

「自由に対する罪」を擁護する

江 藤 隆 之

- I 本稿の目的
- II 注意喚起
- III 自由概念の空虚さは意味のない空虚さではない
 - (1) 消極的自由
 - (a) バーリンによる区別
 - (b) スキナーによる批判と検討
 - (c) ロスバードによる批判と検討
 - (d) マッカラムによる批判と検討
 - (e) テイラーによる批判と検討
 - (f) 小括
 - (2) 自由主義政府の中立性
 - (3) 刑法は国家の古典的権力領域に属する
 - (4) 刑法の任務をめぐる用語法上の混乱
 - (5) 自由の本領としての空虚さ
- IV 自由と個人の尊厳
 - (1) 自由権の文脈
 - (2) 人生の自由
 - (3) 人生は誰のものか
 - (4) 自由は単なる内心の自由ではない
- V 結語

キーワード：自由に対する罪，消極的自由，自由主義

I 本稿の目的

いわゆる「自由に対する罪」の自由を人格や尊厳概念によって再構成する試み（以下、本稿においては「再構成論」と呼ぶ）が近年主張されている⁽¹⁾。しかし、その試みに賛同することはできない。そのような再構成を待つまでもなく、これまでも自由に対する罪は広い意味においては尊厳に対する罪であったのであり、これからも尊厳に対する罪であり続けるのである。それゆえ、「自由に対する罪」の「尊厳に対する罪」としての再構成論は、実のところ再構成ではなくせいぜい換言あるいはイメージ転換の戦略または補足説明にすぎないことになる。このような主張は、それが正当な結果を導くのであればなお賛同する余地はあるといえるかもしれない。しかし、何がその人にとっての尊厳であるかの決定をその人の選択に委ねる点がまさに自由の自由たるゆえんであるのにもかわらず、これを法が実質的に判断するような換言・イメージへの転換は、かえって個人の選択以上に個人の尊厳の内実に国家が踏み込む事態を招来する危険をはらんでいる。そうであれば、かえって自由の領域における個人の尊厳を侵害するものとなりかねない。

そこで、本稿では、刑法における自由の概念を明確化し、再構成論の問題点を指摘し、「自由に対する罪」というカテゴリーを擁護することを試みる。

なお、法規および判例の詳細な検討による自由に対する罪というカテゴリーの擁護論はすでに佐伯仁志によって展開されている⁽²⁾ので、本稿は基礎的な掘り下げに特化して論じたい。再構成論が主張される動機のひとつに、「自由」という概念のある種の空虚さについての基礎的誤解があると思われるため、本稿の論じ方にも一定の意義が認められよう。

Ⅱ 注 意 喚 起

論述に入る前に、本稿においても何度も繰り返される重要な注意喚起をしておきたい。本稿は、自由に対する罪のカテゴリーを擁護し、再構成論を批判するものである。ところが、性的自由に対する罪の解釈論上の結論においては、再構成論とほぼ同一の帰結に至る。本稿は、再構成論の性犯罪の現状に対する問題意識も理解しているつもりである。そのため、本稿の再構成論批判は「用語法批判」とどまるといえるかもしれない⁽³⁾。ただし、それはきわめて重要な用語法批判であると確信している。

再構成論者は、性犯罪の重大性を主張する。それは正しい。性犯罪はきわめて重大な人格への冒涇であり、尊厳の蹂躪である⁽⁴⁾。そのことに異論はない。再構成論は、そこからすすめて、性犯罪の保護法益を「性的尊厳」と解することを主張する。そして、解釈論上の帰結として暴行・脅迫要件を緩和したり、被害者の抵抗を不要としたり、被害者の性経験や性的嗜好への立ち入った検討を不要として成立要件を緩和することを提唱する⁽⁵⁾。ところが、このような再構成論による法益理解とそれにもとづいて行われる成立要件の緩和との関係には大いに疑問がある。本来は法益を重大に解すれば解するほど、成立要件は狭まるはずであり、法益を実質化すればするほど立ち入った検討が要求されるはずである。法益は犯罪成立を限定づける機能を有するからである。法益概念をより重大化・実質化して理解するにもかかわらず、成立要件がより緩和・形式化されていくということは理論的におよそ考えづらい。

私は、——再構成論者のいうとおり——性的自由が侵害されれば被害者の尊厳は侵害されると解している。しかし、その保護法益を直接に「性的尊厳」とすることには反対する。再構成論は、当初の主張者が主唱しているかぎり混乱の危険は少ないのかもしれない。だが、この議論はいつか「本罪の成立のためには尊厳を侵害する程度の行為が必要である」、「尊厳が侵害されたか否かを実質的に検討すべきである」などと、当初の再構成

論の目論見と異なる方向に走り出す危険をはらんではいないだろうか。

本稿は、性犯罪を犯罪成立に関する保護法益については、性的自由（性に関する行為の拒絶機会侵害／拒絶侵害）に対する罪であると解する。それでこそ、暴行脅迫要件を緩和したり、被害者の抵抗を不要としたり、被害者の性経験や性的嗜好への立ち入った検討を不要とすることができると考える。

もちろん、このことは性的自由に関する罪にかぎったものではない。自由に対する罪全般について、法益の「実質化」という名目による、伝統的な自由主義者たちが懸命に避けようとしていた「自由の実質化」の危険がある。自由は、ひとりひとりにとって幸福そのものではなく、幸福追求の条件という形式であり、意に反して他人からアクセスされることのない、中身を暴かれることのない個人の砦であり鎧である。自由はたしかに空虚であるが、それは個人にとって大切な意味のある空虚である。他人からのアクセスを拒絶できる誰からも価値を決めつけられない（空虚な）空間を有する砦を保持すること自体が、個人にとってきわめて重要なのである。しかも、それはしばしば批判されるような曖昧なものではない。この砦は中身こそ空虚であるが、アクセス拒絶の外殻自体はきわめて明瞭である。刑法的には、暴行・脅迫・公務員の職権濫用による個人内部の選択・選択肢への強制的アクセス（強要罪・職権濫用罪）、砦の内部において（他者侵害に至らない自由の範囲において）現在地を変更する選択への直接的・領域的アクセス（逮捕・監禁罪）、私生活の排他的領域への許可なきアクセス（住居侵入罪）、私生活以外の社会生活の領域への具体的・明示的拒絶に反したアクセス（建造物等侵入罪）、拒絶の機会を与えないあるいは拒絶に反する性的アクセス（性犯罪⁽⁶⁾）がそれぞれ禁止されている。これらは、不明確ではなく、むしろ自由主義の原理から当然に守られるべき基本的な諸自由を明確な範囲で保護している諸規定であると解されるのである。

したがって、私は、本稿において自由主義の立場から用語法批判を徹底して展開するつもりである。ところが、言葉遣いの難しさなどから誤解を招きやすい（用語法批判ではなく、実質的に再構成論の問題意識自体を否

定しているのではないかと誤解されたり、「再構成論を採るならばこうなるはずである」という仮定的論理展開を「再構成論がこう言っている」と誤った主張をしているようにとられたりしかねない）論述になることを危惧している。そこで、ここにあらかじめ注意喚起をしておいてから、論述に入ることにした。このような注意喚起や本稿の中心的主張にかかる叙述は、——誤解を防ぐ必要性から、そして自由主義の見地における自由⁽⁷⁾の重要性から——本文中で何度も何度も繰り返されるだろうが、ご容赦いただきたい。

Ⅲ 自由概念の空虚さは意味のない空虚さではない

(1) 消極的自由

(a) バーリンによる区別

自由という実に多義的な概念を整理する際に、まず参照すべきはアイザイア・バーリンのオックスフォード大学教授就任演説におけるふたつの自由概念の区別⁽⁸⁾である。

バーリンは、自由という語でふたつの概念があらわされているという。それは、消極的自由と積極的自由である。消極的自由とは「～からの自由」⁽⁹⁾であり、選択・選択肢に対して強制のない状態を意味している。これに対して、積極的自由とは、自己支配として、自己の目的達成・目標実現として理解される自由である。たとえば、誰からも禁止されることなく手を押さえつけられているわけでもなく、ただ自らが不器用であるためにギターが弾けない場合、積極的観点からすればギターを弾きたいという目標は達成されていないものの、消極的自由の観点からは自由は侵害されていない。消極的自由は、他者からの強制的介入の不存在を意味している。そして、それ以上のことは意味していないから、消極的自由の文脈においては本人が自由の中で何を実現したいのかはまったく議論の対象にならない。だから、手を押さえつけられていなければそれで自由なのであり、ギターを弾いても弾かなくてもかまわない。ところが、積極的自由の文脈においては、

当人が何をしたいのかが自由の重要な指標となり、当人のしたいことが実現できることが自由、そうでないことが不自由であるということになる。例の場合においては、手を押さえつけられていないことではなく、ギターを弾けることが積極的自由にとって決定的に重要となる⁽¹²⁾。

バーリンも認めるとおり、伝統的な自由主義者は、消極的自由を重視している⁽¹³⁾。まさに、国家からの自由という標語は、古典的な自由主義の旗印のひとつである。また、積極的自由は、伝統的な自由主義者の構想とは相反して、他者に対する侵害、とりわけ国家による強制的介入を誘発しかねない⁽¹⁴⁾。消極的自由は他者への不干渉によって達成できるのに対し、積極的自由の実現は種々の局面において他者への積極的干渉を必要とするからである。

ただし、このふたつの自由概念の区別に批判がないわけではない。代表的な批判を必要な範囲で取り上げてみよう。

(b) スキナーによる批判と検討

クエンティン・スキナーは、ケンブリッジ大学近代史欽定講座教授就任講義の中で、英語圏の哲学において失われていった第三の自由たる「ネオ・ローマ的自由」を発掘し、バーリンの見解を批判的に紹介する⁽¹⁵⁾。スキナーによれば、ネオ・ローマ的自由の主張者たち（イングランドの共和主義者たち）は、諸個人の自由に焦点を当てるよりもまず、自由国家に生きるということを検討する⁽¹⁶⁾。彼らは、自由国家で生きることによって初めて自由でありうるという観念を有し、市民的自由の概念を政治的な意味にとらえ⁽¹⁷⁾、自由そのものというよりも、自由の保護手段について検討し、自由な統治の理論を導き出そうとする。彼らは、古典的な自由主義者たちが、個人に強制的な介入がないことに固執し、個人の自由と公的自由とを関連づけなかったのとは異なり、自由は強制的な介入のみによって危険に晒されるのではないという⁽¹⁸⁾。むしろ、依存の状態で生きることが強制の源泉である⁽¹⁹⁾というのである。

