

いわゆる猫餌やり禁止条例と行政法上の救済手段の法的考察

太田 照美

目次

はじめに

第一章 問題の発端

第一節 猫餌やり禁止条例の制定

第二節 和歌山県の試み

第三節 猫餌やり禁止条例の法的内容

第二章 猫餌やり禁止条例における救済手段

第一節 改正行政不服審査法や改正行政手続法による救済手段

第二節 指導、勧告および命令ならびに行政罰の効果

第三節 根本的解決手段の提唱——公法上の結果除去請求権あるいは公法上の原状回復請求権による救済

第四節 公法上の原状回復請求権又は公法上の結果除去請求権とは何か

第五節 新たな段階の救済手段と猫餌やり禁止条例

おわりに

はじめに

本稿は、最近、いわゆる猫餌やり禁止条例が制定されたり（京都市）、また制定されようとしている（和歌山県）ことに鑑み、猫に餌をやる猫好き住民と、猫嫌いの住民との間で対立・紛争が増加している現状をみると、それぞれの立場でどのような救済手段があるかを考察したい。そして、本稿は、猫嫌いの住民が、しかし生活上著しい侵害を被っている場合、単に損害賠償請求が可能かどうかの問題にとどまらず、主要な権利・地位としての平穏に生活する権利利益の実現、あるいは元通りの生活利益の回復のために、行政権を相手取って、猫の保護（撤去）を求めて裁判所に訴えることができることを主張したい。

言葉を換えて言えば、ドイツでは確立されている公法上の原状回復請求権又は公法上の結果除去請求権（Folgebeseitigungsanspruch）をもって、憲法上最大限尊重されるべき個人の平穏な生活を営む権利利益の回復のために、生活妨害の原因となっている猫の保護（撤去）を裁判所を通して、行政権に求める訴訟を提起できる理論を提起したい。すなわち、猫に餌をやる人を相手取って損害賠償を求めるのではなく、生活妨害の原因である猫そのものを行政権に保護（撤去）させることによって、主要な権利・地位としての元通りの生活ができることを求めることを可能にする理論を提起したい。

註

- (1) 正式には、「京都市動物との共生に向けたマナー等に関する条例」（平成二七年三月二七日、条例第七六号）。犬も含んでいる。
- (2) 正式には、「和歌山県動物の愛護及び管理に関する条例」（平成十一年十二月二四日、条例第四一号）を改正しようとしている。

第一章 問題の発端

第一節 猫餌やり禁止条例の制定

京都市は、周知のように、いわゆる猫餌やり禁止条例（以下、京都市条例）を制定した。猫に餌をやる人に対して、餌をやらないように勧告（京都市条例一〇条一項）、命令（京都市条例一〇条二項）できるとし、従わない場合には、行政罰（五万円以下の過料）を科すことができる（京都市条例一四条）とする条例である。しかも、京都市が、不適正な動物の取扱いが行われていると認められる場所に立ち入り、必要な調査をさせ、又は関係者に質問させることができる仕組みである（京都市条例一二条）。

これらは、猫に餌をやる人または場所に向けられる行政手段である。条例によれば、質問調査、命令および行政罰等、かなり強い公権力が登場する仕組みになっている。しかし、問題は公権力の行使が人に向けられても、それによっても猫自体が生活環境を破壊している結果が存在する限り、結果的には意味がないことになる。すなわち、元通りの静穏な状態で生活できない現実が存在している場合に、救済手段が何もないのでは憲法上の裁判を受ける権利、あるいは国家責任のシステムに欠缺があることになる。

そこで、私は、人や場所に向けられる条例上の公権力の行使によっても、生活妨害が続く場合には、猫自体に対して地方公共団体が保護（撤去）の措置をとることを求めて裁判所に訴えることができる理論を提唱したのである。

ドイツでは、子供達がサッカーに興じて夜遅くまで広場で騒ぐとき、生活妨害を被る住民が、利用時間の制限を求めたり、利用禁止を求めて訴えることが可能であるが、それでも生活妨害が続く場合、元通りの静穏な生活を営む権利・利益の回復のために、公法上の原状回復請求権あるいは公法上の結果除去請求権に基づいて、行政が広場自体の撤去を

することを裁判所に求めることができるとする理論が提起されている。いわば生活妨害の原因となっている広場自体の除去を求めることが可能になっている。⁽³⁾

本稿は、ドイツの公法上の原状回復請求権あるいは公法上の結果除去請求権を参考に、我が国においても、まず公法上の原状回復請求権あるいは公法上の結果除去請求権を認知させ、生活妨害の原因となっている猫自体の保護（撤去）を求めることを提唱したい。

