

鳥獣保護法一条ノ四第三項にいう「捕獲」の意義

（最高裁平成八年二月八日第一小法廷判決、刑集五〇卷二号三二二頁）
判例時報一五五八号一四三頁、判例タイムズ九〇二号五九頁

奥村正雄

【事案】

被告人Xは、法定の除外事由がないのに、静岡県内の河川敷において食用目的で狩猟鳥獣とされているマガモまたはカルガモをねらい、洋弓銃（クロスボウ）で矢を四本発射したが、一本も命中せず捕捉できなかった。Xは、当該行為につき、鳥獣保護法及狩猟ニ関スル法律（以下、鳥獣保護法と略称する。）一条ノ四第三項および同三項の委任を受けた昭和五三年環境庁告示四三号（以下、本件告示と略称する。）三号リが禁止する「弓矢を使用する方法による捕獲」に当たるとして、起訴された。

鳥獣保護法一条ノ四第三項にいう「捕獲」の意義

同志社法学 五〇巻五号

一九一（一五七五）

同条項は「環境庁長官又ハ都道府県知事ハ狩猟鳥獣ノ保護蕃殖ノ為必要ト認ムルトキハ狩猟鳥獣ノ種類、区域、期間又ハ猟法ヲ定メ其ノ捕獲ヲ禁止又ハ制限スルコトヲ得」と規定し、同法二二条がその違反につき、六月以下または三〇万円以下の罰金を科すと規定している。また、本件告示は「次の猟法を用いて捕獲をしてはならない」として、「弓矢を使用する方法」を定めている。本件では、発射した四本の矢がすべて外れたため、当該洋弓銃の発射行為が、本件告示三号りの禁止する「弓矢を使用する方法による捕獲」に当たることが問題となった。

第一審判決は、本件告示三号りの規定について、「弓矢の使用によって鳥獣を狩猟する場合、その命中精度、威力などから傷を負わせた状態で鳥獣を逃走させることが多いこと等により、それが鳥獣の保護繁殖に支障を及ぼす結果となることがその規制の趣旨の一つであることなどを考慮すると、現実にカモを仕留めて獲物を自己の支配下においての場合のみに限らず、本件のようにカモを捕らえる目的で、カモを目掛けて矢を発射した場合も右条項にいう捕獲に当たると解するのが相当である」などと判示して、Xに対し罰金一五万円の有罪判決を言い渡した。

第二審判決は、以下の点をあげ、一審判決を支持した。①鳥獣保護法は、鳥獣保護事業の実施と狩猟の適正化によって鳥獣の保護繁殖等に資するため、同法一条の四第三項が、環境庁長官または都道府県知事が狩猟鳥獣の種類、区域、期間または猟法を定め、それらの態様による捕獲を禁止または制限できる旨を規定するとともに、これらの規則違反に罰則を規定し、その立法目的の円滑適切な実現を目指している。②本件告示は、同法一条の四第三項による委任を受け、弓矢を用いる猟法が手負いの鳥獣を生じさせるなどその保護繁殖に悪影響を及ぼすおそれがあるため、そのおそれのある猟法の一つである「弓矢を使用する方法による捕獲」を禁止している。③狩猟鳥獣を狙いクロスボ

ウで矢を発射する行為は、たとえ殺傷しなくても、狙った鳥だけではなくその周辺の鳥類を脅かすので、同法一条の四第三項の禁止、制限の委任の趣旨及び本件告示の目的である狩猟鳥獣の保護繁殖を実質的に阻害する。

これに対して、Xが上告し、本件矢の発射は威嚇のためであり捕獲に当たらない等と主張した。

【判旨】

本判決は、上告を棄却し、「なお書き」で以下のように、判示した。

「なお、食用とする目的で狩猟鳥獣であるマガモ又はカルガモをねらい洋弓銃（クロスボウ）で矢を射かけた行為について、矢が外れたため鳥獣を自己の実力支配内に入れられず、かつ、殺傷するに至らなくても、鳥獣保護及狩猟ニ関スル法律一条の四第三項を受けた同告示三号りが禁止する弓矢を使用する方法による捕獲に当たるとした原判断は、正当である（最高裁昭和五二年(あ)第七四〇号同五三年二月三日第三小法廷決定・刑集三二卷一号二三頁、最高裁昭和(あ)第三六五号同年七月三十一日第三小法廷決定・刑集三三卷五号四九四頁参照)。」

(小野幹雄裁判官の補足意見) 「私は、被告人の本件行為が、鳥獣保護及狩猟ニ関スル法律一条の四第三項を受けた前記告示三号りの禁止する『弓矢を使用する方法による捕獲』に当たるとする法廷意見に賛同するものであるが、同法における『捕獲』の意義に関する私の考えを述べておくことにする。

一、同法における『捕獲』の意義については、これまでしばしば問題とされてきたところであり、下級審裁判例も分かれているが、その原因は、同法における『捕獲』の意義を一義的に解することができない点にあるものと思

