

民法における動物と物概念に関する予備的考察 —近時のフランス法の動向と日本法の課題(2・完)

竹 村 壮太郎

- 一 はじめに
- 二 フランス法における動物と財産概念
 - 1 2015年法前の議論状況
 - 2 2015年法の立法とその民法典上の意義 (以上69巻1号)
- 三 日本法における動物と物概念の展望
 - 1 動物と物概念の現在とその課題
 - 2 動物と物概念の展望
- 四 おわりに (以上本号)

三 日本法における動物と物概念の展望

ここまで、フランス民法典における動物と権利の客体たる財産概念の関係を整理してきた。以上で概観したところによれば、次のことを指摘しうる。すなわち、フランス法には、新たな民法典515-14条が設けられたものの、それによっても動物は直ちに財産概念と完全に決別したとまではいえない。むしろ動物は財産でありうることを前提としても、まずは動物の性質を可能な限り民法典の運用に取り込んでいく方向性を裏付けたことにこそ、その新たな条文の意義がうかがうことができるのである。

では、こうした状況に鑑みて、日本法においては、動物と物概念との関係をどのように捉えていくことが考えられるか。これが本稿で取り扱う第二の課題となる。

この点、確かに、すでに広く知られているとおり、ドイツをはじめとした諸外国法においては、動物の保護が強調されるとともに、少なくとも建前上は、

動物は物ではないことが明示的に宣言される例もある。アメリカ法に見られる、いわゆる動物の権利（animal rightsと呼ばれる）論¹⁾の出現は、さらにそれを先鋭化したものとも位置づけられよう。近年、AIなどといった人間以外の存在の法的地位が取りあげられるようになったこともあり、改めて動物の法的地位自体が見直されていくことも考えられるところではある²⁾。後にも述べる通り、日本法においては、どちらかといえばそうした面が耳目を集めてきたようになりつつある。

とはいえ、かような議論は倫理的意義を有しえるとしても、それ自体が法実務において直ちに何らかの実益をもたらすものとはいえない。フランス民法典の議論において、動物の法主体化論が支持を集めきれていなかったのは、その点にも一因があったところである。そうであるとする、少なくとも民法学において、法的地位に拘るよりも、まずはいかに動物の特性を物概念に取り込めるかという問題に取り組んでいく方が、現代の目標とされる「人と動物の共生する社会の実現」にとっても有意であるように考えられる。動物の保護という、今や共通の課題に取り組んできたフランス法の経験は、そうした議論の必要性を教示しているものといえよう。

そこで以下では、日本法におけるここまでの議論状況を確認しながら、フランス法での議論を参考に、日本法、とりわけ市民社会の法を支える民法におい

1) 近年、欧米ではこの点が盛んに議論されていることがうかがわれる。例えば、ステーブン・M・ワイズ（横大道聡訳）「動物の権利、一歩ずつ着実に」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（訳）『動物の権利』（尚学社、2013）23頁以下（同書の原著では、S. M. Wise, *Animal Rights, One Step at a time*, in, C. R. Sustein and M. C. Nussbaum (eds.), *Animal Rights; Current Debates and New Directions*, Oxford University Press, 2004, pp.19-50。以下、同書の参照に際しては、公刊されている訳書を用いることとする）、参照。こうした議論の動向は日本においても広く紹介されている。例えば、島津格「動物保護の法理を考える」法時88巻3号（2016）56頁以下。

2) 動物とAIの法主体性は、しばしば並行して論じられることがある。近時の文献としては、大屋雄裕「外なる他者・内なる他者－動物とAIの権利」論ジュリ22巻（2017）48頁以下、青木人志「「権利主体性」概念を考える－AIが権利をもつ日は来るのか」法教443号（2017）54頁以下。

でも動物という物の性質をいかに取り込んでいけるのか、その展望を素描していくこととしたい。

1 動物と物概念の現在とその課題

(1) 日本民法における動物の位置付け

さて、いうまでもなく、日本の民法も、人を主体とした、いわば人の法である。私法が「人類としての生活関係」を規律するものとされていることも³⁾、そのことを当然の前提としている。そして、その人が支配可能な物権の権利の客体が、“物”とされる。そうすると、動物は生き物ではあるが、現状として人の支配に服しているから、やはり物に他ならない。現に、明治期に起草された旧民法の6条では、「物ニ有体ナル有り無体ナル有り」とした後、その2項の中で、有体物の例として動物を挙げていた。この点、現行民法85条は、単に「物」とは有体物をいう」としか規定してはいない。ただ、有体物概念の内容自体については旧民法を前提としているものと解されているから⁴⁾、動物が物であることは自明のこととされているものといえる。現行民法の起草者の一人であられる梅博士の体系書においても、動物は動産の一例として明示されていたところである⁵⁾。

近年に至るまで、この動物=物という前提について疑問が呈された例は多くはない⁶⁾。フランス法にあっては、動物は単なる財物ではないことなどを掲げ、動物虐待に関する、いわゆるグラモン法が成立した⁷⁾。そしてそれを皮切りに動物と財産概念をめぐる議論が徐々に熱を帯びていったことは、すでに一瞥し

3) 我妻栄『新訂 民法総則』(岩波書店, 1965) 1, 2頁, 参照。

4) このことについては、曾田厚「物の抽象性と有体性(1)」法協91巻3号(1974) 474, 475頁, 参照。

5) 梅謙次郎『民法要義 卷之一 総則編(復刻版)』(有斐閣, 1984) 158頁。

6) 一般感覚として疑問が挙げられることはあったようである。こうした状況については、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) 250頁以下, を参照。

