

所有権放棄認定の拡大とその可能性に関する一考察

—動物虐待防止による動物福祉 (Animal Welfare) 実現の観点から—

牧野高志

1 はじめに

2 所有権放棄概念

(1) 所有権放棄とは

(2) 所有権放棄の法的性質

3 所有権放棄の要件の考察

(1) 学説

ア 占有の放棄を必要とする見解

イ 占有の放棄を不要とする見解

(2) 自説

ア 放棄の意思に関する仮説

イ 占有の放棄に関する仮説

(3) 小括

4 所有権放棄の代替的手段の考察

(1) 動物の所有権剥奪制度 (二〇〇六年動物福祉法)

ア Animal Welfare Act 2006

イ 親権喪失規定

(2) 制度導入に対する弊害

(3) 動物の権利性

ア 胎児の権利能力・成年被後見人の制度の類推適用

イ 動物の法人化

ウ 動物の権利性についての否定的見解

エ 小括

5 まとめに代えて

1 はじめに

令和元年度における動物虐待事犯の検挙件数は一〇五件であり、年々増加の途を辿っている。これは、あくまで告発等により検挙された数であり、明るみに出していない虐待は相当数あるものと考えられる。これら虐待事案に関して適用される法律は「動物の愛護と管理に関する法律」（以下「動愛法」という。）であり、その中で、愛護動物に対する虐待行為に対しては罰則規定が設けられている。具体的には、四四条において、「愛護動物をみだりに殺し、又は傷つけた者は、五年以下の懲役又は五〇〇万円以下の罰金に処する。」（二項）、「愛護動物に対し、みだりに、その身体に外傷が生ずるおそれのある暴行を加え、又はそのおそれのある行為をさせること、みだりに、給餌若しくは給水をやめ、酷使し、その健康及び安全を保持することが困難な場所に拘束し、又は飼養密度が著しく適正を欠いた状態で愛護動物を飼養し若しくは保管することにより衰弱させること、自己の飼養し、又は保管する愛護動物であつて疾病にかかり、又は負傷したものの適切な保護を行わないこと、排せつ物の堆積した施設又は他の愛護動物の死体が放置された施設であつて自己の管理するものにおいて飼養し、又は保管することその他の虐待を行った者は、一年以下の懲役又は一〇〇万円以下の罰金に処する。」（二項）と規定する。しかしながら、虐待行為に対して、この懲役刑もしくは罰金刑に処せられるのみである。つまり、このような処罰を課せられたとしても、依然当該飼主の下に当該愛護動物の所有権は帰属されたままなのである。虐待が繰り返しなされることが危惧される以上、動物保護の観点から、その所有権を奪う若しく所有権の放棄認定を行う必要があるといえる。

このように、依然飼主の下に所有権が残るが故に発生する弊害について、もはや看過できない状況にあるといつて

よい。動愛法七条三項は「動物の所有者は、その所有する動物の飼養又は保管の目的等を達する上で支障を及ぼさない範囲で、できる限り、当該動物がその命を終えるまで適切に飼養すること（以下「終生飼養」という。）に努めなければならない。」と飼主に対する「終生飼養義務」を努力義務として課すのみならず、同条一項において「動物の所有者又は占有者は、命あるものである動物の所有者又は占有者として動物の愛護及び管理に関する責任を十分に自覚して、その動物をその種類、習性等に応じて適正に飼養し、又は保管することにより、動物の健康及び安全を保持するように努めるとともに、動物が人の生命、身体若しくは財産に害を加え、生活環境の保全上の支障を生じさせ、又は人に迷惑を及ぼすことのないように努めなければならない。」と規定し、動物の飼主に対して、「適正飼養義務」を努力義務として課している。終生飼養義務を重視すれば、所有権放棄を認めない方向に解釈すべきであるが、その一方で、適正飼養義務を重視すれば逆の解釈が求められる。つまり、この問題は、動物の苦しみや苦痛からの解放という「動物の福祉」に鑑みれば、所有権維持を認めるべきでなく、むしろ「維持させない」との解釈を導くべきである。しかしながら、後述するように、我が国においては、例えばイギリスのように、飼主権を剥奪する制度が確立されていない。

そこで、本稿では、この動物の所有権に対する制限として、既存制度の「所有権放棄」に関して、その要件の再考察および提案を試み、またそれに代わる代替的手段について、その立法論に触れつつ言及したいと考える。

2 所有権放棄概念

(1) 所有権放棄とは

民法上、物権の放棄とは、物権を消滅させることを目的とする単独行為をいい、物権の放棄についての一般的・直接的な明文規定はない。これは、わが国の民法およびその解釈論においても、権利の取得の有無、現に有する権利の行使を中心として発展してきており、権利者がその権利を喪失（放棄）するということは、それほど議論の対象としてこれらになかったからである⁽³⁾。しかし、各種物権について放棄に關する規定が置かれていることに鑑みれば、物権の放棄自体について否定する理由はないであろう。そして、所有権の放棄についても同様であるといえる⁽⁵⁾。そして、この法的根拠として二〇六条が考えられる。つまり、同条は、「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する。」として、ここでいう「処分」に所有権の放棄が含まれるかが問題となる。この点、二〇六条の「処分」とは、所有権に特有の権能を意味するとし、放棄のような法律上の処分は、所有権に特有の権能ではないことから、「処分」に該当しないと見る見解もある⁽⁶⁾。他方、「処分」とは、目的物を物質的に変形・改造・破壊することと（物理的処分）、法律的に譲渡・担保設定その他の処分行為とすること（法律的処分）とする見解があり⁽⁷⁾、通説的見解といえる。なお、ここでは、「放棄」と明記はされていないが、「法律的分」に位置づけられる⁽⁸⁾。

なお、二〇六条には「その所有物」としていることから、所有権放棄とは、「所有権」の放棄なのか、所有「物」の放棄なのかという議論がある。つまり、「物」の放棄ではなく、物に対する「所有権」の放棄であるとすれば、権

利が放棄できることは、権利一般に通有される当然の事理であり、二〇六条に根拠を求めるのではなく、およそ権利なるものは、権利者において一般に処分可能であることにその根拠を求めることになるとする考えが指摘されている。⁹⁾

