



Title	感情侵害行為の処罰に対する制約の探求（二・完）： 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, 72(1), p. 45-70
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/88267
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（二・完）

——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 ファインバークの見解の紹介

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 ファインバークの理解

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、七一巻六号）

第五章 比較衡量の考慮要素について

第一節 ファインバークが提示した考慮要素について

第一款 感情侵害の重大性

第二款 感情侵害行為の道理性

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

素について

第一款 社会的寛容

第二款 直接性

第三款 公共の場における行為実行とプライベートな場

における行為実行

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

第七章 おわりに（以上、本号）

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

第五章 比較衡量の考慮要素について

本章では、英米圏の議論の整理から導かれた第三の争点である、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に取り組む。具体的には、ファインバーグ及びフォン・ハーシュらが提示した諸考慮要素について個別に論じていく。

第一節 ファインバーグが提示した考慮要素について

第二章第二節において紹介した通り、ファインバーグは、感情侵害行為の犯罪化の是非を判断するにあたり、「感情侵害」（事実としての感情侵害及び行為の不正性）の存否判断に加えて、さらに比較衡量テストを要求している。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。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（前二者のコロラリー）、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（代替的行為機会の利用可能性のコロラリー）といった諸要素から判断される。以下、これらの諸要素について検討していく。

第一款 感情侵害の重大性

①感情侵害の程度

ファインバーグは、感情侵害の強度、持続性、そして影響範囲によって感情侵害の程度が量定されると述べる。⁽⁶⁸⁾感情侵害行為の処罰根拠をそのまま事実としての感情侵害（又は危殆化）に求めるのであれば、比較衡量における処罰に肯定的に作用する要素の一つに、感情侵害の程度（強度・持続性・影響範囲）を据えることは当然に支持される。

②道理に適った回避可能性

次に、道理に適った回避可能性について、ファインバーグは、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、その分当該感情侵害は重大なものとと言える、と述べている。⁽⁶⁹⁾これに対して、フオン・ハーシュらは、道理に適った回避可能性の原理の理論的根拠が明示されていないと指摘する。そのうえで、行為者に一定の制限内で他者の感情を害しうる行為を行う余地を与え、同時に他者にその行為を認識することなく生活することを可能にするという意味で、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ことに理論的根拠を求めている。⁽⁷⁰⁾本稿も基本的にはこの考え方に倣い、道理に適った回避可能性を、行為の経験を欲しない者による回避という法的規制とは異なる選択肢を示唆するという意味で、法的規制を支持する理由たる感情侵害の重大性を低下させるものと位置づけたい。

次に、道理に適った回避可能性の具体的内実について、ここにいる道理に適ったという語の意味は、感情侵害行為の回避が過度の制約を伴わないことと理解されるべきである。例えば、ある公園や駅前広場の一部において全裸

の者が徘徊しているという情報が十分に周知されておりそこでの露出行為をその目撃を欲しない者が事前に回避できるとしても、当該行為に道理に適った回避可能性は認められない。というのも、これらの公共空間が多く（の利用）に可能な限り開かれているべきであるという点に照らせば、当該行為はこれらの公共空間において許容される行為の範疇外にあると言うことができ、それゆえその回避を要求することは他者に対する過度の制約と評価されるからである。

その他に注意を払うべき点として、事前的回避可能性と事後的回避可能性の違いがある。後者は感情侵害行為に直面した後直ちにそのさらなる経験を避けることができるかどうかをいうのに対し、前者はそもそも行為への直面を避けることができるかどうかという問題である。前者が認められる例として、人が全裸で性交する姿が露わに描かれた表紙・パッケージを備えた雑誌・ビデオが他の書籍・ビデオの陳列場所からその旨の表示を伴うカーテンによって区切られた場所において陳列されているケースが挙げられる。他方、後者は認められるが前者は認められない例として、前記雑誌・ビデオが他の書籍・ビデオと区別されずに平積みされているがそれを目撃した後直ちに視線を他に向けることができるというケースが挙げられる。これらの事例からも明らかに、事前的回避可能性と事後的回避可能性の違いは、道理に適った回避可能性が処罰範囲に有意に影響を与える場合とそうでない場合の境界線として機能しうる。⁽⁷¹⁾

③同意原則

続いて、同意原則について、ファインバーグは、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と説明していた。⁽⁷²⁾ もっとも、

同原則を感情侵害原理に明示的に組み込む必要はないように思われる。というのも、感情侵害という個人的利益に対する侵害を処罰根拠とするのであれば、刑事立法や個別の処罰規定の解釈に際して同意の有無（及び危険の引受け）が考慮に入れられるのは当然のことだからである。

第二款 感情侵害行為の道理性

① 行為の個人的重要性

感情侵害行為の道理性に影響を及ぼす諸要素のうち、まず行為の個人的重要性について、ファインバーグは、感情侵害行為が行為者の経済生活や健康、知識、目標達成、快、恋愛活動等に貢献する場合や代わりとなる行為実行に不都合が存する場合には、（程度の差はあれ）当該行為に行為者にとつての重要性が認められるが、他方、例えば単なる気まぐれにより衝動的になされる行為には個人的重要性が認められない、と主張していた。⁽⁷³⁾ここでは個別具体的な行為者や行為が、換言すれば個別具体的な事案への適用の場面のみが念頭に置かれているようにも見える。しかし、刑事立法の制約・指導を主とする原理の導出を目的とするのであれば、修正が必要になるように思われる。というのも、立法にあたって個別具体的な行為者や行為を考慮に入れることは不可能だからである。