このようなスキナーの批判は、バーリンによるふたつの自由概念の区別に対してヒットしていない。というのも、スキナーの議論においても消極

的自由・積極的自由の区分が自由概念を理解する出発点として有用なものであることには違いがないからである。スキナーは、ネオ・ローマ的自由の主張者たちにとって「自由の概念はその存在がいつも何物かが欠如していること、とくにある程度の抑制ないし強制の欠如によって特徴づけられるという意味で、『単に消極的なもの』であることに異議はない」、「彼らはまた力の行使あるいはその威圧的脅迫が、個人的自由に干渉する強制の形態の中に列挙されなければならないことも、否定しようとは全然考えて⁽²⁰⁾い」ないという。このように、ネオ・ローマ的自由という観点からの批判は、自由が消極的なものであるという点、強制的介入が自由への脅威であるという点については異を唱えるものではない。⁽²¹⁾スキナーによれば、ネオ・ローマ的自由の主張者たちがバーリンに異論を唱えたのは、「強制力ないしその威圧的な脅迫が、個人的自由に干渉する強制の唯一の形態であるという趣旨の、古典的な自由主義の基本的前提」である。⁽²²⁾結局のところ、スキナーの議論は、消極的自由を擁護する議論を、個人の形式的な自由の問題だけにとらわれず、社会生活の領域に拡張していくことを主張するものにはかならず、——そしてそのような主張は、バーリンの議論がともすれば帰結してしまいがちな「満足した奴隷は自由である」という結論の是非を問うために真剣な考察の対象になりうると私も考えるが——バーリンによる自由概念の区別を深化させるものであっても、否定するものではないといえる。

(c) ロスバードによる批判と検討

ロスバードは、その伝記のタイトルが『国家の敵』(An Enemy of the State)⁽²³⁾と名付けられるほど、徹底したあるいは極端な自由主義者として知られている。彼は、あらゆる国家的強制が自由侵害であるとの論陣を張り、ついに国家を不要であると結論づける無政府資本主義に至る。⁽²⁴⁾

ロスバードは、バーリンの消極的自由論は不徹底であると論難する。彼によれば、バーリンは機会と自由とを混同しているという。彼はペアレントの議論を援用しながら、「あるコンサートのチケットを買う機会が諸々の理由から(例えば忙しいため)ない人であっても、この人はかかるチケッ

トを買う『自由』が、十分意義深い意味において、あるのである」とい⁽²⁵⁾う。このような問題は、ロスバードによれば、バーリンが「正当な所有権」への物理的介入の不在を消極的自由であるとする定義を思いつかなかったことに起因するという。ロスバードはそのためにバーリンは混乱におちいり、消極的自由の確立を実質的に断念することになり、「『結局積極的自由』陣営に下ってしまうことにな⁽²⁶⁾った」と評するのである。

このような批判は、ロスバードの経済学者としての無政府資本主義思想からくるものであり、市場の自由とりわけレッセ・フェールをどう評価するかについての争いに起因するものであるといえる。ロスバードは、バーリンがレッセ・フェールを必ずしも支持せず、自由市場経済を時に消極的自由を侵害しうるものであるとしたことに不⁽²⁷⁾満を述べている。その経済学的な肯否はさておき、バーリンとロスバードのとの間で、積極的自由と消極的自由は異なるものであり、自由主義の観点からは消極的自由を擁護することが重要であるという点においては争いがないことを確認しておけば十分であろう。

(d) マッカラムによる批判と検討

マッカラムは、バーリンの自由論は「XはYから自由である」という二項関係を前提としているが、自由のためには目的が必要であり、「Xは、ZをしたりZをしなかったり、あるいはZになったりZにならなかつたりするために、Yから自由である」という三項関係を考慮に入れなければなら⁽²⁸⁾ないという。

この批判は、単なる誤解あるいは立場の違いに起因するものである。バーリンは、自由に目的を要求しない。このようなバーリンの考え方は、伝統的な自由主義の自由のとらえ方そのものであるといえる。個人の前に立ちだかる強制的な障壁を取り除くのに、「何のために取り除くか」を考える必要はない。そのようなことを考えたら、障壁が取り除かれた後、個人はその目的に服従しなければならなくなろう。個人がその目的に服従しなければ、——個人が約束を反故にしたとして——取り除かれた障壁が再び築かれることになるかもしれない。そうではなく、「ただ障壁を取り除く。

あとどうするかは個人に委ねる」というのが古典的な自由主義の自由であり、その自由概念をマッカラムの批判に従って変更する必要性は見当たらない。

(e) テイラーによる批判と検討

自由主義の想定する人間像はあらゆる負荷から解放された存在（負荷なき自我⁽²⁹⁾）であるが、現実の人間は共同体の美德と密接に関連しており、共同体なくして人間を語ることはできないとするコミュニタリアニズム⁽³⁰⁾の代表的論者のひとりであるテイラーは、ロマン主義的な「自己実現」等の観念にもとづいてむしろ積極的自由を重視し、バーリンが消極的自由に固執したことを危険なものを避けてより安全な方へと後退する「マジノ線メンタリティ」だとして批判する。テイラーは、バーリンの消極的自由概念が外的障害の欠如にのみ向けられており、内的障害に目を向けない点で不当であるという。テイラーによれば、自己認識、自己理解、道徳的弁別能力、制御能力など内的な諸条件（internal conditions）がなければ自由は行使できないというのである⁽³³⁾。このようなテイラーの批判は、自由考察のフィールドを考えられるかぎり広くとった場合には、理由のないものではない。というのも、バーリンの自由概念は精神的な自由の目的には目を向けず、あくまで身体的に自由であることのみを重視しており、たしかに身体的に自由な状態から「具体的にいかなる自由の行使が可能か」という問いには目を背けているからである（バーリンの関心事は、どれだけ選択肢があるかであり、その選択肢の性格がいかなるものかではない）。その内的諸条件が重要であるという指摘には一定の意義がないではない。しかし、テイラーの批判がバーリンにヒットしているかというところではない⁽³⁴⁾。バーリンがそうしているように、自由考察のフィールドを市民的自由の文脈に置く場合、テイラーのいう内的諸条件の欠如は、市民的自由の侵害を意味しないからである。たしかに、自己支配の弱さは、個人の自己実現にとって障害になるかもしれない。しかし、だからといって、それが市民的自由の侵害であるとはいえない。たとえば内気な性格ゆえに、人前で上手くスピーチすることができない者にとって、表現の自由は絵に描いた餅であるかも

しれないが、だからといってそのような性格の者がいる事実をもって、「この国では表現の自由が侵害されている」とはいわない。彼／彼女にとって、表現行為につき、外的な障害が一切なければ、それは市民的自由の文脈においては、彼／彼女は表現の自由を有しているといえるのである。

さらに自由考察のフィールドを刑法の文脈に置く本稿には、なおさらテイラーの批判は当たらなくなる。なぜなら、刑法は個人の内心や自己実現に介入する法ではなく、各人の現実の行為が他人の法益を侵害しないようにする条件調整に関する法（行為刑法）にすぎないからである。刑法は誰かが何かを達成することを支援する法ではなく、また誰かの自己実現行為を積極的に意義づけて評価するような法でもない。刑法は誰かが何らかの目標を達成するか否かに関心を持っていない。刑法の関心は、自由の内実でも目的実現でもなく、条件そのものを保護することにある。刑法は、人間生活における価値実現のための条件（すなわち生命、身体、自由、財産、社会の安全、通貨や文書等への信用、国家が存立すること、国家が適正に作用することなど）を侵害する反規範的行為を禁圧する法である。刑法の関心は、侵害・危険行為であり、(例外的に作為義務が課せられている場合には)保全行為である。そのためテイラーの指摘が仮に正しいとしても、刑法学上の争いにおいてこれを考慮する必要はないといえる。

(f) 小括

以上のように、批判にはそれぞれに一定の意義はあるものの、いずれも刑法領域において自由概念を区別し、消極的自由を保護することについて決定的な批判であるとはいえない。もちろん、福祉国家における社会保障法の領域や複雑に入り組んだ現代経済社会を規律するための経済法のような積極的な法領域においては、この区別は深化させられ、または修正を加えられ、あるいは見直される必要があるかもしれない⁽³⁵⁾。しかし、刑法のような国家の基本的・古典的領域（むやみに適用範囲を拡大すべきでなく、個人生活に積極的に介入すべきでないことが広く合意されている領域）については、このような古典的な分析で十分であるばかりか、そのような単純であるが研ぎ澄まされた概念こそが刑法の意義と機能を理解するのに有

益であるといえるのである。

そこで、パーリンによる2つの自由概念の区分の用語法を用いながら、さらに検討を進めていこう⁽³⁶⁾。

(2) 自由主義政府の中立性

伝統的な自由主義的な政府構想⁽³⁷⁾においては、政府は個人の選好に対して中立的ないし平等的であること（ここではそれをひとまず政府の中立性と称⁽³⁸⁾呼ぶ）が要求される⁽³⁹⁾。

自由主義の構想において、人は個人として尊重される。それは単なる個体として理解されるのではなく、自らの人生を歩む個人として尊重される。個人の存在は、人生の目的に先立ち、個人は自らの人生目的を選択・幸福追求⁽⁴⁰⁾する。政府の仕事は、個人に人生の目的を与えることでも、幸福を約束することでもない。個人が個人として活動する基盤を整え、その選択を尊重することである。そのため、政府はある人の選択を価値あるものとして応援したり、別の人の選択を——それが他者侵害にあたらないかぎり⁽⁴¹⁾——無価値なものとして妨害したりしてはならない。政府は、個人の選択に介入せず、中立性を保たなければならない。このような中立的な政府が自由主義政府の基本構想である。

もちろん、周知のとおり、以上のような自由主義政府の基本構想は、多くの異論あるいは総論賛成・各論反対の見解にさらされている。この基本構想をすべての政府領域において忠実に維持しようとする見解はむしろ少ない。アメリカにおいては、共同体の善を重視するコミュニタリアンや特に平等を重視するタイプの現代リベラルの論者たちから異論や部分的修正の異議が投げかけられている。また、ヨーロッパにおいては、社会主義の問題提起に影響を受けたソーシャル・デモクラットによる批判が多くある。日本では、「リベラル」の語の混乱が見られ、「リベラル」が元来の自由主義的なリベラルを指す場合も、自由の制限を明確に打ち出すソーシャルを指す場合もあるように思われるが、その思想的対立の根底には、どれだけ自由を重視するかについての見解の相違があるといっていよう。

また、他者危害原理だけでは、政府の権限を説明しきれないことも明らかである。たとえば、徴税は政府の基本的かつ古典的な働きであるが、徴税を他者危害原理から直接導き出すことは難しい⁽⁴²⁾。徹底して他者危害原理を基礎にしようとしても、一部の領域においてかなり間接的に、たとえば他者危害を防止するために必要な機構を創設・維持するためとして説明しうるにすぎない。別の領域、たとえば政府が一定のインフラを敷設すること、積極的財政政策を行うことについては、深刻な説明不能に陥るであろう⁽⁴³⁾。

