



Title	感情侵害原理 (Offense Principle) を巡る議論の展開 (一) : 刑法による感情の保護に関する予備的考察
Author(s)	亀田, 悠斗
Citation	阪大法学. 2021, 70(5), p. 467-497
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87326
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

感情侵害原理 (Offense Principle) を巡る議論の展開 (一)

——刑法による感情の保護に関する予備的考察——

亀 田 悠 斗

第一章 はじめに

第二章 日本刑法学における議論状況

第一節 否定説

第二節 制度化された利益による区別

第三節 検討

第一款 否定説について

第二款 制度化された利益による区別について

第三章 ファインバーグの感情侵害原理について

第一節 ファインバーグの感情侵害原理の概観

第一款 『刑法の道徳的限界』とその目的

・方法論

第二款 複数の自由制約原理とファインバーグ

の立場

第三款 危害と感情侵害の区別

第四款 感情侵害原理の必要性

第五款 感情侵害の意味

第六款 比較衡量による限定

第七款 「単なる知識」の問題

第八款 小括

第二節 「単なる知識」の問題の処理に対する批判 (以上、本号)

第四章 フォン・ハーシュとシメスターの感情侵害原

理について

第一節 フォン・ハーシュとシメスターの感情侵害

原理の概観

第二節 ヘルンレによる批判

第五章 その他の見解

第一節 タシオラスの見解

第二節 シューメイカーの見解

第六章 議論の整理と検討を要する点の明確化

第一節 議論の整理

第二節 要検討事項の提示

第七章 結びに代えて

第一章 はじめに

刑法の任務について、法益保護説が通説として定着して久しい。そして、今日に至るまで、法益概念の一般的定義や特定の利益の法益適格性に関する考察が数多くなされてきた。しかし、刑法による保護に値するかどうかについて十分に議論されていない利益も複数存在する。そのうちの一つが「感情」である。感情を保護法益とする見解が主張されている犯罪として、刑法典では、公然わいせつ罪（刑法二七四条）やわいせつ物頒布罪（二七五条⁽¹⁾）、墳墓発掘罪（一八九条）や死体損壊等罪（一九〇条）等の礼拝所及び墳墓に関する罪（一八八条―一九一条（一九二条を除く）⁽²⁾）、脅迫罪（二二二条⁽³⁾）、死者名誉毀損罪（二三〇条二項⁽⁴⁾）、侮辱罪（二三一条⁽⁵⁾）が挙げられる。刑法典以外の法律や条例では、愛護動物関連犯罪（動物愛護法四四条⁽⁶⁾）、人クローン胚等移植罪（ヒトクローン規制法一六条、三条⁽⁷⁾）、ストーカー行為罪（ストーカー規制法一八条⁽⁸⁾）、迷惑防止条例における公共の場所等での卑わいな言動に対する処罰規定（卑わいな言⁽⁹⁾）が挙げられる。さらに、「軽犯罪法は、国民の日常生活における卑近な道徳律に違背する比較的軽微な犯罪とこれに対する刑罰とを規定した刑事実体法である⁽¹⁰⁾」とされるところ、刑法による道徳の強制・リーガルモラリズム⁽¹¹⁾を否定するのであれば、粗野・乱暴の罪（軽犯罪法一条五号）や軽犯罪法一条一三号前段、静穏妨害の罪（一四号）、身体露出の罪（二〇号）、こじきの罪（二二号）、儀式妨害の罪（二四号）、排せつ等の罪（二六号）、汚廃物放棄の罪（二七号）、追隨等の罪（二八号）等の軽犯罪も、感情を保護法益とする犯罪に分類されうるかもしれない。

しかし、すべての感情侵害が刑法を用いるに値するような重大性を有しているわけではない。公共の場での性交や人の死体に対する侮辱的取扱いなど、処罰に値すると直観的に判断されるであろう行為が存在する一方、およそ

処罰に値しないと考えられるような些末な感情侵害行為も数多く存在する。したがって、処罰に値する感情侵害行為とそうでないものを区別するための判断基準や考慮要素が明らかにされなければならない。これを不明確なままに留めておくと、例えば、迷惑行為のさらなる犯罪化や既存の処罰規定の解釈による適用範囲が過度に拡大したり、他の処罰規定との不均衡が生じたりしかねない。これは単に理論的・抽象的な危惧に過ぎないものではない。「その侵害性が明白ではなく日常的な行為と境を接するような行為まで処罰の対象に取り込むものとなっている」という傾向をも伴う近年の日本における刑事立法の活性化が一過的な現象とは言えないであろうことを考えれば、その危惧は極めて現実的なものであるように思われる。しかし、本問題に関する議論が日本刑法学において十分に行われてきたとは言い難い。

それゆえ、この問題に取り組むにあたっては、諸外国における議論を参照する必要がある。そして、本稿では、英米圏の感情侵害原理 (Offense Principle) を巡る議論を中心に据える。ドイツの法益論ではなく英米圏の議論を参照するのは、こと感情に関しては、ドイツ刑法学自身からも、英米圏においてより詳細な考察がなされていると言われているためである⁽¹³⁾。

本稿では、感情侵害行為の処罰を限定する基準⁽¹⁴⁾を導出するための足がかりとして、先行研究の整理・分析を行う。具体的には、まず、本問題に関する日本刑法学における議論状況を確認する(第二章)。次に、感情侵害原理の提唱者であるフラインバーグ (Joel Feinberg) の見解を整理する(第三章)。続いて、フラインバーグ以降の研究として、フォン・ハーシユ (Andreas von Hirsch) とシメスター (A. P. Sinester) の見解を取り上げる(第四章)。その後、他の重要な研究として、タシオラス (John Tasioulas) 及びシューメイカー (David W. Shoemaker) の見解を概観する(第五章)。最後に、以上の議論を整理し、感情侵害行為の処罰に対する制約について考察するに

あたり検討されるべき点を明らかにする（第六章）。

第二章 日本刑法学における議論状況

日本刑法学において、刑法による感情の保護に関する総論的な議論が積み重ねられてきたとは言い難い⁽¹⁵⁾。とはいえ、散発的には、刑法による感情の保護という問題への言及がなされてきた。例えば、当該問題の検討を主題とするいくつかの論文に加え⁽¹⁶⁾、法益論一般を検討対象としつつその中で感情の法益適格性にも言及する文献⁽¹⁷⁾も存在するところである。そこで、本章では、まず刑法による感情の保護を否定する論拠として挙げられている二つの主張を紹介する。次に、刑法的保護に値する感情の存在を承認したうえで、保護に値する感情とそうでないものとを区別しようとする見解を取り上げる。最後に、これらの主張について検討する。

第一節 否定説

感情の刑法的保護を否定する論拠として、第一に、感情や情緒的反応は人によって千差万別であり、これに刑法上の法益適格性を認めることは困難であるとの主張がなされている⁽¹⁸⁾。主張者の一人は、一九九〇年代以降の刑事立法の活性化に伴う個人的法益の抽象化の一例として感情の刑法的保護に言及している。その中で、論者は、「人の感情を害する行為の禁止は、（法益）侵害原理以外の原理、すなわち『不快原理』（Offence Principle）なくし『迷惑原理』（Belästigungsprinzip）によって説明可能である、とすることも考えられる」とし⁽¹⁹⁾、当該原理を簡潔に紹介したうえで、以下のように述べる。すなわち、「法益には自由・名誉といった無形の精神的利益も含まれることから、人の感情・感受性を法の保護に値する利益（法益）と解する余地もないわけではないが（その場合は、不快

