

動物保護のドイツ憲法前史（１）

——「個人」「人間」「ヒト」の尊厳への問題提起１——

藤 井 康 博

はじめに

——西欧古代・中世・近代

I ドイツ領邦国家、ドイツ帝国

1 ドイツ領邦国家

- （１） カント——動物に関する人間の自己自身に対する義務
- （２） 特に、ザクセン、バイエルン、プロイセン、ヘッセンの立法
- （３） 学説、若干の考察

2 ドイツ帝国（「第二帝国」）

- （１） 1871年のドイツ帝国憲法・帝国刑法典〔動物虐待罪〕
- （２） 学説、若干の考察
 - 「公然性」「不快感」「人間中心主義」、「邪険」「粗暴」
 - （a）「動物の権利」初期論争
 - 特に否定説（イエーリング、リスト）
 - （b）「儀礼畜殺」初期論争
 - 特に肯定説（リスト、ラートブルフ）
 - （i）「儀礼畜殺」とは
 - （ii）憲法上の政治的自由・宗教的自由
 - （iii）憲法問題・刑法問題

II ワイマル共和国

1 ワイマルにおける継承と断絶

——特にラートブルフ草案、そして、帝国刑法典改正へ

2 ナチス時代前夜——特にバイエルン畜殺法、そして、帝国畜殺法へ

III ナチス・ドイツ(「第三帝国」)

1 ナチスの憲法破壊と動物保護法制定への道

(1) 学説(アンシュッツ、そして、ケルロイター、フーバー)、
若干の考察

(2) ニュルンベルク法、ユダヤの「信仰の自由」破壊

以上、本号(59巻1号)

2 ナチスの1933年動物保護法——「公然性」「不快感」の削除

3 ナチスの動物保護関連法令

4 ナチズムと動物保護の矛盾?

(1) 学説の苦悩

(2) ドイツ市民感情か、ゲルマン民族感情か

(3) 「人道的」な畜殺?

5 『第三帝国における動物』

——精神・文化史的な背景と人物史的な描写

(1) 「人間」と「動物」の境界の崩壊

——学説(人間動物学)の視角

(2) 第三帝国における人間(権力者)——「人道」の二面性

6 公権解釈・適用・執行

(1) 「あらゆる」動物

(2) 動物「個体主義」の逆説

(3) 非罪刑法定主義・主観主義・遺伝(生物学的決定)主義の極致

(4) 官僚制の陥穽

(5) 学説(哲学、人間・環境学)の視角、批判的考察

(a) 民族の「動物愛」と「動物の権利」?

(b) 「収容所」へ続く線路

7 立法者意思(「意志」)、「民族の力」「人種の感情」

——『将来の独逸刑法』における「動物の保護」

8 「人間非中心主義」(人間の相対化)は「(特定の)人間中心主義」?

——「現在のドイツ憲法」における「動物の保護」へ(中間的な問題提起)

補論: スイス憲法——日本における憲法の教科書事例?

資料: 1933年11月24日の動物保護法

以上、次号(59巻2号)

はじめに

“なぜ”（憲）法学において「個人」「人間」「ヒト」は尊厳があるべきか——「動物」にはないとされるのに対して。この問いが根源的な問題意識にある。本稿は、その問題提起の一つとして、以下に述べるよう、動物保護を規定するドイツ基本法（実定憲法）より以前の歴史と、ドイツ憲法学（憲法理論）に関わる動物保護の前半の歴史の考察である。

冒頭の問い方、問いの内容は、次の樋口陽一の言に知的に触発されている。

『法の賢慮』の仕事の〔…〕場面で、バランスのとれた解決に向けて『いかに』の技術を磨いてゆく〔…〕他方には、規範が規範であることそのものを疑うという知的な営みがあるはずである。人権の理念それ自体についてさえも、それを鵜呑みにするのでなく疑ってかかる、『なぜ』を問う精神の強靱さが、学問のどこかを支えていなければならない。それならホントに個人が、世の中の価値の終局のものと考えてよいのか。自分で自分の生き方を決められない人はどうなのか。そもそも人間だけがどうして世の中で尊厳を主張できるのか。動物や植物や、鉱山を含めた環境それ自体は尊くないのか。自分のことは自分で仕切る、というのは、人間の思いあがりではないのか。——こうした疑いをくぐりぬけることができるかどうか、『法（律）学の魅力』は、実は、とどまるところがないのである⁽¹⁾。

冒頭の問いの答えには、別稿にて先行研究を踏まえ⁽²⁾たうえで辿り着く。問いへの答えで重要なのは、根拠を明らかにすることである。仮に根拠を措いて結論のみ見れば、至って平凡なものと目に映るかもしれない。すなわち、（憲）法学において「個人」「人間」「ヒト」は（「動物」にはない）尊厳があるべき、という結論である（もっとも、尊厳の根拠に定説はなく、三つの相違は自明とされていない）。

しかし、この結論に対し、近年の一部の学説とそれを取りまく環境は異な

る。例えば、日本では、a 実定法と b 学界状況は「個人の尊厳」にコミットするものの（ただし、含意は多岐に渡るが）、c 社会の大状況は「個人の尊厳」が未定着ないし誤解・軽視されている嫌いがある。「人欲の解放」との曲解や、「公の秩序」の突出などがそうである。むしろ c では「人間の尊厳」のほう⁽³⁾が流布している感もある。他方、特にドイツでも、拷問問題や生命医療問題での「人間の尊厳の相対化」⁽⁴⁾、そして、（本稿・次稿後述の）「人間と動物の境界線の相対化」⁽⁵⁾「動物保護の優位」「動物の尊厳・権利」「動物中心主義」などの動向が一部にみられる。

この点、本稿も a 「実定法」規範を一度は疑う批判的な姿勢を基調とするわけではある。しかし、「何ごとにてあれ批判的であろうとするあまり、場合によっては、新奇さを求めて、批判の自由そのものを危うくする効果」、つまり、b 「学界状況」「学説の常識」に挑戦しようとする強迫観念が、c 「社会の大状況」の場面でのコンフォーミズムと全面的に同調する結果を危惧し、「批判的『知』」の側は、あえて知の世界での常識をくりかえすという凡庸さに耐えることによってこそ、批判的であれという要請にこたえることができる。当り前のことを誰もいわなくなったとき、その当り前のことを語りつづけることこそが、批判的かどうかの試金石となる⁽⁶⁾という姿勢も基調とする。一度は「当り前」な規範を疑い、「当り前」を再確認することになりつつも、ささやかな知見を加えられるならば幸いである。

その際、「当り前」な規範として、「個人の尊厳（の尊重）」⁽⁷⁾（13、24条）を掲げる日本国憲法と似て非なる実定憲法をもつドイツを比較素材とする。1条に「人間の尊厳（の尊重と保護）」を掲げて制定された1949年ドイツ連邦共和国基本法（以下、基本法）に、2002年、20a 条に「および動物」の保護を挿入する改正がなされた（国家目標規定としての動物保護）。このことは、起稿の一つのモメントであった。そこで、明文上の「個人の尊厳」「人間の尊厳」を自明のものとする前に、試みに「個人」「人間」「ヒト」から「動

物」へ視点を転じ、史実・事実を顧み（後に思考上も省み）、再考を始めるわけである。いわば、「動物」から「個人」「人間」「ヒト」を逆照射し、問題を鮮明に映し出すのである。

以下、考察にあたっては、歴史〔本稿（１）（２・完）問題提起１〕と裁判例〔次稿・問題提起２〕を素材とする途を辿り、問題提起と後の試論へと至る。

すなわち、考察対象の一つは、動物保護の基本法以前ないし動物保護の憲法問題の前半である〔本稿〕。まずは、ドイツにおける「人間の尊厳」よりも知られていない動物保護の（憲）法史を理解しておくべきとの狙いである。これは現在の「人間の尊厳」「動物の保護」の問題と密接につながることになるからである。とりわけ、国民社会主義ドイツ労働者党（NSDAP、以下、ナチス〔Nazis〕：党のみならず「第三帝国」という国家の意でも用いる）による動物保護の法史研究にも力点を置いている。そこでは、「人倫」「人間中心主義」からの乖離と同時に「（特定の）人間中心主義」が読みとられることになるからである。

考察対象のもう一つは、動物保護の基本法20a条改正前後の畜殺・飼育の裁判例である〔次稿〕。2002年基本法改正前は、一般に基本権（例えば、研究の自由〔5条〕⁽⁸⁾など）と動物保護法の法益が衝突した場合、憲法規範である前者が優位とされた。2002年基本法改正後には、人間の尊厳（1条）という憲法価値と、動物保護（20a条）という憲法価値が衝突する場合、という抽象的な問題設定も想定しうるかもしれない。しかし、むしろ具体的な問題として、2002年基本法改正前後、基本権（特に、人格の自由な展開〔2条〕、信仰の自由〔4条〕⁽⁹⁾、職業の自由〔12条〕）と、動物保護の法益または憲法価値が衝突する事例があった。改正前に基本権侵害を認めた判例、それを契機に改正、その後に動物保護が優位とされた裁判例が現に存在するのである。

問題提起１・２を通して、一方で、動物保護は「人間（の尊厳）」の相對

化ないし侵害をも招き得て、基本権に介入ないし侵害するのに対し、他方で、動物保護は「(特定の)人間の尊厳」の篤い保護から導かれ得る、という矛盾がみられることになる。(かかる矛盾を整理し、規範の意義を明解にし、憲法論議を生産的にし得る)「個人」「人間」「ヒト」の尊厳への問題提起の一つと、本稿は位置づけられる。動物保護の憲法問題は、「個人」の尊厳と「人間」の尊厳の相違を再確認し、新たな概念である「ヒト」の尊厳を(昨今の生命医療問題とは異なる角度から)浮き彫りにするのである。

ここまでの問題提起1・2の課題(Aufgabe)である。これらは、今後の予定稿『個人』『人間』『ヒト』の尊厳と《人格》(仮)につながるものと位置づけられる。そこでの目的(Zweck)は、本稿冒頭の問いに答えることである(「動物」との差異の根拠⁽¹⁰⁾)。同時に(憲)法論議を生産的にすべく、「個人」「人間」「ヒト」の区別を明確にさせることである。これらにより、環境問題⁽¹¹⁾など具体的な諸問題を分析し、解決の手がかりを提示することが、長期目標(Ziel)となる。

付言すれば、長期目標の一つに以下の問題もある。冒頭の“なぜ”(憲)法学において「個人」「人間」「ヒト」は「動物」に対して(に比して ge- gen) 尊厳(Würde)があるべきか、に答えた後、“いかに”(憲)法学において「動物」に対して(のために für)責任(Bürde)⁽¹²⁾があるべきか、との問題である。この問いは、「動物」の保護という責任があるべきとするならば、という仮の前提の上にある。その是非につき、冒頭の問いに関する別稿の到達点⁽¹³⁾を踏まえるならば、以下のような見通しとなる。まず倫理レベルで、動物保護の責任を肯定することは可能、次いで法律レベルでも、その倫理意識が多数を占めれば、民主的政治過程を通して動物保護立法がなされることは可能である。しかし、憲法レベルでは、原理論・改正論としては、動物保護の責任があるべきではないということになるだろう。以上が見通しであるが、この結論よりも、この根拠を論ずることが重要となろう。本稿の問

題提起は後にこの根拠へつながるのである。

こうした“いかに”動物を保護すべきか、という問いは、本稿では論じないが、解釈論（基本法20a条、動物保護法、動物愛護法など⁽¹⁴⁾）、立法論・政策論・訴訟論（動物保護立法による基本権介入の違憲審査基準の比例原則、さらに、動物の苦痛についての比例原則⁽¹⁶⁾、動物保護団体訴権ないし原告適格⁽¹⁷⁾など）でも論じ得る問題である。

留意されたいのが、本稿の考察の主たる対象は、「動物の権利」ではなく「動物の保護」であり、「種としての動物」ではなく「個としての動物」の保護である。というのも、前者につき、動物の客観法的な保護を批判する場合は、通例、動物の主観的権利も無論批判的であろうゆえ、まずは「動物の保護」に論点を絞るほうが生産的と思われるからである⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾。後者につき、「種としての動物」（野生動物種など）は、生態系や「自然的生活基盤」の保護に含まれ、環境法（生物多様性基本法など）の領域で別に論ずるから、「個としての動物」に限定するわけである。この点、本稿では便宜的に「動物」という場合、「人間」を含めず、さらに生物学上の「ヒト」も含めずに論ずることにする。

——西欧古代・中世・近代

ドイツ基本法の動物保護について論ずるに先立ち、その前史を、古代・中世・近代の西欧という時間・空間で把握する必要がある。というのも、現代ないし現在のドイツの動物保護に少なからぬ影響を与えているためである。

西欧における主に古代・中世の動物問題については、すでに一般的に思想研究⁽²⁰⁾がなされている。本稿では、これを法的に追究する準備は未だない。例えば、ショーベ、ラスコー、アルタミラなどの洞窟壁画に表れた（人類と）動物⁽²¹⁾、ユダヤ・キリスト・イスラム教の『創世記』に著された（神と人間

と)動物⁽²²⁾など関心は絶えないが、ここで立ち入ることはできない。ギリシア哲学では、「獣性」「動物」に対する「知性」「理性」「正義」「社会秩序」「法」「契約」「他者(との関係性・共通性)」をもつ「人間」の優位(プラトン、アリストテレス)、「人間と動物との親近性」(テオプラストス)が説かれたこと⁽²³⁾、さらに、ローマ法では、「人格」(persona)として承認されていない「物」としての「四足動物」(quadrupes)の／による損害の賠償が定められたこと(アクィーリウス法／ペソラニウス法)⁽²⁴⁾などは、冒頭の問いを解く鍵の宝庫であるが、ここでは探究を断念し他日を期したい。また、「森の民」古代ゲルマン人⁽²⁵⁾、そのアニミズム「動物御供」に淵源の一つを看取できる中世「動物裁判」に読みとれる「人格」「人間中心主義」も割愛せざるを得ない⁽²⁶⁾。

ただ本稿・次稿に関わり、『創世記』以来、二つ留意すべきことは、動物が(人間も)創造主たる神による「被造物」(Geschöpf, creature)と考えられてきたこと(この語は、現在の西欧法にもしばしば見られる)、また、後述するユダヤ・イスラム教では動物の「儀礼畜殺」がなされてきたことである⁽²⁷⁾。

特に本稿でみるべきは、近代である。というのも、本格的な動物保護立法が始まったのは、近代である。また、憲法学の視角の意味でも「近代」から考察を始めることになる。まずは後のドイツに影響を与えた(または、与えられた)近代におけるイギリス・フランスである。これについては、とりわけ他に類書のない先行研究『動物の比較法文化——動物保護法の日欧比較』⁽²⁸⁾がある。本稿は、英仏につき同書に付け加えることはあまりない。⁽²⁹⁾しかしながら、同書の考察対象はドイツに多くは割かれていないため、本稿の意義はあろう。また、同書では、西欧動物保護法がイギリスで「誕生」し(1822年マーチン法)⁽³⁰⁾、フランスでの「展開」をうけ(1850年グラモン法)⁽³¹⁾、ドイツ語圏で「体系化」されたこと(後述1933年動物保護法)⁽³²⁾を強調する。しかし、果たしてそうか。確かに、ある面では特にイギリスを踏まえているが、以下

観るように、ある面ではイギリスに先駆けて法令が制定され、また、ある面ではフランスに影響を与え、初めて動物それ自体の保護へと離陸したのも、「特殊な途」(Sonderweg)を歩むドイツである。

本稿では、ドイツの動物保護の法史を観るわけであるが、ドイツ憲法(前)史という視角、すなわち比較憲法が通奏低音(basso continuo, Generalbaß)として響くわけである。その意味で、戦後ドイツのある国法学者の論攷は参照に値する。⁽³³⁾同論攷は、人権論・法治国家論も背景に掲げ、「動物保護(法)史と憲法的様相」との見出しで、憲法論に先立って歴史を省察する。その際、歴史の「複線」⁽³⁴⁾として思想史および制度史ならびに現実の歴史を分説する。本稿も、思想・学説、法令・制度、現実を分け、かつ、共時的・通時的にも論じようと可能な限り心がけている。そして、同論攷も「人間と動物の関係の歴史的展開」に重きを置く。本稿も次稿以後の憲法論を視野に入れ、上に触れた日独憲法比較における「個人」「人間」「ヒト」の尊厳と「動物」の共鳴を聴こうとするのである。

