのような人が毀損されているのかという根拠を決定するために、刑法だけでなく、民法や倫理的根拠、もしくは、その両方を持ち出さなければならないとしている点である。確かに、毀損されうる人や利益を判断する際、その判断は、刑法上だけで行われるのではない。しかしながら、民法上毀損されうる「資質」まで、刑法上のその判断に取り入れてしまうと、必然的に処罰範囲が拡大することになりかねず、さらには、「資質」という実体的な概念をもって処罰範囲を狭めた意味が失われてしまう。刑法の最終手段性という原則を考慮すれば、刑法上問題となる毀損行為だけが処罰対象となるべきであって、民法や他の法領域で毀損されうる利益を考慮に入れることは不要である。

次に、Hirsch の侵害原理の見解から、多くの人々に不快感を生起させる社会的迷惑行為に刑罰を科すことの是非を考察すると、どのような結論が得られるのであろうか。

Hirsch は、露出行為（ドイツ刑法 183 条）の検討の際に、「露出行為は、人の法的に保護された利益を侵害する、もしくは、危殆化するということを構成しているとはとても言えない<sup>164</sup>」とした。Hirsch は、「侵害は、精神的苦悩の生起以上のことに影響するであろう<sup>165</sup>」として、侵害原理の中で不快原理を理解することを認めなかった。精神的な侵害は、侵害原理において理解される侵害ほど重大なものではないと解しているのである。それは、上記の Hirsch の議論の中での「資質」の特徴からも根拠づけられる。Hirsch によれば、

---

<sup>164</sup> von Hirsch (Fn. 160), S. 191.

<sup>165</sup> Andrew von Hirsch and Simester, Penalising Offensive Behaviour, in: Andrew von Hirsch / AP Simester (eds.), *Incivilities*, Oxford und Portland, Oregon: Hart Publishing 2006, at 116.

「資質」とは、「長期間にわたる存在 (Existenz über eine längere Zeit hinweg.)<sup>166</sup>」でなければならないとしていた。しかし、Hirschにとって、不快な態度の不快感とは、「普通、一時的な性質であり、不快な態度は一少なくとも典型的な事例において一当事者の長期間の資質 (longer-term resources) を毀損しないだろう<sup>167</sup>」と理解されるものなのである。それゆえ、露出症行為、つまり、不快な行為は、侵害原理における「資質」概念からは理解できない。したがって、侵害原理の範囲内では、多くの人々に不快感を生じさせる社会的迷惑行為の犯罪化を根拠づけることができないという結論が導かれうるであろう。

なお、Hirschは先の議論で、不快な行為の処罰を侵害原理の枠内で根拠づけることはできないと結論づけたが、不快な行為を処罰する可能性を完全に放棄したわけではない。

Hirschは、「侵害原理における『危害』とまでは言えないにしても、他者に著しい『不快感』を与えるような行為に関しては、それを防ぐための介入は正当化される。」と説明される不快原理を採用することによって、不快な行為の処罰を根拠づけようとするのである。そのような考え方に従えば、迷惑行為は侵害原理にいう侵害に至る侵害原理にいう侵害に至るわけではないが、他人に対し何らかの望ましくない情緒を呼び起こしていることも確かである<sup>168</sup>。したがって、この望ましくない感情が十分な強さを持って拡散し、このような感情を呼び起こす行為が他の方法ではこれを免れ、それから身を守ることが困難なほどに公然と行われた場合には、このような態度は刑法によって禁止してもよい、ということになる<sup>169</sup>。しかしながら、「侵害」が客観的に認定可能であるのに対して、不快はより多くの主観的、感情的要素を含んでいる<sup>170</sup>。それゆえ、不快を感じるか否か、また、どのくらい強く感じるか、は人によって異なる<sup>171</sup>。したがって、不快原理の規範的根拠をどこに求めるのかということが、不快原理の限界づけに際して重要となってくるだろう。もし、

---

<sup>166</sup> von Hirsch (Fn. 152), S. 917.

<sup>167</sup> von Hirsch (Fn. 160), S. 191.

<sup>168</sup> 曾根威彦「現代刑法と法益論の変容」岡本勝・小田中聰樹・川端博・田中輝和編『阿部純二先生古稀祝賀論文集 刑事法学の現代的課題』(第一法規株式会社、2004年) 56頁。

<sup>169</sup> 曾根・前掲注(168) 56頁。

<sup>170</sup> 加茂直樹『社会哲学の諸問題—法と道徳を中心として』(晃洋書房、1991年) 115頁。

<sup>171</sup> 加茂・前掲注(170) 115頁。

この不快原理が妥当な原理であれば、迷惑防止条例で多くの人々に不快感を生起させる社会的迷惑行為に刑罰を科すことが正当化される可能性がある。これについて詳細は次章で検討する。

#### 第四項 小括

本節では、英米刑法理論で行為の犯罪化を限界づける原理として用いられている侵害原理を持ち出し、侵害原理の範囲内で、不快感を生じさせたことを根拠として刑罰的介入を正当化することができるのかということについて検討を行った。侵害原理の検討の際には、Hirschによって提案された侵害原理を検討した。Hirschは、侵害原理の観点から露出行為を考察し、露出行為は不快感を生じさせる行為であるために、侵害原理における「資質」という利益を侵害しないと解した。それゆえ、Hirschの侵害原理では、不快感を生じさせた行為に対して刑罰を科すことを根拠づけることはできなかった。

しかし、Hirschは、露出行為に刑罰を科すことを否定したわけではない。Hirschは、侵害原理とは別の不快原理を適用することによって、露出行為に刑罰を科すことを正当化できるとするのである。したがって、次章では、法益と侵害原理以外の理論で、不快感を生起させたことを根拠として不快な行為に刑罰を科すことを検討するアプローチについて検討する。

### 第三章 不快な行為を犯罪化する試みとその批判

#### 第一節 問題の所在

英米法の領域において侵害原理は、ある行為が犯罪であるか否かを判断する中核となる原理であり、J. S. Millの古典的な解釈に従えば、国家の刑罰権の唯一の根拠である。しかしながら、今日では、侵害原理を補完するものとして、不快原理が受け入れられ始めている。侵害原理のみが国家の刑罰権の唯一の根拠であるとするMillの古典的な解釈に反して

172、不快原理も刑法的介入の根拠となりえると理解するのである。不快原理とは、基本的には、「不道徳な行為が当事者間の合意によって密かに行われている限り、処罰するべきではないが、その行為が公然と行われ一般の人々を不快にさせる場合には、それを理由に処罰することができる<sup>173</sup>」と説明される原理である。しかし、「ある行為が他の人々に不快を与えるという時に、その原因は行為者の行為だけにあるのではなく、不快を感じる側にもある場合がある。同じ行為を経験しても不快を感じない人々もいるからである。いいかえれば、不快の原因の一半は、それをを感じる側の宗教的または道徳的信念、価値観、経験、先入見等にある場合がある。このように不快の感じ方にはかなりの主観的・感情的・個人的要素があるので、このことだけを理由にしてその行為の禁止を結論するのは妥当ではない<sup>174</sup>」ということができただろう。そのため、不快原理を刑法的介入の根拠とする際には、何らかの制限が必要となる。

Joel Feinberg (以下、Feinberg) は、Mill の侵害原理を再解釈し、侵害原理だけでなく、不快原理も行為の処罰を根拠づける原理であると考ええる。Feinberg の定式化によれば、「提案された刑法による禁止が、行為者以外の人に対する重大な不快を防止するために必要であり、そして、もし制定されればその目的のための効果的な手段になるならば、常にそのことはその提案された刑法による禁止を支持するよい理由になる<sup>175</sup>」となる。

Feinberg は、「不快」(offence) を一種の「侵害」(harm) として扱うが、侵害原理の意味での侵害に含まれるものではなく、ささいな種類の侵害であるとする<sup>176</sup>。そのため、不快原理(offence principle) は侵害原理(harm principle) とは異なった独立の概念として扱われる。Feinberg の不快原理によれば、公共で重大な不快を呼び起こすことは刑罰によ

---

<sup>172</sup> Mill が不快原理を国家の刑罰権の根拠としないことに関して詳細は、J. S. ミル著／塩尻、木村・前掲注(134) 159～160 頁参照。

<sup>173</sup> 田中・前掲注(138) 87 頁。

<sup>174</sup> 加茂・前掲注(170) 224 頁。

<sup>175</sup> Joel Feinberg, *Offense to Others - The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, United Kingdom 1985, at 1.

<sup>176</sup> Joel Feinberg, *Social Philosophy*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs 1973, at 28.

る禁止の根拠となる<sup>177</sup>。その「不快」の種類には、感覚に対する侮辱 (Affronts to the senses) (例えば、悪臭や騒音)、嫌悪や憎悪を呼び起こすこと、道徳的、宗教的そして愛国的な感情にショックを与えること、恥や当惑、いらいらさせること、退屈、欲求不満や、恐怖感、憤慨、屈辱、怒りを生起させることが含まれる<sup>178</sup>。そして、それらの「不快」は、多くの人々に生起されなければならない。しかし、その「不快」から簡単に逃れられる場合には、不快原理は適用されない。

この Feinberg の不快原理に対しては、様々な批判が向けられている。例えば、そもそも、毀損は場合によっては他者の利益の追求に影響を及ぼすが、それに対して不快それ自体は、他者の利益の追求に影響を及ぼさないとして、「不快」を生起させたことを根拠に刑罰を科すことを疑問視する見解がある<sup>179</sup>。また、Feinberg は、要するに何が「不快」であるのかということについて、厳密に定義づけていないという批判もなされている<sup>180</sup>。さらに、Feinberg は、「公共で行われる不快な行為」だけという要件が、不快原理の適用を制限するとするが、その要件を適用したとしても、心理的な不快の理論はあまりにも広範囲に及ぶのではないかと指摘されている<sup>181</sup>。また、十分多くの人々が不快を感じれば、比較的無害な行為でさえも処罰されてしまうという危険性や、諸利益の量的な考慮によって、少数派の保護が困難になることが指摘されている<sup>182</sup>。

Feinberg の不快原理に対しては、このような批判がなされているが、Feinberg の見解をさらに再解釈した形で不快原理を不快な行為の処罰根拠として認める論者が存在する。その論者とは、Andrew von Hirsch である。Hirsch は Feinberg の不快原理について、純

---

<sup>177</sup> Joel Feinberg, *Harm to Others - The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, United Kingdom 1984, at 14-22.

<sup>178</sup> Feinberg, *supra* note (175), at 10-13.

<sup>179</sup> Gerhard Seher, *Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff*, in: Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003, S. 49.

<sup>180</sup> Konstantinos A. Papageorgiou, *Schaden und Strafe – auf dem Weg zu einer Theorie der strafrechtlichen Moralität*, Baden-Baden 1994, S. 267.

<sup>181</sup> Hörnle, *supra* note (99) (*Legal Regulation of Offence*), at 138.

<sup>182</sup> Hörnle, *supra* note (99) (*Legal Regulation of Offence*), at 138.

主観的な不快の構想に依拠しており、その構想は不快原理の適用範囲の過度な拡張に至りうるであろうと批判し<sup>183</sup>、不快原理を規範的に狭めることを試みるだけでなく、Feinbergの議論に欠けていた、不快な行為の不法を明らかにすることを試みる。

第二章では、迷惑防止条例で社会的迷惑行為に対して刑罰を科すことを、法益や侵害原理から説明することが困難であることを示した。しかし、この不快原理が新たな処罰根拠となりうる可能性がある。なぜならば、社会的迷惑行為とは、上記で示した通り、多くの人々に不快感を生起させる行為でもあるからである。不快原理に基づいて不快な行為の禁止を理解した場合、その範囲はかなり広範囲に及ぶと考えられる。社会的迷惑行為が犯罪化されつつある日本において、不快な行為を禁止するために不快原理が採用される(もしくは、されている)可能性はないとは言い切れず、その考察は重要な意義を有すると考える。

## 第二節 Andrew von Hirsch の不快原理

### 第一項 不快と侵害の区別

上記で、Hirsch は、法益に否定的な見解を示し、行為の犯罪化の根拠を侵害原理に求めた。しかし、不快な行為については、侵害原理では正当化できず、別の原理が必要であるとしていた。不快を侵害原理で理解することができない理由はどこにあるのか。Hirsch によれば、「不快」と「侵害」とが別のものであることにその理由があるとする。

Hirsch によれば、侵害原理における侵害とは、「資質」を侵害するものであった。それに対して、侵害原理の観点からは、単に他者の資質に嫌気 (Unlustgefühl) をもたらすということが不法行為であると言うことはできないとして<sup>184</sup>、不快な行為による「不快」を、侵害原理における「侵害」概念に含めることを拒否する。Hirsch の解釈によれば、侵害原理と不快原理は次のように区別される<sup>185</sup>。

①不快は、通常は、より長期的な人の資質を毀損するのではなく、むしろ一時的にのみそ

---

<sup>183</sup> von Hirsch (Fn. 152), S. 922.

<sup>184</sup> von Hirsch (Fn. 160), S.193.

<sup>185</sup> von Hirsch (Fn. 152), S.921.

