

令和6年度特色入試問題

《法学部》

小論文試験

100点満点

(注意)

1. 問題冊子および解答冊子は係員の指示があるまで開かないこと。
2. 問題冊子は表紙のほかに14ページある。
3. 解答冊子は表紙のほかに8ページあり、そのうち「ます目」の部分が解答欄である。
4. 試験開始後、解答冊子の表紙所定欄に受験番号・氏名をはっきり記入すること。表紙には、これら以外のことを書いてはならない。
5. 解答はすべて解答冊子の指定された箇所に記入すること。
6. 解答に関係のないことを書いた答案は無効にすることがある。
7. 解答冊子は、どのページも切り離してはならない。
8. 問題冊子は持ち帰ること。解答冊子は持ち帰ってはならない。

課題文を読んで、以下のすべての問いに答えなさい（解答は横書き、句読点・括弧も1字分として計算する）。

問1

課題文①において、動物の利益を政治過程に取り込む方法としての“dedicated animal representatives”とはどのような制度か、300字程度で説明しなさい。なお、解答においては、“dedicated animal representatives”に適切な日本語を当て、その最初の箇所に下線を引くこと。

問2

課題文①②③の内容を踏まえて、動物と共生する社会における法・政治制度の望ましいあり方について、あなた自身の考えを1200字程度で述べなさい。

課題文①

Perhaps the most obvious way in which we might attempt to include animals' interests in the public good is by harnessing some of the existing mechanisms of liberal democratic governance. Actually, this has been the strategy of those who have set up the Dutch Party for the Animals^(*1) and its sister parties around the world. On this model, if enough people want to take animal interests seriously, they will vote for parties that do so or, if none exist, they will create them or change the mandate^(*2) of existing parties. And once these sympathetic policy makers are in power, they will ensure that the interests of animals help to shape the political destiny of the community.

One obvious problem with this approach, of course, is that it provides no *guarantee* that animals' interests will be so included. If there is little support among the electorate for such parties, then animals' interests will remain excluded. As a result of this, we might try and tweak^(*3) our political system in various ways in order to boost these parties' chances of electoral success. For example, we might agitate for^(*4) democratic reforms so that our electoral systems are more proportional. Newer and smaller parties have greater opportunities to get a foothold^(*5) in a legislature whose candidates are elected by proportional representation. We might also alter rules around campaign funding and access to the media so as to enable animal parties to compete fairly against the established parties. And, of course, we can also make efforts to join and direct established parties so that they take animal interests more seriously.

In addition to such steps, some scholars have proposed making more use of so-called 'deliberative fora' in policy making. Deliberative fora are town-hall meetings, citizen assemblies and other open, participative and deliberative events which are designed to get members of the political community thinking and talking about issues from a range of perspectives in an attempt to reach a common good. The idea is that through having dedicated time to hear from a number of experts and perspectives on an issue, citizens can overcome self-interest to make more informed and more community-focused decisions. Perhaps if we used

such fora more frequently, and ensured that the membership of animals was always acknowledged and spoken up for, human voters would become less self-interested. Not only would they see how animals are affected by the policy issue under discussion, but they might in turn become more inclined to select representatives who have incorporated the interests of animals into their mandates.

Although the use of these methods would be a step in the right direction, it could not *guarantee* the inclusion of animals. Even in the case of deliberative assemblies, there is no guarantee that participants will become more sympathetic to the interests of animals after deliberation; and, even if they did, that does not by itself give us reason to think that they will then come to select candidates favourable to animals. Under all of these tweaks, animal interests can still be excluded if that is what humans desire.

By way of response, some might argue that this is simply the price of democratic politics. Not all of our preferred political ideas can be implemented, and if there is insufficient will for something to be enacted through our usual democratic processes, then that policy must fall by the wayside. The problem with this response, however, is that it misunderstands the nature of the call to include animals as members. Animals have a *right* to membership. As such, the inclusion of animals in the public good is not just a policy preference but an obligation of *justice*: to exclude animals fails to respect their intrinsic^(*6) value. To illustrate, the correct response to the political exclusion of female, black, indigenous^(*7) and other disenfranchised^(*8) groups of humans is not to shrug our shoulders^(*9) and say, ‘That is the price of democratic politics’; rather, the right response is to *change* our system of politics so as to include these individuals. Because these groups have a right to membership, they thereby have a right to a political system that takes that membership seriously. And the same argument applies in the case of animals.

