

事実の錯誤と法律の錯誤(一)

——二つの大審院判例から脱構築論争へ——

三浦俊彦

たぬき・むじな事件Ⅱ大審院大正一四年六月九日

事案 被告人は、たぬきの狩猟禁止期間中に、たぬき三匹を捕獲したが、その地方ではその動物は、背中に十文字の白い斑点のあるところから「十文字むじな」と俗称されており、被告人は「たぬき」と「むじな」を全然種類を異にする別物と誤信し、捕獲禁止獣たるたぬきを捕るといふ認識を有しなかった。

判決 (前略) 被告人ノ狩猟法ニ於テ捕獲ヲ禁スル狸中ニ俚俗ニ所謂貉ヲモ包含スルコトヲ意識セス從テ十文字貉ハ禁止獸タル狸ト別物ナリトノ信念ノ下ニ之ヲ捕獲シタルモノナレハ狩猟法ノ禁止セラル狸ヲ捕獲スルノ認識ヲ欠如シタルヤ明カナリ蓋シ學問上ノ見地ヨリスルトキハ貉ハ狸ト同一物ナリトスルモ斯ノ如キハ動物學上ノ知識ヲ有スル者ニシテ甫メテ之ヲ知ルコトヲ得ヘク却テ狸、貉ノ名称ハ古來並存シ我國ノ習俗亦此ノ二者ヲ區別シ毫モ怪マサル所ナルヲ

以テ狩猟法中ニ於テ狸ナル名称中ニハ貉ヲモ包含スルコトヲ明ニシ國民ヲシテ適帰スル所ヲ知ラシムルノ注意ヲ取ルヲ当然トスヘク単ニ狸ナル名称ヲ掲ケテ其ノ内ニ当然貉ヲ包含セシメ我國古來ノ習俗上ノ觀念ニ從ヒ貉ヲ以テ狸ト別物ナリト思惟シ之ヲ捕獲シタル者ニ對シ刑罰ノ制裁ヲ以テ之ヲ臨ムカ如キハ決シテ其ノ當ヲ得タルモノト謂フヲ得ス故ニ本件ノ場合ニ於テハ法律ニ捕獲ヲ禁スル狸ナルノ認識ヲ欠缺シタル被告ニ對シテハ犯意ヲ阻却スルモノトシテ其ノ行為ヲ不問ニ付スルハ固ヨリ当然ナリト謂ハサルヘカラス」(大審院刑事判例集第四卷三七八頁)

むささび・もま事件Ⅱ大審院大正一三年四月二五日

事案 被告人は、むささびの狩猟禁止期間中に、むささび二匹を捕獲したが、その地方ではその動物は「もま」と俗称されており、被告人は捕えた獣が「もま」であることは知っていたが、「もま」

が狩獵禁止獸であるむささびであることは知らなかった。

判決〔前略〕刑法第三八条第一項ニ所謂罪ヲ犯ス意ナキ行為トハ罪ト為ルヘキ事実ヲ認識セサル行為ノ謂ニシテ罪ト為ルヘキ事実ハ即チ犯罪ノ構成ニ必要ナル事実ナルヲ以テ捕獲ヲ禁セラレタル麴鼠ヲ斯ル禁制ナキ他ノ動物ナリト觀念スルハ明ニ犯罪構成事実ニ關スル錯誤ニシテ此ノ觀念ニ基ク麴鼠ノ捕獲ハ犯意ナキ行為ナルコト勿論ナレトモ所謂判示弁疏ノ如ク麴鼠ト『もま』トハ同一ノ物ナルニ拘ラス單ニ其ノ同一ナルコトヲ知ラス『もま』ハ之ヲ捕獲スルモ罪ト為ラスト信シテ捕獲シタルニ過キサル場合ニ於テハ法律ヲ以テ捕獲ヲ禁シタル麴鼠即チ『もま』ヲ『もま』ト知りテ捕獲シタルモノニシテ犯罪構成ニ必要ナル事実ノ認識ニ何等ノ欠缺アルコトナク唯其ノ行為ノ違法ナルコトヲ知ラサルニ止ルモノナルカ故ニ右弁疏ハ畢竟同条第三項ニ所謂法律ノ不知ヲ主張スルモノナルニ外ナラサルハ原判決ニ於テ被告人カ『もま』ト麴鼠トカ同一ナルコトヲ知ラサルハ結局法律ヲ知ラサルコトニ歸スルヲ以テ罪ヲ犯スノ意ナシト為スヲ得サル旨判示シタルハ正當ニシテ論旨ハ理由ナシ〕（大審院刑事判例集第三卷三六四頁）

1. 二種類の錯誤

「事実の錯誤」(error facti)と「法律の錯誤」(error iuris)

との區別は、ローマ法以来の伝統的な分け方である。現在ではむしろ「構成要件的錯誤」(Tatbestandsirrtum)「禁止の錯誤」(Verbotsirrtum)とそれぞれ呼びかえられることの多いこの二つの錯誤は、日本の現行刑法においても、ローマ以来の通例の扱いに違わず次のように定められている。

刑法第三八条

第一項 罪ヲ犯ス意ナキ行為ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス

第三項 法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト為スコトヲ得ス但情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得

