

路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例と刑罰論

——刑事立法学序説——

深町 晋也

- I はじめに
- II 路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例の現状分析
- III 路上喫煙・ポイ捨ての規制根拠と刑罰論
- IV 終わりに

I はじめに

近時、刑事立法のラッシュとでも言える状況が生じている。実体法に限ってみても、従来から規定されている犯罪についての法定刑の引き上げ⁽¹⁾の他、様々な領域において犯罪化がなされている⁽²⁾。このような重罰化及び犯罪化の進行（いわゆる刑罰積極主義）は、必ずしもわが国に限った事態ではないが、従来、刑事立法が抑制的であり、かつ刑罰権の行使についても基本的には抑制的であったわが国の状況からすると、近時の傾向は驚異的と言える。しかし、このような傾向に対して、学説が十分にその役割を果たしてきたかと言えば疑問である。そもそも、わが国

の学説は、前述の刑事立法の抑制的態度に対応して、基本的には解釈論の深化に意を払う余り、立法的な提言を行わず、あるいは刑事立法に関する理論的枠組みを構築してこなかった嫌いがある。もちろん、解釈論の展開においても、刑罰権の適切な行使という観点から処罰の限界を巡って議論がなされてこなかったわけではないが、いかなる処罰が望ましいのか、あるいはそもそも処罰することが望ましいのか、他の制裁に委ねることが妥当ではないかといった刑事立法のあり方を巡っての議論は、さほど活発に行われていたとは言えない。⁽⁴⁾しかし、このような学説のあり方は、いざ刑事立法が積極的に行われるという状況において適切な立法論的指針を提示し得ないために、刑法学の視点からすれば問題のある立法に対して防波堤としての役割を果たし得ないのみならず、⁽⁵⁾刑法学の視点から見れば望ましい（少なくともあるべき）立法を促進することもできない。こうした刑法学の「置いてきぼり」状況は今後ますます強まり、刑法学の持つ意義が（今まで以上に）低下しかねないが、こうした危機的な状況に対して刑法学がなすべきことの一つは、刑罰（刑事制裁）の意義・機能を明らかにすることで、刑罰がなし得る役割及びその限界を示し、現在の社会に生起する問題への解決のオプションを提示することである。⁽⁶⁾

本稿は、このような問題関心に基づき、近時多くの地方自治体において制定され、あるいは制定に向けての検討がなされているいわゆる路上喫煙条例及びポイ捨て禁止条例⁽⁷⁾を素材としつつ検討を加える。法律ではなく条例、しかも地方自治体ごとに様々な規制内容・規制態様を有する当該条例を検討対象とすることは、一見すると奇異に映るかもしれないが、これには理由がある。第一に、当該条例は地方自治体ごとに様々な規制内容・規制態様をもって制定されているが、その規制対象がタバコといういわば市民の嗜好に属するものであるだけに、刑罰の意義やその限界を考察する上で格好の素材と言える。すなわち、このような「市民のライフスタイル」とも言える領域に刑事制裁が踏み込んでいくことは是非や、他の（非刑事的）制裁の導入の是非を考察することで、刑罰の意義・限界が見えてくるものと考えられる。第二に、当該条例はまさしく「市民のライフスタイル」に踏み込んでいくもので

あるだけに、当該条例を制定する側でも相当に議論を重ねており、その「悩み」とも言うべきものが当該条例の端々に窺われる。そのような「悩み」は、現在の日本における刑罰に対する見方、すなわち刑罰観を反映したものであり、したがってそのような「悩み」と正面から向き合う必要があると思われる。第三に、当該条例は今まさに多くの地方自治体で制定され、または制定に向けての検討がなされているという状況であることも見逃せない。⁽⁸⁾ 立法的提言は、議論の趨勢が固定化する前になされることが望ましいことは言うまでもなく、当該条例を巡る状況が未だ流動的であることに鑑みれば、現段階であるべき立法の指針を示すことには意義があるものと思われる。

* 北海道大学准教授の藤谷武史氏、東京大学准教授の樋口亮介氏、北海道大学准教授の得津晶氏には予め草稿に目を通して戴き、それぞれから貴重なコメントを頂戴した。それにも拘らずなお残る本稿における誤りについての責任は、勿論筆者にある。

(1) 平成一六年改正により、有期の懲役及び禁錮の法定刑の上限が一五年から二〇年に引き上げられたことはその表れの一つであるが、刑法各則の犯罪類型においても、平成一六年改正で法定刑の上限あるいは下限が引き上げられたものは数多い（この点につき、佐藤弘規・ジュリス ト一二八五号（二〇〇五年）三三三頁以下参照）。

(2) 児童買春・児童ポルノ禁止法、ストーカー行為等規制法、臓器移植法、ヒトクローン規制法、DV防止法、組織的犯罪処罰法、不正アクセス禁止法など、枚挙に暇がない。

(3) ドイツでの状況につき、井田良『変革の時代における理論刑法学』（二〇〇七年）二七頁以下参照。

(4) 従来からこのような議論が盛んに行われていたのは、いわゆる経済犯罪の領域である。佐伯仁志『制裁論』（二〇〇九年）二五七頁以下参照。

(5) こうした例として特に挙げなければならないのは、児童ポルノを巡る刑事的規制であろう。ことに保護法益の不明確さは、解釈論において大きな問題を引き起こしている。仮に、児童ポルノ提供罪（七条一項）あるいは所持罪（七条三項）の保護法益を個人的法益と解するのであれば、当該児童ポルノの提供、所持の時点（より正確には法益侵害結果発生時）で当該児童が一八歳未満である必要があるであろう。しかし、このように解するのであれば、検察は当該児童ポルノの被写体となっている人間が、児童ポルノの作成時に一八歳未満であることを立証するのみならず、被告人の実行行為の時点でもなお生存しており、かつ一八歳未満であることを立証しなければならない。他方、社会的法益と解するのであれば、わいせつ物販売目的所持罪（刑一七五条）との比較から明らかなように、およそ他人に流通する可能性がないような所持を犯罪化することはできないことになろう。深町晋也・平成一八年度重要判例解説（二〇〇七年）一七四頁以下も参照。

(6) 刑罰の意義・限界を示しつつ、制裁を多様化して適切で効率的な制裁制度を構築すべきとするものとして、佐伯・前掲注(4)を参照。

(7) 以下、兩条例をまとめて示す際には当該条例と呼称する。また、当該条例の具体的な内容についてはIIを参照のこと。

(8) 本稿が執筆された二〇〇九年(平成二十一年)においても、数多くの条例が制定され、また改正されている。例えば、江東区(江東区歩行喫煙等の防止に関する条例。平成二十二年三月三日公布)、滋賀県大津市(大津市路上喫煙等の防止に関する条例。平成二十二年三月三日公布)、愛媛県松山市(松山市歩きたばこ等の防止に関する条例。平成二十二年一月九日公布)など。

II 路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例の現状分析

1 前 提

本稿で検討対象とする路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例とは、基本的には以下のような内容を有する。すなわち、路上喫煙条例については、当該地方自治体の首長が一定の「路上禁煙地区」を指定し、当該地区内では路上で喫煙する行為を禁止し、それに違反した場合には一定の制裁を科す⁽⁹⁾。また、ポイ捨て禁止条例については、公共の場所においてタバコの吸い殻を捨てる行為を禁止し、それに違反した場合には一定の制裁を科す⁽¹⁰⁾。このような内容を有する条例は、全国の地方自治体において制定されており、全てを網羅的に検討することは困難であるのみならず、本稿の目的にも必ずしも合致しない。そこで本稿では、①東京都特別区(二三区)、②政令指定都市(一九市)、③中核市(四〇市)⁽¹³⁾を中心とした都市(五二市)、について当該条例の有無及び内容を調査し、それに基づいて現状分析を行うことにする。

また、当該条例は規制内容・規制態様において様々なものがあるが、本稿においては特に罰則の有無及び内容という観点からの類型化を行うことにする。本稿の関心は、当該条例が規制対象としている路上喫煙やポイ捨てが刑事制裁を科すに値するようなものか否かという点にあり、その観点からすれば、罰則に着目した類型化を行うのが最も便宜だからである。当該条例については、大まかに分けて、①罰則を伴わないもの⁽¹⁴⁾、②違反した場合に過料を⁽¹⁵⁾

科すもの⁽¹⁶⁾、③違反した場合に罰金を科すものがある。これに加えて、④そもそも条例自体が存在しない場合も含めて、以下では分類することにする。

2 路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例の現状

(1) 路上喫煙条例の概観

①罰則規定のない条例…

【東京都特別区】荒川区、江東区（但し公表あり）、新宿区、世田谷区、台東区、中央区（但し公表あり）、豊島区、中野区、練馬区、文京区（但し公表あり）、港区（努力規定）、目黒区（二二区）⁽¹⁸⁾