How might we change our democratic processes so as to include animals? In the case of excluded humans, enfranchisement has obviously been crucial. And while possession of the vote has proved no panacea^(*10), it has allowed these groups’ interests to both constrain and frame the political agenda. But, since animals cannot themselves vote, either directly on policy or for legislators to represent them, the prospects of including animals’ interests within the public good appear slimmer^(*11). One possibility might be to create some new institution, like an ‘ombudsman’ or ‘commission’, dedicated to the interests of animals. Brazil already has a ‘Permanent Technical Commission on Animal Welfare’. As things stand, of course, this commission works within a framework of domestic and international law which routinely violates animals’ intrinsic value. Nonetheless, a properly empowered panel of expert officials that ensures that the interests of animals are represented could be useful. In a reformed political system, such a body could be made up of dedicated ‘fiduciaries’^(*12) who are under a legal duty to advise the legislature on how best to incorporate animals’ interests and put pressure on it to do so.

The problems with this kind of proposal, however, are twofold. First, how can we guarantee that their work is listened to and taken up by the legislature? And, second, how can we ensure that these experts are effective in speaking up on behalf of animals? Both of these problems point to the conclusion that it is *democratically accountable representatives* within the legislature who should be doing this work, not some external body of experts. After all, in liberal democracies it is the job of representatives to feed the interests of their constituents^(*13) into the process of formulating policies in line with the public good. And it is a job for which they are held to account by their constituents. In fact, it is this kind of electoral pressure which

gives us some confidence that they will do a minimally effective job. So if we want animal interests to be included properly in policy making, this type of accountable representation is also crucial. Put simply, if we are to make good on animals' right to membership, we must also accept their *right to democratic representation* within the legislature.

But how can we fulfil such a right? One possibility would be to find some way to ensure that legislators *incorporate* the interests of animals in their deliberations and actions. However, as we have seen, relying on voters to elect such sympathetic policy makers leaves animals too vulnerable to exclusion. Perhaps, then, we might *demand* that all policy makers represent the interests of *all* members of their constituencies, including animals. It seems possible to constitutionally enshrine this duty and make legislators swear an oath to fulfil it upon taking office. And perhaps we could create certain other symbolic means to remind legislators of their duty in this regard. Constitutional recognition of the membership of animals within our communities, as well as recognition of their legal personhood^(*14), would surely have some significance.

The problem, of course, is that these policy makers would not have sufficient pressure to incorporate the interests of animals in this way. Since it is only their human constituents to whom they are accountable, and their human constituents whom they rely on to stay in office, it is reasonable to assume that policy makers will prioritize the interests of their human members.

Since we cannot rely on 'ordinary' representatives to incorporate the interests of animals, perhaps we ought to reserve a portion of seats in the legislature for *dedicated animal representatives*: that is, legislators whose sole task is to ensure that animal interests are heard, considered and weighed appropriately in the framing and formulation of public policies. The presence of these individuals within the legislature would *guarantee* the inclusion of animals' interests in their deliberations. These representatives, then, would seem to make good on animals' right to democratic representation.

However, a problem with this proposal becomes immediately obvious. Since animals cannot vote for legislators, nor understand or reflect on the quality of their representation, how can electoral pressure be exerted upon them to carry out their duties effectively? The answer would appear to lie in some kind of 'proxy^(*15) electorate' made up of humans. Of course, this reframes rather than resolves the existing problem. For how can we be sure that this proxy electorate will choose animal representatives who are dedicated to representing animals effectively? After all, candidates for these positions could simply appeal to human voters' self-interest to win the seat, thus failing to represent animals as they ought to.

One solution might be to limit the proxy electorate so that it is only made up of people who are concerned about the effective representation of animals, such as those from animal protection organizations. However, deciding who should comprise the proxy electorate is extremely difficult. For instance, it is not obvious which animal protection organizations count as the right ones and which should be excluded. Some individuals might claim that they have animal representation at heart but really wish to pursue alternative political agendas. And how do we decide? Moreover, by restricting the proxy electorate in this way, we also lose the opportunity to make the membership of animals a reality in the minds of human voters, something which will be crucial if such radical political reforms are to be secured and maintained.