事実を見誤ったり思い誤ったりしたことによる違法行為は故意を阻却され、即ち過失とされて故意犯としては罰せられないが、事実は認識しておりながら法律を知らなかったり誤解したりして許されると思っていた違法行為は故意犯として処罰される、ということである。(Error iuris nocet, error facti non nocet.)したがって、錯誤による違法行為(もしくは構成要件該当行為)が事実の錯誤によるものか法律の錯誤によるものかを識別することは、刑事責任を論ずる上できわめて重要な問題たらざるをえない。

しかし、ときとしてこの両者の境界線上に位置するかのこ

とき、曖昧な事例が生ずることがある。例えば、最高裁判例昭和二六年八月一七日の場合（最高裁判所刑事判例集第五卷一七八九頁）——警察官または町村長が、獣疫その他危害予防のため一定時期に無主犬の撲殺を行なえる旨の警察規則に関連した、「鑑札をつけていない犬は無主犬とみなす」という規定を被告人は誤解して、鑑札をつけていない犬は私人でも勝手に撲殺してよいと思ひこみ、養鶏兎の畠にかかった他人の飼犬を撲殺したという場合。ここで、もしも被告が「これは他人の飼犬であるが、法令にこうあるから、殺してもよい」と思ったのであれば、法律の錯誤であり、「法令にこうあるから、これは他人の飼犬ではなく、殺してもよい」と思ったのであれば、事実の錯誤ということになるだろう。（判決は後者。）——つまり、法律を誤解した結果、物の「他人性」という事実についての認識を欠くに至ることがあるわけである。⁽¹⁾この事例のように、法律に関連した錯誤であればすべてが「法律の錯誤」となるのではなく、刑事犯よりもくに行政犯の場合、法令・規則などの不知、誤解が事実の認識を欠かせるに至るときには、それは事実の錯誤（法律的事実の錯誤）とみなされ故意が否定されなければならない、ということをまず押えておく必要がある。

では、法律の錯誤と事実の錯誤の区別を、理論的にどこに求めればよいのか。判例はおおむね、「事実の錯誤は故意を

阻却するが、法律の錯誤は阻却しないという解釈に合わせて、処罰に値する場合は法律の錯誤、処罰を相当としない場合は事実の錯誤と解したとみられる」例が少なくなく、理論的に一貫していない、という批判が刑法学者からしばしば投げられている。⁽²⁾学説では具体的に、「行為者が規範についての問題に直面して」いるならば法律の錯誤、規範の問題に直面する以前の段階での錯誤は事実の錯誤である、といった表現がなされ（団藤重光）、⁽³⁾あるいはまた、「法がその種の行為を違法と評価する基礎となっている事実の認識」があるか否かで法律の錯誤かいないかが識別される、といった定式化がなされる（沢登佳人）。⁽⁴⁾それに対し、本論文において私は、学説のさまざまな規定を最も包括的なレベルで形式化するところで、状況・対象についての、個別—普遍（特殊—一般）の区別からの考察、を行なってみようと思う。⁽⁵⁾すなわち、個別的事象に関する錯誤（認識）は事実の錯誤（認識）、普遍的事情に関わる錯誤（認識）は法律の錯誤（認識）である、と、さしあたり原則的に、定めてみることから出発するのである。

そうすることのいわば体系的理由はのちに自ずから明らかにするが、理論的な枠組のみまず大ざっぱに発表しておけば、法律はつねに一般性を規定している、ということである。個々の事例（事実）への反復的適用が可能な普遍的規定が法であって、適用一回限りの法律というものはありえない。これ

は法律が、事実に対する規範的なメタ記述であることの自然な帰結である。一方、これはややヒューマン的な言い方になるが、法や理論のような人為的約定を離れては「普遍的事実」なるものは無い、という考えが一応成り立つ。個々人が立ち会ったのはその場その時の個別的事態であって、事実の錯誤はつねに一回的個に関わっている。これは前述そして後述のように断定でもわれわれの哲学的立場の表明でもなく、おそらくいかに厄介な法律的事例にとりくむ上でもさしあたり便利な装置を提供しうるだろうという半ばは技術的な意味で、とりあえずそう考えてみることにするのである。(図一)

法律Ⅱ一般の場合面、事実Ⅱ特殊の場合面、とこう規定してみると、なぜ「法律の錯誤」が原則として許されず、「事実の錯誤」は原則的に許されるのかが一応理解される。一般的認識における逸脱^{ずらし}は実際生じがたく、もし生じておればそれは社会人としての不適格性を(有責者である限り)責められるべき理由となるに対して、個的な場合での過ちは、人間の知覚が本来不完全である以上、根本的には免れようがないものだから。かくして、陳腐にしてほんの些細な工夫のようにみえて、この種の過渡的な定式化は、図像的理解を確かに促進するがゆえに各事例の了解可能性を一挙に増すであろう。とくに、ためき・むじな事件、むささび・もま事件と呼ばれる、刑法錯誤論においておそらく最も有名なあの大正判例を十分