の人に関係する。

②不快は、当該人物が侮辱を自覚しているということに依拠する。したがって、侮辱は当事者が侵害的な態度に気が付いていることを前提としている。

③刑法に関わるべき不快は、通常、公然と行われる。私的領域であらわれる不快な態度は、原則的に犯罪化されるべきではない。

①は、時間的観点から侵害と不快を区別している。侵害が長期的に人の資質を侵害するのに対して、不快な行為の不快感は、通常、一時的な性質であるとする<sup>186</sup>。②は、不快な行為に遭遇した者が、その侮辱を意識的に自覚していなければならないとするものである。これに対して、侵害原理における不法行為は、被害者がその犯行に気が付いていない場合（例えば、何も盗まず、何も損壊せず、誰にも気づかれることなく行われる住居侵入）でも、「資質」を侵害するという<sup>187</sup>。③は、公共で行われる不快な行為のみが、刑罰に値するとするものである。自宅等の私的領域や、行為者が他人にあまり不快を生起させずに当該行為を行いことができる申し分のない代替的な時間と場所があるのであれば、その行為は許容できるとする<sup>188</sup>。他方で、Hirschの侵害原理が適用される行為は、公的領域で行われるのか私的領域で行われるのかについての区分はなかった。

このようにHirschは、「不快」と「侵害」を区別する。したがって、侵害原理の枠内では「不快」を捉えることができず、侵害原理では不快な行為の犯罪化を説明できないとするのである。ところが、Hirschは、不快な行為を不処罰とするのではない。侵害原理とは別の原理である不快原理を用いることで正当化しようとするのである。

しかし、Millの古典的な解釈に従えば、侵害原理だけが国家の刑罰権の唯一の根拠となるはずである。Millは不快な行為を行う者に対して、次のように述べる。「もしも彼がわれわれを不快にするならば、われわれは、嫌悪の情を示してもよいし、また、自己を不快

---

<sup>186</sup> von Hirsch (Fn. 160), S.191.

<sup>187</sup> von Hirsch (Fn. 152), S.917

<sup>188</sup> Andrew von Hirsch / A. P. Simester, Rethinking the Offense Principle, Legal Theory 8 2002, at 271.

にする物から遠ざかると同じように、そのような人から遠ざかることもできる。しかし、われわれは、だからといって、彼の生活をも不快にするように要請されていると思っはならない。・・・われわれは、彼を処罰しようなどと思うかわりに、むしろ、彼の行状のもたらし傾向のある諸々の害悪をいかにして回避し、また、いかにして矯正しうるかを、彼に示すことによって彼の刑罰を軽減しようとするべきであろう。彼は、われわれにとっては、憐憫の対象、恐らくは嫌悪の対象であるかも知れない。しかし、憤怒または怨恨の対象ではないであろう。われわれは彼を社会の敵であるかのように取り扱ってはならないであろう。たとえ、われわれが彼に対して関心や憂慮を示し、慈愛をもって干渉するということころまでは行かないとしても、われわれとして当然してもよいと考えられることは、ぎりぎりのところ、せめて彼を好むままに放置して置くということである<sup>189</sup>。Mill は、不快を生起させたことを処罰の根拠とすることを認めていない。Mill の見解を貫けば、不快原理は、侵害原理に含まれるものではないし、処罰の根拠としてもふさわしくないということになるのである。

Hirsch は、「侵害」と「不快」は別であるとしながら、処罰に値する「不快」があることを主張し、そのような不快を生起させた行為には、不快原理を適用することによって処罰を正当化する。Hirsch は Mill と同様に侵害原理の範囲内で、不快を捉えることを拒否するが、侵害原理だけでなく不快原理も国家の処罰権の根拠として認めるのである。

Hirsch は、侵害原理とは別に不快原理を用いてまで、なぜ「不快」を生起させる行為を処罰できると考えるのだろうか。

## 第二項 Hirsch の不快原理

「不快」とは極めて主観的なものである。それゆえ、不快原理に基づいてあらゆる「不快」を処罰の対象としてしまうと、不快を生起させる行為に対して無制限に刑罰的介入が行われる恐れがある。Feinberg によれば、「不快」とは本質的に人々の感情に対する侮辱、

---

<sup>189</sup> J. S. ミル著／塩尻、木村訳・前掲注（134）159～160 頁。

つまり、不愉快で嫌だと思ふ心理的経験にあるとする<sup>190</sup>。これに対して Hirsch は、Feinberg のいう「感覚に対する侮辱 (Affronts to the senses)」は、不快原理を持ち出すためには決して十分ではないとする。Hirsch は、Feinberg の「不快」に対する記述は、結論を先取りしているとし<sup>191</sup>、不快な行為とともに、なぜ行為者が非難に値する何かをしたのかを問わなければならないとする<sup>192</sup>。もし不快の主旨が、単にその行為が多くの人々を不快にするというだけであるなら、犯罪が起こったということは何ら明確ではない<sup>193</sup>。さらに Hirsch は、よりよい根拠は、なぜ、そして、どのような点に、当然にも非難的な反応を引き寄せるかもしれない振舞いに対して、何か非難に値することがあるのかを提供することが必要であるとして<sup>194</sup>、「不快」も不法行為の形式を示さなければならないとするのである<sup>195</sup>。

Hirsch は、不快な行為に対する不法行為の要件を次のように公式化する。つまり、ある態度が、他人を著しく尊重も配慮もない方法で扱うかどうかが決定的であると考えてるのである<sup>196</sup>。そして、補足的に不快のためのこのような不法行為が要求されることで、不快原理の射程範囲が制限されることになるという<sup>197</sup>。

これを踏まえて Hirsch は、不快な行為の犯罪化のための根拠として、次のような要件で不快原理の解釈を展開する。

1. 「不快が原則的に公然で生じ、それによって、公共の施設の利用可能性と魅力が損なわれる。」
2. 「ある態度が、他人を著しく尊重も配慮もない方法で扱うかどうかが決定的である。」

Hirsch は、不快な行為に対して、この前提条件が両方該当する場合にのみ、不快な行為が

---

<sup>190</sup> Feinberg, *supra* note (177), at 43.

<sup>191</sup> von Hirsch / Simester, *supra* note (188), at 270.

<sup>192</sup> von Hirsch / Simester, *supra* note (188), at 275.

<sup>193</sup> von Hirsch / Simester, *supra* note (188), at 275.

<sup>194</sup> von Hirsch / Simester, *supra* note (188), at 275.

<sup>195</sup> von Hirsch (Fn. 160), S.195.

<sup>196</sup> von Hirsch (Fn. 144), S. 23.

<sup>197</sup> von Hirsch (Fn. 160), S. 196.

犯罪化されるとする<sup>198</sup>。1の要件は、Hirschによる不快原理と侵害原理の区別についての記述でも示した要件である。公共の場所での不快な行為を制限することによって、市民が公共施設を煩わされずに利用することができるとする。そして、2の要件は、上記の通り、なぜ不快な行為が不法であるのかという理由である。Hirschによれば、不快な行為の犯罪の要素は、感情それ自体への侮辱というよりむしろ、尊重と配慮の欠如にあるという<sup>199</sup>。

上記2つの条件を用いれば、なぜ公共の場所での不快が、国家による禁止を正当化するのか、そして、それはどのような状況下で正当化されるのかということの説明ができるとする<sup>200</sup>。さらに、この2つの要件を示すことにより、広すぎる不快原理の射程範囲が制限されることになるという<sup>201</sup>。

Hirschは、この不快原理の処罰範囲の制限という効果は、例えば「物乞い」のような事例に現れるという。まず、不快原理が適用されるのは「攻撃的な物乞い」である。「攻撃的な物乞い」とは、金銭をしつこく要求するような物乞いのことであるが、Hirschによれば、「攻撃的な物乞い」は2の要件に当てはまる。つまり、他人を尊敬なしに扱っているという<sup>202</sup>。さらに、1の要件については、「攻撃的な物乞い」は、公共の場所において匿名のまままでのため、もしくは、ルールやマナーを守らない人の押し付けがましい要求を免れるままでの請求権を無視しているという<sup>203</sup>。それゆえ、Hirschの考えからは、両方の要件に該当する「攻撃的な物乞い」は、不快原理を適用することによって犯罪化されるという結論が導かれることになる。

これに対して、「温かな物乞い」に対しては、不快原理は適用されない。なぜなら、彼らは、公共の施設の利用に、著しく妨害的な影響を及ぼしていないと考えられるからである<sup>204</sup>。さらに、尊重も配慮もない態度があるという説得力のある根拠づけが欠けているため

---

<sup>198</sup> von Hirsch (Fn. 152), S. 923.

<sup>199</sup> von Hirsch, supra note (165), at 120.

<sup>200</sup> von Hirsch (Fn. 152), S. 923.

<sup>201</sup> von Hirsch, supra note (165), at 120.

<sup>202</sup> von Hirsch (Fn. 152), S. 922.

<sup>203</sup> von Hirsch (Fn. 152), S. 922.

<sup>204</sup> von Hirsch (Fn. 160), S. 196.

に<sup>205</sup>、上記 2 つの要件に該当しない「温和な物乞い」には不快原理を適用することができず、非犯罪化される。

### 第三項 不快原理が適用される 4 つの典型例

Hirsch は、彼らによる不快原理をより実体的で規範的に論証するために、不快原理が適用されることが疑いなく正当化される 4 つの典型的な態度を挙げることによって、具体的な適用事例を論証する。その態度とは、侮辱行為、公共の場所で匿名性を侵害する行為、公共の場所での妨害的な態度、露出行為といった態度である。以下では、この 4 つの態度に対する不快原理の適用を概観することにより、Hirsch による不快原理の実際的な適用可能性について検討する。

#### 1 侮辱的な (insulting) 行為

Hirsch によれば、侮辱的な行為はもともと尊重のない取り扱いに関係しているものであるという。それは、様々な言葉、ジェスチャーや行動に、侮辱的な意味を付与する社会的慣行であるとする。このような行為がなぜ不法であるのかという問いについては、その表現が、単なる慣行の範囲を越えているためであるとする。Hirsch によれば、人は、故意に品位を損なう扱いに対する人間の尊厳を根拠とした要求を有しているという。侮辱的な行為は、その行為によって相手を馬鹿にするかもしれないという効果のために侮辱的であるのではなくて、むしろその行為が何を表現するのかという理由で、例えば、故意に軽蔑的 (derogatory) であるという理由で、侮辱的であると解する<sup>206</sup>。

#### 2 公共の空間での匿名性の侵害

Hirsch によれば、人々は、公共の空間を動き回るときには、基本的に干渉されない権利

---

<sup>205</sup> von Hirsch (Fn. 160), S. 196.

<sup>206</sup> von Hirsch / Simester, supra note (165), at 121.

を有しているという。プライベートな領域と自己決定権の保護に基づく「邪魔されないための」この権利は、彼の仕事に専念するための自由や、その際にせいぜい一時的に他人の注意 (*Aufmerksamkeit*) にさらされうる自由、もしくは、せいぜい表面的に他人との望まざる交流を自発的にしなければならない自由に関係している。したがって、例えば、ある人が他者に道を尋ねられたが、ある人が答えたくないという場合には、その他者は道を尋ねることを深く追求してはならない。他人にお金をせびることも、これに類似している。つまり、一時的で礼儀正しい頼み事は許容しうるが、執拗もしくは攻撃的な頼み事は、公共の空間での干渉されないための権利を毀損する<sup>207</sup>。

### 3 公共での妨害的な態度

これは例えば、公共の交通機関で、大音量で音楽を聴くような行為のことである。Hirsch は、この行為の不法の根拠は、他人を配慮なしに扱っている点にあるという。具体的には、公共で音楽を大音量で聴くことによって、新聞を読むことに集中することや、友人と会話を続けることが困難になる。行為者は、彼特有の好みを平穏の中で追求するという方法で、公共の空間を特権的に利用しており、相互的な配慮という規範に抵触 (*infringement*) している。それゆえ、行為者は、音楽をあまり大きな音量で聴かないことによって、新聞を読んでいる人に配慮すべきであるという。このことは、行為者を含む他の人々に、彼らが好みに活動するための十分な範囲を残すことになる<sup>208</sup>。

### 4 露出行為

これは例えば、ある人が公園に座って新聞を読んでいるときに、他人がそのすぐ近くで服を脱いでいたり、性器を露出させていたり、騒々しく性交しているというような状況である。そのために、彼は新聞を読むことに集中できないでいる。このような露出行為も、

---

<sup>207</sup> von Hirsch / Simester, *supra* note (165), at 121.; von Hirsch (Fn. 160), S. 196.

<sup>208</sup> von Hirsch / Simester, *supra* note (165), at 121-122.; von Hirsch (Fn. 160), S. 197.

配慮のない態度であるように見え、さらに、行為者は他者が公共の空間を穏やかに利用することを妨げている。しかしながら、この場合は、上記3の公共の空間で音楽を大音量で聴くというような直接的な方法ではないので、なぜ露出行為が「不快」であるのかについて追加的な説明が必要であるという。

Hirschによれば、露出行為の不正は、逆のプライバシー侵害にあるとする。通常、プライバシーとは、ある人の個人的な領域から他者を排除することを意味する。しかし、その対となるものも認められるべきであると主張する。つまり、人は、他者の個人的な領域の中に、無意識に巻き込まれず、特定の個人の意外な事実に触れさせられないための権利を有しており、それが逆のプライバシーであるとする<sup>209</sup>。

#### 第四項 媒介原理 (Mediating Principle)

Hirsch と Simester によって展開されてきた上記の「不快原理」は、彼らによれば、不快な行為の犯罪化に対する刑法の射程範囲を制限するものであると主張されていた。しかし、この「不快原理」だけでは、その制限が十分ではなく、追加的な制限が必要であるとする。その制限とは、Hirsch による媒介原理 (Mediating Principle) という制限である。

Hirsch と同様に、Feinberg も媒介原理 (Mediating Principle) を用いている。Feinberg の媒介原理 (Mediating Principle) は<sup>210</sup>、不快な行為に直面した人の立場で、若干の煩わしさをなしに不快な行為を回避することと同様に、不快の強度や長さを考慮に入れるものである。Feinberg の解釈によれば、その不快は、重大なもので、広範囲にわたって広められるものでなければ、犯罪化されない。

Hirsch は、この Feinberg の媒介原理 (Mediating Principle) に対して、主観的な観点を基礎に置いているために、不快な行為の犯罪化をほとんど制限していないように見えると批判する<sup>211</sup>。そして、Feinberg が主張するように、不快が強度であり広範囲に広まって

---

<sup>209</sup> von Hirsch / Simester, *supra* note (165), at 122.; von Hirsch (Fn. 160), S. 197.