Another possibility, then, is not to restrict membership of the proxy electorate but to restrict who can stand as a candidate. For example, we might demand that any individual running for a seat as an animal representative must not come from an established party but from a party whose constitution and mandate are focused on the representation of animals, such as the animal welfare parties we have examined previously. And we could ensure that these parties are ‘genuine’ by having judicial oversight to determine their eligibility. These candidates could then be selected by all the human voters in a constituency. Or perhaps they might be chosen by newly created ‘deliberative selection assemblies’ made up of a subsection of voters chosen by lottery. The job of participants in these assemblies would be to hear and take evidence from the various candidates, and from relevant experts, and to deliberate with each other before casting a vote as to who should be selected for these roles.

These of course are just initial suggestions on how a system with dedicated animal representatives might work. No doubt a great deal of further reflection, institutional experimentation and innovation is required. Still, the overall point is that the effective representation of animals is possible. With political will and imagination, animals’ rights to democratic representation - and thus membership - can be respected.

(註)

*1 the Dutch Party for the Animals 動物の権利や福祉の実現を目指すオランダの政党

*2 mandate 選挙人が議員に対して行う要求や指図

*3 tweak 微調整する

*4 agitate for~ ~を世間に訴える

*5 foothold 足場、足掛かり

*6 intrinsic 固有の

*7 indigenous 先住民の

*8 disenfranchise 公民権を奪う

*9 shrug our shoulders 手のひらを上にして肩をすくめる

*10 panacea 万能薬

*11 slimmer 少ない、不十分な

*12 fiduciary 受託者 (fiduciary relationship [信託関係] という法的関係の中で、相手方の信頼を受け、その者の利益のために行動、助言する義務を負う者)

*13 constituent 有権者

*14 legal personhood 法人格

*15 proxy 代理の

(出典) Alasdair Cochrane, *Should Animals Have Political Rights?* (Polity 2020) ch 6.

ただし、出題に当たって一部省略や改変を行った箇所がある。

Used with permission of John Wiley & Sons - Books from *Should Animals Have Political Rights?* by Alasdair Cochrane, 2020, permission conveyed through Copyright Clearance Center, Inc.

課題文②

第二 事案の概要

一 岩崎産業株式会社は、平成2年ころから、鹿児島県大島郡 α 1442番地外（奄美大島南東部に位置する。）に、18ホールの奄美オーシャン・ビューゴルフクラブのゴルフ場（以下「 δ ゴルフ場」という。）開発を計画しているところ、被告〔鹿児島県知事〕は、同社に対し、平成4年3月13日付けで、森林法に基づく林地開発行為の許可処分をした（以下「岩崎産業に対する本件処分」という。）。

二 奄美大島開発株式会社は、平成2年ころから、鹿児島県大島郡 β 918の1番地外（奄美大島北東部に位置する。）に、18ホールのゴルフ場（以下「 γ ゴルフ場」といい、 δ ゴルフ場と併せて「本件各ゴルフ場」という。）開発を計画しているところ、被告は、同社に対し、平成6年12月2日付けで、森林法に基づく林地開発行為の許可処分をした（以下「奄美大島開発に対する本件処分」といい、岩崎産業に対する本件処分と併せて「本件各処分」という。）。

三 原告らは、 δ ゴルフ場開発予定地及びその周辺には、アマミノクロウサギ（特別天然記念物。環境庁作成のレッドデータブックでは危急種とされ、国際自然保護連合（IUCN）作成のレッドデータブックでは絶滅危惧種とされている。）、オオトラツグミ（天然記念物、国内希少野生動植物種）など南西諸島独特の貴重種が高い密度で生息する地域であり、 δ ゴルフ場開発はこれらの動物の種の存続に大打撃を与え、また、 γ ゴルフ場開発予定地及びその周辺には、アマミヤマシギ（国内希少野生動植物種）、ルリカケス（天然記念物、国内希少野生動植物種、鹿児島県鳥）など貴重な動物相が見られ、 γ ゴルフ場開発はこれらの動物の種の存続に深刻な影響を及ぼすおそれがあるほか、調整池などの堰堤などの崩壊により周辺住民、土地利用関係者に被害が及ぶ危険があるところ、本件各処分は、森林法に違反する違法、無効なものと主張して、その取消し及び無効であることの確認を求めるものである。

