

2013年 7月 3日

法学研究科長
脇田 滋 殿

審査委員会

主査 金 尚均 

副査 玄 守道 

副査 古川原明子 

審査報告書

下記の通り審査を終了いたしましたので、ご報告いたします。

記

1. 件 名

田中久美（たなか くみ）氏の申請にかかる
学位「博士（法学）」（課程博士）の論文の審査

2. 論文題目

「不快な行為に対する刑事制裁について」

3. 審査経緯

対象論文を審査するに際し、当委員会は、2013年6月26日に口述試問を実施し、別紙のような結論を得るに至った。

なお、同年6月25日には法学会主催による博士論文研究発表会が開催された。

以 上

2013年 7月 3日

審査報告

I 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 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 行為の犯罪化を正当化する4つの基準

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

第四節 小括

おわりに

II 論文の要旨

はじめに

田中氏は、はじめににおいて、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は、近年では社会的迷惑行為と呼ばれ、これらに対して、規制的社会認識を重視して禁止する迷惑防止条例やそれに類する条例が多数見られることに関心を向ける。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、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）。田中氏は、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おり、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の問題性を指摘する。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に注目して、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。

第一章

田中氏は、第一章では、はじめにのところで問題意識のもと、迷惑防止条例の変遷を解説する。これは、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」）を始まりとするが、本条例は、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（ダフヤ、シ

ョバヤ、景品買、タカリ、客引き等)により、社会環境の悪化や法軽視の風潮の醸成の防止を意図していた。それによりこれらの行為の規制が刑法と軽犯罪法との間隙を埋めるとされた。このことは、平野龍一博士の「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、当時の警視庁防犯部長の回答からもうかがえる。こうして迷惑防止条例は、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にいたった。

その後、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。田中氏によれば、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、新しく発生した迷惑行為に対応してきた経緯があるとされる。例えば、東京都「迷惑防止条例」の平成24年の改正では、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が、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とされる。ここで、田中氏は、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、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、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自治体による条例制定を後押ししたと分析する。

田中氏は、こうして地区町村が制定する迷惑防止条例が禁止する行為は多岐にわたるに至り、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と指摘する。例えば、千代田区の「生活環境条例」では、いわゆるタバコのポイ捨て禁止のために人々の「モラル」に頼るのはもはや限界であると考え、罰則付きの条例を制定した。本条例の制定の背景に「割れ窓理論」があげられている。「割れ窓理論」とは、「ビルの割れた窓を放置しておくと、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。」とする理論である。本条例の第9条は、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、第24条で、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に対して過料処分を科し、第25条で、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も者への5万円以下の罰金処分を科している。

ここで田中氏は、マナーやルールに関わるような迷惑行為は以前からも存在していたに

もかかわらず、社会的に非難すべき行為として認識されるようになったのかを問題にする。

その田中氏は、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り、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、またはその行為と定義するが、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」となるのだろうかを問う。田中氏は、この問いに対して、「迷惑」の正体とは、そもそもは個人的な「不快」という感情であり、そして、もともとは個人的な不快を生起させる「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、社会的に非難すべき社会的迷惑行為になると指摘する。さらに、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、つまり、社会的迷惑行為は、多くの人々に不快を生起させる行為なのであると指摘する。

田中氏は、それでは、なぜ、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を問う。

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」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、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と述べる。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。「個人化」に伴って、家族や地域、社会階層など、共同的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。「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。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のであり、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、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り、そこで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のであるが、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と問題を投げかける。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いえるだろう。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の関係の母体となる共同的社会関係が受け皿となることによって吸収されていた。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、感情はきわめて個人的な私秘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。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的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とする。

田中氏は、次のように社会的迷惑行為に対する刑事規制の社会的背景を分析する。つまり、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ようになった。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すべき行為として認識するに至っているからである。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、規制の方略、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とする。

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が、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悖るし、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、その妥当性が検討されなければならないとする。そして、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が、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が、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と問題を提起する。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、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「ハイブリッド型規制」と呼ばれる規制方式が現れていることに注意を要すると指摘する。保護法益に関する問題である。迷惑防止条例の法益は、概して「生活の平穩」や「安全で快適な都市」であるが、この法益の内容が不明確で曖昧であるために、具体的な被害者や侵害状況が明らかではないとする。さらに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疑問を提起する。

