The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	感情侵害原理（Offense Principle）を巡る議論の展開（二・完）：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(6), p. 223-259
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87337
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（二・完）

――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
　第二節　「単なる知識」の問題の処理に対する批判
（以上、七〇巻五号）
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
　　第一款　ファインバーグの見解に対する批判
　　第二款　行為の不正性
　　第三款　危害と感情侵害の区別
　　第四款　危害原理の射程に含まれる危害を伴う感情侵害行為とそうでない行為
　　第五款　危害なき感情侵害行為に対する処罰の否定
　　第六款　危害原理と感情侵害原理を分離する意味
　　第七款　調整原理
　　第八款　小括
　第二節　ヘルンレによる批判
　　第一款　行為の不正性について
　　第二款　危害と感情侵害の区別について
第五章　その他の見解
　第一節　タシオラスの見解
　　第一款　行為の直接的な認識の可能性と公共空間における行為実行の制約
　　第二款　感情侵害の区別に基づく制約
　　第三款　危害と感情侵害の区別に対する批判
　第二節　シューメイカーの見解
　　第一款　道理性要件の要求

第二款　道理性要件の具体化
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
第一款　議論の出発点としてのファインバーグの見解
第二款　危害と感情侵害の区別
第三款　処罰を支持するある程度の理由が認められるために要求されるべき要素
第二節　要検討事項の提示
第七章　結びに代えて（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

感情侵害原理に関するファインバーグの見解が提示されて以降の研究のうち、感情侵害行為の処罰に関する議論の展開に多大な貢献をなしたと評されているのが、フォン・ハーシュとシメスターの見解である。[74] 以下、まず当該見解を概観する。[75] 次いで、当該見解に対するヘルンレ（Tatjana Hörnle）による批判を取り上げる。

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

第一款　ファインバーグの見解に対する批判

フォン・ハーシュとシメスターは、ファインバーグの感情侵害原理の欠陥を指摘することを議論の出発点としている。フォン・ハーシュらが指摘するファインバーグの見解の欠陥とは、行為の不正性という要素の軽視である。フォン・ハーシュらによれば、国家による介入の正当化は、他者の感受性侵害（affront to sensibility）[76] の存在だけでは足りず、これに加えて行為に反対する正当な規範的理由が必要不可欠である。しかし、ファインバーグはそのような理由の要求を明示的に否定している。確かに、彼は感情侵害原理の射程を「他者の不正な（権利侵害的な）行為によって惹起されるところの」感受性侵害に限定している。だが、正当化事由又は免責事由なく感受性侵害が

惹起された場合には原則として不正性が認められるとされているため、不正性の要件は実質的には意味を失ってしまっている。そして、行為が他者の感受性を害するという単なる事実の存在をもって国家が当該行為を禁止する一応の（*prima facie*）理由が認められるとすることにより、感情侵害原理の入口が過度に広範なものになってしまう、という。(77)

また、フォン・ハーシュらは、公共的寛容の減少と感情侵害行為に対する強い法的抑止の傾向が近年見受けられるところ、ファインバーグの見解は、そのような状況において広範な感情侵害行為の法的禁止を是認することになってしまうと指摘する。なぜファインバーグの感情侵害原理の適用が寛容の減少の影響を受ける又は受けやすいかと言えば、特定の行為による感受性侵害の程度が大きければそれだけ犯罪化を支持する理由も強くなるからである。具体例として、収入を得る他の手段がなく公道の他に住む場所もない者による物乞い行為が挙げられている。曰く、物乞い行為は、それが十分に広範な感受性侵害を惹起するようになれば、正当に禁止されうることとなる。この可能性は、ファインバーグの比較衡量テストの存在を考慮してもなお存在する。収入を得る他の手段を有していないことや公道の他に住む場所がないことから、物乞い行為は「代替的機会の利用可能性」を欠くと主張されるかもしれない。しかし、ファインバーグの感情侵害原理の下では、代替的機会の要素は感情侵害の程度等に対抗する一考慮要素でしかない。それゆえ、十分な数の人々が物乞い行為によって十分に感受性を害されるならば、代替的機会の不存在にもかかわらず刑法が持ち出されうることになってしまう、と。(78)

第二款　行為の不正性

フォン・ハーシュらは、ファインバーグの見解の欠陥として行為の不正性という要素の軽視を指摘した後、感情

侵害原理における行為の不正性の具体化に取り組む。まず、彼らは、他者の感受性を害するという事実的要素と不正性という規範的要素の双方を兼ね備えていることが明らかな行為類型を複数挙げ、それらに共通する特徴を不正性の内実とする、というアプローチをとる。具体的には次の通りである。

すなわち、まず、第一の行為類型として侮辱行為が挙げられる。侮辱は、その本来的な性質上、他者に対する尊重なき取扱いである。それは、単なる慣習（convention）違反ゆえにではなく、意図的な侮蔑的取扱いに対抗するという人間の尊厳に基礎づけられた一応の（*prima facie*）権利を侵害するために、不正であると言える。第二に、露出行為が挙げられる。露出行為の不正性に関する一つの考え方として、反対のプライバシーの侵害（reverse-privacy violation）というものがある。通例、プライバシーは自身のプライベートな領域からの他者の排除を意味する。しかし、他者のプライベートな領域に強制的に包含されないという利益も存在する。直観的には、これは一般に問題なく認められている。例えば、公共の場においてカップルの性交に直面しないという権利は正当なものと承認されうるだろう。第三に、公共空間における匿名性の侵害、すなわち、公共空間において放っておかれる権利の侵害である。プライバシーと自律の概念によって基礎づけられるところの匿名性に関する一般的な権利は、特定の態様の重大な干渉なしに自由に自らのしたいことができることを意味する。それゆえ、例えば、公共の場における短時間の礼儀正しい頼みごとは侵害的でないが、執拗で強引な金銭の要求は匿名性の権利を害する。以上から明らかなように、不正性に関する説明は、行為類型毎に異なっている。しかし、これらは、適切な配慮や尊重をもって他者を扱うことの失敗、被害者に人としての十全な道徳的地位を与えることの失敗を含むという点で共通している。これが感情侵害原理における行為の不正性の具体的内実である、という。(79)

また、具体的な行為が不正性を有しているかどうか、すなわち他者を尊重・配慮なく取り扱うものであるかどう

かを判断するにあたっては、社会的慣習が重要な役割を果たす、とされている。曰く、社会的慣習とは、人々が相互に関わり合う際のルールや条件である。そして、他者への尊重・配慮の要請は、人々に対してそのような条件を遵守することを要求する。したがって、社会的慣習に対する違反は、ほとんどの場合、他者に対する尊重の欠如という意味を伴う。それゆえ、社会的慣習は、その違反が他者に対する尊重の欠如の存在を我々に示唆する又はそれを発見するのを助けるという意味で、道具的価値を有する、と。社会的慣習に対する違反は、あくまでも、不正性＝他者に対する尊重・配慮の欠如の存在の徴憑にとどまるものであり、不正性＝社会的慣習に対する違反ではない。加えて、ここでフォン・ハーシュらは、感情侵害行為の不正性の発見を助ける社会的慣習は正当なものでなければならないという但書を付している。これによれば、例えば、異人種間カップルは公共の場において如何なる身体的接触もしてはならないとする慣習のような、人権に反する慣習は、ここでは除外されることになる。(80)

第三款　危害と感情侵害の区別

ファインバーグと同様に、フォン・ハーシュらも危害原理にいう危害と感情侵害原理にいう感情侵害を区別している。曰く、危害とは、価値ある活動や関係に従事し自ら選んだ目標を追求するという人々の機会、よき生を享受・追求するという将来の機会の減損をいう。その意味で、危害は回顧的というより展望的である。これに対して、感情侵害は、このような機会の減損を伴わない。