（中略）

第四 終わりに

本件は、わが国で初めてアマミノクロウサギ等の野生動物を原告として提起された訴訟として注目され、一般には「アマミノクロウサギ訴訟」と呼ばれている。

δ ゴルフ場予定地を含む市崎地区は古くからアマミノクロウサギが多く生息する地域のひとつとして知られていたが、岩崎産業に対する本件処分がなされ、ゴルフ場開発によるアマミノクロウサギの生息地への悪影響を懸念した原告は、開発予定地及びその周辺地域で観察活動を行い、アマミノクロウサギの糞などの生息痕を発

見した。これが新聞報道されて教育委員会等がδゴルフ場予定地を再調査したところ、同様にクロウサギの糞が確認され、その後の事業者によるゴルフ場予定地内でのアマミノクロウサギの生息分布実態調査においても糞、体毛等の生息痕が確認された。岩崎産業に対する本件処分¹の審査のための被告による現地調査の際には糞も巣穴も見つからなかったと報道されている。なお、平成11年4月30日に当裁判所が行った検証においては、開発予定地から約1ないし2キロ離れたX地点及びY地点付近並びにZ地点付近においてアマミノクロウサギの糞を確認した。

岩崎産業に対する本件処分¹がなされた平成4年(1992年)は、日本列島ではゴルフ場開発をはじめとする「リゾート開発」が各地で行われていたが、他方、環境と開発に関する国連会議(地球サミット)においては、「リオ宣言」、「アジェンダ21」、「森林原則声明」といった森林における生物多様性の保護に関する重要な国連決議がなされ、生物の多様性に関する条約が締結され、翌平成5年にはわが国においてもこれが発効し、また環境基本法が施行されるなど、生態系保全、希少動植物等の生物多様性の保護や地球環境の保全に関する法体系整備の出発点となった時期でもあった。

その後、自然環境の保全に関する国際・国内関連法規等の整備や地球規模における環境基準指標の樹立の試み(例えば、平成7年2月の「サンティアゴ宣言」など)も進み、森林法所定の「環境の保全」は、生態系、生物多様性の保護を含んだ豊かな法益として理解されるようになり、またアマミノクロウサギ等希少野生動物の生息地の保護の重要性に関する法的評価もより高まっているものと解される。このような自然保護に対する法的評価の高まりについては、原告ら、あるいはその他の自然保護団体による自然環境活動・自然保護活動等に負う部分も大きいものと解され、その意味においては、原告らが、アマミノクロウサギをはじめとする奄美の自然を代弁することを目指してきたことの意義が認められると言ってよい。

ところで、わが国の法制度は、権利や義務の主体を個人(自然人)と法人^{*1}に限っており、原告らの主張する動植物ないし森林等の自然そのものは、それが如何に我々人類にとって希少価値を有する貴重な存在であっても、それ自体、権利の客体となることはあっても権利の主体となることはないとするのが、これまでのわが国法体系の当然の大前提であった(例えば、野生の動物は、民法239条の「無主の動産」に当たるとされ、所有の客体と解されている)。したがって、現行の行政訴訟における争訟適格としての「原告適格^{*2}」を、個人(自然人)又は法人に限るとするのは現行行政法の当然の帰結と言わなければならない。もっとも、現行法上でも、自然保護の枠組みとして、いわゆるナショナル・トラスト活動を行う自然環境保全法人(優れた自然環境の保全業務を行うことを目的とする公益法人)の存在が認め

