

# 動物虐待に対する 正当防衛・緊急避難（2・完） ——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 概観

第二節 正当防衛の成立可能性（以上、41号）<sup>159)</sup>

第三節 緊急避難の成立可能性

第四節 小括

第三章 日本法への示唆

第一節 概観

第二節 公共的法益の正当防衛適格性・緊急避難適格性

第三節 動物保護又は動物の利益の位置づけ

おわりに（以上、本号）

## 第二章 ドイツにおける議論状況（承前）

### 第三節 緊急避難の成立可能性

前節では、動物虐待に対する正当防衛の成否を検討してきた。そこでは、近時、動物虐待に対する正当防衛の成立可能性を肯定する見解が有力化している状況に

---

<sup>159)</sup> 前稿の目次の表記（現代法学 41 号 [2021 年] 75 頁）に誤りがあったため、上記の通りに訂正する。

あるものの、種々の理論的問題点から正当防衛の成立可能性を否定する見解がなお多数を占めることを明らかにした。これに対し、ドイツにおける現在の多数説は、動物虐待に対する正当化緊急避難の成立可能性を肯定する立場を採る。このことが意味するのは、動物虐待に対する正当化緊急避難の成否をめぐるのは、正当防衛の成否とは異なる議論がなされているということである。そのため、動物虐待に対する正当化緊急避難の成否をめぐる議論状況についても別途検討を加える必要がある。そこで、本節では、正当化緊急避難の成否についての議論状況を確認・検討を行うこととする。

## 第一款 予備的検討：正当化緊急避難の正当化根拠

### 1. 正当化攻撃的緊急避難の正当化根拠

その検討に先立ち、本款では、正当化緊急避難の正当化根拠をめぐるドイツの議論状況を予備的に確認する<sup>160)</sup>。というのも、この議論の理解如何によって正当化緊急避難の成立範囲が変動しうるため、そこでの議論の対立（利益衡量要件と相当性要件の理解、及び防衛的緊急避難の理解をめぐる対立）は、動物虐待に対する正当化緊急避難の成否を判断する上でも一定の意味を持ちうるからである。

ドイツにおける正当化緊急避難の正当化根拠論は、基本的に、緊急避難行為者が無関係な第三者に害を転嫁する場合（攻撃的緊急避難）の正当化を念頭に展開されている。換言すれば、そこでは、何故、無関係な第三者は緊急避難行為者の利益を救うために自己の利益を犠牲にしなければならないのか？ という問いが主題となっている。

この問いにつき、まず、優越的利益原理に基づく説明方法を採用する見解が主張されている（以下では、利益衡量アプローチ<sup>161)</sup>と呼称する）<sup>162)</sup>。利益衡量ア

160) 正当化緊急避難の正当化根拠に関するドイツの議論状況については、さしあたり、薛智仁（只木誠監訳、林優貴訳）「正当化緊急避難と連帯原則」比較法雑誌 53 卷 3 号（2019 年）175 頁以下、深町晋也『緊急避難の理論とアクチュアリティ』（弘文堂・2018 年）36 頁以下も参照。

161) このアプローチは、功利主義的モデルなどと呼称されることがある。確かに、優越的利益原理に基づくアプローチは、哲学上の功利主義と少なからず共通点を有するのは事実であるが、しかし両者は完全な対応関係にあるわけではない（Vgl. *Michael Pawlik, Der rechtfertigende Notstand*, 2002, S. 32 f.）。そのため、本文中では、両

アプローチは、典型的には以下のような論理構成を採用する。すなわち、

- ① 法共同体にとって、社会全体の利益の総和が最大化されることが重要である。
- ② 二つの利益のうち、いずれか一方の利益しか保全することができない利益衝突状況において、より小さな利益を犠牲にしてより大きな利益を保全することは、全体利益の最大化に資するため、許される。
- ③ それゆえに、緊急避難状況において、無関係な第三者は、避難行為者のより大きな利益を保全するために、より小さな自己の利益を犠牲にしなければならない。

以上で見た利益衡量アプローチの説明によれば、正当化緊急避難の成否を判断するにあたり、保全された利益と侵害された利益との間の利益衡量が重要な意味を持つことになる。それゆえに、その衡量の対象となる「利益」とは何かを特定することが必要となる。

この点につき、利益衡量アプローチの論者によって支持されることが多い全体衡量説<sup>163)</sup>によれば、「利益」とは、「全ての積極的及び消極的な選好の傾向 (positiven und negativen Vorzugstendenzen)」、つまり全ての事實的・規範的の事情を意味し、また利益衡量は、その判断との関係で意味を持つ全ての事情の全体的評価によって行われるとされる<sup>164)</sup>。

上記の全体衡量説からは、第一に、「本質的に優越している (wesentlich überwiegt)」という要件は質的な意味での利益の優越ではなく、優越が「明ら

---

者の混同を避けるため、利益衡量アプローチという呼称を用いることとした。

162) 利益衡量アプローチを採用する見解として、*Gropp/Sinn*, a.a.O. (Fn. 78), §5 Rn. 217.; *Rudolf Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, §19 Rn. 1.; *Roxin*, a. a. O. (Fn. 29), §16 Rn. 3. (山中監訳・前掲 (注29) 165頁以下 [川口訳]); *Roxin/Greco*, a.a.O (Fn. 77), §16 Rn. 3 など。

163) 全体衡量説については、さしあたり Vgl. *Theodor Lenckner*, Rechtfertigender Notstand, 1965, S. 89 ff. (本書の紹介として、阿部純二紹介「レンクナー著『正当化事由としての緊急避難』」法律論叢 40 卷 6 号 [1967年] 99 頁以下がある。)

164) *Fischer*, a.a.O. (Fn. 81), § 34 Rn. 12.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), §16 Rn. 26 ff. (山中監訳・前掲 (注29) 179 頁以下 [川口訳]); *Roxin/Greco*, a.a.O (Fn. 77), §16 Rn. 26 ff.; *Frank Zieschang*, in: Gabriele Cirener u. a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, Bd.3., 13. Aufl., § 34 Rn. 99 ff.

か (eindeutig)」であることを意味するとの解釈が帰結される<sup>165)</sup>。第二に、刑法 34 条 2 文の「相当性 (Angemessenheit)」条項は、およそ追加的な正当化要件を定式化しておらず、基本的には余計な確認条項でしかないことが導かれる<sup>166)</sup>。

この見解に対しては、第一に、利益衡量アプローチが刑法 34 条の文言と整合しないとの批判がなされている。より具体的には、まず、保全利益が侵害利益を単に優越するだけではなく、本質的に優越することが要件とされていることを説明できない<sup>167)</sup>。また、同条 2 文が避難行為の相当性を要件とすることを説明できない<sup>168)</sup>。第二に、社会全体の利益を最大化するために個人の利益が犠牲にされなければならないのかが不明であるとの批判が向けられている<sup>169)</sup>。

他方、近時のドイツでは、連帯原理を援用した説明方法を採用する見解も有力化しつつある (以下、連帯アプローチと呼称する)<sup>170)</sup>。この連帯アプローチの主張内容は、以下のように整理することができる。

165) *Gropp/Sinn*, a.a.O. (Fn. 78), §5 Rn. 250.; *Lenckner*, a.a.O. (Fn. 163), S. 150 ff.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), §16 Rn. 90. (山中監訳・前掲 (注 29) 220 頁 [川口訳]); *Roxin/Greco*, a.a.O. (Fn. 77), §16 Rn. 90.

166) *Gropp/Sinn*, a.a.O. (Fn. 78), §5 Rn. 267.; *Lenckner*, a.a.O. (Fn. 163), S. 123 ff. u. 146 ff.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 164), §34 Rn. 152.

167) *Armin Engländer*, Die Rechtfertigung des rechtfertigende Aggressivnotstands, GA 2017, 245.; *Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn.23.; *Reinhard Merkel*, Zaungäste? Über die Vernachlässigung philosophischer Argumente in der Strafwissenschaft (und einige verbreitete Mißverständnisse zu §34 S. 1 StGB), in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 190. (本論文の紹介として、橋田久紹介「ラインハルト・メルケル『招かざる客? 刑法学における哲学的議論の軽視 (及び刑法三四条に関する広く行き渡った若干の誤解) について』」生田勝義=本田稔編「フランクフルト大学犯罪科学研究所編『刑法の驚くべき状態について』の紹介 (一)」立命館法学 248 号 (1996 年) 266 頁以下がある.); *Ulfrid Neumann*, in: Urs Kindhäuser u.a. (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn. 10.

168) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 167), 245.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 23 u. 31.; *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 161), S. 246.

169) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 167), 245.

170) 連帯アプローチの詳細については、薛 (只木監訳、林訳)・前掲 (注 160) 180 頁以下、森永真綱「緊急避難論における社会連帯義務 (一)」姫路法学 46 号 (2007 年) 1 頁以下、「同 (2)」法学論集 43 巻 1 号 (2008 年) 1 頁以下も参照。

- ① ある社会の構成員は、自己の生活に格別の損害を与えない限度で、他の構成員と相互に助け合う義務（社会連帯義務）を負う。
- ② それゆえに、緊急避難状況とは無関係な第三者であっても、緊急避難状況に置かれた者を助けるために、自己の生活に格別の損害を与えない限度で自己の利益を犠牲にする義務を負う。

上記の連帯アプローチを採用するためには、何故、社会の構成員は、他の構成員に対して社会連帯義務を負うのかについての論証を行う必要がある。この点についての説明としては、㉞合理的な自己利益論<sup>171)</sup>と、㉟公共の代表者論<sup>172)</sup>が提唱されている。

このうち、㉞合理的な利益論は、契約主義的構成に従って、人々が互恵性に基づく保険類似のルールとしての緊急避難規定に合意することを説明しようとする<sup>173)</sup>。より具体的な説明方法についてはいくつかのヴァリエーションがありうるが<sup>174)</sup>、ここでは、さしあたり、John Rawls の正義論を参照した正当化モデルのみを紹介しておく。この正当化モデルが論証しようとするのは、「無知のヴェール」と呼ばれる仮想的な原初状態に置かれた合理的な人々は、刑法 34 条正当化緊急避難のような法的ルールを承認することに合意するということである。すなわち、「無知のヴェール」の下に置かれた合理的な人々は、自らの社会的地位や経済的関係と同様に、自らが有する個別的な能力、願望、利益及び選好について認識することができない。そのため、「無知のヴェール」の下に置かれた合理的な人々は、自分がいかなる立場に置かれるかが分からないことを勘案して、中立かつ公平に自らの判断を下すことになる。緊急避難論の脈絡に置き換えていえば、人々は、自身が緊急避難状況に陥り他者に害を転嫁する立場になるのか、

171) Merkel, a.a.O. (Fn. 167), S. 180 ff. 類似の見解として、Engländer, a.a.O. (Fn. 167), 247 ff.

172) Volker Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 260 ff.; Günther Jakobs, Rechtszwang und Personalität, 2008, S. 19. (同書の翻訳として、川口浩一＝飯島暢訳『法的強制と人格性』[関西大学出版部・2012年] 19頁以下); Pawlik, a.a.O. (Fn. 161), S. 121 ff.; ders., das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 248 ff. (同書の翻訳として、飯島暢＝川口浩一監訳「ミヒヤエル・パヴリック『市民の不法』(11)」関西大学法学論集 65 巻 6 号 [2016年] 241 頁以下 [山本和輝訳]。)

173) Engländer, a.a.O. (Fn. 167), 247.

174) この点については、さしあたり Vgl. Engländer, a.a.O. (Fn. 167), 247 ff.

それとも緊急避難状況に陥った他者によって害を転嫁される立場になるのかを認識できない。そのため、人々はいずれの立場に置かれる可能性をも勘案しなければならない。このとき、合理的な人々は、一方で自己の重要な利益に対する保全が可能な限り認められ、他方で被転嫁者としての自己には著しく価値の低い利益の犠牲しか求められないような緊急避難ルール（刑法 34 条）に合意するはずである。そして、この合意により、避難行為者と被転嫁者の間には保険類似の連帯関係が生じることになる、とされる<sup>175)</sup>。

他方、④公共の代表者論拠は、自由な法共同体に属する市民の政治的地位に基づく義務から、社会連帯義務を基礎づけようとする。すなわち、「法、特に刑法の主要な任務は、市民に自己の洞察に従って自らの生活を送ることを可能にすることにある」<sup>176)</sup>。この任務を達成するために、国家は、市民の法的自由領域の分配と保障を行わなければならないだけでなく<sup>177)</sup>、人格的存在の基本的条件（換言すれば、人々が実際に自由を行使できるようになるための前提条件 [例えば、自由を行使するために必要となる基本的な生活財の給付など]）を保障しなければならない<sup>178)</sup>。以上のように全ての構成員に対して可能な限り平等に自由な状態をもたらすことを目指す法共同体において、緊急状況に置かれている者が偶然にもそのような状況に陥ったことを理由に、その者に対して常に損失を甘受せよと述べることはそれ自体として説得力を持たない<sup>179)</sup>。それゆえに、自由な法共同体の下では、緊急状況に置かれるか否かといった「幸運」と「不運」の分配が単に偶然に委ねることはあってはならず、少なくとも一定の範囲での修正的介入を必要とする。このような修正的介入は、現代的な社会国家においては国家の任務に属する。換言すれば、国家機関は、人格的存在そのものが危険に晒される

175) Vgl. *Engländer*, a.a.O. (Fn. 167), 247 ff.

176) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 172), S. 174. (同書の翻訳として、飯島暢＝川口浩一監訳「ミヒャエル・バヴリック『市民の不法』(7)」関西大学法学論集 65 巻 1 号 [2015 年] 176 頁 [山下裕樹訳]。)

177) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 172), S. 178 ff. (飯島＝川口監訳・前掲 (注 176) 181 頁以下 [山下訳]。)

178) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 172), S. 186 ff. (飯島＝川口監訳・前掲 (注 176) 190 頁以下 [山下訳]。)

179) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 161), S. 122.

「事故」に対して救助を行わなければならない。しかし、緊急状況において、国家は適宜に当該事故（緊急状況）に陥った者に対する救助を行うことは難しい。それゆえに、国家は、公共の関心事を充足するために被転嫁者を公共の代表者（Repräsentant der Allgemeinheit）として動員することが許される<sup>180)</sup>。それゆえに、国家は被転嫁者に対して社会連帯義務を課すことが許される。ただし、そこでの被転嫁者の負担は本来、国家が負うべきものであるため、国家は事後的に被転嫁者に対して補償をしなければならない<sup>181)</sup>、とされる。

以上で確認した連帯アプローチによれば、介入の名宛人（被転嫁者）は著しく価値の低い利益、又は国家機関によって補償可能な程度の軽微な利益に対する侵害を受忍する義務を負うにとどまることになる。このような限定的な受忍義務の存在からは、まず、刑法34条が「本質的に優越している（wesentlich überwiegen）」ことを要件とすることを説明できる<sup>182)</sup>。なぜならば、被転嫁者の法的利益の連带的犠牲は、保全される利益が本質的に被転嫁者の利益よりも重要なものである場合に限り期待可能だからであるとされる<sup>183)</sup>。また、上記の社会連帯義務からは、「相当性（Angemessenheit）」条項が独自の意義を有することも説明することができるとされる<sup>184)</sup>。というのも、保全法益が侵害法益を本質的に優越する場合であったとしても、例えば、連带的犠牲の絶対的な限界（被転嫁者は自らの生命又は重要な身体機能を犠牲にする義務を負わない）や、緊急避難状況に置かれている者が特別な危険引受義務を負っているために連帯請求権を行使しえない又はその行使を限定される場面などが想定可能だからである<sup>185)</sup>。

また、公共の代表者論拠によれば、国家機関は被転嫁者に対して補償義務を負う、逆からいえば被転嫁者は国家機関に対して補償請求権を有することになる<sup>186)</sup>。しかし、この帰結に対しては、ドイツの現行法規定と整合しないとの批判が向けられている<sup>187)</sup>。なぜならば、攻撃的緊急避難に関する民法上のルール

---

180) Pawlik, a.a.O. (Fn. 161), S. 123.

181) Pawlik, a.a.O. (Fn. 161), S. 123.

182) Engländer, a.a.O. (Fn. 167), 251.; Neumann, a.a.O. (Fn. 167), § 34 Rn. 11.

183) Neumann, a.a.O. (Fn. 167), § 34 Rn. 11.

184) Engländer, a.a.O. (Fn. 167), 251.

185) Engländer, a.a.O. (Fn. 167), 251.

186) Pawlik, a.a.O. (Fn. 161), S. 123.

である民法 904 条は、国家機関を名宛人とする補償請求権を認める規定を設けていないからである<sup>188)</sup>。

## 2. 正当化防衛的緊急避難の正当化根拠

以上で確認した正当化緊急避難の正当化根拠論は、あくまで攻撃的緊急避難を念頭に置いたものである。しかし正当化緊急避難には、緊急避難行為者に差し迫っている危険を第三者に転嫁する場合だけでなく、危険源そのものに対して反撃を行う場合（防衛的緊急避難）も想定可能である。それゆえに、上記議論は、防衛的緊急避難との関係でいかなる意味を獲得するのかが問題となる。

この点につき、利益衡量アプローチによれば、防衛的緊急避難は正当化事由として独自の意義を有しておらず、攻撃的緊急避難と防衛的緊急避難の状況の相違はただ利益衡量の一要素として考慮されるにすぎないとされる<sup>189)</sup>。すなわち、防衛的緊急避難の場合、避難行為による介入の名宛人は、攻撃的緊急避難の場合とは異なり、無関係な第三者ではなく、攻撃者である。そのため、防衛的緊急避難が問題となる事案群では、侵害法益の要保護性は攻撃的緊急避難よりも低いものとなる<sup>190)</sup>。このような事情をも勘案した利益衡量によって、保全法益が侵害法益を「本質的に優越する」といえる場合、防衛的緊急避難にも刑法 34 条の適用を認めることができる、とされる<sup>191)</sup>。

これに対し、連帯アプローチによれば、防衛的緊急避難は、連帯原理に基づく刑法 34 条の規定内容ではなく<sup>192)</sup>、民法 228 条<sup>193)</sup>の類推適用によって説明され

187) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 167), 246.; *Neumann*, a.a.O. (Fn. 167), § 34 Rn. 9c.

188) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 167), 246.

189) *Gropp/Sinn*, a.a.O. (Fn. 78), §5 Rn. 242 ff.; *Rengier*, a.a.O. (Fn. 162), § 18 Rn. 38 ff.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), §16 Rn. 72 ff. (山中監訳・前掲(注 29) 208 頁以下 [川口訳]); *Roxin/Greco*, a.a.O (Fn. 77), §16 Rn. 72 ff.

190) *Fritjof Haft*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., 2004, S. 102 f.

191) Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), §16 Rn. 75. (山中監訳・前掲(注 29) 210 頁以下 [川口訳]); *Roxin/Greco*, a.a.O (Fn. 77), §16 Rn. 75.

192) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 167), 252 f.; *Neumann*, a.a.O. (Fn. 167), § 34 Rn. 86.

193) 参考までにドイツ民法 228 条の規定内容を示しておく。

第 228 条「他人の物によって差し迫っている危険から自己又は他人を回避させるために他者の物を毀損又は破壊する者は、危険の回避のために毀損すること又は破

る独自の正当化事由であるとされる<sup>194)</sup>。すなわち、防衛的緊急避難は、連帯原理によってではなく、攻撃者が相手方の権利領域を危険に晒したことについて答責性を有するという事情から基礎づけられる<sup>195)</sup>。逆から言えば、攻撃者によって危険に晒された者は当該攻撃を受忍する義務を負わないため、攻撃者による侵害に対して反撃を行う権限を有する。ただし、防衛的緊急避難の場合、攻撃者は違法に相手方の権利領域を侵害したわけではないため、その限りで避難行為者側は攻撃者側に対して一定の配慮義務（社会連帯義務）を負う。それゆえに、避難行為者は、民法 228 条類推適用により、自身によって惹き起こされた「損害が危険との均衡を失しない」限度で避難行為を行いうる<sup>196)</sup>、とされる。

### 3. 小括

以上では、攻撃的緊急避難及び防衛的緊急避難の正当化根拠についての検討を通じて、利益衡量アプローチと連帯アプローチの主張内容及びその相違を確認した。その内容を踏まえていえば、両アプローチの相違は、第一章で紹介した豚舎侵入事例との関係では以下のような形で現れることになる。

まず、豚舎侵入事例では、避難行為による介入の名宛人は無関係な第三者ではなく、危険源である農場主であるため、正当化防衛的緊急避難の成否が問題となる事案であった。それゆえ、両アプローチの相違は、まず適用条文のレベルで現れる。すなわち、利益衡量アプローチによれば、刑法 34 条の成否が問題となるのに対し、連帯アプローチによれば、民法 228 条類推適用の可否が問題となる。

---

壊することが必要であり、かつ損害が危険との均衡を逸していない場合には違法に行為していない。行為者が危険を惹起した場合、この者は損害賠償義務を負う。」

194) *Frister*, a.a.O. (Fn. 79), 17. Kap. Rn. 21.; *Joachim Hruschka*, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, in: Hans-Heinrich Jescheck u.a. (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, 1977, S. 203. (本論文の紹介として、恒光徹紹介「ヨアヒム・ルシュカ『超体系的正当化事由』」松岡正章編「エデュアルト・ドレーアー記念論文集の紹介(三)」甲南法学 23 卷 1 号 [1982 年] 61 頁以下がある。); *Neumann*, a.a.O. (Fn. 167), § 34 Rn. 86.; *Joachim Renzikowski*, Notwehr und Notstand, 1994, S. 243 ff.

195) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 167), 252 f.; *Neumann*, a.a.O. (Fn. 167), § 34 Rn. 86.

196) Vgl. *Engländer*, a.a.O. (Fn. 167), 252 f.

また、要件解釈論でも相違が生じる。先述したように、利益衡量アプローチと連帯アプローチでは、利益衡量要件及び相当性要件の理解に相違がある。この相違は、豚舎侵入事例との関係でいえば、以下の二点で意義を獲得する。

第一に、利益衡量要件において防御的緊急避難が問題となっているという事情をどのように考慮するのかという点である。すなわち、利益衡量アプローチによれば、防御的緊急避難であるという事情などを勘案した包括的な利益衡量の結果、保全法益（動物の利益ないし動物保護）が侵害法益（農場主の住居権）に「本質的に優越した」か否かを検討することになる<sup>197)</sup>。これに対し、連帯アプローチによれば、動物保護活動家たちによって引き起こされた損害（農場主の住居権）が、（動物の利益ないし動物保護に対する）危険との均衡を逸しないといえるかが検討されることになる<sup>198)</sup>。

第二に、国家的手続の原則的優先という観点をどの要件で考慮すべきかという点である。この点の詳細については、第二章第三節第三款 2. 及び 3. にて後述する。

## 第二款 緊急避難適格性

### 1. 概観

仮に動物保護ないし動物の利益の正当防衛適格性を否定する見解に依拠する場合、あるいは正当防衛適格性を肯定する見解に依拠した場合でも、その他の要件を充足しないために正当防衛の成立が否定されるとき、正当化緊急避難の成否が問題となりうる。

正当化緊急避難の成否を検討するにあたり、まず検討を要するのが、（正当防衛の場合と同様に）動物保護ないし動物の利益の緊急避難適格性である。

この問題につき、ドイツにおける少数説は、動物の利益ないし動物保護の緊急避難適格性を否定する立場を主張する（以下、緊急避難適格性否定説と呼称する）<sup>199)</sup>。緊急避難適格性否定説の論拠は、正当防衛適格性否定説と同様に、以下

---

197) なお、ナウムブルク上級地方裁判所 2018 年 2 月 22 日判決の判断 (OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 26.) は、利益衡量アプローチと同様の理解に基づいて利益衡量要件を考慮していると理解することができよう。

198) Vgl. *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 364 f.

の二点に求められている。

- ① 公共的公益は、（個人的公益に還元されうる場合を除き）緊急避難適格性を有する公益ではない<sup>200）</sup>。
- ② 動物保護は（個人的公益に還元されない）公共的公益であるため、動物保護は緊急避難適格性を有する公益ではない<sup>201）</sup>。

これに対し、ドイツの通説は、動物の利益ないし動物保護の緊急避難適格性を肯定する立場を採用する（以下、緊急避難適格性肯定説と呼称する）<sup>202）</sup>。緊急避難適格性肯定説を主張するためには、緊急避難適格性否定説の論拠①ないし②のいずれかを否定する必要がある。ドイツの通説は、正当防衛適格性に関する議論とは異なり、上記論拠①を否定する理論構成を採用した上で、公共的公益は緊急避難適格性を有する公益であるとの主張を行う<sup>203）</sup>。

また、一部の論者は、動物の利益ないし動物保護の防衛的緊急避難適格性を肯定する一方で、攻撃的緊急避難適格性を否定する立場を主張する（以下、防衛的緊急避難適格性肯定説／攻撃的緊急避難適格性否定説と呼称する）<sup>204）</sup>。防衛的緊

199) *Dietlein*, a.a.O. (Fn. 79), S. 193; *Frister*, a.a.O. (Fn. 79), 17. Kap. Rn. 2.; *Ulfrid Neumann*, Rechtspositionen, -güter, -interessen in der aktuellen Diskussion, in: Jan Christoph Bublitz u.a. (Hrsg.), Rechtsphilosophie—Literatur: Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Tb. 1., 2020, S. 797. ただし、Neumann は、刑法 34 条の類推適用を認めることにより、結論的には動物保護の緊急避難適格性を認める立場と同様の結論に至る (*ders.*, a.a.O. (Fn. 167), § 34 Rn. 31a)。

200) *Dietlein*, a.a.O. (Fn. 79), S. 193.; *Frister*, a.a.O. (Fn. 79), 17. Kap. Rn. 2.; *Neumann*, a.a.O. (Fn. 167), § 34 Rn. 22.

201) *Frister*, a.a.O. (Fn. 79), 17. Kap. Rn. 2. さらに、Vgl. *Dietlein*, a.a.O. (Fn. 79), S. 193 f.

202) *Bock*, a.a.O. (Fn. 78), 575.; *Dehme-Niemann/Greisner*, a.a.O. (Fn. 78), 211 ff.; *Erb*, a.a.O. (Fn. 78), §34 Rn. 72.; *Gropp/Sinn*, a.a.O. (Fn. 78), §5 Rn. 225.; *Hecker*, a.a.O. (Fn. 1), 84.; *Keller*, a.a.O. (Fn. 78), S. 790.; *Mitsch*, a.a.O. (Fn. 78), 1393 f.; *Perron*, a.a.O. (Fn. 78), §34Rn. 10.; *Rengier*, a.a.O. (Fn. 162), § 18 Rn. 9a.; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 361 ff.; *Ritz*, a.a.O. (Fn. 78), 336.; *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 78), §34 Rn. 7.; *Stam*, a.a.O. (Fn. 78), S. 185.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 164), §34 Rn. 53.