また、行為から危害／感情侵害に至る因果の態様にも差がみられる。感情侵害は、不正な行為を行う者から被害者への何らかの形式のコミュニケーション、とりわけ被害者に対して尊重や配慮の欠如を示す行為によるある種の精神的反応の惹起という形でもたらされる。他方、危害（財産的損害、身体的傷害など）は、通例、コミュニケー

ション的でない直接的な因果的態様によりもたらされる。もちろん、危害もまたコミュニケーションによる方法によって惹起されうる。したがって、この性格は単独で危害を感情侵害から区別するに足るものではない。しかし、後述するように（本節第六款参照）、この差異は注目に値するものである、と。[81]

なお、危害と感情侵害の第二の区別について論じるなかで、行為の不正性の要求、すなわち被害者に対する尊重・配慮なき取扱いという行為者から被害者へのコミュニケーションの要求により、被害者が行為を認識しない限り感情侵害は生じえないという主張が支持されることが確認されている。これは、単なる知識のみに基づく感情侵害は他者に対する尊重・配慮なき行為という被害者へのコミュニケーションによってもたらされるものではない以上、感情侵害原理にいう感情侵害には含まれないということであろう。

第四款　危害原理の射程に含まれる危害を伴う感情侵害行為とそうでない行為

フォン・ハーシュらは、危害と感情侵害を以上のように区別しているが、感情侵害が危害と評価される程度に至る場合や感情侵害行為が感情侵害に加えて危害をも惹起する場合もありうると主張する。例えば、人種差別的侮辱は時として被害者に神経衰弱や自尊心に対する重大な損害等を生じさせ、また、人種差別的でない侮辱もそれが人の社会的又は職業的な地位に影響を及ぼす場合には名誉毀損に近いものとなる、という。[82] これらの場合は、危害原理の射程に含まれることになる。もっとも、危害を伴う感情侵害行為のすべてが危害原理の射程に含まれるとは考えられていない。すなわち、危害原理によっては処罰が正当化されえないような危害しか伴わない感情侵害行為というものも存在する。

例えば、遠隔的危害（Remote Harms）の場合が挙げられる。遠隔的危害を伴う感情侵害行為とは、それ自体危

害あるものではないが、最終的に危害行為が行われる可能性を高めるものをいう。いわゆる「割れ窓理論」によれば、迷惑行為（落書き、規則に従わない若者の振舞いなどの感情侵害行為）を許容することは、その土地の品性の堕落、道徳的な住民の立去りを引き起こし、窃盗や暴行が行われる割合の上昇を助長するとして、迷惑行為（感情侵害行為）の実行が危害発生の可能性を上昇させるに至るまでのプロセスが示されている。しかし、通例、最終的に行われる窃盗や暴行といった遠く隔たった危害は、それが他者の行為によって自律的に惹起される場合には、オリジナルな行為が不正である理由を提供しない。したがって、前記理論を持ち出すことによって、危害原理による犯罪化を正当化することはできない。

また、反応的危害（Reactive Harms）も例として挙げられる。反応的危害を伴う感情侵害行為とは、将来においても同様の感情侵害的な行為が行われるかもしれないという可能性の認識を生ぜしめることにより、副次的な危害をもたらすものである。例えば、バスにおいてカップルが通路を挟んだ向かい側で性交を行っている場合、通常他の乗客は彼らの行為によって何らかの危害を直接的には与えられていない。しかし、その行為は不快なものであり、今後もバスの利用によってこの種の経験に巻き込まれる可能性が高いと考えた場合、もはやその者はバスに乗ることを欲しないかもしれない。この場合、その者は重要な公共資源へのアクセスを失うという意味で利益を損なわれている。このような利益の減損が反応的危害である。しかし、その予防的反応がある程度道理に適っているとしても、それはあくまで自らの意思による選択であるがゆえに、遠隔的危害の場合と同様にその危害はオリジナルな行為が不正である理由を提供しない、という。(83)

第五款　危害なき感情侵害行為に対する処罰の否定

続いて、危害なき感情侵害行為の犯罪化の妥当性について、次のように議論が展開されている。まず、危害なき感情侵害は、単なる不道徳とは異なる。不正性の要請は、行為が単に不正なものであることの要請ではなく、行為が他者を不当に扱うものであること、具体的にいえば、行為が適切な配慮と尊重をもって取り扱われるという他者の権利を侵害していることの要請である。不正な行為は、単なる不道徳とは異なり、尊重をもって扱われるという他者の権利と自由に自らを表現しうるという行為者の利益との間に具体的な緊張関係を創出する。そして、共同体内の諸個人間に緊張関係が存する場合において、彼らの関わり合いの諸条件を規定することはまさしく、国家が果たすべき任務である。少なくともそのような緊張関係が深刻である場合には、国家は、市民間の社会的相互関係に対する監督的役割を担うがゆえに、介入する一応の理由を持ち合わせている。したがって、危害なき感情侵害行為の規制を支持する論拠は、単なる不道徳を規制する論拠とは異なっており、かつそれよりも強い。

しかし、それでもなお、危害なき感情侵害行為に当罰性は認められない。その当罰性を否定する論拠は二つ存在する。第一に、犯罪化は行為者に対する侵害及び非難を伴う強制である。それは不可避的に個人の自律の制約に至るのであり、一部の者の生をより悪いものにする。そして、危害なき感情侵害行為が問題となる場合、犯罪化に対抗するものとして常に存在するこの強力な根拠を打ち負かすほどに、介入の根拠が十分な重みを有しているかどうかは明らかでない。第二に、感情侵害行為の犯罪化は、表現の自由という極めて重要な価値と衝突する。これら二つの理由から、危害なき感情侵害はそれ単体では犯罪化を支持する理由として十分でないように思われる。すなわち、リベラリズムの立場によれば、感情侵害行為が何の危害とも関係していない場合に、そのような行為に対する処罰を支持する魅力的な理由を想定することは困難であり、危害との関係は感情侵害原理にとっても必要不可欠な

要素である、という。[84]

第六款　危害原理と感情侵害原理を分離する意味

フォン・ハーシュらは、以上のように、危害なき感情侵害行為に対する処罰の妥当性を否定し、感情侵害原理においても危害との関係が必要とされると主張する。しかし、そうだとすれば、感情侵害原理を危害原理とは別個の独立した基準として設ける必要はないようにも思われる。これに対して、フォン・ハーシュらは、もし感情侵害原理の構造が危害原理の構造と異なるならば、感情侵害原理を危害原理から独立させる意義が認められるとしたうえで、次の二点を指摘しこれを支持する。

すなわち、第一に、危害の役割に関して、両原理の間に差異が認められる。危害原理において犯罪化の原動力となるのは、危害の存在やその重大さ、発生可能性である。これに対して、感情侵害原理において犯罪化の原動力となるのは、危害の存在等ではなく、他者に対する配慮・尊重の重大な欠如という行為の性質である。例えば、侮辱の主たる害悪は、それが創出する何らかの帰結ではなく、尊重の重大な欠如をもって相手を取り扱うという性質にある。感情侵害原理における危害の役割は、自由な表現や寛容のような犯罪化に否定的に作用する諸事情に対抗するということにある。例えば、これらの諸事情は、単なる侮辱の禁止に否定的に作用する。しかし、人種に関する侮辱の場合には、危害の存在が重要な役割を果たす。すなわち、この種の侮辱は、共同体の社会的、政治的そして経済的生活に参加するというマイノリティに属する人々の能力に対して間接的に悪影響を及ぼす。感情侵害原理において、そのような将来的な危害は犯罪化に対して否定的に作用する諸事情を打ち負かすものとして作用する。

