

# 価値中立行為と目的犯

—— 迷惑防止条例における客待ち規定を中心として ——

伊  
藤  
亮  
吉

- 一 はじめに
- 二 二つの客待ち行為
  - 1 売春類似行為を目的とする客待ち
  - 2 わいせつな見せ物の観覧等の客引きを目的とする客待ち
- 三 犯人庇護 ドイツにおける価値中立行為と目的犯処罰
- 四 検討
  - 1 価値中立行為の処罰
  - 2 目的を伴う客待ち行為の処罰
  - 3 価値中立行為に対する目的犯構成
- 五 結びにかえて 価値中立行為における目的の内容

一 はじめに

最近の刑事立法の特色のひとつとして、従来よりも早い段階における処罰を可能とする危険犯の処罰規定の増加により処罰範囲が拡大していることがあるとされる。処罰の早期化は、法益侵害の発生を既遂処罰の前提とする犯罪系において、本来的な法益侵害の発生以前の段階で既遂処罰を認めるもので、目的犯もそのような犯罪類型の一つである。

犯罪処罰の早期化の利点としては、早期における捜査機関の介入と立証の困難の救済があげられる。しかし、逆に、処罰早期化は人権保障と衝突しかねない。すなわち、法益の侵害が現実に発生しているとまでいうことのできない段階において刑法の介入を許容することは、人権を不当に制約しかねないのではないかというのがこれである。処罰の早期化に際してはこのように人権保障に十分に配慮する必要がある。

このようなことから、処罰の早期化については、法益概念を具体的に捉えようとすると、処罰時期を早めること、それにもかかわらず比較的重い刑を規定することの理由が説明できない、逆に、法益を抽象化するならば、法益概念は解釈や立法を規制する機能を減少させてしまうというジレンマがある<sup>1)</sup>とされる。

ところで、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「本条例」という）は、いくつかの目的犯規定をおいているが、七条一項一号でわいせつな見せ物の観覧等についての客引き、二号で売春類似行為目的の客引き、三号で異性による接待をして酒類を伴う飲食をさせる行為の提供等についての客引きを禁止するとともに、七条一項二号で売春類似行為目的の客引き、七条三項で一定区域における一項一号、三号の客引き目的での客引きを禁止する<sup>2)</sup>。これらは、他県の迷惑防止条例においても文言上の相違はあっても同様の規定

がみられる。<sup>(3)</sup>

他方、これらの行為と同等もしくはより強い規制が求められると考えられる風俗営業や売春に関しては、風俗営業を営む者の客引き、客引きのための立ちふさがり・つきまとい（風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（風適法）二二条）、売春目的での勧誘、勧誘のための立ちふさがり・つきまとい、客待ち、誘引（売春防止法（売防法）五条）が処罰されており、これらの客待ちについては売春目的での客待ちが規定されている（売防法五条三号）にすぎず、本条例との間の処罰範囲に相違がある。

さらに、例えば通貨偽造罪（刑法一四八条一項）に代表されるように、目的を違法要素ととらえるか責任要素ととらえるかは別としても、一般に通貨偽造行為は価値的に無内容な行為と理解されるべきではなく、偽貨が市場に流通する危険は目的の有無にかかわらず常に存在しうるので、基本行為である通貨偽造行為はこの危険を備えたある程度の違法性を帯びた行為であるととらえることができる。そして、目的を有する行為に処罰を付与するとともに制限もする機能を目的は有している。<sup>(4)</sup>これに対して、本条例で規制される客観的行為である客待ち行為は、それ自体は何ら違法性を帯びるものではない価値中立行為ないしは適法行為（以下「価値中立行為」という）ととらえることができ、そこに目的が追加されることで処罰対象とされるものである。これは目的に違法性を付与させるといふ多大な役割を担わせることになるが、果たしてこのような規定を認めることは許されるのか、また許されるとすれば、そこでの目的にはどのような内容が汲まれるべきであろうか、目的犯固有の問題として提起されることになる。

そこで、本条例における客待ち規定を手掛かりとして、価値中立行為と目的犯規定のあり方について若干の検討を試みることにする。

一一二つの客待ち行為

1 売春類似行為を目的とする客待ち

本条例は、「売春類似行為をするため、公衆の目に触れるような方法で、客引きをし、又は客待ちをすること」を禁止し（七条一項二号）、違反者を五〇万円以下の罰金又は拘留若しくは科料（八条四項五号）、常習者を六月以下の懲役又は五〇万円以下の罰金（八条一〇項）に処する旨規定する。売春類似行為を目的での客引きと客待ちを並列的に規定しているものである。また、売防法も、売春をする目的で「公衆の目にふれるような方法で客待ちをし、又は広告その他これに類似する方法により人を売春の相手方となるように誘引すること」を六月以下の懲役又は一万円以下の罰金に処するとしている（五条三号）。

売春類似行為とは、男子が対償を受け、または受ける約束で、不特定の男子と性交類似の行為をする男娼行為をい<sup>5</sup>、客引きと誘引とは同義だとされる。本罪の保護法益は、公共の場所における風俗環境および個人の意思の自由の保護であり、売防法でも、社会の風紀を乱し、一般市民に迷惑を及ぼすものを処罰する規定とされていること<sup>6</sup>や、売防法が売春それ自体の違法性とは直接に関係のない風紀の取締と公衆への迷惑防止という観点から処罰することと同様に、本罪の処罰は、「売春類似行為それ自体が善か悪かということとはここでは全然触れ<sup>7</sup>ず」<sup>8</sup>同じような形で同じようなことなので、「売春婦と歩調を合わせた」<sup>9</sup>ものであることを前提とすれば、両規定は売春と売春類似行為の点が異なるだけで、その他の点では、売春および売春類似行為それ自体の違法性とは無関係に、規定の行為が風紀の取締と公衆への迷惑防止に係る限りで処罰対象とするという同じ趣旨の規定であると認められ、客待ち行為について、両者を共通に検討することが許されよう。