【政令指定都市】仙台市、浜松市（努力規定）、相模原市、堺市（努力規定）（四市）

【中核市その他】埼玉県川口市、埼玉県所沢市、神奈川県横須賀市、静岡県三島市（努力規定）、長野県上田市、長野県松本市（努力規定）、滋賀県大津市、京都府八幡市（努力規定）、香川県高松市、愛媛県松山市、福岡県久留米市（努力規定）、鹿児島県鹿児島市（二二市）

②過料規定のある条例…

【東京都特別区】千代田区、板橋区、杉並区、品川区、足立区、大田区、葛飾区、北区、墨田区（九区）

【政令指定都市】札幌市、千葉市（間接罰方式）、さいたま市（間接罰方式）、横浜市、川崎市、静岡市、新潟市、名古屋市、京都市、大阪市、神戸市、岡山市、広島市、北九州市、福岡市（二五市）

【中核市その他】栃木県宇都宮市、埼玉県川越市、千葉県船橋市（間接罰方式）、千葉県柏市、千葉県我孫子市（間接罰方式）、富山県富山市、岐阜県岐阜市、岐阜県高山市（間接罰方式）、兵庫県姫路市、兵庫県西宮市、奈良県奈良市（間接罰方式）、山口県下関市、長崎県長崎市、熊本県熊本市、大分県大分市、宮崎県宮崎市、

沖繩県那覇市（間接罰方式）（一七市）

③罰金規定のある条例…神奈川県平塚市（間接罰方式）、神奈川県小田原市（間接罰方式）（二市）

④条例なし…渋谷区、江戸川区、北海道旭川市、北海道函館市、青森県青森市、岩手県盛岡市、秋田県秋田市、福島県郡山市、福島県いわき市、群馬県前橋市、⁽¹⁹⁾石川県金沢市、長野県長野市、愛知県豊田市、愛知県豊橋市、愛知県岡崎市、三重県伊勢市、大阪府高槻市、大阪府東大阪市、兵庫県尼崎市、和歌山県和歌山市、岡山県倉敷市、広島県福山市、高知県高知市（二三市区）

(2) ポイ捨て禁止条例の概観

①罰則規定のない条例…

【東京都特別区】荒川区、江東区（但し公表あり）、台東区（但し公表あり）、中央区（但し公表あり）、中野区、練馬区（但し公表あり）、文京区（但し公表あり）、港区（八区）⁽²⁰⁾

【政令指定都市】仙台市、浜松市、大阪市（但し公表あり）、堺市、福岡市（五市）⁽²¹⁾

【中核市その他】北海道旭川市、北海道函館市、静岡県三島市、埼玉県所沢市、⁽²¹⁾岐阜県岐阜市、愛知県豊田市、愛知県岡崎市（但し公表あり）、大阪府高槻市、兵庫県尼崎市（但し公表あり）、和歌山県和歌山市、⁽²²⁾広島県福山市（一一市）

②過料規定のある条例…

【東京都特別区】千代田区、⁽²³⁾板橋区、大田区、葛飾区、北区、品川区、杉並区、墨田区（八区）

【政令指定都市】札幌市、さいたま市（間接罰方式）、川崎市、新潟市、岡山市、⁽²⁴⁾広島市、北九州市（七市）

【中核市その他】福島県いわき市（間接罰方式）、栃木県宇都宮市（間接罰方式）、千葉県船橋市（間接罰方式）、千葉県柏市、千葉県我孫子市（間接罰方式）、富山県富山市、岐阜県高山市（間接罰方式）、京都府八幡市、大

阪府東大阪市、山口県下関市、長崎県長崎市、熊本県熊本市、大分県大分市、宮崎県宮崎市、鹿児島県鹿児島市（間接罰方式）、沖縄県那覇市（一六市）

③罰金規定のある条例…

【東京都特別区】足立区、渋谷区、新宿区、世田谷区、千代田区、豊島区、目黒区（間接罰方式）（七区）

【政令指定都市】千葉市、横浜市、名古屋市（間接罰方式）、京都市、神戸市、岡山市（間接罰方式）、相模原市（七市）

【中核市その他】福島県郡山市（間接罰方式）、埼玉県川口市、神奈川県平塚市（間接罰方式）、神奈川県小田原市、神奈川県横須賀市、長野県上田市（間接罰方式）、長野県松本市、三重県伊勢市（間接罰方式）、奈良県奈良市（間接罰方式）、兵庫県姫路市（間接罰方式）、兵庫県西宮市（間接罰方式）、岡山県倉敷市（間接罰方式）、香川県高松市、愛媛県松山市（間接罰方式）、高知県高知市、福岡県久留米市（間接罰方式）（一六市）

④条例なし…江戸川区、静岡市、青森県青森市、秋田県秋田市、岩手県盛岡市、群馬県前橋市、埼玉県川越市、長野県長野市、石川県金沢市、愛知県豊橋市、滋賀県大津市（一一市区）

3 路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例の分析

(1) 路上喫煙条例及びポイ捨て禁止条例の制定状況を概観すると、当該条例をそもそも制定していない、あるいは罰則規定のない条例を制定するに留まる地方自治体についてはかなりの部分で重なっている。特に東京都特別区では、ポイ捨て禁止条例に関して罰則規定のない条例を制定している区は全て路上喫煙条例に関しても罰則規定のない条例を制定しているし、江戸川区は当該条例を制定していない。そして、同様の傾向は政令指定都市でも中核市その他でも見られる。こうした傾向は、路上喫煙及びポイ捨てを、いずれも基本的にはマナーに属する行為であ

ると見て、可能な限り市民の自律的判斷に委ねる姿勢が表れたものと見ることができよう。⁽³¹⁾ すなわち、路上喫煙及びポイ捨ては、いずれも「好ましくない行為」であることは確かだとしても、それらを罰則規定を伴うルールによって規制し、抑止しようとするのは「市民のライフスタイル」への過度の介入であるとの判断が働いている。

しかし、このような判断は、人口の密集する都市においてはむしろメインではなくなりつつある。路上喫煙につき罰則規定を伴う条例を制定する地方自治体は、東京都特別区で九区あり、政令指定都市に至っては一五市もある。同様に、ポイ捨てにつき罰則を伴う条例を制定する地方自治体は、東京都特別区で一四区、政令指定都市では一三市あり、路上喫煙及びポイ捨てを、いずれもマナーの問題からルールの問題へとみなす視座の転換が着実に進んでいる。すなわち、路上喫煙及びポイ捨ては、いずれも単に「好ましくない行為」であることを超えて、罰則をもって規制・抑止すべき社会侵害的行為であるとの視座が確立しつつあると見ることができよう。

では、罰則規定を伴う条例においては、路上喫煙及びポイ捨てはいかなる意味で社会侵害的行為として理解されているのであろうか。当該条例の目的規定を見ると、生活環境の保全ないし環境美化の向上・促進を掲げるものが多く、⁽³³⁾ 当該条例が基本的には生活環境の保護を目的としていることが分かる。その限りでは、路上喫煙もポイ捨ても、いずれも生活環境の侵害（あるいはその危険）をもたらしものとして規制対象とされていることになる。他方、これとは異なり、単なる生活環境の保全に留まらず、市民の身体（・財産）の安全の確保をも目的に掲げるものも多い。ここで市民の身体の安全というのは、端的に言えば歩行喫煙でのタバコの火による火傷の危険性が念頭に置かれている。⁽³⁴⁾ とすると、路上喫煙については、ポイ捨てとは異なり、生活環境の侵害に留まらず、むしろ人の身体（・財産）に対する危険を理由とした危険犯としての規定がなされていると理解すべきことになる。⁽³⁵⁾ こうした理解からは、「ポイ捨ての原点としての路上喫煙」といった一元的理解は必ずしも妥当ではなく、むしろ、路上喫煙には、ポイ捨てとは異なる独自の社会侵害性があるとする二元的理解を採るべきことになろう。⁽³⁷⁾