もちろん、それだけでなく、紛争解決のために、保護（撤去）以外にも、様々な新しい救済手段を、猫餌やり禁止条例をめぐり提起してみたい。その際にヒントとなるのは、平成二六年の行政不服審査法の改正および同年の行政手続法の改正により、処分を求める審査請求あるいは処分等を求める手続、行政指導の中止を求める手続を、⁽⁴⁾猫餌やり禁止条例をめぐる紛争状況にも適用できることを述べてみたいと思う。

すなわち、京都市や和歌山県（後述）が行政指導や公権力を使って、猫好きの住民と、猫嫌いの住民との間に介入する場合、発生する法律関係のなかで、それぞれの立場の住民が、どのような救済手段、手続が可能になるのかについて、考察してみたい。

第二節 和歌山県の試み

和歌山県は、まだ条例の改正には至っていない。現在は、一応の県の案について、パブリックコメントが実施されている段階である。しかし、そもそも猫問題は、都市に特有な問題ではないのだろうか。地方自治法二条五項によれば、都道府県は広域行政を任務としている。猫問題は和歌山県全域に亘る広域の行政問題と捉えることができるのだろうか。

この問題について、和歌山県によれば、「野良猫による生活環境への支障は、苦情の多寡にかかわらず和歌山県内全

域で発生しており、これを放置しておくことはできません。殺処分される不幸な猫を減らすためにも、県内全ての地域で人と猫が共生できる環境の整備が必要と考えます。」とのことである。もしこのことが肯定されるならば、和歌山県の今回の条例改正は、地方自治法の広域行政の基準を満たしている。従って、もし和歌山県の条例改正を違法とするには、他の理由が必要となろう。⁽⁶⁾

和歌山県条例改正案であれ、京都市条例であれ、学問的には「実験法律」⁽⁷⁾「実験条例」とも言いうる。民法、刑法等と異なり、ひとたび制定されると一〇〇年間安定的に国家と国民との間の法律関係を規定する法律とは性格を異にする。現今の社会的問題を解決するために立法形式を採って制定しようとするものである。措置法 (Massnahmengesetz)⁽⁸⁾ 的な性質も有するものであろう。

第三節 猫餌やり禁止条例の法的内容

京都市や和歌山県の猫餌やり禁止条例に関する特徴点は、行政が介入することによって、猫餌やり行為を禁止することにある。京都市は、違反者に対して、質問・調査できると規定する。もちろん、京都市は、違反者に対して、行政指導、勧告をすることができる。和歌山県も同様に、違反者に対して、行政指導、勧告することができる。もし勧告に従わなければ次の段階として、京都市も和歌山県も、中止を命令することができる。このように、段階を踏んで、それでも違反行為を繰り返す場合に、行政罰が課されるというシステムとなっている。

このような段階的な介入は、条例を即座には違法とせず、適法とみる有力な根拠になりうる。広島市暴走族追放条例違反被告事件で、最高裁 (最判平一九年九月一八日刑集六一卷六号六〇一頁) は、集団行動という精神的な自由権の規制であるので、審査基準は厳しいものであるが、広島市条例が、いきなり刑罰に直結しているのではなく、まず広島市

が勧告し、それでも従わないときに命令が出され、それでも従わないときに行政刑罰権が発動されるとのシステムを採用していること等をもって、憲法違反ではないと判断している。

それゆえ、京都市の条例も、和歌山県の改正条例案も、まず勧告、次に命令、そして最後に行政罰という段階的な介入システムを採用しているので、この点からしても、これらの条例が即座に憲法違反とはされないと思われる。

問題の背後には、社会の内部で、猫を慈しむ住民と、猫の糞や鳴き声等による生活環境の破壊に苦痛を感じる住民との間で、紛争が発生していることが指摘される。似たような社会現象として、煙草好きな住民と、煙草嫌いな住民との間での対立が挙げられよう。このような社会的に紛争・対立が生じているときに、行政権は、基本権保護義務¹⁰⁾として介入することになる。もちろん、広い意味で公益のための介入の観点も存在しうるの言うまでもない。

註

(3) 太田照美『ドイツにおける公法上の結果除去請求権の研究』（二〇〇八年五月、有信堂高文社）二五四頁以下、特に、二六〇頁～二六一頁。

(4) 「行政指導の中止等の求め」（行手三六条の二）および「処分等の求め」（行手三六条の三）について、詳しくは、折橋洋介「行政手続法の新制度」法学教室四二〇号（二〇一五年）三二頁以下参照。

(5) http://www.pref.wakayama.lg.jp/preflg/031600/80_doubutsu/documents/omonaiken.pdf