I ドイツ領邦国家、ドイツ帝国(「第二帝国」)

動物保護法は、イギリスで芽生え、大陸に伝え播かれた。神聖ローマ帝国(「第一帝国」)崩壊後の19世紀ドイツでも動物保護法のつぼみが観られる。そして、やがて、ナチス時代には体系的に花開くことになる(「森の民・ゲルマン民族」という土壌、「ロマン主義」という風土ゆえかは、後述)。以下、帝政期に至る時代は咲き始めにあたるといえる。とりわけ、この時代に特化した研究としては、20世紀末、法史叢書として上梓された『1933年11月24日の帝国動物保護法の公布までのドイツにおける動物保護法』を引照す⁽³⁵⁾る。

1 ドイツ領邦国家

(1) カント——動物に関する人間の自己自身に対する義務

ドイツにおける動物保護立法の歴史を論じ始めるにあたっては、宗教・哲学・法理論における動物保護思想の発展を、上掲書に倣って顧みるのが王道であろう。⁽³⁶⁾しかし、英連合王国の動物保護立法を省き、プロイセン王国を筆頭とするドイツ領邦国家ないしドイツ帝国の当該立法を観る筋道を文字通り王道と考えて、ここは急ぎ足にて歩こう。

もし寄り道をするとすれば、上掲書の扉で引かれている「動物を虐待する者は、魂が宿っていない」から始まる一節——ワイマール公国の宮廷詩人ヨハン・ヴォルフガング・フォン・ゲーテ (Johann Wolfgang von Goethe) の言葉である。実は、初期の動物保護思想はこの一節に尽きているかもしれない。ただ、自然科学者としての『動物学』にも足を向けたいところではあるが、⁽³⁷⁾上掲書も本論ではゲーテに触れないため控えておこう。法学者ヤーコブ・グリム (Jacob Grimm) ⁽³⁸⁾ら兄弟の童話に登場する(人間の本性も巧みに描かれる)動物たちを散策するのも禁欲しよう。

散歩道を歩く禁欲的な学者といえはこそ、この時代、上の二人と並んで王道として歩むべきは、プロイセン王都ケーニヒスベルクのイマヌエル・カント (Immanuel Kant) である。『人倫の形而上学』(1797年)の第2部「徳論の形而上学的定礎」I「倫理学的原理論」第1部「自己自身に対する義務一般について」の挿入章にて曰く、

「理性を欠くが生命ある被造物〔生物〕(lebenden [...] Geschöpfe)に関して、動物(Thiere)を暴力的に、また同時に残虐に取り扱うことは、人間の自己自身に対する義務によりいっそう心底から背いている。というのは、そうすることによって、動物の苦痛に対する人間のうちなる共感が鈍くなり、そのことによって、他の

人間との関係における道徳性に非常に役立つ自然的素質が弱められ、そのうちに根絶されてしまうからである。ただし、動物をすばやく（苦痛のないようにして）殺すことや、動物をその能力以上に無理強いせずに働かせること（人間でもがまんしなければならない程度の労働）は、人間の権能のうちに属している。これに反して、単なる研究のためだけの苦痛の多い生体実験は、それをしなくても目的を達成することができる場合には、忌避されるべきである。——年老いた馬や犬からの長年の奉仕に対して感謝すること（動物がまるで家人であるかのように）も、間接的にはこれらの動物に関する人間の義務に属するが、しかし直接的には、それはいつでもただ人間の自己自身に対する義務にすぎないのである」⁽³⁹⁾（強調は原文）。

カントは、動物虐待を、「動物に対する義務」ではなく、「動物に関する（in Ansehung）〔…〕人間の自己自身に対する（gegen）義務」に反するといっているのである。「他の人間との関係における道徳性」が弱められるゆえに、動物虐待をしてはならないというのである。そこには、動物それ自体の保護という考えは読みとれない。ましてや動物の権利を認めるものではない。⁽⁴⁰⁾極めて人間中心主義的なものである。

このことを、カントは、すでに1770年代中葉には、講義にて以下のように⁽⁴¹⁾説いていた。

「生物ならざるものはわれわれの選択意志に完全に服従させられているし、動物に対する義務は、その動物がわれわれと関係する（in Ansehung）限りで、義務なのである」

「すべての動物はたんに手段としてだけ存在し、それ自身のために存在するのではないのに対し、人間は目的である〔…〕から、われわれは動物に対して（gegen）直接的には義務をもたず、むしろ動物に対する義務は人間性〔人類——訳者〕〔ヒト——藤井〕（Menschheit）に対する間接的な義務なのである」

「動物に対して〔…〕残酷な行いをしている人は、人間に対しても同様に無感覚（abgehärtet）になっている」

そこでは、上記した後年の『人倫の形而上学』に通ずる、動物に「間接的に」関(係)する限りでの人間の自己自身に対する義務が、重ねて講じられている。また、そこに、特に『人倫の形而上学の基礎づけ』(1785年)『実践理性批判』(1788年)での以下の眼目の萌芽も窺える。⁽⁴²⁾すなわち、「人倫性」(Sittlichkeit)の定言的命法・実践的法則たる、「人間」「理性的被造物」は手段ではなく目的それ自体ということ(後にいう「客体定式」)、目的それ自体である「人格性」、あるいは、「人格(Person)のうちの人間性の尊厳」、さらに、「宗教哲学」(1793年)にて整序される「動物性」(T[h]ierheit)・⁽⁴³⁾「人間性」(Menschheit)・「人格性」(Persönlichkeit)、晩年の『人間学』(1798年)の「人類[属](Gattung)の性格」⁽⁴⁴⁾などの諸概念の端緒も窺えるのである。特に「ヒト」(Menschheit)とも新たに解せる(改めて訳せる)概念も重要である。

しかしながら、カントから読みとる「人格」「人格性」「人間性」「ヒト」と「動物」「動物性」との差異の分析・整序は、ここでは控え、⁽⁴⁵⁾別稿の「個人」「人間」「ヒト」の尊厳の考察の折に観てゆくことになる。ここでは、動物虐待が人間に対しても「無感覚」であって、「人倫性」の文脈における「人間」のための動物保護であったことに留意し、⁽⁴⁶⁾以下の立法に重なる点を意識しておきたい。

(2) 特に、ザクセン、バイエルン、プロイセン、ヘッセンの立法

さて、この時代のドイツの動物保護立法の王道を観るといっても、1870年以前のドイツは、事実上・法的に文字通り王国等が群立して諸々に立法の道を進めていた。その主なものをここでは拾い集めてみよう。

ドイツ史上の動物虐待に対する刑罰規定の端緒の一つに、1821年と1824年のザクセン王国の刑法典草案の「安全および風紀警察に対する軽罪(Verge-

hen) について」の中で以下の３箇条がある⁽⁴⁷⁾（初の命令は後述）。同草案930条「動物を乱暴に扱う（mißhandeln）ことは許されず、誰の所有にもあってはならないものとする」。931条「動物の乱暴な扱いは、以下を有罪とする」として、必要な世話をしない（１号）、酷使（２号）、苦痛の多い方法での捕獲し、殺すこと（３、４号）、その他の場合または目的で責め苛む（martern）（５号）を挙げる。932条は「同様の動物の乱暴な取り扱いが６週間以下の軽懲役刑に課する」。

（後述1831年憲法制定）⁽⁴⁸⁾その後、1838年３月30日の刑法典310条５号に、さらに、1855年８月13日の刑法典361条に以下のように規定された。「動物を悪戯で虐待し（mut[h]willig quälen）または粗暴（粗野）に扱うこと（rohe Behandlung）によって同様に公然と不快感（öffentliches Aergernis）を生じさせた者は、３箇月以下の軽懲役に処する。刑罰が６週間に満たない場合、軽懲役に代わり150ターラー以下の罰金をもって刑を言い渡すことができる」。この点、「公然性」（Öffentlichkeit）ないし「不快感」（Ärgernis）の構成要件が顕れたことは重要である。なお、いずれも「人倫性の侵害について」の章に位置づけられている。

なお、隣国のテューリンゲン諸国における1840年３月５日のシュヴァルツブルク＝ゾンダーハウゼン侯国の命令などや、アンハルト公国でも動物虐待罪はドイツ統一まで導入が進んだ（1830年12月28日にシュヴァルツブルク＝ゾンダーハウゼンのラント等族憲法、1859年７月18日にアンハルトのラント等族令が制定されている）。

以下では、おおよその内容、地域および年代順にまとめてみよう。⁽⁴⁹⁾足がかりに、上のテューリンゲンにおける1816年ザクセン＝ワイマール＝アイゼナハ大公国憲法（後述）のような後に「初期立憲主義」と呼ばれるようになる諸国から歩いてゆこう。

1837年、（すでに後述1819年憲法を制定していた）ヴュルテンベルク王国

の首都であったシュトゥットガルトにおいて動物保護協会(Tierschutzverein)⁽⁵⁰⁾が、イギリスに次いで2番目、大陸では初めて設立されたことは、立法の前提として重要である。同協会は、ドイツ各地に拡大していった。1839年10月2日のヴュルテンベルク王国警察刑法典55条では、「動物を粗暴乱暴に扱うことによって不快感を与えた者は、戒告、15ターラー以下の罰金、または、8日以下の拘留に処する。累犯の際には、25ターラー以下の罰金または14日以下の拘留刑に延長することができる」と規定する。「公然性」の要請は採用されなかったことになるが、「不快感」は明記されたことが重要である。

1833年(すでに後述1820年憲法制定)、ヘッセン(＝ダルムシュタット)ラント議会に「動物を乱暴に扱うことに対する法律上の規定に関して」の動議が「動物に対する人間性の義務」などを理由に提出された。長年の議論を経て、1846年刑法政府草案18章3号「風紀警察規定の違警罪(軽犯罪、秩序違反、Übertretungen)」の218条に、上記ヴュルテンベルク法を借用して「動物を粗暴乱暴に扱うことで不快感を与える者」を罰する案ができ、遂にヘッセン大公国の1847年11月2日の警察刑法207条、1855年の10月30日の警察刑法212条で「悪意または悪戯で動物の粗暴乱暴な扱い」の処罰が規定された。ヘッセン大公国立法では、一方で「不快感」が草案に一時導入されたにもかかわらず外され(「利己心」での虐待という文言の有無が議論的となり)、他方で「粗暴に」「邪険に」(boshafft)ないし「悪戯で」の重複が求められた。

次いで、実はフランスの1850年グラモン法でも模範とされた「ババリア」〔＝バイエルン〕の動物保護立法(ミュンヘンの動物保護協会にも言及)も観てみよう⁽⁵¹⁾(なお、後述1818年憲法制定、1930年法も参照)。当初、バイエルン国家では郡政府の大臣訓令が1839年6月16日に布令された。そこでは、動物虐待防止の教育、警察介入、「畜殺される家畜」(Schlachtvieh)の取り扱いに関して規定された。そして、独立した刑罰規定は、1861年11月10日

の警察刑法典100条「風紀警察に関する違警罪」に含まれている。そこでは、「動物を粗暴乱暴に扱い（roh mißhandeln）または邪陰に虐待する（boshaft quälen）者、命令による動物虐待（Tierquälerei）の個々の態様に関して公布された規定に違反した者は、25グルデン以下の罰金または8日以下の拘留に処する」と規定する。バイエルンは、動物に邪陰に虐待しまたは粗暴に扱うことを罰したが、ヘッセン＝ダルムシュタット同様に「公然性」の要請を外すことによって構成要件を拡大したことになる。

では、当時の領邦国家の中で最大勢力を誇っていたプロイセン王国はどうか。⁽⁵²⁾ベルリンには、すでに16世紀からティーアガルテン（Tiergarten, 動物庭園）が造られ、狩猟区でもあった。1844年には「ベルリン動物園」（Zoo [logischer] Garten Berlin）が、ドイツ最初の動物園として開かれたのも、この地でもある。⁽⁵³⁾当初のプロイセン国家の一般ラント法183条2項20に「悪戯者」（Mut[h]willige Buben）を罰する規定はあったが、直接の動物に関する規定は（後述の憲法制定の翌年）1851年5月13日のプロイセン刑法典であった。そこでは、340条「国家の安全および公の秩序に関わる違警罪（Übertretung）」に50ターラー以下の罰金または6週間以下の軽懲役に処せられるものとして10号「公然と、動物に、邪陰に虐待し（boshaft quälen）または粗暴乱暴に扱う（roh mißhandeln）者」が掲げられた。上述の「公然性」要件と「邪陰」「粗暴」の態様も取り込まれている。

⁽⁵⁴⁾北ドイツ同盟の盟主となる前年1866年にプロイセン領となった、諸国もみてみよう（以下の諸国は北ドイツ同盟に必ずしも含まれるわけではない）。

中でもヘッセン選帝侯（クールヘッセン）による1819年6月11日の命令が注目される。同令は、衛生警察上の利益から、「畜殺される家畜」（Schlachtvieh）の飼育に際して、「残虐性」（Grausamkeit）のある行為を止め、「肉屋による運搬の際の子ウシおよび雄ヒツジを追い立てる」などする者を、4ターラーの罰金に処する。上の研究書は立ち入っていないが、ここで注目す

べき歴史的な点がある。⁽⁵⁵⁾それは1819年という最初期の動物虐待に関する法令であることに他ならない。これは、家畜に限定される命令ではあるものの、単一法令としては先に触れたイギリスの初の動物保護法である1822年マーチン法より先立っているのである(なお、後述の憲法制定は遅れること1831年に)。

ハノーファーも1847年5月25日の警察刑法典126条に(なお、後述の王国基本法は1833-37年)、三月革命の残光が仄かに漂うフランクフルトも1856年9月16日の警察刑法5条4a号に、動物虐待を罰する規定を置く。なお、ヘッセン＝ナッサウには1866年にプロイセン領になるまでは当該規定はない(1814年ナッサウ憲法は後述)。

一方で、その他に、(後述1818年憲法を制定した)⁽⁵⁶⁾バーデン大公国の1851年6月26日の内務大臣命令および1863年10月31日の警察刑法典78条や、(1849年3月1日に国家基本法を制定した)オルデンブルク大公国の1858年7月3日の刑法典318条1項1i)などには、「公然性」要件が明記された。

他方で、ヘッセン＝ダルムシュタット、バイエルンの他に、「公然性」要件が外された国に、(1816年4月19日憲法典、1849年5月23日の国家基本法、1852年8月17日の憲法典を制定した)ヴァルデック侯国の1855年5月15日の刑法典360条14号、(後述1832年等族令制定の)ブラウンシュヴァイク公国の1855年8月18日の警察刑法典173条、メクレンブルク大公国の1865年4月10日の命令などがある。

なお、自由ハンザ都市であった、ブレーメン1846年1月22日の命令、ハンブルク1869年4月30日の刑法典165条、リューベック1853年9月28日と1860年11月17日の市参事会の命令においても動物虐待禁止が規定された(なお、それぞれ前後して、1854年2月21日、1860年9月28日、1851年12月29日に憲法を制定している)。

（３）学説、若干の考察

以上の諸国において動物虐待の諸法が形成されてきたのには、いくつかの理由があるといわれている。⁽⁵⁷⁾ 例えば、一つには、それまで人間の所有物であった動物が、この頃、文化や教育（教会や学校）の発展によって、動物に対する（für）人間の責任をはじめて意識するようになったことが指摘される。また、一つには、「動物保護」はまず警察行政官庁の任務であったことも認識または意識されるようになった。その結果、法的規律の整備も求められるようになったわけである。