(2) しかし、このような二元的理解を採るのであれば、そもそも路上喫煙とポイ捨てとを同一平面上で扱うこと自体の当否が問題とならざるを得ない。このような観点から路上喫煙条例とポイ捨て禁止条例とを再検討すると、大きな差異があることに気づく。すなわち、路上喫煙条例においては、罰則規定のあるもののうち、刑罰である罰金を科すものは殆どなく、わずかに神奈川県平塚市及び神奈川県小田原市が間接罰方式で罰金を規定しているのみである。これに対して、ポイ捨て禁止条例においては、罰則規定のあるものうち、刑罰である罰金を科すものと行政罰である過料を科すものとが、東京都特別区、政令指定都市、中核市その他を問わずほぼ拮抗した状態である。では、このような差異は何に由来するのか。まず、こうした差異は、前述の路上喫煙とポイ捨ての社会侵害性の差異とは、実は基本的には何ら関係がないと思われる。というのは、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」として構成する場合、これはまさしく伝統的な刑法犯として処罰可能とされてきた領域に属するものと解されるからである。すなわち、伝統的な刑法犯は、人の生命・身体・財産などに対する侵害（あるいはその危険）に着目したものであり、路上喫煙を、こうした伝統的な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なはずである。それに対して、ポイ捨てを、こうした人の生命・身体・財産などに対する侵害（あるいはその危険）を前倒しした犯罪として構成することは容易ではないし、生活環境⁽³⁸⁾それ自体に与える影響もさほど大きいものとは言いがたい。もちろん、軽犯罪法一条二七号において「公共の利益に反してみだりにごみ（中略）を棄てた者」に対して拘留又は科料に処せられることからすれば、吸い殻のポイ捨て自体が直ちに刑罰に値しないような行為であるとは言えないが、そのように解するのであれば、むしろ路上喫煙もポイ捨ても、いずれも刑罰である罰金を科するという方向になるはずであろう。⁽⁴⁰⁾すなわち、ここでは、単なる社会侵害性あるいは法益侵害性の量ないし質という議論では解消し得ない差異があると考えべきである。

これに対して、路上喫煙とポイ捨てとの差異を、このような理論的な説明によってではなく、むしろ当該条例の

制定の経緯という、よりプラクティカルな議論から説明することも考えられる。そもそも、わが国において路上喫煙に関して罰則規定をもって規制したのは、千代田区が二〇〇二年に制定した条例が最初である。その内容は、二一条三項で、「路上禁煙地区においては、道路上で喫煙する行為及び道路上（沿道植栽を含む。）に吸い殻を捨てる行為を禁止する。」とし、これに反して喫煙し、又は吸い殻を捨てた者については二四条一項二号で二万円以下の過料に処するというものである。しかし、千代田区が本条例を制定した時点では、既に他の多くの地方自治体でポイ捨て禁止条例は制定されており、⁽⁴²⁾そこではポイ捨てに罰金を科すものも多かった。⁽⁴³⁾その後、多くの地方自治体は路上喫煙条例を制定するに当たり千代田区の条例を参考にしたため、路上喫煙については過料を、ポイ捨てについては罰金を科すという形での規制が多くなったのである、と。このような議論は、事の一面を把握していることは確かであろう。しかし、このような議論ではなお説明が困難な事例もある。例えば、新宿区では、一九九六年に⁽⁴⁴⁾条例を制定した後、二〇〇五年になって大幅な改正を行っており、当該改正においては、路上喫煙の禁止規定（八条）を追加したが、従来からあるポイ捨てに対する罰金規定（二四条）はそのまま維持している。⁽⁴⁵⁾また、兵庫県西宮市では、二〇〇〇年に条例を制定した後⁽⁴⁶⁾に二〇〇五年と二〇〇八年に改正を行っているが、二〇〇五年改正ではポイ捨てにつき間接罰方式で罰金規定（二八条）を置き、二〇〇八年改正では路上喫煙につき過料規定（三二条）を置いている。これらの例は、それぞれの条例制定者が、路上喫煙については過料規定を、ポイ捨てについては罰金規定を自覚的に選択した⁽⁴⁷⁾ことを示すものに他ならない。とすれば、当該条例の制定の経緯といった一面的な議論ではなお不十分であることは明らかであろう。

それでは、両者の差異は何に由来するのであろうか。この点を考察する際に示唆的なことは、ポイ捨てについて罰金規定を置いている条例は全て、ポイ捨ての規制対象としてタバコの吸い殻のみならず空き缶等についても挙げていることである。逆に、ポイ捨てについて過料規定を置いている条例の中には、ポイ捨ての規制対象としてタバ

コの吸い殻のみを挙げているものが少なからず存在する⁽⁴⁸⁾。すなわち、ポイ捨てについて罰金規定を置いている条例は、タバコのポイ捨てのみを規制しているわけではなく、むしろごみのポイ捨ての一環としてタバコのポイ捨てをも規制しているに過ぎない。但し、空き缶のような、より生活環境に影響を与えるごみについても規制対象に含めることによって、より法益侵害性ないし社会侵害性の高い類型をも含むことになったがゆえに罰金による規制の対象としたのだと理解することはできない。というのは、単なる法益侵害性ないし社会侵害性の問題であれば、過料であっても五万円を上限として科すことができる（地方自治法一四条三項）のだから、それで十分であるとも言えるからである。⁽⁴⁹⁾むしろ、ここでは、タバコの吸い殻のみを狙い撃ちするような規制については刑罰としての罰金を科すことが回避されている点が決定的に重要だと思われる。そして、この点をより明確化すれば、「喫煙者」のみを狙い撃ちするような規制を行うとしても、少なくとも刑罰を科すことは回避されていることになる。このような理解を前提とすれば、路上喫煙に対して罰金を科す条例が殆ど存在しないことも極めて合理的に説明しうる。すなわち、路上喫煙の規制とは、まさしく「喫煙者」のみを狙い撃ちする規制に他ならず、刑罰としての罰金を科すことについては強い抵抗感が生じる⁽⁵⁰⁾がゆえに、行政罰としての過料を科すに留まる条例が多いことになる。では、このような「刑罰の回避傾向」は、刑罰論の観点からするとどのように評価されることになるのか。それを明らかにすることは、路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例のあるべき姿を模索する上で極めて重要であろう。

(3) 以上の分析から、当該条例を巡る問題点として析出されたことをまとめると、以下の二点となる。Ⅲではこれらの点に検討を加えることにする。

- ① 路上喫煙・ポイ捨てはそもそも罰則を伴う規定によって規制・抑止されるべきものか。規制・抑止されるべき社会侵害性を見出すことができるか。

② ①が肯定された場合でも、路上喫煙、ポイ捨てはそれぞれ刑罰をもって抑止すべき対象と言えるか。特に、路上喫煙について刑罰を科すべきではないという点に理論的根拠はあるのか。

- (9) このような内容を有する条例を初めて制定したのは、東京都千代田区である。安全で快適な千代田区の生活環境の整備に関する条例(平成一四年六月二五日公布)の二二条三項で、「路上禁煙地区」における道路上での喫煙を禁止し、違反については二四条一項二号で二万円以下の過料を科すことにしている。本条例の制定の経緯については、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』(二〇〇三年)を参照。
- (10) 但し、タバコの吸い殻のみならず、空き缶やチューインガムのかみかすについても同時にポイ捨て禁止の対象に含めるものが多い。この点はII 3(2)で再度検討する。
- (11) 例えば、岐阜県内では平成二二年四月一日現在で、二二市一九町二村のうち三九市町村においてポイ捨て禁止条例が制定されているところであるが、このような調査を全国の全ての地方自治体について行うことは(少なくとも現段階においては)相当に困難である。
- (12) 二〇一〇年四月から政令指定都市となる相模原市についても含む。
- (13) 二〇一〇年四月から政令指定都市となる相模原市については除く。
- (14) この類型の中には、違反行為に対する中止の勧告に従わなかった場合に、その事実経過について公表することを規定しているものが含まれる。公表それ自体は情報公開制度の一環をなすものとして位置づけられるが、制裁的機能を有する場合もあり(塩野宏『行政法I「第五版」』(二〇〇九年)二四二頁参照)、その限りでは一定の制裁を伴う規定として理解すべきことにならう。したがって、分類においては公表の有無についても示すことにする。
- (15) なお、改めて言うまでもないことであるが、過料といわゆる行政罰の一種ではあるが、刑罰とは異なり、行政上の秩序罰である(塩野・前掲注〔14〕二四七頁)。したがって、罰金か過料かの差異は、刑罰かそれ以外の制裁かという分岐をなす重要な差異である。
- (16) 但し、この中には、違反行為に対して直接過料を科すもの(直罰方式)と、違反行為に対する命令に違反した場合に過料を科すもの(間接罰方式)とがある。分類においては両者の区別を示すことにする。
- (17) 但し、この中には、違反行為に対して直接罰金を科すもの(直罰方式)と、違反行為に対する命令に違反した場合に罰金を科すもの(間接罰方式)とがある。分類においては両者の区別を示すことにする。
- (18) 但し、二〇〇五年に条例が改正され、命令違反に対して過料を科す規定が導入されたが、未施行である。
- (19) 但し、県の条例では努力規定がある。
- (20) 但し、福岡市空き缶等の散乱防止及びその再資源化の促進に関する条例の二〇条では、金属製又はガラス製の飲料用の容器包装に代表され

