The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	感情侵害行為の処罰に対する制約の探求（一）：感情侵害原理を巡る議論を中心として
Author(s)	亀田，悠斗
Citation	阪大法学. 2022, 71(6), p. 151-181
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87409
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

感情侵害行為の処罰に対する制約の探求（一）

――感情侵害原理を巡る議論を中心として――

亀田悠斗

第一章　はじめに
第二章　検討の前提
第一節　限定基準の役割・射程
第二節　ファインバーグの見解の紹介
第三章　危害と感情侵害の区別
第一節　危害と感情侵害の区別とその意義
第二節　区別に対する批判
第三節　本稿において採用するアプローチ
第四章　感情侵害行為に対する処罰を支持するある程度の理由
第一節　ファインバーグの理解
第二節　フォン・ハーシュとシメスターの理解
第三節　タシオラスの理解
第四節　シューメイカーの理解
第五節　比較衡量の前段階におけるある程度の理由の存否判断の断念（以上、本号）
第五章　比較衡量の考慮要素について
第一節　ファインバーグが提示した考慮要素について
第二節　フォン・ハーシュらが提示した調整原理・考慮要素について
第六章　感情侵害行為の処罰に対する三つの制約について
第一節　因果的危険性・道理性・比較衡量
第二節　比較衡量判断の重視について
第七章　おわりに

第一章　はじめに

本稿では、前回の論文に引き続き、[1] 刑法による感情の保護を主題とする。現在、刑法典内外の多くの処罰規定について、その保護法益を感情と解する見解が主張されている。[2] また、「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になっている」[3] という傾向をも伴う近年の刑事立法の活性化を考えれば、迷惑行為に対する新たな刑事立法のように感情侵害行為のさらなる犯罪化が行われる可能性も決して低くはない。しかし、当然ではあるがすべての感情侵害行為が当罰的であるわけではない。それゆえ、解釈及び立法による処罰範囲の過度の拡大を防ぐためには、感情侵害行為の処罰を限定するための基準を明らかにする必要がある。もっとも、当該限定基準の具体的内容を含め刑法による感情の保護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。したがって、本稿では、当該限定基準の内実の探求を目的とする。

前回の論文では、この目的を追求するための前提作業として、刑法による感情の保護に関する先行研究を概観・整理した。まず、日本刑法学における先行研究を取り上げたうえで、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が困難であるという問題があることを確認した。確かに、この問題の重要性は明らかである。もっとも、多数の道徳か普遍的ルールかという一つの具体的な区別基準に対して批判が向けられているもの[4]、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。したがって、如何なる点において適切に区別が図られうるのかということも含め、感情侵害行為の処罰を限定する基準に関して研究を進める意義は十分あるものと考えた。そのうえで、限定基準導出の手がかりを、感情侵害原理（Offense Principle）を巡る英米圏の議論に求めることとした。具体的には、この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ファインバーグ（Joel

Feinberg）の見解、この議論に多大な貢献をなしたと評されているフォン・ハーシュ（Andreas von Hirsch）とシメスター（AP Simester）の見解及びこれに対するヘルンレ（Tatjana Hörnle）による内在的批判、そしてその他の重要な研究としてタシオラス（John Tasioulas）の見解及びシューメイカー（David W. Shoemaker）の見解を取り上げた。最後に、以上を整理したうえで、英米圏の議論において、感情侵害行為の犯罪化を支持するある程度の理由（*pro tanto* reason）[5]（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）にかけるというある程度共有されている判断枠組みを前提として、次の三点が争点となっていることを明らかにした。すなわち、第一に、危害と感情侵害を適切に区別することは可能かどうか、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に加えてどのような要件が要求されるべきか（前記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）、そして第三に、如何なる要素が比較衡量において考慮されるべきか、という三点である。

以上を踏まえ、本稿では、これら三点を中心とした感情侵害原理を巡る議論の検討を通じて、前記限定基準を導出することを試みる。具体的には、以下の通り論じていく。まず、検討の前提として、本稿が導出することを目指す限定基準の性質や射程を明らかにする。また予め、本稿の検討対象の一つであると同時に他の諸見解の出発点ないし参照点となっているファインバーグの見解を簡潔に紹介する（第二章）。次に、前述の検討を要する三点について順次考察していく（第三～五章）。最後に、諸見解の考察を経て導き出された制約を改めて示す（第六章）。

第二章　検討の前提

第一節　限定基準の役割・射程

ファインバーグは、感情侵害原理を、刑事立法を道徳的に制約・指導する原理として構想している。[6] 本稿も基本的には同様の見地に立つが、ここに二点補足・修正を加える。まず第一に、「道徳的」という用語法についてである。ファインバーグは、感情侵害原理を主題とした『他者への感情侵害』を含む『刑法の道徳的限界』シリーズ[7]の目的を、「立法に対する道徳的制約の説明」や「立法者を指導する首尾一貫した説得的な道徳原理のセットの提供」等と表現している。[8] もちろん、ここで彼が念頭に置いているのは、「実定道徳」、すなわち「特定の社会集団によって実際に受け入れられ共有されている道徳」ではなく、「批判道徳」、すなわち「実定道徳を含む実際の社会制度への批判において用いられる一般的な道徳原理」である。[9]『刑法の道徳的限界』は「応用道徳哲学の論考」であると述べていること[10]や刑法の道徳的限界に関する自らの立場を「リベラルな立場」と称していること等[11]から、このように理解される。もっとも、日本刑法学においては、道徳という語によって実定道徳が想起されそこから若干の議論の混乱が生じるかもしれない。[12] そこで、実定道徳違反が犯罪化を支持するある程度の理由になりうると考える一種のリーガルモラリズムの立場を前提としているわけではないという点を明確にするために、本稿において導出を試みる感情侵害行為の処罰を限定する基準の役割は批判道徳的観点から刑事立法を制約・指導することにある、と表現する。[13]

第二に、感情侵害行為に対する刑事立法を批判道徳的な観点から制約・指導する基準は、感情侵害（危殆化）を処罰根拠とする犯罪規定の解釈においても、具体的な規定形式や文言が許す限りではあるが、一定の貢献をなしう

ることが指摘できる。これは、立法批判基準としての法益概念が処罰規定の解釈をも指導しうると考えられてきたことと同様である。

続けて、本稿における検討の対象・射程についても、ファインバーグの主張を参照しつつ明確化する。まず、ファインバーグは、『刑法の道徳的限界』シリーズの目的は前記道徳原理の探求に限定されると明示し、他の規制手段の社会的効用を考慮した費用対効果の分析や狭い意味での「政治」の要請（例えば、ログローリング[14]や妥協）などを検討対象から外している[15]。本稿も概ね同様に考え、感情侵害行為に対する種々の応答手段[16]の有効性や人的経済的資源の有限性、社会的コスト等に関する諸観点を検討対象から除くこととする。