<sup>210</sup> Feinberg, *supra* note (175), at 35 and 44.

<sup>211</sup> von Hirsch (Fn. 160), S. 198.

いる場合でも、不快な行為が犯罪化されるわけではなく、さらには、たとえ Hirsch によって展開された不快原理に当てはまる不快な行為であったとしても、犯罪化されるわけではないとする<sup>212</sup>。Hirsch は、不快な行為に彼らの不快原理が該当するとしても、次の段階として、彼らが展開する媒介原理 (Mediating Principle) に該当した場合には、犯罪化されないとするのである。以下では、Hirsch によって展開される、不快な行為の処罰を抑制する 3 つの「媒介原理」を概観する。

## 1 社会的寛容の原理

例えば上記で挙げた、公共交通機関で、大音量で音楽を聴く行為者は、他人とトラブルを起こすことを望んでいないかもしない。彼は、他人と音楽を共有することや、大音量でかけられた音楽を聴くことがただ好きなだけかもしれない。そのように考えた場合、不快な態度を処罰することは、個人的な自己表現を著しく制限する傾向があると言える。

Hirsch は、そのような傾向をできるだけ抑え、一様でなく時々矛盾さえする生活様式を促進するべきであるとし、不快な行為を禁止することを控えることが望ましいと考える。そのために彼らは、社会的寛容の原理を用いることを提案するのである。

社会的寛容の原理とは、多元的な社会内で自己描写の様々な方法に余地を与えるために、公共の交流において、ある最低限度の鈍感さを要求するというもので、不快な行為に対しても、国民にほどよく鈍感になることを求めるものである。

この原理は、たとえ不快な行為が、尊重も配慮もない行為であったとしても、適用されるべき場合があるという。例えば、活発で複合的な社会において、一定のよく知られている言葉や、ジェスチャーによる日常的な侮辱的言動 (Insult) は、それらがある程度、尊重も配慮もない扱いであったとしても、犯罪には値しないという。具体的には、社会的マイノリティへの屈辱的な言及などの一定の侮辱の重大な形式だけが、不快な行為の犯罪化の候補となるべきであるとする。Hirsch は、不快な態度の実にひどい形式だけが禁止され

---

<sup>212</sup> von Hirsch (Fn. 144), S. 23.

るべきであると考えるのである<sup>213</sup>。

## 2 回避可能性の原理

これは、他人が目にすることや、直面することを容易に避けうる不快な行為は、犯罪化できないとするものである。この考えは、ヨーロッパの国々における、裸での水浴という慣例から導き出されたものであるという。例えばドイツでは、特別に指定された公共の水浴場所であれば、性器を公然と露出することが許されている。この場所は、川岸の向こうから他人に見られるような川岸の一部に存在する。つまり、部分的もしくは一般的な視覚から分離されているものの、観察することが可能なのである。裸体を見たくないという場合は、別の方向へと注意を向けることによって、彼らの視界から不快な態度に接触することを免れることができる一方で、そのことにより、裸で水浴したいという、この態度を行うためのより多くの自由が与えられることになるのである。つまり、Hirschによれば、そのような相互的な予防措置は、変化し、衝突する生活様式により広い領域を与え、それと共に当事者の自由を広げるといっているのである。

このような考慮から、Hirschは、回避可能性の原理を公共での不快な行為のために定めることは、適切で、有益であると考えるのである。つまり、他人がその態度から逃れることができない、もしくは、回避それ自体のために著しい自由の減損を甘受しなければならないであろう場合に、その態度が不快であるとみなすことができるというのである<sup>214</sup>。

## 3 直接性の要件

直接性の要件とは、不快な態度それ自体が、直接不快を示しているということを要求することである。不快な態度が、行為者もしくは第三者のさらなる不快な態度に至るかもしれないということは、判断されてはならないという。この説明のために、Hirschは、シン

---

<sup>213</sup> von Hirsch (Fn. 160), S. 198 ff.; von Hirsch / Simester, *supra* note (165), at 125-127.

<sup>214</sup> von Hirsch (Fn. 160), S. 201 ff.; von Hirsch / Simester, *supra* note (165), at 127-128.

ガポールにおけるチューインガムの禁止を例として挙げる。それは、チューインガムを噛むこと自体が不快な態度であるからではなく、配慮のない態度という意味での不快な態度が、チューインガムを噛むという態度の後に起こる、もしくは、誘発するかもしれないという理由で禁止された。その態度とは、例えば、チューインガムを噛んだ後に座席にくっつけることや、歩道に吐き捨てるといった態度である。

しかし、Hirsch は、チューインガムを噛む行為それ自体には何ら不正はなく、チューインガムを噛むという行為だけを処罰する場合に、後に起こるかもしれない不快な態度を考慮することに疑問を抱く。これはつまり、些細な逸脱行為がやがて大きな犯罪につながるという「割れ窓理論」に関わる問題である。不快な行為の後に生じる、行為者自身や他の誰かによる行為は考慮してはならず、不快な行為それ自体が判断されなければならない。Hirsch は、公平な帰責のために直接性の要件を提案するのである。

Hirsch は、もし、この直接性の要件を要求しなければ、不快な行為それ自体が、単に後の不快な選択に至るという理由で処罰されることになるかもしれないし、さらには、不快な行為の行為者が、後に何かをするかもしれないという様々な関心事のために、行為者を公共の空間や施設から排除することが容認されることに向かうだろうと指摘する。例えば、青少年が一定の公共の広場で落ち合うことを禁じることも可能になるという。なぜならば、青少年は通行人を不快にさせるだろうと考えられるからである。そして、このような禁止が広範に及ぶことになれば、型にはまった市民によって構成される特権的階級のための無制限の通行権と、場合によっては不快な態度をとる可能性があると思なされた個人のための制限された通行権という、公共施設の利用に関する通行権の二階級のシステム

(Zweiklassensystem) をつくりだすことに向かうという。しかしこれは、近代的な自由社会の基本原則に反することであり、公共空間の利用は、全ての人々によって、制限のない利用に役立てられるべきであるとする<sup>215</sup>。

---

<sup>215</sup> von Hirsch (Fn. 160), S. 202 ff.; von Hirsch / Simester, *supra* note (165), at 128-130.

## 第五項 Hirsch の不快原理に対する評価

### 1 「侵害」と「不快」の区別

Hirsch による不快原理の特徴的な点は、不快な行為による「不快」を、侵害原理における「侵害」には含めずに、「侵害」と「不快」を区別した点である。Hirsch とは違って、例えば Raz は、「侵害」と「不快」を区別しない。Raz は、「狭い加害原理」と「やや境界が曖昧な広い加害原理」とを区別し、前者は厳格な意味における害の阻止のためだけに強制を認め、後者は苦痛 (pain) や不快 (offence)、そして人の感情を傷つけるような他の形態の傷害 (injury) の阻止のために強制を認める<sup>216</sup>。それゆえ、ここでは、「不快」を「侵害」の一種と理解することになる。しかし、上述した通り Mill は、不快を生起させたことを国家的介入の根拠とすることを認めていない。Raz のように不快原理を侵害原理に解消させてしまうと、Mill の古典的な解釈による侵害原理の厳格性が失われ、侵害原理の適用範囲が拡大することになる。この意味で、Hirsch のように「侵害」と「不快」を区別することは、侵害原理の独自性を確保することに繋がり<sup>217</sup>、そのこと自体に異論はない。

しかしながら、「侵害」と「不快」を区別することによって侵害原理の独自性を確保しながらも、不快原理を別の刑罰的介入の根拠として認める場合、不快の当罰性に対する疑いが生じる<sup>218</sup>。つまり、侵害的な行為とは別に、なぜ不快を生起させる行為が処罰されなければならないのかという問題である。この問題に対する回答として、Hirsch は、不快原理の 2 つの要件を示した。それは、1. 「不快が原則的に公然で生じ、それによって、公共の施設の利用可能性と魅力が損なわれる。」、2. 「ある態度が、他人を著しく尊重も配慮もない方法で扱うかどうかが決定的である。」という要件である。Hirsch と Simester は、この両方の要件に当てはまる不快な行為だけに刑罰を科すことを認めた。

---

<sup>216</sup> Joseph Raz, *Autonomy, Toleration, the harm Principle*, in: Ruth Gavison(ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, 1987, at 327-328. この論文の翻訳として、ジョセフ・ラズ著／森村進訳「自律・寛容・加害原理」、ジョセフ・ラズ著／森際康友編『自由と権利 政治哲学論集』(勁草書房、1996年)、245頁以下。

<sup>217</sup> Seher (Fn. 179), S. 49.

<sup>218</sup> Seher (Fn. 179), S. 49.

## 2 不快原理の2つの要件について

1の要件が果たす役割について、先に結論をいってしまえば、この要件によって処罰範囲が狭められるということがいえる。これは、不快原理とリーガル・モラリズムとを比較した際に明らかになる。

リーガル・モラリズムとは、(公共的な) 道徳への背反それ自体を処罰の理由とするものである<sup>219</sup>。モラリズムの根拠は、当該個人を越えた利益、例えば社会で共有されている価値・道徳にある<sup>220</sup>。ここで「道徳的に悪い」という判断は社会の多数の成員によるものである<sup>221</sup>。

リーガル・モラリズムに立脚しているのではないかと考えられる具体的な例は、北九州市が制定した条例である。北九州市では、平成17年12月に設置された「北九州市モラル条例検討委員会」で、新たな条例の検討がなされた後、モラル・マナーアップに関する基本条例として、「北九州市迷惑行為のない快適な生活環境の確保に関する条例」が制定されている<sup>222</sup>。そして、この基本条例から派生する形で、「北九州市公共の場所における喫煙の防止に関する条例」、「北九州市落書きの防止に関する条例」、「北九州市動物の愛護及び管理に関する条例」、「北九州市空き缶等の散乱の防止に関する条例」が制定されており、これらは「モラル条例」と総称されている。

北九州市の「モラル条例」では、公共の場所（灰皿が設置されている場所等の所定の場所を除く。）における喫煙（路上喫煙）、落書き、ごみのポイ捨て及び飼い犬のふんの放置等の行為が禁止されており、迷惑行為防止重点地区でこれらの行為が行われた場合は、過料が科される。その内容は、上記で概観した迷惑防止条例と変わりはないが、ここで注目

---

<sup>219</sup> 中村・前掲注（137）201頁。

<sup>220</sup> 中村・前掲注（137）209頁。

<sup>221</sup> 加茂・前掲注（170）113頁。

<sup>222</sup> 北九州市ホームページ参照。

[http://www.city.kitakyushu.lg.jp/shimin/file\\_0114.html#SUB5](http://www.city.kitakyushu.lg.jp/shimin/file_0114.html#SUB5)

すべきは、モラル違反が問題として扱われていることである<sup>223</sup>。迷惑行為を、道徳に反するとこと考えるのか、それとも、不快感情を生起させる行為と考えるのかは、リーガル・モラリズムと不快原理との問題である。しかし、北九州市のモラル条例と迷惑防止条例の内容に差がないことから、一見、両者には違いがないように見える。

このように見える理由は、道徳的な拒絶と生理的に感じた嫌悪とが結びつくからであろう<sup>224</sup>。つまり、一定の行為態様を道徳的に強く非難すべきとする者は、彼がその行為態様を知覚し、それについて聞き知る場合に、通常、感情的にも反応するだろう<sup>225</sup>。そのような感情が生じることを考慮する場合、結果として、道徳違反への刑法の介入が正当化される立場に行きつくことになる<sup>226</sup>。それゆえ、リーガル・モラリズムと不快原理には違いがないように見えるのである。

しかしながら、Hirsch の不快原理には 1 の要件が存在するために、リーガル・モラリズムとは決定的な違いが生じる。例えば、秘密裏に行われている成人間の同性愛行為を考えてみよう。リーガル・モラリズムの立場からは、当該行為が、たとえ他人の目に触れない場合であっても、社会の多数の成員が不道徳な行為であると判断すれば、当該行為を禁止することができる。しかし、Hirsch の不快原理の立場からは、公然性の要件が欠けるために当該行為を禁止することは許されない。このことから、Hirsch の不快原理は、リーガル・モラリズムに比べて、処罰範囲を適切に限定するものであると評価できるのである。

次に、2 の要件について検討する。Hirsch は、不快な行為は、多くの人々を不快にするために禁止されるのではなく、尊重と配慮が欠如しているために禁止されるとしていた。

---

<sup>223</sup> リーガル・モラリズムに対する批判としては、「大衆は時には健全な常識を示すが、また時には非常に感情的、主観的であって、偏見や誤った事実認識に左右されがちである。彼らが暴走するならば、少数派の当然の権利が侵害される危険性がある」ということができるだろう。(加茂・前掲注(170) 113～114 頁。)それゆえ、「モラルに反しているから」という理由で、迷惑な行為を規制することは妥当ではない。

<sup>224</sup> Papageorgiou (Fn. 180), S. 264.

