

動物虐待に対する 正当防衛・緊急避難（1）

— ドイツにおける議論状況の検討を中心に —

山本和輝

はじめに

第一章 ドイツにおける裁判例

第一節 豚舎侵入事例

第二節 七面鳥舎侵入事例

第三節 小括

第二章 ドイツにおける議論状況

第一節 正当防衛の成立可能性（以上、本号）

第二節 緊急避難の成立可能性

第三節 小括

第三章 日本法への示唆

おわりに

はじめに

近年、ドイツでは、動物虐待に対する正当防衛・緊急避難が認められるかという問題領域に対する関心が高まりつつある。その契機となったのが、いわゆる「畜舎侵入（Stalleinbrüche）」事件である¹⁾。この事件は、端的に言えば、被告

1) 本件事案の第一審判決として、AG Haldensleben, Urt. v. 26. 09. 2016-3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14), juris. 控訴審判決として、LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris = ZUR 2018, 172 ff. = JuS 2018, 83 ff. m. Anm. Hecker = StV 2018, 335 ff. m. Anm. Keller Zetsche. (本判決に関するその他の判例評釈として、Jona Anders/ Cedric Fenske, Tierschützer-Fall, famos 3/2018 [http://famos.jura.uni-wuerzburg.de/wp-content/uploads/2018/04/Famos-FINAL.pdf [最終確認日：2021年8月25日]]; Walter Scheuerl/Stefan Glock, NStZ 2018,

人である動物保護活動家たちが、動物保護に関する規定に対する違反の様子を撮影するために豚舎へと侵入したというものである。本件事案につき、控訴審であるマグデブルク地方裁判所は、被告人らの建造物侵入行為は正当防衛により正当化されると判示した²⁾。他方、上告審であるナウムブルク上級地方裁判所は、正当防衛による正当化を否定しつつも、正当化緊急避難の成立を認めた³⁾。これを受けて、ドイツ刑法学においても、被告人の建造物侵入行為が正当防衛ないし正当化緊急避難にあたるかをめぐり議論がなされている。

これに対し、わが国では、これまで同様の問題が議論された形跡はほとんどない⁴⁾。その要因としては、上述した畜舎侵入事例と同種の事案がわが国において現実に生じていない（あるいは少なくとも認知されていない）ことを挙げることができる。このことに鑑みれば、わが国において、あえてこの問題を取り上げる必要はないのではないかという疑問も生じるかもしれない。しかし、わが国においても、直接的に正当防衛が問題となったわけではないが、環境保護活動家が証拠収集手段として建造物侵入を行った事案は過去に生じており⁵⁾、それゆえに今後、類似の事案がわが国において生じることは十分にありうるように思われる⁶⁾。その意味で、わが国においてかかる問題領域を検討する実践的意義は決

448 ff.); 上告審判決として、OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris = NSiZ 2018 472 ff. = NJW 2018, 2064 ff. m. Anm. Hotz. (本判決に関するその他の判例評釈として、Barbara Felde/ Jost-Dietrich Ort, ZJS 2018, 468 ff.; Jan Dehne-Niemann/Malte C. Greisner, GA 2019, 205 ff.; Scheuerl/Glock, a.a.O., 448 ff.) 本件事案の紹介・検討を行う邦語文献として、三上正隆「動物のための緊急救助・緊急避難」愛知学院大学宗教法制研究所紀要第59号（2019年）85頁以下。

2) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris, Rn. 19.

3) OLG Naumburg vom 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 19 u. 29.

4) 数少ない例外として、三上・前掲（注1）85頁以下。

5) 環境保護団体の幹部である被告人らが、調査捕鯨船の船員による鯨肉の横流し疑惑についての調査活動において、証拠収集手段として配送会社の支店に侵入した上で宅配段ボール箱に入った鯨肉を持ち去った行為につき、建造物侵入罪及び窃盗罪の成否が争われた事案において、第一審である青森地判平成22年9月6日判決LEX/DB25470064は、本件行為は正当行為にあたらぬとし、控訴審である仙台高判平成23年7月12日LEX/DB25472600も原判決の上記判断を支持し、控訴棄却した。

6) 最近でも、動物愛護団体が2021年5月中旬、茨城県に農場を持つ鶏卵生産大手傘下企業の内部告発者が撮影した生産現場の様子を公開し、鶏舎は薄暗く、狭いかごに多く

して小さいものではない。また、より詳細には後述するが、動物虐待に対する正当防衛・緊急避難という個別問題には、基礎理論的に見ても重要な問題が含まれている。そのため、この点に関する議論をわが国に紹介することには、一定の学術的意義が認められるものと思料する。

そこで以下では、上述した事情により、既にわが国よりも議論の蓄積があるドイツの裁判例及び学説の状況を参照しつつ、動物虐待に対する正当防衛・緊急避難の成立可能性について検討を行うこととする。より具体的には、本稿は、まず、ドイツの裁判例の内容を紹介したのち（以上、第一章）、それに対応するドイツ刑法学における議論状況の紹介及び検討を行う（以上、第二章）。最後に、以上の紹介及び検討によって得られた成果を踏まえて、日本法への示唆の抽出を試みる（以上、第三章）。

第一章 ドイツにおける裁判例

第一節 豚舎侵入事例

第一款 事案の概要

被告人 F、M、Fr は動物保護団体 A の構成員であり、このうち F は A の会長であった。被告人らは、長年にわたり動物保護に積極的に取り組んでおり、幾度か A を通じて所轄官庁に動物保護法（Tierschutzgesetz）違反があるとの告発を行うなどしていた。その中で、被告人らは、画像資料又はその他の証拠手段による裏づけがない限り、動物保護法違反に関する告発は所轄官庁によって受理されないという経験を積み重ねた⁷⁾。

2013 年、被告人 F は、詳細不明の人物から、S 所在の G 社の飼養施設（以下、本件施設とする）にて、2013 年 1 月 1 日から施行されている動物保護・産業動物飼育令（Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung）に対する様々な違反が存

の鶏が詰め込まれていると訴えるという出来事があった（日経新聞 2021 年 7 月 31 日夕刊 1 頁）。このように、わが国においても、動物虐待が行なわれていると思わしき生産現場を撮影し、それを公開するといったことは現に生じている。このような現状に鑑みれば、わが国においても、今後、ドイツで起きた畜舎侵入事例と同種の事案が生じる可能性は十分にあるのではないかと思われる。

7) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 3.

在するとの指摘を受けた⁸⁾。

被告人 F と M は、これまでの経験から所轄官庁への告発を成功させるためには証拠を集める必要があることを認識していた。そこで両名は、2013 年 6 月 29 日から 6 月 30 日にかけての夜間に、消毒された新しい使い捨ての衣服、マスク、靴カバー及び手袋を着用し、かつ持ち込んだカメラに消毒を施した上で本件施設へと侵入し、そこで動物保護・産業動物飼育令違反の様子を撮影した（以下、第 1 行為とする）。しかし、本件施設が、約 62000 頭の動物を飼育するほどの規模を有していたこともあり、時間内に動物保護・産業動物飼育令違反の状況を全て撮影することはできなかった。そこで、被告人 M と Fr は、2013 年 7 月 11 日の夜間において再度、消毒された使い捨ての衣服を着用し、かつカメラに殺菌を行った上で本件施設に侵入し、動物保護・産業動物飼育令違反の様子を撮影した（以下、第 2 行為とする⁹⁾。

被告人らは、所轄官庁による介入を通じて、第 1 行為及び第 2 行為によって確認された動物保護・産業動物飼育令違反に基づく現在の危険を永続的に除去しようとした。そこで被告人らは A を通じて公表を行うとともに、所轄官庁であるザクセン・アンハルト州の農業・環境省 (Ministerium für Landwirtschaft und Umwelt des Landes Sachsen-Anhalt) 及び州行政庁に画像資料を提出した。さらに、2013 年 11 月 7 日、マグデブルク検察庁に告発を行った¹⁰⁾。

2013 年 12 月 6 日、被告人らによって提出された画像資料を基にして行われた行政官庁による抜き打ち検査において、本件施設には、複数の飼育令違反が確認された¹¹⁾。

なお、これらの違反は、所轄官庁が被告人らによる本件各行為以前に実施した検査においては確認されなかったか、あるいは訴追されなかった。のちに、ザクセン・アンハルト州の農業・環境省報告書において、その前年に郡 (der Landkreis) によって実施された検査は、重大でないとは言いがたい動物保護違反の

8) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 4.

9) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 5.

10) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 6.

11) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 7 ff. より詳細には、三上・前掲 (注 1) 86 頁以下参照。

状態を隠ぺいした、又はそれに相応する評価を行わず、かかる状態を除去するよう求めなかったとの結論が示された¹²⁾。

第二款 第一審判決（ハルデンスレーベン区裁判所 2016 年 9 月 26 日判決）

本件事案につき、検察が刑法 123 条 1 項建造物侵入罪のかどで被告人らを起訴したところ、第一審であるハルデンスレーベン区裁判所は、以下のように判示し、被告人らに無罪を言い渡した¹³⁾。

ハルデンスレーベン区裁判所は、第 1 行為につき、刑法 34 条正当化緊急避難¹⁴⁾の成否を検討し、その成立を否定した。すなわち、被告人らは本件施設において動物保護・産業動物飼育令違反の状態がある旨の指摘を受けていたが、「その指摘が誰によるものなのか、その者がいかにしてそのような事情を認識するに至ったのかについての供述は行われなかった。したがって、緊急避難状況のための具体的な根拠は存在しなかったのであり、その結果、〔緊急避難状況の認識という — 引用者注〕主観的正当化要素が欠如していた」とされた¹⁵⁾。

その上で、第 1 行為は、刑法 34 条のその他の成立要件を全て充足するため、結論的にその可罰性が否定されるとした。

このうち、刑法 34 条のその他の成立要件を全て充足する理由については、以下のような判示がなされた。すなわち、第一に、保全法益の緊急避難適格の点につき、「法秩序によって保護される全ての任意の法益は、緊急避難適格を有する」ところ、「この間、動物保護は国家の保護目標として憲法に受け入れられ、また

12) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 14.

13) AG Haldensleben, Urteil v. 26. 9. 2016-3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14), juris, Tenor.

14) 参考までに、以下でドイツ刑法 34 条の規定内容を挙げておく。

第 34 条「生命、身体、自由、名誉、所有権若しくはその他の法益に対する、他の方法では回避することができない現在の危険において、自己又は他者を危険から回避させるために行為 (Tat) を行う者は、対立する利益、とりわけ被侵害法益と自らに差し迫っている危険の程度の衡量において、保護される利益が侵害された法益を本質的に優越している場合には違法に行為していない。ただし、このことは、行為が危険を回避するために相当な手段である限りでのみ妥当する。」

15) AG Haldensleben, Urteil v. 26. 9. 2016-3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14), juris, Rn. 14.

動物保護法及び動物保護・産業動物飼育令において動物保護に関する具体的な規定が行われているため、当裁判所の見解によれば、動物の福利（Wohl）は緊急避難適格を有する法益である」とされた¹⁶⁾。

第二に、現在の危険の点につき、本件施設には63000頭以上の家畜がおり、かつ動物保護・産業動物飼育令に対する客観的な違反が存在したこと、また被害者が2013年1月1日に法的拘束力を持つようになった動物保護・産業動物飼育令における変更を遵守していなかったことに鑑みれば、「前提とされている状態による損害は蓋然的であっただけでなく、具体的に発生していた」。それゆえに、現在の危険の存在が認められるとされた¹⁷⁾。

第三に、緊急避難行為の必要性の点につき、以下のような判示がなされた。すなわち、まず、「建造物侵入、そこでの様子の記録、告発、画像資料の公開は、動物保護・産業動物飼育令違反の状況をやめさせるために適切な手段であった。というのも、これ以後に本件施設の経営者に対する行政手続が開始されたからである」とされた¹⁸⁾。次いで、被告人らは、他により穏当な手段を選択することはできなかつたため、最も穏当な手段を選択したといえるとされた。より具体的には、第1行為は、「画像資料を用いて本件施設の経営者を刑事告発することを可能にするためにそこでの状態を撮影することに資するものであった。加えて言えば、豚の飼育施設における状態についての情報提供を消費者に行い、さらに、実際に〔動物保護・産業動物飼育令違反の状態を除去するための——引用者注〕活動を行うよう官庁にさらなる圧力をかけるために記録が公開されたというのである。被告人らのこれまでの経験によれば、証拠もなく告発が認められることはなかった。被告人らの経験上、十分な調査資料がある場合に限り、対応する官庁が活動を行っている。現に所轄官庁への告発が成果を挙げる見込みがなかったことは、所轄官庁のそれ以前の検査において〔動物保護・産業動物飼育令違反が存在するという——引用者注〕よからぬ状況が警告されなかった点にも表れている。

16) AG Haldensleben, Urteil v. 26. 9. 2016-3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14), juris, Rn. 16.

