九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

「刑法を学ぶ際の基本認識」について : 「刑法」とはいかなる学問か?

伊藤, 司
九州大学法学部助教授

https://doi.org/10.15017/2098

出版情報 : 法政研究. 64 (4), pp.219-230, 1998-03-25. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

研究ノート

「刑法を学ぶ際の基本認識」について—「刑法」とはいかなる学問か？

伊藤　司

一　（刑）法は「人間」を相手とした学問である。このことは至極当然で当り前のように思われるかもしれませんが、要するに、「刑罰を科するのも人間であり、刑罰の対象となるのも人間である」ということです。他の動物や自然といったものは「人間社会」に関係する限りでのみ（刑）法との関係がでてきうるのです。もっとも、今日においては地球上至るところに「人間」が満ちあふれ、「刑法」がいかなる性質の学問かなどということはあえて問題とする必要もない程自明になっているともいえましょうが、地球上には「人間＝人類」以外の動植物・自然も存在しますので、「（刑）法」というのは「人間＝人類社会の法」であり、良かれ悪しかれそのような制限付きのものであるという点を頭の片隅にでもとどめておいてほしい訳です。たとえば、フランスを中心としたヨーロッパ中世においては、人間を殺傷した動物、豚であるとか牛・馬であるとかが文字通り「裁判」にかけられ絞首刑であるとか、火あぶり刑であるとか、といった刑罰に処せられたという歴史的な資料が残っております。このほかにも、様々な虫類、バッタであるとか、その他農作物に害を加える虫を破門にするため教会の裁判所で裁判にかけたであるとか、その際、ちゃんと弁護士が付いて虫が法廷までやってくるには小さすぎるので時間がかかってやってこれないのだとか、途中に天敵がいるので遠回りして時間がかかっているのだとかと弁護したのだそうです。そして、虫類のために代替地を要求したとかという話もあるようです（池上俊一『動物裁判』（一九九〇））。なぜこういうことが行われたのかについては諸説あるようですが、こういう手続を踏んで「裁判」にかけるという意味で、中世ヨーロッパ人—多少は今日にもつながっていることでしょう—の法意識と時間感覚がうかがえるように思われます。いずれにせよ、「刑法は人間に関する学問である」と捉えた場合、動物・虫類が直接「法廷」の場に登場してくることはありえないことになる訳です。たとえば、近頃、奄美大島のアマミノクロウサギであ

るとかアマミヤマシギであるとかが訴訟を起したといった事があったりしますが、これは行政訴訟の場合ですが、人間が代理人としてあらわれているならばともかく、動物だけですと「却下」ということにもなる訳です。

二　刑法の議論においては、「違法にふるまう自然という怪物」という議論があります（森下忠「対物防衛と違法状態」岡山大学法経学会雑誌五号（一九五四）五一頁以下）。これは、みなさんもすでに前学期に「ロー・スクール・セミナー」において実務家の先生方から「犯罪論」のあらましをお聞きになったかもしれませんし、全学共通教育（＝教養教育）「周辺教養科目」の「少人数教育」として本学部内田博文教授の「刑法入門」ゼミを受講した方もいらっしゃるかもしれませんし、または司法試験受験のためのサークルである「松法会」の「入門講義」を聞かれたとか司法試験の予備校に通っていらっしゃるとかあるいは独学で一通り刑法の教科書を読んだという方もいらっしゃるかもしれませんが、それから来年度内田教授は通年にわたって「刑法第一部＝刑法総論」の講義を行われるようですが、――内田教授はこの「法政総合基礎講義」でも名簿上最後として予定されている第一一回目に講義されることになっているようですが――要するに、「刑法総論」ではドイツ刑法流の「三分体系論」というのがやかましく言われておりまして、ある犯罪が成立したか否かを検証する手段として、構成要件該当性・違法性・有責性という三つの要素を充足することが原則として必要なのだという訳です。この三つの要素を充足したというのは、みなさんすでに前学期からさきほどの「ロー・スクール・セミナー」において「民法」を学んでいるようですし、または正規の講義として全学共通教育としては「民法入門」および「私法入門」、法学部としては「民法第一部」であるとか「民法特殊講義」であるとかを学んでいるようですが、民法の講義である「法律要件」を充足すればある一定の「法律効果」が発生するということを聞いたかとも思いますが、民法七〇九条不法行為が刑法にとって参考になる典型例といってよいと思いますが、この関係を刑法に引きうつして対応させて考えると、「法律要件」充足というのが構成要件該当性・違法性・有責性という判断にあたり、「法律効果」というのが「〜の刑に処する」というのにあたるというふうに考えることができると思います。しかし今日の実務においては、法律要件にあたる部分についてよりもほとんどもっぱら法