- る「特定容器」のポイ捨てについてではあるが、間接罰方式で罰金を規定している。
- (21) 但し、県の条例では罰金規定がある。
- (22) かつては罰金規定があったが、現在では削除されている。
- (23) 但し、千代田区の条例（前掲注（9）参照）では二五条で、命令違反に対して五万円以下の罰金を併せて規定している。そのため、千代田区は罰金規定のある条例にも重複して分類されている。
- (24) 但し、岡山市美しいまちづくり、快適なまちづくり条例では二四条で、命令違反に対して二万円以下の罰金を併せて規定している。そのため、岡山市は罰金規定のある条例にも重複して分類されている。
- (25) 但し、県の条例では罰金規定がある。
- (26) 但し、県の条例では過料規定がある。
- (27) 但し、県の条例では過料規定がある。
- (28) 但し、県の条例では罰則のない規定がある。
- (29) 但し、県の条例では罰金規定（間接罰方式）がある。
- (30) こうした自律性が社会を維持するために重要であることは論を俟たない。松宮孝明『犯罪立法と犯罪体系』（二〇〇三年）三頁以下参照。
- (31) 例えば、中央区歩きたばこ及びポイ捨てをなくす条例の第一条は、「この条例は、中央区（以下「区」という）、区民等及び事業者が相互に協力して、喫煙マナー及び環境美化意識の向上を図るとともに、自主的な取組を推進することにより、区の区域内（以下「区内」という）の公共の場所（以下「公共の場所」という）における歩きたばこ及びポイ捨てをなくし、もって快適な歩行空間及び清潔な地域環境を確保することを目的とする。」とあり、あくまでも喫煙マナーや環境美化意識の向上を図ること、及び自主的な取組を推進することを目的としている。
- (32) このような視座の転換をもたらした一つのきっかけが、千代田区の積極的な活動であったことは疑いない。この点につき、千代田区生活環境課・前掲注（9）九頁以下参照。
- (33) 一例を挙げると、品川区歩行喫煙及び吸い殻空き缶等の投げ捨ての防止に関する条例の第一条は、「この条例は、歩行中の喫煙および吸い殻・空き缶等の投げ捨てを防止することについて必要な事項を定め、区民の良好な生活環境を保全し、快適で住みよい地域社会の形成に寄与することを目的とする。」と規定する。
- (34) 足立区歩行喫煙防止及びまちをきれいにする条例、東京都北区路上喫煙の防止等に関する条例、新宿区空き缶等の散乱及び路上喫煙による被害の防止に関する条例、墨田区路上喫煙等禁止条例、那覇市路上喫煙防止条例の目的規定をそれぞれ参照。
- (35) このような危険の中に、受動喫煙による危険性を取り込むべきかが問題となり得るが、受動喫煙防止を目的の規定において明確に謳う条例はさほど多くはない。その一例としては、前掲注（34）・新宿区条例を参照。受動喫煙の害は、建物内のような閉鎖的空間において特に認められ

- るものであるという性質からすると、路上喫煙に關して、受動喫煙の有害性を理由に規制を認めることに抵抗があるのは理解できる。逆に言えば、建物内における受動喫煙の害を理由に規制を認めることは十分に可能であろう。このような取組みとしては、神奈川県公共的施設における受動喫煙防止条例が挙げられる。松沢成文『受動喫煙防止条例』（二〇〇九年）を参照。なお、注（88）も参照。
- (36) 千代田区生活環境課・前掲注（9）二六頁以下。
- (37) 但し、千代田区生活環境課・前掲注（9）四頁以下では、路上喫煙には「他人に火傷を負わせる」という側面があることが正面から認められており、一元的理解を徹底しているわけではない。
- (38) この点は、いわゆる「環境刑法」において保護法益をどのように構成するかという問題で明らかとなっている。後述Ⅲ-1を参照。
- (39) 但し、橋本裕藏『四訂版 軽犯罪法』（一九九九年）七二頁では、「極少量であれば「公共の利益に反」する場合は少ない」とされており、タバコの吸い殻一本ではそもそも「公共の利益」に反せず本罪には該当しない可能性もある。
- (40) 神奈川県平塚市の条例（平塚市さわやかで清潔なまちづくり条例）及び神奈川県小田原市の条例（小田原市きれいなまちと良好な生活環境をつくる条例）は、いずれも間接罰方式で二万円以下の罰金に処しており、その点で一貫している。
- (41) 前掲注（9）参照。
- (42) 罰金規定のあるポイ捨て禁止条例が制定されたのは、一九九二年の和歌山県美化推進及び美観の保護に関する条例が最初であり、その後多くの地方自治体が同様の規定を有する条例を制定した。
- (43) 一九九九年に地方自治法が改正され、条例のもとでの義務履行確保手段として五万円以下の過料を一般的に導入することが可能となる前の条例においては、特にこうした傾向が窺える。なお、当初は罰金を規定していたものの、実効性の観点から過料に改正したものととして、出雲市飲料容器及び吸い殻等の散乱の防止に関する条例がある。この改正に対する評価として、北村喜宣「機動性ある執行手法」のパラドックス・出雲市飲料容器及び吸い殻等の散乱の防止に関する条例の改正」産業と環境三二巻二一号（二〇〇二年）四三頁参照。
- (44) 前掲注（34）参照。
- (45) 同様に、改正で路上喫煙の禁止規定を追加しつつ、ポイ捨てに対する罰金規定を維持しているものとして、世田谷区ポイ捨て防止等に関する条例（平成九年公布、平成一六年改正）、目黒区ポイ捨てなどのないまちをみんなどつくる条例（平成一五年公布、平成一九年改正）、横浜市空き缶等及び吸い殻等の散乱の防止等に関する条例（平成七年公布、平成一九年改正）、神戸市ばい捨て及び路上喫煙の防止に関する条例（前身の神戸市たばこの吸い殻及び空き缶等の投げ捨ての防止等に関する条例が平成九年公布、平成二〇年に全面改正）など参照。
- (46) 西宮市快適な市民生活の確保に関する条例。
- (47) 刑罰の有する「威嚇力」に期待して、自らは告発をするつもりはなくても、条例の義務規定の履行確保のために地方自治体が刑罰を規定することがあることはあり、ポイ捨て禁止条例においてもそうした側面を否定することはできない（町野朔編『環境刑法の総合的研究』（二〇〇三年）六八頁（北村喜宣））。しかしここでの問題は、ポイ捨て禁止条例についてそのような期待の下で刑罰規定を置くのだとすれば、なぜ同

様に路上喫煙条例についても刑罰規定を置くという選択をしなかったのか、という点である。

(48) 千代田区（前掲注（9）二四條）、板橋区（エコポリス板橋クリーン条例一九條、一四條三項）、大田区（清潔で美しい大田区をつくる条例一四條、八條二項）、北区（前掲注（34）一〇條）、杉並区（杉並区生活安全及び環境美化に関する条例二二條二號、一一條三項）、墨田区（前掲注（34）九條）をそれぞれ参照。

(49) 実際、罰金規定を置いていないポイ捨て禁止条例の殆どは、五万円よりも低い額の罰金しか科していない。例外としては、長野県上田市における上田市ポイ捨ての防止等に関する条例一四條（二〇万円以下の罰金）などごく少数である。

(50) 公共的施設における受動喫煙禁止規定の文脈ではあるが、松沢・前掲注（35）九六頁は極めて示唆的である。

Ⅲ 路上喫煙・ポイ捨ての規制根拠と刑罰論

1 法的規制の根拠論

(1) 前述の通り、路上喫煙の規制根拠を「人の身体（・財産）に対する危険」と考える場合、それは伝統的に刑法において特に犯罪とされてきた領域に属することになる。もちろん、単なる喫煙行為をもってこうした危険性がある行為と解することはできないが、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。⁽⁵²⁾ これに対して、吸い殻のポイ捨てをもって同様の危険性がある行為と解することは不可能である。むしろ、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と理解すべきであろう。では、このような行為を法的規制の対象とすることは可能であろうか。これは、刑法においては「環境刑法」の文脈で議論されてきた問題である。⁽⁵³⁾ そして、生活環境に負荷を与える行為を（とりわけ罰則を伴う形で）法的規制の対象とすることの可否は、①そもそも生活環境を保護法益と見ることが可能かという問題と、②①で仮に可能だとしても、どのような行為を「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ができるといふ問題とに大別できる。以下、順を追って検討しよう。