7) グラモン法自体は、なお人間中心主義に従った法律であったとされる。グラモン法の成立と展開については、青木人志・前掲注(6)78頁以下。

たとおりである。ただ、遅れて1973年に成立した日本法における動物愛護管理法は、必ずしもかような事情を出発点とはしていない⁸⁾。すなわち、「文化国家であるわが国といたしまして、また、わが国における動物の保護に対する国際的評価を改善する上からも、動物の保護のための法律の制定が急務であると考え」られたとあるように、動物愛護管理法が制定された大きな理由は、動物の保護制度で先駆する欧米諸国からの批判を受け、それを躲すためであったというのである⁹⁾。それゆえ、グラモン法後の展開と異なり、その後も動物と物概念をめぐる議論自体に直ちに大きな進展は見られなかった¹⁰⁾。青木教授の研究によれば、このこと背景には、フランスなどの西欧諸国と日本との、人と動物に関する世界観の相違があることも指摘されうる¹¹⁾。

(2) 動物と物概念をめぐる議論

かくして動物愛護管理法が制定されたとはいえ、なお愛玩動物の売買などが盛んであったように、あくまで動物は物の地位に留め置かれ、さらにいえば、交換価値を有する一つの商品として位置付けられていた¹²⁾。もっとも、その後

8) 日本法の動物愛護管理法の生成については、青木人志・前掲注(6)199頁以下。その前身となる旧刑法の規定については、ボアソナード博士を通じて、グラモン法
の精神が活かされていたとされる。

9) このことについては、林修三「動物の保護及び管理に関する法律について」ジュ
リ558号(1974)104頁。また、青木人志『日本の動物法(第2版)』(東京大学出
版会、2016)58頁では、動物愛護管理法制定の大きな理由として、動物保護の遅
れを指摘する諸外国からの外圧を挙げておられるところである。

10) 動物愛護管理法も、人間サイドからの動物対策でありうることについては、片
山晴雄「動物保護法解説(上)－罰則を中心として－」警察公論29巻12号(1974)
61頁、でも指摘されている。この点では、動物愛護管理法も、グラモン法と同じ
く、人間中心主義の法律であると位置付けることができよう。なお、動物愛護管
理法によっても、動物の地位に変化を及ぼさないことについては、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』(立花書房、
1984)528頁、でも確認されている。

11) 青木人志・前掲注(6)235頁以下、参照。

12) 1950年からのバブル期の1990年代には、ペットブームの過熱により、とりわけ
純血種などは高値で売買されていたとされる。この点では、動物の経済的価値の
みが強く意識されていたものともいえよう。ペットブームの過熱とその後の社会

は諸外国の動向にも触発され、日本法においても、次第に動物と法をめぐる議論が関心を集めていった。それにより、日本法においても、動物のいわゆる脱商品化の動きが垣間見られるようになってきているところである。その動向を整理するならば、おおよそ次の二つを取り上げることができよう。すなわち、(i)脱商品化を超えて、動物を権利の客体である物とみなすこと自体に問題提起を行う方向性、そして(ii)動物は物であることを前提に、その物概念の内側を深化させていく方向性である。

(i) 動物の人格化

(a) 動物の権利?

動物の保護を強調していく場合、究極的には、動物を人と対等な存在として取り上げることが考えられる。そうすると、動物は権利の客体という地位から脱し、その法主体性を獲得すべきだということになる。現に動物の権利論が洗練されているアメリカ法においては、次のように主張されることがある。「もし私たちが、動物の利益を真剣に考えるという主張を成し遂げようとするならば、私たちは動物に対し、あるひとつの権利を与える以外に方法はない。その権利こそ、「人間の財産として扱われない権利」である¹³⁾、と。

この点、日本法においては、近年になってかような見解が広く紹介されてきているもの¹⁴⁾、正面から主張されること自体は少ない。それはそうした権利の承認が日本の法体系上実現が困難であることのほか、既に指摘されている

問題化の展開については、打越綾子『日本の動物政策』（ナカニシヤ出版、2016）20頁以下、参照。

13) ゲイリー・L・フランシオン（土屋裕子訳）「動物は財産か、人格か？」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（訳）『動物の権利』（尚学社、2013）149頁（原著は、G. L. Francione, *Animals-Property or Person?*, in, C. R. Sustain and M. C. Nussbaum (eds.), *Animal Rights; Current Debates and New Directions*, Oxford University Press, 2004, p.108)。

14) 必ずしも法学上の議論ではないが、伊勢田哲治「動物の権利はなぜ説得力を持つのか－倫理的帰属者文脈主義の試み－」倫理学研究41号（2011）5頁以下では、人種差別などは許されないという普遍的な前提から変革を求める点に動物の権利論の強みがあることを指摘される。

とおり、西欧と日本とで、そもそもの動物観が異なっていることにも1つの理由があるものと推察される。すなわち、宗教観を背景に、しばしば西欧文化にあっては、神性を持たない動物は隷属の象徴として描かれた¹⁵⁾。フランス法において動物の法人格化が奴隷解放になぞらえられることがあるのも¹⁶⁾、そうした事情を背景としているものともいえよう。一方、日本においては、人間と動物が互いに生まれ変わりうるという東洋文化的思想からか、動物を人間と連続と解する傾向にあった。それゆえ、人の世界の秩序を保とうとする意識によって動物との棲み分けを重視し、動物を人の介入を必要としない世界に置き去ったというのである¹⁷⁾。

なお、日本法においても、動物の権利論に類似したものとして、アマミノクロウサギ訴訟¹⁸⁾に見られるような、いわゆる自然の権利論が主張されることはある¹⁹⁾。しかしこれは、すでに明示されているとおり、動物の権利自体を問うものではない。あくまで自然の保護を主眼とし、環境保護団体などに原告適格を認めようとするものである。

(b) 動物と法人

近時の諸外国法の動向に鑑みても、人と動物の生活を切り離れたままにして

15) こうした点については、山下正男『動物と西欧思想』（中央公論社、1974）138、172頁以下、参照。

16) 例えば、Ph. Reigné, <<Les animaux et le Code civil>>, *JCP G.* 2015, p.403.