203) *Bock*, a.a.O. (Fn. 78), 575.; *Erb*, a.a.O. (Fn. 78), §34 Rn. 72.; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 361 ff.; *Ritz*, a.a.O. (Fn. 78), 336.; *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 78), § 34 Rn. 7.; *Stam*, a.a.O. (Fn. 78), S. 178 ff.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 164), §34 Rn. 53.

急避難適格性肯定説／攻撃的緊急避難適格性否定説は、防御的緊急避難についてのみ緊急避難適格性否定説の論拠①を否定する理論構成を採用している<sup>205)</sup>。

以上では、動物の利益ないし動物保護の緊急避難適格性に関する議論状況を概観した。そこで確認した内容を踏まえると、緊急避難適格性肯定説、緊急避難適格性否定説及び防御的緊急避難適格性肯定説／攻撃的緊急避難適格性否定説の対立は、基本的に公共的公益の緊急避難適格性に関する理解の相違に起因することが分かる。そこで、以下では、公共的公益の緊急避難適格性に関するドイツの議論状況を中心に紹介・検討を行う。

なお付言すると、正当防衛適格性の議論と同様に、動物に対する共感という人間の感情や（権利主体としての）動物の利益それ自体を持ち出すことにより、動物保護ないし動物の利益は個人的公益であると解する理論構成も考えられないわけではない<sup>206)</sup>。しかし、これらの理論構成は、内容的にみて、第二章第二節第一款 2. 及び 3. にて紹介した議論とパラレルに理解できるため、ここでは紹介・検討を割愛する。

## 2. 公共的公益は、緊急避難適格性を有する公益といえるか？

公共的公益の緊急避難適格性をめぐっては、大別して、以下の三通りの見解が主張されている。すなわち、①公共的公益の緊急避難適格性は原理的に肯定されるところとする見解<sup>207)</sup>、②公共的公益の緊急避難適格性は原理的に否定されるところとする見解<sup>207)</sup>、③公共的公益の緊急避難適格性は原理的に肯定されるところとする見解<sup>207)</sup>、④公共的公益の緊急避難適格性は原理的に否定されるところとする見解<sup>207)</sup>。

204) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), §32 Rn. 11, §34 Rn. 17 u. 50. なお、注 79 では、*Engländer* の見解を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に位置づけていた。しかし、本文中に記載したように、*Engländer* は、防御的緊急避難の成立可能性を肯定する立場を採用するため、正当化緊急避難の成立可能性のみを認める立場に分類する方が適切であると思われる。したがって、上述の通りに、*Engländer* 説の位置づけを改める。

205) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 17 u. 50.

206) これらの理論構成に関する検討を行うものとして、*Hotz*, a.a.O. (Fn. 1), 2066.

207) *Bock*, a.a.O. (Fn. 78), 575; *Erb*, a.a.O. (Fn. 78), §34 Rn. 72.; *Fischer*, a.a.O. (Fn. 81), § 34 Rn. 5.; *Gropp/Sinn*, a.a.O. (Fn. 78), §5 Rn. 225.; *Hecker*, a.a.O. (Fn. 1), 84.; *Kristian Kühn*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., 2017, §8 Rn. 27.; *Rengier*, a.a.O. (Fn. 162), § 19 Rn. 8.; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 361 ff.; *Ritz*, a.a.O. (Fn. 78), 336.; *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 78), §34 Rn. 7; *Roxin*, a. a. O. (Fn. 29), §16 Rn. 13. (山中監訳・前掲 (注 29) 171 頁 [川口訳]); *Roxin/Greco*,

見解<sup>208)</sup>、③公共的法益の緊急避難適格性は攻撃的緊急避難の領域においては原理的に否定されるが、防衛的緊急避難の領域においては原理的に肯定されるとする見解<sup>209)</sup>の三つである。以下、①～③の順に紹介・検討を行う。

まず、現在のドイツにおける判例・通説は、①公共的法益の緊急避難適格性は原理的に肯定されるとする見解を採用する<sup>210)</sup>。ただし、この見解においても、實際上、公共的法益のための緊急避難の成立が肯定されるケースは稀であるとされることに留意を要する<sup>211)</sup>。

ドイツの通説は、①の見解を採用する論拠として、第一に、刑法 34 条の文言を挙げている。より具体的には、まず、刑法 34 条は自己又は「他者」を危険から回避させることを要件としており、ここでいう「他者」には公共も含まれることが挙げられている<sup>212)</sup>。また、刑法 34 条は、生命、身体、自由、名誉、所有権若しくは「その他の法益」に対する現在の危険を要件としていることため、公共的法益に対する現在の危険も正当化緊急避難の対象に含まれることも挙げられている<sup>213)</sup>。

ドイツの通説が依拠する第一の論拠に対しては、少数説（②ないし③の見解）を支持する論者から、通説が依拠する文言解釈は適切ではないとの批判が向けられている。より具体的には、まず、仮に通説が述べるように、「他者」に公共も

---

a.a.O (Fn. 77), §16 Rn. 13.; *Stam*, a.a.O. (Fn. 78), S. 185.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 164), §34 Rn. 53.

208) *Frister*, a.a.O. (Fn. 79), 17. Kap. Rn. 2.; *Hoyer*, a.a.O. (Fn. 81), §34 Rn. 10.; *Neumann*, a.a.O. (Fn. 167) §34 Rn. 22.

209) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 17 u. 50.

210) *Erb*, a.a.O. (Fn. 78), §34 Rn. 72.; *Fischer*, a.a.O. (Fn. 81), § 34 Rn. 5.; *Perron*, a.a.O. (Fn. 78), §34 Rn. 10.; *Rengier*, a.a.O. (Fn. 162), § 19 Rn. 8.; *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 78), §34 Rn. 7.; *Roxin*, a.a.O. (Fn.29), §16 Rn. 13. (山中監訳・前掲 (注 29) 171 頁 [川口訳]); *Roxin/Greco*, a.a.O (Fn. 77), §16 Rn. 13.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 164), §34 Rn. 53.

211) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), §16 Rn. 13. (山中監訳・前掲 (注 29) 171 頁 [川口訳]); *Roxin/Greco*, a.a.O (Fn. 77), §16 Rn. 13.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 164), §34 Rn. 53.

212) *Rengier*, a.a.O. (Fn. 162), § 19 Rn. 8.; *Ritz*, a.a.O. (Fn. 78), 336.

213) *Rengier*, a.a.O. (Fn. 162), § 19 Rn. 8.; *Roxin*, a.a.O. (Fn.29), §16 Rn. 13. (山中監訳・前掲 (注 29) 171 頁 [川口訳]); *Roxin/Greco*, a.a.O (Fn. 77), §16 Rn. 13.

含まれるとした場合、あえて「自己又は他者」という文言上の制約を設ける必要がないことになるはずであるとの批判が向けられている<sup>214)</sup>。また、「他者」の解釈をめぐるのは、通説は、刑法 34 条にいう「他者」には公共が含まれるとの解釈を採用するが、この解釈は、刑法 32 条にいう「他者」は公共を含まないとする通説的理解と整合しないとの批判もなしうる<sup>215)</sup>。さらに、刑法 34 条にいう「その他の法益」は公共的法益を含むとする解釈は、刑法 34 条が生命、身体、自由、名誉、所有権といった個人的法益を列挙した上で「その他の法益」という文言を挙げていることを無視しているとの批判がなされている<sup>216)</sup>。

これらの批判は、刑法 34 条の文言から、——通説が依拠する文言解釈に反して——公共的法益の緊急避難適格性が原理的に否定されるとの帰結を導出することも可能であることを示すものであり、その限りで説得的である。しかし、上記各批判は、それを超えて、判例・通説の文言解釈が論理的に成立しえないことを示すものではない。上述の批判のうち、まず、一つ目の批判に対しては、「他者」に公共を含めたとしても、「他者」要件には第三者のための緊急避難（緊急避難的救助）を正当化する役割があるため、文言上の制約を設ける必要がないことにはならないとの反論がなされている<sup>217)</sup>。次に、二つ目の批判に対しては、「他者」という同じ文言が用いられているからと言って、必ずしも両者を同様に解釈する必要はないといった反論が可能であろう<sup>218)</sup>。最後に、三つ目の批判に対しては、刑法 34 条では、確かに「生命、身体、自由、名誉、所有権」といった個人的利益が挙げられているが、これらはあくまで例示列挙にすぎないとの反論がある<sup>219)</sup>。

以上を踏まえると、通説が挙げる第一の論拠は、一応のところ、公共的法益の緊急避難適格性を原理的に肯定する論拠となりうるといえる。なぜならば、刑法

214) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 17.

215) Vgl. *Hotz*, a.a.O. (Fn. 1), 2066.

216) *Neumann*, a.a.O. (Fn. 199), S. 797 f.

217) *Kühl*, a.a.O. (Fn. 207), §8 Rn. 21.; *Perron*, a.a.O. (Fn. 78), §34 Rn. 10.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 164), §34 Rn. 54.

218) Vgl. *Perron*, a.a.O. (Fn. 78), §34 Rn. 10.

219) *Fischer*, a.a.O. (Fn. 81), § 34 Rn. 5.; *Kühl*, a.a.O. (Fn. 207), §8 Rn. 21 u. 26 ff.; *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 7.

34条の文言から、公共的法益の緊急避難適格性は原理的に肯定されるとの解釈を行うことも論理的には可能だからである。しかし、少なくとも第一の論拠だけでは、通説の帰結を説得的に基礎づけることはできないだろう。というのも、少数説による批判が述べるように、刑法34条の文言から通説の帰結が一義的に導出されるわけではなく、それどころか通説とは逆の帰結を導出する解釈も成り立ちうるからである。

とりわけ、第一の論拠から、通説が正当防衛と正当化緊急避難の別異取扱いを認める点を説得的に基礎づけることができるかは疑わしい<sup>220)</sup>。すなわち、通説は、公共的法益の正当防衛適格性は原理的に否定されるが、公共的法益の緊急避難適格性は肯定されるとの解釈を採用する。しかし、このような別異取扱いは、少数説による二つ目の批判が指摘するように、刑法32条正当防衛と刑法34条緊急避難が「自己又は他者」という共通の文言を用いていることとの整合性を欠く。もちろん、通説側が述べるように、共通の文言を用いているからと言って同一の解釈を行う必要はないとの反論は可能である。しかし、その場合でも別異の解釈を行うべき実質的根拠が示されなければ、通説の主張は説得力を持たないであろう。そして、両規定の文言が同一である以上、第一の論拠（刑法34条の文言）から、公共的法益の正当防衛適格性と緊急避難適格性を別異に解釈すべき理由を提示することは至難である。

そこで、通説は、第二の論拠として国家による危険防御の優先という観点を持ち出すことにより、公共的法益の正当防衛適格性と緊急避難適格性について別異取扱いが許容される根拠を説明しようとしている。第一章第二節第一款1.で示したように、通説によれば、公共的法益の正当防衛適格性が原理的に否定される理由は、公共的法益を保護又は貫徹することは私人ではなく、国家に属する点にある<sup>221)</sup>。換言すれば、仮に私人が公共的法益のための正当防衛を行おうとし

220) Vgl. Hotz, a.a.O. (Fn. 1), 2066.

221) Bock, a. a. O. (Fn. 78), 561.; 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]); Kühl, a.a.O (Fn. 207), §7 Rn. 38.; 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.

た場合、全ての私人が補助警察官となり、国家による実力独占の効力が失われるリスクを孕むため、妥当でない点にある<sup>222)</sup>。これに対し、緊急避難の場合、公共的公益の緊急避難適格性を原理的に肯定したとしても、そのようなリスクは生じない。なぜならば、緊急避難の場合、国家による危険防御の優先という観点を緊急避難適格性以外の要件で考慮することが可能であり<sup>223)</sup>、それゆえに事実上、公共的公益のための緊急避難が成立することは稀だからである<sup>224)</sup>。よって、公共的公益の緊急避難適格性を原理的に肯定することは許容される、というわけである。

他方、ドイツ刑法学においては、②公共的公益の緊急避難適格性は原理的に否定されるとする少数説も主張されている<sup>225)</sup>。この少数説によれば、公共的公益に対する危険が同時に個人的公益に対する危険を意味する場合を除き、公共的公益のための緊急避難の成立可能性は否定される<sup>226)</sup>。

少数説は、②の見解を採用する論拠として、第一に刑法 34 条の文言を挙げている。その具体的な内容は、通説の第一の論拠に対する少数説の批判として先述したとおりである。この少数説の論拠は、上述したように、刑法 34 条の文言から公共的公益の緊急避難適格性が原理的に否定されるとする帰結を導く解釈が論理的に成り立ちうることを示すものである。しかし、先述したように、刑法 34

222) *Kühl*, a.a.O. (Fn. 90), 180.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), §15 Rn. 1 u. 36. (山中監訳・前掲 (注 29) 75、97 頁 [前嶋訳]); *Roxin/Gerco*, a.a.O. (Fn. 77), §15 Rn. 1 u. 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.