次に、合憲性との関係に言及する。この点について、ファインバーグは、合憲だが道徳的に正当でない法律と違憲だが道徳的に正当な法律が存在しうると考え、合憲性（法的有効性）と道徳的正当性を区別している[17]。これを感情侵害行為に対する処罰という場面に即して言えば、感情侵害原理は感情侵害行為に対する処罰規定の合憲性ではなく道徳的正当性を審査する基準である、ということになる。先の修正を前提としてではあるが、本稿もこの理解を受け継ぎたい。すなわち、「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[18]」ところ、本稿は、前記限定基準を後者に分類されるものとして捉える。もっとも、限定基準を感情侵害行為に対する処罰規定の合憲性・法的有効性を審査するものと理解しないからといって、限定基準を巡る議論と合憲性を巡る憲法学的議論が一切重複しないというわけではない。というのも、憲法解釈も道徳的ないし政治哲学的議論に全く立ち入らずして行われているわけでは決してないからである[19]。

以上をまとめれば、本稿の検討対象となる感情侵害行為の処罰に対する限定基準は、批判道徳的観点から感情侵

害行為に対する刑事立法及び処罰規定の解釈を制約・指導する原理であり、これらの合憲性を審査するものではない、ということになる。

第二節　ファインバーグの見解の紹介

以上の役割・射程を持つ限定基準の具体的内容について検討するにあたり、手がかりとなるのが感情侵害原理を巡る英米圏の議論である。そして、当該議論における先駆者がファインバーグであり、以降の論者らもファインバーグの見解を出発点ないし参照点としつつ考察を進めている。そこで本節では、諸論点の検討に先立ち、ファインバーグの感情侵害原理について簡潔に紹介する。[20]

ファインバーグは、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）」）のうち主たるものとして、危害原理[21]、感情侵害原理、リーガルパターナリズム[22]、（狭義の）リーガルモラリズム[23]を挙げたうえで、[24]前二者のみを支持する。[25]危害原理と感情侵害原理が別個独立の原理として捉えられているところ、危害と感情侵害は、「福利に関する利益（welfare interests）」[26]に対する侵害の有無、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区別されている。[27]

感情侵害原理は、ファインバーグによって、「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に有効な手段であり、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」と定式化されている。ここにいう「感情侵害」は、嫌悪や羞恥、恐怖等の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。[28]

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（bare knowledge）」による感情侵害、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。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が図られている。[29]

もっとも、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。この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（reasonableness）である。前者は、感情侵害の程度、道理に適った回避可能性、同意原則といった諸要素から決定される。感情侵害の程度は、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。他方、後者は、行為者にとっての行為の個人的重要性、行為の社会的価値、表現行為としての重要性、代替的行為機会の利用可能性、悪意・害意、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。[30]

「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ファインバーグが設定した判断枠組みを前提として、以降の研究は進められている。

第三章　危害と感情侵害の区別

第一章において、感情侵害行為に対する処罰の正当化について考えるにあたり検討を要する点として、次の三点を挙げた。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）にかけるという英米圏の議論においてあ

る程度共有されている判断枠組みを前提として、第一に、危害と感情侵害を適切に区別することは可能かどうか、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に加えてどのような要件が要求されるべきか（英米圏の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）、そして第三に、如何なる要素が比較衡量において考慮されるべきか、という三点である。以下、それぞれに考察を加える。

第一節　危害と感情侵害の区別とその意義

前章第二節において紹介した通り、ファインバーグは、危害と感情侵害を区別する立場に立っている。そして、その具体的な区別を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。フォン・ハーシュとシメスターも概ね同様の考え方を採用している。すなわち、フォン・ハーシュらも危害と感情侵害を区別したうえで、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・追求するための将来の機会に対する減損の有無にその具体的な区別を求めている。(31)

このような理解に対しては後述するように批判が向けられているわけだが、この理解の妥当性を検討する前に、危害と感情侵害の区別について論じる意義について確認したい。まず、仮に危害を根拠としない処罰は正当化されえないという立場に立つのであれば、危害と感情侵害の区別の意義は明らかである。それは感情侵害行為に対する処罰の範囲の広狭に影響する。しかし、ファインバーグもフォン・ハーシュらもそのような立場には立っていない。また、次章以降に検討する彼らの処罰基準の内容を見ても、危害と感情侵害を区別しなければ導出されえないような要件は存在しないように思われる。(32) したがって、ここでは、危害と感情侵害の区別如何は感情侵害行為の正当な

処罰範囲を変動させるものではない。あくまで、危害概念をどのように理解し危害と感情侵害の両概念をどのように整理するのか、また如何なる感情侵害が危害に分類されうるのかという問いの立て方・論じ方に関係するにとどまる。

第二節　区別に対する批判

危害と感情侵害の区別の問題の意義が以上の通りであるとすれば、なぜわざわざ危害と感情侵害を異なるものとして観念する必要があるのかという疑問が生じる。両者を区別することのメリットは明らかでない。

これに対して、第一に、危害行為の処罰に関する判断と感情侵害行為の処罰に関する判断における考慮要素の違いに着目し、これに応じた前者と後者の判断枠組みの区別を可能にすることに危害と感情侵害の区別の分析上のメリットがあると主張されるかもしれない。実際、危害行為の処罰に関する判断と感情侵害行為の処罰に関するそれとの間には注意を払うに値する考慮要素の違いがありうる。例えば、感情侵害行為との直面の回避が困難であるほどその分感情侵害行為の道理性が低下するとする道理に適った回避可能性[33]が問題となりうるかどうかという点が挙げられる[34]。道理に適った回避可能性の存在は、感情侵害行為の処罰の文脈においては処罰を制限する方向に働くが、危害行為の処罰の文脈においては通例そのようには考えられないだろう。フォン・ハーシュらは、「一四番通り又は一六番通りを安全に歩行できるということ、すなわち一五番通りが回避可能であるということは、一五番通りにおける暴行の犯罪化を支持する主張」を退ける理由とはならない一方で、公然わいせつやわいせつ物陳列は指定されたビーチや許可された映画館においては許容されうるかもしれないと述べているところ[35]、この違いは強調に値するように思われる。また、次章第三～五節において言及する通り、ある行為を認識することによって害を被ること