この点を踏まえれば、行為の個人的重要性の要素について以下のように考えられる。まず、すべての感情侵害行為は、一部の者に極めて軽微な感情侵害を生じさせるにすぎず、かつその可能性が僅かしかない場合の感情侵害の重大性に優越する程度には、個人的重要性を有する。さらに、行為の種類によつては、より高い個人的重要性が認められることがある。例えば、軽犯罪法一条二二号の「こじきをする」⁽⁷⁴⁾行為が挙げられる。

「こじきをする」とは「不特定の人に哀れみを乞い、自己又は自己の扶助する者のために生活に必要な金品を受け

「ようとすること」をいうと定義されているところ、この定義に従うのであれば、当該行為は行為者の生計を立てるための手段である。そして、生計を立てるという目的は客観的に極めて重要であるため、高い個人的重要性が当該行為に認められることになる。

②行為の社会的価値

行為の社会的価値とは、その名の通り、行為が社会に対して有する価値、換言すれば行為によって行為者以外の者が享受することになる利益をいう。この点に関して、ファイナバークは、例えば、他者の感情を害しうる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高い公共的価値を持つと述べる。⁽⁷⁶⁾特に社会的価値の考慮が重要な行為としては、他者の感情を害しうる種類の表現行為が挙げられる。このような行為には、表現行為に接するところが各人のよき生の構想のさらなる発展・洗練に大いに貢献するという意味での（行為者自身ではなく）第三者にとつての私的価値や、民主政システムを十全に機能させるための前提となるという意味での公的価値の一方又は両方が認められうる。⁽⁷⁷⁾⁽⁷⁸⁾

③代替的機会の利用可能性

この基準の内容は、行為者やその仲間にとつて同程度に満足の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ないし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、⁽⁷⁹⁾というものである。これに対しては、行為者やその仲間にとつて同程度に満足のいく代替的な場所・時間の利用可能性が

存在しない場合であっても、行為の道理性の低下は認められうるとの指摘ができる。すなわち、同種同質だが同程度でない満足を得られる代替的機會の利用可能性がある場合であっても、行為の道理性は低下しうる。もちろん、同程度の満足を得られる場合に比して、行為の道理性低下の度合いはより低くなるであろう。また、同種だが同程度でない満足は、代替的な場所・時間の利用によらずとも、異なる態様の行為によっても得られうるだろう。これらを総合すれば、より感情侵害的でない代替的行為の実行（代替的な手段・場所・時間の利用）によって得られる同種の満足の程度（行為の代替性の程度）及び代替的行為の実行可能性の程度に応じて、感情侵害的行為の道理性の度合いが変化するという基準が、代替的機會の利用可能性の基準を修正したものととして得られる。

これにより行為の道理性が低下するケースとして、例えばストーカー規制法一八条のストーカー行為罪にいう「ストーカー行為」が挙げられる。⁽⁸⁰⁾ 恋愛活動は人間生活にとって客観的に重要なものであり、その恋愛活動にストーカー行為も含まれる、と検討の途中段階において一旦は言うことができるかもしれない。⁽⁸¹⁾ しかし、ストーカー行為の禁止が恋愛活動の全面的禁止を意味するわけではないことは自明であり、各要件の解釈にもよるが依然として恋愛活動を行う余地は十分広範に残されている。したがって、行為の代替性・代替的行為の実行可能性の考慮により、ストーカー行為の道理性は低いものと評価される。

④悪意・害意

ファインバーグは、悪意・害意を比較衡量テストの考慮要素としたうえで、純粹な悪意、すなわち他者の感情を害するという目的のみに基づいて行為が行われた場合、比較衡量の秤は決定的に処罰の側に傾くことになる⁽⁸²⁾と述べている。

しかし、第一に、ファインバーグは悪意・害意すなわち他者の感情を害する目的という事情に重きを置きすぎているように思われる。というのも、彼の主張によれば、感情侵害の程度が客観的には極めて些末であるにもかかわらず悪意・害意が存在するがゆえに処罰が正当化されるという事態が理論上生じうることになるが、この事態は実質的には客観的な侵害ではなく行為者の意思を処罰根拠とするものであり妥当でないからである。

第二に、なぜ他者の感情を害する目的の存在が行為の道理性を低下させるのか、その根拠は明らかにされていない。この点について、ファインバーグの意図するところではないであろうが、以下のような主張が考えられるかもしれない。すなわち、まず、他者の感情を害することを主たる目的とする行為の道理性の低下は、行為者又は社会にとつての正当な利益を図ることを主たる目的とする感情侵害行為と比較してのものである。それではなぜ後者の道理性が前者のそれよりも高いと評価されるのだろうか。それは、主として正当な利益を図る目的に基づき行為が行われる場合には、そうでない場合よりも、結果として正当な利益がもたらされる可能性が高いからである。逆から言えば、正当な利益をもたらす可能性が低いために、他者の感情を害することを主たる目的とする行為の道理性は低いものと評価される、という主張である。しかし、この主張は行為者自身又は社会に正当な利益がもたらされるという点に根拠を求めるものであり、それゆえこの主張によるならば、他者の感情を害する目的という考慮要素は、前述の①行為の個人的重要性及び②行為の社会的価値に解消される又はこれらのコララリーとして理解されることになろう。