まず、①の問題は、既に「環境刑法」において論じられている。環境刑法の保護法益を巡っては、(i)人間中心主義的法益構成、(ii)生態学的的法益構成、(iii)生態学的—人間中心主義的法益構成の三つの見解が主張されている。⁽⁵⁴⁾単純化して言えば、(i)は、環境は人間の生命や健康と関係する限りで保護に値するとする見解、⁽⁵⁵⁾(ii)は、環境はそれ自体として(すなわち人間との関連性を要求せずに)保護に値するとする見解、⁽⁵⁶⁾(iii)は、環境という法益の独自性(すなわち、人間の生命や健康には直ちに関連しないこと)を承認しつつ、最終的にはこうした法益は人間に還元されるとする見解である。⁽⁵⁷⁾しかし、少なくとも「生活環境」に関しては、人間との関連性を否定した形でその保護を主張することは困難であろう。⁽⁵⁸⁾したがって、ここでの問題は、(ii)と(iii)との対立、すなわち人間の生命・健康と関連を有する限りで生活環境を保護すると解するか、それとも環境に対する人間の利益、例えば豊かな生活環境を享有する権利を保護すると解するか、である。(ii)の見解が、人間の生命・健康に対する危険を相当程度前倒した場合であってもなお保護を肯定するのだとすれば、その限りでは殆ど限定性を失い、⁽⁵⁹⁾その結果、(iii)の見解に限りなく接近すると思われる。また、(iii)の見解において環境という法益の独自性を認めたとしても、その実体を「豊かな生活環境を享受したいという人々の感情」⁽⁶⁰⁾などと説明する場合、なぜそのような感情を保護しなければならないのか、が再度問われることになる。う。「美しいものを見たい感情」「醜いものを見たくない感情」は誰にでもあるとしても、そうした感情を法的に直ちに保護すべきだと主張することは困難であるとすれば、こうした感情とは質的に異なるものとして、「豊かな生活環境を享受したいという人々の感情」を位置づける必要がある。それが人間の生存にとって不可欠であるといった理由であるとすれば、その実体は限りなく(ii)の見解に接近するであろう。その意味では、(ii)の見解と(iii)の見解との境目は極めて曖昧である。但し、こと生活環境に関して言えば、この問題はさほど深刻ではない。すなわち、ここで問題となっている法益は、「自然環境」のような漠然とした、あるいは人間と関連させることが困難なものではなく、あくまでも「生活環境」に過ぎない。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・健康に対する危険性を与えるものであり、したがってその生存に不可欠な基盤と言えるからである。以上のような理解に従えば、①の問題はクリアしうるであろう。

(2) そこで次に、②の問題の検討に移る。生活環境それ自体を保護法益として見ることが可能だとしても、生活環境に影響を与え得るあらゆる行為を法的規制の対象とすることはできない。すなわち、いかなる行為を「生活環境に負荷を与える行為」として規制すべきなのが更に問題となる。そもそも、タバコの吸い殻のポイ捨てのように、それを単独としてみる限り殆ど侵害性（あるいは侵害の危険性）を觀念しにくい場合に、なお法的規制の対象とすることが可能であろうか。

このような、当該行為を単独としてみる限り殆ど法益侵害性を認めたい行為であっても、そのような行為を放置したときに想定される侵害性に着目して法的規制の対象とすることを認める見解として、いわゆる「累積犯（Kumulationsdelikt）」の議論がある。すなわち、個別の行為自体は法益侵害あるいはその危険を惹起しないが、同様の行為が大量に行われたとすれば法益侵害あるいはその危険が惹起されるような場合には、当該個別行為自体を法的規制の対象とすることができる、とする議論である。⁽⁶¹⁾ 論者によれば、「累積犯」として問題となる行為は、個別に見ればおよそ抽象的な危険性すら有しておらず、個々人にとってはそのような行為を行うことが合理的である。⁽⁶²⁾ したがって、刑罰を科すことで当該行為を行う合理性を上回る否定的評価や主観的不利益を付与することによって初めて当該行為者はそのような行為を行わないことが合理的だと判断するようになるのである、と。もちろん、このような議論に対しては、直ちに以下の批判がなされるであろう。すなわち、「累積犯」構成を認めることは、当該行為者が惹起した法益侵害（あるいはその危険性）を理由としてではなく、（およそ当該行為者とは無関係の、しかも仮定的な）他者の行為を理由として処罰することを肯定することに他ならず、個人責任の原則に真っ向から反するとの批判⁽⁶³⁾である。

しかし、「累積犯」として問題となる行為の性質に着目すると、そうした行為は一見すると殆ど法益侵害性を欠くために、他の多くの間人が模倣しややすい性質を有していることは否定できない。すなわち、当該行為がそれ自体として、多数の他者が同様の行為を行う誘発的性質を有しているため、個々の行為を抑止しない限り、法益侵害が惹起されてしまうという関係にある。⁽⁶⁵⁾その限りでは、個々の行為がそれ自体に法益侵害の危険性があると解することが可能であろう。⁽⁶⁶⁾このような観点から吸い殻のポイ捨てを検討すると、個々のポイ捨て行為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であろう。そのような強度の誘発的性質を有する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。

以上の検討から、吸い殻のポイ捨て行為に対して法的規制を行うことは可能であるが、いかなる罰則をもって規制すべきか、すなわち刑罰としての罰金を科すべきか、それとも行政罰としての過料に留めるべきか、が問題となる。そこで次に、この問題を検討することにする。

2 刑罰の意義及び機能から見た路上喫煙・ポイ捨て規制のあり方

(1) 法的規制を行うことが可能であるとしても、そうした行為を刑罰によって規制・抑止すべきか否かは別論である。このような観点からまず問題となるのは、当該行為に関するルールないし規範が社会に十分に根付いていない場合に、このような規範を刑罰によって積極的に形成ないし強化することが果たして刑法の機能に属するか、という問題である。⁽⁶⁷⁾

この点につき、特に「環境刑法」に属する問題領域においては、「保持乃至維持されるべき、少なくとも社会構成員の一部の間で妥当している確立した行為価値・社会倫理は存しない場合が多い」という認識を前提として、刑

法の規範形成機能を正面から認める見解が主張されている。⁽⁶⁸⁾ 他方、積極的一般予防論の立場に依拠しつつ、刑法の役割は（法益の保護ではなく、）当該社会のアイデンティティを規定している「規範」を維持・確認することにあると解する立場からは、刑法により維持・確認される「規範」とは、その時点で既に当該社会において存在する必要がある⁽⁶⁹⁾、刑法自体には規範形成機能は存在しないと解する見解も主張されている。⁽⁷⁰⁾

これらの見解の当否を詳細に検討することは本稿の目的ではないため、必要限度での検討に留まらざるを得ないが、まず前者の見解については、およそいかなる規範であっても刑法によって形成可能であるとまで主張するものではないであろう。憲法上の諸原則に反する内容の規範について形成することが許容されないことは言うまでもないし、ゼロベースから刑法によって規範を形成すべきだと真剣に主張しているとも思われない。⁽⁷¹⁾ 他方、後者の見解については、既に当該社会で存在している規範のみが刑法による維持・確認の対象となるとしても、「既に当該社会で存在している」との判断をどのように行うべきか、が問題となる。例えば、高度に技術的・専門的な規制をめぐっては、国民の間にもそうした規範が根付いていると判断し得ることはむしろ稀であると思われる。また、特に一般の国民ないし市民の日常的な行為を規制対象とする場合には、人々が受容可能な規範でない⁽⁷²⁾と結局は刑法の有する抑止力が発揮されず、単に刑法がそうした行為を否定的に評価しているというを示すに過ぎない「象徴立法」に陥ってしまうことは否定できないが、そのことは、当該規範が社会において受容可能か否かを立法者が実証的に検討すべきことを要請するとしても、⁽⁷²⁾受容可能と判断された規範を新たに形成すべく刑法を用いることまでをも否定するものではない。

以上の検討を踏まえて路上喫煙・ポイ捨てについて検討すると、路上喫煙においては人の身体に火傷をさせる危険性を有する行為が問題となっていると解する限り、伝統的に刑法において処罰対象とされてきた行為として理解することができ、こうした行為については抑止対象とすべきだという規範も存在していると思われる。また、ポイ

捨てについては、少なくとも生活環境に対する意識が高まっている現在の社会においては、「ポイ捨てをすると街が汚れるのでポイ捨てをするな」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。したがって、この観点からは、路上喫煙についてもポイ捨てについても、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言えよう。

(2) しかし、Ⅱ3において分析したように、少なくとも路上喫煙については、刑罰による抑止・規制の対象とすることに強い回避傾向が見られる。このような回避傾向は、「喫煙者」のみを狙い撃ちする刑罰規定を設けることを回避したいという感覚に由来するものと思われるが、なぜ「喫煙者」のみを狙い撃ちする刑罰規定の導入を回避したいのであるのか。すなわち、「喫煙者」のみを狙い撃ちする行政罰規定を導入することにはさほど回避傾向がないにも拘らず、なぜ刑罰規定の導入については回避傾向が生じるのか。この点を明らかにしない限り、現場の条例制定者の「悩み」に応える形で立法の指針を提示することはできないであろう。そして、この点を明らかにするためには、刑罰と行政罰の差異について検討することが必要となる。