が道理に適っているかどうかを判断する必要があるかどうかという点にも違いが見られる。

しかし、危害と感情侵害の区別は、感情侵害行為の処罰に関する判断の特殊性を強調するための必要条件というわけではない。というのも、例えば危害と感情侵害を区別せず感情侵害を比較的重大でないが特殊な性質を有する危害と捉えたうえで、感情侵害原理を前記特殊な危害を対象とする危害原理の下位原理と位置づけることも可能だからである。[36]

第二に、メリットがあるかどうか以前に、そもそも危害と感情侵害を区別するのは自然なことであり、後者を前者の一部とするのは直観にそぐわないと主張されるかもしれない。しかし、タシオラスは、公然性交によるような感情侵害が本質的に危害とは異なるものであるということは全くもって自明でないと述べる。危害を他者の利益に対する不正な減損と解釈することは可能であり、かつそう解釈するならば、感情侵害はさらなる後続の影響とは無関係にそれ自体として危害に分類されるべきであるだろうという。また、一九七九年にイギリスにおいて発表された「わいせつと映画検閲に関する委員会報告」（委員長のバーナード・ウィリアムズの名前をとってウィリアムズ報告とも呼ばれる）の以下の箇所を引いたうえで、これは多くの者にとって明らかな常識であると主張する。すなわち、「公然性交に対抗する法は一般的に危害条件と調和すると考えられる。共同体の構成員がある種の行為を目撃することによって狼狽し、嫌悪感を抱き、憤慨し、又は気分を害するならば、その行為を公然と行うことは彼らの利益を害し彼らに反対する理由を与えるような事柄となるという意味で、そうである」[37]という箇所である。[38] 一九八〇年前後のイギリスと現代の日本という時間的・場所的相違を考慮してもなお、これは支持できるように思われる。

また、比較的侵害の程度の低い暴行が危害（行為）に含まれると解するならば、感情侵害（行為）も危害（行

為）の一部と理解されるべきであるとの主張も可能である。日本刑法に即しつつ詳しく言えば、まず例えば他人の肩を強く突く行為や足を踏む行為には暴行罪（刑法二〇八条）が成立しうる。これらの行為は現に可罰的であるだけでなく当罰的でもあると評価されるであろうところ、肩を強く突かれることや足を踏まれることを危害に含めることは一つの無理のない考え方である。そして、このように考える場合、感情侵害がこれらのような危害を下回る侵害性しか有しないのかが問題となる。確かに、日常的に遭遇しうる極めて軽微な感情侵害行為は無数に存在する。しかし、公道上や電車内におけるすぐ近くにいる者による性器露出行為等、処罰の是非が真剣に検討されるであろう重大な感情侵害も存在するところである。そして、このような性器露出による感情侵害までもが、肩を強く突かれることや足を踏まれることに劣後するとは言い難いように思われる。[39] したがって、前記暴行を危害に含めるのであれば、これと同等かそれ以上の侵害性を有するように思われる重大な感情侵害も危害に包含されると解すべきことになる。

以上に加えて、区別のデメリットとして、危害と感情侵害の区別を支える危害の定義に問題があることが指摘されうる。ヘルンレは、例えばそれが行われたことを知らない意識なき者に対するレイプ、すなわち心神喪失状態若しくは抗拒不能に乗じた性交が行われたが相手方はその出来事を覚えていなかったというケースが危害に該当しないこととなってしまうと批判する。[40] これは、被害者が行為時においても事後においても性交やわいせつ行為を認識しえない場合には、行為の性質上被害者の将来の生活遂行に何ら影響しない以上、フォン・ハーシュらの定義する危害に含まれないと考えざるをえないということであろう。

第三節　本稿において採用するアプローチ

以上において、危害と感情侵害を区別するメリットが明らかでないこと、両者を区別しないことが特段不自然というわけではないこと、そして両者の区別を支えるファインバーグやフォン・ハーシュらの危害の定義に問題があることを示した。もっとも、これだけでは危害と感情侵害の完全な区別が支持できないと言えるにとどまっており、一部の重大な感情侵害が危害に含まれるのに対して、残りの感情侵害はこれに分類されないと考えることは可能である。しかし、如何なる感情侵害が危害に分類されうるのかというアプローチだけでなく、危害概念に依拠せず直接にどのような感情侵害行為が処罰に値しうるのかを問うアプローチも採用可能である。そして、本稿では、危害の一般的定義や具体的内実の探求が不可能ではないかもしれないが困難かつ複雑な試みであること、また、これが感情侵害行為の処罰に対する制約について検討するうえで必要不可欠ではないことを考慮し、後者のよりシンプルなアプローチを採用することとする。(41)

なお、日本刑法学においては立法批判基準として危害原理が広範な支持を得ているわけではない。しかし、危害原理と法益保護原理を同一視する見方が存在するところ、(42) この見方によれば以上の検討における危害を法益侵害と読み替えることが可能である。すなわち、感情侵害を法益侵害から完全に除外することは妥当でなく、また法益侵害の限定的な一般的定義の探求を経由することなくどのような場合に感情侵害行為が処罰に値するのかを直接に検討することは可能であり、本稿ではこのアプローチを採用する、と換言できる。

第四章　感情侵害行為に対する処罰を支持するある程度の理由

本章では、犯罪化を支持するある程度の理由（*pro tanto* reason）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という第二の論点に取り組む。具体的には、前回の論文において参照したこの点に関する諸見解、すなわちファインバーグ、フォン・ハーシュとシメスター、タシオラス、そしてシューメイカーの見解をそれぞれ簡潔に紹介したうえで、考察を加えていく。

第一節　ファインバーグの理解

第二章第二節において紹介したように、ファインバーグは、比較衡量の前段階において、事実としての感情侵害と行為の不正性の存在を要求している。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恐怖や嫌悪、羞恥等の好ましくない精神状態が惹起された場合には原則として認められるが、「単なる知識」による感情侵害、すなわち、行為の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による感情侵害のみを惹起する行為には、例外的に不正性が認められない。

しかし、単なる知識による感情侵害のみを惹起する行為は、不正性以前に、感情侵害又はその危険を処罰根拠とすることから帰結される制約、すなわち規制対象行為は他者の感情に対する侵害を因果的に惹起しうる危険性を備えていなければならないという制約によって、処罰範囲から除外されることになる。具体的に言えば、行為が行われているのではないかとの想像による感情侵害は、個別具体的な行為の危険が直接に現実化したものではなく、また個別の行為と前記想像の間に因果的な影響関係は存在しない。したがって、このケースにおいて個別の行為は前記想像による感情侵害を惹起する直接的な因果的危険性も間接的なそれも有しない以上、感情侵害の因果的危険性の制約によりその処罰は認められない。