第二に、両原理とも不正性を処罰正当化のための要件として必要とするが、危害原理によって必要とされる不正

性は特有の特徴を持たず、その内実が各危害ごとに異なる傾向にある。これに対して、感情侵害行為は一種の表現行為であり、感情侵害の不正性はコミュニケーション的なものである。この不正性の表現的性質が、危害原理と感情侵害原理の構造の違いを生み出す。というのも、感情侵害行為を含む表現的・コミュニケーション的な行為の禁止は、当該行為によって表現されるライフスタイルを排除し他者との交流・相互作用を妨げるという重大な帰結を生じさせるものであり[85]、それゆえこの点に十分な注意を払うことを可能にするような判断枠組みの構築が求められることになるからである。具体的には、感情侵害原理に特有の要請として、相異なり時として矛盾し合うライフスタイルを共存させる必要性から、感情侵害行為をも含む表現行為の規制に関して、ある程度の「鈍感さ（thick skin）」が市民に対して要求される。さらに、感情侵害の回避可能性や行為者にとって利用可能な代替手段といった要素が、感情侵害原理のもとでは、異なる複数のライフスタイル間の相互作用を調停するという試みとして重要な役割を果たす、という[86]。

第七款　調整原理

感情侵害原理に基づく処罰範囲を限定するために、感受性侵害の程度や行為者にとっての行為の個人的重要性、社会的価値、また刑事規制という手段の効率性や経済的コストといった実践的な考慮要素に加えて、さらに四つの調整原理（mediating principles）・考慮要素が要求されている。以下、これらに関するフォン・ハーシュらの説明を概観する。

①社会的寛容

相異なり時として衝突し合うであろう多様なライフスタイルが社会において許容されるべきであるという多元的

社会の構想を真剣に受け止めるのであれば、既述の通り一種の（自己）表現行為としての性質を持つ感情侵害行為に対する刑事規制は謙抑的に用いられるべきである。また、危害行為とは異なりよき生を追求するための他者の将来の機会を直接には損なわないという感情侵害行為の特性[87]も、刑法の謙抑的使用の望ましさを支持する。そして、ここから、社会的寛容という調整原理が創出される。すなわち、感情侵害行為の禁止に関する限りで、市民に道理に適う程度に鈍感であることを要求することは正当であり、それゆえ、より顕著な態様の感情侵害行為、つまり他者に対する配慮又は尊重の重大な欠如を示す感情侵害行為のみが禁止されるべきである。例えば、特定のよく知られた無礼な発言や仕草のような日常的な侮辱は、他者に対する尊重なき取扱いであるが、十分な重大性を有しないために犯罪化には適さない。犯罪化に適するのは、マイノリティの属性に関するような重大な侮辱のみである。

さらに、ここで危害が重要な役割を果たす。すなわち、それは、社会的寛容の要請を後退させ行為の犯罪化を支持する重要な根拠となる。例えば、人種に関する侮辱は、職業に関する差別から実際の暴力に至るまで、種々の危害を導くかもしれないような偏狭な雰囲気を発生させうる。そのような危害の単なるリスクは、それ単体では危害原理のもとでの行為の禁止を直接的には正当化しないだろう。というのも、危害に至るまでの因果的連鎖が多数の独立した第三者の意思決定によって媒介されているために、法的帰属の問題が生じるからである。しかし、これと他者に対する尊重・配慮の欠如という行為の不正性があわさったときに、このような行為に対して寛容であるべき理由はない。なお、感情侵害原理のもとでは、法的帰属の問題は生じない。というのも、危害原理の下では帰属の問題により不正性が認められないのに対し、感情侵害原理において不正性は他者に対する尊重・配慮の欠如によって基礎づけられる、すなわち、感情侵害原理における不正性の認定にとって帰属の問題は重要でないからである。ここで危害は、多様な自己表現の許容を目的とする、尊重・配慮なき行為の犯罪化に対する謙抑を後退させるため

の補足的な理由として要求されているのである、という。[88]

②回避容易性

理論的根拠は明らかにされていないものの、ファインバーグによって提案された調整原理の一つとして、回避可能性の原理がある。当該原理が実践的な役割を果たす場合として、ヨーロッパ諸国における裸での水浴びに関する確立した実践が挙げられる。ドイツでは、公然の場での性器の露出は指定された公共の水浴び場に限り法的に許されている。場合によっては、当該水浴び場が川岸に存在し、それは反対側の岸にいる他者にとって可視的であるかもしれない。しかし、その特定のエリアは部分的にではあるが通常の公共領域から隔離されているため、裸での水浴びを望む者はその行為を行うための余地を与えられ、また同時に、それを目撃することを欲しない者は注意を他に向ければよい。このような調整は、多様で潜在的に衝突し合う諸ライフスタイルに対してより広い共存の余地を与える。したがって、このような理論的根拠から、公共空間における感情侵害行為の犯罪化に対する明確で追加的な制約として、回避容易性の基準が導かれる。すなわち、他者が容易に（つまり、自らの選択の幅に対する過度の制約なしに）感情侵害行為との直面を避けることができない場合にのみ、その行為は感情侵害原理による禁止の候補となる。さらに、回避の容易さの程度や、他者に回避を求めることによる当該他者の自由に対する制約の程度は、比較衡量の考慮要素として機能する。[89]

③直接性

さらなる制約として、直接性の原理が要求される。これは、禁止される行為はそれ自体において感情侵害的なものであるべきであり、単に行為者（・第三者）による後続の感情侵害行為の実行を可能にするだけのものであってはならないという要請である。例えば、若者らが路傍に集まることそれ自体は感情侵害原理による禁止の候補とは

ならない。それは、たとえ彼らが後に感情侵害行為を行うかもしれないとしてもである。この直接性の原理の理論的根拠は、感情侵害原理における不正性の内容である他者に対する配慮・尊重なき扱いが感情侵害行為それ自体の性質である以上、当該行為が行われることなしに犯罪化にとっての必要条件である不正性は認められえないという点に存する。

さらに、直接性の要請は、市民の公共空間へのアクセスに対する影響ゆえに、感情侵害行為の犯罪化にとって格別の重要性を持つ。この要請が受け入れられない場合、後に感情侵害行為の実行に至りうるという理由に基づき、感情侵害行為の前段階の行為が禁止されるという事態が考えられうる。これは、後に感情侵害行為を行うかもしれないという憂慮ゆえに特定の人々を公共空間から排除することの許容につながるかもしれない。例えば、侵害的な物乞い行為に従事するかもしれないという理由による公共空間からの物乞いの完全な排除や、通行人に対して不快に振る舞うかもしれないという理由による特定の公共空間における若者らの集合の禁止が挙げられる。また、この種の禁止は、公共施設へのアクセス権に関する階級分けを帰結しうる。すなわち、優先された階級の市民には無制約のアクセスが与えられるが、他方で感情侵害行為を行うおそれがあると考えられた諸個人には限定されたアクセスしか与えられないという事態が生じうる。これは、近代的自由社会の基礎的な原則の一つ、つまり公共空間は全ての者による無制約なアクセスが可能なものであるべきであるという原則に反する。[90]

④公共の場／プライベートな場における行為実行

感情侵害行為が実行される場所が公共の場かそれともプライベートな場かという点も、その犯罪化の是非を判断するにあたり考慮されるべき重要な要素である。[91] 感情侵害行為が公共の場において行われる場合には、当該行為禁止の支持は著しく強まる。というのも、道路や公園、公共交通機関といった公共空間の快適な環境の維持は公共の

利益に含まれるところ、感情侵害行為は、公共空間の魅力や利用可能性を妨げるという意味で、そのような利益を損なうからである。また、インフォーマルな社会的統制が有効性を持たないということも理由として挙げられる。というのも、公共の場においては、基本的に、行為者と被害者が互いに見知らぬ関係にあることがほとんどだからである。

これに対して、プライベートな場における行為実行は、その犯罪化に対して否定的に作用する。プライベートな場における交流は、通常、交際することを互いに選択し合った人々の間で行われる。したがって、関係者はそのような交流の礼儀正しさを保つのによりよい立場にある。迷惑な人物は将来においてその交流の輪から除外されうる。それゆえ、ここでは、交流の場における人々の生活の質を保つために国家が介入する切迫性は低い。プライベートな場において行われる行為がたとえ尊重・配慮なきものであったとしても、当該行為の犯罪化は通常適切でない。また、これを支持する理由として、個人のプライバシーの保護という要請も挙げられる。刑罰を伴う国家の介入は、誰とどのように交流するかという個人の自由意思により決定されるべき事柄に対する不適切な制約となる。結婚披露宴において新郎新婦の過去の恋愛事情に軽はずみに言及するというゲストの振舞いは配慮に欠けるものであるかもしれないが、そのような無礼な行為に対して国家権力による取締りが行われるという状況の方が問題であるだろう。