しかし、規制・刑罰規定の過剰は問題である。罰則もさることながら、構成要件が問題となる。以上でも以下でも「公然性」（ないし「不快感」）の要件に着目したい。⁽⁵⁸⁾ この要件が「人間中心主義」のメルクマールの一つとなるのである。この点、当時の刑事法学者によれば、犯罪の本質は主観的権利の侵害にあって、そうした権利は人間のみが有すると考えられ、動物を苦しめることに対する刑罰の法的根拠は、人倫性という人間の法益について構成されなければならないことになる。⁽⁵⁹⁾ ここでの「人倫性」（Sittlichkeit）とは「礼節と風紀」（Anstand und Sitte）を意味し、前述したカント『人倫の形而上学』の説く「人間のうちなる共感（Mitgefühl）」の影響も少なからずあるだろう。

以上ことは、1868年ブレーメン刑法典草案のいう「従前通り、このような非人倫性は違警罪（Polizeiübertretung）としてのみ扱われるべきである」というモチーフによく特徴づけられている。秩序維持は、まさに「人間」の利益にのみ奉仕するのである。⁽⁶⁰⁾ 「公然性」要件を規定しなかった領邦国家もあったが、以下、法典も統一へと向かう。

2 ドイツ帝国（「第二帝国」）

(1) 1871年のドイツ帝国憲法・帝国刑法典〔動物虐待罪〕

ここまで、ドイツ動物保護法史における明文規定は、19世紀の領邦国家に端を発していることを通観できた。時に、この時代のドイツ憲法史を顧みよう。⁽⁶¹⁾二つの法史の流れが、奇しくも交じり合うか、単に平行線を辿るか、暫し一見・一考する意義はあろう（以下、上述の動物保護立法の〔有〕〔無〕を付記した）。

主なもののみ確認すれば、まず、欽定憲法として、1807年12月7日ヴェストファーレン王国〔-13年消滅〕憲法〔無〕、1815年のドイツ同盟に前後し、1814年9月2日ナッサウ公国憲法〔無〕、1816年5月5日ザクセン＝ワイマル＝アイゼナハ大公国等族憲法に関する基本法、1818年5月26日バイエルン王国憲法典〔有〕、同年8月22日バーデン大公国憲法典〔有〕、1819年9月25日ヴュルテンベルク王国憲法典（協約とも）〔有〕、1820年12月17日ヘッセン（＝ダルムシュタット）大公国憲法典〔有〕など、「初期立憲主義」が勃興した。その後、協約憲法として、1831年1月5日ヘッセン選帝侯国憲法典〔有〕、同年9月4日ザクセン王国憲法〔有〕、1832年10月12日ブラウンシュヴァイク公国新ラント等族令〔有〕、1833年9月26日ハノーファー王国基本法（-37年廃止）〔有〕など、フランスやベルギーの影響を受けた。そして、1848年三月革命の機運が高まり、1849年3月28日ドイツライヒ憲法（フランクフルト憲法）が国民会議によって可決までは至った。

しかし、歴史が記述するように、（当時の）自由主義的な風向きを受けたはずの憲法発効は、逆風に合って失速し潰えてしまった。この「下から」巻き起こる舞風を阻み、「上から」の強風で権威的に押さえつけたのが、1850年1月31日プロイセン国家憲法を成立させた強国・圧力・勢力（Macht）であった。この系譜に追い風となったのが、1867年4月16日北ドイツ同盟憲

法、そして、1871年4月16日ドイツ帝国憲法（ビスマルク憲法）の成立、すなわち、ドイツ統一である。

以上から、ドイツ領邦国家における憲法史と動物保護法史が、ほぼ時・場所を同じくして展開してきたことは、事実といえよう。もっとも、この時代から立法が集中し始めるのは至極当然、あるいは、他の法領域間と比べても殊更密接な連関はないやもしれない。そもそも、これらが平行線のままか、接線があるか明らかにする緻密な作業は、本稿の中心的な目的（問題提起）ではないこともあり、現段階で早計な結論は留保せざるを得ない。

とはいえ、少なくとも、一方で、自由主義的な憲法（フランクフルト憲法など）の風潮・風光・啓蒙（Erleuchtung, Aufklärung）においては、自己・他者（個人・人間）のみならず動物の尊重と動物への責任（Achtung, Verantwortung）⁽⁶²⁾も意識するようになったであろうし、他方で、権威主義的な憲法（ビスマルク憲法など）の風圧・風力・権力（Gewalt）においては、動物虐待禁止によって風紀・善良の風俗・公の秩序（gute Sitten, öffentliche Ordnung）を維持しようと図ったであろう、という推察し得るところではある。

ともあれ、ほぼ同時期、統一法典編纂が、憲法典（Verfassungs-urkunde）も刑法典（StGB）も民法典（BGB）より四半世紀早く実現したのも、事実である。上の帝国憲法の1箇月後に成立した、1871年5月15日ドイツ帝国刑法典（RStGB）。そこでは下記を規定する。

1871年帝国刑法典360条13号〔動物虐待罪〕

第360条 以下を50ターラー（150マルク）以下の罰金刑または拘留に処する。

- (13) 公然とまたは不快感を生じさせる方法で、動物に、邪陰に虐待し、または、
^{(63) (64)}
 粗暴乱暴に扱った者

本条も「違警罪」（Uebertretung）の章に位置する。一読して判るが、既述

の領邦国家で表れた文言から成り、上記1851年プロイセン刑法典340条の構成要件とほぼ同文でもある(「不快感」の有無の違い)。「公然性」の有無に開きがあった領邦国家の諸規定を、帝国憲法によって立つドイツ帝国が、帝国刑法典において統一したかたちとなったのである。

(2) 学説、若干の考察

——「公然性」「不快感」「人間中心主義」、「邪険」「粗暴」

本稿は刑法学・刑事政策学の視角に立っていないため、本条の解釈・実践の詳細な検討は目的としないが、概観はしておくことにする⁽⁶⁵⁾〔私見も付言〕。

まず、上記360条13号の解釈で問題となるのは、その構成要件である。事実行為として「虐待する」(quälen)「乱暴に扱う」(mißhandeln)「邪険に(悪意で)」(boshaft)「粗暴に(粗野に)」(roh)、事実状況として「公然と」(öffentlich)「不快感を生じさせる仕方」(in Ärgernis erregender Weise)の文言である。一説に、「邪険に」は「虐待」(Quälen)の文言に含まれており、「邪険(悪意)」(Bosheit)は「粗暴性」(Roheit)に当然含意すると解せられる〔逆に、「悪意」のない「粗野」な扱いもあり、現在のドイツ語・日本語慣用からは判断が難しい〕。ここでの「公然性」は、公開の場合か否かを問わず、「不特定の多くの人(Person)」を指すともいう。また、そこでの「不快感」は、「人倫感情の侵害」を意味した〔すなわち、本条も「人間中心主義」が基底にあると、本稿は解釈する〕。

このように、本条の文言は曖昧である印象を拭い去れない。この点、問題なのは、客観的構成要件もそうであるが、主観的構成要件(特に「邪険に(悪意で)」)である。動物虐待は、刑罰法規にもかかわらず、「粗暴な」「邪険に」という表現から導かれ、帝国裁判所によって判決が下されることを要請する。行為者の心象(Vorstellung)が「公然性」または「不快感を生じさせる仕方」にも関わらざるを得ないか否かも論争があるところであった

〔現在の草稿からすれば、当時の近代学派の重視した行為者の「主観」や、不特定の者の「感情」によって大きく左右され得る点が問題を孕んでみえるわけである〕。

次に、違法性が問題となる。可罰性があるのは、違法行為のみである。なぜなら、違法性のある行為のみが、個人または全体の、法規範によって保護された生活利益への侵害を含んでいるからである。もっとも、動物虐待罪の場合、違法性阻却事由は、さほど実践面では役割を演じない。というのも、行為者の無感情に対応する行為や、虐待のための虐待も立証することは困難で、構成要件は充たされ難い。「邪陰に」「粗暴に」という要件を厳格に捉えれば、違法性の問題とはならないのである。

以上のように、当時の通説は、人間と動物の利益の衝突に関わる動物虐待につき、既に構成要件該当性阻却事由と違法性阻却事由を認めていたのである（「二段階の犯罪構造」⁽⁶⁶⁾）。

具体的に実践面で、圧倒的に人間の利益が認められるのは、食用の場合、狩猟や漁業である（ただし、必要以上の採取は問題がある）。また、動物は、農業など仕事、スポーツやレジャーなど教養や文化に供される場合もある⁽⁶⁷⁾。違法性の問題として、この頃から論争が繰り広げられてきたのは、動物実験（生体解剖）と儀礼畜殺である。本稿では、「はじめに」でも予告したように、動物実験よりも儀礼畜殺の問題を重視してゆくことになる。そこへ立ち入る前に一考の余地がある「動物の権利」論のはじまりを観ておこう。

（a）「動物の権利」初期論争——特に否定説（イエーリング、リスト）

本稿は「動物の保護」について論ずるのであって、「動物の権利」については論及を要してないことは「はじめに」で述べた。もっとも、本稿にも重要な論点を含むゆえ、ここでは歴史としてのみ観ておきたい。

この時代にも、動物に権利請求能力があり得るか否か、問題とされた。そ

ここでは、感情領域から形成された「権利」の「道德概念」(非法的概念)と、客観法によって固有の利益を付与された「主観的権利」としての「法的概念」とに、一義的に区別される⁽⁶⁹⁾。

前者では、自然法的な視点から発展段階にある一定の権利能力を説く『動物の権利』(ドイツ帝国の動物保護協会の諸団体の自費出版、1890年)⁽⁷⁰⁾や、慣習法上保護される生命・身体・健康の権利の担い手としての動物の法的地位を主張する『動物の倫理』(1894年)⁽⁷¹⁾などの著作が、すでに19世紀末に刊行された(これら二冊とも副題のように『——人間と動物との人倫的および法的関係』に光を当てている)。

後者で、特に代表して挙げておくべきは、ルドルフ・フォン・イエーリング(Rudolf von Jhering)の『法における目的』における以下の叙述である⁽⁷²⁾。そこでは、動物それ自体のための権利請求は、一義的に否定される。その利益法学ないし目的法学によれば、動物は、人倫思想に関わる目的主体としての人間の専ら反射効によって保護を受けるにすぎない。このような保護は動物を「物」(Sache)と区別する。つまり、動物それ自体は、人間の目的客体にすぎず、「権利を有しない」(rechtlos)。このことは、名著『権利＝法のための闘争』の「権利をもたない人間は動物に成り下がってしまう」の一節にも端的に表れている⁽⁷³⁾。動物は権利をめぐる法的闘争をなし得ていないのである。

また、イエーリングの目的法学にも影響を受け、近代学派を牽引したフランツ・フォン・リスト(Franz von Liszt)の『ドイツ刑法教科書』[第6版～](1894年～)が、動物虐待は、大衆の人倫感情の侵害としての立法にあるものの、そうであるからといって「(『動物保護』の)動物の権利」(tierischer Rechte (des „Tierschutzes“))を承認する観点で罰するのではない、と説くのも否定説である⁽⁷⁴⁾。

以上のように、この時代、非法学・法学においても議論が交わされたが、法的な「動物の権利」が否認されるのは、後の動物保護法においても、もは

や変わるところはない。その否認は「人間中心主義」の顕れでもあろう。他方で、それに対し、動物はそれ自体として保護されなければならない、という後の刑法草案理由は強調されることになっていく。⁽⁷⁶⁾これは項を改めて観ることにし、儀礼畜殺の問題、本論に戻ろう。

（b）「儀礼畜殺」初期論争——特に肯定説（リスト、ラートブルフ）

（i）「儀礼畜殺」とは

儀礼畜殺の〔禁止ないし制限などの〕問題は、ドイツでは1880年代の半ば以来、動物保護問題と密接に結びついた問題である。⁽⁷⁷⁾当時、20世紀初頭までは儀礼畜殺は広く認められてきたところだった。

「儀礼畜殺」（Schächten）とは、特に本稿ではユダヤ教で（イスラム教でも）実践されている儀式的畜殺（rituelle Schlachten）の方法である。一般には、喉頸を切って出血し、気絶させること（Betäubung）⁽⁷⁸⁾なく動物を死に至らしめること、と理解される。この方法による肉のみ、ユダヤ（またはイスラム）共同体の厳格な信奉者は、掟に適って調理されたもの（koscher）⁽⁷⁹⁾として、問題なく食用に供することができるのである。

（ii）憲法上の政治的自由・宗教的自由

この儀礼畜殺は、まず、宗教的・政治的、二重の次元の問題性があったといわれる。すなわち、儀礼畜殺の信奉者は宗教的自由に基づき、また、その反対者は反ユダヤ主義の政治的自由に基づいていた、⁽⁸⁰⁾といい得る。そして、この二つの自由は、思想・良心の自由と密接可分であり、⁽⁸¹⁾当時も保障されていた（憲）法上の自由としての問題でもある。

一方の、憲法上の政治的自由については、例えば1850年プロイセン憲法27

条は「意見表明の自由」を、29条は「集会の自由」、30条は「結社の自由」を、32条は「請願権」を保障している。⁽⁸²⁾ 前述の動物保護協会も30条に基づくところであって、特に「全体の名のもとに行なう請願は、官庁および団体にのみ許される」(32条)ゆえ、1886年には同諸団体の指導部から帝国議会へ、表向きは「動物虐待」⁽⁸³⁾として儀礼畜殺に反対する請願書が提出されている⁽⁸⁴⁾(それに対して、ユダヤ教区からも請願はなされている)。もちろん、動物保護協会には純然たる動物保護の動機もあったであろうが、そこには反ユダヤ主義⁽⁸⁵⁾も含まれていたり、それと団結したりするものもあったのである。

他方の、憲法上の宗教的自由については、例えば1850年プロイセン憲法12条は、「信仰の自由」を保障している。もっとも、同条3文は、「市民および公民としての義務は、宗教的自由の行使によって妨げられてはならない」という留保を明文上も規定している。この点、ユダヤの宗教的自由がいかように扱われてきたかは以下徐々に論じてゆく。

(iii) 憲法問題・刑法問題

議論は、動物虐待罪の本籍地の刑法学でも交わされてきた。儀礼畜殺に際しては、畜殺の当該態様が食用を目的とするうえで原則として必要性の見地からそもそも動物虐待であるのか否か、その際に動物は苦痛であることを感じるのか否かが、当初からの論点であった。この点、不必要な苦痛を肯定しても、儀礼畜殺は宗教上の教義によって行われるので動機は上述の「粗暴に」「邪険に」ではない、ゆえに、刑法上の構成要件を充たしていない、⁽⁸⁶⁾という見解が説かれてきた。

さらに、違法性レベルとして、儀礼畜殺という職務の遂行は、正当化され得る。上で触れた刑事社会学派を築いたリスト『ドイツ刑法教科書』[第12・13版～](1903年～)にあっても、違法性阻却事由につき総論で説くところでは、「ユダヤ人〔教徒〕の儀礼割礼は、宗教社会としてユダヤ人を承認

することで同時に承認され、同様に、各則を差し控え、動物の儀礼畜殺も承認⁽⁸⁷⁾されている」。

リストに学恩を受け、後の時代に刑法草案をめぐり活躍するグスタフ・ラートブルフ（Gustav Radbruch）の声を先取りしても、ユダヤ人の宗教的自由の重大性を説き、宗教的信条のための儀礼畜殺の緊急性を例外としている。曰く、「儀礼畜殺の問題は、第一に動物保護の観点ではなく宗教的自由の観点から答えられるべきである。いかなる場合も苦痛に満ちた畜殺をする過程で、畜殺される動物のより大きな苦痛とより少ない苦痛との衡量、いずれにせよ信頼できる結果をほとんど伴い得ない衡量もある。宗教感情から一定の畜殺方法が必要不可欠と我々国民同胞の一部が説くのであれば、そうした衡量は控えなければならない。このことは、ライヒ憲法（第135条）の精神に相応する。この精神は、たしかに、宗教的自由を国家の一般的な法律を損なわない限りで保障する。しかし、まさしくそれによって、国家の法律は可能であろう限り宗教活動を侵害することはないと、この精神は言明⁽⁸⁸⁾しているのである」。