なお、以上の主張はあくまで他者の感情を害する目的それ自体を比較衡量の考慮要素とすることを否定するにとどまるものである。比較衡量の結果として、つまり重大な感情侵害行為のみを可罰的とするためであったり、高い道理性が認められる行為を処罰範囲から除外するために当該目的要件を設定することや、比較衡量とは別のところ

で責任要素としてこれを考慮することまで否定しているわけではない。

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

フォン・ハーシュらも、ファインバークと同様に、事実としての感情侵害及び行為の不正性（フォン・ハーシュらの理解によれば、他者に対する尊重・配慮なき取扱⁽⁸³⁾）の存在をもって直ちに感情侵害行為に対する処罰を承認しているわけではない。さらに、感情侵害原理に基づく処罰範囲を限定するための原理である調整原理（mediating principles）に基づく検討及び比較衡量を要求している。具体的には、調整原理として、社会的寛容の原理、回避容易性の原理、そして直接性の要請が、また、比較衡量の一考慮要素として、行為実行の場（公共の場／プライベートな場）が強調されている。⁽⁸⁴⁾ 本節ではこれらのうち回避容易性の原理を除く三点に考察を加えていく。なお、ここで回避容易性の原理を検討対象から外したのは、この点については既に前節第一款②において考察を加えているからである。

第一款 社会的寛容

社会的寛容に関して、フォン・ハーシュらは、まず次のように述べる。すなわち、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的構想を真剣に受け止めるのであれば、（自己）表現的な性質を有する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、危害とは異なりよき生を享受・追求するための将来の機会を直接には損なわないという感情侵害の特性も、刑法の謙抑的使用を支持する。ここから、感情侵害行為の禁止に関する限りで道理に適う程度に鈍感であることを市

民に要求する、社会的寛容という調整原理が導かれる、という⁽⁸⁶⁾。

そして、この社会的寛容の要請を後退させるための必要条件として、危害との関連が強調されている。ここで要求されている危害は、危害原理による処罰の理由とはならないタイプの危害である。そのような危害を伴う感情侵害行為の例として、遠隔的危害 (remote harm) を伴う感情侵害行為が挙げられる。これは、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。その具体例とされているのが、人種差別的侮辱である。曰く、人種差別的侮辱は、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生じさせる。そのような危害のリスクは、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えない。というのも、危害に至るまでの因果的連鎖が第三者の自律的な意思決定によって媒介されているために、危害の行為への法的帰属の問題が生じ、それゆえ危害原理における行為の不正性が認められないからである。これに対して、感情侵害原理における行為の不正性は、他者に対する尊重・配慮の欠如という別個の要素によって認められる。すなわち、法的帰属の問題は感情侵害原理における行為の不正性とは関係しない。そして、他者に対する尊重・配慮の欠如という行為の不正性と前記危害発生リスクの増加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、と。

しかし、危害 (よき生を享受・追求するための人々の将来の機会の減損) との関連の要求が処罰範囲の限定にとつて有用であるかどうかという点については疑問の余地がある。例えば、フォン・ハーシュらは、別の箇所において、プライベートな場において開催されるディナーパーティーのゲストによる露出行為に対する処罰は、同行行為が公共空間において行われていないにもかかわらず正当化されうると述べている⁽⁸⁶⁾。だが、当該露出行為がどのような将来の機会の減損と関係しているのかは決して明らかでない。もしこの点を説明できないのであれば、将来の機会

の減損との関連の要求の貫徹は困難であるということになる。ひょっとすると、ここでは、バスにおける性交と将来の機会の減損の関係に関する分析と類似の説明が想定されているのかもしれない。それは、以下のようなものである。すなわち、バスにおける性交は、他の乗客に対して直接には将来の機会の減損を与えない。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、その者はもはやバスに乗ることを避けるようになるかもしれない。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将来の機会の減損（反応的危害〔reactive harm〕）を被っている、という⁽⁸⁷⁾。

この分析を参考とすれば、前記露出行為は、今後一部のプライベートな場での集まりへの参加に躊躇するようになるとの帰結を導きうるという意味で将来の機会の減損と関係していると考えられているのかもしれない。だが、将来の機会の減損との関連をここまで広く解するならば、当該関連の要求による処罰範囲限定の有効性に疑問符が付されることになろう。少なくとも、社会的寛容の原理や将来の機会の減損との関連という要件をわざわざ比較衡量とは別個の原理・要件として設定することに大きな意味はないように思われる。

さらに言えば、当該関連を比較衡量の考慮要素としてもよいかどうかも問題となる。バスにおける性交を例にとると、前述の通り、フォン・ハーシュらは、バスにおける性交行為と重要な公共資源へのアクセスの喪失との間に被害者の自律的な意思決定が介在しているがゆえに、法的帰属の問題が生じると指摘していた。彼らは危害原理による処罰の正当化の局面においてのみ法的帰属が問題となるとしているが、感情侵害行為に対する処罰に関する文脈においてもこの問題は無視できないように思われる。そうだとすれば、被害者の自律的な意思決定に媒介された将来の機会の減損をさらに検討することなしに比較衡量の考慮要素とすることは躊躇われる。危害の発生が第三者の自律的な意思決定に媒介されている場合にも同様のことが言える。

第二款 直接性

次に、直接性の要請、すなわち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なければならず、単に行為者又は第三者による将来・後続の感情侵害行為の実行を可能・容易にするだけのものであってはならないという要請が調整原理の一つとされている。例えば、若者らが路傍に集まることそれ自体は、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、感情侵害原理による禁止の候補とはならない、という。その理論的根拠は、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尊重・配慮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処罰の必要条件である不正性は認められえないということに求められている⁽⁸⁸⁾。