それでは、政府の中立性原則は、これらの批判によって完全に維持することは不可能なのだろうか。ある領域についてはおそらくイエスであり、別の領域についてはノーである。

「政府」と一言でいっても、よく観察すれば政府はひとつの領域における単一的な権力ではなく、各領域における諸権力の総体である。たとえば徴税力であり、警察力であり、防衛力であり、行刑力である。福祉国家たる現代日本においては、他者危害原理によるというよりはパターンリズムにもとづくともいえるような健康保険や公的年金などの公営社会保障制度に強制的に加入させるのもまた政府の力である。つまり、政府は、単一分野における単一の権力なのではなく、——人権 (human rights/Menschenrechte) が諸権利 (rights/Rechte) であるように——諸権力の総体である。政府の諸権力は、そのすべてが理念的に人民 (people) の信託に由来するものであるため、人民の基本的な自由を侵害することが許されない。しかし、具体的にどのような権力行使が許されないのか、あるいは許されるのかは、それぞれの領域において主権者が政府に何を授権し、何を制限しているかによって決まる。そのため、人民によるその権力制御方法は——人権の具体的な保護程度・方法がその人権内容によって異なるように——その権力の性質によって異なるだろう。

そこで、本稿は、政府権力が行使される諸領域のうち、刑法がいかなる権力領域であり、いかなる制御方法に服するべきかを検討すればよいことになる。

(3) 刑法は国家の古典的権力領域に属する

刑法は、権力が行使される領域としては最も古典的な領域のうちのひとつである。人類の権力史を紐解くとき、同時に人類の刑法史も語られる。近代国家成立以前においても、刑法は一定の権力と結びついていたし、自由主義思想が誕生したときにも、刑法は政府の役割とされた。政府の権能を可能なかぎり削ぎ落した政府像が「夜警国家」と呼ばれるのもまたこの証左である。⁽⁴⁴⁾ 刑法は、権力と人民との関係でいえば、最も古典的な領域のうちのひとつである。

すなわち、刑法の領域は、国家にとってきわめて基本的な領域であるといえる。刑法の法領域にかぎっていえば、そこで保護されているものは消極的自由であるということ貫徹できる。刑法は他者侵害を禁圧する法領域であり、その範囲に収まる権力行使についてのみ人民から信託を受けているのであるから。

(4) 刑法の任務をめぐる用語法上の混乱

このように、消極的自由を保護すること（そして消極的自由保護機構を保護すること）が刑法の任務であるといえる。

なお、佐伯仁志は、自由に対する罪における自由が消極的自由であるという見解に賛同を示すものの、私の論文を挙げ、「(引用者注：江藤は) 従来の学説は、刑法が保護する『自由』の中に漠然と積極的自由も含めてきたと批判するが、逮捕・監禁罪、性犯罪、住居侵入罪の保護法益である『自由』が消極的自由を意味することは当然の前提とされてきた」という。⁽⁴⁵⁾ しかし、この佐伯による私への指摘は当たっていない。佐伯が挙げる私の論文における私の主張は、「自由に対する罪における自由が消極的自由を意味するのはよく考えれば当然の前提であるにもかかわらず、その『語』が積極的自由と消極的自由とを漠然と混同する形で使われてきた」というものであった。これまでの学説が積極的自由を漫然と保護範囲に含めてきたとはしていない。むしろ、これまでの学説も消極的自由を当然に保護対象としてきたにもかかわらず、⁽⁴⁶⁾ 「誰を住居内に入れるかを定める自由」、

「誰と性的行為を行うか行わないかを定める権利」⁽⁴⁷⁾、「一定の場所から移動する自由」⁽⁴⁸⁾、などのように、何かを実現する自由（積極的自由）であるかのような表現が使われてきたこと、そして、この「用語法の混乱」が「何かを実現する自由なのであれば、それが何であるかを決定しなければならない」といった誤った問題意識を生み出したことを指摘したのである。

「自由」の語がたとえ用語法上だけであっても「積極的自由」であるかのような誤解を与えるならば、「それは何の自由なのか」、「どのような価値を伴う自由なのか」といった、価値を問う問題が用語法上の混乱にもとづいて発生してしまう。「人を招き入れる自由」と表現されれば、「どのような招き入れを保護すべきで、どのような招き入れを保護すべきでないか」、「一体招き入れの自由は何を実現するために認められているのか」という疑問が必然的に生じてしまう。その内実を議論しなければその「自由」は「空虚である」とされてしまう。しかし、これを正しく用語法上も消極的自由として表現していれば、このような仮象問題は発生しない。消極的自由は「価値に触れない」からであり、「空虚であるべくして空虚」だからである。

(5) 自由の本領としての空虚さ

再構成論者である辰井聡子は、『自由に対する罪』というカテゴライズの問題点は、『中身がない』ということに尽きる⁽⁴⁹⁾という。たしかに、消極的自由は空虚である⁽⁵⁰⁾。ただし、それはまったく問題ではない。

消極的自由は空虚であるが、そうであること自体に意味があるのである。その空虚の部分こそが、個人の選択肢の在り処なのである。個人が、他者から侵害されずかつ他者を侵害しない範囲内で、どのようなことに価値を見出し、どのような価値を追求するのかは、その個人の選択に委ねられる。自由とは、「相互非侵害状態」であり、その状態以外のなにものでもない。他人の立ち入りを拒絶した自宅（つまり世界中の誰も侵害せず、誰からも侵害されていない状態）で、昼寝をしてもかまわないし、ドラムでエイトビートを叩いてもかまわないし、インドカレーをスパイスからつくっても

かまわない。「その場で3回跳ばなければ殴る」という他人の脅迫による強要を断固拒否するつもりの方が、そのような強要がないにもかかわらずその場で3回跳んでもかまわない。もちろん、4回目はひねりを加えて跳んでもいいし、そのあと急に手をバタバタさせてハチドリの真似をしてもかまわない。なぜそのような選択が可能であるかといえば、「消極的自由」の保障された相互非侵害状態において何をなすべきかという内容が政府・法・他者によって決められていないからであり、「消極的自由はこの価値の実現ために保護されている」などといった目的もないからである。消極的自由の中身には、政府・法・他者が内実を吹き込んではいならない。ただその人生を歩んでいる本人だけが、自由という空虚な器に自らの望む価値を選択して充たしていくことが許されるのである。阪本昌成は、消極的自由の中身が空虚であるという批判に対して、「自由は、すべての道徳的価値の条件であって、それ自体の積極的価値を論ずる必要はな」く、「自由の中身は、各自が決定し吹き込むべき課題であって、各自の積極的な選択に委ねられている⁽⁵¹⁾」と回答しているが、正当であろう。

なお、辰井は「誰を住居内に入れるかを定める自由は恣意的な意思決定に等しいものに墮してしまう⁽⁵²⁾」というが、「住居する者の恣意的な意思決定」を保護することを「墮する」と評価するのは逆転している。むしろ、(単独で居住する住居であれば)その住居する者の恣意的な意思決定の前に政府・法・他者の価値判断が譲歩することにこそ、消極的自由本来の意味があるのだから。他者の価値観に支配されず、自己の生活上の選択を——他者侵害に至らない範囲で——恣意的に決定できることは「墮している」のではなく「自由が本領を発揮している⁽⁵³⁾」のである。性的自由を考えればこのことは明らかであろう。どれだけ恣意的な理由であっても、人は性交等を拒絶することができる。どのような場面であっても、意に反して性交等を受け入れなければならないことなどない⁽⁵⁴⁾。したがって、ある人の性交等の拒絶が「恣意的であるか否か」、「なぜそのような拒絶が行われたのか」などを考えるまでもなく、その拒絶自体を保護すれば良いのである。すなわち、性に関する心的・身体的諸条件(すなわち性的自由)を保護す

るものと解し、その条件が侵害されたことをもって法益侵害ありとすれば⁽⁵⁵⁾足りるのである。

以上のような空虚な消極的自由に対して、積極的自由には空虚さはない。むしろ、積極的自由は常に何らかの価値実現に向けられた自由なのであるから、空虚であっては積極的自由たりえない。積極的自由を論じようとするとき、論者は必ず「この自由というものは一体何の価値を実現するためにあるのだろうか」と考えなければならなくなる。この内容的実質が定まらなければ、積極的自由は意味を持たない。そのため、消極的自由を無意識にでも誤って積極的自由のように表現してしまえば、その内実を探究しなくなってくる。これが、誤謬への陥穽である。

内実の探究はたとえば次のような弊害を生むだろう。性犯罪を尊厳に対する罪と解すれば、——再構成論者の真意とは真逆に——「このケースでは被害者の尊厳が侵害されたか否か」という検討がなされることになりかねない。まさにそういう検討を行うことが法益の処罰限定機能だからである。ところが、性犯罪においてこのような検討をすること自体が、差別の契機を含むものである（私は、再構成論者がそう言っていると指摘しているのではなく、再構成論者の意図するところとは真逆にそうなってしまうかねないという指摘であることを何度も注意喚起しておきたい。再構成論の主張動機はまさにこのような差別的な取り扱いを防ごうとする意図を有するものであると理解している）。ある被害者における性の尊厳を具体的に検討することは適切ではない。ともすれば被害者の純潔性を検討するというようなきわめて不適切な事態に立ち至りかねないからである。結局のところ、性的行為に対する拒絶があったにもかかわらずその拒絶を破った場合（強制性交等、強制わいせつ等）および性的行為の拒絶のチャンスを与えなかった場合（準強制性交等、準強制わいせつ等）、性的行為の拒絶が困難な状態に乗じた場合（監護者わいせつ等）には、性的行為拒絶権（自由）の侵害があるといえは十分なのであるから、これ以上の立ち入りは不要であるとすべきだろう。

もちろん、先ほどから注意喚起しているように再構成論者には、そのよ

うな立ち入りを正当化するつもりなどない。再構成論者は、「合意が成立していないのに、性的行為を強要し、性的領域に土足で踏み込むこと」が「性的尊厳・人格権の侵害にあたる」⁽⁵⁶⁾というのである。となれば、それは——本稿が後に指摘するように——自由とは人生に対する個人の選択の自由であり、それは尊厳と直結しているものであるから、自由が侵害されれば尊厳が侵害されるという当たり前のことを述べているにすぎず、結局のところ自由に対する罪を自由に対する罪として理解する見解と何ら変わらず、ただ誤解を招きやすい用語法を使用しているだけであるということになる。もちろん、再構成論者の問題意識には賛意を示すことができる。辰井が性について「人間性の最も深い部分に関わるもの」として、「そうした領域に土足で踏み込み、強引に、無遠慮に開示を迫る、ということが、性被害の本質である」⁽⁵⁷⁾というのは正当である。では、それをどう守るべきかといえば、被害者の拒絶の機会を保障すること・拒絶権の行使を保護すること、すなわち消極的自由・非侵害状態の保護によるべきなのである。