律効果にあたる部分をめぐり、どの程度の刑にしたらよいのか、つまりいわゆる量刑論＝刑の量定をめぐっての争いに終始しているといっても過言ではないようにも思われます。このことは、法律要件をめぐる争いについては特に判例上ほとんど議論が固まってしまっているためといえるでしょうが、このように法律要件↓法律効果という形でつねに一方通行に議論が進められる訳ではなく、法律効果↓法律要件という形でフィード・バックして考えてみるべき場合もあるはずで、特に法律要件が侵害犯なのか危険犯なのか、危険犯だとして具体的危険犯なのか—たとえば刑法典一〇九条二項や一一〇条一項では、放火罪の規定ですが「公共の危険」という文言が掲げられているのでこれは条文上「具体的危険犯」であることを予定しているようにも思われる訳です—抽象的危険犯なのかはっきりしないという場合、判例と学説に争いがありいずれが妥当なのか検討してみる必要がある場合、法律効果たる「法定刑」が拠り所になるはずなのです。というのは、立法者はこの犯罪はこの程度の違法性・有責性があると考えて具体的に法定刑を設定したはずですので、その法定刑をみれば逆に法律要件がどの程度の違法性・有責性を備えた行為を前提としているかがわかるはずなのです。このように、今日においては法律要件の解釈は判例上ほとんど固まっているといって言い過ぎではないという場合でももう一度洗い直してみることが必要な場合もあるでしょうし、よくよく検討してみたらやはり判例の理解は妥当であったということもありうる訳です。

いずれにしましても、この「法律要件」についてドイツ刑法流の考え方では「三分体系」に則って捉えている訳ですが、この三分体系というのはほぼ客観的なものから主観的なものへと判断するような形になっている訳であり、まず刑法の条文があるのかないのかという判断をやっておかないといたずらに当該被疑者なり被告人なりの一身上の事情なりプライバシーなり主観面なりに入り込み国家権力が余計な介入をすることにもなりかねませんので、条文がない以上はじめから「刑（事）法」の問題とはしないものとして—このような捉え方がいわゆる罪刑法定主義、いかなる犯罪を犯した場合いかなる刑罰が科せられるかについてはあらかじめ法律でもって定められていなければならないという原則によりよく合致すると思いますが。もっとも「構成要件」についての捉え方も歴史的・比較法的・理論的

に様々な捉え方がありまして捉え様によっては必ずしも個々の条文を前提としないようなものにもなりうる訳ですが—違法性・有責性の判断をするまでもなく国家権力が介入をさし控えるために都合のよい体系になっていると思いますが、違法性についても条文を前提としたうえでその条文が予定している「利益」なり「価値」なり—立法者は何らかの利益なり価値なりが侵害されるから当該条文を設けたはずですので。このような利益・価値を「法益」、法によって保護される利益・価値と呼んでいますが—が損われたのか、それとも危険にさらされただけなのか、それとも条文が前提とした利益・価値をそもそも損いえない行為であったのかが問題とされるのです。このように、あくまでも条文を前提としたうえでの利益・価値という形で問題にすれば、単なる道徳違反であるとか何となく気にくわないであるとかといった理由で「処罰」されることはなくなるはずな訳です。そして、三番目に被告人の主観的・一身的な事情を問題にして具体的に有罪なのか無罪なのか、有罪だとしてどの程度の刑に処したらよいのかを決めようという訳です。