客待ちとは、相手方の申込みを待っている状態をいい、その判断は、四圍の状況ないし行為者の様子から、売春もしくは売春類似行為をする意思があり、相手方を求めているものであることが、客観的に認められれば足りる<sup>12)</sup>。その際には、「公衆の目に触れるような方法で」行うことが要件とされるが、これは、人の目に触れる可能性があれば足り、現実には公衆の目に触れたかどうかは問わず、公衆の目に触れないような場合には犯罪の成立が認められないことをいっているにすぎない<sup>14)</sup>ので、この要件が客待ち行為それ自体の解釈に何らかの影響を及ぼす要素となりうるものではない。

本条例における客待ち行為について判例は、「自ら」売春類似行為をする。意思を有する者が、道路その他の『公共の場所』において、服装、姿態、動作等の外形的に不特定または多数の人が覚知することのできるような方法、手段を用いて、その意思を表示して相手方となる者の申込を待つ行為をいうものと解するのが相当である<sup>15)</sup>、<sup>16)</sup>としている。また、売防法の客待ち行為に関しては、「売春をする者自らの何らかの動作（動静乃至姿勢或は表情を含む。）によって、少くとも売春をする目的のあることを明らかにするような積極的態度の存在すること」を要し、従ってその態度たるや通常人の街頭に佇む姿、或は…いわゆるデイト、待ち合せ等の姿とはおのずから区別されるべきあるものを帶有しなければならず、しかもそのことは客観的に識別し得られる程度のものであることを必要とする<sup>16)</sup>と、客待ち行為自体に一般の待ち合わせ等と区別されるべき外形上客待ちをしていることが明白な特徴すなわち積極的態度を要求することで、客観的行為に限定を加えることが着目される。

この点に関して論じている学説は多くはないが、「売春をしようとする者が自らの挙動によって売春をする意思のあることを表示しながら、公共の場所をうろついたり公衆の目にふれる場所に佇立したりして、相手方の申し込みを待つ行為をいう。このような行為は、外見上は一般人の待ち合せなどとまぎらわしいから、客待ち行為か否かの判定は、主として、行為者が自らの挙動によって売春をする意思のあることを表示しているか否かにかかるこ

となる<sup>17)</sup>と、判例に賛同するとともに、売春目的の表示には、外見上の挙動のほかに、服装、化粧、客待ち行為の場所、時刻、時間などとの関連も指摘する<sup>18)</sup>。

その一方で、判例学説ともに目的の内容について述べるところはない。判例は「売春をする目的のあることを明らかにするような積極的態度」およびそれに類似の表現を用いているが、これは行為を限定するための要件を示しているであって、目的それ自体について言及するものではない。

## 2 わいせつな見せ物の観覧等の客引きを目的とする客待ち

本条例は、「何人も、…公安委員会が指定する…公共の場所において、…第一項第一号又は第三号に掲げる客引き（…卑わいせつな接待に係る客引きに限る）を行う目的で、公衆の目に触れるような方法で客待ちをしてはならない。」と、わいせつな見せ物の観覧等についての客引き（七条一項一号）と異性による接待をして酒類を伴う飲食の提供等についての客引き（七条一項三号）を目的とする客待ちを禁止し（七条三項）、警察官の禁止命令（七条四項）に違反した者を二〇万円以下の罰金又は拘留若しくは料（八条六項）に処する。これに対して、風適法において、風俗営業や一定の性風俗特殊営業等を営む者に対して、当該営業に関する客引き（二二条一号、二八条一二項一号、三一条の三第二項、三一条の三第三項一号）および、客引きのための道路その他公共の場所での立ちぶさがりやつきまとい（二二条二号、二八条一二項二号、三一条の三第二項、三一条の三第三項二号）を禁止し、これらの違反者は六月以下の懲役若しくは一〇〇万円以下の罰金又は併科に処せられる（五二条一号）<sup>19)</sup>が、客待ち行為については風適法では処罰対象となっていない。そして本罪と風適法とは行為の主体及びその保護法益において必ずしも一致するものではないので、観念的競合に立つとされる<sup>20)</sup>。

わいせつな見せ物の観覧等についての客引き（本条例七条一項一号）は、相手方を客とするため、言語または動

作により、積極的に誘うことを要する<sup>(22)</sup>。そして、本罪は公共の場所（繁華街）において迷惑や不安を覚える行為を規制することにあるとされている。本罪が公共の場所における風俗および性風俗に関する事項を規制する性質を有することを考慮すれば、その保護法益は、売春類似行為の場合と同様に、公共の場所における風俗環境および個人の意思の自由の保護<sup>(24)</sup>としてよいであろう。

これに対して、風適法の客引き行為の禁止は、当該営業所の享樂又は射幸心をそその霏囲気が、営業所外の一般公衆の目にふれる場所にまで延長されることを防止するものであるが、これは本罪における公共の場所での風俗環境および個人の意思の自由の保護と共通する性格を有するものといえ、また本罪制定の経緯や、本罪における客引きの対象行為の内容との関係からみても、本罪と風適法の客引き行為とはかなりの程度の類似性を認めることができる<sup>(26)</sup>。それにもかかわらず、一方では客引き目的での客待ちが処罰され、他方ではそれが処罰されないことは注目することができるであろう。

本罪の客待ちについての判例はまだ存在していないようであるが、客引きなどの目的で、うるつき、たむろする行為と、単に通行し、立ちどまる行為とは、佇んだり、うるついたり、数人でたむろして、客となる者や客にしようとする者を物色するなどの行動パターンや服装、所持しているピラ等の内容等により、客待ちをしている者であるか否かで区別され、さらに、客待ち目的は、捜査員による内偵捜査を初め、客待ちをしている者の言動、行動パターン、所持しているピラ等の内容等により客引きを行う目的の有無を判断する<sup>(23)</sup>のが立法趣旨である。ここでの行為の外形による判断を重視することは、売春および売春類似行為と同様の関係にあると認められ、客待ち行為はそのための積極的態度、拳動を要求することで客観的行為態様を限定して解釈するといつてよいだろう。