223) ただし、緊急避難の成立要件のうち、どの成立要件の充足が否定されるのかについては通説内部で争いがある (この点については、第二章第二節第二款 3. にて詳述する)。

224) *Erb*, a.a.O. (Fn. 78), § 34 Rn. 73.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), §16 Rn. 13. (山中監訳・前掲 (注 29) 171 頁 [川口訳]); *Roxin/Greco*, a.a.O. (Fn. 77), §16 Rn. 13.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 164), §34 Rn. 53.

225) *Dietlein*, a.a.O. (Fn. 79), S. 193; *Frister*, a.a.O. (Fn. 79), 17. Kap. Rn. 2.; *Neumann*, a.a.O. (Fn. 167), § 34 Rn. 22. さらに、*Gunther Arzt*, *Kleiner Notstand bei kleiner Kriminalität?*, in: *Andreas Donatsch u.a. (Hrsg.), Festschrift für Jörg Rehberg zum 65. Geburtstag*, S. 29 ff. も、公共的公益の緊急避難適格性を原理的に肯定する通説の見解に対し、批判的な態度をとっている。

226) *Frister*, a.a.O. (Fn. 79), 17. Kap. Rn. 2.; *Neumann*, a.a.O. (Fn. 199), S. 798.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 167), § 34 Rn. 22

条の文言から公共的法益の緊急避難適格性を原理的に肯定する帰結を導く解釈も論理的に成り立ちうる以上、少数説の第一の論拠は、通説に対して理論的優位性を主張しうるほど強力な論拠とは言えない。

そこで、少数説は、第二に「緊急権の機能」というより実質的な論拠を持ち出して、公共的法益の緊急避難適格性が原理的に否定される理論的根拠を提示しようとしている<sup>227)</sup>。すなわち、正当防衛や正当化緊急避難などに代表される緊急権（Notrecht）は、「国家的救助が現在しない場合において市民の法益の保護を可能にするが、補助警察官として活動する権利を付与しない」<sup>228)</sup>。公共的法益のための正当防衛・緊急避難を認めることは、私人に補助警察官として活動する権利を付与することを意味する。ゆえに、公共的法益のための正当防衛・緊急避難は原理的に否定される、というのである<sup>229)</sup>。

この論証の中核をなすのは、「緊急権は、補助警察官として活動する権利（より厳密に言えば、自力で客観法を執行する権限）を含意しない」というテーゼにある。問題は、このテーゼそれ自体の理論的基礎であるが、この点は、国家による実力独占原則との整合性から説明されうる<sup>230)</sup>。というのも、仮に私人に対し、自力で客観法を執行する権限が認められるのだとすれば、市民は国家の権力行使を待たなくてもよくなるため、かえって国家による実力独占の効力を損ねる結果となってしまうからである<sup>231)</sup>。以上に鑑みれば、少数説の第二の論拠は、公共的法益の緊急避難適格性を認めた場合、国家による実力独占原則の効力が掘り崩されることになってしまうという考慮に依拠したものであると理解することができる。

もつとも、このような考慮の必要性は、通説においても否定されていない。否、むしろ通説もそのような考慮の必要性を認めるからこそ、原理的には公共的法益の緊急避難適格性が肯定されるが、しかし実際には公共的法益のための緊

227) Dietlein, a.a.O. (Fn. 79), S. 193.; Frister, a.a.O. (Fn. 79), 16. Kap. Rn. 6 u. 17. Kap. Rn. 2.

228) Frister, a.a.O. (Fn. 79), 16. Kap. Rn. 6 u. 17. Kap. Rn. 2.

229) Dietlein, a.a.O. (Fn. 79), S. 193.; Frister, a.a.O. (Fn. 79), 16. Kap. Rn. 6 u. 17. Kap. Rn. 2.

230) Vgl. Dietlein, a.a.O. (Fn. 79), S. 193.

231) Vgl. Dietlein, a.a.O. (Fn. 79), S. 193.

急避難が成立する事例は稀であり、それゆえに国家による実力独占原則の効力が損なわれることはないと言主張するのである<sup>232)</sup>。

以上を踏まえれば、通説と少数説の対立点は、国家による実力独占原則との整合性の理解にあるといえる。すなわち、少数説は、原理的に見て国家による実力独占原則との整合性を欠くとして、公共的法益の正当防衛適格性及び緊急避難適格性を一律に否定する。これに対し、通説は、実際に国家による実力独占の効力が損なわれるリスクがあるか否かという視点から、公共的法益の正当防衛適格性及び緊急避難適格性の別異取扱いを認める。このように、両見解の当否は、国家による実力独占原則との整合性の問題を原理的問題と解するのか、それとも事実的問題と解するかによる。

他方、国家による実力独占原則にかかわる議論に立ち返ることなく、この問題にアプローチする見解もある。それが、Engländerの見解である。Engländer説の特徴は、③公共的法益の攻撃的緊急避難適格性は原理的に否定されるが、防衛的緊急避難適格性は原理的に肯定されるとの区別論を採用する点にある<sup>233)</sup>。この立場によれば、公共的法益に対する危険が同時に個人的法益に対する危険を意味する場合を除き、公共的法益のための攻撃的緊急避難の成立可能性は否定されることになる<sup>234)</sup>。

Engländerによれば、この区別論の理論的根拠は、攻撃的緊急避難と防衛的緊急避難の正当化根拠の相違に求められるという。すなわち、攻撃的緊急避難は、保険類似の互恵的なルール (versicherungsgleiche Regelung auf Gegenseitigkeit) としての連帯原理によって基礎づけられる<sup>235)</sup>。この意味での連帯原理に依拠した場合、公共的法益の攻撃的緊急避難適格性を肯定することはできない<sup>236)</sup>。なぜならば、公共のために個人に特別負担を課すか否かの判断は国家の専決事項であり、市民間の相互合意で決定できる事項ではないからである<sup>237)</sup>。これに対し、防衛的緊急避難の正当化根拠は、妨害者の自己答責性の原

232) Erb, a.a.O. (Fn. 78), § 34 Rn. 73.; Zieschang, a.a.O. (Fn. 164), §34 Rn. 53.

233) Engländer, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 17 u. 50.

234) Engländer, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 3.

235) Engländer, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 17.; ders., a.a.O. (Fn. 167), 247 ff.

236) Engländer, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 17. 同旨の見解として、Neumann, a.a.O. (Fn. 199), S. 797.; ders., a.a.O. (Fn. 167), § 34 Rn. 22.

則に基づき、妨害者の負担でコンフリクトの解消が許される点に求められる<sup>238)</sup>。そして、このような考え方は、危難から個人的法益を回避させるのか、それとも公共的法益を回避させるのかにかかわらず妥当するため、公共的法益の防衛的緊急避難適格性は肯定されることになる<sup>239)</sup>とされる。

以上で確認したEngländer説に対して、Joachim Renzikowskiは、Engländer説のように、連帯原理を狭く把握する必然性があるのかについては疑わしいとの批判を行う<sup>240)</sup>。すなわち、確かに、公共のために個人に特別負担を課すか否かの判断が原則的に国家の専決事項であるという命題は正しい。しかし、公共との連帯を同様に基礎づけることは可能であり、また刑法34条が介入するのは、一般に、官庁が介入することができない場合や違法に介入を行わない場合に限られるとされる<sup>241)</sup>。

この批判は、公共のための個人に特別負担を課すか否かが原則的に国家の役割であるとしても、なお公共との連帯を想定しうることを述べたものとして理解することができる。この批判からは、連帯原理にもヴァリエーションがありえ、かつ連帯原理の理解によってはEngländerとは異なる帰結を想定することもできることが示唆される。その意味で言えば、Engländerが述べる区別論の説得力は、彼が前提とする緊急避難の正当化根拠論に賛成できるか否かにかかっているといえる。

### 3. 公共的法益としての動物保護

先述したドイツの少数説のように、公共的法益の緊急避難適格性を原理的に否定する立場を採用した場合、公共的法益が個人的法益に還元されうる場合を除き、公共的法益の緊急避難適格性は否定される。

それゆえ、動物保護が個人的法益ではなく、単なる公共的法益に位置づけられる限り、動物保護の緊急避難適格性は否定されることになる<sup>242)</sup>。他方、一部の

237) Engländer, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 17.

238) Engländer, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 5.; ders., a.a.O. (Fn. 90), S. 96 ff. 同旨の見解として、Renzikowski, a.a.O. (Fn. 194), S. 180 ff.

239) Engländer, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 50.

240) Renzikowski, a.a.O. (Fn. 72), S. 361.

241) Renzikowski, a.a.O. (Fn. 72), S. 361.

論者は、動物保護を個人的法益に還元されうる公共的法益に位置づけることにより、動物保護の緊急避難適格性を肯定しようとする者もいる<sup>243)</sup>。このような理解は、動物の利益も個人的法益に含まれうると解釈する場合には一定の説得力を有する。ただし、この解釈の当否は、第二章第二節第一款4.で示したように、動物の権利主体性に関する問題をどのように評価するかに依存する。

これに対し、ドイツの通説のように、公共的法益の緊急避難適格性を原理的に肯定する立場を支持した場合、たとえ動物保護が個人的法益ではなく、公共的法益に位置づけられたとしても<sup>244)</sup>、動物保護の緊急避難適格性が肯定されることになる<sup>245)</sup>。第一章第一節第四款で紹介したナウムブルク上級地方裁判所2018年2月22日判決もまた、このような通説的見解と同様の理解に基づき、動物保護の緊急避難適格性を肯定したものと理解できる。また、Engländer説のように、公共的法益の防御的緊急避難適格性のみを原理的に肯定する立場を支持した場合には、動物保護の防御的緊急避難適格性のみが肯定されることになる<sup>246)</sup>。

ただし、公共的法益の緊急避難適格性を原理的に肯定する立場を採用する場合でも、ただ抽象的に動物保護は公共的法益にあたりと結論づけるのは妥当ではなく、公共的法益としての動物保護の具体的内容を規範的に明確化する必要があるとの指摘がなされている<sup>247)</sup>。すなわち、例えば、ナウムブルク上級地方裁判所2018年2月22日判決は、基本法20条aから直截かつ十把一絡げに動物保護が公共的法益に位置づけられることを帰結しているように見えるが<sup>248)</sup>、しかしそのような理解は妥当ではない<sup>249)</sup>。というのも、基本法20条aは、動物保護の

242) *Frister*, a.a.O. (Fn. 79), 17. Kap. Rn. 2.

243) *Gropp/Sinn*, a.a.O. (Fn. 78), §5 Rn. 225.

244) 動物保護を公共的法益に位置づけるものとして、*Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 361 ff.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 164), §34 Rn. 53.

245) *Erb*, a.a.O. (Fn. 78), § 34 Rn. 72.

246) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 50.

247) *Dietlein*, a.a.O. (Fn. 79), S. 193 f. 類似の見解として、*Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 359 f.

248) 第一章第一節第四款参照。

249) *Dietlein*, a.a.O. (Fn. 79), S. 193 f.; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 359 f.; *Scheurl/Glock*, a.a.O. (Fn. 1), 449. また、第一章第二節第三款で紹介したハイルブロン地方裁判所2017年5月23日判決も、基本法20条aにおける動物保護の観点が公共的法益にあたるか否かの判断を留保しており、その意味でナウムブルク上級地方裁判

在り方の具体化を立法者に委ねた国家目標規定にすぎず、それゆえに同規定の存在だけでは、動物保護が法的に保護に値する利益（法益）であると帰結することはできないからである<sup>250)</sup>。換言すれば、動物保護の具体的な在り方が立法裁量に委ねられている以上、動物保護法などによって現実に法的保護が付与された場合にはじめて、動物保護が法的に保護に値すると評価されるはずである、というわけである<sup>251)</sup>。

この指摘が述べるように、現行法上、全ての動物保護について法的保護が認められているわけではなく<sup>252)</sup>、あくまで動物保護法をはじめとする現行法秩序の枠内で法的保護が認められるにとどまる。とすれば、通説ないし Engländer 説を前提とした場合でも、具体的事案において問題とされる動物保護が現行法に照らして公共的法益としての地位を獲得するののかについて具体的な認定を行う必要があるとは言えるだろう。

### 第三款 国家的手続の原則的優先とその解釈論的意義

#### 1. 概観

前款で述べたように、通説は、公共的法益の緊急避難適格性を認める立場を採る。ただし、実際上、国家による危険防御が原則的に優先するため、多くの場合、私人が公共的法益のための緊急避難を行うことは許されないという結論になるとされる。これは、国家的手続の原則的優先という観点が緊急避難適格性において解釈論的意義を獲得しないが、しかし他の成立要件との関係では一定の解釈論的意義をもちうるという主張として理解することができる。

本款で検討したいと考えているのは、この主張の意味するところは何か？、より具体的には、通説的理解を前提とした場合、国家的手続の原則的優先は緊急避難のいかなる要件の下でどのような解釈論的意義を獲得するのか？ということである。この点につき、ドイツでは、①必要性要件の下で考慮する立場<sup>253)</sup>、②利

---

所判決の立場と距離を置いていると言える。

250) Dietlein, a.a.O. (Fn. 79), S. 193 f.; Renzikowski, a.a.O. (Fn. 72), S. 359 f.; Scheurl/Glock, a.a.O. (Fn. 1), 449.

251) Dietlein, a.a.O. (Fn. 79), S. 193 f.; Renzikowski, a.a.O. (Fn. 72), S. 359 f.

