

## 狸狽事件判決再考

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2013-11-21 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 夏井, 高人 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/16127">http://hdl.handle.net/10291/16127</a>

【論説】

# 狸狒事件判決再考

夏井高 人

## 目次

- 一 はじめに
- 二 狸狒事件（たぬき・むじな事件）の事案概要
- 三 狸狒事件に適用可能な狩猟関係法令
  - 1 狩猟法における「鳥獣」の意義
  - 2 狩猟法における「狩猟鳥獣」の意義
  - 3 狩猟法における狩猟禁止鳥獣の論理的範囲
  - 4 狸狒事件における法適用関係
- 四 狩猟法に定める「捕獲」の意義
  - 1 狸狒事件大審院判決が示した「捕獲」の法解釈
  - 2 検察官及び下級審裁判官の錯誤（法令解釈上の誤り）
- 五 本件十文字格の同定可能性
  - 1 狸狒事件大審院判決理由中における事実関係の理解
  - 2 タヌキ

- 3 狩猟法及び施行規則中の指定における特定性
- 4 鑑定の疑問点
- 5 本件十文字貉の推定
- 6 百々鼯鼠事件（もま・むささび事件）の検討
  - 1 百々鼯鼠事件の事案概要
  - 2 ムササビ及びモモンガ
  - 3 捕獲した獣がモモンガである場合の問題点
- 七 むすび

## 一 はじめに

一般に、法律学（刑法学）上の故意論または責任論の一部として、「事実の錯誤か法律の錯誤か」が論じられることがある。

この課題について研究する上で検討対象とすべき重要な裁判例は多数存在する。そうした裁判例の中でもしばしば引用される裁判例として、いわゆる「狸貉事件（たぬき・むじな事件）<sup>(1)</sup>」の大審院判決（大判大正一四年六月九日刑集四卷三七八頁・以下、事件のことを「狸貉事件」といい、その大審院判決のことを「狸貉事件大審院判決」という。）及びいわゆる「百々鼯鼠事件（もま・むささび事件）<sup>(2)</sup>」の大審院判決（大判大正一三年四月二五日刑集三卷三六四頁・以下、事件のことを「百々鼯鼠事件」といい、その大審院判決のことを「百々鼯鼠事件大審院判決」という。）<sup>(3)</sup>がある。これら二つの大審院判決は、主として刑法学を専攻する法学研究者や法律実務家らによって、これまで繰り返し研

究対象とされてきた。<sup>(4)</sup>そして、その刑法解釈学上の分析・検討は、考え得る限り、ありとあらゆる角度からなされてきた。研究素材としてはほぼ「何も残されていない」と言っても過言ではない程度までに研究し尽くされてきたとの感がある。

しかし、刑法学における故意論または錯誤論という観点からではなく、法情報学における法情報の一つとしての「判決情報」という観点(視点)に立って考察した場合、これら二つの大審院判決は、非常に興味深い研究課題を多数枚在させていると考えられる。そうした研究課題は、今後、刑法解釈学以外の関連各方面の専門研究者によって徹底した調査研究が尽くされるべきものではないかとも考えられる。

そこで、本論文では、あえてこれら二つの大審院判決を研究対象とし、その検討結果を公表することとした。ただし、本論文では主として狸狽事件大審院判決を研究素材としつつ、百々驢鼠事件大審院判決にも触れながら、法情報論の立場からの問題提起をし、それによって今後の法学研究の発展に資するものとした。

なお、本論文中には、「錯誤」を論ずる部分がある。しかし、ここでは被告人についてのみ「錯誤」を論ずるのではなく、裁判官、検察官(起訴検事)及び弁護人を含め、全ての訴訟関係人について、公平に「錯誤」を論ずる。すなわち、通常の刑法解釈学上の「錯誤」と同じ意味で「錯誤」を論ずるものではない。

一般に、いわゆる冤罪事件として後に再審無罪となる刑事事件では、何らかの目的で特定の者を意図的に有罪とするために起訴、公判及び判決がなされたものでない限り、検察官及び裁判官に重大な錯誤があり、その錯誤の故に誤判がなされたものと解することができる。また、冤罪または誤判とまでは言えなくても、部分的に裁判官の誤解(事実誤認)に基づくものと推定される民事・刑事の判決は決して少なくない。<sup>(5)</sup>換言すると、神にあらざるヒト(Homo sapiens)の一員に過ぎない法律家(裁判官及び検察官を含む)が陥り得る「法律家の錯誤」は、一般に比較的ありふ

れた法現象である。そして、従来「判例」とされてきた裁判例の中にもそのようなもの（または、その可能性のあるもの）が意外と多数含まれているのではないかと推定される。

このような意味での「法律家の錯誤」が発生し得るといふ事実について注意喚起をすることは、将来における誤判の発生防止という実務的な観点からも極めて重要なことであると考ええる。

以上が本論文の目的であり、本論文における方法論上の基本的な立場である。

## 二 狸狝事件（たぬき・むじな事件）の事案概要

狸狝事件大審院判決が判断の前提とした事実関係（同判決理由中において事実審理の上で確定したとして摘示されている事実関係）は、次のとおりである。

- ① 被告人は、大正一三年（一九二四年）一月二八日、狩猟の免許を受けた者である。
- ② 被告人は、狩猟免許を受けた日の一ヶ月後である同年二月二九日、狩猟の目的で、栃木県上都賀郡東大芦村大字深岩山所在の山林に赴き、同所において獣二頭（以下「本件十文字狝」という。）を発見した。<sup>(6)</sup>
- ③ 被告人が携行していた村田銃<sup>(7)</sup>で本件十文字狝を射撃したところ、本件十文字狝は疾走して被告人から逃れようとし、付近にあった自然の洞穴（岩窟）中に逃げ込んで隠れた。<sup>(8)</sup>
- ④ 被告人は、本件十文字狝を追跡して洞穴の場所に至り、その入口の部分を石塊で閉塞して本件十文字狝がその洞穴から逃げ出せないようにした上で、帰宅した。

⑤ その洞穴、は奥行き二間（約一・八メートル）であり、その先に一間（約九〇センチ）ほど上方に向かって曲がっている部分があつて行き止まりになっているものであり、高さは被告人が這つて（匍匐して）ようやく出入りできる程度の比較的小さなものだった。

⑥ 被告人は、同年三月三日、再び洞穴の場所に行き、洞穴の入口を塞いでいた石塊を除去した上で、連れていた猟犬を本件十文字貉にけしかけると共に村田銃で射撃し、そして、猟犬に本件十文字貉二頭を噛み殺させた。

⑦ その後、被告人による本件十文字貉の捕獲は、狩猟法（大正七年法律第三二二号）違反行為に該当するものとして、宇都宮区裁判所において起訴された。

⑧ 検察官の起訴にかかる公訴事實は、本件十文字貉が「狸」と同一の動物であること、「狸」は狩猟鳥獣であること、「狸」の狩猟期間は同年二月二十九日で終了していること、被告人の狩猟法違反行為の実行行為の時点は同年三月三日であつて「狸」の狩猟禁止期間に該当する時期であること、以上を前提としている。

狸 貉 事件大審院判決は、以上のような各事實を確定し、その認定した事實を前提に大審院としての判断をしている。第一審判決（宇都宮区裁判所）及び控訴審判決（宇都宮地方裁判所）が前提とした公訴事實もまた大審院が確定した事実とほぼ同じである。

第一審である宇都宮区裁判所において、弁護士（猪狩 満弁護士ほか）は、事實の錯誤があることを理由に被告人は無罪であると主張した。しかし、同裁判所（裁判官風間萬次郎判事）は、大正一三年二月六日、「被告が貉を狸と別物と信じたればとて、二者同一物なる限り畢竟一定期間法禁物たる狸即ち貉を貉と知りて捕獲したるものなれば、法の不知たることを免れず」と判示してその主張を斥け、被告人を罰金二〇円の刑に処する旨の判決をした（原文はカ

タカナ・句読点なし<sup>(9)</sup>。

控訴審である宇都宮地方裁判所において、弁護人は、第一審と同様の主張に加え、被告人が二月二十九日に岩窟に動物を閉じ込めた時点で捕獲行為が完了しており、同日は狩猟禁止となっていないことを理由に被告人は無罪であるとの主張をした。しかし、同裁判所（裁判長岡崎善太判事・裁判官吉本栄一判事、同藤井経雄判事）は、大正一四年二月九日、「錯誤」の主張については第一審判決と同旨の判示をした上で、捕獲の既遂時期に関しては「被告人の当公庭に於ける供述に依り、大正一三年二月二十九日被告人が本件の獣二頭を窠中に追い込み、石を以って入口を塞ぎてその出入を妨ぐべき用意を施し置きたることは之を認め得べきも、その窠たるや獣の棲息すべき自然の場所にして、被告人の施設したるものにあらず。假令その口に出入の妨害となるべきものありたるにもせよ、自然の窠中に棲息する獣を以って被告人の捕獲に帰したりと為し難く、被告人が真に之を捕獲したるは前掲の如く同年三月三日なること明瞭なるを以って」と判示してその主張を斥け、被告人を罰金二〇円の刑に処する旨の判決をした（原文はカタカナ・句読点なし<sup>(10)</sup>）。

—法律論叢—

被告人は、控訴審判決を不服として大審院に上告した。  
以上が、狸狒事件大審院判決に至るまでの間の事実経過である。

### 三 狸狒事件に適用可能な狩猟関係法令

狸狒事件に適用される法令（施行され有効な法令）は、狩猟法（大正七年法律第三三号・以下、単に「狩猟法」という。）及び狩猟法施行規則（大正八年勅令第三八一号・以下、単に「施行規則」という。）である。

狩猟法一条一項は「狩猟鳥獣以外ノ鳥獣ハ之ヲ捕獲スルコトヲ得ズ」と、同条二項は「狩猟鳥獣の種類ハ主務大臣之ヲ定ム」と規定している。

## 1 狩猟法における「鳥獣」の意義

狩猟法における「鳥獣」のうち「鳥」が鳥類（生物中の動物界脊椎動物門脊椎動物亜門鳥綱 *Aves* に属する生物）を意味することは明らかであるが、「獣」については定義規定がなく、必ずしも明らかではない。<sup>(11)</sup>

古来、狩猟の対象となる生物中には、例えばオオサンショウウオ (*Andrias japonicus* (Temminck 1836)) のような両生類（生物中の動物界脊椎動物門脊椎動物亜門両生綱 *Amphibia* に属する生物）が含まれていたと考えることは不可能ではないことから、狩猟法の定める「獣」には哺乳類（生物中の動物界脊椎動物門脊椎動物亜門哺乳綱 *Mammalia* に属する生物）だけではなく両生類や爬虫類（生物中の動物界脊椎動物門脊椎動物亜門爬虫綱 *Reptilia* に属する生物）など鳥類以外の動物も含まれるとの解釈は、形式論理上では可能な解釈の一つだと思われる。

この点に関して、通説は、伝統的に、「獣」とは哺乳類を指すものとして解してきた<sup>(12)</sup>、そのような解釈に対して異を唱える見解は存在しないようである。

通説が狩猟法に定める「獣」から両生類及び爬虫類を除外して解することの理論的根拠については、必ずしも判然としない。しかし、江戸時代までの本草学においては基本的には哺乳類に属する生物だけを「獣」としていたことから、狩猟法における「獣」も本草学における「獣」と同じ部類のものとして扱うことが当然の前提（暗黙知またはメタ知識の一種）となっていたのではないかと推定することは可能である。明治時代から大正時代にかけての時代にお



いて、近代的な西欧流の動物分類学上の知識だけではなく江戸時代の本草学に基づく伝統的な知見等もまた重視されていたことは周知のとおりである。

もしそうであるとすれば、本草学において「魚」の一種であつて「獸」の一種ではないとされていたサンショウウオの仲間（オオサンショウウオを含む。）などが、大正七年に制定された狩猟法においても「獸」に該当しないと解すべきことは当然の論理的帰結だということになる。<sup>(13)</sup>このことは、本草学において「蟲」に属するとされていた動物についても同様である。

なお、江戸時代末期（幕末）に来日したシーボルト（Philipp Franz Balthasar von Siebold, 1796-1866）が著した『日本動物誌（FAUNA JAPONICA, 1833-1850）』<sup>(14)</sup>では、日本に生息する動物の多くが収録され、西欧流の動物分類学の知見に基づきラテン語の学名を付して解説されている。その記述はかなり正確なものであり、現在でもなお大いに参考とすべきものである。そして、『日本植物誌』に収録された日本の動物の中には、哺乳類に属する生物だけではなく、アカウミガメ（*Caretta caretta* (Linnaeus, 1758)）<sup>(15)</sup>など爬虫類に属する動物及びツチガエル（*Rana rugosa* (Temminck et Schlegel, 1838)）など両生類に属する動物も多数含まれている。シーボルトの観察・検討結果は、当時としては最先端の学術的知見に基づくものであり、かつ、その著書に付された図版等もまた極めて正確性の高い精密なものであつた。<sup>(16)</sup>しかし、シーボルトの業績やその後の西欧流の動物学者による研究業績が狩猟法の立法者に対して与えた影響はあまり大きくなく、和風の本草学の伝統及び用語例をそのまま踏襲して大正七年に狩猟法の立法がなされたのではないかと推定される。<sup>(17)</sup>

加えて、当時、樺太、千島列島、朝鮮（現在の国境線によつて区切られる区域とは若干異なる地域）及び台湾等が日本国の領土内及び信託統治領に含まれており、現時点での日本国の領土範囲とはかなり異なる範囲の地域が日本国

の領土またはそれに準ずる地域となっていた。そのため、現時点では日本国の領土には含まれていない黒竜江、朝鮮半島及び中国東北部等に生息する動物もまた「日本国領土内に生息する動物」として理解されていたという事実に留意しなければならぬ。換言すると、当時における「国内」及び「国外」の概念は、現時点における「国内」及び「国外」の概念と相当異なることになる。このことは、中国に生息する動物と現在の日本国に生息する動物とが異なる種（亜種である場合を含む）であつても、当時としては、かなり大雑把に同一種として扱われていた可能性を示唆するものである。そしてまた、現在では日本国領土内に生息しないことが明らかなる動物であることが判明している動物であつても、当時としては、日本国領土内に生息する動物であるとして日本国の法令中で規定または指定することが可能であつたし、そのこと自体としては必ずしも誤つたことではなかつたといふことを意味している。<sup>(18)</sup>しかし、現在の日本国の領土に存在しない種を法令中で規定または指定した場合、日本国の本土に生息する動物については、客観的には何も規定していなかつたことになる。ただ、立法者がそのことに気づくことができなかつただけのことである。

## 2 狩猟法における「狩猟鳥獣」の意義

狩猟法中には「狩猟鳥獣」（同法一条一項）の定義がなく、主務大臣が「狩猟鳥獣」を定めるものとされている（同法一条二項）。

「狩猟鳥獣」の範囲を定める法規は、施行規則である。施行規則は大正八年九月一日に施行されているから、<sup>(19)</sup> 狸狽事件を検討するに際しては、この施行規則の規定に基づいて「狩猟鳥獣」の範囲を理解しなければならない。