(2) 所有権放棄の法的性質

本稿では、所有権放棄の法的性質について法律行為であることを前提に議論を展開するが、そもそもこの法的性質如何につき争いがあり、事実行為であるとの見解もある。その見解につき言及する。

まず、所有権放棄は所有物を事実上遺棄することによって生じる法律効果であつて、当事者の意思表示により生じるのではないから法律行為ではないとする見解がある。¹⁰⁾ また、所有権の喪失という私法上の効果を欲する意思があつてもこの表示は必要ではなく、通常所有物の遺棄によりこの意思が実現されることから法律行為ではないとする見解もある。¹¹⁾ さらに、所有権放棄は通常、一定の人に対してするのではなく、所有物の遺棄によって成立するものであり、法律行為ではないとする見解もある。¹²⁾ これら見解からすると、後述する所有者の主観的要件については考慮されなくとも、占有の放棄という客観的要件のみで所有権放棄を導き得ると思える。しかし、所有権放棄が法律行為であると解することによって、権利濫用法理（一条三項）や公序良俗違反（九〇条）により無効とすることが可能であるところ、事実行為であれば、これに対する規制が困難となるとの批判がある。¹³⁾

3 所有権放棄の要件の考察

この点、所有権放棄の認定について、放棄の意思という主観的要件と、占有の放棄という客観的要件を充たす必要

がある。放棄の意思については、特定の人に対する意思表示を必要とせず、占有の放棄その他によって、放棄の意思が表示されればよく、¹⁴ 確定的意思である必要があるとされる。¹⁵ 一方で、占有の放棄については、その要否につき見解が分かれる。

(1) 学説

ア 占有の放棄を必要とする見解

まず、相手方のない行為であり、しかも対世的効力を生ずるものであるから、一般人に認識可能な外形表象を要するとして、意思表示だけでは効力が生じず、占有を放棄することを要するとする見解がある。¹⁶ また、占有が継続するのに無主物とみるのは法律觀念に合わないとして、所有権放棄には物の占有の廢罷を要するとする見解がある。¹⁷ さらに、動産の無主物先占（二三九条一項）や遺失物拾得（二四〇条、二四一条）が占有取得を要件としていることに着目し、それらとは逆に位置する所有権放棄は相手方のない単独行為だが、所有権のように占有を伴うべき物権について占有を有するときは、放棄の意思表示のほかに占有の放棄を要するとする見解がある。¹⁸ これら見解からは、場所的隔離を伴わずに行う虐待行為に対しては所有権放棄の認定が困難となる。

イ 占有の放棄を不要とする見解

まず、所有権放棄を所有物の放棄により成立する要物行為と理解するのは正しくなく、一般人に認識可能な外形表象を要するというなら、所有権放棄の広告でもよいはずであるし、占有を保持しながら所有権を放棄することは稀ではあるが、ないわけではない（例えば、鉄くず等を手許に置きながら所有権を放棄して、希望者が持つていく

のに委ねること、運び出して廃棄する手数を省こうという場合」とする見解がある¹⁹⁾。また、所有権放棄は占有放棄を伴うのが通常だが、必ず占有放棄によって成立するのは正当ではないとする見解がある²⁰⁾。これら見解からすると、場所的隔離を伴わない虐待に対して所有権放棄の認定が可能な余地が出てくる。さらに、物権の放棄は単独行為であり、所有権や占有権の放棄は「占有の放棄その他によって」放棄の意思が表示されればよいとしているとする見解がある²¹⁾。この見解からすると、「その他」に自己占有下の虐待を含めることが可能であるとも思える。

(2) 自説

動物は、人の所有の対象となる「物」であり、「動産」である²²⁾。所有権対象物である通常の「物」概念を、動物虐待の場面にまで貫くべきであろうか。動物は、単なる動産を超越した「命ある物」であり、痛みや苦しみを感じ取ることのできる、感受性ある物である。つまり、動物は、その経済的・財産的価値とは別に、人格的価値あるいは感情的価値をもつといえる²³⁾。そこで、かかる特殊事情に鑑み、通常の物の場合よりも所有権放棄の認定基準を緩和することができないのか。

ア 放棄の意思に関する仮説

まず、飼主の占有から離れた形態の虐待行為(例えば、動物を劣悪な環境下に置き去りにするような行為)があった場合における所有権放棄に関して仮説を提案する。

本来、民法上、主観的要件と客観的要件については、それぞれに充足が求められるが、主観面および客観面に程度が観念できる場合には、「相対的処理」がなされる場合もある。例えば、詐害行為取消権(民法四二四条)にお

ける主観的要件たる詐害意思と客観的要件たる行為の詐害性の認定につき、総合的相關的に判断するのが判例である。²⁴つまり、主観的要件を行為の詐害性との相關で判断し、行為の詐害性が強ければ、主観的要件は単なる認識でもよいし、さらにその認識も、詐害性ある行為がなされたという事実から推定される場合もある。²⁵このように、主観的要件は客観的要件とは個別に検討せずに相關的に捉えていくものである。この判断基準と同様、所有権放棄の場面でも、例えば、客観的要件たる占有の放棄の程度・状況等が常軌を逸しているようなことがあれば、多少なりとも主観的要件である放棄の意思を緩く考えた上で（例えば、占有から離れるというだけの認識）、所有権放棄の有無を判断することも可能ではなからうか。この基準からすれば、例えば、単なる置き去りを超えて、当該動物の健康を害する蓋然性の高い置き去りであることが認められる場合には、主観的要件について緩く考えることができ、所有権放棄が認められることになろう。

イ 占有の放棄に関する仮説

次に、自己占有下における虐待に対して所有権放棄を認めることができるか。虐待の態様として、場所的隔離がある場合に比し、自己の占有下で行われることが多い。例えば、多頭飼育により、不衛生な場所での餌食等が不十分な飼養態様が問題となるケースがある。形式的には、占有の放棄はなく、客観的要件は充足しない。では、占有の放棄という客観的要件の認定に関して修正を図り、自己占有下にある動物の虐待行為について、占有の放棄を認定できないか。