原理も侵害原理に解消される)、同一の迷惑行為に対して引き起こされる情緒的反応はきわめて個人差が大きく、これを刑法上の保護法益として構成することはやはり困難であろう、⁽²⁰⁾ という。

第二に、前記引用箇所において、「その意味で、不快原理を(法益)侵害原理から切り離して論ずること自体に異論はないが、問題は、そのためにかえって、不快原理とリーガルモラリズムとの区別が困難になるのではないか、ということである」と述べられている。⁽²¹⁾ この不快原理(感情侵害原理)⁽²²⁾ とリーガルモラリズムの区別の困難さが、感情の刑法的保護を否定する第二の論拠である。曰く、不快原理を支持する「論者は、モラリズムが『多数/少数』、『受容された道徳/受容されざる道徳』という種別を前提としているのに対し、不快原理は『無作為抽出されたどの個人にとつても』という普遍的ルールとなる、として両者を区別する」⁽²³⁾ が、しかし前述のように「迷惑行為の受取り方には個人差がある」以上、「『多数の道徳か普遍的ルールか』といつても量的差があるにすぎ」ない、と。⁽²⁴⁾

第二節 制度化された利益による区別

刑法による感情保護の余地を認めたくうえで、刑法による保護に値する感情とそうでない感情とを区別する基準を「制度化された利益」に該当するかどうかという点に求める見解が主張されている。⁽²⁵⁾ 主張者は、まず、死体損壊等罪の保護法益は死者に対する社会の敬虔感情と解されているところ、学説では、このような「社会的な『感情』も一定の場合に刑法上の保護法益になるとされている」と述べる。⁽²⁶⁾ 「しかし、単に個人の感情を害しただけでは、原則として、犯罪にはならないと考えるべきである」という。⁽²⁷⁾ すなわち、「個人の感情への加害は、健康や業務、名誉への加害を伴う場合に限って、可罰性が認められてきた」⁽²⁸⁾ のであり、「同等の可罰性を肯定するには、『社会的に共有されている感情、さらに言うならば、『制度化された利益』である必要がある」⁽²⁸⁾。ある感情が「制度化された

利益」として承認される場合、当該感情は刑法による正当な保護対象となるのに対して、単に社会の多数人によって共有されているだけであるような、確立した秩序には至らない程度の感情は刑法による保護に値しない、ということである。例えば、死体損壊等罪に関して、「死者の埋葬は、人間にとって普遍的な文化であり、その方法の多様性がそれぞれ制度化された利益だといえる」。他方、動物虐待罪（動物愛護法四四条）の保護法益とされる「動物愛護の気風」が制度化されているとまで言えるかは微妙であり、されているとしても、それは文化的背景によってかなり異なる内容であることに間違いない⁽²⁹⁾、ないし、「現時点では、『動物愛護の良俗』は文化的な価値ではあるかもしれないが、制度として内容が確立しているとはまではいえないように思われる⁽³⁰⁾」、という。

第三節 検討

第一款 否定説について

第一節において、感情の刑法的保護を否定する主張・論拠として、①感情や情緒的反応は人によって千差万別であり、これに刑法上の法益適格性を認めることは困難である、②人の感情を害する行為の禁止を説明するための原理である不快原理をリールモラリズムから区別することは困難である、という二つを紹介した。本款では、これらの主張について検討する。

まず、批判①について、なぜ「同一の迷惑行為に対して引き起こされる情緒的反応はきわめて個人差が大きい」ということから直ちに「これを刑法上の保護法益として構成することはやはり困難であろう」という結論が導出されるのかは、明らかでない。もつとも、明示されていないものの、法文において侵害結果や危険を要求せず、特定の行為の実行をもって犯罪の成立を認めるような規制手法が念頭に置かれていると考えるならば、この批判は

より理解されやすいものとなるかもしれない。すなわち、同一の行為によって感情を害されるかどうかは個人によって千差万別であるため、侵害結果や具体的危険の発生をまたず特定の行為の実行をもって可罰性を認めるような犯罪類型の保護法益を人の感情・感受性と解することはできない、ということである。しかし、このように解したとしても、確かにある出来事に対してどのような感情を抱くかは人によって異なるが、それを実際に目撃することによってほとんどの者が同様の感情を抱くであろう行為というものも存在するということが指摘されうる。例えば、前述した公共の場における性交や人の死体に対する侮辱的取扱いである。このような行為に対する処罰規定の保護法益を人の感情と解することが明らかに不当であるとは言えないように思われる。⁽³¹⁾ すなわち、批判①は感情侵害行為に対する処罰の全面的な否定を直ちに意味しうるものではない。

次に、批判②について、リーガルモラリズムとの区別が重要であるという点には同意できる。しかし、この区別がおよそ不可能であるということまでは示されていないように思われる。論者は、不快原理とリーガルモラリズムの区別として、「多数の道徳か普遍的ルールか」という区別を紹介したうえで、これに批判を加えていた。しかし、多数の道徳か普遍的ルールかという区別が不快原理とリーガルモラリズムの区別基準として唯一のものであるというわけではないだろう。すなわち、リーガルモラリズムと上手く区別された不快原理なるものが構築される見込みがおよそ否定されているわけではない。実際に、次章以下で紹介する論者らも、これとは異なる仕方ではリーガルモラリズムとの区別を図っている。したがって、批判②は、感情侵害原理を巡る議論において主張されているリーガルモラリズムとの区別を確認してはじめて、その妥当性が明らかになると言えよう。

第二款 制度化された利益による区別について

「制度化された利益」と認められるかどうかによって刑法による保護に値する感情とそうでない感情とを区別する見解に対しては、なぜ「制度化された利益」が感情の刑法的保護の正当性を左右する決定的な基準たりうるのか、その根拠が明らかにされていないとの指摘が可能である。換言すれば、なぜ「制度化された利益」と評価される特定の感情侵害が「健康や業務、名誉への加害を伴う」感情侵害と同等の「可罰性」を有すると言えるのかは定かでない。これは、リーガルモラリズムとの区別という観点から特に問題となる。というのも、「制度化された」感情ないし確立した秩序に至った感情も道徳（の一部）ではないのか、そうだとすれば部分的にとはいえリーガルモラリズムを承認することになってしまっているのではないかと疑念を生じさせるからである。この疑念を払拭するためには、「制度化された利益」の保護がリーガルモラリズムとは異なる根拠から正当化されるということが具体的に示されなければならない。又は、仮にリーガルモラリズムは例外的に認められるという立場を採用するのであれば、その根拠及び例外の範囲を明らかにする必要がある。これらの点が具体的に示されない限り、この区別基準を支持するのは難しいように思われる。

以上のように、日本の刑法学における議論とその検討から、感情侵害行為に対する処罰には、リーガルモラリズムとの区別の問題が存することが明らかとなった。そして、この問題ゆえに感情侵害行為に対する処罰が全面的に否定されるかどうかは、感情侵害原理を巡る議論の通覧の後に判断されるべきであるということが確認された。そこで、以下、感情侵害原理を巡る議論について概観する。