このように解することによって、たとえば性的自由に対する罪については、以下のような解釈論への影響を与えることができるようになる。①自由侵害と解することで、暴行・脅迫要件を緩和することが可能になる。暴行・脅迫は選択肢への暴力的介入であるから、暴行・脅迫があればただちに自由は侵害されるため、暴行・脅迫の程度を要求する必要はなくなる。⁽⁵⁸⁾②恐怖や恥ずかしさのあまり被害者が抵抗することができない状況に陥った場合には、被害者が抵抗しなくても性的自由侵害があるといえるようになる。拒絶の選択肢を行為者が奪っているからである。③さらに、後に指摘するように自由とは単なる主観的なものにとどまらず客観的実体をもった性的行為の拒絶／拒絶の選択肢の保障であるから、被害者の性的経験や性的嗜好に深入りすることなく、客観的に拒絶・拒絶選択肢の侵害があると認められる場合は、性的自由に対する罪を成立させることができるようになる。⁽⁵⁹⁾

IV 自由と個人の尊厳

(1) 自由権の文脈

財産に対する罪の「財産」とは財産権に対する罪であり、財産権の本籍は経済的自由権である。財産に対する罪とは、「財産の自由に対する罪」である。「生命に対する罪」は、自由の最も基本的な「他者から殺されない」という自由を達成するものであって、「生命の自由に対する罪」である。このように、広義（自由権の文脈）においては、個人的法益に対する罪はすべて自由に対する罪なのである。⁽⁶⁰⁾ そのうち、その内実が明白な財産や生命である場合には、「財産に対する罪」、「生命に対する罪」とその内実でもって呼びならわしているのである。そして、その内実が明らかにされていない罪、つまり「自由に対する罪ではあるが、何の自由に対する罪であるかが明確にされていない罪」を「自由に対する罪」と呼んできたのである。

となれば、生命に対する罪を生命に対する罪としてその内実を議論して構成するのが妥当であるように、財産犯における財産法益の内実をきちんと問うべきであると同様に、自由に対する罪をその内実を明らかにして再構成したくなるのは当然であり、そこに抗いがたい魅力があることは認めなければならない。⁽⁶¹⁾

(2) 人生の自由

自由に対する罪は、生命それ自体ではない life⁽⁶²⁾、つまり、生活・生き方（まとめて人生と呼ぶことにする）の自由に対する罪である。これまでもそう理解されてきたはずである。したがって、自由に対する罪は、これまでも「人生の自由（人生の各場面における選択の自由）に対する罪」だったのであり、これからもそうであり続けるだろう。もちろん人生における選択は、当然に個人の尊厳と直結している。そうであれば、人生の自由が侵害されれば（反射的に）当人の尊厳も多くの場合において侵害される。⁽⁶³⁾

この意味においては、これまでも自由に対する罪はほとんど結果的には「尊厳に対する罪」であったのである。しかし、積極的にそのように再構成しようとするのは危険である。

(3) 人生は誰のものか

いかに生きるかという人生の問題は、たしかに尊厳の問題である。ではそれは、誰の尊厳の問題か。個人の尊厳の問題である。何が尊厳ある生き方か、それは他者を侵害しないかぎり個人が決定することができる。政府・法・他者により生き方を決定されないことが個人の尊厳である。そうであれば、「尊厳」の内実は政府・法・他者が埋めるべきものではない。多数決によって決めるべきものでもない。その人にとっていかなるものが尊厳であるのかは、かけがえのない個人として人生を歩んでいるその人が決定すべきである。少なくとも、刑法においてはそうである。刑法は、善き生き方を提案しない。個人が考えるところの善き生き方の選択肢を保護するのである。選択肢を選択し、実行するのは個人である。そのため、「個人の選択の尊重」こそが「個人の人生の尊重」であり「個人の尊厳の尊重」なのである。

付け加えれば、自由は、個人の選択への民主的侵害（つまり、民主制にもとづく決定による侵害）からも個人を守っているのである。熟議を経た多数派の決定によっても侵害することのできない個人の領域がたしかに存在すべきである。個人の消極的自由は、個人が社会から逃れるための必要な砦である。⁽⁶⁴⁾

自由に対する罪を尊厳に対する罪と言い換えることは、仮に内容として一定の合意点に到達できたとしても、危険な換言である。どのような人であっても、選択の自由は無条件で侵害から守られなければならない。その実質的利益は議論すべきでない。それを「尊厳」であるといえ、⁽⁶⁵⁾「尊厳とは何か」の探究が始まりかねない。もちろんこの探究がなされるべき分野もあるだろう。しかし、刑法においてはそうではない。このような探究は——社会権分野においてはどうしても必要であるように思われるのに対

し、刑法分野においては——端的に不要であり、不要な探究は危険である。ある者の自由が尊厳に合致しないとして保護の放棄がされかねないからである。⁽⁶⁶⁾

どれだけ客観的にみて下らないことであっても、どれだけ外からは愚行にみえても、個人の消極的自由は保護されなくてはならない。世界中の人間が誰一人理解せず、誰一人意義を見出さず、誰からも唾棄されるようなことであり、それゆえ実質的に考えれば誰からも「価値がない」といわれ、どのような見解からも「尊厳がある」とはみなされない選択であるとしても、それが他者を侵害しないかぎり、それを暴力・権力によって妨害されない自由は守られなければならないのである。ミルの自由論が「愚行権」を保障したとしばしば言及されるのはこのためである。

(4) 自由は単なる内心の自由ではない

最後に、自由に対する罪カテゴリーは単なる意思侵害に墮するという批判をとりあげて反論しておきたい。

この批判は、「意思」を主観的なものとしてとらえているが、そのような前提自体が誤っているといわなければならない。たしかに「意思」が——おそらく二元的世界観の論者が当然の前提としているように——主観的内心を意味し、仮に客観的言動とは無関係に「私の真意は実は別のところにあった」、「一切行動に表してはいないが、真意は拒絶するつもりであった」という心理状態が保護されるというのであれば、意思侵害というのは刑罰発動の要件としてはあまりにも曖昧である。ところが、意思が単なる主観的内心であることなどありえない。

ある者が「私は右手を挙げるつもりだ」といいながら、何の妨害もないのに右手を挙げないとき、我々は「彼には右手を挙げる意思がない」という。「右手を挙げる」という「意思」は「妨害がなければ右手を挙げる」という「行動」に他ならない。⁽⁶⁸⁾ 彼がいくら「私は本心から右手を挙げるつもりだ。私には右手を挙げる意思がある」といっても、そして彼自身がそう自分で思い込んでいたとしても、彼が右手を挙げなければ彼には「右手

を挙げるにつき何らかの妨害がある」か「右手を挙げる意思がない」かのどちらかである。私が、ギブソン・レスポールをアンプにつないで、カノン・ロックを演奏しているとき、私は「カノン・ロックを演奏する意思がある」か「演奏するように（脳への電気信号などで）強制されている」かのどちらかである。強制なくカノン・ロックを演奏している私は「カノン・ロックを演奏する意思を有している」のである。「真意ではカノン・ロックを演奏するつもりはない」ということは「ありうるが証明不能」のではなく「ありえない」のである。我々は、妨害がない状態においては「真に椅子から立ち上がる意思を持ちながら椅子から立ち上がらない」ことはできないのだ。

結局のところ、意思とは行動とともに存在するものである。意思の自由とは行動の自由であり、意思侵害とは行動侵害である。行動侵害の方法にはふたつあり、ひとつは手を挙げようとする前にその者の手を縛り、あるいは移動しようとする前にその者のいる部屋の鍵を掛けて移動手段を封じ、または原則的に拒絶されるようなことについて拒絶の撤回（許諾）の意思表示を求めなければならないところ、その機会（拒絶の機会）を奪うなど、相手方の行動に先んじて相手方の行動の可能性を侵害すること（行動選択肢侵害）であり、もうひとつは個人の領域への介入を拒絶されたにもかかわらず介入するなど、意思的に行われた行動に反する行いをして被害者の領域に介入すること（行動侵害）である。刑法の自由に対する罪の各罪は、その規定方法によって、行動選択肢侵害が行動侵害かに分類される。たとえば、住居侵入は、そのどちらも保護している。留守宅に立ち入るのは拒絶権の選択機会を奪うものであり、「入って来るな」というのに立ち入るのは拒絶行動そのものを侵害するものである。監禁罪は、可能的自由説は行動選択肢侵害に対する罪として本罪をとらえており、現実的自由説は行動侵害に対する罪として理解しているといえる。⁽⁶⁹⁾ 性的自由に対する罪は、拒絶侵害を基本とし、準強制性交等、準強制わいせつによって拒絶選択肢の侵害を捕捉している。⁽⁷⁰⁾

しばしば法学者・法律家は、多くの分野ですでに説得力を失っている二

元論的世界観の中で、「意思」を主観的領域に位置づけようとする。しかしながら、当然、意思をめぐるコミュニケーションは、主観的領域にも客観的領域にも分ちがたく基盤を有する中立一元的存在なのであって、自由侵害は、行動侵害に他ならないのである。そのため、「自由侵害」は「行動選択ないし行動選択肢侵害」として理解しなされ、もはや決して曖昧なものではなく、社会的実体を有するものとなる。人の意思は、たしかに社会的実体を有する、社会の中の確認可能な存在のうちのひとつである。

このことは、古典的な自由主義においても、すでに意識されていた。ミルは自由を「自分の性格に適した人生を計画する自由、自分が好む行動をとる自由⁽⁷¹⁾」とし「その結果を本人が受け入れるのであれば、他人に害を与えないかぎり、愚かか不合理か誤っていると思われたとしても、他人に妨害されることなく自由⁽⁷²⁾に行動できなければならない」と述べて、自由を“行動 (do)”の問題としていた。バーリンもまた自分の関心は行動の自由にあると明言していたのである。

したがって、「意思」侵害が曖昧であるという批判は当たらない。

V 結 語

生命や財産は、具体的でありそのあり方はおよそ共通している。たとえば、あなたがリンゴを所有・所持することと私がハーモニカを所有・所持することとの間に大きな差はない。同じような方法で財産を守れば、およそ我々の共通の目標、つまりたとえば「持ち物を盗まれないこと」を達成できる。あとは、その対象や態様の性質にあわせて修正を加えていけばよい。たとえば不動産の保護、欺罔にもとづく交付からの保護、横領からの保護あるいは（古典的な自由概念からは技術的修正が必要になるが）知的財産の保護などである。万人に共通して財産が重要であるという根幹は変わらず、技術的な側面が異なるにすぎない。生命（存在）のあり方も我々の間でほとんど差異がない。心臓にナイフを突き刺せば誰の生命であって

