

〔論 説〕

動物虐待関連犯罪の保護法益に関する立法論的考察

三 上 正 隆

序

I 解釈論における保護法益

1 保護法益

2 限界

II 立法論における保護法益

1 人の感情

2 動物の利益

結語

序

我が国の動物の愛護及び管理に関する法律（以下、「動物愛護管理法」又は「法」という。）44条は、いわゆる愛護動物虐待関連犯罪（愛護動物殺傷罪〔同条1項〕、愛護動物虐待罪〔同条2項〕、愛護動物遺棄罪〔同条3項〕）を規定する。筆者は以前、愛護動物虐待関連犯罪の保護法益（以下、「法益」ともいう。）は、解釈論上、法1条所定の目的等に照らして、動物愛護の良俗であるとの理解を示し¹、現在でもかかる理解を維持している。もっとも、後に詳述するように、このような理解には限界があるため、解釈論を離れて、立法論に踏み込み、動物虐待関連犯罪²の保護法益を考察

1 愛護動物虐待罪の保護法益について、三上正隆「判批」法時78巻10号（2006年）83-4頁及び同「動物の愛護及び管理に関する法律44条2項にいう『虐待』の意義」国土館41号（2008年）72-5頁、愛護動物遺棄罪の保護法益について、同「愛護動物遺棄罪（動物愛護管理法44条3項）の保護法益」『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015年）587頁以下。

2 立法論の文脈においては、そもそも行為客体を「愛護動物」に限定する必要はないことから、「愛護動物虐待関連犯罪」ではなく「動物虐待関連犯罪」を用いる。

し直す必要があるように思われる。

そこで、本稿では、解釈論においては、愛護動物虐待関連犯罪の保護法益が動物愛護の良俗であることを改めて確認した上³（Ⅰ 1）、その限界を示し（Ⅰ 2）、立法論の見地から、動物虐待関連犯罪の保護法益を考察する（Ⅱ）。本稿での中心的課題は、「法は人間のため（だけ）にある」との支配的見解に対して批判的検討を加えつつ、「人間の利益とは独立に存在する、動物の利益それ自体は動物虐待関連犯罪の保護法益たり得るか」という問題を探究することである⁴。近時、我が国の法学の世界においても動物保護に対する関心は高まってきており、このような問題を真剣に議論する素地はすでにある。

I 解釈論における保護法益

1 保護法益

（1）動物の利益

愛護動物虐待関連犯罪の保護法益としては、まず、動物の生命・身体等、動物自身が有する利益が考えられる。動物の保護及び管理に関する法律

3 愛護動物虐待関連犯罪の保護法益については、すでに注 1 で掲げた文献等で検討を加えているが、その後になされた動物愛護管理法の改正や刊行された論文などをも踏まえ、本稿で改めて考察することとした。

4 三上・前掲注 1）2008 年 90 頁注 11、同・前掲注 1）2015 年 589 頁注 7、同「愛護動物遺棄罪（動物愛護管理法 44 条 3 項）における『遺棄』概念——環境省通知（平成 26 年 12 月 12 日環自総発第 1412121 号）の検討を中心として——」愛学 57 卷 3 = 4 号（2016 年）132-3 頁参照。

5 動物法に関する論文や翻訳書（例えば、キャス・R・サンスティン／マーサ・C・ヌスバウム編〔安部圭介ほか監訳〕『動物の権利』（尚学社、2013 年）〔Cass R. Sunstein and Martha C. Nussbaum eds., *Animal Rights: Current Debates and New Directions* (Oxford University Press, 2004)〕及びスー・ドナルドソン／ウィル・キムリッカ〔青木人志・成廣孝監訳〕『人と動物の政治共同体「動物の権利」の政治理論』（尚学社、2016 年）〔Sue Donaldson and Will Kymlicka, *Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights* (Oxford University Press, 2011)〕の刊行が相次いでいるほか、第 9 回基礎法学総合シンポジウム「動物と法」〔2015 年 7 月 4 日開催〕〔浅野有紀「企画趣旨」法時 88 卷 3 号（2016 年）54-5 頁参照〕が開催されるなどの動きもあった。

（以下、「動物保護管理法」という。）の趣旨説明においても、同法の趣旨の一つとして「動物の保護」が挙げられており⁶、この「動物の保護」という趣旨は、同法が動物愛護管理法に改正された際に、基本原則を定める2条に「動物が命あるものであることにかんがみ」及び「人と動物の共生に配慮しつつ」という文言が付け加えられたこと並びに平成24年改正において同法の目的を掲げる1条に「人と動物の共生する社会の実現」という文言が入れられたことに照らすと、同罪に、より一層強く妥当するものとも考えられる⁷。

確かに、後述のとおり、命ある動物は少なくとも道徳的地位の意味での道徳的権利を有しているといえ、「動物は人間に利用されるためにだけ存在するのではないから、彼ら自身の資格において良い扱いを受けるべきである」⁸（傍点原著）と考えることができる。

しかしながら、動物愛護管理法は、その目的規定である1条において「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

6 『参議院内閣委員会会議録』32号24頁。青木人志『動物の比較法文化 動物保護法の日欧比較』（有斐閣、2002年）206頁以下参照。

7 浅野明子『ペット判例集 ペットをめぐる判例から学ぶ』（大成出版社、2016年）13頁は、平成24年改正において、動物愛護管理法の目的を掲げる法1条に「人と動物の共生する社会の実現」という文言が入れられたことを「従前の、単なる動物愛護の風紀保護、動物管理という以上の意味合い、動物福祉的な要素が入ってきたと評価することも可能でしょう」とする。同趣旨の理解として、地球生物会議ALIVE「ここが変わる！動物愛護法改正のポイント」<http://www.alive-net.net/law/kaisei2012/kaisei2012.htm>（アクセス2017年10月28日）、東京弁護士会公害・環境特別委員会編『動物愛護法入門 人と動物の共生する社会の実現へ』（民事法研究会、2016年）11頁（島昭宏）参照。なお、中西優美子「EUにおける動物福祉措置の意義と国際的な影響」同編『EU環境法の最前線——日本への示唆』（法律文化社、2016年）117頁は、法1条に「人と動物の共生する社会」が加えられたことをもって、「潜在的に日本のアニミズムを基礎としたこの考え方は、人間中心主義を超えるものであろう」とする。

8 デヴィッド・ドゥグラツィア〔戸田清訳〕『動物の権利』（岩波書店、2003年）〔David DeGrazia, *Animal Rights: A Very Short Introduction* (Oxford University Press, 2002)〕29頁。

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。」と規定していることにかんがみると、人間の利益の保護を目的としていると解される。また、同罪が動物自身の利益を保護するものであるとすれば、同罪の客体を「愛護動物」（法 44 条 1 項・2 項・3 項。圈点引用者）に限定する必要はないはずである⁹。

以上より、同罪の保護法益を動物自身の利益と解することは、動物愛護管理法の解釈の限界を超えるものと言わざるを得ない¹⁰。

（２）人の生命・身体・財産

愛護動物を殺傷・虐待・遺棄（以下、「虐待等」という。）する者は、将来、人の生命・身体・財産に対して危害を与える危険性を有しており¹¹、愛護動物虐待関連犯罪はかかる危害を防止するためにあるとの理解があり得る。ここでは虐待等は行為者が将来人に対して害を加える蓋然性の根拠、言い換えれば行為者の危険な性格の徴表と捉えられることになろう。しかしながら、このような理解は刑罰を保安処分化するものであって、与することはできない¹²。

また、愛護動物に対する虐待等を許容すると、動物愛護の良俗が害され、生命が尊重されなくなり、また平和に敵対する人が増え、結果として、人

9 佐久間泰司「医学実験動物の法規制と動物の権利」『平和・生命・宗教と立憲主義』（晃洋書房、2005年）185頁。

10 原田國男「動物の保護及び管理に関する法律」伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法第五卷経済法編Ⅱ』（立花書房、1984年）528頁、動物愛護管理法令研究会編著『動物愛護管理業務必携』（大成出版社、2006年）32-33頁、三上・前掲注1）2006年84頁等。なお、「牛馬その他の動物を殴打し、酷使し、必要な飲食物を与えないなどの仕方で虐待した者」は拘留又は科料に処すると規定する軽犯罪法1条旧21号の動物虐待罪の解釈においても、同罪の保護法益は動物自身の利益であるとはされていない（植松正『軽犯罪法講義』（立花書房、1948年）128-9頁、大塚仁『特別刑法法律学全集42』（有斐閣、1959年）116頁）。

11 福島章『犯罪精神医学入門』（中央公論新社、2005年）17頁は、「動物虐待という行為は、単なる趣味・嗜好ではない。犯罪心理学的に見れば、殺人、対人暴力犯罪、児童虐待、家庭内暴力（DV）、財産犯罪など、対人暴力を中心とする広範囲の犯罪行動を予兆する重要なサインである。また、快楽殺人者の過去に発見されることが多い行動としても、特に注目すべきサインなのである」と指摘する。なお、動物保護管理法は、犯人の少年が猫を虐待していた神戸連続児童殺傷事件などを機縁として、動物愛護管理法に改正され、愛護動物虐待関連犯罪の法定刑も大幅に引き上げられた。