たしかに、逆に、宗教的自由の制約可能性につき、儀礼畜殺反対者の見解に依拠し〔各則の動物虐待罪を重視するならば〕、儀礼畜殺を禁止して処罰⁽⁸⁹⁾することは可能という見方も当時の法律学では一理はある。しかしながら、儀礼畜殺は、当時のラートブルフ（前期）も与した主流の法実証主義として⁽⁹⁰⁾も、上述のように、構成要件レベルで該当し難く、違法性レベルに至っても多分に阻却され得るであろう。憲法に反し得る問題となることに鑑みれば⁽⁹¹⁾「儀礼畜殺は決して禁止され得ないことは、容易に理解されるべきである」。ところが、ラートブルフのいう「国民同胞（Volksgenossen）の一部」であるユダヤ人は、「民族同胞」（Volksgenossen）ではないとする時代へと時を刻むことになる。

こうした宗教問題・政治問題・憲法問題・刑法問題の多層的な次元は、立法・行政の場へも推移する。時系列としては、（大日本帝国憲法発布の年、

それに影響を与えた国の) 1889年1月14日のプロイセンをはじめとする諸ラントの命令、(名著『一般国家学』刊行、世紀末の) 1900年6月3日の畜殺される家畜および食肉の検査に関する法律、(大戦中・帝政末期の) 1917年6月2日の動物畜殺に関する連邦参議院の公示など関連法令が公布されている。ここまでは、ユダヤの儀礼畜殺そのものを禁ずるわけではなかった。それが、以下観てゆくように、ワイマール期にて刑法改革の議論の高まりを挟み、諸ラントの畜殺法、さらに、ナチスの帝国畜殺法へとつながることになる。

以上、少なくともⅠ(2)の帝政期まででいえるのは、この時代に始動した動物に関する法令・制度、特に動物虐待罪は、その構成要件・違法性の刑法問題に加え、「儀礼畜殺」論争に顕れる宗教問題・政治問題・憲法問題を通して、みて、「個人」の自由を過度に侵害せず、あるいは、「人間中心主義」であったといえる。と同時に、「動物の権利」初期論争も併せて、(後述) 人間非中心主義ないし動物中心主義の胎動もみられる時代であった。

なお、「人間と動物」の歴史研究について、帝国法ないし諸ラント法の関連法令・制度について、もはや本論では仔細を論じる余裕はない。ここでは、1888、1908年の鳥類保護法と連邦参議院令、1881年、前述の各地の動物保護協会と、その下に置かれた動物保護施設(Tierheim)の上部組織として「ドイツ動物保護連盟」(Deutsche Tierschutzbund)が設立されたことを付言したい(1899年に「鳥類保護連盟」も)。

Ⅱ ワイマール共和国

1 ワイマールにおける継承と断絶

——特にラートブルフ草案、そして、帝国刑法典改正へ

歴史は、ここで時代の変遷を記述している。かのトーマス・マン(Tho-

mas Mann) の著『主人と犬』も保守・封建主義から自由・民主主義への移ろいを投影していた。⁽¹⁰¹⁾ 憲法・国制も、上述より更に多彩な基本権カタログ⁽¹⁰²⁾を擁する1919年8月11日ドイツライヒ憲法（ワイマール憲法）が制定され、ワイマール共和制への転換期となる。しかし、（日本の第二次大戦後と同様に）憲法・国制転換はあっても人的・法的な（法律上の）連続性は一定程度保たれていた。動物保護立法も然りである。

目下の問題である刑法典上の動物虐待規定についても、1902年から1932年まで一連の刑法改革が継続的に論じられていた。⁽¹⁰³⁾ この大流を抽出すれば、1909年予備草案、1909年の刑法改正法の未完の草案、1911年の対案、刑法委員会における審議と1913年草案、1919年草案、1922年ライヒ司法大臣草案、1925年の官制草案とライヒ参議院における審議、1927年ライヒ議会草案とそれに関する批判、1930-32年のライヒ議会の刑法小委員会（1930年ドイツ・オーストリア刑法会議も）⁽¹⁰⁴⁾における審議、という流れである。

留意すべきは、1909年草案から「公然性」「不快感」要件は削除され、1913年草案からは「公の秩序違反」ではなく「財産犯」に準ずるものと位置づけられている点である。なお、1919年草案と1925年草案では違警罪から軽罪（Vergehen）に格上げされ、1927年では再び違警罪に戻っている。

時は前後するが、先に触れたラートブルフを重ねて動向を浮き彫りにしてみよう。⁽¹⁰⁵⁾ 世紀の変わる頃、ミュンヘン、ベルリンなどで学び、刑法・法哲学の道を歩んだ大学者は、1910年に叡智の結集されたハイデルベルクへ、1914年にカント縁の地ケーニヒスベルクへ教授として赴任する。第一次大戦期には、赤十字に志願したが後備軍第111歩兵連隊として西部戦線へ送られる。戦後1919年、同大戦終結の狼煙が上がった地（後にナチス刑法学派の牙城となる）キールに教授として赴任する。翌年から1924年までドイツ社会民主党（SPD）のライヒ議会議員として、憲法制定ドイツ国民会議の委員も務めたワイマール憲法の支持者でもあった。その間（1921-23年）、ライヒ司法大臣に任命され、上記1922年刑法改正草案を作成する。議員を辞した後は、再び

ハイデルベルク大学教授となる(1926-33年)。その後の数奇な人生(1933-49年)、公職追放、同大に三たび戻る経緯は周知の通りであり、「人文主義者」にとどまらない意味で「人道主義者」(Humanist)と評された人物の、法における「人間」「個人」論については他日を期したい。

その1922年ラートブルフ草案は、325条「動物を、意図的に虐待し、または、粗暴乱暴に扱った者は、6箇月以下の軽懲役または罰金刑に処する」、326条「動物保護の目的につき公布された規定に違反した者は、3箇月以下の軽懲役または罰金刑に処する」と掲げた。特に「公然性」「不快感」の要件を外すのは、すでに1909年予備草案、それ以前の学説(私案)から一貫している。「邪険に」が外れ「意図的に〔故意に〕」(absichtlich)という主観的構成要件に変わった意義も少なくなく、このラートブルフ草案からである。これと、1925年草案333、334条は全く同文で、1927年草案366、412条もほぼ同文である(「の目的」「3箇月以下の軽懲役または」が削除されたのみである)。なお、罰則につき、自由刑の期間は1909年刑法改正案の「3箇月」を除いて全て「6箇月」、罰金刑の金額は1919年草案の「3000マルク」の後、インフレのため草案では明記されていないが、1925、1927年草案では「1万マルク」にのぼることになった。

上記一連の草案は、1933年5月26日刑法改正法において実ることになる。⁽¹⁰⁶⁾
結局のところ、「公の秩序違反」において、

1933年帝国刑法典145b、360条13号〔動物虐待罪〕

第145b条 動物を粗暴乱暴に扱い、または、意図的〔故意〕に虐待した者は、6箇月以下の軽懲役または罰金刑に処する。

第360条 〔以下の者を〕150マルク以下の罰金刑または拘留に処する。

(13) 動物保護の目的につき公布された規定に違反した者

との規定になる。これまた、145b条とラートブルフ草案325条との違いは語

順のみにすぎず、360条の罰則は1871年帝国刑法同条から改正がなく、13号の構成要件はラートブルフ草案326条と同文である。つまり、「公の秩序違反」の位置づけながらも、遂に「公然性」「不快感」の要件が明文で外れた。「初めて法典中で、動物はそれ自体のために保護されなければならない、という思想が表明された。人間の利益の保護は、もはや中心を占めるべきではなくなったのである」⁽¹⁰⁷⁾。もっとも、「公然性」「不快感」の要件の不採用は、前述したように19世紀の領邦国家の一部にも既に観られたものではある。しかし、ドイツ全土で「人間中心主義」から離陸し得る、この意味は大きい⁽¹⁰⁸⁾。

すでに足を踏み入れてしまったが、上記1933年法は、もはやナチス政権下のものである。すなわち、ドイツ領邦国家／ドイツ帝国／ワイマール共和国／ナチス（「第三帝国」）の、領邦国家／帝国／ライヒ／帝国刑法典（Reichs-StGB）における動物虐待罪について継承と断絶を見出せるのである（さらに戦後ドイツも連続的かは次稿にて）。ナチスも、次章 III で観るその動物保護法も一朝一夕に成立したわけではないのである。

2 ナチス時代前夜——特にバイエルン畜殺法、そして、帝国畜殺法へ

特に、1920年代後半、ナチスが台頭した地、バイエルンでは、前述のユダヤの儀礼畜殺の是非をめぐる議論が高まっていた⁽¹⁰⁹⁾。1926年の、ミュンヘン動物保護協会とユダヤ共同体らの2本の請願書が直接の契機となって、バイエルンラント議会・憲法委員会を舞台に（儀礼畜殺を実質的に禁止する）畜殺法案をめぐる議論が展開された。

1930年1月の時点で議場の勢力図（左派／右派、議席）は、バイエルン国民党（BVP）〔右〕46、SPD〔左〕34、バイエルン農民同盟（BBB）〔右〕17、ドイツ全国国民党（DNVP）〔右〕13、ナチス〔右〕9、ドイツ国民党（DVP）〔右〕4、ドイツ共産党（KPD）〔左〕4となっていた⁽¹¹⁰⁾。最大勢力のBVPは、キリスト教カトリックを支持基盤としていたことから、「各人の完

全な信仰および良心の自由」〔1919年8月11日バイエルン自由国家憲法17条1項〕の重要性を説き、動物保護より人間保護、人間の宗教的尊厳を強調し、畜殺法案に反対した。対して、SPDは、ワイマール憲法135条「完全な信仰および良心の自由」について特定のケースでは国家の宗教の干渉が許されるという立場をとり、ユダヤ共同体（の期待を裏切り）やBVPと対立することになった。DNVPもこれに同調し、ナチスも表向きは反ユダヤ政党の「謗り」をかいくぐる形でユダヤを批判し、畜殺法案を支持した。また、KPDも「ヒューマニズム」の観点からこれを支持していた。

総じて、議論は、信仰の自由と国家権力という憲法問題について（国民感情についてすら）十分に熟議することなく、気絶していないウシはどれだけ苦痛を感じているのか、という「科学」の鑑定問題にすりかえられた、という印象を覚える。⁽¹¹¹⁾

最終的に、BVP42票のみ畜殺法案に反対し、他の政党64票（SPD22票、BBB17票、DNVP12票、ナチス9票、KPD4票）は賛成にまわるという形で、法案は可決され、1930年5月17日の動物の畜殺に関するバイエルンの法律および命令が成立した。⁽¹¹²⁾ その畜殺法は以下のように規定する。

1930年バイエルン畜殺法

第1条 ウシ、ブタ、ヒツジ、ヤギ、ウマ、ロバ、ラバ、ケッテイ、イヌは、畜殺に際して、出血を始める前に気絶させるものとする。

気絶が状況によって実施され得ない、緊急に畜殺するとき、第1項の規定は適用されない。

第2条 第1条に示された動物の畜殺に関する詳細規定は、国家内務省によって公布される。

第3条 第1条および第2条に基づいて公布された規定に違反する行為は、6箇月以下の軽懲役または罰金刑に処せられる。

第4条 本法は、1930年10月1日に施行する。

このような儀礼畜殺禁止に関するラント法令は、ナチスによって、諸ラントに拡大され⁽¹¹³⁾、1933年4月21日の動物畜殺に関する帝国法および命令が制定されることになる。先取りすれば、次のような規定である。⁽¹¹⁴⁾

1933年帝国畜殺法

第1条 温血動物は、畜殺に際して、出血を始める前に気絶させるものとする。

帝国内務大臣は、1項の規定が他の動物の畜殺に際しても適用されることを規定することができる。同大臣がこの権限を行使しない限り、ラント政府または所管庁が当該規定を公布することができる。

気絶が諸状況によって実行されえない、緊急に畜殺する際（1900年6月3日の畜殺される家畜および食肉の検査に関する法律第1条3項、帝国法律官報547頁）、1項の規定は適用されない。

第2条 第1条に示された動物の畜殺に関する詳細規定を、帝国内務大臣は公布する。同大臣がこの権限を行使しない限り、ラント政府または所管庁が当該規定を公布することができる。

第3条 故意または過失によりて、第1条1項の規定または本法に基づいて公布される規定に違反した者は、6箇月以下の軽懲役または罰金刑に処する。

第4条 本法は、1933年5月1日に施行する。同時に、1917年6月2日の動物畜殺に関する公示（帝国法律官報471頁）は失効する。

以上のように帝国畜殺法はバイエルン畜殺法とほぼ同内容である（もっとも、ラートブルフ草案や帝国刑法145b条にはなかった主観的構成要件「過失」までも、また、同法360条より重い罰則となっていることにも注意したい）。本法にも、「ユダヤ」や「儀礼畜殺」の明文はない。後に掲げる註釈書⁽¹¹⁵⁾でも、本法は「動物保護派の理由から」と強調され、「儀礼畜殺を禁ずるような法律ではなく、一般的に動物の畜殺を規律する」という。その戦後の版では削除される1文では「儀礼畜殺禁止は本法の目的ではなく、結果である」と言い放っている（その「結果」が問題であるのだが、後述）。しかし、本法によって、儀礼畜殺を許容していた1917年公示が失効し、全国レベルで

統一的に、儀礼畜殺が禁止され、ナチスによるユダヤ人の弾圧の法的一翼が担われることを暗によく示している。いや、「畜殺法の背後には、ユダヤ人差別・犯罪者扱いの企図が明々白々」⁽¹¹⁶⁾とさえいえまいか。なお、本法に関し、ユダヤの儀礼畜殺を「残酷」「非人道 (Humanität)」⁽¹¹⁷⁾ 的などと評する大多数の獣医学・心理学関係者の質問回答も、ナチス当局側から紹介されている。

III ナチス・ドイツ (「第三帝国」)

1 ナチスの憲法破毀と動物保護法制定への道

1933年1月30日、第一党(単独過半数ではない)ナチスのアドルフ・ヒトラー (Adolf Hitler) をライヒ総理大臣に任命してしまったパウル・フォン・ヒンデンブルク (Paul von Hindenburg) ライヒ大統領によって、ワイマール憲法48条〔非常権限〕2項に基づき、1933年2月28日の民族および国家の保護のためのライヒ大統領令が公布される。これにより、合法的に基本権が「当分の間」(bis auf weiteres)⁽¹¹⁸⁾ 効力を停止される(1条)⁽¹¹⁹⁾。さらに、ワイマール憲法76条〔憲法改正〕に基づき、1933年3月24日の民族および帝国の危難を除去するための法律(「授権法」)⁽¹²⁰⁾ が公布される。これにより、合法的に政府が法律を制定でき(1条)、「憲法に違反することができる」(2条)⁽¹²¹⁾ ことになった。本法をもって、ワイマール憲法は破毀され (Verfassungsdurchbrechung)⁽¹²²⁾、(その後の一連の法律を併せ) いわば「ナチスの基本法／憲法・国制 (Verfassung)」⁽¹²³⁾ にとって代わられた。ここに、ワイマール共和国は崩壊し、いわゆる「第三帝国」⁽¹²⁴⁾ が成立した。

この二つの法令によって、ナチスは、基本権と統治機構を形骸化させ、諸法を矢継ぎ早に成立させてゆく。⁽¹²⁵⁾ その中で、動物関連法令も、前述の、(実質的にユダヤの儀礼畜殺を禁止した) 1933年4月21日帝国畜殺法を皮切り

に、（形式的・実質的に「公然性」「不快感」要件を外した）同年５月26日改正帝国刑法典145b、360条〔動物虐待罪〕、後述の同年11月24日動物保護法も成立していったわけである（いわば「ナチス動物保護三法」）。

