

学位申請論文要旨

論文題目：不快な行為に対する刑事制裁について

タバコの吸い殻のポイ捨てや路上喫煙などの迷惑な行為は、社会的迷惑行為と認識され、迷惑防止条例で禁止行為の対象とされている。迷惑防止条例の中には、社会的迷惑行為に対して過料や罰金を科す規定が存在するものもある。従来、犯罪とは見なされていなかった単なる迷惑行為が、今日では犯罪化されつつあるといえる。しかし、迷惑防止条例が刑罰を科してまで禁止する社会的迷惑行為の中には、マナーやモラルに関わる行為や市民生活に密着した誰もが行いうる行為が含まれている。本論文は、そのような社会的迷惑行為に対して、刑罰を科すことが妥当であるのかを、刑法理論的観点から考察するものである。

まず第一章では、迷惑防止条例の変遷を辿り、迷惑防止条例の始まりと現状を概観することによって、迷惑防止条例が禁止の対象とする社会的迷惑行為に変化がみられることと、迷惑防止条例の制定が増加していることを明らかにした。そのことから、現代社会において、なぜ単なる迷惑行為として認識されていた行為が社会的に非難に値する行為と認識され、社会的迷惑行為となったのかを示し、さらに、なぜ社会的迷惑行為に規制の方略がとられるようになったのかを示した。これらの検討に基づき、迷惑防止条例の問題点として、法益が不明確な点、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できるのか等の疑問点を挙げた。

次に第二章では、迷惑防止条例そのものが設定している「生活の平穩」法益をドイツ刑法典における「公共の平穩」法益を手がかりにして検討した。「公共の平穩」法益の一般的な定義としては、「公共の安全」、「安全感情」、雰囲気の変更に関連する「公共の平穩の攪乱」が挙げられるが、いずれの定義も刑法で保護すべき利益ではなく、これらの定義を内容とする「公共の平穩」法益は、法益としての適格性がないと結論づけた。そして、とりわけ、Hörnle は、「安全感情」という定義での「公共の平穩」法益は、当該法益を設定し

ている構成要件が、感情保護に資することを隠しており、そのため、「公共の平穩」法益は、見せかけの法益であることを指摘した。そのことから、同様の定義内容を有すると考えられる「生活の平穩」法益も、正当なものではないと考えた。さらに、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法益についても検討を行った。これらの行為からは、「身体」、「健康」、「生活環境」という法益が観念できたが、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ことを示し、法益論の観点から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正当化できないことを明らかにした。

そして、英米の刑法理論における、不快感を生起させたことを根拠に刑罰を科すことを正当化する不快原理が、社会的迷惑行為に対して刑罰を科す新たな根拠となりうるのかを検討した。英米の刑法理論では、刑罰を科す根拠を侵害原理に求めているが、「害」の範囲には争いがある。侵害原理における「害」の範囲内に不快原理における「不快」が含まれるか否かを、Andrew von Hirsch の侵害原理を考察することによって検討した。しかしながら、Hirsch の侵害原理における法益と類似する機能を果たす「資質」概念の内容から、一時的な影響しかもたらさない「不快」を理解することができなかった。不快な行為はHirsch の侵害原理における「資質」を侵害しないために、Hirsch の侵害原理では不快原理を説明することができないことが明らかになった。

しかしながら、Hirsch は、侵害原理だけでなく不快原理も刑罰の正当化根拠としていた。そこで第三章では、多くの人々に不快感を生起させたことを根拠として刑罰を科す不快原理も刑罰の正当化根拠となりうるのかということについて検討を行った。この検討の際にも、Hirsch の不快原理を取り上げた。Hirsch の不快原理は、不快原理を適用するための2つの要件と3つの要件から構成される媒介原理が存在することがその特徴である。問題となる不快な行為が2つの要件に該当すれば、その行為は一旦犯罪化の候補となる。そして次に、その不快な行為が3つの要件から構成される媒介原理のいずれかに該当すれば、その時点で不快な行為は非犯罪化されることになり、該当しなければ犯罪化されることになる。不快原理の2つの要件とは、不快な行為の「公然性」を求める要件と、不快な行為に