確かに、客観的要件である「占有の放棄」の中に、虐待行為を含むと解することは解釈の限界を逸脱しているようにも思える。しかし、例えば「占有の放棄」といえる典型例として「捨てる」行為があるが、事後的処分である

「壊す行為」も、その物の効用を失わせるという点で、同価値性・類似性が認められることから、広義の占有の放棄の「内容をなす」といふべきである。そして、動物に関して言えば、「動物を壊す」といふ表現は、「動物を殺傷する、虐待する」といふ表現に引き直すことが可能であるといえる。また、それに併せて、「捨てる意思・壊す意思」は「殺傷する意思・虐待する意思」に引き直すことが可能といえよう。このように、所有権放棄についての両要件を必要としつつも、「命ある物」といふと特殊性に鑑みて、その内容に修正を加えることが可能ではなからうか。

(3) 小括

上記のように、所有権放棄の要件修正に関する仮説を述べたが、これからは、「所有権放棄」ではなく、実質的にみて「所有権剥奪」といえよう。しかしながら、我が国において、後述するイギリスにおける「飼主権剥奪制度」が存在しない以上、現行法の既存制度を再構成する必要性は十分に認められ、動物に対する虐待一般に対する所有権制限の一方法として意義があるものと考ええる。

4 所有権放棄の代替手段の考察

(1) 動物の所有権剥奪制度

以下、飼主の動物に対する所有権を剥奪することを認める制度について、紹介及び提案を試みたいと考える。

ア Animal Welfare Act 2006 (二〇〇六年動物福祉法)

イギリスにおける「Animal Welfare Act 2006 (二〇〇六年動物福祉法)」では、同法四条一項において、一般的な動物虐待の罪を定め、①作為・不作為を問わず動物に「苦しみ」(suffering)を引き起こし(a号)、②その作為・不作為が苦しみを及ぼすこと若しくは及ぼしかねないことを、知っていたか、又は知っていて然るべきであったものであり(b号)、③その動物が保護動物であり(c号)、④その苦しみは不必要なものであるという四点が充たされた場合には犯罪が構成されるとしている。²⁶⁾さらには、同条二項において、動物責任者(日常の飼育や特定の目的のための飼養・所有により、当該動物に対して責任を有するとみなされる者)の動物虐待の罪を定めており、②作為・不作為を問わず動物に苦しみを引き起こし(b号)、その苦しみが起きるのを許容したか、又はいかなる状況下においても苦しみを引き起こさないために他者に監督させる等の合理的手段をとらなかつたもので(c号)、その苦しみが不必要なものである(d号)の三点を充たした場合には犯罪が構成されるとしている。²⁷⁾そして、かかる行為に違反し有罪判決を受けた場合、裁判所は、当該動物に対する所有権(ownership)を剥奪する剥奪命令(Deprivation Order)を出すことができる(同法第三三条一項)。さらには、一定期間ではあるが、動物全般の所

有についての資格剥奪命令 (Disqualification Order) も出すことができる (同法三四条二項) とし、当該動物に限らず、すべての動物の所有権剥奪という大きな制限をかけることができる。このように、イギリスでは、動物の虐待について、現在の所有権を剥奪するにとどまらず、将来における動物全般の所有権までも剥奪できることが制度として認められている。

イ 親権喪失規定

厚生省が発表した「児童相談所における児童虐待相談対応件数」は、年々増加の途を辿っている。²⁸ この児童虐待は、家庭という密室で行われることがほとんどであり、虐待を受けた子どもも自らが、自分の置かれた状況を訴えることもほとんどない。²⁹ こうした児童虐待の現状から、二〇〇〇年五月二四日に児童虐待の防止等に関する法律（以下、「児童虐待防止法」という。）が公布され、同年一月二〇日から施行された。この法律では、学校の教職員、児童福祉施設の職員や医師等に対して児童虐待の早期発見および通告義務を課し（五条）、都道府県知事に立入調査権等を認める（九条）等して、子の福祉の実現を図っている。一方で、動愛法でも、令和二年六月に施行された改正法において、旧法では努力義務にすぎなかった獣医師の通報義務が義務化（四一条の二）³⁰され、立入検査権（二五条五項）³¹も認められた。

このことからわかるように、児童虐待と動物虐待において、それに対する規制態様の変遷に類似性が認められるものの、児童虐待に対しては、子の福祉の観点から、民法上の「親権喪失制度」（民法八三四条）が適用される。動物を自身の「子」のように擬人化する日本人の特性に鑑みて、立法論として、動物の福祉の観点から、動物虐待の場面においても、かかる制度と同様の制度創設が検討されるべきであろう。

なお、このように親と子の関係を、飼主・動物間にも応用できるものと考えられるのが、動物を対象とする財産分与である。アメリカ・インディアナ州の裁判例³²⁾で、動物（ボストンテリア）が共有財産に当たる場合において、離婚後の夫婦のどちらに動物の飼養をゆだねるべきかを「動物の福祉（welfare of the pet animals）」の観点から当事者の犬の世話と管理（監護）をできるか否かという観点から飼主を決定している。これと同様に、未成年の子についての親権者指定の判断基準では、離婚時までどちらが主として子の監護を行ってきたか、今後どちらの監護下で暮らす方が子の福祉に適しているかということ、子の意思も考慮しながら判断することから、動物の引き取りについても、これまでどちらが主として動物の世話をしてきたか、今後どちらが世話を行うことが動物にとって望ましいか、動物がどちらに懐いているのも考慮されることになるであろう。³³⁾

（2）制度導入に対する弊害

我が国においても、立法論として、イギリス同様の制度の確立や親権喪失規定を参考とした新しい制度の確立を行う必要性は否めないが、所有権、つまりは財産権という日本国憲法上保障された権利（憲法二九条）に対する公共の福祉（同法一二条後段、一三条後段）による制限という憲法論を避けては通れまい。日本国憲法は、各人権に個別的に制限の根拠や程度を規定しないで、「公共の福祉」による制約が存する旨を一般的に定める方式をとっており、すわなち、一二条で国民は基本的人権を「公共のために」利用する責任を負うと言い、一三条で国民の権利については「公共の福祉に反しない限り」、国政の上で最大の尊重を必要とすると定める。³⁴⁾