このような捉え方からすると、いわゆる三分体系というのも一定の合理性なり存在価値があると思いますが、その「違法性論」の中に、「客観的違法性論」というのと「主観的違法性論」というのがあって、主観的違法性論というのは責任能力—責任能力というのは一四歳未満は処罰しないということがありますが刑法四一条、そのほか刑法三九条の心神喪失・心神耗弱ということになると弁識能力がなかったとかあっても制御能力が欠けていたとかあるいは相当減弱していたといったことが問題となる訳ですが—がある人が違法行為を行ってはじめて違法といえるのだとしていわば違法論と責任論の順序を逆に捉え、構成要件該当性・有責性＝違法性という形で捉える考え方といってよいと思いますが、なぜ「主観的違法性論」者がそのような主張をするに至ったのかというと、責任能力のある人の行為を問題とすることなく客観的に違法性というものを捉えると、責任能力のない人はもとより、動物やその他の自然災害・台風であるとか地震カミナリであるとかといったものについても客観的には違法であるという判断が成り立ちうることになってしまうであろう。これでは「違法にふるまう自然という怪物」を刑法上認めることにもなり、ヨーロッパ中世の刑法に逆戻りしてしまうことにもなりかねま

いという訳です。しかしこのような議論は「刑法は人間に関する学問である」という大前提を忘れてしまっているないし看過しているものといわざるをえないように思われます。もっとも、キリスト教では『旧約聖書』をみると人間が動植物を支配することを認めていますので、キリスト教的な観点からは「人間の法」で「動植物」を裁いてもあながちおかしいとまでいえないかもしれませんが、「自然災害」については、―旧約聖書は人間が土地を支配することは認めているようですが―カミナリとか台風とかいった場合人間の支配下にはないとすると、万物の創造主たる「神」の仕業だとすると「天罰」ということにもなりそうですが。いずれにせよ、今日のわれわれとしては、「動物」に「刑罰」を科する必要はないのであって、「自然」が「刑法」にかかわりをもつとしても個々具体的な事件をめぐっての限られた範囲内においてのみであるという点に留意しなければならないのであって、「違法にふるまう自然という怪物」という議論を具体的な刑法解釈を離れて一般的・抽象的に論ずる必要はないというのが、「刑法は人間に関する学問である」という視座の帰結であるべきはずな訳です。ここでこういう事例があるのです。おいが遺産目当てにおじさんを雨天の丘へ登らせた。おいはおじさんがカミナリにあたって死ぬことを願っていたのだがこの場合殺人罪ないし殺人未遂罪は成立するか？最近結構カミナリが落ちたというニュースがあったりするようにも思いますが、カミナリが落ちるか否かは多分に偶然性に左右されるとしますと、カミナリ自体の落雷が「違法」であったか否かを問題とする以前に、そもそも殺人「行為」といえるのかが問題となる訳です。殺そうと思ってそういう行為に出てそういう結果が発生すれば「殺人行為」ありとしてもよいというのも一つの考え方でしょうが、そのような偶然性の強い手段によって思い通りの結果を得たとしてもそのような可能性の低い手段は「殺人行為」とはいえないとすると―「行為」を構成要件の中で捉えるか、構成要件の前で捉えるかについては争いがありますが、判例は自然的・社会的行為といった形で捉える傾向にあるといってよいと思いますが―違法性を問題とする以前に、カミナリがはたして違法なのか否かを問題にする前に、そもそも殺人「行為」とはいえないとしてはじめの段階で刑法の適用をさし控えることが可能になる訳です（前田雅英『刑法総論講義［第2版］』（一九九四）一六九頁以下）。