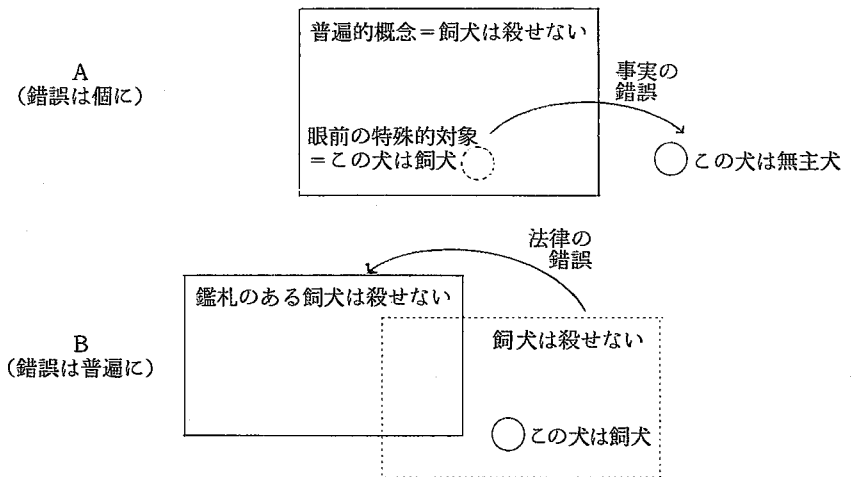


図1 (A, Bいずれの場合も、眼前の特殊的対象は禁止の
普遍的規定からハミ出すから「殺してもよい」)

に論ずるためにも、こうした個一普遍についての単純明確な区別が、まず必要だと思われるのである。

2. たぬき・むじな事件、むささび・もま事件

この二事件が有名なのは、ほぼ同じ内容を有する状況であるにもかかわらず、判決が矛盾したような結論を示しているからである。二判決が一年しか隔っていないことを考えれば、その相違を背景的道德習慣の違いに帰するわけにはいかず、あくまで純理論的な問題として扱ってかからねばなるまい。事後的錯誤と法律的錯誤の区別の、これはまさしく境界的事例のようにみえる。そしてこれは、先に少し引用した団藤説、沢登説など、諸学説のどの定義に照らしても直接には判然としないのである。

ところで、そもそも理論的にいつてこの二つの事例は同一なのだろうか。そこでまず、論点に無関係な差異を取り除いておこう。

一、冒頭に掲げた「事案」の説明を見比べればすぐわかるように、「十文字むじな」の俗称は、背中の白い斑点に起因しているのに対し、「もま」にはそのような特徴がないらしいということ。しかし、十文字の斑点は、「むじな」と「たぬき」が事実上別物とされるか否かには無関係である。まず、

毛並の部分的色彩は、常識的に言つてふつう動物の定義的特徴に關係がない（三毛猫と虎猫……）。第二に、十文字の、あるいは別様の斑点が、被告人の地方以外の地方に棲息するたぬきにみられるということは大いにありうることだろう。いつてみれば被告人は、「十文字」という特徴づけによって錯誤したのではなく、むしろ端的に「むじな」なる特徴づけ（？）によって錯誤したのである——「十文字たぬき」なる觀念も容易に心に浮びえたはずだから。従つて、白い斑点は、被告人のいわゆる「むじな」を「たぬき」から区別する事後的客觀的特徴とはならないばかりか、おそらく彼の主觀的な識別特徴でさえなかった。（判決文も、事件の一般的説明の中でふれている以外、判決の理由としてこの斑点という要因を挙げてはいない。）

二、判決文の中に、両事案の相違がよみとれるようにも思われる。たぬき・むじな判決の中に次の句がみられる。「……十文字貉ハ禁止獸タル狸ト別物ナリトノ信念ノ下ニ之ヲ捕獲シタルモノナレハ……」一方、むささび・もま判決の中にはこう言う、「……鼯鼠ト『もま』トハ同一ノ物ナルニ拘ラス單ニ其同一ナルコトヲ知ラス……」被告人の行為當時の心理を付度解釈した件りであるが、つまるところ、「別物と思つた」場合と、「同一である」と知らなかった」場合との相違があったというわけである。確かに前者は後者を含意し、その逆は

成り立たない。すなわち前者の方がより根本的、前提に関わる錯誤なのであり、故意なし過失であるとされるにふさわしいように思われる（後者はともすれば未必の故意をも含むうるだろう）。だがこのことは単に情状の問題であるにすぎず、理論的な区別には関わってきそうにない。情状を理論的な二錯誤の別に置きかえてしまおうとすれば、先に引用した刑法学者の判例批判²にまさに該当することになる。

さて、以上二つの表面的相違をとり除いておいたあとで、さしあたりわれわれが採ると決めた特殊一般の区別に則るとしてみよう。「たぬき」という一般的種を「むじな」という別箇の一般的種であると誤信したのであるから、錯誤は一般性に関わり、従って法律の錯誤である、ということになる。（むささび・もまの場合も同様である。）

しかし事案によれば、被告人ふたりは、たぬき一般、むささび一般を、すべて「むじな」「もま」と認識していたわけではない。兩人とも、獵師として当然、「たぬき」「むささび」の名をもつ動物の存在およびその形状等を知っていた。そして、その動物が禁獵獣であることも知っていた。すなわち彼らは、当該地方において「むじな」「もま」と呼ばれるものに限って、禁止獸にあらずと判断したのである（³）。彼らが他の地方において、たぬき・むじな、むささび・もまに出会った場合、周囲一般の名指し行為に影響されて、それが