この「公共の福祉」の法的意味については争いがあるが、通説・判例である一元的内在制約説によれば、「公共の福祉」とは、人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理であるとす。³⁵⁾ この説からすると、人権の制

限の合憲性が問題となった場合、その人権と矛盾・衝突している人権を同定する必要がある³⁶⁾。とすると、飼主の動物に対する所有権を剥奪する制度を設けるとなると、財産権と矛盾・衝突する人権といった憲法上の根拠を同定する必要があることとなる。

動愛法の目的は「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を涵養に資する」(一条) ことにあり、四四条の愛護動物虐待関連犯罪でさえ、その保護法益は「動物を愛護する気風という良俗」(動物愛護の良俗)である³⁷⁾。つまりは、動物を対象とした財産権を制限する根拠はあくまで、「人の権利・利益」であるといえる。一方で、虐待による所有権剥奪が「動物の利益」のためであるとすると、公共の福祉概念を逸脱する制限になつてしまうのではないか、慎重な議論を積み重ねるべきであろう。

この点、ドイツでは、二〇〇二年におけるドイツ連邦共和国基本法改正において、動物保護を「国の責務」とすることが明文化され(二〇a条)、動物保護の要請が、憲法規範レベルまで高まった³⁸⁾。一方、日本国憲法には、このような動物保護規定が明文にないが、憲法上それを導きだそうとする見解がある。例えば、憲法一三条の「幸福追求権」について、共生生物である動物が保護されることによつて人間は幸福を追求できるとの考えや、憲法二五条(とくに第二項)国の公衆衛生の向上・促進義務)から、国の「動物保護義務」が引き出されるとの考えもある³⁹⁾。さらに、憲法九七条「現在及び将来の国民に対して」の「将来」という文言がドイツ憲法第二〇a条の「来るべき世代」と共通していることに着目して、ここからも「動物保護」が導き出せないか検討する価値があるとする見解もある⁴⁰⁾。これらいわゆる「動物権」を認める見解に対し、日本国憲法で規定される人権規定は、「第三章 国民の権利及び義務」の中にあり、国民、すなわち人間以外に適用しうる余地はないとの批判がある⁴¹⁾。また、ドイツ憲法二〇a条は、動物権を認めたものではなく、環境権の対象に動物が入っているものであり、あくまで人権規定であるとの批判がある⁴²⁾。一

方で、傾聴に値する見解だとし、憲法上、動物に対する法的な保護義務を国家が負う可能性は全くないとはいえないと支持する主張もなされている。⁴³⁾

この点につき、「動物は家族」とする現代的な位置づけからすると、単なる財産権の対象以上と考えることはできるし、特に盲導犬や介助犬であれば、人の生存に欠かせない地位があるものと考えられよう（この場合であれば生存権を定める憲法二五条であろうか）。今後の憲法改正が注目されるが、その改正案の中に「環境権」規定がある。その一内容として、動物権の位置づけに注目したい。

なお、動物の所有権への規制は、経済的自由権に対する規制であるから、二九条二項における「公共の福祉」による制約もある。ここにいう「公共の福祉」は、各人の権利の公平な保障を狙いとする自由国家的公共の福祉のみならず、各人の人間的な生存の確保を目指す社会国家的公共の福祉を意味し、内在的制約のほか、社会的公平と調和の見地からなされる積極目的規制（政策的規制）にも服するとされる。⁴⁴⁾ つまり、財産権は、国民の生命および健康に対する危険を防止もしくは除去ないし緩和するために課せられる規制（消極的・警察的規制）と、福祉国家の理念に基づいて、経済の調和のとれた発展を確保し、社会的・経済的弱者を保護するために課される規制（積極的・政策的規制）による規制がなされる。⁴⁵⁾ この点につき、最高裁は、「財産権は、それ自体に内在する制約があるか、右のとおり立法府が社会全体の利益を図るために加える規制により制約を受けるものであるが、この規制は、財産権の種類、性質等が多種多様であり、また、財産権に対し規制を要求する社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため、種々様々でありうるのである。したがって、財産権に対して加えられる規制が憲法二九条二項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要

性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して決すべきものである」と判断している。⁴⁶これにより、動物保護のようななかなかる両目的に合致しない規制も許される余地があるといえる。

(3) 動物の権利性 (animal rights)

動物はあくまで権利の客体であり、権利の主体としての地位は認められないとされる。つまり、動物は、その名において権利を有し、義務を負う資格である権利能力が認められないため、権利の主体性が認められないのである。ただ、この点につき、アニマルライツ (animal rights)⁴⁷、つまり「動物の権利」の主張がある。⁴⁸

そこで、その肯否および民法の規定の適用の可否について検討する。なお、これは、動物の所有権を飼主から奪うものではなく、むしろ、飼主への所有権帰属を維持させた上での検討であることから、本稿の考察目的から外れる感もあるが、動物虐待に対する歯止めとなるものと考えするため、その考察を試みたいと考える。つまり、動物に権利能力が認められれば、例えば、動物愛護団体について、動物が虐待を受けた場合にはその動物自身のために動物に代わって損害賠償請求をすることや、遺棄された動物の世話をした場合にその費用を飼主に償還請求できることができる。⁴⁹かかる請求を肯定すれば、飼主に見捨てられた動物について、その動物自身に損害賠償請求を付与することで、動物愛護団体等が治療費などを支弁できるというメリットや、飼主が動物の所有権を放棄してしまうと第三者が当該動物の世話をして飼主に対して事務管理費用や不当利得として世話に要した費用の償還請求をすることは困難であることから、動物自身に飼主に対する扶養請求権を付与することにメリットがあるとする。⁴⁹