なお、行為実行の場（公共の場／プライベートな場）という要素は、犯罪化の判断において重要ではあるが、決定的なものではない。すなわち、行為実行の場はあくまで比較衡量における一要素でしかない。例えば、単なる侮辱をはじめとする感情侵害行為の一部は、たとえそれが公共の場において行われるとしても、犯罪化されるべきでない。他方、プライベートなディナーパーティーのゲストによる露出行為のように十分深刻に他者の感情を侵害す

る行為は、公共の場において行われていないにもかかわらず、感情侵害原理の射程内にとどまる。[92]

第八款　小括

本節では、フォン・ハーシュとシメスター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となる。まず、フォン・ハーシュらは、事実としての感情侵害、すなわち感受性侵害だけでは感情侵害行為に対する処罰を支持する一応の理由には足りないとし、さらに行為の不正性という規範的要素が要求されなければならないと考える。彼らは、ここにいう行為の不正性の内実を、他者に対する尊重・配慮なき取扱いと捉える。この行為の不正性は、行為が単に不道徳なものであることの要請ではなく、行為が個人を不当に扱っていること、具体的に言えば、行為が適切な配慮と尊重をもって取り扱われるという他者の権利を侵害していることの要請である。この点において、感情侵害原理とリーガルモラリズムが区別されている。

さらに、感情侵害原理に特有の調整原理として、①社会的寛容、②回避容易性、③直接性が示されている。加えて、④行為実行の場（公共の場／プライベートな場）の考慮も要求されている。特に、危害との関係が①社会的寛容の要請を後退させ感情侵害原理に基づく処罰を正当化するための必要条件とされていることが、注目に値する。

第二節　ヘルンレによる批判

ヘルンレは、感情侵害を正当な処罰根拠としない立場（権利侵害説）から、フォン・ハーシュらの感情侵害原理（又は危害原理と感情侵害原理のセット）に対して、主として以下の内在的批判を加えている。

第一款　行為の不正性について

ヘルンレは、他者に対する尊重・配慮の欠如という意味での行為の不正性の要件は処罰範囲の限定という機能を十分には果たしていないと指摘する。すなわち、尊重・配慮の重大な欠如ゆえに非難に値する行為は多く存在する。例えば、待ち合わせの約束に意図的に数時間も遅れることが複数回繰り返された場合や、結婚式のような重要な社会的行事において花嫁・花婿の過去に関する非常に無神経な発言をする場合、不適切な服装で葬儀へ参加する場合がある。しかし、これらの行為に対する刑法の使用を想像することは困難である。そして、フォン・ハーシュらは、なぜ尊重・配慮の重大な欠如が認められる行為の一部のみが刑事規制の候補となるべきなのかについて、理由を提示していない。それゆえ、彼らの主張によれば、なぜ我々が他の多くの重大な尊重の欠如を伴う振舞いを刑事規制の対象とすべきでないのかは定かでない、と。[93] さらに、処罰範囲の限定にとって決定的なのが不正性の要件ではなく調整原理のもとでの検討であるならば、なぜ不正性という処罰範囲の十分な限定をなしえないような要件から犯罪化の正当性に関する検討をはじめなければならないのかは明らかでなく、他者に対する尊重・配慮の欠如は刑事規制を支持する一応の理由とさえもいえないのではないかと指摘されている。[94]

第二款　危害と感情侵害の区別について

フォン・ハーシュらは危害と感情侵害を区別していたが、この点についてヘルンレは以下のように批判する。すなわち、危害と感情侵害の区別が常に望ましい帰結に至るというのは疑わしい。被害者の将来の生活を損わないような身体領域に対する侵襲というものが考えられる。例えば、それが行われたことを知りえない意識なき者に対するレイプが挙げられる。フォン・ハーシュらの理解によれば、このケースは被害者の生活に対して悪影響を与えな

いため危害に該当せず、また被害者に行為に対する認識がない以上感情侵害にも該当しないことになってしまう。しかし、このケースに対する刑事規制に「純粋なモラリズム」というラベルを貼るのは適切でないように思われる、という。[95]

第五章　その他の見解

本章では、タシオラスの見解とシューメイカーの見解を取り上げる。これらは、ファインバーグやフォン・ハーシュらの見解とは異なり、感情侵害行為に対する処罰の正当化条件を包括的に検討するものではない。それゆえ、本章において一括して取り扱うこととした。タシオラスの見解は、ファインバーグ及びフォン・ハーシュらの見解を踏まえたうえで、不正性が認められるための要件をより明快に示しており、また特に危害と感情侵害の区別を否定するという立場が説得的に論証されているように思われる。他方、シューメイカーの見解は、フォン・ハーシュらの見解が示される以前のものではあるが、ロールズ（John Rawls）の『政治的リベラリズム（*Political Liberalism*）』における議論に依拠しファインバーグの見解に修正を加えている点で、他の諸見解にはない特徴を有している。

第一節　タシオラスの見解

第一款　行為の直接的な認識の可能性と公共空間における行為実行の制約

まず、論文の冒頭において、感情侵害行為はそれが不正である場合にのみ犯罪化に値する、と明言されている。これは、犯罪が道徳的不正のうちの一カテゴリー、すなわち共同体全体が特定し防止しそして刑罰を通じて非難す

ることに正当な利益を有するものでなければならないという要請に由来するという。[96]

そのうえで、ある感情侵害行為が犯罪化にとって必要な不正性を備えていると認められるために充足されなければならない条件として、まず次の二つが示されている。

第一に、感情侵害は、行為又はその生成物を直接に認識することの結果でなければならない。つまり、行為が行われたという単なる知識のみに基づくものであってはならないということである。その理由については複数の説明が考えられるが、そのなかでも、犯罪化により制約される自由の価値ゆえに単なる知識のみに基づく感情侵害を理由とする犯罪化の余地はほとんど認められないということが、最も重要な理由であるかもしれないと述べられている。[97]

第二に、感情侵害行為が経験される空間は、プライベートな空間ではなく公共空間でなければならない、すなわち、共同体全体がそれを規制することに実質的な利益を有する空間でなければならない。この第二の条件は、第一の条件が充足され、また犯罪化可能な不正は必要不可欠な公共的利益に関係するものであるという一般的な要請に応えるような具体的状況を定めるのに資する。さらに、公共空間と一括りにされうるものの、学校や目抜き通り、教会など、公共空間には多様なものが含まれており、各々に大いに異なる期待や慣習が認められる。ここで重要なのは、行為が感情侵害的であるかどうか、又はそれが犯罪化を支持するある程度の（*pro tanto*）理由を創出するほどに不正であるかどうかが、行為が行われる個別の公共空間の特性に常に左右されるということである、という。[98]

第二款　感情侵害の区別に基づく制約

続いて、タシオラスは、感情侵害について二つの区別を示したうえで、感情侵害行為の犯罪化に関するさらなる

制約を提示する。ここにいう二つの区別のうちの一つが、「プリミティヴな感情侵害（primitive offence）」と「規範規定的感情侵害（norm-governed offence）」の区別である。前者は、行為又は事物それ自体によって直接的に惹起される感情侵害をいう。例えば、腐敗し蛆の湧いた死体の目撃や臭いによる嫌悪感、耐えられないほどに大音量で継続的な騒音による圧迫感がこれに含まれる。他方、後者は、行為が何らかの重要な規範に反しているがゆえに生じる感情侵害をいう。例として、公然わいせつや人種差別的言論が挙げられている。公然わいせつにおいては性的礼節に関する道徳規範が、人種差別的言論においては他者に対する尊重に関する道徳規範が、それぞれ関係している。ただし、ここでの規範は道徳的なものでなければならないというわけではないという。[99]