「むじな」「もま」と自ら思い込んでいたものであることに無自覚なまま、「たぬき」「むささび」と判断するかもしれない。つまり問題は、対象の知覚的特性ではなく純粹に名称に関わっているのであり、環境ごとの名指し場面の枠内においてそのつど決まる認識だったのだと言ってよからう。彼らは、たぬき（むささび）のうちのあつた下位集合を、むじな（もま）という別のものと判断していたのであり、従って相対的な意味ではその場のみの特殊事実の対象を相手にしていたとも言えるのである。

すると、被告人は、「たぬきに含まれない」という錯誤ゆえに特殊（下位範疇的）むじなを外へ移動させたのか？（図1・A、事実の錯誤）それとも、「むじなを含まない」という錯誤ゆえにパラダイムとしての普遍概念たぬきをズラしてしまったのか？（図1・B、法律の錯誤）個別事象と普遍概念の、どちらを正しく固定させておりどちらを誤って移動させていたのか？

この違いはまことに微妙である。たぬき・むじなの解決を急ぐ前に、個一普遍の枠組を確認・整理しながら系統立った論議への準備を期する意味で、ありうべき錯誤ケースを一挙に表の形にまとめておくことにしたい。網羅的な類別のために、行為対象の範疇に加えて、もうひとつ、認識の時間（場面）について、個一普遍の区別を導入する。⁽⁵⁾ 図1を、認

識の全時間的枠と当該行為時の瞬間との包含逸脱関係を表わしたものとしても思い浮べながら、表1を読んでいただきたい。
 場合4と5の頭に付されている「？」は、筆者がそのような事例を具体的に知らないことを示す。（あるいは錯乱の場合にあたるか）

細かい説明は略すが、学界の通説では、表1の上の方、1と4が事実の錯誤、下の6と9が法律の錯誤に属するとされており、両側にゆくほど疑問の余地のない明確な例となっている。懸案のためき・むじな例は、このスペクトル上ではなるほど札つきの難例たるにふさわしくちょうど真中に位置する境界的事例として収まっている。解釈の如何によって、この5は、3か、もしくは8へと吸収されることになりそうである。

では、どのように解すべきなのか。被告人は、全体集合「ためき」の意味を誤っていたのか、それとも個物もしくは下位集合「むじな」についてのみ誤っていたのか。
 まず、

(a) XがむじなであるのはXがためきであるとき、かつそのときに限る。（必要十分条件）

現実には当該個物が「むじな」と呼ばれたことがあるか否かは別として、右のような同一性関係が成り立つというのが、通常の動物学の、そして法律上の了解である（むささびとも

	錯誤の 時間	対象 範囲	例	刑 法 上 の 分 類
1	A	A	あ [・] の [・] タヌキ [・] を [・] キツネ [・] を [・] 間 [・] 違 [・] え [・] た [・]	見誤り
2	A	A	あ [・] の [・] タヌキ [・] は [・] 殺 [・] し [・] て [・] も [・] よ [・] い [・] と [・] 思 [・] っ [・] た [・]	誤想避難・誤想防衛 「違法性に関する事実の錯誤」
3	B	A	あ [・] の [・] タヌキ [・] は [・] キツネ [・] だ [・] と [・] 思 [・] っ [・] て [・] い [・] た [・]	「法律的事実の錯誤」 (無鑑札犬撲殺事件、判例の解釈)
4	A	B	タヌキとはキツネのことだと思 [・] っ [・] た [・]	(意味の瞬間的錯誤)
5	B	?	たぬき・むじな事件、むささび・もま事件	
6	A	B	タヌキを殺してもよ [・] い [・] と [・] 思 [・] っ [・] た [・]	(法律の瞬間的錯誤)
7	B	A	あ [・] の [・] タヌキ [・] は [・] 殺 [・] し [・] て [・] よ [・] い [・] と [・] 思 [・] っ [・] て [・] い [・] た [・]	「違法性阻却事由の錯誤」
8	B	B	タヌキとはキツネのことだと思 [・] っ [・] て [・] い [・] た [・]	「あてはめの錯誤」 (無鑑札犬撲殺事件、別解釈)
9	B	B _g	タヌキを殺してもよ [・] い [・] と [・] 思 [・] っ [・] て [・] い [・] た [・]	「法の不知」

表1

まの場合も同じ)。

しかし事案の被告人においては、

(β) XがむじなであるならばXはたぬきではない。

と判断されたわけである。(α)におけるXは、そこに代入される個物の外延(extension)を表わしており、(β)におけるXは、被告人の表象(representation)に該当する。つまり、外延的にはたぬきはむじなと同一であり、表象の上では異なっていたということである。

故意の認定にとって本質的なこと、即ち事実の意味内容が把握されているか否かは、当該対象の内包(intension)が取りちがえられていないかどうかによる⁽⁹⁾。そこで問題は、「たぬき」「むじな」の内包について、(α)が妥当するのか(β)が妥当するのかということに帰着するだろう。すなわち、「むじな」と表象されること(「たぬき」とは違うと表象されること)が、当該たぬきの外延を変えることではないのは当然として、ではその内包を変えたのかどうか、ということである。「むじな」と表象されたそのものは、そのことによって、その表象されなかったたぬきとは内包を異にするものとなるのだろうか。もし内包を変えるならば、構図としては図1のAにあたり、被告人は事実の錯誤に陥っていたことになる(表1では3のケース)。一方、表象内容の如何によっても内包が依然固定されているのであれば、図1のBの形をなし、法