三　このほかに、具体的な刑法解釈はどういう状況にあるかというと、「人間」にかかわる以上たとえ相手が「動物」でも「刑法」が関与しうることを認める傾向にあるのは当然といえば当然ともいえましょう。しかし、動物―たとえば犬なら犬が―が襲撃してきた場合、刑法三六条の正当防衛が認められるのかそれとも三七条の緊急避難が認められるのかについては争いがあるのです。特に飼主なら飼主に故意も過失もない不可抗力といった場合、「人間の責任」に帰せられないことになるのでこのような場合は刑法三六条一項の「不正の侵害」という概念になじまないのではないかという訳です（小暮得雄「正当防衛」日本刑法学会編『刑法講座第2巻』（一九六三第一刷・一九七六第一六刷）一三三・一四五頁注（九）、など）。ここでは、動物を殺傷した場合動物傷害罪として刑法二六一条が問題となる訳ですが、動物は「物」として所有権の対象として保護されているのですが、その飼主の所有権と襲われた人の生命・身体が比較較量されているということにもなるでしょう。もちろんその動物から逃げられるような場合でもあえて立ち向かうべきことを勧めている訳ではなく、また立ち向かってもとてもかなわない場合もあるでしょうが、突然襲われてやむなく防衛したところたとえばその動物を殺してしまったという場合、―このような場合を一般に「対物防衛」といいますが―刑法三七条一項緊急避難だと「現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった限り、罰しない。」とあり、緊急避難の場合の「やむをえない行為」とは緊急避難が唯一無二の方法であったことが必要とされておりまして（内田文昭『改訂刑法Ⅰ（総論）〔補正版〕』（一九九七）一九八頁）、―このことを一般に「補充の原則」と呼んでいますが―それからその動物を何も殺すことはなくていためつける程度でひるんだであろう、これに対し人間の方は軽微な傷害＝ひっかき傷程度にとどまったであろうという場合、―動物と人間の法益を厳密に比較較量しうるのか疑問ともいえるでしょうが―動物の生命そしてそれに伴う所有権を全く失わせてしまった場合、人間の軽傷＝ひっかき傷より重いという判断も成り立ちうるとすると緊急避難にはあたらないという判断にもなりうるのではないかと思います―このような比較較量を「法益権衡の原則」と呼んでいます、内田（文）・前掲一九九頁。この点たとえば、とっさにその動物―猫でもいい訳ですが

―を路上なり壁なりに打ちつけたところその一撃で死んでしまったという場合、緊急避難では有罪となる可能性もあるのではないかと思われる訳です。しかしそのような場合、人間に対してならば正当防衛が認められるのに相手がたまたま動物であったばっかりに緊急避難しか認められず、その襲撃を甘受するか所有権侵害として刑法二六一条動物傷害罪―この犯罪の法定刑は「三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金若しくは科料（とがりよう）」ということですので懲役は一月以上ですが刑法一二条一項、科料もありますので刑法一七条によると最低は千円以上で一万円未満ということですので相当程度軽微な行為まで捕捉する形になっている訳ですが―で処罰される可能性があるのに対し、刑法三六条一項正当防衛の「急迫不正の侵害」と認められれば、正当防衛の場合唯一無二の方法・手段とはいえなくてもまた必ずしも結果が釣り合いのとれないような事態に至った場合でも、正当防衛として無罪とされる可能性がない訳でもないのです。たとえば、最二小判昭和二六年三月九日刑集五巻四号五〇〇頁は、―戦後直後の事案でどの程度現在も通用しているか疑問の余地がない訳ではないでしょうが―正当防衛行為者たる被告人は旧満州から引き揚げて山林の開墾に従事していたのですが、ある日山林の開墾地内から薪木＝たきぎ・まきを窃取して帰ろうとした（在日）朝鮮人に対しその被告人が「そんなに薪木＝たきぎ・まきを持って行っては困るではないか」と申向けたところ、同人が「なにっ」と言い乍ら杖にして居た長さ約四尺直径約二寸五分の雑木の生木を以て打ち掛かって来たので之を奪い取った折柄、同人が尚も素手で自己に組付こうとする勢を示した為同人の頭部を右生木を以て一回殴打して傷害を加え因て同人をして其の頃同所に於て死亡するに致らしめたという事案について「正当防衛」が成立しうるかが問題となっていますが、刑法三六条一項正当防衛または盗犯等の防止及処分に関する法律一条一項もしくは二項―これは窃盗犯人に対して殺傷が行われた場合や住居侵入した者について防衛行為が行われた場合の特別規定ですが―の適用について、原審は「被告人の右所為は、未だ急迫不正の侵害に対し已むを得ざるに出でたものと謂い得ない」（五〇九頁）ことを理由にしりぞけた訳ですが、最高裁は、「生木をもって打ち掛ってきた本件被害者が生木を奪い取られてもなお素手で組付こうとする気勢を示したことは特段の事情のないかぎり急迫不正の侵害があったものといわなけれ