刑罰も行政罰も、いずれも制裁的⁽⁷³⁾な色彩を帯びる制度であり、いずれも保護法益に対する侵害あるいはその危険性を理由として科されるものである⁽⁷⁴⁾。いずれも将来の違法行為を抑止することを目的として科されるものであるが、両者は、違反行為に対するステイグマの付与という点で質的に差異が存在する。すなわち、刑罰は、行為者に単に不利益を科すのみならず、違反行為に対して「犯罪」というレッテルを貼ることで強い社会倫理的非難を加える点において、行政罰とは異なる意義ない機能がある⁽⁷⁵⁾。そして、このようなステイグマは、刑罰を科す国家ないし地方自治体が、当該行為者に対して「あなたは悪い行為をした、非難に値する人間である」というメッセージを公的に伝達するという形で付与される。

しかし、このようなメッセージは、路上喫煙をめぐる文脈では、容易に以下のような形に「誤変換」あるいは

「誤翻訳」される。すなわち、「あなたは路上喫煙という悪い行為をした、非難に値する人間である」というメッセージは、容易に「あなたは喫煙者であるから非難に値する」というメッセージに誤変換される。このような誤変換を後押しするのは、路上喫煙は確かに人の身体に対する危険を有する行為であるとしても、その危険自体は極めて抽象的なものであり、いわば「名目的な」法益侵害に過ぎない、という点である。このプロセスをより具体的に述べると、刑罰を科す地方自治体はもちろん「路上喫煙をした行為者」を非難しているのであるが、他の場所での喫煙と区別して「路上」での喫煙のみを規制する根拠自体が「名目的」なものであればあるほど、「路上で」喫煙したから非難する」というメッセージとしては受け止められなくなり、むしろ、「路上で」という留保のない、単なる「喫煙したから非難する」という喫煙者一般へのメッセージとして受け止められる（すなわち「誤変換」される）ようになるのである。これは、①当該行為者にとっては非難の根拠が異なるという意味で「誤変換」であるし、②喫煙者一般に対するメッセージとしての性質を帯びてしまっている点でも「誤変換」である。これに対して、ポイ捨てをめぐる文脈では、このような誤変換を起こしにくい安全弁が存在する。すなわち、多くのポイ捨て禁止条例においては、タバコの吸い殻のみならず、空き缶などの小型のゴミがポイ捨ての対象として規制されており、およそ小型のゴミを捨てる人間一般が非難の対象とされている。したがって、「喫煙者であるから非難する」という誤変換は基本的に起こりにくいのである。逆に、路上喫煙条例の一環としてタバコの吸い殻のみが規制対象とされるときには、同様の誤変換が起こりやすいと言えよう。

以上のような理解からすれば、路上喫煙を法的に規制する場合に、可能な限り行為者に対して誤変換されやすいメッセージを付与しない形態の制裁が選択されるのは、極めて自然であると言える。刑法が刑罰を用いて法益保護を行うに際しては、非難の対象となるべき当該行為者に非難の根拠を明示してメッセージが伝達されるべきである。このような限定がなされない場合には、（当該行為者にとっても、それ以外の者にとっても）「市民のライフスタ

イル」への過度の干渉となることが回避し得ないと言えよう。したがって、刑罰が他の行政制裁とは異なる独自の要素としてステイグマ機能を有すると解する以上、誤変換を防止する措置が存在しない場合には、刑罰の選択が回避されるのがむしろ当然であるとも言えるであろう。

これは、逆に言えば、路上喫煙においても刑罰を科すという選択肢を確保するためには、こうした誤変換を防止する措置を講じなければならぬことを示している。すなわち、路上喫煙において想定されている法益侵害が「名目的」であればあるほど、こうした「誤変換」が生じやすくなるのであるから、路上喫煙による法益侵害を実質的なものとして構成する必要がある。その観点からは、人の身体に対する危険性を実質的に認め得る状況、例えば特に混雑するような区域（駅周辺や観光スポットがその代表であろう）、あるいは人が特に密集する時間帯（通勤・通学時間帯など）に限って規制する、といったことを考慮しなければならないことになる。

(3) これまでの検討によれば、路上喫煙については刑罰による規制・抑止の対象とするためには前述の誤変換を回避する措置を講じることがまず前提となるのに対して、ポイ捨てについては基本的にはそうした特別の考慮を行うことを必要とせず、むしろ刑罰による規制・抑止の対象とすることにつき十分な合理性があるように思われる。しかし、刑罰を科すべきか否かについては、よりプラクティカルな観点からの検討も必要となる。すなわち、ポイ捨てを抑止するという観点からして、刑罰は行政罰よりも実効的なのかという点が問題となる。

この点、①罰金を科したとしても警察・検察が積極的に検挙・起訴をするとは思えず、地方自治体としても、刑罰が科される行為であることを宣言すること自体による効果（規制効果）を期待しているに過ぎないが、実際の適用を前提としない刑罰規定は結局のところ規制効果も有しない、②軽微な法益侵害に対する制裁として刑罰を用いることは、刑罰全体の感銘力を低下させる、③過料であれば、地方自治体が意欲的でありさえすれば、自ら違反者を摘発することにより実効的な規制となり得る、との理由を挙げて、ポイ捨て規制においても刑罰よりも行政罰を

科す方がより実効的であるとする見解がある⁽⁷⁷⁾。しかし、③については、千代田区の意欲的な活動によりポイ捨てが激減したことが喧伝されているが、そうした成果を挙げるために千代田区にかかる人的・物的コストもまた相当なものとなっている⁽⁷⁸⁾。千代田区自身、「徹底的にやれば効果は上がる」が、「中途半端ではあまり効果がでない」と述べており⁽⁷⁹⁾、こうした徹底的な対策を採りうる、すなわちこのような人的・物的コストを負担しうる地方自治体かどうかで、①については、罰金を科したとしてもそのままでは警察・検察が積極的に検挙・起訴すると言いたいのは確かであろう。しかし、ポイ捨てが看過できない有害性を持つ行為であるという意識が当該地域社会においてより強く醸成されれば、そのような「世論」に警察・検察も応えざるを得ないように思われる。そうした意識を醸成するためには正に当該地方自治体の活動によるところが大きいのであり、ここでもまた、当該地方自治体がどの程度のコストを負担する意欲があるにかかってくるのである。また、②については、軽微な法益侵害に対して安易に刑罰を適用することが刑罰の感銘力を低下させること自体はその通りであるとしても、例えば、軽犯罪法に代表されるようなあらゆる軽微な犯罪を全て非犯罪化せよと主張することまでは必ずしも論者も意図しないように思われる（こうした主張を徹底すれば、例えば傷害罪や暴行罪、器物損壊罪のような犯罪であっても、罰金や料料の対象になるような軽微な類型については非犯罪化すべきことになろうが、このような類型については検察官は起訴しないであろうから、事実上の非犯罪化がなされていると言うのであれば、今度は①の点、すなわち規制効果の有無という点が問題となろう）。とすれば、重要なのは、一定の軽微な法益侵害のうち、いずれが刑罰を科すのに適しており、逆にいずれが刑罰を科すのに適していないのかを判断するための指針を提示することであろう。

更に、履行確保の点も重要である。罰金であれば、任意に支払わない者に対しては労役場留置が予定されており（刑一八条）、最終的には「身体で払わされる」ことになるのに対し、過料の場合にはこのような担保手段が存在し

ない。⁽⁸¹⁾ 道交法違反について非犯罪化をして反則金を科すに留めるという場合であれば、免許資格を反則金支払いの担保手段とすることが考えられるが、⁽⁸²⁾ ポイ捨ての前提となる喫煙行為については、特段の資格はなく成人であれば誰でも可能な行為である以上、こうした担保手段を講じることも不可能であろう。

以上の検討から明らかなのは、要するに地方自治体のやる気次第であると言うのであれば、過料規定を導入して行政自ら積極的に過料の徴収に乗り出すということと、罰金規定を導入して行政が積極的に犯罪事実を告発し、警察・検察と連携して抑止を目指すということとは、いずれも十分に選択可能なオプションであるということである。罰金規定を導入するか過料規定を導入するかは、当該地方自治体の様々な事情及び前述のメリット・デメリットを総合的に考慮して決められるべきことであり、決して罰金規定よりも過料規定を導入する方が実効性の観点から一般的に望ましいというわけではない。