第三章 ファインバーグの感情侵害原理について

第一節 ファインバーグの感情侵害原理の概観

感情侵害原理を巡る議論について概観するにあたり、まず第一に、ファインバーグの見解を紹介する。⁽³²⁾ というのも、ファインバーグは感情侵害原理の提唱者であり、今日に至るまでの感情侵害行為の処罰に関する議論の土台となつていくという意味で、彼の見解は当該議論において極めて重要な地位を確立しているからである。⁽³³⁾

第一款 『刑法の道徳的限界』とその目的・方法論

犯罪化の正当化条件・基準を巡る議論、すなわち犯罪化論に関する英米圏の研究の中で最も重要な研究の一つが、ファインバーグによって記された『刑法の道徳的限界 (The Moral Limits of the Criminal Law)』シリーズである。このシリーズは、『他者への危害 (Harm to Others)』、『他者への感情侵害 (Offense to Others)』、『自己への危害 (Harm to Self)』、『危害なき不正な行為 (Harmless Wrongdoing)』の四冊から成る。⁽³⁴⁾

『刑法の道徳的限界』シリーズは、国家が正当に犯罪化することが許されるのはどのような行為なのかという問いに答えることを目的としている。⁽³⁵⁾ より詳しく言えば、この問いは民主主義国家における立法者に向けられる問いとして理解されるところ、前述の四冊から成るこの研究は、刑事立法を道徳的に制約・指導する首尾一貫した説得的な原理のセットを提供することを試みるものであり、かつ、それにとどまる。⁽³⁶⁾ この研究は、有用な「政策」ではなく正当な「原理」の探求である。すなわち、「一般的には社会のある種の経済的、政治的、社会的特徴の改善といった一定の到達目標を提示するタイプの規準」ではなく「正義や公正その他の道徳的要因がこれを要請するが

故に遵守さるべき基準」の探求である、という⁽³⁷⁾。以上の意味で、『刑法の道徳的限界』の研究は応用道徳哲学の論考であると述べられている⁽³⁸⁾。

続いて、法的有効性又は合憲性との関係への言及により、本シリーズの研究の射程がさらに明確化されている。フラインバーグは、以下の二つの命題を支持する。すなわち、①憲法に適合する法律は、道徳的に正当でないかもしれないが、それでも法的には有効であるという命題、そして、②道徳的に許容される又は要求される法律は、合憲でないかもしれないという命題である。そのうえで、フラインバーグは、法的有効性と道徳的正当性がアメリカ法体系においてどれほど重複していようとも（おそらく広く重複するであろうが）、これらは別個独立の概念であるとしている。その意味で、本シリーズの研究は憲法（学）の論考ではない⁽³⁹⁾。

フラインバーグは、『刑法の道徳的限界』シリーズにおいても、以前の著作である『社会哲学 (Social philosophy)⁽⁴⁰⁾』と同様の方法的立場に立脚している⁽⁴¹⁾。すなわち、「正しい一般的諸原理と最終的な諸政策は、自生的に現出するものでも自明な諸原理から導出されるものでもないがゆえに、これに到達する唯一の方法は、まず個々の社会的諸問題についての各自の判断・態度と、その暗黙の理論根拠を抽出する試みとから出発し、判断と原理が合致する『反省的平衡状態』を常に目指しつつ、諸原理を限界事例に試験的・仮設的に適用し吟味していくことである⁽⁴²⁾」、とする立場である。

第二款 複数の自由制約原理とフラインバーグの立場

フラインバーグによれば、国家が正当に犯罪化することが許されるのはどのような行為なのかという問いに対する応答は、刑法による強制の正当化根拠である「自由制約原理 (“liberty-limiting principles”）」(又は「強制正当化

原理 (“Coercion-legitimizing principles”)」を提示することによって試みられてきたという。⁽⁴³⁾ これまで広く議論されてきた自由制約原理として、次の四つが挙げられている。⁽⁴⁴⁾

① 危害原理 (The Harm Principle)

ある処罰規定が行為者以外の者に対する危害を防止 (排除、縮小) するのに効果的であり、かつ他の諸価値に対するより多大なコストなく同様に効果的である他の手段が存在しないだろうということは、常にその処罰規定を支持するよき理由である。

② 感情侵害原理 (The Offense Principle)

提案された刑法による禁止が行為者以外の者に対する重大な感情侵害を防止するための効果的な方法であり、かつその目的のために必要な方法であるだろうということは、常にその刑法による禁止を支持するよき理由である。

③ リーガルパターナリズム (Legal Paternalism)

ある禁止が行為者自身に対する危害 (身体的、精神的又は経済的な危害) を防止するのに必要であるだろうということは、常にその禁止を支持するよき理由である。

④ (通常の狭い意味での) リーガルモラルリズム (Legal Moralism (in the usual narrow sense))

たとえ行為者又は他者に対する危害も感情侵害も生じさせないとしてもそれが本来的に不道徳なものであるという理由から行為を禁止することは、道徳的に正当でありうる。⁽⁴⁵⁾

これらのうち、ファインバーグは、① 危害原理と② 感情侵害原理を支持する。⁽⁴⁶⁾ すなわち、「適切に明確化され修正された危害原理と感情侵害原理は、刑法による禁止を支持するよき理由のすべてである」とする「(刑法の道徳的限界における) リベラルな立場」⁽⁴⁷⁾が採用されている。

第三款 危害と感情侵害の区別

次に、この「リベラルな立場」に立つ場合、危害原理と感情侵害原理が、さらに言えば危害と感情侵害が如何にして区別されるかが問題となる。この点について、ファインバーグは、『他者への危害』において以下のように述べる。

すなわち、まず、危害原理にいう危害とは、利益に対する（不正な）減損（setback）をいう。ここにいう利益の内実について、諸個人にとって重要な利益には二つの異なる捉え方がありうる。第一に、各人の最終的なゴールや熱望の対象である。例えば、よい小説や芸術作品を作り出すことや重要な科学的問題を解明すること、よい家庭を築くこと、理想的な家を建てることなどである。第二に、おそらくほとんどすべての者によって共有されているであろう種類の、諸個人が各々の最終的なゴールに至るために必要不可欠な手段である。例えば、身体の健康や活力、不可侵性、正常な機能、身体的又は精神的苦痛ないし醜悪な傷を被らないこと、最低限の知力、感情の安定、根柢なき不安や憤りの欠如、標準的に社交に従事し友情を享受し維持する能力、最低限の収入と経済的安定、悪くない社会的・物理的環境（a tolerable social and physical environment）、干渉と強制からの一定程度の自由などである。これらは「人の福利（well-being）」にとっての基本的な必要条件⁽⁴⁸⁾であるが、福利それ自体ではない。これらの財を「福利に関する利益（welfare interests）」と呼ぶことができる⁽⁴⁸⁾。そのうえで、ファインバーグは、法的に保護される利益とは、基本的には「福利に関する利益」であると主張する⁽⁴⁹⁾。

他方、その後の日常生活の遂行に影響を及ぼさない一時的な感情侵害というものも存在する。これは、人の利益とは無関係であり、危害には分類されない。もつとも、当該感情侵害が十分に強い又は持続的なものである場合、それは危害となりうる。例えば、単なる耳障りな音や悪臭は危害ではないが、それが一晩中続く場合には、翌日の

効率的な作業を不可能にするという意味で人の利益を害する。同様に、侮辱は通常一時的な精神的苦痛(感情侵害)しか惹起しないが、それが重大な態様で又は継続的に行われる場合には、精神的苦痛は度を越し生活機能を害するものとなるかもしれない、それゆえ危害に含まれる、⁽⁵⁰⁾という。