17) 花園誠「産業動物」石田戡（編）『日本の動物観－人と動物の関係史』（東京大学出版会、2013）107頁以下、特に125頁、は、外国において動物の権利のもとに動物の福祉が進められた一方、日本においてそれが進められない理由を、この点から分析される。

18) 鹿児島地判平成13年1月22日裁判所ウェブサイト。原告をアマミノクロウサギとして林地開発行為の許可処分の無効確認が求められた事案である。判決では、本件訴訟の意義を認めつつ、やはり現行法制度において動物は権利の客体となることはあっても権利の主体となることはないことを述べている。

19) 自然の権利論については、例えば、籠橋隆明「『自然の権利』訴訟と市民の権利」淡路剛久＝寺西俊一（編）『公害環境法理論の新たな展開』（日本評論社、1997）289頁以下、山田隆夫「奄美自然の権利訴訟の提起するもの－環境法の今日の課題」自由と正義49巻10号（1998）14頁以下、参照。

おくことはできなくなっている。しかしながら、すでに指摘されているとおり、少なくとも日本法においては、権利の主体である人、客体である物という関係を前提に法体系が構成されている以上、(a)の見解のように動物の主体性を正面から認めることは、いささか非現実的ではある。そこで、人間こそが中心的な主体であることをなお前提としつつ、一つの立法論的な思考実験として、動物という物を、場合によって法人として扱えないかを検討するものもある。これは、マルゲノー教授の研究を受け、青木教授が提案されるものである²⁰⁾。

既述した通り、マルゲノー教授は、法人制度の技術的性格に着目し、動物にも扶養を求める権利などを付与しうることを主張された。それに基づいて、青木教授も次のような提案をされる。すなわち、動物法人とでも称すべきものを認め、それを通じて、動物に「不必要に殺されたり虐待されずに天寿をまっとうする権利」といった部分的な権利の主体性を与える、と。既存の動物虐待の罪があまり機能せず、それ以外に動物を保護する法的手段が欠けているとするならば、先の権利を保護すべく、動物法人の機関となる自然人などが、動物の扶養請求や虐待への差止請求を行使するという仕組みにも、一定の意義がありうるというわけである。法人制度もあくまで法技術的なものと捉えるならば²¹⁾、動物を法人として構成することに原理的な障害もない。もっとも、教授は、その動物法人の構想自体に難点があることも、同時に示されている。例えば、いかにして自然人が動物法人の機関たりえるか、その成立と解散の時期はいつか、その内部関係をどう規律するか。これらの課題が克服されない限りは、動物法人の実現は困難であることも自認されているところである。

さて、以上の(a)の見解については、日本法において、正面から主張されることが多くないことは既述のとおりである。そればかりか、その発祥の一つとも

20) 以下の青木教授の提案については、青木人志・前掲注(6)264頁以下。近時のものでは、同・前掲注(9)222頁以下。

21) この点、青木教授は、末弘巖太郎『民法雑記帳(上巻)』(日本評論社、1953)110頁以下、による末弘博士の見解を参照されている。

いえるアメリカ法においてさえ、批判は少なくはない。それというのは、動物の権利論は新たな立法を促す動機にはなりうる一方、その実益が疑問視されているからである。例えば、動物の権利論によっても、最終的に何を達成したいのか、権利を有した動物に対して人間がどのような義務を負うのか、動物の権利が衝突した場合にどうするのかなど、その目的と結果が不透明であることが指摘される。法的権利とは社会秩序と繁栄のために必要となる自由を確保する手段であるところ、それを経済的なアクターでもない動物に認めるとしても、具体的な実益が見られないというのである²²⁾。日本法においても、しばしば次のように批判される。仮に動物に権利を付与した場合には既存の主体-客体関係に変動を来し、かえって人間の生活を脅かしかねないことにもなる、と²³⁾。

それに対して、(b)の見解については、日本の民法学においても次第に注目されてきている。先の(a)よりも、比較的实现可能性が高いこともその理由となろう。例えば、飼い主に見捨てられた動物について、損害賠償請求権の主体性を認めることで治療費を確保できるメリットがあること、また飼主が動物の所有権を放棄してしまうと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が難しくなることから、動物自身に扶養請求権を認めるメリットがありうること、などが指摘される²⁴⁾。

22) 例えば、リチャード・A・ポズナー（山本達彦訳）「動物の権利-法的、哲学的、そしてプラグマティックな観点」キャス・R・サンスティン=マーサ・C・ヌスbaum（編）安部圭介ほか（訳）『動物の権利』（尚学社、2013）76頁以下、参照（原著は、R. A. Posner, *Animal Rights : Legal, Philosophical, and Pragmatic Perspectives*, in, C. R. Sustain and M. C. Nussbaum (eds.), *Animal Rights ; Current Debates and New Directions*, Oxford University Press, 2004, pp.56-59)。

23) この点の指摘については、自然の権利との関係で論じられたものであるが、吉田克己「現代市民社会と民法学」（日本評論社、1999）191頁、参照。また、藤井康博「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」早稲田法学会誌60巻1号（2009）475頁は、動物の保護を強調しすぎることが人間の尊厳を脅かしうるものであることを指摘される。

24) 小粥太郎『民法の世界』（商事法務、2007）25頁。その26頁では、動物を法人と構成するのであれば必要な範囲で動物の権利能力を認めることが可能となるから、適切な結果がもたらされることが期待される、と述べておられる。また、河上正