も失われる危険性が高い。高層ビルの屋上から突き落とせばほぼ確実に失われてしまう。誰もが生命を維持するために空気や水や栄養が必要である。これら生命や財産については、おおよそ人間にとってどのような行為をすることが望ましくないのか比較的明確に確定する。例外も少ない。いざとなれば、望ましくなさそうなことを一律禁圧しておいて、被害者の同意あるときは違法性を阻却して例外的に対応すればよい。しかし、人生はそうではない。ある人が「尊厳ある人生」を送るために何が必要かは、その人にしかわからない。ある人にとっては頻繁に場所的に移動することが充実した人生を送るために必要であるかもしれない、別の人にとっては場所的移動など人生にとってまったく重要でないかもしれない。ある人にとって住居はたとえ親友であっても招き入れたくない孤独の城であり、別の人にとっては見知らぬ人でもどんどん招き入れたい社交の場であるかもしれない。ある人にとって原則として禁止されるべき事項は、別の人にとって原則として歓迎される事項であるかもしれない。そこで、刑法は、人生において何を重きに置くのかの判断を当該人生を送っている本人の意思に委ねているのである。そのうち、それでも多くの人が一般的に拒絶するような類型をいくつかピックアップし、その類型ごとに行為を規定して、刑法典に定めたのである。このカテゴリーに属する罪は、その性質上当然に被害者の同意が構成要件該当性を阻却することになる。個人生活介入型ではない侵害禁止型の自由主義刑法秩序を前提とするかぎり、自由に対する罪は、これまでどおり自由に対する罪として把握されなければならないのである。

なお、再構成論者は、自由に対する罪という軽い印象を受けるといった批判を加えるが、それは誤解にもとづくものであろう。自由は個人が個人として生きるために必要な条件であり、それゆえ自由に対する罪は、人生に対する侵害そのものであって、決して軽いものではない。もし世間一般が「自由に対する罪」という言葉から軽い印象を受けるといのであれば、自由に対する罪を再構成するのではなく、自由の重さを発信することによって是正すべきではないだろうか。それは決して専門家主義でも一般人軽視でもない。法の専門家でなくても、現代に生きるほとんどの人が、

「他者から侵害されないで生きる」という自由の重要性を認めるだろう。

ただし、その際、ひとつ付言する必要がある。刑法学は法益の序列を自由、身体、自由、財産と解しており、再構成論者が「自由に対する罪という軽い印象がある」というのは、この序列にもとづくものであってまったく理由のないことではない。しかし、法益を形式的にこのような序列で把握すること自体に疑問が呈されなければならないだろう。暴行罪と強要罪や住居侵入罪では強要罪や住居侵入罪の方が法定刑が重い。傷害罪と監禁罪では、上限は傷害罪の方が重く、下限は監禁罪の方が重い。身体に対する罪は、生命に関わるものから実害のほとんどないものまで広い。その広さの中で、法益を序列化するときは重い方をとって生命、身体、自由、財産の順に並べているが、この序列は、「自由法益は身体法益よりも常に軽い」ということを意味しないだろう⁽⁷⁴⁾。しばしば自由は生命に次いで重く、あるいは積極的安楽死など生命に対する自己決定を認めようとする立場であれば、ときに生命よりも重い。刑法学の生命、身体、自由、財産という法益序列の「表現」に惑わされて、法益の内実を見失わないことが必要である。

自由の本領はその概念内部の空洞である。政府・法・他者の暴力・強制がその内容を決定しないことである。自由に対する罪は、個人的選択⁽⁷⁵⁾への強制的介入に対する拒絶およびその機会を侵害する罪であり、それ以上の内容を法の側が考えることは不要かつ不適當である。なお、何度も明に暗に触れてきたとおり、本稿における自由擁護の試みは、政府の古典的かつ強制的な領域である刑法分野に限定して論じられている。福祉国家領域における諸分野、とりわけ個人の積極的ケアを必要とする分野においては、その性質上「どのようなケアが必要か」の議論のために「尊厳・人格」の概念の導入は必要になるであろう。本稿は、「尊厳・人格」の概念を法の全体から放逐する試みではない⁽⁷⁶⁾。自由に対する罪の被害者に対して、——自由が侵害されればほとんどの場合に被害者の尊厳・人格も侵害されるのだから——尊厳が侵害された被害者として扱い、そのケアの施策を手厚くすることは当然のことである。そこに、当事者の声、一般の声を入る余

地⁽⁷⁷⁾が十分にある。しかしながら、自由が侵害されれば多くの場合に尊厳が侵害されるが、尊厳侵害がなければ自由に対する罪が成立しないのではない。自由に対する罪は、個人の生活・生き方にとって重要な私的領域に個人の拒絶に反してあるいは拒絶の機会を与えず強制的に介入すること（消極的自由の侵害⁽⁷⁸⁾）を内容とする罪の一群である。

なお、もし仮に再構成論者が、「我々も刑法が個人の自由を保護しているということに反対しない。その内容に価値を吹き込むのは本人自身であり、政府・法・他者は個人の自由介入すべきではないことにも賛同する。ただ、『自由に対する罪』というカテゴリーに括られている各犯罪類型において保護されているもの、保護の方法等を具体的に示そうという主張なのだ」というのなら、それは、自由に対する罪の補足説明なのであって、そもそも——財産犯において「本権を保護しているのか所持を保護しているのか、全体財産に対する罪なのか個別財産に対する罪なのか」等々の個別の犯罪類型の明確化が、「財産犯」というカテゴリーに対する異議申し立てではないように——「自由に対する罪」に対する異議申し立てではなかったということになる。

以上のとおり、私は「自由に対する罪」のカテゴリーを擁護する⁽⁷⁹⁾。

(了)

注

- (1) 辰井聡子『『自由に対する罪』の保護法益』『刑事法・医事法の新たな展開 上巻』町野古稀（信山社、2014年）411頁以下（本稿で引用するときは、辰井「自由」と略す）、同「刑法における人の『尊厳』」法セミ748号（2017年）24頁以下（本稿で引用するときは、辰井「尊厳」と略す）。とりわけ性犯罪について、齊藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」齊藤豊治＝青井秀夫編『セクシュアリティと法』（東北大学出版会、2006年）221頁。
- (2) 佐伯仁志「刑法における自由の保護」法曹時報67巻9号（2015年）1頁以下。佐伯による結論は、「自由に対する罪は意思決定の自由それ自体を保護しているわけではなく、犯罪類型ごとに独自の保護法益を有している。しかし、自由に対する罪は、被害者の意思に反していることが

犯罪の本質的要素であることは共通しており、逮捕・監禁罪、性犯罪、住居侵入罪を自由に対する罪として位置づけ、有効な被害者の同意があれば構成要件該当性が否定されると解することには意義がみとめられる」というものである。

- (3) 辰井「自由」前掲注(1)432頁は、監禁罪の保護法益を自由ととらえることについて「その内容そのものに異論を唱えるものではないが、やはり『自由』の語を用いるのは得策とは思われない」という。辰井の立場からしても、これは内容の争いというよりは用語法の争いでありそうだ。
- (4) 性犯罪と刑法については、森川恭剛『性暴力の罪の行為と類型 フェミニズムと刑法』(法律文化社・2017年)参照。
- (5) 辰井「自由」前掲注(1)425頁以下。
- (6) 井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、2016年)106頁は、性的自由に対する罪を「身体的内密領域に対する罪」と解し、保護法益を「身体的内密領域を侵害しようとする性的行為からの防御権という意味での性的自己決定権」であると解する。この理解は正当であるが、これこそが「自由に対する罪」そのものなのである。住居侵入罪であれば「私生活的内密領域を侵害しようとする侵入行為からの防御権」という意味での拒絶権」がその保護法益なのである(江藤隆之「住居侵入と自由」桃山法学24号(2014年)1頁以下)。なお、浅田和茂・井田良編(島岡まな執筆)『新基本法コンメンタール刑法』第2版(日本評論社、2017年)389頁は、井田の理解の意味における「性的自己決定権」は、「住居侵入罪、監禁罪などの保護法益である『身体的自由』とは質的に異なる」としているが、「自由」という点では両者は異ならず、そこに「被害者が見出している価値」が一般的に性的自由の方が人生により密接に関連させられた重要なものである場合が多いというにすぎないであろう。性的接触がなくとも、きわめて長期の監禁が、被害者の人生に取り返しのつかないほどの深刻なダメージを与えることもありえよう(数日の短期の監禁であっても、その恐怖は被害者のその後の人生に大きな傷を与えるだろう)。
- (7) なお、本稿においては、カントおよびヘーゲルを取り上げない。なぜなら、彼らの自由概念は本稿の文脈において論ずべき自由ではないと考えるからである。以下、簡単に説明する。

本稿が対象にする「自由」は、自由主義の文脈における自由であるが、これは17世紀～19世紀イングランド(ロック、ホッブズ、ベンサム、ミ

ルなど) およびスコットランド (アダム・スミス, ヒュームなど) の議論の文脈にのり, 現代英語圏の (これは20世紀前半のオーストリアにおけるドイツ語による哲学の正統な後継者でもある) 政治哲学・法哲学において議論されている「自由」を意味している (F. A. ハイエク [田中真晴・田中秀夫編訳] 『市場・知識・自由』(ミネルヴァ書房, 1986年) 200頁以下も参照。なお, 19世紀末頃から20世紀にかけてイギリスで起こったヘーゲル哲学の受容, いわゆる “British Idealism” たとえば Thomas Hill Green, *Lecture on Liberal Legislation and Freedom of Contract*, *Works of Thomas Hill Green vol. 3*, 1968. など本稿の文脈の外にある)。

カントは, 認識論においてはヒューム等の文脈を受け継いだものの, 彼の倫理学の個性の強さに起因してか, その自由論のつながりはほとんど明確ではない。カントは自由を形而上学的なものとし, 我々が検討の対象としている経験的自由をかえって見にくくしてしまったように思われる。カントは自由を合理的自律的に道徳法則に従うこと, 感性の衝動による強制から選択意志が独立していることなどというが, それは理解できても納得できない。「知性的な選択意志」にせよ「超越論的な選択意志」にせよ, 我々の日常における自由はそのような「高尚な」ものにかぎられない。我々は, 他者を侵害しないかぎり, 個人的に墮落しても, 行動に一貫性がなくても, 不道徳であっても, 理性的でなくても「自由」であるのだから。我々の日常言語における「自由」は, 理性的に判断されていない感性による行動であろうと本能による行動であろうと, なお自由であるといえるのである。たとえば, 私は突如としてギターを弾きたくなる衝動に駆られることがあり, そういうときは手許にギターがあり他者に害を与える状況でないかぎり, すぐとりかかるべき書類仕事を放り出して素直に欲求に従ってギターを弾くことがままあるが, 私はそれを不自由だとはいわない。むしろ誰からも邪魔されずにギターを弾けるのならば私は自由である。私は書類仕事の放棄とギターの演奏を自由に選択したのである。ところが, この選択はさほど一貫しておらず, 別の時にはギターを弾かずして仕事に取り掛かることもある (私のギター演奏選択は, 法則によるものでも格率によるものでもない。あえていえばその時の気分によるものである)。作中にギターを弾きたい衝動に駆られ, なぜだか仕事も演奏も放棄して本棚の片づけをほとんど無意識に始めることもある。本棚の奥から古いテレビゲームのソフトを発見して, 誘惑に抗いきれずにテレビゲームで夜までの時間をつぶしてしまうこともある。しかし, それでも私は——日常言語の用語法においては——自