プリミティヴな感情侵害と規範規定的感情侵害の区別と並んで示されているのが、「主観的に感情侵害的なもの」と「客観的に感情侵害的なもの」の区別である。曰く、前者は、ある行為がそれを認識した特定の個人や集団に感情侵害を生じさせる又はその傾向を有するという経験的事実の問題である。他方、後者は、特定の個人や集団の反応から独立して行為を適切に感情侵害的なものというカテゴリーに分類せしめるような何らかの基準によって決定される。この区別はプリミティヴな感情侵害と規範規定的感情侵害の区別を横断するものである。それゆえ、客観的に感情侵害的なものは、客観的かつプリミティヴに感情侵害的なものと客観的かつ規範規定的に感情侵害的なものに分けられる。行為が客観的かつプリミティヴに感情侵害的と認められるのは、その行為が標準的な状況下にある一般人に感情侵害を生じさせる傾向を有する場合である。他方、行為が客観的かつ規範規定的に感情侵害的と認められるのは、その行為の認識によって感情を害されることに正当な理由が認められる場合である。例えば、公然わいせつや人種差別的言論がこれに該当するのに対して、異なる人種の者と部屋を共有する見込みや同性愛カップルが公共の場において手をつなぐことはこれに当たらない、と。[100]

犯罪化の候補となりうるのは、客観的に感情侵害的な行為である。ほとんどの行為は主観的に感情侵害的でありうるため、主観的感情侵害性は基本的には行為を禁止する理由を創出しない。[101] 行為が客観的に感情侵害的であり、また前述の二つの要件が満たされた場合に、犯罪化を支持するある程度の理由が認められる、とされている。なお、ここにいうある程度の理由は、感情侵害的行為の禁止に関するコスト等の犯罪化に対抗する諸要素によって優越されうるものである。[102]

以上のように、タシオラスは、基本的には客観的に感情侵害的な行為のみが犯罪化の候補となりうるという制約を支持している。ファインバーグは類似の主張に対して既に批判を加えているが、タシオラスはこれに反論している。そこで、まずファインバーグによる批判を紹介したい。ファインバーグは、感情侵害行為の犯罪化の正当性について判断するにあたり、ある行為によって感情を害されることが道理に適っているかどうか（感情侵害の道理性）、タシオラスの用語法に従えば、ある行為が（特に規範規定的な態様において）客観的に感情侵害的であるといえるかどうかを考慮すべきでないと主張する。その理由として、次の二点が挙げられている。すなわち、第一に、感情侵害の程度基準で十分である。おおよそすべての者が道理に適わぬ感受性を持つようになるという事態はほとんど起こりえない。それゆえ、比較衡量テストによれば、道理に適わぬ感情侵害のみを惹起する行為が禁止される可能性は十分に最小化される。第二に、道理性基準の導入は、立法者に感情的反応の道理性を決定する特権という危険な権力を与えることになる、という。[103]

タシオラスは、二つの理由に対してそれぞれ反論を加えている。まず第一の理由に対して、感情侵害の程度基準がほとんど常に道理性基準と一致する結果を導くと考えるのは楽観的に過ぎるとの指摘がなされている。ある物事によって感情を害されるのは道理に適っていないと評価されるにもかかわらず実際にはその物事によって感情を害

されるという傾向性は、極めて広く認められるところであり、マイノリティに対しては特にそうであるという。また、例えば異人種間カップルが公共の場において手をつなぐことの犯罪化に対抗する理由が、この種の行為に対して嫌悪感を覚えるという傾向がごく一部の人種差別主義者のみに認められるに過ぎないという極めて偶然的な事実に依拠していることが憂慮されるべきであると述べられている。さらに、極めて人種差別的な社会においては、前述の異人種間カップルによる公共の場での愛情表現が犯罪化の候補になりかねないが、たとえ犯罪化に対抗する諸要素によって優越されるとしても、そもそも前記行為から生じる感情侵害が犯罪化を支持する理由にカウントされることや不正な行為と評価されること自体がおかしいように思われる、と指摘されている。

次に、第二の理由に関して、感情的反応の道理性判断に特有の危険なるものの内実は明らかでない、という。また、感情侵害の道理性基準は処罰を拡張するためのものではなく国家による強制を制約するためのものであり、さらに少なくとも前述のような問題を抱える感情侵害の程度基準よりは良いであろうといった指摘がなされている。[104]

第三款　危害と感情侵害の区別に対する批判

タシオラスは、ファインバーグやフォン・ハーシュらとは異なり、危害と感情侵害の区別を否定している。まず彼は、公然性交を例にとって以下のように述べる。すなわち、危害を伴わないが犯罪化の候補として検討に値する感情侵害行為とされるものの一つとして、公然性交が挙げられる。[105] しかし、危害を他者の利益に対する不正な減損と解釈するのであれば、公然性交が危害行為に含まれないということは全くもって明らかでない。ところで、「楽しさ（enjoyment）」は中心的な賢慮的価値又は人間の利益の一つであり、実際にこれはほとんどの福利に関する理論において賢慮的価値に分類されている。反対に、不愉快さや苛立ち、嫌悪感は、これらの経験が人の生をより

悪いものにするという意味で賢慮的無価値（prudential disvalues）を構成する。そして、公園での散歩のような我々の楽しさに資する公共空間における活動が、性交を行うカップルに出くわす見込みによって台無しにされてしまうであろうことは極めて説得的であるように思われる、という。[106]

タシオラスは、以上の主張に対しては、「些末さ（*de minimis*）」という観点に依拠した応答がなされるのが一般的であろうと述べる。すなわち、たとえ公然性交が他者の利益に対する不正な減損を伴うとしても、それを危害に分類するには侵害の程度に関して些末に過ぎる、との応答である。これに対して、タシオラスは次のように述べる。曰く、確かに、日常的に遭遇する様々な不作法や無礼な行為のような、犯罪化におよそ値しないような些末な態様の不正な感情侵害行為は無数に存在する。しかし、我々がその犯罪化について真剣に検討するであろう行為は、前述のような些末な行為ではなく、公然性交や人種差別的侮辱等である。我々は、侵害の重大性に関して、公然性交や人種差別的侮辱が軽微な身体傷害やスリに劣後すると考えるべきなのであろうか。より具体的に言えば、バスにおいて正対する者が他者から五ポンドを盗んだ場合に、犯罪化可能な人の利益に対する重大な減損が認められるのであれば、その者が自らの性器を露出した場合にも同様に重大な減損が認められるのではないか、と。[107]

第二節　シューメイカーの見解

第一款　道理性要件の要求

シューメイカーは、テレビやラジオといった公共メディアによる「汚い言葉（dirty word）」の使用に対する処罰の正当性について検討することを論文の目的とし、この目的の限度で感情侵害原理に考察を加えている。そして、危害と感情侵害の区別については、ファインバーグの主張は不完全ではあるものの、論文の目的の限度では受け入

れることができるとして、この主張に従っている。[108]

他方、シューメイカーは、ファインバーグが感情侵害の道理性（reasonableness）を考慮していない点を問題視している。彼は、極めて人種差別的な社会において町の中心に異人種間カップルがキスしている姿が描かれた巨大な広告板を設置する行為を例にとり、当該行為により惹起される感情侵害は極めて道理に適っていないにもかかわらずファインバーグの感情侵害原理によれば当該行為の犯罪化が正当化されうることになると述べる。そして、このような事態を回避するために、感情侵害の道理性が考慮されなければならないとする。[109]