ここでは、行為の性質としての他者に対する尊重・配慮の欠如が直接性の要請の理論的根拠となっており、したがって、主たる処罰根拠を他者に対する尊重・配慮の欠如ではなく他者に対する感情侵害に求める場合には、直接性の要請は導出されない。もともと、直接性を要件とした場合と近似する処罰範囲が比較衡量によつて帰結されることになる。というのも、感情侵害は多くの場合相対的に重大性の低い種類の侵害であることは確かであり、それゆえそのような侵害を直接惹起しうる行為の前段階の行為が比較衡量テストをパスするということは基本的には考えられないからである。

ただし、理論的には例外が存在しうる。その例として、有償頒布目的でのわいせつ物所持（刑法一七五条二項）が挙げられるかもしれない。他者の感情を直接に害しうるのはわいせつ物（有償）頒布行為であり、したがって、所持はその前段階行為にあたる。しかし、わいせつ物頒布行為により惹起されうる感情侵害の程度が、その前段階行為まで処罰を早期化させる必要があるほどに高いと言うことはできないように思われる。それゆえ、立法論としては、有償頒布目的のわいせつ物所持罪の存在には疑問が残る。また、解釈論としては、規定文言の範囲内で、犯

罪成立時点を早期化させないような解釈が望ましい⁽⁸⁹⁾。

第三款 公共の場における行為実行とプライベートな場における行為実行

フォン・ハーシユらは、感情侵害行為が行われる場所が公共の場であるかそれともプライベートな場であるかという事情を比較衡量の考慮要素に含めている。これは、ファイナバーグの比較衡量においては直接の考慮要素とはされていなかったものである。まず、感情侵害行為が公共の場において行われる場合、当該行為に対する処罰の理由は著しく強まる、という。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という公共の利益が損なわれ、また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であるがゆえにインフォーマルな社会的統制が有効でないからである。他方、プライベートな場における行為実行は、その処罰に対して否定的に作用する、という。その根拠は、インフォーマルな統制の有効性、及びプライベートな領域・関係においては人々が国家の干渉又はその懸念から自由に交流する余地を可能な限り許容すべきであるという個人のプライバシー保護の要請に求められている。なお、行為実行の場（公共の場／プライベートな場）という要素はあくまで比較衡量における一考慮要素にすぎないと考えられている。というのも、例えば、人種差別的でない日常的な侮辱は公共の場において行われるとしても処罰されるべきでないし、他方、露出行為はプライベートな場でのディナーパーティーにおいて行われる場合であっても規制されるべきだからである⁽⁹⁰⁾。

次に、以上の主張の検討に移る。まず公共の場における実行について、それ自体を比較衡量の考慮要素とすることには賛同できない。というのも、公共の場における実行という事情は、感情侵害の程度や行為の代替性・代替的行為の実行可能性、後述の国家の干渉に対する個人のプライバシー保護といった比較衡量における複数の考慮要素

と関係しているからである。したがって、当該事情それ自体ではなく、それが処罰に肯定的に作用することの論拠とされるものが直接に比較衡量の考慮要素とされうるかどうかを考える方がよいだろう。そして、その論拠として、公共空間の快適な利用の妨害とインフォーマルな社会的統制の非有効性の二つが挙げられていた。前者について、これは感情侵害それ自体ではなくその結果として生じうる侵害であるが、比較衡量における侵害の重大性の側にカウントしても問題ないだろう。他方、後者について、これは本稿がさしあたり検討対象から除いた感情侵害行為に對する種々の応答手段の有効性に関する問題に分類される⁹¹⁾。

続いて、プライベートな場における実行について、これも公共の場における実行と同様に、プライベートな場における実行それ自体ではなく、その論拠とされているものが直接に比較衡量の考慮要素とされるべきかどうかを考える。論拠として、インフォーマルな社会的統制の有効性と国家の干渉に対する個人のプライバシー保護が挙げられていた。前者については、前述の通りである。後者については、プライベートな領域・関係においては人々が国家の干渉又はその懸念から自由に活動しうる余地を可能な限り許容すべきであるというプライバシー保護の要請、より特定して言えば私生活の平穩保護の要請の重要性は社会的に認められていると言えよう。したがって、当該要請を法的規制に対して否定的に作用する（批判）道徳的理由の一構成要素と考えるべきである⁹²⁾。

前記の意味での個人のプライバシーという要素が理論的説明に寄与しうる要件として、公然わいせつ罪における公然性が挙げられる。本罪を感情侵害行為に對する処罰規定と捉える場合⁹³⁾、まず感情侵害の因果的危険性の制約により、他者が認識しうる状態の存在が要求される。また、道理に適った回避可能性の考慮から、事前の回避可能性の欠如という要素が加えられる。しかし、「公然」の語義に照らせば、他者が認識しうるかつ事前に回避することができない状態というだけでは公然性の具体的内容とするには不十分であるかもしれない。少なくとも、潜在的認

識主体を不特定者、多数者ないし不特定（又は／かつ）多数者に限定する必要がある。⁹⁴この点について、前記の意味での個人のプライバシーという要素が、潜在的認識主体の特定性の有無を処罰範囲に関係づけることの理論的説明の助けとなりうる。