由である。この本棚の片づけやテレビゲームを暴行または脅迫によって妨害する者がいたら当然に強要罪が成立するだろう。カントは、自由を独自に定義づけなおした、あるいは新しい自由概念を提示したとはいえだろうが、それは言語分析的にみれば、我々が日々口にする「自由」という語の範囲から逸脱したともいえよう。概念は、好き勝手に定義・提示して良いものではない。概念の探究は——ウイトゲンシュタイン以降、英語圏の哲学者（もちろんその中にバーリンも含まれる）にとって当然の作法であるように——まず言語の使用が前提とされなければならないのである。「自由」概念の探究は、「我々は何のようなときに“自由である”というか」が前提になくしてはならない（「人間」の研究をしているときに、「あなたがたが普段“人間”と呼んでいるものは“人間”ではなかった。“真の人間”とはチンパンジーのことである」との定義を持ち出されてもただただ困惑するばかりである）。もちろん、これはカントの自由論に意味がないというのではない。カントの自由論自体の研究はそれ自体として意義深いものであろう。とりわけ倫理の探究において、カント哲学には見るべきものがある（現代英語圏の自由をめぐる論争においてもカントはしばしば登場する。それどころか、自由主義者のノージックですら、カントを援用しさえするのである）。しかし、本稿で対象にする自由、聖人ではない我々が侵害から刑法によって守られるべき日常の自由（カントにとって不道德だ不自由だといわれる行為であろうとも、個人の行動は暴行・脅迫による強制から守られなければならない）は、もっと単純に「やりたいことができる」ということに関連しており、それはカントの自由論からスタートして理解すべきではなく、分析哲学の影響を受けた英語圏の積極的自由と消極的自由の区分からスタートすべきであると思われるのである（カントの自由論の理解は様々ありうるが、本稿のこの注釈の文章を作成するために改めて、三批判書のほか、Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785 (Nachdruck Meiner 3. Aufl. 1965), Henry E. Allison, *Kant's Theory of Freedom*, 1990 (ヘンリー・E・アリソン [城戸淳訳]『カントの自由論』(法政大学出版局, 2017年), 城戸淳「理性と普遍性——カントにおける道德の根拠をめぐる」『岩波講座哲学06 モラル／行為の哲学』(岩波書店, 2008年) 57頁以下を参照した)。また、そもそも私は批判的合理主義者（つまりカント的合理主義に対してはアンチの立場）であり、完成主義者でもないので認識論は別にして倫理学におけるカント理論そのものに賛同できることが少ないのである（批判的合理主義については渡

辺幹雄『ハイエクと現代リベラリズム 「アンチ合理主義リベラリズム」の諸相』（春秋社、2006年）参照）。くわえて、ドイツ刑法学におけるカント主義の再評価とその自由論にもとづく刑法理論を展開したのとして飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（成文堂、2016年）参照。なお、同書の書評として、杉本一敏「飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』を読む」川端博・浅田和茂・山口厚・井田良編『理論刑法学の探究10』（成文堂、2017年）241頁参照。特に、杉本による264頁から265頁の「カント主義の有効性」と題した評の「本書の議論は、理性的存在である人間は『あるべき行為』を決める普遍的法則を受信し得る、というアプリアリな原理を出発点とした自己完結的な全体理論・世界観を展開するものであるが、この種の全体理論は、その理論の前提を受け入れられない論者を最初から排斥することになるのではないだろうか」とする指摘は重要である。

ヘーゲルも、欲求や感情や好みは自然に由来するものであるがゆえに、それは必然であって自由ではないとする（ヘーゲル [長谷川宏訳]『法哲学講義』（作品社、2000年）14頁）。この構想は、本稿の立場とはまったくかみ合わない。なお、英語圏の哲学者が関心を寄せる自由の問題について「ヘーゲルはこのような問題にほとんど、あるいはまったく答えようとはしていない」、「英語圏の哲学者にお気に入りのこれらの問題は事実上ヘーゲルにとっては何物も意味していない」と評するものに、ジョン・ブラムナツ [荻原隆・藤原保信訳]「自由の実現としての歴史」Z. A. ペルチンスキー編『ヘーゲルの政治哲学』（御茶の水書房、1989年）60頁がある。私にもそう思われる。

私は、人はそれぞれ違うのだから、ある特定の人間像（たとえば合理的な人間像）やある特定の目的（自律的人格の実現）を想定して、それを前提や目標であるかのように掲げるという構想自体が——理性の黎明期であった啓蒙主義時代はともかく、理性的設計国家の失敗がすでに見えている現代において——もはや妥当でないと考える（刑法は、「自律的人格を実現しなさい」という法ではなく、「自律的人格を実現してもいいし、しなくてもいいが、そのための私的領域は外的侵害から守る」という法だろう。だから、「自律的人格の実現」の部分が刑法における自由なのではなく、「自律的人格の実現ができる（しなくてもいい）私的領域」が自由なのではないか）。人間は、生まれて、生きて、死ぬわけだが、「どのように生きるべきか」ということに刑法がコミットすることはできない。たとえば、まったく一貫性のない欲にまみれた人生を

送った者であっても、他者侵害をしなかったのであれば、彼は自由な人生を送ったといえは良いのであって、彼には自律的人格の実現がなかったから彼の人生は不自由であったなどという必要性を私は感じない。

- (8) 本稿のバーリン引用は、Isaiah Berlin, *Liberty, Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1968 および Isaiah Berlin, Edited by Henry Hardy, Oxford University Press, 2002 を元に訳出した。以下、引用・参照箇所は2002年版のページ数を示す。邦訳としては、アイザiah・バーリン〔小川晃一・小池銈・福田歓一・生松敬三訳〕『自由論』新装版(みすず書房, 昭和54・1979年) 295頁以下を参照した。ただし、バーリンの自由論は、“Four Essays”の版においては、当初の演説から幾分か修正されていることに注意。なお、バーリンは freedom と liberty については区別しておらず、本稿でも自由主義の文脈においては区別の必要性を感じないので、自由は freedom/liberty どちらも互換可能な概念として理解する。亀本も liberty の語を使用するか freedom の語を使用するかは「慣用、好み、文脈あるいは修辭学上の問題であり、本質的なものではない」とする。亀本洋『法哲学』(成文堂, 2011年) 557頁。
- (9) Ibid., p. 169.
- (10) Ibid., p. 170.
- (11) Ibid., pp. 178-181.
- (12) この区別については、すでに江藤「住居侵入と自由」前掲注(6) 1頁以下(特に11頁以下)で触れている。
- (13) したがって、消極的自由を擁護すること自体は、必ずしもバーリンの功績ではない(バーリンはこのふたつの自由概念を明晰に言語化したことに功績を負う)。というのも、ホブズは、『リバイアサン』の中で明らかに自由を不干渉=外的障害の欠如と理解していたし、ベンサムも強制的は自由を廃棄するものであると断じた。また、ミルが消極的自由の主張をしたことは明らかであろう。
- (14) 阪本昌成は正当にも「消極的自由は、だれに対しても配分されうののに対して、ある種の積極的自由はそうではなく、誰かの自由を減殺してはじめて実現できる」と述べている。阪本昌成『リベラリズム/デモクラシー』第2版(有信堂, 2004年) 85頁。
- (15) Quentin Skinner, *Liberty before Liberalism*, 1998. 邦訳としてクエンティン・スキナー〔梅津順一訳〕『自由主義に先立つ自由』(聖学院大学出版会, 2001年)。同書の引用は、この邦訳による。
- (16) スキナー・前掲注(15) 22頁以下。

- (17) スキナー・前掲注 (15) 22頁。
- (18) スキナー・前掲注 (15) 124頁。
- (19) スキナー・前掲注 (15) 89頁。
- (20) スキナー・前掲注 (15) 89頁。それどころか、スキナーは「ネオ・ローマ派の著者たちは、消極的自由の理論家である」とすら述べている (同 105頁)。
- (21) 彼らはすなわち、人民が「お上」あるいは「他者」に依存せずに自己統治することをもって、自由を守ろうという政府を構想したのである。このことは基本的に個人主義的自由主義と直接対立するものではない。むしろ、個人の自由の尊重を重視する自由主義政府の形態を構想するならば、その権力を自律的・民主的にコントロールしようとするのは当然のことである。もちろん、その民主的コントロールの暴走をさらにどのように止めるか (現代では立憲主義・違憲審査権によって達成しようとしている) が課題となるが。
- (22) スキナー・前掲注 (15) 84頁。
- (23) Justin Raimondo, *An Enemy of State, the Life of Murray N. Rothbard*, 2000.
- (24) ロスバードの他に著名な無政府資本主義者としてデイヴィッド・フリードマンがいる。邦語で参照できる主著として、デイヴィッド・フリードマン [森村進・関良徳・高津融男・橋本祐子訳] 『自由のためのメカニズム』 (勁草書房, 2003年) がある。
- (25) Murray N. Rothbard, *The Ethics of Liberty*, 1998 (PB. 2002), P. 216. 引用部分は、マリー・ロスバード [森村進・森村たまき・鳥澤円訳] 『自由の倫理学』 (勁草書房, 2003年) 257頁以下 (訳: 鳥澤円) によった。ロスバードの作品として、他に、Murray N. Rothbard, *For a New Liberty*, 2nd. Ed., 1973, 1978, 2006 (LPE2012) も参照した。なお、この例の場合には、バーリンも「自由である」と認めると思われるが。
- (26) ロスバード・前掲注 (25) 258頁。
- (27) ロスバード・前掲注 (25) 259頁。
- (28) Gerald C. MacCallum Jr., "Negative and Positive Freedom", *Philosophical Review*, Vol 76, no. 3, 1967, p. 314.
- (29) M. J. サンドル [菊池理夫訳] 『リベラリズムと正義の限界』 (勁草書房, 2009年) 参照。
- (30) コミュニタリアニズムの基本的な理解のために、アラスデア・マッキンタイア [篠崎榮訳] 『美徳なき時代』 (みすず書房, 1993年), チャー

ルズ・テイラー [下川潔・桜井徹・田中智彦訳]『自我の源泉』(名古屋大学出版会, 2010年), 菊池理夫・小林正弥編著『コミュニタリアニズムの世界』(勁草書房, 2013年) など参照。