第二章

田中氏は、第二章では、迷惑防止条例の法益は、概して「生活の平穩」や「安全で快適な都市」であるが、この法益の内容が不明確で曖昧であるために、具体的な被害者や侵害状況が明らかではないと、さらに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をも根本的論点とする。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疑問を提起する。その際、田中氏は、刑法典における「公共の平穩」という法益は、条例における「生活の平穩」と同様の性質を有していると考え、Hörnle の議論を紹介する。ドイツ刑法典における「公共の平穩」法益の中身を Hörnle は、集散的に整序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く、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批判する。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としつつ、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と批判する。田中氏によれば、この議論と平行して、迷惑防止条例では、「割れ窓理論」が用いられ、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、さらには、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刻な事態にまでつながりかねないとし、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将来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おり、迷惑防止条例における「生活の平穩」法益も、社会的迷惑行為が将来において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指摘する。その例としてタバコのポイ捨て規制を挙げ、これ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く、当該行為の誘発性については肯定できるが、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く、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のを規制することは「割れ窓理論」に由来する考えであり、妥当でないと田中氏は指摘する

それでは、社会的迷惑行為の規制は正当化されないのでしょうか、そこで田中氏は、このような不快をその内容とする社会的迷惑行為の犯罪化について、Hirschはその根拠づけのための理論的概念として不快原理があるとの主張を紹介する。それによれば、不快な行為の処罰を不快原理でもって根拠づける。ここでは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おり、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、このような行態は刑法によって禁止してもよいとする。

第三章

第三章では、引き続き田中氏はHirschの議論を紹介し、不快原理をもって正当化が試みられる侮辱的な (insulting) 行為、公共の空間での匿名性の侵害、公共での妨害的な態度、露出行為を例示し、Hirschがこれらの行為が単に不快原理だけをもって根拠づけられるのではなく、媒介原理 (Mediating Principle) を用いて犯罪化について限定が施されるとの主張を検討する。この媒介原理の中身は、社会的寛容の原理、回避可能性の原理、直接性条件とされる。このHirschの議論に対して、田中氏はHörnleの議論を用いて「侵害」と「不快」を区別することそのものに異議を唱え、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つつ、そもそも、「侵害」と「不快」とを区別する必要はないと指摘する。Hörnleは、当該行為が犯罪かどうかを決定する際の別の限界付けを提案し、その際、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見解を提唱する。Hörnleは、「公共の平穏」という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、「公共の平穏」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。Hirschの見解によれば、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となるが、Hörnleは、露出行為は性的自律性の権利を侵害し、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解する。Hörnleは、露出行為を詳細に分類し、露出行為が威嚇的に作用するかどうかという基準で犯罪化の是非を判断する。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、威嚇的な要素が明確に現れ、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と評価する。つまり、威嚇的な露出行為とは、強姦罪を予備的に捉えた理解である。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。露出行為に威嚇的な要素がなかった場合、Hörnle は、当該行為を秩序違反法の管轄へと移すことで十分であるとする。

第四章

第四章では、田中氏は、Hörnle が、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を肯定的に評価し、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と解する。田中氏によれば、Hörnle の他者の権利説では、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ると指摘し、そのことから、社会的迷惑行為に対して、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述べた。

以上を前提にして、田中氏は、タバコの吸い殻のポイ捨て行為が、他者の権利の具体的内容である安全の利益を侵害ないし危殆化しているのかをあらためて問う。タバコの吸い殻によって街が汚れることで不快感を人々が感じることはある。しかし、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ことから、個別的なタバコの吸い殻のポイ捨て行為によって他者の権利侵害が問題とされなければならないとし、そこで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と主張する。したがって、田中氏は、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。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、当該行為に刑罰または刑事的制裁と同じく機能する過料を科すことは正当ではないと結論づける。

最後に、田中氏は、社会的迷惑な行為の解決には、どのような対応策が有効なのだろうかを問い、迷惑な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して本論文を終える。