252) 例えば、ドイツ動物保護法においても一定の場合に動物の殺害が許容されている（同法第3章参照）ことなどに鑑みれば、このことは明らかであろう。

益衡量要件の下で考慮する立場<sup>254)</sup>、③相当性要件の下で考慮する立場が主張されている<sup>255)</sup>。ただし、①～③の立場は論理的には相互排他的な関係には立たないため、これらを組み合わせることも可能である。そこで以下では、①～③の主張内容を順に確認及び検討していくこととする。

なお、本稿の問題関心との関係でいえば、これらの立場が、動物虐待に対する緊急避難の成否をどのように考えるのが重要であるため、この点についても併せて確認・検討する。

## 2. 必要性要件の下で国家的手続の原則的優先を考慮する見解

ドイツ刑法 34 条は、法文上、自己又は他者に対する現在の危険が「他の方法では回避することのできない」ことを要件とする（必要性要件）。緊急避難における必要性要件は、一般に、危険の回避のために用いられた手段が適切であり、かつ、保全法益を救助するための複数の選択肢が利用可能である場合、その中で最も穏当な手段が採用されなければならないことと定義される<sup>256)</sup>。

国家的手続の原則的優先を必要性要件の下で考慮する見解は、上記の定義を前提にした上で、以下のような主張を行う<sup>257)</sup>。

- ① 国家による実力独占の下では、原則的に国家機関が危険防御についての管轄を有する。
- ② 国家機関による危険防御が適宜に行われうる限り、国家による危険防御は、原則的に私人による避難行為に優先するため、危険防御のために最も穏当な

253) *Bock*, a.a.O. (Fn. 78), 567.; *Rengier*, a.a.O. (Fn. 162), § 19 Rn. 8 u. 23 ff.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 164), §34 Rn. 53.

254) *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 78), §34 Rn. 7.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 164), §34 Rn. 53.

255) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 52.; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 361 ff.

256) *Bock*, a.a.O. (Fn. 78), 567.; *Christian Pelz*, *Notwehr und Notstandsrechte und der Vorrang oblichkeitlicher Hilfe*, *NStZ* 1995, 309.; *Roxin*, a. a. O. (Fn.29), §16 Rn. 23. (山中監訳・前掲 (注 29) 177 頁 [川口訳]); *Roxin/Greco*, a.a.O (Fn. 77), §16 Rn. 23.

257) *Bock*, a.a.O. (Fn. 78), 567.; *Rengier*, a.a.O. (Fn. 162), § 19 Rn. 8 u. 23 ff.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 164), §34 Rn. 53.

手段である。

- ③ それゆえに、国家機関による危険防御が適宜に行われうる限り、避難行為者たる私人は、危険を「他の方法で回避することができる」ため、必要性要件を充足しない。

また、この見解の中には、公共的法益のための緊急避難が問題となる場合においてのみ、必要性要件の下で国家的手続の原則的優先を考慮しようとするものも見られる<sup>258)</sup>。この理解によれば、国家的手続の原則的優先を必要性要件の下で考慮する見解は、以下のように修正される。

- ① 公共的法益のための緊急避難が問題となる場合、国家機関が危険防御について第一次的な管轄を有する。
- ② 国家機関による危険防御が適宜に行われうる限り、国家による危険防御は、私人による避難行為に優先するため、危険防御のために最も穏当な手段である。
- ③ それゆえに、国家機関による危険防御が適宜に行われうる限り、避難行為者たる私人は、危険を「他の方法で回避することができる」ため、必要性要件を充足しない。

上記の各見解によれば、(少なくとも公共的法益のための緊急避難が問題となる場合)私人による避難行為の正当化の可否は、国家機関による危険防御が適宜に行われうるか否かによって判断されることになる。動物虐待に対する緊急避難が問題となる事案に即していえば、動物保護を所轄する官庁が適宜に動物虐待事案に対応することができる場合、私人による動物保護行為の必要性はなく、それゆえに正当化緊急避難の成立は否定されることになる。逆から言えば、上記の判断枠組みを前提とする限り、正当化緊急避難の成立可能性を肯定するためには、所轄官庁が適宜に対応することができなかつたことを論証する必要がある。

このような判断枠組みは、第一章第一節で紹介した豚舎侵入事例の上告審判決においても明示的に採用されている<sup>259)</sup>。すなわち、ナウムブルク上級地方裁判

---

258) *Kühl*, a.a.O (Fn. 207), §8 Rn. 26.

259) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 22. また、豚舎侵入事例の第一審及び控訴審も、緊急避難の必要性につき類似の判断を行っている (Vgl. AG Haldensleben, Urteil v. 26.9.2016 – 3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14), juris, Rn.

所 2018 年 2 月 22 日は、まず、他の方法で回避可能か否かの判断にあたり、所轄官庁が原則的に法律違反に対する介入及び証拠方法の確保についての管轄を有するが、しかしこのことは国家機関の介入が最初から見込めない場合は妥当しえないことを確認している<sup>260)</sup>。そしてその上で、豚舎侵入事例の事実関係の下では、所轄官庁が被告人らによる本件行為以前に複数回にわたり検査を実施し、その際、本件施設の瑕疵を認識していたにもかかわらず、その違法状態を是正する措置を講じなかったことから、国家機関による危険防御が適宜に行われることが見込めず、それゆえに避難行為以外の方法では回避不可能であったとした<sup>261)</sup>。

以上に鑑みれば、ナウムブルク上級地方裁判所 2018 年 2 月 22 日判決は、必要性要件の下で国家的手続の原則的優先を考慮する立場を前提とした上で、豚舎侵入事例につき所轄官庁が適宜に対応することができなかった例外的事実と評価することにより、緊急避難による正当化を認めたものといえる。その意味でいえば、ナウムブルク上級地方裁判所の立場からしても、動物虐待に対する正当化緊急避難の成立が広範に認められるわけではない。

必要性要件の下で国家的手続の原則的優先を考慮する見解に対しては、国家的手続の原則的優先の観点には必ずしも必要性要件の判断と整合しないとの批判が向けられうる<sup>262)</sup>。すなわち、上で述べたように、この見解は、国家的手続の原則的優先という命題から、国家機関による危険防御が適宜に行われる限り、国家機関による危険防御が常に危険防御のために最も穏当な手段であり、それゆえに私人の避難行為は常に必要性要件を充足しないとの帰結を導く。しかし、この理解は、少なくとも論理的には真ではない。なぜならば、必要性要件の一般的理解を前提とした場合、私人による避難行為が国家機関による危険防御よりも穏当な手段にとどまる場合も想定しうるからである。すなわち、一般的な理解によれば、「最も穏当な手段」という定式化は、「他人の法益を最も損なわない」ものである

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

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

261) OLG Naumburg v. 22. 02. 2018-2 Rv 157/17, juris, Rn. 22 u. 25. ナウムブルク上級地方裁判所の認定に対して批判的であるものとして、Dietlein, a.a.O. (Fn. 79), S. 196 f.

262) Vgl. Pelz, a.a.O. (Fn. 256), 309.

か否かを判定するために用いられる<sup>263)</sup>。この定式化からすれば、事実的に見て、私人による避難行為が国家機関による危険防御よりも他人の法益を損なわずにすむ場合、たとえ国家機関による危険防御が適宜に行われえたとしても、私人による避難行為が優先するはずである。それにもかかわらず、そのような場合についてまで国家機関による危険防御の優位を認めるのだとすれば、少なくともその限りで国家的手続の原則的優先は、必要性要件の一般的な定式化を超える意義を有することになる<sup>264)</sup>。

なお付言すると、上記の批判は、必要性要件の下で国家的手続の原則的優先の解釈論的意義を認めた場合、必要性要件の一般的定式との不整合が生じることを述べるにすぎない。それゆえに、上記批判は、必要性要件の定式化それ自体が、事実上私人による避難行為の成立範囲を限定する役割を果たす可能性を排除しない。換言すれば、必要性要件の定式化に従う場合でも、国家機関による危険防御が私人による避難行為よりも他人の法益を損なわないと判断されることが多いのだとすれば、事実上、私人による避難行為が正当化されるケースは少ないことになる。

### 3. 利益衡量要件の下で国家的手続の原則的優先を考慮する見解

ドイツ刑法 34 条正当化緊急避難は、保全法益が侵害法益を「本質的に優越している」ことを成立要件とする（利益衡量要件）。第二章第三節第一款 1. で述べた全体衡量説によれば、同要件における衡量は、その判断との関係で意味を持つ全ての事情の全体的評価であり、そこでは、「全ての積極的及び消極的な選好の傾向 (positiven und negativen Vorzugstendenzen)」、つまり全ての事情が衡量の対象となるとされる<sup>265)</sup>。

263) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), §16 Rn. 23. (山中監訳・前掲 (注 29) 177 頁 [川口訳]); *Roxin/Greco*, a.a.O. (Fn. 77), §16 Rn. 23.

264) この点を問題視するならば、必要性要件においては、国家的手続の優先を考慮すべきでないとする立場が採用されることになる(そのような立場として、例えば、*Pelz*, a.a.O. (Fn. 256), 309. なお、*Pelz* は、必要性要件に限らず、その他の要件においても国家的手続の優先の観点の考慮を否定する)。

265) *Fischer*, a.a.O. (Fn. 81), § 34 Rn. 12.; *Roxin*, a. a. O. (Fn. 29), §16 Rn. 26 ff. (山中監訳・前掲 (注 29) 179 頁以下 [川口訳]); *Roxin/Greco*, a.a.O. (Fn. 77), §

利益衡量要件の下で国家的手続の原則的優先を考慮する見解は、上述した全体衡量説、さらには同説の基礎にある利益衡量アプローチに基づく理解を前提とした上で、国家的手続の原則的優先という観点も衡量の対象に含まれるとの主張を行う<sup>266)</sup>。例えば、Roxinによれば、国家的手続の原則的優先の観点は、公共的法益の正当防衛適格性を否定する正当防衛法との整合性を保つため、緊急避難の成立にとって不利な事情として衡量されることになる<sup>267)</sup>。

この見解によれば、公共的法益のための緊急避難が問題となる場合、国家機関による危険防御が適宜に行われえたという事情は、正当化緊急避難の成立にとって不利な衡量要素の一つとして扱われることになる。動物虐待に対する緊急避難が問題となる事案に即していえば、動物保護を所轄する官庁が適宜に動物虐待事案に対応することができたという事情があれば、正当化緊急避難の成立は否定されやすくなる。ただし、あくまでも衡量要素の一つでしかないため、他の衡量要素次第では、正当化緊急避難の成立が認められることもありえるだろう。

この見解に対しては、まず、この見解の基礎にある利益衡量アプローチに対する種々の批判が向けられている。より具体的には、第二章第三節第一款1.で述べたように、本質的優越要件及び相当性要件を適切に理解することができないとの批判が向けられている。また、国家的手続の原則的優先という観点は対立する利益の差引計算の一要素ではなく、利益の差引計算を行うための前提条件であるとの批判もなされている<sup>268)</sup>。

#### 4. 相当性要件の下で国家的手続の原則的優先を考慮する立場

ドイツ刑法 34 条正当化緊急避難は、避難行為が「危険を回避するために相当な手段」であることも成立要件としている（相当性要件）。先に見た全体衡量説及び同説の基礎にある利益衡量アプローチによれば、既に全ての事情が利益衡量

16 Rn. 26 ff.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 164), §34 Rn. 99 ff.

266) *Erb*, a.a.O. (Fn. 78), §34 Rn. 73.; *Roxin*, a. a. O. (Fn. 29), §16 Rn. 51 ff. u. 93 (山中監訳・前掲 (注 29) 194 頁以下及び 222 頁 [川口訳]); *Roxin/Greco*, a.a.O. (Fn. 77), §16 Rn. 51 ff u. 93.

267) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), §16 Rn. 13. (山中監訳・前掲 (注 29) 171 頁以下 [川口訳])

268) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 23.; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 362.

において考慮されることになるため、相当性要件は独自の意義を獲得しないことになる<sup>269)</sup>。これに対し、刑法 34 条がわざわざ相当性要件を法定していることに鑑み、（連帯アプローチの論者をはじめとする）多くの見解は、相当性要件に独自の意義を認めようとしている<sup>270)</sup>。ただし、相当性要件にいかなる意義が認められるかについては、論者によって主張内容が異なる<sup>271)</sup>。なお付言すると、連帯アプローチの論者は、先述したとおり、防御的緊急避難の場合には刑法 34 条の適用はできないとしているが、防御的緊急避難のもとでも相当性要件を考慮することは必要であるとする<sup>272)</sup>。

相当性要件に独自の意義を認めようとする見解のうち、一部の論者は、国家的手続の原則的優先が相当性要件において解釈論的意義を獲得する旨を主張する<sup>273)</sup>。それによれば、国家的手続の原則的優先は、特別な手続が緊急避難とは別に法的に整備されている場合、当該手続が緊急避難に優先するため、私人による避難行為が不相当とされるという帰結を導くとされる<sup>274)</sup>。

また、Renzikowski によれば、公共的法益のための危険防御が問題となる場合には、国家機関が本来的な危険防御権を有するため、私人は、国家機関の危険防御権から派生する限度でしか緊急避難権限を有さないとの帰結も導かれるとされる<sup>275)</sup>。より具体的には、まず、危険が現に差し迫っており、それゆえに即座の行動をしなければ当該危険に対応することができない場合、国家機関による危険防御が適宜に行われえないことになるため、私人は国家機関による危険防御を要請することなく、避難行為を行いうる<sup>276)</sup>。また、遠い将来においてはじめて

---

269) *Gropp/Sinn*, a.a.O. (Fn. 78), §5 Rn. 267.