られており、このような法人化されたものでなくとも、自然環境の保護を目的とするいわゆる「権利能力なき社団^{*3}」、あるいは自然環境の保護に重大な関心を有する個人（自然人）が自然そのものの代弁者として、現行法の枠組み内において「原告適格」を認め得ないかが、まさに本件の最大の争点となり、当裁判所は、「原告適格」に関するこれまでの立法や判例等の考え方に従い、原告らに原告適格を認めることはできないとの結論に達した。しかしながら、個別の動産、不動産に対する近代所有権が、それらの総体としての自然そのものまでを支配し得るといえるのかどうか、あるいは、自然が人間のために存在するとの考え方をこのまま押し進めてよいのかどうかについては、深刻な環境破壊が進行している現今において、国民の英知を集めて改めて検討すべき重要な課題というべきである。原告らの提起した「自然の権利」（人間もその一部である「自然」の内在的価値は実定法上承認されている。それゆえ、自然は、自身の固有の価値を侵害する人間の行動に対し、その法的監査を請求する資格がある。これを実効あらしめるため、自然の保護に対し真率^{*4}であり、自然をよく知り、自然に対し幅広く深い感性を有する環境NGO等の自然保護団体や個人が、自然の名において防衛権を代位行使し得る。）という観念は、人（自然人）及び法人の個人的利益の救済を念頭に置いた従来の現行法の枠組みのままで今後もよいのかどうかという極めて困難で、かつ、避けては通れない問題を我々に提起したということができる。

（註）

*1 法人 株式会社などの自然人以外で法律上の権利義務の主体となることを認められているもの。

*2 原告適格 原告として訴訟を起こすことができる資格。

*3 権利能力なき社団 人が集まって形成する団体であり、法人と近い実態を持つが法人にはなっていないもの。

*4 真率 真面目で飾りけがないこと。

（出典）鹿児島地方裁判所平成13年1月22日判決（いわゆる「アマミノクロウサギ訴訟」）

ただし、出題に当たって一部省略や改変を行った箇所がある。

課題文③

人と動物の関係は重層的である。

人が動物をいつくしみ、人が動物とともに支えあって生きてゆく場面がある一方で、めずらしい動物を高額売買したり、動物の危険性から人が身を守るためにその命を奪ったり、動物を殺して食べたりする場面もある。また、それらの問題を眺めるうえで、動物を個体としてとらえるか、個々の動物を超えた種として考えるか、という視点の多層性もあった。

このような、複雑で多角的な関係性は、日本を含む世界のあちこちで、歴史上、きわめて古くから存在してきた。動物「法」という視点からは、このような関係性が「事実」として存在すること自体よりも、むしろ、そのうちのどのような局面の社会的重要性が大きいと考えられ、したがってその局面を規律する社会的ルールづくりが必要だと考えられてきたかという「認識」の進化や変遷の問題が、より重要である。

その見地からわが国の近年の状況をみると、法がもっとも活発に、そしてもっとも大きく動き始めたのは、「人が個体としての動物を保護する」という局面についてであるといつてさしつかえないだろう。

そのような変化が現れてきた背景はなにか。日本社会における動物一般への配慮の必要性についての哲学的・理念的な認識が深化したという理由もあるが、より大きな牽引力となったのは犬や猫を中心としたペット動物の社会的重要性についての認識が高まったことであろう。人生の「伴侶」としての動物という観点から、ペットに代えてコンパニオン・アニマルというよび方も、しばしば使われるようになってきた。スーパーのペットフード、ペット用品コーナーは、充実の一途をたどっているし、ペット飼養が可能なマンションの数も増えてきている。

そのような社会の動きは、法の世界の変化をも触発する。

このような状況に照らして、多面的・多元的な動物法のなかに多かれ少なかれ見出される現代的な特徴をひとつ抽出すると、それは「個体としての動物への配慮が法の中に組み込まれていること」である。

その「動物への配慮」の仕方につき、日本法の現状を分析・評価するにあたり、イギリスを中心に提唱されている、「動物の福祉」(animal welfare) という概念が役に立つ。

動物への配慮に関する日本の基本法というべき「動物の保護及び管理に関する法律」(動物愛護管理法)のなかには、「動物の福祉」という用語は出てこない。法的な概念として使用にたえるほど十分に熟していないという理由のほか、訳語選択が

むずかしいという理由もある。たとえば、佐藤衆介氏は、「ウェルフェア」と「福祉」がともに生活の良質性をあらわす言葉でありながら、「ウェルフェア」は「個体の情動の重視」であるのに対し、「福祉」は「個体の存在状態と次世代への継続の重視」（生物学的適応度の重視）であるという、微妙なちがいがあを指摘している。同氏は、そのような理由で、animal welfare を「アニマルウェルフェア」と原語の発音のまま表記し、「動物の福祉」と日本語に翻訳することを意識的に避けている。