12 三上・前掲注1）2015年597頁。

の生命・身体・財産に対して危害が加えられる危険性が生じるので、かかる事態を防止するとの理解もあり得る¹³。このような理解によれば同罪は人の生命・身体・財産を保護する抽象的危険犯であると解することになるが、これは遠い危険を処罰根拠とするものと言わざるを得ず、支持し得ない¹⁴。

（３）人の感情

愛護動物虐待関連犯罪は、愛護動物に対する虐待等により人の感情が害されることを防止するものであるとして、同罪の保護法益は人の感情であるとする理解がある¹⁵。この理解は感情侵害の相違に応じて、二つの類型、すなわち、公然わいせつ罪型と死体損壊罪型に分けることができよう。

a. 公然わいせつ罪型

判例¹⁶・通説¹⁷は、公然わいせつ罪（刑法174条）を含むわいせつ罪の保護法益を健全な性的風俗あるいは性的秩序と解しているところ、かかる理解に対する批判的立場から、「見ることを欲しない人の目にふれざるをえないようにすると、その人々の性的な感情が害される。この意味で公然猥褻罪は性的な感情に対する罪¹⁸」であるとする見解が唱えられている。愛護動物虐待関連犯罪でも、このような公然わいせつ罪における理解と同様の理解をすれば、残虐性を伴う動物虐待等を、見ることを欲しない人の目に触れざるを得ないようにすると、その人々の感情が害される、すなわち、愛護動物に対する虐待等を見ることによって、精神的ショックや強度のス

13 佐久間・前掲注9）182頁参照。

14 高山佳奈子「『感情』法益の問題性——動物実験規制を手がかりに」『山口厚先生献呈論文集』（成文堂、2014年）22頁参照。

15 ドイツで主張されている感情保護論（＝動物虐待罪は動物虐待の際に感じる人間の同情を保護すると解する見解）については、内海朋子「感情の刑法的保護について——死者に関する罪における保護法益——」長井圓古稀『刑事法学の未来』（信山社、2017年）351頁注2参照。

16 最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁、最大判昭和44年10月15日刑集23巻10号1239頁。

17 団藤重光『刑法綱要各論 第三版』（創文社、1990年）310頁、山口厚『刑法各論 第2版』（有斐閣、2010年）504頁、大谷實『刑法講義各論 新版第4版補訂版』（成文堂、2015年）515頁等。

18 平野龍一『刑法概説』（有斐閣、1977年）269頁。

トレスを感じるようになるため、愛護動物虐待関連犯罪はこのような事態を防止し、人の感情を保護するものであると解することができる¹⁹。

もっとも、このような理解は、愛護動物虐待関連犯罪が公然わいせつ罪と同様、公然性（又は面前性）を要件としていれば成り立ち得ようが、愛護動物虐待関連犯罪では公然性（又は面前性）は要件とされておらず、虐待行為が非公然（又は非面前）に行われた場合にも同罪が成立することの説明に窮するものと思われる²⁰。

そこで、書かれざる構成要件要素として公然性（又は面前性）を要求することによって、解釈論上も上記理解を成り立たせる道を模索することも考えられる。しかし、仮にそのような解釈を取ったとしても、そもそも、人の感情の保護は、動物愛護管理法の目的（法 1 条）に合致しない²²。また、公然と（又は面前で）行われて精神的ショックや強度のストレスを引き起こすのは、残虐性を伴う殺傷及び虐待という行為態様であり、遺棄という行為態様では通常これらを引き起こさないと考えられるため²³、愛護動物遺棄罪の保護法益は愛護動物殺傷罪・虐待罪のそれとは別のものとして理解しなければならない。この場合には、愛護動物虐待関連犯罪の保護法益を統一的に理解することができなくなるという問題も生じる。

19 すでに廃止されている明治41年の警察犯処罰令3条14号は「公衆ノ目ニ触レルヘキ場所ニ於テ牛馬其ノ他ノ動物ヲ虐待シタル者」を20円未満の科料に処ずるとして、動物虐待行為を処罰している。本規定は「公衆ノ目ニ触レルヘキ場所ニ於テ」という場所的要件が付加されていることから、その保護法益は「動物が虐待されるのを見ることによって害される公衆の感情」とされている（伊藤榮樹『軽犯罪法〔改訂版〕』（立花書房、1971年）162頁、原田・前掲注10）526頁）。

20 1人の感情の侵害でも可罰的違法性を肯定できると考えれば、面前性を要求すれば足りることになろう（高山・前掲注14）25頁参照）。

21 三上・前掲注1）2008年73頁。

22 三上・前掲注1）2008年74頁、高山・前掲注14）16頁。

23 愛護動物遺棄罪における「遺棄」とは、「移置・置き去りにより、占有者（飼育者）と愛護動物との間に場所的離隔を生じさせ人的保護環境を悪化させること、又は物的環境を悪化させることによって、愛護動物の生命・身体に対する（重大な）危険を創出・増加させること」（三上正隆「愛護動物遺棄罪（動物愛護管理法四四条三項）における『遺棄』の意義」新報121巻11＝12号（2015年）490頁）であると解されるところ、確かに、危険な場所に置かれた愛護動物を見ることによって、かわいそうに思うなどの感情侵害が発生することも考えられる。しかしながら、このような感情侵害と残虐性を伴う殺傷・虐待を受けている愛護動物を見ることによって精神的ショックや強度のストレスを受けるという感情侵害は異なるといえよう。

b. 死体損壊罪型

通説²⁴によれば、死体損壊罪（刑法190条）の保護法益は、死者に対する敬虔・尊崇の感情である。したがって、同罪においては、死体損壊を知ることによって死者に対する敬虔・尊崇の感情（公衆の正常な感情）が傷つけられること、言い換えれば、不快感が処罰根拠となっているといえる²⁵。このような死体損壊罪においては公然性が要求されていないが、これと、同じく公然性が要求されていない愛護動物虐待関連犯罪とを並行的に理解すれば、同罪の保護法益は公衆の正常な感情であり、同罪は愛護動物に対する虐待等を知ることによって公衆の正常な感情が害されること、すなわち、不快感をその処罰根拠としていると考えることができる²⁶。

確かに、このような理解は、先述の公然わいせつ罪型の理解とは異なり、同罪が公然性（又は面前性）を要件としていないことと整合する。しかしながら、どのような動物虐待等が「公衆の正常な感情」を損なうかの判断が、社会的合意に基づき決せられるのであれば、同罪は当該社会的合意、すなわち、現在妥当している動物倫理を強制することになるため、リーガル・モラリズムに接近するともいえる^{27 28}。同罪の保護法益を「公衆の正常

24 平野・前掲注18）267頁、山口・前掲注17）522頁、高橋則夫『刑法各論 第2版』（成文堂、2014年）577頁等。

25 町野朔『犯罪各論の現在』（有斐閣、1996年）262頁参照。

26 町野・前掲注25）262頁。なお、三上・前掲注1）2008年72-3頁では、動物虐待罪（動物保護管理法13条）の保護法益を「公衆の正常な感情」と捉える見解（町野・同262頁）を公然わいせつ罪と並行的に理解するものとして捉えたが、本稿では、「人の感情」を保護する犯罪を公然わいせつ罪型と死体損壊罪型に分けることを前提にして、同見解を後者に位置付けることにしたい。

27 死体損壊罪（又は宗教に関する罪）の文脈でかかる理解を示すものとして、蟻川恒正『「国民の敬虔感情」と刑事的規制』法時81巻5号（2009年）31-2頁、内海朋子「感情の刑法的保護について——宗教に関する罪における保護法益——」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2016年）819-20頁。なお、「リーガル・モラリズム」によれば、法的判断は、法の専門知ではなく、社会を構成する良識ある一般人の道徳意識に基づくべきであり、ある犯罪に対して良識ある一般人がいだく嫌悪感情がその犯罪の重大性を評価する指標となる」との指摘として、原聖「刑法における嫌悪感情の役割と社会脳——リーガル・モラリズムと嫌悪感情」葎阪直行編『道徳の神経哲学 神経倫理からみた社会意識の形成』（新曜社、2012年）185頁。

28 この点に関し、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993年）171頁は『「道徳原理〔モラリズム〕」が『多数／少数』『受容された道徳／受容されざる道徳』という種別を前提としているのに対して、『感情侵害原理〔不快原理〕』は『無作為抽出されたど

な感情」と理解する上記見解の出発点は「動物愛護の倫理を保護するために、法が介入することが許されない²⁹」という点にあったはずであるが、これに悖ることになるのではないか。さらに、そもそも同罪の保護法益を「公衆の正常な感情」と理解することは、動物愛護管理法の目的（法 1 条）に合致しない。

（４）動物愛護の良俗

思うに、動物愛護管理法の立法趣旨は 1 条記載の目的にあるとおり、「動物の虐待の防止、動物の適正な取扱いその他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……もつて人と動物の共生する社会の実現を図ること」である。かかる目的に照らせば、愛護動物虐待関連犯罪の保護法益は、動物愛護³¹の良俗という社会的法益であると考えるべきであろう^{32 33}。