- (31) スティーヴン・ムルホール, アダム・スウィフト [谷澤正嗣・飯島昇三訳者代表]『リベラル・コミュニタリアン論争』(勁草書房, 2007年) 参照。ただし, 近年, テイラーをリベラルな多元主義者であるとしてとらえなおす見解もある (Ruth Abbey, Charles Taylor, 2000.)。あわせて菊池理夫『現代のコミュニタリアニズムと「第三の道」』(風行社, 2004年) 109頁以下参照。
- (32) Charles Taylor, What's Wrong with Negative Liberty?, Alan Ryan ed. Essays in Honour of Isaiah Berlin, 1979 (Philosophy and the Human Science, Philosophical Papers2 1985).
- (33) Ibid. p. 215.
- (34) 上森亮『アイザイア・バーリン 多元主義の政治哲学』(春秋社, 2010年) 272頁以下もあわせて参照。
- (35) ただし, ラズのように, 自由の概念分析自体の有効性に疑問を呈し, 道徳的な原理の探究にこそ意味を見出そうとする立場もある (Joseph Raz, The Morality of Freedom, 1986, p. 408.)。
- (36) 自由主義の文脈における自由が, 刑法などの社会的強制が及ぶ範囲の論争の中心的テーマになってきたとするものに, H. L. A. ハート [小林公・森村進訳]『権利・功利・自由』(木鐸社, 1987年) 232頁。
- (37) 本稿では, リベラリズム (liberalism) から極端なリバタリアニズム (libertarianism) までも含む意味で「自由主義」の語を使用する。本稿における「自由主義」が含意しているのは, (方法論的) 個人主義を前提に, 個人の選択を重視し, 国家権力による個人のライフスタイルへの介入を拒絶する諸思想 (リベラリズム, クラシカル・リベラリズム, ミナーキズム, アナルコ・キャピタリズム) である。本稿は, ある思想が経済的な再分配政策・公的福祉政策を支持するか否かについてはひとまず検討の外に置く。人生における個人の選択に権力または暴力 (power/Gewalt) が介入することに消極的な思想の総称として「自由主義」を用いる。なお, リバタリアニズム内部の各思想について, 福原明雄『リバタリアニズムを問い直す』(ナカニシヤ出版, 2017年) 3頁以下に展開される分類は, 議論の整理のために実に有益である。
- (38) ここでいう「政府」は行政機関としての政府ではなく, 政治哲学の文脈において使われる立法機関を含む権力機構としての広義の「政府」で

ある。なお、司法機関を「政府」に含むか否かについては、立憲主義の見地から司法が政府の行為を審査するという視点からは含ませるべきではなく、司法機関もまた権力作用の一翼を担うのであるという視点からは含ませるべきであるなど議論の余地があるが、本稿に関してはその議論とは無関係であるため深入りしない。

- (39) Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, 1985, (邦訳としてロナルド・ドゥオーキン [森村進・鳥澤円訳]『原理の問題』(岩波書店, 2012年)) ch9. 参照。ドゥオーキンは、リベラリズムは中立性に基礎を置くものと平等に基礎を置くものとに区別し、後者を支持している(私はどちらかといえば前者を支持している)。

なお、John Rawls, *A Theory of Justice*, 1999. (邦訳としてジョン・ロールズ [川本隆史・福岡聡・神島裕子訳]『正義論』改訂版(紀伊国屋書店, 2010年) ch. 21. で展開されている試み(一意的で最善な正義構想を探るのではなく、複数の正義構想の中から当事者によって選択されるだろうという叙述)は支配の中立性に関する試行として読むとなお興味深い。

- (40) ロールズ・前掲注(39) 736頁。
- (41) John Stuart Mill, *On Liberty*, 1859. 邦訳として、ジョン・スチュアート・ミル [岡洋一訳]『自由論』(日経 BP クラシックス, 2011年) この「他者侵害」を如何に理解するかが自由主義の現代的争いのひとつであるといえる。「他者」についてはそれを人間に限るか、苦痛を感じる動物までも含めるかが問題となり、「侵害」については物理的な有形力に限るか、無形力も含めるか、あるいは平等の状態といったものまで含めるかということである。これらの検討は、私にとって——動物についていえば、たとえば、ピーター・シンガーの功利主義的結論をどう評価するか、無形のものも含めるかについては、たとえば、名誉毀損・侮辱の侵害性をどう考えるかあるいは無体財産の侵害をどう説明するか、平等状態を含めるかについては、たとえば、不平等な取り扱いを刑法分野においてどの程度問題視するのかあるいはしないのか等——今後の重要な検討課題となる。
- (42) ロック以来、その根拠は「合意」に求められ、合意は民主的な合意を意味するようになってきた(ロックにおいてすでにそれは多数派の合意を意味していた、ジョン・ロック [伊藤宏之訳]『全訳 統治論』(柏書房, 1997年) 223頁以下)。しかし、消極的自由を徹底して擁護する論者からは、税金を正当化することはできないとの主張も依然としてある

(たとえば、ロスバード・前掲注(25)189頁以下)。

- (43) 政府がこのような政策を行うことへの批判的な作品として、Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, 1974, (ロバート・ノージック [嶋津格訳]『アナキー・国家・ユートピア』(木鐸社, 2012年)), ロスバード・前掲注(25), D. フリードマン・前掲注(24), ジェームズ・M・ブキャナン, リチャード・E・ワグナー [大野一訳]『赤字の民主主義』(日経BPクラシックス, 2014年), ヘンリー・ハズリット『世界一シンプルな経済学』(日経BPクラシックス, 2010年)など。徹底した自由主義の観点から福祉国家を検討しなおしたものとして、橋本祐子『リバタリアニズムと最小福祉国家』(勁草書房, 2008年)。
- (44) 最小国家主義を唱えるノージックもまた、刑事司法を国家の役割であるとする。Nozick, *op. cit.* ch. 5.
- (45) 佐伯・前掲注(2)2頁。
- (46) 辰井「尊厳」前掲注(1)27頁。なお、古川伸彦「監禁罪の保護法益」西田典之=山口厚=佐伯仁志編『刑法の争点』(有斐閣, 2007年)146頁にも「住居侵入罪の保護法益(=誰を住居へ入れるかを定める自由)」との表現がある。
- (47) 辰井聡子「自由」前掲注(1)413頁。なお、古川・前掲注(46)146頁にも「準強姦罪の法益(=誰と性行為をするかを定める自由)」との表現がある。
- (48) 山口厚『刑法各論』第2版(有斐閣, 2010年)82頁。
- (49) 辰井「尊厳」前掲注(1)27頁。
- (50) バーリンは、自由論の版を改めるとき、この空虚さを強調するような表現に改めていった。バーリンは当初「したいことをすることのできる範囲」としていた消極的自由の表現を、「他人から妨げられることなく行為できる範囲」に改めている Berlin, *op. cit.* p. 122.
- (51) 阪本昌成『法の支配』(勁草書房, 2006年)133頁。
- (52) 辰井「尊厳」前掲注(1)27頁。
- (53) 刑法130条の恣意的な意思の保護が現実的に問題になるのは、住居ではなく、ある公然と人の出入りが前提とされている公共性を有する建造物(たとえばコンビニエンスストアや銀行)や集合住宅の共有部分(たとえば自衛隊官舎)などの場合である。たしかに、これらの場所への立ち入りについては、その管理権者の恣意的な意思に反する立ち入りをただちに処罰することには実際上の問題がある。治安事件への利用も懸念される(懸念は一部現実のものとなっている)。しかし、このことによ

て住居に対する消極的自由の保護を緩めることがあってはならない。公共性を有する建造物や集合住宅の共用部分の立ち入りについては、そこは個人生活の砦ではないため一定程度保護を緩めることは合理性があるであろうし、実定法的にも「看守」概念によってその成立に一定の絞りをかけることが可能であると考え（江藤「住居侵入と自由」前掲注（6）1頁以下参照）。あるいは、住居とその他の客体で法益を二元的に把握することもひとつの選択肢である。いずれにせよ、住居以外の客体に対する現実の保護緩和の要請から、住居における個人私生活の消極的自由の保護（「恣意的な拒絶の保護」）を放棄してはならない。

- (54) 夫婦間強姦を成立させない（あるいはその成立を夫婦関係が破綻していた場合に限る）見解（広島高松江支判昭和62年6月18日高刑集40巻1号71頁）は明らかに不当である。夫婦であっても、性交等は——刑法的には——恣意的に拒否できるのであって、ただその恣意的な継続的拒絶が民法上の離婚理由になるか否かの問題がまったく別個に生じうるにすぎない。人は「夫婦だからいつでも性交に応じる」のではなく、「その人との性交に現に応じたいから応じる」のである。そして、「眠いから」でも「疲れているから」でも「お腹いっぱいだから」でも「肌が荒れているから」でも「なんとなく」でも、恣意的に性交を拒絶してよい。その理由は、——パートナーは問うてもあるいは離婚事由判断のために民法は問うても——刑法は問うべきでない。
- (55) Wilfried Bottke, Zum Rechtsgut der §§ 174ff., FS-Otto, 2007, S.535ff.
- (56) 辰井「自由」前掲注（1）424頁以下。
- (57) 辰井「自由」前掲注（1）424頁以下。
- (58) 強制わいせつ罪については、暴行自体がわいせつな場合、比較的軽微な暴行でも被害者の油断・無防備等に乗じて行われる場合は強制わいせつ罪が成立するとされ（大判大正7年8月20日刑録24輯1203頁，大判大正13年10月22日刑集3巻749頁，大判大正14年12月1日刑集4巻743頁，山口・前掲注（48）107頁以下，井田・前掲注（6）109頁，高橋則夫『刑法各論』第2版（成文堂，2014年）126頁など），すでに強制わいせつ罪における暴行要件の程度はある程度緩和されて理解されていた。
- これは、事実上、そのような手段で強制わいせつ行為を行うことが可能であるからであろう。これに対して（旧）強姦罪において暴行要件が緩和されなかったのは、行為を姦淫にかぎったため、事実上（旧）準強姦罪が成立するような場合でないかぎり、ある程度の反抗抑圧が必要であると（性被害の実態を考えると不当に）考えられたからではないだろう

うか。ところが、法改正により、口腔性交が強制性交等罪の行為に含められた。となれば、強制性交等罪においては、(旧)強姦罪に比して暴行の程度がかなり低くても口腔性交は可能であることが意識されるようになる。すると、暴行の程度の緩和の方向へ実務も動いていくことが期待されるのだろうか。

残念ながら、私にはそうは思われない。というのも、今回の改正によって法定刑の下限が引き上げられたことにより、このような緩和の実務における実現はむしろ遠のいたのではないかと考えるからである。法定刑の下限の引き上げは、軽微な類型の犯罪成立を否定する方向に働く。それゆえ、もし法定刑下限の引き上げがなければ、暴行要件の緩和はありえたのかもしれないが、法定刑下限の引き上げがあった以上は、暴行の程度はなお一定の範囲で維持されるように思われるのである。法定刑下限を下回ると観念される行為については、強要罪などで対処するほかないだろう(強要罪と強制性交等罪は、一般・特別関係にあり、完全に内包しているため、強制性交等罪の訴因につき、裁判所は縮小認定として強要罪の有罪判決を出せるものと考え)。

