

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 —

藤井 康博

I 単純法・欧州法レベル

1 基本法下の立法権限

動物保護法——「共にある被造物としての動物のための人間の責任」

2 民法法——「動物は物ではない」が「物」とみなす

3 刑事法——財産犯か、動物それ自体の保護法益か

4 行政法

5 欧州法（国際法、EU 法）

II 憲法レベル

1 基本法20a 条改正（2002年7月26日）過程

——議会における争点

2 基本法20a 条改正前後の裁判例

——「儀礼畜殺」裁判例の背景

i ハンブルク上級行政裁判所1992年9月14日判決（控訴審）

——判旨——「人間の尊厳に拠る動物保護」

——被参照学説

——連邦行政裁判所1995年6月15日判決（上告審）

ii 連邦憲法裁判所2002年1月15日「儀礼畜殺」不許可違憲判決

——事案

——判旨——宗教的自由・人格の自由な展開・職業の自由

——判決の法的（内在的）考察

——判決の政治的・社会的影響

——判決の法的（外在的）影響

- iii ギーセン行政裁判所2003年4月14日決定(一審)
 - 決定要旨 — 「自由権は動物保護に原則劣後」
 - ヘッセン行政裁判所2003年6月26日決定(抗告審)
 - 決定の考察
 - 逆転問題: 配分原理、
「国家」の動物保護義務と「人」権、「動物」と「ヒト」
- 3 結びに代えて、問題へ向けて
 - 連邦憲法裁判所2009年2月20日決定
動物保護団体ホロコースト比較キャンペーンの禁止
 - 「人間」の尊厳を根拠とし得る動物保護と
「個人」の尊厳を侵蝕し得る動物保護と
「ヒト」の尊厳を侵蝕し得る動物保護

第二次世界大戦後⁽¹⁾、ナチスの諸法令は、1945年9月20日の連合国管理委員会の法令1号によって失効した。しかし、1948年3月23日の東側占領地区の司法行政の決定、同様の西側占領地区の政府の決定によって、動物保護法は存続した⁽²⁾。

3年後、『ドイツの動物保護法』[第4版]も戦中から引き続き出版された。その「はしがき」によれば、「1945年の崩壊後、註釈書の活発な需要があるため、時局が困難にもかかわらず、また、全ドイツ領域の憲政 (politische Verfassung) の見通しが未だないにもかかわらず、新版が必要とされた」。そこには「1949年9月」と付されている⁽³⁾。それは、——「ドイツ憲法 (Verfassungsrecht)」の見通しは未だないものの——1949年5月23日のドイツ連邦共和国基本法の翌24日施行から程なく、連邦議会や大統領など憲法諸機関が始動した月である (連邦憲法裁は上掲書と同年)⁽⁴⁾。

以下、この西ドイツと統一ドイツを本稿の対象国として再出発する (なお、東ドイツに動物関連規定がなかったわけではない)⁽⁵⁾。本稿では、まず単純法レベルから後半に関わるゆえ最低限確認したうえで、憲法レベルの基本

法20a条改正、裁判例へと考察を進めたい。

なお、憲法・環境法学者ミヒャエル・クレプファー（Michael Kloepfer）の体系書『環境法』が「動物保護法」（Tierschutzrecht）に一つの章を割く冒頭に触れておこう。「環境保護と動物保護との関係は、従来、不明確で」、「動物保護法（Tierschutzgesetz）の意味での動物保護は、⁽⁶⁾個体（Einzelwesen）としての個々の（individuellen）動物に適用される」。本稿の対象も、野生動物など「種」ではなく家畜・ペットなど「⁽⁷⁾個」としての動物であり（この意味で環境法の体系下がない「動物法」）、動物の（主観的）権利ではなく（客観法的）⁽⁸⁾保護である。

I 単純法・欧州法レベル

1 基本法下の立法権限

動物保護法——「共にある被造物としての動物のための人間の責任」

上述のように、ナチス期の動物保護法は、⁽⁹⁾当分の間存続し、その後にも影響を与えている。例えば、以後の法には「公然性」「不快感」の要件（人間中心主義のメルクマール）は見られない。その系譜を受け、1971年の基本法74条〔競合的立法権限の対象〕1項20号改正挿入によって「動物保護」の文言が加わったことで（2006年連邦制改革でも不変）、以下の連邦法が制定されることになる。

とりわけ連邦法レベルで動物保護関連法令を包括的に統合したのが、1972年の動物保護法である。これが根幹をなし、⁽¹¹⁾1986、⁽¹²⁾1993、⁽¹³⁾1998、⁽¹⁴⁾2001、⁽¹⁵⁾2006年に大改正、直近は2009年に改正が行なわれ、現行法をなしている。全13章、49箇条に及ぶ同法は、すでに註記した邦訳があるため、以下、本稿にて

重要な条項のみ適宜指摘していく。⁽¹⁶⁾

まず、現在の動物保護法の1章「基本原則」は、以下の1条からなる。

1972年(1986年改正)動物保護法1条

本法の目的は、共にある被造物としての動物のための人間の責任から、動物の生命および〔心身の〕⁽¹⁷⁾健康を保護することにある。何人も、合理的な理由なくして、⁽¹⁸⁾動物の身体的苦痛、精神的苦痛、または、損害を与えてはならない。⁽¹⁹⁾

「共にある被造物としての動物 (Tier als Mitgeschöpf) のための⁽²⁰⁾人間 (Menschen) の責任 (Verantwortung)」の部分が、1986年改正でえられた文言である。特に「被造物」という文言は、創造主たる神によって人間も動物も造られたという思想、戦後の「キリスト教的動物倫理」を反映している。ここに、⁽²¹⁾『創世記』以来、戦前からの連続性もみえる(前稿〔1〕404頁、ナチス期も同〔2〕558頁)。

以下、同法の構成の概観である。

2章「動物保有」

3章「動物の殺処分」〔4a条は後述〕

4章「動物の手術」

5章「動物実験」

6章「専門教育、研修、または、継続教育に関する手術および処置」

7章「原料、製品もしくは有機体の製造、産出、保存、または、増殖に関する手術および措置」〔1998年改正後〕

8章「飼育、動物の保有、動物の取引」〔11b条は後述〕

9章「持込禁止、取引禁止、および、保有禁止」

10章「動物の保護のためのその他の規定」

11章「法律の施行」

12章「刑罰規定および過料規定」

13章「経過規定および終末規定」

2 民法——「動物は物ではない」が「物」とみなす

民法法についても、後の憲法学的考察にとって重要な改正があった。再統一の年、民法典1編総則2章「物」が「物および動物」とされ、

1990年改正民法典90a条

動物は物ではない。動物は特別の法律によって保護される。その他の規定がない限り、動物には物に適用される規定が準用される。

という条項が新設された。同条1文に対し、3文では動物を物と同様に扱い得ることを規定しており、ましてや自然人・法人と同様の権利主体性（法的人格）を認めたわけではない。それゆえ、1文または3文いずれに重点を置いて解釈するかによって相違があり得る。⁽²³⁾この点、後の試論を見通せば、「動物は物ではない」と認識して保護を高めつつも、法的には「物」とみなすのが妥当ではなかろうか。

同年、債権につき同法251条2項2文の動物治療費賠償、物権につき903条2文の動物所有者の規定遵守も新設され、義務が高められた。また、同年改正の民事訴訟法811c条で非営利目的の「ペット〔家畜〕」（Haustiere）の差押禁止が規定され、1997年改正では、同法765a条1項3文に、動物に対する強制執行では執行裁判所が衡量の際に「動物のための人間の責任」を考慮するものとする規定が挿入された。

3 刑法——財産犯か、動物それ自体の保護法益か

刑法法については、⁽²⁴⁾従来の動物虐待罪に相当するものは、動物保護法12章「刑罰規定および過料規定」の17～20a条にある。基本となる17条は次の通

り。

1998年改正動物保護法17条

次の各号に定める行為の一つを行なった者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。

1. 合理的な理由なくして脊椎動物を殺した者
2. 脊椎動物に対して
 - a) 粗暴に相当の身体的苦痛もしくは精神的苦痛を、または、
 - b) 比較的長期的に継続もしくは反復する、相当の身体的苦痛もしくは精神的苦痛を与えた者

1972年法以来、1933年法の〔あらゆる〕「動物」を限定して「脊椎動物」となっている(4条も)。また、1998年改正によって、1933年以来「2年」であった上限が「3年」以下の自由刑に厳罰化した点も重要である。

動物は、民法上「物ではない」とされたが、刑法上、動産と同様に財産犯の保護客体となる。⁽²⁵⁾ 例えば刑法典242条「窃盗罪」、303条以下「器物損壊罪」の対象にもなる。さらに、後述の基本法20a条改正を受け、動物それ自体に保護領域が拡大したとみる有力説もあり、⁽²⁶⁾ 議論の余地がある(風俗犯も)。なお、刑法典142条「ひき〔あて〕逃げ」、323c条「救助不作為」も適用される(道路交通規則4条1項に関する「動物への急ブレーキ」も)。⁽²⁷⁾

4 行政法

行政法については、固有の問題は多岐に渉るため最小限にとどめる。動物保護法は、旧来の刑法的性格から行政法的性格へ推移している。例えば、届出義務(8a条、10条2項、10a条2項、6条1項)、許認可義務(4a条2項2号、6条3項、8条、9条2項7号、11条)、国家監督(16条)、自主監督(8b条)などの手法が規定されている。特に動物実験で問題となり、連

邦イミシオン防護法6条1項の施設設置・操業許認可の「その他の公法規定」としての適用もある。本稿では、後述の畜殺の許可が裁判にて重要となる。

本稿関連法令では、1997年（2006年改正）動物保護・畜殺令、2001年（2006年大改正）動物保護・農業用家畜保有令がある。

5 欧州法（国際法、EU法）

国際法については、⁽²⁹⁾野生動物を保護する条約が多いが、本稿で対象とする「個」としての動物保護に関わる地域的条約として、欧州評議会が採択した五つの条約（協定）がある。1968年（2003年改正）の国際輸送の際の動物、1976年の農業用動物保有における動物、〔後述 ii で〕1979年の畜殺動物、1986年の実験およびその他の学問上の目的に用いられる脊椎動物、1987年のペット（Heimtiere）、以上の保護に関する欧州条約である。

EU法については、⁽³⁰⁾今日、ドイツ法を論ずる上で避けては通れない。

一次法（条約）には、「個」としての動物について定めた規定は少なく、EC条約30条は「人間または動物の健康および生命の保護」のために物の自由移動の制限を認めている。また、1997年、アムステルダム条約付属議定書10号として、動物保護と動物の健康（Wohlergehen）に関する合意がなされた。そこでは、「共同体および加盟国は、特に宗教的儀式〔…〕に関する加盟国の法規定および行政規則ならびに慣習を考慮する」とも掲げられている。これは後述の裁判の論点に関する。

二次法（特に指令）では、上記欧州条約を受けた1998年の農業用家畜保護の理事会指令など枚挙に暇ない。本稿にて重要なものに、1993年の畜殺または殺処分時における動物の保護に関する理事会指令〔後述 ii〕のみ挙げる。

以上がドイツ国内法令・裁判例に影響を与えていることを留意しておきたい。

II 憲法レベル

さて、ようやく憲法レベルの本題に入る。先んじて動物保護の憲法規定を設けた EU 非加盟国スイス（前稿補論）に続き、以下でも儀礼畜殺が問題となる。しかし、ひとまず宗教的儀礼の自由を棚上げしよう。法的通過儀礼として憲法改正過程を通観したうえで、問題の本質へ迫りたい。⁽³¹⁾

1 動物保護の基本法20a 条改正過程

ドイツ再統一を受け、1992年設置の両院合同憲法委員会から、動物保護規定創設の本格的な議論が始まった。⁽³²⁾しかし、1994年に「自然的生活基盤」の保護は20a 条として成立したが、同時に「動物」の保護までは盛り込まれ得なかった（この頃からラント諸憲法では動物保護が規定された）。⁽³³⁾

その後、1994～98年第13会期には、当時野党のドイツ社会民主党（SPD）、90年連合／緑の党、ドイツ民主社会党（PDS）、連邦参議院から法案が提出された。それに対し、与党のキリスト教民主同盟／社会同盟（CDU/CSU）は反対に立った。なお、ドイツ自由民主党（FDP）も改正には賛成であったが、法案については考えを異にしていた。また、当時、世論の約60%は改正賛成であった。

1998年、SPD と緑の党の連立政権へ交代し、1998～2002年の第14会期に、⁽³⁵⁾諸政党は各法案を提出した。ひとまず以下の通りである。

1998年のFDPの基本法20a条2項案

動物は、現行の法律の枠内において、回避可能な苦痛および損害から保護される。⁽³⁶⁾

1999年のSPD+緑の党の基本法20b条案

動物は、共にある被造物として尊重される。動物は、その種に適さない保有および回避可能な苦痛から保護され、その生息空間を保護される。⁽³⁷⁾

1999年のPDSの基本法20a条2項案

動物は、種に適した保有がなされ、その生息空間の破壊ならびに回避可能な身体的苦痛および精神的苦痛から保護される。動物実験は、人間の健康の増進に不可欠である場合に限り、許容される。⁽³⁸⁾

1999年の連邦参議院の基本法20b条案

動物は、共にある被造物として尊重される。動物は、法律の枠内において回避可能な苦痛および損害から保護される。⁽³⁹⁾

1999年の第16回会議の後、SPD+緑の党とFDPは、20a条「および動物」挿入案に一本化し、与党修正案として法務委員会に提出した。しかし、CDUは依然として同案に反対した。当時、連邦参議院も賛成、世論は約77%改正賛成であったが、連邦議会にて2000年に、賛成391票、反対205票、棄権6票にて、3分の2に満たず、否決された。⁽⁴⁰⁾

ところが、2002年4月23日、一転して修正案に合意したCDUは、SPD、緑の党、FDPとともに超党派で法案を提出した。世論は約80%改正賛成に達していた。連邦議会にてスピード審議の結果、同年5月17日、賛成543、反対19、棄権15で可決され、同年6月21日、連邦参議院にてザクセン州を除き、賛成65、棄権4で同意された。同年7月26日、20a条改正に至った。⁽⁴¹⁾ 同条の文言は以下ようになった（下線追加部分）。

2002年改正基本法20a条

国家は、将来世代に対する責任においても、合憲的秩序の枠内において立法を通じて、また、法律および法に従って執行権および裁判を通じて、自然的生活基盤および動物を保護する。