の個人にとっても』という普遍的ルールとなる」（〔 〕内引用者）として両者を区別する。このような理解に対しては、「『多数の道徳か普遍的ルールか』といっても量的差があるにすぎず……、不快原理の規範的根拠を、被害者側の事情（損害）ではなく、他人に対する尊重・思いやりの欠如という行為者側の内心傾向に求めるときは、モラリズムと不快原理との差は紙一重のものとなるであろう」との指摘がある（曾根威彦「現代刑法と法益論の変容」同『刑事違法論の展開』（成文堂、2013年）36頁）。

29 町野・前掲注25）262頁。

30 なお、町野・前掲注25）262-3 頁は、わいせつ罪についても、わいせつな文書等が頒布・販売されていることを知ることによって人々が不快の念を持つことにかんがみて、同罪の処罰根拠も死体損壊罪と同様に、公衆の感情（一般人の性的感情）を害することに求める。この理解に対しては、「伝統的見解が着目する性的秩序・風俗を、公衆の関心・感情という見地から捉え直したものということができる」との指摘がある（山口・前掲注17）504頁）。

31 ここにいう「愛護」の意味については、三上・前掲注 1）2015年593頁参照。

32 原田・前掲注10）528頁（ただし、動物虐待罪（動物保護管理法13条）に対する理解）、動物愛護管理法令研究会編・前掲注10）32-33頁、三上・前掲注 1）2006年83-4 頁、同・前掲注 1）2015年589-594頁、神里彩子「イギリスと日本における動物実験規制 動物観から見た法制度設計」城山英明・西川洋一編『法の再構築Ⅲ 科学技術の発展と法』（東京大学出版会、2007年）61頁、青木人志「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る」村井敏邦古稀『人権の刑事法学』（日本評論社、2011年）157頁、同『日本の動物法第 2 版』（東京大学出版会、2016年）72-5頁等。

33 なお、公然性を要求しない軽犯罪法 1 条旧21号の動物虐待罪の保護法益も動物愛護の良俗であると解されている（植松・前掲注10）128頁。大塚・前掲注10）116頁

このことは同罪の客体が「愛護動物」（法44条1項・2項・3項。圈点引用者）とされていることから根拠付けることができる。すなわち、立法者は犬や猫などの愛護動物が虐待等される場合には動物愛護の良俗が害される程度が典型的に高いことにかんがみて、同罪の行為客体を「愛護動物」としたものと解することができる。

このように、同罪の保護法益（保護客体）を動物愛護の良俗と捉えるときには、「愛護動物」（法44条1項・2項・3項）は行為客体、「生命尊重、友愛及び平和の情操の涵養^{かん}」（法1条）、さらに「人と動物の共生する社会の実現を図ること」（法1条）は規範目的として捉えられ、動物の利益それ自体は、動物愛護の良俗が保護されることの反射効として保護されるにすぎないと解されることになる³⁵。

2 限界

上述のように、解釈論上、愛護動物虐待関連犯罪の保護法益は動物愛護の良俗であると解されるが、かかる理解には限界が存在するとも言わねばならない。

まず、一般に、「法は、個人の生活利益を保護するために存在するのであって、個人に礼儀正しい『立居振舞い』を教えるために存在するのではない³⁶」との理解の下、法が一定の道徳や倫理を強制するリーガル・モラリズムは否定されるべきものと解されている³⁷。動物愛護の良俗を同罪の保護

参照）。

34 伊東研祐『環境刑法研究序説』（成文堂、2003年）56-7頁参照。なお、三上・前掲注1）2015年590頁において、愛護動物虐待関連犯罪の保護法益は、動物愛護の良俗（中間法益①）、生命尊重、友愛及び平和の情操（中間法益②）、人と動物の共生する社会（最終法益）との理解を示したが、本稿では保護法益と規範目的を区別し、本文のような理解によることとした。

35 大塚・前掲注10）116頁は、軽犯罪法1条旧21号の動物虐待罪の解釈においてであるが、「動物の保護は愛護精神保護の反射効である。動物じたいに保護法益をみとめたものではない」とする。

36 平野龍一『刑法総論I』（有斐閣、1972年）51頁。

37 平野・前掲注36）51頁、内藤謙『刑法講義 総論(上)』（有斐閣、1983年）47-8頁、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）20-1頁、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）12-3頁、山口厚『刑法総論 第3版』（有斐閣、2016年）4-5頁、高橋則夫『刑法総論 第3版』（成文堂、2016年）22頁等。なお、近時、危害原理の

法益とする理解に対しては、刑法により動物愛護の良俗という倫理を維持することにつながるため、このようなリーガル・モラリズムに陥るとの批判³⁸が向けられ得る。

次に、法によって倫理を保護するリーガル・モラリズムを回避するためにも、法益は「犯罪による侵害の対象となりうる現実的・事實的基礎」³⁹、「因果的変更可能性」⁴⁰、「経験的に把握可能な実体」⁴¹を持たなければならないとされる。このような理解に立つと、動物愛護の良俗は「良俗」の持つ性質に照らし、これらの要素を欠くものともいえ、その法益性が疑われることになる。また、法益たり得るためには当該利益が「制度化された利益」である必要があるとの理解を前提に、「現時点では、『動物愛護の良俗』は、文化的な価値ではあるかもしれないが、制度として内容が確立しているとまではいえないように思われる。たとえば、キリスト教的な捉え方と、仏教的な捉え方の間には、相当の開きがあるのではないか」⁴²として、動物愛護の良俗を同罪の保護法益とすることに疑問を投げかける見解⁴³もある。

次いで、動物愛護の良俗の維持・涵養は、動物愛護の良俗の性質にかんがみ、刑罰ではなく、それ以外の手段、特に「学校、地域、家庭等における教育活動、広報活動等」（法 3 条）、「動物愛護週間」（法 4 条）における活動、動物愛護推進員の活動（法 38 条 2 項）などで達成することができるのではないとも思われる。このような理解を取れば、同罪の保護法益を

限界を指摘し、リーガル・モラリズムを再評価する動きがある（宮崎真由『『法による道徳の強制』再考——刑罰の正当化における道徳原理の意義——（一）・（二・完）』論叢 165 巻 4 号（2009 年）77 頁、同 166 巻 1 号（2009 年）124 頁、同『『法による道徳の強制』議論の展開——危害原理の崩壊に関する BE ハートコートの所説をめぐって——』服部高宏（研究代表）『法と倫理のコラボレーション——活気ある社会への規範形成——』（国際高等研究所、2013 年）195 頁、同『危害原理の限界をめぐって——『法による道徳の強制』再考——』法哲 2009（2010 年）175 頁等参照）。

38 町野・前掲注 25）262 頁、山田卓生「動物と人間の関係」法時 73 巻 4 号（2001 年）4 頁。かかる批判に対する反論については、三上・前掲注 1）2015 年 592-4 頁。

39 内藤・前掲注 37）212 頁。

40 伊東研祐『法益概念史研究』（成文堂、1984 年）414 頁、甲斐克則「法益論の基本的視座」伊藤寧退職『海事法の諸問題』（中央法規出版、1985 年）95 頁等。

41 松原芳博『刑法総論 第 2 版』（日本評論社、2017 年）16 頁、同「刑事違法論と法益論の現在」法時 88 巻 7 号（2016 年）27 頁。

42 高山・前掲注 14）30 頁。

43 高山・前掲注 14）34 頁。

動物愛護の良俗と解することは、刑法の謙抑性（補充性）に反すると解する余地も出てこよう。

以上のように、同罪の保護法益を動物愛護の良俗とする理解には、依拠する見解によっては、リーガル・モラリズムに陥る、法益性に欠ける、刑法の謙抑性（補充性）に反する等の批判があり得、限界があることも認めなければならない。そこで、以下では、動物愛護管理法の解釈論を離れて、立法論として、かかる限界をも克服する、あるべき動物虐待関連犯罪の保護法益を探究することとしたい。

II 立法論における保護法益

1 人の感情

立法論においてまず考えられる動物虐待関連犯罪の保護法益は人の感情である。前述のとおり、人の感情を保護法益とする犯罪は、感情侵害の相違に応じて、公然わいせつ罪型と死体損壊罪型に分けることができる。

（1）公然わいせつ罪型

公然わいせつ罪型の理解によれば、人は動物の殺傷・虐待を直接見ることによって、精神的ショックや強度のストレスを受け、その感情が害されるため、このことを防止するために、動物殺傷罪・虐待罪が存在することになる。かかる理解によれば、両罪では公然性（又は面前性）が要件とされることになる。

このような理解は、愛護動物虐待関連犯罪の解釈論においては、同罪で公然性（又は面前性）が要件とされていないことの説明に窮する、動物愛護管理法の目的と合致しないといった問題等から、成り立つことが困難であったが、立法論においては、公然性（又は面前性）を要件化することによって、成立し得るものであるといえよう。⁴⁴

44 高山・前掲注14) 34頁は、立法論の文脈で、動物虐待罪において「公然性要件を復活させ、人の心理への直接的な影響の危険性を要求することも考慮に値しよう」とする。