(6) なお、和歌山県条例改正案の場合も京都市条例の場合も、動物の愛護及び管理に関する法律九条によれば、「地方公共団体は、動物の健康及び安全を保持するとともに、動物が人に迷惑を及ぼすことのないようにするため、条例で定めるところにより、動物の飼養及び保管について動物の所有者又は占有者に対する指導をすること、多数の動物の飼養及び保管に係る届出をさせることその他の必要な措置を講ずることができる。」と規定されており、また徳島市公安条例違反事件における最高裁判決の趣旨からしても、それぞれの地方公共団体において、その実情に応じて、別段の規制を施すことが容認されるとこ

ろであるので、条例が違法とはされ難いように思われる。なお徳島市公安条例事件の最高裁判決については、山下淳・地方自治判例百選（第四版）五四頁以下参照。

(7) 実験法律については、大橋洋一『対話型行政法学の創造』（一九九九年、弘文堂）二八〇頁以下参照。

(8) Vgl. ZEIDLER, Karl, *Massnahmegesetz und "klassisches" Gesetz*, C. F. Müller, 1961.

(9) 卷美矢紀・ジュリスト臨時増刊一三五号一六頁（平成一九年度重要判例解説）、長谷部恭男・別冊ジュリスト二一五号四六頁（地方自治判例百選・第四版）条例の広範性と憲法二一条・三一条——広島市暴走族追放条例事件、など参照。

(10) 基本権保護義務論に関しては、とりわけ、小山剛『基本権保護の法理』（一九九八年、成文堂）に詳しい。

第二章 猫餌やり禁止条例における救済手段

第一節 改正行政不服審査法や改正行政手続法による救済手段

上記のように、京都市条例も和歌山県条例案も、猫餌やり行為に対して、最初は行政指導、勧告、次に命令、最終的に行政罰という手順を踏んで段階的に行政の手続が進む。

ところで、平成二六年行政不服審査法改正⁽¹¹⁾が実現し、かつ行政手続法も改正された⁽¹²⁾。それらによれば、処分に対する不服申立ができるが、改正により、処分の義務づけに繋がる不服申立も可能になった（改正行政不服審査法四六条二項）。さらに行政手続法の改正により、行政指導の中止を求めることもできるし、処分や行政指導を求めることも可能になった（改正行政手続法三六条の三第一項、二項）。ただし行政手続法の場合、処分等の発動を求めても、それは処分等の申請権を付与する趣旨ではなく、職権発動の端緒としての申出、すなわち行政機関の職権の発動を促すものと位置づけられている。いずれにせよ、住民はさまざまな行政の作用に関与できるようになったことを先ず認識しておきたい。

まず、条例違反の態様で猫に餌を与える住民に対して、最初の段階としての指導や勧告がなされる場合に、行政手続法が適用されることになる。従って、指導や勧告を求める手続きも可能になった。そのうえ、指導や勧告の中止を求めることも可能になっている。勧告がなされる場合に、勧告は法形式としては行政指導に該当しうるので、猫に餌を与える人に対して勧告がなされるが、従うか従わないかはその人の自由で委ねられるのである。改正行政手続法で勧告を求める手続きが可能になったが、勧告を求めるのは、通常は猫嫌いで生活環境が侵されたと主張する住民であろう。さらに、勧告の中止を求める手続きが改正行政手続法で可能になったが、それは勧告の相手方すなわち猫に餌を与える住民が提起するのであろう。

第二節 指導、勧告および命令ならびに行政罰の効果

指導や勧告が自治体からなされたら、通常は、それで目的は達成されうるのであろう。しかし、それで猫はいなくなるのであろうか。常識的には、ある人が勧告をうけて餌をやらなくなっても、また別の人が餌を与えることが予想される。しかも猫は移動して他所で生活妨害の被害が発生する可能性も強い。それゆえ猫による生活妨害は継続的(14)に続くことが予想されうる。しかも猫自身、生命力や生活力がある動物であるため、一人の人が餌やりをやめても直ちに猫の数が減少するとは思えない。それゆえ、改正行政不服審査法や改正行政手続法は猫問題に対する最良の策を提供するものではないように思われる。

また、状況によれば、住民同士が争うこともありうる。猫に餌を与える住民が損害賠償せよと訴えられる紛争もよく起こっている。実際に裁判所が猫に餌を与える人に対して、被害者へ損害賠償責任を負わせる事態も生じている。たしかに猫餌やり禁止条例が制定されると、生活妨害を受ける住民が損害賠償請求し易くなることは予想されるところ