以上より、ファインバーグは、危害と感情侵害の区別基準を、「福利に関する利益」に対する侵害の有無に、より具体的に言えば、後の日常生活の遂行に対する悪影響の有無に求めている。

第四款 感情侵害原理の必要性

危害と感情侵害の区別に関する以上の論述では、感情侵害が侵害の程度において危害に劣ることが強調されていた。そのため、ここで、なぜ危害原理とは別に感情侵害原理を処罰正当化原理として認める必要があるのか、という疑問が生じる。換言すれば、他者の自由を犠牲にしてもなお正当に法的保護を要請しうる程の感情侵害を生じさせるような何らかの危害なき経験なるものが存在するかどうか、という疑問である。⁽⁵¹⁾

この疑問に対して、ファインバーグは、抽象的な論証の力には限界があるとして、具体的な仮想事例を用いて応答する。ここで挙げられている仮想事例は、仕事や重要な約束のために混雑したバスに乗車しており、もし途中で降車すれば遅刻などの不利益を被ることとなるという状況において、他の乗客によって何らかの感情侵害的な行為が行われるというものであり、計三一もの感情侵害行為の類型が具体的に記述されている。例えば、同じバスに乗り合わせた者達が嘔吐物や排泄物を食し始めるというケースや、前の座席に座ったカップルが性交をはじめるといふケース、近くに着席した者が同伴のペットに対して獣姦に近い行為を行うというケースが挙げられている。⁽⁵²⁾

結論として、ファインバーグは、これらの仮想事例の被害者に読者自身を置き換えて考えれば、国家が正当に禁

止しうる危害なき感情侵害の経験が存在しうるという主張は説得力を持つだろうとして、感情侵害原理の必要性を示している。⁽⁵³⁾

第五款 感情侵害の意味

第三款において見たように、『他者への危害』では危害と感情侵害の区別という形で感情侵害への言及がなされていたが、『他者への感情侵害』において改めて感情侵害原理という感情侵害の意味が記述されている。

感情侵害原理という感情侵害とは、他者の不正な（権利侵害的⁽⁵⁴⁾）行為による、苛立ちや失望、嫌悪、羞恥、恐怖、不安等を含む好ましくない精神状態の惹起を意味すると解されている。⁽⁵⁵⁾ また、ここにいう行為の不正性は、正当化事由又は免責事由なく当該状態が惹起された場合には原則として認められるという。⁽⁵⁶⁾

第六款 比較衡量による限定

ある行為が前述の意味で他者の感情を侵害するとしても、そのことから直ちに当該行為の犯罪化が承認されるわけではない。見境なきそして直観的に不当な法的介入を避けるためには、感情侵害原理を調整原理（mediating maxims）により補わなければならないという。⁽⁵⁷⁾ 具体的には、感情侵害の重大性（the seriousness of the offense）と感情侵害行為の道理性（the reasonableness of the offending conduct）との比較衡量を行うことが要求される。⁽⁵⁸⁾ 以下、両者を構成する諸要素について見ていく。

第一項 感情侵害の重大性

感情侵害の重大性は、感情侵害の程度(①)、感情侵害行為の回避可能性(②)、感情侵害に対する同意の有無(③)によって決定される。①は、感情侵害に関する特異な感受性を考慮に入れずに測定される(④)。①～④は具体的には次のように説明されている。

①感情侵害の程度

感情侵害の程度は、第一に、標準的な目撃者の心のうちに生じる(と合理的に予期される)感情侵害の強度に応じて変化する。第二に、感情侵害の持続性も考慮要素となる。さらに、第三に、感情侵害の影響範囲、すなわち、問題となる行為によって感情が害されると合理的に予期される人の数、又は特定の感情侵害行為に対する感受性の一般的な共有の程度も、感情侵害の程度を変動せしめる要素の一つである。以上のように、感情侵害の程度はその強度、持続性、そして影響範囲によって決定される⁽⁵⁹⁾。

②道理に適った回避可能性

深刻な／道理に適わぬ不都合なしに感情侵害を避けることが困難であればあるほど、その分感情侵害は重大なものといえる。例として、感情侵害原理の必要性を説明するために用いられていた、前述のバスにおける仮想事例が挙げられる⁽⁶⁰⁾。当該事例において、感情を侵害された者は、バスを降りることやそれに伴い新たなバスを待つこと、新たに運賃を払うこと、望んでいたよりも遅れて目的地に到着すること等なしには、当該感情侵害から逃れることができない。たとえこれらの不都合が危害の程度に達しないとしても、ある者による感情侵害行為を回避するためには、他の乗客に前記不都合の受忍を要求することは道理に適っていない。回避の容易性が認められない例として、他には、スピーカーを用いてわいせつな発言をすることや通行人の手にポルノチラシを押し付けること、少年愛のす

ばらしさを視覚的に伝える生々しい広告板をタイムズスクエアに掲示することが挙げられる。これに対して、wiseな本であっても、下品でないカバーがかけられ書店の棚にただ置かれていただけであれば、その回避は容易であり、それゆえ、その規制は比較衡量テストを伴う感情侵害原理によっては根拠づけられない。このケースがなぜ容易に回避されるのかと言え、それは、性的刺激を得るために当該書籍を読む者もそれを読むことを選ばない者も感情を侵害されないであろうし、また誤ってその中身を読んだ者も本を閉じるだけでその後のさらなる感情侵害から逃れることができるからである。

③同意原則

自らの意思により経験された感情侵害又はそのリスクを被害者が自発的に引き受けた感情侵害は、感情侵害原理にいう感情侵害にカウントされない。

④特異な感受性の不算入

感情侵害原理に基づき立法を行う際、ある者の特異な感受性ゆえに感情侵害が生じる場合には、感情侵害の重大性は割り引いて考えられなければならない。この限定は感情侵害の程度基準に暗に含まれているが、当該基準とは別に明示し強調するに足る重要性を備えている。特異な感受性を持つ者の例として、視覚や聴覚等による直接の認識なしにある行為から激しい嫌悪感や苛立ちを被る者が挙げられる。具体的には、ある者の嫌悪する何らかの危害なき行為が他者の住居内で密かに行われる場合でも、その者は、街を歩く際に、自身が通り過ぎる明かりのついていない家のいずれかにおいて前記行為が行われているかもしれないと恐怖し感情を害されるかもしれない。しかし、ある者の精神が傷つきやすいものであればあるほど、その分その者はより僅かな刑法による保護しか期待しえないということとは明らかであるように思われる。ただのくしゃみによってガラス窓が割れた場合に我々はくしゃみでは

なくガラス窓の脆さに責任を負わせるべきであるのと同様に、危害なき不道德行為がプライベートな場において密かに行われているかもしれないという想像が重大な精神的苦痛を導くとしても、我々は当該苦痛の原因を前記不道德行為ではなく特異な感受性に帰するべきである。加えて、特異な感受性に基づく極度の感情侵害は、ほとんどの場合において、そのような感受性を持つ者自身のコントロールに服するもの又は少なくとも自らによって緩和されるものである⁽⁶⁾。