しかしながら、実益が乏しいという点は、(b)の見解も同じであるように考えられる。その理由は、次の2点による。すなわち、まず、動物に法人格を与えることによってのみ、動物の保護が達成されるわけではない。動物をあえて法人化し、その扶養請求などを容易にするのだとしても、実際に扶養請求を裁判所に求める者が法人の機関たる自然人であるとするならば、それは初めから一定の資格を持った自然人にかような請求を認めるようにすればよいだけである(事務管理などについても、物の特性を考慮し、動物所有者の所有権の放棄を制限することも考えられる²⁵⁾)。こうした点は、マルゲノー教授の見解に対する批判においても指摘されていた。また、自認されている点を除いても、法人制度の利用に困難が伴いうることも指摘しうる。一般的に、法人制度は、取引など何らかの経済的作用を営むことが期待され、財産にかかる権利義務の帰属といった法律関係を単純化するための一つの技術として位置付けられる²⁶⁾。ところが扶養請求の円滑化などのためだけに動物を法人化することは、権利義務関係の単純化という枠を超え、結局は人間の経済活動とは独立した新たな法主体を生み出すことにつながる。取引などを全く行わなくても、保護の必要があれば法人制度を利用できることにもなり、文化財や自然そのものを法人にする、

二『民法総則』(日本評論社、2007)211頁では、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貴族店とするアイデアが実現する日が来るかもしれない、とされる。

25) 所有権の放棄も制約されうることについては、我妻栄=有泉亨補訂『新訂 物権法』(岩波書店、1982)249頁、参照。近時のものでは、吉田克己「財の多様化と民法学の課題-鳥瞰的整理の試み」吉田克己=片山直也(編)『財の多様化と民法学』(商事法務、2014)22頁以下。動物愛護管理法も、7条4項において、努力義務としてではあるが、所有者は愛玩動物の終生の飼育に努めるべきことを示す。また、同法44条3項では、愛護動物の遺棄に対する罰則が設けられているところである。

26) 法人制度が一面でかような技術的性格を持つことは、つとに指摘されてきたとおりである。例えば、川島武宜「法的構成としての「法人」-民法および商法のための基礎作業として-」鈴木竹雄先生古稀記念『現代商法学の課題(下)』(有斐閣、1975)1334頁以下、など。また、四宮和夫=能見善久『民法総則(第9版)』(弘文堂、2018)99頁では、取引の主体になり得ることが法人を成り立たせる一つの契機であることを指摘される。

などというように、法主体となる法人の種類は無際限に広がる懸念がある²⁷⁾。

(ii) 動物という物の特殊性の斟酌

一方、近年に至って、交換価値を有してきた財物の中にも、他に多様な価値を有するものがあることが指摘されるようになってきている²⁸⁾。例えば、人がとりわけ大事にしていた物、といったような、人格的価値がそれである。そして、動物というこれまでは商品だった財物にも、かような価値があることが論じられるようになった。いうなれば物概念の内側を拡張する形でも、動物と物の関係に再検討が加えられているわけである。かような観点は、あくまで動物の物としての地位に変動をきたさない点で、さらに現実的な方向性を示すものであるとも受け止められよう。

この点、吉田教授は、ペットなどの愛玩動物を、愛着財として位置付けられる。すなわち、財の実態を価値であるとされたうえ、有体物という他と同じ外見（媒体、と表現される）を有するものの中にも、財産的価値に加えて、人格的価値という実体を有するものがあることを指摘されるのである。そして、愛玩動物は飼い主と育んだ愛情関係ゆえに、その人格的価値が付与されることになり、他の財とは異なる取り扱いが求められることになることを述べておられる。具体的には、愛玩動物が毀損された場合、財産的価値だけではなく、その人格的価値の回復を為すべく、慰謝料の請求などが可能となる²⁹⁾。

27) 末弘厳太郎・前掲注②112頁以下、において、博士が法人の技術的性格を述べる際に引き合いに出された民法951条の相続財産法人でさえ、広く社会における経済活動を営むことが想定される。いうまでもなく、相続財産法人の意義は、相続人の不在による財産の逸出を防ぎ、本来相続人が存在していれば可能であった被相続人に対する債権の清算、遺贈行為の実現などを成し得る点に存在するのである。相続財産法人の位置付けについては、例えば、佐久間毅『民法の基礎1 総則（第4版）』（有斐閣、2018）332、333頁参照。

28) 吉田克己「財の多様化と民法学の課題－理論的考察の試み」NBL1030号（2014）13頁以下、がこの点を指摘される。

29) 吉田克己・前掲注②813頁以下。また、相続に際しても、民法897条に規定される祭祀財産のような配慮を考える余地もあるものとされる。教授の述べられる愛着財については、吉田克己・前掲注②512頁以下においても詳述されている。

実のところ、フランス法と同様、この愛玩動物の毀損に対する慰謝料については、古くから実務上も定着してきたことがうかがわれる³⁰⁾。例えば、愛猫が犬に噛み殺されたことにつき、動物占有者等の責任が問われた事案である、東京地方裁判所昭和36年2月1日判決が広く知られている³¹⁾。裁判所は、その損害について、次のように述べていた。すなわち、「侵害された財産と被害者とが精神的に特殊なつながりがある、通常財産上の価額の賠償だけでは、被害者の精神上の苦痛が慰謝されないと認められるような場合には、財産上の損害賠償とは別に精神上の損害賠償が許されると解さねばならない」、「この場合に、精神上の損害賠償を否定するならば、その動物の財産的価値が絶無に等しいときは、たとえこれを長年愛撫飼育し、その間に高度の愛情関係があっても、被害者は裁判上何らの救済を得られないことになり、公平の観念に反する」と。また近年の例では、交通事故によって被害車両に同乗していた犬が毀損された事案である、名古屋高等裁判所平成20年9月30日判決もある³²⁾。判決の中で、裁判所は以下のように述べている。「愛玩動物は、飼い主との間の交流を通じて、家族の一員であるかのように、飼い主にとってかけがえのない存在になっていることが少なくないし、このような事態は、広く世上に知られているところでもある(公知の事実)。そして、そのような動物が不法行為により重い傷害を負ったことにより、死亡した場合に近い精神的苦痛を飼い主が受けたときには、飼い主のかかる精神的苦痛は、主観的な感情にとどまらず、社会通念上、合理的な一般人の被る精神的な損害であるということができ、また、このような場合