### 三 犯人庇護 ドイツにおける価値中立行為と目的犯処罰

本条例が規制する客待ち行為は単に佇んでいるにすぎない事実的なものではない。佇むとしても客を待つという社会的意味を付与された行為である。ここでの客待ちには独特の服装や態度等が事実上認められ、そのような事実それ自体が治安の悪化の一助となっているといえなくもない。しかし、だからといって客待ちは外形上は単に佇んでいるのと何ら変わりはなく、両者の区別は不可能もしくは大いに困難なうえ、客待ちに特有の服装や態度等が客待ちをしていない者に認められることもあることを考慮すれば、客待ちによる治安悪化が、客待ちの事実それ自体から果たして刑法上保護すべき違法を具備するとまでいえるかは疑問である。もちろんそれらの行為が可罰的違法を伴わない形式的違法という評価をすることもできようが、それだけで刑法上の違法が認められるものではない。

さらに、たとえ売春違法論を援用して売春類似行為を違法と仮定しても、客待ち行為はこれらの実質的な法益侵害のせいぜい予備段階にすぎないので、その違法性はさらに弱まるはずであり、その程度の違法なものを目的とする客待ち自体を違法とするのはさらに問題となろう。客を待つという行動は我々の日常生活の範疇の中に認められるものであり、我々が日常なしつる佇立と外形上何ら変わるものではないから、客待ち行為自体を違法とみただけの根拠は乏しく、価値中立行為と位置づけられる。<sup>28)</sup>

客待ち行為自体には何ら違法性は付与されるものではないと考えられるが、そのような価値中立行為を客引き目的的存在によって犯罪化するのが本二罪の特徴といえる。このような立法措置の例としてドイツでは犯人庇護（ドイツ刑法二五七条一項）<sup>29)</sup>があげられる。これは、違法な行為を行った者に犯行の利益を確保させる目的で、その者を援助した（Hilfe leisten）<sup>30)</sup>場合を処罰するものである。そして、犯人庇護は行為者が利益確保目的で行為すれば

よく、実際に被庇護者が利益確保を実現したかどうかは問わない、すなわち本来的な法益侵害発生の前段階での処罰の早期化を目指す犯罪類型である。

そうはいつても、援助と客待ちとはその射程範囲が全く異なることを除外しても、両者を同列に取扱うことはできない。前者は「援助」という文言自体からしてその行為はかなり広範囲に及ぶが、後者は、行為が日常生活に属するとはいえ、行為主体も行為それ自体もそれ相当に限定されているからである。それでもなお価値中立行為一般に論じられてこの問題が解消される範囲内では、両者を比較することは許されると考えられる。

犯人庇護は既遂処罰を早期化する犯罪の一類型であるから、その利益確保目的の内容については目的犯の一般的な傾向にしたがって、意図 (Absicht, dolus directus 1. Grades) まで要求する必要はなく、確定的認識 (Wissentlichkeit, dolus directus 2. Grades) で十分だが、未必的認識 (dolus eventualis) では足りないということになる<sup>(35)</sup>。一般的傾向にしたがいここで利益確保目的は確定的認識で足りるとする見解があるが、通説は意図を要求する。その根拠として以下のことがあげられている。まずは類似の規定である刑の免脱 (ドイツ刑法二五八条一項) との文言上の相違である。刑の免脱が「absichtlich oder wissentlich (意図的に又は事情を知りながら)」と意図と確定的認識を主観的要件として並列的に規定するのに対して、犯人庇護が「Absicht (目的)」しか規定していないことから、ここでの目的は意図に限定すべきである<sup>(36)</sup>。また幫助との相違もあげられている。犯人庇護は結果が達成されることを要しないが、結果が発生しない場合に可罰的な犯人庇護と不可罰な幫助未遂とは、前者について目的の内容を強く要請しなければ評価矛盾となってしまう<sup>(37)</sup>。さらに、ここでの「援助した」との構成要件は特に中立的であったり広く把握されるため、社会的に相当な行為までがこの規定で捕捉されてしまうので、主観的側面を高く要求することで可罰性を限定し、これによって客観的な犯人庇護の構成要件の射程距離は意味あるべく制限されることになる<sup>(38)</sup>。

判例も通説同様に目的に意図を要求している。例えば、盗まれた指輪の買い戻しを所有者から依頼されて、窃盗犯人（本犯者）からの委任で指輪を保管するその恋人と交渉した者について、所有者のための取戻しも、窃盗犯者の金銭の受取りもどちらも求めたのであれば（いずれの目的が優越するかは明らかとできなかった）、目的は行為者の排他的ないしは優先的に利益を確保させる目標である必要はなく、行為者はいくつかの目標を追求してもよく、援助が行為者に重要でもあればそれでよいとした事例（買戻し事例<sup>36</sup>）や、窃盗犯人と認識しつつ通常の運賃でもってこの者を自分の運転するタクシーに乗せ、盗品を確実にさせたタクシー運転手につき、運賃の獲得が重要であったから目的をもって行為していないとの主張に対して、「運賃を受け取るためにタクシーを運行しても、この目標を達成するために窃盗犯人に犯罪の利益を確保させるとの意思を被告人が行為に表したことが排除されるものではない。被告人は運行しなければえられない運賃を運行によってえようとしたので、この結果は被告人には重要であった」として、意図の意味で目的を肯定した事例（タクシー運転手事例<sup>37</sup>）をあげることができる。

#### 四 検討

##### 1 価値中立行為の処罰

価値中立行為を主観的目的により可罰的とする立法形式についてはこれまでみたとおり、規制領域は異なるものの、わが国の判例学説および立法趣旨は本二罪について客待ち行為それ自体の外形から犯罪成立範囲を制限する一方で、客引き目的の内容については特別なことは明示していないのに対して、ドイツでは犯人庇護について価値中立的であるがゆえに処罰範囲が容易に拡大しかねない客観的な援助行為それ自体に特別な制限を設けることはなく、利益確保目的に目的犯の一般的な傾向から考えられるよりも高度な内容を要求する、という正反対の方策によって