17) AG Haldensleben, Urteil v. 26. 9. 2016-3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14), juris, Rn. 17.

18) AG Haldensleben, Urteil v. 26. 9. 2016-3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14), juris, Rn. 18.

同様のことは、他の豚の肥育施設においても現れている。確かに、原則として、第一次的には国家による救助を要請すべきであり、法を自ら手中に収めるべきではない。客観化可能でもある現にある状態に基づく被告人らの視点からは、国家機関の救助によって成功がもたらされることは前提とされないため、本件施設の状態の記録は、このような例外的事例においては最も穏当な手段であった。同時に、被告人らは、これに対応する準備を行っていた。すなわち、被告人らは、使い捨ての衣服を利用し、マスクを着用し、そして彼らのカメラを消毒し、その結果、彼らは畜舎へと病原菌を持ち込むことはなかった」、とされた¹⁹⁾。

第四に、利益衡量の点につき、保全法益である「当該動物の利益は、動物保護・産業動物飼育令の現行規則に対応した当該動物の完全性（Unversehrtheit）、及び苦しみのない生を求める権利というものである」ところ、この利益は、侵害法益である「自己の管理権という施設経営者の利益を現に優越するものである」とされた²⁰⁾。

また、第1行為の可罰性が否定される理由につき、以下のような判示がなされた。すなわち、「確かに、刑法34条正当化緊急避難の他の要件が充足されていたとしても、その行為（Tat）は違法でありつづける。しかし、それは行為不法が消失するほどのものである。未遂不法が残るにすぎない。もともと、刑法123条1項建造物侵入罪という本件事案では、未遂は可罰的ではなく、その結果、被告人は、2013年6月29日の行為に関しては無罪である」とされた²¹⁾。

ハルデンスレーベン区裁判所は、第2行為につき、刑法34条正当化緊急避難の成否を検討し、その成立を認めた。その理由として、被告人MとFrは、「2013年6月29日に行われた事前行為に基づき、既に多数の違反が存在することについての認識を有していた」ため、緊急避難状況の具体的認識が存在すること、また、第1行為だけでは本件施設における動物保護・産業動物飼育令違反の状態を完全に記録することができなかったことに鑑みれば、第2行為はかか

19) AG Haldensleben, Urteil v. 26. 9. 2016-3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14), juris, Rn. 19.

20) AG Haldensleben, Urteil v. 26. 9. 2016-3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14), juris, Rn. 20.

21) AG Haldensleben, Urteil v. 26. 9. 2016-3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14), juris, Rn. 21.

る状態をより確実に証明するために必要であったといえることが挙げられている²²⁾。

なお、傍論として、被告人らは、当該状況下において違法な行為を回避することができなかつたため、その構成要件該当行為を非難することができず、それゆえに有責性が否定される旨が判示された²³⁾。

第三款 控訴審判決（マグデブルク地方裁判所 2017 年 10 月 11 日判決）

これに対し、検察側が控訴したところ、控訴審であるマグデブルク地方裁判所は、以下のように判示し、被告人らに無罪を言い渡した²⁴⁾。

マグデブルク地方裁判所は、第 1 行為及び第 2 行為につき、刑法 32 条正当防衛²⁵⁾の成否を検討し、その成立を認めた²⁶⁾。その際、正当防衛適格性に関する検討を行い、以下のような判示を行った。すなわち、「当裁判部は、動物は刑法 32 条の意味における『他者 (einem anderem)』とみなされ、それゆえに緊急救助適格を有するとみなされるとする見解を支持する。基本法 20 条 a²⁷⁾によれば、動物保護は、一般的な国家保護目標として定義されるが、これは個々の動物の保護にも及ぶものである。動物保護法 1 条²⁸⁾からは、人間は、同じ被造物 (Mitge-

22) AG Haldensleben, Urteil v. 26. 9. 2016-3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14), juris, Rn. 22.

23) AG Haldensleben, Urteil v. 26. 9. 2016-3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14), juris, Rn. 23.

24) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris, Tenor.

25) 参考までに、以下でドイツ刑法 32 条の規定内容を挙げておく。

第 32 条 「①正当防衛によって要請される行為 (Tat) を行う者は、違法に行為していない。②正当防衛は、現在の違法な攻撃から自己又は他者を防衛するために必要な防衛である。」

26) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris, Rn. 19.

27) 参考までに、以下で基本法 20 条 a の規定内容を挙げておく（なお、訳出は、初宿正典＝辻村みよ子編『新版世界憲法集〔第 5 版〕』（三省堂、2020 年）162 頁〔初宿正典訳〕による。）。

第 20 条 a 「国は、来たるべき世代に対する責任を果たすためにも、憲法的秩序の枠内において立法を通じて、また、法律および法の基準にしたがって執行権および裁判を通じて、自然的生存〔生命〕基盤及び動物を保護する。」

schöpf) として保護することについて責任を負うことが明らかになる。これによれば、いかなる者も、理性的な根拠なしに、痛み、苦しみ、あるいは害を加えることは許されない²⁹⁾。「それゆえに、動物には、動物保護法 17 条³⁰⁾に基づき刑法上の保護が与えられる。それと同時に、当裁判部の見解からは、同じように基礎づけられる以下のような見解が支持される。すなわち、動物保護法 1 条によって動物に対する共感 (Mitgefühl) において現れている人間の感情も共に保護され、そして結論において動物虐待 (Tierquälerei) に対して緊急救助が許容されなければならないとする見解である³¹⁾」とした³²⁾。

また、傍論として、被告人らの行為がドイツ刑法 34 条正当化緊急避難にもあたる旨を判示した³³⁾。すなわち、第一に、緊急避難適格性の点について、「動物保護は、動物保護法 1 条と関連して基本法 20 条 a に基づき、国家の保護目標として法律上規範化されており、また動物保護・産業動物飼育令を通じて法的に構

28) 参考までに、以下でドイツ動物保護法 1 条の規定内容を挙げておく（なお、訳出に際し、浦川道太郎「ドイツにおける動物保護法の生成と展開——付・ドイツ動物保護法——」早稲田法学 78 巻 4 号 [2003 年] 205 頁を参照した。）。

第 1 条「この法律の目的は、同じ被造物としての動物に対する人間の責任に基づき動物の生命及び健康を保護することである。何人も、理性的な根拠なしに動物に痛み、苦しみ、又は損害を加えてはならない。」

29) 本判決の同箇所では、*Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 15 Rn. 34 (山中敬一監訳『ロクシン刑法総論第 1 巻 [第 4 版] [翻訳第 2 分冊]』[信山社・2009 年] 96 頁 [前嶋匠訳]) 及び *Felix Herzog*, *Nothilfe für Tier?*, JZ 2016, 190 ff. が明示的に引用されている。

30) 参考までに、以下でドイツ動物保護法 17 条の規定内容を挙げておく（なお、訳出に際し、浦川・前掲 (注 28) 232 頁を参照した。）。

第 17 条「次の各号に定める行為を行った者は、3 年以下の自由刑又は罰金に処する。

- 1 合理的な理由なく脊椎動物を殺害すること。
- 2 脊椎動物に対し、
 - a 粗暴な行為により著しい痛み又は苦しみを与えること。
 - b 比較的長期間持続し、又は反復する著しい痛み又は苦しみを与えること。」

31) 本判決の同箇所では、*Walter Perron*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., 2006, § 32, Rn. 8 が明示的に引用されている。

32) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris, Rn. 20.

33) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris, Rn. 21.

成されている。それに伴い、動物保護法及び動物保護・産業動物飼育令の規定に基づく飼育を求める動物の権利は、刑法 34 条の意味における『他者』の緊急避難適格を有する法益である³⁴⁾とされた³⁵⁾。

第二に、現在の危険の点につき、「被告人らは、2013 年 6 月 29 日以前に、具体的な指摘を受けていた。この指摘によれば、2013 年 1 月 1 日に動物保護・産業動物飼育令が施行された後、行為時点で約 63000 頭の産業動物が飼育されていた S 所在の本件施設における飼育条件に関するこれらの規定は遵守されていなかった。それゆえに、被告人らの視点からすれば、既に 2013 年 6 月 29 日以前から、客観的基準に従えば現に存在している動物の福利に対する現在の危険が存在していたのであり、またこの危険は、動物保護・産業動物飼育令が効力を有するようになった 2013 年 1 月 1 日以降存在しており、またそれゆえに即座に行動を起こす必要性を基礎づけるものであった」とされた。

なお、この点に関連する傍論として、仮に現在の危険に関する認識が存在しなかった場合でも、少なくとも誤想防衛が成立するため故意阻却されることになり、かつ行為不法が欠けるため過失的行為の違法性も否定されるとの判示がなされた³⁶⁾。

第三に、緊急避難の必要性の点につき、以下のような判示がなされた。すなわち、「被告人らは、違法状態の除去のために適切かつ必要な緊急避難行為を行っていた。特に行為態様に関しては、畜舎へと侵入すること、及び動画並びに写真撮影によって動物保護・産業動物飼育令違反を記録することは、所轄官庁による法規則に即した手続を開始させることを通じてかかる違反を継続的に除去するために適切な手段であった。この際、被告人らは、最も穏当な手段を選択していた。特に、より峻厳でない防衛手段を利用することはできなかった。2013 年 7 月 11 日に本件施設で行った行為も正当化される。というのも、被告人らは、本件施設の規模〔があまりに大きかったこと——引用者注〕に基づき、2013 年 6 月

34) 本判決の同箇所では、*Perron*, a.a.O. (Fn. 31), § 34, Rn. 10 が明示的に参照されている。

35) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris, Rn. 23.

36) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris, Rn. 24.

29日に全ての違反を記録することができなかったからである。撮影された画像が2013年11月における告発と同時に公開されたという事実は、必要性及び適切性に反するものではない。その点で、膨大な画像資料を作成し、2013年11月7日の告発を法学的及び実質的に成し遂げるための時間が必要であった」とされた³⁷⁾。

また、「この危険は、他の方法では回避不可能であった。確かに、原則的に、公共を保護するための私人の行動には、国家機関に第一次的管轄があることを理由に、必要性の観点の下で狭い限界が設定される。しかし、被告人らは、動物保護法上の規定に対する違反の記録なしに行われる告発は、過去に検察、あるいは獣医局によってそれ以上訴追されなかったという経験知を手に入れていた。S所在の本件施設の事例についても、当該認定によれば、所轄官庁が行為（Tat）の前段階で特に動物保護・産業動物飼育令24条2項に対する違反を認識していたが、違法な状態を除去するための措置を講じなかった。当該認定によれば、所轄官庁は、動物保護・産業動物飼育令の管轄のために必要な秩序法上の措置を講じる意思を有しているわけでも、そのようなことを行いうるわけでもなかった。それゆえに、被告人らは、証拠を提出することなく警察の介入を求めること、あるいは所轄官庁に告発を行うことが飼育条件の持続的な変更へと導くものではないということと当然の前提とすることができた」とされた³⁸⁾。

第四に、利益衡量の点につき、保全法益が侵害法益を本質的に優越するとされた。すなわち、「財衡量・利益衡量からは、具体的な状況において、緊急避難行為によって保護された利益が、管理権（Hausrecht）の維持という侵害利益を本質的に優越することが明らかになる。ここでは、一方で、侵害を受ける動物が多数いること、動物の福利が侵害されてきたこれまでの期間、及び予想される今後の期間が考慮される。他方で、私的な居住領域は営業施設よりも高い保護を享受することが考慮される。このことを前提とすれば、具体的な個別事例において、被告人の行為によって保全される利益は、営業的空間が侵害されないことという

37) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris, Rn. 25.

38) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris, Rn. 26.