第二項 感情侵害行為の道理性

他方、感情侵害行為の道理性は、行為者にとっての行為の個人的重要性⁽¹⁾、行為の社会的価値⁽²⁾、⁽¹⁾と⁽²⁾のコロラリーである表現の自由⁽³⁾、行為に関する代替的な時間と場所の利用可能性⁽⁴⁾、悪意・害意の存否⁽⁵⁾、そして⁽⁴⁾のコロラリーである行為が行われた場所の性質⁽⁶⁾といった諸要素によって決定される。⁽¹⁾～⁽⁶⁾は次のように説明されている。

① 個人的重要性

ある感情侵害行為が行為者の生計を立てるための手段であり、それゆえその禁止がその者の経済的利益を害する場合には、その行為は行為者にとって明らかに重要なものである。同様に、行為が行為者の健康や才能、知識、徳に著しく貢献する場合や行為者の目標達成のために必須のものである場合、行為者の快に寄与する場合、恋愛や家庭生活、社会生活にとって主要な活動のうちの不可欠な部分である場合にも、行為者にとっての重要性が認められる。さらに、たとえ行為が行為者のいずれの利益の増進にとっても必要なものではないとしても、代替行為の実行に不都合が存するために、その行為にある程度の価値が認められるかもしれない。これに対して、全くもって取る

に足らない行為や気まぐれにより衝動的になされる行為などは、当該基準のもとでは重要性を有さず、その分行為は道理に適っていないものと考えられることになる。

② 社会的価値

例えば、感情侵害行為が建築物の移転や解体、ガス管や水道管の補修、犯罪捜査、逃走した重罪犯人の追跡、ニュース報道の一部である場合には、その行為は社会的に有用な活動として大きな公共的価値を持つ。これに対して、バスにおいて携帯ラジオを大音量でかける行為は、公益に貢献するようなものではなく社会的価値を有しない。

③ 自由な表現

公共空間において意見を自由に表明しようということは、個人にとって著しい私的重要性を持つだけでなく、政府を良く機能させるために必要不可欠な条件でもある。政府による賢明な政策決定に著しく貢献するがゆえに、自由な表現には極めて重要な社会的価値が認められる。

見解の表明による感情侵害は、表明された見解の内容が感情侵害を生じさせる場合とそれ以外の場合に分けられる。見解内容とは異なる何か感情侵害を惹起する場合として、行為が言葉や象徴的意味を含まない場合や、例えば低俗な罵りのような何ら命題内容を持たない手段による場合、何らかの見解が表明されているがあくまで表現の方法又は文脈による感情侵害の惹起に付随するものである場合が挙げられる。まず見解内容それ自体による感情侵害について、これを理由とする行為の法的規制は許されない。他方、見解内容以外の要素が感情侵害を惹起するような行為も、行為者にとつてはいくらかの個人的価値を有し、それゆえ一定程度の重みを持つ。しかし、社会的価値の基準のもとではほとんど重みを持たない。したがって、当該行為は、それが十分に重大な感情侵害を惹起する場合には、法によって正当に規制されうる。

④ 代替的機会の利用可能性

行為者やその仲間にとつて同程度に満足いくものであると同時に他者の感情を侵害しないような代替的な時間又は場所の利用可能性が高いほど、その分行為は道理に適っていないものと言える。なお、公共の場において行うことに意味があるような行為は、少なくともこの代替的機会の利用可能性の基準単体によっては、道理に反すると評価されえない。

⑤ 悪意・害意

感情侵害行為は、その実行動機が害意又は悪意あるものである限度で、道理に適っていないものと評価される。他者の感情を害するという意図のみに基づいて行われる行為は、およそ道理に適っていないことになる。

⑥ 場所の性質

特定の感情侵害行為が、それがよく行われていると広く知られているような事実上存在する限定された区域において行われる場合には、そうでないような区域で行われる場合よりも道理に適っていると認められる。例えば、公共のバスにおける同性愛者のカップルによるキスやペッティングは、そのような行為を行う同性愛者らが頻繁に出入りすると知られているような場所が道理に反するほど遠くにあるわけではない場合には、当該基準によつて道理に反する感情侵害行為であると評価される。同様に、ネオンが備え付けられなければならない広告ポスターが貼られているポルノショップやポルノ映画を上映する映画館、わいせつなものを扱う書店も、居住区域やほとんどの商業区域においては苛立ちや望まれぬ環境を作り出すが、特定の区域においては極めて僅かな感情侵害しか創出しえない、⁽⁶²⁾という。

第七款「単なる知識」の問題

続いて、「単なる知識」の問題 (the “bare knowledge” problem)、すなわち、行為に対する視覚等による直接的な認識ではなく、行為が行われているのではないかとの想像や他者によってもたらされた情報により、ある者の感情が侵害される場合に、当該行為を処罰することは許容されるのかどうかという問題を取り上げる。例としては、行為者の住居において密かに行われる目撃者なき不道德行為が挙げられる。

この問題について、ファインバーグは、以下のように論じたうえで、基本的には、単なる知識に基づく感情侵害は、感情侵害原理には含まれないと結論づける。すなわち、単なる知識による感情侵害の防止という目的でのプライベートルな行為の犯罪化を支持する見解は、感情侵害原理からリーガルモラルリズムのいずれかに基づく。しかし、感情侵害原理に依拠することはできない。既に見たように、感情侵害行為は、被害者に対する不正性を有するもの、すなわち、他者の権利を侵害するものでなければならぬ⁽⁶³⁾。そして、自らが道徳的に不愉快であると考えらるあらゆる行為に関する単なる認識によつて自らの権利が侵害されることになると主張する者はいないだろう。仮にそのような主張をする者がいるとしても、その者に対しては、自身又は多数者の道徳的信念や好みを他者に押し付けているに過ぎない、道徳に関して独善的であるとの批判が妥当することになる。したがって、単なる知識に基づく感情侵害は、当該原理という感情侵害には当たらない。他方、もう一つの選択肢であるリーガルモラルリズムは、リベラルな立場によれば支持されえない。よつて、原則として単なる知識に基づく感情侵害行為の処罰は正当化されえない、という⁽⁶⁴⁾。もつとも、これには例外が設けられている。例えば、ある者の夫や子供の死体に対して侮辱的な取扱いがなされた場合、その者はたとえ直接的に知覚していなくともそれによつて権利を侵害されると言えるという。その根拠は、このケースには前述の批判が妥当しないということに求められている⁽⁶⁵⁾。

以上のように、単なる知識に基づく感情侵害のみを惹起する行為は原則として被害者の権利を侵害するものでなく、ゆえに感情侵害の一構成要素である不正性が欠如することとなる。すなわち、当該行為の処罰は比較衡量以前の段階において否定されることになるのであるが、仮に比較衡量テストにかけられたとしても、その当罰性は否定されるといえる。⁽⁶⁶⁾ その理由として、単なる知識に基づく感情侵害は直接目撃された行為によって惹起される感情侵害と同程度の強度又は影響範囲を有しえず、さらにそれには常に道理に適った回避可能性が認められると述べられている。⁽⁶⁷⁾