傾聴に値する見解だが、「アニマルウェルフェア」というカタカナ表記は、「動物の福祉」以上になじみが薄いので、本書では以下、animal welfare の訳語として「動物の福祉」（または「動物福祉」）を使うことにしたい。

「動物の福祉」という概念は、欧米諸国において、動物への配慮を具体化する指導原理として、倫理上のみならず、法律上もすでに広く受け入れられている。

（中略）

そして現在、動物福祉を分析するための枠組みとして、広く承認されているのは、イギリスの畜産動物福祉協議会（FAWC; Farm Animal Welfare Council）によって定式化されたいわゆる「5つの自由」（The Five Freedoms）である。その内容は具体的にはつぎのようなものである。

- ①十分な健康と活力を維持するための新鮮な水と食餌の提供による「飢えと渇きからの自由」。
- ②風雨からの退避施設や快適な休息場所を含む適切な環境の提供による「不快からの自由」。
- ③予防や迅速な診断と処置による「苦痛、傷害、疾病からの自由」。
- ④十分な空間と適切な施設で同一種の仲間とともに過ごすことによる「正常な行動を発現する自由」。
- ⑤心理的な苦痛を回避する条件と取扱い方を確保することによる「恐怖と苦悩からの自由」。

これらの福祉原則は、もともとイギリスの畜産動物を念頭に置いて考案されたものではあるが、その内容からみてイギリスという地域に限定される理由はないし、畜産動物にだけかかわるわけでもない。

実際、イギリスの包括的な最新の立法である「2006年動物福祉法」（Animal Welfare Act 2006）は、これらの諸自由の推進を、畜産動物に限らず人間以外の脊椎動物全体について妥当する基本的ルールとして、法のなかに取り込んでいる。

同法には、動物の福祉を確保すべき動物飼養者等の義務が規定され、飼養者等が、「動物の要求」(the needs of an animal) が適切に満たされるよう当然すべき場合に責任ある行動をとらないことが犯罪になる。そこで列挙されている「動物の要求」の内容は、適切な環境への要求、適切な食餌への要求、正常な行動様式を発現できる要求、ほかの動物と一緒にまたは別々に飼育されなければならない要求、苦痛・苦悩・負傷・疾病から保護されるべき要求、という5種類である。

これらは、上述の「5つの自由」の内容と、ほぼ重なりあっている。こういった自由の程度は、客観的・科学的に推定しうる場合も多いので、地域や動物種をいっさい問わず、人間の支配下にあるあらゆる動物について拡張可能な一般性をもっている。つまり、「5つの自由」は、現行日本法における動物の福祉の水準を評価する「ものさし」としても、利用可能である。

ただし、ある特定の状況下に置かれた動物の福祉という事実状態を測定するのではなく、「5つの自由」がどこまで保護されているかを、法という規範の世界のなかで評価するためには、つぎのような分析視点も、あわせて必要になるだろう。

- ①法が保護推進する自由の内容と範囲。すなわち、法は、どのような内容の自由をどの範囲の動物について保護・推進しようとしているかという視点。
- ②関連する法ルール法の規範階層上の地位。すなわち、当該ルールは、憲法→法律→命令→条例→その他といった法規範の階層構造のなかのどのレベルにあるかという視点。
- ③法的介入の段階。すなわち、自由への侵害（またはその危険）がある場合、どの段階で法が関与するか（たとえば将来の侵害予防か現在の侵害排除か過去の侵害制裁か）という視点。
- ④法的関与の性質と強さ。すなわち、当該法ルールは、なんら制裁をとらなわない宣言規定か、なんらかの制裁をとらうのか。制裁をとらう場合、民事的なものか、行政的なものか、はたまた刑事的なものか。そしてその制裁の重さはどの程度のものかという視点。
- ⑤法実現を促す主体。すなわち、だれが当該法規定を根拠に動物の福祉のためのイニシアチブをとるのかという視点。

わが国には、憲法のレベルには動物の保護や福祉に直接言及する規定はない。

憲法に動物保護規定がないとわざわざことわるのは、動物保護の要請が憲法規定まで高められている国もあるからである。

ドイツ連邦共和国基本法（＝ドイツの憲法）には、2002年の改正で、国の自然的生活基盤の保護義務が規定され、「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、法律及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〕基盤および動物を保護する」という条項が入った。