侵害利益を本質的に優越する。」とされた³⁹⁾。

第四款 上告審判決（ナウムブルク上級地方裁判所 2018 年 2 月 22 日判決）

これに対し、検察側が上告を行ったところ、上告審であるナウムブルク上級地方裁判所は、以下のように判示し、被告人に対し無罪を言い渡した⁴⁰⁾。

ナウムブルク上級地方裁判所は、第 1 行為及び第 2 行為につき、刑法 34 条正当化緊急避難の成立を認めた。その理由づけに際して、以下のような判示がなされた。

第一に、緊急避難適格の点につき、「本件では緊急避難適格を有する法益に対する危険が存在したのではなく、豚を危険に晒すものであり、またその豚の所有者が被告人らの各行為を望んでいなかったことは明らかであるため、緊急避難を理由とする正当化は問題とならないとする検察の見解は説得力を欠く」とされた。すなわち、「一般的な見解によれば、動物保護は、刑法 34 条の意味におけるその他の法益であり、それゆえに緊急避難適格を有する。動物保護は、基本法 20 条 a に従って、国家目標として憲法上保障されており、また動物保護法を通じて家畜及びその他の動物の保護のための命令も法的に整序されている。その点で、危険に晒されている法益である動物保護は、被告人ら自身に与えられたものではないということは重要ではない。というのも、刑法 34 条は、公共的法益をも含むからである⁴¹⁾。確かに基本法 20 条 a は直接的な第三者効を発揮するものではないが、国家及び国家機関を拘束する。司法にとって、このことは、このような国家目標の意味における無規定な法概念、すなわち環境及び動物の保護を解釈することを意味する⁴²⁾。「このことは、刑法 34 条の解釈に対しても妥当する。動

39) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris, Rn. 27.

40) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Tenor.

41) 本判決の同箇所では、BGH, NStZ 1988, 588; OLG Düsseldorf, NJW 2006, 630=NStZ 2006, 243; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), § 16 Rn. 10 (山中監訳・前掲(注 29) 169 頁以下 [川口浩一訳]) が明示的に引用されている(ただし、Rn. 13 の誤りではないかと思われる)。

42) 本判決の同箇所では、Theodor Maunz と Günther Dürig を当初の編者とする基本法の加除式コンメンタール(おそらく、*Rupert Scholz*, in: Theodor Maunz/Günther Dürig, Grundgesetz Kommentar, 82. EL., Jan. 2018, Art. 20a Rn. 58.) が引用され

物虐待に対する行為は緊急避難を理由とする正当化を基礎づけるものではないとする検察の見解は、ほとんど理解することのできない帰結にも至ることになってしまいうだろう。例えば、燃えるような暑さにある車の中で、まさに犬が窒息しそうになっているときに、その犬及び車の所有者がその場に居合わせており、『ちょっとした鍛錬 (kleine Abhärtung)』がその犬に害をなすことはない」と指摘することによりドアを開けることを拒絶する場合、いかなる者もその車の窓ガラスを打ち破ることは許されないことになってしまう」とされた⁴³⁾。

第二に、現在の危険の点につき、「被告人らが記録を行った動物保護法上の規定に対する重大な違反は、現在の危険を基礎づけるものであった。」とした。すなわち、「継続的危険もまた、刑法 34 条の意味における現在である⁴⁴⁾」。「記録された状況は記録の時点だけでなく、予測不可能なそれ以降の期間についても動物保護という法益を危険に晒すものであった。」とされた⁴⁵⁾。

第三に、緊急避難行為の必要性の点につき、以下のような判示がなされた。すなわち、「動物保護という法益に対する危険は、被告人らの行為による以外には回避不可能であった。確かに、法律違反が確認された場合、原則的にまず所轄官庁が介入を行うこと、また法違反についての証拠方法を確保することは原則的にもっぱら所轄官庁の任務である」。しかし、「そのことは、所轄官庁の介入が行われる見込みが最初から存在しない場合には妥当しえない」。「本件では、所轄の獣医局は既に被告人らの本件各行為以前に複数回の検査を実施し、本件施設の瑕疵を認識していたにもかかわらず、異議を述べる契機を認めなかった。「仮に被告人らが重大な違反についての画像資料を提出することなく検察、上級官庁、又は警察に相談した場合、上級官庁、検察及び警察はいずれも、規則通りに検査を行ったが、異議を述べなかったとする所轄の獣医局の報告書だけを入手することになっていただろう。その場合、この手続は、これ以上捜査が行われることなく中止されることになっていただろう」とされた⁴⁶⁾。また、動物が苦境に置かれて

ている。

43) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 20.

44) 本判決の同箇所では、BGHSt 28, 255; *Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen, Kommentar, 65. Aufl., 2018, § 34 Rn. 8 が明示的に引用されている。

45) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 21.

いる状況を撮影することは、「動物の福利に対する危険を将来的に軽減する、又は除去するために適切であった」とされた⁴⁷⁾。「さらに、国家機関による介入が行われる見込みがなかったことに鑑みれば、本件各行為は、危険を回避するために最も穏当な手段であった」とされた⁴⁸⁾。

なお、本件では継続的危険が問題となっており、継続的危険においては将来の危険を回避することができれば十分であるため、動物の福利に対する危険が撮影行為後ただちに終了しなかったという事実は刑法 34 条の正当化を排除しないとされた⁴⁹⁾。

第四に、緊急避難行為の相当性の点につき、「本件畜舎への侵入及び法律違反の撮影は、危険を回避するために相当な手段であった」とした。すなわち、「保護された利益（動物保護）は、侵害された利益を本質的に優越していた。地方裁判所は、動物たちが晒された状態が動物たちに対する重大な苦しみと見なされたことを説得的に認定していた。このような状態が秩序法上、又は刑法上重要と評価されるか否かに関わらず、それを除去する利益は、肥育施設の経営者の管理権を尊重することを求める権利を優越していた。そのことは、とりわけ管理権の主体が動物保護の不尊重について答責的であったという事実に鑑みれば妥当する。当裁判部の見解によれば、保護された法益に対する危険を惹起する者は、自らの権利の毀損についてすらも危険の発生に無関係な第三者以上に甘受しなければならない」とされた⁵⁰⁾。

なお、ナウムブルク上級地方裁判所は、控訴審であるマグデブルク地方裁判所とは異なり、刑法 32 条正当防衛の成立可能性を否定した。すなわち、「緊急救助は、現在かつ違法な攻撃から他者を防衛するために必要な防衛であるにすぎない（刑法 32 条 2 項）。地方裁判所の認定は、被告人らは動物保護法違反の記録化によって、侵入時点でそこに収容されていた動物たちの危険を防ごうとしたことを明らかにしていない。肥育された豚は、通常、二三月月の肥育期間の後に畜

46) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 22.

47) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 23.

48) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 25.

49) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 24.

50) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 26.

殺される。記録化から所轄官庁への資料の提出に至るまでに経過する期間、及び違反の除去に至るまでにさらに多くの期間を要することが予見しうることに鑑みれば、被告人らは、自らの行為が撮影された動物たちの圧倒的多数を助けることはできず、良からぬ状況が除去された後に収容されている動物たちしか助けることができないことを前提としなければならなかったが、しかしこれらの動物については、畜舎への侵入の際には未だ現在の危険が存在していなかった」とされた⁵¹⁾。

第二節 七面鳥舎侵入事例

第一款 事案の概要

被告人S、H、及び初期の共同被告人Iは、七面鳥舎の状態、特に七面鳥の飼育状況を撮影するため、七面鳥農場へと侵入することを取り決めた。なお、撮影された写真は、その後、テレビ局に提供され、大量集約飼育（Massentierhaltung）の結果について報道してもらう手はずとなっていた。この計画を通じて、被告人らは、大量集約飼育を行う飼養施設の経営者を告発するために、獣医局に対する圧力をさらに強めようとした。

2015年5月10日から11日の夜間、被告人らは、偶然ターゲットとされた被害者Gの七面鳥農場に訪れた。その際、被告人らは、特にGPSトラッカー、ナビゲーションデバイス、及びその地域の様々な七面鳥農場の地理データの入ったタブレットを装備していた。また、Hは、黒い目出し帽を入手し、サーマルカメラ及び三脚つきのカメラを持ち運んだ。

被告人らは、同農場の敷地で、複数の大きなゴミ容器の中に死亡した七面鳥が横たわっている様子を発見したことから、同農場では特に劣悪な飼育条件が支配的になっていることを確信した。そのため、被告人らは、七面鳥舎へと侵入することを決意した。このとき、SとHは、防護服、防護マスク及び暗色の帽子ないし黒色の目出し帽を着用した。なお、暗色の帽子及び黒色の目出し帽は、七面鳥舎内で監視カメラが設置されていた場合でも被告人らを判別することができないようにし、それにより刑事訴追を免れるためのものであった⁵²⁾。

51) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 29.

52) LG Heilbronn, Urte. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug, S. 10. (なお、判決

SとHは、施錠されていないドアを通じて七面鳥舎へと侵入し、七面鳥舎内の様子を写真撮影した。その際、SとHは、正当な権限なく、七面鳥舎へと侵入していることを認識していた。また、Iは、この間、七面鳥舎の外で見張りを行っており、そこで携帯・移動用テレビカメラを通じてS及びHと通信していた。

他方、被害者Gは、約150m離れた自宅の寝室において眠っていたが、七面鳥舎に設置されていたアラーム装置が作動したことにより目を覚まし、七面鳥舎の様子を確認するために自宅から七面鳥舎へと赴いた。その道中、Gは、何者かが七面鳥舎に侵入していることを認識したため、長さ約90cm、直径約2.4cmの木製の杖を手にとった。

SとHは、見張りをしていたIから警告を受けたため、発見から免れるべく七面鳥舎を後にすることを決心した。Hは、七面鳥舎のドアを開けた直後にGと遭遇し、その頭部を杖で殴打された⁵³⁾。Sは、Hが攻撃を受けていることを認識し、すぐに引き返し、別の出口を通じて七面鳥舎を立ち去った⁵⁴⁾。

第二款 第一審判決（シュヴェービッシュ・ハル区裁判所 2016年4月21日判決）

第一審であるシュヴェービッシュ・ハル区裁判所は⁵⁵⁾、被告人H及びSの行為につき、刑法123条1項建造物侵入罪の成立を認めた上で、被告人Hに30日分の日数罰金、被告人Sに25日分の日数罰金を言い渡した。また、被告人Iの行為につき、建造物侵入罪の幫助の成立を認めた上で、20日分の日数罰金を言い渡した⁵⁶⁾。

第三款 控訴審判決（ハイルブロン地方裁判所 2017年5月23日判決）

被告人らは、区裁判所の判決に対して控訴を行い、本件建造物侵入行為は正当

文は、dejure.orgを通じて確認することができる。また、本判決の判例評釈として、*Niklas Bernhard Weber*, RUB RR 1/2019, 73 ff. がある。）

53) LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug, S. 11.

54) LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug, S. 12.

55) AG Schwäbisch Hall, Urt. v. 21. 04. 2016 - 4 DS 41 Js 15494/15 jug. (公刊物未登載)

56) LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug, S. 5.

化されるものと考えられる旨を主張した。他方、検察側も被告人らに不利となる控訴を行った。控訴審であるハイルブロン地方裁判所は、被告人らによる控訴、及び被告人Sに関する検察側の控訴を棄却した。他方、被告人Hに関する検察側の控訴は若干の成功を取めた⁵⁷⁾。これに伴い、ハイルブロン地方裁判所は、シュヴェービッシュ・ハル区裁判所の判決を変更し、被告人Hに対し、7月と2週間の執行猶予付き統合自由刑を言い渡した⁵⁸⁾。

なお、被告人らによる控訴では、本件行為は動物保護という国家目標に基づくものであり正当化される旨の主張が行なわれたため、ハイルブロン地方裁判所は、正当化事由の成立可能性を検討し、結論的にその成立を否定した⁵⁹⁾。

ハイルブロン地方裁判所は、第一に、刑法32条正当防衛の成否につき、本件では、違法な攻撃が存在しないこと、基本法20条aに基づく動物保護は正当防衛適格を有する法益ではないとして、その成立を否定した。

このうち、まず、攻撃の違法性の点については、以下のような判断が示された。すなわち、確かに、大量集約飼育は、種に適した形で (artgerecht) 行うことができず、少なくとも大半の動物に対し苦しみや不快さを与えるという問題点を孕んでおり、またこの問題点は「社会にも立法者にも、さらには国家機関である獣医局にも認識されている」。しかし、動物保護法1条第2文の「理性的根拠」という概念を踏まえれば、少なくとも当時、大量集約飼育とそれと結びつけられた動物の苦しみや不快さは、「社会的に相当」であり、受容可能であり、さらには動物保護法とも調和するものであるとされた⁶⁰⁾。

次に、正当防衛適格性の点については、以下のような判断が示された。すなわち、「法秩序それ自体が個人の正当防衛権に服する法益ではないということは一般に承認されている」ところ、「国家のための緊急救助、すなわちここでは基本法20条aに関する緊急救助は、同様に一般に承認されているように、動物保護を貫徹することが国家に留保されている以上、正当防衛適格を有する権利ではない」とされた⁶¹⁾。

57) LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug., S. 5.

58) LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug., S. 3.

59) LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug., S. 29.

60) LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug., S. 29 f.

また、本判決においては、刑法 32 条に基づく正当防衛状況に関する錯誤の有無についても検討も行われたが、結論的にその成立が否定された。より具体的には、被告人らは七面鳥を救助できず、また救助するつもりもなかったため、動物の緊急救助適格性を誤想しておらず、また負傷動物の保護は個人ではなく、経営者及び獣医局の責務であることは明確に認識可能であるとされた⁶²⁾。

第二に、刑法 34 条正当化緊急避難の点につき、基本法 20 条 a に基づく動物保護が刑法 34 条第 1 文にいう「その他の法益」に含まれるかの判断を留保した上で、被告人らの本件行為は現在の危険を回避するためのものではなかったとしてその成立を否定した。すなわち、「たとえ被告人らが予期していたように、畜舎において特に劣悪な状態が支配していたとしても、被告人らが正当化されることはなかった。というのも、被告人らは、自身らの侵入行為によってこのような状態を直接的に変更しようとしたわけではなく、単に消費者、政治家及び獣医局の意見形成に影響を与えようとしたにすぎなかったからである。それゆえに、被告人らは、現在の危険を避けるために行為していなかった」とされた⁶³⁾。

また、本判決においては、誤想緊急避難の成否についても検討されたが、結論的にその成立が否定された。より具体的には、被告人 H が既に本件事案以前の 4 年間において類似の写真を 17 枚も公開していることに鑑みると、本件行為によってさらに写真撮影を行う必要性はなかった。またこの点を踏まえ、「違法に獲得された画像資料がなければ、」数百万羽の七面鳥の生命を救うという「被告人らの政治的意思を貫徹することはできなかったといえるような客観的——被告人らにとっても主観的に認識可能な——危険は存在しなかった」。そのため、被告人らは、避難行為の必要性及び危険が存在しないことを主観的に認識することができた、とされた⁶⁴⁾。

なお、本判決においては、これ以外にも報道の自由の保護に基づく正当化（基本法 5 条 1 項）⁶⁵⁾や正当な利益の擁護に基づく正当化（刑法 193 条）⁶⁶⁾の成立可

61) LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug., S. 31.

62) LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug., S. 31 f.

63) LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug., S. 32 f.

64) LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug., S. 32 f.

65) LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug., S. 33 f.

66) LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug., S. 35 ff.

能性が検討されているが、いずれの成立も否定されている⁶⁷⁾。

第四款 上告審（シュトゥットガルト上級地方裁判所 2018 年 9 月 4 日決定⁶⁸⁾）

これに対し、被告人らが上告を行ったところ、上告審であるシュトゥットガルト上級地方裁判所は、被告人らによる上告には理由がないとしてこれを棄却した⁶⁹⁾。

シュトゥットガルト上級地方裁判所は、その理由として、「上告に基づく本判決の再審査は、被告人らの不利益となる法的瑕疵を生じさせるものではない」ことを挙げている⁷⁰⁾。また、この点に関する補足として、「ナウムブルク上級裁判所 2018 年 2 月 22 日及び連邦裁判所 1987 年 2 月 18 日の各裁判は本質的に異なる事情を基礎に置いているため、本件事例について連邦裁判所に提出するための要件が裁判所構成法 121 条 2 項 1 号及び 1 項 1b 号に基づいて認められない」という説明が付されている⁷¹⁾。

第三節 小括

以上では、夜間の畜舎侵入が問題となった事案群についてのドイツの裁判例を確認してきた。そこで確認してきた内容を踏まえると、以下のようにまとめることができる。

まず、豚舎侵入事例については、いずれの審級においても、無罪判決が言い渡されている。ただし、その理論構成は必ずしも一致しているわけではなく、正当防衛の成立可能性を肯定するものと、（正当防衛の成立可能性を否定したうえで）正当化緊急避難の成立可能性を肯定するものに分かれている状況にある。このことからすると、何故、動物保護のためになされた建造物侵入行為が正当化されう

67) これらの正当化事由は本稿の主題から離れたものとなるため、本判決の判示部分の詳細な紹介を割愛した。

68) OLG Stuttgart, Beschluss v. 04. 09. 2018-2 Rv 26 Ss 145/18. (なお、判決文は、dejure.org を通じて確認することができる。また、本判決の判例評釈として、Weber, a.a.O. (Fn. 52), 73 ff. がある。)

69) OLG Stuttgart, Beschluss v. 04. 09. 2018-2 Rv 26 Ss 145/18, Tenor.

70) OLG Stuttgart, Beschluss v. 04. 09. 2018-2 Rv 26 Ss 145/18, Gründe Ziff. 1.

71) OLG Stuttgart, Beschluss v. 04. 09. 2018-2 Rv 26 Ss 145/18, Gründe Ziff. 1.

るのが問題となる。

また、先述したように、豚舎侵入事例においては無罪判決が言い渡されているが、他方で七面鳥舎侵入事例においては有罪判決が言い渡されている。このことから分かるように、ドイツの裁判例は、動物保護のために行われた建造物侵入行為につき、常にその正当化を認めるとする立場を採っているわけではない。このことからすると、どのようにして、動物保護のためになされた建造物侵入行為が正当化される場合とそうでない場合を区別するのかということも問題となる⁷²⁾。この点につき、七面鳥舎侵入事例の上告審であるシュトゥットガルト上級地方裁判所は、豚舎侵入事例の上告審であるナウムブルク上級地方裁判所 2018 年 2 月 22 日判決とは本質的に事案を異にする旨を述べる。しかし、そのように考えるとしても、どのような意味で事案を異にするのが問題とならざるをえない。

そこで以下では、ドイツの学説状況を検討することにより、上記各問題に対する回答としてはどのような説明方法が考えられるか、またそれぞれの説明方法の当否についての考察を行うこととしたい。

第二章 ドイツにおける議論状況

第一節 概観

第一章では、ドイツの裁判例においては、動物保護活動家たちが負傷している動物の様子を撮影するために建造物侵入を行った事案につき、正当化を肯定した裁判例⁷³⁾と正当化を否定した裁判例⁷⁴⁾があることを確認した。また、正当化を肯定した裁判例においても必ずしもその理論構成について見解の一致があるわけで

72) 同様の指摘を行うものとして、*Joachim Renzikowski*, *Rechtfertigender Notstand zum Schutz von Tieren—Zur Subsidiarität von privater Selbsthilfe gegenüber staatlichen Verfahren*, in: Rainer Beckmann u. a. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*, 2019, S. 356.

73) AG Haldensleben, Urt. v. 26. 09. 2016-3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14), juris.; LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris.; OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris.

74) AG Schwäbisch Hall, Urt. v. 21. 04. 2016-4 DS 41 Js 15494/15 jug.; LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug.; OLG Stuttgart, Beschluss v. 04. 09. 2018-2 Rv 26 Ss 145/18,

はなく、正当防衛の成立可能性を肯定するもの⁷⁵⁾と(正当防衛の成立可能性を否定したうえで)正当化緊急避難の成立可能性を肯定するもの⁷⁶⁾があることを確認した。

ドイツの学説も基本的にこれに対応する形で展開されており、正当防衛の成立可能性を認める見解⁷⁷⁾、正当化緊急避難の成立可能性のみを認める見解⁷⁸⁾、及び

75) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris.

76) AG Haldensleben, Urt. v. 26. 09. 2016-3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14), juris.; OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris.

77) 正当防衛の成立可能性を肯定する見解として、*Felde/Ort*, a.a.O. (Fn. 1), 471.; *Luis Greco*, Tiernothilfe, JZ 2019, 398.; *Herzog*, a.a.O. (Fn. 29), 195.; *Keller/Zetsche*, a.a.O. (Fn. 1), 338.; *Kristian Kühn*, in: Lackner/Kühn, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 32 Rn. 12; *Carsten Momsen/Laura Savic*, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'sche Online Kommentar StGB, 50. Edition, 01. 05. 2021, § 32 Rn. 19.; *Walter Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 32 Rn. 8.; *Tobias Reinbacher*, Nothilfe bei Tierquälerei?, ZIS 2019, 516.; *Thomas Rönnau/Kristian Hohn*, in: Gabriele Cirener u. a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, Bd.3., 13. Aufl., § 32 Rn. 82.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), § 15 Rn. 34. (山中監訳・前掲(注29)96頁[前嶋訳]); *Claus Roxin/Luis Gerco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl., 2020, § 15 Rn. 36.; *Günter Spendel*, in: Burkhard Jähnke u. a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, § 32 Rn. 189.

78) 正当化緊急避難の成立可能性のみを肯定する見解として、*Stefanie Bock*, Straftaten im Dienste der Allgemeinheit—Notwehr- und Notstandsrecht als polizeiliche Generalklauseln für jedermann?, ZStW 131 (3), 2019, 575.; *Dehne-Niemann/Greisner*, a.a.O. (Fn. 1), 211 ff.; *Volker Erb*, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2020, § 32 Rn. 100. u. § 34 Rn. 72.; *Walter Groppe/Arndt Sinn*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2021, § 5 Rn. 135 u. 225.; *Hecker*, a.a.O. (Fn. 1), 84.; *Rainer Keller*, Nothilfe für Tiere als Anthropozentrik, in: Jan Christoph Bublitz u. a. (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur: Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Tb. 1., 2020, S. 790; *Wolfgang Mitsch*, Tiere und Strafrecht, JURA 2017, 1393 f.; *Walter Perron/Joerg Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 32 Rn. 8.; *Rudolf Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2020, § 18 Rn. 9a.; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 356. ff.; *Vincent Ritz*, Das Tier in der Dogmatik der Rechtfertigungsgründe, JuS 2018, 336.; *Thomas Rönnau/Kristian Hohn*, in: Heinrich Wilhelm Lauffhütte u. a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 82. (ただし、13版において、正当防衛の成立可能性を肯定する見解に改説された [Vgl. *dies.*, a.a.O. (Fn. 77), § 32

いずれの成立可能性も否定する見解⁷⁹⁾が対立する状況にある。以下では、ドイツの学説状況、より具体的には上述した各見解の理論的根拠及びそれに対する批判を紹介・検討を行うことにより、日本法の示唆を得るための基礎を整備する作業を行う。

第二節 正当防衛の成立可能性

第一款 正当防衛適格性

1. 概観

動物虐待に対する正当防衛の成立可能性を検討するにあたり、最初に問題となるのが、正当防衛適格性の問題である。すなわち、ドイツ刑法 32 条 2 項によれば、正当防衛とは、現在かつ違法な攻撃から「自己又は他者 (von sich oder einem anderen)」を防衛するために必要な行為を指すところ、動物の利益ないし動物保護が同条にいう「自己又は他者」に含まれるかが問題となる⁸⁰⁾。

この問題につき、現在の多数説は、動物の利益ないし動物保護はドイツ刑法 32 条 2 項にいう「自己又は他者」には含まれず、それゆえにその正当防衛適格性を否定する立場を採用する（以下、正当防衛適格性否定説と呼称する）⁸¹⁾。

Rn. 82.]。); *Henning Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 5. Aufl., 2021, § 32 Rn. 8. u. § 34 Rn. 7. また、*Fabian Stam*, Notstandhandlungen zugunsten von Kollektivrechtsgütern am Beispiel des Tierschutzes, in: Fabian Stam/Andreas Werkmeister, Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung, 2019, S. 171 ff. も、正当化緊急避難の成立可能性を肯定する見解を支持する。

79) 正当防衛及び正当化緊急避難の成立可能性を否定する見解として、*Helmut Frister*, Strafrecht AT, 9. Aufl., 2020, 17. Kap. Rn. 2; *Johannes Dietlein*, Private Notrecht als Instrument der Gemeinwohlverwirkung? „Stalleinbrüche“ als Herausforderung für das staatliche Gewaltmonopol, in: Rainer Beckmann u. a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, 2019, S. 187 ff. おそらく同旨の見解として、*Armin Engländer*, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., 2020, § 32 Rn. 11 u. § 34 Rn. 17.