270) そのような見解として、例えば、*Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 31.; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 362.

271) この点の議論状況については、さしあたり、Vgl. *Roxin/Greco*, a.a.O (Fn. 77), § 16 Rn. 91 ff.

272) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 362f.

273) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 35 u. 52.; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 362.

274) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 79), §34 Rn. 35 u. 52.; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 362.

275) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 362 f.

276) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 363.

損害へと転化する危険しかないが、即座の行動がなければ不可逆的な状況の悪化が見込まれる場合（いわゆる継続的危険）、国家機関は、当該危険を除去する方法についての広範な裁量を有する。そのため、私人は、このような裁量権を潜脱する行為を行ってはならず、違法な状態を除去するよう官庁に働きかけることしか許されない<sup>277)</sup>。他方、国家機関が違法にも危険除去に向けた活動を行わない場合、私人は、公法上の比例原則の範囲内で避難行為を行いうるとされる<sup>278)</sup>。

このような相当性要件の理解を前提とした場合、動物虐待に対する緊急避難の問題は、以下のように処理される。すなわち、まず、動物虐待事案のうち、危険が現に差し迫っており、即座の行動によってしか対応できず、かつ所轄官庁が適宜に対応することができない場合、私人は避難行為を行いうる。また、それ以外の場合、所轄官庁が原則的に危険除去に対する管轄を有するため、所轄官庁が適切に行動する限り、市民は自らの手で危険源を取り除く権利を有さない<sup>279)</sup>。なぜならば、この場合、所轄官庁への届け出を行えば、所轄官庁が適切に当該事案に対処することができるからである<sup>280)</sup>。ただし、所轄官庁が違法に動物保護法違反を阻止しようとしめない例外的局面においては、市民は、公法上の比例原則の範囲内で避難行為を講じることができる<sup>281)</sup>。

上記の理解に対しては、利益衡量アプローチの側から、国家的手続の原則的優先も利益衡量の一要素として考慮することが可能である旨の批判が向けられている<sup>282)</sup>。

#### 第四節 小括

第二章では、動物虐待に対する正当防衛・緊急避難の成立可能性をめぐるドイツの議論状況を紹介・検討した。そこで確認した内容をまとめると、以下のよう整理することができる。

277) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 363 f.

278) Vgl. *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 364 f.

279) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 364.

280) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 364.

281) *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 72), S. 364 f.

282) Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), §16 Rn. 93 (山中監訳・前掲(注29)222頁以下[川口訳]); *Roxin/Greco*, a.a.O. (Fn. 77), §16 Rn. 93.

動物虐待に対する正当防衛・緊急避難の成立可能性を考えるにあたっての主要な問題は、動物保護が正当防衛適格性又は緊急避難適格性を有する法益といえるのかにある。この問題は、大別して、公共的法益は正当防衛適格性ないし緊急避難適格性を有する法益といえるか？という問いと、動物保護は個人的法益か公共的法益か？という問いからなる。

このうち、公共的法益のための正当防衛適格性・緊急避難適格性をめぐる議論は、以下の四つの立場に分類できる。すなわち、①正当防衛適格性・緊急避難適格性のいずれも肯定する立場<sup>283)</sup>、②正当防衛適格性を否定する一方で、緊急避難適格性を肯定する立場<sup>284)</sup>、③正当防衛適格性及び攻撃的緊急避難適格性を否定する一方で、防御的緊急避難適格性を肯定する立場<sup>285)</sup>、④正当防衛適格性・緊急避難適格性のいずれも否定する立場<sup>286)</sup>である。

ドイツでは、②の立場が通説的地位を占めており、残る①③④の立場はいずれも少数説にとどまっている。このうち、①②④説の対立点は、㊦正当防衛・緊急避難規定の文言との整合性をどのように考えるか、また㊧国家による実力独占原則との整合性をどのように理解するのかという二点にある。他方、③の立場は、国家による実力独占原則との整合性ではなく、㊨正当防衛、防御的緊急避難、攻撃的緊急避難の各正当化根拠の相違に着目した基礎づけを行っている。

次に、動物保護は個人的法益か公共的法益かをめぐる議論をめぐっては、①動物保護を公共的法益として理解する見解が多数を占める。他方、②動物に対する人間の共感という個人的法益として理解する見解（共感アプローチ）や③動物の利益それ自体を個人的法益として捉える見解（動物の権利アプローチ）も主張されている。

仮に①の立場を採用する場合、動物保護が正当防衛適格性ないし緊急避難適格性を有するか否かは、公共的法益のための正当防衛適格性・緊急避難適格性につきいかなる立場を採用するかに左右される。他方、②及び③の立場を採用する場

283) 例えば、Köhler, a.a.O. (Fn. 83), Kap. 5. III. 2.1.1. u. IV. 2.1 など。

284) Rengier, a.a.O. (Fn. 162), §18 Rn. 9a., §19 Rn. 8.; Roxin/Greco, a.a.O. (Fn. 77), §15 Rn. 1, §16 Rn. 13. ほか多数。

285) Engländer, a.a.O. (Fn. 79), §32 Rn. 11, §34 Rn. 17 u. 50.

286) Frister, a.a.O. (Fn. 79), 16. Kap. Rn. 6, 17. Kap. Rn. 2 など。

合、動物に対する共感ないし動物の利益は正当防衛適格性及び緊急避難適格性を有する法益として理解されることになる。

この議論における主要な論争点は、㊦①～③の立場のうち、いずれが現行の法秩序と整合的であるか、また㊦そもそも動物保護ないし動物の利益を「個人的」法益として想定可能かにある。

### 第三章 日本法への示唆

#### 第一節 概観

第一章及び第二章では、ドイツの裁判例及び学説の状況を紹介・検討してきた。以下では、そこでの紹介・検討によって得られた知見が日本法との関係でいかなる意義を獲得するのかについて検討を加える。

まず、第一章及び第二章で示したように、ドイツでは、動物虐待に対する正当防衛・緊急避難の成否を検討する上で、動物保護又は動物の利益が正当防衛適格性又は緊急避難適格性を有する法益といえるかが論点となっていた。その背景には、動物保護又は動物の利益が「自己又は他者」に含まれるか、あるいは「その他の法益」に含まれるかにつき議論の余地がありえるという事情があった。

これと同様の事情は、日本法においても認められる。すなわち、刑法 36 条 1 項正当防衛が「自己又は他人の権利」の防衛を要件としており、また刑法 37 条 1 項本文緊急避難は、「自己又は他人の生命、身体、自由又は財産」に対する危難からの避難を要件としている。このことからすれば、日本法においても同様に、動物保護又は動物の利益が「自己又は他人」の権利・利益に含まれるかが問題となりうるだろう。

この問題は、第二章第四節で示したように、公共的法益の正当防衛適格性・緊急避難適格性が認められるかという問いと、動物保護は個人的法益かそれとも単なる公共的法益にすぎないかという問いからなる。それゆえ、以下では、問いごとに分節して検討を行う。

#### 第二節 公共的法益の正当防衛適格性・緊急避難適格性

公共的法益の正当防衛適格性又は緊急避難適格性をめぐるわが国の議論状況は、

ドイツにおける議論状況<sup>287)</sup>とはやや異なった様相を呈している。すなわち、①公共的法益の正当防衛適格性・緊急避難適格性のいずれも肯定する立場が通説であり<sup>288)</sup>、これに対抗して、④正当防衛適格性・緊急避難適格性のいずれも否定する立場が有力に主張されている状況にある<sup>289)</sup>。このほか、⑤公共的法益の正当防衛適格性は肯定されるが、緊急避難適格性は否定されるとの立場もある<sup>290)</sup>。

日独の法状況の相違として、まず、注目に値するのが、ドイツ刑法学では、②公共的法益の正当防衛適格性を否定する一方で、緊急避難適格性を肯定する見解が通説的地位を占めるの対し、わが国では、①公共的法益の正当防衛適格性・緊急避難適格性のいずれも肯定する立場が通説的地位を占める点である。この相違点は、公共的法益の正当防衛適格性と緊急避難適格性の別異取扱いを認めるか否かという問いに関係する。

ドイツにおいて、②の見解が通説的見解を占める背景には、おそらく、以下に述べる2つの事情がある。まず、一方で、緊急状況下において私人が公共的法益を保全する場合につき、正当化を認めるべき事案群を想定しうるとの事情がある。例えば、動物保護を公共的法益として捉える一般的な理解からすれば、豚舎侵入事例はまさしくそのような事例に属するといえよう。しかし他方で、正当化を認めるべき事案群が存在するとしても、仮に峻厳な正当防衛権を認めてしまう

287) ドイツの議論状況の要約については、第二章第四節参照。

288) 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣・2008年）387頁、401頁、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（成文堂・2018年）283頁以下、317頁、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社・1990年）237、247頁、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣・2011年）157頁以下、168頁注5など。

289) 浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（成文堂・2019年）229、255頁、伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社・2010年）187、206頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』（成文堂・2018年）143頁以下及び158頁以下、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣・2016年）128、152頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂・2015年）493頁、558頁など。

290) 井田良『講義刑法学〔第2版〕〕〔有斐閣・2019年〕307頁以下、333頁。ただし、井田によれば、公共的法益の緊急避難適格性が否定される理由は、「緊急避難が第三者の正当な法益を侵害するものであることから、正当防衛におけるよりもより強い理由で、これを消極的に解すべき」点にあるため（井田・前掲書333頁）、厳密に言えば、公共的法益の正当防衛適格性及び防御的緊急避難適格性は肯定されるが、公共的法益の攻撃的緊急避難適格性は否定されるとの立場を採用しているものと推察される。

と不当な結論に至る恐れがあるとの事情も考慮されている。例えば、第二章第二節第一款4.で述べたように、現に動物が虐待されている場合において、峻厳な正当防衛権を行使して攻撃者を殺害してもかまわないと考えることは行きすぎであると考えられる（このことは、動物の権利アプローチの論者すら否定しない）。それゆえに、多数説を支持する論者は、正当防衛ではなく、正当化防御の緊急避難を認めた方がより穏当な解決を図ることができるとの主張を行っているわけである<sup>291)</sup>。

上記の各事情を踏まえれば、ドイツの通説が②の見解を採用することには、価値論的に一定の説得力が認められるかもしれない。しかし、このような価値判断を裏づける積極的基礎づけが成功しているかは疑わしい。第二章第三節第二款2.で示したように、ドイツの通説的見解の実質的根拠は、公共的法益の正当防衛適格性と緊急避難適格性の別異取扱いを認めたとしても、国家による実力独占原則との整合性は實際上保たれる点にある。しかし、少なくとも正当防衛と緊急避難に共通する、国家による実力独占原則との整合性という観点（のみ）から、正当防衛と緊急避難の別異取扱いを帰結することはできない<sup>292)</sup>。確かに、公共的法益の正当防衛適格性を肯定しつつ、緊急避難適格性を否定する立場を採用する場合でも、その他の要件を通じて、公共的法益のための緊急避難の成立範囲を限定すれば、事実上、国家による実力独占の効力が損なわれることはないかもしれない。しかし、この通説の説明は、公共的法益のための正当防衛を原理的に否定し、公共的法益のための緊急避難を事実的に限定する積極的理由づけを提示していない。というのも、通説が述べるように、仮に事実上、国家による実力独占の効力が損なわれる可能性があるか否かを問題とするのであれば、公共的法益の正当防衛適格性と緊急避難適格性のいずれをも肯定した上で、別の要件を通じて公共的法益のための正当防衛・緊急避難の成立範囲を事実上限定する見解を採用する方がむしろ整合的だからである。

したがって、現在のわが国の議論状況のように、公共的法益のための正当防衛適格性及び緊急避難適格性を一律に肯定した上で、他の要件による限定を図るか、あるいは公共的法益の正当防衛適格性及び緊急避難適格性を一律に否定するかの

291) Erb, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 100.

292) Vgl. Frister, a.a.O. (Fn. 79), 17. Kap. Rn. 2.