しかしながら、精神的ショックや強度のストレスを与えることは一般に処罰されているわけではなく、動物の殺傷・虐待という形態のみが特別に処罰されることを正当化する根拠が必要になろうか⁴⁵、例えば、残酷な行為態様で殺害された猫の死体を見せる等の行為は精神的ショックや強度のストレスを与えるため、動物の殺傷・虐待と同等の当罰性があるともいえ、上記根拠は見出し難いものと思われる。また、より根本的な問題として、上記見解は公然性（又は面前性）を要件とするため、行為者が一人密室で動物をみだりに殺傷・虐待した場合、動物殺傷罪・同虐待罪は不成立となるが、少なくとも現在の我が国において、たとえ非公然であっても動物をみだりに殺傷・虐待することは許されないとの価値観が共有されていることに照らすと、かかる帰結は妥当性を欠くものと言わざるを得ない。

（２）死体損壊罪型

そこで、次に、立法論でも、死体損壊罪と同様に、動物虐待関連犯罪の保護法益は公衆の正常な感情であると考え、同罪は動物に対する虐待等を知ることによって公衆の正常な感情が害されること、すなわち、不快感をその処罰根拠とするものであると考える道を探ることになろう。

確かに、立法論の見地からの考察では、動物愛護管理法の目的（法 1 条）に縛られることはないのであるから、このような理解も成り立ち得る。しかも、かかる理解によれば、公然性（又は面前性）の要件は不要となるから、行為者が一人密室で動物をみだりに虐待等した場合でも、動物虐待関連犯罪が成立し得、妥当性に欠けることもない。

しかし、この理解を含め、人の感情を動物虐待関連犯罪の保護法益とする理解においては、人間の利益が保護されることの反射効として動物が保護されるにすぎず、動物は命を持った存在であるが故に直接的な法的保護に値するのではないかとの視点が決定的に欠落している。

45 松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）495頁参照。

2 動物の利益

(1) 動物の利益

「われわれはイヌをイヌ自身のために良い扱いをすべきなのである」⁴⁶（傍点原著）。そこで、動物虐待関連犯罪の保護法益は人間の利益とは独立に存在する、動物の利益それ自体であると解すべきである⁴⁷。このような理解の下では、同罪において、「動物」が行為客体であり、「動物の利益」が保護客体（保護法益）として捉えられることになり、同罪の規定は直接的に動物の利益を保護するものであって、動物愛護の良俗は動物の利益を保護することの反射効として保護されるに過ぎないことになる。

上記理解は、「法は人間のため（だけ）にある」という「従来の伝統的な法観念を変革する」⁴⁸ものであり、我が国では特異なものと受け止められるかもしれない。しかしながら、異国に目を転じてみると、例えば、ドイツでは、基本法20a条が「国は、将来世代に対する責任を果たすためにも、合憲の秩序の枠内で立法を通じて、又、法律及び法の基準に従って執行権及び裁判を通じて、自然的生活基盤及び動物を保護する。」⁴⁹と規定し、国家目標規定⁵⁰として、国に対して動物の保護を法的に義務付けており、ここでは「個々の動物はその動物自身の利益のために保護される」⁵¹ことになる。また、動物保護法1条は、「この法律の目的は、共にある被造物としての動物に対する人間の責任に基づき、動物の生命と健康を保護することである。」と定める。同条は人間中心主義の地平から踏み出し、人間の利益ではなく、動物の利益それ自体を保護するものであると考えられる^{52 53}。

46 ドウグラツィア・前掲注8）19頁。

47 伊藤司「環境（刑）法各論（一）——特に鶏の大量『飼育』と野鳥の保護に関して——」法政67巻1号（2000年）28-35頁参照。

48 原田・前掲注10）528頁。

49 高橋和之編『新版 世界憲法集 第2版』（岩波書店、2012年）183頁〔石川健治訳〕。

50 なお、「国家目標規定は法律の留保なしに保障された基本権を制約するための憲法内在的原理としても位置づけられる」（石塚壮太郎「国家目標規定と国家学——その基本権制約ドグマティックへの照射——」法政論究97号（2013年）338頁）。

51 小林弘明・岡本喜裕編著『東アジアの経済発展と環境』（日本経済評論社、2005年）213頁〔岡田俊幸〕。

52 石井幹「動物保護法の日独比較（1）」畜産の研究48巻8号（1994年）853頁、浦川道太郎「ドイツにおける動物保護法の生成と展開——付・ドイツ動物保護法（翻

さらに、かかる目的規定の下にある脊椎動物殺害等罪（同法17条⁵⁴）も動物それ自体を保護する規定であると解することができる⁵⁵。また、環境犯罪の保護法益に関して、我が国でも人間への最終的関連性を要求しない生態学的法益概念がすでに主張されている⁵⁶。

これらのことにかんがみると、我が国において、動物虐待関連犯罪の保護法益を人間の利益とは独立に存在する、動物の利益それ自体と捉えるべきであると主張することは、それほど特異なものではないと思われる。

訳）——」早法78巻4号（2003年）195-6頁、暮部亜耶「日本とドイツにおける動物の法的・社会的地位——動物観をも視野に置いて——」法学ジャーナル91号（2016年）349頁、東郷佳朗「法と動物——動物の比較法社会論のために」神奈川大学法学部50周年記念論文集（2016年）56頁。なお、本法の前身であるライヒ動物保護法の「帝国内務省による立法趣意書においては、動物は人間のためではなく『それ自体のために』保護されることが宣言されている」（西村貴裕「ナチス・ドイツの動物保護法と自然保護法」人間環境論集5（2006年）60頁）。

- 53 基本法20a条と動物保護法については、青木・前掲掲6）149頁以下、渡邊斉志「ドイツ連邦共和国基本法の改正——動物保護に関する規定の導入」外法214号（2002年）177頁以下、岡田・前掲掲51）207頁以下、浅川千尋『国家目標規定と社会権 環境保護、動物保護を中心に』（日本評論社、2008年）143頁以下、藤井康博「動物保護のドイツ憲法前史（1）——「個人」「人間」「ヒト」の尊厳への問題提起1——」早誌59巻1号（2008年）397頁、同「動物保護のドイツ憲法前史（2・完）——「個人」「人間」「ヒト」の尊厳への問題提起1（付・1933年〔ナチス〕動物保護法）——」早誌59巻2号（2009年）533頁、同「動物保護のドイツ憲法改正（基本法20a条）前後の裁判例——「個人」「人間」「ヒト」の尊厳への問題提起2——」早誌60巻1号（2009年）437頁等も参照。

- 54 ドイツ動物保護法17条（犯罪行為）

次に掲げる者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

1. 合理的な理由なしに脊椎動物を殺害した者
2. 脊椎動物に対し、
 - a. 粗野さから著しい肉体的苦痛又は精神的苦痛を与えた者
 - b. 比較的長期間持続し又は反復する、著しい肉体的苦痛又は精神的苦痛を与えた者

- 55 Claus Roxin, Strafrecht AT, Bd.1, 3.Aufl., 1997, § 2 Rn.21〔クラウス・ロクシン（平野龍一監修、町野朔・吉田宣之監訳）『ロクシン刑法総論 第一巻〔基礎・犯罪論の構造〕〔第三版〕（翻訳第一分冊）』（信山社、2003年）§ 2 Rn.21〕；Luis Greco, Rechtsgüterschutz und Tierquälerei, in: Festschrift für Knut Amelung, 2009, S.15. これに対して、Günther Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, S.29f.〔ギュンター・ヤコブス（川口浩一・飯島暢訳）『法益保護によって刑法は正当化できるか?』（関西大学出版部、2015年）47-8頁〕は、動物虐待罪を公衆の粗野化を防ぐものとして理解する。

- 56 伊東・前掲掲34）48頁。

（２）基礎付け

問題は、上記主張を如何に基礎付けるかである。ここでは、まず、動物が道徳的権利を有することを確認し、次に、この道徳的権利に基づいて、動物の利益が動物虐待関連犯罪の保護法益であることを根拠付けることとしたい。

a. 動物の権利

動物は権利（道徳的権利）を有するであろうか。いわゆる「動物の権利」に関する議論⁵⁷に基づき、以下、この問題を考察する。

まず、そもそも道徳的権利とは何かが問題となるが、ここでは道徳的権利を①道徳的地位の意味、②平等な配慮の意味、③功利性を乗り越える意味という三つの意味に区別して用いることにする⁵⁸。

①道徳的地位の意味での道徳的権利は、「動物は少なくとも道徳的地位をもっている。動物は人間に利用されるためにだけ存在するのではないから、彼ら自身の資格において良い扱いを受けるべきである」⁵⁹（傍点原著）というものである⁶⁰。