80) 同様の問題は、ドイツ刑法と類似した正当防衛規定を有するわが国の刑法を前提とした場合にも生じうる。より具体的には、動物の利益ないし動物保護が刑法 36 条 1 項にいう「自己又は他人の権利」にあたるかが問題となりうる。

81) そのような見解を主張するものとして、例えば、*Bock*, a.a.O. (Fn. 78), 560 f. u. 575.; *Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), § 32 Rn. 11.; *Erb*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn.

この正当防衛適格性否定説の論拠は、大別して、以下の2点に整理することができる。

- ① 公共的法益（Allgemeinrechtsgut）は正当防衛適格を有する法益ではない⁸²⁾。
- ② 動物保護は公共的法益であるため、動物保護は正当防衛適格性を有する法益ではない⁸³⁾。

これに対し、近時、動物の利益ないし動物保護はドイツ刑法32条2項にいう「自己又は他者」に含まれるとして、その正当防衛適格性を肯定する見解も有力化しつつある（以下、正当防衛適格性肯定説と呼称する）⁸⁴⁾。

100.; *Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl., 2020, § 32 Rn. 10.; *Gropp/Sinn*, a.a.O. (Fn. 78), § 5 Rn. 135.; *Hecker*, a.a.O. (Fn. 1), 84.; *Andreas Hoyer*, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 32 Rn. 15.; *Mitsch*, a.a.O. (Fn. 78), 1393 f.; *Perron/Eisele*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8.; *Rengier*, a.a.O. (Fn. 78), § 18 Rn. 9a.; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 356. ff.; *Ritz*, a.a.O. (Fn. 78), 336.; *Rönnau/Hohn*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 82. (ただし、13版において、正当防衛適格性肯定説に改説された [Vgl. *dies.*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 82.]); *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8.;

82) *Bock*, a.a.O. (Fn. 78), 560 f.; *Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), § 32 Rn. 13.; *Erb*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 100.; *Fischer*, a.a.O. (Fn. 81), § 32 Rn. 10.; *Hoyer*, a.a.O. (Fn. 81), § 32 Rn. 15.; *Mitsch*, a.a.O. (Fn. 78), 1393. ; *Perron/Eisele*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8.; *Rengier*, a.a.O. (Fn. 78), § 18 Rn. 10.; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 356.; *Rönnau/Hohn*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 79.; *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8.

83) *Bock*, a.a.O. (Fn. 78), 561.; *Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), § 32 Rn. 11.; *Erb*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 100.; *Fischer*, a.a.O. (Fn. 81), § 32 Rn. 10.; *Mitsch*, a.a.O. (Fn. 78), 1393.; *Perron/Eisele*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8.; *Rengier*, a.a.O. (Fn. 78), § 18 Rn. 9a.; *Rönnau/Hohn*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 82.; *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8. 類似の見解として、*Hoyer*, a.a.O. (Fn. 81), § 32 Rn. 15.

84) そのような見解を主張するものとして、*Felde/Ort*, a.a.O. (Fn. 1), 471.; *Greco*, a.a.O. (Fn. 77), 398.; *Herzog*, a.a.O. (Fn. 29), 195.; *Kühl*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 12.; *Momsen/Savic*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 19.; *Perron*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 8.; *Rönnau/Hohn*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 82.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), § 15 Rn. 34. (山中監訳・前掲 (注29) 96頁 [前嶋訳]); *Roxin/Gerco*, a.a.O. (Fn. 77), § 15 Rn. 34.; *Spendel*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 189.

この正当防衛適格性肯定説には、以下に述べる3通りの理論構成が考えられる。

- ① 公共的法益は正当防衛適格性を有する法益であるため、(たとえ公共的法益に位置づけられるのだとしても) 動物の利益ないし動物保護は正当防衛適格性を有する法益である⁸⁵⁾。
- ② 公共的法益は正当防衛適格性を有する法益ではない。しかし、被虐待動物に対する人間の共感⁸⁶⁾は個人的法益であり、それゆえに正当防衛適格性を有する法益である⁸⁶⁾。
- ③ 公共的法益は正当防衛適格性を有する法益ではない。しかし、動物は主体的権利の主体であるため、個々の動物の利益は個人的法益であるといえ、それゆえに正当防衛適格性を有する法益である⁸⁷⁾。

このうち、理論構成①は、否定説の論拠①に反対するものであり、理論構成②・③は否定説の論拠②を拒絶するものである。なお、これらの理論構成は論理的に排他的な関係にはないため、複数の理論構成を併用することも可能である⁸⁸⁾。

85) 公共的法益の正当防衛適格性を肯定する見解として、*Nikolaos Bitzilekis*, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984, S. 61 f.; *Reinhardt Maurach/Heinz Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Tb. 1., 8. Aufl., 1992, § 26 Rn. 12.; *Eberhard Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 1970, 9/84.; *Friedrich-Christian Schroeder*, in: Friedrich-Christian Schroeder/Heinz Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 141. さらに類似の見解として、*Michael Köhler*, Strafrecht AT, 1996, Kap. 5. III. 2. 1. 1. u. 2. 4.

86) このような理論構成を採用するものとして、*Keller/Zetsche*, a.a.O. (Fn. 1), 338.; *Perron*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 8. また、*Hotz*, a.a.O. (Fn. 1), 2066 も、刑法 34 条正当化緊急避難の成否を論じる脈絡ではあるが同様の理論構成を採用する。

87) このような理論構成を採用するものとして、*Felde/Ort*, a.a.O. (Fn. 1), 471.; *Greco*, a.a.O. (Fn. 77), 398.; *Herzog*, a.a.O. (Fn. 29), 195.; *Keller/Zetsche*, a.a.O. (Fn. 1), 338.; *Kühl*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 12.; *Rönnau/Hohn*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 82.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), § 15 Rn. 34. (山中監訳・前掲(注 29) 96 頁 [前嶋訳]); *Roxin/Gerco*, a.a.O. (Fn. 77), § 15 Rn. 34.; *Spendel*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 189.

88) 例えば、LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris. は、理論構成②と③を併用する立場を採用している。より詳細には、第一章第一節第三款参照。

以上、ごく簡潔ではあるが、動物の利益ないし動物保護の正当防衛適格性をめぐるドイツの議論状況を概観してきた。その内容を踏まえると、この問題を検討するためには、①公共的法益の正当防衛適格性を肯定することができるか⁸⁹⁾、②被虐待動物に対する人間の共感は正当防衛適格性を有する法益といえるか、③個々の動物の利益は正当防衛適格性を有する法益といえるか（換言すれば、動物の権利主体性を肯定することができるか）、という3つの問いを検討する必要があるといえる。そこで以下では、これらの問いに関する議論状況を順に紹介・検討していくこととする。

2. 公共的法益は、正当防衛適格性を有する法益といえるか？

現在のドイツの判例・通説によれば、原則的に個人的法益のみが正当防衛適格性を有する法益であるため、（個人的法益が同時に侵害されているといった事情がない限り）公共的法益の正当防衛適格性は否定される⁹⁰⁾。

その論拠としては、第一に、公共的法益又は法秩序それ自体を保護又は貫徹することは私人ではなく、国家の任務に属することが挙げられている⁹¹⁾。仮に公共

89) 公共的法益に対する正当防衛の可否に関するドイツの議論状況については、山田雄大「ドイツ及びオーストリアにおける正当防衛の防衛対象となる権利の侵害」法学政治学論究：法律・政治・社会 115号（2017年）41頁以下も参照。

90) 公共的法益の正当防衛適格性を否定する判例として、例えば、BGHSt 5, 247; BGH NJW 1975, 1162 などがある。同旨の学説として、Bock, a.a.O. (Fn. 78), 560 f.; Engländer, a.a.O. (Fn. 79), § 32 Rn. 13.; Armin Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 271; Erb, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 100.; Fischer, a.a.O. (Fn. 81), § 32 Rn. 10.; Frister, a.a.O. (Fn. 79), 16. Kap. Rm. 6; Hoyer, a.a.O. (Fn. 81), § 32 Rn. 15.; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Strafrecht AT, 1996, § 32 II. 1. b. (同書の翻訳として、西原春夫監訳『ドイツ刑法総論〔第5版〕』[成文堂・1999年] 256頁 [吉田宣之訳]); Mitsch, a.a.O. (Fn. 78), 1393.; Kristian Kühl, Notwehr und Nothilfe, JuS 1993, 180.; Perron/Eisele, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8.; Rengier, a.a.O. (Fn. 78), § 18 Rn. 10.; Renzikowski, a.a.O. (Fn. 72), S. 356.; Rönnau/Hohn, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 79.; Rosenau, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8.; Roxin, a.a.O. (Fn. 29), § 15 Rn. 36. (山中監訳・前掲(注29) 97頁 [前嶋訳]); Roxin/Gerco, a.a.O. (Fn. 77), § 15 Rn. 36; Spendel, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 198. などがある。

91) そのように述べる判例として、BGHSt 5, 247; BGH NJW 1975, 1162 などがある。同旨の学説として、Bock, a.a.O. (Fn. 78), 561.; Engländer, a.a.O. (Fn. 90), S. 271.;

的法益に対する私人の正当防衛を認めた場合、その限りで、私人は（公共の安全や公的秩序の維持について管轄を有する）補助警察官と理解されることになるが、それでは国家による実力独占の効力が失われることになってしまう、とされる⁹²⁾。

第二に、公共は権利主体ではなく、それゆえに刑法 32 条にいう「他者」にはあたらないことも論拠として挙げられることがある⁹³⁾。すなわち、ドイツ刑法 32 条が「自己又は他者」という文言を採用していることに鑑みれば、被攻撃者が権利主体であり、かつ権利主体の財のみが防衛適格性を有すると見なされる。しかし、そもそも公共は個体化可能な権利主体たりえず、それゆえに公共的法益は防衛適格を有さない、とされる⁹⁴⁾。

上記見解を前提とすれば、動物の利益ないし動物保護が個人的法益に位置づけられる場合、その正当防衛適格性は肯定されることになる。これに対し、動物の利益ないし動物保護が公共的法益に位置づけられる場合、その正当防衛適格性は否定される⁹⁵⁾。それゆえに、ドイツにおける判例・通説の見解に依拠した場合、動物が刑法 32 条 2 項にいう「他者」に含まれるか否かは、動物の利益ないし動物保護が個人的法益に位置づけられるのか、それとも公共的法益に位置づけられるかによって判断されることになる⁹⁶⁾。

他方、ドイツ刑法学においては、公共的法益についてもその正当防衛適格性が肯定されると主張する反対説も存在する⁹⁷⁾。その論拠としては、多くの場合、公

Erb, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 100.; *Hoyer*, a.a.O. (Fn. 81), § 32 Rn. 15.; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Fn. 90), § 32 II. 1. b. (西原監訳・前掲 (注 90) 256 頁 [吉田訳]); *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), § 15 Rn. 36. (山中監訳・前掲 (注 29) 97 頁 [前嶋訳]); *Roxin/Gerco*, a.a.O. (Fn. 77), § 15 Rn. 36.; *Spendel*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 198.

92) *Frister*, a.a.O. (Fn. 79), 16. Kap. Rn. 6.; *Kühl*, a.a.O. (Fn. 90), 180.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), § 15 Rn. 36. (山中監訳・前掲 (注 29) 97 頁 [前嶋訳]); *Roxin/Gerco*, a.a.O. (Fn. 77), § 15 Rn. 36. 同旨の見解として、*Erb*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 100.; *Ritz*, a.a.O. (Fn. 78), 335.; *Spendel*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 198.

93) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), § 32 Rn. 13.; *Engländer*, a.a.O. (Fn. 90), S. 271.; *Perron/Eisele*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8.; *Rönnau/Hohn*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 79.

94) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), § 32 Rn. 13.

95) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 356.

96) *Ritz*, a.a.O. (Fn. 78), 335.