（１）学説（アンシュッツ、そして、ケルロイター、フーバー）、若干の考察

この点、時系列と規定内容によく注意してみたい。上述の大統領令１条およびワイマール憲法48条２項では、同135条〔信仰の自由〕の効力の停止は明記していない。⁽¹²⁶⁾つまり、前述の1933年４月21日の畜殺法の時点では、信仰（ユダヤ教）に基づく儀礼畜殺を禁止することは、形式的には未だ違憲の疑いが濃厚だったことになる。そのためか同法に形式的には「儀礼畜殺」の明文上の禁止規定までではない（ここでも博士論文『1933年以降のドイツにおける家畜の儀式的畜殺——法と判例』⁽¹²⁷⁾が参照に値する）。もっとも、畜殺法への批判を唱えようにも、形式的にも「意見表明の自由」は、もはや停止された時点である（上述の大統領令１条、憲法48条２項、118条）。

他方、実質的にも、すでにワイマール期からユダヤ教の信仰の自由は、大幅に制約される解釈がなされていた。キリスト教のみならず「あらゆる信仰の平等」や「宗教に対する国家の中立性」が導き出されるものであったにもかかわらず、同憲法135条２文〔宗教実践の国家による保護〕の解釈は異なり、キリスト教以外の宗教に保護はなく、プロパガンダ活動など「民族主義者達の間で広く行われていた『ユダヤ人』に対する論戦は、ユダヤ人の宗教に対する攻撃とは理解されず、それゆえ特段の制限に服していなかった」と⁽¹²⁸⁾いう。信仰の自由は「国家の一般的な法律」に服するという同条３文につき、ワイマール期からの権威ある註釈書や『ドイツ国法学便覧』を編み、筆を執ったゲルハルト・アンシュッツ（Gerhard Anschütz）曰く、「国家の法律は宗教の戒律に優先する。国家を脅かし、安全もしくは人倫に反し、秩序違反、または、その他の理由から国家の法律が禁止するものは、宗教的な

確信から行使されていることによっても、許され⁽¹²⁹⁾ない」と解釈したためでもある。1933年以後、アンシュッツは沈黙した。

後の動物保護法註釈書は、アンシュッツこそ引いていないが、その通説に即し、同条3文に基づく国家の一般的な法律として上の畜殺法は宗教的自由を制限することができるゆえ、同条2文に拠るユダヤ人の異議には理由がない、と説く。同書は、ユダヤ人排斥の立法目的を隠蔽しようとしたが、ある研究書は、儀礼畜殺禁止を宗教的自由と動物の身体的苦痛の衡量ではなく、少数派の宗教的自由と民族全体の人倫的感情(後述)の衡量と理解し、少数派は屈服せねばならず、これはワイマール憲法の精神と矛盾しないと言⁽¹³⁰⁾放⁽¹³¹⁾つ。

ナチス時代を通して国法学に台頭したのが、旧来のナチス黨員オットー・ケルロイター (Otto Koellreutter) や、1933年5月入党組のエルンスト・ルドルフ・フーバー (Ernst Rudolf Huber) である。2人の大意は以下の通り。民族的国家の下では、自由主義的国家における国民の基本権、換言す⁽¹³²⁾れば、国家権力に対する個人の自由権というが如きものは、存在し得なくなった。ケルロイターは、民族の「国家」=「社会」(共同体)においては、「全体」と切り離された「個人」なるものは存在せず、「個人」は「全体」に包摂される点を強調する意味で一元論に終始する。フーバーは、民族的国家は民族的個々人の思想・活動の結果に他ならず、「基本権の意味変化」した「民族同胞の法的地位」⁽¹³³⁾を尊重する国家を強調する、そこに(後述の師の学派たる)二元論の出発と別離が窺える。そこでは、「民族に属する個人」(いうならば、民族的価値観を共有した「[特定の]人間」層)の基本権は保障される余地はあるものの、それは本来属性にとらわれない「個人」の自由とは呼べ⁽¹³⁴⁾まい。当該学説に立てば、信仰の自由は、帝国の存立と民族的人倫感情に反しない限り許されるが、「ユダヤに属する個人」の基本権など論ずるまでもなかった。⁽¹³⁵⁾

（２）ニュルンベルク法、ユダヤの「信仰の自由」破毀

後に、動物保護法の1934年第一施行令⁽¹³⁶⁾（後述）、1934年11月14日の動物畜殺に関する命令を改正する命令⁽¹³⁷⁾が公布される。前者の命令1条1項で、畜殺の際に、動物を気絶させるために電氣を用いた装置や手法を用いることが禁じられている。これによって、儀礼畜殺の最後の（文字通り）苦肉の策であった電氣ショックまで禁止されることになった。明文はないが、このユダヤ特定の弾圧は露骨の極みである。

かねてからナチスは、党の25箇目の「綱領」（Programm）を掲げてい⁽¹³⁸⁾た。その24は謳う。「我々は、国家の存続を危殆ならしめず、または、ゲルマン人種の人倫感情および道德感情に反せざる限りにおいて、国家におけるあらゆる宗教の信仰告白の自由を要求する。党は〔…〕我々の内外のユダヤ的・唯物論的精神と闘い、我々民族の永続する復興は次の基盤において内から実現され得るにほかないことを確信した。すなわち、公益は私益に優先する」（ミュンヘン、1920年2月24日）。これは、宣言当時は一政党の文字通りプログラム規定やマニフェストにすぎなかったが、後に信仰の自由の基礎、教会法の拘束力ある最高憲法法規となる。

ユダヤ人排斥は事実上も法的にも進み⁽¹³⁹⁾、1935年9月15日のナチス党大会において、ドイツ人の血と名誉の保護のための法律、帝国市民法、帝国旗法の三法（いわゆる「ニュルンベルク法」）が成立する⁽¹⁴⁰⁾。帝国市民法2条1項は「帝国市民は、ドイツ人または同種の血を有する国籍保持者に限られ、その者は、行態によって意志⁽¹⁴¹⁾を有し適合することを証明し、ドイツ民族および帝国への忠誠をもって奉仕するものとする」と謳う。同法によって、ドイツ国籍や住居を奪われたユダヤの「ライヒのあらゆる住民の信仰の自由」（ワイマール憲法135条）は破毀されるようになったことになる。ユダヤの儀礼畜殺禁止は形式的にも確固としたものとなったわけである。時のある憲法学者は——あくる年には、弟子のフーバーより早く、ケルロイターの手で学界の

表舞台から失脚するが——同三法を「百年来、ドイツ初の自由の憲法 (Verfassung der Freiheit)⁽¹⁴²⁾」と礼賛した。

以上のように、ナチスの憲法破毀と動物保護法制定の道は軌を一にしている⁽¹⁴³⁾。以下では、より具体的にその軌道をみよう。

- (1) 初学者の折に触れた、樋口陽一「バランスのとれた解決のために——法律学の魅力?」『法律学がわかる。』[AERA Mook] (1996) 8頁。
- (2) 拙稿「環境法原則の憲法学的基礎づけ・序論(1)——『個人』『人間』の尊厳からの自主責任手法」法研論集〔早大院〕126号(2008) 177、178、190頁にて、主な先行研究、本稿の後にある暫定的な到達点の一部を示している。
- (3) W. Brugger, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, JZ 2000, S. 165 ff.; ders., Einschränkung des absoluten Folterverbots bei Rettungsfolter?, APuZ 2006, S. 1 ff.
- (4) M. Herdegen, in: Th. Maunz / G. Dürig u. a. (Hg.), Grundgesetz Kommentar, Stand 2003, Art. 1 I. Vgl. B. Kohl, Menschenwürde: Relativierung oder notwendiger Wandel?: zur Interpretation in der gegenwärtigen Kommentierung von Art. 1 Abs. 1 GG, 2007, S. 99 ff. 批判に E.-W. Böckenförde, Die Würde des Menschen war unantastbar, 2003, in: Recht, Staat, Freiheit, erw. Ausg., 2006, S. 379 ff.; ders., Bleibt die Menschenwürde unantastbar?, 2004, in: ebd., S. 408 ff. この翻訳と人間像につき検討中。
- (5) 「動物の尊厳」の主張につき、特に哲学で P. Kunzmann, Die Würde des Tieres, 2007, S. 13 ff.; N. Hoerster, Haben Tier eine Würde?: Grundfragen der Tierethik, 2004, S. 33 ff.; M. Liechti (Hg.), Die Würde des Tieres, 2002, insb., H. Baranzke, Was ist die »Würde des Tieres«, S. 25 ff. 「動物の権利」につきドイツでも数多あるが、まずもってアメリカで、cf. 10の法的論稿を含む C. R. Sunstein and M. C. Nussbaum (ed.), Animal Rights, 2004.
- (6) 樋口陽一「学説と環境——建設の学と批判理論」『憲法 近代知の復権へ』(東京大学出版会、2002) 43頁〔初出1996〕、同「知とモラル そして知のモラル」同27頁〔初出1996〕。なお、『環境』は多義的な語であるが、同34頁以下のいう「環境」は、「立憲主義の側に立つ学説」をとりまく「環境」である。そのうち重要な項目が本

文 abc である。

- (7) 「尊厳」と「尊重」の相違は本稿では論じない。むしろ「尊厳を尊重する」のよう
に用いられ、「尊厳を保護する」との相違が後に重要となる。
- (8) 本稿では、動物実験は中心に据えていない。これを主題に扱う憲法関連文献に
は以下のものがある。S. Mädrich, Forschungsfreiheit und Tierschutz im
Spiegel des Verfassungsrechts, 1988; C. Ch. Hillmer, Auswirkungen einer
Staatszielbestimmung „Tierschutz“ im Grundgesetz, insbesondere auf die For-
schungsfreiheit, 2000; M. Fielenbach, Die Notwendigkeit der Aufnahme des
Tierschutzes in das Grundgesetz: dargestellt am Verhältnis des Tierschutzes
zur Wissenschaftsfreiheit, 2005; W. Löwer, Tierversuche im Verfassungs-
und Verwaltungsrecht, 2006; 石村修「動物に対する法的対応と動物実験」実験動
物ニュース52巻1号（2002）34頁以下、学術の動向7巻9号（2002）42頁以下、佐
久間泰司「医学実験動物の法規制と動物の権利」元山健ほか編著『平和・生命・宗
教と立憲主義』（晃洋書房、2005）177頁以下。
- (9) 本稿は、特に「儀礼畜殺」を扱う。適宜示し論じてゆくが、明瞭に主題とする
ものに K.-A. Schwarz, Das Spannungsverhältnis von Religionsfreiheit und
Tierschutz am Beispiel des „rituellen Schächstens“, 2003.
- (10) 最新文献のみ先取りして挙げれば、「自由」に「人間」と「動物」の質的差異を
求める Th. Gerdes, Tierschutz und freiheitliches Rechtsprinzip, 2007; 「人格」
のメルクマール「意識」「自律」「アイデンティティ」に「人間」と「動物」の量的
差異を探る M.-Ch. Gruber, Rechtsschutz für nichtmenschliches Leben: der
moralische Status des Lebendigen und seine Implementierung in Tierschutz
-, Naturschutz-, und Umweltrecht, 2006, S. 75 ff. も重要であって考察の一助と
するが、予定する答えの一側面しか示し得ていないことになる。
- (11) 拙稿・前註（２）175頁が、環境問題に対する新たな長期目標を示している。
- (12) 正確には、抽象的な責任（Verantwortung）から、具体的な、刑事責任
（Schuld）や賠償責任（Haftung）まであり得る。責任を負う主体は、憲法上は
「国家」であって、「個人」の責任（義務）は第一次的には憲法事項ではない。刑事
上は「自然人」「法人」、民事上は「私人」「国家」もあり得る。
- (13) 拙稿・前註（２）177、178頁にも示した、「個人の尊厳」の理性、または、「人
間の尊厳」の相互承認というメルクマールと、「ヒトの尊厳」が重要となるが、こ
こでは論じない。

- (14) ドイツにつき、vgl. 数多の基本法註釈書のほか、A. Hirt / Ch. Maisack / J. Moritz, Tierschutzgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2007; J. Caspar / M. W. Schröter, Das Staatsziel Tierschutz in Art. 20a GG, 2003; 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頁以下の「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) 184頁以下。Gerdes (Fn. 10), S. 152 ff., 165 ff. も自由な国家哲学・動物保護法一般を基礎とし、現行法を探究する。日本につき、参照、動物愛護管理法令研究会編『動物愛護管理業務必携』(大成出版社、2006)、青木人志『法と動物』(明石書店、2004)。以上の論者の他の重要文献も含め、適宜示してゆく。
- (15) 立法論の予備的作業に、同『動物法』の体系化についての一試論」一橋法学5巻1号〔西村幸次郎教授退職記念〕(2006) 59頁以下。
- (16) Ch. Maisack, Zum Begriff des vernünftigen Grundes im Tierschutzrecht, 2007, S. 141 ff. 後に立ち入りたい。
- (17) 藤井樹也「動物法・環境法と憲法の交錯(1)」公共政策研究8巻1号(2004) 39頁は、本稿と異なる結論を示す。しかしながら、その根拠は次稿に持ち越され、2007年現在、未完である(本稿も根拠は現在未完である)。
- (18) この点、ドイツの動物の「保護」と「権利」の混線を招く1文が、C. R. Sunstein, Introduction: What Are Animal Rights?, in: Sunstein and Nussbaum (Fn. 5), p. 4には見られる。英紙J. Hopper, German Parliament Votes to Give Animals Constitutional Rights, The Guardian, May 18 2002, p. 2を引き、基本法20aを「動物の権利」としてしまっている。また、「最初の欧州の国」というが、これも誤りを含み、補論のスイス参照。
- (19) 動物「虐待防止」と動物「保護」との差異も考えなくてはならないが、さしあたり本稿は後者に前者を含めて用いる。「虐待からの防御ないし尊重」と「保護」と厳密には考えられよう。刑事法解釈につき、三上正隆「動物の愛護及び管理に関する法律27条2項に言う『虐待』の意義(伊那簡判平成15.3.13)」法時78巻10号(2006) 82頁以下。
- (20) 参照、山下正男『動物の西欧思想』(中央公論社、1974)。
- (21) 参照、宮田勝重「フランスの洞窟壁画と動物と人」日仏獣医学会誌15巻1=2号(2004) 45頁以下。
- (22) 参照、奥田和子「聖書は肉食・動物をどう扱っているか——創世記」甲南女子

- 大学研究紀要 人間科学編41号(2005) 57頁以下。同頁は、問題意識の一つに「生きた動物を見殺しにするという残虐性」を挙げる。
- (23) 参照、浜岡剛「ギリシア思想における人間と動物」加茂直樹ほか編『環境思想を学ぶ人のために』(世界思想社、1994) 60頁以下。田中美知太郎・藤沢令夫編訳『クレイトポン・国家』〔プラトン全集11〕(岩波書店、1976) IX 571C〔同訳〕、山本光雄ほか訳『政治学・経済学』〔アリストテレス全集15〕(岩波書店、1969) I8, 1256b〔同訳〕、加藤信朗訳『ニコマコス倫理学』〔アリストテレス全集13〕(岩波書店、1973) VII1, 1145a (以上、独訳・英訳も参照したが邦訳を挙げる)。Vgl. Erbel (Fn. 34), S. 1241.
- (24) Cf. F. Schulz, *Classical Roman Law* (Part V Law of Obligations), 1961, p. 588, 早稲田大学ローマ法研究会・佐藤篤士監訳『古典期ローマ私法』(VII) (第V部 債権債務関係の法) 早法58巻1号〔創立百周年記念論文集I〕(1983) 1頁、S. Riccobono / J. Baviera / C. Ferrini / V. Arangio-Ruiz, *Fontes iuris Romani anteiustiniani II*, Florentiae, 1940 (1968), 同訳「パウルス『意見集』(1)」早法79巻3号(2004) 172頁以下。Vgl. Erbel (Fn. 34), S. 1244.
- (25) この民族観は後の「ロマン主義」、ナチズムにも影響を与えることになる。特に「森の民」の習俗を根底に誌すP. C. Tacitus, *Germania*, 98, 泉井久之助訳注『ゲルマーニア』(岩波書店、1979)。「ゲルマン人」(Germane)につき、平子義雄『環境先進社会とは何か——ドイツの環境思想と環境政策を事例に』(世界思想社、2002) 6頁以下は、ケルト語源「隣人」の意に求め、「森」や民族伝承・神話から「ドイツ人の自然観」を探る。他方、小林孝輔『ドイツ憲法小史』〔新訂版〕(学陽書房、1992) 24、25頁は、「森の死」の問題を挙げ、「森林に住む人」、また、後述グリムやテオドル・モムゼン(Theodor Mommsen)の研究に拠って「森林にて“叫ぶ人”」を意味するという。Vgl. G. Köbler, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 5. Aufl., 1996, S. 68, 田山輝明監訳『ドイツ法史』(成文堂、1999) 108頁〔田中憲彦訳〕の森での崇拜、「精神生活」も。
- (26) Vgl. O. v. Gierke, *Der Humor im deutschen Recht*, 1871, 2. Aufl., 1886, S. 22 ff.; K. v. Amira, *Thierstrafen und Thierprocesse*, 1891; 池上俊一『動物裁判——西欧中世・正義のコスモス』(講談社、1990) 23頁以下、79頁以下、117、160、192、212頁以下、同「ヨーロッパ中世の動物園と動物裁判」歴史学研究595号(1989) 33頁以下、E. P. Evans, *The Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals*, 1906, 遠藤徹訳『殺人罪で死刑になった豚——動物裁判にみる