<sup>225</sup> Hörnle (Fn. 90), S.81.

<sup>226</sup> Hörnle (Fn. 90), S.81.

このことにより、人々に不快感を生起させたということだけで、不快な行為を処罰することはできなくなった。Hirsch は、2 の要件を設定することで、不快な行為の不法の中身を明らかにしようとしたのである。具体的にいえば、例えば、公共の交通機関において大音量で音楽を聴く行為の場合は、公共の空間を特権的に利用しているために相互的な配慮という規範に違反したために不法であるとされた。露出行為の場合は、他者の個人的な領域の中に、無意識に巻き込まれず、特定の個人の意外な事実に触れさせられないための権利に違反（逆のプライバシー侵害）しているために不法であるとされた。Hirsch は、「尊重と配慮の欠如」という 2 の要件を設定し、そこから不快な行為の不法を、規範や人が当然有している権利に違反しているかどうかを判断することによって明らかにしたのである。単なる不快を処罰するのではなく、2 の要件によって見いだされた、不快な行為の不法が処罰されるのであるとする Hirsch の見解は、単なる不快を処罰することに比べて、処罰範囲を限定することができるだろう。

しかしながら、ここで次のような疑問が生じる。つまり、2 の要件によって見いだされた不快な行為の不法は、必ずしも処罰に値する不法ではないのではないかということである。例えば、Hirsch は、不快原理が適用される典型例として、公共交通機関において大音量で音楽を聴く行為を挙げていた。そして、この不快な行為の不法は、その行為者特有の好みを追求することで公共の空間を特権的に利用するという相互的な配慮という規範違反であるとして、当該行為は刑罰が科されると説明した。しかし、このような規範は、刑罰を科してまで保護しなければならないほど重要な規範であるといえるのだろうか。また、露出行為については、逆のプライバシー侵害にその不法があると説明されていた。これについては、非常に間接的な権利であるとも考えられる。つまり、2 の要件によって見いだされた不快な行為の不法が、刑罰に値するものなのかという判断がなされていないのである。この判断がなければ、2 の要件から見いだされたあらゆる権利侵害や規範違反が、刑罰の対象となってしまう。Hirsch は、Feinberg の不快原理に欠けている、不快な行為が刑法上制裁可能な不法行為であるという根拠を示すために 2 の要件を設定し、不快原理の

射程範囲を狭めることを試みたが、上記のような理由からその試みには失敗しており、結局は、Feinberg の不快原理の欠点を完全に克服することはできなかったといえるだろう。

### 3 媒介原理について

Hirsch は、彼らが展開した不快原理の処罰範囲を制限する媒介原理を提案した。結論から先にいえば、私見としては、この媒介原理に賛成の立場にある。

「直接性の要件」については、本稿で問題となっている迷惑防止条例やそれに類する条例が迷惑な行為を禁止する根拠としている「割れ窓理論」を否定する原理である。この原理を適用することによって、「割れ窓理論」を条例の根拠とすることは認められなくなる。

「社会的寛容の原理」や「回避可能性の原理」については、Hörnle も同様の考えを有しているようである。Hörnle は例えば、結婚式に招待されている客が、花嫁もしくは花婿について非常に機転の利かないスピーチをすることで、結婚式のような重要な社会的機会を台無しにするというような行為を、非常に配慮のない行為であると評価する<sup>227</sup>。しかし、刑法の手段によってこのような問題に取り組むことを想像するのは困難であるとする。

Hörnle が上述の結婚式の事例における行為の犯罪化を認めない理由は、「自律的な生活を送る自由は、社会的な相互作用に関する自由で個人的な選択を構成する。しかしながら、この自由の行使には、失望について不満を言わない義務が伴っている<sup>228</sup>」と考えるからである。個人の自由を価値として認めることは、最小限として、個人がしたいことをしてもよいという原則を受け入れることを含んでおり、他人がそれによって苦悩を受けても、他の十分な理由がなければその行為に対して規制が加えられるべきではないのである<sup>229</sup>。次いで Hörnle は、「ひどく失礼もしくは配慮のない扱いでも、それを回避することは自分自身の責任になる<sup>230</sup>」。ということも当該行為の犯罪化が認められない理由として挙げてい

---

<sup>227</sup> Hörnle, *supra* note (99) (Legal Regulation of Offence), at 142.

<sup>228</sup> Hörnle, *supra* note (99) (Legal Regulation of Offence), at 144.

<sup>229</sup> 加茂・前掲注(170) 156頁。

<sup>230</sup> Hörnle, *supra* note (99) (Legal Regulation of Offence), at 144.

る。

このことから、上記の事例の場合に求められるのは、寛容さと、自分の結婚披露宴のような重要な社会的行事に出席する客を注意深く選ぶことであり<sup>231</sup>、刑法上の介入ではないという結論に至る。この考えは、まさに Hirsch が提案した媒介原理の「社会的寛容の原理」や「回避可能性の原理」と同様のものであろう。以上のことから、媒介原理は、不快な行為の犯罪化を抑制する役割を果たしうるものであると考える。

ちなみに、Hirsch も、上記の結婚式の事例と同様の場合について言及している。それによれば、結婚式に招待された客の無神経もしくは不作法な振舞いは、私的な不快であるという<sup>232</sup>。そして、たとえその振舞いが尊重のないものであったとしても、その不快な行為は、公然で行われたのではなく、公共の施設の質を損なっていないとする<sup>233</sup>。Hirsch は Hörnle のように寛容さや回避することを求めるのではなく、1 の要件に該当しないと解した。しかしながら、結婚式のような場面は、私的な場面であるといえるのだろうか。完全に私的な場面として思い浮かぶのは、自分自身の家や部屋に一人であることであろう。これと比較すると、結婚式のような場面は、自分自身の家や部屋にいるときほど私的性が高いものではない。また、新郎新婦の知り合いであるとはいえ、多数の人々が集う場所である。そのような場所が、公的な場所ではないとは言い難い。つまり、ここで露呈するのは、1 の要件も判断基準が示されていないために、恣意的な判断に委ねられる可能性があるということである。

最後に、Hirsch に対する批判として注目すべき見解は、「侵害」と「不快」を区別することそのものに異議を唱えている Hörnle の見解である。Hörnle によれば、Hirsch の侵害原理で用いられている概念である「資質」と、彼の不快原理で用いられている「尊重も配慮もない」という規範的な要件は、十分に説明されていないとし、そもそも、「侵害」と

---

<sup>231</sup> Hörnle, *supra* note (99) (Legal Regulation of Offence), at 144.

<sup>232</sup> Hirsch (Fn. 152), S. 923.

<sup>233</sup> Hirsch (Fn. 152), S. 923.

「不快」とを区別する必要はないとする<sup>234</sup>。

Hörnle は、当該行為が犯罪かどうかを決定する際の別の線引きを提案する。それは、他者の権利を侵害する行為かどうかという基準に基づく考え方である。Hörnle はまず、ドイツ刑法典において「公共の平穩」という見せかけの法益を設定している規定の正当性を疑い、当該行為が明瞭で持続的な侵害を生じさせない場合に、その構成要件を一旦、感情保護犯として分類する。そこから、他者の権利を侵害する行為を犯罪と認定し、他者の権利を侵害しない行為は、感情を保護しているに過ぎないとして犯罪化を否定するのである。以下では、Hörnle による行為の犯罪化のための新たな基準を紹介する。

### 第三節 Tatjana Hörnle の議論—感情保護犯について—

#### 第一項 「公共の平穩」法益と感情保護の関係

第二章での検討で、Hörnle は、「公共の平穩」法益は見せかけの法益であり、実際には感情を保護しているに過ぎないと解していることを紹介した。これをもとに、Hörnle は、「公共の平穩」を法益として設定している構成要件を、感情保護犯とするのであるが、この「公共の平穩」法益と感情保護との関係性はどこから導かれるものであるのか。Hörnle によれば、それは、「公共の平穩」法益の定義の一つであった「国民の信頼」から導かれるものであるとする。Hörnle は、「国民の信頼」とは個々の市民の感情的な考えの総体であり、個々人の不安感と心配が「国民の信頼」に対する侵害を構成すると考えていた。つまり、「公共の平穩」概念が主観的な要素を有するために、「公共の平穩」法益が感情的な反作用に結び付く余地があると考え<sup>235</sup>、感情保護との関わりを見いだすのである。

しかし、Hörnle は、「公共の平穩」を法益として設定する刑罰規範を、感情保護犯であるとすぐに結び付けるわけではない。なぜなら、「公共の平穩」に関連づけて刑罰規範を考慮している通説は、何もかも一緒にして平穩保護の構成要件として格付けしており、いく

---

<sup>234</sup> Hörnle, *supra* note (99) (Legal Regulation of Offence), at 138.

<sup>235</sup> Hörnle (Fn. 98), S. 271.

つかの刑罰禁止の間にある本質的な違いを隠していると考えられるからである<sup>236</sup>。Hörnle は、一定の当事者が抱く否定的な感情の背後に、その人の権利が存在する場合があると主張し、その場合当該行為は、もっぱら感情の保護に資さない不真正感情保護犯として分類する。そして、当該行為が人の権利と関わりなく単に否定的な感情を生じさせる場合は、その行為を真正感情保護犯として分類する。Hörnle は、「公共の平穩」法益を手がかりに感情保護犯を見だし、さらにその感情保護犯を真正感情保護犯と感情の保護に資さない不真正感情保護犯に区別することによって<sup>237</sup>、感情保護に関わる刑罰規定が正当であるのかという問題に取り組むのである。

## 第二項 他者の権利について

それでは、Hörnle が感情保護犯を不真正感情保護犯へと分類する際に、その基準としている人の権利とは一体何であるのか。Hörnle によれば、これは、ドイツ基本法 2 条 1 項<sup>238</sup>から導かれる他者の権利であり、他者の権利の侵害は、刑法のための本質的で実体的な基準 (Vorgabe) であるという<sup>239</sup>。

この点から生じる最初の問題は、他者とは誰なのかということである。これについて Hörnle は、基本的人権の担い手は自然人であるという考えを基礎にする。そして、基本法 2 条 1 項の意味における「他者」に関する自然人を理解する際には、公共の利益も「他者の権利」としての役割を果たしうるのかという疑問が生じるが、これについて Hörnle は、憲法における今日の通説では、行為自由の制限を他の人間の権利に関連づけているが、公共の権利には関連づけていないということを持ち出して、「他者」の中には、公共の利益が含まれないと解する。それゆえ、刑法上の他者の権利における「他者」を個人主義的に捉

---

<sup>236</sup> Hörnle (Fn. 98), S. 271.

<sup>237</sup> Hörnle (Fn. 98), S. 271.

<sup>238</sup> ドイツ基本法 2 条 1 項 各人は、他者の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または徳律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する。

<sup>239</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 65.

えることは、ドイツ基本法にも合致するという。この点では、Hirsch が彼の侵害原理の中で展開した個人を重視した「資質」の議論と、Hörnle の個人主義的に捉えた他者の権利を出発点とした議論の間に実質的な相違はない。

ところが、Hörnle は、「資質」という判断基準より「他者の権利」という判断基準の方が優れているという。両者の主張の違いを明らかにするために、露出行為の事例を考えてみる。Hirsch の見解によれば、露出行為は、人の法的に保護された利益を侵害もしくは危殆化するものではないので、「資質」を侵害せず、侵害原理で説明できないというものであった。しかし、人は、他者の私的な領域に無意識に巻き込まれないための権利を有しており、露出行為はこの権利に対する尊重も配慮もない行為であるために、不快原理が適用され、犯罪化されることになる<sup>240</sup>。他方で、Hörnle の見解によれば、露出行為は性的自律性の権利を侵害し、この評価は遡及的に行われると考える。それゆえ、Hirsch による将来の幸福に向けられた「資質」と過去の行為とは関連がなく、「資質」の概念は有益でないとする<sup>241</sup>。さらに、Hörnle は、Hirsch が結局、露出行為を権利の概念で説明するのであれば、不快原理ではなく侵害原理を適用するべきであるとも主張する<sup>242</sup>。Hörnle は、なぜ「配慮も尊重もない」行為が犯罪化されなければならないのかということが示されていない Hirsch の不快原理よりも、「他者の権利」に基づいた実体的な基準の方が、行為の犯罪化の根拠をより明確にすることができるというのである。

「他者の権利」という判断基準から生じる次の問題は、どのようにして「権利」概念が解釈されるのかということである。ここで最初に示しておかなければならないのは、Hörnle が提示する「他者の権利」とは、単なる他の人間の利益ではないということである。Hörnle によれば、刑法上の保護に値する「他者の権利」の場合、その保護の範囲は、民法や公法上で潜在的な被害者に与えられている権利ほど広いものではないとする<sup>243</sup>。なぜな

---

<sup>240</sup> Hirsch, *supra* note (99) (Legal Regulation of Offence), at 122.

<sup>241</sup> Hörnle, *supra* note (99) (Legal Regulation of Offence), at 141.

<sup>242</sup> Hörnle, *supra* note (99) (Legal Regulation of Offence), at 141.

<sup>243</sup> Hörnle, *supra* note (99) (Legal Regulation of Offence), at 140.