ここに、「国家目標規定」としての「動物保護」が憲法上の地位を得たのである。

——議会における争点

スピード審議の流れのみ観てきたが、次に政党間の争点を抽出することにしてしよう。

まず、当初、人間の「自然的生活基盤」の保護に、「動物」の保護も含まれるとの考えもあったが、「種」ではなく「個」としての動物そのものの保護は、独立した論点となった。

そのため、改正反対の立場からは、従来もっぱら「人間」に関連づけられていた基本法の価値秩序内での全体バランスを失し、動物保護の国家目標規定によって追求される関心事を遥かに超える衝突状況に達し得ると、すなわち、憲法は人間のための人間の法秩序であり、そこに動物保護の余地はないとの批判であった。⁽⁴²⁾

この点、SPDは、環境保護とは逆に、動物保護については「人間中心主義」の考えがあった。憲法の最高価値である「人間の尊厳」を強調したのである。そこでの動物保護は、「人間の行態に関する最低限の倫理」とまで主張され、「動物と人間との人倫的に責任ある付き合い」のために必要である、という考えに基づく。それゆえ、上の批判は失当との反論であった。以上と連邦参議院案理由もほぼ同様である。また、緑の党は、「動物の尊厳に値する (tierwürdiges) 生息」や「動物の権利」を説いていたが、SPDへ歩み寄ったことになる。⁽⁴³⁾

他方、FDPは、当初、動物保護の憲法規定を導入しても、劇的な現実の

改善はできないと党内でも意見が分かれていた。そこで、「回避可能な苦痛」（SPD案も）、「現行の法律の枠内」という立法者に衡量を委ねるFDP案の文言は、それなりの「最低限」の妥当なところに落ち着く意図からであった。この点、例えば益獣のみか害獣も含むか、他の法益との衡量など詳細も立法裁量とすることを明確にしようとするものであった。⁽⁴⁴⁾

以上から諸案の文言・内容の大幅な縮小を、SPD+緑の党案にも窺える「感覚中心主義」（Pathozentrik）に立つ公法（動物法）学者ヨハネス・カスパー（Johannes Caspar）は、「小さな解決」と評した。⁽⁴⁵⁾これに関し、SPDと緑の党は改正が何より先決と考えてFDPとの「妥協」を優先した、という見方がある（結局、後述CDUも含め「同床異夢」）。⁽⁴⁶⁾

もっとも、FDPの「妥協」は、その意図と別の意味を孕んでいないか。その文言は、FDP原案「現行の法律の枠内において」ではなく、20a条そのままの「合憲的秩序の枠内において […] 法律および法に従って」である。SPDが1994年に獲得した「妥協」の文言「および法」は、「および動物」以上に意味があるだろう。というのも、「法」は議会制定「法律」のみならず判例や慣習法など不文法も含み得るからである。⁽⁴⁷⁾それら次第では、必ずしも動物保護に資するとはいえないだろう。

以上の改正案に対し、CDUは、長らく反対の立場を押し通し続けてきたわけである。その反対理由は、動物は、すでに法律レベルで保護されており、これを充実すべきで、また、憲法レベルとなっても家畜などの扱いは今と変わらず効果に乏しいのではないか、という現実との乖離を指摘するものであった。「動物保護の努力にとって無益、憲法にとって有害」として改正に反対し続けてきたのである。⁽⁴⁸⁾

にもかかわらず、2002年4月になって、CDUが最終的に賛成に一転したのには、何らかの理由があるはずである。その理由の一つに世論の高まり、

もう一つに後述 ii の同年1月の連邦憲法裁違憲判決への対応が指摘されている。⁽⁴⁹⁾ この判決が世論や選挙前の CDU を昂らせたこととみて、判決に重点を置くこともできよう。

以上、賛否いずれもの理由とされた「人間（の尊厳）」の論点や、諸々の「妥協」の産物への同条異夢を意識しつつ、以下、裁判例に着目する。

2 基本法20a 改正前後の裁判例

動物（特に家畜）に関する裁判例として、本稿の文脈にて重要なものを三つ取り上げよう。20a 条の i 改正前の判決、ii 改正直前の判決、iii 改正後の決定である。その際、本稿は判例研究そのものでなく、副題の問題を抽出することが目的である。また、学説研究も主眼としないが、付随して重要な点は指摘する。

——「儀礼畜殺」裁判例の背景

特に後述 ii 判決をハイライトに、「儀礼畜殺」(Schächten) が問題となるため、まず背景や引用条文も示しておくのが便宜であろう。⁽⁵⁰⁾

前稿で観たように、ナチスは畜殺法にてユダヤ教の儀礼畜殺を事実上禁止した。同法は、第二次大戦後も存続し、諸ラントにて例外措置を公認または黙認するもの、裁判にて同法解釈の際に基本法4条の宗教的自由から認めるものなど様々な対応があった。⁽⁵¹⁾ しかし、1970年代からドイツにトルコ系移民が増加したことで、問題が再燃した。⁽⁵²⁾ とりわけムスリムの中でも、イスラムの教えを、気絶させずに解体した家畜を食すべきと解する者である（ただし、コーランに許された〔Halal〕食肉と禁じられた〔haram〕食肉につき

畜殺方法まで明示はないことが後述の問題⁽⁵³⁾。つまりは、ユダヤ教類似の「儀礼畜殺」である。以上に対し、次第に抵抗感が募り、1986年改正によって規定されたのが、動物保護法4a条である。現在、以下の文言である（1998年改正で2項3号は挿入）。

1986・1998年改正動物保護法4a条

- (1) 温血動物は、出血を始める前に気絶させる場合にのみ、畜殺が許される。
- (2) 第1項の規定にかかわらず、次の場合には、気絶を必要としない。
 1. 緊急畜殺する際、所与の状況に基づき不可能なとき、
 2. 所轄官庁が、気絶させない畜殺（儀礼畜殺）のための例外的許可を与えるとき、すなわち、本法の適用域内において、強制力のある戒律（zwingende Vorschriften）による儀礼畜殺を定め、または、儀礼畜殺されていない動物の肉を食することを禁止している、特定の宗教共同体〔宗教社会、宗教団体〕（Relionsgemeinschaften）の構成員の要求に応じる必要性があるときに限り、所轄官庁は例外的許可を与えることができる。
 3. 第4b条第3号に基づき法規命令による例外として、また同じ。

4a条は1項で、事前に気絶させることなく温血動物を畜殺することの原則的禁止を謳う。ただし、2項2号は、宗教上の理由からの例外的許可を付与する可能性を予定している。その際、同号の第2の選択肢、ユダヤ同様、イスラムの「宗教共同体」の「強制力のある戒律」が注目される。そして、これをめぐる訴訟が幾つも提起されてきた。そこでは、宗教的自由（基本法4条1項「信仰の自由」、2項「宗教活動」）が主に論点となったわけである。⁽⁵⁴⁾

i ハンブルク上級行政裁判所1992年9月14日判決（控訴審）

儀礼畜殺をめぐる裁判例で最重要となるのが後述ii判決であるが、そこで引かれ、変更されることになる連邦行政裁1995年6月15日判決の理解も重要⁽⁵⁵⁾

ゆえ注目が集まる。本稿は、その原審（控訴審）のハンブルク上級行政裁
 1992年9月14日判決に、別の文脈⁽⁵⁶⁾（「人間の尊厳」問題）から注目すること
 ができる。そこに着眼点を置くのが、他ならぬ日本の憲法学における押久保
 倫夫の論文である。⁽⁵⁷⁾ 順番からしても、控訴審、上告審の順でみてゆこう。

——判旨——「人間の尊厳に拠る動物保護」

控訴審は、ハンブルク行政裁1989年9月14日判決⁽⁵⁸⁾（一審）が儀礼畜殺の所
 轄官庁による不許可は正当としたことを基本的に維持し、請求を棄却した。
 つまり、前掲動物保護法4a条2項2号は儀礼畜殺を一定の必要なときにの
 みに限定しており、本件の不許可は、基本法12条1項「職業の自由」、4条
 2項「宗教的活動」の保障に抵触しない、と判断したのである（この点は上
 告審も同様で、比例原則は後述ii）。

理由では「基本法1条1項の人間の尊厳という基本権との結びつきによっ
 て、動物保護には憲法ランクが与えられる」という。そして「人間の尊厳」
 の根拠を、人間が「理性を賦与された存在」（vernunftbegabtes Wesen）
 として自らの行為を省察し、一定の価値観念へ方向づけ制御する能力を有す
 ることに求めている。そこから、他の「共にある被造物」の保護を意識的な
 「責任と配慮」（Verantwortung und Fürsorge）の顕れとして促進するこ
 とを憲法によって立法者は要請される、と。それゆえ、「宗教的活動」（基本
 法4条2項）に対し、「人間の尊厳」（1条1項）と結びついた「動物の保
 護」（動物保護法）が、貫徹されると判示するのである（不許可は内在的制
 約）。

なお、控訴審は、1条1項と前述74条1項20号〔動物保護の競合的立法権
 限〕を結びつけて憲法ランクへ補強させている。また、2件の連邦憲法裁判
 例を引き、倫理的な「人間の共同責任の意味での動物保護」を強調する。⁽⁵⁹⁾

—被参照学説

控訴審が、「人間の尊厳」を根拠にする際、明示して参照している学説が幾つかある。以下、押久保論文によって紹介される点も含め、また、それに補足しておきたい。

最も注意したいのは、人間が特定の価値に従って行動し得るところから人間の優位を主張し、それを「人間の尊厳」の根拠とし、そこから動物に対する「責任と配慮」を引き出すギュンター・エーベル（Günter Erbel）の国法学説などに、⁽⁶⁰⁾控訴審が拠る点である。また、「人間の共同責任の意味での動物保護」につき、上記2件の判例と並び（「人間の尊厳」に拠る動物使用制限を説く）⁽⁶¹⁾動物保護法註釈書も控訴審は引照する。引照された弁護士その他の論文でも、控訴審に類似し、「人間の尊厳」に基づく人間「共同体」の責任たる社会倫理的動物保護が説かれている。⁽⁶²⁾

フィリップ・クーニヒ（Philip Kunig）の憲法学説でも、⁽⁶³⁾動物が「人間の尊厳」を有するわけではないが、国家目標規定として基本法1条1項は、動物との付き合いの評価に富んで理想像を示す。特に発生学的にヒトに近い動物に対する責任を含む以上の価値判断は、職業の自由など基本権制約に影響する、と。先のカスパーも、「基本法の尊厳観念から動物のために人間の義務範囲の拡大が導かれ得るときのみ、人間中心主義的な法モデルは動物保護の利益にも開かれている」と説く。⁽⁶⁴⁾

さらに近年、動物の利益の侵害によって『動物保護』という人権が侵害されると説く弁護士もいる。この「人間の権利」は、人間と動物の関係の改善の手段であって、固有の「人間の尊厳」とその客観的価値に対する違反の文脈で「人間の尊厳」の構成部分としての権利や、独立した権利としても論じられている。⁽⁶⁵⁾

その他、類似した動物保護のための基本法解釈に以下のものがある。キリスト教・形而上学的「人間の尊厳」や自由で責任ある「人間像」理解に立つクリスティアン・シュターク(Christian Starck)⁽⁶⁶⁾憲法学でも、動物は「人間の尊厳」を有しないゆえ憲法上の尊厳保護を直接は享受しないものの、「人間の自身の環境に対する特別な責任」観念に動物保護の法思想の根拠があると解する。また前文「神および人間の前の責任」は「被造物つまり動物のための責任」も導くと解した。判決で参照された公法学者や検事の文献では、1条1項に加え、動物保護の根拠として2条1項で「人格の自由な展開」を制限する「人倫法則〔道徳律〕」(Sittengesetz)も挙げて補強する⁽⁶⁷⁾(2条2項「生命」「身体」、3条「平等」も)⁽⁶⁸⁾。かつて、動物保護の義務を、74条1項20号の立法権限条項から導く説(控訴審の引照した説)⁽⁶⁹⁾、改正前20a条「自然的生活基盤」の保護から導く説もあった(しかし、少なくともこの2箇条が失当であるのは自明となった。それは、「国家目標規定」の定式で「個」としての動物を保護しようとした前述の改正理由からも判る。同2箇条の解釈では困難だったからこそ、改正が説かれたのである)⁽⁷¹⁾。

ともあれ、以上のように「人間」の尊厳から「動物」の保護を導こうとする⁽⁷²⁾、一見して結びつき得ない解釈があり得るのは“なぜ”であろうか。かかる裁判例と学説を批判し、「個人」の尊重を重視する押久保の説くところが鍵となる。問題は「人間」の尊厳(特定の「人間」像)に隠されているとみて、まだ本稿では批判点⁽⁷³⁾を示さず、留意しておきたい。

——連邦行政裁判所1995年6月15日判決(上告審)

さて、本件に立ち戻って、ここでは、その後の裁判の経過、後に論点となるところを確認しておこう。一審が、儀礼畜殺の所轄官庁の不許可を正当としたのは、コーラン自体が事前に気絶させてならないとは定めていないとい

う理由であった。その前掲上告審も、基本的に同様に、気絶させない畜殺を禁ずる宗教規範は、個人の主観的な宗教的確信では足りず、「宗教共同体」（動物保護法4a条2項2号）の客観的な権威ある「強制力のある戒律」（同号）に由来する必要があると説いた。本件では、同号に定める「戒律」が存在せず、例外に当たらないと判断された。この上告審判決は、しばし影響力を有したが、次のii判決を受け、連邦憲法裁2002年1月18日決定によって変更されることになる。⁽⁷⁴⁾ 当該論点は以下で併せてみよう。⁽⁷⁵⁾

ii 連邦憲法裁判所2002年1月15日「儀礼畜殺」不許可違憲判決

以上の流れにあって、連邦憲法裁第1法廷は、儀礼畜殺の不許可に対し違憲判決を下した。⁽⁷⁶⁾

— 事案

本件の憲法異議申立人は、トルコ国籍者（ドイツ無期限滞在許可有）であり、彼の主張によると、敬虔なスンニ派のムスリムである。20年前からドイツで生活し、1990年から父親を継ぎ、肉屋を経営していた。⁽⁷⁷⁾ 彼は、ムスリムの顧客に配慮して、1995年9月初旬まで、動物保護法4a条2項2号〔前掲〕による儀礼畜殺の許可を得ていた。畜殺は、獣医学の監督下で営まれていた。ところが、彼は許可の継続申請をしていたが、上述i連邦行政裁判決ゆえに不許可となった（ラーン=ディル郡長1997年7月7日判決、ギーセン行政区庁1997年9月16日異議審査請求の判決）。それに対して提訴したが、一審は棄却した（ギーセン行政裁1997年12月2日判決）。さらに、控訴したが、再び以下の理由で棄却された（ヘッセン行政裁1999年9月9日決定）。⁽⁷⁸⁾