それでは、なぜこの制約が要求されるのだろうか。第一に、行為が他者の感情を害する危険性をおよそ有しない

場合には、これを感情侵害の危険という理由から処罰することは当然できないはずだからである。また第二に、この制約を考慮しなければ、処罰範囲の不当な拡大という望ましくない帰結がもたらされることになる。例えば、「隣人が実際に目にする可能性がある庭で行為が行われているのであればともかく、家庭内のプライベートな領域での行為を想像することから生まれる不快が、そのような行為が実在するかとすら無関係に規制の根拠として認められるのであれば、理論的にはいかなる行為・存在ですら不快なので禁止と主張することができ、それは結局のところ単純な『多数者の専制』をもたらすだろう」（傍点原文）との指摘があるところ、この指摘は妥当であるように思われる。[43]

この制約によれば、例えば、窓やカーテンが閉め切られた状況で私室において密かに行われる行為には、それが外部の者らによっておよそ認識されえないような態様で行われているがゆえに、他者の感情を侵害する因果的な危険性が認められず、感情侵害・危殆化を根拠とする処罰としては正当化されえないということになる。より具体的な例の一つとして、前記状況下で私室において密かに行われる死体損壊がこれに該当する。言い換えれば、死者に対する国民一般の敬虔感情を死体損壊等罪（刑法一九〇条）の保護法益とする理解[44]は、その社会的法益としての感情が感情侵害の因果的危険性がなくてもその侵害や危殆化が肯定されてきたものであるがゆえに、厳密な意味での感情侵害（危殆化）を処罰根拠とする規定としては正当化されえず、実質的にはリーガルモラリズムと異ならない。[45]

なお、感情侵害の因果的危険性の制約によって保護適格性が否定されるのはあくまで前記の種類の社会的法益としての感情に限られる。すなわち、「非個人的ないし超個人的なものとされる法益のうち、煎じ詰めれば個人的法益の束ととらえることのできる法益」[46]に分類されうるのであれば、保護適格性は当該制約によっては否定されない。個人的法益の束と捉えることが可能であり、それゆえに当該制約によっては保護適格性が否定されない感情法益の

例として、公然わいせつ罪やわいせつ物頒布罪の保護法益の候補とされうる、不特定又は多数人の性的感情が挙げられるかもしれない。

以上より、ファインバーグが行為の不正性に担わせていた「単なる知識」による感情侵害の除外という役割は、感情侵害の因果的危険性の制約に解消される。したがって、犯罪化を支持するある程度の理由の存否判断にとって、行為の不正性は正当化事由又は免責事由の不存在という消極的な意味合いしか持たないことになる。換言すれば、前記理由を積極的に基礎づけるのは、事実としての感情侵害を因果的に惹起しうるという行為の危険性のみとなる。しかし、このような危険性の存在によって直ちに前記理由が認められると考えるのは妥当でないように思われる。というのも、どのような行為によって感情を害されるかということについて個人差が広く認められるため[47]、理論的には直接的な認識の可能性さえあればあらゆる行為に他者の感情侵害を因果的に惹起しうる危険性が認められることになってしまうからである。それゆえ、感情侵害の因果的危険性に加えてさらに何らかの限定的な要件が必要となろう。

第二節　フォン・ハーシュとシメスターの理解

フォン・ハーシュとシメスターは、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（フォン・ハーシュらがいうところの「感受性侵害（affront to sensibility）」）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となると述べる。しかし、ファインバーグは、この規範的理由、すなわち行為の不正性という要素を軽視しているという。というのも、ファインバーグも行為の不正性という要件を設けてはいるものの、前述の通り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、当該要件は実質的には意味を失ってしまっているからである。ファインバーグの見解に存するこの欠陥を修正するために、フォン・ハーシュらは行為の不正性の具体化を試み、最終的に、他者に対する尊重・配慮なき取扱いと理解する。この要素を備える行為類型として、人種差別的侮辱や公然の場における露出行為、執拗で強引な物乞い行為等が挙げられている。[48]

しかし、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、他者に対する尊重・配慮なき取扱いという要件を加えてもなお不十分であるように思われる。他者に対する尊重・配慮の欠如を示す行為類型は、フォン・ハーシュらが挙げていた前述の諸行為にとどまらない。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に参加する場合においても、他者に対する尊重・配慮の（重大な）欠如が示されているといえるだろうが、これらの行為に対して刑法を用いることはおよそ想像できないと指摘されている。[49] 特に、意図的かつ大幅な遅刻の反復のような、刑事規制はもとよりおよそ法的規制には適さないような行為が、尊重・配慮の（重大な）欠如という要件をクリアしてしまうおそれがあることは問題であるように思われる。もしそうならば、当該要件は処罰範囲の限定という役割を十分には果たしえていないと評されることになるだろう。

また、フォン・ハーシュらは他者に対する尊重・配慮の（重大な）欠如が感情侵害行為に対する処罰の原動力であると解しているが、[50] 人種差別的侮辱に限定されずかつ以上のように広範に過ぎるとも考えられるような当該欠如が処罰を基礎づける主たる理由たりうるかどうかは明らかでない。したがって、本稿ではさしあたり感情侵害行為の主たる処罰根拠を他者に対する尊重・配慮の（重大な）欠如という規範的要素ではなく、事実としての感情侵害

に求める方向で考察を進めていく。

第三節　タシオラスの理解

タシオラスは、処罰を支持するある程度の理由が充足されるために必要な要件として、次の三つを提示する。すなわち、第一に、単なる知識に基づく感情侵害しか惹起しえない行為であってはならない。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。そして第三に、客観的に感情侵害的な行為、つまり、特定の個人や集団の反応から独立した何らかの客観的な基準によって感情侵害的と評価される行為でなければならない。[51]

以下、これら三つの要件に検討を加える。まず第一の要件について、タシオラスは、単なる知識による感情侵害の程度に対する犯罪化により制約される自由の重要性の優越という観点からこれを導いている。[52] 他方、私見によれば、本章第一節において述べたように、単なる知識に基づく感情侵害しか惹起しえない行為の非当罰性は、感情侵害（危殆化）を行為の処罰根拠とする以上、他者の感情に対する侵害を因果的に惹起しうるという意味での行為の危険性が必要条件となるとの制約から帰結される。[53]