ばならない。」と判示しており、被告人は一度左肩のあたりを殴られているようですが二度目にその生木を奪い取ったけれどもその朝鮮人の方が素手で組付こうとしたので組付かれては大変と一度頭を殴ったということのようですが、従って生木を奪い取った段階でもなお急迫不正の侵害は継続しているとみたようですが、それから最高裁は「従ってこの場合被告人が自己の権利を防衛するため反撃に出ることも已むを得ないところであり、反撃行為として奪い取った生木で相手方を殴打することも防衛行為として已むを得ない場合もあり得るのである。」としつつ、本件の具体的事態の下において「特段の事情のないかぎり被告人の防衛行為は正当防衛に該当する」として原判決を破棄・差戻ししているのです（五〇二頁。なお、最一小判昭和二四・八・一八刑集三巻九号一四六八頁参照）。従って、高裁としては「正当防衛」が成立しうる事案であることを前提に、それを否定する「特段の事情」があるかないかを調べ直し、また「過剰防衛」にあたらないかも検討すべきことになる訳ですが、いずれにせよ、本件事案は咄嗟の間に行われた一連の行動であるようにもうかがえます（五〇四頁以下）が、そうだとすると打ちどころが悪く相手が死亡するという結果が発生しても瞬間的な出来事である場合なお「正当防衛」とする可能性が認められていることになるでしょう（この点、同種の事案として、最一小判昭和四四・一二・四刑集二三巻一二号一五七三頁があり、盗犯等の防止及び処分に関する法律一条一項の正当防衛を否定し、刑法三六条二項の過剰防衛の成立を認めた原判断を正当であるとした判例として、最二小決平成六・六・三〇刑集四八巻四号二一頁があり、過剰防衛を認めた判例として、最二小判平成九・六・一六刑集五一巻五号四三五頁があり、いわゆる誤想過剰防衛に当たるとして刑法三六条二項により刑を減軽した原判断は正当であるとした判例として、最一小決昭和六二・三・二六刑集四一巻二号一八二頁があるほか、下級審においても、たまたま運悪く死亡という「結果」が発生してしまった場合について「正当防衛」とみたと思われる事例として、大阪高判昭和六二・一・二七判時一二二八号一四一頁・千葉地判昭和六二・九・一七判時一二五六号三頁と「防衛行為」自体からして死亡という結果を招きかねない高度に危険な態様のものであった場合について「過剰防衛」とみたと思われる事例として、東京地八王子支判昭和六二・九・八判時一二五六号一二〇頁、などがありま