処罰の適正さを図ることが模索されている。

ここでのドイツの判例通説の考え方に對しては、客観的な価値中立行為が一定の目的の付与によつて初めて犯罪となるのは避けられるべきであるとの議論が存在した。<sup>38)</sup> また、それ自体では問題がなかったり社会的に相当な態度が無価値な目的が付け加わることで無価値な構成要件に該当することになつてしまふ心情刑法であり、法益保護刑法の基本理解とは一致しない<sup>39)</sup>との批判もなされている。後者に對しては、所為の不法を基礎づける行為者の意思方向と行為者動機の全体から現れる心情とは同一でなく、行為者による結果惹起に適した行為との関連で行為者の意思方向は可罰性を基礎づけるとの反論が展開されている。<sup>40)</sup>

価値中立行為を目的の付与により処罰するといふこのような立法形式は、客観的な行為それ自体の中に違法を見出すことができないうえに、その文言内容が犯罪成立の限界を画する機能を十分に果たしえないために、犯罪成立範囲の限界が不明確になりうる結果、犯罪成立範囲があまりにも広くなる可能性、社会的に相当である行為までも犯罪に含めてしまふ可能性を否定できず好ましいものではないといえる。罪刑法定主義の原則からは行動の予測可能性が害され、国民の行動の自由が著しく侵害されることからの保護が図られるべきであるから、行為者に対して行為の予測可能性の機能を果たしえない立法は許されない。つまり、行為者においては行為時にいかなる行為が犯罪として罰され、また罰されないかの予測が立てられることが重要であり、自己の行為の違法性を予測しえなければならぬ。そして、ここでの行為は通常の場合には客観的な行為それ自体での違法性予測を意味することになるからである。しかしこれは予測可能性を裏切らない限りは罪刑法定主義を潜脱するものではなく、客観的行為が行為者主観と結合することで初めて違法性を予測させるような場合までも罪刑法定主義違反とすることを意味するものといふべきではないであらうし、それが心情刑法となるものでもない。<sup>41)</sup>

そして、客引きを目的とすることで客待ちはその後に予定される客引きに通じるものであることから、価値中

立行為であっても法益を害するものと評価しうるのであれば、その可罰性を肯定することも許されると考えられる。客待ちに特有の服装や態度等があることは認められるとしても、このような要件は客待ちの成否に必要な要件ではない。外見上は何ら変わるところのない佇立という自然的行動から可罰的な客待ちという社会的評価へと変化する要件が客待ちの判断には不可欠であるが、そこではわいせつな見せ物の観覧等へと誘う形態の客待ちは目的の有無にかかわらず違法性を帯びるとの主張も十分に考えられる。しかし、外形的に客待ちをしているような行動を違法とみることはできず、これらの行為が全て犯罪として捕捉されうることを回避する必要もある。その要件を客観的側面に求められないとすれば、主観的側面に求めざるをえないであろう。このような意味で、客観的行為だけでは犯罪を肯定できない価値中立行為が主観的目的を伴うことよって犯罪とされる立法形式も許される立法形式といわざるをえない。

## 2 目的を伴う客待ち行為の処罰

売防法は「売春の防止を図ること」を、風適法は「善良の風俗と清浄な風俗環境の保持」を目的とする（各一条）のに対して、本条例は「都民生活の平穩を保持すること」を目的とする（一条）。これらの目的規定はかなりの程度抽象的に規定されているものの、両者はその取締りの対象についても、その行為類型についてもかなりの点で類似すると考えられるが、客待ち行為での処罰範囲は異なる。法律と条例で処罰範囲に乖離がないのは望ましいことであるかもしれないが、しかし、両者の行為主体と保護法益は必ずしも一致するものではない<sup>13</sup>。条例では当該地域の特殊性も考慮に入れた取締目的が存在するので、一概に処罰範囲の乖離が直ちに問題であると考えざるべきではない。問題は本条例における客待ち行為規定の処罰の妥当性である。

本条例は、東京都における治安の悪化への対処、結果発生 of 未然防止に資するものとしてその意義を有し、その

観点から法律では捕捉しえないかなり広範な処罰が目指されているが、その反面で、本二罪が公共の場所における規定の行為を内心の目的の付与によって処罰するのは十分に注意を要し、繁華街を単に通行したりたむろする行為までも規制する可能性があることから、その解決策を探る必要がある。ここでは刑罰をもつても臨むべき保護すべき利益が存在することが当然の前提とされるべきであり、本条例においてもそのような法益の存在が処罰の正当化には不可欠である。

この点客待ち段階をすぎて客引きないしはその後に引き続いて行われる売春類似行為やわいせつな見せ物の観覧等に達すれば、当該地域における風俗環境の悪化は肯定しうるであらうし、執拗な客引きがなされる結果として客引きされた者に強制や暴行脅迫が加えられる危険も十分に認められるから、保護法益である公共の場所における風俗環境および個人の意思の自由の保護が害され、処罰を肯定しうるものといえる。

これに対して、客待ちの段階では、実質的には客引き以下の風俗環境の悪化にすぎず、その後の行為へと至る危険や客引きされた者への危険という点では、客引き等で認められる程度の危険までは至っていない。これを処罰するには前段階の時点においてもなお客待ちを防止するだけの理由が必要とされなければならない。単に嫌悪感を抱くにすぎない迷惑なだけの行為を規制したいがための規定ではないかとの批判を回避し、犯罪化を正当化することがまさに問題とされるのである。

客待ち行為が風俗環境の保護という社会的法益の側面に重点が置かれるべきことからすると、客待ち行為が客引き行為に比べてその実質的危険が低いとしても、その点だけで客待ち行為の処罰の正当性が失われるということにはならない。実際、客待ち行為については、その後に予定される客引き行為等に直結するものであるから、その危険が認められるとする構成も十分に可能と考えられるからであり、その点にこそ目的犯による処罰の早期化の特性を認めることができるからである。例えば通貨偽造罪は、偽造行為にのみ関与した者等、行使罪だけでは捕捉でき

ない者にもまた処罰の必要性が認められること、さらには、通貨に対する公共の信用保護という重要な法益を保護するためには行使段階での刑法介入では遅いと考えられることから、処罰対象とされているものといえる。