まず、公然わいせつ罪を感情侵害行為に対する処罰規定と捉える場合に、潜在的認識主体の多寡が処罰範囲に係する理由は明らかである。というのも、潜在的認識主体の多寡は感情侵害の影響範囲を変動させ、したがって感情侵害の程度、重大性の高低に影響を与えるからである。他方、潜在的認識主体の（不）特定性と処罰範囲の関係は多寡の場合と比較してそこまで明確でない。ここで、個人のプライバシーという要素が部分的に意味を持つてくる。例えば、特定の者、すなわち家族や友人といった個人的関係のある者に対して自らの性器を認識可能な状態に置く行為は、その者の感情を害しうるが、同時にこの行為への国家の介入は個人のプライバシーに対する制約となる。これに対して、不特定の者を行為対象とする場合には、このようなプライバシーに対する制約は存しない。特定性との関係では、プライバシーの考慮の他にも、行為者と行為対象との間に個人的関係がある場合には、行為後に被害者に向けられた性的攻撃が行われるのではないかという恐怖が小さいという意味でそうでない場合と比べて感情侵害の強度が低いケースが多いのではないかと指摘できるかもしれない。したがって、プライバシーの考慮を含む以上の理由から、潜在的認識主体の特定性が処罰を否定する方向に、不特定性が処罰を肯定する方向にそれぞれ作用すると言える。

なお、潜在的認識主体の特定性が処罰を否定する方向に作用する事情であるからといって、特定性が認められる場合には直ちに処罰は否定されなければならないという結論が導かれるわけではない。すなわち、行為による感情侵害の程度やプライバシーの利益の重要性に対する社会的評価を考慮して、行為対象が特定少数の場合にのみ処罰

が否定されるべきとすることも許容されうる。⁽⁹⁵⁾

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

第四・五章において、感情侵害行為に対する処罰の限定基準の具体的内実に関する諸見解を、感情侵害行為に対する処罰を支持するある程度の理由（第四章）と比較衡量の考慮要素（第五章）の二つの観点から検討した。その結果として、①感情侵害の因果的危険性、②感情侵害の道理性、そして③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の制約を明らかにすることができた。その中身を簡潔にまとめると以下の通りとなる。

①感情侵害の因果的危険性

第一に、他者の感情に対する侵害又はその危殆化を行為の処罰根拠とするのであれば、少なくとも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帰結が必然的に導かれる。ここにいう他者の感情に対する侵害（感情侵害）とは、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を他者に生ぜしめることをいう。

このような意味での感情侵害を因果的に惹起しうる危険性（感情侵害の因果的危険性）が必要とされることから、「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しか惹起しえないような行為は感情侵害・危殆化を根拠とする処罰の範囲から除外されるという

ことが帰結される。したがって、窓やカーテンが閉め切られた状況で私室において密に行われる行為には、それが外部の者らによつ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。

法益の分類と関連づけて言えば、感情侵害の因果的危険性の制約を考慮したうえで保護適格性が認められるのは、個人的法益及び個人的法益の集合として理解されうる種類の社会的法益に限られる。死体損壊等罪の保護法益とされる死者に対する国民一般の敬虔感情のような社会的法益としての感情はこの種類の社会的法益には含まれず、保護適格性は否定される。

②感情侵害の道理性

第二に、処罰根拠となりうる感情侵害は道理に適うものでなければならない。これは、具体的には、差別的信念及び一般人は有しない特異な感受性又は信念に基づく感情侵害の除外を意味する。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根拠とする処罰規定は正当化されえないという帰結が導かれる。

③比較衡量

第三に、（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を比較衡量したうえで、前者の優越が認められなければならない。感情侵害行為の処罰という文脈において前者を主として構成するのが、行為によつて惹起されうる感情侵害の程度である。これは、感情侵害の強度、持続性、そして影響範囲によつて決定される。また、感情侵害行為は感情侵害だけでなく公共空間の快適な利用の妨害のような他の侵害をも場合によっては伴い

うるところ、当該他の侵害の存在も処罰に対して肯定的に作用する。さらに、感情侵害の回避可能性も侵害の重大性に影響を及ぼす。すなわち、道理に適わぬ制約なしに事前に感情侵害を避けることの困難さの程度が、感情侵害の重大性を変動させる。

他方、後者の処罰に否定的に作用する諸要素としては、以下の四つが挙げられる。第一に、感情侵害行為の（行為者にとつての）個人的重要性である。例えば「こじきをする」行為は行為者の生計を立てるための手段であり、客観的に重要であると評価できるため、高い個人的重要性が認められる。

第二に、行為の社会的重要性である。これはその名の通り行為が社会ないし行為者以外の者に及ぼす利益に関する事柄である。ここで特に注意を払うべきものとして、感情侵害行為が表現行為に該当する場合が挙げられる。このケースでは、表現行為に触れうる行為者以外の者のよき生の構想のさらなる発展・洗練に大いに貢献するという意味での私的価値及び民主政システムを十全に機能させるための前提となるという意味での公的価値のいずれか又は両者の存在ゆえに、行為に高い社会的重要性が認められることになる。

第三に、行為の代替性・代替的行為の実行可能性である。これは、より感情侵害的でない代替的行為の実行（代替的手段・場所・時間の利用）によって得られる同種の満足の程度及び当該代替的行為の実行可能性の程度に応じて、法的規制に対して否定的に作用する（批判）道徳的理由の強さが変化するという基準である。

第四に、国家の干渉に対する個人のプライバシー保護である。これは、プライバシーな人的関係・領域においては人々が国家の干渉又はその懸念から自由に活動しうる余地を可能な限り許容すべきであるという要請である。例えば、これは、公然わいせつ罪を感情侵害行為に対する処罰規定と捉える場合に公然性の一構成要素として潜在的認識主体の不特定又は多数性を要求することの理論的説明に貢献しうる。