なお、近時、法制審議会被収容人員適正化に関する部会において、更生保護法五一條二項の特別遵守事項の中に、社会貢献活動を加えるべきことを法制審議会に報告することが決定された。⁽⁸³⁾ こうした議論は、従来「社会奉仕命令」の導入の可否という形でなされており、部会の立場は、社会奉仕命令を独立の刑罰とはせず、保護観察の特別遵守事項とするものである。⁽⁸⁴⁾ 日本の現行制度とより整合的なものとして社会奉仕命令を導入するという立場からすると、部会の立場は理解できる。しかし、一九九〇年に設けられた法制審議会刑事司法部財産刑検討小委員会において社会奉仕命令の導入の可否が検討された際に、⁽⁸⁵⁾ 導入に賛成する意見の中に「財産刑の短所である一身専属性の欠如の問題を解決できる」というものがあつたことから分かるように、社会奉仕命令は、必ずしも自由刑との関係のみならず、罰金刑との関係でも検討に値する制度である。そして、例えば罰金の執行猶予の条件として、⁽⁸⁶⁾ 社会奉仕命令により地域の環境浄化活動（例えば路上の吸い殻などの清掃）に参加させることができるような制度があれば、ポイ捨て禁止条例に罰金規定を導入しつつ、社会奉仕命令により、行為者が行ったポイ捨てがいかに社会に

迷惑なものであるかを行為者に実感させることができ、社会に対する償いとしての意味は極めて大きいであろう。

- (51) 事実、千代田区において路上喫煙を規制するきっかけの一つとなったのは、歩行喫煙により児童に負傷させた事件であったことである。千代田区生活環境課・前掲注(9)二四頁参照。
- (52) 但し、歩行喫煙ではかかる危険性を伴うが、路上喫煙ではそのような危険は伴わないとする考え方もありうる。この点、神奈川県小田原市において路上喫煙に罰金を科す規定を制定する過程で、検察庁と協議をした際、歩行喫煙のみを規制対象とするのでは、歩きながら喫煙しているか立ち止まって喫煙しているかの判断が困難であるとの見解が示されたため、喫煙場所以外での喫煙を一律に禁止する規定を設けたとのことである（以上の経緯につき、http://www.city.odawarakanagawa.jp/~fitemst/_/6194/kankyo0081126.pdfを参照）。このような立証の困難さという点もさることながら、立ち止まっただけの喫煙であっても、喫煙場所として指定された場所以外での喫煙行為により、不特定多数人に対して火傷を負わせる危険性は想定可能である。類型的に人が混雑するような公共の場所を指定し、そうした指定地域内での路上喫煙に限定するのであれば、かかる危険性をより明確に認めることができるであろう。
- (53) なお、こうした「生活環境」は「環境刑法」にいう「環境」に含める必要性も妥当性もないとして、「環境刑法」の文脈からは切り離す見解もある（町野編・前掲注(47)四九頁（伊東研祐）。しかし、いわゆる産業廃棄物規制については従来から「環境刑法」の対象に含めて論じられてきた（町野編・前掲注(47)四七二頁以下（篠塚一彦）参照）ことからしても、「生活環境」を直ちに「環境刑法」の対象から除く必然性はない。
- (54) それぞれの見解の詳細については、伊東研祐『環境刑法研究序説』（二〇〇三年）二二頁以下（初出は「環境刑法における保護法益と法益保護の態様」『刑事法学の現代的状況 内藤謙先生古稀祝賀』（一九九四年）三〇五頁以下）、町野編・前掲注(47)八〇頁（齋野彦弥）（初出は「環境刑法の保護法益」現代刑事法三四号（二〇〇二年）二九頁以下）を参照。
- (55) こうした見解の主唱者としてはHohmannが挙げられる。彼は、人格的法益論、すなわち法益を「その時点での文化的・歴史的状況において人格的に発展するための前提ないし条件をなす侵害可能な現実的存在」として捉える立場を採り、環境刑法においては「環境の危険から人間の生命・健康を保護する」場合のみが正統性を有するとして、あくまでも人間の生命・健康・身体の完全性のみが保護法益であるとする（但し、抽象的危険犯を認めることで処罰の前倒し自体は広範に認める）。Vgl. Olaf Hohmann, Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutstimmung in Umweltstrafrecht, GA1992, S. 77ff.
- (56) こうした見解として、伊東・前掲注(54)四七頁以下参照。但し、伊東は「環境それ自体」あるいは「水、大気、土壌といった」環境媒体それ自体」といった漠然としたあるいは静的な法益規定を否定し、より動的な諸機能の全体を包含する「生態系」を保護法益とすることを提唱する。

- (57) こうした見解として、町野編・前掲注(47)三六頁(町野朔)参照(初出は「環境刑法と環境倫理(下)」上智法学論集四三巻二号(一九九九年)一頁以下)。
- (58) だからこそ、伊東・前掲注(54)四九頁は、生活環境のような人間との関連性を否定しがたい法益については環境刑法の対象から外すのである。
- (59) 町野編・前掲注(47)八五頁(齋野彦弥)。
- (60) 町野編・前掲注(47)三七頁(町野朔)も参照。
- (61) Lothar Kuhlen, Der Hanglungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324StGB), S. 399ff.
- (62) しかし、同様の行為が大量に行われたとすれば、極めて不合理な結果に至る。このことを特に象徴するのはハーディンのいわゆる「共有地の悲劇」事例であろう。すなわち、全ての人間が使用しうる牧草地があるとして、ある牧夫が、「もう一頭牛を飼うことで自分が一の利益を得るが、これによって生じる過度の放牧によるマイナスは、自分を含めた全ての牧夫によって負担されるから、自己の負担するマイナスは、マイナス一を牧夫の数で割ったものに過ぎない」と考えて合理的選択として更に放牧を行うことにしたが、他の牧夫も全く同様に考えて同様に更なる放牧を行ったために、共有の牧草地は荒廃して誰も牛を飼えなくなったという事例である。
- (63) Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band1, 4. Aufl. (2006), § 2 Rn. 82.
- (64) 町野編・前掲注(47)八八頁(齋野彦弥)参照。
- (65) 千代田区生活環境課・前掲注(9)一八頁以下が「割れ窓理論」に言及し、いわば「ゴミがゴミを呼ぶ」と述べるのも、基本的には同様の発想であろう。
- (66) 真に無害な行為であれば、幾ら累積しても無害であることには変わりはないが、ここで問題となるような行為は、一見すると法益侵害性がないように見えるが累積すれば法益侵害性を肯定できるような行為なのである。要するに「ちりも積もれば山となる」ということに他ならない。
- (67) この問題は、法益論の側から見れば、「そもそもそういった行為によって侵害される法益を想定することが可能か」、あるいは「そういった行為によって侵害される利益について法益としての要保護性を認めることが可能か」という問題となるため、厳密に言えばⅢで検討すべき問題と重なる部分がある。但し、この問題には刑罰の規範形成力の問題とされているため、ここで論じることにする。
- (68) 伊東・前掲注(54)二二頁(初出は「環境の保護」の手段としての刑法の機能『団藤重光博士古稀祝賀論文集第三巻』(一九八四年)二六六頁以下)。但し伊東はその後、環境についても既にかんがりの程度法益化がなされたため、刑法の規範形成力に言及しなくなった旨を述べる。川端博・町野朔・伊東研祐『鼎談』環境刑法の課題と展望―現代刑事法三四号(二〇〇二年)一七頁。
- (69) 特にこの場合は、Jakobsの積極的「一般予防論」が前提とされている。Vgl. Günther Jakobs, Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung? in: Festschrift für SEIJI SATO zum 70. Geburtstag (2003), S. 18ff. Jakobsは「刑法は法益ではなく規範の妥当性を保持するため」に存在するとし、法益概念が有していると言われる自由保障機能、すなわち①道徳と法との峻別機能や②単に抽象的な危険を有するに過ぎない

行為を処罰対象から排除する機能についても否定する。そして、刑罰を科すことは、行為者が社会を構成するものとしての規範に反したことに對して否定的態度を取ることに他ならず、それによって規範侵害は治癒され、規範の妥当性が確認されることになるとする。

(70) 松宮孝明「今日の日本刑法学とその課題」立命館法学三〇四号（二〇〇五年）三〇九頁以下、同・前掲注（30）四一頁以下参照。

(71) 実際、伊東は、「環境刑法」の文脈において、「かなりの部分が実質的に法益になってきた、新しい利益として認められた」という側面もあるのですが、多くの場合、それは既に昔から法益であったのです」と述べている（前掲注（68）（鼎談）一七頁）。すなわち、刑法による規範形成がなされるべきという主張は、既に法益としての実体を有しているものの、一般的にはその点につき必ずしも共通認識があるとは言いえないという場合に、「当該法益の存在に気づかせる」ために刑法を用いるべきという主張に他ならない。