ら、民法や公法上の権利の範囲とは異なる刑法上の「他者の権利」という基準を正当化するために、「他者の権利」と人間の利益との関連を要求するからである。刑法上の態度規範の根拠となりうる人間の利益を、前実体的な評価をもとにして決定し、さらに、理性的で一般化可能そして持続的で重大な利益に関わるということを前提とするのである。

では、刑法上の保護に値する人間の利益と、刑法上の保護に値しない人間の利益との区別は、どこから導かれるのであろうか。Hörnle はこれを Feinberg による福祉の利益

(welfare interests) から導こうとする。Feinberg によれば、侵害は、この福祉の利益が侵害される場合に存在するという。ここで、福祉の利益とは、個人的な人生構想の追求のための大枠の条件に妥当するもので、肉体的・物質的な前提に関係するだけではなく、社会環境の自律的な形成に関する特殊な人間の能力を補助するような前提に関わるものであると説明される<sup>244</sup>。具体的に、個人的な人生計画のために必要な利益の中身には、生物としての存続、通常的身體や精神の機能、強い身體の痛みや損傷がないこと、相応な物質的な安全およびその他の物事、それに加えて、感情的な安定性、安定性のある人間の間の相互関係などが列挙される<sup>245</sup>。

しかし、Hörnle は、基本法 2 条 1 項における「他者の権利」を把握するには、この福祉の利益の理解は広すぎるために、ほとんど使用することができないとする。人間の福祉のために全ての基本条件を保護することはできない。それゆえ、Feinberg によって提案された福祉の利益を、刑法上の禁止規範の根拠とするために、さらに絞り込むことが必要となる。

そこで、Hörnle は、Feinberg による福祉の利益を、刑法上の安全に限定することを提案した Papageorgiou の解釈を持ち出す。Papageorgiou は、刑法上の保護に値する利益を安全の利益 (Sicherheitsinteressen) と呼び、能力の保証 (Leistungsgarantien) は可能ではなく、他者による尊敬に関する要求のみが可能であると主張した<sup>246</sup>。具体的に、安全

---

<sup>244</sup> Feinberg, supra note (177), at 37.

<sup>245</sup> Feinberg, supra note (177), at 37.

<sup>246</sup> Papageorgiou (Fn. 180), S.151 ff.

の利益の中身は、自身の身体、実体的な財の存立や、強制からの人格的な自由によって構成される人格的な領域への介入に対する防衛と同様に、集合的に分類された財への介入に対する防衛へも向けられる防衛の利益 (Abwehrinteressen) のみであると説明される。この際、防衛の利益の中には、感情保護は含まれない。なぜならば、Hörnle は、人間の利益を刑法上保護するためには、理性的で一般化可能な、持続的な利益に関わる問題であるということも前提とするからである。それゆえ、一時的な願いやとっさの (spontan) 人格的な欲求は、他人の行動の自由を制限するための、何ら耐えうる基礎とはなり得ない。また、「見事な人生」のような個人的な表象と構想についても、自律的な生活様式の鑄造はであるが、刑法上の保護の対象とならないとする。なぜならば、洗練された目的とは一致しない現実のライフスタイル、もしくは、その目的は修正されなければならないという展開や作用は、日常の事柄の経過の一部であり、甘受されなければならないからである<sup>247</sup>。

Hörnle は、Papageorgiou の見解から導かれたこのような安全の利益の概念を有益な糸口とすることによって、刑法上の保護に値する「他者の権利」を根拠づけるのである。

このように理解される「他者の権利」の内容である安全の利益という観点から、Hörnle は、集合的な財をどのように理解するのだろうか。Hörnle は、集合的な財、例えば、衰弱した通貨もしくは腐敗した行政によって、人が侵害ないし危殆化されるまで刑事罰を使用せずに待つことはできないと考える。なぜなら、すでに生じた長期間影響をもたらす構造的な侵害が、もはやほとんど可逆のものではないだろうという段階になった際に刑法を使用したとしても、遅すぎるからである。Hörnle の見解によれば、具体的に侵害された、もしくは、具体的に危殆化された人がいない犯罪も、人間の利益を毀損することができる。この理由について Hörnle は、誰もが、彼の自由な領域の保全についての防衛請求権と並んで、その自由を行使しうるために一定の大枠の条件も必要としており、個々人はその大枠の条件の保証に関する利益を有していると説明する。さらに、刑法上保護されるのは、個々人の安全の利益の構成要素として不可欠である集合的な財のみであるとも説明

---

<sup>247</sup> Papageorgiou (Fn. 180), S.155.

する。具体的には、例えば、通貨の本質は他者の権利説の立場からは、許容される保護財となる。なぜならば、もし国家が通貨偽造を防ぐための効果的な措置をとらなければ、公的に取り決められている紙幣や金銭価値の請求権に関する主観的な権利は、その権限を有する者にとって意味がなくなってしまうからである。

Hörnle は、以上のような「他者の権利」という基準を用いることにより、感情保護犯と考えられる構成要件から、道徳や感情やタブーを保護している構成要件、つまり、真正感情保護犯を明らかにする。そして同時に、「他人の権利」を侵害する可能性が否定されることが、感情保護犯を真正感情保護犯として分類する際の前提とされるのである。

### 第三項 ドイツ刑法典における感情保護犯の分析

Hörnle は、ドイツ基本法 2 条 1 項から導かれる「他人の権利」という基準を用いて感情保護犯を真正感情保護犯と不真正感情保護犯に分け、より実質的に分析しようとする。

Hörnle によれば、真正感情保護犯とは、他者の権利の侵害という観点からは正当化できず、他人に憤激や別の否定的な感情を生起させる態度を禁じている刑罰規範であり、不真正感情保護犯とは、当事者が権利の侵害を引き合いに出すことができる構成要件であるという。

真正感情保護犯として分類される行為は、憲法違反組織の象徴物の使用（ドイツ刑法 86 条 a）、信条、宗教団体及び世界観を共有する団体に対する冒瀆（ドイツ刑法 166 条）、近親相姦（ドイツ刑法 173 条）であり、不真正感情保護犯として分類される行為は、犯行を行う旨の脅迫により公の平和を乱す罪（ドイツ刑法 126 条）、露出行為（ドイツ刑法 183 条）、公の不快感の惹起（ドイツ刑法 183 条 a）である。以下では、Hörnle によるこれらの構成要件の分類を紹介する。

#### 1. 不真正感情保護犯

##### 1-1 犯行を行う旨の脅迫により公の平和を乱す罪（ドイツ刑法 126 条）

これは例えば、デパートで爆弾テロを行うと脅迫するような行為である。このような脅

迫が行われることにより、国民の間で漠然とした不安が生じることになる。それゆえ、不安感を生じさせることが、当該行為の禁止の根拠であるという考えに至るが、Hörnleによれば、感情保護の根拠を持ち出すことは否定されるという。たとえ当該行為により、国民の間での不安という反作用が生じるとしても、どの程度までそのような反作用を行為者の具体的な行為に帰責することができるのかは、不明確であるからだ。なぜならば、その反作用は、報道等の別の要因によってもたらされることがあるからである。したがって、不安感で当該行為の禁止を根拠づけることはできない。

これに代わって根拠となりうるのは、予告された脅迫行為に対する被害者が存在するということである。被害者の範囲は、行為の種類によって限定される。例えば、デパートで爆破テロを行うという脅迫の場合には、デパートの客や従業員が被害者となり、場所を限定せずに鉄道路線に対するテロを行うと脅迫する場合には、潜在的な被害者の範囲はより広くなる。

そして、潜在的な被害者は、仮に当該脅迫行為が、実際の危険と一致しないとしても、脅迫行為のリスクを真に受けるので、それを信用することができない。理性的な人々は、一定の交通機関を利用することができず、もしくは、一定の場所を避けなければならない。それゆえ、脅迫行為は、妨害と制限の社会慣習的な基準を越える間接的な自由を制限し、安全の利益を侵害する。したがって、当該行為の犯罪化は正当なものであると結論づけられるのである<sup>248</sup>。

## 1-2 公の不快感の惹起（ドイツ刑法 183 条 a）

Hörnle は、他者の性的な行動を望まずに知覚することは、プライバシーの領域への介入として、国家的な規制を原則的に正当化することができるという。しかし、この結論は、当該行為によって場所の利用に関する争いが生じることが前提条件とされる。なぜなら、性的な行為によって迷惑だと感じている人々は、一定の場所へ行くことを避けるという不

---

<sup>248</sup> Hörnle (Fn. 98), S. 275.

利益を被っているからである。また、迷惑を感じている人が、別の理由からその場所を離れることができない場合、性的な行為によって迷惑を甘受することが彼らに強制されている。このことから、性的な行為が、それを一瞥することを簡単には回避できない場所で行われる場合に、当該行為の国家的な規制を正当化することが可能となる。それゆえ、183条 a における構成要件上の行為の言い換えは、「離れることができない、もしくは、権限のある利益を放棄することなくその場所を離れることができない状況でのプライベートな領域の保護」という保護目的と一致しうるのである。

しかし、ここで注意しなければならないのは、Hörnle が正当と考える性的な行為に対する国家的規制は、刑法ではないということである。当該行為が取るに足らぬ行為であるために、刑法上の規定は必要でないと考えるのである。ここで彼女が意図する国家的規制とは、ドイツ秩序違反法のことである。その理由は、ドイツ秩序違反法 118 条が、すでに刑法 183 条 a に事例を把握する規定を含んでいるからであると説明される<sup>249</sup>。禁止されているのは、公然での性的な行為であると理解される「粗野で不適當な行為」であって、ドイツ秩序違反法 118 条における「迷惑をかける (belästigen)」というメルクマールは、刑法 183 条 a における「不快感を生じさせる (ein Ärgernis bereiten)」という構成要件のメルクマールに相応すると解するのである。以上のことから Hörnle は、公の不快感の惹起 (ドイツ刑法 183 条 a) は、ドイツ秩序違反法で対応すべきであると主張する<sup>250</sup>。

### 1-3 露出行為 (ドイツ刑法 183 条)

Hirsch は露出行為に不快原理が適用される典型的な事例として扱ったが、Hörnle は、露出行為を不真正感情保護犯として分類する。つまり、権利の侵害を前提とする。この考えは、ドイツ刑法典 183 条 a と同様に、露出行為も、意思に反して性的な表現に直面させられる被害者のプライベートな領域を侵害するというところから導かれる。しかし、被害

<sup>249</sup> ドイツ秩序違反法 118 条 (1) 公衆に迷惑をかける又は危殆化させ、公共の秩序を危殆化するのに適した方法で、粗野で不適當な行為をする者は、秩序違反である。

<sup>250</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 457 ff.

者を毀損する強度は、183条 a で理解されている典型的な公然での性的な行為よりも、露出的な行為の方が多少強くなるという。なぜなら、他者による配慮をなおざりにしながら性的な活動をする場合とは違って、露出者は狙いを定めて被害者を直面させ、そして、被害者を意識的にその出来事の中に含めるからである。それゆえ、Hörnle は、行為者が彼の性的な刺激もしくは満足のための必須の方法として他人の知覚を得ようと努める場合にのみ、露出行為は 183 条に含まれると解する。

しかしながら、Hörnle は、露出行為にさらに詳細な分類を行う。その分類は、露出行為が威嚇的に作用するかどうかという基準で行われる。例えば、他者からの助けを得られない住居で、行為者が被害者に接近する場合に、威嚇的な要素がはっきりと現れるという。威嚇的な要素を、露出行為が性的な自己目的や性的強要への第一歩であるかを評価する基準としているのである。つまり、威嚇的な露出行為とは、強姦罪を予備的に捉えた解釈である。なお、威嚇的な露出行為であるかどうかの評価判断は、被害者の立場に身を置いた客観的な第三者の視点から行われる。行為者が被害者に接近することができない空間では、露出行為から威嚇的という要素は除外される。

そして、露出行為に威嚇的な要素がなかった場合、Hörnle は、当該行為をドイツ秩序違反法の管轄へと移すことで十分であるという。その理由は、身体的接触なく強要される受け身の役割は、取るに足らぬ毀損が問題となるに過ぎないと解するからである。

以上のように、Hörnle は、露出行為（ドイツ刑法典 183 条）を、威嚇的要素がある場合には刑法を適用し、威嚇的要素がない場合は、ドイツ秩序違反法で十分であると結論づける<sup>251</sup>。

## 2 真正感情保護犯

### 2-1 憲法違反組織の象徴物の使用（ドイツ刑法 86 条 a）

Hörnle によれば、憲法違反組織の象徴物の使用（ドイツ刑法 86 条 a）は、タブーを保

---

<sup>251</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 458 ff.

護する規範に属しているという<sup>252</sup>。そのタブーは、国家社会主義の不当な政権の経験に根源がある<sup>253</sup>。ここでタブーとは、世間一般、もしくは、いずれにせよ国民の圧倒的大部分が、嫌悪すべきで、絶対的に非難すべきと見なしている行為態様が問題となっているという意味で用いられている<sup>254</sup>。

これについて Hörnle は、タブー違反として一定の態度を格付けることは、「タブー違反」に関する議論の中でときどき喚起される含意、つまり、タブー違反は、時代遅れな人や頭の固い人に対する、分かりやすく非常に進歩主義的な反乱であるという含意と結び付けることができないという。そして、むしろそれは、法体系の中心的で規範的な制定の根拠である過去の経験の評価に基づいているが、個別的になぜ象徴物が禁じられるべきかを目的合理的に根拠づけることは困難であるとする。

また別の観点からは、86条 a は、感情を保護しているということもできる。この感情とは、すなわち、国家社会主義による迫害の被害者の感情である。これは、両親もしくはその他の近親者に加えられた国家社会主義による不法行為のために精神的な外傷を負っている被害者や親類は、国家社会主義政権の象徴物に直面させられないということに関する特別な利益を有していると説明される考え方に由来するものである<sup>255</sup>。

しかし、Hörnle によれば、この被害者の感情は、「公共の感情の保護」というキーワードのもとで十分に把握することができないという<sup>256</sup>。なぜなら、そもそも刑法による感情保護は認められないという前提に反しているし、その感情を思いやろうとする関心事は、当事者に応じた権利を支えることができないからである<sup>257</sup>。そのため、国家社会主義に関わる事物との直面を、それによって惹起された辛い想起のために排除する公共の権利は根拠づけることができない<sup>258</sup>。

---

<sup>252</sup> Hörnle (Fn. 98), S. 278.