である。⁽¹⁵⁾

しかしこれらの争訟手続きが採られたとしても、猫が多数存在し続ける場合には、決して解決にはならないことが起こりうる。別の言葉で言えば、生活妨害の原因となっている猫が存在する限りは、生活妨害自身は決してなくならないように思われる。

第三節 根本的解決手段の提唱——公法上の結果除去請求権あるいは公法上の原状回復請求権による救済

根本的な生活妨害の原因を除去させる訴訟手段がまだ残っているのではなからうか。我が国の場合には、それが欠缺しているのではなからうか。行政責任を追及する手段として、ドイツでは、訴訟手段あるいは責任追及手段に欠缺があることが、オットー・バツホフによって発見されたという。⁽¹⁶⁾それは、公法上の結果除去請求権あるいは公法上の原状回復請求権の発見であった。⁽¹⁷⁾今日のドイツでは学説・判例上、この権利は慣習法上の憲法上の権利として確認されている。この権利に基づいて、今日では、生活妨害の原因について、単なる行為の制限では妨害自体がなくならない場合、公法上の結果除去請求権あるいは公法上の原状回復請求権により、行政を相手取って、サッカー場の撤去を裁判所に求めることができるとする理論が有力に提起されている。⁽¹⁸⁾

これを応用して、猫問題に関して、さまざまな新手法が駆使されても、生活妨害がなくならない場合、公法上の原状回復請求権に基づいて、生活妨害の原因となっている猫自体の保護（撤去）を行政権に求める訴訟が認められる必要がある。

⁽¹⁹⁾この訴訟手段について、当然異論が提起されよう。たとえば、猫を保護（撤去）することを授權する法律・条例がないので、法律による行政の原理からみて、猫の保護（撤去）を行政にさせることは法的には不可能ではないかと。当然

の考え方である。しかし、ドイツでは、公法上の結果除去請求権または公法上の原状回復請求権そのものが、行政の作用、この場合には猫の保護（撤去）を授權する法的根拠であるとする理論が有力に唱えられている。²⁰⁾

結局、問題は、我が国においても、公法上の原状回復請求権または公法上の結果除去請求権を認めることができるかどうかにかかってくるのである。

第四節 公法上の原状回復請求権又は公法上の結果除去請求権とは何か

公法上の原状回復請求権又は公法上の結果除去請求権とは何か。この権利は前述のように、戦後、ドイツのオットー・バツホフにより発見された理論である。発見というのは、国家責任に欠缺があることが発見されたのである。すなわち、戦争終了直後、大量のドイツ人がドイツに帰還してきたとき、住宅の居住指定がなされ、いわば難民を指定された住宅に居住できるようにしたのである。しかし、その指定処分が取り消されたにもかかわらず、そのまま居座る人がでてきたとき、そしてそれを行政が放置しているとき、バツホフは、最終的手段として、家主が行政を相手取り、元通りの状態にさせることを求めて裁判所に訴え、結果除去請求権に基づいて、行政に退去命令を出させることを提唱することにより、違法な状態の除去という権利保護を図ろうとし、その理論が認められたのであった。²¹⁾ その時に主張された公法上の結果除去請求権は、後に学説・判例で慣習法上の憲法上の権利として認められている。

この権利は、三段階理論又は四段階理論により根拠付けられている。²²⁾ 要約すると、第一段階として正義、第二段階として法律による行政の原理、第三段階として基本権保護の絶対性（統合性＝Integrität）が挙げられる。²³⁾ 通常はこの三段階理論をもって公法上の結果除去請求権が根拠付けられるのであるが、より権利の構成要件や内容を具体化させるために、第四段階として、ドイツ民法典一〇〇四条等の類推が挙げられる。²⁴⁾

この理論と軌を一にするのが、長年法格言として流布していた「受忍せよ。そして補償を求めよ」が判例上否定されたことである。⁽²⁵⁾ すなわち、行政からの命令には従え、そして補償を求めることによって我慢せよとの趣旨を含む法格言が遂に否定された。⁽²⁶⁾ これにより、国民は、まず主要な権利利益を争うべきだとされた。その結果、補償ではなく、元々存在していた権利・利益を争うべきであるとされた。このことが意味することは、権利自体の存在・存立が何よりも尊重されるべきことになり、国民はそれを求める訴訟を提起すべきであるということになったのである。これがすなわち、無過失であるが違法な行政の前に元々存在していた法状態の回復を志向する公法上の結果除去請求権あるいは公法上の原状回復請求権の意義であった。

これにより、さらに言えることは、ドイツにおいて、公法上の結果除去請求権または公法上の原状回復請求権は、決して単に二次的な権利として位置づけられるのではなく、主要な権利利益の回復が目指されるのである。⁽²⁷⁾