そのうえで、当該要件の導入に反対するファインバーグの主張に対して以下のように検討を加えている。ファインバーグが当該要件の導入を否定する理由については、前節第二款において紹介した通りである。すなわち、第一に、感情侵害の程度基準で十分であり、第二に、道理性基準の導入は、立法者に感情的反応の道理性を決定する特権という危険な力を与えることになる、というものであった。第一の理由に対して、シューメイカーは、異人種間カップルを目撃することや、黒人が白人女性を直接一瞥すること、男性同士のカップルが公然の場において愛情表現を行うことの目撃により生じる感情侵害は道理に適っていないにもかかわらず広く見受けられるものであったこと、そしてそれに伴う州の対応に関するアメリカの歴史を見るだけでも、それは誤りであるといえるように思われると反論する。[110]

次に、第二の理由に対しては、道理性の意味の分析を通じた批判を加えている。すなわち、道理性は、①感情侵害それ自体の道理性、すなわち、被害者が支持する包括的世界観からしてその者の反応は道理に適っているか、②感情侵害の背後にありそれを生じさせるところの包括的世界観を支持する被害者の理由の道理性、すなわち、被害者がある思想体系を支持する理由は何らかの批判的吟味に耐えうるか、③世界観それ自体の道理性、すなわち、そ

れは論理的に整合し一貫した世界観なのか、④感情侵害的な行為・出来事に対する立法を支持する正当化論拠としての道理性、すなわち、感情侵害行為を行う者に対する国家による強制を支持する論拠はよきものといえるのか、という四種類に区別される。ファインバーグは①及び②を念頭に置いているように思われるところ、その限りで彼の主張は正しい。というのも、リベラルな国家は、何を信仰し尊重するかということに関する市民の権利に干渉する権限を持たないからである。しかし、彼は③及び④については言及していないが、ここで重要なのは、国家が③及び④の判断を行うことに問題はなく、また適切であるということである、という。[111]

第二款　道理性要件の具体化

続いて、シューメイカーは、ロールズの『政治的リベラリズム』における議論に依拠することにより、感情侵害の道理性要件を以下の過程を経て具体化している。まず、秩序だったリベラルな社会（well-ordered liberal society）というロールズのモデルにおいて、リベラルな国家の基本構造は、個人の善の諸構想（又は「諸包括的教説（comprehensive doctrines）」）[112]の多元性にもかかわらず、市民間の合意の可能性によって支持される。つまり、リベラルな国家は特定の種類の諸包括的教説の（仮想的な）重なり合う合意（overlapping consensus）によって構築される。そして、諸市民の重なり合う合意において見いだされるのが、公共的理性（public reason）というアイデアである。公共的理性とは、「集団として法の制定や憲法の修正において互いに対して最終的な政治的・強制的権力を行使するところの平等な諸市民の理性」[113]をいう。公共的理性は、公共的対話の主題だけでなく公共的対話がいかにして行われるべきかという方法の点においても、当該対話に限定を加える。これによれば、公共的対話への参加者には、「自らの活動の論拠を、互いに対して、他者が自らの自由・平等と両立するものとして受け入れる

であろうことを各人が期待しうるように説明する用意がある」[114]ことが要請される。

そして、公共的理性に基づく要請が満たされることにより、他者の自由に対する国家による制約の正当化は道理に適っていると評価されることになる。さらに、これは二つの要請に分けられる。第一に、道理に適った公共的正当化は、推論規則や証拠のルール等を含む、一般的な論証の作法（ways of reasoning in general）の基礎的な基準を充たすものでなければならない。これは純粋に実践的な理由からも支持されうる。すなわち、論証の作法に関する最低限の要請の受容なしには、有効なコミュニケーションや集団的意思決定を行いえないという理由である。例えば、矛盾を意に介さない者や明確に誤った信念から主張を引き出す者との公共政策に関する議論は、ある特定の政策を実施するかどうかに関してどのような解ももたらさないだろう。より具体的には、地球平面説を強く支持する者と教育や宇宙政策に関するコミュニケーションを継続的に行うことは不可能だろう。[115]第二に、道理に適った公共的正当化は、特定の包括的教説のみに依拠するものであってはならない。すなわち、個人の包括的教説に由来する理由のみに訴えかけるような正当化は、それが他のすべての（道理に適った）市民によって彼らの自由及び平等と両立するものとして支持されえないであろうことを考えれば、公共的には道理に適っていないと評価される。[116]この点は、リベラルな政治的伝統における法や法制定の背後にある動機付けの考慮によって補強される。法は、諸市民が自由に自身の善の構想を追求しうるような枠組みを提供し維持するものとして予定されている又はそうあるべきである。それゆえ、独立宣言の表現を借りれば、政府や法は、生命、自由及び幸福追求の不可侵の権利を保障するために創設される。そして、ここにいう幸福追求を可能にするためには、感情侵害的な迷惑行為からの自由も一定程度保障される必要があるだろう、という。

以上を踏まえ、シューメイカーは、感情侵害の道理性要件に、「感情侵害的な行為／出来事に対する国家による

立法を支持する論証は、公共的理性の要請により道理に適っていないと評価される場合には、立法における感情侵害原理の適用に際して考慮されるべきではない」という定式を与える。[117] そのうえで、道理性条件により処罰が否定される行為の例として、極めて人種差別的な社会において町の中心に異人種間カップルがキスしている姿が描かれた巨大な広告板を設置するという前述の行為を挙げる。曰く、当該行為を禁止する論拠として、その広告板は我々のほとんどが有する道徳的／宗教的感受性を害するような行為を描写するものであり、それゆえ当該行為は禁止されるべきであるという主張が考えられるが、これは、特定の包括的教説に由来する理由、すなわち、当該道徳的／宗教的感受性を有しない他の道理に適った市民によって支持されえないであろう理由のみに訴えかけるものであるため、道理性条件に反する、と。[118]

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

第一款　議論の出発点としてのファインバーグの見解

第三章から第五章にかけて、英米圏における感情侵害原理を巡る議論を概観してきた。感情侵害原理に関する研究の先駆者でありその後の議論の土台を構築したのが、ファインバーグであった。彼は、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とは、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ところの、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をいう。ファインバーグは、「福利に関する利

益」に対する侵害の有無、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よって、危害と感情侵害を区別している。さらに、行為の不正性（権利侵害）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が、行為の不正性が例外的に認められない場合として、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。ファインバーグは、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の区別を図っている。

感情侵害が認められれば直ちに処罰が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行為の個人的重要性、②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。

以上の通り、ファインバーグは、感情侵害（事実としての感情侵害＋行為の不正性）の有無を判断し、その後比較衡量を行うという形で判断枠組みを設定している。以降の論者らも、基本的にはこの枠組みを前提としたうえで、その内実について各々考察している。

第二款　危害と感情侵害の区別

ファインバーグ以降の議論における争点は次の二点に大別できる。第一に、危害と感情侵害を区別することが可能かどうか、第二に、感情侵害行為に対する処罰を支持するある程度の理由が認められるためには事実としての感情侵害（感受性侵害）に加えてどのような要素が要求されるべきか、である。第一の点について、フォン・ハーシ

ユとシメスターは、ファインバーグと同じく危害と感情侵害を区別する立場に立っている。具体的に言えば、彼らは、各人の善の構想を追求するための将来の機会に対する侵害又はその可能性の有無によって区別を図っている。

他方、反対の立場に立つのが、タシオラスである。彼は、その犯罪化が真剣に検討されうるであろう重大な感情侵害――例えば、公然性交の目撃による感情侵害――が軽微な傷害やスリといった危害よりも侵害の程度において劣後するとは言い難く、さらにそのような感情侵害を危害に含めることが特段不自然であるとは思われないという理由から、危害と感情侵害の区別に反対している。また、ヘルンレも、フォン・ハーシュらによる区別に批判を加えていた。すなわち、各人のよき生の構想を追求するための将来の機会に対する減損という危害解釈は、危害に分類されるべき事態をそこから除外してしまうという意味で、過度に限定的であるという。例として、それが行われたことを知りえない意識なき者に対するレイプが危害に（また感情侵害にも）該当しないということが挙げられていた。