次に第二の要件について、タシオラスがこれを必要条件と解しているのに対して、第五章第二節第三款において後述するように、フォン・ハーシュらはこれを比較衡量における一考慮要素としている。フォン・ハーシュらがこのように捉えるのは、例えば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が処罰範囲から除外されるのを危惧してのことである。[54] 確かに、プライベートな場におけるパーティーであっても不特定多数の者が参加しているのであれば、そのような状況下での露出行為がおよそ当罰的でないとまでは断言し難く、その当罰性については評価が分かれるところであろう。また、この行為の当罰性の評価は時代とともに移り変わりうるものであり、

今後肯否いずれかの方向により一層傾いていくということも十分にありうる。さらに、タシオラスは第二の要件の根拠として、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なければならないという一般的な要請を挙げているが[55]、侵害の重大性によって危害と感情侵害を区別することはできないと考えるタシオラスの立場からすれば、必ずしも当該要請から第二の要件は導かれないように思われる。というのも、感情侵害との比較対象とされていた軽微な身体傷害や窃盗[56]がその実行場所にかかわらず「必要不可欠な公共的利益に関係する」不正と考えられるのであれば、感情侵害も同様に評価される余地は十分残されており、直ちに感情侵害行為の処罰にあたり公共の場における実行を一律に必要条件とすることを導くことはできないからである。以上より、公共の場における実行を感情侵害行為に対する処罰の正当化にとっての必要条件とすることには賛同できない。

最後に、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第三の要件についてだが、これを検討するためには、タシオラスの説明をより詳しく紹介する必要があるだろう。タシオラスは、「客観的に感情侵害的な行為」という概念を、「主観的に感情侵害的な行為」と区別されるものとして提示している。後者は、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、前者は、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、という。

また、タシオラスは、「プリミティブな感情侵害（primitive offence）」と「規範規定的感情侵害（norm-governed offence）」を区別している。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うる感情侵害をいい、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い、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。この区別に従えば、客観的に感情侵害的な行為は、客観的かつプリミティブ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うる。前者にあたるのは、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場合である。他方、後者に該当するのは、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り、例えば、公然わいせつや人種差別的言論による感情侵害は客観的かつ規範規定的な感情侵害に該当するが、異なる人種の者と相部屋にな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による感情侵害はこれに含まれない、という。(57)

処罰根拠を感情侵害に求めたうえで、感情侵害の客観性でもって限定をかけるというタシオラスのアプローチは支持されうるように思われる。というのも、主観的にはあらゆる行為に感情侵害の可能性が認められるため、客観的な限定が必要となるからである。次に、感情侵害の客観性、特に規範規定的感情侵害の客観性を基礎づける「正当な理由」の具体的内実が問題となる。この点について、まず前述の通り、正当な理由の否定例として異なる人種の者と相部屋になる見込みと同性愛カップルが公共の場において手をつなぐことによる感情侵害が挙げられていた。これらを一般化すれば、感情侵害が差別的信念に基づく場合には正当な理由が認められないということになろう。また、特異な信念を有する者ではなく一般人に生じるような感情侵害でなければならないという感情侵害に関する一般人基準も、これに含まれると考えることができよう。他方、前節においてフォン・ハーシュらの見解に対する批判の中で用いられた遅刻の意図的な反復事例のような、刑事規制はもとよりおよそ法的規制に適さないであろう多くの日常的な感情侵害が、正当な理由基準によって除外されうるかどうかは明らかでない。その意味で、フォン・ハーシュらの見解と同様の問題を抱えている。

第四節　シューメイカーの理解

ある行為（の認識）によって感情を害されることが道理に適っていること、すなわち感情侵害の道理性[58]（客観性[59]）について、タシオラスとは異なる観点から考察を加えているのがシューメイカーである。シューメイカーは、道理性要件という名の下で、「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」という限定を設けている。これはさらに次の二つの要請に分けられている。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。例えば、矛盾を意に介さないような論証はこの要請によって考慮の外に置かれることになる。第二に、道理に適った公共的正当化は、特定の包括的教説[60]のみに依拠するものであってはならない、という[61]。

この道理性要件は、ロールズの『政治的リベラリズム』における議論に基づき主張されている。もっとも、第二の要請は、後期ロールズの政治的リベラリズムによらずとも、広い意味でのリベラリズム[62]を採用するのであれば支持されうるものである。また、第一の要請は、広い意味でのリベラリズムの立場に立脚せずとも支持されうるだろう。

次に、両要請の検討に移る。まず第一の要請について、これは犯罪化に関する議論においても重要であるが、同時に極めて自明であり当然の前提として共有されていることでもある。それゆえ、これに対応する要件を、感情侵害行為の処罰を限界づけるための基準内の一要件として明示的に設ける必要はないだろう。

続いて、第二の要請について、シューメイカーはこれを、例えば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が処罰対象となりかねないというファインバーグの見解に対する懸念を払拭するための要件として構想している。具体的には、この行為を禁止する論拠として、その広告板は（極めて人種差別的な社会における）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、それゆえこの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、道理性要件に反する、という。(63)

しかし、この説明によれば、公然わいせつに対する処罰も第二の要請に反するものとして正当化されえないこととなってしまう。というのも、公然わいせつによる感情侵害も特定の道徳的規範・信念に媒介されているという点では前記広告板事例と異ならないからである。したがって、前記広告板事例のようなケースを感情侵害行為に対する処罰の範囲から除外するためには別の説明が必要となる。そして、この点について、前節において述べた通り差別的信念に基づく感情侵害の排除を直接的に感情侵害の道理性要件の一内容としたうえで、その根拠を、差別的信念に基づく感情侵害を惹起する行為に対する処罰は（悪しき）差別を構成し平等という価値に反する結果となってしまうという点に求めることができるように思われる。これにより、例えば、在日外国人や同性愛者に対する嫌悪感を正当な処罰根拠と考えることはできないという帰結が導かれる。(64) また、前記広告板事例に対する処罰の否定と公然わいせつに対する処罰の肯定が整合的に理解されうることになる。

なお、差別的信念に基づく感情侵害を惹起する行為を処罰範囲から除外するために感情侵害の道理性を考慮することに対して、ファインバーグは、次の二つの批判を加えている。すなわち、第一に、ほとんど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起こりえないであろうがゆえに、道理に適わぬ感情侵害を根拠とす

る処罰の否定は、感情侵害の程度基準で十分足りる。第二に、感情侵害の道理性の考慮は、立法者に感情的反応が道理に適っているかどうか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。(65)