第二節 比較衡量判断の重視について

以上のように、①感情侵害の因果的危険性、②感情侵害の道理性、③比較衡量が、感情侵害行為の処罰に対する制約として——処罰正当化の十分条件ではないが——要求される。もつとも、第四章第五節において述べた通り、法的規制に値しないような無数の日常的な感情侵害行為を犯罪化の候補から除外するという処罰を限定するうえで重要な役割を、③比較衡量に担わせることとなる。それゆえ、これに対しては、比較衡量という判断手法は諸考慮要素の重みづけの判断や最終的な結論が人によって相違しやうい傾向にあり、その不明確性ゆえに、処罰範囲を限定するうえで重要な役割を担わせるべきでない、又は当罰的か否かが特に論争的であるハードケースに関して明確な形で解を与えることができないという批判が向けられるかもしれない。

この点について、同様に比較衡量判断に重点を置くフラインバーグは、比較衡量によっても一義的な結論が導き出される場合があることを指摘したうえで、ハードケースに関して次のように述べる。すなわち、ハードケースにおいて、諸基準が競合し優先的に適用される基準が存在しない場合、例えば、ある特定の行為がほどの程度の感情侵害性と道理性しか有さないとき、正しい決定に至る自動的で数学的な方法はないだろう。理論家は考慮され比較されなければならない諸要素を特定しうが、しかし最終的に判断に代わるものは存在しない、という⁽⁹⁶⁾。

少なくとも感情侵害行為の処罰に関しては、確かにこれまで検討してきたように処罰の候補となりうる感情侵害行為とそうでないものとの間に明確な境界線を引くことは困難であるように思われる。その意味で、ハードケースにおける判断の不安定性を考慮してもなお、比較衡量という相対的な判断に重要な役割を与えざるをえないだろう。それゆえ、判断の際に考慮されるべき要素を特定したうえで、他の感情侵害行為に対する当罰性や可罰性の評価との整合性に注意を払いつつ比較衡量を行うというアプローチを主とすることには一定の妥当性が認められると考え

る。

第七章 おわりに

本稿の目的は、批判道徳的観点から感情侵害行為の処罰を限定する基準ないし制約を探求することにあつた。この目的設定は、感情を保護法益とする見解が主張されている犯罪が多数存在しまた感情侵害行為に対する新たな刑事立法がなされる可能性も決して低くはないという現状認識、及び公然の場での性交や性器露出行為、人の死体に対する侮辱的取扱いなど、処罰に値するような感情侵害行為が存在するという直観がある程度社会的に共有されているのではないかという推測に基づくものである。そして、探求の手がかりを、主として英米圏における感情侵害原理を巡る議論に求めることとした。前回の論文では、この議論を概観・整理し、検討されるべき論点として、危害と感情侵害を適切に区別することが可能かどうか、犯罪化を支持するある程度の理由が認められるために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、そして比較衡量において如何なる要素が考慮されるべきかという三点があることを明らかにした。続く本稿では、各論点毎に諸見解に対して考察を加えた。

まず一点目について、危害と感情侵害を区別するファインバーグとフォン・ハーシュらの立場及びこれに対するタシオラスやヘルンレの批判を検討したうえで、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、そして両者の区別が特にこれを支える危害の定義においてデメリットを抱えていることを示した。ここから、如何なる感情侵害が危害に分類されるのかを問うアプローチと危害概念に依拠せず直接にどのような感情侵害（行為）が処罰に値するのかを問うアプローチの二つが考えられる。

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を検討するうえで必要不可欠でないことを考慮し、後者のよりシンプルなアプローチを採用することとした。

次に、二点目について、ファインバーグ、フォン・ハシシュとシメスター、タシオラス、そしてシューメイカーの見解の検討を経て、感情侵害の因果的危険性と感情侵害の道理性という二つの制約を導き出した。もつとも、前記諸見解と同様に、この二つの制約も、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犯罪化の候補から除外しないという点で、処罰を支持するある程度の理由を基礎づけるには至らない。それゆえ、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に対する制約として、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ることとした。

最後に、三点目について、ファインバーグとフォン・ハシシュらの見解の考察を通じて、比較衡量判断の考慮要素を明らかにした。まず比較衡量の一方を構成するのが侵害の重大性であり、これは感情侵害の程度（強度・持続性・影響範囲）、他の侵害の存否及びその程度、そして道徳に適った回避可能性によって判断される。比較衡量のもう一方である法的規制に否定的に作用する批判道徳的理由は、次の四つから成る。すなわち、行為の個人的重要性、社会的重要性、行為の代替性・代替的行為の実行可能性、国家の干渉に対する個人のプライバシー保護の要請である。

もつとも、検討課題は今なお多く残されている。ここではさしあたり三点挙げる。まず第一に、感情侵害の因果

的危険性、感情侵害の道理性、そして比較衡量という本稿において導き出された三つの制約をクリアすることは、感情侵害行為に対する処罰の正当化の十分条件ではなく、法的規制を支持するある程度の理由を構成するにとどまる。⁽⁹⁷⁾ それゆえ、刑罰論における知見も踏まえながら、複数ある応答手段の中で特に刑事規制を用いることが可能又は適切であるかどうかをさらに検討する必要がある。