そして、施行規則一条一項は、狩猟鳥獣の意義について、次のとおりに定めている。

第一条 狩猟鳥獸ノ種類左ノ如シ

鋸嘴鴨 <small>アイサ</small>	花鷄 <small>アトリ</small>	信天翁 <small>アハウドリ</small>	蒼鷹 <small>アラサギ</small>	高雀 <small>アカサ</small>	鶇 <small>イカル</small>	交喙 <small>イスガ</small>	鶯 <small>ウツ</small>	鶉 <small>ウツ</small>	檣鳥 <small>カケス</small>	琉璃檣鳥ヲ除ク	頭鳥 <small>カシラダカ</small>	河原鶉 <small>カハラヒウ</small>	鶇 <small>カ</small>
鴉 <small>(星鴉ヲ除ク)</small>	雁	雉	秧雞 <small>クイナ</small>	熊鷹	黑鷄 <small>クロジ</small>	計里 <small>ケリ</small>	五位鶯 <small>ヒヨドリ</small>	鶇 <small>シギ</small>	蠟嘴 <small>シメ</small>	白腹	大膳 <small>ダイゼン</small>	千鳥鶉 <small>チトリ</small>	虎鶉及ビ黒鶉 <small>(虎鶉及ビ黒鶉ヲ除ク)</small>
鶉 <small>(鶉ヲ除ク)</small>	入内雀 <small>ニクナイスマ</small>	野鶉 <small>ノジコ</small>	鶇 <small>ハクテウ</small>	鳩	隼 <small>ハヤアサ</small>	鶇 <small>パン</small>	鶉 <small>ヒヨドリ</small>	金翅雀 <small>ヒヒ</small>	類白 <small>ホホジロ</small>	猿子 <small>マシコ</small>	眉茶鶯 <small>マシヤジナイ</small>	鶉 <small>ミヤコ</small>	深山類白 <small>ミヤマホホジロ</small>
胸黒鶉 <small>ムナクロ</small>	鶉 <small>キマドリ</small>	鶇 <small>エゾヤマドリ</small>	鶇 <small>オシドリ</small>										

獸類各種(但シ奄美ノ黒兎ヲ除ク)

前述のとおり、狩猟法に規定する「獸」とは哺乳類に属する動物を指すものであることからすると、「獸類各種(但シ奄美ノ黒兎ヲ除ク)」とは、「哺乳類に属する動物中でアマミノクロウサギ (Pentalagus furnessi (Stone, 1900)) 以外の全ての動物」を意味することになる。

他方、施行規則二条一項は、狩猟鳥獸のうち「鳥」の狩猟期間に關して、次のように定めている。

第二条 左ノ鳥類ノ狩猟期間ハ十一月一日ヨリ翌年二月末日迄トス

雉 鶉

次いで、施行規則二条二項は、狩猟鳥獸のうち「獸」の狩猟期間に關して、次のように定めている。

二 左ノ獸類ノ狩猟期間ハ十二月一日ヨリ毎年二月末日迄トス

猫アナグマ 鼬イノチ 獾カハウ 羚羊カモンカ 狐 狸 鹿 貂テン 鼯鼠ムササビ 栗鼠リス

施行規則二条二項で指定されている「猫」、「鼬」、「獾」、「羚羊」、「狐」、「狸」、「鹿」、「貂」、「鼯鼠」及び「栗鼠」の合計一〇種の動物（以下、これら一〇種の動物全部を指す場合には「狩猟制限獣」という。）についてののみ狩猟期間が指定されており、それ以外の「獣」については狩猟期間の定めがない。

これら狩猟制限獣がどのような哺乳動物を指すのかについては、狩猟法及び施行規則中に何らの定義規定もないので、必ずしも明らかであるとは言えない。「狸（たぬき）」及び「鼯鼠（むささび）」に関しては、本論文中で詳しく後述するが、それ以外の八種の動物については概ね次のように考えるのが妥当と思われる（これは、立法者が当時客観的に認識可能であったと推定される哺乳動物について現在の標準和名及び学名を当てはめたものである。ただし、現在の日本国領土外に生息する動物に関しては網羅的ではない。）。

「猫」 アナグツ (Males meles meles (Linnaeus, 1758)<sup>(21)</sup> 及びニホンアナグツ (Meles meles anakuma (Temminck, 1844))

「鼬」 ニホニイタチ (Mustela itatsi (Temminck, 1844)) 及びチヨウセンイタチ (Mustela sibirica coreana (Domaniewski, 1926)) 等<sup>(22)</sup>

「獾」 ニホンカワウン (Lutra lutra nippon (Imazumi et Yoshiyuki, 1989)) 及びユーラシアカワウン (Lutra lutra (Linnaeus, 1758))<sup>(23)</sup>

「羚羊」 ニホンカモシカ (Capricornis crispus (Temminck, 1844))

「狐」 キシネ (Vulpes vulpes (Linnaeus, 1758))<sup>(24)</sup>、ホンドキシネ (Vulpes vulpes japonica (Gray, 1868)) 及びキタキシネ (Vulpes vulpes schrenckii (Kishida, 1924))

「鹿」ニホンジカ (*Cervus nippon* (Temminck, 1838))<sup>(25)</sup>

「貂」ホンゾテン (*Martes melampus melampus* (Wagner, 1840)) 及びコウライテン (*Martes melampus corensis* (Kuroda et Mori, 1923))<sup>(26)</sup> 等

「栗鼠」エギリス (*Sciurus vulgaris orientis* (Thomas, 1906))、エズンブリス (*Tamias sibiricus lineatus* (Siebold, 1824))、ホンドリス (*Sciurus lis* (Temminck, 1844))、クリハラリス (*Callosciurus erythraeus* (Pallas 1779))、アイワノリス (*Callosciurus erythraeus thairwanensis* (Bonhote, 1901)) 及びチヨウセンブリス (*Tamias sibiricus barberi* (Johnson & Jones, 1955))<sup>(27)</sup> 等

なお、ここに指定されている「獣」は、いずれも毛皮等を採用し利用することが可能な動物ばかりである。そのことと、当時の時代背景から推測すると、毛皮を産業利用可能な哺乳動物については、濫獲を防ぎ、少なくとも繁殖期における捕獲を制限して自然の育成を図り、毛皮需要を満たし続けるようにするという富国強兵的国家目的があったのではないかと考えられる。仮にそうであるとした場合、狩猟法及び施行規則は、現代の人々が理解しているような意味での「動物愛護」、「自然保護」及び「種の保存」と言った観念とは相当異なる発想に基づいて制定・運用していたのではないかと推定されるのである。要するに、人間の思想や世界観は時代と共に変化するものであるので、現時点での価値観や世界観等だけに依拠した物事の理解は非常に危険である。ただし、これらの点については、法史学及び法社会学のいずれの分野においても研究成果が全くなく、これからの研究課題の一つであると言わざるを得ない。

### 3 狩猟法における狩猟禁止鳥獣の論理的範囲

狩猟法一条一項の規定だけを形式的に理解すると、「獣」の捕獲に関しては、次のような論理構造になっていると理解することができる。<sup>(29)</sup>

(原則) 獣の捕獲は禁止

(例外) 狩猟動物の捕獲は許される

ところが、施行規則一条により、哺乳類に属する動物中でアマミノクロウサギ (Pentalagus furnessi (Stone, 1900)) 以外の全ての動物が狩猟鳥獣と定められており、かつ、施行規則二条二項により、「猫(アナグマ)」など一〇種の狩猟制限獣のみについて狩猟期間が定められていることから、論理的には、左記のとおり、原則と例外とが逆転した状態で狩猟法上の法規制が存在しているのと同じこととなる。

(原則) 獣の捕獲は許される

(例外一) アマミノウサギ (Pentalagus furnessi (Stone, 1900)) の捕獲は常に禁止

(例外二) 狩猟制限獣の捕獲は、毎年三月一日から一二月末日の間は禁止

すなわち、アマミノクロウサギ (*Pentalagus furnessi* (Stone, 1900)) 及び狩猟制限獣以外の獣については、年間を通じて常に捕獲可能である。<sup>(30)</sup>

#### 4 狸狢事件における法適用関係

既述のとおり、狸狢事件において、被告人が本件十文字狢二頭を洞穴に閉じ込めたのは狩猟鳥獣の狩猟期間内である二月二十九日である。

ところで、狸狢事件における本件十文字狢がアマミノクロウサギ (*Pentalagus furnessi* (Stone, 1900)) でないことは明らかである。そうすると、年間を通じて捕獲が禁止されているアマミノクロウサギ (*Pentalagus furnessi* (Stone, 1900)) 以外の獣に関する法規制に当てはめて考えてみると、狸狢事件に関しては、次のような論理的関係が成立することになり、これ以外の論理的組み合わせは存在しない。

(本件十文字狢が狩猟制限獣である場合)

- ① 二月二十九日に「捕獲」が既遂に達するとすれば適法行為(狩猟期間内)として無罪に確定する。
- ② 三月一日以降に「捕獲」が既遂に達するとすれば違法行為(狩猟期間外)として有罪となる可能性がある(この場合にのみ故意論としての錯誤の問題が発生する)

(本件十文字狢が狩猟制限獣でない場合)

「捕獲」は、年間を通じて常に適法行為

したがって、狸貉事件における最も重要な検討課題は、狩猟法一条一項に定める「捕獲」の意義をどのように理解するか（法解釈）であったことになる。

#### 四 狩猟法に定める「捕獲」の意義

狩猟法一条一項の「捕獲」に関して、狩猟法中に定義条項は存在しない。それゆえ、「捕獲」の解釈について争いがある場合には、裁判所（事件当時の最上級審は大審院、現時点では最高裁判所）のみが公権的かつ確定的な法解釈を述べる権限を有する。<sup>(31)</sup>

周知のとおり、狸貉事件大審院判決は、まさにこの点に関する法解釈を示すものである。そして、この点に関する法解釈を述べている部分のみが「判示事項」及び「判決要旨」として判例としての先例的価値を有するのであって、判決理由中の他の部分はいずれも単なる傍論に過ぎず、判例としての先例的価値を全く有しない。<sup>(32)</sup>

##### 1 狸貉事件大審院判決が示した「捕獲」の法解釈

狸貉事件大審院判決の「判示事項」には「野生ノ狸ヲ岩窟ニ追込ミ事実上ノ支配力ヲ獲得シタル所為ト狩猟法ニ所謂捕獲」とある。そして、狸貉事件大審院判決の「判決要旨」は、次のとおりである（原文はカタカナ表記・句読点なし）。



野生の狸を<sup>(33)</sup>発見したる者が狩猟の目的を以つて之を射撃し追跡して狭隘なる岩窟中に竄入せしめ、石塊を以つてその入口を閉塞し逸走すること能わざる施設を為したる所為は、狸に対して事実上の支配力を獲得し、確実に之を先占したるものにして、狩猟法に所謂捕獲に外ならず。<sup>(35)</sup>

狸猪事件大審院判決は、本件十文字貉を施行規則二条二項に定める「狸」であると事実認定しているので、このような判決要旨になっている。しかし、この「狸」の部分は、物理的に可能である限り、<sup>(36)</sup>狩猟法及び施行規則に定める狩猟制限獣全と置き換え可能である。したがって、その論理関係だけに着目すれば、狸猪事件大審院判決の示す真の判例理論（法解釈）は、次のように一般化・定式化することが可能である。

野生の狩猟鳥獣を発見したる者が狩猟の目的を以つて之を射撃し追跡して狭隘なる岩窟中に竄入せしめ、石塊を以つてその入口を閉塞し逸走すること能わざる施設を為したる所為は、狩猟鳥獣に対して事実上の支配力を獲得し、確実に之を先占したるものにして、狩猟法に所謂捕獲に外ならず。

狸猪事件大審院判決において示された法解釈はこれに尽きるのであり、それ以上でもそれ以下でもない。<sup>(37)</sup>そして、この法解釈に事実をあてはめてみると、要するに、狸猪事件の被告人は、狩猟期間中である二月二十九日に行為の全てを完了していることになる。したがって、アマミノクロウサギ (*Pentalagus furnessi* (Stone, 1900)) ではないことが明らかである本件十文字貉の捕獲行為については、それが狩猟制限獣であると否とを問わず、<sup>(38)</sup>常に無罪であることになる。

なお、狸狒事件大審院判決は、被告人が本件十文字狒を洞穴に閉じ込めた後の状態に対する法的評価についても触れており、「三月三日に至り被告人が銃器及び猟犬を使用して遂に猟犬をして狸を咬殺せしめたる所為は、その時に於いて狸の捕獲行為を完了したるものにあらずして、寧ろ適法なる捕獲行為完了後に於ける狸の処分行為の事実に係るものと断定するを妥当なりとす」(原文はカタナカ表記・句読点なし)と判示している。不可罰的事後行為に該当するという趣旨と理解することができる。<sup>(39)</sup>

## 2 検察官及び下級審裁判官の錯誤(法令解釈上の誤り)

狸狒事件において、「捕獲」の既遂時期に関する検察官及び下級審裁判官の法解釈は、大審院によって否定されたことになる。そして、法の解釈によって導き出される「法の趣旨」または「法の理解」は、大審院の判決の有無を問わず、客観的に存在するものと考えられ、かつ、大審院による法解釈は公権力をもって検察庁及び下級審をも強制することのできるものであることから、客観的には、右検察官及び裁判官らに法解釈上の「錯誤」が存在したことになる。この文脈においては、検察官及び裁判官の「法解釈の自由」は公権力をもって否定されることから、「法解釈の自由」を抗弁的な論拠として錯誤を否定すること(または、錯誤ではなく正当な法解釈であると主張すること)が、国法上許されないという一種の法的関係が成立していることになる。

従来、狸狒事件については、「被告人の錯誤」のみが論じられ、検察官及び下級審裁判官の錯誤について論じたものは見当たらない。

しかし、冤罪事件というものを一般論として考えてみると、政治的その他の理由により意図的に有罪とした場合を

除き、検察官及び裁判官に事実認定上または法解釈上の錯誤が一切存在しなければ有罪判決が成立するはずがないので、この点に関しては再検討を要すると思われる。

狸猪事件において、もし検察官が大審院と同じ法解釈を有していたとすれば、被告人が起訴されることはなかったはずである。また、下級審（宇都宮区裁判所及び宇都宮地方裁判所）の裁判官が大審院と同じ法解釈を有していたとすれば、検察官に対して公訴の取り下げを促したか、または無罪の判決をしたかのいずれかであったはずである。

要するに、狸猪事件は、本来は、主として刑事訴訟法学の文脈の中で理解され引用されるべきものであると考える。

## 五 本件十文字貉の同定可能性

狸猪事件大審院判決の判例としての意義を論ずるという前提に立つ限り、本来論ずるべき事柄はここまで述べたところに尽きる。これ以上述べるべきことはない。

しかしながら、狸猪事件において、本件十文字貉の捕獲既遂時期がもし狩猟禁止期間中であつたとの仮定で設題するとすれば、事実認定論上の問題を含むものとして認識・理解することが可能である。<sup>(40)</sup>そこで、そのような前提で、若干の検討を試み、私見を述べたいと思う。