30) いうまでもなく、日本法においては、民法710条によって、財産権が侵害された場合の慰謝料の請求も認められる。このことについては、例えば以下の判例においても明示的に認められている。横領により伝来の土地が売却されてしまった事案である、大判明治43年6月7日刑録16輯1121頁。また、石垣の崩壊によって長年住んできた家が失われた事案である、最判昭和35年3月10日民集14巻3号389頁。かような慰謝料の請求の場面で、動物が特殊な扱いを受けていることは、すでに、牧野ゆき「財産権侵害事例における慰謝料請求の可否」上智法学論集50巻1号(2006)43頁以下、で分析されている。

31) 東京地判昭和36年2月1日判時248号15頁。

32) 名古屋高判平成20年9月30日交民41巻5号1186頁。

には、財産的損害の賠償によっては慰謝されることのできない精神的苦痛があるものと見るべきである」。

もっとも、以上の点は人の視点から捉えた物の価値に着目するものであり、動物の保護などを主眼としたものではない。それゆえ、慰謝料の請求の場面以外で、動物の価値がどのように考慮されうるかについてまで、ほとんど検討が及ぼされてはいない。また、慰謝料の点にしても、特にその限界には留意する必要がある。既述したように、フランス法においては、動物に関するいわゆる愛着損害の承認には批判的な見方も少なくはない。その一つの理由は、正確な金銭の換算ができない損害を広く認めることへの懸念にあるともいえるが³³⁾、このことは日本法においても当てはまろう。すなわち、人が愛着を持ちうる物は多様でありうるところ、わけても動物という一つの物がいわゆる愛着財として法的保護に値することの根拠をどこに求めるかが問われうるのである。

2 動物と物概念の展望

(1) 日本法における動物と物概念の議論の方向性

周知のとおり、現在は、動物の愛護ないし福祉のもと、その遺棄、虐待、そしてまた販売のあり方などが問題視されるようになってきている。かような状況にあっては、市民社会の法たる民法にも、何らかの対応が迫られることにはなろう。福祉政策や動物愛護管理法といった特別法に全てを任せておけばよいというわけにはいかない。なぜならば、動物を他の財物と同様に物だとして取り扱ってきたのは、他ならぬ民法だからである。

この点、フランス法の状況や以上の議論状況に鑑みるならば、次のことを指摘しえよう。すなわち、現状において動物の主体化を目指すこと自体には、依

33) フランス法においては、愛情損害自体について慎重な見方が多い。例えば、Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 9^eéd., 2017, n°248。この点について、大澤逸平「民法711条における法益保護の構造(一)」法協128巻1号(2011)229頁以下、によると、不法行為による損害賠償責任を規定するフランス民法典1382条(現1240条)が包括的な規定であったため、そこで愛情損害を認めると歯止めが利かなくなるおそれがあったようである。

然として困難が伴う。むしろ、物概念の内側を拡張する形で、動物とそれとの関係を捉え直すことこそが、まずは日本法、とりわけ民法にとっての現実的な課題となりうる。

確かに、動物を物概念から切り離そうとする議論は、動物の保護に対する無自覚が許されないことを示した点に少なからず意義がある。しかしながら、既存の権利主体-客体関係や法人制度の運用に変動を来さなければ達成できない目的があるかどうかについては、なお検討の余地があろう³⁴⁾。また、そもそもマルゲノー教授や青木教授の提案は、現行制度では動物の保護に欠けうることを仮定されていたものといえる。ただ現状は、慰謝料をめぐる議論を除いては、民法と動物の関係が論じられることは多くはない。それゆえ現行制度の運用が実際に法的保護に欠けることになるのかどうかは明らかになるほど、議論が積み重ねられてきたわけではないようにはうかがわれるのである。そうであるならば、まずは、現状においていかに動物の保護を目指しうるか、その限界を模索する作業が必要となるはずである³⁵⁾。

もちろん、現在の日本民法には、フランス民法典515-14条のような、「動物は感覚のある生きた存在である」などという規定は存在しない。しかしながら、そのフランス民法学においても、新たな条文を設けてから初めて動物の取り扱いが議論されたわけではなかった。ちょうど、それ以前から動物の性質に言及していた自然の保護に関する1976年法が存在していたように、日本法においても、「動物が命あるもの」であることを明示する動物愛護管理法が存在している(動物愛護管理法2条)。そうであるからには、動物をそのような特殊な物として位置づけていく土壌は、日本民法においてもすでに存在していたものと

34) フランス法の展開を仔細に分析された、吉井啓子「動物の法的地位」吉田克己=片山直也(編)『財の多様化と民法学』(商事法務、2014)264頁以下では、次のことが指摘されている。「動物保護の要請は、所有者とその所有物たる動物を結びつけ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」、「物として動物を位置付けることは、動物の保護をないがしろにするものではない」、と。

35) 近時になって、かような問題が本格的に論じられるようになった。例えば、吉井啓子「ペットをめぐる消費者問題」現代消費者法38号(2018)46頁以下。

わなければならない。

(2) 動物と物概念の展望

以上のとおりであるとするならば、フランス民法学における議論に倣い、今後は日本民法においても動物の性質を取り込んだ議論を模索していかなければならない。それでは、具体的にどのような場面で、その物の特別な取り扱いを認めていくことができるであろうか。

いうまでもなく、民法上、物が関わりうる場面は、極めて多様である。そこで、まずはすでに概観したフランス法との比較を容易にすべく、先に挙げた【F4】～【F9】判決においても取り上げられた事案類型に着目し、検討を試みることにする。すなわち、①改めて動物と慰謝料請求との関係（【F4】、【F5】）を整理しながら、②それと婚姻関係解消との関係（【F6】）、また、③それと売買との関係（【F7】、【F9】）を取り上げていく。それ以外の事案類型の検討については、他日を期すこととしたい。