さらに、これらは実体法上の権利として位置づけられており、決して訴訟法上から導き出される権利ではない。なるほど、訴訟法の規定により、もし処分が取り消された場合には、判決の形成力や拘束力により行政の側に元通りの法状態を回復させなければならないとする原状回復責任が発生し、反面、国民には原状回復請求権が認められると説く理論がドイツでも日本でも存在する。⁽²⁸⁾ しかし、その考え方は主客転倒しており、実体法上、原状回復請求権があるから訴訟法で保護されるとするのがドイツの通説的考え方である。⁽³⁰⁾ しかもその権利は憲法上の権利として位置づけられている。

この公法上の原状回復請求権又は公法上の結果除去請求権理論は、我が国では未発達とされている。けれどもこの権利を、我が国にも確立して応用すべきではなからうか。猫餌やり禁止条例にも、切り札的な訴訟法上の手段として、生活妨害を受けている住民は、元通りの生活を取り戻すために、行政を相手取って、人に対してではなく、猫自体の保護（撤去）を求めることができるとの理論を提起したい。

生活妨害を被っている住民個人が、餌やりを行う住民に対して、損害賠償請求をすれば良いではないかという意見が当然に出されると思われる。しかし、損害賠償請求権で済ますわけにはいかない住民もいるだろうし、元通りの生活を取り戻したい人もいるであろう。その人のために、公法上の原状回復請求権に基づいて、猫の保護（撤去）を行政に対して求めることを可能にしたいのである。

ところで、どのような場合に公法上の結果除去請求権の構成要件が満たされるのだろうか。

ドイツにおける公法上の結果除去請求権の構成要件として、（１）公権の侵害、（２）保護されている法的地位の侵害、（３）違法な状態、（４）不法の除去の可能性、（５）期待可能性、（６）許容されない権利の行使、（７）寄与過失、（８）時効が挙げられている。⁽³¹⁾

さてドイツでは、保護されている法的地位の侵害として、まず、絶対権の侵害が必要である。⁽³²⁾ 契約による債権等は、対人間の法的地位として相対的なものであり、絶対権としては解されないが、静穏な生活を営む権利は、当然絶対権と言えるであろう。猫餌やり禁止条例が制定されると、条例違反となる形態での餌やり行為は違法とされるため、違法な状態が存在するが、行政には放置しているとの不作為の違法状態も発生しうる。次に、行政に対する期待可能性が満たされるかどうか。千葉県野犬等捕獲条例事件⁽³³⁾においても、野犬を捕獲する人的・物的手段は、十分に行政には備わっていたように、猫を保護（撤去）することは、行政においては十分能力はあるし、保護（撤去）の体制もそれなりに整っている。猫餌やり禁止条例を策定して公益を守ることを政策上作っているのだから、猫の保護（撤去）は、行政に対して期待可能性が十分に認められ得ると思われる。住民同士が損害賠償訴訟により裁判所で争うよりはるかに迅速かつ効果的に成果（元通りの静穏な生活を営む権利）がでてくる。

ところで我が国においては、公法上の原状回復請求権によらずとも、原田尚彦教授によって、行政介入請求権⁽³⁴⁾が提起

されてきたところである。しかし、この理論によっても、行政介入による猫の保護（撤去）は十分に期待可能性が認められるのではなからうか。また、ドイツにおいて、国民の側に公法上の結果除去請求権を認めるかわりに、行政の側に結果除去負担（*Folgenbeseitigungslast*）を負わせて国民を保護する理論も存在する。これは結果除去の義務というよりは、行政の側の裁量を拘束して、結果除去の負担を負わせるとする理論である。⁽³⁵⁾

第五節 新たな段階の救済手段と猫餌やり禁止条例

ところで、猫餌やり禁止条例において、救済手段は、新たな段階を迎えている。すなわち、平成二六年行政不服審査法が改正され、それに伴い行政手続法も改正された。改正行政不服審査法によれば、従来通り、不服申立の対象は、公権力の行使としての処分限定であるが、処分を求める義務づけの不服申立も可能になった。⁽³⁶⁾ もちろん処分自体がまだなされていない段階においては、行政不服審査法改正によっても不服申立はできない。ところが、処分自体がまだなされていない段階は、行政の事前手続の問題として捉えられ、事前手続法としての行政手続法により採り上げられた。すなわち、改正行政手続法によれば、処分等を求める不服申立が可能になった。もともと、それは職権発動を促す程度にとどめられている。猫嫌いの住民が、公権力の発動を求める手続を開始させることが、行政手続法の改正、あるいは行政手続条例の改正により、可能となったのである。