さて、この事件における課題を一般定式化するとすれば、結局のところ、「本件十文字貉の同定は可能か」という問題に帰着する。<sup>(41)</sup>なぜなら、被告人の認識がいかなるものであつたにせよ、客観的に本件十文字貉の同定が可能でなかつたとすれば、刑事裁判における有罪となるべき事実（特に構成要件該当事実）の立証責任は常に検察官が負うものである以上、本件について無罪とせざるを得なかつたと考えられるからである。

以下、私見を述べる。

## 1 狸貉事件大審院判決理由中における事実関係の理解

狸貉事件大審院判決は、既述のとおり、①被告人が本件十文字貉を洞穴に閉じ込めた時点で捕獲行為が完了していると判示しつつも、他方では、②「三月三日に至り被告人が銃器及び猟犬を使用し遂に猟犬をして狸を咬殺せしめた事実を俟って、始めて捕獲行為ありたると仮定するも」と、あくまでも仮定的な前提の下に、被告人が本件十文字貉を「狸」とは理解していなかった点についての判断を示している。刑法理論中で錯誤の問題としてとりあげられることが多いのは、まさにこの部分である。

この点に関する被告人の主観的認識内容について、狸貉事件大審院判決は、次のように事実認定している。

- ① 被告人は、「狸(たぬき)」と「貉(むじな)」とは全く別の種類に属する動物であると認識・理解していた。
- ② 被告人は、狩猟法に定める「アキケマ猫」に該当する獣のことを「狸」であると認識(誤解)していた。
- ③ 被告人は、本件十文字貉が俗称「十文字貉(じゅうもんじむじな)」と称する動物であり、狩猟法に定める「狸」ではないと認識・理解していた。

これを整理してみると、裁判所が認定した事実が正しい(真実に合致している)と前提する限り、被告人は、①「アキケマ猫」を「狸」であると認識(誤解)していたのであり、かつ、②「狸」を捕獲したつもりはなかったということになる。すると、被告人は、客観的には、①本件十文字貉のことを「アキケマ猫」ではないと認識しており、かつ、主観的には、②本件

十文字猪のことを「狸」ではないと認識していたことができる。

他方、被告人は、「アナケ猫」に該当する動物の名が「狸」であると認識（誤解）していたのである以上、「狸」という名の動物に関する客観的な識別能力を全く欠いていたということもできる。換言すると、被告人は、狩猟制限獣の同一性を識別するための構成要素の理解を欠いていたか、または、その構成要素の理解に錯誤を有していたため「狸」と他の動物とを客観的に識別する能力を全く欠いていたということになる。<sup>(42)</sup>

ただし、正確を期すために附言しておく、狸猪事件における被告人は、本件十文字猪の捕獲行為を咎められ検挙されてしまったことにより狼狽し、単に「弁解のための弁解」として既述のような認識を有していると主張・供述した可能性を完全に否定することはできない。<sup>(43)</sup>そのような可能性を前提にすると、また別の角度からの異なる考察が可能である。例えば、単に被告人の供述（弁解内容）が「弁解のための弁解」であった場合、真実は、裁判所が認定したとおりの認識・理解を被告人が有していたとは言えないことになる。その結果、狸猪事件における被告人の認識内容を素材として「錯誤」を論ずるとしても、その前提が最初から欠けているということにならざるを得ないことになる。<sup>(44)</sup>

## 2 タヌキ

通常の日本人であれば、「狸」とは「タヌキ」という動物を意味すると理解するだろう。ただし、「狸」の通常読みは「たぬき」であるが、「まみ」という読みもかなり普遍的に認められるものであり、日本各地に「狸穴（まみあな）」という地名が多数存在する。ただし、この「狸穴（まみあな）」なるものが、真実は「狸」の巣穴のことを指したのか、それとも、「アナケ猫」の巣穴のことを指したのか、そのいずれかを判定することは非常に難しい。<sup>(45)</sup>

ところで、現在の動物学の常識では、日本国の領土内に「タヌキ」という名(和名)の動物は存在しないことになっている。<sup>(46)</sup>

日本国の領土内に生息している動物中で、部分的にも「タヌキ」という名の付された動物であり、かつ、一般に「たぬき」であるとして認識されている動物は、「ホンドタヌキ (Nyctereutes procyonoides viverrinus (Beard, 1904))」及び「エゾタヌキ (Nyctereutes procyonoides albus (Moria, 1999))」という二種(正確には二亜種)の哺乳動物である。<sup>(47)</sup>現在の動物学の主流となつてゐる考え方によれば、俗に「タヌキ(狸)」と呼ばれてゐる動物は、「タヌキ (Nyctereutes procyonoides (Gray, 1834))」という一属一種の動物であり、かつ、この「タヌキ (Nyctereutes procyonoides)」は更に五種ないし六種の亜種に細分化して分類されるものとされてゐる。<sup>(49)</sup>

基本種である狭義の「タヌキ (Nyctereutes procyonoides procyonoides (Temminck, 1838))」は、<sup>(50)</sup>中国東部などに生息する動物であり、現在の日本国の領土内には生息してゐない動物であるとされてゐる。

そして、動物学における通説的な見解に従つたとすれば、狭義の「タヌキ (Nyctereutes procyonoides procyonoides (Temminck, 1838)), Syn. Nyctereutes procyonoides sinensis (Brass, 1904); Nyctereutes procyonoides kalhinensis (Sorokin, 1958); Nyctereutes stegmanni (Matschie, 1907))」は、<sup>(51)</sup>幾つかの亜種に更に細分して分類されてゐる。その亜種としては、次のようなものがある。

- ① 朝鮮半島に生息する「ロウライタヌキ Nyctereutes procyonoides koreensis (Mori, 1922)」
- ② 中国雲南省に生息する「ウンナンタヌキ Nyctereutes procyonoides orestes (Thomas, 1923)」
- ③ ロシア(黒竜江周辺)、朝鮮半島及び中国に生息する「ウスリータヌキ Nyctereutes procyonoides ussuriensis

(Matschie, 1907), Syn. *Nyctereutes procyonoides amurensis* (Matschie, 1907)<sup>(52)</sup>

- ④ 日本国(本州、四国、九州)に生息する「ホンヅタヌキ (*Nyctereutes procyonoides viverrinus* (Beard, 1904))」  
 ⑤ 日本国(北海道)に生息する「エゾタヌキ (*Nyctereutes procyonoides albus* (Morita, 1999))」

これらの亜種のうち、日本国に生息する亜種である「ホンヅタヌキ (*Nyctereutes procyonoides viverrinus* (Beard, 1904))」及び「エゾタヌキ (*Nyctereutes procyonoides albus* (Morita, 1999))」の染色体数は  $2n=38+B$  染色体 (2-5) である。この染色体数は、他の亜種に共通の染色体数である  $2n=54+B$  染色体 (2-4) とは大きく異なるものとされている。<sup>(53)</sup>

つまり、日本国領土内に生息する「狸」は、東アジア地域に比較的普遍的に存在する「タヌキ」とは別個に独自の進化を遂げた動物群であるということが出来る。そのことから、「タヌキ(狸)」を総称として大雑把な法規制を行うことには、かなり重大な問題が伏在していることになる。<sup>(54)</sup>

### 3 狩猟法及び施行規則中の指定における特定性

本論文における課題を解決するための考察において欠くことができないのは、そもそも施行規則において指定されている「<sup>ア</sup>猫」や「<sup>イ</sup>狸」等の文字列符号に識別力(構成要件として十分に機能するだけの明確性)があるかどうかという点に関する検討である。そして、もし法令中の文字列符号だけでは十分な識別性を有しないのであれば、法規範としては欠陥を有するものであり、無効な法令となる可能性がある。

そこで、狩猟法及び施行規則中に規定する「狸」の構成要件としての明確性が十分であったか否かについて若干の検討を試みると、狩猟制限獣としての「狸」の指定は、施行規則二条の中にある。そして、その定義規定は存在しない。おそらく、「狸」がどのような動物を指すのかという点については、自明と考えられていたのだろうと推定される。しかし、それは必ずしも自明なことではない。

「狸」に関する動物学上の分類及び同定については、既述のとおり、現時点でもなお浮動的な部分があると認めざるを得ないのであるが、狸貉事件が発生した大正時代には、もつと大きな不確実性が存在していた。

日本に生息する「たぬき」なる動物に関しては、大正五年に刊行された川瀬善太郎『たぬき』(三浦書店、一九一六)<sup>(55)</sup>の中でかなり詳しく論じられている。川瀬善太郎<sup>(56)</sup>は、動物学上の知見については東京帝国大学理科動物学教授渡瀬庄三郎の知見に依拠しつつも、和漢洋の関連文献を渉猟して検討し、日本国に産する「たぬき」の学名については「*Nyctereutes procyonoides viverrinus* (Beard, 1904)」をもって妥当とする見解を有していた。この見解は、現在の通説における見解とも一致するものである。また、「たぬき」と「むじな」との関係については、同一の動物を指す別名に過ぎないとしている。

しかしながら、この川瀬善太郎のような精密な検討結果は、当時としてはかなり稀なものに属したものと推定される。例えば、明治三五年(一九〇二年)に刊行された武田十一郎編『猟銃全書』二二八頁の「狸、貉」の項<sup>(57)</sup>には、「狸及び貉は狐と同じく頗る狡猾なる動物にして、晝は多く其の穴窟に籠居し、夜間食を求めつつ此方彼方に徘徊する者なりとす」との記述がある。ここに「狸及び貉」と分けて記載されていることから、少なくとも二種以上の異なる動物を識別していたことを理解することができる。同書においては、その論述内容等からして、「ホンダヌキ (*Nyctereutes procyonoides viverrinus* (Beard, 1904))」を「狸」とし、「ニホンアナクマ (*Meles meles anakuma* (Temminck, 1844))」



を「貉」としてゐるのではないかと思われる。

大正元年（一九一二年）に刊行された秋山蓮三『内外普通動物誌脊椎動物編』（興風社）一三一頁以下には「狸たぬき *Canis procyonoides* Schleg.

」の項がある。秋山蓮三自身による記述はほとんどないが、その解説文中では青木文一郎の「タヌキとムジナ」という論文（動物学雑誌第二六七号四六頁（一九一〇））を引用している。この青木文一郎の論文では、「タヌキ」には「ハチモンジ」、「マミタヌキ」及び「タヌキ（冬毛）、ムジナ（夏毛）」の三種があるとのテミンク（Coenraad Jacob Temminck (1778-1858)）の説を引用した上で、結論として、「たぬき」と「むじな」とは同一の動物のことを指すものとの見解を是認するものである。これらのことから、当時、「たぬき」には何種類かのタイプがあるとの考え方が強かつたということを示唆している。

昭和八年（一九三三年）に刊行された農林省山林局編纂『原色狩獵鳥獸圖解』（大日本聯合獵友會）二八頁の「タヌキ *Nyctereutes viverrinus* Temminck」の項には、「本種は色相に依りハチモンヂ、ジウジ、シロ等の名称あり。北海道に産するエゾタヌキはタヌキより稍大型にして、毛皮は一層良質なるを以つて貴重せらる」との記載がある。「たぬき」が一種しか存在せず、「八文字」等の名称の相違は体毛色の相違に基づくものに過ぎず、種としての相違ではないとの見解は、前掲川瀬善太郎『たぬき』でも採用されている考え方である。他方、同書二九頁の「アナグマ (*Meles anakuma* Temminck)」の項には「外形タヌキに酷似するを以つて往々之と混同せらる。ムジナ、ササグマ等の方言あり」との記述がある。

昭和二二年（一九四七年）に刊行された『改訂増補日本動物圖鑑』三八頁の「たぬき (*Nyctereutes procyonoides viverrinus* Temminck et Schlegel)」の項には、<sup>(58)</sup>「たぬき」の別名として「むじな」が明記された上で、「東亞特有ノ動物ニシテ、いぬ属ニ近クあなぐま属トハ縁遠シ」との記述がある。ところが、同書四五頁の「あなぐま (*Meles anakuma*

Temminck et Schlegel)の項には、「あなぐま」の別名として「むじな、まみ、さなぐま」が明記された上で、「本種ハ我國特有ノ動物ニシテ」との記載がある。つまり、同書は、「むじな」は、「たぬき」の別名であると同時に「あなぐま」の別名でもあるという認識・理解に基づいて書かれていることになる。

その他これらに類する書籍・論文等が多々あるけれども、詳細の引用は割愛する。

以上のように、狸貉事件当時における学問状況下においては、「狸(たぬき)」の定義は必ずしも明確なものではなかったといふべきである。<sup>(59)</sup>そして、「貉(むじな)」については、「ホンドタヌキ (Nyctereutes procyonoides viverrinus (Beard, 1904))」の異名である<sup>(60)</sup>「ニホンアナグマ (Meles meles anakuma (Temminck, 1844))」の異名である<sup>(60)</sup>ともあったと理解するしかなさそうに思われる。

私見としては、古来、「ホンドタヌキ (Nyctereutes procyonoides viverrinus (Beard, 1904))」や「ニホンアナグマ (Meles meles anakuma (Temminck, 1844))」は、明瞭に区別されなかつた。「むじな」または「うじな」と呼ばれていた<sup>(61)</sup>たのであり、それが中世のころから関西地方を中心にして「たぬき」と呼ばれるように変化したものであると推定している。そのため、主に東日本には「貉(むじな)」という地名が多く存在するとともに、「ホンドタヌキ (Nyctereutes procyonoides viverrinus (Beard, 1904))」のことを「貉(むじな)」と呼ぶ例もあったのだと考える。その結果、同一の種類に属する動物について「狸(たぬき)」と呼ぶことも「貉(むじな)」と呼ぶことも十分にあり得ることであることになる。しかし、後述のとおり、狸貉事件で問題になったのは、「貉(むじな)」ではなく「十文字貉(じゅうもんじむじな)」である。そして、「ホンドタヌキ (Nyctereutes procyonoides viverrinus (Beard, 1904))」や「ニホンアナグマ (Meles meles anakuma (Temminck, 1844))」とは別の種類に属する動物として「十文字貉」という動物が存在していた可能性を(少なくとも理論上では)否定し去ることができないことは後述するとおりである。

さて、大正時代当時においては、川瀬善太郎の著書『たぬき』が「狸」に関する最も詳細な論述を含むものであることが明らかである。川瀬善太郎が動物学上の知見を得るために依拠した渡瀬庄三郎自身は、「狸（たぬき）」に関して詳細な論文を著しているわけではない。<sup>(61)</sup> それゆえ、狸猪事件の公判においては、川瀬善太郎が鑑定人として選任されたものと推定される。<sup>(62)</sup>

しかしながら、狸猪事件の公判における最終審である大審院で吟味・審理し、当時において関連分野に関する最高レベルの学者だとみなされていたに違いない川瀬善太郎に鑑定を求めなければ「狸」及び「十文字猪」の同定・識別ができなかったという経緯<sup>(63)</sup>に鑑みると、狩猟法が制定された大正七年当時における立法者の脳裏において「狸」が明確に定義可能な状態になっていたかどうかについては相当の疑問が残る。仮にそうであるとすれば、狩猟法及び施行規則に定める「狸」なる構成要件の定義もまた十分に明確なものとして確立されていたとは言いがたい。