控訴審は、同号を本件に適用できないと判示した。それは、上述i連邦行

政裁判決を受け、儀礼畜殺されていない動物の肉を食することがスンニ派の最高かつ権威ある代表者によって強制的に禁止されていないことを認定したためである。もし申立人が「ある世俗の共和国」〔ドイツ〕において信仰内容が当局によって確認され得ないと思うならば彼は当該認定を誤解している、という。上記の諸裁判所は、戒律の構成要件が所与のものか否か、専門家の助けを借りて認定する。その認定の当該評価を受けて連邦行政裁は判決を下した、とされる。そこでは、重大な疑義は憲法上の理由からも生じ得ない、ともいう。同号が、宗教的自由に介入するとしても、その限界を考慮した当該介入は憲法違反ではない。立法者の価値判断によれば、畜殺をする者の自由意思による職業遂行に際し、同号によって宗教的行為の制限が正当化され得ることがもっぱら規定されているのである、と。以上の理由で、控訴は斥けられた。

そこで、連邦憲法裁に対し、以上の判決・決定が直接的に、動物保護法4a条1項、2項2号が間接的に、基本法2条1項「人格の自由な展開」、3条1項「法律の前の平等」、4条1項「信仰の自由」、2項「宗教的活動」、および、12条1項「職業の自由」に反するとして憲法異議を提起した。⁽⁷⁹⁾

——判旨——宗教的自由・人格の自由な展開・職業の自由

破棄差戻：上記の判決および決定は、基本法4条1項、2項と結びついた2条1項による基本権において、異議申立人を侵害し、違憲である。動物保護法4a条2項2号は、合憲である。

- 1 ドイツ人ではない信仰心の篤いムスリムの肉屋は、顧客にその信仰確信に合わせて儀礼畜殺をした動物の肉を食することを可能にするために、気絶させることなく動物を畜殺（儀礼畜殺）しようとするのであ

るが、彼の活動は、憲法上、基本法4条1項および2項と結びついた2条1項によって判断される。

- 2 当該憲法規範に照らして、動物保護法4a条1項は、2項2号の第2の選択肢と結びつき解釈されるゆえに、ムスリムの肉屋は、儀礼畜殺のための例外的許可を付与され得る。

〔基本法12条ではなく4条+2条〕

「異議申立人はドイツ人ではなくトルコ国籍であるから、当該活動は、基本法12条1項によっては保障されない」〔同条「職業の自由」の権利主体は「ドイツ人」〕。ゆえに外国人に補充的にのみ適用される2条1項によって保障される。申立人には、敬虔なムスリムとして、拘束力があると意識された戒律に基づき儀礼畜殺の義務があるとされる。「たとえ儀礼畜殺それ自体が宗教を営む行為と理解されなくとも、基本法2条1項に基づく異議申立人の職業の自由の保障は、基本法4条1項および2項の宗教的自由の基本権の特別な自由内容によって強化される」。

〔比例原則〕

異議申立人の肉屋を営む職業活動の法的地位は、上述のように2条1項に基づき、合憲的秩序の枠内で保障される。この点、比例原則〔①合理性（適合性）②必要最小限性③均衡性〕による、宗教的自由の遵守を前提とする。法律〔動物保護法〕の目的の実施のために選択した手段の①合理性と②必要⁽⁸¹⁾性に関し、憲法は立法者に評価余地〔裁量〕を認める。この点、本件にその瑕疵はない。

〔動物保護法4a条2項2号の比例性・合憲性〕

同号は比例原則の要請を満たす。気絶させた畜殺は苦痛が少ないという見解は、医学上未決着だが、〔本稿前記〕1979年畜殺動物保護の欧州条約12条

や1993年理事会指令5条1項にも見られる。よって、動物保護法4a条1項の気絶させる要請は、同法1条の目的に①合理性があり、同等の効果的代替策もないので②必要最小限である。同時に、同号の例外的許可は、当該戒律のある宗教共同体への所属を要件とし、例外数と苦痛を減らすことによつて、倫理的な要請を義務づける動物保護につき①合理的で②必要最小限な措置であることを意味する。同号と結びつく基本権介入の重大性と、その正当化根拠の重要性・緊迫性をを総合衡量したうえで、異議申立人にとって過大ではなく、③均衡性もある。⁽⁸²⁾

〔職業の自由への介入〕

しかし、異議申立人の職業の自由への介入は重大である。同号の例外的許可がなければ、儀礼畜殺していない肉または輸入肉を販売しなければならない。このことは、失業・転職を招き、自身と顧客の信仰に基づく食肉の提供を困難にし、生存基盤の崩壊を意味することになる。輸入肉は、畜殺業者との人的接触とそれによって築かれる信頼基礎を欠くことから、イスラムの要請に適うか否か不確定となる問題がある。⁽⁸³⁾

〔i連邦行政裁判決の違憲性〕

スンニ派が儀礼畜殺されていない肉を食すことは強制的に禁止されていないという上述i連邦行政裁判の同号の解釈は、基本権の意義と射程を正當に評価していない。かように、異議申立人に不当に負担を課し、動物保護の利益のみを一面的に考慮する解釈は、違憲である。

〔「宗教共同体」「強制力のある戒律」〕

同号の「宗教共同体」と「強制力のある戒律」という構成要件メルクマールは、基本法4条+2条を考慮して解釈される。連邦行政裁判2000年11月23日判決と同様、「宗教共同体」は、公法上の社団(基本法7条3項、ワイマー⁽⁸⁴⁾

ル憲法137条5項）として承認されている必要はない。申立人は「共通の宗教的確信を結合した人間の集団」に属していれば十分である。この解釈は、憲法と一致し、特に基本法4条を考慮に入れる。イスラム教のように儀礼畜殺につき異なる理解がある宗教では、イスラム全体、スンニ派、シーア派ごとを審査する必要はない。「強制力のある戒律」の存在の問題は、むしろ具體的な「宗派内にある宗教共同体」につき答えられるべきである。

〔法律の前の平等〕

以上の解釈によってムスリムも同号の例外的許可を得るため、基本法3条1項の平等または3項1文の差別禁止に反する余地はない。

〔結論〕

批判を付した諸官庁と諸裁判所の判断は、基本法4条1、2項と結びついた2条1項に基づく異議申立人の基本権を侵害する。諸官庁と行政裁判所は、同号の合憲解釈の必要性と可能性の判断を誤って、よって、儀礼畜殺禁止の例外規定の適用に際し、上述の基本権の比例性を失って制約するに至った。異議申立人とその顧客が、強制力ゆえ儀礼畜殺を遵守する上述「宗教共同体」に属していること、そして、かかる事情を根拠として異議申立人に許可が付与されるであろうことは、否定され得ない。

——判決の法的（内在的）考察

本判決後、諸方面に大きな波紋が生じた。⁽⁸⁵⁾

まず、重要な憲法上の論点として、基本法12条「職業の自由」自体ではなく、4条「宗教的自由」と結びついた2条1項による基本権（その解釈での「職業の自由」）を根拠としている点が重要である。

権利主体に関し、12条1項は「ドイツ人」と限定するが、2条1項は「各

人」(Jeder)と定め、4条1、2項は特に定めのないため、これらをトルコ国籍者に用い得たのである。憲法学的には「人権」享有主体は普遍的であるべきだが、実定憲法上は基本法が「基本権」主体(資格)を区別している場合がある。この点、「外国人」の特有の論点も関わり、⁽⁸⁶⁾「ドイツ人」(国民)と「各人」(個人)との相違は小さくない。

なお、判決は2条1項につき「一般的人格権」とも「一般的行為自由」とも明言はないが、通例、補充的基本権ということならば後者である(ただし、職業や信仰の自己決定・自己実現を重視すれば前者と同等か)。また、判決は、同項が4条の特別な自由内容によって「強化」されるというが、この「強化」の保護領域・程度や基本権競合の不明瞭さは論争の的で批判が多い。⁽⁸⁷⁾

かくして、上述の基本権の1保護領域に該当し、2保護領域への不許可という介入があり、3介入を憲法上は正当化できない、という三段階審査、特に3にて上記の比例原則を定番の教材のように用い、⁽⁸⁸⁾事実認定に力点を置き、違憲判決を導いたといえる。その際、動物保護法4a条2項2号そのもの(気絶要請、例外的許可)の手段は、同法の目的に適い①合理的、②必要最小限性③均衡性もあるとし、法令違憲ではなく適用違憲を下している。③で特に職業の自由への不許可による過剰介入を強調した点は、前述の裁判例に見られなかった点である。

そして、判決は、同号の「宗教共同体」を広く解釈し、「強制力のある戒律」が存在する事実を認めている。この点、広きに失しいまいかと批判があり得るのが「宗教共同体」(Religionsgemeinschaft)の法解釈であって、「宗教共同体」か否かの事実認定も重要である。⁽⁸⁹⁾解釈としては、判決のいう「共通の宗教的確信を結合した人間の集団(Gruppe von Menschen)」、具体的には、ムスリムの肉屋と顧客らで築かれた「宗教共同体」の戒律とするのは⁽⁹⁰⁾実情に即し説得的である。

ただ、「人間の集団」の共通の宗教的確信を重視するのと、そこに属する「個人」の個々の宗教的自由を重視するのでは、（本件の結論は左右しないが）相違があることに（本稿の問題提起と関わり）留意しておきたい。先のi連邦行政裁は、構成員の各々の「主観的」な——たとえ強制的と感ずるだけでも——宗教的確信にのみ着目した「個々の」視点ではなく、強制力のある戒律の「客観的」確認を要求した。同判決を本判決は否定するわけであるが、この点は否定し切ってはいないだろう。結局、本判決の落ち着きどころは、肉屋「個人」の主観よりも、顧客と共に属している（同号の）「共同体」の存在を強調している。

この点に関し、定番教科書でベルンハルト・シュリンク（Bernhard Schlink）⁽⁹¹⁾らも宗教的自由の例で儀礼畜殺を挙げる点に注目しよう。1保護領域の段階では、宗教が要請や強く推奨していない行為は保護されないとして、宗教共同体は儀礼畜殺による畜殺を要請しても食肉を要請しないならば、儀礼畜殺の食肉も保護されないという上述i連邦行政裁判決や学説を参照する⁽⁹²⁾。そこでは宗教により守られるべき「人格（Person）のアイデンティティ」は脅かされず、その異見として本判決を示している。2介入の段階では、礼拝の生贄のための宗教上要請された儀礼畜殺の禁止は個人の宗教的自由への介入ありとする⁽⁹³⁾。3憲法上の正当化の段階、比例原則では少数説（裁判という非政治領域での価値衡量の恣意性を疑う、シュミット学派の流れを汲む）シュリンクは、③均衡性より①や②必要最小限の同等の効果的代替手段を重視する⁽⁹⁴⁾。本件に照らせば、同号の法令違憲として、「宗教共同体」の戒律よりも「個人」の信仰の証明に依る許可制が必要最小限ともいえないか。⁽⁹⁵⁾

なお、判決が基本法3条「平等」に反しないというとき、問題となるのはユダヤ人との差異である⁽⁹⁶⁾。申立人の3条違反の主張にもかかわらず、判決では、立法趣旨を引照するのみで、ユダヤ人との差異はほとんど検討がなされ

ていない。しかし、判決にも前述のナチス畜殺法について言及があるわけで、ユダヤ人迫害の過去の背景とムスリム疎外の現在の前景を看過することはできない。この点も後に問おう。もちろん、ユダヤ、イスラムに限らず、他の宗教共同体と個人の宗教的自由の平等な取り扱いも同様に留意すべき点である。

以上、「個人」「共同体」、基本権、三段階審査などの特に重要な諸論点をみてきた。ただ本判決の本稿にとって最重要な明快(明解)な結論とはいえば、「動物」の保護よりも「人間」の宗教的自由を重視したことである。もっとも、「個人」の自由に留意したものでどうかは疑問の残るところであった。

——判決の政治的・社会的影響

次に、本判決を受けての政党や世論の動向をみてゆこう。

まず、ムスリムには、ドイツ社会における不利益が解消される方向の本判決は、概ね好意的に受け容れられている。

他方、政党は、必ずしも色分けできないが、基本法20a条改正推進の諸政党より、改正反対だったCDUに判決批判色が強く見られる。判決後2月26日のSPD+緑の党とFDPの20a条改正案では、「様々な裁判所の諸判例から、憲法解釈の際、この〔大衆の動物保護〕意識変革の考慮を、裁判傾向に察せられる」と本判決を特段重視して⁽⁹⁷⁾いない。⁽⁹⁸⁾CDUでは、2000年から党首〔現・首相〕アンゲラ・メルケル(Angela Merkel)は、「多文化」「共生」に反対し、本判決も「外国人」の「統合」を困難にすると批判した。⁽⁹⁹⁾同年から副党首、元文科相〔現ノルトライン＝ヴェストファーレン州首相〕ユルゲン・リュトガス(Jürgen Rüttgers)も、判決は「普通の人間」には不可解であるとし、ムスリムの権利よりも義務を強調する。また、(後述の連邦

憲法裁「磔刑像」決定を引き合いに出して）教室に磔刑像を掲げることが認められないのに、儀礼畜殺が認められることに疑義も呈している（これへの批判は後述）。（当時）連邦議会議員マルティン・ホーマン（Martin Hohmann）は、「ムスリム陰謀説」と判決を痛罵している。

やはり以上に CDU が2002年に20a条改正の立場へと一転した契機と動機が窺える。動物保護論者にも、純粋な動物保護からの批判もあろうが、直接ムスリムに対する非難とみられる言説も散見され、この畜殺方法の問題を動物保護という観点からのみ議論することは不可能と指摘される。加えて、イスラムを引き合いに出し、「宗教の同権」を標語として掲げ、逆にユダヤ教の法的地位を引き下げるべきという主張も一部にあり、「非ユダヤ人・イスラム陣営」からの批判が見え隠れしているとも指摘される。⁽¹⁰¹⁾ 現に、ホーマンは、反ユダヤ色彩を強め、「ユダヤも加害民族」という問題発言ゆえ翌年 CDU を除名された。