公共的公益の防衛も法確証(法秩序の防衛)に役立つことが挙げられている。すなわち、正当防衛の正当化根拠を法確証(法秩序の防衛)に求める超個人主義的基礎づけに依拠した上で⁹⁸⁾、防衛者が公共の財を防衛する場合も法秩序の防衛に資する以上、正当防衛の成立可能性が認められるべきであるとされる⁹⁹⁾。

この立場によれば、動物の利益ないし動物保護が個人に帰属可能な財に位置づけられるか、それとも公共の財に位置づけられるかは重要ではない。というのも、いずれの場合においても、その正当防衛適格性は肯定されるからである。それゆえに、動物の利益ないし動物保護が個人に帰属可能な財に位置づけられるか否かを論じるまでもなく、動物の利益ないし動物の保護は刑法32条2項にいう「他者」に含まれ、それゆえにその正当防衛適格性が肯定されることになる。

この反対説に対し、通説は、まず、反対説が前提とする超個人主義的基礎づけに対し、刑法32条2項の文言と整合しないとの批判を行う。すなわち、仮に反対説に依拠した場合、ドイツ刑法32条2項が、抽象的なカテゴリーである法秩序への攻撃ではなく、「自己又は他人」への攻撃を要件としていることを説明できないとする¹⁰⁰⁾。

また、通説は、先述したように、仮に公共的公益に対する私人の正当防衛を認めた場合、私人は補助警察官と理解され、ひいては国家による実力独占の効力を失わせることになるとの批判を行う¹⁰¹⁾。これに対し、反対説の立場からは、国

97) 公共的公益の正当防衛適格性を肯定する見解として、*Bitzilekis*, a.a.O. (Fn. 85), S. 61 f.; *Maurach/Zipf*, a.a.O. (Fn. 85), § 26 Rn. 12; *Schmidhäuser*, a.a.O. (Fn. 85), 9/84.; *Schroeder*, a.a.O. (Fn. 85), S. 141. さらに類似の見解として、*Köhler*, a.a.O. (Fn. 85), Kap. 5. III. 2. 1. 1. u. 2. 4.

98) 超個人主義的基礎づけについて、詳細には、拙著『正当防衛の基礎理論』(成文堂・2019年) 37頁以下参照。

99) *Bitzilekis*, a.a.O. (Fn. 85), S. 53 ff.; *Schmidhäuser*, a.a.O. (Fn. 85), 9/84.

100) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 90), S. 19 ff.; *Helmut Fuchs*, Grundfragen der Notwehr, 1986, S. 43; *Rouven Seeberg*, Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess, 2005, S. 25 f. u. 31.; *René Sengbusch*, Die Subsidiarität der Notwehr, 2008, S. 137.

101) *Frister*, a.a.O. (Fn. 79), 16. Kap. Rn. 6; *Kühl*, a.a.O. (Fn. 90), 180.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), § 15 Rn. 36. (山中監訳・前掲(注29) 97頁 [前嶋訳]); *Roxin/Gerco*, a.a.O. (Fn. 77), § 15 Rn. 36. 同旨の見解として、*Erb*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 100.; *Ritz*, a.a.O. (Fn. 78), 335.

家による実力独占原則との整合性は考慮されているとの反論が可能であるかもしれない。例えば、Eberhard Schmidhäuser は、通常、警察への通報などが行われればそれで十分であるため、事実上、公共的公益のための正当防衛が問題となる事案群において防衛行為の必要性が肯定されるケースは稀であるとしている¹⁰²⁾。しかし、正当防衛において、通常、警察に通報を行う義務は課されないことに鑑みれば、Roxin が述べるように、そのような主張には、何故、公共的公益の場合についてのみ警察への通報を行うことが求められるのかという疑問が残る¹⁰³⁾。

3. 被虐待動物に対する人間の共感は、正当防衛適格性を有する公益といえるか？

仮にドイツの判例・通説に依拠して、公共的公益の正当防衛適格性が否定されると考える場合、動物の利益ないし動物保護が個人的公益にあたることが論証されなければ、その正当防衛適格性を肯定することはできない。そのため、動物の利益ないし動物保護が個人公益といえるかが問題となる。

この点につき、動物虐待に対する正当防衛の成否が問題となる場合、防衛者は、動物に対する共感という「自己の」個人的公益を防衛しているといえるとして、正当防衛の成立可能性を肯定する理論構成が主張されている（以下、共感アプローチと呼称する¹⁰⁴⁾）。この共感アプローチは、第一章第一節第三款で示したように、マグデブルク地方裁判所 2017 年 10 月 11 日判決でも採用されている¹⁰⁵⁾。

その論拠として、第一に、虐待されている動物に対する人間の共感には要保護性が認められることが挙げられる¹⁰⁶⁾。第二に、動物に対する共感が正当防衛適格性を有する財であるという理解は、ドイツにおける現行法の規定とも整合することが挙げられている。すなわち、動物保護法 1 条は、動物に対する共感にお

102) Schmidhäuser, a.a.O. (Fn. 85), 9/84.; 類似の見解として、Köhler, a.a.O. (Fn. 85), Kap. 5. III. 2. 1. 1. u. 2. 4.

103) Roxin, a.a.O. (Fn. 29), § 15 Rn. 39. (山中監訳・前掲 (注 29) 99 頁 [前嶋訳])

104) Keller/Zetsche, a.a.O. (Fn. 1), 338.; Perron, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 8.; Spindel, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 189.

105) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris, Rn. 20.

いて現れている人間の感情を（も）保護対象としている。また、ドイツ民法典90条a¹⁰⁷⁾もそのような事情を変更しない。というのも、この規定によれば、動物は特別法によって保護されることになるが、そのことは人間の感情が保護に値しないことを帰結しないからである、とされる¹⁰⁸⁾。

共感アプローチに対しては、まず、動物保護法1条は、動物に対する共感という人間の感情を大切にすることではなく、一定の態様で「動物の生命及び健康」を保護することを目的としているとの批判が向けられている¹⁰⁹⁾。これに対し、共感アプローチの論者からは、動物保護法1条が明文で動物に対する共感に言及していないとしても、そのことから動物保護法が動物に対する共感の保護を目的としていないという帰結を導くことはできないとの反論がなされている¹¹⁰⁾。確かに、上記批判が指摘するように、動物に対する共感という人間の感情を保護法益として想定することは動物保護法1条の文言との整合性をやや欠くように思われる。しかし、この批判は決定的な批判とはなりえない。なぜならば、たとえ動物保護法1条が「動物の生命及び健康」を主たる目的としているのだとしても、動物に対する共感も副次的な目的であると想定している可能性は

106) Keller/Zetsche, a.a.O. (Fn. 1), 338.

107) 参考までにドイツ民法典90条aの規定内容を示しておく（なお、訳出は、浦川・前掲（注28）200頁による。）。

第90条a「動物は物ではない。動物は特別法により保護される。特別の定めがない限り、動物には物に関する規定が準用される。」

108) Perron, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 8. なお、動物虐待罪の保護法益を動物虐待の際に感じる人間の同情に求める見解に依拠する場合、動物虐待罪の存在も共感アプローチの論拠たりうることになろう（なお、この見解の概要については、内海朋子「感情の刑罰的保護——死者に関する罪における保護法益——」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来』[信山社・2017年] 351頁注2参照）。

109) Bock, a.a.O. (Fn. 78), 563.; Hecker, a.a.O. (Fn. 1), 84.; Perron/Eisele, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8.; Ritz, a.a.O. (Fn. 78), 334.; Reinbacher, a.a.O. (Fn. 77), 512.; Roxin, a.a.O. (Fn. 29), § 15 Rn. 34. (山中監訳・前掲（注29）96頁 [前嶋訳]); Roxin/Gerco, a.a.O. (Fn. 77), § 15 Rn. 34.; Weber, a.a.O. (Fn. 52), 80. なお、ドイツ動物保護法1条の規定内容については、前掲（注28）を参照。

110) このような反論を行うものとして、Herzog, a.a.O. (Fn. 29), 195.; Keller/Zetsche, a.a.O. (Fn. 1), 337.; Perron, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 8.; Rosenau, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8.; Roxin, a.a.O. (Fn. 29), § 15 Rn. 34. (山中監訳・前掲（注29）96頁 [前嶋訳]); Roxin/Gerco, a.a.O. (Fn. 77), § 15 Rn. 34.

なお残るからである¹¹¹⁾。

また、動物に対する共感¹¹²⁾は正当防衛適格性を有する財たりえないとの批判が向けられている¹¹²⁾。すなわち、第一に、そもそも動物に対する共感¹¹³⁾は単なる道徳的な感情にすぎないため、道徳的に良い行為を基礎づける動機となりうるかもしれないが、法的に正当化される理由とはならないとの指摘がなされている¹¹³⁾。これに対し、Dominik Hotz は、上記指摘においては同情 (Mitleid) 概念についての誤解があると反論する。すなわち、ここで問題となる同情は、個別事例において当該個人がそのような同情を抱いたかを問題とする事実的な概念ではなく、同情すべきであったか否かを問題とする規範的概念である、というのである¹¹⁴⁾。この反論は、共感ないし同情概念は法的に見て同情すべきであったかを問題とする規範的概念であり、それゆえに法的に正当化される理由となりうることを主張しようとしたものであると思われる。確かに、Hotz が述べるように、ここでいう共感概念とは規範的概念として理解されるべきであるかもしれない。しかし、仮にそのように理解した場合、そこでいう動物に対する共感が正当防衛適格性を有する財と認めることはできないだろう。なぜならば、そのような共感概念の規範化を認めた場合、そこでいう共感¹¹⁵⁾は、具体的な個人に帰属可能な法的利益ではなく、法共同体によって課された法的ルールとなるため、もはや個人的法益とは評価しえないからである¹¹⁵⁾。第二に、動物に対する共感¹¹⁶⁾は単なる反射として認められる利益にすぎないため、動物に対する共感¹¹⁶⁾は独立の保護法益たりえないとの指摘もなされている¹¹⁶⁾。

111) 共感アプローチに懐疑的な論者である Reinbacher, a.a.O. (Fn. 77), 513 も、そのように述べる。

112) Anders/Fenske, a.a.O. (Fn. 1), 5.; Dehme-Niemann/Greisner, a.a.O. (Fn. 1), 208 f.; Greco, a.a.O. (Fn. 77), 392.; Hecker, a.a.O. (Fn. 1), 84.; Herzog, a.a.O. (Fn. 29), 195.; Rönna/Hohn, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 82 Fn. 249. また、Reinbacher, a.a.O. (Fn. 77), 512 及び Renzikowski, a.a.O. (Fn. 72), S. 359 は、刑法による感情保護に関する一般的な議論を参照しながら共感アプローチの問題点を指摘する。なお、刑法による感情保護に関する議論については、さしあたり内海朋子「感情の刑法的保護について 序論」横浜法学 22 巻 3 号 (2014 年) 205 頁以下参照。

113) Anders/Fenske, a.a.O. (Fn. 1), 5.; Hecker, a.a.O. (Fn. 1), 84.; Herzog, a.a.O. (Fn. 29), 195.; Rosenau, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8.

114) Hotz, a.a.O. (Fn. 1), 2066.

115) Rönna/Hohn, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 82 Fn. 249.

さらに、漠然とした感情の保護のために国家による実力独占の相対化を認めることになってしまうとの批判も向けられている¹¹⁷⁾。より敷衍していえば、仮に動物に対する共感を保護することが全ての個人に認められた場合、動物保護という公共的公益の維持はもっぱら国家機関の任務に属するにもかかわらず、各個人が動物に対する共感を守るためと称して暴力的な動物保護活動を行いうるようになり、その結果、国家による実力独占の効力が掘り崩されることになってしまうのである。

4. 個々の動物の利益は、正当防衛適格性を有する法益といえるか？

上述したように、共感アプローチには種々の理論的問題点があるため、ドイツでは、そのようなアプローチを採用する論者は少ない。これに対し、近年、徐々に有力化しつつあるのが、動物の権利主体性を認めることにより、動物の利益が個人的法益にあたることを論証するアプローチである（以下、動物の権利アプローチと呼称する。）¹¹⁸⁾。この動物の権利アプローチは、第一章第一節第三款で確認したように、マグデブルク地方裁判所 2017 年 10 月 11 日判決でも採用されている¹¹⁹⁾。

その論拠として、第一に、ドイツ刑法 32 条にいう「他者」は人間（Mensch）に限られない（例えば、法人や胚でもよい）ため、動物も「他者」にあたりうることが挙げられている¹²⁰⁾。第二に、動物の権利主体性を肯定し、動物を「他者」にあたるとする解釈は、ドイツにおける現行法とも整合することが挙げられてい

116) *Dehme-Niemann/Greisner*, a.a.O. (Fn. 1), 205 ff.; *Greco*, a.a.O. (Fn. 77), 392. 類似の批判として、*Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 359 f.