いずれかがより適切であろう。両者の対立は、形式的には、正当防衛規定及び緊急避難規定の文言解釈の相違に関わる側面もあるが、より実質的には、国家による実力独占原則との整合性を事実的問題と捉えるのか、それとも原理的問題として理解するかという対立に関係する。

このうち、仮に前者の立場を採用する場合、国家による実力独占原則との整合性は、正当防衛適格性及び緊急避難適格性ではなく、それ以外の要件によって考慮されることになる。例えば、最判昭和24年8月18日刑集3巻9号1465頁は、被告人がゼネストを中止させるために産業別会議議長に包丁で傷害を負わせた事案につき、「本来国家的、公共的公益を保全防衛することは、国家又は公共団体の公的機関の本來の任務に属する事柄であって、これをた易く自由に私人又は私的団体の行動に委すことは却って秩序を乱し事態を悪化せしむる危険を伴う虞がある。それ故、かかる公益のための正当防衛等は、国家公共の機関の有効な公的活動を期待し得ない極めて緊迫した場合においてのみ例外的に許容さるべきものと解するを相当とする。」と判示する。この判決によれば、公共的公益のための正当防衛（及び緊急避難）の成立可能性は原理的に肯定されるが、その成立範囲は、国家公共機関による救済を期待しえない極めて緊迫した場合に限定されることになる。また、わが国では、このような判例の判断枠組みに賛同する見解が通説的地位を占める<sup>293)</sup>。以上のようなわが国の判例・通説の立場は、通常、安易に私人の実力行使を認めた場合、濫用のリスクがあること<sup>294)</sup>や、公共的公益が危険に瀕しているか否かは国家機関によって判断されるべきであること<sup>295)</sup>から基礎づけられている。

しかし、公共的公益の正当防衛適格性を認める場合、「国家公共機関による救済を期待しえない極めて緊迫した場合」との限定は、事実的に見て不十分である可能性がある。先の限定は、おそらく、公共的公益に対する「急迫の侵害」ないし「現在の危難」要件を厳格に解することを意味する<sup>296)</sup>。だが、ドイツの通説

293) 大塚・前掲（注289）387頁、401頁、高橋・前掲（注289）283頁以下、317頁、団藤・前掲（注289）237、247頁、福田・前掲（注289）157頁以下、168頁注5など。

294) 団藤・前掲（注289）238頁注17。

295) 大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法〔第3版〕第1巻』（青林書院・2016年）598頁（堀籠幸男＝中山隆夫執筆部分）。

が公共的公益の正当防衛適格性を否定する背景事情が示唆するように、緊急状況性に関する限定だけで濫用リスクを十分に抑制することは容易ではない。先述したとおり、ドイツの通説が公共的公益の正当防衛適格性を否定する背景には、峻厳な正当防衛権という法効果を認めた場合、やはり濫用リスクが残るという事情がある<sup>297)</sup>。このような事情を踏まえれば、わが国の判例・通説のように、緊急状況性に関する限定を行うだけでなく、峻厳な正当防衛権という法効果それ自体の限定を行わなければ、私人による緊急権の濫用リスクはなお残存しうる。

より具体的にいえば、わが国の判例・通説によれば、例えば、国家機関が適宜に危険源の除去を行えない場合、あるいは国家機関が違法に危険源の除去を行おうとしない場合は「国家公共機関による救済を期待しえない極めて緊迫した」状況にあたりうるはずである。そのため、これらの場合につき、私人は、防衛行為の必要性・相当性要件を充足する限り、公共的公益を守るために致死的な反撃手段を講じうることになる。動物虐待事案に即していえば、仮に動物保護を公共的公益に位置づけたとしても、当該事案が「国家公共機関による救済を期待しえない極めて緊迫した」状況にあたる限り、豚舎侵入事例につき、動物虐待を防ぐために豚舎にいる動物たちを解き放つ行為が法的に許容されることになる。さらには、同様の状況にある限り、公園で動物虐待を行っている者に対し、致死的な防衛手段を講じることも正当化されうることになる。しかし、先述したように、ドイツの通説からすれば、このような帰結は行きすぎであり、容認しがたい<sup>298)</sup>。

したがって、上述の濫用リスクを容認する場合は別論だが、公共的公益のための正当防衛を原理的に肯定する場合には、許される防衛行為の範囲についても一定の制約を課しておくことが必要となる。この点で示唆的であるのは、ドイツにおいて一部の論者が、緊急避難の相当性を論じる脈絡で展開する主張である<sup>299)</sup>。この主張によれば、私人の緊急救助権限は、国家機関の裁量権を逸脱しない範囲でしか認められないことになる。これと類似の議論は正当防衛論の脈絡でも主張

296) 西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』(有斐閣・2010年)478頁[深町晋也執筆部分]参照。

297) Vgl. *Erb*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 100.

298) Vgl. *Erb*, a.a.O. (Fn. 78), § 32 Rn. 100.

299) 第二章第三節第三款4.参照。

されることがある。例えば、Michael Köhler は、公共的公益の正当防衛適格性を肯定した上で、私人の緊急救助権限は国法上の原理によって規定されるとの限定を付している<sup>300)</sup>。

上記の理論構成に依拠すれば、公共的公益のための正当防衛・緊急避難の成否が問題となる事案群のうち、国家機関が適宜に危険源の除去を行えない場合、あるいは国家機関が違法に危険源の除去を行おうとしない場合を除き、正当化の余地は認められないことになる。他方、上記の各場合に該当する場合には、国家機関の裁量権を逸脱しない範囲での防衛行為ないし避難行為を講じることになる。その限りで、わが国の判例・通説よりもより穏当な解決を図ることができることも評価できる。

しかし、これらの諸見解のように、国家機関が適宜に危険源の除去を行えない場合、あるいは国家機関が違法に危険源の除去を行おうとしない場合であることからただちに、私人による緊急権が認められるとの帰結を導くことは原理的に見て問題がある。

第一に、公共的公益が危険に瀕しているか否かについての国家機関の判断権限が私人に移行する理由が不明である。確かに、個人的公益の保全が問題となる場合であれば、個人的公益に対する管轄は本来的には私人に属するため、国家機関が適宜に救済を行えないときには本来の持ち主である私人が緊急権を行使してもよいと言うことはできるだろう<sup>301)</sup>。しかし、(個人的公益に還元しえない)公共的公益の保全が問題となる場合、わが国の判例・通説が述べるように、公共的公益が危機に瀕しているか否かの第一次的な判断権限が国家機関にある以上、個人的公益と同様の説明は成り立ちえないように思われる<sup>302)</sup>。

考えられるとすれば、国家機関が適宜に公共的公益の救済を行うことはできない場合には、公共的公益が保全されるメリットが、私人の実力行使を認めるデメリットを上回るといった類の説明であろうか<sup>303)</sup>。しかし、この説明は、優越的利益原理により私人の実力行使が正当化される説明となりうるかもしれない

300) Köhler, a.a.O. (Fn. 83), Kap. 5. III. 2.4.

301) Vgl. Hoyer, a.a.O. (Fn. 81), §32 Rn. 6.

302) Vgl. Hoyer, a.a.O. (Fn. 81), §34 Rn. 6.

303) 例えば、小林憲太郎『刑法総論〔第2版〕』(サイエンス社・2014年)101頁参照。

が<sup>304)</sup>、私人に公共的公益のための正当防衛権・緊急避難権が肯定される理由の説明にはならないだろう。

第二に、公共的公益の正当防衛適格性及び緊急避難適格性を肯定する見解は、国家による実力独占原則、あるいは国家的手続の原則的優先と整合性を欠いている。まず、わが国の現行の法体系によれば、国家機関が違法に危険源の除去を行おうとしない場合でも、国家機関は、通常、公共的公益が危険に瀕しているかについての判断権限をなおしつづける。このことは、例えば、違法ないし不当な行政作用が行われた場合について行政機関に不服を申し立てる手続や、不作為の違法確認訴訟や義務付け訴訟といった司法的解決を図る手続が用意されていることから窺われる。それにもかかわらず、そのような場合でも私人による実力行使が許容されるのであれば、これらの行政的・司法的手続は画餅に帰することになってしまう<sup>305)</sup>。

あるいは、公共的公益の正当防衛適格性・緊急避難適格性を肯定する一連の見解は、上記の救済手続の利用を見込むことができないような局面のみを「国家公共機関による救済を期待しえない極めて緊迫した」状況として想定しているのかもしれない。そのような例外的事例に限定すれば、たとえ公共的公益のための正当防衛・緊急避難を私人に認めたとしても、行政的・司法的手続の実効性が損なわれることがないようにも思える。

しかし、このような主張をしたとしても、公共的公益の正当防衛適格性・緊急避難適格性を肯定する見解はやはり十分な説得力を持たない。というのも、法治国家の下では、行政法上の規則及び拘束を超えて行われる私人による介入と国家機関による行政行為は同置しえないという事情が十分に考慮されていないからである<sup>306)</sup>。例えば、豚舎侵入事例でいえば、管轄を有する官庁の職員が畜舎を検査するために日中に農場経営会社を訪問するのか、それとも覆面の見知らぬ者が戸口と錠前をこじ開けて夜間に農場へと忍び込むのかには重大な相違がある<sup>307)</sup>。

304) 小林・前掲(注303)101頁参照。ただし、そもそも優越的利益原理が正当化の一般的根拠となりうるとの想定それ自体が疑わしい。この点については、さしあたり松生光正「例外状態と国家的行為の正当化」刑法雑誌53巻1号(2013年)99頁参照。

305) ナウムブルク上級地方裁判所2018年2月22日判決を批判する脈絡で類似の指摘を行うものとして、Dietlein, a.a.O. (Fn. 79), S. 194 f.

306) Vgl. Dietlein, a.a.O. (Fn. 79), S. 195.

このことから分かるように、国家機関が適宜に公共的法益を保全できないからと言って、安易に国家機関と同等の危険防御権を私人に認めることには問題がある。もちろん、先述したように、一部の見解は、この点を考慮し、国家機関の裁量権の範囲内でしか公共的法益のための緊急権を行使しえないと主張する。しかし、仮にそのように考えるのであれば、公共的法益の正当防衛適格性・緊急避難適格性は否定されるべきであろう。なぜならば、国家機関の裁量権には公共的法益が危険に瀕しているか否かの判断権限も含まれるため、私人が国家の裁定を待つことなく、公共的法益に危険が差し迫っているかを判断し、防衛行為ないし避難行為を行いうるのだとすれば、それこそが国家機関の裁量権侵害にあたりうるからである。

以上のように、公共的法益の正当防衛適格性・緊急避難適格性を一律に肯定する見解は、国家による実力独占原則との整合性の問題を適切に解決することに成功していない。したがって、国家による実力独占原則との整合性の問題を真摯に受け止めるならば、公共的法益の正当防衛適格性・緊急避難適格性を一律に否定する見解を採用することが妥当であるように思われる。

問題はその基礎づけであるが、この点は、「緊急権の機能」及びその基礎づけに関する議論から説明できる。すなわち、正当防衛や正当化緊急避難といった緊急権は、「国家的救助が現在しない場合において市民の法益の保護を可能にするが、補助警察官として活動する権利を付与しない」<sup>308)</sup>。このような「緊急権の機能」は、国家による実力独占原則の正当化理論から基礎づけられる。そもそも、人々が国家による実力独占を受け入れる理由は、国家の役割は、人々の基本的な人権を実効的に保障することにあるが、これを実現するためには、国家が実効的な人権保障を可能にするだけの実力独占を受け入れる必要があるという事情に起因する<sup>309)</sup>。換言すれば、国家が人々の基本権を保障することを承諾することと引き換えに、人々は自力で基本権を保全する権限を国家に委譲するのである。したがって、国家機関がそのような承諾に反して人々の基本権を保障しえない場合、国家による実力独占を受け入れる理由がなくなるため、人々には再び自力で基本

307) Vgl. *Dietlein*, a.a.O. (Fn. 79), S. 195.

308) *Frister*, a.a.O. (Fn. 79), 16. Kap. Rn. 6. u. 17. Kap. Rn. 21.

309) 山本和輝『正当防衛の基礎理論』（成文堂・2019年）207頁

権を保全する権限が認められる<sup>310)</sup>。

以上の議論は、(本来的な管轄が私人に認められる) 個人的法益に関しては妥当するが、公共的法益に関しては妥当しない。なぜならば、国家機関が公共的法益の保全を引き受けている理由は、本来的な管轄を有する全ての私人から当該公共的法益の保全権限を委託されたからではなく、そもそも公共的法益の主体が存在しないという事情に起因するからである<sup>311)</sup>。それゆえに、緊急権は、市民の個人的法益の保全を可能にする機能を有するが、補助警察官として公共的法益などの保全活動を認める機能は有さないとされるのである。

以上では、国家による実力独占原則の整合性という観点から公共的法益の正当防衛・緊急避難適格性について検討してきた。しかし、第二章第三節第二款2.においても言及したように、異なる観点からこの問題を考察することも可能であるかもしれない。例えば、Engländerのように、正当防衛、防御的緊急避難、攻撃的緊急避難の正当化根拠論から公共的法益のための正当防衛適格性・緊急避難適格性の問題を検討することも考えられるかもしれない。しかし、少なくともEngländerの議論にはなお説明不足な部分があるように思われる。先述したとおり、Engländerは、公共的法益のための正当防衛及び攻撃的緊急避難の成立可能性を否定する一方で、防御的緊急避難の成立可能性を肯定する立場を採るが、何故、防御的緊急避難の場合のみを特別扱いすることができるのかは明らかではない。

### 第三節 動物保護又は動物の利益の位置づけ

わが国の動物保護又は動物の利益の位置づけを検討するにあたり、まず、わが国における法状況を確認すると、以下の通りである。

第一に、わが国の憲法は、ドイツ法とは異なり、動物保護を定めた規定を有していない。

第二に、わが国では、動物保護に関連する法規として、動物の愛護及び管理に関する法律(以下、動物愛護管理法)が用意されている。動物愛護管理法は、第1条にて同法の目的を規定し、第2条にて基本原則を定める。また、同法44条

310) 山本・前掲(注309)209頁。

311) Vgl. Hoyer, a.a.O. (Fn. 81), §34 Rn. 6.