しかし、前稿で動物保護法史を顧みて強調してきたことを想起したい。19世紀末以来の、特にナチス期のユダヤ迫害と重なる動物保護の負の側面である。この点、前稿の1920年代後半のバイエルン議会において、SPD 等に対し、カトリックを支持基盤とするバイエルン国民党（BVP: 現在のバイエルンキリスト教社会同盟〔CSU〕の系譜）がユダヤの宗教的自由を代弁し続け、畜殺法に反対したことは全くの様変わりである。世論は、2001年「9.11」後の影響もあり、イスラム社会に対する嫌悪感が増していた矢先で、本判決に反発の声は小さくなかった。こうした排外主義へひた走れば歴史の逆行となることは想像に難くない。社会学からも「ユダヤ人に対する虐殺と差別の歴史に対する贖罪と反省は、戦後の移民問題に関しては、不思議なほど貢献していない」と指摘される。⁽¹⁰²⁾ 他方、ナチスの動物保護という史実とは逆に、動物虐待をホロコーストに喩える言説・運動（後述）までである。よりにもよって、以上の儀礼畜殺という文脈において動物保護に政党や世論が与

したことは、「個人」「人間」の抑圧のあった歴史を顧(省)みていない懸念を拭えない。

ともかくも以上の CDU の転換、80%世論20a 条改正賛成などの反響により、前述のように改正という一つの政治的決着がとられた。違憲判決への政治のクロスカウンターである。もっとも、違憲判断によって争点を十分に情報提供されたうえで、時に憲法改正権者が裁判所の判断を乗り越え得ることは、「転轍」の論理の違憲審査制観によれば自明だが、「違憲の憲法改正」という問題もあり得る⁽¹⁰³⁾(後述)。

——判決の法的(外在的)影響

上にみたように政治では様々な思惑が交錯した中、本判決とは逆向きに政治力学が働き、20a 条改正へと運ばれたことで、いかに法的磁場に影響を与えたか。

本判決のように政治・メディア・世論の「批判にさらされるドイツの連邦憲法裁判所」という意味では、特に連邦憲法裁1995年5月16日「磔刑像」決定が想起される⁽¹⁰⁴⁾(近年の「危険な宗教」と世論誘導も)⁽¹⁰⁶⁾。また、裁判所の判断へのカウンターとしての、議会による20a 条改正すなわち「立法の復権か立法への逃避か」⁽¹⁰⁷⁾という意味では、その後の連邦憲法裁2003年9月24日「イスラムのスカーフ」判決と、それを受けた翌年の学校法改正による教師スカーフ着用禁止が問題になる点と類似する⁽¹⁰⁸⁾(ここでは、第1に「憲法改正立法者」の「立法」という意味。同判決の意味と同じく第2に「法律制定者」の「立法」の優位が20a 条国家目標規定によって確認されたとする見方の意味)⁽¹⁰⁹⁾⁽¹¹⁰⁾。

関連し、樋口陽一は、フランスの「イスラムのスカーフ」事件と並んで、本判決を「マイノリティに『属する者』を「自由一般の適用」という形式

によって積極的に処遇しようとするものとみる。⁽¹¹¹⁾そこで描かれる「マイノリティ v. 個人」という対抗図式は、たしかに、本判決でも「宗教共同体」（人間の集団）とそこに「属する者」（個人）という図式はあてはまる。ただ、本判決が、肉屋「個人」の主観よりも、顧客と共に属している「宗教共同体」の存在を強調していたことは前述した。つまり、「統合型」より「多元型」を導いたといえる（この点の政治的反響も前述の通り）。⁽¹¹²⁾

なお、「儀礼畜殺」を「教室の磔刑像」と同列視して判例批判した前述の言説があったが、これとも「教師のイスラムのスカーフ」とも区別されるべき点がある。（「磔刑像」決定が強調した）よく目に触れる教室の場と、まず目にするのではない畜殺の場は同列には論じられまい。畜殺は、⁽¹¹³⁾（「公然性」要件のあった旧帝国刑法典が禁じた）「公共」の場での動物虐待とは区別されるのである。この「公共」の場はリベラル・デモクラシーという「公共空間」の意味ではないが、人目につかない場での気絶させない畜殺まで案じた動物それ自体の保護が、他人の信仰の「私的空間」まで介入してきたところに問題は顕在化したのである。

法的影響につき、改めて重要なのは、もはや本稿では明らかであるが、以下の点である。前稿補論でも引いた樋口の言に倣えば、⁽¹¹⁴⁾20a条は、「国民と国家権力との関係に関する規範」、つまり、「副次的効果」（副作用）ながら、その憲法ランクの「形式性」ゆえ信仰・職業の自由など基本権との衝突が問題となる「実質的意味の憲法」といい得る。

この点と上述の影響「立法の優位」に関し、クレプファーは説く。⁽¹¹⁵⁾現在、動物保護は、憲法ランクを得て、その他の憲法原則と表面上は地位が等しい、と。留保なき基本権（基本法4条1、2項の宗教的自由、5条3項の研究の自由）に対して、憲法内在的制約として導き得るかという争いが、「立法者の行為委託」を通じて動物保護にとって有利な結果になるように決定されてきた、とまとめている。

とはいえ、儀礼畜殺は直接影響を受けて許可が認められなくなるわけではない、というのが、理由づけや程度の差こそあれ、学説の大方の方向性である⁽¹¹⁶⁾。判決を批判し、20a条に賛意を示して重みを見出しつつも、余地が狭まったとはいえ儀礼畜殺を禁ずる趣旨ではない説も散見される⁽¹¹⁷⁾。もっとも、本稿に20a条の註釈を施す目的はないため、多彩な学説研究は課題としたい⁽¹¹⁸⁾（“いかに”動物を保護すべきかという解釈問題）。

本判決を引く後の儀礼畜殺許可裁判例では以下のものがある（なお、本判旨に沿う連邦憲法裁2008年12月8日決定は手続不備で異議不受理⁽¹¹⁹⁾）。シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン上級行政裁2004年1月30日決定も、動物保護法4a条2項2号の基本法20a条合憲解釈を図る。ヘッセン行政裁2004年11月24日判決では、同号はその立法目的と20a条改正の法的意義を考慮したうえで⁽¹²⁰⁾解釈され、その際、同号適用領域の変更は司法ではなく立法者の権限であると判示する。その上告審の連邦行政裁2006年11月23日判決も立法者による⁽¹²¹⁾同号の例外的許可を認める。⁽¹²²⁾

連邦憲法裁2005年12月5日「馬蹄法」仮命令は、立法目標に関し「特に重要な共同体益」として20a条に触れるにとどまる。バーデン＝ヴュルテンベルク行政裁2005年9月27日判決は、ハトによって生ずる財産と人間の健康に関する危険からの防御につき、20a条改正によっても、ハトに餌を与えることを禁ずる警察命令を警察官庁は公布し得る、と判示する。⁽¹²⁴⁾

このように、立法・行政の権限が拡大したことは確かだが、現在は、概ね学説と同様、結論に大差は顕れていない模様である。しかし、裏を返せば立法・行政の法令如何で結論を左右し得ることになる。

iii ギーセン行政裁判所2003年4月14日決定（一審）

では、基本法20a条によって明らかに影響を受けた裁判例は現在のところ

ないだろうか。本稿では、ギーセン行政裁2003年4月14日決定に着目した⁽¹²⁵⁾い。

事件の場は、またもやギーセンである。事実は、決定文からは必ずしも明らかではないが、「羽飾りのあるアヒル」(Landenten mit Haube)⁽¹²⁶⁾の飼育⁽¹²⁷⁾を営む者に、動物保護法11b条（後に引用）に基づき、「苦痛を伴う〔受忍・助長させる〕飼育」(Qualzucht)を禁止する命令がギーセン郡長から下された。この2002年11月11日の郡長の裁決に対する2003年2月7日の異議審査請求の延期効を求め、裁決の強制金予告に対する申立が2003年2月12日にギーセン行政裁へ提訴された。

——決定要旨——「自由権は動物保護に原則劣後」

- 1 動物保護法11b条〔苦痛を伴う飼育の禁止〕の合憲性、および、羽飾りのあるアヒルを飼育する際の、構成要件に該当する苦痛を伴う飼育の存在
- 2 苦痛を伴う飼育の存在が、専門家の説明によって立証され、十分確実に詳述され、または、高い蓋然性があるならば、同条は飼育の禁止を正当化する。たとえ、当事者が個々に飼育する際には、「苦痛のメルクマール」が、生じておらず、または、証明されていないともである。そして、苦痛を伴う飼育の存在の反証は、専門家の説明によってのみ可能である。
- 3 基本法20a条における国家目標としての動物保護の導入の意義および射程
- 4 〔突然変異へ至る〕自然的な生命事象は動物保護から除かれるが、それに対し、飼育による人間の能動的な介入は除かれない。
- 5 基本法2条に基づく自由権は、基本法20a条に基づく動物保護の国家目標に、原則、劣後しなければならない。そして、共にある被造物と

しての動物のための人間の責任から、動物の生命および健康を保護し、重要な根拠によって動物保護法11b条の意味における構成要件に該当する飼育を止めることは、同法1条の目標設定に照応している。

申立人の請求は認められないものとする。正当にも、郡長は、動物保護法15条〔施行所轄〕に基づいて所轄官庁として、ヘッセン行政手続法28条に基づき申立人に予め聴聞の機会を与えた後、即時執行の命令の下に強制金予告をもって、その時点から、羽飾りのあるアヒル、特にリストに挙げられた動物の飼育を禁止した。

郡長は、動物保護法11b条による授權根拠によって処分を補強した。所轄官庁は、動物保護法16a条〔監督措置〕と結びついた11b条に従って「確認された違反を除去するため、および、将来の違反を防止するために、必要な命令を発する」。

動物保護法11b条2項に基づき、脊椎動物の「子孫に以下のことが生ずることが当然に考慮される場合には、脊椎動物を飼育し、または、それを生物工学的もしくは遺伝子工学的な処置によって変性させることは禁止される

- a) 精神的苦痛を伴う遺伝的に由来する行態上の障害、または、〔精神的苦痛を伴う〕遺伝的に由来する攻撃性の増強が生じること
- b) 当該動物それ自体または種族において、種族との種に適した接触が身体的苦痛もしくは回避可能な精神的苦痛または損害を引き起こすこと
- c) 当該動物において、身体的苦痛もしくは回避可能な精神的苦痛または損害を引き起こすという条件下のみで保有が可能であること⁽¹²⁸⁾

以上が、当該飼育につき示される。ハネカザリアヒル (Haubenenten) の飼育に関して、精神的苦痛を伴う遺伝的に由来する行態上の障害が、子孫に

生ずることを当然に考慮しなければならない点を、郡長は争点の処分にて正
当にも指摘している。

申立人の見解に対し、本決定は、この11b条を違憲とすることは認め得な
い。この規範の規律領域は、法的効果と同様に、十分具体的かつ明確であり
得ると把握される。さらに、規範の構成要件に該当するものも、合憲解釈さ
れ得る（同法4a条についての〔上述ii〕連邦憲法裁判決が参照される）。

専門家の報告書は、十分詳述され、苦痛を伴う飼育を立証する。

その点、本決定は、法学の鑑定書も参照し、次のように説く。国家目標へ
⁽¹²⁹⁾
の動物保護の昇格によって、印象的にも11b条の射程も補強され、基本法2
条に基づく飼育者の一般の行為自由は異論されえないまでに制約される。同
条の合憲的秩序内の行為自由の制約は、20a条と動物保護法の保護領域へも
拡大する。

一審の至った確信につき、構成要件について十分に蓋然性があるならば、
所轄官庁は、同法11b条の意味における「苦痛を伴う飼育」としての飼育形
態を禁止する義務がある。

専門家による苦痛を伴う飼育の説明がある事例では、むしろ申立人に20a
条の適用領域で反証する義務があるとも判示する。

仮に、専門家の説明に反する事実状況および法的状況の略式審査のみに基
づいて、動物保護法上の処分の適法性が受入れられ得なくとも、20a条の意
味および目的に方向づけられた一審の解釈は、次の結論を導く。申立人の私
的な延期利益は、当該飼育の禁止に基づく執行の公益に劣後しなければならない。

以上と関連して以下の所見も本決定は加える。基本法2条に規範化された
自由権は、動物保護法と結びついた20a条から導かれる動物保護の国家目標

に、原則、劣後しなければならない。そして、共にある被造物としての動物のための人間の責任から、動物の生命および健康を保護し、重要な根拠によって動物保護法11b条の意味における構成要件に該当する飼育を止めることは、同法1条の目標設定に照応している。照応する価値づけは、民法典90a条の連邦法規定からも帰結し、それによれば、動物は物ではなく、動物は特別の法律（動物保護法）によって保護される。苦痛を伴う飼育の存在が専門的に反証されない限り、以上のような保護に値する、共にある被造物としての動物の法（Recht des Tieres）に、飼育者の基本法2条に基づく一般的行為自由は劣後しなければならない。

正当にも、ヘッセンのラント諸官庁は、専門家の説明に基づいて方針を定め、11b条2項aの構成要件メルクマールを確認した。以上から、本件の飼育の即時禁止がなされなければならない。以上のように、本決定は結論を下した。

——ヘッセン行政裁判所2003年6月26日決定（抗告審）

一審決定に対して申立人は抗告したが、ヘッセン〔上級〕行政裁2003年6月26日決定は却下であった。⁽¹³⁰⁾

- 1 動物保護法11b条1、2項の規定は、憲法上の明確性の要請と合致する。
- 2 同規定に規範化された脊椎動物のための飼育禁止は、規定された要件の下で、自然的突然変異によって発生した身体的変性も含む。長きに周知で相当以前から飼育された身体的メルクマールが問題となるときも（本件はアヒルの羽飾り形成）、飼育禁止は同規定に依拠できる。

- 3 同規定の意味における子孫では、生まれていない、ないし、羽化していない動物も、器官形成の終了と理解されるものとする。

品種飼育（Rassenzuchten）で動物は過大な身体的負担をもはや受けるべきではないという動物保護の意義があり、この視点は、20a条の動物保護の憲法規定によって持続的に補強される。

飼育の継続に際し、飼育動物とその子孫に関して予期される侵害が、特に20a条の保護委託の観点から、より重く評価されるものとする。確定した決定要旨は以上の通り。

——決定の考察

——逆転問題：配分原理、

「国家」の動物保護義務と「人」権、「動物」と「ヒト」

以上の決定は、20a条改正後の最初期の裁判例である。にもかかわらず、ドイツでもさほど注目されておらず、評釈も見当たらない。以下、本稿にて注目すべき問題を特に一審から抽出したい。

一審は、「動物保護法11b条の合憲性について」、同法4a条についての前述ii連邦憲法裁判決を引照しながら、合憲と判断する。この点、二審は、基本法20条3項の法治国家原理に基づく憲法上の明確性の要請に合致するものと判断している。

また、「構成要件に該当する苦痛を伴う飼育」の存在については、11b条2項a「精神的苦痛を伴う遺伝的に由来する行態上の障害」が問題となり、専門家の詳解に従うところであって、その内容は本稿も立ち入る術はない。なお、二審は、「生まれていない」動物胎児保護という、ヒトの生命医療の憲法問題にも似た専門領域にまで立ち入っている（突然変異の論点も一審と