しかし、第一の批判については、シューメイカーが述べているように、人種や同性愛等に関する差別的な信念が一般的なものであった又は少なくとも国家や州によってそのように評価されていた時代が遠くない過去に実際に存在していたし、同様の事態が将来において決して生じえないとは言い切れない。(66) このような意味においてファインバーグの見立てが楽観的に過ぎるとの指摘は、日本においてもなお妥当するように思われる。第二の批判についても、シューメイカーの言うように、人々がどのような信念を有するべきかやある出来事に対してどのように感情的に反応すべきかということに関してリベラルな国家は口出ししてはならないが、感情侵害が法的規制の根拠として道理に適っているかどうかを判断することは許容されるだろう。(67)

第五節　比較衡量の前段階におけるある程度の理由の存否判断の断念

本章ではここまで、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どのような要件の充足が求められるべきかということを、英米圏の感情侵害原理を巡る議論内の諸見解をもとに検討してきた。その結果として、次の二つの制約が導き出された。第一に、規制対象行為は他者の感情に対する侵害を因果的に惹起しうる危険性を備えていなければならないという感情侵害の因果的危険性の制約である。第二に、感情侵害は法的規制の根拠として道理に適うものでなければならないという感情侵害の道理性の制約である。これはさらに感情侵害に関する一般人基準と差別的信念に基づく感情侵害の除外に分けられる。しかし、感情侵害の因果的危険性と感情侵害の道理性だけでは、処罰を支持するある程度の理由を基礎づけるには十分でない。というのも、法的規制に

値しないような多くの日常的な感情侵害行為を犯罪化の候補から除外する契機が存在しないからである。また、本章において検討対象としてきた諸見解も同様の問題を抱えている。

そして、以上のことは、感情侵害行為に対する処罰を支持するある程度の理由の存在を確認したうえでその後に比較衡量テスト（ないし調整原理における検討）を行うという判断枠組みの維持の難しさを示唆しているように思われる。換言すれば、比較衡量を行うことなしに、およそ法的規制に値しないであろう多くの日常的な感情侵害行為を処罰の候補から除外することは困難なのではないか、ということである。したがって、本稿では、比較衡量を行う前段階において処罰を支持するある程度の理由の存否を判断する（ことができる）という理解・判断枠組みを採用せず、端的に、感情侵害行為の処罰を限定する批判道徳的制約として、感情侵害の因果的危険性、感情侵害の道理性、そして感情侵害の重大性と法的介入に否定的に作用する批判道徳的理由の比較衡量という三つが要求されると考えたい。

（1）亀田悠斗「感情侵害原理（Offense Principle）を巡る議論の展開（一）（二・完）――刑法による感情の保護に関する予備的考察――」阪大法学七〇巻五号（二〇二一）四六七頁以下・七〇巻六号（二〇二一）二二三頁以下。

（2）保護法益を感情と解する見解が主張されている処罰規定として、刑法典では、公然わいせつ罪（刑法一七四条）やわいせつ物頒布等罪（一七五条）、墳墓発掘罪や死体損壊等罪等の礼拝所及び墳墓に関する罪（一八八―一九一条〔一九二条を除く〕）、脅迫罪（二二二条）、死者名誉毀損罪（二三〇条二項）、侮辱罪（二三一条）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）、人クローン胚等移植罪（ヒトクローン規制法一六条、三条）、ストーカー行為罪（ストーカー規制法一八条、二条）、いわゆる迷惑防止条例における卑わい罪が挙げられる。さらに、刑法による道徳の強制・リーガルモラリズム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）、追随等の罪（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。

（3）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『立法学のフロンティア3　立法実践の変革』（ナカニシヤ出版、二〇一四）一二五頁。

（4）曽根威彦「現代刑法と法益論の変容」『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）五七頁。

（5）*pro tanto* reasonとは、「正真正銘の重みを持つが、他の考慮事由によって覆されうる」理由をいう（瀧川裕英『国家の哲学：政治的責務から地球共和国へ』（東京大学出版会、二〇一七）一〇頁）。

（6）Joel Feinberg, *Harm to Others: The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1*, Oxford University Press, 1984, pp. 3 f.（以下、*Harm to Others*と略記する）.

（7）*Harm to Others*; *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の四冊から成る。

（8）*Harm to Others*, p. 4.

（9）「実定道徳」及び「批判道徳」の定義について、H.L.A. Hart, *Law, Liberty, and Morality*, Oxford University Press, 1963, p. 20.

（10）*Harm to Others*, p. 4.

（11）*Harm to Others*, p. 26.

（12）例えば、「法益保護の原則」は「道徳・倫理の維持のみを存在理由とする処罰規定を設けることを禁じ」ると言うとき、ここでの「道徳」は実定道徳を意味する（井田良『講義刑法学・総論〔第二版〕』（有斐閣、二〇一八）二一―二二頁。他にも、小林憲太郎「『法益』について」立教法学八五号（二〇一二）二四頁以下など）。

（13）批判道徳的見地による刑事立法の限界づけについては、既に、小島秀夫「法益論の根本的問題―法益と道徳は対置さ

れうるか―」大東法学六八号（二〇一七）二八頁が、「法益概念を実質的に捉え、批判道徳の意味における法益の普遍的な道徳性を認めるならば、……法益論の立法論的機能は、依然として有効に機能するように思われる」と指摘している。

(14) ログローリングとは、「ある法案を推進する議員が、その法案への協力と交換に、別の法案を推進する議員にそれへの協力を約束することであ」り、「票の貸し借り」とも言われる（久保文明ほか『アメリカ政治〔第三版〕』（有斐閣、二〇一七）一六一頁）。

(15) *Harm to Others*, p. 4.

(16) これには、刑事規制を含む法的な行為規制に加え、法的でないもの、例えば国家は介入せず関係者による私的解決に委ねることも含まれる。

(17) *Harm to Others*, p. 5.