57 「動物の権利」に関する議論の概要については、ローレンス・プリングル〔田邊治子訳〕『動物に権利はあるか』（日本放送出版協会、1995年）〔Laurence Pringle, *The Animal Rights Controversy* (Harcourt, 1989)〕7頁以下、ドゥグラツィア・前掲注8）1頁以下、伊勢田哲治『動物からの倫理学入門』（名古屋大学出版会、2008年）14頁以下、嶋津格「実験動物の法的・倫理的位置と実験目的によるヒト由来物の利用」町野朔・雨宮浩編『バイオバンク構想の法的・倫理的検討——その実践と人間の尊厳——』（上智大学出版、2009年）48頁以下、愛敬浩二編『人権の主体』（法律文化社、2010年）238頁以下〔青木人志〕、瀧川裕英編『問いかける法哲学』（法律文化社、2016年）74頁以下〔野崎亜紀子〕等参照。なお、「動物の権利」について最近の動向を踏まえつつ詳細な検討を加えた論文として、古澤美映「実験動物に関する法と倫理——動物の権利論を超えて——」（千葉大学審査学位論文）http://opac.ll.chiba-u.jp/da/curator/101797/D20150928_IAB_0004.pdf。

58 ドゥグラツィア・前掲注8）21頁。

59 ドゥグラツィア・前掲注8）29頁。

60 「この意味では、イヌが道徳的地位をもっている——ただし人間よりも低い道徳的地位である——と信じることにより、同時にイヌが権利をもっていると認めることができる。どんな程度の道徳的地位でも十分である。たとえば、ある人は、イヌが苦しみを与えられない権利、殺されない権利をもっていると主張し、これらの利益がそれ自身の資格において道徳的に重要であり、正当な理由なしに蹂躪されるべきではない——『正当な理由』は新しい化粧品毒性試験をする企業の経済的利益も含むほどに広く解釈されているが——とみなしているかもしれない。だから、道

②平等な配慮の意味での道徳的権利とは、「われわれは人間と動物の比較可能な利害に同等の道徳的重要性を与えなければならない。たとえば、動物の苦しみは人間の苦しみと同じくらい重大である⁶¹」というものである^{62 63}。

③功利性を乗り越える意味での道徳的権利とは、「人間と同様に、動物にも社会の功利性を最大化するためであっても無視してはならない、ある種の重要な利害がある（もし例外があるとしてもごくわずかである）。たとえば、動物は自由に振る舞う権利をもっており、そのことはたとえ多くの便益をもたらしわずかな費用しかかからないと予想できる場合であっても彼らに危害を及ぼすような形で監禁すべきではないことを意味する⁶⁴」というものである^{65 66}。

徳的地位という意味において動物が権利をもっていると主張することは、ほとんどラディカルとはいえない」（ドゥグラツィア・前掲注 8）21-2 頁。傍点原著）。

61 ドゥグラツィア・前掲注 8）29 頁。

62 「イヌが人間と平等な配慮に値するということは、たとえば苦しみ避けるイヌの利益が、苦しみ避ける人間の利益と同じくらい道徳的に重要だと主張することである……もしグレッグがイヌは道徳的地位をもっているが平等な配慮には値しないと判断しているのなら、グレッグはイヌが『道徳的地位の意味』では権利をもっていると信じているが、よりラディカルな『平等な配慮の意味』では権利をもっていないと信じていることになる」（ドゥグラツィア・前掲注 8）22 頁）。

63 この意味での道徳的権利を主張する代表的論者はピーター・シンガーである。なお、シンガー自身は自らの主張を功利主義によって正当化し、義務論が用いる権利を援用することはしない。そのため、シンガーの与する動物解放論と後に見る、トム・レーガンが与する動物権利論は区別される（伊勢田・前掲注 57）39 頁以下）。

64 ドゥグラツィア・前掲注 8）29 頁。

65 この意味での道徳的権利においては、「ある存在があるものに対する権利をもっているということは、少なくとも一般的には、問題となっている重要な利益がたとえそれを保護することによって社会全体に不利益が生じるとしても、保護されねばならないということを意味する」（ドゥグラツィア・前掲注 8）22 頁）。「功利主義者として、正しい行為とは功利性〔危害に対する便益の割合〕を最大化する行為であると信じており、動物も含めて影響を受けるあらゆる主体の利益を考えるスーという女性を想定してみよう。スーは、動物と人間は平等な配慮に値する——あらゆる主体の比較可能な利益が平等に考慮されるべきである——が、そうすることが〔全体の〕功利性を最大化しそうであれば、ある主体の利益を無視してもよいと信じている。だから彼女は平等な配慮という意味では動物と人間は権利をもっているが、功利性を乗り越える意味では権利をもっていないと主張しているのである。功利性を乗り越える意味での権利は、個体の重要な利益の絶対的な、あるいは絶対的に近い保護を要求する」（ドゥグラツィア・前掲注 8）23 頁。〔 〕内及び傍点原著）。

66 この意味での道徳的権利を主張する代表的論者はトム・レーガンである。レーガンは、カントの義務論に修正を加え、功利性を乗り越える意味での権利（切り札と

それでは、動物はいずれの意味での道徳的権利を有すると解すべきであろうか。確かに、動物に②③の意味での道徳的権利を認めた場合、いわゆる種差別⁶⁷（種を単位としたエゴイズム⁶⁸）を乗り越える道が切り開かれることになるため、これらの意味での道徳的権利を動物に認めるべきようにも思われる。

しかしながら、②の意味での道徳的権利を認める見解では、動物の利用が大幅に制限されることになる。例えば、動物を苦しめないで生産された肉以外の肉を食べることは道徳的に正しくないことになり⁶⁹、また動物実験は、これを行うことによって人間の受ける利益が、実験動物が受ける損害を上回る場合にのみ、許されることになる⁷⁰。さらに、③の意味での道徳的権利を認める見解によれば、動物の利用は原則として禁止されることになり、現在の社会における動物の利用のほとんどが否定されることになる。例えば、肉食主義が道徳的義務となり、また、動物実験の全面的な排除が要求されることになる⁷¹。このように、動物利用を大幅に制限する、又は原則として禁じる②③の意味での道徳的権利を動物に付与するという主張は、現在の社会における動物利用の実情にかんがみれば、これを貫徹して実践することは著しく困難であり、妥当性を欠くものと言わざるを得

しての権利）を人間のみならず動物も有すると考える。

67 種差別については、ピーター・シンガー〔戸田清訳〕『動物の解放 改訂版』（人文書院、2011年）〔Peter Singer, *Animal Liberation: The Definitive Classic of the Animal Movement* (HarperCollins, 2009)〕19頁以下等参照。種差別に関する最近の論考として、安藤馨・大屋雄裕『法哲学と法哲学の対話』（有斐閣、2017年）1頁以下、大屋雄裕「外なる他者・内なる他者——動物とAIの権利」論究ジュリスト22号（2017年）48頁以下。

68 種を単位としたエゴイズムは「特定の種・類がその種・類であるが故に他の種・類とは違った特別の仕方でそれらを取扱うことを是認〔する〕」（井上達夫『共生の作法——会話としての正義——』（創文社、1986年）83頁。傍点原著、〔 〕内引用者）。

69 ピーター・シンガー〔山内友三郎・塚崎智監訳〕『実践の倫理 新版』（昭和堂、1999年）〔Peter Singer, *Practical Ethics-Second Edition* (Cambridge University Press, 1993)〕78-9頁。ここから、都市部で生活をしていて、当該肉が動物を苦しめないで生産されたものであるかを知るのが困難者には、ほとんど肉食主義者同然の生活が強いられることになる（同78-9頁）。

70 シンガー・前掲注69）79-82頁。

71 トム・レーガン「動物の権利の擁護論」小原秀雄監修『環境思想の多様な展開』（東海大学出版会、1995年）21頁以下。

ない。⁷²

また、動物に②③の意味での道徳的権利を認めた場合には、人間と動物とが平等に配慮され、同列に置かれることになるため、「人間（という種に属する個体）を特別扱いし、能力と独立に『人権』の主体とする現在の標準的な取り扱い」⁷³が否定され、人権が掘り崩されるおそれが生じてくる。^{74 75}

よって、動物に②③の意味での道徳的権利を認めることは困難である。これに対して、少なくとも動物に①の道徳的地位の意味における道徳的権利を認めることはできるものと思われる。動物は、人間のために役立つという道具的価値を有するからではなく、それ自体で持つ内在的価値⁷⁶を有するが故に、道徳的地位を持ち、配慮の対象となると考えられる。^{77 78 79}

かく解する場合に次に問題となるのは、それぞれの動物に認められる①の意味における道徳的権利（以下、「道徳的権利（道徳的地位）」という。）の程度はいかなるものか、換言すれば、それぞれの動物はどの程度、道徳

72 「人間による他の自然（生命）への干渉・権利侵害の実践的禁止は絶対に不可能である。この意味で自然（生命）中心主義として自然の権利を言うことは、倫理的に不誠実かその虚構性を示すのもでしかない」（亀山純生『『動物の権利』論と動物倫理への基本視点』日本獣医師会雑誌48巻12号（1995年）930頁）。

73 嶋津格「動物保護の法理を考える」法時88巻3号（2016年）58頁。

74 亀山・前掲注72）930頁、樋口陽一『一語の辞典 人権』（三省堂、1996年）61-4頁、押久保倫夫「環境保護と『人間の尊厳』」ドイツ憲法判例研究会編『未来志向の憲法論』（信山社、2001年）176頁、青木・前掲注57）254頁等。亀山・同930頁は、「侵害が前提とされる自然の権利が人間の権利と同等とされることによって、逆に、これまで絶対不可侵性を根本的理念とし、それゆえに倫理的規範概念たりえた人権概念の意義があいまいにされる……極論ではあるが、動物殺しが殺人と同等に非難され、あるレベルでは動物殺しがやむを得ないということとされるなら、人命や人権の場合だってあるレベルではその侵害はやむを得ないということにつながる。とすれば、Iカント以来の人間尊厳公理の定式化の意味、戦争・国家・社会・企業・組織との関係における人間の手段的扱いや人命犠牲に対する絶対否定的な倫理的態度も、特別の意義を失うことになりかねない」とする。