ア 胎児の権利能力・成年被後見人の制度の類推解釈

胎児の権利能力や成年被後見人の制度を類推解釈して動物にも権利能力を認めることができるのではないか。まず、胎児の権利能力について、胎児は原則として権利能力を認められないが（民法三条一項参照）、例外として、不法行為に基づく損害賠償請求（七二一条）・相続（八八六条）・遺贈（九六五条）については「既に生まれたものとみなす」とされる。しかし、この意義については、上記三つの場合に限定して胎児のままで権利能力を有するという解除条件説と、胎児には権利能力はなく生きて生まれたことを停止条件として権利能力を取得するという停止条件説の対立があるが、判例・通説は、後者の説に立つ。前者の説に立てば、「人」ではない胎児に権利能力を認める規定の類推適用により動物の権利能力を肯定することも可能とも思える。しかし、後者の説からは、それを否定することになるであろう。

次に、成年被後見人の制度についてであるが、これも否定すべきである。事理弁識能力を欠く状況といっても、成年被後見人は判断能力を有することがあり、その表れとして、日用品の購入その他日常生活の関する行為（九条）や一定の身分行為（七三八条）等は自己決定の尊重の観点から成年被後見人は単独で行うことができることとされるが、成年被後見人は多くの場合、判断能力を全くもたないわけではない点で、動物とは異なるといえるからである。

イ 動物の法人化

次に、動物を法人と構成して権利能力を認めることができるか。この点、民法上、法人法定主義を採用しており、「法人は、この法律その他の法律の規定によらなければ、成立しない」（三三条一項）とされている。そのため、現在、動物を法人と構成する例は存在しないことから、現行法を改正しない限り、動物を法人となすことは現行法

の解釈として不可能であるとの指摘もある⁽⁵⁶⁾。また、「権利能力なき社団」の構成も考えられるが、その成立要件として判例は、「団体としての組織をそなえ、そこには多数決の原則が行われ、構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、しかしてその組織によって代表の方法、総会の運営、財産の管理その他の団体としての主要な点が確定しているものでなければならぬ」とし⁽⁵⁷⁾、動物についてはこの構成は無理であろう⁽⁵⁸⁾。

そこで、立法論として、動物法人の妥当性について検討する。その際、動物を「法人」とすることに原理的な障害があるか否かを検討せねばならない⁽⁵⁹⁾。

この点、すべて法人格の与えられる実体が社会機能を営みながら社会構成分子として実在する場合だけが、法人を利用すべき正規の場合であるとする考えに対して、元来技術としての法人観念は権利主体なきところに権利主体をあらしめるための技術にほかならないことから、必要にしてかつ適当なるいかなる場合にそれを利用して差支えないとし、その利用を社団・財団に法人格つける場合にのみ限定する理由はないと批判する考えがある⁽⁶⁰⁾。また、動物を人間と同視するのは問題だが、動物を法人と構成するなら、必要かつ相当な範囲内で動物の権利能力を認めることが可能となり、適切な結果がもたらされることが期待されるとして、肯定的に捉える考えもある⁽⁶¹⁾。

これらの考え方からすれば、動物を「法人」とすることに原理的障害はないことになろう。この点につき、動物愛護管理法の存在や、動物に対する今日のさまざまな需要を勘案すると、将来的には、動物を財団類似の法人と構成して、一定の範囲で権利義務の帰属点とするアイデアが実現する日が来るかもしれないとし、少なくとも生命・感覚を持つ存在としての動物に一定の法的配慮をすることは、人間の尊厳の制度的基盤となってきた人・物の峻別と相容れない発想ではないとの意見もある⁽⁶²⁾。

ウ 動物の権利性についての否定的見解

動物保護は、動物に対する人の義務を強化することによればよく、動物の権利主体性を認めれば、人の権利の希釈につながりかねないとする考えがある⁽⁶³⁾。また、動物は、その肉体面・知性面での多様性のため、技術的にも人とすることはできず、権利主体を認めるとしても、どの範囲の動物に認めるのか、どのような場面について認めるのか、誰が動物の代表者となるのかなど困難な問題があるとし、動物保護の要請は、所有者とその所有物たる動物を結び付けている排他性の関係を傷つけない外在的制約にすぎず、動物の所有権の客体としての性質を変質させるまでのものではないとして、動物の権利主体性を否定する考えもある⁽⁶⁴⁾。さらに、自然人や法人は財産管理のための法律制度を定めている一方で、それ以外の法人格を否定することにより宙に浮く財産が生じないようにする必要から、動物に対する法人格付与を否定する考えもある⁽⁶⁵⁾。

エ 小括

このように、動物の権利性について、近年様々な議論が交わされるようになったが、動物自身が飼主に主張することや裁判を起こすことは現実的ではなく、肯定することの実際の意義に関して疑問ではある。また、そもそも民法上の権利能力は取引主体となるか否かの要件であり、取引を前提とするものであることからすると、取引を行わない動物に権利能力を認めるべきか否かという議論は見当違いかとも思える。しかし、動物虐待の一要因として、動物の法的地位の低さ、つまり人の権利の客体である「物」の地位にあることが考えられることから、その地位からの脱却を認めることが重要ではなからうか⁽⁶⁷⁾。そして、このように動物の権利性論について議論を重ねることは、動物保護や福祉の理念を明らかにしていくという意義が見いだせるものと考ええる⁽⁶⁸⁾。

5 まとめに代えて

動物の所有権問題は、本稿で論じた虐待場面に限らない。筆者が訪問した某動物愛護センターにおいて、飼主が刑務所に収監される際、その者が飼っていた犬の飼育継続の意思、つまりは所有権放棄の拒否を示し、センターが保護できなかつたという事態が起こつたという情報も耳にした。また、拙稿^⑧でも紹介したが、娯楽施設において廃業により放置された動物の保護が困難な状況に陥っていた。いずれも所有権の存在が妥当な解決を遮る弊害となっているのである。