(18) 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――」比較法学五三巻一号（二〇一九）六五頁。また、亀井源太郎「平成二九年度組織犯罪処罰法改正と立法評価枠組」『池田修先生・前田雅英先生退職記念論文集』（弘文堂、二〇二〇）一三二頁以下も、「立法評価という作業（および立法評価枠組）には」、「憲法適合性」と「合憲性を前提とした立法の『よりよさ』」という二つのレベルが存在することを指摘する。処罰規定に対する「外側の〈限界〉である合憲性審査」ないしその「憲法適合性」について論じるものとして、例えば、上田正基『その行為、本当に処罰しますか：憲法的刑事立法論序説』（弘文堂、二〇一六）一頁以下。

(19) 阪口正二郎「『リベラリズム憲法学と国家の中立性』序説」法律時報七二巻一二号（二〇〇〇）九七頁は、「憲法解釈という知的営みを政治哲学の探求という知的営みによって全面的に代替可能であると考えるのは、知的怠慢であると同時に、誤りでもあろう」が、「しかし、他方で、およそ憲法解釈は政治哲学とは無縁であるという立場もまた、欺瞞であり誤っているはずである。憲法解釈があるべき憲法の姿を描きだそうとする実践的な作業であることはすでに確認されているし、憲法典それ自体もあらゆる問題について一定の政治理論を抜きにして解釈を提供できるほど縫い目のない織物ではない」と述べる。また、法解釈一般が道徳と不可避的に関係するとの主張について、小川亮「ロナルド・ドゥオーキンの解釈方法論の分析とその擁護：Justice for Hedgehogsを中心に」国家学会雑誌一三二巻一一・一二号（二〇一九）一五九頁注（30）参照。

(20) 詳しくは、亀田・前掲注（1）（「感情侵害原理（Offense Principle）を巡る議論の展開（一）」）四七五頁以下参照。

(21) 「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」（*Offense to Others*, p. ix; *Harm to Others*, pp. 26 f. 以下同様）。

(22) 「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」。

(23) 「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」。

(24) *Offense to Others*, p. ix.

(25) *Harm to Others*, pp. 14 f., 26.

(26) 「福利に関する利益」とは、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、「人の福利（well-being）にとっての基本的な必要条件」をいう。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、根拠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が、これに含まれる（*Harm to Others*, pp. 36 f.）。

(27) *Harm to Others*, pp. 45 ff.

(28) *Offense to Others*, pp. 1 f.

(29) *Offense to Others*, pp. 67–69.

(30) *Offense to Others*, pp. 27 ff.

(31) AP Simester & Andreas von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, 2011, pp. 109–111（以下、*Crimes, Harms, and Wrongs* と略記する）. フォン・ハーシュらによる危害と感情侵害の区別をはじめとして、本章以下で言及するフォン・ハーシュらやタシオラス、シューメイカーの見解の詳細につい

ては、亀田・前掲注（1）（「感情侵害原理（Offense Principle）を巡る議論の展開（二・完）」）二二四頁以下参照。

(32) 第五章第二節において紹介する通り、フォン・ハーシュらは感情侵害行為に対する処罰の正当化に際しても危害との関係を必要条件としているが、危害と感情侵害を区別せずとも実質的に同内容の要件を設けることは可能である。

(33) この要素に関する検討については、第五章第一節第一款②参照。

(34) Paul Roberts, Penal Offence in Question: Some Reference Points for Interdisciplinary Conversation, Andrew von Hirsch & AP Simester (Eds.), *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*, Hart Publishing, 2006, pp. 23 f.; *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 128 f.

(35) AP Simester & Andreas von Hirsch, Rethinking the Offense Principle, *Legal Theory* vol. 8, 2002, p. 295; *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 129.

(36) Thomas Søbirk Petersen, No Offense! On the Offense Principle and Some New Challenges, *Criminal Law and Philosophy* vol. 10, 2016, p. 364.

(37) Bernard Williams, *Obscenity and Film Censorship: An Abridgement of the Williams Report*, Cambridge University Press, 1981, p. 99. 詳細については、加茂直樹『社会哲学の諸問題――法と道徳を中心にして――』（晃洋書房、一九九一）二四三頁以下参照。

(38) John Tasioulas, Crimes of Offence, Andrew von Hirsch & AP Simester (Eds.), *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*, Hart Publishing, 2006, pp. 164 f.

(39) Tasioulas, *supra* note 38, p. 165は、公然性交や人種差別的侮辱等が比較的侵害の程度の低い暴行やスリよりも重大でない利益侵害でしかないと本当に言えるのかと疑問を呈している。

(40) 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.

(41) RA Duff & SE Marshall, How Offensive Can You Get?, Andrew von Hirsch & AP Simester (Eds.), *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*, Hart Publishing, 2006, p. 58は、どのような感情侵害が危害に分類されるべきなのかとい

うことについて頭を悩ませることなく、感情侵害行為が処罰に値するのはどのような場合なのかを直接検討することは可能であり、またその方がシンプルであるとして、危害概念に依拠しないアプローチを採用している。なお、このようなアプローチを採用したからといって、感情侵害原理を巡る英米圏の議論において共有されている判断枠組み（感情侵害行為の処罰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〕の存否を判断した後比較衡量を行うこと）を用いることができなくなるわけではない。

(42)　例えば、曽根・前掲注（4）四七頁。また、松澤伸「刑法／刑罰制度の正当化根拠論と犯罪化論／犯罪論」『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）五五頁は、「法益侵害説はドイツに起源を有するが、侵害という点で、危害原理と類似した面があり、特に、わが国では、リーガル・モラリズムの排除のためにHartとDevlinの論争を経由して（刑法学の考え方として）紹介され、その後、その基本思想を元に、法益侵害説ないし結果無価値論が有力化したため、同じようなものとして理解されてしまっている節がある」と述べている。そのうえで、松澤・前掲論文五六頁は、このような一般的な理解に対して、「日本では、極めて雑多な内容を、法益の名のもとに統合しているのが現状であ」り、「法益概念には、危害概念よりもはるかに広い基礎が含まれている」という意味で、「実際には、危害と法益侵害は相当に異なった内容である」と主張している。

(43)　大屋雄裕「児童ポルノ規制への根拠――危害・不快・自己決定」園田寿・曽我部真裕編著『改正児童ポルノ禁止法を考える』（日本評論社、二〇一四）一〇八頁。行為の想像による不快が「そのような行為が実在するかとすら無関係に規制の根拠として認められる」場合と、行為により因果的に惹起されたわけではない不快（感情侵害）が当該行為の規制の根拠として認められる場合は同義であると考えられる。なお、大屋・前掲論文一〇七―一〇八頁は、政府による規制の根拠に関する理論の一つとしてファインバーグの「不快原理」を紹介したうえで、本文において引用したような主張を経由しつつ、最終的に、「仮に危害原理を超えて政府の規制すべき対象を拡大するとしても、それは実際に被害者が存在し・被害を経験したことによってもたらされる特定の不快に限られるべきだというのが、不快原理から導かれるもう一つの結論だということになるだろう」と述べている。