75 実際に、動物に②の意味での道徳的権利を認めるシンガーは、重度の障害を持つ新生児の積極的安楽死の場合によっては肯定する議論をして、強い批判を浴びた（シンガー・前掲注69）401頁以下）。

76 「内在的価値」（intrinsic value）とは「あるものがそれ自体で持つ価値」のことであり、「あるものが他の価値あるもののために役立つからという理由で持つ価値」である「道具的価値」（instrumental value）と対置して用いられる（伊勢田・前掲注57）43頁）。

的配慮に値するののか、ということである。ここでは、この問題を「スライディング・スケール・モデル」に基づいて検討することにしたい。

スライディング・スケール・モデルでは、二種類のものさしを想像し、それから両者を合体させ、人間・各動物の道徳的配慮の程度を決めることになる。第一のものさしは、生物進化のヒエラルキーであり、生物学のおよび認知能力的により複雑な動物が、より頂点に近いところに位置している。すなわち、人間は頂点に位置しており、その下に、脊椎動物が哺乳類⁸⁰、鳥類、爬虫類・両生類、魚類の順で続き、さらにその下に無脊椎動物が続くことになる^{81 82}。これに対し、第二のものさしは、道徳的地位のヒエラルキーであり、「頂点にいる存在は最高の道徳的地位をもち、完全

77 「もしあなたが、気晴らしと健康のためにバットの素振りをする習慣があったとしよう。しかしもし、何らかの因果関係によって、バットの素振りが何百頭の牛が苦しんで死ぬことに繋がることがわかったとすれば、それでも素振りをするには何の問題もないとあなたは感じるだろうか、と彼〔ロバート・ノージック〕は問題を提起する。荒唐無稽ともいべき空想上の因果関係を仮定することで問われているのは、牛の苦しみや命というものには、何ら倫理的重みはないと考えるべきか、それとも、人間の重みよりは軽いとしても、それには何らかの重み、倫理上尊重すべき価値があるとあなたが感じるのか、という点である」（嶋津裕『問いとしての〈正しさ〉法哲学の挑戦』（N T T出版、2011年）83頁。傍点原著、〔 〕内引用者）。「素振り」をすることにためらいを感じるならば、牛（動物）は①の意味での道徳的権利を有し、一定の配慮を必要とする存在となると考えることもできる（嶋津・前掲注57）49-50頁、野崎・前掲注57）89-90頁参照）。

78 これに対して、カントは、「動物は自分自身を意識していないがゆえに、すべての動物はたんに手段としてだけ存在し、それ自身のために存在するのではないのに対し、人間は目的である——私は、人間はなぜ存在するかと、その目的をもはや問えない。動物の場合には問いうるが。——から、われわれは動物に対して直接的には義務をもたず、むしろ動物に対する義務は人間性〔人類〕に対する間接的な義務なのである」（御子柴善之ほか訳『カント全集20』（岩波書店、2002年）269頁〔御子柴訳〕。〔 〕内原著）として、動物に道具的価値しか認めず、動物を直接的な配慮の対象とはしない。なお、東郷・前掲注52）55-6頁は、動物愛護管理法は「動物の位置づけについては、あくまでも道具的価値を認めているに過ぎない」とする。

79 なお、動物に③の意味での道徳的権利を認めるレーガンは、単にそれ自体で価値があるという意味での「内在的価値」（intrinsic value）とは区別されるところの「固有の価値」（inherent value）——その存在が最終目的として扱われるべきであって、その存在はその存在以外の価値のための手段ではありえないことを意味する——を、自らのなすことを他ならぬ自分がなしていると自覚できている自己同一的な「生の主体」（subject-of-a-life）に認め、「固有の価値」を持つ存在は「不可侵の権利」を持つとされ、その道具的な利用が許されなくなる、とする（田上孝一『環境と動物の倫理』（本の泉社、2017年）76-7頁）。

な配慮に値する。それよりいくぶん下に位置する存在は非常に真剣な配慮に値するが、頂点にいる存在よりは少ない程度の配慮である。道徳的地位あるいは道徳的配慮のものさしをおりていくと、特定のレベルにいる存在への配慮の量は減少する。ある地点で、ほんの少しの配慮に値する存在に至る⁸³。

この二つのものさしを重ね合わせることで、人間・各動物にいかなる道徳的配慮が必要かが定められることになる。すなわち、「人間は完全な配慮に値する。他の動物は彼らの認知能力的、進化的、情動的、社会的な複雑性に応じて配慮に値する。たとえば、サルの苦しみは人間の苦しみよりも問題にならないが、ネズミの苦しみよりは問題になり、ネズミの苦しみはニワトリの苦しみよりは問題になる」⁸⁴。

このような理解によれば、一方で、動物は道徳的権利（道徳的地位）を有していることを認めつつ、他方で、その程度に応じて動物を利用することも可能であるとして、現在行われている動物利用を大幅に制約することを回避でき、かつ、人間を完全な配慮を要する、絶対的に優位な存在として扱うことで、「人間の尊厳」「人権」を確保し、人間的手段化や人権概念の掘り崩しを防ぐことができるものと思われる⁸⁵。よって、スライディング・スケール・モデルに従い、人間・各動物に認められる道徳的権利（道徳的

80 より仔細に見ると、哺乳類の中でも、大型類人猿・イルカ、ゾウ・テナガザル（小型類人猿）・サル、イヌ科・ネコ科、ウサギ目・齧歯類といった順でヒエラルキーが構成される（ドゥグラツィア・前掲注 8）51頁）。

81 ドゥグラツィア・前掲注 8）50-1 頁。

82 第一のものさしとして使われるヒエラルキーは生物進化のみを考慮して構築されているが、生物進化を基礎としつつも、文化的・宗教的・伝統的価値観をも考慮して、これを構築することも考えられよう（佐久間・前掲注 9）179-80頁参照）。いかなる動物にいかなる道徳的権利（道徳的地位）を認めるかを考える際には、ドナルドソン／キムリック・前掲注 5）1 頁以下における議論も参考になる。また、動物利用の目的・方法（動物実験か動物園かなど）に応じたヒエラルキーを変えることも考えられる（ジョナサン・ウルフ〔大澤津・原田健二郎訳〕『正しい政策』がないならどうすべきか 政策のための哲学』（勁草書房、2016年）〔Jonathan Wolff, *Ethics and Public Policy: A Philosophical Inquiry* (Routledge, 2011)〕27頁以下参照）。

83 ドゥグラツィア・前掲注 8）51頁。

84 ドゥグラツィア・前掲注 8）53頁。

地位）の程度はいかなるものか、人間・各動物はどの程度道徳的配慮に値するのかを決めていくべきである⁸⁶と考える。

もっとも、スライディング・スケール・モデルは、動物に道徳的権利（道徳的地位）を認めるものの、合理的な根拠なく生物進化のものさしを用いて、人間に動物との関係において絶対的な優越性を認め、人間を完全な配慮を要する存在である⁸⁷と考える点において、なお種差別を解消できていないとも言える⁸⁸。しかしながら、「人間の尊厳」「人権」を守るという観点からは、種差別を完全に無くすことは難しいと言わざるを得ない⁸⁸。

b. 法益性

このように、動物は道徳的権利（道徳的地位）を有し、道徳的な配慮の対象になると考えることができる。それでは、さらに進んで、動物は刑法による直接的な保護の対象となるのか、言い換えれば、動物虐待関連犯罪の保護法益に動物の利益それ自体がなり得るのであるのか。

まず、動物の利益それ自体が一般に保護法益となり得るかが問題となる。そもそも、法益とは法的な保護に値する利益であるが、より厳密には「経験的に把握可能な実体を有し（経験的実在性）、人間にとっての有用性（人間関係の有用性）を理由に法的保護が必要とされる対象⁸⁹」であり、法益性

85 ロバート・ノージック〔嶋津格訳〕『アナーキー・国家・ユートピア 国家の正当性とその限界』（木鐸社、1998年）〔Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Basic Books, 1974)〕61-2頁、押久保・前掲注74）166-7頁参照。

86 動物は道徳的権利（道徳的地位）を有し配慮を要する存在であると考えつつ、動物の利用をスライディング・スケール・モデルにより導かれる配慮の程度に応じた形で許容する私見は、動物福祉論に位置付けることができるものと思われる（伊勢田・前掲注57）193頁参照）。なお、動物福祉論の詳細については、佐藤衆介『アニマルウェルフェア 動物の幸せについての科学と倫理』（東京大学出版会、2005年）1頁以下、石川創「動物福祉とは何か」日本野生動物医学会誌15巻1号（2010年）1頁以下、上野吉一・武田庄平編著『動物福祉の現在 動物とのより良い関係を築くために』（農林統計出版、2015年）1頁以下等参照。