他方、猫に餌を与え続ける住民に対して、行政は、その行為を中止するよう助言、指導することができる。そしてそれに従わないときには、次の段階として餌やり行為を中止するよう勧告できるとされ、それにも従わないときには、命令できるとされるのである。命令がなされたときには、取消訴訟あるいは取消の不服申立が可能なのとは言うまでもない。しかし、助言、指導および勧告に対して、その中止を求めることが、行政手続法または行政手続条例により可能と

されるのである。あるいは、他の住民が、処分等（行政指導を含む）がなされることを求めることも可能となったのである。³⁸⁾ しかも、行政不服審査法や行政手続法の場合には、無料で申立てできるのであるから、住民は気易く法的手段を活用できるようになってきた。

ここで付言すれば、助言や指導ならびに勧告は、和歌山県の改正条例案の場合、反復継続的に餌やり行為がなされている場合に行われるようである。ここで反復継続的の意味であるが、数回以上の行為があつて初めて助言や行政指導ならびに勧告できるとされるのだろうか。古い最高裁の判例に、インターン生が、実家に帰省したときに医師たる父親が不在のときに、たった一回診察行為をしたにすぎない場合であっても、業を行ったとして、医師法違反とされるのかどうか争われた事件において、最高裁は、また父親が不在のときには、医療行為を行うものと認定して、反復継続的に医療を行ったと判断していることが留意されなければならない。

ただし和歌山県の改正条例案や京都市条例によれば、最初は指導や勧告、それでも違反する場合に命令、それでも違反する場合に行政罰という手順が踏まれているので、これらをトータルに捉えると反復継続性が認定されるであろうから、たった一回の餌やり行為でいきなり勧告、命令、行政罰はあり得ないと思われる。

註

(11) 二〇一四年（平成二六年）六月一三日、五二年ぶりの抜本的な改正となる行政不服審査法が公布された。施行は公布後二年内。

(12) 行政手続法の一部を改正する法律。同法の施行日は二〇一五年四月一日。

(13) 宇賀克也「行政不服審査法・行政手続法改正の背景と概要」法学教室四二〇号（二〇一五年）一〇頁参照。

(14) 神戸地裁平成一五年六月一日（判例時報一八二九号一二二頁）参照。

(15) 周知のように、最高裁判所（最判平成一八年三月三〇日民集六〇巻三号九四八頁）は、国立マンション景観訴訟事件で、不法行為の成立要件の認定に際して、法律・条例に違反しているかどうかをまず吟味されているので、条例制定は不法行為成立に際し意味がある。なお同訴訟事件で最高裁は、権利濫用や公序良俗違反があるかどうかについても判断している。とりわけ公序良俗違反について、吉田克己・平成一八年度重要判例解説八三頁以下参照。

(16) 太田・前掲書六頁～七頁参照。

(17) 太田・前掲書六頁～七頁参照。

(18) 太田・前掲書二六〇頁～二六一頁参照。

(19) 周知のように、犬の場合には、狂犬病予防法に基づき、行政機関（狂犬病予防員）は犬を抑留すなわち捕獲できる（六条）が、猫にはそのような捕獲を認める法律は存在していない。

(20) 太田・前掲書一八四頁以下参照。

(21) 太田・前掲書六頁～七頁参照。

(22) 三段階理論又は四段階理論については、詳細は、太田・前掲書五八頁以下、六五頁以下参照。

(23) ドイツの基本権の統合性理論とは、基本権が侵されようになると不作為請求権が、基本権がもし侵されたら原状回復請求権が、もし原状回復が法的にあるいは事実上不可能な場合には補償請求権が認められるという理論である。この基本権の統合性理論と公法上の結果除去請求権は、不可分の関係にあると言えよう。シュナイダーによれば、基本権の統合性、すなわち基本権の存在自体が保障されていると見ている。Vgl. Tobias Schneider, Folgenbeseitigung im Verwaltungsrecht, Nomos Recht 1994 I. Auflage, S.73. そして、シュナイダーによれば、「不法に」かつ、継続的な自由の剥奪があれば、人格的な（行動の自由）（基本法二条二項二文、同一〇四条）侵害（Beinträchtigung）は、結果除去請求権によってのみ除去されることができるとし、かつ、ただ当事者に自由に任せられるときには、将来にたいする不作為義務が満足的に為されることができるとされる。Vgl. Schneider, a. a. O., 73f.