要するに、同法及び施行規則の立法事実に関する当該立法者の認識・理解が明確性を欠いたまま立法されたものであるという意味で、同法及び施行規則の有効性ないし法規範としての安定性にはそもそも問題があったと言わざるを得ない。

この点に関しては、狸猪事件大審院判決の理由中でも触れられており、「狩猟法中に於いて狸なる名称中には猪をも包含することを明らかにし、国民をして適帰するところを知らしむるの注意を取るを当然とすべく」とある。<sup>(64)</sup> 狸猪事件大審院判決の理由は、その論理を一般化すると、①狩猟法及び施行規則中に定める構成要件としての「狸」が何を指すのが明確ではなく、別名との異同関係が明らかでない場合には、②狩猟法それ自体を違法・無効とするまでのことはないけれども、③「狸」の同一性識別基準に関する公権的解釈を国民に周知徹底するまでの間は、同法及び施行規則に基づく法執行（国家刑罰権の行使）は控えるべきだということに帰着するものと理解することができる。

そして、刑罰法令の執行（国家刑罰権の行使）に関するこのような考え方は、極めて近代的・合理的な法思想（大正デモクラシーの時代における法思想上の精神的風土）を顕現させるものとして、高く評価することができよう。<sup>(65)</sup>のみならず、現行の動植物関連法令（刑罰法令のみではなく、民事関連及び行政関連の法令を含む。）の解釈・運用上においても極めて重要な事柄（留意点）を示唆するものである。<sup>(66)</sup>

#### 4 鑑定の疑問点

鑑定人川瀬善太郎の鑑定結果の要点は、次の三点に尽きると思われる。

- ① 「貉」は「狸」の別名である。
- ② 日本国において「狸」は一属一種しか生息しておらず、十文字の模様が入るものなど毛色の相違によっては別種の動物であるとは言えない。
- ③ 押収された毛皮は「狸」の毛皮である。

要するに、まず、「貉≡狸」という論理集合を構成した上で、「十文字模様タイプの〔狸〕とし、そして、事実のあてはめ（事実の該当性の有無の判断）として、「本件十文字貉の毛皮≡狸の毛皮」であるから、「本件十文字貉〔狸〕と」という論理を示していることができる。

一見すると完璧な論理に基づく鑑定結果のようであるが、問題点がある。

① 「貉」はどの地域においても「狸」の別名(異名)であるというわけではない。

② 日本国においては、少なくとも「ホンヅタヌキ (*Nyctereutes procyonoides viverrinus* (Beard, 1904))」及び「エンタヌキ (*Nyctereutes procyonoides albus* (Morita, 1999))」の二亜種が生息している。狩猟法及び施行規則が「ホンドタヌキ (*Nyctereutes procyonoides viverrinus* (Beard, 1904))」のみを「狸」として指定しているのであるとすれば、本件十文字貉が「ホンドタヌキ (*Nyctereutes procyonoides viverrinus* (Beard, 1904))」以外の動物である場合、狩猟法の適用上では、本件十文字貉が狩猟制限獣ではないことになる。

③ 毛皮の鑑定結果のみでは、その鑑定プロセスが正しかったのか否かを判定することができない。とりわけ、鑑定人が、「ホンドタヌキ (*Nyctereutes procyonoides viverrinus* (Beard, 1904))」及びその近縁種をすべてまとめて「狸」一種だけだという見解を有している場合、真実は、異なる種(亜種、変種の場合を含む)の毛皮であったとしても、当該鑑定人の見解の下では、相違点が全て「誤差」や「個体差」の範囲内の問題として処理され、結論先取りに、常に「狸の毛皮である」との結論が導き出されてしまうことになる。

①の点については、川瀬善太郎が言語学者でも民俗学者でもなく、もちろん日本全土の方言等について網羅的に研究を尽くしたわけでもないのが、当然の結果と思われる。しかしながら、仮に呼称としては「貉≠狸」ではないとしても、現実には存在する証拠物(毛皮)が、「狸」のものであると客観的に鑑定可能であるとすれば、名前の別とは関係なしに、狩猟制限獣の範疇に含まれるか否かを判定することが可能である。したがって、この文脈においては、②の動物分類学上の判断基準をどのように設定するかという問題と、③現実の同定・識別プロセスにおける確実性をいかに確保するかという点が極めて重要であることになる。

そして、そもそも川瀬善太郎が「狸」を一種のみであると考えていた以上、「狸」類似の動物の毛皮であれば、それら全てについて「狸の毛皮」として鑑定結果を出したであろうという点を一応措くとしても、川瀬善太郎が、「ニホンアナグマ (Males melos anakuma (Temminck, 1844))」など「狸」と混同されやすい動物の毛皮標本と現実に比較対照して鑑定結果を出したかどうかはかなり疑わしい。そもそも川瀬善太郎は、林学者なのであって、哺乳動物の骨格標本や毛皮標本等が十分に蓄積された動物学研究室を保有していたとは到底考えられない。<sup>(67)</sup> また、当時の社会状況を考えてみると、川瀬善太郎が鑑定作業を遂行していたと推定される時期は、東京帝国大学の図書館や研究施設等の多くが関東震災の際に発生した大火災によって焼け落ちてしまった直後の時期に該当し、同大学にあった多数の貴重な図書資料や標本資料等がごとく灰燼に帰してしまっていたという歴史上の事実があった。それゆえ、当時、鑑定人としての川瀬善太郎が鑑定作業において用いる対照資料として他の野生動物の毛皮等の標本を利用したくても客観的に利用不可能またはかなり困難な状況にあったのではないかと推定される。

これらのことからすると、鑑定人川瀬善太郎の鑑定結果は、論理それ自体としては簡潔明瞭であるけれども、その鑑定結果の信頼性については何とも言えないということにならざるを得ない。

## 5 本件十文字貉の推定

狸貉事件大審院判決中の事実認定が正しいとすれば、被告人は、「アゲキ狸」のことを「狸」という名の動物であると誤解していたのであるから、被告人は、狩猟法及び施行規則に定める「狸」を他の動物と識別する能力において欠けるところがあったと言わざるを得ない。そのため、真実は、鑑定人川瀬善太郎の鑑定意見のとおり、本件十文字

貉は「狸」(現行和名・ホンドタヌキ (*Nyctereutes procyonoides viverrinus* (Beard, 1904))) であつた可能性が高い。しかしながら、事件当時の学問水準等に鑑みると、別の可能性の存在を完全に否定し去ることもできないと考える。例えば、あくまでも机上の仮説としては、次のような場合を仮定することが可能と思われる。

(一) エゾタヌキの可能性

日本国でもかつて氷河期があつた。本州中部や東北地方の山地などに生息する高山性または亜高山性の鳥類や哺乳類等の中には氷河期の残存と推定されるものが少なくない。ニホンライチョウ (*Lagopus muta japonica* (A. H. Clark, 1907)) は、その典型例である。

「狸」に関して述べると、エゾタヌキ (*Nyctereutes procyonoides albus* (Morita, 1999)) は、現時点では北海道のみ生息する動物であるが、氷河期には本州にも生息していたかもしれない、その残存個体が大正時代まで存在しており、「十文字貉」として認識されていた可能性を完全に否定することはできない。

この仮説は、荒唐無稽な御伽噺の一種のように思われるかもしれない。しかし、狸貉事件当時、「狸」は濫獲によって個体数を減少させており、地域によっては絶滅寸前状態にまで至っていた。エゾタヌキ (*Nyctereutes procyonoides albus* (Morita, 1999)) は、本州産のホンドタヌキ (*Nyctereutes procyonoides viverrinus* (Beard, 1904)) と比較すると毛が厚くて良質であるとされていることから、例えば、シベリア出兵や日清・日露戦争当時には軍用外套の素材として高価で取引されやすい動物であつた可能性が高い。そのため、仮に本州に残存個体があつたとしても、優先的に捕獲され絶滅してしまったかもしれないのである。あくまでも仮説に過ぎないが、博物館等に保管されている剥製等の DNA を丁寧調べれば、もしかするとその中に「十文字」の模様のあるエゾタヌキ (*Nyctereutes procyonoides albus* (Morita, 1999)) が含まれているかもしれないのである。そして、立法者がホンドタヌキ (*Nyctereutes procyonoides*

viverrinus (Beard, 1904) のみを念頭において狩猟法及び施行規則を制定したと推定されることは既述のとおりであるから、もし本件十文字貉がエゾタヌキ (Nyctereutes procyonoides albus (Morita, 1999)) であるとすれば、「狸」の中にエゾタヌキ (Nyctereutes procyonoides albus (Morita, 1999)) を含むものとして解釈・運用することの可否及び正当性が議論の対象となり得る。

## (二) エゾタヌキとホンダタヌキの交雑の可能性

エゾタヌキ (Nyctereutes procyonoides albus (Morita, 1999)) である可能性について述べたところと同じである。仮に本州においてエゾタヌキ (Nyctereutes procyonoides albus (Morita, 1999)) の残存個体が存在していたとすれば、ホンダタヌキ (Nyctereutes procyonoides viverrinus (Beard, 1904)) との自然交雑の存在もまた想定しなければならないことになる。

動植物と関連する法令の解釈・運用上、交雑種の取扱いについては亜種・変種の問題以上に難しい問題が伏在しているが、この点については別稿において改めて論ずることとしたい。

## (三) 絶滅種の可能性

エゾタヌキ (Nyctereutes procyonoides albus (Morita, 1999)) について述べたところと同様、濫獲により既に絶滅してしまった種である可能性を否定することはできない。そして、これまでどの動物学者によっても認識されなかった絶滅種である場合には、図鑑や論文等でも触れられることがあり得ない。

この仮説が正しいとする場合、被告人が捕獲した本件十文字貉は、絶滅種の最後の個体であったかもしれない。

なお、絶滅がそんなに簡単に発生するのかもしれない点に関しては、佐渡のトキ (Nipponia nippon (Temminck, 1835)) やニホンオオカミ (Canis lupus hodophilax (Temminck, 1839)) の例によって容易に理解することができるようになる。



れを肯定的に理解すべきである。また、捕獲行為が最後の個体に対してなされるといったことが現実にあり得るかと思われるが、実例が沢山あると返答するしかない。<sup>(69)</sup>

そして、絶滅種であると仮定した場合、本件十文字貉が狩猟制限獣のいずれにも該当しないということが（理論的には）あり得る。

#### (四) 小括

以上のように、あくまでも理論的な可能性の問題としては、「狸」でも「貉」でもない「十文字貉」と呼ばれる動物が存在していた可能性を完全に否定することはできないように思われる。「十文字貉」なる動物の候補としては、右に検討したエゾタヌキ (*Nyctereutes procyonoides albus* (Morita, 1999))、交雑種及び絶滅種のほか、ハクビシン (*Daguma lavata* (C.E.H. Smith, 1827)) の可能性も検討対象とすべきであろう。そして、これらの場合には、被告人の捕獲行為が狩猟期間外の時期である三月一日以降であったとしても、被告人は無罪となる可能性がある。<sup>(70)</sup>

しかしながら、鑑定人川瀬善太郎がそのような突飛な前提を念頭に置くことはなかっただろうと推定できる。時代環境が全く異なるとはいえ、当時と現在とでは動物分類学の水準が大きく異なっているし、そもそも生物の絶滅のメカニズムに関しても単純素朴な理論や考察しか存在していなかったからである。

ちなみに、現時点において本件十文字貉の毛皮等をサンプルとしてそのDNAを再鑑定することは不可能なことだろうと思われるが、もし可能であるとすれば試すだけの価値のある課題の一つだと考える。

## 六 百々鼯鼠事件（もま・むささび事件）の検討

狸貉事件について用いた分析手法と同じ手法を用いて百々鼯鼠事件について若干の検討を加え、問題点を指摘したいと思う。

### 1 百々鼯鼠事件の事案概要

百々鼯鼠事件大審院判決が判断の前提とした事実関係（同判決理由中において引用する控訴審・高知地方裁判所において確定された事実関係）は、「被告人は、大正一三年（一九二四年）一月六日、高知県高岡郡長者村部落竹谷の日吉神社付近にある同神社境内地外の地<sup>(71)</sup>に於いて、鼯鼠（俗称もま）三頭を捕獲した」というものである。<sup>(72)</sup>

被告人は、第一審である須崎区裁判所及び控訴審である高知地方裁判所において有罪の判決を受けたため、大審院に上告した。そして、被告人の弁護士は、上告審において、「被告人が其の捕獲せる動物の鼯鼠なることを認識せざることは、即ち事実の錯誤なること明らかにして、法律の不知に非ず」と主張した。

しかし、大審院は、次のように判示して、狩猟法違反となる狩猟期間外に「鼯鼠」の捕獲行為をしたことについての故意を阻却しないとの判断を示した（原文はカタカナ・句読点なし）。

鼯鼠と「もま」とは同一の物なるに拘らず、単にその同一なることを知らず、「もま」は之を捕獲するも罪と為

らずと信じて捕獲したるに過ぎざる場合に於いては、法律を以つて捕獲を禁じたる鼯鼠即ち「もま」を「もま」と知りて捕獲したるものにして、犯罪構成に必要な事実<sup>(74)</sup>の認識に何らの欠缺あることなく、唯其の行為の違法なることを知らざるに止まる

百々鼯鼠事件大審院判決は、控訴審（高知地方裁判所）の認定事実を前提にして、法律判断のみを示している。そして、認定された事実によれば、被告人が捕獲した「獸」が「鼯鼠（むささび）」であるということになっているのだが、どのような証拠によつて「鼯鼠（むささび）」との事実認定がなされたのかについては、百々鼯鼠事件大審院判決上では明らかではない。まさに、この点において、この事件を再検討・再評価すべき余地が存在する。

## 2 ムササビ及びモモンガ

日本国の領土内には、狩猟法及び施行規則二条二項に定める「鼯鼠（むささび）」に該当可能な哺乳動物が少なくとも三種以上存在する。

外形的観察のみで該当可能な哺乳動物は、「ムササビ (Petaurista leucogenys (Temminck, 1827))」、「ニホンモモンガ (Pteromys momonga (Temminck, 1844))」及び「エンモモンガ (Pteromys volans orii (Kuroda, 1921))」の三種である。更に、「ムササビ (Petaurista leucogenys (Temminck, 1827))」や「ニッコウムササビ (Petaurista leucogenys nikkonis (Thomas, 1905))」、「ワカヤマトムササビ (Petaurista leucogenys oreas (Thomas, 1905))」及び「キヌウシムササビ (Petaurista leucogenys leucogenys (Temminck, 1827))」の三種に細分して考える見解が有力のようである。