す）。

しかし、大審院時代の判例の中には、飼犬と飼犬の争いに対し自己の飼犬を救おうとして猟銃を発砲した場合について「緊急避難」とみた事例があるのです（大判昭和一二・一一・六大審院裁判例一一巻刑法刑事判例八六頁）。事案は、英セッター種の猟犬に対して土佐犬が咬付いたのに対し飼主側が制止してくれなかったのでやむなく猟銃でその土佐犬の尾部に発砲しけがをさせた行為について、英セッター種の猟犬の方が四、五百円ないし六百円位と土佐犬百五十円より高価であったことを理由に「緊急避難」の成立を認めたものですが、大審院が緊急避難の成立を認めたのは弁護人が本件は緊急避難であると主張して上告したことも理由としてあげられると思いますが、二審は刑法二六一条動物傷害罪の成立を認めたのです。本件では番犬である土佐犬の飼主側の主張と猟犬の所有者の主張に食い違いがみられ、二審では—土佐犬のそばにいたのは飼主の妹だったようですが—その飼主の妹の証言が認められ、猟犬と土佐犬がじゃれて遊んでいたら猟犬の持主が突然発砲しようとし土佐犬が逃げ出したのを追いかけて発砲したのだという証言が認められて有罪となったのに対し、弁護人は上告趣意の中で土佐犬は身体も大きく闘犬として日本で一番強い犬であり身体の小さな猟犬とじゃれて遊ぶなどということはありえないのであってまた飼主の妹が土佐犬を猟犬にけしかけたのだと主張したのです。ほうっておくと猟犬は死んでしまうか使い物にならなくなるから持ち合わせた猟銃で土佐犬の尾部に発砲したという訳です。土佐犬はつないでなかったようですが、その点に「過失」があるとすると「正当防衛」が認められるということにもなるでしょうし、飼主の妹がけしかけたのだとすると「故意」行為に対する正当防衛が認められる余地があったということになるでしょう。しかし大審院判示においては、英セッター種の猟犬が土佐犬所有者方に差しかかったところその「番犬ハ遽ニ右猟犬ニ迫リ来リ之ヲ該路上ニ咬伏セタルヨリ被告人ハ大ニ驚キ…家人等ニ対シ番犬ノ制止方ヲ求メタルモ同人等ハ応セス」（八七頁三段・四段）とあるのみで、「家人等」ないし「同人等」のなかに飼主本人がいたのか否かは不明です。犬をつないでおかなかった点に過失が認められた場合や飼主がいて止められたとすれば—闘争中の土佐犬は飼主でも止めがたかったとすればやはり過失を問題としなければならないでしょうが—その不作為は違法で

あるということにもなり「正当防衛」が認められる余地が出てくるでしょう。しかし不可抗力であったという場合、きちんとつないでおいたにもかかわらず逃げ出したとか、オリの中に入れておいたにもかかわらず破って逃げたといった場合、しかも止められないとなると「人間の責任」が認められないことになり「人間の責任」を問題とする見解からは「正当防衛」は認められないということにもなる訳です。本件の場合はたまたま猟犬の方が土佐犬より高かったので「緊急避難」が認められましたが、猟犬の方が安い場合緊急避難は認められないということにもなる訳です。動物対動物の争いの場合、「自然界」では日常的にみられる現象でもあり、—もっとも、たとえば「自然界」の典型例が存在すると考えてよいようなアフリカでも「国立公園」といった形で「密猟」を阻止して動物を保護するということが行われており、「人間」が関与している訳であり、逆に、われわれの日常生活でも、トンビやタカがスズメをとるといったことがある訳ですが—所有権の対象物とはいえ「正当防衛」とするのにいささか抵抗感があるというのもわからないではないが、少なくとも「人間」が一方当事者としてあらわれた場合、人間が動物を襲ったり動物が人間を襲ったりした場合、日常用語としても「不正の侵害」として捉えることは必ずしも違和感がある使用法とも思われず、ことに正当防衛の場合、正当防衛と思われる行為を行った者が違法阻却してもらえるか否かが第一義的に重要な問題だとすると、—侵害者である「被害者」の法益保全といったことも問題となりうる訳ですが—「不正の侵害」というのもやはり第一義的には正当防衛行為者にとっていかなる意味をもちうる事態であったかを問題にすべきであるとすると、大審院の事例がたとえ不可抗力であったとしても「正当防衛」とみてさしつかえないと考えるのです（「対物防衛」を「正当防衛」とみるための比較的詳細な理由づけとして、内藤謙『刑法講義総論(中)』（一九八六）三三八—九・三〇四—六・三一七以下・三四五—七・六七一頁参照）。要するに、「自然界」における自然動物相互の争いを除き、「人間」が少なくとも一方当事者としてあらわれた場合、従って、自然動物対人間の争い、人間に飼育されている動物対人間の争い、そして人間に飼育されている動物相互の争い（いずれが「不正の侵害」を加えたかの見極めが難しい場合もあろうが）、のいずれについても「正当防衛」が成立することになりうる訳です。このよう