われる。

二、『捕獲』という用語は、一般に、『とらえること、いけどること、とりおさえること』を意味するものと解されており、捕らえようとしたが取り逃がした場合、すなわち、その未遂形態は、これに含まれないとするのが一般的な用法であり、『捕獲』には、現実に捕らえたか否かを問わず、捕らえようとする行為自体（以下『捕獲行為』という。）を、当然に含むと解することは、その文理上困難といわなければならぬ。しかし、同法における『捕獲』の中には、『捕獲行為』を含むと解さなければ不合理であつて、立法の趣旨、目的に合致しないと認められる条項が存在しており、法廷意見の引用する当審判例が、同法一条及び一五条にいう『捕獲』の意義について、捕獲行為自体による法益侵害の危険性に着目して、鳥獸を現実に自己の実力支配内に入れたか否かを問わず、捕獲しようとする方法自体が禁止されているものと判示したのは、正にその例といふことができる。そして、前記告示三号りの規定も、同様であつて、狩猟鳥獸の保護に悪影響を及ぼすおそれの高い特定の猟法を一般的に禁止しようとするその規制の趣旨、目的に照らせば、同号に列挙する方法による捕獲行為自体を禁止するものと解されるのである。

三、以上みてきたところから明らかのように、前記当審判例及び本判決が前記のように解するのは、いずれも、当該条項に関する限り、そのように解することが合目的的解釈として可能であるからであつて、そのような解釈は、それ以外の条項が規定する『捕獲』の意義について、当然に妥当するものではない。本判決の示すところが、同法における『捕獲』すべてに妥当するものと解されるとすれば、少なくとも私の本意とするところではない。

『捕獲行為』を含むと解し得ない条項について、もし、これをも含めて処罰する必要があるれば、立法にまつほかなく、規制の必要性を重視する余り、不当に拡張解釈することは厳に慎まなければならないのである。同法にいう『捕獲』には、当然に『捕獲行為』が含まれるとするかのごとき行政解釈や学説があるので、あえて付言する次第である。」

【研究】

I 問題の所在

一 鳥獣保護法は、「鳥獣保護事業を実施し及狩猟を適正化することに依り鳥獣の保護蕃殖、有害鳥獣の駆除及危険の予防を図り以て生活環境の改善及農林水産の振興に資すること」(一条)を目的として、種々の捕獲禁止規定と罰則規定を置いている。本件に関わる鳥獣保護法一条の四第三項は、環境庁長官または都道府県知事が、狩猟鳥獣の保護繁殖のため必要と認める場合は、狩猟鳥獣の種類、区域、期間、または猟法を定めて、狩猟鳥獣の捕獲を禁止ないし制限すると規定し、これを受けて、本件告示三号リが「弓矢を使用する方法による」狩猟鳥獣の捕獲を禁止している。そして、平成二年法律第二六号及び同年環境庁告示第六八号により、鳥獣保護法および本件告示にいう「捕獲」を「捕獲(殺傷ヲ含ム以下同ジ)」と改め、「捕獲」に殺傷を含むことが明記されている。

本件では、食用とする目的で狩猟鳥獣とされるマガモまたはカルガモをねらい洋弓銃で矢を四本発射したが、すべて外れたという事案につき、被告人の行為は鳥獣保護法一条の四第三項の「捕獲」に当たるかが争われた。鳥獣

保護法には「捕獲」の定義規定がないため、「捕獲」の意義は文理上必ずしも明らかではない。「捕獲」とは、日常用語法上、一般に、「とらえること。いけどること。とりおさえること。」(広辞苑)をいう。この意味からすると、「捕獲」は、鳥獣を現実に捕捉するか、または少なくとも容易に捕捉しうる状態において、これを実力支配内に帰属させることを要求することになる。しかし、本判決は、本件行為のように自己の実力支配内に入れられず、かつ殺傷するに至らなかった場合でも、同条項にいう「弓矢を使用する方法による捕獲」に当たり、鳥獣の現実捕獲や殺傷の結果は不要であると判断した。この点につき、従来、下級審判例は判断が分かれていたが、本判決は、事例判例ながら、正面から判断した最高裁判例として先例としての意義が大きい。

二 問題は、本件のように捕獲未遂形態の行為も「捕獲」に当たると解するのは、「公正な告知」(fair warning)に反し、類推解釈にならないかにある。こんにち、多くの学説は、「類推解釈は禁じられるが、拡張解釈は許される」とする。しかし、許容される拡張解釈の限界については、これを「言葉の可能な意味の範囲」ないし「国民の予測可能性の範囲」にあることに求める立場と、⁽¹⁾ 罪刑法定主義の実質化という観点から、解釈の許容範囲を「言葉の本来的意味(核心部分)からの距離と、処罰の必要性」との衡量に求める実質的解釈を行う立場が対立しており、⁽²⁾ 許容される拡張解釈の限界をめぐって、合理的な解釈の基準が求められている。

前者の立場からみると、鳥獣を捕らえようとする捕獲未遂形態の行為も「捕獲」に当たると解するのは「捕獲」の可能な意味を超えているのではないかが、問われる。しかし、鳥獣保護法の「捕獲」には、後述するように、明らかに現実捕獲を予定している条項と、捕獲行為を予定している条項があり、両者がいわば「突っ込み」の形で規