異なる見解)。

結論としては、一審は、構成要件について十分に蓋然性があると確証を得て、所轄官庁には同条の意味における「苦痛を伴う飼育」としての飼育形態を禁止する義務がある、と判示する。これに対する申立人の権利が、以下、問題となる。

一審が明らかにする「基本法20a条における国家目標としての動物保護の導入の意義および射程」が本稿において極めて問題となる。

この点に先立ち、行政訴訟における申立人の私的な延期利益より、飼育禁止に基づく公益が優位すると判示するのである。ここに、後まで「公益」優先が一貫されている。

そして、一審では、国家目標規定への動物保護の昇格によって、動物保護法11b条も射程が強化され、基本法2条「一般的行為自由」が制約される。この制約は、「合憲的秩序」内で、動物保護法の保護領域でもなされる、という。なお、二審は、20a条に言及して補強材料として用いるのみで、本質的には論じていない。

最も問題なのは、一審において、基本法2条から導かれる「自由権」(Freiheitsrechte)よりも、20a条から導かれる動物保護の国家目標が、原則、優位するとの判示している点である。そして、前掲の動物保護法1条も引き、11b条を、いわば二重に強化している。

なお、前掲の民法典90a条も援用される。そこで「共にある被造物としての動物の法(Recht des Tieres)」に「一般的行為自由」は劣後しなければならない、とも一審は念を押している。この「動物の法」は、訳しによっては「動物の権利」とも読み得るが、この点は明らかではない。仮にそうとすれば、20a条という客観法の国家目標規定からは導かれない主観的権利の問題である。

一審は基本法2条から導かれる「自由権」とも「一般的行為自由」とも説いている。これが後者だけの問題ならば、同条の「人倫法則」〔動物保護倫理〕でも、20a条という憲法レベルでなくとも動物保護法という法律レベルでも「一般的行為自由」は制約し得る。つまり、一審は、敢えて20a条を援用しなくとも同じ結論を下せたであろう。もちろん、同条を「合憲的秩序」（2条の制約根拠）として挙げ、論拠を補強するために用いたということは容易に想像がつくが、一審要旨3「導入の意義」（後述）はこの程度であったのだろうか。

しかし、「一般的行為自由」のみならず「自由権」全般とも判示では読めるため、問題は深刻である。飼育者の「職業の自由」（基本法12条、前述iiのように補充的には2条も）も原則劣後すると読むことも可能となってしまう。ならば、前述の儀礼畜殺と同様の憲法異議の問題、ii判決が逆の結論にもなり得る（もっとも、本件は単純に、アヒルに苦痛を伴う飼育が、職業遂行に必然的な行為ではなく容易に回避できる可能性もある）。いずれにしても、本決定に、基本権論として三段階審査（特に基本権の保護領域、比例原則〔特に必要性・均衡性〕）を用いた精緻な法的判断は見られない。

以上のように、問題は、「一般的行為自由」にせよ、「自由権」にせよ（人格権、信仰の自由、職業の自由等を含むならなおさら）、「動物保護の国家目標に、原則、劣後しなければならない」とまで判断した裁判例の意味である。原理論としても、シュミット憲法学のいう市民的法治国家の配分原理を真っ向から逆転する問題である。これでは、樋口国法学のいう『「人」権』⁽¹³¹⁾（国家からの「個人」の自由）⁽¹³²⁾も空転してしまう。そして、生物学的「ヒト」と「動物」の法的地位の逆転現象も惹起しかねない含意がある。

3 結びに代えて、問題へ向けて

——連邦憲法裁判所2009年2月20日決定

動物保護団体ホロコースト比較キャンペーンの禁止

以上の裁判例を受けて結びに代える前に、(草稿執筆後に接した)裁判例に一つ触れたい。論点に動物保護も「人間の尊厳」も含まれるからである。2004年3月、登記社団「動物の倫理的扱いを求める人々」(PETA)ドイツ支部が「あなたのお皿の上のホロコースト」キャンペーンを始めようとして⁽¹³³⁾いた。そこでは、プラカードで、強制収容所の囚人の写真と並べて家畜場の大量動物保有の写真を示そうとした。これに対し、ドイツ・ユダヤ人中央評議会が、仮停止処分を求め提訴した。原告勝訴のベルリン地裁・上級裁の六つの判断(2004-05年)に対し、PETAは基本法5条「意見の自由」等を理由に憲法異議を申立てた。兼ねてから注目していた事件の、連邦憲法裁第1法廷第1部会2009年2月20日決定は不受理であった。

諸判例を参照した(本稿に関わる)決定要旨は以下の通り。下級審と異なり、たしかに、描写されたホロコースト犠牲者の人格的価値は否認されおらず、「人間の尊厳」それ自体の侵害はない。異議申立人は一般に人間と動物の生命の同価値を確信しているとしても、同価値に苦痛が描写されているので、笑いものにする傾向はキャンペーンにない。しかし、下級審が、経験上の多数説や基本法に基づき、尊厳を賦与された人間の生命と、動物保護の利益との間のカテゴリー的な差異を考慮していること、その結果、キャンペーンがホロコースト犠牲者の運命を矮小化していると評価すること、これらに同意する。そう解されたキャンペーン内容から、今日生きているユダヤ人たる原告の、「人間の尊厳」と結びついた「人格権」に抵触する過小評価を下級審は読みとってしかるべきである、と。以上が部会判断である。

この決定に対し、PETAは欧州司法裁判所に提訴している。なお、シュトゥットガルト区裁判所は、2005年1月20日に刑法典130条「民衆扇動」により6000ユーロの罰金刑を下した。⁽¹³⁴⁾

動物を人間と同等に高く保護する意見表明は、ホロコーストを利用したとはいえ軽視していないため、「人間の尊厳」そのものの侵害ではない。だが、矮小にはなるため、原告の「人格権」侵害とはいえる。以上の判断に、ドイツの悩ましがみえる（意見の自由に優位する、「たたかう民主制」とも通底する「人間の尊厳」というドイツ憲法価値も窺える）。また、多数説・基本法1条理解と同じく人間と動物との差異が考慮され、20a条は触れる程度で立ち入って論じられていない。しかし、本件から、「ヒト」と「動物」の対比の問題、ひいては、ホロコーストゆえに「人間の尊厳」を掲げた基本法制定（次稿）の記憶、ナチスの動物保護法（前稿）の忘却が、改めて想起・再認識される。

——「人間」の尊厳を根拠とし得る動物保護と
「個人」の尊厳を侵蝕し得る動物保護と
「ヒト」の尊厳を浸蝕し得る動物保護

以上、ii判決を除き、奇抜な下級審や、既判力のない部会不受理決定など判例拘束力のないものもみてきた。とはいえ、上級審で否定されていない諸判断は「司法的未決着状態」であることに依然変わりにない。本稿の目的は、以上からの新たな問題提起にあった。

まず、20a条改正前のiハンブルク上級行政裁判決は、動物保護を「人間」の尊厳や倫理的共同責任に求めた「儀礼畜殺」不許可裁判例であった。この意味で動物保護と結びつき得る「人間」の尊厳とはいかなるものか。こ

これは、逆説的だが、前稿でのナチス動物保護の「隠された意図」であった「人種」「民族」という特定の価値(特定の「人間」の尊厳)と通ずる文脈もないか。(もちろん、上の如く、人間が動物と同等、動物以下へと陥ったと云われるホロコーストの記憶は強いが)ユダヤ排外の民族的なナチス動物保護法・畜殺法の儀礼畜殺禁止は忘却されつつあり、戦後動物保護法・畜殺法への法的連続性、さらに、現行動物保護法でも法的・政治的・宗教的なイスラム儀礼畜殺問題は継続していた。かかる文脈における「人間」の尊厳の逆説説明が課題となる。他方で、以上は(日本国憲法・憲法学での)「個人」の尊厳とはどう異なるのか。この点、「人間」の尊厳と結びつく動物保護倫理を強いらられる「個人」の思想・良心の自由への介入も問題となる⁽¹³⁵⁾。

次に、20a条改正の大きな要因となったii連邦憲法裁判決は、畜殺者の「自由権」への介入(「儀礼畜殺」不許可)を違憲と判断したものだ。論点は多岐に涉ったが端的には(動物保護よりも)自由の基本権を比例原則に即し忠実に保障した基本判例である。「人間の集団」の視点はあっても「個人」の視点は比較的乏しかった小論点にも留意した。

逆に、20a条改正後の裁判例に概ね豹変はないが、iiiギーセン行政裁決定だけは、飼育者の「自由権」への介入を正当化し、動物保護を原則優位させるものだった。問題は、自由の基本権が、国家目標規定に昇格した動物保護によって、憲法レベルで原則制約されたことである(前述の配分原理逆転)。この自由権を有する「者」(主体)は、当然ながら「個人」、いわゆる「人間」である。「個人」の自由権(「人」権)、いわゆる「人間」の権利(人権)は、動物保護法益に、原則劣後しなければならないのか。この転換は、「個人」「人間」の権利ひいては尊厳の侵害へ、いわゆる「人間の尊厳の相対化」へ至る傾向といえまいか。

かように動物保護は、「人間」の尊厳を根拠とすることもあり得て、逆に、「人間」の尊厳を侵害することもあり得ることを、どう理解すればよいのか。はたして「人間」の尊厳という同じ言葉で言い尽くしてよいのか。一見して

「人間の尊厳は不可侵である」ならぬ「人間の尊厳は不可思議である」。難問は深まる。

この答えには、前稿の中間問題提起でも触れた、(多様で自由な)「個人」と(共同体価値的な)「人間」の相違点、「動物」と対置された(生物学的な)「ヒト」(Menschheit)⁽¹³⁶⁾のという視点が、関わるのではないか。その三つの尊厳の違いに留意すれば、「人間」の尊厳(共同責任)を根拠とし得て、逆に「個人」の尊厳(自由領域)を侵触し得て(*antastbar*)、「ヒト」の尊厳(動物との境界)を浸蝕(*Erosion*)し得る鋭さを、動物保護は隠し持っていまいか。

また、裁判例との関わりで、宗教的自由と「人格のアイデンティティ」(前述シュリンクら)、職業の自由と「人格」⁽¹³⁷⁾、名誉権と「人格」、さらに、動物にはないとされる権利義務の主体となり得る地位たる「(法的)人格」など、多義的な《人格》の追究も課題である。

なお、尊厳侵害と関わり、「違憲の憲法規範」「憲法改正限界」の議論も想定できる。⁽¹³⁸⁾たしかに、20a条改正の意義の一つに、留保なき基本権(4条1、2項の宗教的自由、5条3項の研究の自由)の制約のため明文憲法化を要するドイツ特殊事情があった。しかし、79条3項を待たずとも、自然法論にせよシュミット憲法学にせよ日独多数説で、憲法の同一性・基本原理を損なう改正は限界を超える。改正20a条は、法律ほど個別的でない①原則性は形式上あるが、内容上「各人を人間同胞と公共心へ呼び覚ます」原則ならば②对国家性③法的妥当性に反する(連邦憲法裁在任中だった憲法学者の説く⁽¹³⁹⁾3条件)。動物中心主義や「自由権は動物保護に原則劣後」を招く新原則ならば、基本原理「個人」「人間」の尊厳を蝕む疑義がある。⁽¹⁴⁰⁾たとえ20a条改正が「人間」の尊厳・公共善のためであっても、内容が「動物」ゆえに「ヒト」の尊厳からすれば疑わしい。

「動物国家」などなく「国家は、人間の、しかも人間のみの制度である」

との指摘は1世紀後にも響く(国法学史における重鎮の⁽¹⁴¹⁾至言)。そして、(次稿で扱う)60年前制定基本法1条のキームゼー草案1条「国家は人間のためにあるのであって、人間が国家のためにあるのではない」を擬して、15年前新設20a条のための合同憲法委員会公聴会では「国家は人間のためにあるのであって、リスのためにあるのではない」「これは1条に基づき〔…〕革命でのみ変更できる」との批判もあった(新設に唯一反対した国法学界における重鎮の⁽¹⁴²⁾発言)。この批判は、むしろ20a条改正の際に当てはまる。

そもそも前稿冒頭の問い“なぜ”(憲)法学において「個人」「人間」「ヒト」は尊厳があるべきか。三つの相違やメルクマール。⁽¹⁴³⁾《人格》と「(動物)」との差異。こうした問題を本稿は再提起しようとした。

- (1) 前稿では大戦中まで顧みた。本稿の問題意識や目的を含め、拙稿「動物保護の憲法前史(1)(2・完)——『個人』『人間』『ヒト』の尊厳への問題提起1」本誌59巻1、2号(2008-09)397頁以下、533頁以下を参照されたい。本稿では歴史より裁判例を主に素材とする。その際、Ch. Bumke / A. Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 5. Aufl., 2008; ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』〔第2版〕『Ⅱ』〔第2版〕『Ⅲ』(信山社、2003、06、08)を後に参照(例えば「ド憲判Ⅲ48」と略記)。
- (2) Vgl. R. Jentzsch, Das rituelle Schlachten von Haustieren in Deutschland ab 1933: Recht und Rechtsprechung, 1998, S. 164 ff.; C. H. Giese / W. Kahler, Das deutsche Tierschutzrecht, 4. Aufl., 1951, S. 11, 67, 117 (同書につき前稿〔1〕537頁)。本稿の裁判例と関わる畜殺法の存続は後註(51)。
- (3) Ebd., Vorwort. 一連の改訂・補訂が必要とされたものの、カーラーが戦後ベルリンに拘置されており、概ね第3版(ebd.[1944])を維持している。記述の微細な修正を網羅することは本稿では断念せざるを得ない(例えば前稿〔2〕427頁)。(同537頁で触れた)ナチスの動植物学者も戦後に若干の軌道修正をした(せざるを得なかった)ことは、W. Schoenichen, Natur als Volksgut und Menschheitsgut, 1950, S. 146 ff.からも読みとれる。もっとも、訳によっては『国民益と人類益としての自然』とも『民族益とヒト益としての自然』とも読めなくもない。「文化