第八款 小括

本節では、ファインバーグの感情侵害原理について概観した。その内容を簡潔にまとめれば以下の通りである。ファインバーグは、感情侵害原理を、「提案された刑法による禁止が行為者以外の者に対する重大な感情侵害を防止するための効果的な方法であり、かつその目的のために必要な方法であるだろう」ということは、常にその刑法による禁止を支持するよき理由である」と定式化する。ここにいう感情侵害は、苛立ちや失望、嫌悪、羞恥、恐怖、不安等を含む好ましくない精神状態全般が、他者による不正な（権利侵害的な）行為によって惹起される場合に認められる。行為の不正性は、正当化事由又は免責事由なく当該状態が惹起された場合には原則として肯定されるが、行為の不正性が例外的に否定される場合として、単なる知識に基づく感情侵害のみを惹起する行為が挙げられている。⁽⁶⁸⁾ この不正性＝権利侵害の存在によって、感情侵害原理とリーガルモラリズムが区別されている。

もつとも、以上の意味での感情侵害が認められれば直ちに処罰が道徳的に正当化されるというわけではない。さらに、比較衡量テストをパスする必要がある。当該テストにおいて比較されるのは、感情侵害の重大性と感情侵害

行為の道理性である。前者は、①感情侵害の程度、②道理に適った回避可能性、③同意原則、④特異な感受性の不算入といった諸要素から決定される。他方、後者は、①行為者にとつての行為の個人的重要性、②行為の社会的価値、③自由な表現、④代替的機会の利用可能性、⑤悪意・害意、⑥行為が行われる場所の性質といった諸要素から判断される。

第二節 「単なる知識」の問題の処理に対する批判

第四・五章において取り上げる論者らは、自らの見解を展開するにあたりファインバーグの見解の欠陥を指摘している。又は、彼らの見解それ自体がファインバーグの見解に対するアンチテーゼとなっている。それゆえ、本節では、彼らが言及していない点に対する批判として、「単なる知識」の問題に関するファインバーグの主張に対する批判のみを紹介する。

前述の通り、ファインバーグによれば、プライベートな行為による感情侵害、すなわち直接的な視認等のない単なる知識による感情侵害を理由とする処罰は、比較衡量によっても、また感情侵害の構成要素の一つである不正性の要件によっても否定されるといふ。

前者の比較衡量による否定は次の三点によるものであった。すなわち、直接的な視認等による感情侵害と比較した場合の単なる知識のみによる感情侵害の程度の低さ（強度の低さ及び影響範囲の狭さ）、道理に適った回避可能性の存在、そして特異な感受性を有する者による自身の感情的反応に対するコントロールの可能性である。

このうち、感情侵害の程度に関する主張に対しては、単なる知識のみによる感情侵害が直接的な視認等による感情侵害よりもその強度において必ずしも劣後するとは言えないとの批判がなされている。⁽⁶⁹⁾ また、たとえファイン

バーグの当該主張が正しいと仮定したとしても、そこから必然的に単なる知識のみによる感情侵害は当罰性を基礎づけないという結論が導き出されるわけではない、すなわち、それは直接目撃された場合よりも深刻でないがそれでもなお当罰的であるとの結論も導き出されうるとの指摘もある。⁽⁷⁰⁾ 次に、プライベートな行為による感情侵害は常に容易に回避されうるとの主張は、単なる知識による感情侵害は忘却という恩寵や感受性の変化なしには回避されえないと批判されている。⁽⁷¹⁾ 最後に、特異な感受性に基づく感情的反応はコントロール可能であるとの主張に対しては、もし特異な感受性を持つ者が自身の感情的反応をコントロールできるのであれば標準的な感受性を持つ者も同様のことを行いうるであろうところ、なぜ標準的な感受性を持つ者にはそれが要請されないのかという疑問が示されている。⁽⁷²⁾

後者の不正性による否定については、なぜ直接的な視認等に裏づけられていない単なる知識による感情侵害が権利侵害を構成しないのか、その理由は明らかでない指摘されている。⁽⁷³⁾

(一) 有力説は、わいせつ物を望まない者の性的感情をわいせつ罪の保護法益に含めている。例えば、平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、一九七七)二六八頁以下。わいせつ物頒布罪の保護法益について同様に解するものとして、中山研一「わいせつ罪の保護法益」現代刑事法一一号(二〇〇〇)六頁以下、内田文昭「性表現と刑法」石原一彦ほか編『現代刑法大系第四巻』(日本評論社、一九八二)二七〇頁以下など。また、わいせつ物頒布罪の保護法益を一般人や公衆の性的感情と解する見解も主張されている(町野朔『犯罪各論の現在』(有斐閣、一九九六)二二二―二二三頁)。もっとも、これに対しては、保護法益を性道徳や性風俗と解する通説との違いは明らかでないとの批判がある(萩原滋「わいせつ物頒布罪」西田典之ほか編『刑法の争点(第三版)』(有斐閣、二〇〇〇)二四五頁)。また、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第九卷(第三版)』(青林書院、二〇一三)四頁(亀山継夫・河村博)では、「性風俗ないし公衆の性的感情」というように両者が並列して記述されている。

(2) 通説によれば、(一九二条を除く) 礼拝所及び墳墓に関する罪の保護法益は、国民の宗教生活上の風俗及び死者に対する国民一般の敬虔感情である。例えば、中森喜彦『刑法各論(第四版)』(有斐閣、二〇一五) 二五三頁、西田典之『刑法各論(第七版)』(弘文堂、二〇一八) 四三〇頁。他方、町野・前掲注(1) 九〇、二六二頁は、死後にも自分の意思を尊重してもらえたら有り難いという生きている人の期待ないし公衆の感情を本罪の保護法益と捉えている。同旨、伊藤涉ほか著『アクチュアル刑法各論』(弘文堂、二〇〇七) 四二八頁〔高田聡一郎〕。

(3) 有力説は保護法益を個人の安心感と解している。例えば、大谷實『刑法講義各論(新版第四版補訂版)』(成文堂、二〇一五) 八三―八四頁、高橋則夫『刑法各論(第二版)』(成文堂、二〇一四) 八六頁、中森・前掲注(2) 四八頁。

(4) 遺族が死者に対して抱えている敬虔感情(中森・前掲注(2) 九五頁)や、死者の社会的評価について特別の利益をもつ者の感情(林幹人『刑法各論(第二版)』(東京大学出版会、二〇〇七) 一一五頁)、社会の公共財としての当該死者に対する社会的評価・追憶(中野次雄「名誉に対する罪」日本刑法学会編『刑事法講座第四卷』(有斐閣、一九五二) 八二〇頁)、「社会の人びとが、自分が死んだ後に、こういうことをされてはかなわない、という気持」(平野龍一・法学セミナー二〇三号(一九七二) 七九頁) などと解する見解が、有力説として主張されている。

(5) 少数説は、保護法益を主観的名誉、すなわち名誉感情と解している。例えば、小野清一郎『新訂刑法講義各論』(有斐閣、一九四九) 二一六頁、団藤重光『刑法網要各論(第三版)』(創文社、一九九〇) 五一二頁、福田平『全訂刑法各論(第三版増補)』(有斐閣、二〇〇二) 一八七頁以下。

(6) 町野・前掲注(1) 二六二頁は、動物虐待罪の保護法益を公衆の正常な感情と解している。これに対して、通説は、本罪の保護法益を動物愛護の良俗と捉えている。例えば、青木人志「わが国における動物虐待関連犯罪の現状と課題―動物愛護管理法第四条の罪をめぐって―」浅田和茂ほか編『人権の刑事法学・村井敏邦先生古稀記念論文集』(日本評論社、二〇一八) 一五七頁、三上正隆「愛護動物遺棄罪(動物愛護管理法四四三条三項)の保護法益」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』(成文堂、二〇一五) 五八九頁以下、原田國男「動物の保護及び管理に関する法律」伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法(第五卷Ⅱ)』(立花書房、一九八四) 五二八頁。