定されているので、問題は複雑である。以下では、鳥獣保護法一条の四第三項にいう「捕獲」の意義の検討を中心に、許容される合理的な解釈の限界を考察したい。

II 従来判例・学説の動向

一 判例の流れ

(一) 鳥獣保護法一条の四第三項の「捕獲」の意義に関する判例

鳥獣保護法一条の四第三項の「捕獲ヲ為スコトヲ得ズ」の解釈について、従来の高裁判例は態度が分かれていた。

①福岡高裁昭和四二年一月一八日判決⁽³⁾は、被告人が他の友人二人と一羽のメスキジに猟銃を発射しこれを撃ち落としたが、誰の弾丸が命中したかが明らかにならなかった事案につき、同条項及びこれを受けて狩猟鳥獣であるメスキジの捕獲を禁止していた昭和四〇年農林省告示一一七九号にいう「捕獲」の意義が争われた。福岡高裁は、猟銃発射行為は「捕獲」に当たるとした原判決を破棄し、現実の捕獲が必要であるとした。すなわち、同判決は、「立法の趣旨が、メスキジを乱獲してキジの繁殖を著しく阻害することのないようその繁殖を保護することにあることは明らかであり、又同法は鳥獣保護のため種々の禁止規定を設けているが、その態様をみると捕獲を禁止したり、狩猟を禁止したり、銃猟を禁止したりし、捕獲、狩猟、銃猟という言葉を各禁止目的に従い一応合理的に使い分けしており、更に捕獲の日常的意味を考え合わせると、同項にいわゆる禁止狩猟鳥獣を捕獲したというのは、同鳥獣を容易に捕捉し得る状態において、同鳥獣が右状態においた者の実質的支配内に帰属するに至ったことを意味するものと解するのが

相当である」と判示し、「捕獲」は、鳥獣を現実に捕捉するかまたは少なくとも容易に捕捉しうる状態になったことを要するとする「現実的捕獲説」の立場をとった。また、②仙台高裁昭和四三年一月二三日判決⁽⁴⁾は、被告人が狩猟鳥獣であるカラスをねらい二回にわたり装薬銃であるライフル銃を発射したが命中しなかった事案につき、同法一条の四第三項及び同法施行規則三条二項の「捕獲」の意義が問題となったことに関し、「右法条の立法目的が、その規定からも明らかなように狩猟鳥獣の保護繁殖をはかる点にあることから考えて、また、捕獲なる文言の一般的通常の使用にも徴すると、右法条にいわゆる捕獲とは、現実に自己の實力支配内に入れ得る状態を生じさせたことを意味するものと解するのが相当であつて、すでにこれに対し銃砲を発射するなどして狩猟行為に及んだとしても、右の状態を生じさせるに至らない場合には、右行為はいわば未遂行為であるにすぎないものとして、いまだ罰則の適用を受けなぬものと解すべきである」と判示し、現実的捕獲説の立場をとった。このように、現実的捕獲説は、その根拠を、鳥獣の保護繁殖という立法目的、捕獲の日常の意味、及び鳥獣保護法における捕獲・狩猟・銃猟の言葉の合理的使い分けの各点に求めている。

これに対し、③福岡高裁昭和四八年一月二九日判決⁽⁵⁾は、狩猟鳥獣以外の鳥獣の捕獲を禁止した鳥獣保護法第一条の四第一項にいう「捕獲」の意義について、①、②と異なる判断を示した。被告人が狩猟許可期間外に狩猟鳥獣ではないセキレイに散弾銃二発を発射したという事案につき、同判決は、散弾銃の発射だけでは「捕獲」に当たらないとした原判決を破棄して、次のような判断を示した。すなわち、「法の解釈とりわけ本法の如き行政刑罰法規の解釈に當つては、各条項の個別的概念と雖も当該法規全体に規定されるものであることを考え、必ずしも中性的な辞典的用

語例のみにとらわれることなく、該法律の目的、保護法益、行為の性質ないし違反の態様等にかんがみ合理的又は合目的に解すべきものである。もとより刑罰法規の解釈にあたっては罪刑法定主義の原則に反してはならないことは自明のことであるが、右の如く解することは該原則に反し不当に類推又は拡張解釈するものではない」とした上で、「本法の主要目的の一つは、鳥獣の保護繁殖を図ることにあり、この目的を達成するために各種の規制並びに施策がなされているものであり、とりわけ一条の四第一項の捕獲の禁止規定は、鳥獣の保護繁殖を阻害するを排除するため必要不可欠な規制といわなければならない。そうしてみれば、現実の拿捕に限らず、少なくとも被告人の所為の如く保護鳥獣を狙って銃器により散弾を発射するが如き行為は、発射弾が命中しなくても、目的の鳥獣のみならず周辺の保護鳥獣を脅し、追いはらい、命中すれば、これを殺傷するものであって、明らかに右目的を實質的に阻害するものであり、かかる本法の目的とこれを阻害する行為の態様に照らし禁止されているものというべきである。したがって、捕獲を原判決の如く、現実に捕捉するか、少なくとも容易に捕捉しうる状態においた者の實質的支配内に帰属せしめたことを要するという意味に限定すべき合理的理由はなく、右目的を實質的に阻害する本件の如き捕獲行為も本法にいう捕獲に該当するものと解すべきである」と判示し、捕獲行為説の立場をとった。既述の本判決の一・二審判決とも、同様に、捕獲行為説をとる。このように、捕獲行為説は、その根拠を、鳥獣の保護繁殖という立法目的、鳥獣へ向けての銃器発射行為による他の保護鳥獣への威嚇・殺傷可能性に求めている。

(二) 鳥獣保護法の他の条項における「捕獲」の意義

鳥獣保護法には複数の条項のなかに「捕獲」の文言がみられるが、それが現実捕獲を意味するのか、それとも捕獲

行為があれば足りる趣旨なのか問題となる。

(イ) 第三条は、無登録の狩猟者による銃器等の使用による捕獲を禁止しているが、これを現実に捕獲した場合のみを禁ずる趣旨とは解せないから、⁽⁶⁾ 捕獲行為を含むと解すべきことになる。