- に奉仕する自然保護」「自然保護思想のエートス」も依然説かれる（S. 153）。
- (4) 基本法制定会議は、奇しくも動物学のケーニヒ博物館で開かれた。Das Museum Koenig im Spannungsfeld der Politik, 1998, S. 16 ff. 60年後の議場には、動物の剥製が並ぶ。同年、人間に対する動物寓話 E. Kästner, Die Konferenz der Tiere, 1949, 池田香代子訳『動物会議』（岩波書店、1999）も。
 - (5) 1968年ドイツ民主共和国憲法13条「協同組合の現有動物家畜」、15条2項「動物界の保護」。その単純法につき Jentsch (N 2), S. 186 ff.
 - (6) M. Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl., 2004, S. 944.
 - (7) 例えば概説書 J. John, Tierrecht, 2007; 青木人志『日本の動物法』（東京大学出版会、2009）も。同45頁の体系分類I 1 ①「動物個体保護法」が本稿の対象と重なる。なお、種を保護する環境法でも連邦自然保護法41条1項1号や連邦狩猟法22a条など、苦痛からの保護規定もある。Vgl. Lorz (N 16), Einf. Rn. 150 ff.
 - (8) Vgl. M. Kloepfer, Rechte für die Umwelt, für Tiere und für Denkmäler?, in: L. Krämer (Hg.), Recht und Um-Welt, 2003, S. 56.
 - (9) 以下は、参照、青木人志「ドイツ語圏における動物保護法の体系化」『動物の比較法文化』（有斐閣、2002）161頁以下、浦川道太郎「ドイツにおける動物保護法の生成と展開」早法78巻4号（2003）196頁以下も。
 - (10) ラント法に残された権限は、動物の衛生や健康に関する措置となる。また、ラント固有の立法余地はなくなったが、関連法令の執行事務はラント所轄官庁に委ねられ（動物保護法15条）、ラントの執行権の推定により、「固有の事務」として連邦法を執行する（基本法83、84条）。
 - (11) ここまでの動物保護法史は vgl. J. L. Pfeiffer, Das Tierschutzgesetz vom 24. Juli 1972 : die Geschichte des deutschen Tierschutzrechts von 1950 bis 1972, 2004.
 - (12) Vgl. G. Erbel, Rechtsschutz für Tiere, DVBl. 1986, S. 1237 ff.; 当時の全訳を含む、石井幹「動物保護法の日独比較1、2」畜産の研究48巻8、9号（1994）851頁以下、957頁以下。
 - (13) 当時の全訳は、渋谷敏「動物保護法」外国の立法34巻1 = 2号（1995）211頁以下。
 - (14) 参照、椿久美子「ドイツのペット法事情」法時73巻4号（2001）17頁。
 - (15) 当時の全訳は、浦川・前註（9）205頁以下。
 - (16) 本稿では判事経験者らの註釈書3冊 A. Lorz / E. Metzger, Tierschutzgesetz

Kommentar, 6. Aufl., 2008; A. Hirt / Ch. Maisack / J. Moritz, Tierschutzgesetz, 2. Aufl., 2007; H.-G. Kluge (Hg.), Tierschutzgesetz, 2002を用いた。制定時の註釈書に K. J. Ennulat / G. Zoebe, Das Tier im neuen Recht, 1972. Kloepfer (N 6), S. 955 ff. の註釈も。

- (17) „Wohlbefinden“ は、健康 (Gesundheit) と自由 (Freiheit) を感じる主観的状態を意味する。そのため、「福祉」(青木・前註〔9〕)でも「健在」(渋谷・前註〔13〕、浦川・前註〔9〕)でもなく「〔心身の〕健康」と訳出した。日本語でも「健」は「身体」が「すこやか」、「康」は「心」が「やすらか」であることを意味する。医学的定義も「健康とは、身体的・精神的・社会的に完全に良好な状態である」(1948年世界保健機関憲章前文)。Vgl. ebd., S. 955; Lorz (N 16), § 1 Rn. 9 f.
- (18) 「合理的な (vernünftigen) 理由」と実践「理性 (Vernunft)」の語義からも解釈する判事 Ch. Maisack, Zum Begriff des vernünftigen Grundes im Tierschutzrecht, 2007, S. 53 ff., 141 ff.; Hirt (N 16), § 1 Rn. 27 ff. は、そこに比例原則を読み解き、基本権同様の緻密な審査手順を構想する。この労作は「いかに」動物を保護するかの問題であり、本稿では最小限触れるにとどめる。
- (19) „Schmerzen, Leiden“ は、後者が前者を補完する概念とされる。Vgl. ebd., Rn. 12 ff.; Lorz (N 16), § 1 Rn. 19 ff.; Kloepfer (N 16), S. 955 f. 「痛み、苦しみ」(渋谷・前註〔13〕)でも「苦痛、苦しみ」(青木・前註〔9〕)でも「痛み、苦痛」(浦川・前註〔9〕)でもなく「身体的苦痛、精神的苦痛」と訳出した(上記「心身の健康」侵害に対応)。ただし、一語一義ではない。„Schäden“ は、損傷に限らず利益の対義語「損害」。
- (20) カントの意味(前稿〔1〕407頁)とは異なる。
- (21) 伝統的な概念「人間が共にあること」(Mitmenschlichkeit)を包括的な被造物関係の中に取り込む「被造物が共にあること」(Mitgeschöpflichkeit)なる概念(1959年スイスの神学による)。Hirt (N 16), Einf. Rn. 8 ff.; § 1 Rn. 5 f., 59. なお、「同胞」(渋谷・前註〔13〕)、「同胞」(椿・前註〔14〕)、「同じ被造物」(青木・前註〔9〕、浦川・前註〔9〕)、「共生物」(浅川・後註〔31〕)ともやや異なり、「生活を共にする被造物」という意で訳した。Vgl. Maisack (N 18), S. 285 ff.
- (22) Vgl. Lorz (N 16), Einf. Rn. 99 ff.; Hirt (N 16), Einf. Rn. 62 ff.; 椿・前註〔14〕17頁、浦川・前註〔9〕197、200頁以下、なお、青野博之「ドイツ動物保有者責任と動物危険」駒澤大学法学部研究紀要43号(1985)51頁以下、川村隆子「動

- 物の飼い主責任に関する一考察——ドイツ法との比較をまじえて」三重中京大学研究フォーラム4号（2008）137頁以下、N. Dörner, Tierisches im Recht, 2003, S. 14 f. も。
- (23) G. Holch, in: F. Säcker (Hg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., 2006, § 90a Rn. 11は、「動物は将来もはや物として (als) ではなく、物のように (wie) 扱われる」、現行法に対して法的変更はなく「結論としては『動物は物ではないが物としてみなされる』という隠されたフィクションの方法で90a条は規定する」、「いかに民法上の動物の法的地位が改善されるべきかは、開かれたまま」との評価。H. Heinrichs, in: O. Palandt (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl., 2009, § 90a は「結論として90a条は実効的な法的内容のない感情的な熱弁」と。ほか D. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2006, Rn. 1178a など批判的な多数説に対し、肯定的な A. Lorz, Tier = Sache?, MDR 1989, S. 204; ders., Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht, MDR 1990, S. 1057 ff.; 同題の G. Mühe, NJW 1990, S. 2238 ff. 肯定的に、自己決定・責任能力のない動物の保護という人間共同体における責任を説く K. Larenz / M. Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 20 Rn. 16.
- (24) Vgl. Lorz (N 16), Einf. Rn. 117 ff.; Hirt (N 16), Einf. Rn. 87 ff.; なお、伊藤司「刑法犯と秩序違反の違いについての一考察——ドイツの動物保護法の場合」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2002）417頁以下、同「環境（刑）法各論（1）——特に鶏の大量『飼育』と野鳥の保護に関して」法政研究67巻1号（2000）27頁以下、刑法哲学的には Th. Gerdes, Tierschutz und freiheitliches Rechtsprinzip, 2007, S. 165 ff. も。
- (25) 本文の通説に対し、C. Roxin, Strafrecht AT, 3. Aufl., 1997, 町野朔ほか訳『ロクシン刑法総論』（第1分冊）（信山社、2003）§ 2 Rn. 21は、民法も引き、単なる道徳（Moral）のみならず共にある被造物の連帯から保護すると動物保護法17条を解する。
- (26) Ebd., 4. Aufl., 2006, § 2 Rn. 55 f. 「合理的な理由なく」という17条の一般条項は、構成要件と違法性の問題、法治国家原理ないし刑罰法規の明確性の要請（基本法103条2項）から問題もある。正当防衛の論点も。Vgl. ebd., § 10 Rn. 49 ff., 山中敬一ほか訳『ロクシン刑法総論』（第2分冊）（信山社、2009）§ 15 Rn. 34; Mai-sack (N 18), S. 65 ff., 106.

- (27) 2001年、刑法典143条に「危険犬」飼育の不許可規定が挿入されたが、連邦憲法裁2004年3月16日違憲判決 BVerfGE 110, 141を受け、2006年に削除された。後註(127)。
- (28) Vgl. Lorz (N 16), Einf. Rn. 110 ff., S. 347 ff.; Hirt (N 16), Einf. Rn. 92 ff., S. 521 ff.; 公安公序に関し G. Müller, Das Tier im Verwaltungsrecht, 1975, S. 108 ff. 2001年(2006年改正)動物保護・飼犬令につき、M. Klopfer / M. Rossi, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Tierschutz-Hundeverordnung, NuR 2002, S. 133 ff.; 後註(127)、連邦憲法裁2001年11月23日仮命令 NVwZ 2002, 592.
- (29) Vgl. J. Ziekow, Tierschutz im Schnittfeld von nationalem und internationalem Recht, 1999, S. 89 ff. (憲法論も S. 13 ff.)、Lorz (N 16), Einf. Rn. 72 ff.; Hirt (N 16), Einf. Rn. 24 ff.; J. Glock, Das deutsche Tierschutzrecht und das Staatsziel „Tierschutz“ im Lichte des Völkerrechts und des Europarechts, 2003, S. 85 ff. (欧州人権条約との関係につき S. 109 ff.)。
- (30) Vgl. ebd., S. 124 ff.; J. Caspar, Zur Stellung des Tieres im Gemeinschaftsrecht, 2001 (特に S. 74, 81); Lorz (N 16), Einf. Rn. 78 ff.; Hirt (N 16), Einf. Rn. 34 ff.; 『畜産動物の福祉に関する欧州協定と主な EU 法』『動物保護法の策定と運用のために』『EU 動物福祉 5 カ年行動計画』(地球生物会議、2005-07)。
- (31) 以下、重要文献では、同条改正に好意的な J. Caspar / M. W. Schröter, Das Staatsziel Tierschutz in Art. 20a GG, 2003; 同条に客観的な、岡田俊幸「環境を守るための法制度」小林弘明ほか編『東アジアの経済発展と環境』(日本経済評論新社、2005) 207頁以下「動物保護と憲法」、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) 143頁以下、同条改正に批判的な M. Klopfer / M. Rossi, Tierschutz in das Grundgesetz?, JZ 1998, S. 369 ff.; M・クレプファー(赤坂正浩訳)「動物保護の憲法問題」ド憲判『先端科学技術と人権』(信山社、2005) 343頁以下。
- (32) Vgl. BT-Drs. 12/6000, S. 68 ff.; Caspar/Schröter (N 31), S. 12 f. 岡田俊幸「統一ドイツにおける『動物保護』の国家目標規定をめぐる議論」『伝統と創造』(古川治教授退官記念論文集)(人文書院、2000) 171頁以下。
- (33) 1992年制定ザクセン憲法10条1項「ラントは〔…〕動物〔…〕を保護するものとする」、同年制定ブランデンブルク憲法39条3項、1993年制定チューリンゲン憲法32条「動物は、生物および共にある被造物として尊重され保護される。動物は種に適さない保有および回避可能な苦痛から保護される」、1995年制定ベルリン憲法

31条、1998年改正バイエルン憲法141条1項（「動物種」は1984年改正ですでに）、2000年改正バーデン＝ヴュルテンベルク憲法3b条、2006年改正メクレンブルク＝フォアポンメルン憲法12条1項など12州。ザクセン＝アンハルト、シュレーズヴィヒ＝ホルシュタイン、（後述の裁判例の場の）ハンブルクとヘッセンの4州憲法に動物保護規定はない。

- (34) Vgl. ebd., S. 14 f.; 浅川・前註(31) 147頁以下の政党史案訳。
- (35) Vgl. ebd., S. 15, 22; 同159頁以下、岡田・前註(31) 209頁以下。
- (36) BT-Drs. 14/207. 合同憲法委員会での1992年案と同文。
- (37) Ebd. 14/282. 同委員会での1992年（ヘッセン州との共同）案と同文。
- (38) Ebd. 14/279.
- (39) Ebd. 14/758. BR-Drs. 742/97も。
- (40) BT-Drs. 14/3165. 参照、山口和人「動物保護に関する基本法改正案、連邦議会で否決」ジュリ1185号（2000）90頁。当時の批判的時評に Die Welt v. 23. 4. 2000; 水島朝穂「動物保護のための憲法改正？」直言2000年4月24日 (<http://www.asaho.com/> Stand: 2008)、同「憲法論議に求められるもの」軍縮問題資料241号（2000）41頁も。
- (41) BT-Drs. 14/8860. 参照、山口和人「動物保護に関する基本法改正案、連邦議会通过」ジュリ1227号（2002）117頁、渡邊齊志「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」外国の立法214号（2002）177頁以下。
- (42) Vgl. BT (N 32), S. 71.
- (43) Vgl. BT (N 37), S. 3; BT-Drs. 14/758, S. 4; 13/8249, S. 4 f.; J. Caspar, Tierschutz in die Verfassung?, ZRP 1998, S. 445; ders./Schröter (N 31), S. 22.
- (44) Vgl. BT (N 36), S. 3 f.; 岡田・前註(32) 174頁以下、同・前註(31) 210、211頁。
- (45) J. Caspar, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, 1999, S. 109 ff.; ders. / M. Geissen, Das neue Staatsziel „Tierschutz“ in Art. 20a GG, NVwZ 2002, S. 913; Caspar/Schröter (N 31), S. 22.
- (46) 同211、222頁。
- (47) 例えば vgl. K.-P. Sommermann, in: H. v. Mangoldt / F. Klein / Ch. Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., 2005, Art. 20 Rn. 265.
- (48) Vgl. BT (N 32), S. 71; BT-Drs. 14/3197, S. 2; BT (N 40), S. 6.
- (49) K.-P. Sommermann, in: I. v. Münch / Ph. Kunig (Hg.), Grundgesetz-