「ムササビ」(*Petaurista leucogenys* (Temminck, 1827))と「ニホンモモンガ」(*Pteromys momonga* (Temminck, 1844))とは相互に非常によく似ているとされることが多い。確かに、縮尺感の希薄な図版や写真のみを比較する限り、かなり似た動物であると言えないことはない。江戸時代には、「ムササビ」(*Petaurista leucogenys* (Temminck, 1827))と「ニホンモモンガ」(*Pteromys momonga* (Temminck, 1844))のいずれについても「野衾(のびすま)」という名で呼ばれることがあった。<sup>(17)</sup>これは、「タヌキ」と「アナグマ」のいずれについても「ムジナ」と呼ばれることがあったという事実と似ている。しかし、実物の「ムササビ」(*Petaurista leucogenys* (Temminck, 1827))と「ニホンモモンガ」(*Pteromys momonga* (Temminck, 1844))を実際に観察してみると、相互に全く異なる動物であることを明確に理解することができた。

このことは、江戸時代末期に来日したシーボルトによって既に正当に認識・理解されていたことである。シーボルトの前掲『日本動物誌』の中には、「むささび」と「ももんが」に関する詳細な記述と共に精緻をこらした図版が収録されている。したがって、「むささび」と「ももんが」とは、遅くとも江戸時代末期においては、明確に異なる動物として認識されていたということが可能である。現代の動物学においても、「ムササビ」(*Petaurista leucogenys* (Temminck, 1827))と「ニホンモモンガ」(*Pteromys momonga* (Temminck, 1844))及び「エンモモンガ」(*Pteromys volans orii* (Kuruda, 1921))とが全く異なる動物であることに異論はない。

したがって、狩猟法及び施行規則二条二項に定める「鼯鼠」に該当する動物としては、「ムササビ」(*Petaurista leucogenys* (Temminck, 1827))のみを考へるべきであり、「ニッコウムササビ」(*Petaurista leucogenys nikkonis* (Thomas, 1905))、「フカヤレムササビ」(*Petaurista leucogenys areas* (Thomas, 1905))及び「キユウシユウムササビ」(*Petaurista leucogenys leucogenys* (Temminck, 1827))とらう三種の亜種に細分する見解では、三種の亜種全部が「鼯鼠」に該当すると解す

る)となる。」「ニホンモモンガ (Pteromys momonga (Temminck, 1844))」及び「エンモモンガ (Pteromys volans orii (Kuroda, 1921))」は除外しなければならぬ。そして「ニホンモモンガ (Pteromys momonga (Temminck, 1844))」及び「エンモモンガ (Pteromys volans orii (Kuroda, 1921))」は「鼯鼠」に該当しないので、狩猟制限獣ではない。すなわち、百々鼯鼠事件当時の時点においては、「ニホンモモンガ (Pteromys momonga (Temminck, 1844))」及び「エンモモンガ (Pteromys volans orii (Kuroda, 1921))」は、年間を通じて常に狩猟可能な「獣」に含まれることになる。ところが、驚くべきことには、狸貉事件に関する検討の際に参照した動物図鑑や動物学論文等のうち、非常に特殊な研究論文等を除いては、明治時代及び対象時代に刊行されたもの大半において「ももんが」の記述が全くない。例えば、昭和八年(一九三三年)に刊行された農林省山林局編纂『原色狩獵鳥獸圖解』二七頁の「ムササビ *Petaurista leucogenys* [Thomas]」の項には、「本州、四国、九州に分布し、バンドリの方言あり」、「本種は本州中部以北に産するものをニッコウムササビ、和歌山県産のものをワカヤマムササビ、高知県地方のものをトサムササビ、熊本、宮崎地方のものをキウシウムササビ等に細別せらる」との記載がある。ここに「細別」されると記載のある動物の中には、実は「ニホンモモンガ (Pteromys momonga (Temminck, 1844))」が含まれていたかもしれないのだが、当時の国(農林省)の認識としては、そのような可能性を全く念頭に置いていなかったものと推定される。もし当時の国(農林省)が「鼯鼠」と「モモンガ」との混同を少しでも危惧していたとすれば、必ずその旨の指摘が記載されたものと思われるのであるが、同書にはそのような気配が全くないのである。

第二次世界大戦前後の時代において、ムササビ類やモモンガ類が属するリス科哺乳類の研究の最高権威とされていたのは黒田長禮であった。昭和十二年(一九三七年)に刊行された黒田長禮『脊椎動物体系・哺乳』(三省堂)二一五頁には「モモンガ」と名のつく動物に関する記述があり、「北海道にエンモモンガ (*S. russicus orii* Kuroda)」、内地に<sup>(7)</sup>

ホンシウモモンガ (*S. momonga amygdati* Thomas) がある外、九州に基亜種を朝鮮に上の両種の間中型を産する」との記述があるから、この時期には「モモンガ」という名のつく動物の存在が広く知られ始めたのではないかと推測される。昭和十五年（一九四〇年）に刊行された小野田勝造・小野田伊久馬『内外動物原色大圖鑑』（誠文堂）八七頁には、「ほんしゅうももんが（ももんが）」の記述があるが、その分布については「本州にのみ産する」と記載されている。そして、昭和三十二年（一九四七年）に刊行された『改訂増補日本動物圖鑑』二六頁ないし二七頁には、同様に、「ほんしゅうももんが *Sciuropterus momonga amygdati* Thomas」（ホンシウモモンガ）、「えぞももんが *Sciuropterus russicus orii* Kuroda」（エゾモモンガ）及び「にづくわんむすび *Petaurista leucogenys nikkonis* Thomas」（ニッコウムササビ）の三種に関する記載がある。しかし、これら「モモンガ」と名のつく動物が「四国」にも分布するとの記述はない。その後出版された黒田長禮『日本獸類圖説』（創元社、一九五三）七八頁には、「キュウシウモモンガ (*Sciuropterus volas momonga* T. & S.)」の分布について、「多分四国（土居寛暢氏）にも産する」との記載があり、「モモンガ」と名のつく動物が四国にも分布していることが示唆されている。

四国における「ニホンモモンガ (*Pteromys momonga* Temminck, 1844)」の生息が科学的に証明されたのは、更に長年月を経た後である平成二二年（二〇〇〇年）になってからのことである。したがって、百々鼯鼠事件当時において、動物学の専門家による観点が実施されたとしても、「四国においてモモンガが産するとの報告はかつて存在しない」との理由で、「ムササビである」との鑑定結果が出されたかもしれない。

## 3 捕獲した獣がモモンガである場合の問題点

一般に、「もま」は、「もも（百々）」が変化して形成された語だと理解されており、「もも（百々）」は、「ニホンモモンガ」(*Pteromys momonga* (Temminck, 1844))を指す「もみ」から転じたものだと理解されている。<sup>(79)</sup>

したがって、あくまでも一般論としては、百々鼯鼠事件の被告人が捕獲した「もま」が「ニホンモモンガ」(*Pteromys momonga* (Temminck, 1844))である可能性を完全に否定することはできない。

にもかかわらず、百々鼯鼠事件当時、そもそも「モモンガ」なる動物の存在はあまり知られておらず、かつ、四国には「モモンガ」と名のつく動物が生息しているとは考えられていなかったことは歴史上の事実であるので、仮に目の前に「ニホンモモンガ」(*Pteromys momonga* (Temminck, 1844))が存在していたとしても、四国管内に勤務する全ての裁判官及び検察官は、それを「ムササビ（正確には、「ニッコロウムササビ」(*Petaurista leucogenys nikkonis* (Thomas, 1905))、「ワカヤマムササビ」(*Petaurista leucogenys oras* (Thomas, 1905))及び「キュウシュウムササビ」(*Petaurista leucogenys leucogenys* (Temminck, 1827))のいずれか)またはその幼体であると判断したのに相違ないし、「モモンガ」と呼ばれる動物の一種であると判断することのできる客観的な期待可能性はゼロだったのではないかと推定される。無論、被告人もまた、図鑑等に印刷された「ムササビ」の図版を示されれば（図鑑の図版では縮尺がよくわからないのが普通であり、かつ、ムササビとモモンガとは外形が酷似しているので）「この図に示された動物と同じかたらの動物に相違ありません」と返答するしかなかったのではないかと思われる。

そして、現実の百々鼯鼠事件において、仮に被告人、弁護人、検察官及び裁判官（大審院判事を含む。）のいずれもが

「ニホンモモンガ (Pteromys momonga (Temminck, 1844))」とどう動物の存在を知らず、「ニホンモモンガ (Pteromys momonga (Temminck, 1844))」を「ムササビ」と名のつく動物と混同していたと仮定すると、それら全員について客体の動物学上の属性評価にかかる錯誤の一種が存在したことになる。

しかしながら、現実の百々鼯鼠事件の公判では、鑑定等によつて被告人が捕獲した「もま」が「ニホンモモンガ (Pteromys momonga (Temminck, 1844))」ではないことが証明されたか否かが不明である。

今後の法学研究においては、可能である限り、これらの点に関する歴史的または法考古学的な調査・研究が尽くされなければならないと考える。そして、そのような調査・研究の結果いかんによつては、百々鼯鼠事件の被告が捕獲した「もま」なる動物が実は狩猟制限獣に該当しない「ニホンモモンガ (Pteromys momonga (Temminck, 1844))」であったことが判明し、それゆえに、本来なら被告人は無罪であるべきであったのに有罪にされてしまったという意味で、百々鼯鼠事件がいわゆる「冤罪」の一種であった可能性が法学研究上の検討事項として浮かび上がってくる可能性が全くないとは言えないのである。

ただし、これらの点については、現時点で収集可能な資料が極めて限られている。本論文の執筆に際し、高知県弁護士会及び高知地方検察庁等に問い合わせるなどして、百々鼯鼠事件の第一審（須崎簡易裁判所）及び控訴審（高知地方裁判所）の判決（写し）を入手しようと手を尽くしたが、結局、それらを入手することができなかった。できれば高知県在住の弁護士や近隣に大学に所属する法学研究者等によつて、地元在住の研究者にしかできない実地調査や丹念な資料調査等を踏まえた実証的な調査・研究が尽くされることを期待したい。



## 七 むすび

以上で本論文における検討を終える。

冒頭に述べたとおり、本論文は、刑法学上の錯誤論を扱うものではない。あくまでも、法情報学の領域に属する「判決情報」という対象について法情報論の立場から研究・検討した結果をまとめたものである。本論文で取り扱った狸貉事件及び百々騮鼠事件は、あくまでも法情報論の立場からのアプローチの可能性を示すための素材の一つであるのに過ぎない。

しかしながら、本論文によって、今後の刑法学研究のみならず法学全般に対して、伝統的なアプローチとは異なるタイプの分析・考察方法が方法論として成立し得ることを示すことができたと自負する。それと同時に、本論文が試みたような「所与の前提」を疑ってかかるという方法論は、将来の刑事裁判実務において不幸な冤罪事件が発生することを防止するために、そして、解釈困難な法令を少しでも減少させるために少しでも寄与するのではないかと期待し、本論文のむすびとする。

## 〔謝辞〕

本論文の執筆に際し、栃木県弁護士会（会史編さん委員会）新江正弁護士から狸狽事件に関する資料（前掲『栃木県弁護士会史資料編第一号狸狽事件』）を快く提供していただいた。狸狽事件の本質を理解する上で大変重要な資料であり、この資料がなければ本論文の内容が相当異なるものとなっていた可能性がある。心から御礼申し上げる。

また、高知県弁護士会事務局及び高知地方検察庁には本論文執筆のための調査の過程で大変お世話になった。同じく心から御礼申し上げます。

[鹿沼市深岩地域の写真]



深岩山（2012年6月24日筆者撮影）



岩山（2012年6月24日筆者撮影）

注

- (1) 被告人は「貉(むじな)」でも「狸(たぬき)」でも「猫(あなぐま)」でもない「十文字貉(じゅうもんじむじな)」を捕獲したものと主張していたのであるから「狸十文字貉事件」とするのが正しいと思われる。また、「狸」は「たぬき」だけではなく「まみ」とも読むことがある。しかし、本論文では、慣例に従い、「狸貉事件(たぬき・むじな事件)」と呼ぶことにする。
- (2) 「黽鼠」は「こそ」とも読む。しかし、本論文では、慣例に従い、「むささび」と読むことにする。
- (3) 一般に、「もま」に該当する漢字はないとされている。しかし、「もま」が「もも(百々)」から転じた形成された語であると解する見解がある。本論文においては、便宜、「百々」をもって「もま」を表現する漢字にあてることとする。ただし、「もま」が「もも」から転じて形成された語であるという見解を確定的に正しいものであると断定する趣旨ではない。
- (4) 牧野英一「刑法研究第三」(有斐閣、一九二九)一二六～一二九頁(初出「狩獵法違反と法律の錯誤」法学志林二七卷一頁(一九二五))、草野豹一郎「刑事判例研究第五卷」(厳松堂、一九四〇)二二三～二三〇頁、団藤重光「刑法綱要総論改訂版」(創文社、一九七九)二九八頁、福田平「事実の錯誤か法律の錯誤か」むじな・たぬき事件」ジュリスト二〇〇号(有斐閣、一九六〇)五〇～五一頁、団藤重光編「注釈刑法(2)Ⅱ」(有斐閣、一九六九)三五七～三五八頁「福田平」、平野龍一「刑法総論Ⅰ」(有斐閣、一九七二)一七三頁、藤木英雄「刑法講義総論」(弘文堂、一九七五)二二〇～二二三頁、中野次雄「刑法総論概要」(成文堂、一九七九)一九二頁、西原春夫ほか編「判例刑法研究第三卷」(有斐閣、一九八〇)一三七～一四一頁「川端博」、内田文昭「たぬき・むじな」事件と「もま・むささび」事件について」研修四六三号(一九八七)三～一四頁、大塚仁・河上和雄・佐藤文哉編「大コンメンタール刑法第2巻」(青林書院、一九八九)六二五～六二七頁「佐久間修」、阿部純二ほか編「刑法基本講座第3巻」(法学書院、一九九四)二九〇～三〇二頁「齊藤信室」、西原春夫ほか編「刑法マテリアルズ」資料で学ぶ刑法総論」(柏書房、一九九五)一三四頁「長井長信」、長井長信「故意概念と錯誤論」(成文堂、一九九八)一七一～一七二頁、林幹人「刑法総論」[第2版]」(東京大学出版会、二〇〇〇)二七三～二七四頁、大谷實編「判例講義刑法Ⅰ総論」(悠々社、二〇〇一)一〇二頁「松原久利」、川端博「刑事法研究第九卷・事実の錯誤の理論」(成文堂、二〇〇七)六六～六七頁、前田雅英編「条解刑法第2版」(弘文堂、二〇〇七)一四一～一四二頁、山口厚「刑法総論第2版」(有斐閣、二〇〇七)一九一頁、西田典之・山口厚・佐伯仁志編「刑法判例百選Ⅰ総論」[第6版]」(有斐閣、二〇〇八)八八～八九頁「内山良雄」、笹倉秀夫「法解釈講義」一〇八～一〇頁(東京大学出版会、二〇〇九)、山口厚「基本判例に学ぶ刑法総論」(成文堂、二〇一〇)九〇頁など。
- (5) このような誤解の中には、当該事件及びその審理・判決当時においては避けることのできないものであったものも含まれる。