(ロ) 第一条は、鳥獸保護区、公道、社寺境内等の捕獲禁止場所での鳥獸捕獲を禁止しているが、これが現実捕獲の禁止か捕獲行為の禁止かは一義的には解せない。この点につき、⁽⁴⁾ 大審院昭和一八年二月二八日判決は、民家の屋根にとまっていた一羽の山鳩をねらい散弾銃を発射し命中させたが、羽を傷つけるにとどまり現実に捕獲できなかったという事案につき、鳥獸保護法の改正前の大正七年の旧狩猟法第一条で禁止された公道における「捕獲」の意義を、「本条に所謂捕獲とは鳥獸を自己の實力支配内に入れむとする一切の方法を行ふことを謂ふものにして實際鳥獸を自己の實力支配内に入れ得たるや否は之を問はざる趣旨なりと解するを相当とす」と判示し、捕獲行為説の立場をとった。また、⁽⁵⁾ 最高裁昭和五四年七月三一日第三小法廷決定は、公道において狩猟鳥獸であるカモをねらい発砲したが外れたという事案について、鳥獸保護法「第一条にいう『捕獲』とは、鳥獸を自己の實力支配内に入れようとする一切の方法を行うことをいい、鳥獸を現に自己の實力支配内に入れたか否かを問われないものと解するのが相当である」として、「捕獲」に当たると判示し、捕獲行為説の立場をとった。

⁽⁴⁾、⁽⁵⁾ 判例がいずれも「捕獲」を日常用語的用法より拡張している実質的理由は、第一条の趣旨を、公道等の平穏静謐な状態にあることが要請される場所における鳥獸保護、危険の予防および宗教的感情を保護する目的から、平穏静謐を害するおそれのある行為を禁止するものと解するためと考えられる。

(ハ) 第二三条は、第一二条が規定する学術研究または有害鳥獣駆除のためその他特別の事由により、環境庁長官または都道府県知事の許可の下で狩猟鳥獣以外の鳥獣の捕獲によって、これを飼育、譲渡、譲り受けの対象とすることを規制する規定であるが、飼育等の対象ということからみて、「捕獲」は現実捕獲を指していることは明らかである。

(ニ) 第一五条は、爆発物、劇薬、毒物、据置銃または危険な罟等を使用した鳥獣の捕獲を禁止する規定であるが、これが現実捕獲を意味するか、それとも捕獲行為で足りるとする意味かは必ずしも明確ではない。この点につき、⁽⁹⁾ ⑥最高裁昭和五三年二月三日第三小法廷決定は、被告人等が山林内で熊を捕獲するため据置銃をしたところ、あけび採取に來た子供二名に当たり負傷させたという事案につき、業務上過失傷害の他、鳥獣保護法一五条違反が問題となったが、同「規定は、その手段において人畜に危険の及ぶおそれの高度な猟法を禁止したものであり、被告人が本件据銃をしたこと自体によって同条違反の罪が成立するとした原判断は、正当である」と判示し、捕獲行為を処罰対象とした。第一五条は、制限を受ける捕獲手段である猟法が、いずれも人の身体・生命に多大の危険を及ぼすおそれがあることから、手段自体の違法性に着眼して規定した趣旨であると解され、⁽¹⁰⁾ 最高裁はこのような目的論的解釈から捕獲行為説を採用したものと解される。

(ホ) 第二〇条は違法の捕獲鳥獣等の譲渡・譲受け等の禁止を規定し、さらに第二〇条ノ二は鳥獣の輸出入の制限を規定しているが、両者とも、譲渡や輸出入の対象とする以上は「捕獲」は明らかに現実捕獲を意味することになる。

以上のように、鳥獣保護法の条項にある「捕獲」概念には、明らかに現実捕獲を意味するものと、捕獲行為を意味するものがあり、さらに第一条と第一条と第五条のように、必ずしも一義的ではないが、鳥獣保護のみならず、人の生命・身体の安全、公道等の平穏静謐を保護するためこれらを害する猟法を禁止する趣旨から目的論的解釈により「捕獲」は捕獲行為を意味すると解されるものがある。したがって、第一条および第一条は、鳥獣の保護繁殖を立法趣旨とする第一条の四第三項とは性格を異にするものであり、同列には論じられず、後者にいう「捕獲」が捕獲行為を意味することの根拠規定とはなりえない。

(三) 水産資源法にいう「採捕」の意義

鳥獣保護法以外の法令で、捕獲概念に参考となるものとして、前掲③判例が引用した⑦最高裁昭和四六年一月一日第三小法廷判決⁽¹¹⁾は、河川で禁止漁具であるかさねさし網を使用してさけを採捕しようとした事案につき、原判決を破棄し、水産資源法二五条及び茨城県内水面漁業調整規則二七条の「採捕」の意義につき、「現実の捕獲のみならず、さけを捕獲する目的で河川下流においてかさねさし網を使用する採捕行為をも含むと解釈することが、同条の立法趣旨に合致するものといわなければならない」と判示し、「採捕」に採捕行為を含むとする判断を示した。第一審は、「採捕」とは、「文字どおり、とらえる事、掴める事、少なくとも容易にとらえ得る状態にならなければ、採捕の未遂である。……水産資源法二五条および茨城県内水面漁業調整規則二七条は、採捕してはならないと規定し、採捕行為をしてはならないと規定していないのであるから、採捕の未遂は罰せられない。」と判示し、現実採捕説の立場をとった。第二審も、同様に、「法二五条及び規則二七条にいう採捕につき所論のように解釈することは、合理的根