第三款　処罰を支持するある程度の理由が認められるために要求されるべき要素

第二の点について、フォン・ハーシュらは、ファインバーグと同様に、事実としての感情侵害（感受性侵害）に加えて行為の不正性が要求されるべきであると主張する。しかし、不正性に関するファインバーグの理解においては、当該要件は実質的に無意味なものになってしまっているという。そこで、彼らは改めて不正性の内実を探求し、最終的に、これを他者に対する尊重・配慮なき取扱い（適切な配慮と尊重をもって取り扱われるという他者の権利に対する侵害）と捉える。これに該当する行為の例としては、侮辱、露出行為、そして公共の場における強引で執拗な物乞い行為が挙げられていた。これに対して、ヘルンレは、他者に対する尊重・配慮なき取扱いという不正性

理解も処罰範囲の限定という役割を十分には果たしていないと指摘する。曰く、待ち合わせの約束に意図的に数時間も遅れることの反復や結婚式のような重要な社会的行事における花嫁花婿の過去に関する非常に無神経な発言、不適切な服装での葬儀への参加等に対する刑法の使用を想像することは困難であるが、それにもかかわらず、これらの行為は他者に対する尊重・配慮なき取扱いに含まれてしまう、と。

他方、タシオラスは、行為の不正性が認められるための条件を三つ提示している。第一に、単なる知識に基づく感情侵害しか惹起しえないような行為であってはならないという制約が設けられている。ファインバーグも、一部例外はあるが原則として当該行為には不正性が認められないとしていた。また、この制約は、フォン・ハーシュらのいう不正性の内実である他者に対する尊重・配慮なき取扱いの要素に内在しており、この点において両見解に違いはない。

第二に、行為は公共の場において行われるものでなければならないという条件がある。これに対して、ファインバーグの見解では、公共の場における行為実行という事情は、比較衡量の段階において（感情侵害の影響範囲や代替的機会の利用可能性等によって）考慮されることになるだろう。また、フォン・ハーシュらは、これを明示的に比較衡量の考慮要素に位置づけている。

第三に、行為は客観的に感情侵害的なものでなければならないという。プリミティブな感情侵害の場合、これは行為が標準的な状況下にある一般人に感情侵害を生じさせる傾向を有するかどうかによって判断される。標準的な状況下にある一般人という基準は、ファインバーグの見解においては、比較衡量の考慮要素又は制約に位置づけられている（特異な感受性の不算入）。他方、規範的な要素を含んでいないという点で、フォン・ハーシュらのいう他者に対する尊重・配慮の欠如という基準とは異なっている。規範規定的感情侵害の場合、行為が客観的に感情侵

害的といえるかどうかは、行為の認識によって感情が害されることに正当な理由が認められるかどうかによって判断される。これに類する主張に対して、既に、ファインバーグは、感情侵害の程度基準で十分であり、また感情的反応が道理に適っているかどうか（正当な理由に基づいているかどうか）を判断する権限を立法者に与えることは危険であると批判していた。ファインバーグの批判を受けて、タシオラスは、感情侵害の程度基準は場合によっては異人種間カップルが公共の場において手をつなぐことの犯罪化を許容しかねず、また感情的反応の道理性判断を立法者に許すことによって生じるとされる危険の内実は明らかでない等と反論している。他方、フォン・ハーシュらの見解との相違は明らかでない。というのも、タシオラスは正当な理由が要求されなければならないと述べるにとどまっており、理由の正当性の判断基準には踏み込んでいないからである。

感情侵害の道理性（客観性）について、シューメイカーは、政治的リベラリズムに基づき、感情侵害行為に対する処罰を支持する論証が一般的な論証の作法の基礎的な基準を充たすこと、そして特定の包括的教説のみに依拠するものであってはならないということを要求していた。これらは、タシオラスの正当な理由基準よりも明確な基準であるといえよう。もっとも、当該正当な理由基準やフォン・ハーシュらの他者に対する尊重・配慮の欠如という基準よりも処罰範囲を限定しているわけではないように思われる。

第二節　要検討事項の提示

以上より、検討を要する点として、次の二つを指摘することができよう。第一に、危害と感情侵害を適切に区別することが可能かどうか、という点である。なお、日本刑法学において、危害原理を立法批判基準として明示的に支持する見解は多くない。しかし、危害と感情侵害の区別が支持できないということは、一般に当罰的と考えられ

ている他の諸行為（危害行為）と比較して、すべての感情侵害行為が侵害の重大性という観点においておよそ劣後するとは言えないという意味をも伴う。それゆえ、場合によっては、侵害の軽微性ゆえに感情侵害行為はおよそ処罰に値しないという日本刑法学においてある程度暗黙裡に想定されているかもしれない主張は、成り立たないこととなる。

第二に、犯罪化を支持するある程度の理由が認められるためには、事実としての感情侵害（感受性侵害）に加えてどのような要件が要求されるべきか、換言すれば、行為の不正性の内実を如何に理解すべきか、という点である。誰かがある行為によって感情を害され（う）るという事実の存在のみによって処罰を支持するある程度の理由が基礎づけられるとする考えが不当なのは明らかであり、したがって、事実としての感情侵害に加えて如何なる要件を要求すべきかという点の検討が、感情侵害行為に対する処罰の余地を認めるためには必要不可欠である。また、第二章において、日本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になった。すなわち、刑法による感情の保護に否定的な立場から、感情侵害原理とリーガルモラリズムの区別は困難であるとの批判がなされていた。また、感情の刑法的保護の余地を認めたうえで「制度化された利益」にあたるかどうかによって保護の適否を判断する見解も、リーガルモラリズムとの区別の問題を抱えていた。この点について、ファインバーグとフォン・ハーシュらは、「多数の道徳か普遍的ルールか」という視点による区別ではなく、個人の権利侵害（行為の不正性）という要件によって、リーガルモラリズムとの区別を図ろうとしていた。したがって、この区別がうまく機能しているかどうか、またそもそも個人の権利という観点によってしか区別されえないのかどうかという点も意識しつつ、この問題に取り組む必要がある。

さらに、前述の二点とは別に、如何なる要素が比較衡量において考慮されるべきかという点も検討されなければ

ならない。タシオラスやシューメイカーはこの点に考察を加えていないが、フォン・ハーシュらはファインバーグとは異なる理解を示していた。詳しく言えば、フォン・ハーシュらは、調整原理又は比較衡量の考慮要素として、①社会的寛容、②回避容易性、③直接性、④公共の場／プライベートな場における行為実行を挙げていた。この理解は、ファインバーグの見解と複数の点において相違している。例えば、①における危害の要求や③は独自のものであるし、またファインバーグは④それ自体を考慮要素とはしていない。さらに、②について、フォン・ハーシュらはファインバーグの見解においてこれが要求される理論的根拠が示されていないと指摘したうえで、根拠を明示している。他方、同意原則や悪意・害意といった考慮要素について、フォン・ハーシュらは少なくとも明示的には要求していない。何を比較衡量の考慮要素に据えるかが感情侵害行為に対する処罰の範囲に多大な影響を与えることは明らかである。したがって、この点について、ファインバーグ及びフォン・ハーシュらの見解を参照しつつ改めて検討することが求められるだろう。

第七章　結びに代えて

本稿の問題意識は、感情を保護法益とする見解が主張されている犯罪が刑法典内外に多数存在し、また昨今の刑事立法の活性化の傾向を考えれば、解釈による前記犯罪の処罰範囲の拡大や感情侵害行為（迷惑行為）のさらなる犯罪化が過度になされるおそれが否定できないであろうにもかかわらず、刑法による感情の保護に関する議論が十分に行われてきたとはいえないのではないかというところにあった。そこで、本稿では、日本の議論状況を概観・分析したうえで、感情侵害行為の処罰を限定する基準を導出するための足がかりを得るために、英米圏の感情侵害原理を巡る議論を参照した。具体的には、本原理の提唱者であるファインバーグの見解に加え、フォン・ハーシュ

とシメスター、タシオラス、シューメイカーの見解を概観し、整理した。その結果、前記限定基準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ことができた。すなわち、感情侵害行為の犯罪化を支持するある程度の理由（事実としての感情侵害＋行為の不正性）の存否を判断し、その後比較衡量テスト（又は調整原理のもとでの検討）にかけるという判断枠組みを前提として、①危害と感情侵害を適切に区別することは可能かどうか、②犯罪化を支持するある程度の理由が認められるためには事実としての感情侵害に加えてどのような要件が要求されるべきか（本稿において取り扱った論者らの用語法に従えば、行為の不正性の具体的内実をどのように捉えるべきか）、③如何なる要素が比較衡量において考慮されるべきか、という三点である。

これら三点を中心として感情侵害行為に対する処罰を制約する条件について検討していくことになるが、紙幅の都合上、本稿では当該検討を行うことができなかった。この点については、次の論文において行うこととしたい。

（74）例えば、Wohlers, *supra* note 33, p. 259.