(44)　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（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第七版〕』（弘文堂、二〇一八）四三〇頁。

(45) 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――」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、二〇一六）八一九頁以下は、宗教に関する罪の保護法益を「人知を超えた作用に対して一般人が抱く畏敬の念」とすることに対して、「個人の感情侵害を不要とすることによって結局、社会一般において不快・不道徳と感じられるであろう行為を、社会一般の宗教感情に反するという名目のもとに処罰することとなり、本来法益概念を通じて排除されるべきであった道徳の保護を行うことになるとの批判が向けられうる」と主張する。なお、論者は宗教に関する罪と死者に関する罪を区別しているが（内海朋子「感情の刑法的保護について――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）三五二頁）、前記主張は死者に関する罪にも妥当するものと思われる。また、三上正隆「動物虐待関連犯罪の保護法益に関する立法論的考察」愛知学院大学宗教法制研究所紀要五八号（二〇一八）七七頁以下は、保護法益としての人の感情に関する理解を公然わいせつ罪型と死体損壊罪型に分けたうえで、愛護動物虐待関連犯罪の保護法益を死体損壊罪型の理解に沿って「公衆の正常な感情」と解することは、リーガルモラリズムへの接近を意味すると述べる。もっとも、英米圏において現在でもリーガルモラリズムが危害原理に対する批判を含む詳細な検討のもとで有力に主張されていることを考えれば、リーガルモラリズムの妥当性について再考の余地があるといえるかもしれない（宮崎真由「『法による道徳の強制』再考（一）（二・完）――刑罰の正当化における道徳原理の意義――」法学論叢一六五巻四号（二〇〇九）七七頁以下・一六六巻一号（二〇〇九）一二四頁以下など参照）。また、少なくとも解釈論としては、特定の実定道徳・秩序を保護法益と解さざるをえないということもありうる（例えば動物虐待関連犯罪について、三上・前掲論文八一頁）。個人法益への還元が妥当でなく純然たる理念ないし秩序を保護法益とすると理解する他ない犯罪類型が存在することを主張し、また「『性』『生』『死』という、人間の存在の根底に関わる理念」自体の刑法による保護は「必ずしも理由皆無とは評価できない事柄である」と指摘するものとして、原田保『刑法における超個人的法益の保護』（成文堂、一九九一）二四六頁以下、二五八頁以下。

(46) 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（判例時報社、二〇一八）四三頁。

(47) 感情侵害行為の処罰に対する批判の文脈においてであるがこのように指摘するものとして、曽根・前掲注（4）五六―五七頁、嘉門優『法益論――刑法における意義と役割――』（成文堂、二〇一九）一八九頁、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）二七頁。

(48) *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 95 ff.

(49) Tatjana Hörnle, Legal Regulation of Offence, Andrew von Hirsch & AP Simester (Eds.), *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*, Hart Publishing, 2006, p. 142.

(50) 例えば、*Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 120 参照。

(51) Tasioulas, *supra* note 38, pp. 150 ff.

(52) Tasioulas, *supra* note 38, pp. 150 f.

(53) 単なる知識による感情侵害に行為が行われた旨の他者からの情報によるものも含める理解もありうるところ、この理解によれば単なる知識によるものだが行為の因果性が認められるような感情侵害というものも存在することになる。というのも、行為を直接認識した者からの情報伝達が介在しているのであれば、行為と当該情報を受け取ることに由来する感情侵害の間の事実的な因果的結びつきを否定することはできないからである。このような感情侵害を惹起しうる行為の非当罰性は、タシオラスが依拠する観点、すなわち単なる知識による感情侵害の程度に対する犯罪化により制約される自由の重要性の優越という観点から説明されることになる。

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

(55) Tasioulas, *supra* note 38, p. 151.

(56) Tasioulas, *supra* note 38, p. 165.

(57) Tasioulas, *supra* note 38, pp. 151 ff.

(58) ここにいう「感情侵害の道理性」と表現上類似する概念として、「感情侵害行為の道理性」がある。しかし、「感情侵害行為の道理性」は、文字通り感情侵害行為が道理に適っていることやその程度をいい、ファインバーグの比較衡量テストにおいて感情侵害の重大性と比較されるものであり、そして行為者にとっての行為の個人的重要性や社会的価値等から判断されるものである。したがって、「感情侵害の道理性」と「感情侵害行為の道理性」は内容上全く異なる概念であることに注意されたい。なお、ファインバーグも両者を区別したうえで、「感情侵害の道理性」を考慮すべきでないと明言している（*Offense to Others*, pp. 35 ff.）。

(59) タシオラスは感情侵害が客観的であることと道理に適っていることを特に区別していないように思われる（例えば、

Tasioulas, *supra* note 38, pp. 154 ff. 参照）。

(60) 「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）。

(61) David W. Shoemaker, "Dirty Words" and the Offense Principle, *Law and Philosophy* vol. 19, 2000, pp. 556 ff.

(62) 井上達夫『共生の作法―会話としての正義―』（創文社、一九八六）二〇六頁以下は、リベラリズムの自同性を「善から区別された社会構成原理としての固有の意味における正義への問い」（二一四頁）に答えようとする企てであることに求めたうえで、この問いに対する解答が満たすべき条件として、「正義の問題に関する決定は、『善き生』についてのいかなる特殊な解釈にも依存することなく正当化可能でなければならない」（二一六頁）という「独立性の要請」を含む「正義の基底性」を提示している。

(63) Shoemaker, *supra* note 61, pp. 560 f.

(64) ここで、例示を超えて抽象的に如何なる場合に感情侵害に対する処罰が（悪しき）差別となるのかが問題となる。この問題に十全に答えるためには、何が差別を不正たらしめるのかという問いを巡る議論に立ち入る必要があるが、本稿では取り扱うことができない。当該議論に関する日本語文献として、例えば、堀田義太郎「差別の規範理論：差別の悪の根拠に関する検討」社会と倫理二九号（二〇一四）九三頁以下、デボラ・ヘルマン著（池田喬・堀田義太郎訳）『差別はいつ悪質になるのか』（法政大学出版局、二〇一八）一頁以下、石田柊「差別と危害――帰結主義的差別論の擁護――」社会と倫理三四号（二〇一九）七三頁以下。

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

(66) Shoemaker, *supra* note 61, p. 554. 同様の指摘として、Tasioulas, *supra* note 38, pp. 155 f. 参照。

(67) Shoemaker, *supra* note 61, pp. 554 ff.