これを本二罪についてみると、なるほど客待ちのみを行ったが客引きは行っていない者の存在は認められるところであるから、このような者の処罰には本二罪のような規定は効力を発揮する。しかし、目的犯による処罰の早期化は同時に人権侵害にも配慮しなければならないことから、安易な立法による取締りを求めるべきでないことも同時に要請されなければならない。処罰の早期化は、実質的な法益侵害の危険がまだ顕在化していないものではなく、法益侵害の程度の大きさと規制の必要性およびその方法を比較衡量して正当化されるものと考ええる。

まずは法益侵害の程度と規制の必要性について、客待ち行為という行為態様から危殆化される風俗環境および個人の意思の自由という保護法益の程度が小さいことに異論はないであろう。また、本二罪の東京都における治安の悪化への対処、結果発生 of 未然防止という意義は認められないわけではない。しかし、このような目的達成のためにはどのような規制を行っても許されるというものではなく、刑罰付与を正当化できるためには、単なる迷惑行為にはとどまらない、法益侵害行為という性格がそこに存在する必要がある。もちろん当該地域において治安のため取締りをすべき事情は存在するであろうが、客待ち行為は、その典型的な行為態様が存在するとはいえず、外形上は繁華街に佇むという住民であれば誰もが行いうる日常的な行為であり、かつ、非典型的な行為態様でも捕捉される可能性があることを考慮すれば、当該行為による風俗環境および個人の意思の自由への軽度の危殆化に対して刑罰を發動することには躊躇を覚えざるをえない。法益侵害の程度があまりに小さいにもかかわらずなされる刑罰付与は、過度の制裁として許されないものであり、行政制裁や別個行為に対する犯罪での処罰による規制を模索すべきと考える。また本二罪の法定刑はかなり低く設定されているため罪刑の均衡の点を問題とする必要はないことが、立法を正当化する根拠になるものでもない。

次に規制の方法について、仮りに客待ち行為のような程度の低い法益侵害を規制するとしても、それを目的犯構成による処罰の早期化で対応すべきかは問題となろう。処罰早期化は人権侵害の危険を孕みうる立法措置であるから、安易な早期化は避けるべきである。早期化は本来的な法益侵害の前段階を既遂として処罰するものであるから、法益保護刑法の原則からは前段階を本来的な法益侵害の段階と同等に処罰することが許容できる事情、すなわち重大な法益侵害の危険がある場合が前提として求められるべきであり、早期化で対処せざるをえない場合に限定して用いられるべきであると考ええる。また、このような許容事情が認められる場合には、価値中立行為の処罰について目的犯構成を採用することを他の類型と別異に解する理由が存在しない以上はこれは許されるべきものである。

なおこの点について本条例は、警察官の禁止命令と不当な権利侵害への留意規定（人権条項）という手続的保障を設けている（七条四項、五項）。これは客待ち行為がそうではない単にその場に佇むことと区別が困難であることへの配慮を示しているものといえるのかもしれない。しかし、この保障が法執行者に対する単なる注意規定にとどまるとすれば、その実効性には疑問を投げかけざるをえないし、不当な権利侵害を招来しないような慎重な措置はこのような規定の存否にかかわらず当然のことである。前述の東京高判昭和五二年六月二日の無罪判決について、人権条項（売防法四条）としての規定が機能したものと高く評価する見解もあるが、「およそ法律の適用にあたっては、国民の権利を不当に侵害しないように留意しなければならないのであるが、本法が国民の私生活と深いかわりをもつところから、特に本条のような規定が置かれた」<sup>44</sup>のであるから、その存在が人権保障に大きな寄与をしたとみるべきではないであろう。

以上の考察から、価値中立行為について目的犯構成により処罰を認める立法措置は許容されるが、本条例における客待ち行為の処罰は、法益侵害の危険がわずかな行為に対して処罰を早期化して対処するものであり、その保護は刑罰をもって臨むほどの要請には欠け、立法措置としては問題であると考えられる。

3 価値中立行為に対する目的犯構成

価値中立行為を目的犯構成で処罰する規定は許されるとしても、価値中立行為の特殊性ゆえに、その構成要件行為が拡大する結果その処罰範囲が広くなりすぎ、日常的な行為までが捕捉されることになりかねない危険が存在する。そこでその危険を回避する必要性が認められる。本条例が文言上は「客待ち」としか規定していないにもかかわらず、判例学説のいうように客待ち行為は単に佇むだけではなく、行為自体に売春類似行為やわいせつな見せ物の観覧等の客引きの意思表示を示す外形を要求して限定作用をもたせるように、客観的な行為の側面を限定することが妥当なのか、これは逆にいえば、ドイツにおけるように目的の内容を厳格化して処罰範囲を限定する必要があるのか、ということに通じる。

ただし、目的犯の目的にどのような内容を含ませるか各構成要件の解釈の問題であり、その意味で目的犯の目的の内容について総論的に統一の見解を提示することはできないとされている。ここでも、あくまでも価値中立行為に関する一般的なガイドラインを示すことが試みられるにすぎない。

ドイツにおけるように目的に高度の内容を要求して限定を加える方法は、主観的側面により意図と確定的認識とをわける理論的明快さを出発点とするものである。買戻し事例においては目的が重疊的に存在すると認定されたが、これについて、行為者は本犯者に売買代金を与えることで利益を確保させることを盗品の再入手のために甘受しているが、行為者は本犯者の違法な行為とは何の関係もなく、本犯者の援助のために行動したのではなく、むしろ自己の使命を遂行したにすぎないのであるから、行為者が自己の全く別の目標に向けられた行為の確実な帰結として法益侵害をみている場合に刑法的手段を用いるのは疑問であり、これを処罰するという不適切な結論を回避するには、可罰性を目標に向けられた行為として意図に限定する必要があるとされる。<sup>(46)</sup>これが利益確保目的について意図を要求する理由のひとつとしてあげられる。

しかし意図と確定的認識の限界は微妙である。タクシー運転手事例では、運転手は運行し、そこに存する利益確保のための援助を行った場合にだけ運賃を獲得しえたので、運転手には利益確保も重要であったとされたが、一方では、運賃獲得の前提はタクシーの運行であり、それを越えた物の確保は付随結果にすぎず、運賃支払いが利益確保の成功に依存するような場合にだけ中間結果として求めていたともいえる、つまり意図が確定的認識かは單純に決定しうるものではなく、行為者心理との複雑な関係との関連で決定されるからである。この事例は、意図と確定的認識の区別は理論的には明確だとしても、具体的事情においては困難もしくは不可能という事態が大いに認められうることを示すものといえよう。