- 中世史』(青弓社、1995)〔第1部の訳〕、平出禾「動物裁判覚書」『『動物裁判覚書』補遺』専修法学論集17、18号(1974)185頁以下、117頁以下、Erbel (Fn. 34), S. 1243 ff.; H. Mitteis, Deutsche Rechtsgeschichte, neubearb. von H. Lieberich, 19. Aufl., 1992, S. 306, 世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説』〔改訂版〕(創文社、1971)〔11. Aufl.の訳〕424、429、430頁、H. Rüping, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 1981, S. 3, 13 f., 川端博・曾根威彦訳『ドイツ刑法史綱要』(成文堂、1984)2、25頁も(5. Aufl., 2007では削除)。
- (27)「儀礼畜殺」自体の明記はない。ここでは、一、二節のみ挙げれば「動いている命あるものは、すべてあなたたちの食糧とするがよい。わたしはこれらすべてのものを、青草と同じようにあなたたちに与える。ただし、肉は命である血を含んだまま食べてはならない」(『創世記』9章3、4節)。以下も『聖書 新共同訳』(日本聖書協会、1987)に拠る。
- (28) 青木人志『動物の比較法文化』(有斐閣、2002)。同「本研究の目的と方法」同15頁以下〔初出加筆2001〕は、「時間・空間的に限定された〔…〕『国家法〔実定法〕にあらわれた比較法文化的要素』」を具体的に探るために、「動物法」を素材とする方法も本稿に関し重要である。
- (29) 敢えて憲法学の視点から強調ないし付言するとすれば、イギリスにつき、ロック「個人主義」と生物保護(後註〔46〕)、ベンサム「個人主義」と「個としての動物」の「苦痛」(感覚)保護、「もの言わぬ動物のマグナ・カルタ」、フランスにつき、デカルト「自由意志」「心身二元論」「動物機械論」(ルソーも)、動物保護団体という「中間団体」、「人間中心主義」(「公然性」要件)から1978年・1989年世界動物権宣言における「動物中心主義」へ、などの論点がある。後に「個人の尊厳」と「中間団体」を考える手がかりになるのが、特に、愛敬浩二『近代立憲主義思想の原像——ジョン・ロック政治思想と現代憲法学』(法律文化社、2003)、樋口陽一『『からの自由』をあらためて考える——一九〇一年結社法(フランス)一〇〇周年の機会に』法時73巻10号(2001)93頁以下、高村学人『アソシアションへの自由』(勁草書房、2007)である。
- (30) 参照、青木人志「イギリスにおける動物保護法の生成と展開」同・前註(28)21頁以下。
- (31) 参照、同「フランスにおける動物保護法の展開」同49頁以下〔初出加筆1998〕。
- (32) 同「ドイツ語圏における動物保護法の体系化」同150頁。
- (33) 樋口陽一『比較憲法』〔全訂第3版〕(青林書院、1992)が、方法論としても憲

法史を概観する際にも基礎となっている。もっとも、同書も「フランスを中心とした比較史的展開」(57頁以下)となっているため、ドイツについては他の文献に拠るところが多い。

- (34) G. Erbel, Rechtsschutz für Tiere, DVBl. 1986, S. 1235 ff., insb. S. 1240.
- (35) W. C. J. Eberstein, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November: unter Berücksichtigung der Entwicklung in England, 1933, 1999. 副題からも、同書第2部を英国の動物保護の歴史に割く(ebd., S. 23 ff.)。独英比較につき vgl. ebd., S. 371 ff.; 「ドイツと諸外国の刑法の比較描写」(v. Hippel (Fn. 65) [1906]) についても vgl. ebd., S. 258 ff. やはりイギリスにおける「動物虐待に対する第一声」は、いまなおドイツまで響きわたり続けているといえる。Ebd., S. 24 ff. は、本格的な考察を、青木・前註(32)よりも遡り、18世紀初頭から始める。もっとも、本稿はこれに併せてイギリスの動物保護を遡るものではない。ここでは ebd., S. 62が、これを端的に四つの歩みにまとめる点を挙げておく。第1の保護は、動物の良き行態ゆえであった。第2の保護は、動物から人間が利益を得ることにあった。第3の保護は、種の絶滅を阻むために実施された。第4で初めて狭義の動物保護(利他的、倫理的な動物保護)が問題となる。
- (36) Ebd., 63 ff. そこでは、動物保護に親和的なテーゼの代表として、後述のカント、それを批判する、アルトゥール・ショーペンハウアー (Arthur Schopenhauer)、その影響を受け、生の哲学や新カント派に影響を与えたエドゥアルト・フォン・ハルトマン (Eduard von Hartmann) などが挙げられる。Vgl. Erbel (Fn. 34), S. 1241も。
- (37) J. W. v. Goethe, Zoologie, in: Goethes Werke: Hamburger Ausg., Bd. XIII: Naturwissenschaftliches Schriften I, 8. Aufl., 1981, S. 169 ff., 高橋義人訳「動物学」木村直司ほか訳『自然科学論』〔ゲーテ全集14〕(潮出版社、1980)〔底本のAufl. は不明〕159頁以下は、「上顎の顎間骨は他の動物と同様人間にもみられること」(初出1788)の発見から「動物哲学の原理」(1830年の討議)までを収めている。ゲーテの関連論攷を蒐めたものに参照、高橋義人編訳『自然と象徴——自然科学論集』(富山房、1982)17頁以下、172頁以下、188頁以下の「動物のメタモルフォーゼ」「動物と人間」。
- (38) 近年の関連書の一つ挙げるならば、参照、同『グリム童話の世界——ヨーロッパ文化の深層へ』(岩波書店、2006)特に47頁以下、177頁以下。なお、グリムはフ

ランクフルト国民会議、憲法草案作成にも与した。

- (39) I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1797, in: *Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften* (Hg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. VI, 1907, S. 443, 樽井正義・池尾恭一訳『人倫の形而上学』〔カント全集11〕(岩波書店、2002) 322、323頁 (第1部1巻「自己自身に対する完全義務について」2編「人間の、単に道徳的存在者としての自己自身に対する義務」末尾の挿入章「道徳的反省概念の多義性、人間の自己自身に対する義務であるものを他のものに対する義務と考えるということ、について」)。
- (40) Vgl. Eberstein (Fn. 35), S. 64. なお、本稿「はじめに」における問いの中では、「動物」に対する (gegen / für)「個人」「人間」「ヒト」の尊厳と責任、という言い回しを用いた。この「対する (für) 責任」は、カントの意味で即して換言すれば、厳密には『動物』に関する (in Ansehung)『人間』の責任」となる。また、「動物」対する (gegen)「個人」「人間」「ヒト」の尊厳、という言い回しは対比の意であって、カントの「自己自身に対する (gegen)」とは文脈が異なる。
- (41) I. Kant, *Moralphilosophie* Collins, in: *Akademie der Wissenschaften der DDR* (Hg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. XXVII. 1. Hälfte, 1974, S. 413, 458 f., 御子柴善之訳「コリンズ道徳哲学」『講義録II』〔カント全集20〕(岩波書店、2002) 203、269頁 (「II 他人に対する義務について」「動物と霊に対する義務について」)。動物実験は残酷だが許容され、他方、霊的存在との交渉は「人間性の尊厳」に反する (ebd. S. 460, 同270、271頁)。
- (42) Ders., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, in: *Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften* (Hg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. IV, 1911, S. 416, 428 f., 439, 『人倫の形而上学の基礎づけ・実践理性批判』〔カント全集7〕(岩波書店、2000) 46、47、64、65、80頁〔平田俊博訳〕、ders., *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, in: dies. (Hg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. V, 1908, S. 87 f., 同249頁以下〔坂部恵ほか訳〕。
- (43) Ders., *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, 1793, in: dies. (Fn. 39), S. 26 ff., 北岡武司訳『たんなる理性の限界内の宗教』〔カント全集10〕(岩波書店、2000) 34頁以下。なお、vgl. ders. (Fn. 39), S. 420 ff., 訳290頁以下も。
- (44) Ders., *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, 1798, in: dies. (Hg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. VII, 1917, S. 321 ff., 渋谷治美訳『実用的見地における人間

学』『人間学』〔カント全集15〕(岩波書店、2003) 311頁以下。

- (45) Ders., Recension von Moscatis Schrift: von dem körperlichen wesentlichen Unterscheide zwischen der Structur der Thiere und Menschen, 1771, in: dies. (Hg.), Gesammelte Schriften, Bd. II, 1905, S. 425, 福田喜一郎訳「モスカティ著『動物と人間の構造の身体上の本質的相違について』の論評」『前批判期論集3』〔カント全集3巻〕(岩波書店、2001) 391頁の「理性」「社会」による人間の優位も後の考察の一助となる。
- (46) なお、J. Locke, Some Thoughts Concerning Education, 1693, in: The Works of John Locke in Nine Vol., 12. ed., 1824, Vol. 8, § 116, 服部知文訳『教育に関する考察』(岩波書店、1967) 184頁(訳は適宜改めた)の第11章「残酷さについて」も「子どもたちは、初めからいかなる生き物も殺したりいじめたりすることを嫌悪するように育てるべきで、まだどんな物でも、もっと高貴なものを保護するためとか、あるいはその役に立つのでなければ、損なったりこわしたりしないよう教えるべき」と説く。「動物をいじめたり殺したりする習慣は、次第に彼らの心を人間に対してすら冷酷にさせるからですし、また人間より劣った生物を苦しめ、殺して喜ぶ者は、自分と同種〔ヒト〕の中の劣った者に対して、非常に情愛深く、優しいことは、あまりないことですから」ともいう。「残酷」「無感覚」からの「人間」のための保護の点で、カントは先人のロックと同旨である。「生死にかかわる裁判の陪審から、畜殺業者を除外するというわが国〔英国〕の慣行は、この点を顧慮したもの」というも、後述の畜殺問題と関わる。また、J. Locke, An Essay Concerning Human Understanding, 1690, in: ibid., Vol. 1, chap.1 § 1, 大槻春彦訳『人間知性論(一)』(岩波書店、1972) 33頁(強調は訳)の冒頭は、「およそ人間を人間以外の感知できる^{ものの}存有者の上に置いて、あらゆる点でそれらの^{ものの}存有者よりすぐれさせ、支配させるものは、知性である」ではじまり、「探求の労に値する主題」ゆえ本稿では控える。参照、前註(29)も。
- (47) Entwürfe des Kriminalgesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1821 und 1824. この草案は公開されていない。J. F. H. Abegg, Ueber die Bestrafung der Mißhandlung von Thieren, in: Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 12, 1832, S. 636 ff. ほかを引く Eberstein (Fn. 35), S. 77に拠る。以下、公開されている当時のドイツ諸国の諸法も、さしあたりこれに拠る。Vgl. Erbel (Fn. 34), S. 1244 f. も。
- (48) 憲法における議会史につき、vgl. G. Schmidt, Der sächsische Landtag 1833-

- 1918, in: R. Groß / M. Kobuch (Hg.), Beiträge zur Archivwissenschaft und Geschichtsforschung: FS für H. Schlechte 1988, S. 445 ff., 松尾展成編訳『近代ザクセン国制史』(九州大学出版会、1995) 65頁以下〔初出1992〕。
- (49) 憲法や動物保護協会などの記述を除いて、以下も Eberstein (Fn. 35), S. 90 ff. に拠るところが大きい、順や視点などは違えてある。
- (50) 敬虔主義の牧師クリスティアン・アダム・ダン (Christian Adam Dann) の尽力を継いで、1837年6月17日に「動物虐待防止祖国協会」を設立した牧師アルベルト・クナッパ (Albert Knapp) は、動物虐待に対する法律の不在を非難した。現在は「シュトゥットガルト動物協会」(<http://www.stuttgarter-tierschutz.de/>〔Stand: 2007〕)。なお、後註(51)のように、「ミュンヘンで大陸で最初」の動物保護協会、という部分の演説は誤りになる。
- (51) 1850年フランス動物保護法案を提出した議員・将軍ジャック＝フィリップ・デルマー・ド・グラモン (Jacques-Philippe Delmas de Grammont) の議会本会議演説では、「イギリス、ババリア、スイス、ドイツのほとんどの国」「わが隣人たちの手本にしたがい、フランスの立法者には、他の国で効力を有する法律を参照し、それをわが国の精神と風俗に関連づけるしかありません」と、また、「一八四一年十二月にミュンヘンで大陸で最初のこの手の協会」〔動物保護協会〕「この協会はすばらしく運営され、北ヨーロッパ、のちにはハバナおよびフィラデルフィアで組織されたたくさんの協会の模範となっています」とも説かれた(参照、青木・前註〔31〕79頁以下。この史実は重視されていない)。前註(50)の通り、同演説における「大陸で最初」の部分の誤りということになる。なお、「動物虐待反対ミュンヘン協会」は、1841年12月9日に設立集会が開かれた。現在は「(登録協会)ミュンヘン動物協会」(<http://www.tierheim-muenchen.com/>〔Stand: 2007〕)。
- (52) 主に18世紀まで(特に1701年)の高柳信一『近代プロイセン国家成立史序説』(有斐閣、1954)と主に19世紀後半から(特に1862年)の前田光夫『プロイセン憲法争議研究』(風間書房、1980)の間に位置する時代である。
- (53) 1882年には、有名なベルリン動物園駅が設置されている。なお、1939年にティーアガルテン通り4番地に「T4作戦」本部が置かれたことは、その作戦名の由来となった(後註〔182〕)。第二次大戦後、動物園は、ティーアガルテンの南西に路上から再建され、現在も両者は憩いの場として親しまれている(<http://www.zoo-berlin.de/>〔Stand: 2007〕)。
- (54) Norddeutscher Bund を、北ドイツ連邦ではなく同盟と訳したのは、ドイツ統

一前で連邦国家(Bundesstaat)ではなく国家連合(Staatenbund)近いからである。世良・前註(26)、栗城壽夫「序論」同・後註(61)[1997]80、94頁もこれを用いる。

(55) なお、本文に加え、もう一つ歴史的な点として、次稿の基本法20a条改正の契機となった連邦憲法裁判決の事件があったのは、奇しくも、このヘッセン選帝侯国とヘッセン大公国の境に位置する山村である。事件の発端は、上記命令のいう「肉屋」に「畜殺される家畜」である。ここでは歴史の伏線があったことに光を当てるにとどめよう。

(56) 栗城壽夫『ドイツ初期立憲主義の研究——バーデンにおける憲法生活を中心として』(有斐閣、1965)20頁によれば「三月前期」最も立憲主義的であったが、本法令は遅れた。

(57) Eberstein (Fn. 35), S. 117 f.

(58) 上述のように、「公然性」ないし「不快感」の要件ありは、ザクセン、プロイセン、オルデンブルク、ハノーファー、バーデン、ヴェルテンベルクなど、要件なしは、ヘッセン＝ダルムシュタット、バイエルン、ヴァルデック、ブラウンシュヴァイク、メクレンブルクなど。風紀警察ないし「人倫性」の問題とする諸国は、ほぼ全てに及ぶ。

(59) Vgl. E. Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, Teil 1, 1823; Eberstein (Fn. 35), S. 119.