① 動物の毀損と慰謝料請求

かつて財産的損害に付随する慰謝料請求は、もっぱら因果関係の派生の問題として捉えられてきた。「財産的損害からはみ出した精神的損害があるならば、それは特別事情による損害として、当事者に予見可能性があった場合にだけ、賠償すべき」だとされてきたのである³⁶⁾。したがって、愛玩動物の毀損も、同じように捉えられる傾向にあった³⁷⁾。ところが、近年は、その毀損を直接に非財産的利益の侵害として賠償の対象とされる例も多いことが指摘されている³⁸⁾。このことは、人と暮らしている動物を毀損すれば損害賠償責任が発生す

36) 加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（有斐閣、1974）230頁。

37) 例えば、加藤一郎（編）『注釈民法(19)債権(10)』（有斐閣、1965）195頁（植林弘）。

38) 牧野ゆき・前掲注(30)43, 51頁、また、吉田克己・前掲注(25)16頁を参照。愛玩動物への愛着が毀損されたことから精神的損害を認めた例として、獣医師の誤診が問題となった、横浜地判平成18年6月15日判タ1254号216頁、がある。

ることを示す点で、対象は限定的ではあるが、動物を保護すべき法的規範を確認するものともいえよう。

ただここで問題となるのは、動物という物がそのような非財産的な利益を有していることの根拠である。この点、愛玩動物の毀損は生命侵害でもあり、そのような動物が毀損されれば精神的苦痛を感じる事が社会的に普通であると認識されるようになった、などと説明されることがある³⁹⁾。しかしながら、このことは、漠然とした社会通念というだけではなく、今や法的根拠が存在するものであるともいうことができよう。すなわち、人と動物の共生を目指す動物愛護管理法は、その2条で次のことを宣言する。「動物が命あるものであることにかんがみ…人と動物の共生に配慮しつつ、その習性を考慮して適正に取り扱うようにしなければならない」。そして続く7条4項では、以下の規定を設けているところである。「動物の所有者は…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…に努めなければならない」。かような規定から動物愛護活動が法的に保護されるべきことを示した裁判例があることは、すでに知られていよう⁴⁰⁾。そうであるならば、動物と愛情を持って暮らすことも動物愛護の精神にかなうものであり、その物との共生生活はやはり法的に保護される利益だとすることも可能なのである。したがって、愛玩動物の毀損は、そうした法的裏付けのある利益の侵害となるゆえに、他の財産の毀損と異なり、愛着が存在することについての予見性の有無を問わず、慰謝料の請求権を根拠づけるものといえることができる。

② 婚姻関係の解消と動物の帰属

とりわけ愛玩動物は人との距離が近く、その生活は人に依存する。それゆえ、

39) 牧野ゆき・前掲注30)44頁。

40) 大阪高判平成26年6月27日消費者法ニュース102号363頁。野良猫を保護し、譲渡するボランティアをしていた原告が被告に猫を詐取された事案において、動物愛護管理法の規定を挙げながら、原告らの「動物愛護の活動は尊重され、法的に保護されるべきものであ」とした。

その動物が誰のもで暮らしていくかは、その生存に関わる重大事となる。例えば、夫婦に飼われたものの、当該夫婦の婚姻関係が解消される際、その所有権が誰に帰属することになるかという点も、動物の保護と無関係ではないのである。当然、婚姻前から夫婦のいずれかが単独で所有していた動物はあくまでその者の特有財産であり、基本的にはその夫婦が離婚してもその帰属は問題とはならない⁴¹⁾。ただ、婚姻関係中に、動物を新たな家族として迎え入れる例は一般に見受けられる。その場合には、どちらに所有権が帰属するか明示されることはおおよそないであろうから、動物が夫婦の共有であった物として位置付けられることも決して少なくはない⁴²⁾。

すでに概観したとおり、フランス法においては、あくまで離婚に向けた仮の処分の段階ではあるが、その愛情関係や飼育環境を考慮し、動物の用益権限の帰属先を決する例がある。このことは法的根拠が全くないことではなく、離婚手続きにおける裁判官の権限について規定した民法典255条8号によっている。すなわち、裁判官は、裁量的に事情を評価し⁴³⁾、夫婦の共有または不分割の財産の用益、管理の割り当てを行うことができるのである。もっとも、最終的に所有権の帰属を決する際には夫婦財産の分割のルールに従わざるをえないものともされ、条文上の限界も指摘されるところではある⁴⁴⁾。

翻って、日本法はどうか。この点、協議離婚の場合は、その夫婦の協議内容

41) なお、特有財産であっても、その維持に夫婦の一方が積極的に寄与をしていた場合には、その財産も清算の対象となるものとも解されている。この点については、二宮周平『家族法（第3版）』（新世社、2011）97頁、などを参照。

42) 財産分与において愛玩動物の帰属が正面から争われた例は、表面的にはあまり見受けられない。それは、不動産などと比べて愛玩動物の財産的価値が一般的にそれほど高くはないこと、それゆえに動物の帰属自体が夫婦関係の精算や離婚後の扶養とは直接は関係しないこと、などの理由によるものとも推察される。ただ、動物が家族の一員としての地位を占めるようになると、その物の帰属が表立って争われる例も増加することも予想されよう。

43) P. Hilt, <L'animal de compagnie lors de la separation du couple>, *AJ famille* 2012, p.76, を参照。