拠なく刑罰法規の語句の定型的解釈方法を逸脱する不当な拡張解釈であるというべく、右採捕とは、原判文と同じく、とらえること乃至は未だ現実にとらえていなくても、容易にとらえ得るような、換言すれば、自己の実力支配内に入れたと認められるような状態に置くことを意味するのを相当と認める」と判示し、現実採捕説の立場をとった。これに対し、最高裁は、水産資源法が水産資源の保護培養を図り漁業の発展に寄与するという立法目的を重視し、現実採捕はこの趣旨に反するとみなし、採捕行為説の立場をとった。これは、「さけの捕獲に至らない場合でも、かさねさし網を河中に流す所為によりさけの再生産が阻害される弊害を伴わないとはいえない」という実質的判断が背景にあり、行政刑罰法規の目的論的解釈を行ったものと解される。⁽¹²⁾

(四) 学説の流れ

鳥獣保護法にいう「捕獲」の意義につき、林野庁通達や環境庁通達の行政解釈は、「捕獲とは、現実ないし実質的に鳥獣を自己の支配内に入れると否とを問わず、捕獲の方法を行い、鳥獣を捕獲し得る可能性を生ぜしめることをいう。」(昭和二八年林野第六一九六号林野庁長官通達「捕獲の意義」、昭和四三年林野造第一三六六号林野庁長官通達「鳥獣保護及狩猟ニ関スル法律における捕獲の意義について」、平成二年環自企第五五一号環境庁自然保護局長通達「自然環境保全法等の一部を改正する法律等の施行について」と解して、捕獲行為説の立場をとっている。⁽¹³⁾

本判決が出る以前の学説は、そのほとんどが捕獲行為説の立場を支持してきた。その根拠は、鳥獣の保護繁殖という法益保護の観点からは、第一に、鳥獣を現実に捕捉するに至らない場合でも、半矢など負傷させた状態で逃避させたり、ねらった鳥獣だけではなく周辺の鳥獣の保護繁殖を害するおそれがあること、第二に、捕獲未遂の処罰規定が

なく、捕獲行為も規制しないと法の目的が達成されないことに求められている。このような根拠から、「捕獲」という用語の日常的用法を超えるものであっても、目的論的解釈により捕獲行為を含めても、国民の予測可能性を奪わないと考えられてきた。もともと、法の解釈はできるだけ日常的用法に従うべきであるとして、捕獲未遂形態の行為も処罰することを明記すべきであるとする見解⁽¹⁴⁾もみられた。

このように、従来、鳥獣保護法の「捕獲」概念につき捕獲行為説が有力であったのは、同法が取締目的の優先する行政刑罰法規であること、同法一条や一五条のように、立法趣旨が鳥獣の保護繁殖のみならず、公道等の平穏静謐、人の生命・身体の安全を保護することに重点があり、これらを害する猟法の規制が必要であったこと、本件で問題となる同法一条の四第三項の「捕獲」の意義に関する最高裁判例がなかったことなどに、帰因するように思われる。

Ⅲ 本判決の検討

一 本判決は、鳥獣保護法一条の四第三項にいう「捕獲」の意義について、最高裁として初めて正面から判断し、明確な理論づけはみられないものの、捕獲行為説の立場を採用し、高裁判例が現実捕獲説と捕獲行為説に分かれていたのを解決した。本判決の結論は、以上の判例・学説の流れから、予想しうるものであったといえよう。ただ、本判決には「捕獲」に捕獲行為も当然に含むものと解するのは文理上困難であり、規制の必要から不当な拡張解釈を行うことは慎まなければならぬとする小野裁判官の補足意見が付されており、注目される。

本判決が捕獲行為説を採用した理由として、第一に、鳥獣保護法の目的である狩猟鳥獣の保護繁殖の観点からは、

「弓矢を使用する」猟法は、たとえ矢が当たらず、鳥獣を自己の実力支配内に入れまたは殺傷しなくても、半矢など手負いの鳥獣を生じさせるなど、鳥獣の保護繁殖を実質的に害すること、第二に、鳥獣保護法にいう「捕獲」と、「狩猟」および「銃猟」との関係は、「捕獲」が鳥獣を自己の実力支配内に入れようとする一切の行為およびその殺傷を意味するのに対して、「狩猟」は法定の猟具を使用して鳥獣を捕獲することをいい、「銃猟」は銃器を使用して鳥獣を捕獲することをいうので、捕獲は狩猟・銃猟を包摂する概念であって、これらの相違は実力支配の有無とは関係がないこと、第三に、同法にいう「捕獲」について「鳥獣を自己の実力支配内に入れようとする一切の行為」をいうと拡張解釈するのは従前の行政解釈であり、同法一条および一五条の「捕獲」の意義についても既述のように最高裁判例が確立していることがあげられるであろう。⁽¹⁵⁾

しかし、これらの理由づけには、疑問があるように思われる。第一点については、鳥獣保護法一条の四第三項および本件告示三号の立法趣旨・目的が狩猟鳥獣の保護繁殖であることは明らかであるとしても、そのことから直ちに行為客体を狙った鳥獣だけではなく周辺の鳥獣まで含まれるという帰結が導かれるとはいえないのではないか、ということである。第二点については、「捕獲」は「狩猟」と「銃猟」を包摂する概念であるとする合理的理由が明らかではない。また、「狩猟」または「鳥獣の保護」とを同じ条文の中で分けて規定しているのは、どのように解すればよいのであろうか。第三点については、本判決は捕獲行為説をとる先例を引用しているが、上掲の⑤と⑥判決は、既述のように、鳥獣保護法一条および一五条にいう「捕獲」の意義に関する判例であり、同法一条の四第三項とは趣旨が異なるから、そもそも先例として引用するのは問題があるのである。