第二に、前記諸制約が現行の処罰規定や現実的になされうる刑事立法に対して具体的にどのような適用されるのか、そしてそこからどのような帰結が導き出されるのかという点について、本稿では散発的な言及のみにとどまり包括的な検討には至っていない。前章第二節において述べたように比較衡量判断において他の感情侵害行為に対する当罰性や可罰性の評価との整合性を考慮するためにも、包括的な各論的考察が求められる。

第三に、本稿は感情侵害行為に焦点を当てその処罰にあたり課されるべき諸制約を明らかにしたが、立法批判基準としての法益論をはじめとする、感情以外の利益侵害行為を含む行為一般の当罰性に関する判断基準・枠組みとの関係を十全に明らかにするところまで踏み込むことができなかった。第三章第三節において感情侵害を法益侵害から除外することは妥当でないと述べるにとどまっている。行為の当罰性判断のよりよい枠組みの構築や理論的整合性の観点から、本稿において導出した感情侵害行為の処罰に対する制約と法益論をはじめとする行為一般の処罰に関する制約の関係を十分に明確化することが求められるだろう。

(68) *Offense to Others*, p. 27.

(69) *Offense to Others*, p. 32.

(70) *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 128 ff.

(71) もちろん、これは、事前的回避可能性と事後的回避可能性の違いが処罰範囲の確定にとって如何なる時代や場所にお

いても有意であると主張するものではない。この違いが重要であるかどうかは、ある行為の感情侵害性や行為者又は社会に及ぼす利益に対する社会的評価に左右される。あくまで現代の日本における社会通念に従えば、この違いが実際に処罰範囲の確定に影響を及ぼすと考えることはある程度合理的なのではないかという主張である。

(72) *Offense to Others*, pp. 32 f.

(73) *Offense to Others*, pp. 37 f.

(74) 「いじきをし、又はこじきをさせた者」は、「これを拘留又は科料に処する」(軽犯罪法一条柱書、二二号)。

(75) 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)一六四頁。同書一六四頁は、「働き得る全ての人が勤労によって生活を維持すべきことは、社会道徳の要求であり、その道徳律に反する行為を禁止しようとするのが、本号の本来の趣旨である」というが、リーガルモラリズムを拒絶するのであれば、本罪はこじき行為の対象とされることによる感情侵害を防止することを目的(の二つ)とする規定と捉えられることになるだろう。

(76) *Offense to Others*, p. 38.

(77) 表現行為の価値については、表現の自由の原理論や表現の自由の優越的地位の正当化といった題目のもと、憲法学において議論が積み重ねられてきた。例えば、阪口正二郎「表現の自由の『優越的地位』論と厳格審査の行方」駒村圭吾・鈴木秀美編著『表現の自由Ⅰ-状況へ』(尚学社、二〇一一)五五八頁以下。

(78) なお、ファインバーグは、表現の自由が個人にとって著しい私的重要性と民主政を機能させるために必要不可欠であるという社会的重要性を有すると指摘したうえで、表現行為による感情侵害を表現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区別し、前者に関しては行為の法的規制が許されないのに対して、後者に関してはいくらかの個人的重要性は認められるものの社会的重要性をほとんど有しないがゆえに場合によっては法によって正当に規制されると述べる(*Offense to Others*, pp. 38 f.)。しかし、それ以外の場合に分類されている複数のケースのうち、何らかの見解が表現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というケースについては、社会的重要性をほとんど有しないとは言い難いように思われる。このケースにおいて法的規制が場合によっては許されうるのは、社会的重要性が認められないからではなく、代替的な行為(機会)の利用可能性が有意に認められるからであると理解する方がよいだろう。

- (79) *Offense to Others*, p. 40.
- (80) ストーカー行為罪を感情保護を目的とする犯罪と捉えた方がよいのではないかと主張について、亀田悠斗「ストーカー行為罪に関する一考察（一）」阪大法学六九巻五号（二〇二〇）二二二頁以下参照。
- (81) 例えば、ストーカー行為罪は憲法二三条、二二条一項に反するとの主張を排斥した最判平成一五年二月一日（刑集五七巻一一号一一四七頁）の調査官解説は、「ストーカー規制法が規制していると考えられる恋愛感情『恋愛の自由』と置き換えることもできよう。」が憲法上保障される権利であるかどうかが問題となる」ところ、「恋愛感情を抱いたり、これを相手方等に表明したりすることは、人間の本能にかかわる本質的なものであつて、本来、国家権力の不当な介入を許さないものというべきであり、また、これまでの判例が肖像権や喫煙の自由など明文で定められていないものを憲法上の権利として認めてきたことも考慮すれば、「恋愛感情は、私生活上の自由に属する権利として憲法二三条、二二条一項により保障されていると解すべきであろう」、すなわち、「恋愛感情は、……幸福追求権や表現の自由として保障され、人の生存の根源にかかわる自由権として位置付けられる人権と考えられる」と述べている（山田耕司・最判解刑事篇平成一五年度六二九一六三〇頁）。なお、本判決に関する憲法学説上の分析・評価として、藤井樹也「判批」ジュリスト一六九号（二〇〇四）一二頁以下、上村都「判批」法学教室二九四号・判例セレクト二〇〇四（二〇〇五）三頁、鈴木法日児「判批」法学（東北大学）六九巻三号（二〇〇五）一〇〇頁以下、蟻川恒正「行為『禁止』事案の起案補論」法学教室四一六号（二〇一五）九七頁以下等参照。
- (82) *Offense to Others*, pp. 41 f. 45.
- (83) 前章第二節参照。
- (84) *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 123 ff.
- (85) *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 125 f.
- (86) 本節第四款参照。
- (87) *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 116. なお、その予防的反応がある程度道理に適しているとしても、それはあくまで自らの意思による選択であるがゆえに、その危害は危害原理による処罰の理由とはならない、という。
- (88) *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 130 f.