117) *Keller*, a.a.O. (Fn. 78), S. 782.; 本質的に同旨の見解として、*Bock*, a.a.O. (Fn. 78), 563 f.; *Dietlein*, a.a.O. (Fn. 79), S. 191.

118) *Felde/Ort*, a.a.O. (Fn. 1), 471.; *Greco*, a.a.O. (Fn. 77), 390 ff.; *Herzog*, a.a.O. (Fn. 29), 195.; *Keller/Zetsche*, a.a.O. (Fn. 1), 338; *Rönnau/Hohn*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 82; *Kühl*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 12; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), § 15 Rn. 34 (山中監訳・前掲 (注 29) 96 頁 [前嶋訳])。

119) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris, Rn. 20.

120) *Herzog*, a.a.O. (Fn. 29), 195.; *Keller/Zetsche*, a.a.O. (Fn. 1), 337.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), § 15 Rn. 34. (山中監訳・前掲 (注 29) 96 頁 [前嶋訳].); *Roxin/Gerco*, a.a.O. (Fn. 77), § 15 Rn. 34.

る。すなわち、まず、基本法 20 条 a は、動物保護を一般的な国家保護目標と定義するが、これは個々の動物の保護にも及ぶものである¹²¹⁾。また、動物保護法 1 条が明文で「動物の生命及び健康」の保護を目的とすることに鑑みれば、同条は、動物の利益それ自体を保護する規定であるといえ¹²²⁾。またかかる目的規定の下にある動物保護法 17 条脊椎動物殺害等罪も、動物の利益それ自体を保護する規定であるといえる、とされる¹²³⁾。第三に、動物は（特に苦痛に関する）知覚能力、あるいはそれに対応する（限定的な）自己決定能力を有しているため、権利主体性を認めることができることが挙げられている¹²⁴⁾。

動物の権利アプローチに対しては、まず、第一の論拠に関連して、刑法 32 条 2 項の文理解釈からして、既に動物を「他者」に含めることには無理があるとの批判がなされている¹²⁵⁾。すなわち、仮に「他者」に動物が含まれるとした場合、刑法 32 条 2 項の文言は、「自己又は他の動物（“sich oder einem anderen (Tier)”）」というように解釈されることになる。このような文言解釈からすれば、動物は「自己」にもあたりうるものであり、かつ「他者」にもあたるものでなければならぬはずである。しかし、動物が防衛権限の行使主体である「自己」であるとは考えがたいため、上記の文言解釈には無理がある、というのである¹²⁶⁾。

上記批判は「自己 (sich)」と「他者 (einem anderen)」の対称性を前提とするものである。これに対し、動物の権利アプローチを支持する論者は、そのような前提理解が不当である旨の反論を行っている。すなわち、例えば、胎児及び法人も防衛権限の行使主体である「自己」にあたるとは考えがたいが、それにもかかわらず、現在の通説は、胎児及び法人を「他者」にあたるとしてその正当防衛

121) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris, Rn. 20.; Felde/Ort, a.a.O. (Fn. 1), 471.

122) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris, Rn. 20.; Felde/Ort, a.a.O. (Fn. 1), 471.; Röhnau/Hohn, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 82. さらに、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」愛知学院大学宗教学法研究所紀要 58 号 (2018 年) 85 頁以下も参照。

123) LG Magdeburg, Urt. v. 11. 10. 2017-28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), juris, Rn. 20.; Greco, a.a.O. (Fn. 77), 392. さらに三上・前掲 (注 123) 86 頁も参照。

124) Greco, a.a.O. (Fn. 77), 393.; Herzog, a.a.O. (Fn. 29), 195.

125) Ritz, a.a.O. (Fn. 78), 335 f.; Scheuerl/Glock, a.a.O. (Fn. 1), 449.

126) Ritz, a.a.O. (Fn. 78), 335 f.

適格性を肯定している。このように、そもそも現在の一般的理解においても、「自己」と「他者」の対称性を前提とするような解釈はなされていない。また、刑法32条2項の文言にしても、非対称的に、すなわち「防衛行為者は自己又はその他の個人的法益（ないし主観的権利）の主体を防衛することが許されている」という意味で理解することも可能であるため、上記批判が述べる解釈は文理解釈としても論理必然的ではない、というのである¹²⁷⁾。この反論からも分かるように、文理解釈からして既に動物が刑法32条2項の意味における「他者」にはあたりえないと結論づけることはできない。その意味でいえば、Claus Roxinが述べるように、ドイツ刑法「32条の『他者』は人間（Mensch）である必要はない（例えば、法人や胚でもよい）ため、立法者は、動物も『他者』と認めることを妨げていない」といえる¹²⁸⁾。

しかし、このような論拠のみから動物が個人的法益ないし主観的権利の主体たりうるという結論を導くことはできない¹²⁹⁾。なぜならば、Rainer Kellerが指摘するように、ドイツにおける現行法を前提とした場合、動物は、規範的にみて、法人や胚よりもはるかに人間からかけ離れた存在として位置づけられているからである¹³⁰⁾。すなわち、現在の通説の見解によれば、基本法1条¹³¹⁾において、人間及び（たとえ限定された意味であったとしても）胚に対し、放棄することがで

127) *Reinbacher*, a.a.O. (Fn. 77), 513.; 同旨の反論を行うものとして、*Rönnau/Hohn*, a.a.O. (Fn. 77), § 32 Rn. 82 Fn. 252. さらに、*Greco*, a.a.O. (Fn. 77), 393 も、刑法32条2項の意味における「自己」は、現実には防衛行為を行うことができる能力を有していることを当然の前提するが、同条にいう「他者」は必ずしもそのような能力を有している必要はないと指摘している。

128) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), § 15 Rn. 34. (山中監訳・前掲(注29)96頁[前嶋訳]。なお、必要に応じて適宜訳出を行った。)。同旨の見解として、*Keller/Zetsche*, a.a.O. (Fn. 1), 337. これに対し、*Felde/Ort*, a.a.O. (Fn. 1), 471. は、刑法32条2項にいう「自己又は他者」は人間でなければならないため、動物はこれに含まれないというテーゼに反論しないにもかかわらず、その直後に動物の生命及び健康の正当防衛適格性が肯定されるとの主張を行う。しかし、それは、およそ整合性を欠いた不当な主張であると言わざるをえないだろう。

129) 同旨の見解として、*Dehme-Niemann/Greisner*, a.a.O. (Fn. 1), 208 f.; *Keller*, a.a.O. (Fn. 78), 780.; *Weber*, a.a.O. (Fn. 52), 79.

130) *Keller*, a.a.O. (Fn. 78), 780.

131) 参考までに、以下で基本法1条の規定内容を挙げておく（なお、訳出は、初宿=辻村編・前掲(注27)157頁[初宿訳]による。）。

きない人間の尊厳 (Menschenwürde) と基本権が認められている¹³²⁾。また、基本法 19 条 3 項¹³³⁾の枠内ではあるが、法人にも基本権が認められている¹³⁴⁾。これに対し、動物には、基本法 20 条 a において一定の保護が認められているが、しかし同規定はその内容形成が立法者に委ねられる国家目標規定を定式化するものであり、個別的権利や請求権を基礎づけるものではない¹³⁵⁾。このように、基本法における保護の在り方からして既に法人及び胚と動物の間には重大な相違があることに鑑みれば、少なくとも胚や法人との類比のみを論拠として、動物の権利主体性を帰結することは妥当ではない、というのである¹³⁶⁾。

また、第二の論拠に関連して、動物の権利主体性を認めるとする解釈論は現行法の解釈として無理があるのではないか、あるいは少なくとも現行法から読み取ることとはできないのではないかといった類の批判がなされている¹³⁷⁾。すなわち、

第 1 条「①人間の尊厳 (Würde des Menschen) は不可侵である。これを尊重し保護することが、すべての国家権力に義務付けられている。

②それゆえに、ドイツ国民は、世界のすべての人間共同体、平和および正義の基礎として、不可侵にして譲り渡すことのできない人権 (Menschenrechte) を信奉する。

③以下の基本権 (Grundrechte) は、直接に適用される法として、立法、執行権および裁判を拘束する。」

132) Keller, a.a.O. (Fn, 78), 780.

133) 参考までに、以下で基本法 19 条 3 項の規定内容を挙げておく (なお、訳出は、初宿=辻村編・前掲 (注 27) 162 頁 [初宿訳] による。)

第 19 条「③基本権は、その本質上内国法人に適用しうる限りにおいて、これにも適用する。」

134) Keller, a.a.O. (Fn, 78), 780.

135) Bock, a.a.O. (Fn. 78), 560 f.; Dehme-Niemann/Greisner, a.a.O. (Fn. 1), 208.; Keller, a.a.O. (Fn, 78), 780.; Renzikowski, a.a.O. (Fn. 72), S. 356.; Rosenau, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8.; Weber, a.a.O. (Fn. 52), 79. なお、そのように述べる憲法学説として、Dietrich Murswiek, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl., 2021, § 20a Rn. 12 u. 31b.; Karl-Peter Sommermann, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar., 6. Aufl., 2012, Bd. 1, § 20a Rn. 33.

136) Keller, a.a.O. (Fn, 78), 780.

137) Bock, a.a.O. (Fn. 78), 560 f.; Dehme-Niemann/Greisner, a.a.O. (Fn. 1), 208 f.; Keller, a.a.O. (Fn, 78), 780 f.; Renzikowski, a.a.O. (Fn. 72), S. 356 ff.; Scheuerl/Glock, a.a.O. (Fn. 1), 449.; Rosenau, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8.; Weber, a.a.O. (Fn. 52), 79 f. さらに、ドイツ法では動物の法益主体性は認められていないと述べる

まず、先述したように、基本法 20 条 a は国家目標規定であり、動物の権利主体性を認めた規定ではない。また、基本法 20 条 a は国家に対して動物保護の貫徹を義務づけているが、だとすると国家が動物保護の貫徹について管轄を持っていることになるため、そこでいう動物保護はむしろ公共的の法益と理解すべきである¹³⁸⁾。次に、民法 90 条 a が第 1 文において動物は物ではないことを認める一方で、第 3 文で特別の定めがない限り物に関する規定を重用する旨を規定することに鑑みれば、動物は民法上、権利主体というよりもむしろ権利客体という位置づけを与えられている¹³⁹⁾。さらに、動物保護法 1 条は、確かに第 1 文で動物の生命と健康を保護しているかもしれないが、しかし第 2 文で理性的な根拠が存在する場合には動物に苦痛あるいは損害を加えることが許されることを示唆している。このことに鑑みれば、ここでは動物の権利というよりも、倫理的に基礎づけられた動物保護の原則について語られているというべきである¹⁴⁰⁾。加えて、動物保護法 17 条は、動物の法的地位それ自体を確認するものではなく、同条における行為規範（Verhaltensnorm）と結びつく限度で保護を認めるにすぎない¹⁴¹⁾、とされる。上記批判を踏まえて言えば、少なくとも動物の権利アプロ

ものとして、*Albert Lorz/Ernst Metzger*, *Tierschutzgesetz*, 7. Aufl., 2019, Einf. Rn. 61.; *Michael Pfohl*, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Aufl., 2017, *TierschG* § 17 Rn. 2.

138) LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug., S. 31.; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 358. さらに刑法 34 条正当化緊急避難の成立可能性を論じる脈絡で同旨のことを述べるものとして、*Dietlein*, a.a.O. (Fn. 79), S. 192 ff.