そのほか、ドイツにおける犯人庇護の利益確保目的の構成は主観的側面をあまりに偏重しすぎるとの批判は免れないものである。たとえ目的を主観的違法要素と認めるとしても、犯罪成立要件としてはまずは客観的行為の内容が確定されるべきであり、これが無限定のままに放置されては、処罰の限界を画することは不可能である。価値中立行為の場合には処罰拡大の危険があるがゆえに、その危険回避のために客観的行為の限界づけが特に必要となる。

犯人庇護での理論構成は尊重に値するものではあるが、これはあくまでも犯人庇護の枠内での解釈であり、ここでは既遂の時点を早期化する場合には目的 (Absicht) について必然的に意図 (Absicht) を要請するものと解釈する必要はないことに役立つものと認められるにすぎず、価値中立行為の目的犯一般に妥当するものではない。刑の免脱との文言上の相違から、刑の免脱に比べて広い犯人庇護の客観的構成要件を主観的な領域で高度の要求によって限定しようとする犯人庇護の構成要件の特殊性に意図の要求は依拠するものとみるべきであり、価値中立行為だからといって目的として意図を要求するだけの理由はないものといえる。

これに対して、わが国の判例は、客待ち行為に目的的存在を明らかにする積極的態度を要求することによって、

客観的な行為態様を限定し、その結果目的があっても客待ちの外形を備えていない場合を無罪とすることにまで至る。元來客待ちはこのような限定要素を伴うものではなく、主観的な客引き目的と客観的な客待ち行為の存在だけで本二罪の成立は認められてもよかつたはずである。しかし、価値中立的な客待ちの全てに犯罪の成立を認めることになると、本条例が目的とする都民生活の平穩保持を脅かすことのない客待ちについても犯罪成立を認めざるをえなくなってしまうから、誰の目にも明らかでない外形を備えた場合に犯罪の成立範囲を限界づけるように要請が働き、このような客観的態度での限界づけは意味があり、まずもってとるべき方策であるといえる。<sup>33)</sup>

以上より、立法措置としては妥当性を欠く本件客待ち行為規定ではあるが、行為の客観的側面を限定する方法により処罰の限定を図る判例字説の方法論は妥当な方向性を有するものと考えられる。

## 五 結びにかえて 価値中立行為における目的の内容

私見は本条例における客待ち行為を処罰することには疑問があるが、それはひとまずおくとして、客引き目的の内容はどのように解すればよいであろうか。前述のとおり、目的犯の目的は各構成要件の解釈の問題であり、その内容について総論的に統一の見解を提示することはできないとされるが、そうはいつてもドイツにおいては一定の規則性もまたみられる。すなわち、目的が法益侵害には向けられておらず、目的が付け加わるることによって法益侵害が初めて当罰的となる場合（窃盗（ドイツ刑法二四二条）、詐欺（ドイツ刑法二六三条）等）は、単に他人の物を奪取したり欺罔に基づいて損壊しただけでは所有や財産を侵害することはあっても、刑法に独特な明確な特徴は一定の傾向と結びついて初めてその種の行為はえるものであり、目的は意図の意味で理解される。これに対して、法益侵害の発生を待つことなく可罰性を早期化した場合（虚偽告発（ドイツ刑法一六四条）、文書偽造（ドイツ刑

法二六七条等）は、目的は法益侵害との主観的關係を作り出し、その限りでは意図と確定的認識の間の相違は重要ではないので、目的は確定的認識をも包含する、<sup>(54)</sup>というのがこれである。この議論にしたがうと、犯人庇護には一定の規則性を破る例外事情が存在するゆえに利益確保目的は特別な内容が付与されるが、そのような事情がなく、また行為の客観的側面から犯罪成立の限定を考える客引き目的の場合は、確定的認識で足りると考えてよいであろう。

しかし、後者の類型について目的が確定的認識で足りるとするのは、特に偽造罪において第三者から文書の偽造を依頼され、対価である報酬をえるためだけに偽造行為を行ったが、偽造文書が法的取引において行使される確定的認識があるにすぎない者を文書偽造の幫助犯ではなく正犯として処罰すべきことを念頭に置いているところ<sup>(55)</sup>に最大の理由がある。これを客待ち行為にあてはめると、自分自身では客引きをする意図はないが、第三者がその意図を有していることを認識していた場合が考えられるが、このような場合の多くはわが国の判例通説では刑法六五条の共犯と身分の問題として解決されつるので、議論の実益はさほど大きくはないといえるかもしれない。また実際問題としても、偽造行為や客待ち行為について確定的認識だけで意図のない行為は単独犯ではほとんど考えられず、確定的認識は行為者が多数関与する場合にだけ問題となるにすぎないともおもわれる。また、虚偽告発についても判例通説は目的を確定的認識で十分とするが、これは政策および体系の両面から、他人の刑事訴追を目標とすることなく、訴追官庁の注意を自分からそらすことが行為者に重要な場合を包含するためには、確定的認識で十分とすることに意味がある、また、虚偽告発行為はすでに法益である刑事司法を侵害するとともに個人の保護を害するので、付加的な主観的要素は客観的な行為の側面を超えておらず、構成要件に該当する法益侵害によって特徴づけられる犯罪類型への影響を有しない<sup>(56)</sup>、と虚偽告発の性質から帰結が導かれている。

それでもなおこのような問題について考察する価値があるかも知れ、目的の内容については別の機会に総合的な

考察を試みる予定である。

注

(1) 井田良「最近における刑事立法の活性化とその評価 ドイツとの比較を中心に」刑法雑誌四三巻二号(平成一六年)

二七四 二七六頁。

(2) 本稿における問題点に関する限り、本条例は以下のように規定する。

第七条 何人も、公共の場所において、不特定の者に対し、次に掲げる行為をしてはならない。

一 わいせつな見せ物、物品若しくは行為又はこれらを仮装したものの観覧、販売又は提供について、客引きし、又は人呼び掛け、若しくはピラその他の文書図画を配布し、若しくは提示して客を誘引すること。