(72) 地方自治体が路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例を導入する際にパブリックコメント手続を実施することが多いのは、このような観点からは評価できる。

(73) 制裁という概念は行政法学においても必ずしも一様に解されてはいない。ここでは一応、違法行為を理由として違反者に不利益な効果を及ぼし、将来の違法行為をも抑止しようとするものと理解することにす。宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論「第三版」』（二〇〇九年）二二五頁以下。

(74) 佐伯・前掲注（4）一七頁以下。

(75) 佐伯・前掲注（4）一二八頁以下（なお、かつては佐伯自身、こうしたステイグマ付与機能について、刑罰と行政罰との間には量的な差異しか存在しないと解していたが（前掲注（4）一八頁）、現在では本文に示したように、行政罰に非難の要素があること自体は否定しないものの、質的な差異があると理解している）。また、樋口亮介『法人処罰と刑法理論』（二〇〇九年）一五六頁以下も参照（更に、樋口論文を契機として、刑法をステイグマ効果付与の体系として把握する試みとして、得津晶「過失責任というドグマティック」北大法学論集六〇巻四号（二〇〇九年）六五頁以下参照）。

(76) Ⅱ 3(2)参照。

(77) 佐伯仁志「刑法の基礎理論」法学教室二八三号（二〇〇四年）四九頁以下。

(78) 千代田区生活環境課・前掲注（9）一六四頁以下はこうした状況をありありと伝えてくれている。路上喫煙についても罰金による規制を導入した神奈川県小田原市では、罰金を選択した理由として、小田原市のようなさほど規模の大きくない地方自治体にとっては過料を確実に徴収するとなれば、パトロール費用などのコストが大きすぎるという点を挙げている。前掲注（52）を参照。

(79) 千代田区生活環境課・前掲注（9）一六五頁。また、町野編・前掲注（47）六八頁（北村喜宣）も参照。

(80) 罰金は地方自治体の条例違反に対するものであっても国の歳入になるのに比して、条例違反に対する過料は地方自治体の歳入になるという点を過料のメリットとして考えることは可能である（佐伯・前掲注（77）五〇頁）。しかし、現実には路上喫煙やポイ捨てに科されている過料の額は、おおむね一〇〇〇円から二〇〇〇円であり、確実な過料の徴収のために必要となる人的・物的コストからすれば微々たるものである。

- (81) 佐伯・前掲注(4)三〇頁以下。滞納処分と同様に処理されるため、最終的には強制執行により徴収するしかないが、そもそもポイ捨てをしても過料の徴収に応じないような人間については、氏名・住所などについても黙秘する場合やその場から逃走する場合も多いであろう。こうした場合に逮捕による身柄確保を行うことができない以上、強制執行が可能な状況がどの程度存在するのかは疑問である。
- (82) 佐伯・前掲注(4)三二頁、川出敏裕「交通事故に対する制裁のあり方について」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第三卷』(二〇〇〇年)二六二頁。
- (83) 法制審議会被收容人員適正化に関する部会第二六回会議(平成二年二月三日)の「要綱(骨子)」(<http://www.moj.go.jp/SHING12/091222-1-2.pdf>) 参照。
- (84) こうした立場を採るものとして、佐伯・前掲注(4)六七頁以下参照。
- (85) この点につき、佐伯・前掲注(4)六五頁以下参照。
- (86) 但し、このように考えると、罰金の支払いが苦痛と感ぜられない資力の著しく大きな犯罪者との関係では、命令違反に対する処理が困難となることは否定できない。

IV 終わりに

路上喫煙及びポイ捨てをめぐる法規制は、現在過渡的な状況にある。これまでの検討で得られた知見を元に、今後のあるべき姿に向けての指針を述べておこう。

まず、路上喫煙の規制についてであるが、刑罰による規制をも選択肢として確保するためには、メッセージの誤変換を回避する措置を採ることが必要不可欠である。⁽⁸⁷⁾そして、路上喫煙において想定されている法益侵害が「名目的」な法益侵害である場合にこそメッセージの誤変換が促進される以上、路上喫煙における法益侵害を実質的なものとして構成する必要がある。その観点からは、既に論じたように、特に混雑する場所や時間帯に限って規制するといったことが考慮されるべきであろう。⁽⁸⁸⁾

このように解するとしても、路上喫煙及びポイ捨てを規制するに際して刑罰を選択すべきか否かはなお問題として残る。規制の実効性という点からは、必ずしも過料が罰金よりも一般的に優れているというわけではない以上、

各地方自治体の実情に合わせた考慮が必要となろう。コストという観点から見ると、千代田区のように人的・物的コストを相当程度負担し得る地方自治体であれば、過料規定を選択した上で徹底した対策を行うことが可能であろうが、財政的に余裕のない地方自治体においてはこのような対策は採れない以上、刑罰規定の選択も考慮されるべきことになろう。また、特にポイ捨てに妥当することであるが、ある地域の生活環境のみならず、観光地としての美観という側面が重要となるような地域もある。このような地域においては、観光地としての価値を維持することが極めて重要となるため、そうした価値を損なう行為としてのポイ捨てに対して犯罪としてステイグマを付与することは十分に合理性があると言えよう⁽⁸⁹⁾。更に、刑罰と行政罰とは必ずしも択一的なものではなく、より実効的な規制のために両者を組み合わせることも可能である。すなわち、一方で地方自治体が自ら規制を実効的に行う手段を確保しつつ、他方で刑罰による感銘力にも依拠するという手法である。例えば、違反行為に対して過料を科す一方で、違反行為に対する原状回復命令に違反した場合には刑罰を科すといった「二段構え」の規制を行うといったものである⁽⁹⁰⁾。従来、間接罰方式は、直罰方式と比較してその機能的意義が否定的に評価されることが多かったが、このように過料と組み合わせることで、「伝家の宝刀」としての機能を發揮できる場合もあり得る。もちろん、人が密集する地域においても特に人の往来が激しい場所や、観光地としての美観が特に重要となる地域といった、より限定された場所などについては、むしろ直罰方式による規制の方が望ましい場合もあり得る。このような様々な考慮を行いつつ、全体として最も効率的な制裁を行うという視点こそが今後ますます重要となるものと思われる。

更に、こうした議論枠組みは、他の刑事立法の評価においても有効である。例えば、児童ポルノ規制をめぐる、近時、単純所持についても刑事的規制の対象とする旨の改正をなすべきとの議論がなされているが、単純所持において問題となる法益侵害性が「名目的」なものであればあるほど、「あなたは児童ポルノ所持という悪い行為をした、非難に値する人間である」というメッセージは「あなたは児童性愛者（ペドフィリア）だから非難に値する」

というメッセージに誤変換されやすい。こうした少数者を狙い撃ちにするような刑罰規定は可能な限り回避されるべきであるという立場からすると、仮に児童ポルノの単純所持を処罰するのであれば、そこで侵害ないし危殆化される保護法益が何であるかにつき明確化することで、前述の誤変換を回避する措置を講じる必要がある。⁽⁹¹⁾これはあくまでも一例ではあるが、他の刑事立法においても、こうした観点からの検討が必要であろう。

本稿は、本学に長らく貢献され、今年度で退職される荒木伸怡先生に献呈されるものである。甚だ不十分な論考であることを自覚しつつ、ここで筆を擱くことにする。

(87) これは、ポイ捨ての規制において、タバコの吸い殻のみを対象とする場合も同じである。

(88) なお、ドイツにおいては、公共建造物や飲食店などについては禁煙・分煙の対策がなされている一方、路上喫煙を抑制するという発想は、特に混雑する場所についてであっても極めて乏しいように思われる。ドイツにおいては、専らタバコの煙の害のみが問題とされているのだとすれば、閉鎖的空間においては規制が必要となる一方、路上のような開放的空間においては規制を行う必要性に乏しいと理解されているのかもしれない。こうした差異については、しかしながら、今後の検討課題とせざるを得ない。

(89) 例えば、日光市空き缶等の散乱防止に関する条例一五条（違反行為に対して三万円以下の罰金を規定）を参照。

(90) このような例として、岡山市の条例（前掲注（24））がある。

(91) 前掲注（5）も参照。なお、およそ他人に流通する可能性のない所持についてまで刑事的規制の対象とする場合には、「この世の中に児童ポルノを所持するような人間がいること自体が気持ち悪い」といった社会における多数派の感情を保護法益とすることに限りなく接近する。こうした保護法益はもはや保護「法益」と認めることすら困難となり、刑罰のみならず、制裁の対象とすることもできないであろう。

〔付記〕 本稿は、日本学術振興会科学研究費補助金・若手研究(B)「刑罰拡散化時代における刑事的規制の前提条件」(課題番号：19730051、平成一九年度～平成二一年度)による研究成果の一部である。