139) *Bock*, a.a.O. (Fn. 78), 562.; *Dehme-Niemann/Greisner*, a.a.O. (Fn. 1), 208 f.; *Scheuerl/Glock*, a.a.O. (Fn. 1), 449.; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 357.; *Weber*, a.a.O. (Fn. 52), 80. なお、このような理解は、ドイツ民法学における一般的であると思われる（さしあたり、Vgl. *Christina Stresemann*, in: Franz Jürgen Säcker u. a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8., Aufl., 2018, § 90a Rn. 3.）また、浦川・前掲（注 28）200 頁も、民法 90 条 a は自然人・法人と同様に権利主体性を動物に認めたものではないと述べる。

140) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 357. なお、ドイツにおける判例・通説も、動物保護法の保護法益は、人間と動物との関係における道徳秩序の保護を意味する倫理的な動物保護であるとしている（そのように述べるものとして、BVerfGE 101, 1 (37) [同判決の紹介として、石村修「判批」自治研究 79 巻 10 号 [2003 年] 156 頁以下]; *Lorz/Metzger*, a.a.O. (Fn. 137), Einf. Rn. 60.; *Murswiek*, a.a.O. (Fn. 135), § 20a Rn. 31b.; *Pfohl*, a.a.O. (Fn. 137), *TierschG* § 17 Rn. 1 ff. などがある）。

チが挙げる第二の論拠は、動物の権利主体性を認める論拠としては十分ではない。なぜならば、確かに基本法や動物保護法は、動物の利益について独自の保護価値を認めているとはいえるかもしれないが、しかし上記批判が示すように、そのことからただちに権利主体性を認めたと理解することには論理の飛躍があるからである¹⁴²⁾。このことは、例えば、文化財などにも独自の保護価値が認められているが、しかし文化財には権利主体性が認められていないことから明らかである¹⁴³⁾。

したがって、動物の権利アプローチによる論証が成功しているか否かは、第三の論拠の説得力にかかっている。換言すれば、動物が（特に苦痛に関する）知覚能力、あるいはそれに対応する（限定的な）自己決定能力を有しているという命題から、動物の権利主体性、より厳密には動物が刑法 32 条にいう「他者」であることを帰結できるのかが問題となる。

この点につき、刑法 32 条にいう「他者」といえるためには法的人格性が認められることが必要であるとした上で、動物には法的人格性が認められないため、刑法 32 条にいう「他者」とはいえないとの批判が向けられている¹⁴⁴⁾。例えば、Jan Dehme-Niemann と Malte C. Greisner は、正当防衛権の峻厳さは、対等な立場にある者同士の相互承認関係の攪乱という観点から基礎づけられるところ、動物保護は動物保護法上の承認という留保の下で承認されるにとどまるため、動物は相互承認関係に立つ主体とはいえず、それゆえに刑法 32 条にいう「他者」とはいえないと指摘する¹⁴⁵⁾。この批判は、少なくとも刑法 32 条との関係で権利

141) *Dehme-Niemann/Greisner*, a.a.O. (Fn. 1), 207. 類似の見解として、*Weber*, a.a.O. (Fn. 52), 80.

142) 動物の権利アプローチを採用する *Greco*, a.a.O. (Fn. 77), 392 f. も、動物保護法 17 条から動物には独自の保護価値があるとしつつも、そのことから動物の権利主体性を帰結することは論証として不十分であることを認めている。また、基本法 20 条 a を論じる脈絡で同趣旨の指摘を行うもとして、*Sommerrmann*, a.a.O. (Fn. 135), § 20a Rn. 33.

143) *Greco*, a.a.O. (Fn. 77), 393.

144) そのように述べるものとして、*Bock*, a.a.O. (Fn. 78), 560 f.; *Dehme-Niemann/Greisner*, a.a.O. (Fn. 1), 209.; *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 8.

145) *Dehme-Niemann/Greisner*, a.a.O. (Fn. 1), 209. 同旨の見解として、*Bock*, a.a.O. (Fn. 78), 562.

主体性を認めるためには、相互承認関係ないし法的人格性が肯定されることが条件となるが、上記の論証はこの点を論証できておらず不十分である旨を指摘しようとするものとして理解することができる。

もちろん、ここでの批判は、ここでいう法的権利とは何か¹⁴⁶⁾、また権利主体性を認めるための条件は何かに関する一定の態度表明を前提とするものである。そのため、おそらく上記批判とは異なる立場を採用するものと思われる動物の権利アプローチの側からすれば、上記批判は外在的批判にとどまり、それゆえに決定的な批判とはいえないだろう。しかし、上記批判は、その論理構成は別としても、動物の権利アプローチでは正当防衛の峻厳さを基礎づけることができないのではないかとの疑問を投げかける点では一定の説得力を有する。なぜならば、動物の権利アプローチの論者自身も、完全な意味での正当防衛権を肯定することができると考えているわけではないからである¹⁴⁷⁾。例えば、動物の権利アプローチの支持者である Luis Greco は、被要請性メルクマールにより、持続的ないし安定的な飼育状況において動物の権利が侵害されている場合、最小限度の介入（具体的には畜舎侵入事例のような住居侵入行為及びそれに付随する器物損壊行為）しか許容することができず、また、現に動物虐待が行なわれている場合には、より強い反撃行為も許されるが攻撃者を殺害することは許されないと述べる¹⁴⁸⁾。このような主張は、要するに、動物のための緊急救助が問題となる場面につき、峻厳な正当防衛権を認めてしまうと不当な結論に至りうることを認めるものといえようが、しかしそのように考えるのだとすれば、何故、動物のための緊急救助権を認める必要があるのかという疑問が残る¹⁴⁹⁾。

なお付言すると、仮に動物の権利アプローチを採用し、動物のための緊急救助

146) 三上・前掲（注 123）99 頁注 100 が指摘するように、権利の本性に関する意思説と利益説の対立があり、この点の理解如何によって動物の権利主体性を肯定できるか否かについての結論も変動しうる。

147) Vgl. *Dehme-Niemann/Greisner*, a.a.O. (Fn. 1), 209.

148) *Greco*, a.a.O. (Fn. 77), 398.

149) このような事情を踏まえ、正当化緊急避難の成立可能性のみを肯定する多数説は、正当防衛権の成立可能性を認めるよりも（防御的）正当化緊急避難の成立可能性を肯定する方がより穏当な解決を導くことができると主張する。そのように述べるものとして、例えば、*Erb*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 100.

として構成する場合、原理的には押しつけられた緊急救助の問題も生じる。すなわち、緊急救助が認められるためには、一般に、少なくとも被攻撃者の意思に反していないことが必要とされるが、そもそも被攻撃者たる動物の意思に反しているか否かを判断することは可能なのかという疑問が生じる¹⁵⁰⁾。

第二款 その他の成立要件

仮にドイツにおける通説のように正当防衛適格性否定説に依拠する場合、その時点で正当防衛の成立可能性がなくなるため、その他の成立要件を検討する必要は生じない。これに対し、——動物それ自体の利益に正当防衛適格性を認めるのか、それとも被虐待動物に対する人間の共感に正当防衛適格性を認めるのかにかかわらず——正当防衛適格性肯定説に依拠する場合は、その他の成立要件をも検討する必要がある。

そこで以下では、仮に正当防衛適格性を肯定する立場に依拠した場合、その他の成立要件についてはどのような考慮が必要となるのかを補論的に示すこととしたい。

1. 攻撃の違法性

まず、被虐待動物に対する攻撃が「違法」であるといえるか否かが問題となる。なぜならば、動物に対して苦しみや不快さを与える行為は必ずしも違法であると評価されるわけではないからである。

確かに、ドイツ動物保護法1条1文は「動物の生命と健康」の保護を目的とする。しかし、「動物の生命と健康」に対し、絶対的な保護が認められているわけではない。このことは、同条2文において、「理性的根拠」に基づき、動物に痛み、苦しみ又は損害を加えることが許容される旨が示唆されていることから明らかである。例えば、豚舎侵入事例や七面鳥舎侵入事例では、集約大量飼育の違法性が問題となる。ハイルブロン地方裁判所によれば、集約大量飼育は、種に適した形で行うことができず、また多くの動物に対し苦しみや不快さを与えるも

150) Vgl. Keller, a.a.O. (Fn. 78), S. 786 f. なお、押しつけられた緊急救助に関するドイツの議論状況については、さしあたり松生光正「押しつけられた緊急救助」『続・例外状態と法に関する諸問題』（関西大学法学研究所・2016年）15頁以下参照。

のであるにもかかわらず¹⁵¹⁾、動物保護法2条a第1項によれば、動物保護・家畜飼育規則の基準に基づき許容されるとされる¹⁵²⁾。

この点を踏まえて、改めて豚舎侵入事例と七面鳥舎侵入事例を見比べると、両者の事案には本質的な相違があったといえる。すなわち、豚舎侵入事例は、当該豚舎において動物保護・家畜飼育規則違反が実際にあったことが認定されており、それゆえに「違法な」攻撃を認めることができる事案であった。これに対し、七面鳥舎侵入事例には、そのような事情が認定されておらず、それゆえに「違法な」攻撃を認めることができない事案であった。このような相違に鑑みれば、七面鳥舎侵入事例の上告審であるシュトゥットガルト上級地方裁判所が、補足的に豚舎侵入事例の上告審であるナウムブルク上級地方裁判所とは本質的に事案を異にすると判示したことには十分な理由があったといえる。

2. 防衛行為の必要性及び被要請性

仮に豚舎侵入事例のように、攻撃の違法性を認めることができる事案の場合、次に防衛行為の必要性及び被要請性を認めることができるかが問題となる。

この点につき、例えば、豚舎侵入事例のような場合であれば、そもそもまず、防衛行為が防衛のために役立つ行為と言えるのかということが問題となりうるだろう。というのも、ナウムブルク上級地方裁判所が指摘するように、豚舎侵入事例における写真撮影行為は、その後、撮影された画像資料を所轄官庁に送付し、さらに所轄官庁による規則違反の除去が行なわれた段階ではじめて防衛行為を發揮するが、その頃には現在の攻撃に晒されていた動物たちをよはや救助することができなくなっている可能性が高いからである¹⁵³⁾。

また防衛行為が防衛のために最も穏当な行為と言えるか（防衛行為の必要最小限度性）についていえば、動物虐待に対する正当防衛が問題となる事案群において、攻撃者に対する身体傷害ないし殺害が許されることは實際上ほとんど想定できないが¹⁵⁴⁾、原理的には他により穏当な防衛手段が存在しない限り、そのよう

151) LG Heilbronn, Urt. v. 23. 05. 2017-7 Ns 41 Js 15494/15 jug., S. 29 f.

152) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 357.

153) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 29.

154) *Reinbacher*, a.a.O. (Fn. 77), 516.

な防衛手段も許容される。仮にこれらの防衛行為は原理的にも許容されないと考えるのであれば、それは被要請性メルクマールによるしかないだろう¹⁵⁵⁾。また、豚舎侵入事例のような場合については、仮に敷地内の写真撮影行為ではなく、より直接的に動物たちを解放する行為であっても必要性小限度性を認めうるかが問題となりうる。ドイツでは、この点につき否定的に解する見解が多いようであり、例えば、Tobias Reinbacher は、より直接的に動物たちを解放する行為が防衛手段として許容されるのは、そのような行為が動物を確実な死から免れさせる唯一の効果的手段でなければならぬと述べる¹⁵⁶⁾。

さらに、豚舎侵入事例の場合、国家的手続による危険防御ないし危険調査権と私人による防衛権限の関係性をどのように考えるのかという問題も生じる（いわゆる正当防衛の補充性¹⁵⁷⁾）。なぜならば、基本法 20 条 a 及び動物保護法などにより、国家機関は動物保護に関する危険防御ないし危険調査を義務づけられており、かつそれに対応する権限を有しているため、そのような国家機関の権限と私人の防衛権限の優劣関係が問題とならざるをえないからである。この点につき、国家的手続の原理的優先の観点を強調する立場から私人の防衛権限をおよそ否定する論理構成と、そのような観点を考慮しつつ、被攻撃者が動物保護法及びその関連規則に違反していることについて根拠のある嫌疑があり、かつ所轄官庁による違法な不作為が存在する場合に限り私人の防衛権限が肯定されるとの論理構成が考えられる¹⁵⁸⁾。

[付記] 本研究は、2020 年度東京経済大学個人研究助成費（研究番号 20-30）及び JSPS 科研費 21K13209 の助成を受けた研究成果である。

155) その理論構成としては、例えば、著しい不均衡を理由とする正当防衛の社会倫理的制限を認める方法などが考えられる。この点については、Vgl. *Greco*, a.a.O. (Fn. 77), 395 ff.; *Reinbacher*, a.a.O. (Fn. 77), 516.

156) *Reinbacher*, a.a.O. (Fn. 77), 516.

157) *Greco*, a.a.O. (Fn. 77), 397 f.; 正当防衛の補充性については、さしあたり Vgl. *Sengbusch*, a.a.O. (Fn. 100).

158) Vgl. *Greco*, a.a.O. (Fn. 77), 397 f. なお、国家的手続の原理的優先を考慮せず、私人の防衛権限を広範に認める論理構成も考えられないわけではないが、そのような理論構成は私人による自己司法を認めるものであり、国家による実力独占原則との不整合をきたすことになる。