に解すると、一方に「人間」があらわれさえすれば地震であれカミナリ・台風であれ、あるいは木が倒れかかってきた場合であれ、すべて「正当防衛」になるのではないかということにもなりそうですが、地震・カミナリ・台風といった自然現象をわれわれが「処罰」する必要はないのだし、それらに対して「正当防衛」すると考える必要も恐らくないであろうし、木が倒れてきた場合は正当防衛と考えても悪くはないが、倒れてしまえばすでに「急迫不正の侵害」はなくなっている訳であろうから後片付けの問題になってしまうであろう。問題は私見によればほとんどすべての事態が「正当防衛」となってしまいはしないかにあり、たとえば大雨で田圃に水があふれ苗が死んでしまわないよう下方にある他人の田圃に水を流したといった場合も大雨に対する正当防衛になりはしないかが問われることにもなろうが、この場合は他人に災害を転嫁するのであるからその他人との関係では「緊急避難」とみるのが妥当であろう。正当防衛は正対不正の関係であるのに対し、緊急避難は正対正の関係であるとして両者の違いが指摘されるのが一般的ですが、そうすると正である緊急避難行為者に対しても正当防衛が行われることになって不当ではないかという理論的問題があるのです。この点については、感覚的には、侵害を自分で甘受するか他人に転嫁するか選択しえた緊急避難行為者と転嫁された第三者では、同じ正とはいっても第三者の正の方がその度合が高いのではないかと思われ、第三者にとってはその転嫁行為は「急迫不正の侵害」であったとみてさしつかえないと考えますので、第三者は「正当防衛」を行うことも可能であることになります。（緊急避難行為者も「緊急避難」を行うことが可能な訳ですが、それぞれの条文に従って刑法的評価がなされることになる訳です。いずれも官憲の援助を頼む暇のない場合のことであるとすると、行為の時点ではこのような形での当事者間の事態処理も認めておかなければならず、正式な刑法的評価は裁判所に委ねざるをえないでしょう。―以上、のちに追加）必ずしも詰めて考えた訳ではないのですが、今のところ以上のように考えております。従って、動物に対してであれ責任無能力者に対してであれ子供に対してであれ相応の「正当防衛」ができることになります。このように、「刑法は人間に関する学問である」という前提はこの場面においては積極的に「正当防衛」を認める方向で機能することになる訳です。

四　かくして、刑法の具体的事例において一方当事者として「人間」が「存在」しているか否かを問題とすれば足りる場合については、「人間の意思」まで踏み込む必要はないということになるでしょう。

※　本稿は、九州大学法学部一九九七（平成九）年度後学期「法政総合基礎講義」（＝一年生対象の低年次専攻教育科目）のための原稿と当日（＝一九九七年一二月五日）の講義をほぼそのままの形で（但し、本文掲記の部分のほか、シラバス関係について若干補足した）掲載したものである（但し、団藤重光博士の「人格形成責任論」についての部分は割愛した）。いまだ完成をみていない「環境（刑）法各論―人間と動物の関係についての刑法的考察―」（仮題）の研究を続けている際に思い至った事柄を中心に講じてみたものである。講義の性質上参照は最小限にとどめ、議論もいささか緻密さに欠ける面があるかもしれないが、私見の骨子はわかって頂けるものと思う。