(7) ヒトの生命に対する敬意の感情という世間一般の感情を本罪の保護法益と解する見解が、近藤和哉「人クローン個体の産生に対する刑事規制の検討」法律時報七五巻二号(二〇〇三) 五九頁において主張されている。また、生殖医療の刑

- 事規制による保護法益として、津崎貴之「生殖医療の刑事規制と胚の保護」東京都立大学法学会雑誌三七卷二号（一九九六）一七六頁は、胚の生命そのものとヒトという生物としての種に加えて、前記感情を保護法益の一つとする。
- (8) 秋山絃範「判批」法学新報一二二卷三・四号（二〇一四）三一八頁は、本罪の保護法益を個人の安心感と捉える。また、亀田悠斗「ストーカー行為罪に関する一考察（二）」阪大法学六九卷五号（二〇二〇）二三一頁以下では、本罪の保護法益は日常生活を送るにあたり必要不可欠な個人の安心感と解されるべきであると主張した。
- (9) 杉本一敏「判批」刑事法ジャーナル一五号（二〇〇九）一三六頁以下は、本罪が「社会感情・生活の平穩」という「社会法益に対する罪としての側面を有することは否定し得ないとしても、文言が許す限り、行為対象となった特定人の『性的感情・性的羞恥心』を侵害する罪としての個人法益侵害の側面を重視して、文言解釈を進めるべきであるように思われる」と述べる。すなわち、本罪の主たる保護法益は個人の性的感情・性的羞恥心であり、社会感情・生活の平穩という社会法益は副次的な保護法益に過ぎない、と主張されている。
- (10) 伊藤榮樹原著（勝丸充啓改訂）『軽犯罪法（新装第二版）』（立花書房、二〇一三）三頁。
- (11) リーガルモラリズムの定義については、第三章第一節第二款を参照。
- (12) 松原芳博「立法化の時代における刑法学」井田良・松原芳博編『立法学のプロンティア3 立法実践の変革』（ナカニシヤ出版、二〇一四）一一五頁。
- (13) Tüjana Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten : Strafrechtlicher Schutz von Moral Gefühlen und Tabus*, Klostermann, 2005, S. 79.
- (14) 「刑事立法の分析枠組は、外側の〈限界〉である合憲性審査と、内側の〈討議の場〉としての刑法理論に基づく討議。提案の二段階構造を持つものと理解される」（仲道祐樹「法益論・危害原理・憲法判断―刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察―」比較法学五三卷一号（二〇一九）六五頁）ところ、本稿は、本文の限定基準を後者に分類されるものとして考えている。
- (15) 例えば、小林憲太郎「法益」について「立教法学八五号（二〇一一）三七―三八頁は、「どのような法益が道徳との区別において問題をはらんでいるのか」という点に関して、「それが必ずしも伝統的な刑法学の範疇に収まらないためか、真剣に研究に取り組もうとする者が過小である」と述べたうえで、検討されるべき法益の一つとして「感情」を挙げている。

る。

- (16) 総論的検討を行うものとして、例えば、高山佳奈子「感情」法益の問題性―動物実験規制を手がかりに―高山佳奈子・島田聡一郎編『山口厚先生猷呈論文集』（成文堂、二〇一四）二六頁、田中久美「不快な行為に対する刑事制裁について」龍谷大学学術機関リポジトリ [https://opac.ryukoku.ac.jp/webopac/ID00024007]（二〇一三）一頁以下。また、内海朋子「感情の刑法的保護について 序論」横浜法学二巻三号（二〇一四）二〇五頁以下は、感情の刑事的保護の問題について、過去、特に一九一〇年代のドイツにおいてどのような議論がなされていたかを考察している。さらに、各論的検討として、内海朋子「感情の刑法的保護について―宗教に関する罪における保護法益―」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、二〇一六）八〇七頁以下、同「感情の刑法的保護―死者に関する罪における保護法益―」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来―長井圓先生古稀記念』（信山社、二〇一七）三五―一頁以下など。
- (17) 曾根威彦「現代刑法と法益論の変容」岡本勝ほか編『刑事法学の現代的課題―阿部純二先生古稀祝賀論文集』（第一法規二〇〇四）四五頁以下、松原芳博「刑事違法論と法益論の現在」法律時報八八巻七号（二〇一六）二三頁以下、嘉門優「法益論―刑法における意義と役割―」（成文堂、二〇一九）。
- (18) 曾根・前掲注（17）五五―五七頁、松原・前掲注（17）二七頁、嘉門・前掲注（17）一八九―一九〇頁。
- (19) 曾根・前掲注（17）五六頁。ここでは、後に紹介するフォン・ハーシユの見解が参照されている（第四章第一節参照）。
- (20) 曾根・前掲注（17）五六―五七頁。
- (21) 曾根・前掲注（17）五七頁。
- (22) “Offense Principle”の訳語について、「不快原理」よりも「感情侵害原理」と訳す方がよいのではないかと考えているが（後掲注（55）参照）、本章では批判者の用語法に合わせて「不快原理」という語も用いる。
- (23) ここでは、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、一九九三年）一七〇―一七一頁が参照されている。
- (24) 曾根・前掲注（17）五七頁。
- (25) 高山・前掲注（16）二五頁以下。
- (26) 高山・前掲注（16）二五―二六頁。

- (27) 高山・前掲注(16)二六頁。
- (28) 同前。
- (29) 同前。
- (30) 高山・前掲注(16)三〇頁。
- (31) 現に、わいせつ罪の保護法益をわいせつ物(行為)を見ることを望まない人の性的感情と解する見解が強く主張されている(前掲注(1)参照)。
- (32) ファインバーグの感情侵害原理を紹介する日本語文献として、田中・前掲注(16)六六頁以下、梶原健佑「ヘイトスピーチ・害悪・不快原理」松井茂記ほか編『自由の法理：阪本昌成先生古稀記念論文集』(成文堂、二〇一五)七四一頁以下、玉木秀敏「J・ファインバーグの社会哲学—自由と正義の問題を中心として—」ホセヨシバルトほか編『法の理論9』(成文堂、一九八八)一九三頁以下などが挙げられる。
- (33) 例え、Wolfgang Wohlers, Criminal Liability for Offensive Behaviour in Public Spaces, AP Semester, Anfe du Bois-Pedain and Ulfrid Neumann (Eds), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, Hart Publishing, 2014, p. 259 f.; David W. Shoemaker, "Dirty words" and the offense principle, *Law and Philosophy* vol. 19, 2000, p. 546. #6
た、第四章以下において紹介する論者らも、ファインバーグの見解を各自の見解を展開するにあたっての出発点等として重視している。
- (24) Joel Feinberg, *Harm to Others: The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1*, Oxford University Press, 1984
(以下、*Harm to Others*と略記する)；*Offense to Others: The Moral Limits of the Criminal Law Volume 2*, Oxford University Press, 1985 (以下、*Offense to Others*と略記する)；*Harm to Self: The Moral Limits of the Criminal Law Volume 3*, Oxford University Press, 1986, *Harmless Wrongdoing: The Moral Limits of the Criminal Law Volume 4*, Oxford University Press, 1988.
- (25) *Harm to Others*, p. 3. *Offense to Others*, p. ix.
- (26) *Harm to Others*, p. 4.
- (27) *Harm to Others*, p. 4. 「政策」と「原理」の意味については、Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University