(24) 太田・前掲書六五頁以下参照。周知のように、ドイツ民法典（BGB）一〇〇四条は、物権的請求権として原状回復請求権を規定している。我が国ではそのような実定法上の規定はないが、理論でもって物権的請求権のなかに原状回復請求権が認められている。私法の世界に原状回復請求権が認められているのに、公法上の原状回復請求権が無いのはおかしいとされる

のである。権利の内容が明確なドイツ民法典一〇〇四条を類推して、公法上の原状回復請求権をより明確にしようとするのが四段階理論である。

(25) 太田・前掲書二九〇頁以下参照。ドイツ憲法裁判所の有名な砂利採取事件決定である。この決定については、西瑩章「憲法上の所有権概念と地下水利用権——砂利採取事件——」(BVerfGE 38, 300 [1982])、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(一九九六年、信山社)二五六頁以下参照。

(26) 太田・前掲書二九〇頁参照。

(27) 高木光教授は公法上の結果除去請求権を、損害賠償請求権と同様に、二次的とされている。高木光『事実行為と行政訴訟』(一九八八年、有斐閣)三二六頁。

(28) 太田・前掲書一〇二頁参照。シュナイダーによれば、主要な履行請求権としての結果除去請求権と、二次的な履行請求権としての結果除去請求権とに分けて議論してゐる。Vgl. Tobias Schneider, Folgebeseitigung im Verwaltungsrecht, Nomos Recht 1994 I Auflage, S.100. 少なくとも、公法上の結果除去請求権は、二次的な請求権としてだけでは捉えきれないように、学説・判例で発展してきているように思われる。

(29) 行政事件訴訟法による取消判決により、その形成力により国民に原状回復請求権が発生すると説明する理論がある。高木光・常岡孝好・橋本博之・櫻井敬子『行政救済法』(二〇一五年、弘文堂)四〇二頁参照。

(30) 太田・前掲書一〇頁参照。

(31) ドイツの公法上の結果除去請求権の構成要件については、太田・前掲書一七頁以下で論じている。

(32) 結果除去請求権と絶対権との関係について、高木光「義務付け訴訟・差止訴訟」磯部力・小早川光郎・芝池義一『行政法の新構想Ⅲ・行政救済法』(二〇〇八年、有斐閣)五五頁参照。さらに、村上武則「ドイツにおける公法上の結果除去請求権の内容について」園部逸夫先生古希記念・憲法裁判と行政訴訟(一九九九年、有斐閣)五四八頁以下参照。結果除去請求権は、生命、健康、自由ならびに一般的な人格権等にも妥当できる。

(33) 有名な東京高裁判決(昭和五二年一月一七日、ジュリスト昭和五二年度重要判例解説・原田尚彦先生解説)は、捕獲するかしないかの裁量は「0」へ収縮しているとし、捕獲しなければならなかったと断じて、国家賠償法に基づき賠償を千葉県に命じた。この事件を契機として、周知のように、我が国では、まだ行政事件訴訟法上義務付け訴訟が法定化されていない

かった時代、原田先生により行政介入請求権の問題がクローズアップされてきた。

(34) 原田先生の行政介入請求権の位置付けについて、高木・前掲五八頁参照。

(35) 結果除去負担 (Folgebeseitigungslast) については、太田・前掲書一七八頁、一八〇頁参照。

(36) 「改正行審法は、申請型義務付け訴訟を参考にして、申請拒否処分または不作為についての審査請求において、審査庁が一定の処分をすべきものと認めるときは、処分庁等の上級行政庁である審査庁は、当該処分等に対し当該処分をすべき旨を命じ、処分庁等である審査庁は当該処分をすることとした(四六条二項・四九条三項)。このように、不作為についての審査請求が、単に審理の迅速化を促すにとどまらず、一定の処分をすることの是非についてまで判断するものとな」っている。以上、宇賀・前掲九頁参照。

(37) 京都市行政手続条例第三七条によれば、「法令又は条例等に違反する行為の是正を求める行政指導(その根拠となる規定が法律又は条例に置かれているものに限る。)の相手方は、当該行政指導が当該法律又は条例に規定する要件に適合しないと判断するときは、当該行政指導をした本市の機関に対し、その旨を申し出て、当該行政指導の中止その他必要な措置を講じることが求められることができる。ただし、当該行政指導がその相手方について弁明その他意見陳述のための手続を経てされたものであるときは、この限りでない。」と規定されている。

(38) 京都市行政手続条例第三九条によれば、「何人も、条例等に違反する事実がある場合において、その是正のためにされるべき処分がされていないと判断するときは、当該処分をする権限を有する行政庁に対し、その旨を申し出て、当該処分をすることを求めることができる。