ドイツにおいては、大量飼育、輸送、と畜、実験などで動物に苦痛を与える行為は、「動物保護法」(Tierschutzgesetz)によって禁止されてはいるが、その法益の保護は法律のレベルでの保障にとどまるため、学問の自由や人格権などの憲法上の基本権に劣後せざるをえない状況にあった。

本規定が憲法に挿入されるにいたった直接のきっかけとなったのは、2002年のドイツ連邦裁判所の判決であった。同判決は、トルコ人のイスラム教徒の肉屋に対し、麻酔なしのと畜についての例外的許可を与えなかった郡長の決定を支持した行政裁判所判決と上級行政裁判所決定を、肉屋の人格権を侵害するものとして破棄差戻した。この判決は、イスラム教徒からは好意的に受けとめられたが、動物保護団体とそれを後押しした世論は、動物保護政策を強化するためにむしろ基本法中に動物保護規定を盛り込むべきだと主張し、その主張が実際に基本法の改正のうちに実現したものである。

日本法では、動物愛護の必要性が「法律」のレベルで規定されているにすぎないので、ドイツとの比較では規範の置かれる階層上の高さという観点からはわが国が劣ることになるが、国際的にみるとドイツがむしろ例外なのであって、動物福祉が憲法レベルで保障されていないからといって、日本の動物保護の水準が劣っていると判断することはできない。むしろ、問題は、動物の福祉を守り増進するために、法律のレベルでなにをどう決めているか、ということである。

わが国では、動物の福祉に関する法律上の規定は、動物愛護管理法に集約されている。相次ぐ改正を経て、同法は、基本原則、飼主の責任、特定動物（危険動物）の管理、生活環境悪化防止、動物虐待の禁止、動物取扱業規制、行政による犬猫の引取り、啓蒙活動、動物実験の倫理（3R）といった諸問題につき、イギリスなどの最先進国にこそおよばないものの、動物の福祉への配慮がかなり行き届いた、充実した法規定を急速に備えつつある。

こういった法律レベルのルールを受けて、より下位の法規範である命令や告示、さらには地方自治体が独自に制定するさまざまな条例により、動物保護管理に関するルール（指針のようなやわらかな規範も含む）が具体化され、補足されている。

（中略）

法律の下位にある告示のレベルまで下りたうえで、日本の動物法の到達度を「動物の福祉」（5つの自由）という観点から評価すると、いちばん進んでいるのは、家

庭動物・展示動物に関するルールである。これらについては、告示の形式をとった細目や基準により、流通過程や飼養段階で、かなり具体的なルール（努力目標も含む）がすでに定められている。

つぎにくるのは実験動物である。実験動物施設は、動物取扱業の範疇から除外されているため、動物の愛護および管理に関する法律に定められた動物取扱業に関する法規定や動物管理細目が適用されないものの、別途定められた実験動物の飼養および保管ならびに苦痛の軽減に関する基準を通じて、実験目的達成に支障をおよぼさないことに配慮しつつも、動物の健康・安全の保持と動物の生理・生態・習性に応じた適切な施設を整備するよう努力すべきこととされている。

現時点で相対的に遅れているのは、産業動物の福祉についてのルールづくりである。このことはヨーロッパ起源の動物の福祉という概念が、もともと産業動物（畜産動物）への配慮から出発したのと、好対照をなしている。

動物の福祉をさらに充実させるという観点からは、今後、わが国の動物法が、これらのさまざまな属性をもった動物につき、どこまで均質で高度なルールを動物福祉の観点から定めてゆくことができるか、そして、そのルールを告示レベルから法律レベルにどの程度取り込んでゆき、たんなる努力目標をどこまで強制力のある（違反に対する法的制裁がある）ものにしてゆけるかが課題になる。

（中略）

以上で日本法における動物の福祉の実現状況をみた。「5つの自由」に代表される動物側の利益が、とくにこの数年の間に、法制定や基準等の作成を通じて、かなりの程度、日本法のなかに取り込まれてきていることがわかった。