（75）フォン・ハーシュらの感情侵害原理を紹介する文献として、田中・前掲注（16）六八頁以下、高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』（成文堂、二〇一八）六四頁脚注（11）、梶原・前掲注（32）七四五頁以下が挙げられる。また、フォン・ハーシュらの犯罪化論について、松澤伸「刑法／刑罰制度の正当化根拠論と犯罪化論／犯罪論」吉開多一ほか編『刑事政策の新たな潮流：石川正興先生古稀祝賀論文集』（成文堂、二〇一九）四一頁以下参照。

（76）ここにいう「感受性侵害」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」の惹起と同義である。

（77）AP Simester & Andreas von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs : On the Principles of Criminalisation*, Hart Publisching, 2011, pp. 95–97. 本稿では、フォン・ハーシュらの見解を紹介するにあたり、当該文献（以下、*Crimes, Harms, and Wrongs* と略記する）を参照する。もっとも、彼らの主張の基本部分は、少なくとも AP Simester &

Andreas von Hirsch, Rethinking the Offense Principle, *Legal Theory* vol. 8, 2002, pp. 259–285の段階で既に示されている。

(78) *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 94.

(79) *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 97–100.

(80) *Crimes. Harms, and Wrongs*, pp. 101–104.

(81) *Crimes. Harms, and Wrongs*, pp. 109–111.

(82) *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 112 f.

(83) *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 112–116.

(84) *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 117 f.

(85) また、表現的・コミュニケーション的な行為は法の支配のもとで機能する民主的政体を有するという我々の集団的利益にも貢献しうるということも指摘されている。もっとも、先行研究の膨大さゆえに詳述はしないと述べられている（*Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 119）。

(86) *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 119–122.

(87) 本節第三款参照。

(88) *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 125–128. なお、なぜ法的帰属に関して問題のある危害が社会的寛容の要請を後退させるという重要な役割を果たしうるのかという疑問が生じるかもしれないが、この疑問に対応するような記述は見受けられない。

(89) *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 128–130.

(90) *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 130–131.

(91) なお、フォン・ハーシュらによれば、法的に重要な感情侵害行為は主として公共の場において行われることは共通の理解に至っていると考え、これまでの論考において特段強調してこなかったが、それゆえに後述のヘルンレの批判を招いてしまったことを考慮し別途詳細に説明することとした、という（*Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 132）。

(92) *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 132–134.

(93) Tatjana Hörnle, Legal Regulation of Offence, Andrew von Hirsch & AP Simester (Eds.), *Incivilities : Regulating*

Offensive Behaviour, Hart Publishing, 2006, p. 142. 結婚式における無神経な発言の事例に関して、フォン・ハーシュらは、当該行為が禁止されるべきでない理由は、不正性の欠如ではなく種々の調整要素にあると述べている。具体的には、感情侵害の重大性と十分な影響範囲の不存在、自由なスピーチの重要性と社会的寛容、過剰包摂なしに感情侵害的なスピーチを禁止することの実践上の困難性ゆえに、当該行為の処罰は否定されるという（*Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 132）。

(94) Hörnle, *supra* note 93, p. 145.

(95) Tatjana Hörnle, Theories of Criminalization : Comments on A.P. Simester / Andreas von Hirsch : Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation. Hart Publishing : Oxford and Portland, Oregon. 2011, *Criminal Law and Philosophy* vol. 10, 2016, p. 305.

(96) John Tasioulas, Crimes of Offence, Andrew von Hirsch & AP Simester (Eds.), *Incivilities : Regulating Offensive Behaviour*, Hart Publishing, 2006, p. 150.

(97) Tasioulas, *supra* note 96, pp. 150 f. この理由を支持するものとして、H. L. A Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, 1963, pp. 46 f.

(98) Tasioulas, *supra* note 96, p. 151.

(99) Tasioulas, *supra* note 96, pp. 151 f.「直接的感情侵害」と「間接的感情侵害」という類似の区別を設けるものとして、R.A. Duff & S.E. Marshall, How offensive can you get?, Andrew von Hirsch & AP Simester(Eds.), *Incivilities : Regulating Offensive Behaviour*, Hart Publishing, 2006, pp. 59 f. タシオラスによる区別とダフとマーシャルによる区別の違いについては、Tasioulas, *supra* note 96, pp. 152 f. 参照。また、ダフらによる区別に対するフォン・ハーシュらの応答として、*Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 104 f.

(100) Tasioulas, *supra* note 96, pp. 153 f.

(101) 主観的に感情侵害的な行為の犯罪化が一切認められないというわけではない、という。当該行為に犯罪化にとって必要な不正性が認められるかもしれない場合として、例えば、感情侵害を超えた何らかの伝統的な意味での危害を生じさせる場合が挙げられている（Tasioulas, *supra* note 96, p. 154）。

(102) Tasioulas, *supra* note 96, pp. 153 f.

(103) *Offense to Others*, p. 35.

(104) Tasioulas, *supra* note 96, pp. 155 f.

(105) タシオラスは、議論の途中まで公然性交と並んでホロコーストの否定を念頭に置いているが、ホロコーストの否定に対する処罰を巡る議論は複雑な問題を孕んでいるとして、公然性交のみを例にとって議論を展開している（Tasioulas, *supra* note 96, pp. 164 f.）。

(106) Tasioulas, *supra* note 96, pp. 164 f.

(107) Tasioulas, *supra* note 96, p. 165.

(108) Shoemaker, *supra* note 33, pp. 546–548.

(109) Shoemaker, *supra* note 33, pp. 552 f.

(110) Shoemaker, *supra* note 33, p. 554.

(111) Shoemaker, *supra* note 33, pp. 554–556.

(112) 「包括的教説」とは、人の生において価値あるものの構想や個人の性格の理想、家族的・集団的関係の理想といった非政治的な価値や徳の構想にかかわり、さらに我々の行為を導き、我々の生全体に対して制約を課すような他の多くの事柄にかかわるところの、哲学的・宗教的・道徳的教説をいう（John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 13）。

(113) Rawls, *supra* note 112, p. 214.

(114) Rawls, *supra* note 112, p. 218.

(115) また、テレビやラジオといった公共メディアによる「汚い言葉（dirty word）」の使用に対する処罰の正当性の検討にあたって、「整合性の原理（Principle of Consistency）」なるものが、論証の作法に関する基礎的な基準の一つとして提示されている。これは、「Xは感情侵害的でありそれゆえに禁止されるべきであるという判断は、すべての関係する重要な点においてYはXとまったく同様であるという限りにおいて、Yは感情侵害的でなくそれゆえに法的に許容されるべきであるという前記判断と整合しない判断が同時になされている場合には、道理に適っていない」とする原理である（Shoemaker, *supra* note 33, pp. 573 ff.）。

(116) Shoemaker, *supra* note 33, pp. 556–561.

(117) Shoemaker, *supra* note 33, p. 560.

(118) Shoemaker, *supra* note 33, pp. 560 f.