2 何人も、法令又は条例等に違反する事実がある場合において、その是正のためにされるべき行政指導(その根拠となる規定が法律又は条例に置かれているものに限る。)がされていないと判断するときは、当該行政指導をする権限を有する本市の機関に対し、その旨を申し出て、当該行政指導をすることを求めることができる。」と規定されている。

おわりに

以上述べたように、私はいわゆる猫餌やり禁止条例の問題に関して、さまざまな救済手法に加えて、公法上の原状回復請求権又は公法上の結果除去請求権を確立して、その応用として、元通りの生活を回復させるための手段として、行政を相手取って、異常に増えすぎた猫の保護（撤去）を求めて裁判所に訴訟を提起できる理論を提唱した。千葉県野犬等捕獲条例事件のように、行政はそれなりの人的・物的手段を備えているのだから、生活妨害の直接の原因となつて猫を保護させるという期待可能性は、大いに認められる。民事で被害者と加害者が損害賠償訴訟で争うよりは、はるかに個人の生活権の保障に対しても、また公益実現の達成度も、より大きな意義があると思われる。

ところで、ドイツの場合、公法上の原状回復請求権あるいは公法上の結果除去請求権は、憲法学の人権の（あるいは基本権の）絶対性、統合性（Integrität）に支えられている。すなわち、人権の統合性理論³⁹によれば、人権が侵害されそうになったら不作為請求権が認められ、侵害されてしまったら、まずは人権そのものの存立・存在を保障するために原状回復請求権が認められ、もし人権の原状回復が法的にまたは事実上不可能なときには損害賠償請求権が認められなければならない。人間にとつて、非常に重要な静穏に生活する権利（人格権と捉えることもできよう。また日本国憲法一三条に含まれる権利と考えられよう。あるいは同一二五条の健康で文化的な最低限度の生活を営む権利とも関連しよう）が妨害されるとき、元通りの生活を回復させるために、公法上の原状回復請求権あるいは公法上の結果除去請求権に基づいて、行政介入を求める訴訟を提起できるように是非訴えたい。

京都市や和歌山県が、条例を制定する以上は、行政に大きな責任が存在する（あるいは発生する）ことは明らかである。憲法上は基本権保護義務として、行政法上は、行政責任、結果除去負担、結果除去義務として、その責任は具現化

されていく。けれども何よりも、公法上の原状回復請求権あるいは公法上の結果除去請求権を確立できれば、たとえ猫を保護（撤去）する法律・条例がなくとも、それらの権利そのものが、行政に対して猫を保護（撤去）するための授權根拠になると主張したい。

また、訴訟形式としては、猫餌やり禁止条例が成立すれば、法律関係はいわゆる公法上の関係と説明し易くなっていくことに鑑み、行政事件訴訟法四条の適用が可能になってくる。通常は、二つの手段が考えられる。一つは、行政が猫を保護（撤去）する義務が存することの確認訴訟（いわゆる公法上の法律関係に関する確認の訴え）も可能だろうし、他の一つは、給付訴訟として、猫の保護（撤去）を行政に求める訴え（行政事件訴訟法四条、公法上の法律関係に関する訴訟）を活用できると思われる。さらに、行訴法四条だけではなく、同法三条の義務づけ訴訟、行政不服審査法四六条二項のいわゆる義務づけの不服申立も可能であろうし、さらには改正行政手続法の処分等の求め、行政指導の中止の求め等も適用可能であろう。

京都市も、和歌山県も、決して動物愛護法違反⁽⁴⁾の条例を制定しているとは考えられない。動物と人との共生を実現すべく、行政と司法そして住民が法治主義のなかで、共に住みやすい住環境を整備していきたいものである。

最後に、私は、本文で一貫して猫の保護（撤去）と述べてきた。これは、捕獲とは異なる意味である。真に保護を考えている。すなわち、保護（撤去）の後、行政が世話をすることもあるだろうし、行政が猫好きの人への仲介者的な役割を果たすこともありうる。さらには避妊手術を施して異常な繁殖にストップをかけることも保護のなかに入るであろう。しかし、保護（撤去）の中に、決して即、殺処分を含めることは考えていない。ともかく、公法上の原状回復請求権または結果除去請求権に基づいて、行政に猫を保護（撤去）させ、その後は法律および条例の精神に基づいて、行政が猫の愛護的措施を採る新たな法関係の問題となろう。

註

(39) 太田照美「ドイツにおける基本権の統合理性論と我が国における理論的展開（渥美東洋教授追悼号）」（二〇一五年、産大法学四八卷一・二号）一頁以下参照。

(40) 正式には、動物の愛護及び管理に関する法律（昭和四八年一〇月一日法律第一〇五号）。