III 審査委員会の評価

田中氏は、本博士論文において、タバコのポイ捨て、大音量を出す行為、動物の糞の置

き捨てなどの社会的迷惑行為が都道府県市町村の条例によって規制されている実情について、これを刑事規制による処罰の限界の問題として取り組む。

刑法の任務は法益保護である。しかし、全ての社会生活上の利益が法律上、とりわけ刑法で保護されるわけではない。刑法（刑法典以外の特別法を含む）の制裁手段である刑罰は、法的制裁の中で最も峻厳であることから、その使用には常に抑制的でなければならず、補充的でなければならぬと解されてきた。近代刑法の古典的理解によれば、刑法で保護すべき法益とは、生命、身体、自由、財産、名誉という個人的法益を中心に理解し、これらの利益の保護を促進する限りで国家的法益、社会的法益の保護が許容されると考えられた。しかし、時代を経て、社会が高度に発展する中で社会的諸制度が複雑化するのに伴い、個人的利益を離れて、システムの維持やこれに対する社会的信頼などの社会的法益を保護する傾向が顕著になってきた。これによって法益概念の内容が弛緩する傾向が現れた。この弛緩傾向、すなわち法益概念の非具体化・抽象化傾向は、上記の法益の保護の必要性からのみ生じたのではない。物質的生活の高度化、生活の質の向上、これに加えて、社会的連帯の希薄化、個人化の伸長が加わり、自己の生活領域周辺におけるマナー違反行為に対する規制が社会的に要請されるにいたっている。田中氏によれば、このようなマナー違反行為は、今日では社会的迷惑行為と呼ばれるが、その実態は、社会においてそのような行為がおこなわれることで不快と感じられる行為である。このような不快と感じる社会的迷惑行為に対して、主として条例において規制を加える傾向が顕著になっていると田中氏は指摘する。社会的迷惑行為の一つであるタバコのポイ捨てに関しては、都道府県市町村の各条例により罰金による規制と過料による規制とがあるが、行政制裁である過料と、刑事制裁である罰金とでは、本来的にその意義や納入方法などにおいても異なり、別の機能を有すると考えるべきところ、實際上、規制に際して両者の区別が明確に意識されているわけではなく、またその抑止目的においても相違は見られず、そのような意味で実質的に同じ機能を有していると批判する。

社会的迷惑行為に対する規制根拠としての法益は、「生活の平穩」とされるが、確かに、これは、一見、個人的法益に還元可能な法益と解されそうであるが、個々の行為だけを見れば社会侵害性は軽微であり、せいぜいのところ同種の行為の蓄積などを通じて最終的に有害性を生じさせるにすぎず、また「割れ窓理論」のような将来の危険・不安を誘発させる議論を用いて正当化されるに過ぎない、と田中氏は述べる。田中氏によれば、ここで問題になっているのは、一定の法益を侵害・危殆化するのではなく、実はまさに社会的不快を生じさせることを理由に規制されるに至っていることである。この指摘は、現代刑法における法益概念と刑事規制の拡張の問題を考える上で重要であり、秀逸といえる。

田中氏は、Hirsch が侵害原理と不快原理を区別することで社会的迷惑行為とされる侮辱的行為、公共の空間での匿名性の侵害、公共での妨害的な態度、露出行為などについて不快原理を用いて犯罪化する議論を丁寧に紹介している。田中氏は、不快原理の中身である「尊重も配慮もない」という規範的な要件がいまだ Hirsch によって十分に説明されてお

らず、そもそも、「侵害」と「不快」とを区別する必要はないと主張する。これは、まさに刑法における法益保護思想に立脚した見地からの理解であり、その主張には一貫性を見て取ることができる。そこで、田中氏は、Hörnleの「他者の権利」を侵害する行為かどうかという基準に依拠し、社会的迷惑行為に対する規制の妥当性を検証する。そのための事例として、田中氏は、路上喫煙禁止条例のタバコのポイ捨て事案を挙げ、タバコの吸い殻のポイ捨て行為が、他者の権利の具体的内容である安全の利益を侵害ないし危殆化しているのかを問う。タバコの吸い殻によって街が汚れることで不快感を人々は覚えることはある、しかし、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ことから、個別的なタバコの吸い殻のポイ捨て行為によって他者の権利侵害が問題とされなければならないとし、そこで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と主張する。したがって、田中氏は、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主張する。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、当該行為に刑罰または刑事的制裁と同じく機能する過料を科すことは正当ではないと結論づける。

田中氏の議論は、かねてより問題にされてきたが、十分かつ深く議論されてこなかった条例における刑事規制の問題を本格的に取り扱っており、日本における特別刑法研究の新たな一歩を踏み出すものといえる。その際、従来刑事規制の対象と考えてこられなかったという意味で近年問題になっている社会的迷惑行為に対する条例による規制に議論の枠組みを設定したことは、刑法典を主な検討対象としてきた刑法理論の諸原則が、いかにしてしかもどの程度まで特別刑法領域まで貫徹されるのかを問う意味できわめて重要な問題提起になっている。田中氏の議論は、近代刑法が作り出した諸原則が今日の社会においてどこまで通用可能なのかを問うものであり、今後の刑事規制の限界を問う上で不可避免的に検討しなければいけないきわめて重要な問題提起を含んでいる。その意味で田中氏の議論は、大変優れた主張といえる。

以上、審査の結果、本審査委員会は、田中久美氏の対象論文が龍谷大学学位規程第13条第5項に規定する課程博士論文の要件を満たすものであり、本学大学院博士課程修了論文（法学）として適切であると判定した。

以 上