では、愛護動物関連犯罪が規定されている。なお参考までに各規定内容を挙げておくと、以下のとおりとなっている。

第 1 条 この法律は、動物の虐待及び遺棄の防止、動物の適正な取扱いその他動物の健康及び安全の保持等の動物の愛護に関する事項を定めて国民の間に動物を愛護する気風を招来し、生命尊重、友愛及び平和の情操の涵養に資するとともに、動物の管理に関する事項を定めて動物による人の生命、身体及び財産に対する侵害並びに生活環境の保全上の支障を防止し、もつて人と動物の共生する社会の実現を図ることを目的とする。

第 2 条 動物が命あるものであることにかんがみ、何人も、動物をみだりに殺し、傷つけ、又は苦しめることのないようにするのみでなく、人と動物の共生に配慮しつつ、その習性を考慮して適正に取り扱うようにしなければならない。

2 何人も、動物を取り扱う場合には、その飼養又は保管の目的の達成に支障を及ぼさない範囲で、適切な給餌及び給水、必要な健康の管理並びにその動物の種類、習性等を考慮した飼養又は保管を行うための環境の確保を行わなければならない。

第 44 条 愛護動物をみだりに殺し、又は傷つけた者は、五年以下の懲役又は五百万円以下の罰金に処する。

2 愛護動物に対し、みだりに、その身体に外傷が生ずるおそれのある暴行を加え、又はそのおそれのある行為をさせること、みだりに、給餌若しくは給水をやめ、酷使し、その健康及び安全を保持することが困難な場所に拘束し、又は飼養密度が著しく適正を欠いた状態で愛護動物を飼養し若しくは保管することにより衰弱させること、自己の飼養し、又は保管する愛護動物であつて疾病にかかり、又は負傷したものの適切な保護を行わないこと、排せつ物の堆積した施設又は他の愛護動物の死体が放置された施設であつて自己の管理するものにおいて飼養し、又は保管することその他の虐待を行った者は、一年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する。

3 愛護動物を遺棄した者は、一年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する。

- 4 前三項において「愛護動物」とは、次の各号に掲げる動物をいう。
- 一 牛、馬、豚、めん羊、山羊、犬、猫、いとうさぎ、鶏、いばと及  
びあひる
  - 二 前号に掲げるものを除くほか、人が占有している動物で哺乳類、鳥  
類又は爬虫類に属するもの

以上のようなわが国の法状況を前提とした場合、少なくとも解釈論上、動物保護又は動物の利益を個人的法益として想定することは難しく、①動物保護を公共的法益として理解する立場に依拠せざるを得ないように思われる<sup>312)</sup>。

ドイツ法の議論状況を参照する限り、動物保護又は動物の利益を個人的法益として構成する方法としては、②被虐待動物に対する人間の共感を個人的法益として想定する理論構成（共感アプローチ）と、③動物の利益そのものを個人的法益として想定する理論構成（動物の権利アプローチ）が考えられる。

まず、わが国の法状況を前提とした場合、解釈論上、②共感アプローチを採用することは可能かについて検討を加える。わが国の法状況を前提とした場合でも、少なくとも愛護動物関連犯罪の保護法益の一つとして、被虐待動物に対する人間の感情を想定しうるかもしれない<sup>313)</sup>。この共感アプローチ（ないしこれに類似する構成）に対しては、動物愛護管理法1条が明文で動物に対する人間の感情に言及していない以上、現行法の文言との整合性を欠くとの批判が考えられる<sup>314)</sup>。しかし、この種の批判に対しては、被虐待動物に対する人間の感情を副次的な保護法益として想定している可能性がなお残るとの反論が可能であろう<sup>315)</sup>。

312) 類似の見解として、青木林志「わが国における動物虐待関連犯罪の現状と課題——動物愛護管理法第四四条の罪をめぐって」浅田和茂ほか編『人権の刑事法学』（日本評論社・2011年）157頁、三上・前掲（注123）80頁以下ほか。

313) 類似の見解として、町野湖『犯罪各論の現在』（有斐閣・1996年）262頁。

314) 三上・前掲（注123）75頁以下。

315) Vgl. 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.

また、共感アプローチ（ないしこれに類似する構成）に対しては、愛護動物関連犯罪の要件として、公然性ないし面前性の要件が存在しない理由を説明できないとの批判が向けられることがある<sup>316)</sup>。この批判には、秘密裡に行われた愛護動物への虐待等が行われた場合、公衆は愛護動物に対する虐待等を知りえない以上、当該行為によって公衆の感情が侵害されることはありえないとの理解が内在している。このような理解は、保護法益としての人間の感情を事実的概念として理解する場合には正しい。というのも、仮に保護法益としての人間の感情が個別事例において人々がその種の感情を抱くか否かを問題とする事実的概念だとすれば、秘密裡に動物虐待が行われた事案群ではその種の感情侵害が起りえない以上、これらの事案群を処罰する理由を説明できないからである。しかし、Hotz にならって、保護法益としての人間の感情を、人々がその種の感情を抱くべきであったか否かを問題とする規範的概念として理解するのであれば<sup>317)</sup>、上記の批判は妥当しないように思われる。なぜならば、公然か秘密裡にかかわらず、愛護動物への虐待等が行われた時点で、愛護動物に対する共感や同情を抱くべきであったとする規範が侵害されているからである<sup>318)</sup>。ただし、既に Thomas Rönnau と Kristian Hohn が指摘しているように、感情概念の規範化を認めた場合、そこでいう感情は、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だろう<sup>319)</sup>。

次に、解釈論上、③動物の権利アプローチが成り立ちうるかについて検討を行う。わが国では、例えば、清水晴生が、動物虐待関連犯罪の保護法益を、愛護動

316) 清水晴生「動物愛護法上の犯罪」白鷗法学 27 卷 1 号（2020 年）215 頁、三上・前掲（注 123）78 頁。

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

318) 清水・前掲（注 316）215 頁における批判は、人間の感情を規範的概念として理解した場合、公然性又は面前性が要件として要求されない理由を説明しうることを看過している。これに対し、三上・前掲（注 123）80 頁は、公然わいせつ罪型と死体損壊罪型に類型分けを行った上で、後者のタイプであれば、公然性又は面前性が要件として要求されない理由を説明することは可能であるとする。仮にこの三上の説明が本文中で述べた事実的概念／規範的概念の分類を念頭に置いたものであるとすれば、その限りで適切な指摘と評価しうる。

319) Vgl. Rönnau/Hohn, a.a.O. (Fn. 77), §32 Rn. 82 Fn. 249.

物の生命や身体に求める見解を主張する<sup>320)</sup>。このような立場は、例えば、動物愛護管理法1条が「人と動物の共生する社会の実現」を目的として掲げ、また同法2条が「動物が命あるものであることにかんがみ」とか「人と動物の共生に配慮しつつ」といった表現を用いていることと整合的であると評価できるかもしれない<sup>321)</sup>。また、清水が述べるように、動物虐待関連犯罪における殺傷、虐待、遺棄といった犯罪類型は人に対する犯罪類型に対応すること<sup>322)</sup>や、法改正により動物虐待関連犯罪の法定刑が従前よりも引き上げられたこと<sup>323)</sup>に鑑みれば、動物の生命や身体を保護法益として理解する方が自然であるというのかもれない。

以上のような主張は、仮に動物が法益主体であることを論証できるのであれば、一定の説得力を持ちうる。この点につき、清水は、国家・社会、あるいは子どもや胎児との類比から、生命をもつ動物に法益主体性が肯定される旨を主張する<sup>324)</sup>。しかし、既に第二章第二節第一款4.で詳細に示したように、この種の主張を動物の法益主体性を基礎づける議論として理解するとき、そこには論理の飛躍が看取される。というのも、上記の主張は、現行法を前提とした場合、動物の法的地位は、法人や胎児などと比較して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ことを看過しているからである<sup>325)</sup>。それゆえ、動物の法益主体性を肯定しうるより積極的な法的論拠が提示されない限り<sup>326)</sup>、動物の権

320) 清水・前掲(注316)214頁以下。

321) 清水・前掲(注316)216頁、三上・前掲(注123)75頁参照。

322) 清水・前掲(注316)215頁。

323) 清水・前掲(注316)217頁。

324) 清水・前掲(注316)215頁以下。

325) このことは、例えば、現行法上、動物を傷害する行為が刑法261条器物傷害罪によって捕捉されていることや、民法85条に従って動物が有体物として扱われることから窺うことができる。換言すれば、現行法は、法人や胎児といった存在とは異なり、動物を権利主体というよりも権利客体として想定している。このような現行法上の重大な相違に鑑みれば、法人や胎児といった存在ですら法益主体性が認められるのだから、もちろん動物の法益主体性が認められるといった類の勿論解釈は少なくとも成り立ちえない。

326) なお、ドイツでは、動物的人格(Die tierliche Person)と呼ばれる構想が提唱されていることから示唆されるように、原理的には動物の人格性(ないし権利主体性)を基礎づける理論構成は想定可能かもしれない(動物的人格の構想については、さしあ

利アプローチによる主張は十分な説得力を持ちえないように思われる。

また、動物虐待関連犯罪の保護法益を動物の生命や身体として理解する見解は、解釈論的に見ても不適切である。まず、三上正隆が正当に指摘しているように、何故、同罪の客体が愛護動物に限定されるのかを説明することができない<sup>327)</sup>。また、動物の生命や身体を保護法益として理解するのであれば、何故、愛護動物に対する虐待等が「みだりに」に行われた場合に限り、処罰対象となるのかを説明することもできないだろう。

以上に鑑みれば、わが国の法状況を前提とした場合でも、①動物保護を公共的法益として理解する立場が解釈論的に見てより穏当な立場であるように思われる。ただし、第二章第三節第二款3.の議論が示唆するように、動物保護が公共的法益として評価される範囲は、動物愛護管理法による保護が及ぶ範囲に限られることになるだろう。

そのため、仮にわが国の判例・通説のように、公共的法益の正当防衛適格性及び緊急避難適格性を肯定する立場を採用するのであれば、行為者らによる動物保護行為が本当に公共的法益のための防衛たりうるのかについての認定を具体的に言う必要があるだろう。

これに対し、私見のような立場を前提とすれば、動物保護のための正当防衛・緊急避難は一律に成立しえないため、そのような認定は不要となる。なお付言すれば、私見においても、動物虐待事案につき、私人による現行犯逮捕は可能であるため、動物虐待に対する対抗行為が一切できないわけではない点に留意を要する。

---

たり Vgl. Carolin Raspé, Die Tierliche Person, 2013.)。

あるいは、例えば、Ulfrid Neumann が述べるように、伝統的な人格的法益論 (personale Rechtsgutlehre) から利益を基礎に置いた法益論 (interessenbasierte Rechtsgutlehre) へと移行すれば、少なくとも動物の福祉を刑法上保護に値する利益として適切に考慮することは可能になるのかもしれない (Vgl. ders., a.a.O. (Fn. 167), S. 798 f.)。

これらの構想に依拠する場合には、動物の法益主体性を肯定する積極的基礎づけが可能となるかもしれない。しかし、これらの構想は、本文中で後述するように、少なくともわが国の現行法との立場とは整合的ではないため、立法論の域を超えるものではないように思われる。

327) 三上・前掲 (注 123) 76 頁。

## おわりに

以上の検討を通じて明らかにしたことは、以下のとおりである。

1. ドイツ法の議論状況が示すように、動物虐待に対する正当防衛・緊急避難の成否を検討するにあたっては、①公共的公益の正当防衛適格性・緊急避難適格性が肯定されるか、また②動物保護又は動物の利益が個人的公益に位置づけられるのか、それとも公共的公益に位置づけられるのかという二つの問いが重要な意味を持つ。

2. ①の問題につき、ドイツの通説は、公共的公益の正当防衛適格性を肯定する一方、緊急避難適格性を否定する立場を採る。しかし、このような別異取扱いを認める積極的基礎づけが提示されておらず、十分な説得力を持ちえない。

他方、わが国の判例・通説は、公共的公益の正当防衛適格性・緊急避難適格性を肯定した上で、その成立範囲を国家公共の機関の有効な公的活動を期待し得ない極めて緊迫した場合に限定する。ただし、ドイツ法の議論状況を参照する限り、このような限定が十分といえるかについては疑問が残る（なお付言すると、判例・通説の立場を前提とする場合、限定理論をより深化させる上で、ドイツ法の議論には一定の参照価値が認められうる）。

上記の限定は、もともと国家による実力独占原則との整合性を保つ観点から主張されているが、このような観点を重要視するならば、私見のように、公共的公益の正当防衛適格性・緊急避難適格性をいずれも否定する立場を採用する方がより適切であると思われる。

3. また、②の問題については、日独の法状況を踏まえる限り、少なくとも解釈論上は動物保護又は動物の利益を個人的公益として想定することは困難である。そのため、現行法の解釈論としては、動物保護を公共的公益として解釈せざるを得ない。

4. わが国の判例・通説の立場を前提とする場合、動物虐待に対する正当防衛・緊急避難の成立可能性は原理的には肯定される。ただし、現実には正当防衛・緊急避難が認められるためには、㊦具体的事案で問題となっている動物保護行為が、公共的公益、換言すれば動物愛護管理法による法的保護を受ける利益を防衛していると評価できること、㊧侵害者による動物虐待が、国家公共の機関の

有効な公的活動を期待し得ない極めて緊迫した場合にあたる必要がある。それゆえ、日本法を前提とした場合、動物虐待に対する正当防衛・緊急避難の成立範囲は極めて限定的なものとなる<sup>328)</sup>。

これに対し、私見によれば、動物虐待に対する正当防衛・緊急避難の成立可能性はそもそも原理的に否定される。ただし、(わが国の判例・通説によるにせよ、私見によるにせよ) 私人による現行犯逮捕の限度で正当化を認める余地はありうるため、動物虐待事案において一切の対抗行為が認められないという結論にはならない。

[付記] 本研究は、東京経済大学 2020 年度個人研究助成費（研究番号 20-30）及び JSPS 科研費 JP21K13209 の助成を受けた研究成果である。

---

328) 同趣旨の指摘を行うものとして、三上・前掲（注 1）100 頁注 26