(60) Ebd., S. 117, 120.

(61) この時代の系譜に光を当てる研究書・論文集につき、特に vgl. E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. I-VI, 1957-81; E.-W. Böckenförde, Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert, 1967 erw. F. 1981, in: ders. (Fn. 4), S. 273 ff., 村上淳一訳「一九世紀ドイツ立憲君主政の国制類型」成瀬治編訳『伝統社会と近代国家』(岩波書店、1982)487頁以下、学説史を綴る ders., Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 1995; 立憲主義から説き起こす D. Grimm, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, 1988, S. 10 ff.; R. Wahl, Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866, 2003, in: Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 341 ff. 日本での先駆的研究に、鈴木安蔵『比較憲法史』(三笠書房、1936)が、「直接的には何ら政治的のものでもな」い(4頁、傍点は原文)、「一八四八年前後のドイツ」(117頁以

下)、「舊プロシア外見的立憲主義の成立と特質」(189頁以下)を記す。「初期立憲主義」につき栗城・前註(56)1頁以下、学説史をめぐる同『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』(信山社、1997)。一般的には、vgl. 最近の W. Frotscher / B. Pieroth, Verfassungsgeschichte, 6. Aufl., 2007, S. 116 ff.; 小林・前註(25)97頁以下、樋口・前註(33)95頁以下と、当該文献一覽。

(62) 前註(46)ロック、前述カントも、個人の自由啓蒙と、人間の風紀ゆへの動物保護啓蒙。

(63) ドイツ帝国刑法典としての北ドイツ同盟刑法典の編纂に関わる法律。なお、当初は、北ドイツ同盟の草案と同様、「50ターラー以下の罰金刑」であったが、1873年から通貨変更(1873年7月9日帝国銀行法)に伴い「150マルク以下の罰金刑」に換算された。

(64) 同条と重複する条項に、同刑法典366条7号「石もしくは他の硬い物体または汚物を、人間、ウマ、または、他の車用もしくは運搬用動物〔…〕へ投げる者」、368条11号「権限なく卵または雛を狩猟可能な野鳥または鳴鳥から取る者」も「20ターラー以下の罰金刑または14日以下の拘留に処する」と規定された。これらも公の安全と秩序に対する違反の「違警罪」にとどまる。なお、366条5号〔公共の場への動物の置き去り等〕、6号〔イヌの人間へのけしかけ〕、367号11号〔警察の許可なく危険な野生動物を保有し、または、野生動物もしくは猛獣を自由に徘徊させる等〕も明らかに「人間」のためである。また、175条「男性の者の間または人間と動物によって行われた反自然的な猥褻は、軽懲役に処する。また、公民権の喪失も認めることができる」も挙げられる。立法趣旨は動物保護ではないが、同規定の行為は動物虐待になり得るという見方もある。後に、ナチス政権下1935年改正によって、「男性間の猥褻」が175条に、加重的事由が175a条に、「動物」については「ソドミー」としてほぼ同文で175b条に規定された。さらにその後、東ドイツでは、1968年まで175条に帝国刑法典同条とほぼ同文が規定されていた。なお、「同性愛行為」は1994年改正削除。

(65) 以下の本条についての記述は、R. v. Hippel, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891; ders., Die Tierquälerei (§ 360 Nr. 13 RStGB), in: K. Birkmeyer (Hg.), Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung, 1906などに基づく Eberstein (Fn. 35), S. 122 ff., S. 129に拠るところが大きい。H. Rüdorff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 13. Aufl., 1885, S. 158; ders., in: M. Stenglein (Hg.), Strafgesetzbuch für das Deutsche

Reich: Kommentar, 3. Aufl., 1881, § 360 Nr. 13も。邦語文献では、青木・前註（32）151頁、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）195頁が、本条の言及から始める。

(66) 例えば v. Hippel (Fn. 65) [1891], S. 40 ff.; Rüdorff (Fn. 65) [1881], Rn. 27が挙げられる vgl. Eberstein (Fn. 35), S. 130 ff. それゆえ、この規範適用の限定、保護の欠缺について、批判も展開されるところであった (ebd., S. 148 ff.)。その動物の声を代弁したのは、上述の動物保護協会であり、後述の改正案へとつながってゆくことになる。

(67) Vgl. ebd., S. 131.

(68) 本稿では深く立ち入らない、学問上の動物実験（生体解剖）については、当時、職業の権利 (Brufrecht) 論、国家の承認した目的論、一般原則としての緊急避難、特別の許可規定など、「生体解剖論争」が繰り広げられた。Ebd., S. 132 ff., S. 161 ff. なお、当時のプロイセン憲法ないし帝国憲法には「職業（選択）の自由」の明文はないが、1850年プロイセン憲法20条は「学問の自由」を規定していた（フランクフルト憲法158条は「職業選択の自由」、同152条も「学問の自由」を掲げていた）。

(69) Vgl. ebd., S. 137 ff.

(70) G. H. Wetzlich, Das Recht der Tiere oder Beleuchtung des richtigen Verhältnisses zwischen Tier und Mensch in sittlicher und rechtlicher Beziehung, hrsg., von dem Verbände der Tierschutzvereine des Deutschen Reiches, 1890.

(71) I. Bregenzer, Thier-Ethik: Darstellung der sittlichen und rechtlichen Beziehungen zwischen Mensch und Their, 1894.

(72) R. v. Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. 2, 1883, S. 113, 139 ff. なお、「人間における目的問題の出発点としての、動物における目的概念」につき Bd. 1, 1877, S. 26 ff.; 山口迪彦編訳『イエーリング・法における目的』（信山社、1997）〔Bd. 1の訳〕58頁以下。

(73) Ders., Der Kampf um's Recht, 1872, S. 27 f., 村上淳一訳『権利のための闘争』（岩波書店、1982）〔11. Aufl., 1894の訳〕50頁参考、小林孝輔・広沢民生訳『権利のための闘争』（日本評論社、1978）〔22. Aufl., 1929の訳〕38頁参考。同書1891年序文で自ら語るように Kant (Fn. 42) と同旨という「権利のための闘争は、権利者の自己自身に対する義務である」、「人間にとっては、肉体的な生命ばかりでなく、道徳的な (moralische) 生存も重要であり、そのための条件の一つが権利を

主張することなのである」に続く一節である。Vgl. Erbel (Fn. 34), S. 1241も。

- (74) F. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6. Aufl., 1894, S. 604; リストの手による最後の21 u. 22. Aufl., 1919, S. 623も同文 (v. Hippel (Fn. 65) [1891], S. 40 ff. も参照する)。吾孫子勝・乾政彦訳『独逸刑法論 各論』(早稲田大学出版部、1908) [11. Aufl., 1902; 14 u. 15. Aufl., 1905の訳] 700頁は、「帝国刑法は之を以て国民の風教上の感情を害ふものと認むれども獣類に関して存在する獣類保護の権利なるものを認めて此権利の侵害を罰するものとするの主義を採らず、蓋し、至当の見解なり」と意識する。次いで、上記「公然性」「不快感」を強調する点で解釈レベルではある。5. Aufl., 1892の「動物虐待は〔…〕動物保護の観点から罰するのではない〔…〕」という記述は変更されたことになる。
- (75) Ebd., 3. Aufl., 1888, S. 114, 吾孫子ほか訳・後註(87) 207頁以下、v. Gierke (Fn. 26) など、前述の動物裁判(訴訟)を顧み始めたのも「この時代」であった。動物が「犯罪の主体」となり、刑罰の対象となる考えは、その意味において「動物の(実体・訴訟上の) 権利」と結びつき得る。スイスの刑法学者 E. Osenbrüggen, Studien zur deutschen und schweizerischen Rechtsgeschichte, 1868, S. 139 ff. は「動物の人間化」として説明する (ドイツ史研究 Evans (Fn. 26), p. 10 f., 訳17、18頁も)。後述の「人間」と「動物」の境界の崩壊に関わる点である。
- (76) Vgl. Eberstein (Fn. 35), S. 141.
- (77) Ebd., S. 214は「1880年代半ば」と言い切る。もっとも、後註(87)のように、リストは、1894年から「ユダヤ人」、1903年から「儀礼畜殺」に関して説き始めた。
- (78) 「失神」とも訳せる。動物実験の場合「麻醉」とも訳せるが、打撃・電気ショックなどによる場合もあり、「麻痺」(Lähmung)とは異なるという見方もあり、「気絶」と訳した。
- (79) Vgl. ebd., S. 214 ff.; Erbel (Fn. 34), S. 1242. 旧約聖書の『創世記』は前註(27)。『レビ記』17章10-12節「イスラエルの家の者であれ、彼らのもとに寄留する者であれ、血を食べる者があるならば、わたしは血を食べる者にわたしの顔を向けて、民の中から必ず彼を断つ。生き物の命は血の中にあるからである。わたしが血をあなたたちに与えたのは、祭壇の上であなたたちの命の贖いの儀式をするためである。血はその中の命によって贖いをするのである。それゆえ、わたしはイスラエルの人々に言う。あなたたちも、あなたたちのもとに寄留する者も、だれも血を食べてはならない」、『申命記』12章23、24節「ただ、その血は断じて食べてはならない。血は命であり、命を肉と共に食べてはならないからである。血は食べることな

く、水のように地面に注ぎ出さねばならない」。

(80) Vgl. Eberstein (Fn. 35), S. 216.

(81) 参照、西原博史「Gewissensfreiheit 概念のドイツ制度史上の変遷」『良心の自由』（増補版）（成文堂、2001）473頁以下〔初出加筆1985〕。

(82) 1871年ドイツ帝国憲法は「基本権」の章を有していないため、諸ラントを代表して、ここでは1850年プロイセン憲法の第2編「プロイセン人の権利」を挙げた。以下、同じ。

(83) 前註（29）の論点と関わり、この点は同時代のフランスと異なる。

(84) ドイツ帝国党（DRP）など右派や、国民自由党（NLP）などの議論の説くところは、ebd., S. 217 ff. なお、「個人」に対する「団体の基本権」という問題はここでは論じない。

(85) Vgl. F. Uekötter, Umweltgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert, 2007, S. 21.

(86) v. Hippel (Fn. 65) [1906], S. 250等に拠る vgl. Eberstein (Fn. 35), S. 135.

(87) F. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 12 u. 13. Aufl., 1903, S. 155 f.; リストの手による最後の21 u. 22. Aufl., 1919, S. 148; ナチス期前夜〔補訂版（E. Schmidt）〕最後の26. Aufl., Bd. 1, 1932, S. 216も同文。違法性阻却事由につき、5. Aufl., 1892, S. 156まででは「ユダヤ人」の記述がなく、6. Aufl., 1894から11. Aufl., 1902までは「ユダヤ人の割礼およびその他」とあり「儀礼畜殺」の明記まではない。吾孫子勝・乾政彦訳『独逸刑法論 総則』（訂正再版）〔早稲田大学出版部、1908〕〔11. Aufl.の訳〕276、277頁は、「生存する獣類に対する学術上の試験殊に生体解剖の如き其他猶太人の割礼等の如き職務上の権利の行使と見ることを得べし」。

(88) G. Radbruch, Der amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafbuch und Schächten nach jüdischem Ritus, Gutachtliche Äußerung, c 1926, Abzug aus der Akte Geh. StA, Rep. 84a Nr. 8420, Bl. 400 ff., im Juristischen Seminar der Christian-Albrechts-Universität Kiel, in: zur Frage der betäubenden Wirkung des Schächtschnitts, S. 1. これをEberstein (Fn. 35), S. 136, 233 ff. も参照する。本文引用はH. H. O. Sander, Der Tierschutz im Strafbuch, 1931, S. 85に拠る。これをAdolph (Fn. 131), S. 16も引く。これを更にKluebing (Fn. 166), S. 80も曾孫引く。文中1919年ワイマール憲法135条、1927年ラートブルフ草案につき後述。

(89) Vgl. Eberstein (Fn. 35), S. 136.

(90) v. Liszt (Fn. 74) [1919], S. 628, 訳701頁は、各論においても(主に動物実験を念頭に置くが)動物虐待罪の当該条項「要件」を具備するときのみ可罰性がある点を結論とする。

(91) Sander (Fn. 88), S. 86. これは1931年の時点、ハイデルベルク大学、おそらくラートブルフの下で博士論文を書き上げた26歳の若さゆえ断言できたのだろうか。同書は、文化国家から思想史、法理論・法的根拠、草案批判、儀礼畜殺を仔細に追っている。

(92) 詳細は割愛、プロイセンラント令5条「結局、儀礼畜殺は信頼のおける儀礼畜殺業者によって実施されるものとする」が端的に示すよう、全般的に禁止されず、ユダヤ側に好意的である。v. Hippel (Fn. 65) [1891], S. 32に拠る vgl. Eberstein (Fn. 35), S. 221 ff.

(93) Gesetz über die Schlachtvieh- und Fleischbeschau vom 3. Juni 1900. 同法1条3項では、動物を気絶させることができない状況で畜殺をせざるを得ない「緊急畜殺」(Notschlachten)を規定し、後の畜殺法も同条項の概念に基づくことになる。

(94) Bekanntmachung über das Schachten von Tieren vom 2. Juni 1917. 同1条では、指定された者のみ儀礼畜殺を行なうことが許され、緊急畜殺も認められる旨、2条では、この公示の違反は、6箇月以下の軽懲役もしくは1500マルクの罰金、または、両刑の併科を処する旨、掲げられた。過渡的な経済上の措置であるものの、儀礼畜殺を制限するが禁止する意図はないことが、強調される。

(95) Vgl. ebd., S. 231 ff.

(96) F. Schmoll, Erinnerung an die Natur: die Geschichte des Naturschutzes im deutschen Kaiserreich, 2004. S. 237 ff. 参照、この時代のドイツ植民地支配を専門とする歴史学の書評、浅田進史「帝政期ドイツにおける『自然保護』の近代」公共研究2巻2号(2005)321頁以下。一般にブタやニワトリが人間の寝室に入るとは許されないのに対し、イヌやネコであれば許されるといったことや、ある動物が絶滅の危機に瀕すると、稀少種として、過去の遺産(「自然についての記憶」、記念物)として大事にされることは、表裏一体の関係という。ただ、後註(100)のように、同書では鳥類保護に焦点があり、その例は、本稿の「個としての動物保護」とは対象が異なる。同書の眼目の一つは、「収奪」と「崇拜」の二面性が急進化していく過程を見抜く。ある動物は単に人間の食料として大量に飼育され殺され

る一方で、ある動物が人格化〔時に神格化も〕される。この二面性を矛盾ではなく、不可分一体とみるのである。自然に対する徹底的な合理化（効率化）は、同時に、人間の行為に明確な規制（「タブー化」）を必要とする、というのである。そこでいう「タブー化」が、この時代から法的に具体化され始めたともみることができよう。

- (97) 帝国刑法典360条13号に関する命令との関係、帝国法と諸ラント法との比較については、vgl. Eberstein (Fn. 35), S. 142 ff. 動物に関する手続的な諸規定として、帝国刑法典総則と裁判所構成法が挙げられる。Vgl. ebd., S. 136 f.
- (98) Vgl. v. Liszt (Fn. 74) [1919], S. 628, 訳701頁、Wetzel (Fn. 106), S. 46 ff.
- (99) 1892年当時、191箇所の動物保護協会、7万人の会員を有していた。Vgl. Uekötter (Fn. 85), S. 12, 21. 2007年現在、ボンに本部があり、720箇所の動物保護協会、509箇所の動物保護施設、80万人以上の会員を擁し、ヨーロッパの動物および自然保護団体では最大である。動物保護施設は動物の緊急避難・医療の施設であり、1995年に動物保護施設規則（-ordnung）も（<http://www.tierschutzbund.de/>（Stand: 2007））。M. Zerbel, Tierschutz im Kaiserreich: ein Beitrag zur Geschichte des Vereinswesens, 1993が主題とする。
- (100) 「鳥類保護連盟」は、1875年にハレで「鳥類学協会」（Verein für Vogelkunde）設立、1878年に「ドイツ鳥類保護協会」（Deutscher Verein zur Schutz der Vogelwelt）に改称されたことに端を発している。1933-45年は「帝国鳥類保護連盟」（Reichsbund für Vogelschutz）として統制下であり、1965年に「ドイツ鳥類保護連盟」（Deutscher Bund für Vogelschutz）と改称し、1990年に「ドイツ自然保護連盟」（NABU）へ発展した。現在、40万以上の会員を擁する（<http://www.nabu.de/>（Stand: 2007））。Schmoll (Fn. 96), S. 249 ff. によれば、19世紀末までは、経済的理由からの益鳥保護のみであったが（害鳥やネコの「絶滅戦争」も唱えられた）、1900年頃から、倫理的・審美的理由から、鳥類一般の保護に広がった、という。ここにも、人間中心主義が文字通り鳥瞰できる。
- (101) Th. Mann, Herr und Hund, 1919, 山下肇訳「主人と犬」『トーマス・マン全集8』（新潮社、1971）428頁以下は、ders., Betrachtungen eines Unpolitischen, 1918, 森川俊夫ほか訳「非政治的人間の考察」『トーマス・マン全集11』（新潮社、1972）9頁以下と ders., Von deutscher Republik, 1922, 青木順三訳「ドイツ共和国について」『講演集 ドイツとドイツ人』（岩波書店、1990）39頁以下の間に時系列も思想も位置する作品である。なお、後でもみるが、参照、中島邦雄「トーマス

・マンの短編小説『主人と犬』と『環境文学』——『わたしのエコロジー』の確立に向けて」嶋崎啓ほか『自然との共生の夢——エコロジーとドイツ文学』(鳥影社、2002) 145頁以下、207、208頁。同156、180頁以下は「犬の心」への感情移入に「人間中心主義(的遠近法)」の拡張・止揚の契機を読みとる。

(102) 本稿と関わり、特に、平等(109条)、国籍(110条)、移転・職業の自由(111条)、人身の自由(114条)、罪刑法定主義(116条)、意見表明の自由(118条)、結社の自由(124条)、請願権(126条)、信仰・良心の自由(135条)。

(103) Vgl. Eberstein (Fn. 35), S. 254 ff.