87 ドウグラツィアは、スライディング・スケール・モデルによってもなお種差別は残ると考えて、動物に②平等な配慮の意味での道徳的権利を認める動物解放論に与する（ドウグラツィア・前掲注8）53-4頁）。

88 「われわれ誰もが<種差別主義>から完全には脱却できない……われわれの誰もが、最終的には人間が一番だ、と心のどこかで考えている。にもかかわらず、それは、他の生物に対して何をしてもいいということにはならない」（金森修『動物に魂はあるのか』（中央公論新社、2012年）241頁）。

89 松原・前掲注41）2017年16頁。

を満たすための要件として、経験的实在性（又は因果的変更可能性）と人間関係の有用性⁹⁰とを要求するのが通説的理解であると思われる。

この点、経験的实在性（又は因果的変更可能性）の要件は、動物の利益（生命・身体等）は経験的に把握可能な実体であるため、満たされるといえる。

問題は人間関係の有用性の要件であるが、人間の利益とは独立して存在する、動物の利益それ自体は人間にとって有用なものであるとはいえず、この要件を満たさないため、これを保護法益とすることはできないようにも思われる。しかしながら、そもそも、法益性の要件として、このように人間関係の有用性を要求することの是非が問われなければならない。

法益を、人間関係の有用性を有する利益に限定する論拠を、法は人間のため（だけ）にあることに求める見解⁹¹もあるが、結論を述べているに過ぎず、さらに、なぜ法は人間のため（だけ）にあるのか、その根拠を問う必要がある。

その根拠の一つとして考えられるのが人間中心主義⁹²である。内在的価値を有するのは人間のみであり、人間以外のものは道具的価値を有するに過ぎないのであるから、配慮の対象は人間のみであり、人間以外のものは

90 特に環境刑法の文脈で用いられる人間中心的法益概念（内藤・前掲注37）212頁、川口浩一「環境刑法の基礎理論（一）」奈良産6巻2号（1993年）6頁、町野朔編『環境刑法の総合的研究』（信山社、2003年）80-5頁〔齋野彦弥〕、嘉門優「法益論の現代的意義——環境刑法を題材にして——（二・完）」法雑51巻1号（2004年）105-6頁、小林憲太郎「『法益』について」立教85号（2012年）31頁等）はもちろんのこと、生態学的・人間中心的法益概念（山本輝之「『法益の保護』、『刑法の謙抑性』の原則は維持できるのか？」法教223号（1999年）18頁、町野朔編『環境刑法の総合的研究』7頁〔町野〕）も法益に人間への最終的関連性を要求することから、法益性の要件として人間関係の有用性を要求する見解に位置付けることができる。

91 川端博はか「鼎談・環境刑法の課題と展望」現刑34号（2002年）19頁〔町野発言〕等。なお、伊東・前掲注34）38-9頁は、人間への最終的関連性を要求する生態学的・人間中心主義的法益構成に対し、「人間への最終的関連性の要求は、謂わば共通的内実理解を前提とする当然の了解かのように扱われるが、何故に必要なのかは明確に理論提示されていない」と批判し、「『法は人間の為にある』・『法は人間の生活利益を守る為にある』という伝統的な自由主義的国家観・市民社会観に影響されているものであろうことは、容易に想像できる」とする。

92 人間中心主義については、生田省悟「『人間中心主義』か『エコ中心主義』か——代替的環境ビジョンをめぐる——」金沢47巻2号（2005年）41頁等参照。

これに含まれない。よって、法は配慮の対象となる人間のため（だけ）にあると解することになる。⁹³しかし、先述のとおり、動物にも内在的価値が認められるといえ、動物は配慮の対象となると解すべきであろう。

これに対して、「国家を各個人の利益を保護するための手段的機構とみる社会契約論を基礎とした現代の国家観によるなら、『法益』は最終的に個々人の生存や人間らしい生活に役立つものでなければならない」とする見解⁹⁴は、法益を、人間関係の有用性を有する利益に限定する論拠、さらには、「法は人間のため（だけ）にある」との命題の根拠を、「国家を各個人の利益を保護するための手段的機構とみる社会契約論を基礎とした現代の国家観」に求めるものであるといえる。しかしながら、社会契約論に基づいたとしても、国家は人間以外（例えば、動物）の利益をも保護するための手段的機構であると解することもできるため、論者が依拠する上記「現代の国家観」自体を疑う余地はある⁹⁵。

また、法益を、人間関係の有用性を有する利益に限定する論拠を憲法に求める見解もある。例えば、「法益概念の実定法的・現行法制度内面的側面においても、なにを刑罰法規による保護の客体として『法益』とするかについて、立法者も刑法の解釈者・適用者も任意であるとするべきでない。そこには、憲法によって刑法に与えられた任務から生まれる限定と実質的内容とが存在する。立法者は、憲法によって個人に保障される権利・自由と生活にとって、また、個人の相互の権利・自由・生活をまもるために憲法の枠内において発展する社会生活にとって必要であり、かつ、刑罰法規による保護に値する生活利益のみを『法益』とすることができると解すべ

93 瀧川裕英ほか『法哲学』（有斐閣、2014年）183頁〔瀧川〕参照。

94 松原・前掲注41）2016年27頁。

95 Claus Roxin, Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, in: Roland Hefendehl Hrsg., Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus: Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, S.147f.（紹介として、松原芳博「クラウス・ロクシン『刑法の任務としての法益保護』」早法82巻3号（2007年）255頁）は、社会契約を現在生きている人間の範囲を超えて、他の共にある被造物（動物）にまで拡張することによって、動物の保護を刑法の任務に取り込む（Vgl. Roxin, a.a.O. (anm.55), § 2 Rn.21.）。これに対して、松原・同264頁は「法益の担い手を未来の人間にまで拡張することは支持しうるとしても、動物にまで拡張することには疑問が残るように思われる」とする。

きであろう」とする見解⁹⁶がある。

ここには、憲法は、個人に保障している「権利・自由と生活」を侵害しないようにすることのみならず、かかる「権利・自由と生活」を他の私人による侵害から保護することをも国家に義務付けるものであるところ、後者の任を具体的に果たすのが刑法であるとの理解があるものと思われる⁹⁷。しかしながら、このように刑法の任務が憲法上保障されている個人の「権利・自由と生活」を保護することにあると考えても、このことから直ちに刑法はそれ以外のもの、例えば、動物の利益を保護してはならないという帰結は導かれまいものと思われる。

さらに、法益を、人間関係の有用性を有する利益に限定する論拠を、法的義務を負うもののみが法的権利（法益）を有するのであり、法的義務を負うことができるのは人間だけであるから、法益も人間の利益に限られるという相互性の原則に求めることも考えられる⁹⁸。しかしながら、これを突き詰めていくと、例えば、法的義務を負うことのできない胎児の生命は法益たり得ないとの結論に至る。法的義務を負うもののみが法的権利（法益）を有するとの前提自体が疑われるべきであろう⁹⁹。

このように、法益を、人間関係の有用性を有する利益に限定する論拠¹⁰⁰に疑いを挟む余地はあるのであって、法益性の要件として人間関係の有用

96 内藤・前掲注37) 212頁。同「法益論の一考察」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第三巻』（有斐閣、1984年）15頁も同旨。また、嘉門優「法益論の現代的展開」國學院44巻4号（2007年）115頁も「基本法、憲法を前提とする以上、個人、人間という存在を無視して法益概念を構成することは許されまいといわざるを得ない」とする。

97 増田豊『法倫理学探究 道徳の実在論／個別主義／汎心論／自由意志論のトポス』（勁草書房、2017年）133頁参照。

98 Jakobs, a.a.O. (anm.55), S.29f.は（動物の）権利を（動物の）義務なしに基礎付けることの困難性から脊椎動物殺害・虐待罪（ドイツ動物保護法17条）の保護法益を脊椎動物の利益とすることに反対する。原田・前掲注10) 528頁参照。なお、井上達夫ほか「リベラルなエコロジーをめざして」現代思想18巻1号（1990年）172頁〔井上発言〕は「倫理というのは基本的に行為の規律で、規律されるのはわれわれ人間です。だからどうしても人間にとっての価値というものを、僕は超えられないと思うのです」とする。

99 伊勢田・前掲注57) 45頁参照。

性を要求することが必然であるというわけではない。したがって、人間の利益とは切り離された、動物の利益を法益とすることも可能であろう。

動物は法を制定し、運用して自らを守る能力はないが¹⁰¹、そのような能力のある人間が、「共にある被造物〔命あるもの¹⁰¹〕としての動物に対する人間の責任に基づき」（ドイツ動物保護法1条。〔 〕内及び圏点引用者）、動物を法によって保護しなければならないと考えるべきではないか¹⁰²。「法は人間のためにある」が、「法は人間のためだけにある」のではなく¹⁰³、「法は動物のためにもある」。法益は人間関係の有用性を有する利益に限られず、動物の利益それ自体もこれに含まれると解すべきである¹⁰⁴。