「尊重も配慮もない行為」であることを求める要件であった。前者の要件は、処罰範囲を限定する機能を有し、後者の要件は、不快な行為の不法を明らかにする機能を有するものであった。しかしながら、2つの要件共に、その判断基準は示されていないという欠点があった。さらに、後者の要件から明らかにされる不法の中には、処罰に値する不法とまではいえないものが含まれる可能性があり、処罰範囲を拡大することに繋がると考えられた。そして、媒介原理は、「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るものである。この媒介原理については、その内容も妥当なものであり、処罰範囲を限定する機能があると考えられた。しかしながら、前提となる不快原理の2つの要件が正当なものと認めることができなかつたために、不快原理そのものは、不快な行為に対して刑事制裁を科すか否かの判断基準としては妥当ではないと考えられた。

このような Hirsch の不快原理に対して、Hörnle は、「侵害」と「不快」を区別することそのものに異議を唱え、Hörnle 独自の理論である他者の権利説を展開する。この他者の権利説とは、ドイツ憲法 2 条 1 項から導かれる他者の権利を侵害する行為こそが刑罰を科す行為であると解するものである。Hörnle は、この他者の権利説を用いて、ドイツ刑法典において、感情の保護にのみ資する構成要件を明らかにする。

その方法として、まず Hörnel は、感情保護に関わる「公共の平穩」という見せかけの法益を設定している構成要件を、一旦、感情保護犯とする。そして、この感情保護犯をさらに真正感情保護犯と不真正感情保護範囲に分類することによって分析を進める。この分類の際には、他者の権利を侵害しているか否かという基準が用いられる。

他者の権利説における「他者」とは、個人主義的に捉えられる。そして、この他者の権利は刑法上にもみ妥当する安全の利益によって理解される。そ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、感情保護はその内容に含まれない。

Hörnle は、このように説明される他者の権利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範囲に分類する。真正感情保護犯に分類される構成要件は、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）と同 183 条 a（公の不快感の惹起）同 183 条（露出行為）である。これらの構成要件のうち、安全の利益を侵害すると説明される（ドイツ刑法 126 条）、もしくは、問題となる行為に威嚇的な要素が認められるもの（同刑法 183 条）は、そのまま犯罪と見なされる。威嚇的な要素が認められない場合について（同 183 条）や、ドイツ秩序違反法における構成要件メルクマールと重なる同 183 条 a については、ドイツ秩序違反法で対応するべきであると主張される。

そして、真正感情保護犯に分類される構成要件は、ドイツ刑法 86 条 a（憲法違反組織の象徴物の使用）と同 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）と同 173 条（近親相姦）である。これらの構成要件については、安全の利益を侵害しているとはいえ、タブーや感情を保護しているに過ぎないために非犯罪化されるべきであると主張される。

第四章では、不快原理に対して批判を加え、Hörnle によって展開された他者の権利説が不快な行為に対して刑事制裁を科すか否かの判断の際に、有益であるということを示した。そして、他者の権利説を採用した場合、社会的迷惑行為の中でもとりわけ、タバコの吸い殻のポイ捨てや路上喫煙に対する刑事制裁をどのように理解することができるのかを推論した。その結果、タバコの吸い殻のポイ捨て行為は、非犯罪化されることが推論され、路上喫煙行為については、刑罰が科される場合と、非犯罪化されることを推論した。また、両行為は、「不快感」に関わる行為であることも明らかにした。

その後、社会的迷惑行為に対しては、刑罰以外の方法は有効ではないのかという疑問を明らかにするために、過料規定をいくことによって社会的迷惑行為に対応する迷惑防止条例と、罰金や過料等の金銭的制裁に頼らない迷惑防止条例を紹介・検討した。その結果、罰金と類似する機能を有する過料には、タバコの吸い殻のポイ捨てや路上喫煙を減少させる効果があったが、マナーやモラルアップのための啓発活動や清掃活動にも、同様の行為

を減少させる効果があったことが示された。それゆえ、実効性の観点や刑法の最終手段性の観点からも、啓発活動や清掃活動を展開することが、社会的迷惑行為の本質的な問題であるマナーやモラルの改善に繋がると考えた。