律の錯誤ということになる(表1では8か)。

かくかくと表象されることはその対象の内包(意味)にまで影響を及ぼすか? という一般的な問題を立ててみよう。あるいは当該ケースに沿ってやや特殊にひきもどして、かくかくと名づけられることはそのものの内包に及ぶか、つまり命名のされ方はそのものの属性の一つか、と問うてみよう。表象「むじな」が表象「たぬき」と異なるのは、すでに論じたように、具体的な形状その他知覚的属性においてではなく、端的に名称の差異のみによると考えられるからである。

しかし、こうして一般的な形で問いを提出してみたに、この問いは一般的な形では答えられないということがわかってくる。まず、一般的にイエスと答えてしまうことはできない。もし、名称(呼称)がすべて対象の属性であるとする⁽¹⁰⁾と、例えば、ある単純な対象があったとして、それを「a」と呼んだとき、それは「a」と呼ばれる」という性質をまず持つことになる。次に、性質はつねに記述名(descriptive name)に変えることができるから、例えば「a」と呼ばれるもの」という名称が権利上生じ、よって「a」と呼ばれるもの」と呼ばれる」という性質を持つことになる。次にはこの性質も記述化でき、「a」と呼ばれるもの、と呼ばれるもの、と呼ばれる」という性質を持ち……以下同様で、即ち、もし無条件に呼称が属性であるとすると、いかなる単純

な対象であれ一旦名づけられたとたんに無数の性質を持つことになるわけである。この、属性の自動的無限増殖ともいふべき事態は、完全に不合理とはいえないまでも、実際の意義をもつような多くの指示理論の体系下で不都合を生ずることは明らかだろう。従って、一般的に言つて、無条件に名称が属性であることはない、と結論しなければならぬ。呼称が性質でありうるとしても、それは生じうる全呼称のうち限定された一部分のみでなければならぬ。

例えば、先ほど作りかけた記述名の集合に窺われるように、あまりに長すぎたり説明的・間接的であるような名称はその対象固有の属性とは認められない、とするのが常識であるかもしれない。——さて、いま常識という言葉を使った。対象の属性Ⅱ内包を構成する要因として、現代の指示理論家、例えばヒラリー・パトナムは、「固定観念(stereotype)」を挙げて⁽¹⁰⁾いる。たぬきの場合でみると、「たぬき」という名称は文句なく社会的慣例に正式に座を占めたステレオタイプをなしているゆえにそれはたぬきの属性の一つであり、一方たとえば「たぬきと呼ばれるものと呼びうるもの」などという呼称は単に発声上の可能性としてあり潜在的にとどまるから、ステレオタイプとはいえず、かの動物の属性ではないことになるう。

では、問題の「むじな」はどのようなだろうか。冒頭に引用

した大審院判決文の中、「狸、貉ノ名称ハ古来並存シ我国ノ習俗亦此ノ二者ヲ區別シ毫モ怪シマサル所ナルヲ以テ」の件りは、「むじな」という呼称のステレオタイプ性を認めたものである。確かに、「むじな」という名はよく世間に知られ通用しており、ともすれば独立一箇の動物種の名であるかのような、一つのステレオタイプをなしているようだ。⁽¹¹⁾従って、たぬきを「むじな」として表象した被告人は、それによってたぬきに一箇新たな属性を加えて認識したことになり(そして同時に「たぬき」という名称属性を排除して認識したことになり)、たぬきとは属性上別のものを認識した、即ち事実の錯誤に陥っていたことになるのである。

これに対して、むささび・もま事件の場合はどうか。「もま」という呼称は、被告人の地方においてのみ用いられていたという、社会的レベルからみればアド・ホックな渾名のごときものにすぎず、ステレオタイプとは到底みなされない。よって「もま」の呼称をなされた(「もま」と表象された)対象もなされない対象も、「むささび」なるステレオタイプ名称属性を除去されてはならず、従ってむささびであるかぎり何ら属性上の相違はないことになるう。だからそこに錯誤があったとすれば、当該特殊対象の性質についてではなく、その属する一般的範疇すなわち法律上のむささびについてであつたことになる(図1、B)。

このようにしてわれわれは、「むじな」と「もま」という二つの名称がもつステレオタイプ性の相違から、たぬき・むじな事件、むささび・もま事件の構造上の相違を浮び上らせることができる。言ってみれば、その二つの俗称の語用論から意味論へと下ってみたことになるわけである。⁽¹²⁾これらの意味内包を決定する要因としてわざわざ「ステレオタイプ」なる概念をもち出したのは、「……結論を異にするのは、むじな」という俗称が一般的であるのに対しても、まの俗称はある地方に限定されていたという事情があるからである……⁽¹³⁾といった、二判例に対する通説的理解をほんの少し言い直してみただにすぎず、何ら新しい進展はないように思われるかもしれない。しかし、この「ステレオタイプ」の考えを前景化させ一般的形で意識的に導入することは、二つの錯誤の分析においてさらに一步を踏み出すのに役立つのである。