それでは、さらに進んで、動物の利益それ自体は動物虐待関連犯罪の保護法益たり得るであろうか。ここでは、動物の利益それ自体が刑罰という手段によって保護すべき利益といえるかが問題となる。法益保護主義の下、最も峻厳な制裁である刑罰による保護が正当化されるためには、比例原則に基づき、「刑罰という手段が法益保護という目的を達成するのに役立つこと（適合性）、他の手段ではその目的が達成できないこと（必要性）、当該法益を保護する利益が国民の自由の制約を含めた禁止や処罰によるコス

100 なお、環境犯罪において、嘉門優「法益論の現代的意義」刑法50巻2号（2011年）11頁は、「人間存在との関連性のない法益をも対象とする場合、危険を段階的に把握することは困難であり、それに応じた適切な刑量の決定ができなくなる」ことを理由として、人間中心的法益概念を支持する。しかしながら、動物虐待関連犯罪においては、人間との関連性のない動物の利益を法益としたとしても、法益侵害又はその危険を把握することに困難を来すことはない。

101 動物愛護管理法2条1項は「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……しなければならない」（圏点引用者）と規定する。

102 「お前がそんなに複雑で優れた魂をもっているのは、他人だけではなく、他の生物にもできる限り気遣いをすることができるように、そうなっているんだよ」（金森・前掲注88）244頁。

103 川端ほか・前掲注91）19頁〔伊東研祐発言〕。伊藤・前掲注47）28-9頁参照。なお、伊東・前掲注34）24頁は、環境刑法の文脈で、「法は人間の生活利益をまもるために存在する」という命題に加えて、「少なくとも、『法は環境自体を守るためにも存在する』というもう一つ同格の命題が成立し得るだけの〈価値観と現行憲法秩序の構造の拡大〉が既に存していると見るべきである、態度決定すべきである」とする。

104 伊藤・前掲注47）28-9頁参照。

トを上回ること（相当性）が必要である」¹⁰⁵。ここから、刑罰による保護に値する利益というためには、①その保護のために刑罰が役立つ利益であること、②刑罰以外の手段では保護しえない利益であること、③これを保護するメリットが当該行為を禁止し処罰することのデメリットを上回る利益であることが必要となろう。

この点、動物の利益を刑罰によって保護するとした場合、①を満たすことに問題はない。②については、確かに、刑罰以外の手段、例えば、特に「学校、地域、家庭等における教育活動、広報活動等」（法3条）、「動物愛護週間」（法4条）における活動、動物愛護推進員の活動（法38条2項）等、さらには、秩序罰で動物の利益を保護することも考えられる。しかしながら、これらの手段によって動物の利益を十分に保護できるとまでは言い難く、刑罰の投入が必要であると解し得よう¹⁰⁶。③については、動物の利益を刑罰によって保護することにより、形式的には動物をみだりに虐待等する自由が制約されることになると考えられるが、そもそもかかる自由が認められるのが疑問である。また、動物をみだりに虐待等することを禁止したとしても、現在行われている動物実験等の動物利用の多くは動物をみだりに虐待等するものではないといえることから¹⁰⁷、これが大幅に制約されることには繋がらない。よって、動物をみだりに虐待等することを禁止し処罰することのデメリットは小さいものといえる。その反面で、動物がみだりに虐待等を受けることなく、その生命・身体等が保護されるというメリットは、動物が道徳的権利（道徳的地位）を有することにかんがみると、大きいものといえる。したがって、③も満たすものと解される。よって、動物の利益それ自体を動物虐待関連犯罪の保護法益とすることは許容

105 松原・前掲注41) 2017年16頁。高橋直哉「犯罪化論の試み」新報121巻11＝12号（2015年）10頁以下参照。

106 例えば、ドイツでは、故意又は過失により、自己が保有し、世話をし、又は世話をしなければならぬ脊椎動物に対して、合理的な理由なしに、傷害等を与える行為は秩序違反行為とされているもの（動物保護法18条1項1号）、脊椎動物を殺害・虐待する行為は犯罪行為とされている（同法17条1項・2項）。

107 なお、3R原則（法41条1項・2項・3項）を大きく逸脱する動物実験は動物をみだりに虐待等するものであるともいい得ようが、この点は研究の自由（憲法23条）との関係で慎重な検討を要する。

されよう。

108 かかる理解においては、他者危害の原則（侵害原理）における「他者」の範囲を動物にまで拡張することによって、動物虐待関連犯罪を同原則により正当化することになろう（Joel Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty* (Princeton University Press, 1980) 84.)。

109 なお、このような理解は憲法に抵触しないものと考えているが、詳細は今後、綿密な検討の上、明らかにしていきたい（刑事立法の憲法適合性判断枠組については、上田正基『その行為、本当に処罰しますか— 憲法の刑事立法論序説』（弘文堂、2016年）1頁以下参照）。ここでは、さしあたり問題点のみを挙げておく。動物の利益を保護法益とする動物虐待関連犯罪を制定した場合、動物をみだりに虐待等する自由（憲法上の人権）を公共の福祉（動物の利益の保護）が制約する形になるとも思われる。そこで、そもそも、動物をみだりに虐待等する自由が憲法上人権として保障されているのか、これが肯定される場合には、人権制約の根拠となる「公共の福祉」（憲法13条後段）の内容に動物の利益の保護を入れることが可能であるのか等が問題となろう。なお、憲法との整合性に関して、「日本国憲法中には直接『環境』『動物』の保護を規定した条文は存在しないことは確かであるが、憲法上根拠条文がないからといって、『環境』『動物』の侵害に対する刑罰規定を設けられないという訳ではあるまい。憲法上根拠条文がないことは、憲法上の価値に優越しえないであろうということとどまるであろうからである。従って、一般的には『人間』は『環境』『動物』に優位することは憲法上明らかであるとしても、『環境』『動物』の中で保護に値するものがあり、それらに対する侵害が処罰に値するとすれば、『人間の生命・自由・幸福追求権』も制約されうることが憲法上予定されているのである（一三条・二二条一項・二九条二項・三一条。なお、一二条参照）」（伊藤・前掲注47）50頁注35）との指摘がある。また、国家による動物保護を日本国憲法上の原則として認める途を模索する試みとして、浅川千尋「ドイツ憲法から動物保護と法を考える——動物実験規制と人間中心主義克服を中心に」法時88巻3号（2016年）75頁、同「動物の権利論の覚書——ドイツの動物実験規制を例にして——」天理大学人権問題研究室紀要20号（2017年）38-9頁。

110 なお、このように動物の利益を動物虐待関連犯罪の保護法益とすることは動物に法的権利を認めることを意味するだろうか。例えば、「必ずしも動物を権利の保持者（Inhaber von Rechten）とまで認めなくても、『人間社会の法』としての刑法の立場からも、『動物それ自体（das Tier selbst）』に端的に保護を与えることは可能なのである」（伊藤・前掲注47）32頁。同46頁注23参照）との理解は、これを消極に解するものであるといえる。この問題は、ここでいう法的権利が何を意味するかで消極にも積極にも解し得る。権利の本性に関する意思説によれば、「権利とは、それに対応する他者の義務を自らの意思によって強行したり免除したりできる支配力」（瀧川ほか・前掲注93）124頁〔宇佐美誠〕を意味し、自らの意思を形成し表明する能力を欠く動物は法的権利を有さないことになる。これに対して、利益説によれば、「権利とは、法によって意図的に保護された利益」（同124頁）を意味し、法によりその生命・身体等という利益を保護されることになる動物は法的権利を有することになる（箕輪さくら「英国二〇〇六年動物福祉法の分析（二・完）」自研93巻8号（2017年）114頁注86参照）。「動物は法的権利を有するのか」という問題を考える場合、そこで用いられる法的権利の意味を先に確定しておかないと、議論が混乱に陥る。

なお、このように動物虐待関連犯罪の保護法益を動物の利益それ自体とすることによって、解釈論において愛護動物虐待関連犯罪の保護法益を動物愛護の良俗と解した場合に、依拠する見解によっては生じ得る前記問題点、すなわち、リーガル・モラリズムに陥る、法益性に欠ける、謙抑性（補充性）に反するといった点も叙上の検討から明らかとなっており、克服されることになる¹¹¹。

結語

以上のとおり、法は人間のみならず動物のためにもあり、「立法論において、動物虐待関連犯罪の保護法益は、人間の利益とは独立に存在する、動物の利益それ自体である」と解すべきである¹¹²。

本稿では、動物虐待関連犯罪の行為客体である「動物」の範囲、同罪の保護法益となる「動物の利益」の内容、同罪の諸類型、違法性阻却事由等につき、具体的に明らかにすることができなかった。これら諸点の検討については、他日を期したい。

〔付記〕本稿は公益財団法人大幸財団「平成28年度人文・社会科学系学術研究助成」に基づく研究成果の一部である。

111 なお、動物愛護の良俗は、動物の利益を保護することの下地になることは否定できない（打越綾子『日本の動物政策』（ナカニシヤ出版、2016年）314-6 頁参照）。

112 我が国の動物愛護管理法の目的も、動物愛護の良俗、さらには友愛・生命尊重の意識を涵養するというものから、動物の利益それ自体を保護するものへと転換することが求められよう。