(104) Vgl. ebd., S. 260 ff. なお、同書付録に8の刑法典草案が掲載されている(S. 414 f.)。

(105) Vgl. A. Kaufmann, Gustav Radbruch, 1987, 中義勝・山中敬一訳『グスタフ・ラートブルフ』(成文堂、1992)。

(106) Vgl. ebd., S. 317 ff.; Klueting (Fn. 166), S. 82 f.; O. M. L. Wetzel, Der Tierschutz im Reichsstrafrecht, 1936, S. 7 ff.

(107) Ebd., S. 9.

(108) たしかに、H. Kerl, Nationalsozialistisches Strafrecht: Denkschrift des Preußischen Justizministers, 1933, S. 60, 司法大臣官房調査課訳『ナチスの刑法——プロシヤ邦司法大臣の覚書』〔司法資料184号〕(1934) 100頁も第2章3款「宗教及び風俗に対する侵害」の5目「感情生活を殺伐ならしめる行為」の「動物虐待罪」で同法145b条を説きはする。しかし、「家畜に対する危害」(例に餌料への異物混入)として「〔動物の〕生命に対する悪意に因る侵害は、人間の場合に於けると全く同様に保護するの必要があるものであると解する」点は、まさに人間中心主義からの離陸である。別の点は後述。

(109) ここでは、Eberstein (Fn. 35), S. 237 ff. および、この時代この場所この問題に特化した研究論文の、井上琢也「失神していない牛は痛みをどれだけ感じるのか——『儀式畜殺』(Schächten) 禁止をめぐる1920年代後半のバイエルン議会での議論を追って」国学院法学39巻4号(2002) 153頁以下に拠る(次稿の連邦憲法裁2002年1月15日「儀礼畜殺」判決と同年7月26日基本法20a条改正の間というタイミングで執筆されているゆえ臨場感がある)。下記畜殺法の訳も参考とした。なお、ここではバイエルンを挙げたが、1927、1928年のプロイセンラント議会の儀礼畜殺につき vgl. ebd., 247.

(110) 当時のバイエルン議会の内外における勢力図は、cf. G. Pridham, Hitler's

- Rise to Power, 1973, 垂水節子・豊永泰子訳『ヒトラー権力への道——ナチズムとバイエルン1923-1933年』(時事通信社、1975)。なお、適宜、ここではNationを「国民」「全国」、Volkを「国民」と訳した(しばしば「人民」と訳されるが、右派政党にはこれを避けた。むしろ「民族」の意である)。
- (111) 井上・前註(109)の議事録の詳細な紹介、同27頁の印象を受けての本稿の印象。ナチスは、巧みに反ユダヤ主義の臭いを消しながら、残虐性を示す医師や生理学者の鑑定を引き、(後に「科学」の名の下に「生きるに値しない生命」を葬るが、ここでも)「科学」的正当性を盾に各政党を包摂して反「儀礼畜殺」闘争に勝利した、と同28頁はみる。
- (112) Gesetz und Verordnung über das Schlachten von Tieren vom 17. Mai 1930.
- (113) 1931年6月27日のブラウンシュヴァイク、1932年7月14日のアンハルトとメクレンブルク=シュトレリッツ、同年10月5日のオルデンプルク、同年12月2日のメクレンブルク=シュヴェリーン、同年12月15日のチューリングェン、1933年3月17日のヘッセンとヴュルテンベルク、同年3月22日のバーデンとザクセン。
- (114) Gesetz und Verordnung über das Schlachten von Tieren von 21. April 1933.
- (115) Giese / Kahler (Fn. 150) [1944], S. 158 f. Ebd.[1951], S. 154 f. では、本文のように1文が削除され、「一般的に」が強調されている。
- (116) Eberstein (Fn. 35), S. 252.
- (117) Giese / Kahler (Fn. 150) [1944], S. 152 f. 獣医学(畜殺学を含む)では、ワイマール時代から民族主義・反ユダヤ主義が強く、ナチス政権下では黨員比率も高かったという。なお、憲法国家における獣医大学制度は、1778-1829年にかけて領邦国家に設置、1920年に改革がなされてきた(vgl. Huber (Fn. 61), IV S. 927, 947, VI S. 978)。本法令につき、当時ではvgl. Giese / Kahler (Fn. 150) [1944], S. 152 ff. 160 ff., 164 ff.; 現在ではvgl. Eberstein (Fn. 35), S. 217 ff.; Klueting (Fn. 166), S. 78 ff.; Sax (Fn. 200), p. 110, 訳170頁。ユダヤ儀礼畜殺につき、背景も含めて第13章「畜殺」を割くcf. ibid., p. 139 ff., 同213頁以下。
- (118) Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933.
- (119) 本令は、形式的には合法的だが、制定過程では実質的には違法にも暴力により、特に前夜のライヒ議会議事堂放火事件の翌朝に公布されたことから、「ライヒ

議会議事堂炎上命令」とも呼ばれる。本令1条は、明文で、人身の自由(ワイマール憲法114条)、住居の不可侵(115条)、信書等の自由(117条)、意見表明の自由(118条)、集会の自由(123条)、結社の自由(124条)、および、所有権(153条)を、「当分の間」効力を停止する、という。「当分の間」は実質的には1945年まで、形式的には1947年6月20日の連合国管理委員会の法令55号まで継続した。

(120) Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich („Ermächtigungsgesetz“) vom 24. März 1933.

(121) 本法も、暴力を用いて強行的に成立され、いわゆる「全権委任法」や「暫定的憲法」とも呼ばれる。事実上、ワイマール憲法68-77条(5章「ライヒの立法」)は廃止されたことになる。本法5条は「1937年4月1日に失効する」とする時限立法とされたが、再三延長する法律・命令により形式的には1945年9月20日の連合国管理委員会の法令1号まで継続した。

(122) Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 99 f., 尾吹善人訳『憲法理論』(創文社、1972) 129、130頁、阿部照哉ほか訳『憲法論』(みすず書房、1974) 127頁、岩間昭道『憲法破壊の概念』(尚学社、2002) 5頁以下〔初出修正1974-78〕。

(123) Vgl. M. Broszat, Der Staat Hitlers: Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung, 1969 (2007), S. 24 ff., 65 ff., 173 ff., 387 ff.; 特集「ナチス独逸の研究」国家52巻6号(1938)、特に、宮澤俊義「ナチス・ドイツ憲法の生成」同33頁以下、大石義雄「ナチス・ドイツの憲法」産大法学2巻4号(1969) 74頁以下、南利明「民族共同体と指導者：憲法体制」静岡大学法政研究7巻2号(2002) 123頁以下、同「指導者-国家-憲法体制の構成」同巻3号(2003) 1頁以下、同『ナチス・ドイツの社会と国家』(勁草書房、1998) 7頁〔初出1988-〕も。

(124) 本稿では、この時点から Reich を「ライヒ」ではなく「帝国」と敢えて訳すことにする。なお、形式的には、1934年1月30日の帝国の改造に関する法律4条の「帝国政府は新憲法を制定することができる」を重視することもできよう。

(125) 以下の引照文献では、当時に、バイエルン司法大臣・法学士院長(後のポーランド総督〔異名「畜殺者」〕)の H. Frank (Hg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935; 杉村章三郎・我妻榮・木村龜二・後藤清『ナチスの法律』(日本評論社、1934)、戦後に、H. Rottleuthner (Hg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, 1983, ナチス法理論研究会訳『法、法哲学とナチズム』(みすず書房、1987)、M. Stolleis, Recht im Unrecht: Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, 1994; ders. u. a (Hg.),

- Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus, 1989; J. Rückert / D. Willoweit (Hg.), Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, 1995; ナチス研究班『ナチス法の思想と現実』(関西大学法学研究所、1989)、文献目録も、南利明「指導者-国家-憲法体制における立法(1)～(3)」静岡大学法政研究8巻1-3=4号(2003-04)。
- (126) 前註(119)に挙げた7箇条の基本権のみ明記している。
- (127) Vgl. R. Jentzsch, Das rituelle Schlachten von Haustieren in Deutschland ab 1933: Recht und Rechtsprechung, 1998, S. 71, 78 f., 254, 275 f., 297.
- (128) Ch. Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 323, 原田武夫訳『ヴァイマル憲法』(風行社、2002)269、270頁参考。キリスト教は刑法166条以下により特に論難に対して保護されていた。国家と教会の真の分離ではないことにつき W. Apelt, Geschichte der Weimarer Verfassung, 1946, S. 326.
- (129) G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933, S. 621. Vgl. ders., Die Religionsfreiheit, in: ders. / R. Thoma (Hg.), HbDStR II, 1932, S. 675 ff.
- (130) Giese / Kahler (Fn. 150) [1944], S. 159.
- (131) J. Adolph, Der Schutz des Tieres im Deutschen Recht, 1936, S. 16. Ebd., S. 16 f. は、先のラートブルフの言説(同様に弟子も、前註[88][91])は「政治的事由ゆえにすぎないと解されるべきである!」とも言い放った。
- (132) 当時の国法学については、特にvgl. 以下でもみる E.-W. Böckenförde (Hg.), Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, 1985, Iの3論文; カール・クレッシェル講演(笹倉秀夫訳)「ナチズム下におけるドイツ法学」石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像——ドイツ法史の新しい道』(創文社、1989)特に347頁以下、M. Stolleis, Im Bauch des Leviathan: Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus, 1989, in: ders. (Fn. 125), S. 126 ff.; H. Dreier / W. Pauly, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, VVDStRL 2001, S. 9 ff. この国法学者大会への批判に B. Schlink, Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht, 2002, S. 124 ff., 岩淵達治ほか訳『過去の責任と現在の法』(岩波書店、2005)94頁以下。エルンスト・フォルストホフ(Ernst Forsthoff)、ラインハルト・ヘーン(Reinhard Höhn)、ルドルフ・スメント(Rudolf Smend)など触れられなかった点は課題とする。参照、岡田正則「ナチス法治国家と社会的法治国家(1)～(4・完)——戦後西ドイツ公法学への『連続性』問

- 題の一考察」法研論集(早大院)41-45号(1987-88)。
- (133) 「民族的人格」「民族的人間的人格権の保護」とも説く O. Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht, 2. Aufl., 1936, S. 86, 88 ff.; 3. Aufl., 1938, S. 90, 92 f., 矢部貞治・田川博三訳『ナチス・ドイツ憲法論』(岩波書店、1939) [3. Aufl. の訳] 128、131頁; E. R. Huber, Verfassung, 1937, S. 213 ff., 307 ff.; ders., Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 1939. S. 361 ff., 490 ff. 参照、講演録のオットー・ケールライター(大串兎代夫訳)『新国家観』(日光書院、1942) 107頁以下、131頁以下、大石義雄『ナチス・ドイツ憲法論』(白揚社、1941) 226頁以下、同「ナチス・ドイツに於ける信教自由の限界」法時12巻6号(1941) 48頁以下、同「国民社会主義ドイツの信教の自由について」法と経済13巻4号(1940) 44頁以下。
- (134) Ders., Die Rechtsstellung des Volksgenossen, ZgesStW 1936, S. 438 ff. 参照、菟原明『変革期の基本権論——E. R. フーバー研究』(尚学社、1991) 58頁以下、340頁以下。
- (135) Vgl. H. Schäfer, Die Rechtsstellung des Einzelnen: von den Grundrechten zur volksgenössischen Gliedstellung, in: Böckenförde (Fn. 132), S. 110 ff.
- (136) 法令名は後註(153)に掲げた。参照、井上・前註(109) 29頁も。
- (137) Verordnung zur Änderung der Verordnung über das Schächten von Tieren vom 14. November 1934. Vgl. Giese / Kahler (Fn. 150) [1944], S. 175.
- (138) Das Programm des NSDAP vom 24. Februar 1920. cf. E. Schinnerer, German Law and Legislation, 1938, 北村久直訳編『ナチス独逸法入門』(大同印書館、1941) 付録。
- (139) 段階的な反ユダヤ政策につき、vgl. 「非人格化」へ至る流れを記述する K. Henning / J. Kestler, Die Rechtsstellung der Juden, in: Böckenförde (Fn. 132), S. 110 ff.; 清水望『国家と宗教』(早稲田大学出版部、1991) 137頁以下。
- (140) Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, Reichsbürgergesetz und Reichsflaggengesetz vom 15. September 1935.
- (141) 1934年9月4-6日ナチス党大会の記録映画 L. Riefenstahl, Triumph des Willens, 1935, 邦題『意志の勝利』(日本公開1942) も参照し、「意思」ではなく「意志」と訳した。なお、F. W. Nietzsche, Der Wille zur Macht, 1901, 原佑訳『権力への意志(上)(下)』〔ニーチェ全集11、12巻〕(理想社、1980) はナチスに曲解・悪用された。
- (142) C. Schmitt, Die Verfassung der Freiheit, DJZ 1935, Sp. 1133, 竹島博之訳

「自由の憲法」古賀敬太ほか編『カール・シュミット時事論文集——ヴァイマル・ナチズム期の憲法・政治論議』（風行社、2000）278頁。これまでの「自由」（Libertäten）や「自由主義」（Liberalismus）は批判する。Vgl. ナチス法律家連盟大学教官部会開会の辞の Das Judentum in der Rechtswissenschaft, Heft 1, 1936, S. 14 ff., 竹島訳「ユダヤ精神と闘うドイツ法学」同281頁以下、閉会の辞の ebd., 28 ff., 同285頁以下、長尾龍一訳『ドイツ法学におけるユダヤ人』学会への結語」同編『カール・シュミット著作集 II』（慈学社、2007）1頁以下。シュミットとナチスまたはユダヤ人との関連文献は枚挙に遑ない。

- (143) 動物保護法・自然保護法、ナチス立法を併せて観る H. Hofmann, Natur und Naturschutz im Spiegel des Verfassungsrechts, 1988, in: Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, S. 426 f. は、ニュルンベルク法のような「憲法律は、人間の本性を名目上の人種のメルクマールへ矮小化し、法的な『血の保護』の対象とした」という。