なお、現行法において仮に暴行要件が緩和されたとしても、暴行・脅迫がまったくない場合に本罪を成立させることはできないとすべきである(嘉門優「被害者の意思侵害要件の展開」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集上巻』(成文堂、2016年)744頁)。

その他、暴行・脅迫要件不要論として、内田博文「強姦罪はどうあるべきか」法セミ502号(1996年)32頁、岩井宜子「性犯罪既定の見直し」神奈川法学43巻1号(2010年)136頁以下など参照。

- (59) この結論は、再構成論者の辰井「自由」・前掲注(1)425頁以下と同様である。となれば、やはり再構成論から主張されている「性的尊厳説」は成立要件にかかる保護法益を「性的尊厳」として理解しているのではなく、成立要件にかかる保護法益は「被害者の拒絶意思」であり、それが侵害された結果として「尊厳」が侵害されると解しているにすぎないのではないだろうか。成立要件にかかる法益は重大なものとして充実させればさせるほど、犯罪成立を狭める方に働くのであるから(「〇〇を侵害する程度の行為が必要である」となるのであって、〇〇のハードルを上げれば上げるほど、本来は成立範囲が狭まるはずである)。
- (60) 本稿で取り上げたロスバードのような自由を広義の所有権と同一視する立場であれば、すべての侵害が広義の所有権(すなわち自己所有権および経済的所有権)侵害であるというだろう。

- (61) 辰井「自由」前掲注(1)413頁注4は『『自由に対する罪』は、法益の実質を言語化するのが容易でないために、暫定的に『自由』と呼称されている疑いがある』と述べているが、このような問題意識を持てば、——自由はその実質を本人以外が決定してはいけないから、あえて実質を特定せずに自由と呼んでいるのだという本稿の主張に賛同しないならば——たしかにその法益の実質を言語化したくなるだろう。
- (62) ロックは、「誰も他の人の生命、健康、自由、あるいは所有物を侵害すべきでない」(ロック・前掲注(42)162頁)とした。ここでは、“life, health, liberty, or possessions”と述べられており、lifeの語が使用されている。また、ロックは別の箇所ですべての人が自分自身の身体に対しては所有権を持っている」とし、「彼はそこで労働をそれに加え、彼自身のものをつけ加えて、それへの彼への所有権が発生するのである」(同・176頁)とした。ところが、「人間は自分自身への生命への権力を持っていない」(同・173頁)ともいう。したがって、ロックが「生命」に対する所有権を正面から認めていたかについてはなお議論の余地がありそうだ(ロックは生命の所有権をみとめていなかったとの指摘をするものに一ノ瀬正樹『死の所有』(東京大学出版会、2011年)94頁以下がある)。
- (63) 「多くの場合」と断りを入れるのは、たとえば被害者も同意はしていないがさほど気にしてもいない程度の悪ふざけのようなごく短時間の監禁やごく軽微な建造物侵入が常に被害者の尊厳を侵害したといえるかについてはなお疑問が残るからである。
- (64) アメリカの自由主義者は、しばしば“MYOB”のスローガンを掲げる。これは“Mind Your Own Business!”(「放っておいてくれ!」)の略である。まさに、社会が強制的に個人の領域に関与しないことにこそ、自由の意義があるのである。
- (65) 法学セミナー748号(2017年)の特集「人の『尊厳』と法秩序」各論稿参照。
- (66) たとえば、仮に性的自由を「生殖」や「生命を連綿と受け継ぐこと」や「生物としての基本的な作用」などに結び付けたいうえで「だからこれは重要な自由であって守られなければならない実質を有する」と理解するようなことをすれば、当然に守られるべき「一生のうち誰とも性行為をせず、子を残すこともない」という個人の自由な選択があるいは危機にさらされるかもしれない。もちろん、現在では他者の性的な自由選択を侵害することは——一定の見識のある者ならば——当然に不正である

ことを知っている。それは、何らかの価値から導き出されているのではなく、「他者を侵害しない個人的選好は内容の価値を論ずるまでもなくそのまま尊重する」という消極的自由の原理に由来するものである。

- (67) 主観と客観の二元的世界観は維持することができない。江藤隆之「実行の着手における主観的なものと客観的なもの——刑法教義学の超越論的検討」桃山法学20・21合併号（2013年）163頁以下および同「刑事手続で何が『発見』されるべきか——法廷外の実体的真実をめぐるラディカルな一試論——」桃山法学27号（2017年）35頁以下参照。
- (68) 手続的にそう理解するほかないというのではなく、そもそも意思と行為というものが実体的にそうなのである。したがって、行動とは切り離されたような「意思」への侵害のみを判例が処罰しているとしたら、それは問題である。松原芳博「法益侵害と意思侵害」『自由と安全の刑事法学』生田勝義古稀（法律文化社、2014年）48頁以下参照。
- (69) 私見によれば、監禁罪は強要罪やその他の自由に対する罪との対比・関連において、行動選択肢を侵害する行為によって、現に行動侵害を実現したときに処罰される罪であるため、可能的自由の侵害段階で実行行為性は認める（そのためそこから傷害結果が発生すれば監禁致傷罪の成立を肯定することができる）が、条文上未遂行為は不可罰であるために、現実的な選択侵害が行われてはじめて処罰可能になる（現実的自由説）と考えている。江藤隆之「監禁罪の保護法益について」桃山法学23号（2014年）47頁以下。同じように、公務員職権濫用罪は、職権濫用行為によって選択肢侵害が認められるものの、条文上既遂しか処罰しないため個人の選択侵害をまっぴらしてはじめて処罰できる個人の自由に対する罪であると解している。江藤隆之「行動の自由に対する罪としての公務員職権濫用罪」桃山法学27号（2017年）1頁以下。なお、監禁罪について逮捕罪との関連で可能的自由説を支持する見解（松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）94頁など）があるが、私は逮捕罪は監禁罪で保護されるべき自由のうち、とりわけ侵害の度合いの強い態様をその前倒しも含めて監禁罪と同様に処罰する規定であると解する（そうでなくては、身体への直接侵害性の強い逮捕罪と身体への侵害を直接伴わない監禁とが同一の法定刑であることの説明に窮する）ので、逮捕罪の保護は監禁罪よりも前倒しされており、逮捕罪の成立段階を監禁罪にそのまま導入するのは（条文構造上は自然だが、行動の自由の侵害度合いから解釈すれば）不自然であるように思われる。
- (70) なお、暴行・脅迫を要件とする自由に対する罪は、自由に対する罪と

いうだけではなく、もちろん身体（の安全）に対する罪でもある。

- (71) Mill, op.cit. ch.I. ミル・前掲注（41）32頁
- (72) Ibid. ch.I, ミル・前掲注（41）32頁。
- (73) 辰井「尊厳」前掲注（1）27頁。必ずしも再構成論者ではないが、井田・前掲注（6）104頁も、性犯罪を自由に対する罪として位置づけると「生命、身体、自由、財産という法益の序列からすれば、かなり軽い犯罪として位置づけられることになり、それでは被害の重大性が把握されたことにならないという問題がある」としており、森川・前掲注（4）127頁も、国連立法ハンドブックの性的暴行の定義によれば侵害されるものは「刑法学において『生命』『身体』に次ぐとされる『自由』の法益よりも価値の高いものを指している」と指摘する。
- (74) そう考えれば、財産法益も法定刑からすればかなり重い場合がありうるといえる。たとえば、平手打ち（暴行罪）と数億円の窃盗（窃盗罪）とでは後者の方が重いと見えるだろう。
- (75) なお、私は、個人が完全に他人や共同体から独立して、すべてのことを完全に自由に選択して生きているとは考えていない。自由主義はしばしばこのような負荷なき自我を想定しているとの批判を受け、あるいは自己決定に信を置きすぎているといわれる。私は、現実の人間が生まれて、環境に多大な影響を受けていること、個人の自由は個人の現実的選択にとってごくごく限定的な影響力しか持たないことを承認している（リチャード・セイラー [遠藤真美訳] 『行動経済学の逆襲』（早川書房、2016年）が面白い）。だがそれゆえ、個人の選択はきわめて大切なのだ。我々が人生の中で行使できるのはたしかにほんのちっぽけな自由でしかない。我々は大きな現実のうねりにたいした抵抗もできずに流されるようにして生きている。それでは、我々が注目すべきは、大きなうねりか、それとも、ちっぽけな選択か。もし「個人が直接大きなうねりを変えることができる」と思えばなるのならば、うねりだろう。しかし、私はごく控えめに次のように考えている。「大きなうねりを直接一気に変えることができる者などいない。我々が自分に対して直接できるのはちっぽけな選択を積み重ねることではなく、そしてその人々のちっぽけな選択の集合こそが次のうねりになるのだ」と。だからこそ、個人の自由は尊重されなければならない。なお、人間の行動は環境等からの条件付け等、多大な影響を受けてなされるものであることが明らかになればなるほど、カントやヘーゲルのいう環境からすら自由であるという自由は、ますます想定不可能になってくるのである。

- (76) 逆からいえば、尊厳を議論すべき分野はたしかにありうるものの、刑法はその分野ではないという主張である。
- (77) 辰井「尊厳」前掲注(1)28頁は、「『価値判断をするな』(≡「自由が最上位の価値である」)と言い続けることは、刑法学が、とくに専門家以外による新たな議論を封じる権威主義的な装置となることにはかならない」というが、なぜそうなのか理解できない。自由の概念は、刑法学の専門用語ではなく、刑法学の権威を象徴するものでもない。判断の明晰性の追究が刑法学者以外の意見を排除しているのではないかとの問題意識があることはわかるが、それと自由に対する罪というカテゴリーを論難することとの間には何の論理的脈絡もないだろう。刑法学の用語がわかりづらく、その議論が過度に複雑かつ専門的で、一般人からすると非常にわかりにくいのは、刑法学の全領域にわたる問題である。私は、むしろ、自由に対する罪を、個人がアクセスを拒絶している個人的領域への不正なアクセスおよび個人が拒絶するか否かを確認しなければならない領域への拒絶機会を与えないアクセスを処罰するのであるとした方が、「尊厳」というよりもっと明晰かつ一般的でわかりやすいと考える。
- (78) 拒絶に現実には反する必要があるのかそれとも拒絶機会を与えなかっただけで成立するのか、拒絶はどの程度の明示・具体性が必要か、拒絶侵害が特定の行為によって行われる必要があるか等については、立法者の選択によるものであり、それゆえ適用においては刑法各則の解釈にかかるといえる。たとえば、性犯罪について暴行・脅迫要件を要求するかしないか、監禁罪について未遂処罰を置くか置かないかは立法者の選択であり、解釈は実定法にもとづいて行われる。
- (79) 「自由主義」の本稿注(37)で示した以上の用語法の分析については、——刑法学においてやはり混乱のみられる「功利主義」という言葉の用語法の分析とともに——詳細な検討を別に発表したい。