44) *Ibid.*, p.77. 民法典515-14条の導入によってこの点がどのように展開されるかは注目されよう。

によらざるをえないことはもちろんではある。ただ、裁判離婚においては、共有財産の帰属先を決する段階でも、人と動物の関係を考慮しうる素地はあろう。なぜならば、財産分与を規定する民法768条3項にあっては、「当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮して」その分与の内容を決めることが明記されているからである⁴⁵⁾。周知のとおり、このことは夫婦財産の清算的要素を示すものとされている⁴⁶⁾。それゆえ、離婚後の当事者の財産上の衡平の確保を念頭に、対象となる財産の取得、維持への当事者の寄与の程度が斟酌される⁴⁷⁾。そうであるとするならば、動物という財産の維持という面で、誰が当該動物をいかに世話してきたか、また離婚後の生活という面で、財産たる動物の飼育環境をどれほど整えることができるか、といった点が財産分与の考慮要素に挙げられうることも当然であるといわなければならない。その際、動物は他の財物と異なり「命あるもの」であることが法律上も自覚されているゆえ、それにふさわしい維持の仕方が求められることになる(求められる維持の方法、水準は、2002年に環境省が示した「家庭動物等の飼育及び保管に関する基準」などを踏まえることが考えられる)。人と愛玩動物との愛情関係も、そうした財産の維持への寄与度、飼育環境構築への負担を通じて評価することが可能である。

なお、人と動物の関係を加味しうるからといって、フランス法においても問題となったような、動物に対する面会などを認める余地までは見いだせないも

45) 実務書においては、この点に関する言及がなされている。堀龍兒ほか(編著)『最新青林法律相談7 ペットの法律相談』(青林書院, 2016) 151頁以下(関川淳子)では、動物は「命ある生き物であり、愛情をもって飼育されていることからすれば、人間の未成年の子についての親権者指定の判断基準が参考になる」とされている。もっとも、動物はあくまで物であって財産ではあるので、考え方のうえでは、親権の問題とは切り離しておくべきであろう。親権者指定の基準を参照すると、親権変更などの規定も動物に類推されるおそれがあるからである。

46) 例えば、内田貴『民法Ⅳ 親族・相続〔補訂版〕』(東京大学出版会, 2004) 124頁, 参照。

47) なお、かつて検討された、婚姻、離婚法に関する民法改正要綱でも、財産分与の内容をこのように具体化していたところである。このことについては、ジュリ1084号(1996) 126頁, 参照。

のと考えられる。それというのは、やはりその根拠となる条文が存在しないからである。離婚後の面会については民法766条が規定するところであるが、これはあくまで子に対する面会についてのものであり、動物という物に類推することができないことは明らかである。現状、動物への面会の実現は、当事者間の契約に委ねざるをえない⁴⁸⁾。また、一度財産分与によって動物の帰属先が決まった後になって、その保護の必要性などからそれを変更することも、同様の理由により容易ではない（動物の面倒を見ることを前提に財産分与の合意があったような場合で、それが実行されないとき、その合意が錯誤によるものと評価されることはありえる）。これらは、現状の日本法の限界として捉えることもできよう。

③ 売買などの契約と動物

愛玩動物は無主物の先占という形で取得されることもあり得るが、ペットショップにおける売買や、贈与といった契約によって取得されることも多い。その際、その契約の帰趨も、動物の保護と無関係ではない。例えば、愛玩動物を購入したものの、後になってその動物が何らかの疾患に罹患していたことが発覚した場合がある。その場合、契約の瑕疵を理由に契約が解除されるか、代替物が提供されることなどに伴って、それが売主に返還されることがありうる。仮に返還されるとなれば、飼い主から引き離され、動物の生活環境が二転三転することにもなるばかりか、それを受けた悪質な売主によって遺棄され、その生命が脅かされるおそれもある⁴⁹⁾。

以上の問題は、フランス法においては消費法典における契約の適合性との関

48) 以上に関連するものとして、協議離婚の際の誓約書によって犬の面会が定められたなどと主張された例である。東京地判平成28年3月23日D1-law29017667がある。ただ、裁判所は当事者間にそのような合意があったとは認められなかった。

49) 周知のとおり、現在の動物愛護管理法では、愛玩動物の販売業者に対する規制は強化されている。それにもかかわらず、なおも動物が遺棄される例は少なくないようである。このことについては、例えば、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）145頁以下（片口浩子）。

係で論じられたものであるが、日本法においてもしばしば瑕疵担保責任との関係で取り上げられてきたところである⁵⁰⁾。もっとも、この瑕疵担保責任も、最近の民法改正によって、まさに契約不適合責任へと整備され、幾つか制度上の修正が加えられるに至っている⁵¹⁾。すなわち、改正民法562条によると、引き渡された目的物が種類、品質、数量に関して契約の内容に適合しないものであったときは、買主は、売主に修補や代替物の引き渡しといった履行の追完を請求することができる。ここで売主は、買主に不相当な負担をかけない場合には、買主の請求した方法と異なる方法での追完も可能であるとされる。また改正民法563条によると、買主は、履行の追完を求め、それが果たされない場合には、代金の減額を請求できることになる。ただ、目的物が特定物であるような場合には、代替物の引き渡しによる追完は認められないものとも解されている⁵²⁾。

では、今後この改正民法による契約不適合責任と動物の関係はどうなるか。とりわけ愛玩動物については、それを特定物として、代替物の引き渡しによる追完を認めないものと解することも可能であろう。特定物はその契約や物ごとの事情によるところ、愛玩動物は個性に着目されえるものであり⁵³⁾、一般の財物と異なり、代替不能な「命あるもの」としての価値も有するものだからである。したがって、引き渡された動物に何らかの疾患があることが発覚したような場合、仮にその修補としての治療費用が代替物の提供よりも高くなるものであっても（なお、その修補の費用が極めて高額になる場合には履行不能ともなりえ⁵⁴⁾、後に述べる解除と動物の返還との関係が問題となることもあろう）、売主は修

50) 動物と瑕疵担保責任の関係については、例えば、山田卓生「動物と人間の関係」法時73巻4号(2001)4頁でも、一言されている。

51) 改正民法による制度の整備については、中田裕康『契約法』(有斐閣, 2017)313頁以下。いわゆる追完請求についての検討は、潮見佳男「追完請求権に関する法制審議会民法(債権関係)部会審議の回顧」星野英一先生追悼『日本民法学の新たな時代』(有斐閣, 2015)671頁以下、特に710頁以下、を参照。