二 売春類似行為をするため、公衆の目に触れるような方法で、客引きをし、又は客待ちをすること。

三 異性による接待(風適法第二条第三項に規定する接待をいう。以下同じ。)をして酒類を伴う飲食をさせる行為又はこれを仮装したものの提供について、客引きをし、又は人呼び掛け、若しくはピラその他の文書図画を配布し、若しくは提示して客を誘引すること(客の誘引にあつては、当該誘引に係る接待が性的好奇心をそるために人の通常衣服で隠されている下着又は身体に接触し、又は接触させる卑わいな接待である場合に限る。)

3 何人も、不当な客引行為等の状況を勘案してこの項の規定により客待ちの規制を行う必要性が高いと認められるものとして東京都公安委員会が指定する東京都の区域内の公共の場所において、第一項第一号又は第三号に掲げる客引き(同号に掲げる客引きにあつては、性的好奇心をそるために人の通常衣服で隠されている下着又は身体に接触し、又は接触させる卑わいな接待に係る客引きに限る。)を行う目的で、公衆の目に触れるような方法で客待ちをしてはならない。

4 警察官は前項の規定に違反して客待ちをしていると認められる者に対し、当該客待ちをやめるべき旨を命ずることができる。

5 本条の規定の適用に当たつては、都民の権利を不当に侵害しないように留意し、その本来の目的を逸脱して他の目的

のためにこれを濫用するようなことがあつてはならない。

## 第八条

4 次の各号の一に該当する者は、五十万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する。

五 第七条第一項の規定に違反した者

6 第七条第四項の規定による警察官の命令に違反した者は、二十万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する。

10 常習として第四項の規定違反をした者は、六月以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

第九条 法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、前条：第四項第五号：又は第六項の違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人又は人に対し、同条の罰金刑を科する。

(3) 平成二二年九月の時点で、売春類似行為を目的での客待ちを規制する迷惑防止条例は二七都道府県、わいせつな見せ物の観覧等の客引き目的での客待ちの規制は二二都府県にみられる。目的の対象とされる客引きの内容や一部で刑罰が付与されていないなど条例によって若干の相違はみられるが、東京都条例の規定と大きな隔たりはない。

(4) そのような意味で目的は違法性ないしは責任を限定する役割を担っているものといえる。

(5) 乗本正名他。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解説（昭和三七年）六二頁。

(6) 乗本他・前掲注（5）六四頁。

(7) 乗本他・前掲注（5）六〇頁、上村貞一「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逐条解説」ジュリスト二六一号（昭和三七年）四〇頁。田中二郎他「座談会」ぐれん隊防止条例 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「ジュリスト二六一号（昭和三七年）三〇頁「乗本正名発言」は、「毛ずねのあるような者が女性の服装をして人の目に触れるようなところにつきつきしていること自体が善良な風俗を阻害」する、「美観を害するとか見苦しい」というような観点からとらえざるを得ない」とする。

(8) 佐藤文哉「売春防止法」平野龍一他編。注解特別刑法七風俗・軽犯罪編（第二版）（昭和六三年）三三頁。

(9) 佐藤・前掲注（8）三三頁。

- (10) 田中他・前掲注(7)三〇頁「乗本発言」。
- (11) 田中他・前掲注(7)三〇頁「上村貞一発言」。
- (12) 売春類似行為について、乗本他・前掲注(5)六二頁。
- (13) 乗本他・前掲注(5)六二頁。
- (14) こうして、田中他・前掲注(7)三一頁「上村発言」は、「公衆の目に触れないような方法でやる場合は問題にしない」という帰結を導いている。
- (15) 東京地判昭和三九年一〇月二九日判時三九二号五〇頁。
- (16) 大阪高判昭和四六年七月二二日判時六四九号九七頁。これは他の判例でも同様であり、例えば、東京高判昭和五二年六月二二日判時八八五号一七三頁は、「公衆の目にふれるような方法で客待ち」をするとは、単に売春の目的で公共の場所等をうろつき、あるいは立ち止まり、相手方の誘いを待ただけでなく、外形上、売春の目的のあることが、その服装、客待ち行為の場所・時刻等と相まち、一般公衆に明らかとなるような挙動を伴う客待ち行為をいうものと解するのが相当である」、東京高判昭和五六年三月二二日刑月一三卷三号一三七頁は、客待ち「をするとは、単に売春の目的で公共の場所等をうろつき、あるいは立ち止まり、相手方の誘いを待ただけでなく、外形上、売春の目的のあることが、その服装、客待ち行為の場所・時刻等と相まち、一般公衆に明らかとなるような挙動を伴う客待ち行為をいう」とする。
- (17) 佐藤・前掲注(8)三五頁。
- (18) 佐藤・前掲注(8)三七頁。判例も、東京高判昭和五二年六月二二日・前掲注(16)は、「被告人は、当時売春の目的で客待ちしていたとはいえ、その服装及び右行為の場所、時刻等を併せて考慮しても、…被告人の行為の程度では、外形上、未だ売春の目的があることを一般公衆に明らかにするような挙動を伴う客待ち行為とは認めがたい」(この事案では、目的を認めつつ、客待ちにあたらないうとして無罪とした)、東京高判昭和五六年三月二二日・前掲注(16)は、被告人の行為は、「その化粧や服装こそ一見して売春婦とわかるほどの異様なものではなかったとしても、その行為の時刻、場所等を併せ考えると、外形上、売春の目的のあることを一般公衆に明らかにするような挙動を伴う客待ち行為であると認めることができないうわけではない」など、同様の基準を適用する。

(19) 風適法二二条（風俗営業）、二八条二二項（店舗型性風俗特殊営業）（三一条の三第二項で無店舗型性風俗特殊営業に適用）、三二条の二三第二項（店舗型電話異性紹介営業）はそれぞれ一号で当該営業に関する客引きを、二号で当該営業に關し客引きをするため、道路その他公共の場所で、人の身边に立ちふさがり、又はつきまとうことを禁止し、五二条一号で等しく処罰する。