「動物Ⅱ物」という法の原則をどこまで修正できるのかは、先述の虐待等の現状に鑑みて、「命ある物」であることを重視し、積極的に考えていくべき問題であるといえる。この点、動物の権利論についても言及した。確かに、これにより動物虐待への抑止効果が期待できる。しかし、その場合であっても、前述した動物（もしくは愛護団体等）から飼主に対する請求権行使により、飼主による所有権放棄を導けない限り、依然所有権はその飼主に留まったものとなる。そして、この「物」というカテゴリーからの脱却については、依然先の見えない議論であるといえることから、それを前提とした解釈・議論を推し進めなければならない。この点、ドイツ民法のように、「動物は物ではない」（九〇条 a 一文）としつつも、物に適用される条文は動物に準用されるとしているが、それは「動物の本質と保護に反しない限り」との条件を付している（九〇 a 条三文）^⑩。動物に対して物のカテゴリーから脱却した条文を置くことだけでなく、明文をもってその保護に徹する姿勢は我が国も見習うべきことであろう。そして、このような条文を欠く我が国においては、所有権放棄の認定に関し柔軟な解釈を行っていくことこそが、「動物の福祉」の実現に不可欠

であるといえる。しかし、所有権放棄につき明文規定すら欠く以上、裁判例の蓄積により築き上げていくほかに術がないのが現状であると考ええる。例えば、動物が不法行為等による損害を受けた場合における慰謝料について、「動物」¹¹という原則を、「命ある物」「動物は家族」という社会認識を反映し、その動物の客観的価値（時価）を越えた評価がなされる傾向にあるのが現在の裁判実務である。動物の所有権問題についても、裁判例の蓄積による規範の確立により解決ができるのではなからうか。その場合、動物の飼主に対して、いかなる訴訟を提起するのが妥当か、これにつき更に研究を行っていく所存である。¹¹

また、飼主権剥奪を行った後、当該動物の飼主権帰属につき、更なる問題が発生することとなる。これについては、動物愛護センター等の行政機関や動物愛護団体といったNPO団体に帰属することにならうか。しかしながら、一方で、所有権放棄が認められやすくなれば殺処分が増加することへの配慮も必要となる。¹² 所有権放棄後に動物の引取りを行った愛護センター等は、収容が困難となれば殺処分に至る。¹³ このことにも配慮した解決が今後の立法政策として望まれるであらう。

【注】

- (1) 警視庁生活安全局生活経済対策管理官「令和元年度における生活経済事犯の検挙状況等について」
https://www.npa.go.jp/publications/statistics/safety/site/seikeikan/ROI_seikeitakuzaijihan.pdf、二〇二〇年二月三日最終閲覧）一七頁。過去九年の検挙件は、平成二二年三三件、平成二三年二九件、平成二四年二九件、平成二五年三六件、平成二六年四八件、平成二七年五六件、平成二八年六二件、平成二九年六八件、平成三〇年八四件であった。
- (2) 動愛法における「愛護動物」とは、「牛、馬、豚、めん羊、山羊、犬、猫、いさうさぎ、鶏、いばと及びあひる」(四四條四項一號)に加え、人が占有している動物で哺乳類、鳥類又は爬虫類(同條項二號)をいう。これについては、ペットの多様化に対応していない感がある。例えば、両生類や昆虫等は含まれていない。
- (3) 堀田親臣「土地所有権の現代的意義―所有権放棄という視点からの一考察―」広法四一卷三三〇七七頁。
- (4) 個別的権利の放棄に関する規定として、例えば、共有持分の放棄(二五五條)、地上権の放棄(二六八條)、永小作権の放棄(二七五條)、承役地所有権の放棄(二八七條)、抵当権の放棄・抵当権の順位の放棄(三七六條)などがある。
- (5) 岡松参太郎博士は、一三九條の「無主物」になる場合として、「所有者カ遺棄シタル爲：遺棄トハ所有者ナル資格ヲ脱スルノ意思ヲ以テ占有ヲ放棄スルヲ云フ單ニ占有ノ放棄ハ遺棄ニ非ラス」と述べる(岡松参太郎「注釈 民法理由 物権編」(有斐閣書房、一八九九年)一九四頁)。「我妻榮博士も「権利を放棄することは、原則として自由」と述べる(我妻榮『新訂 民法大意 上巻』(岩波書店、一九六二年)一一頁。
- (6) 梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之二物権編』(有斐閣書房、一九一〇年)一〇二―一〇四頁。富井政章『民法原論第二卷物権上』(有斐閣書房、一九一〇年)九三頁。また、法律的処分はその財産権が帰属する者または管理処分権限を有する者(破産管理人等)に認められる権限であり、所有権の内容としての「物」の「処分」としては、事実上の処分だけを考えるべきであると説明する見解もある(平野裕之『物権法』(日本評論社、二〇一六年)二六四頁)。
- (7) 我妻榮『有泉亭』新訂 物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店、一九八五年)二七〇頁。近江幸治『民法講義Ⅱ 物権法』(成文堂、第三版、二〇〇七年)二二七頁。田中整爾編『現代民法講義2 物権法』(法律文化社、第二版、一九九八年)一八五頁。安永正昭『講義 物権・担保物権法』(有斐閣、二〇一一年)一二五頁。
- (8) 田中・前掲注(7)一八五頁。
- (9) 田處博之「所有権放棄とはなんであるか―不動産所有権放棄の可否をめぐる議論の前提として―」札幌三三卷二二〇五―二〇六頁。