<sup>253</sup> Hörnle (Fn. 98), S. 279.

<sup>254</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 112.

<sup>255</sup> Barbara Bartes/ Wulf Kollorz, Anmerkung zu BayObLG NStZ 2000, S.650.

<sup>256</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 278.

<sup>257</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 277 f.

<sup>258</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 278.

以上のことから Hörnle は、86 条 a における犯罪構成要件は、ドイツ刑法典から廃止されるべきであると結論づける<sup>259</sup>。

## 2-2 信条、宗教団体及び世界観を共有する団体に対する冒瀆（ドイツ刑法 166 条）

166 条を「他者の権利」の観点から考察すると、安全の利益の侵害という根拠づけができるかもしれない<sup>260</sup>。なぜなら、166 条の行為によって、寛容な共同生活のルールが侵害されるからである。ここで寛容とは、個人が中傷なしに生活することを可能にする、信条と世界観の問題における寛容という意味で用いられ、そのような寛容は、自由で多元的な社会に必要であると考えられる。このことから、具体的に攻撃された宗教又は世界観に属さない人々を含め誰もが、緊張状態から解放された共同生活から利益を得ているということが出来る。

しかしながら、Hörnle は、集合的に分類された安全の利益は殆んど根拠づけられないという。なぜなら、快適な社会環境に関する一般的な利益は、刑法上保護されるべき利益にとって、あまりにも漠然としたものであるからである。安全の利益が侵害されるのは、ある争いが、自由に組織された国家の根拠に対して、積極的で戦闘的に攻撃する場合だけである。したがって、安全の利益の侵害という根拠で 166 条を正当化することはできず、166 条は真正感情保護犯に分類される<sup>261</sup>。

真正感情保護犯の観点からは、信条と世界観を信仰している者の感情の保護が持ち出される。そのことから、166 条は宗教感情の保護に資する規範であると理解できる。しかし、Hörnle は刑法による感情の保護を否定するので、166 条の刑罰規範も正当に根拠づけるこ

---

<sup>259</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 276 ff.

<sup>260</sup> ドイツ刑法 166 条

(1)公然と又は文書（ドイツ刑法 11 条 3 項）の配布により、他の者の宗教又は世界観にかかわる信条の内容を、公の平和を攪乱するのに適した態様で冒瀆した者は、3 年以下の自由刑又は罰金に処する。

(2)公然と又は文書（ドイツ刑法 11 条 3 項）の配布により、国内に所在する教会若しくは慣行を、公の平和を攪乱するのに適した態様で冒瀆した者も、前項と同一の刑に処する。

<sup>261</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 349 ff.

とはできない。

### 2-3 近親相姦（ドイツ刑法 173 条）

173 条の正当化根拠については、近親相姦による生殖によって危殆化されうるであろう遺伝的な価値の高い国民に関する集団の利益が考慮に入れられる。しかし、このような考慮は、国家社会主義の人口政策に関する経験によって根拠づけられたタブーに近似しており<sup>262</sup>、優生学上の考慮に基づいた抑圧的な手段に訴えた生殖政策はもはや維持されえない<sup>263</sup>。それゆえこのタブーは、我々の社会の中で、もはや目的合理的に根拠づけることはできない。

また、仮に「優良な遺伝子」に関する長期間の社会的利益と、障害のある子供のための公共の経済的な必要経費が考慮されたとしても、近親相姦の関係の範囲内でのみの生殖行為の禁止は、効果もなく、体系的でもないだろうという結果に至る<sup>264</sup>。したがって、公共の福祉の利益において、障害のある子供を出産することを阻止しなければならないということでも、173 条の刑罰による禁止を根拠づけることはできない。

以上のことから、Hörnle は 173 条を非犯罪化することを主張する<sup>265</sup>。

このように、Hörnle は、真正感情保護犯に分類された構成要件は、感情の保護や価値観やタブーと何ら異ならないものが保護されているに過ぎないので、非犯罪化されるべきであるとする。

## 第四節 小括

第三章では、不快な行為の犯罪化を正当化するための議論として、Hirsch の不快原理を

---

<sup>262</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 456.

<sup>263</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 466.

<sup>264</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 456.

<sup>265</sup> Hörnle (Fn. 90), S. 452 ff.

検討してきた。彼らは、「侵害」と「不快」を区別することで、侵害原理の厳格性を維持したが、不快原理も刑法的介入の根拠となりうるとした。その不快原理は、2つの要件と媒介原理から構成されるものであった。不快な行為は、2つの要件に該当した時点で一旦犯罪化の候補となり、媒介原理に該当しなければ犯罪化されることとなる。

公然性と施設の利用可能性の減損を要求する1の要件は、不快な行為の犯罪化を制限する機能を有しており、それはモラリズムと比較した際に明らかになった。しかしながら、「公的な場所」の判断基準が明らかにされていないために、恣意的な判断を許す余地があることが問題として挙げられた。

さらに、尊重と配慮の欠如を要求する2の要件は、不快な行為がなぜ不法であるのかという規範的根拠を明らかにするために設定された要件であった。しかし、不法を導き出す方法が示されていないかった。したがって、不快な行為を犯罪化の候補とするための2つの要件は、実際に用いることは困難であるという結論に至った。

また、「社会的寛容の原理」、「回避可能性の原理」、「直接性の要件」という媒介原理については、いずれも不快な行為の犯罪化を抑制する役割を果たしうるものであると考えた。

次に、ドイツ基本法2条1項から導かれる他者の権利をもとに自説を展開する Hörnle の議論を検討した。Hörnle は、「公共の平穩」法益を手がかりに、ドイツ刑法典から感情保護に資する構成要件を見いだした。そして、その構成要件を感情保護犯とし、それをさらに真正感情保護犯と不真正感情保護犯に分類した。その分類の際には、ドイツ基本法2条1項から導かれる他者の権利が侵害されたかどうかということに基づいた。その他者の権利について、Hörnle は刑法上でのみ妥当する他者の権利を追求し、安全の利益に関わる他者の権利だけが刑法上の保護に値するとした。そして、その他者の利益を侵害する構成要件を不真正感情保護犯、他者の権利を侵害しない構成要件を真正感情保護犯として分類した。その際、真正感情保護犯とは、感情や価値観やタブーと何ら異ならないものを保護しているということを示した。

Hörnle は、真正感情保護犯に分類した構成要件、つまり、86条 a、166条、173条は非

犯罪化されると結論付けた。そして、不真正感情保護犯に分類した構成要件、つまり、126条は犯罪化が正当であるとし、183条 a はドイツ秩序違反法、183条は、威嚇的要素があれば、刑法を適用し、威嚇的要素がなければドイツ秩序違反法を適用するというように結論が分かれた。

#### 第四章 不快な行為に対する刑事制裁について

##### 第一節 不快原理とその批判

これまで、多くの人々に対して不快感を生起させたことを根拠として社会的迷惑行為に刑罰を科すことができるのかという問題について検討してきた。その結果、Hirschの不快原理とHörnleの他者の権利説のみが、不快な行為に対する刑事制裁を考慮する機能を有しているということが明らかになった。

Hirschの不快原理には、不快原理が適用されるか否かを判断する2つの要件と、不快原理を抑制する媒介原理が存在した。それによれば、単にある行為が不快感を生起させたという事実だけでは犯罪化の根拠とはならず、当該行為が2つの要件に該当すれば不快原理における犯罪化の候補となる。そして、当該行為が媒介原理のいずれにも当てはまらなければ、当該行為は犯罪化されることになる。

不快原理が適用されるか否かを判断する2つの要件は、1.「不快が原則的に公然で生じ、それによって、公共の施設の利用可能性と魅力が損なわれる。」と2.「ある態度が、他人を著しく尊重も配慮もない方法で扱うかどうかが決定的である。」というものであった。しかし、1の要件については、公然性についての判断基準が示されていないという欠点があった。そして、2の要件については、不快な行為がなぜ処罰されなければならないのかという規範的な理由を示すために、不快な行為の不法を明らかにしようとした試み自体は評価できるものであった。しかし、2の要件から見いだされた不法が、刑罰に値する不法であるのかという判断が行われていなかった。そのために、2の要件から見いだされたあらゆる不法が刑罰の対象となってしまうのである。例えば、公共の交通機関で大音量の音楽

を聴くような行為について、Hirsch が不快原理における 2 の要件から見いだした不法の中には、自分の好みを追求するために公共の空間を特権的に利用するという「相互的な配慮という規範」が含まれていた。しかしこの規範は、当該行為が周囲の他者に対する配慮のない行為であることの言い換えに過ぎない。この不法が刑罰に値するのかどうかという判断基準が示されていないだけでなく、さらに言えば、2 の要件から不法を見いだす手順それ自体も示されていないため、不快な行為の不法は、恣意的な判断に委ねられ、広く捉えることが可能になる。Hirsch は法益について、法益概念がかなり広く捉えられているために、処罰範囲が拡大していると批判していたが、この批判は、Hirsch の不快原理にも同様に妥当するのではないだろうか。

なお、Hirsch は、広く捉えられた不快な行為の処罰範囲の拡大を、媒介原理で抑制しようとするのであるが、不快な行為の不法それ自体は媒介原理に左右されるものではないといえる。つまり、不快な行為の不法を見いだすことができれば、後に媒介原理が作用して当該不快な行為が非犯罪化されるとしても、その不快な行為は犯罪化の候補のままなのであって、犯罪に限りなく近い行為となるのである。

犯罪に限りなく近い行為、つまり犯罪化されつつあるということは、日本における社会的迷惑行為がおかれている状況と同様のものである。迷惑防止条例では、社会的迷惑行為に対する過料規定が非常に多くみられる。この過料とは行政上の秩序罰であるために、形式上、社会的迷惑行為を犯罪と理解することはできない。しかしながら、上記で示したように、迷惑防止条例は、過料規定を用いて「生活の平穩」や「生活環境」といった社会的法益に侵害を加える義務違反への対処にあたっているために、さらに踏み込んで、積極的に行政刑罰の機能を果たしていると考えられ、実際に過料は、刑罰と同じ機能を有していると考えられる。したがって、過料しか科されていない社会的迷惑行為であっても、犯罪に限りなく近い行為として認識することが可能なのである。このことから、たとえ Hirsch の不快原理を応用して日本における社会的迷惑行為についての問題を考慮したとしても、社会的迷惑行為を犯罪ではないが、犯罪に限りなく近い行為として扱う、つまり、迷惑防

止条例において社会的迷惑行為に対する過料規定を設定するという現在の状態とは何ら変わらない結論に至る可能性があるのである。このような可能性も、Hirsch の不快原理に賛成できない一つの理由である。

さらに、不快原理の処罰範囲を制限する役割を果たす媒介原理については、「社会的寛容の原理」、「回避可能性の原理」、「直接性の要件」という 3 つの要件から構成されていた。媒介原理そのものは、不快な行為の犯罪化を抑制することに有益であり、刑法の謙抑性の見地からも妥当であると考えられる。しかしながら、不快な行為に対する刑事制裁について考慮する際の前提となる 2 つの要件、つまり、不快原理が適用されるか否かを判断する 2 つの要件が妥当なものではなかった。それゆえ、Hirsch の不快原理が不快な行為に対する刑事制裁を正当化する適切な根拠づけであるかどうかという問いには、否定的な立場を取らざるを得ない。不快原理が適用されるか否かを判断する 2 つの要件を一般化することが困難である以上、Hirsch の不快原理を、実際的な判断基準として採用することはできない。

次に、Hörnle によって展開された他者の権利説に関して、その特徴的な点は、ドイツ基本法 2 条 1 項から導かれる他者の権利を用いていることである。Hörnle は、「公共の平穩」法益が、感情的な反作用に結び付く余地があると考え、「公共の平穩」を法益として設定する構成要件と感情保護犯との関わりを見だし、そのような構成要件を感情保護犯として分類した。そして、感情保護犯として一旦分類された構成要件を、不真正感情保護犯と真正感情保護犯とに分類した。前者に分類されるのは、一定の当事者が抱く否定的な感情の背後に、その人の権利が存在すると考えられる構成要件であり、後者に分類されるのは、人の権利とは関わりなく単に否定的な感情を生じさせると考えられる構成要件であった。この分類の際に基準となるのが、ドイツ基本法 2 条 1 項から導かれる他者の権利であった。

他者の権利における他者とは、個人主義的に捉えられるもので、刑法上保護されるべき他者の権利とは、安全の利益に関わるものでなければならなかった。そして、この安全の利益の内容とは、自身の身体や実体的な財の存立、強制からの人格的な自由によって構成される人格的な領域への介入に対する防衛と、集合的に分類された財に対する防衛に関わ

る防衛の利益 (Abwehrinteressen) であった。このように理解される他者の権利という基準を用いて Hörnle は、感情保護犯を、真正感情保護犯と不真正感情保護犯に分類したのである。