3. 事実—法律の相互負荷性

ステレオタイプの概念の応用は、あの二事件に関する従来の理解の一方に合致しており、これによって、「両事件の事実的錯誤か法律的錯誤かの論争に結着がつくかのようにみえる。しかし、少し考えてみると、それはあくまで議論を途中で停めることでのみ達せられる、外見上の解決にすぎないことが

わかってくる。

たぬきが「むじな」と表象されたときそれは別のステレオタイプを獲得するから内包を変え（事実の錯誤）、むささびが「もま」と表象されたときそれはステレオタイプ性を新たに變更しないから内包を変えない（事実の無錯誤——法律の錯誤）。これはよろしい。しかし、ステレオタイプということと言うなら、例えば、たぬきが「むじな」とは違う、という仮構以上に、たぬきが禁猟獣である、という事実、それこそれっきとしたステレオタイプではないだろうか。むささびの場合も同様である。狩猟免許を与えられた狩猟者の社会では少なくとも、一定の繁殖期間中は特定区域においてその動物が禁猟獣である、ということは、たぬきやむささびに関しての公認された事実、ステレオタイプであり、従ってその獣の一つの属性であるに違いない。いや、狩猟法に限らず、法律にかくかくと定められている、ということは、社会慣習上最も公認度の高い、むしろ最もステレオタイプ性の強い事実なのではないか。

たぬき・むじな事件の判決をむささび・もま事件のそれと対比させるために刑法の教科書がよく用いる表現は、次のような言い方である。

2つの判決を……比較すると、「たぬき・むじな」事件

の判決は、その事実の認識について狩猟法上捕獲を禁止された獣（たぬき）であることの認識を要求し、貉と狸が同一物であることを知らなかった被告人の……故意を阻却するものとしているのに対して、「むささび・もま」事件の判決は、「もま」の認識があれば……事実の認識に欠くところなく……故意の成立を阻却しないとしている。（福田平、大塚仁『刑法総論Ⅰ』有斐閣、昭和54年、三〇七頁。傍点引用者。）

そして、次のような批判的考察がつけ加えられる。

故意の成立に必要な「事実の認識」……は、そうした事実を単に外形の表面的に表象しただけでは足りず、その事実の意味内容をも認識すること……を必要とするものである……が、それ以上に、法律の規定の認識や事実が法規に用いられている概念へのあてはめまで要求するものではない……（同書、三〇六、三〇七、三〇八頁から再構成。傍点引用者。）

しかし、社会生活中での一般的な行為に含まれる認識や錯誤の性質如何を判定する際、その判断が法律によってなされるからといって、当該行為中の認識（意識）が法律に対して持

つ関係の特権化する理由は、実践上はともかく、少なくとも原理的には存在しない——begging the questionに陥らないためには——はずである。人間的行為の一切は、法律を含めた各々あらゆる文化領域に、理論的には、まず平等に関わるものとみななければならない⁽¹⁴⁾。とすれば、いま殺そうとしている狩猟対象が禁猟獣であるということ、もっと一般的には、ある行為が「法律で禁じられている（許されていない）」ということは、当該行為中に含まれる他のあらゆるステレオタイプの属性と同じく、その行為の性質の一部である。即ち、ある事実についての、「この法律で禁じら（許さ）れている」という認識はひとつの事実の認識なのである。⁽¹⁵⁾——（1）

ところでここまでくれば、右の（1）の双対が簡単に発見でき、てしまうことに気がつくだろう。すなわち、ある法律についての、「この事実⁽¹⁶⁾に適用される（されない）」という認識はひとつの法律の認識なのである。——（2）

（1）と（2）を合わせてみると、たぬき・むじな事件もむささび・もま事件も、「むじな」「もま」なる概念がそれぞれステレオタイプであろうがなからうが、両方ともが事実の錯誤であり、また他面で法律の錯誤である、ことになる。即ち、当該対象動物が「禁猟獣である」という法的ステレオタイプ属性を有していることを認識しそこなっている点で事実の錯誤であり、狩猟法の当該規定が現前の場面において適用される

べきものであることを認識しそこなっている以上その条文の十分な意義内容を把握しそこねているわけであり、その点で法律の錯誤だということになるのである。

さらに敷衍しよう。表1をもう一度見ていただきたい。表中の1・9の各ケースに、(1)(2)の見方をあてはめることが理論上可能である。それぞれ最も極端な場合について行なえば十分であろう。一般に文句のない事実的錯誤とみなされる1（錯覚、見誤り）に(2)を適用せよ。1にあたるいかなるケースも法律的錯誤である。法律的錯誤とみなされて通常全然問題のない9（法の不知）に(1)を適用せよ。9に含まれるあらゆる場合が事実的錯誤である。——ここでわれわれは、表1つまり錯誤の全事象を、いわば、スペクトル図式からオーヴァラップ図式へと読みかえたことになる。すなわち、文句のない純粹の事実の錯誤、純粹の法律の錯誤という両極を両端にもち、色彩のスペクトルのように中心に移るにつれて次第に両極の性質が緩和され、一見入り混じり、中心ではどっちつかずの曖昧な事例が生ずる、けれどもどの場合にも両端のいずれに寄っているかで事実的錯誤・法律的錯誤どちらであるかは一義的に決定されるし、それが実情の真のあり方なのだ、という、スペクトルの解釈からわれわれは出発した（一種の真理対応説、「間での区別」）。しかしここで、一見スペクトルにみえる1・9のどの相をとってみても、そこには事実的錯誤と法