一一 ところで、こうした問題点があることもあり、本判決を契機に評釈が幾つか出され、本判決が類推解釈を行っているのではないか、鳥獣保護法一条の四第三項にいう「捕獲」は現実捕獲を意味すると解すべきではないか、が議論されている。評釈は、本判決を支持するものと批判するものと大きく分かれる。なお、既に検討した鳥獣保護法一条の四第三項以外の規定の「捕獲」概念については、明らかに現実捕獲を必要とする規定と、捕獲行為で足りるとする規定があること、同法一条と一五条については一義的に明らかではないが、特定場所または特定手段による狩猟行為自体の危険性に着目し最高裁が捕獲行為説を採用したと解するのは、各評釈に共通の理解となっている。また、本判決を支持する立場も、無条件の捕獲行為説ではなく、小野裁判官の補足意見のレベルで捕獲行為説に立っている。では、それぞれの根拠は何に求められるのであろうか。

本判決を支持する見解は、その根拠として、以下の諸点をあげている。①狩猟鳥獣の保護に悪影響を及ぼすおそれの高い特定の猟法を一般的に規制する法の趣旨・目的からみて、捕獲行為自体を禁止する必要がある⁽¹⁶⁾。②殺傷結果がなくても、狙った鳥獣ばかりではなく周辺のものまで脅かす行為も狩猟鳥獣の保護繁殖目的を阻害する⁽¹⁷⁾。③「捕獲」の可能な意味の範囲内に、捕獲行為自体を含みうると解した上で、当該法律の目的、個々の条文の保護法益、行為の性質、違反態様等を考慮して、合目的に捕獲行為を個別に確定する必要がある⁽¹⁸⁾。④「狩猟」および「銃猟」は「捕獲」概念より狭く、後者に包摂されるので、前者が捕獲行為そのものの禁止を意味していることは、「捕獲」を現実捕獲の意味に解することにはつながらない⁽¹⁹⁾。

これに対し、本判決に批判的な見解は、その根拠として以下の諸点をあげている。①「捕獲」の日常用語法から、

実際に鳥獣を自己の実力支配内におかなければ捕獲したとはいえない。⁽²⁰⁾ ②平成二年の法改正は捕獲概念に「殺傷」を含めたことにより、現実の捕捉という事態はもとより、殺傷の結果さえ生じなかった場合は捕獲に当たらないとする現実捕獲説に根拠を与えている。⁽²¹⁾ ③罪刑法定主義の原則から、未遂犯処罰規定がない場合に処罰の間隙を埋めるため、既遂の「前倒しを」認めることは避けるべきである。⁽²²⁾ ④同一法規において、可能なかぎり同じ言葉は同一概念として、違う言葉は別個の概念として理解すべきであり、「捕獲」も条文により異なる解釈はできるかぎり避けるべきである。⁽²³⁾ ⑤「狩猟」および「銃猟」は行為それ自体の禁止を意味するが、「捕獲」は結果を含む行為が禁止されている。⁽²⁴⁾ ⑥捕獲未遂形態の処罰は、立法による解決を行うべきである。⁽²⁵⁾

三 以上のように、本判決に対する評価は分かれているが、以下で若干の検討を試みよう。

ところで、法の解釈には、文理解釈、拡張解釈、縮小解釈、反対解釈、目的論的解釈など様々な方法があるが、刑法の妥当な解釈のためには、条文の文理的な拘束を受けつつも、構成要件の形式的な文理解釈では立法趣旨・目的に合致しない場合は、目的論的解釈による拡張解釈が必要な場合がある。問題は、その解釈が「国民一般の予測可能性」の範囲内にあることが要請されることである。この観点からみると、同一法規において、可能なかぎり同じ言葉は同一概念として理解すべきなのは当然の要請ではあるが、鳥獣保護法の「捕獲」概念については、条文によって現実捕獲を意味する場合と捕獲行為を意味する場合があるのに、両者が明確に区別されずに規定されているので、本判決において小野裁判官が指摘されるように、同法二〇条等の明らかに現実捕獲が必要な規定にも処罰の必要性から捕獲行為まで含めると不当な拡張解釈になるが、本判決を支持する評釈もここまで拡張する趣旨とは

思われぬ。他方、批判的評釈も、同法の「捕獲」には第三条のように捕獲行為を意味することがあることを認めているのである。実際、刑法の規定でも、例えば、「暴行」・「脅迫」の概念は、条文により最狭義、狭義、広義、最広義と意味が分かれて用いられているように、同一法規のなかで同じ言葉が同一概念で用いられているとはかぎらない。結局、鳥獣保護法の各条文の立法趣旨、保護法益、行為態様等から、個別条文ごとに確定するしかない。