- (10) 遊佐慶夫『民法概論』(有斐閣書房、一九一九年)四九頁。
- (11) 沼義雄『綜合日本民法論(3)』(巖松堂書店、一九三三年)五四七頁。
- (12) 富井政章『民法原論第二卷 物權上』(有斐閣書房、一九一〇年)八三頁。
- (13) 田處・前掲注(9)二〇六頁。
- (14) 我妻Ⅱ有泉・前掲注(7)二四八頁、田中整爾編『物權法』(法律文化社、第二版、一九九八年)五九頁、近江・前掲注(7)一七四頁等。なお、所有権及び占有権以外の物權の放棄は、それによって直接利益を受ける者に対する意思表示によってなされねばならない(松坂佐一『民法提要 物權法』(有斐閣、第四版・増訂、一九九七年)二二頁)。例えば、抵当權の放棄は、その当時の目的物の所有者に対する意思表示によって効力を生ずる(最判昭四四・一・一六民集三三卷一号一八頁)。承役地の所有権を地役権者に委棄する場合(二八七条)には地役権者に意思表示をし、地上權の放棄をする場合には土地所有者に対する意思表示を必要とする(大判明四四・四・二六民録一七輯三三四頁)。
- (15) 吉井啓子「放置された犬の飼育者に対する飼い主からの犬の返還請求が認められた事例」新・判例解説 Watch 一三三号一〇九頁。
- (16) 中島玉吉『民法釈義 卷之二(物權篇) 上』(金刺芳流堂、一九一四年)二九七頁。
- (17) 吉田久『民法提要(物權) 上冊』(巖松堂書店、一九二九年)二六頁。
- (18) 舟橋諄一『物權法(法律学全集一八)』(有斐閣、一九六〇年)五三頁。
- (19) 山下博章『物權法論 上卷』(文精社、一九二七年)四四一―四四二頁。
- (20) 沼・前掲注(11)五四九頁。
- (21) 我妻Ⅱ有泉・前掲注(7)二四八頁。
- (22) 吉井啓子「動物の法的地位」吉田克己Ⅱ片山直也編『財の多様化と民法学』(商事法務、二〇一四年)二五四頁。
- (23) 吉井・前掲注(22)二五五頁。
- (24) 最判昭和三五年四月二六日民集一四卷六号一〇四六頁。最判昭和四八年一月三〇日民集二七卷一〇号二二九一頁。
- (25) 内田貴『民法Ⅲ 債權総論・担保物權』(東京大学出版会、第三版、二〇〇八年)三二一頁。
- (26) 諸橋邦彦「欧州における動物保護の取組みと保護法制」レファレンス七二〇号八三頁。
- (27) 諸橋・前掲注(26)八三頁。
- (28) 厚生労働省「子ども虐待による死亡事例等の検証結果等について(第一四次報告、平成二九年度の児童相談所での児童虐

待相談対応件数及び平成二九年度「居住実態が把握できない児童」に関する調査結果」

(https://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/0000173365_00001.html、最終閲覧二〇一九年九月二日)

- (29) 野崎伸一「児童虐待の防止等に関する法律と厚生省の取組みについて」ジュリー一八八号一一頁。
- (30) 動愛法四一条の二は「獣医師は、その業務を行うに当たり、みだりに殺されたと思われる動物の死体又はみだりに傷つけられ、若しくは虐待を受けたと思われる動物を発見したときは、遅滞なく、都道府県知事その他の関係機関に通報しなければならぬ。」と規定する。
- (31) 動愛法二五条は、「動物の飼養、保管又は給餌若しくは給水に起因した騒音又は悪臭の発生、動物の毛の飛散、多数の昆虫の発生等によつて周辺的生活環境が損なわれている事態として環境省令で定める事態が生じていると認めるとき」において、都道府県知事は、助言(一項)、勧告(二項)や改善命令(四項)等を行うことができるとし、五項において「前三項の規定の施行に必要な限度において、動物の飼養又は保管をしている者に対し、飼養若しくは保管の状況その他必要な事項に関し報告を求め、又はその職員に、当該動物の飼養若しくは保管をしている者の動物の飼養若しくは保管に関する場所に入り、飼養施設その他の物件を検査させることができる。」と規定する。
- (32) John W. Akers v. Stella Sellers, 54 N.E.2d 779 (Ind.App.1944).
- (33) 関川淳子「財産分与・遺産相続・贈与」堀龍兒ほか編『ペットの法律相談』(青林書院、二〇一六年)一五四頁。関川氏は、具体的考慮事情として、当事者の離婚後の住居環境、経済状況、健康状態及び動物の世話を補助してくれる人の有無等があると言及する。
- (34) 芦部信喜『憲法 第七版』(岩波書店、二〇一九年)九九頁。
- (35) 芦部・前掲注(34)一〇二頁。
- (36) 芦部・前掲注(34)一〇二頁。
- (37) 青木人志『日本の動物法 第二版』(東京大学出版、二〇二六年)七五頁。三上正隆「判批」法時七八卷一〇号八三―八四頁。
- (38) 青木・前掲注(37)一二頁。
- (39) 浅川千尋「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第二〇号三九頁。
- (40) 浅川・前掲注(39)三九頁。
- (41) 佐久間泰司「医学的実験動物の法規制と動物の権利」元山健ほか編『平和・生命・宗教と立憲主義』(晃洋書房、二〇〇五年)一八二頁。

- (42) 佐久間・前掲注(41)一八二頁。
- (43) 山崎将文「動物の権利と人間の人権」法政論叢第五四卷第二号三四—三五頁。
- (44) 芦部・前掲注(34)二四三頁。
- (45) 芦部・前掲注(34)二三四—二三五頁。
- (46) 森林法共有林事件(最大判昭和六二年四月二三日民集四一卷三三四〇八頁)。なお、同様のものでして、最大判平成一四年二月一三日民集五六卷二号三三二—三三三頁がある。
- (47) この「動物の権利」について、世界人権宣言が出された三〇年後の一九七八年に、ユネスコ本部で発表された「世界動物権宣言」の中では、動物の生存権、尊敬される権利、虐待されない権利、野生動物が固有の環境のもとに生きる権利、家畜などが固有の生命・自由のリズムと条件に従って生きる権利、コンパニオン・アニマルが天寿をまっとうする権利、労役動物の食餌・休息権などを、あたかも「人権」同様のものであるかのごとく規定している(青木・前掲注37)二二六—二二七頁)。ただ、これらは、倫理思想的なものであり、法学的観点からのものではない(青木・前掲注(37)二二七—二二九頁参照)。本稿では、法学的観点から検討を試みている。
- (48) 最近の科学では、人間と動物に決定的な違いがないとし、人間の特徴であるとされる理性や知性などが欠けている重度の精神障害者や乳幼児などでさえ、ただ人間であるというだけで人権をもつならば、彼らよりも理性や知性で優る動物は当然に権利をもつてしかるべきとする主張もある(山崎・前掲注(43)二二五頁)。これに対して、動物は幼児や精神病者ほど一般的な権利的能力をもちえず、幼児はいずれ世界を理解するし、精神病は医学の進歩によって改善される可能性があるのに、動物にはそういうことはありえないとの指摘がある(青木人志「動物に法人格は認められるか—比較法文化論的考察—」一法一二二—一二七頁)。
- (49) 小粥太郎『民法の世界』(商事法務、二〇〇七年)二二五頁。
- (50) 小粥・前掲注(49)二五頁。
- (51) 近江幸治『民法講義Ⅰ 民法総則(第七版)』(成文堂、二〇一八年)三七頁。
- (52) 大判昭七年一〇月六日民集一一卷二〇二—二三頁。
- (53) 解除条件説に対しては、そもそも胎児に権利能力を認めることには無理があり、そのため法定代理人を認めるのであれば、明確な規定が必要であるとの批判がある(潮見佳男編『新注釈民法(19)相続(1)』「冷水登記子」(有斐閣、二〇一九年)七四頁)。この批判は、動物に権利能力を認める場合にも妥当するといえよう。