例えば、再審無罪で確定した「足利事件」では、有罪判決の決め手となったDNA鑑定の結果が後になって精度を欠くものであったことが明らかとなり、そのことが重要な理由の一つとなって再審無罪に至ったわけであるが、問題となったDNA鑑定の結果は、再審の対象となった有罪判決がなされた当時の時点における鑑定結果としては十分な精度を具備していたというしかないと考えられる。つまり、有罪判決がなされた後の歴史的・時間的経過に伴う客観的な科学技術の進歩により、相対的に当初の鑑定の精度が低下し、その証拠としての価値が失われてしまった、と評価すべきである。一般に、万能ではない人間である裁判官が審理し判決をするのである以上、その時点における標準的な知識・教養・学術のレベルを大幅に超えて証拠その他の訴訟資料を批判的に検討し、その証拠価値を吟味することは（ごく稀に例外的なものとして存在する天才的な裁判官を除いては）基本的に不可能または極めて困難なことではないかと思われる。したがって、本論文で「誤解」または「事実誤認」と表現する場合には、このような意味で、客観的には誤解であったが当時の裁判官等の主観としてはその誤解を免れることができなかったような場合を含む趣旨でこれらの語を用いている。ちなみに、このような場合について、国家補償は別として、国家賠償責任が成立するかどうかは別問題である。一般的には、当該検察庁・検察官及び裁判所・裁判官に「過失」または「重過失」があったとは認め難いことが多いだろうと推定される。したがって、今後の法政策論または立法論としては、過失に基づく国家賠償責任が成立しない場合を明確に想定した上で、国家補償の充実を図るという方向での検討をしたほうがより生産的な議論であると言えるのではないかと考える。

## (6)

市町村合併により現在の地名は栃木県鹿沼市深岩である。深岩山（標高約三三二メートル）の西側山腹には弘法大師が開祖とされる深岩観音堂がある。また、深岩山には部分的に碎石場跡がある。かつて、深岩石と呼ばれた凝灰岩が切り出された場所と思われる。深岩石は石造りの倉の石材として用いられた。加えて、深岩山の北側部分はゴルフ場として開発されている。これらのことから、現時点における深岩山は、大正時代当時とは若干異なる山容を示していると推定される。筆者（夏井）が現地に赴いて実地調査・検討した結果は、次のとおりである。すなわち、深岩山の東側にある裾野部分は、北関東地方特有の里山的な村落のない田圃の状態になっており、その山裾から急激に立ち上がるようにして巨岩が聳え立っている。この深岩山の巨岩は、かなり遠くからでも識別可能な特徴的なものである。巨岩は中央に大きな岩塊状のものがあるほか、その左側（南側）に屏風状の奇岩がある。深岩観音堂はこの巨大な岩塊状の巨岩の基部のあたりに位置し、古代日本における東国地方特有の岩窟式の仏教建築である（奥州平泉にある達谷窟毘沙門堂も同様に大きな岩窟を利用した仏教施設である）。その観音堂へ至る斜面はかなり急峻であり、岩を重ねた階段がある。現在の地名である「深岩」地域は比較的広い範囲を含んでいる。同地内には深

岩山だけではなく「岩山」という名の山（標高三三八メートル・一番岩及び二番岩という名の二つのピークありフタコブラクダ（*Camelus ferus* (Przewalski, 1878)）の背中にあるコブのような形をしている。岩山の山腹には日吉神社がある。）がある。深岩山は、深山地域の集落と田のある低地をはさんで西側（日光市に近いところ）に位置している。これに対し、岩山は、深岩山と対峙するようにして集落と田のある低地の東側（鹿沼市中心部に近いところ）に位置している。このように同一の「深山」という地域内に類似した名称の山が複数隣接して存在することから確実な特定はできないものの、判決文に示された被告人の実行為地が「大字深岩山」であることから推測すると、狸貉事件において被告人が動物を捕獲した場所は、岩山付近ではなく、深岩山付近だったのではないかと思われる。なお、この深岩地域には現在でも明治時代→大正時代当時の面影が残されている。一般に、「村田銃」とは、「明治二十二年制定大日本帝國村田連發銃」のことを指す。この軍用銃は、田薩摩藩出身の日本陸軍軍人であり後に貴族院議員となった村田経芳（一八三八—一九二二）によって明治二十二年（一八八九年）に設計・開発された。ところが、軍用の村田銃とは別に、軍用の村田銃の払い下げ品等を民間人が改造して製造された各種猟銃（散弾銃等）が広く流通することとなったため、軍用（正規）の村田銃のみではなく、改造銃である猟銃の通称としても「村田銃」の名が用いられることが多かったとされている。狸貉事件において被告人が用いた「村田銃」が、当時流通していた猟銃の中のいずれかを指すのかについては、狸貉事件大審院判決理由中の記載のみでは特定できない。なお、明治時代後期の時期における猟銃の種類及びその使用法等については、武田十一郎編『猟銃全書』（猟友倶楽部、一九〇二）及び佐野信三郎・内藤健行『内外遊戯全書第五編銃猟案内』（博文館、一八九九）に詳細な解説がある。これらの文献によれば、国産の村田銃（民間で改造された猟銃を含む。）だけではなく輸入された外国製猟銃も多数流通していたことが窺われる。狸貉事件の被告人及び検察官が猟銃の種別について正確な判定能力を有していたか否かについては不明である。それゆえ、被告人が使用した猟銃が客観的にも村田銃であったか否かは不明としかない。単に、被告人及び検察官は「被告人が使用した猟銃がいわゆる村田銃である」との認識・理解を有していたと言い得るのみである。

(8) 被告人が本件十文字貉を射撃したのは狩猟免許を取得してわずか一箇月後のことである。それゆえ、被告人は狩猟経験に乏しく、かつ、被告人の射撃技量がかなり未熟であったとの推測は成立可能であり、そのために本件十文字貉を発見して射撃したものの撃ち損じてしまい、岩穴の中に逃げ込まれてしまったと推定することも不可能ではない。加えて、被告人は、狩猟経験の不足のため、獣の同一性識別の能力において十分ではなかった可能性も肯定し得ることになる。しかしながら、後述の宇都宮区裁判所（第一審）の判決文を読むと、被告人の住所地は捕獲した場所と非常に近いところであったこと、そして、被告人

の職業は農業であった旨が記載されている。当時の農業事情からすると、被告人は、野生の鳥獣を日々目にながら暮らしていた可能性が高い。したがって、被告人は、仮に狩猟経験は未熟であったとしても、①地元で長く居住する者として狩猟鳥獣の外観等を見間違ふことはなかったし、また、②動物としての種類を誤ることはなかったとの推論もまた成立可能だと思われる。要するに、「被告人の狩猟経験が十分でなかった」という事実があるからと言って、その事実が「被告人の動物識別力を判定するための決め手となる」とは断定できないことになる。

- (9) 栃木県弁護士会 会史編さん委員会（新江 正・木村 謙・若狭昌稔・稲葉 務・石川 健）『分冊栃木県弁護士会史（資料編）第一号狸猪事件』（二〇一三）四一―六頁
- (10) 前掲『分冊栃木県弁護士会史（資料編）第一号狸猪事件』七―一〇頁
- (11) 現行の鳥獣の保護及び狩猟の適正化に関する法律（平成一四年法律第八八号・最終改平成二三年法律第一二二号）二条一項は、「鳥獣」について「鳥類又は哺乳類に属する野生動物をいう」と規定していることから、「獣」とは哺乳類に属する生物の中で野生のもの（人工飼育等されていないもの）を指すことが明らかである。なお、明治時代以降の狩猟関連法令の沿革については、林野庁編『狩猟法規関係の沿革』（大日本猟友会、一九六〇）が最も詳しい資料である。現行法に関しては、鳥獣保護管理研究会『鳥獣保護法の解説（改訂4版）』（大成出版社、二〇〇八）及び自由民主党農林漁業有害鳥獣対策検討チーム『Q&A 早わかり鳥獣被害防止特措法』（大成出版社、二〇〇八）を参照されたい。
- (12) 伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法第五卷経済法編Ⅱ』四五九頁「丸山雅夫」（立花書房、一九八四）など。
- (13) 伊藤蘭山『本草項目啓蒙』巻四六など。
- (14) シーボルトの『Fauna Japonica』は明治大学図書館にも収蔵されている。インターネット上で閲覧可能な複製物としては、京都大学図書館収蔵のものが代表的である。  
京都大学電子図書館・日本動物誌 Fauna Japonica  
<http://edb.kulib.kyoto-u.ac.jp/exhibit/b05/b05cont.html> [二〇一二年六月一六日確認]
- (15) 日本動物誌とは Chelonia cephalo (Gray, 1829) として記載されている。
- (16) シーボルトは、日本人の絵師に依頼して図版の原画を作成させた。当時の日本国において著名な絵師であったとは言えないが、その実質的な実力においては当時世界最高峰の極めて高度な観察力と技量をもつ優れた絵師だったのでないかと思われる。これらの点については、兼重護『シーボルトと町絵師慶賀―日本画家が出会った西欧』（長崎新聞社新書、二〇〇三）など

を参照されたい。

- (17) 古代より江戸時代の本草に至るまでの間の動物の呼び名については、梶島孝雄『資料日本動物誌』(八坂書房、二〇〇二)に総合的な研究結果が示されている。同書は、現代において「本草」を著述するとすればどういふかたちになるのかを脳裏に描こうとする際には、とても良い参考例の一つになるのではないかと思われる。ただし、同書には、個々の動物の現在の学名が記載されていないため、現在主流となっている動物分類学上の知見と比較しながら理解する場合には、若干の工夫を要する。
- (18) 植物についても同様のことがある。例えば、(これは、現在の日本国に存在しない種を日本国に存在する種として扱っている場合とは逆のパターンになるが)日本国の本州、四国及び九州と朝鮮半島に自生するラン科植物であるサギソウ (*Pecteilis radiata* (Thunberg) Rafinesque (Syn. *Habenaria radiata* (Thunberg) Sprengel)) は、かつては「日本国固有種」だと理解されていた。現時点では、「サギソウが朝鮮半島等にも自生している以上」もちろん日本国の「固有種」ではないことが明らかである(更に、現時点では、「ロシア国内にサギソウの自生がある」との研究報告もあるので、その研究報告が正しいとすれば、「サギソウは日本固有種である」との理解がもともと客観的な事実とは相違していたことになる)。しかし、朝鮮が日本国の領土の一部であった当時においては日本国の「固有種」とすることに誤りは全くなかったことになる。このように、国家の領土範囲の変動という歴史的・政治的な変動という事態が動植物を構成要素とする法令に含まれる条項の意味や法概念の包摂関係等を変更してしまうことがしばしばある。ただ、一般国民は言うまでもなく、立法者や法律家であっても、そのような「領土の変更に伴う動植物の自生地範囲の変動が自動的に生ずることがある」というほぼ自明のことに留意せずに、法令を制定したり法解釈論を展開したりすることがある。そのことは、法令の解釈・運用上での誤解や誤謬の原因の一つともなり得る。
- (19) 施行規則は大正一〇年三月三日に一部改正されているが、改正された部分の本論文における検討には影響を与えない。その後、昭和三八年(一九六三年)三月二二日に狩猟法を改正して「鳥獣保護及狩猟ニ関スル法律」(同年法律第二三号)が制定された。
- (20) 内田清之助ほか『改訂増補日本動物圖鑑』三二頁(北隆館、一九四七)にある「あまみのくろうさぎ」の項には、「琉球弧島中奄美大島ト徳之島ト二限り棲息シ」との記述がある。
- (21) 当時はアナグマ (*Meles meles meles* (Linnaeus, 1758)) の生息地が日本領土内にあったため問題がないが、日本国の本州には当時も現在も生息していない。
- (22) 当時はチョウセンイタナ (*Mustela sibirica coreana* (Domantewski, 1926)) の生息地が日本国の領土内にあったので問題



- がないが、日本国の本州には当時も現在も生息していない。チョウセンイタチ (*Mustela sibirica coreana* (Domaniewski, 1926)) は、現時点では外来種として扱われる。
- (23) 当時はユーラシアカワウソウ (*Lutra lutra* (Linnaeus, 1758)) の生息地が日本国の領土内であったので問題がないが、日本国の本州には当時も現在も生息していない。
- (24) 当時はキツネ (*Vulpes vulpes* (Linnaeus, 1758)) の生息地が日本国の領土内であったので問題がないが、日本国の本州には当時も現在も生息していない。
- (25) ニホンジカ (*Cervus nippon* (Temminck, 1838)) は、日本国のみならずユーラシア大陸に広く分布し、一六種ほどの亜種に細分して分類されている。現在の日本国領土内にはそのうちの七亜種(地域亜種)が存在するとされている。
- (26) 当時はコウライイテン (*Martes melampus corensis* (Kuroda et Mori, 1923)) の生息地が日本国の領土内であったので問題がないが、日本国の本州には当時も現在も生息していない。コウライイテン (*Martes melampus corensis* (Kuroda et Mori, 1923)) は、現時点では外来種として扱われる。
- (27) 当時はチョウセンシマリス (*Tamias sibiricus barberi* (Johnson & Jones, 1955)) の生息地が日本国の領土内であった。そのため、当時はチョウセンシマリス (*Tamias sibiricus barberi* (Johnson & Jones, 1955)) を日本国の在来種として扱うべきだったことになる。しかし、チョウセンシマリス (*Tamias sibiricus barberi* (Johnson & Jones, 1955)) は、「現在の日本国領土との関係では在来種ではないとの扱いを受けており、逆に外来種として問題視されている(環境省により「要注意外来生物」として指定されている)。このように、在来種と外来種との区別が歴史的・政治的要因によって極端に変動してしまうことがある。つまり、一般に、在来種と外来種の区別は、生物学的な区別ではなく政治的な都合に起因する区別であることになる。クリハラリス (*Callosciurus erythraeus* (Pallas 1779)) 及びタイワンリス (*Callosciurus erythraeus taiwanensis* (Bonhote, 1901)) も同様であるが、現在では「特定外来生物法(平成一六年法律第七八号)に基づき特定外来動物として指定されている(タイワンリスはクリハラリスに含まれるものとして取り扱われている)。
- (28) 第一次世界大戦(一九一四年～一九一八年)が終了した後、日本国によるシベリア出兵(一九一八年～一九二二年)が始まり、サハリンやシベリアといった寒冷地における帝国陸軍将兵の装備として毛皮の需要があったと推定される。そして、以下はいずれも仮説に過ぎないが、それをあてにして国内の業者等が狩猟免許を有する農家等に対して無制約に哺乳類の捕獲を奨励した可能性があり、奨励された農家等も現金収入を得る目的で盛んに哺乳類の捕獲を行った可能性がある。

(29)

有光金兵衛「狩獵法釋義」(良書普及会、一九二二)には、「狩獵鳥獸」の定義について施行規則に基づく解説が含まれているが、なぜか「獸」について何も触れられておらず、主に「鳥」に関する解説に終始している。この点に関しては、脚注28で示した仮説が正しいとすれば、ある特別な目的で意図的に「獸」に関する解説を省略したものと理解することも可能であろう。