(20) 豊田健「仲家暢彦「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律」平野龍一他編『注解特別刑法七風俗・軽犯罪編（第二版）』（昭和六三年）一八六頁。

(21) 客引きのための立ちふさがり、つきまといを禁止する規定（風適法二二条二号等、売防法五条二号、軽犯罪法一条二八号）について、佐藤・前掲注（8）三五頁によると、立ちふさがりは、人の身边に立ちはだかり、その通行を妨げることつきまといは、人の前後、側方について、その人が歩けば一緒に歩き、止まれば自分も止まって離れないことをいう。稲田輝明「木谷明「軽犯罪法」平野龍一他編『注解特別刑法七風俗・軽犯罪編（第二版）』（昭和六三年）一二七、一三〇頁は、これらの行為は、それ自体、人の行動の自由を妨げて不快感を与えるだけでなく、人の生命・身体・財産等に危害を加えるための準備行為である場合が多いので、人の行動の自由の保護と暴力行為の未然防止の観点から設けられたものと理解する。ここから客待ちと立ちふさがり、つきまといとは同一ないしは類似のものというよりも、後者の方により大きな法益侵害的要素が含まれているものといえよう。

(22) 乗本他・前掲注（5）六一頁。

(23) 東京都議会会議録（平成一六年一月二四日平成一六年議会運営委員会（第三九号）本文）「松澤財務局長発言」。

(24) 乗本他・前掲注（5）六〇頁。

(25) 豊田他・前掲注（20）九一頁。なお、鈴木安一『風俗営業等取締法』（昭和四三年）一七九頁も同様に、営業所内で善良の風俗を保持するためであり、営業行為が営業所外にも及ぼし、善良の風俗を害することのないようにするためであるとする。

(26) この点については売防法や軽犯罪法との関係でも同様のことがいえる。

(27) 東京都議会会議録（平成一六年二月一三日平成一六年警察・消防委員会本文）「柴田生活安全部長発言」。さらに続け

- て、ピンクビラ等配布行為等の禁止（本条例七条の二）の制定について、ピンクビラ等の配布等の目的は総合的に判断するが、目的があれば、一枚所持していた場合も違反は成立するとするが、目的は客観的要素と無関係にその存否が論じられるのであって、行為の外形に違法性の十分な根拠が認められない場合、あるいは非常に希薄な場合において目的の存在から犯罪の成立を認めるものではないとの発言は、本罪における目的の判断と同様の基準を示しているものといえる。
- (28) 東京地判昭和三十九年一〇月二十九日・前掲注(15)が「せむきや」待し、という行為は、その行為の性質からいって受動的でありかつ日常一般の生活現象としてみられるものであつて、「客待ち」についていえば、その行為の態様は、相手方となる者の申込があることを望み、頼みとして時間を過すことによりその目的とするものとするのも、客待ち自体の違法に消極的であるものといえる。
- (29) その他には、平和を危殆化する関係（ドイツ刑法一〇〇条）の「戦争等を招来する目的で」、他権力と「関係を結び、維持する」犯罪等がある。
- (30) 既遂処罰を早期化する目的犯構成においては、目的は確定的認識を足るべく一般的に主張されている。 Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 441ff.; Klaus Gehrig, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, 1986, S. 44ff., 79ff.; Stefanie Mahl, Der strafrechtliche Absichtsbegriff - Versuch einer Inhaltsbestimmung mit Hilfe psychologischer Erkenntnisse, 2004, S. 79ff., 86ff.
- (31) Theodor Lenckner, Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW 1967, S. 1894.; Walter Stree, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 257Rn22. 本罪の既遂には保護が種の果遂の侵奪を必要となく、この方向に進む行為が十分であるが、目的は構成要件該当行為の方向だけを特徴づけるので、行為者がその方向を求めたのか、自らの行為がこの方向にながめるのを確実と表象したのかで可罰性の相違を理由づけることはできないとして確定的認識を以てするが、Walter Stree/Bernad Hecker, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 257Rn17. 本罪は保護効果阻却して確定的認識を以てする見解だが、この見解が一般的な見解ではない。
- (32) Karsten Altenhain, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl., 2010, § 257Rn31.
- (33) Mahl, a.a.O. (Anm. 30), S. 140.



- (47) 一九六二年ドイツ刑法草案一七条は「法律が absichtlich な行為を前提とする事態を実現することが重要な者は absichtlich に行爲したものである。」と Absicht を定義する試みがなされたが、立法には至らなかった。Gehrig, a.a.O. (Anm.30), S.26; Mahl, a.a.O. (Anm.30), S.69.
- (48) Gehrig, a.a.O. (Anm.30), S.112f.
- (49) Gehrig, a.a.O. (Anm.30), S.111f.
- (50) Mahl, a.a.O. (Anm.30), S.143f. は、タクシー運転手事例について、利益確保目的の肯定には乗客である本犯者の盗品確保が重要かが決定的であるが、それは否定されるべきである。運転手は自己の任務を拒否しなかったことについて非難されるかもしれないが、運行を通常の顧客輸送と異なるものとみてはならず、本犯者に盗品を確保させようとは考えていなかった」と判決に否定的である。
- (51) Altenhain, a.a.O. (Anm.32), § 257Rn31.
- (52) Altenhain, a.a.O. (Anm.32), § 257Rn31.
- (53) 大阪高判昭和四十六年七月二三日・前掲注(16)は「客待ち行為を限定してこそ『客待ち』を『勧誘』とは別個独立の犯罪として取締の対象としている趣旨に適うものといつことができるのであつて、そうでなければ『勧誘』に至らないまでも、少なくとも『客待ち』は常に成立し得るといつが如き安易な解釈運用に墮する危険を十分に包蔵する」と指摘する。
- (54) Rengier, a.a.O. (Anm.35), AT, S.125f.; 同様の趣旨として Gehrig, a.a.O. (Anm.30), S.44ff., 79ff.; Mahl, a.a.O. (Anm.30), S.79ff., 86ff.
- (55) Gehrig, a.a.O. (Anm.30), S.88.; Lenckner, a.a.O. (Anm.31), S.1891.
- (56) Mahl, a.a.O. (Anm.30), S.82.