- Kommentar, 5. Aufl. Nachtrag, 2003, Art. 20a Rn. 23/2; 同・前註(32) 176、177頁、渡邊・前註(41) 178、179頁など。
- (50) 参照、前稿419頁、K.-A. Schwarz, Das Spannungsverhältnis von Religionsfreiheit und Tierschutz am Beispiel des „rituellen Schächtens“, 2003, S. 15 ff.; 後述 ii 判決理由中 BVerfGE 104, 338 f. (そこで参照される B. Andelshauer, Schlachten im Einklang mit der Scharia, 1996, S. 140f.)、Jentzsch (N 2), S. 15 ff.
- (51) Vgl. ebd., S. 82 ff., 208 ff. (i 連邦行政裁判決まで12裁判例)、Ennulat/Zoebe (N 16), S. 203 ff.
- (52) 参照、内藤正典『ヨーロッパとイスラーム』(岩波書店、2004) 21頁以下、59頁。同「スカーフ論争とは何か」同・阪口・後註(109) 2頁以下。
- (53) コーラン5章「食卓」3節「あなたがたに禁じられたものは、死肉、(流れる)血、豚肉、アッラー以外の名を唱え(殺され)たもの、絞め殺されたもの、打ち殺されたもの、墜死したもの、角で突き殺されたもの、野獣が食い残したもの、(ただしこの種のもので)あなたがたがその止めを刺したものは別である」、5節「今日(清き)良いものがあなたがたに許される。啓典を授けられた民の食べ物、あなたがたに合法であり、あなたがたの食べ物は、かれらにも合法である」(『日亜対訳注解聖クルアーン』〔日本ムスリム協会、1983〕)。
- (54) なお、移民の多いヘッセン州で裁判例が散見される。同州憲法9、48条は「信仰の自由」「宗教共同体の宗教活動」を保障しつつ、動物保護規定はない。だが、基本法改正案を提出していた。前註(33)(37)。
- (55) BVerwGE 99, 1. 評釈は、数多あるが基本的な分析では、個人と集団の宗教観の区別の問題につき M. Sachs, Tierschlachtungen ohne vorherige Betäubung des Tieres, JuS 1996, S. 645 f.; 比例性につき H.-H. Trute, Das Schächtten von Tieren im Spannungsfeld von Tierschutz und Religionsausübungsfreiheit, Jura 1996, S. 462 ff.
- (56) NVwZ 1994, 592. 評釈は、好意的に K. Brandhuber, Die Problematik des Schächtens im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, NVwZ 1994, S. 561 ff.; 動物保護の憲法解釈に批判的な Th. Kuhl / P. Unruh, Religionsfreiheit versus Tierschutz, DÖV 1994, S. 644 ff.
- (57) 押久保倫夫「環境保護と『人間の尊厳』」ド憲判『未来志向の憲法論』(信山社、2001) 157、158頁。
- (58) KirchE 27, 246. 評釈は批判的な dies., Tierschutz und Religionsfreiheit am

Beispiel des Schächtens, DÖV 1991, S. 94 ff.

(59) 連邦憲法裁1973年10月2日決定 BVerfGE 36, 47. 実に動物保護法制定の翌年という最初期の裁判例。当時の同法3条9号〔動物の着払い輸送禁止〕が鳥類飼育業者の基本法12条「職業の自由」に反するとの憲法異議事件である。連邦憲法裁は、「新たな動物保護法」は、「生物の保護」を委ねられた「人間の共同責任」の意味における「倫理的な動物保護の基本思想」に基づいている、と判示した。同号は「公共の福祉」を構成し、「職業の自由」を制約する対立構図となる。同号の違憲審査には比例原則（特に必要性）が用いられ、着払い輸送でも苦痛を回避できる方法はあるゆえ、一般的禁止をする同号は「職業の自由」に反し、無効とされた。

連邦憲法裁1978年6月20日決定 BVerfGE 48, 376. 同法8条2項1文〔動物実験の公的学術機関の専門教育受講者のみの限定〕について、基本法3条「平等」と結びついた「職業の自由」に反して無効とした。そこでも同様に「生物の保護」を委ねられた「人間の共同責任」の意味での「倫理的な動物保護の基本思想」に基づく旨を説いている。

この二つの連邦憲法裁決定は、動物保護を「人間の尊厳」の要請とまでは捉えておらず、「人間の共同責任」とする（後註〔127〕判決も併せii判決で被参照）。結論では動物保護より「職業の自由」が優位した。参照、押久保・前註（57）158、159頁も。

(60) 特に Erbel (N 12), S. 1251; H.-Ch. v. Heydebrand / F. Gruber, Tierversuche und Forschungsfreiheit, ZRP 1986, S. 118.

(61) 前稿のカント思想も「人間の尊厳」に動物保護を据えるために用いられ得る、という Lorz (N 16), Einf. Rn. 36, 44, 93の4. Aufl., 1992, Rn. 37.

(62) E. v. Loeper, Studentische Gewissensfreiheit und mitgeschöpfliche Sozialbindung, ZRP 1991, S. 226 f. 同時に ders., Tierschutz ins Grundgesetz?, ZRP 1996, S. 143 ff. は、人間中心主義批判と20a条改正を説く。Vgl. ders. / W. Reyer, Das Tier und sein rechtlicher Status, ZRP 1984, S. 212; ders., Tierrechte und Menschenpflichten, in: U. M. Händel (Hg.), Tierschutz: Testfall unserer Menschlichkeit, 1984, S. 155 ff.; R. Spaemann, Tierschutz und Menschenwürde, ebd., S. 71 ff.

(63) Ph. Kunig, in: Münch / ders. (N 49), 2000, Art. 1 Rn. 16.

(64) Caspar (N 43), S. 442[強調原文].

(65) K. Leondarakis, Menschenrecht „Tierschutz“, 2006, S. 30 f., 42 ff.

- (66) Ch. Starck, in: Mangoldt/Klein/ders. (N 47), Art. 1 Rn. 26, Art. 5 Rn. 423; 4. Aufl., 1999, Art. 5 Rn. 383. Vgl. R. Dreier / ders., Tierschutz als Schranke der Wissenschaftsfreiheit, in: Händel (N 62), S. 106 f.; M. Kriele, Gesetzliche Regelung von Tierversuchen und Wissenschaftsfreiheit, ebd., S. 120.
- (67) R. Stober, Rechtsfragen zur Massentierhaltung, 1982, S. 40 f.; K. Brandhuber, Kein Gewissen an deutschen Hochschulen?, NJW 1991, S. 728. 参照、前稿のカントや旧動物虐待罪の根拠「人倫性」。
- (68) 以下の解釈も含め vgl. Glock (N 29), S. 29 ff.
- (69) 特に Loeper/Reyer (N 62), S. 211.
- (70) 解釈ゆえに改正不要説 U. Tödtmann / U. Zillmann, Tierschutz Quo Vadis, ZRP 1993, S. 324 ff. 解釈に加え改正説 S. Hobe, Tierversuche zwischen Tierschutz und Forschungsfreiheit, WissR 1998, S. 309 ff.
- (71) S. Huster, Gehört der Tierschutz ins Grundgesetz?, ZRP 1993, S. 326 ff.
- (72) 逆に儀礼畜殺を畜殺者の「人間の尊厳」に含む説につき vgl. Jentzsch (N 2), S. 295 f.
- (73) 「人間の尊厳」根拠説批判に ebd.; H. Dreier, in: ders. (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2004, Art. 1 Rn. 121 f.; 控訴審自身も挙げる、クレプファーや H-G. Kluge, Vorbehaltlose Grundrechte am Beispiel des Schächtens, ZRP 1992, S. 144; Kuhl/Unruh (N 58), S. 101 f. など。この根拠説につき、上告審の判断はないが、BVerwGE 105, 73は否定した。
- (74) 同例に、ハム上級地裁1992年2月27日決定 NVwZ 1994, 623; ジグマリンゲン行政裁1992年6月10日判決 NuR 1992, 496; アウクスブルク行政裁1992年6月10日判決 NuR 1993, 170; ゲルゼンキルヒェン行政裁1992年6月10日判決 NuR 1993, 171; コブレンツ行政裁1993年3月16日判決 NVwZ 1994, 615; ヘッセン行政裁2000年3月16日決定 NVwZ 2000, 951など。
- (75) NJW 2002, 1485.
- (76) BVerfGE 104, 337.
- (77) ヘッセン州のギーセン、ラーン=ディル郡に程近いヴェッテラウ郡の、物静かで長閑な山村の集落に、地元の顧客以外まず訪れない肉屋はあった(2004年3月5日現地取材)。看板には、彼の氏名等や「トルコ肉屋 イスラムの畜殺店」(Türk Mezbahanesi Islamische Schlachthaus)と明記。

- (78) 以上の裁決と下級審は不登載だが、控訴審の概要は vgl. BVerfGE 104, 339 ff.
- (79) 連邦消費者保護・食糧・農業省、ヘッセン州首相府、ドイツ・ムスリム中央評議会、ドイツ動物保護連盟の意見も。
- (80) 判決は Andelshäuser (N 50), S. 39 ff.; Jentzsch (N 2), S. 28 ff.; H. Mousa, Schächten im Islam, in: R. Potz u. a. (Hg.), Schächten, 2001, S. 16 f. を参照。
- (81) 判決は、以下、目的として同 1 条（前記）、倫理的に根拠づけられた動物保護の目標として三つの連邦憲法裁判例（前註 [59] 後註 [127]）、民法典90a 条（前記）を幾度も引照。
- (82) 判決は、苦痛の抑制につき、上記ムスリム中央評議会の意見、Andelshäuser (N 50), S. 35, 62, 79 f.; オーストリア憲法裁判例 EuGRZ 1999, 603 を参照。
- (83) 判決は BVerfGE 90, 173 [工藤達朗「薬物酩酊の権利？」ド憲判 II 4] ; 101, 350 を参照。
- (84) BVerwGE 112, 227.
- (85) 以下参照した数多ある評釈で、結論に賛成は多いが、立論に批判的に、Schwarz (N 50), S. 35 ff.; K.-E. Hain / P. Unruh, Neue Wege in der Grundrechtsdogmatik?, DÖV 2003, S. 147 ff.; R. Faller, Schächten als Konkurrenzproblem?, KJ 2002, S. 227 ff.; U. Volkmann, Schächterlaubnis für muslimischen Metzger, DVBl. 2002, S. 332 ff.; K.-H. Kästner, Das tierschutzrechtliche Verbot des Schächtens aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2002, S. 491 ff.; G. Sydow, Ausnahmegenehmigung für das Schächten, Jura 2002, S. 615 ff.; U. Häußler, JA 2002, S. 548 ff.; R. Tillmanns, NuR 2002, S. 578 ff. 結論にも批判的な J. Caspar, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte des Schächtens, NuR 2002, S. 402 ff. 概ね好意的な G. Neureither, Schächten, JuS 2002, S. 1168 ff.; F. Wittreck, Religionsfreiheit als Rationalisierungsverbot, Der Staat 2003, S. 519 ff. 分析的な J. Oebbecke, Islamisches Schlachten und Tierschutz, NVwZ 2002, S. 302 f.; A. Dietz, Ausnahmegenehmigungen zum Schächten aufgrund § 4 a TierSchG, NuR 2003, S. 477 ff.; 岡田・前註 (31) 217頁以下、近藤敦「イスラームの作法に則った屠殺の規制」ド憲判 III 48 も。
- (86) 近藤・同上の中心論点が、この「定住外国人」。
- (87) T. M. Spranger, Die Figur der „Schutzbereichsverstärkung“, NJW 2002, S. 2074 ff.; 前註 (85) に挙げた立論批判の諸説。反論・詳解につき当時その第 1 法廷判事の W. Hoffmann-Riem, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsan-

spruch, Der Staat 2004, S. 219 f.

なお、4条を「宗教上」、2条を「人格権」と仮に捉えれば、文字通り「宗教上の人格権」なる基本権となる。「自衛官合祀拒否訴訟」山口地判1979年3月22日(判時921号44頁)・広島高判1982年6月1日(判時1046号3頁)の「宗教上の人格権」や最大判1988年2月25日(民集42巻5号277号)伊藤正己反対意見の「宗教上の人格的利益」との異同は改めて考察したい。

(88) 例えば Bumke/Voßkuhle (N 1), S. 9 ff., 115; Pieroth/Schlink (N 91), Rn. 195 ff.

(89) 日本語としては、「宗教団体」と訳せばより狭くなり、「宗教社会」と訳せばより広くなろう。「宗教団体」との訳が多いが、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集』〔第5版〕(信山社、2007)〔同訳〕、高橋和之編『世界憲法集』〔新版〕(岩波書店、2007)〔石川健治訳〕は、基本法7条3項のみ「宗教共同体」と訳し、同140条＝ワイマール憲法137条2項1文-gesellschaftと同2文-gemeinschaftの訳し分けはみられない。本稿は、前者を「宗教団体」、後者を「宗教共同体」と訳す。参照、基本法9条、Kluge (N 110), S. 655 ff.; 両者を同義とする B. Pieroth / Ch. Görisch, Was ist eine Religionsgemeinschaft?, JuS 2002, S. 937 ff.; 初宿正典「ドイツの結社法における宗教・世界観団体の地位」樋口陽一・上村貞美・戸波江二編『日独憲法学の創造力』〔栗城壽夫先生古稀記念〕上(信山社、2003)403頁。

(90) Vgl. Oebbecke (N 86), S. 303.

(91) B. Pieroth / B. Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., 2008, Rn. 515 a, 533. なお、永田秀樹・松本和彦・倉田原志訳『現代ドイツ基本権』(法律文化社、2001)〔15. Aufl. の訳〕189頁〔倉田訳〕は「〔ユダヤ教の〕畜殺」と補訳するが、ここでは「〔イスラム教の〕儀礼畜殺」である。

(92) Ebd., Rn. 515 f.; Trute (N 55), S. 462.

(93) Pieroth/Schlink (N 91), Rn. 533; vgl. Rn. 531; BVerwGE 112, 234; i 連邦行政裁判決も。この批判に M. Mayer, Religionsfreiheit und Schächtverbot, NVwZ 1997, S. 561も。

(94) Pieroth/Schlink (N 91), Rn. 293 f.; ders., Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: P. Badura / H. Dreier (Hg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 460 ff.

(95) Vgl. Sydow (N 86), S. 620 f. も。

(96) 参照、前註(55)、ebd., S. 619; Neureither (N 86), S. 1171.