「捕獲」は結果を含む概念であることは明らかであるから、鳥獣保護法一七条や一八条の「捕獲」が「狩猟」・「銃猟」と分けて規定していることは、「狩猟」・「銃猟」が行為それ自体の禁止を意味し、「捕獲」概念が必然的に現実捕獲のみを意味するということには必ずしもならない。⁽²⁶⁾なぜなら、「捕獲」に殺傷が含まれたことにより、「狩猟」・「銃猟」の概念にも殺傷が含まれるとする解釈も可能であり、⁽²⁷⁾また、第三条はむろん、第一条や第一五条の「捕獲」概念には目的論的解釈により捕獲行為も含みうると解されるからである。しかし、そうであるにせよ、そのことが、本件で問題となっている第一条ノ四第三項の「捕獲」に捕獲行為も当然に含まれるということに論理的につながるわけではない。その理由は、既述のように、同条項の法の趣旨と第一条や第一五条のそれとは同じではないからである。すなわち、先例や行政解釈は、そのままには同条項の解釈にはあてはまらないのである。また、本件告示三号りの「弓矢を使用する方法による捕獲」の禁止も、弓矢使用の捕獲行為の規制と直結するわけではない。もつとも、狩猟鳥獣の保護繁殖の観点のみからでも、それを危険にする行為が保護繁殖を害するといえるかぎり、狙った鳥獣だけではなく周辺の鳥獣の保護繁殖も図るべきであるという法益保護の観点を重視すれば、現実には捕獲しなくても、捕獲しようとする行為があっただけでも「捕獲」に当たると解することは可能なようにみえる。

しかし、法の厳格解釈の要請という観点からは、法は目的とした鳥獣の捕獲禁止を通じて鳥獣一般の保護繁殖を図っていると解釈すべきであるとする見解を重視すべきであろう。⁽²⁸⁾ さらに、町野教授が指摘されるように、「刑罰法規の目的は法益保護だけにつきるものではない。それは、法文に掲げられた行為以外のものを処罰せず、その範囲で国民を刑罰から自由にするることにより、他の利益を追求するものでもある」⁽²⁹⁾といえるから、鳥獣保護法一条ノ四第三項違反の行為につき同法二二条により六月以下の懲役または三〇万円以下の罰金を科する犯罪である以上、行政取締・処罰目的を優先して柔軟な法解釈による処罰の拡大は可能ながぎり控えるべきであるとすれば、同条項の「捕獲」は現実の捕捉ないし殺傷を意味すると解することも可能であり、当罰性の高い捕獲未遂形態の行為の処罰は立法的解決に委ねるのが本筋であろう。刑法の全面改正はなかなか容易ではないが、刑法の一部改正はしばしば行われることもあり、ましてや本件のような行政刑罰法規を改正し未遂規定を設けることに困難さは伴わないはずである。刑法が国民に対して一定の作為ないし不作為を命令しまたは禁止するという第一次的規範としての行為規範性を有している以上、国民一般にできるだけ分かりやすい意味で刑罰法規は書かれるべきであって、実務に定着している理解に国民は従うべきであるというのは、刑法解釈の在り方として問題であろう。

さらに、既述のように、平成二年の法改正により、「捕獲」概念に「殺傷」が含まれることになった。「殺傷」を「捕獲」に含めることで、鳥獣を自己の実力支配内に入れなくても殺傷結果が生ずれば「捕獲」に当たることになった。そうだとすれば、殺傷結果が発生しなかった場合は「捕獲」に当たらないことになるのであろうか。そこで、殺傷目的で矢を発射したが当たらなかった場合が問題となる。この点につき、本判決は判断を留保しているが、

殺傷の未遂形態である「殺傷しようとする行為」も捕獲行為に他ならないから「捕獲」に含まれるとする見解がある⁽³⁰⁾。しかし、法の趣旨は殺傷結果も「捕獲」に当たるとするのであるから、殺傷未遂行為を「捕獲」に当たると解するのは捕獲の日常用語法とはかけ離れているように思われる。

IV おわりに

以上のように、鳥獣保護法および本件告示における捕獲概念は、条項ごとに判断せざるを得ないため、本判決は、鳥獣保護法一条の四第三項にいう「捕獲」の意義に限定した事例判断にとどめ、「捕獲」の一般的意義の判断を避けた。こうした状況から、小野裁判官が、補足意見として、「『捕獲行為』を含むと解し得ない条項について、もし、これを含めて処罰する必要があるれば、立法にまつほかなく、規制の必要性を重視する余り、不当に拡張解釈することは厳に慎まなければならない」と強調されたことの意味は大きい。本判決は、事例判例ながら、平成二年の法改正により「捕獲」概念に「殺傷」が含まれることになった後に、捕獲行為も同条項にいう「捕獲」に当たるとした点で、先例として重要である。

本判決の射程範囲に関して、次の二点が課題として提起されている。第一は、本判決が「食用とする目的」で狩猟鳥獣を弓矢の使用によって捕獲行為を行えば、矢が外れ、鳥獣を自己の実力支配内に入れられず、殺傷するに至らない場合も「捕獲」に当たるとしているので、このことは単なる威嚇目的など食用目的以外の場合を排斥する趣旨なのか、という点である⁽³¹⁾。第二は、捕獲未遂行為も「捕獲」に当たるとすると、「捕獲」の実行の着手はどの時点で開始

