

一. 反対質問

. 本問の検討について、Yの過失の内容をどのように考えるか。

二. 立論

. 学説の検討

1 緊急避難の法的性質について

この点は弁護側もB説(違法性阻却事由説)を採用する。

2 動物防衛の成否について

P説 動物防衛否定説(緊急避難説):「不正の侵害」は人間の行為に限られ、動物による侵害に対しては緊急避難が成立する。

Q説 動物防衛肯定説(正当防衛説):「不正の侵害」は人間の行為に限られず、動物による侵害に対しても正当防衛が成立する。

行為以外の事実についても違法な状態という観念を認めるとすれば、動物の侵害も「不正」という要件を充たすことになる。しかし、動物には侵害行為はない。思うに、規範は人に向けられているものであるから、人以外に違法な行為をなさない。また、侵害が飼い主の故意・過失に基づく場合には、飼い主に対する正当防衛が成立するので不都合はない¹。したがって、P説を採用する。

3 自招危険の成否について

(1) 検察側は-2説を採用する。しかし、一体いかなる場合に「社会的相当性」がないとされ、緊急避難が成立しないのかが正に問題となるのだから、単に社会的相当性がないというだけでは、直接の回答になっているわけではない。結局は、緊急避難が成立しないと解すべき場合には成立しないという以上の説明は得られない。-3説のような厳密な理論構成を試みることなく処罰を基礎付ける点で妥当でない²。

(2) 弁護側は原因において違法な行為説(-3説)を採用する。すなわち、最終的に生じさせた法益侵害について、その直接的惹起行為である避難行為との関係ではその惹起は緊急避難として違法性が阻却されるが、緊急行為以前に遡り、危険の自招行為を介して法益侵害を惹起したことを理由に犯罪の成立を肯定する。事前の「危険」を招く行為の段階の責任(故意・過失)の内容により成立する犯罪は限定される³。

4 可罰的違法性について

(1) 可罰的違法性とは、行為の違法性が刑罰という強力な対策を必要とし、それに適するような質と量をもっていることである。可罰的違法性がなく犯罪の成立が否定される場合としては、量の問題として被害法益が軽微な場合(絶対的軽微型)と、質の問題として被害法益は軽微とはいえないが衝突する他の法益等諸般の事情を考慮すると処罰に値する程度とはいえない場合(相対的軽微型)とに分けられる⁴。

(2) そして、可罰的違法性の体系的地位について、構成要件該当性阻却説(甲説)と違法性阻却説(乙説)とで争いがある。

思うに、可罰的違法性とは違法性の実質に関する問題である。それに対して構成要件該当性は犯罪の典型的意味を定めるものであって、その実質的な程度までを問題とすべきではない。構成要件該当性の判断をするにあたって、常に違法性の実質に関する検討までを必要とするのであれば、構成要件該当性判断と違法性判断との質的違いがなくなってしまう⁵。したがって、乙説を採用する。

. 本問の検討

1 Xが犬に投石した行為について、動物傷害罪(261条)が成立しないとする点は、検察側の . 本問の検討の1につき弁護側も同意する。

2 XがYを突き飛ばした行為について、傷害罪(204条)の構成要件に該当する点は、検察側の . 本問の検討2につき弁護側も同意する。

もっとも、かかる突き飛ばし行為はXがドーベルマンに追われ、逃げるためであった。このことはXの罪責にいかなる影響を及ぼすか。動物防衛、自招危険、可罰的違法性それぞれにつき以下検討する。

(1) まず動物防衛を検討する。犬がXを追いかけたことにつき飼い主Yの故意・過失が認められ、正当防衛(36条1項)が成立し違法性が阻却されないか。

ア Yはドーベルマンという大きく力の強い犬の首輪を外した上、宅急便に気をとられ犬から目を離している。したがって、犬が玄関の柵を越えたことについて、Yの過失が認められる。よって、ドーベルマンの攻撃は人間であるYの行為の延長といえ、「急迫不正の侵害」といえる。

イ そして、かかる「急迫不正の侵害」に対して、「自己の」生命・身体という「権利」を守る意思で、侵害の原因であるYに対して防衛行為を行った。さらにXは速度を緩めればドーベルマンに追いつかれるおそれがあり、横幅がわずか1.5mしかない道の真ん中をゆっくりと歩行するYにぶつかることなく逃げ続けることは困難であり、Xには防衛行為に出る必要性がある。また、犬の攻撃に対するものとして素手を用いており、行為の相当性がある。

ウ また、たしかに犬の攻撃はXの投石により、Xが自ら招いたものともいえる。しかし、原因において違法な行為説を正当防衛についても用いると、Yへの突き飛ばし行為について正当防衛が認められる。投石行為についてはまとめて後述する。

したがって、XがYを突き飛ばした行為に正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却される。

(2) 自招危険について、仮にYに過失がなく正当防衛が成立しなかったとしても、突き飛ばし行為につき緊急避難(37条1項本文)が成立しないか。

ア まず最終的に生じさせた法益侵害、つまりYに加療2週間の傷害を負わせたことについて、その直接的惹起行為である避難行為である突き飛ばし行為との関係では、その惹起は緊急避難(37条1項本文)として違法性が阻却される。突き飛ばし行為が緊急避難の成立要件に当てはまることは検察側も認めている。

イ 次に、事前の危険を招いた行為である、投石行為の段階における責任の内容により、いかなる犯罪が成立するか。

(ア) よもや犬への投石行為により、500m離れた地点にいるYに傷害を加えることは、投石行為時には予見できなかったといえる。したがって、結果の認識がなく、投石行為に傷害の故意犯の責任は負わせられない。

(イ) ではXに過失傷害罪(209条)が成立するか。

Xは犬に日頃から吠えられており、頻りにY宅付近を通っていたといえる。よってXは、普段犬が首輪をつけていたことを知っていたはずである。そして犬が首輪をしていなかったのは、たまたまトリミングをするところだったため、Xは犬が首輪をつけているものと思っていたといえ、首輪が外れた犬が襲いかかってくる結果は予見できなかった。したがって、Xには予見可能性がなく過失犯は成立しない。

(3) 可罰的違法性について

さらに、仮に投石行為や突き飛ばし行為についてXに過失があったとしても、可罰的違法性がないとして違法性が阻却されないか。

ア 可罰的違法性の分類について、本問の被害法益であるYの身体は軽微なものとはいえないから、相対的軽微型に分類される。

イ 本問においてYが過失により犬の首輪を外したまま目を離した行為、Xが石を犬に投げつけた行為、Xの身体・生命という法益など諸般の事情を考慮すると、犬に向かって石を投げた行為は傷害罪として処罰するに値する程度違法なものとはいえず、Xは罪責を負わない。

3 以上より、Xには傷害罪(204条)は成立せず、過失犯も成立しないため、不可罰となる。

以上

¹ 団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(1990)創文社237頁

² 山口厚「自招危険について」刑事法学の課題と展望(1996)成文堂203,204頁

³ 山口厚『刑法総論(第2版)』(2007)有斐閣149頁

⁴ 大塚仁『刑法概説(総論)』(第4版)』(2008)有斐閣370頁

⁵ 大塚・前出370,371頁