52) この点については、磯村保「売買契約法の改正-「担保責任」規定を中心として」- Law&Practice10号(2016)71, 72頁、を参照。

53) 吉井啓子・前掲注35)49頁以下、がこの点を指摘される。

54) この点については、最近ものでは、潮見佳男ほか(編)『詳解 改正民法』(商事法務, 2018)126頁以下(中田洋)、参照。

補の責任を免れないものと考えることができる。もはや治療が不可能であれば、追完が不能ということになるため、買主は即時に代金の減額を請求できることになる。他方で、フランス法においても指摘されていたとおり、買主自身が代替物の提供を求めた場合は、問題が残る。代替物を提供する方のコストが低くなる場合には、売主側もそれを拒まず、やはり遺棄の問題が生じうるからである。また治療費を提供しても買主に負担をかけない場合には、売主はその方法を選択することができ、結局当該動物は飼う気を失った買主の手元に残らざるをえない。これらの場合の動物の保護については、ひとまず、業者に対する罰則や都道府県による規制（動物愛護管理法19条）、動物の引き取り（同法35条）に期待するほかないこととなろう。

なお、以上に類する問題として、契約の無効、取消、解除などによる返還が、動物にとって好ましくない場合も考えられる。例えば、飼育環境によって一旦動物を贈与した者が錯誤による無効（民法改正後は取消）などによってその返還求めたものの、明らかな虐待の形跡などから、その返還が動物を危険に晒すような場面もある。この点、具体的な規定がない以上は、受贈者がその返還を拒むことは困難であるといわなければならない。ただ、その返還の結果が動物を危険に晒す蓋然性が極めて高いような場合には、権利の濫用としてその返還請求を認めないとする余地もあろう。そのような場合にまでかような請求を認めることは、命を有するという物の特性を無視するものであり、動物愛護管理法によってその虐待や遺棄の防止を目指している社会の倫理観念にも著しく反することになるからである⁵⁵⁾。

55) この点、近時、放置された犬の返還請求が問われた事案で、以下のように述べた、東京地判平成29年10月5日D1-law29037900が注目される。「所有者による引渡請求の対象が愛玩動物である場合には、その対象が命あるものであることに鑑みると、当該動物の占有が所有者から占有者に移転するまでの経緯、当該動物の年齢や体調等、引渡し当該動物に与える影響その他の事情に照らし、当該動物を引き渡すことが社会通念上著しく不当であると認められる場合には、その引渡請求権の行使は権利濫用として許されないものと解される」と。

四 おわりに

近年では、母法たるドイツ法ばかりか、フランス法においても、動物の法的地位が問題となっている。そこで、日本法はその趨勢をどのように受け止めればいいのか。この点を考察することが、本稿における課題であった。

フランス法の新たな民法典515-14条は、それ自体が何らかの規範を示すものではなかった。ただし、フランス法においては、これまでも動物の取り扱いをめぐる解釈論が存在した。それゆえ、その新たな条文がそれを補う点、そしてまた同時に今後のさらなる議論の土壌を改めて提供しえた点には、少なからず意義が見出されるのである。

このことに鑑みると、現状での日本法にあっては、未だに動物の地位をめぐる規定を設ける理由は存在しないというべきであろう。そもそも動物という他の財物と異なる物をどう扱っていくか、その議論の蓄積がほとんどないからである。諸外国法の動向も、ひとまずはこの面での日本法の遅れを示唆するものとして受け止められるにとどまることになる。今後は、どのような場面で動物の性質を考慮しうるか、またそうすべきかどうか、突き詰めていくことが求められる⁵⁶⁾。そうして現行制度の限界を見極めたうえでこそ、新たな条文の導入や、また法人格化論も、現実的な有用性を持って議論されることになるのである。

ただ、本稿での検討は、以上の議論の方向性を確認するに止まっている。フランス法に倣って動物の帰属の問題などについては一言したが、当然、動物が民法上関係する場面はそれに限ったことではない。例えば、とりわけ問題視される動物の遺棄、そしてその扶養のあり方もの問題は、所有権の放棄の制限との関係でも取り上げていくことが考えられる。また、いわゆるペット信託⁵⁷⁾

56) 吉井啓子・前掲注34267頁においても、まずは動物について特別な法的地位を付与する必要性の有無を検討すべきことが説かれている。

57) ペット信託については、近時の、長谷川貞之「目的信託としてのペット信託の現状と課題-アメリカにおける二つの統一法典、各州のペット信託法の展開を参

や公害などといった現代的な問題も、動物という物の特性と無関係ではられない。これらに対する考察は、今後の課題ということになる。

なお、何れにしても、かような検討を進めるにあたっては、次のことに留意しなければならない。それはすなわち、法律は、あくまで人のための規範であるという点である。日本法において動物法研究を先駆される青木教授は、動物の法人格化論に言及された際にも、すでに以下のことも示されていた。動物の法人格化などを認めるかどうか、究極的にはそれが「人間および人間社会にとって」便宜であるかどうかによる。法律が、人為の世界の、人間を名宛人とした規範である以上、これは当たり前のことである、と⁵⁸⁾。動物の保護を目指しつつ、どこまでその性質を取り上げることが妥当であるか。また、人の社会活動を阻害しないか。真に動物と共生するとはどういうことかを、民法に限らず、多様な学問分野の知見から見定めておくことも必要となろう。

※本稿校正中、青木人志「動物の法的地位のゆらぎ－人間と非人間のほざまで」法時90巻12号（2018）22頁以下、が公表された。いわゆる動物の権利論の動向を中心に、動物の法的地位をめぐる議論を整理されている。

考にして－」日本法学81巻4号（2016）43頁以下、がある。
58) 青木人志・前掲注(6)270頁。