Press, 1977, pp. 22-28, 71-80, 90-100が参照されている。当該箇所訳は、ロナルド・ドゥウオーキン著（木下毅・小林公・野坂泰司訳）『権利論』（木鐸社、一九八六）一五頁による。

- (38) *Harm to Others*, p. 4.
- (39) *Harm to Others*, p. 5.
- (40) Joel Feinberg, *Social philosophy*, Prentice-Hall, Inc. 1973.
- (41) *Harm to Others*, pp. 16-19及びFeinberg, *supra* note 40, p. 3参照。玉木・前掲注(32)一九四頁は、『社会哲学』と同様に、『刑法の道徳的限界』第一巻序論でも、諸原理の明確化と仮設的事例への適用による吟味、我々の直観や確信と諸原理との合致、他の原理との調和などが強調されている」と述べる。
- (42) 玉木・前掲注(32)一九四頁。これは、Feinberg, *supra* note 40, p. 3の(わずかに簡略化された)翻訳である。
- (43) *Offense to Others*, p. ix.
- (44) なお、各原理にいう処罰を支持するよき理由とは、それが存在すれば直ちに処罰が正当化されるというような絶対的なものではなく、場合によっては処罰を否定する理由によって優越されるものである。
- (45) *Offense to Others*, p. ix; *Harm to Others*, pp. 26 f. 翻訳に際しては、玉木・前掲注(32)二〇一―二〇二頁を参考にした。
- (46) *Harm to Others*, pp. 14 f.
- (47) *Harm to Others*, p. 26. 他方、「危害原理のみが刑法による禁止を支持するよき理由である」とする立場は、「極端にリベラルな立場」と命名されている。
- (48) *Harm to Others*, pp. 36 f.
- (49) *Harm to Others*, pp. 61 f.
- (50) *Harm to Others*, pp. 45 ff.
- (51) *Offense to Others*, p. 10.
- (52) *Offense to Others*, pp. 10-22.
- (53) もっとも、感情侵害は侵害の程度において危害に劣るものであり、それゆえ、法は概して危害と同程度に重大である

かのように感情侵害を扱うべきでないということが強調されている。例えば、他者の感情を侵害した者に対して科される刑罰は軽いものであるべきであり、基本的には罰金刑、禁錮刑の場合でも数ヶ月や数年ではなく数日のそれであればならないという。侵害の程度に関する感情侵害の相対的劣後性から導かれる諸制限は、それらが立法者によって伝統的に破られてきたという事実があるからこそ、強調に値するとされてくる (*Offense to Others*, pp. 2 ff.)。

(54) 危害原理において要求されている被害者の権利侵害にいう「権利」が、道徳的権利、すなわち、強制に関する国家に向けられる何らかの請求権とは独立した又はこれに先行するところの、同胞の市民 (の良心) に直接向けられる請求権をいうものと解されているところ (*Harm to Others*, pp. 110 ff.)、感情侵害原理における「権利 (侵害)」もこれと同様に理解されよ。

(55) *Offense to Others*, pp. 1 f. 以下に、"Offense Principle" には、通例「不快原理」という訳語があてられる。しかし、本文中で述べたように、"Offense Principle" にいう "offense" は嫌悪や羞恥、恐怖等も含む好ましくない精神状態全般を意味する。また、ヘイトスピーチも "Offense Principle" の適用対象とされてくる (*Offense to Others*, pp. 86 ff.)。しかし、「不快」という訳語は、"offense" を過度に限定的ないし些末なもの的印象付けてしまうおそれがある。そこで、本稿では、基本的には、"Offense Principle" を「感情侵害原理」と、"offense" を「感情侵害」と訳すこととした。なお、"offense" を「感情損傷」と訳すものとして、J・ファインバーグ著 (川北晃司訳) 『「危害なき不道徳行為」と感情を害する生活妨害行為』嶋津格・飯田亘之編集・監訳『倫理学と法学の架橋：ファインバーグ論文選』(東信堂、二〇一八) 八九頁以下 (Joel Feinberg, "Harmless Immoralities" and Offensive Nuisances, in Norman S. Care & Thomas K. Trelogan (Eds.), *Issues in law and morality*, Press of Case Western Reserve University, 1973, pp. 83 ff. の邦訳) がある。また、阪本・前掲注 (23) 一七〇頁以下は、"Offense Principle" と類似の原理を「感情侵害原理」という名の下で支持している。

(56) *Offense to Others*, p. 2 正確には、「ファインバーグは、「正当化事由又は免責事由なく (一般的な意味での) 感情侵害状態が他者にもたらされる場合には、常に不正性が存する」(傍点引用者) と述べている。しかし、本節第七款にて紹介するように、彼は、正当化事由又は免責事由の不存在とは異なる理由から不正性 (権利侵害) が否定される場合を認めている。

(57) *Offense to Others*, p. 26.

- (58) *Offense to Others*, p. 26.
- (59) ファインバーグは過去に、普遍性基準、すなわち、強制を正当化するに足る感情侵害は、何らかの派閥に属する個人ではなく国民の中から無作為に選ばれた人々の大部分において合理的に予期される反応であるべきとの基準を、絶対的な要請としていた (Feinberg, *supra* note 55, pp. 102 f. (邦訳：一〇九頁))。もともと、当該普遍性基準を貫徹すると、国民の特定のサブグループ、特に民族的、人種的又は宗教的集団に対する侮辱等に保護が与えられないことになりかねない。そこで、相手方を狼狽、恐怖、憤激又は立腹させるような種類の罵倒的、嘲笑的、侮辱的な行為に対しては、たとえ普遍的とはいえないとしても感情侵害原理が適用されるといふアドホックな修正を普遍性基準に加えていた (Feinberg, *supra* note 55, pp. 102 f. (邦訳：一〇九—一一〇頁))。しかし、その後、ファインバーグは、当該修正された普遍性基準よりも、感情侵害の程度基準を含む比較衡量による方が前記侮辱的行為に対する当該原理の適用をよりよく説明できると考え、見解を変更した (*Offense to Others*, p. 29)。
- (60) 本節第四款参照。
- (61) *Offense to Others*, pp. 27-35.
- (62) *Offense to Others*, pp. 37-44.
- (63) 前掲注(56)参照。
- (64) *Offense to Others*, pp. 67-69.
- (65) *Offense to Others*, pp. 69, 94.
- (66) *Offense to Others*, pp. 64 f.
- (67) *Offense to Others*, pp. 64 f. 前者の詳細については、本節第六款第一項④参照。
- (68) もともと、単なる知識に基づく感情侵害のみを惹起する行為のすべてに不正性が認められないとされているわけではなく。その例外については、本節第七款参照。
- (69) Larry Alexander, Harm, Offense, and Morality, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* vol. 7, 1994, Rn. 34; Harlon L. Dalton, "Disgust" and Punishment, *Yale Law Journal* vol. 96, 1987, p. 894.
- (70) Dalton, *supra* note 69, pp. 893 f.

感情侵害原理 (Offense Principle) を巡る議論の展開 (一)

(71) Dalton, *supra* note 69, p. 892.

(72) Dalton, *supra* note 69, p. 893.

(73) Alexander, *supra* note 69, Rn. 36; Dalton, *supra* note 69, p. 894.