律的錯誤とが全く同等に含有されているのであり、事態を見る側の観点によってその全てが前者であり、あるいは後者であり、あるいは両方でありうる、という、二種の錯誤性が全長にわたって均等に横たわっている一種の重ね描き⁽¹⁷⁾オーヴァラップ的解釈へと進んだのである（相対主義・プラグマティズム、「中での区別」⁽¹⁸⁾）。

今日まで、法律家の立場は、現場の裁判官に限らず学界の刑法理論家に至るまで、例外なしにスペクトルの解釈の方に依っている。あらゆる錯誤事例（認識事例）は事実・法律どちらのものなのか——故意ありかなしか、有罪か無罪か——事態の真相により根本的にびったり決まっており、たぬき・むじなのような曖昧な例が辛うじて散見されるにすぎず、その場合であってもやはり原理的にはどちらの錯誤なのか発見できるはずだ、という立場である。（「刑事裁判において、刑罰法規を適用する場合には、有罪にするか無罪にするかのどちらかにしかできないのであり、有罪とも無罪ともつかない便宜の措置をとることは、少なくとも現行法上は許されません。……むろん、人間の能力には限りがありますから、ある裁判官が精一杯努力して良識だと信じたところも、より高い次元からみるときは誤っていることもありましよう……しかし、全知全能の神の立場において考えるときは、ある時点に、ある社会で、ある法律問題に対して下されるべき適正な

判断は一つしかありえないはずだと思います。……判断の規準とされる価値観には、それとしての絶対性が認められるわけです。裁判官が刑法的判断を行う場合……には、当該時点において、わが国の社会で適正妥当とみられる唯一のものを目ざしてその認識への努力が傾注されるべきです。」⁽¹⁾しかるに、そのような固い實在論にとことん従って、「むしろ」「もま」に対応する實在物の意味内包は何か、を追いつめてゆく過程で、われわれは必然的に、認識の（そしてそれと表裏一体をなす、錯誤の）オーヴァーラップの立場へとすべり落ちてしまうのである。

かくして、意味論的に区別・組織された實在論的体系が難なく脱構築されてしまったことになる。どちらの錯誤か――行為に故意あるやなしや（現前する意図あるやなしや）、の問題に関わりがなくもない文脈において、現代アメリカの有力な行為理論家ドナルド・デヴィッドソンが興味深い言を洩らしている。「非意図的行為も、別の記述のもとでは意図的行為なのである。」⁽²⁾そればかりではない、「ある人がある事態の行為主体であるのは、彼が行なったことについて、彼がそれを意図的に行なったという文を真にするような記述が存在するときであり、かつそのときに限る。」⁽²⁾つまり換言すれば、故意ある行為ない行為を問わず、故意ある行為として見做すことができるということがおよそ行為なるものの定義だとま

でされているわけである。（この問題には後ほど、言語行為をめぐる米仏の哲学者の論争に因んで立ちもどるであらう。）さて、意図―無意図から法律―事実にはち帰るとして、このオーヴァーラップの見方を別の言葉で言い換えるなら、次のようになるう。

(1)――あらゆる法律は事実負荷的である (fact-laden)。――

(1)

(2)――あらゆる事実には法律負荷的である (law-laden)。――

(2)

ところでわれわれは、事実と法律との区別を、個（特殊）的場面と普遍（一般）的場面との区別の一例と見做すところから出発した。そうすると、右の(1)、(2)を、個―普遍二元論の他の例にも適用することが当然思いつかれる。ラングーパロール、スポーツのルールと個々のプレイ、等々……。しかし中でも、本稿初めにヒュームの名を挙げたところですでになにげなく予示されてきた科学理論との類比が最も発展的かもしれない。いや、むしろ逆に、(1)(2)に導入した「負荷的」という語こそは、現代の科学哲学に広く用いられている概念、事実（観察）の理論負荷性 (theory-ladenness) という用語の単なる変形でも実はあるだらう。スポーツのメタルール体系や言語学よりも、個―普遍の相互関係構造を精細に開拓している点で法学に匹敵する分野は、現在のところ、

科学哲学の体系を描いてないだろう。こうしてわれわれは、言ってみれば syntagmatic な比較文化論への端緒として、法律と科学とのアナロジーを考えてみてよい段階に達したことになる。しかし当面は、そこにとどまるつもりはない。⁽²²⁾私⁽²²⁾が、生煮えの擬似哲学的装置と平板な図式とに頼りつつ、そもそも問題を個―普遍という幾分陳套な区分から強引に捉えようとしたがった理由は、かような汎文化的アナロジーに当の錯誤論(認識論)を引き入れ、包括的な議論を容易に展開する手掛りならしめることを目論むがゆえであった。