(30)

狸貉事件の検察官及び裁判官も本文に述べたような法解釈論を前提に法律論を論じていると解されるし、これまでの刑法学者による論文等の中でこの点について疑義を差し挟む見解は一つも存在しない。加えて、狩獵法施行前に適用された狩獵規則(明治二五年勅令第八四号)二四条では、「鹿」、「羚羊(カモシカ)」及び「兎」についてのみ狩獵期間を定め、それ以外の期間の狩獵を禁止していたこと、狩獵法施行規則(明治二八年三月二八日農商務省令第四号)一七条は、「牡鹿」及び「牝鹿」についてのみ狩獵期間を定め、それ以外の期間の狩獵を禁止していたこと、明治三四年改正狩獵法(明治三四年四月一二日法律第三三三号)及び狩獵法施行規則(明治三四年六月二六日農商務省令第七号)には捕獲禁止となる「獸」について具体的に指定するための何らの規定も存在しないこと等の立法上の沿革からしても、このような論理解釈の正当性が肯定される。ちなみに、形式論理としては、「狩獵期間内に狩獵鳥獸を捕獲することだけが適法行為である」との解釈論も全く成立不可能ではない。しかし、もしそのような形式論理上の解釈論が正当であるとすれば、「獸」(哺乳類)の一種であるネズミの仲間やモグラの仲間を捕獲・殺傷することは年間を通じて常に禁止されていたと解するしかない(仮にそうであるとすれば、当時の日本国民のほぼ全員が狩獵法違反により有罪となるべきであったことになる)。狩獵期間に関する施行規則の定めは、逆に、狩獵制限獸について狩獵禁止期間を定める規定だったと解するのが合理的である。

(31)

ここで述べていることは、法学研究の自由を制限する趣旨ではない。職業研究者(大学教授など)だけではなく、日本国の全ての国民は、日本国憲法に基づき、思想・信条・学問の自由を有し、表現・出版・通信の自由を有するから、裁判所がどのような法解釈を述べるかとは全く無関係に、各人自由に思索し法解釈をすることが許される。しかし、個々の刑事裁判において有罪・無罪を決定する前提としての法解釈を、国家権力をもって強制することができるのは裁判所のみである。被告人、弁護人及び検察官は、それぞれ自由に法解釈をすることができ、国法上、その法解釈を裁判所に強制する権力を一切有しない。仮に裁判所が形成した法解釈が誤りであり、正義に反するものであったとしても、形式的には常にこのような権力関係が存在する。ここで述べているのはそのような意味である。なお、そのように解する場合であっても、裁判の一部に無効が存在し得ること及びその場合の法律関係については、夏井高人「植物分類体系の変化が法制度に与える影響」―大麻規制法令を中心とする考察―「法律叢叢八四卷四・五合併号九一頁以下の中で述べた。

(32) 「判例」の概念に関して本論文が示すような理解は、中野次男編「判例とその読み方第三版」（有斐閣、二〇〇九）の中に示されている考え方に基づいている。民事訴訟規則及び刑事訴訟規則に基づき「判例変更」の手続を要する場合についての法解釈を検討してみれば、結論は自ずと明らかである。ただし、日本国法の法解釈論ではなく、比較法（特に英米法）の領域において、日本国の法制の範囲内での法解釈の対象としての「判例」とは異なる「判例」の法的伝統と法理論が存在することは事実である。私見は、国際的裁判管轄権を異にする諸国（特に英米法圏）における「判例」に関する伝統・理論・実務を否定する趣旨ではない。

(33) 捕獲の対象となる獣が野生のものでない場合（他人によつて飼育されているものである場合）には、窃盗罪、遺失物横領罪または器物損壊罪の成否が検討されるべきことは当然のことである。その意味で、狸貉事件大審院判決が「野生ノ狸」と明示していることは全く無意味なことではない。

(34) 「竄入（ざんにゆう）」とは「逃げ込ませる」という意味の語である。

(35) 前掲『分冊栃木県弁護士会史（資料編）第一号狸貉事件』二二～二四頁には狸貉事件で弁護士であった猪狩満弁護士とのインタビュー記事が再録されている。この記事は、初出としては栃木県弁護士会々報創刊号（昭和六三年三月）に掲載されたものであり、インタビュー当時、猪狩満弁護士は既に相当高齢であったと思われる。したがって、その記憶には正確性を欠く部分が含まれると推定されるが、猪狩満弁護士の記憶によれば、被告人は「貉を取り押さえようとしたが、なかなか捕獲できないうちに薄闇くなり、また、幸い貉も穴に逃げ込んだので、穴の入口に沢山の木の枝等をつめ込んで穴を塞ぎ夕方家に帰ったのです」とのことである。

(36) 大型哺乳類については、狹隘な岩窟に「狹隘なる岩窟中に竄入せしめ、石塊を以つてその入口を閉塞し逸走すること能わざる施設を為す」ことが物理的に不可能な場合が多いだろうと思われるという趣旨である。

(37) 狸貉事件大審院判決に関与した裁判官は、裁判長判事横田秀雄、判事平野猷太郎、判事遠藤武治、判事櫻田寿及び判事柳澤雅林である。村上一博「明治法律学校における民法学の展開―岸本辰雄と横田秀雄を中心として―」大学史紀要八巻（二〇〇三）七六～八一頁及び吾妻光俊「横田秀雄論・明治大学新聞学会編『明治大学、人とその思想』（明治大学新聞学会、一九七二）四九～五六頁所収によれば、横田秀雄は、文久二（一八六二）年に長野県松代町で出生し、明治二一（一八八八）年東京帝國大学法科大学を卒業し、同年、司法省参事官試補となり、明治三四（一九〇一）年、三九歳の若さで大審院判事に抜擢登用され、大正二二（一九二三）年九月、第一四大審院院長に就任し、昭和二年（一九二七）年に大審院院長を定年退官した。横田

秀雄が大審院院長に就任した大正一二年九月には関東大震災が発生していることから、極めて困難な時代に大審院院長という重い責任のある要職に就いていたことになる。狸狽事件は、そのような関東大震災による首都一円の大火災発生によって東京都の機能が壊滅的な大打撃を受けたという状況の中で審理されたものだけということを認識する必要がある。当時、大震災の復興のために多額の国費支出を要したと推定されることから、司法分野だけではなく動植物学等への国費支出も相対的に低額に抑えられていた可能性がある（ただし、この点については専門分野ではないので、正確性を欠くかもしれない）。前掲村上博「明治法律学校における民法学の展開」によれば、横田秀雄は、裁判官としての職務を遂行する傍ら、早稲田専門学校（現早稲田大学法学部）及び明治法律学校（現明治大学法学部）等で講師として民法等を講じていたが、大正九（一九二〇）年には明治大学法学部教授を兼職し、同一〇（一九二二）年には明治大学法学部長に就任し、大正一三（一九二四）年一四（一九二五）年に明治大学の理事・学長に就任した。そして、横田秀雄は、大審院院長を退官した後、昭和二（一九二七）年に明治大学の学長に再選され、昭和七（一九三二）年、明治大学の総長に就任した。前掲吾妻光俊「横田秀雄論」によれば、横田秀雄（吾妻光俊の実父）は、「有罪を予断してその裁判に走ることをいましめ、また、罪に問われた者に対しても、一個の人間として接し、その心からなる改善に、あたりの批判を押し切つて、身を以つて、努力した」、「父ほど、もつたいぶることを嫌つた人間は少ないであろう。威張ることが苦手であり、高齢に至つてなお儀式はつた演説に固くなつたエピソードなど、一つの型にはまつた考え方や、やり方で、社会生活をソツなく割り切ることに、むしろ強い反感をもつていたのではないかと想像される」、「父は、フランスに留学し、フランス流の考え方に、深い関心をもつたようである。父が、フランス文学の作品を愛好したことは、このことを実証していると考えられる。フランス流の庶民愛の感情が、父の人間観の中に深く根を下ろしたことは、想像に難くない」とのことである。横田秀雄には『物権法論』（巖松堂書店、一九二二）、『債權法總論民法債權編』（明治大學出版部、一九一九）などの著書がある。横田秀雄は、大審院においては第一刑事部の裁判長として主に刑事事件を担当しておりながら、大学においては主に民法を講じていたのであるから、学問上の縦割構造等とは無関係に、法学及び司法実務全般に通じており、かつ、人情味あふれる人物であつたと想像され、当代における傑物の一人であつたと評価することが可能であろう。

(38)

狩猟制限でなければ年間を通じて常に捕獲が許されるという意味で適法行為であり、また、狩猟制限であれば狩猟期間内に既遂に達した行為なので適法行為である。

(39)

そのように解さないとすれば、例えば、「洞穴に狩猟制限を閉じ込めたまま適宜餌を与えて飼育し続けた」というような事案の場合、「いつまでたつても捕獲が既遂に達しない」というかなり奇妙な論理的帰結とならざるを得ない。

(40) 眞実は「十文字狒」が狩猟法及び施行規則に定める「狸」とは異なる動物であったか否とは関係なく、講学上の机上の設例の一つとして狸狒事件のような事例を考えることはもちろん可能であるし有用でもあると考える。その限りでは、刑法上の錯誤論を論ずる場合の事例の一つとしての価値が失われているわけではない。とりわけ、行政刑法（特別刑法）における罰則の適用の際に検討されるべき「故意」の法的意義を論ずる際には、現在でもなお素材としての価値が失われていないと考える。

(41) ここでいう「同定」とは、ある個体が、ある種を識別するための構成要件要素を全て充足しているか否かを判断すること、すなわち、種 (species) のレベルでの同一性識別 (identification) を意味する。今日、同一性識別のための構成要件要素は、遺伝子情報として記述されるのが普通となっている。しかし、狸狒事件や百々鼯鼠事件が発生した大正時代には遺伝子解析など存在せず、専ら外形的な形態観察等によつて識別されていたため、識別基準である構成要素の記述自体に誤りがあったり不正確であったりすることが珍しくなく、また、同一性識別のために記述された構成要素への具体的事実のあてはめ（事実認定）にもかなり大きな幅での精粗が存在し得た。

(42) 通常、「事実の錯誤」について述べられる場合、判断基準は正しかったにもかかわらず、その判断基準への事実認識のあてはめに錯覚等があった場合について論じられることが多い。しかし、狸狒事件では、外形的事実に関する被告人の認識に錯誤は全く存在しなかったものであり、ただ、種としての同一性識別要素の認識・理解（事実に関する認識・判断の基準となるべき知識の獲得・保持・利用）において欠けるところがあったと評価すべきである。これは、明らかに「法律の不知」ではなく、経験則の欠如または経験則の錯誤の場合に該当する。同様の事態は、例えば、「日本国内において狼は絶滅したと理解していたが、子供のころから犬だと親から教えられて飼育していたベツトが、実は絶滅したはずのニホンオオカミの生き残りだった」という場合にも生ずるだろうし、また、「家の周囲にある普通の雑草だと思って刈り取ったシダの類が、実は絶滅危惧種等として採取等が禁止されている特殊なシダ植物であったが、その鑑別のためには電子顕微鏡を用いて胞子の観察をする」という方法かその植物の特定の細胞組織を採取して遺伝子解析をするという方法しかなく、一般人には全く識別不能であった」というような場合にも生ずるだろう（これらの例の場合にも判断基準となる経験則に欠如または錯誤があるだけであり、事実としての物的対象の認識・理解にはいささかも錯誤がない）。このような場合について、通常の「事実の錯誤」の理論をもって論ずることが可能かどうかについて、あるいは、そもそもこれらの例のような場合に罰則をもつて法律上の禁止を行うことが妥当かどうかについては、これ以上深入りしないが、「特殊な専門家を除き、通常人については期待可能性が客観的に全く存在しない」といふべき場合があり得ることに留意すべきである。

(43)

このことは、被告人が捕獲行為を実行した二月二十九日は狩猟期間中であるので、狩猟法及び施行規則に定めるとおり、アマミノロウサギ (*Pentalagus furnessi* (Stone, 1900)) を除き、いかなる哺乳類をも適法に捕獲可能な時点であった。そのことから、被告人は、実際には捕獲動物の種類について細かく観察し判断した上で行動していなかったという可能性を否定することができない。そして、もしそうであるとすれば、真実は、たまたま見かけた動物をたまたま追い詰めることに成功したことから、あまり深く考えずに捕獲しただけのことであり、後に狩猟法違反として検挙された時点で狼狽し、弁解のための弁解を考え出したということも十分に成立可能な仮説の一つである。ただし、現在となつては真相を確かめる方法はないだろうと考えられる。

(44) 真実は被告人が動物の名を何一つ知らなかった場合(極論すれば、動物の名前を一切知らなかった場合)を仮定してみると、被告人の主観的世界に関する限り、百々騶鼠事件の被告人とほとんど相違がない状況にあつたと考えざるを得ない。このような場合、狩猟制限の名を「全て知らない」というのと同じことになるが、それでも「法律の錯誤」は故意を阻却しないので、物理的存在としての捕獲対象の同一性認識に誤りがない限り、狩猟期間外の捕獲行為は常に有罪ということになる。要するに、このような場合には、いわゆる「意思責任論」が前提とする反対動機形成の可能性がなくても刑事責任を認めるということならざるを得ない。逆に、このような場合において常に事実の錯誤として故意が阻却されるとすれば、鳥獣の名を一切知らない無知な者、あるいは、鳥獣の名をしつかりと理解する気のない怠惰な者については常に無罪とせざるを得ないという極端な奇妙な結果を招くことになってしまうだろう。しかし、そのような有罪と無罪の二者択一しかないような硬直化した思考には再検討の余地があるのではないかと思われる。例えば、立法論としては、捕獲鳥獣の種類を正しく認識していなかったために捕獲してしまった者については、直ちに有罪とするのではなく、一定の教育や研修等を受けることを義務付け、その認識を改めるように促した上で、それでもなお再犯があれば、その場合に初めて有罪として処罰するような制度設計(立法論または法令の運用)もあり得るのではないかと思われる。狸貉事件大審院判決の理由中において「狸、貉の名称は、古来並存し、我國の習俗亦この二者を区別し、豪も怪しまざる所なるを以て、狩猟法中に於て、狸なる名称中には貉をも包含することを明らかにし、国民をして適帰するところを知らしむるの注意を取るを当然とすべく、単に狸なる名称を掲げて其の内に当然貉を包含せしめ、我國古来の習俗上の觀念に従い貉をもつて狸と別物なりと思惟し、之を捕獲したる者に対し、刑罰の制裁を以て之を臨むが如きは、決して其の当を得たるものと謂うを得ず」(原文はカタカナ、句読点なし。)とある部分は、そのような中間的な解決策があり得るということを示唆するものと理解することも不可能ではない。ただし、この点については、本論文の主たる目的の範囲外のことであるので、これ以上深くは立ち入らないことにする。