(89) このように考えるならば、例えば、わいせつ物に該当する児童ポルノ画像のデータを保存した光磁気ディスク自体を販売する目的がなくとも、必要が生じた際に光磁気ディスクに保存された画像データをコンパクトディスクに記憶させて販売用のコンパクトディスクを作成しこれを販売する目的で光磁気ディスクを所持する場合にもわいせつ図画販売目的所持罪が成立するとした最決平成一八年五月一六日（刑集六〇巻五号四一三頁）に対して、批判が向けられることになる。

(90) *Crimes, Harms, and Wrongs* pp. 132-134.

(91) 第二章第一節参照。もともと、他の対抗手段の有効性が感情侵害行為に対する処罰の限界づけにとつて極めて重要な要素の一つであることは確かである。

(92) 国家の干渉に対する個人のプライバシー保護は、感情侵害行為それ自体ではなくこれに対する法的規制に関するものである。それゆえ、比較衡量において感情侵害の重大性と比較されるものを、ファインバーグのように感情侵害行為の道徳性とするのではなく、法的規制に対して否定的に作用する（批判）道徳的理由としている。

(93) このように解するものとして、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、中山研一「わいせつ罪の保護法益」現代刑事法二一号（二〇〇〇）六頁以下、また、わいせつ物頒布等罪に関する文脈において、内田文昭「長井圓「性表現と刑法」『現代刑罰法大系第四巻』（日本評論社、一九八二）二七〇頁以下など。これに対しては、現行法の解釈論としては無理がある（西田・前掲注（44）四一六頁、山口厚『刑法各論（第二版）』（有斐閣、二〇一〇）五〇三頁）、見たくないという個人の性的な感情に対する侵害のような軽微な侵害が当罰性を基礎づけるに足るとは考え難い（原田・前掲注（45）三五頁、梅崎進哉「刑法における因果論と侵害原理」（成文堂、二〇〇一）三一一頁）といった批判が向けられている。再反論又はそのようにも理解可能な主張として、萩原滋「わいせつ物頒布罪」『刑法の争点 第三版』（有斐閣、二〇〇〇）二四五頁、内田「長井・前掲論文二七〇頁など。

(94) 又は、わいせつな行為を認識させられうる者の同意の不存在を推定させる状況というように、推定させるという要素を加えることも、一つの方法として考えられる。わいせつ物頒布等罪における公然性を「猥褻表現物を認識させられる可能性のある公衆の同意の不存在を推定させる状況」や「相手の同意を保障する状況」と理解するものとして、内田「長井・前掲注（93）二八二頁、林美月子「性的自由・性的表現に関する罪」『刑法理論の現代的展開 各論』（日本評論社、

一九九六）六五頁。もつとも、「同意の不存在を推定させる状況」（傍点引用者）という定義の根拠、すなわち実際に個人が同意なしに性的感情を害されたとしても一般に同意の不存在を推定させる状況の存在が認められなければ本罪が成立しないといわれることの根拠は、（性）表現の自由への過度の干渉の排除に求められており（内田＝長井・前掲注（93）二七九頁以下、林・前掲論文六五頁）、公然わいせつ罪に關してそのまま妥当するものではない。

（95）したがって、当該社会的評価の変動に応じて、例えば潜在的認識主体を不特定の者に限るべき（すなわち特定多数の場合にも処罰を否定すべき）という主張や、公共の場所又はそこから視認可能な場所に限定すべきという主張がより説得的と考えられることもありうる。

（96） *Offense to Others*, pp. 45 f.

（97）高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』（成文堂、二〇一八）五八頁以下の犯罪化論の枠組みに従うならば、①国家の介入の正当性が示されたにすぎず、②犯罪化の必要性、③全体的な利益衡量、④刑法規施行後の検証が別途審査されなければならぬということである。なお、高橋・前掲書七一頁以下は全体的な利益衡量における考慮要因の一つとして道德的コストを挙げているが、本稿においてこれまで述べてきた通り、こと感情侵害行為に対する処罰に關する場面では、比較衡量における道德的コストの考慮は①国家の介入の正当性の段階でなされなければならないように思われる。

（98）日独の刑罰理論について、例えば、中村悠人「刑罰の正当化根拠に關する一考察（一）」（四・完）——日本とドイツにおける刑罰理論の展開——」立命館法学三四一号（二〇一二）二四四頁以下・三四二号（二〇一二）二〇八頁以下・三四三号（二〇一二）三四頁以下・三四四号（二〇一二）一六四頁以下。また、英米圏の議論を主として参照しつつ政治哲学的観点から刑罰論に考察を加えるものとして、宿谷晃弘「刑罰論の政治哲学的構成に關する覚書——『立法の時代』ないし『危機の時代』における刑罰論——」東京学芸大学紀要人文社会科学系Ⅱ七〇号（二〇一九）一四五頁以下など。さらに、路上喫煙・ポイ捨て行為に対する法的規制について、これらの行為に刑罰としての罰金を科すべきか、それとも行政罰としての過料にとどめるべきかを具体的に検討するものとして、深町晋也「路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例と刑罰論——刑事立法学序説——」立教法学七九号（二〇一〇）五七頁以下。