以上のように Hörnle が提案した解釈の優れている点は、一見、感情保護に役立っていると思われる構成要件を、「他者の権利」という基準を用いることで、実際に保護されている利益を明らかにしたことと、もっぱら感情や価値観やタブーと何ら異ならないものの保護に資する構成要件を突き止め、それを非犯罪化したことである。さらに、この他者の権利説は、刑法上でのみ妥当する他者の権利であるので、Hirsch の不快原理とは違って、処罰範囲を限定する機能も有している。

また、民主主義社会においては、感情や価値観やタブーに対する判断が、市民の多数に委ねられることが多い。しかし、われわれの感情的価値判断がしばしば一面的に偏っていること、誤った事実認識や先入見に左右されがちであることも忘れてはならない<sup>266</sup>。そのため、感情や価値観やタブーに反したことを根拠として刑法的介入を認めることはできない。それゆえ、Hörnle が、感情や価値観やタブーと何ら異ならないものを保護する構成要件を非犯罪化すべきであると結論づけたことは重要である。

Hörnle の他者の権利説を、迷惑防止条例で社会的迷惑行為を禁止するという問題に応用して考えた場合、社会的迷惑行為が、刑法上の保護に値する安全の利益を侵害ないし危殆化しているかどうかということが基準となる。安全の利益が既に刑法上の保護に値するものに限定されているため、立法批判機能を失ったといわれる法益とは異なって、他者の権利説は、処罰範囲を制限することができる。安全の利益の内容とは、理性的で一般化可能な、持続的な利益に関わる問題であるために、心理的な状態である感情は含まれない。それゆえ、多くの人々に不快感を生起させることを根拠として社会的迷惑行為に刑罰を科すことはできない。また、「見事な人生」のような個人的な表象と構想についても、日常の事柄の経過の一部であるという考慮から、安全の利益の内容ではなかった。そのため、快適

---

<sup>266</sup> 加茂・前掲注 (170) 145 頁。

なまちのような意味での「生活環境」も、単なる「望ましいまちの表象や構想」であるために刑法上の保護に値するとはいえないだろう。

さらに、Hörnle の他者の権利説には、刑罰を科してまで保護するに値しない感情や価値観やタブーに関わる構成要件を突き止め、非犯罪化することができるという機能があった。そのことから、問題となる社会的迷惑行為が、多くの人々に不快感を生起させるということだけを根拠として刑罰が科されている場合は、非犯罪化されることになる。

以上の検討から、Hörnle による「他者の権利」侵害説が、不快な行為に対して刑事制裁を科すか否かの判断として相応しいと考える。

## 第二節 不快な行為に対する刑事制裁

本節では、Hörnle の他者の権利説を採用し、彼女の立場からは、社会的迷惑行為に対してどのような評価が得られるのかを推測する。タバコの吸い殻のポイ捨て行為は、他者の権利における安全の利益を侵害ないし危殆化しているといえるのだろうか。当該行為によって問題となるのは、タバコの吸い殻によって街が汚れることである。このことにより、「生活環境」が侵害されるといえる。この「生活環境」の内容には、住民の生命・健康に対する危険を与える「生活環境」と、人間が生活していく上での精神衛生面をも含めた環境という意味や、豊かな自然環境を共有する権利という意味での「生活環境」とが考えられる。前者の「生活環境」に対する侵害が問題となる場合には、タバコの吸い殻のポイ捨てが強度の誘発的性質を有しているために、当該行為が多数人によって多数回行われ、その結果、大量の吸い殻が街に散乱し、それが「生活環境」に対する侵害となることが考慮される。しかしながら、個別的なタバコの吸い殻のポイ捨て行為者に対して、その行為者とは関係のない他者によって行われた多数回のタバコの吸い殻のポイ捨て行為によって生じた結果についての責任を問うことは正当ではないといえる。それゆえ、個別的なタバコの吸い殻のポイ捨て行為とその行為による「生活環境」に対する侵害が問題とされなければならない。しかし、個別的なタバコの吸い殻のポイ捨て行為による「生活環境」に対す

る影響は僅少であり、「生活環境」に対する侵害ないし危殆化を見いだすことは困難であるといえる。他者の権利における安全の利益が侵害されたというためには、タバコの吸い殻のポイ捨て行為それ自体によって他者の生命や健康が侵害ないし危殆化されたと証明されなければならないだろう。したがって、安全の利益に対する侵害ないし危殆化があるという根拠で、タバコの吸い殻のポイ捨て行為に対して刑罰を科すことは正当化できないと思われる。

さらに、人間が生活していく上での精神衛生面をも含めた環境という意味や、豊かな自然環境を共有する権利という意味での「生活環境」について考えてみる。このような意味での「生活環境」は、タバコの吸い殻が街に散乱していることは、多くの人々にとっては好ましくないという、人間の心理的・情緒的あるいは意思的側面に関わるものを含めて考慮しなければならないものである。また、豊かな自然環境を享受する権利とは、実質的には「感情」といえる。そのことから、街にゴミである吸い殻が散乱している状態は、多くの人々に不快感を生起させるということが出来る。それゆえ、不快感を生じさせたことが、タバコの吸い殻のポイ捨て行為が禁止される根拠となっていると考えられるために、迷惑防止条例で当該行為を禁止する規定は、真正感情保護犯に分類されることになるだろう。したがって、迷惑防止条例でタバコの吸い殻のポイ捨てを禁止する構成要件は、不快な行為の阻止が問題となっており、タバコの吸い殻のポイ捨て行為によって不快感を生起させてはならないという感情の保護に資する構成要件であると思われる。

次に、路上喫煙について考えてみる。路上喫煙行為によって問題となるのは、歩きタバコによる火傷の被害・危険性と受動喫煙による身体への悪影響やタバコの煙そのものに対する嫌悪である。歩きタバコによって他者に火傷の被害が生じたことを根拠に路上喫煙を刑罰で禁止することは正当であるといえるのか。歩きタバコによって他者に火傷の被害を負わせるという結果を引き起こした場合、他者の権利における安全の利益の内容には「身体」が含まれるため、当該行為によって安全の利益が侵害されたということが可能であると思われる。それゆえ、歩きタバコによって他者に火傷の被害を負わせた場合には、当該

行為者は、傷害罪もしくは過失傷害罪に問われることになり、刑罰が科されることは正当であると思われる。

そして、歩きタバコによる火傷の危険性を根拠に路上喫煙を刑罰で禁止することは正当化できるのだろうか。例えば、人混みの中で、火が付いた状態のタバコを歩きながら携帯する場合は、他者の権利における安全の利益に対する危険があるといえるだろう。なぜならば、周囲に人が多く存在する場所では、簡単に当該行為者を避けることは困難であるために、安全の利益の内容である身体に対する危険が存在すると思われるからである。それゆえ、Hörnle の立場から推測すれば、上記の例のような場合には、当該行為に対して刑罰を科すことが正当化されるだろう。しかしながら、例えば、周囲に人が少ない場所で当該行為を行った場合には、当該行為者を避けることが可能であるし、身体に対する危険が非常に低くなるために、取るに足らぬ行為として理解される可能性があるだろう。そのように解した場合、Hörnle の立場から推測すれば、非犯罪化されるという結論に至ると思われる。

さらに、受動喫煙による身体への悪影響を根拠に路上喫煙を刑罰で禁止することは正当化できるのだろうか。受動喫煙による身体への悪影響があることは医学的にも証明されており、他者の権利における安全の利益の内容である身体に対する危険があると思われる。しかしながら、路上喫煙とは、公共の場所で行われる行為であり、比較的狭い室内で行われる喫煙と比べると、喫煙による煙の濃度は、公共の場所の方が薄いと考えられる。さらに、喫煙による煙に他者がさらされるのは一時的であると考えられる。したがって、路上での受動喫煙による身体への悪影響は、わずかなものであるため、路上喫煙による身体への悪影響を根拠に刑罰を科すことは正当化できないだろう。また、たとえ実際に受動喫煙によって身体に異変が生じたとしても、路上喫煙行為者の煙によって身体に対する侵害ないし危険が生じたということが証明されなければ、当該行為に刑罰を科すことは正当化できないように思われる。

そして、タバコの煙に対する嫌悪を根拠に路上喫煙を刑罰で禁止することは正当化でき

るだろうか。路上喫煙によるタバコの煙は、非喫煙者にとっては不快なものであるために、周囲の他者に配慮のない路上喫煙が迷惑防止条例上で禁止の対象とされている可能性もある。実際に、千代田区「生活環境条例」で路上喫煙に対する過料規定による施策が問題となった際に、「区民の声」の中に、非喫煙者によるタバコの煙を嫌悪する声があったことが挙げられている<sup>267</sup>。路上喫煙に対する刑罰がタバコの煙に対する嫌悪を根拠としているのであれば、それはまさに、不快な行為に対して刑罰を科しているということになり、Hörnleの考えを応用すれば、非犯罪化されることになると思われる。

以上のように、Hörnleの立場から推測することで、タバコの吸い殻のポイ捨て行為と路上喫煙行為についての検討を行った。その結果、タバコの吸い殻のポイ捨て行為を禁止することは、当該行為によって不快感を生起させることを禁止しているにすぎないために、当該行為に刑罰を科すことは正当ではないと考えられた。それゆえ、迷惑防止条例上でタバコの吸い殻のポイ捨て行為に刑罰を科すことも正当ではないと思われる。

路上喫煙行為については、当該行為が問題となる場面ごとに他者の権利における安全の利益に対する侵害ないし危殆化の程度が異なるため、非犯罪化される可能性があることを指摘した。しかしながら、迷惑防止条例で、他者に火傷の被害を負わせたことを根拠に刑罰を科すことは正当ではないだろう。なぜならば、それは刑法上の問題であって、迷惑防止条例上の問題ではないからである。それが、国法によって先占された問題領域に対する侵犯になることは上記でも指摘したとおりである。

したがって、迷惑防止条例で路上喫煙行為を禁止する際に問題となるのは、歩きタバコによる火傷の危険性が考慮に入れられる場合であろう。しかし、路上喫煙行為は、常に身体に対する危険性がある行為であるとは言い難く、また、タバコそれ自体が禁止されている訳でもない。さらに、喫煙行為そのものは、市民の嗜好に関わる行為という一面も有している。これらのことを鑑みると、火傷の危険性は、全ての路上喫煙を禁止するには十分な根拠とはいえないのではないだろうか。それゆえ、迷惑防止条例が路上禁煙地区に限っ

---

<sup>267</sup> 千代田区生活環境課・前掲注(28) 52～53頁。

て、さらに、人の多い時間帯に限って、路上喫煙を禁止することは妥当であるかもしれない。しかしながら、当該行為の本質的な問題は、喫煙者によるマナー違反である。喫煙者が喫煙マナーを守らないことによって火傷の被害や危険性、受動喫煙による身体への悪影響という否定的な結果が生じるのである。それゆえ、マナー違反そのものに対して、刑罰を科すことが妥当であるのかという問いが生じる。これについて Hörnle の立場から推測すれば、否定的な結論しか得られないと思われる。なぜならば、マナー違反それ自体は、他者の権利における安全の利益を侵害ないし危殆化するとはいえず、不快感を生起させるに過ぎないと考えられるからである。安全の利益に対する侵害ないし危険が問題となるのは、マナー違反それ自体によるものではなく、路上喫煙行為によるものであろう。

しかしながら、別の観点からの問題がある。それは、喫煙者によるマナー違反は、刑罰を科すことによって改善されるのかという問題と、刑罰を科すことでしか改善できないのかという問題である。もし、刑罰を科すことによってマナー違反が改善されるのであれば、刑罰はマナーの改善に対する実効性があるといえるだろう。しかし、たとえそのような実効性が確保できたとしても、別の方法、例えば、共生的方略や利己的方略によってマナーの改善に対する実効性を確保できるのであれば、刑法の最終手段性の原則から、路上喫煙行為に刑罰を科すことには賛成できない。したがって、以下では、制裁による実効性の観点からタバコの吸い殻にポイ捨てや路上喫煙を考察する。

### 第三節 社会的迷惑行為をめぐる様々な対応

以上では、社会的迷惑行為、とりわけ、タバコの吸い殻のポイ捨てや路上喫煙に対して刑罰を科すことは正当化できないことを示してきた。しかしながら、社会的迷惑行為の解決には、どのような対応策が有効なのだろうか。ここでは、社会的迷惑行為をめぐる刑罰以外の様々な対応について、その有効性や問題を検討し、効果的であると考えられる対応策を示すことで、本稿を終えることとする。

## 第一項 過料規定のある迷惑防止条例

千代田区の生活環境条例は、全国に先駆けて、路上喫煙者・たばこの吸い殻をポイ捨てした者に対して過料を科すことに踏み込んだ条例であり、平成14年10月に施行された。この条例により、千代田区では、タバコの吸い殻のポイ捨てが減少するという成果が上がった。千代田区が行っている吸い殻のポイ捨ての本数についての定点観測によれば、生活環境条例の施行直前である平成14年9月29日の秋葉原中央通りで995本あった吸い殻のポイ捨ては、翌月に208本にまで減少している<sup>268</sup>。それ以降も、平成16年4月13日から平成24年4月3日まで、20本以下という横ばいの状態で推移しているのである。

生活環境条例が成果を上げている原因は、違反者に対して過料を科す規定を設けたことであるとされ、肯定的な評価がなされている<sup>269</sup>。実際に千代田区では、相当数の過料処分を行っており、過料処分の適用が開始された平成14年11月から平成23年度末までの過料処分件数は、累計67702件となっている。