- (45) 正確には、「ニホンアナグマ (*Meles meles anakuma* (Temminck, 1844))」を指す漢字である「猫」もまた、「まみ」と読まれることがある。前掲『本草項目啓蒙』等によれば、「猫」の読みは「み」であるが、漢学者や本草学者ではない一般庶民に正確な読みや発音を期待することは最初から無理なことである。
- (46) 同様に、日本国の領土内に「アナグマ」という和名の動物は存在せず、「ニホンアナグマ (*Meles meles anakuma* (Temminck, 1844))」のみが生息するというのが動物学における通説の見解である。
- (47) エンタヌキをハンダタヌキと同「視」し「*Nyctereutes procyonoides albus* (Morita, 1999)」を「*Nyctereutes procyonoides viverrinus* (Beard, 1904)」の異名 (Synonym) とする見解もある。また、阿部永監修『日本の哺乳類「改訂版」』(東海大学出版会、二〇〇八) 七四頁の「タヌキ」の項には、学名として「*Nyctereutes procyonoides* (Gray, 1834)」が記載されている。すなわち、同書は、「タヌキ」を数種の亜種に分けることなく、単純に一種のみとする見解または日本産の「タヌキ」を中国産の「タヌキ」と全く同一種であるとする見解を採用していることになる。しかし、最近の遺伝子学をベースとする研究成果等を参酌すると、同書におけるような見解を維持することには基本的に無理があるのではないかと思われる。
- (48) NOBANIS - Invasive Alien Species Fact Sheet  
*Nyctereutes procyonoides*  
RafałKowalczyk, PhD  
<http://www.nobanis.org/files/factsheets/Nyctereutes-procyonoides.pdf> [二〇一二年六月一六日確認]
- (49) 高槻成紀・山極寿一編『日本の哺乳類学・大型哺乳類・霊長類』(東京大学出版会、二〇〇八) 三二一―三四五頁 [佐伯 緑 著]。
- (50) 他の亜種と識別する必要があることから、狭義の「タヌキ (*Nyctereutes procyonoides procyonoides* (Temminck, 1838))」は、基本種でありながら「タイリクタヌキ」または「ビエンエッタヌキ」という(一)亜種としての位置づけの(二)名で呼ばれる。本論文では異名 (Synonym) として扱った *Nyctereutes procyonoides sinensis* (Brass, 1904); *Nyctereutes procyonoides kalinnensis* (Sorokin, 1958) 及び *Nyctereutes stegmanni* (Matschie, 1907) を別亜種とする見解がある。
- (52) アムールタヌキ (*Nyctereutes procyonoides amurensis* (Matschie, 1907)) を別亜種とする見解がある。
- (53) 前掲『日本の哺乳類学・大型哺乳類・霊長類』三三三頁  
Szczerbal and Switonski, B chromosomes of the Chinese raccoon dog (*Nyctereutes procyonoides procyonoides* Gray)

contain inactive NOR-like sequences

[http://www1.unifi.it/caryologia/past-volumes/56-2/Caryologia\\_Vol\\_56-213-216.pdf](http://www1.unifi.it/caryologia/past-volumes/56-2/Caryologia_Vol_56-213-216.pdf) [二〇一二年六月二九日確認]

Chen YJ, Zhang YP, Qi J, Liu RQ, Genetic relationships of *Nyctereutes procyonoides*: as inferred from random amplified polymorphic DNA analysis. *Yi Chuan Xue Bao.* 1998; 25(1): 16-21.

嶋谷ゆかり・竹下毅・立澤史郎・池田透・増田隆一「釧路湿原に分布する食肉目の糞DNA分析による種および性別の判定  
Genetic Identification of Mammalian Carnivore Species in the Kushiro Wetland, Eastern Hokkaido, Japan, by  
Analysis of Fecal DNA」

*Zoological Science* 2008 Volume 25, Issue 7p. 714-720

高田雄三・向田政博・今井利夫「屋久島におけるタヌキのミトコンドリアDNA多型分析」*DNA polymorphism* 16, 50-54, 2008-05-30

- (54) 他の省庁が所管する法令と比較した場合、環境省所管の絶滅のおそれのある野生動植物の種の保存に関する法律（平成四年法律第七五号）に基づき環境大臣によって指定されている絶滅危惧種の記載にはラテン語学名が付されるのが通例であり、相対的にはあるけれどもより正確な同定が可能なものとなっている。しかし、環境省が指定する絶滅危惧種のリスト（レッドリスト）中に「タヌキ (*Nyctereutes procyonoides*)」またはその亜種は一種も含まれていない（これは、絶滅の危惧がないものとして判定された結果と推定される）。そのため、環境省の指定を参考にしながら、日本国法における「タヌキ」を定義することができる。

- (55) 国立国会図書館のWebサイト「近代デジタルライブラリー」上で、インターネットを介して、デジタル資料として閲読・印刷することができる。

- (56) 社団法人大日本山林會編『川瀬先生の小傳と論文抄』（大日本山林會、一九三四）五七頁によれば、川瀬善太郎は、文久二年江戸麹町紀州徳川邸内で出生し、東京帝国大学農科大学（旧東京農林学校林学部甲科）を卒業後、農商務省に勤務し、ドイツ留学後、明治二八年（一八九五年）に東京帝国大学農科大学教授に就任し、昭和七年（一九三二年）に没した林学者である。主著は、『林政要論』（有斐閣、一九〇三）であるが、ほかに『經濟全書第二卷』（寶文堂、一九二二）中の「第五編狩獵」、『公有林及び共同林役（即、入會關係）』（三浦書店、一九二二）などの著作がある。動物に関する著作としては、本論文の本文中に示した『たぬき』のほか、『志か』（大日本山林會、一九二二）がある。



- (57) 本論文中の脚注7参照。
- (58) 本論文中の脚注20参照。
- (59) 「タヌキ」の分類について、現代における状況が明瞭であることは言い難いことは既述のとおりである。日本動物学会監修(毛利秀雄・八杉貞雄共編)『日本の動物学の歴史』(培風館、二〇〇七)には明治時代から現代までの間の日本の動物学の概略が記述されているが、同書中の第三章「分類学」(山田真弓)を読むと、世界規模で動物分類学に大きな変化があったことを理解することができる、そのことも動物分類学上で異なる見解が成立し得る要因となっていることは理解することができる。本文と密接な関連を有する哺乳類の分類に関しては、前掲『日本の哺乳類学2』一―二八頁「高槻成紀」によれば、日本国の動物分類学は、今西錦司らによるニホンザルの研究等を除いては、諸外国と比較してかなり遅れている面があったことを否定することはできず、世界レベルの研究水準に追いついたのは一九九〇年代になってからということのようである。そして、動物分類学におけるマクロ面だけではなく、個々の動物の種としての同定・分類ということになると、まだまだ未解決の問題が多いのではないかと思われる。
- (60) 荒俣宏『世界大博物図鑑第5巻「哺乳類」』(平凡社、一九八八)一五〇―一五一頁によれば、①『日本霊異記』などにみえる「狸」とは本来ヤマネコのことを指すのであり、タヌキとヤマネコとの混同があること、②日本国において「狸」がヤマネコではなく「タヌキ」を指すようになったのは中世以降のことであること、③「貉」とはタヌキまたはアナグマを指す異名であること、④日本書紀推古紀には「陸奥に貉(うしな)ありて人と化りて以て歌う」とあることなどが記載されている。ただし、前掲梶島孝雄『資料日本動物誌』五七五頁によれば、天平宝字三年(七五九年)の正倉院文書中に「狸毛筆」との文言があるそうである。この「狸」がどのような動物を指すのかは不明だが、仮に「ホンドタヌキ」(*Nyctereutes procyonoides viverrinus* (Beard, 1904))を指すものであるとすれば、かなり古い時代に「ホンドタヌキ」(*Nyctereutes procyonoides viverrinus* (Beard, 1904))を指すものとして「狸」という字が用いられていたことになる。
- (61) 渡瀬庄三郎(一八六二―一九二九)は、猛毒をもつハブの駆除のために、ジャワマングース(*Herpestes javanicus* (E. Geoffroy Saint-Hilaire, 1818))を沖繩に移入した人物として有名である。マングースがハブの天敵としてハブ駆除に役立つどころか、逆に沖繩の希少鳥獣を食害する害を発生させてしまったことは広く知られている。
- (62) 川瀬善太郎が前掲『たぬき』を著述する際、「ホンドタヌキ」(*Nyctereutes procyonoides viverrinus* (Beard, 1904))以外の種類に属する動物の毛皮や骨格等を現実に仔細に検討したか否かは不明である。現実に骨格等を比較検討することなく、単

に渡瀬庄三郎から紹介された文献等を読んで考察したのに過ぎなかったという可能性は否定できない。

- (63) 狸狒事件の第一審判決（宇都宮区裁判所）を丁寧に見ると、鑑定人川瀬善太郎の大正一三年九月八日付鑑定書のほか、鑑定人景山関丸の公判廷における供述も証拠として採用されている。ところが、前掲『栃木弁護士会史（資料編）第一号狸狒事件』一六頁～一八頁に収録されている下野新聞記事（大正一三年九月三〇日夕刊）に含まれている法廷でのやりとりからすると、鑑定人景山関丸は、「畜産学校を卒業後、狩猟法の出来た頃、農商務省で三年に亘り三回動物学の講習を受けました」というのであるから（この供述の趣旨は必ずしも明確ではないが、要するに、「一年一回開催される講習を三年分受けた」という趣旨の供述だと思われる）、動物学の専門家であるとは認め難い。

- (64) なお、本論文中の脚注44参照。

- (65) ただし、日本国においては、その後、民選議員の腐敗墮落等もあって、軍部によるファシズム的傾向が強まった後、戦時体制に入った。このような歴史的・社会的な変動に伴い、法解釈論が大政翼賛的になってしまったことは、前掲岡藤『刑法綱要総論』が指摘するとおりである。また、横田秀雄が大審院院長を定年退官した後、刑事判決の流れが国家主義的な傾向を強めたことも歴史的事実である。一般に、時代状況や政治力学の変化を無視し、すべて同一の社会的・政治的環境の上にあると仮定した上での判例研究は基本的に無意味であるから、過去の裁判例について判例研究をする際においても、時代背景や政治的・歴史的要因といった社会的要因の作用またはそれらの影響に十分留意すべきだと考える。

- (66) このような場合にどのような法律構成をすべきかについては見解（法解釈論及び法政策論）が分かれ得るところだろうと考える。なお、公訴権の濫用論については、井戸田侃『公訴権濫用論』（学陽書房、一九七八）が、また、手続打ち論については、指宿信『刑事手続打ちの研究—ポスト公訴権濫用論の展望』（日本評論社、一九九五）が参考になる。

- (67) 前掲川瀬「たぬき」によれば、川瀬善太郎が現実には「狸」を飼育していたことを知る事ができる。しかし、飼育していたのではないかと推測される。他の混同されやすい野生動物と現実と比較対照して検討した上で鑑定結果出すことはなかったのではないかと推測される。

- (68) 中国産のトキ近縁種が輸入され、佐渡で増殖・放鳥が試みられている。日本産のトキと中国産のトキ近縁種とは、遺伝子の相違が塩基配列の個数でわずかしかないという点を根拠に、同一種のカテゴリーに含まれるとの見解が有力であるらしい。しかし、その塩基配列中の相違する部分が、遺伝子としてどのような機能を司っているかを研究した成果は現在のところ存在しない。遺伝子が相違する部分の割合だけで種としての同一性を判断（即断）することには大きな危険が伴うことに留意す

- べきである。もし、「ほんのわずかだけ異なる部分」が、例えば「渡り」をしないで「留鳥」となるという行動習性を決定付けるものであったと仮定した場合、外形的にはほとんど同一であっても、種としては別種（亜種）として考えるべき余地がある。動物ではないが、ラン科植物の一種であるキノエササラン (*Liparis uchiyamae* Schlechter) は、環境省によって「絶滅種」として指定されている植物の一つである。しかし、自生地では絶滅したが、人工環境における栽培品個体はかなり多数存在する。そもそも、このランが自生地絶滅するに至った経緯については、もともと個体数が極めて少なかったのに、最後の生存個体かもしれない個体を研究者が自生地で研究用に採取してしまったからだというのが定説のようなものとなっている。ただし、採取した個体を人工環境（所属する大学の付属温室）で増殖することに成功した結果、人工的な増殖個体が現在でも残されることとなった。一般に、突然変異によって新たな種が生まれた場合、最初の突然変異個体が自然に増殖して増えるまでには一定の期間を要する。その間には既存の動植物との間の生存競争もあるもので、そう簡単に増えるものではない。そのような突然変異によって生まれたばかりの新種については、個体数がそもそも少ないという理由で、あつという間に絶滅が発生しやすいということがあり得る。そのような自生地絶滅種の例として、シダ植物（オシダ科）の一種であるシビイタチダ (*Dryopteris shibipedis* Sa. Kurata) をあげることが出来る。
- (70) 亜種や変種の場合には、基本種の指定によって当然にその中に含まれるとの見解が成立し得る（大は小を兼ねる）。したがって、そのように解するとすれば、広義の「タヌキ」に含まれるものである限り、どのような亜種や変種であっても「狸」に該当するものとして有罪という結論になるだろう。ただし、法令の解釈・運用の上での亜種や変種等の取扱いに関しては、同一の法令中でも取扱いの統一性がとれていない場合があり、複数の異なる法令中では矛盾した取扱いになっていることさえある。このような問題については、これまであまり論じられてこなかったが、重要な課題の一つとして今後十分に検討されるべきだと考える。なお、前掲拙稿「植物分類学の変化が法制度に与える影響―大麻取締法令を中心とする考察」では、この点についても若干の検討結果を示した。
- (71) 市町村合併等により、高知県高岡郡長者村は、現在では高知県吾川郡仁淀川町の一部となっている。日吉神社の現在の所在地は、仁淀川町長者乙二一九番であるが、その東方には古城山という小山があり、その西側斜面付近が現在でも「竹中」という地名になっているので、被告人が「もま」を捕獲したのは、この古城山西側斜面付近（日吉神社と古城山との間の山腹斜面）だったのではないかと推定される。
- (72) 行為の時点が施行規則の定める狩猟制限獣の狩猟期間外であることは、明らかである。

- (73) 現在の須崎簡易裁判所に相当する。
- (74) 判例集の中には「必ず要ル」と印刷されているものがあるが、「必要ナル」の誤植と考えられる。
- (75) 鳥山石燕『今昔画図続百鬼』(一七七九)などにそのような記述がある。
- (76) 現在、「トサムササビ」という動物の存在は否定されている。当時「トサムササビ」として認識されていた動物の中に「ニホンモモンガ (Pteromys momonga (Temminck, 1844))」が含まれていたという可能性はあり得る。
- (77) 日本国の本州のことを指す。
- (78) 川道武男「徳島県と高知県におけるニホンモモンガの新しい生息域」リスとムササビ No.22, April 2009  
<http://www.h3.dion.ne.jp/invasive/momonga.pdf> [二〇一二年六月二十九日確認]
- (79) 「ニホンモモンガ (Pteromys momonga (Temminck, 1844))」の鳴き声が「があ〜〜」という凄まじいものであるため、古来の名である「もも(百々)」と「があ」とが結合して「ももんが」という呼び名が形成されたとする見解がある。