註

- (1) 「法令の誤解」による「事実の錯誤」という同じ構造の事案は、他に有名なものとして、封印破棄事件(大審院大正一五年二月二日、大審院刑事判例集第五卷九七頁)がある。
- (2) 引用は、大塚仁『犯罪論の基本問題』有斐閣、昭和57年、二七九頁。
- (3) 団藤『刑法綱要総論』創文社、改訂版昭和59年、二九三頁。
- (4) 『別冊ジュリスト』No.82、昭和59年、一一八頁。
- (5) 「状況」とは認識の時間的な相、「対象」とは行為志向対象の範疇に関わる。この二つの次元についてそれぞれ個―普遍を想定するのは、具体的な事案・判例を多く吟味してみた結果である。あとで表1として大まかに整理するが、それまでは便宜上、「対象」についての個―普遍のみに注意を向けてみる。(図1)

- (6) 通説は、ためき・むじな事件を事実の錯誤、むささび・もま事件を法律の錯誤として扱った判例を支持する(c.f.平野龍一『刑法概説』東大出版会、昭和52年、九七頁)が、「二つの事件における事案の性格はまったくバラレルに考えられるべきであって、」(大塚仁『刑法の焦点1・錯誤』有斐閣、昭和59年、一一頁)ともに法律の錯誤である、とする説も有力である。文献については前掲『別冊ジュリスト』No.82の52節を見よ。

- (7) 獵師としての狩獵免許をうけるには、保護動物の外形、性向についての一定知識が必要とされる。

- (8) ABの符号は図1による。組合せは四通りしかなく九つの場合を一義的に決定しえないことからわかるように、各事例の自動的類別の装置として期待されているわけではない。単に特徴づけの明確化のためここでは用いられている。

- (9) 外延・内包・表象は、フリーゲGottlob Fregeによる、意味(Bedeutung)・意義(Sinn)・表象(Vorstellung)の古典的区別にならう。刑法学は分析哲学の指示理論に殆ど注意を払っていないが、法律的行为の分析にとってこの三種の確定はおそくきわめて重要である。

- (10) Hilary Putnam, "The meaning of "meaning", in *Philosophical Papers. Mind, Language and Reality*, Cambridge, 1979 はか。

- (11) 「十文字むじな」の名は狭い地域に局限されておりステレオタイプとはいえないが、本質的なのは「むじな」の部分である。この点はすでに本文で論じた。

- (12) 注(6)参照。われわれはこの限り、通説を支持することに

なる。ただし、両判決の結論は支持するという大塚説の専門的な含みに関しては、例えば、福田・大塚『刑法総論Ⅰ』三〇八頁の注1)、大塚『犯罪論の基本問題』二七八〜二八〇頁、などをみよ。責任論において両事案の相違が認められるというわけだが、名称「むじな」と「もま」の属性適格性の違いを意味的に認めるわれわれの立場からは、やはり両事案の相違は構成要件論に関わることになる。

(13) 『ジュリスト増刊・刑法の争点(新版)』有斐閣、昭和62年、八九頁。

(14) 論点先取のかどで判例の傾向を批判するこの理論家自身の言を前に引用した。注(2)。

(15) とくに行政犯の場合、この定式は実際に応用されている。例えば道路交通法違反の場合(東京高等裁判所昭和三〇年四月一八日、高等裁判所刑事判例集第八卷三二五頁、など)。

(16) 現に、1に相当する明らかな事実の錯誤を「あてはめの錯誤」と解しうる点については、前掲『別冊ジュリスト』一一七頁。ただしそこにおけるレベルの議論はわれわれのオーヴァラップ図式とは関係がなく、個―普通の区別を用いれば表面上解決されてしまう。

(17) 図1に、動くものは枠組でもあり個体でもあるという運動の相対性の視点を導入することになる。

(18) 「間での区別」「中での区別」という表現は、ジョナサン・カラー『ディコンストラクションⅠ』岩波現代選書、二一七頁にある言葉を利用している。これについては続稿で論ずる。

(19) 大塚仁『犯罪論の基本問題』一四四頁。ただしこの引用箇所

は、故意論・錯誤論の章ではなく、違法性論の章から採っている。

(20) Donald Davidson, *Essays on Actions & Events*, Oxford, 1980, P.70

(21) *Ibid.*, P.46

(22) 法律あるいは倫理学の文化領域と、科学あるいは科学論の文化領域との間で、各概念の対照表をかりに作っておいてみる意義はある。

法律・倫理		科学・科学論	
個	判断	観察	科学革命
	行為		
普遍	条文	法則	科学革命
	法律		
善	正義感覺	理論	科学革命
	立法		
規範	判決	理論	科学革命
	規範		
情状	判決	理論	科学革命
	規範		
(違法性阻却事由)	情状	理論	科学革命
	条文改正		
法改正	法改正	理論	科学革命
	(政治革命)		
ユートピア	政治革命	理論	科学革命
	Emotivism		
		incommensurability thesis	

Utilitarianism ==
Naturalism == realism
Social contract theory ==

筆者はパズルを遊ぶつもりはないが、読者の自覚的批判吟味を喚起したためにさしあたりわざと片側の大半を空白にしておく。試みてみられたい。なお筆者が法律・倫理との間に十分な対照表を完成しているのは、確立された術語を用いては今のところ科学・科学論についてのみである。

付記

本稿は、昭和62年2月6日、東大教養学部哲学研究室の研究会において口頭発表した内容の前半をまとめたものである。出席されて批判や教示を下さった、大森荘蔵先生はじめ各教官、助手、学生の方々に感謝する。

後半は次号かそれ以降に発表の予定である。