しかし、千代田区生活環境条例は、吸い殻のポイ捨ての減少に大きな成果を上げる一方で、さらなる課題が生じている。それは過料の未納者の存在である<sup>270</sup>。千代田区による過料適用の執行形態は、違反者に納付書を公布し後日納付するという形態だけでなく、その場で直接納付することもできる。しかし、その場での過料徴収の際、後日納付を希望する違反者が虚偽の住所氏名を申告すれば実際には徴収できないし、処分の際に逃走すればそ

---

<sup>268</sup> 詳細は、千代田区総合ホームページ参照。条例施行直前の平成14年9月から平成24年4月までの秋葉原中央通りにおける定点観測の結果が掲載されている。

<http://www.city.chiyoda.lg.jp/service/00068/d0006885.html>

<sup>269</sup> 千代田区「生活環境条例」を肯定的に評価するものとして、例えば、田中謙「たばこ規制の法システムと今後の法制的課題（3・完）」関西大学法学論集第62巻第3号（2012年）、田村泰俊「千代田区路上喫煙禁止条例と過料—政策法務からの分析—」明治学院大学法科大学院ローレビュー第1巻第1号（2004年）、細川幸一「千代田区生活環境条例による路上喫煙施策—過料の適用による実効性確保—」国民生活研究第43巻第2号（2003年）等。

<sup>270</sup> 千代田区によれば、過料の収納率は約86%と報告されており、過料未納者には督促状、催告状を送付し、なお未納の場合には、自宅や勤務先に直接訪問することや電話での連絡を行うなど厳しく支払いを求めていくとしている。千代田区ホームページ参照。

れまでである<sup>271</sup>。そのため、過料徴収の実効性と公平性という課題が生じるのである。この課題を克服するためには、過料の徴収を行う十分な数の人員を配置することが必要となるが、人員そのものや人員配置の予算が大きくなることは必然であるし、人員や予算を確保することができない地方自治体は、この課題を克服できないという問題が残る。

さらに、「公園喫煙」という問題も新たな課題となっている。吸い殻のポイ捨ての減少という成果が上がる一方で、喫煙者が公園に集まり、近隣住民からクレームが相次いでいるというのである<sup>272</sup>。公園は路上禁煙地区として指定されていないので、条例上、喫煙することは許されているが、「公園でたばこを吸われて迷惑」とのクレーム電話が千代田区安全生活課に寄せられている。千代田区は、生活環境条例はマナーの問題にあえて罰則というルールを設けているが、本当は、罰則などが不要なマナーへの回帰を目指しているという<sup>273</sup>。「公園喫煙」は、千代田区が目指すマナーの回帰という目標に反する事態であり、過料手法を積極的に運用する千代田区生活環境条例が、モラル・マナーの向上に資しているのかは疑問である。

## 第二項 罰金や過料の金銭的制裁規定のない迷惑防止条例

千代田区以外の地方自治体でも、路上喫煙・たばこのポイ捨てに対して条例が制定されている。しかし、千代田区のように過料規定を設けているわけではない。例えば、東京都文京区「文京区歩行喫煙等の禁止に関する条例」（平成 21 年 4 月施行）では、罰金や過料の規定はなく、「指導及び勧告」を経て「公表」が規定されている。東京都中野区「中野区吸い殻、空き缶等の散乱防止に関する条例」では、「指導及び勧告」のみが規定されている。さらに、「東京都台東区ポイ捨て行為の防止に関する条例」では、路上喫煙に対して努力義務を課すのみにとどめている。

---

<sup>271</sup> 北村・前掲注（37）22 頁。

<sup>272</sup> 産経ニュース（2012 年 10 月 16 日）。

<http://sankei.jp.msn.com/region/news/121016/ky12101612000000-n1.htm>

<sup>273</sup> 千代田区生活環境課・前掲注（28）146 頁。

「過料」ではなく、「指導及び勧告」、「公表」、「努力義務」を規定する条例に対しては、「はたして実効性を確保することができるのかはおおいに疑問が残るところである<sup>274</sup>」という指摘がなされている。確かに、単に条例を制定しただけでは実効性を確保することは困難であろう。千代田区も、生活環境条例を施行する前に、罰則規定のない「吸い殻、空き缶等の散乱防止に関する条例」を平成 11 年 4 月に施行していたが、成果を上げることができなかつたために、罰則付きの新たな条例である生活環境条例の検討を始めたという経緯があった<sup>275</sup>。

しかし、一方では、「単純に罰則付き条例で取り締まりを強化すればポイ捨てが減る、とはならない。ましてや、ポイ捨て行為が取り締まりにかかってしまうコストに見合うだけの重大事犯かどうか、いや、そもそもポイ捨て行為を取り締まりで解決しようとする社会のありかたが望ましいのかどうか、疑問のあるところだ<sup>276</sup>」という指摘もある。

以下では、罰金や過料といった金銭的制裁に頼らずに社会的迷惑行為を禁止する 2 つの条例を紹介する。条例上、金銭的な罰則規定を設けることが、1990 年代後半以降の迷惑防止条例の傾向である中、この 2 つの条例は、社会的迷惑行為に対して、条例上、どのように取り組んでいるのであろうか。また、実効性を確保することには成功しているのだろうか。

## 1 東京都文京区「文京区歩行喫煙等の禁止に関する条例」

文京区では、千代田区生活環境条例のように路上喫煙やタバコの吸い殻のポイ捨てに対して過料を科すのではなく、あくまでも当事者の喫煙マナーやモラルの向上によって歩行喫煙とポイ捨て防止の徹底を図ることをねらいとしたキャンペーンを、市民・事業者との協働のもとに平成 16 年から継続的に実施している。キャンペーンの企画にあたっては、

---

<sup>274</sup> 田中・前掲注 (269) 198 頁。

<sup>275</sup> 千代田区生活環境課・前掲注 (26) 11~12 頁。

<sup>276</sup> 西宮幸一「千代田区の『路上喫煙防止条例』を読み解く」

<http://www.dynax-eco.com/repo/report-12.html>

NPO 法人「環境ネットワーク・文京」、地元町会、周辺の大学関係者などが参加し、協議を重ねた結果、歩行喫煙の自粛を呼びかけながら、「迷惑な歩行喫煙 ポイ捨て NO！」のチラシ付きティッシュペーパーを通行人に渡すという街頭キャンペーンや、ポスターの配布・掲示、歩行喫煙状況調査を行うことなどが決定された<sup>277</sup>。実測調査によれば、このようなキャンペーンの実施前と実施後では、全歩行者に占める喫煙者数の比率が低下するという効果が上がっている<sup>278</sup>。

文京区では、このような成果を上げてきた取組みを継承しながら、その効果を区内全域に着実に広げていくために、「文京区歩行喫煙等の禁止に関する条例」（平成 21 年施行）を制定した。この条例では、罰則を設けず、喫煙者のマナー向上により、歩行喫煙や吸い殻のポイ捨てなどの迷惑な喫煙行為をなくしていくことを目標としている。

文京区では、このような啓発活動を継続的に行った結果、啓発活動が開始された平成 15 年度の歩行喫煙者率は、多い地区では約 12%であったが、3 年目で急激に減少し、平成 21～23 年には歩行喫煙者が 0 人という地区が稀ではなくなった<sup>279</sup>。このように、東京都文京区では、条例に罰金や過料が規定されていないにもかかわらず、歩行喫煙者と吸い殻のポイ捨てが減少するという成果を上げているのである。

## 2 京都府網野町「網野町美しいふるさとづくり条例」

京都府網野町（平成 16 年の合併によって現在は京丹後市）で平成 13 年に施行された「網野町美しいふるさとづくり条例<sup>280</sup>」は、条例の制定の際に、法律の専門家による協力を得

---

<sup>277</sup> 「歩行喫煙とたばこのポイ捨てに関する意識啓発事業報告書」（平成 16 年 3 月）  
<http://www2.toyo.ac.jp/~yamaya/semi.html>

<sup>278</sup> 同上。

<sup>279</sup> 『知恵の環ねっと』（環境ネットワーク文京、2012 年 6 月 3 日発行）。

<http://www.en-bunkyo.org/chienowa.htm>

<sup>280</sup> 詳細は、「全国町村会ホームページ」：

<http://www.zck.or.jp/forum/forum/2465/2465.htm>

「[VI] 琴引浜の鳴き砂保全の取り組み（京都市）」：

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/kaiyou/enganiki/jirei/aminochu.pdf>

敷田麻美、小島あずさ、松本清次、三浦到、山崎達雄「パネルディスカッション（Ⅱ）沿

て制定された条例で、罰金等の禁煙違反への罰則規定は実効性が乏しいと考えられ、罰則規定は条例上から意識的に削除された。

網野町には、琴引浜という鳴き砂<sup>281</sup>で有名な浜がある。全長 1800m の琴引浜は、すべてが鳴き砂の浜である。鳴き砂は、石英を中心として非常に繊細な性質を持つ砂で、砂の表面が少しでも汚れるとたちまち鳴かなくなる<sup>282</sup>。特に、ほこりや油類は鳴き砂の大敵であり、同様にタバコの灰も鳴き砂に悪影響を与えることが分かってきている<sup>283</sup>。そこは、町の文化財として指定されており、網野町では、この鳴き砂を守るために、浜の清掃や鳴き砂保護の啓発などの様々な取り組みが行われてきた。

しかし、琴引浜は、夏に海水浴客が多く訪れることで、タバコの吸い殻が目立つ状態になった。タバコの灰と鳴き砂が混ざることによって鳴き砂が鳴かなくなることが調査によって確認され、鳴き砂を守るために、地元が独自に琴引浜を禁煙ビーチにする取組を行った。そして、行政側もこの取組を支援するために、「網野町美しいふるさとづくり条例」を制定したのである。これにより、琴引浜は全国初の禁煙ビーチとなった。

この条例では、琴引浜を特別保護地区に指定し、浜辺での禁煙、花火、キャンプ、炊飯等を禁止するとともに、鳴き砂を保護する住民団体である「琴引浜の鳴り砂を守る会」（以下、守る会）を環境保護団体に認定し、監視や指導を行う権限を与えた。さらに、違反者に対しては、付近の清掃や環境保全講習の受講を命令することができる。それでも従わない者に対しては、氏名を公表することができる。

守る会は、夏季の海水浴シーズンの土日を中心に午前と午後の 2 回、会員が浜辺をパトロールし、喫煙者に対する指導、啓発を行っているようである。パトロール員の呼掛けに喫煙者も素直に応じているようで、上記命令にまで至った事例は 1 件もないようである。

---

岸域から始まる環境保全:海岸ゴミから生態系まで」沿岸域第 14 巻第 2 号(2002 年～2003 年) 15～21 頁を参照。

<sup>281</sup> 鳴き砂（鳴り砂ともいう）とは、足をするように歩いたり、手で砂をはくようにするとクックツと心地よい音で鳴く砂のこと。

<sup>282</sup> 三浦到「鳴き砂条例（美しいふるさとづくり条例）」海岸 41 巻 1 号（2001 年）47 頁。

<sup>283</sup> 三浦・前掲注（282）47 頁。

さらに、以前は海水浴シーズンに入るとすぐに鳴かなくなっていた鳴き砂も、鳴く期間や範囲が広がってきたという成果も上がっているようである。

この条例による鳴き砂の保全是成功したと認識されており、その成功には、守る会による活動が大きかったと言われている。さらに、経済面に関しては、地区にある駐車場の収益を清掃協力費として自治会で管理し、琴引浜の清掃活動や地区の環境保全のために使用しているようである。このような工夫によって、保全活動への負担感は小さくなり、無理なく継続可能な活動となった。

千代田区や文京区の活動から、違反者に過料を科すことも、啓発活動を行うことも、タバコの吸い殻のポイ捨てや歩行喫煙の減少に有効であることがわかる。しかし、「マナーやモラルの向上」という課題にも同じく効果があるのだろうか。

過料等によって取締りを強化することがマナーやモラルの向上につながるのかという疑問に基づき、市民の意識や行動実体をふまえた行政対応のあり方について考察することを目的として、次のような調査が行われた<sup>284</sup>。千代田区生活環境条例によってたばこの吸い殻のポイ捨てが減少したことの理由について質問した街頭ヒアリング調査では、「罰金を払いたくないから」が最も多く6割を占め、これに続いて「意識が身につくから」が3割を占めたという。この調査結果から調査者は、過料を払いたくないからポイ捨てや路上喫煙をしないという意識が身につくことになると言われると思う。さらに、行政側からルールを強要することにより、市民が主体となったマナーやモラルへの移行が困難となる恐れがあることも指摘している。これらのことから調査者は、結論として、ポイ捨ての対応策としては長期的に継続して啓発活動や清掃活動を行っていくことが重要であると述べる。

千代田区で「公園喫煙」という新たな問題が生じていることは、まさにこの調査者が指摘するように、ルールからマナーへの移行が進んでいないことの表れではないだろうか。

---

<sup>284</sup> 永井利明・加藤哲夫「ゴミの『ポイ捨て』への行政対応と市民意識に関する研究」環境情報科学論文集 19 (2005年) 226～227頁。

タバコの吸い殻のポイ捨てや路上喫煙対策には、実効性の観点や刑法の最終手段性の観点からも、行政だけでなく地域住民などによる定期的な啓発活動や清掃活動が有益であり、また、それこそが本来の目的であるマナーやモラルの向上に繋がると考える。