- (97) BT-Drs. 14/8360.
- (98) 以下、同時期、現地にて新聞やパンフレット（H. Werner, Das betäubungslose Schächten der Tiere im 20. Jahrhundert : eine Dokumentation）を参照した久保田浩『『宗教行為としての屠殺』か『動物虐待としての屠殺』か——ドイツ社会におけるイスラームの屠殺行為を巡る論争』国際宗教研究所ニュースレター33号（2002）7頁以下も参照。
- (99) taz v. 21. 1. 2002. FAZ v. 16. 1. 2002も「統合」（Integration）を歪める「分裂」（Desintegration）と、判決を批判した。だが、連邦内務省は逆である（参照、近藤・前註〔85〕）。
- (100) ドイツ連邦首相宛でフランス映画女優やイギリス動物保護団体からも判決抗議が寄せられている（参照、久保田・前註〔98〕8頁）。Der Spiegel v. 21. 1. 2002, S. 184も、獣医のインタビューを交え、判決は「中世へ回帰するもの」と、批判トーンである。（本稿の対象ではない）「動物の権利」論や運動につき、例えば著名なH. F. Kaplan, Leichenschmaus, 1993, ニトライ陽子ほか訳『死体の晩餐——動物の権利と菜食の理由』（同時代社、2005）は、2003年クリスマス、動物倫理協会（AKTE）から連邦議員全員に贈られたという。関連して実情につき参照、グレーフェ或子『ドイツの犬はなぜ幸せか——犬の権利、人の義務』（中央公論新社、2000）、福田直子『ドイツの犬はなぜ吠えない？』（平凡社、2007）。同31頁以下、83頁以下、188、189頁は「動物保護党」、動物保護運動の過激化、20a条改正に言及する。
- (101) 久保田・前註（98）12頁。
- (102) 内藤・後註（109）184頁。同151頁も、「ムスリム移民女性に向かって、『スカーフを脱げ』と命じることと、ユダヤ人に対して『服にダビデの星を縫い付ける』と命じたこととの間には、異質な存在との共生を拒否するという意味において、本質的な類似性が存在するのか」問題提起する。
- (103) 参照、樋口陽一『国法学——人権原論』〔補訂〕（有斐閣、2007）230頁以下。
- (104) 畑尻剛「批判にさらされるドイツの連邦憲法裁判所（上）」ジュリ1106号（1997）74頁以下。
- (105) BVerfGE 93, 1. 特に参照、石村修「公立学校における磔刑像（十字架）」ド憲判Ⅱ16。
- (106) Vgl. BVerfGE 105, 279; 西原博史「政府の情報提供活動における〈警告〉と信教の自由の保障」ド憲判Ⅲ20、U. Sacksofsky / Ch. Möllers, Religiöse Freiheit

als Gefahr?, VVDStRL 2009, S. 7 ff.

- (107) 渡辺康行「立法の復権か立法への逃避か」公共政策研究4号(2004)15頁以下。
- (108) BVerfGE 108, 282. 特に参照、同「イスラム教徒の教師の志願者に対するスカーフ着用を理由とする採用拒否」ド憲判Ⅲ21。
- (109) 関連裁判例も含め、特に vgl. E.-W. Böckenförde, „Kopftuchstreit“ auf dem richtigen Weg?, NJW 2001, S. 723 ff.; ders., Zum Verbot für Lehrkräfte in der Schule, ein islamisches Kopftuch zu tragen, JZ 2004, S. 1181 ff.; ders., Religionsfreiheit ist kein Gottesgeschenk, FAZ v. 22. 4. 2009 (L. Wick, Islam und Verfassungsstaat, 2009書評)、渡辺康行「文化的多様性の時代における『公教育の中立性』の意味——イスラム教徒の教師のスカーフ事件を中心として」樋口陽一ほか編著『国家と自由』(日本評論社、2004)79頁以下、渡辺康行「私人間における信教の自由——もう一つの『イスラムのスカーフ』事件が問いかけるもの」藤田宙靖・高橋和之編『憲法論集』(樋口陽一先生古稀記念)(創文社、2004)117頁以下。先駆的研究に、斎藤久「ドイツにおける多文化教育の一断面——イスラム教をめぐる問題を中心として」本誌52巻(2002)160頁以下。社会学的背景は、参照、内藤正典「ドイツの政教分離——ルディン裁判は何をもたらしたか」同・阪口正二郎編著『神の法 vs. 人の法——スカーフ論争からみる西欧とイスラムの断層』(日本評論社、2007)130頁以下、同「ドイツでのスカーフ問題の位相」同181頁以下。
- (110) H.-G. Kluge, Das Schächten als Testfall des Staatszieles Tierschutz, NVwZ 2006, S. 650 ff.
- (111) 樋口陽一「“Human Rights”と“droits de l’homme”との含意をめぐって——広義の人権と狭義の『人』権」日本学士院紀要57巻2号(2002)55頁、同・前註(103)161、162頁は、儀礼畜殺判決の「マイノリティに『属する者』」の積極的処遇を、「国法上の義務〔…〕の特免の制度や、積極的差別是正措置」という形態をとらず、「職業の自由」を援用する「自由一般の適用」という形式をとるものという。もっとも、本判決は、「人格の自由な展開」を強化した「宗教的自由」も決め手となっており、また、動物保護法4a条2項2号「例外的許可」は同法上の義務の「特免の制度」とみることでもできよう。
- (112) 「スカーフ」と同様に、儀礼畜殺は、必ずしもコーランで明示的に要請されてはいないことも前記し、諸裁判例でもみた通りである。ゆえに、気絶させない畜殺

方法を（「集会的、文化的アイデンティティ」ではなく）「個人のアイデンティティ」として主張し得る可能性もなくはない。この二つのアイデンティティの対立そして選択を迫るのが同・内藤正典・阪口正二郎「共生に向けて何を提起するか」内藤・阪口・前註（109）285頁以下〔樋口〕の理解である。

なお、同書の書名を借用すれば、一見して α 「人の法」vs β 「神の法」の対立がある（特に内藤・前註〔52〕24頁）。これは α （憲）法規範vs β 宗教（法）法規範の対立ともいえる。本問題の法源は、 α 基本法20a条・動物保護法vs β コーラン・シャリア法などである。だが、実は α β 両者とも「人間の（定めた）法」ではないか。特に β は基本法やトルコ憲法における信仰の自由に依るとすれば「個人の法」ともいえる。そして、内容をみれば、 α 「動物（保護）の法」vs β 「ヒトの法」という衝突がみえよう。

- (113) ただし、本判決もBT-Drs. 10/5259を参照するという「自家畜殺・私的な畜殺」は禁止され、許可された畜殺場で行うよう努力される。
- (114) 樋口・前註（111）56、57頁。
- (115) Kloepfer (N 6), S. 120, 945 f. 改正に反対していた ders. (N 31), S. 375, 378 は、改正により権限が立法から執行を経て司法へ移る点を批判していた。権限問題につき R. Faller, Staatsziel „Tierschutz“ : vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat?, 2005, S. 200 ff.
- (116) Schwarz (N 50), S. 40 ff.; Sommermann (N 49), Rn. 23/6 など。
- (117) Capar/Geissen (N 45), S. 916 f.; Hain/Unruh (N 85), S. 154 f.
- (118) 厳格な人間中心主義の R. Scholz, in: Th. Maunz / G. Dürig (Hg.), Grundgesetz Kommentar, Stand: 2002, Art. 20a, Rn. 73 ff.; ders., Grundgesetzliches Menschenbild und Staatsziel „Tierschutz“ in: H. de Wall / M. Germann (Hg.), Bürgerliche Freiheit und christliche Verantwortung : FS für Ch. Link, 2003, S. 953 ff. から、生態中心主義的だが動物中心主義ではない D. Murswiek, in: M. Sachs (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., 2009, Art. 20a, Rn. 22 ff., 31 b や、感覚中心主義のカスパー（前註〔45〕）まで、改正後の基本法と動物保護法の註釈書や論文が、一通り出揃った。学説につき参照、岡田・前註（31）212頁以下、219頁以下、浅川・前註（31）171頁以下。
- (119) GewArch 2009, 82.
- (120) NordÖR 2004, 129.
- (121) NuR 2005, 464.

(122) BVerwGE 127, 183. アウクスブルク行政裁判事 A. Dietz, Das Schächten im Spannungsfeld zwischen Religionsfreiheit und Tierschutz, DÖV 2007, S. 489 ff. は衡量不足と批判する。同判決を参照するアウクスブルク行政裁2007年12月19日決定 GewArch 2009, 34とバイエルン行政裁同日決定は衡量のうえ請求を退けた。

(123) BVerfGE 117, 126.

(124) NuR 2006, 111.

(125) NuR 2003, 506.

(126) 複数の百科事典、生物学事典になく、ギーセン大学生物学・農学専門領域を訪ね訊くところでは、正式名ではない。アヒル〔家鴨〕(Hausenten) の一種で頭に羽飾りがある。そこを刺激すると、苦痛を伴うという。

カモの強制肥育(参照、東郷佳朗「動物の比較法社会論——フォアグラの使用禁止をめぐる」神奈川大学法学研究所ニュースレター11号(2008)5頁)とは異なる。

(127) ニワトリの飼育に関する裁判は、連邦憲法裁1999年7月6日判決 BVerfGE 101, 1; vgl. J. Caspar / Th. Cirsovius, Bestandsschutz für Legebatterien?, NuR 2002, S. 22 ff.; 石村修「産卵鶏のケージ内飼育」ド憲判Ⅲ77。養鶏舎にて収容ゲージの広さの下限を1羽あたりA4サイズとした養鶏命令は、前記1976年欧州条約と1986年勧告を援用して基本法80条1項(法規命令)に反するというもので、本稿は対象としない。

危険犬の飼育に関する裁判は、前註(28)(29)、vgl. M. Möstl, Gefahr und Kompetenz, Jura 2005, S. 48 ff.; 門田孝「いわゆる『危険犬』の輸入・繁殖の禁止」同50。基本法12条「職業の自由」等を比例原則に照らし、2001年危険犬対処法の危険犬持込・輸入制限法2条は合憲とされたが、同条による改正動物保護法11b条2項と動物保護・飼犬令11条は前述の連邦の立法権限のためでなく、危険犬対処法3条2項による刑法典143条はラントとの関係で形式的に違憲無効とされた(基本法72条)。なお、「科学的不確実性」があるが立法判断に一応の理由があったとした点は、環境リスク論とも関わり、別途考察を要する。その意味では「リスク犬」といえよう。

(128) 動物保護法11b条2項の処分時ないし判決時の文言。同条は1986年改正で新設され、1992年改正を経て、1998年改正で2項が挿入された。そして、2001年改正を受けて2項aが新設されて当時の上記文言となる。さらに、その後、2項aは

- 2004、2006年改正を受け、現在は二つ目の「精神的苦痛を伴う」が削除されている（本決定でも略）。
- (129) Ch. Behrens, Auswirkungen von Staatszielbestimmungen aufgrund der Änderungen am Beispiel der Aufnahme des Tierschutzes in Art. 20a GG, 2002. 飼育者の行為自由の論述は見当たらない。
- (130) AUR 2004, 90.
- (131) C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 126; 参照、尾吹善人訳『憲法理論』（創文社、1972）159頁、阿部照哉ほか訳『憲法論』（みすず書房、1974）155頁。「個人の自由領域への国家の介入権限は原理的に限定されているのに対し、個人の自由は原理的に無限定である」（強調原文）。
- (132) 樋口・前註（103）7頁以下。
- (133) 「最後の尊厳」（人間と動物の死体の山）、イディッシュ作家からの引用「動物の問題ならば、あらゆる人間がナチスだ。動物にとっては永遠にトレ布林カだ」などのプラカードも。Ch. Patterson, *Eternal Treblinka: our Treatment of Animals and the Holocaust*, 2002, 戸田清訳『永遠の絶滅収容所——動物虐待とホロコースト』（緑風出版、2007）、PETA 元法律顧問の序文も。前註（101）の Kaplan も支援者。参照、福田・同註105頁以下「人間より動物を優先？」も。
- (134) 以上、ベルリン地裁2004年4月22日判決 AfP 2004, 461と本決定 DVBl. 2009, 667を除き未登載。Vgl. <http://www.peta.de/> Stand: 2009; Die Welt v. 26. 1. 2005.
- (135) ホセ・ヨンパルト『人間の尊厳と国家権力』（成文堂、1990）90頁の道徳と結びつく「人間」の尊厳に対し、西原博史『良心の自由』（増補版）（成文堂、2001）415頁〔初出1997〕の「個人」の良心の尊重。
- (136) ヒト属（Gattung）。前稿註（304）も。
- (137) BVerfGE 7, 377（参照、野中俊彦「薬事法距離制限条項の合憲性」ド憲判 I 44）、最大判1975年4月30日民集29巻4号572頁（参照、石川健治「薬局開設の距離制限」憲判百選 I 102）。
- (138) Vgl. 古くは Schmitt（N 131）, S. 102; O. Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, 1951; H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, 1953; 近くは樋口・前註（103）、工藤達朗「憲法改正限界論」長谷部恭男編『岩波講座憲法 6』（2007）235頁以下、毛利透「憲法改正論議への比較法的視座——ドイツ憲法学の視点より」法学論叢161巻4号（2007）3頁、赤坂正浩「憲法の同一性と憲

- 法改正の限界」全国憲法研究会編『憲法改正問題』〔法時増刊〕(2005) 117頁、R. Wahl (Hg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, 2008; 特に D. Murswiek, Zu den Grenzen der Abänderbarkeit von Grundrechten, in: ebd., S. 261 ff.
- (139) Vgl. D. Grimm, Als Verfassungssatz untauglich, 1994, in: Die Verfassung und die Politik, 2001, S. 86; 岡田俊幸「ドイツにおける憲法改正論の一段面——ディーター・グリムの場合」同266頁、②に関し西原博史「人権保障と国民の義務」法時77巻10号(2005) 84頁、同『『個人に優しい改憲論』と立憲主義』憲法理論研究会編『憲法変動と改憲論の諸相』(敬文堂、2008) 181、182頁。
- (140) 客観法としての改正であっても。この点、石川健治「憲法改正論というディスクール」ジュリ1325号(2006) 97、130頁以下〔藤井質問への石川回答〕と異なる。
- (141) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1900, S. 74; 3. Aufl., 1922, S. 82, 芦部信喜ほか訳『一般国家学』(第2版)(学陽書房、1976) 67頁参考〔強調原文〕。
- (142) J. Isensee, in: GVK-SB Anhörung v. 16. 6. 1992, S. 56. 憲法が国民の教理書・寓話となるとの批判も ders., Zwischen Volkskatechese und Juridifizierung, DNO 1993, S. 257 f. Scholz (N 118) [2003], S. 958は「共にある被造物」の意味での改正も1条1項、79条3項に反するという。Vgl. Faller (N 115), S. 107 ff.
- (143) 暫定的には拙稿「環境法原則の憲法学的基礎づけ・序論(1)」法研論集〔早大院〕126号(2008) 177、178頁。

付記：前稿(2)脱稿後に、J. Lemcke, Deutschlands erstes Tierschutzgesetz, 2008; D. Heintz, Tierschutz im Dritten Reich, 2008に接した。