では、動物の福祉が法的に手厚く保護されるということは、即座に、動物の権利が認められたということになるのだろうか。

（中略）

「動物の権利」(animal rights)という考え方は、「動物の福祉」(animal welfare)との対比で理解すべきものである。

「動物の福祉」を重視する福祉主義者の立場は、人間以外の動物を研究目的で利用したり、食用に飼育したり、スポーツや営利のために動物を狩猟したりわなにかけたりすることは、それらの活動によって得られる全利益が動物の受忍する苦痛を上回るときには、許容される（悪いことではない）と考える。ここでは、動物に不必要な苦痛を与えず、人道的に取り扱うべきことが重視される。

これに対し、「動物の権利」論者は、実験室であれ、農場であれ、野生状態であれ、人間が人間以外の動物を利用することは原則として悪いことであり、止めねばならぬと考える。「動物の福祉」という考え方は功利主義を動物に応用したものであるのに対し、「動物の権利」という考え方は人間側の利益は動物を取り扱う際の善悪判断と無関係だとするものである。

これら 2 つの倫理思想は、現実には、微妙に変化する幅広いスペクトルとして存在している。カナダの動物倫理学者スタイベル (David Sztybel) によれば、「動物の福祉」という言葉は、「不必要な虐待を禁止して動物を人道的に扱う」ことを意味するが、そこにはつぎのようなニュアンスに富んだ諸見解が含まれているという。

- ①動物搾取者の「動物の福祉」(animal exploiters' animal welfare)
- ②常識的な「動物の福祉」(commonsense animal welfare)
- ③人道主義的な「動物の福祉」(humane animal welfare)
- ④動物解放主義者の「動物の福祉」(animal liberationist animal welfare)
- ⑤新福祉主義 (new welfarism)
- ⑥動物の福祉/動物の権利主義 (animal welfare/animal rights views)

①は、動物を商業・娯楽目的で利用する者が動物をよく扱おうというもの。②は、動物を虐待しないで親切に扱おうという通常人の漠然とした考え。③は、動物の虐待には反対するが、動物搾取的な産業や習慣（たとえば毛皮産業、狩猟、工場畜産、動物実験）の多くには反対しないというもの。④は、いくつかのタイプの生体解剖 (vivisection) を認容しつつも、動物の苦悩 (suffering) を最小限にしようとするもの。⑤は、長期的な目標を動物の権利に置きつつも、短期的には動物の福祉をめざすもの。⑥は、動物の権利と福祉をはっきり区別しない立場である。

このようなニュアンスに富んだ「福祉」のさらに先に、「権利」が語られることになるが、従来多くの言説、とりわけ非法律家によってなされる議論においては、「権利」と「福祉」の概念上のちがいが、さほど厳密に区別されてこなかったうらみがある。

動物の権利の名のもとに話題とされているのが、ニュアンスに富んだ一群の「倫理思想」であることも多い。「権利」とはいつでも、厳密な法学的検討にさらされたものではなく、裁判実務上の応用可能性を念頭に置いたものでもない。

それは法的概念というより、むしろ倫理的な立場の表明であり、動物保護活動家たちのシンボリックな目標あるいは運動スローガンとして語られる場面が多い、といったほうがよさそうだ。

そのような「動物の権利」を、法律論の議論の土俵に載せるためには、いったん倫理思想の高みから実用のレベルに引き降ろし、同時に、政治的運動の灼熱からも救いだして、現実的な法概念として冷静に再構成しなければならない。

では、法学的な意味での「動物の権利」とは、どんな性質をもつ（もつべき）だろうか。権利の本質に関する法哲学的な論争があることはともかくとして、少なくともつぎのようなことがいえなければなるまい。

すなわち、動物に法的な意味における権利があるとしたら、当該動物の名において、その権利にもとづき、裁判所を通じてだれかに対してなんらかの請求をし、あるいは、当該権利の侵害に関して、裁判所を通じてだれかに対してなんらかの救済を求めることができなければならない。端的にいうと、動物が権利主体であることを、裁判所が承認しなければならない。

逆にいうと、それを裁判所が認めてくれない場合は、法学的な意味では、動物に権利があるとはいいがたい。

（出典）青木人志『日本の動物法（第2版）』（東京大学出版会、2016年）第9・10章

ただし、出題に当たって一部省略や改変を行った箇所がある。