- (54) 山崎・前掲注(43)二八頁。
- (55) 山崎・前掲注(43)二八頁。
- (56) 青木・前掲注(37)二二二―二三三頁。なお、青木教授は、動物愛護法における動物殺傷罪・動物虐待罪・動物遺棄罪が存在することを根拠に動物の法主体性を導こうとするのは短絡的な議論であると指摘し、動物に対する虐待等を禁止するという刑法上の義務の履行を要請する権利を持つてゐるのは、動物ではなく国家であり、動物が虐待から守られるのは、そのような国家の権利の反射的效果であると説明する。
- (57) 最判昭和三九年一〇月一五日民集一八卷八号一六七―一七一頁。
- (58) 山崎・前掲注(43)二八一―二九頁。
- (59) 青木・前掲注(37)二三三頁。
- (60) 末弘巖太郎『末弘著作集Ⅱ 民法雑記帳上巻』(日本評論社、一九八〇年)一〇七―一〇八頁。
- (61) 小粥・前掲注(49)二六頁。
- (62) 河上正二『民法総則講義』(日本評論社、二〇〇七年)二二―一頁。青木教授も、法人格という技術を用いることについて、「このような法技術を適用して動物に法(権利)主体性を認めても、それにより人間と動物の間の不可欠な境界線が取り払われる危険はない。従来議論がいたずらに混乱してゐたのは、法技術の便宜性を、動物と人間を同視すること(当然これは強い反感を惹起する)」と混合してゐたからである。」と述べる(青木・前掲注(48)二五頁)。
- (63) 吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社、一九九九年)一九一頁。
- (64) 吉井・前掲注(22)二六四頁。
- (65) 加藤雅信『新民法体系Ⅰ 民法総則』(有斐閣、二〇〇二年)六四―六五頁。
- (66) 青木・前掲注(37)二二五頁。青木教授は、「動物法人を認めるとしたら、権利主体たる動物法人になりかわつて、自然人(または自然人の集合体)が裁判を起こすしかない」と述べてゐる。
- (67) 小粥教授は「民法における『人』は権利義務の帰属点を創出する技術にすぎないから、動物を民法上の『人』の範疇に含ませること、その人間並みの保護とが、直結しないこともまた確かである。すなわち、現行法は、動物を『物』の範疇に含ませつつも、その虐待を刑罰の対象とすること(動愛法四四条参照)や、その滅失・毀損を理由とする加害者の動物所有者(飼主)に対する損害賠償の額算定に際して物理的損害に加えて動物所有者の精神的損害を考慮に入れることなどにより、単なる『物』として以上の取扱いをしてゐる。他方で、『人』の範疇の代表である自然人がしかるべく尊重されるのは、それが民法

上の「人」だからではなく、人間だからであろう。」と述べる(小粥・前掲注(49)二三頁)。また、吉田教授も、動物を単なる「物」から区別する西欧諸国の立法動向に着眼し、「主体・客体峻別論」の下でも、「客体」である動物についてそれが「感覚を持った存在」であることに由来する特殊な扱いをすることは、十分にありうることである。(吉田・前掲注(63)一九一頁)。このように、解釈上動物をその「物」の範疇から外すことも十分可能性は見いだせる。

(68) 山崎将文教授は、動物の権利に関するテーマに関し、「筆者の能力をはるかに超えるものであることも自覚している。ただ、本稿が動物の権利について考えるきっかけになればと願うのみである」と述べ、この議論の有意性を述べている(山崎・前掲注(43)三六頁)。

(69) 拙稿「放置された犬を保護した者に対する所有権に基づく返還請求の可否―東京地判平成二九年一〇月五日(LFX/DB文獻番号25539752)及び東京高判平成三〇年四月一日(平成二九(ネ)四九六四号)―」平成法政研究第二四巻第二号二八一頁以下。この拙稿では、放置された犬を保護した者に対して返還請求を提起した裁判について評釈した。実質的に虐待に等しい事案において、所有権放棄には至らなかったことについて筆者は疑問を呈している。これと同様に、動物が放置された事案として、辺見栄「私の視点 水族館のイルカ問題 人間以外の命に向き合え」朝日新聞朝刊東京本社版二〇一九年一月一日一三頁、戸谷明裕「ネットに『ヒグマ飼育環境劣悪』札幌市『問題ない』と否定」朝日新聞朝刊北海道本社版二〇一九年八月二六日二九頁がある。

(70) マンフレート・ヴォルフマリナー・ヴェレンホフ著(大場浩之ほか訳)『ドイツ物権法』(成文堂、二〇一六年)八一―一六頁。

(71) 特に、誰が原告となるのかについて訴えの利益や当事者適格といった訴訟要件との関連で慎重に検討を重ねる必要があるだろう。

(72) 植田勝博「行政の、動物引取の禁止の原則、遺失物法、里親募集の義務の改正を求める」消費者法ニュース一一五号一六八―一六九頁参照。

(73) 熊本では、二〇一六年の熊本地震後、県内の保健所で行われる「被災動物」を保護していたが、収容スペースの問題から、停止していた殺処分を再開した(大森浩志郎「地震後の停止期間中 猫一四匹を殺処分」朝日新聞朝刊熊本全県版二〇一七年二月一九日三一頁)。