されるのか、実行の着手が肯定されれば直ちに「捕獲」に当たることにならないか、という点である⁽³²⁾。第一点については、本判決が、「なお書き」で「食用とする目的」としている文言からみて、それ以外の目的を排斥する趣旨か否かは必ずしも明確ではない。捕獲行為説の立場からは鳥獣の保護繁殖を図る点が重視される以上、単なる威嚇目的やゲーム目的で行う場合も保護繁殖を害することは明らかであるから、食用目的以外の目的の場合も含まれると解するのは合目的的ではある。しかし、そうなると、「捕獲」に殺傷結果も含まれることになるから、例えば、ゲームとして保護鳥獣を射殺した場合も「捕獲」に当たるということになり、捕獲行為説の立場からも批判が出ているように⁽³³⁾、「捕獲」の一般的意味から余りにもかけ離れることになってしまう。捕獲規制の行政上の観点から、その場合も含めるとすれば、不当な拡張解釈として到底許容できないであろう。それゆえ、「食用目的」以外のどの目的の場合まで含まれるというのかは、今後の判例の集積に待たれる。次に、第二点については、例えば、捕獲目的で弓矢を携帯して山林を搜索する行為や、捕獲目的で鳥獣を狙って弓矢を装着した洋弓銃を鳥獣に向ける行為も捕獲行為といえるかが問われている。鳥獣の保護繁殖に危険な行為として弓矢を使用する猟法を鳥獣保護法一条の四第三項および本件告示三号りで処罰するというのであれば、搜索行為の段階ではいまだ予備段階であるといえても、洋弓銃を鳥獣に向けた段階で矢を発射しなくても鳥獣の保護・繁殖が危殆化されたならば、これは捕獲行為に当たるといえるか、という問題である⁽³⁴⁾。しかし、仮に捕獲行為が捕獲の未遂形態を含める趣旨であると解しても、捕獲の着手未遂に当たる行為も「捕獲行為」と解するのは「捕獲」概念から余りにもかけ離れることになるので、矢等の発射は最低限要求されるべきである。着手未遂に当たる場合は、捕獲行為説の立場からも、未遂処罰規定がない以上は、当然に不可罰とせざ

るをえないであろう。

- (1) 西原春夫「刑法総論」三四頁(成文堂、一九七七)、内藤謙「刑法講義総論(上)」三二頁(有斐閣、一九八三)、大谷實「刑法講義総論第四版補訂版」七三頁(成文堂、一九九八)、町野朔「刑法総論講義案I第二版」七〇頁(信山社、一九九五)。
- (2) 前田雅英「刑法総論講義第三版」八五頁(有斐閣、一九九八)など。
- (3) 高刑集二〇巻六号七九一頁。
- (4) 高刑集二二巻二号九五頁。
- (5) 高刑集二六巻五号五七八頁。
- (6) 船山泰範「鳥獸保護法一条の「捕獲」の意義」警察研究五二巻三三三頁(一九八二)。
- (7) 刑集二二巻二二号三三三頁。
- (8) 刑集三三巻五号四九四頁。
- (9) 刑集三三巻一号三三頁。
- (10) 渡辺保夫「鳥獸保護及狩猟ニ関スル法律一五条の法意」最高裁判例解説刑事編〔昭和五三年度〕一六頁(良書普及会、一九八二)、中谷雄二郎「鳥獸保護及狩猟ニ関スル法律一条の四第三項の委任を受けた昭和五三年環境庁告示第四三三三号リが禁止する「弓矢を使用する方法による捕獲」に当たるとされた事例」ジュリスト一〇九二号七二頁、同・「最高裁判所判例解説」法曹時報五〇巻一号二七四頁(一九九八)。
- (11) 刑集二五巻八号九六四頁。
- (12) 時国康夫「茨城県水面漁業調整規則二七条にいう「採捕」の意義・水産資源保護法二五条にいう「採捕」の意義」最高裁判所判例解説刑事編〔昭和四五年度〕二二〇頁(一九七〇)、中谷・前掲曹時二八一頁。
- (13) 岩村修二「自然環境保全法等の一部を改正する法律について」研修五一〇号六頁(一九九〇)、平井令法「鳥獸保護及狩猟ニ関スル法律」研修二六一号一二〇頁(一九七〇)、船山・前掲論文七四頁、「注釈特別刑法五巻」(丸山雅夫)四六〇頁(立花書房、一九八四)等参照。

- (14) 船山・前掲論文八二頁。
- (15) 中谷・前掲曹時二八四頁。
- (16) 前田雅英「実質的構成要件解釈の限界」『最新重要判例250刑法98年版』六頁（弘文堂、一九九八）、岩尾信行「鳥獣保護及狩猟ニ関スル法律一条の四第三項の委任を受けた昭和五三年環境庁告示第四三三号が禁止する『弓矢を使用する方法による捕獲』に当たるとされた事例」法律のひろば四九卷六号七〇頁（一九九六）、中谷・前掲ジュリスト論文および前掲曹時論文、鈴木彰雄「鳥獣保護及狩猟ニ関スル法律一条の四第三項の委任を受けた昭和五三年環境庁告示第四三三号二号リが禁止する『弓矢を使用する方法による捕獲』に当たるとされた事例」判例評論四五六号七二頁（一九九八）。
- (17) 岩尾・前掲論文七五頁、中谷・前掲曹時二八二頁。
- (18) 前田・前掲論文六頁、中谷・前掲曹時二八二頁、鈴木・前掲論文七五頁。
- (19) 中谷・前掲曹時二八二頁、鈴木・前掲論文七五頁。
- (20) 曾根鳥獣保護法一条ノ四第三項の『捕獲』の意義）法学教室一九一号一〇〇頁（一九九六）、門田成人「鳥獣保護法一条の四第三項の『捕獲』の意義」平成8年度重要判例解説一三九頁。
- (21) 曾根・前掲論文一〇一頁。
- (22) 曾根・前掲論文一〇一頁。
- (23) 曾根・前掲論文一〇一頁、門田・一四一頁、奥村正雄「鳥獣保護法一条ノ四第三項にいう『捕獲』の意義」判例セレクト'96三二頁。
- (24) 曾根・前掲論文一〇一頁。
- (25) 曾根・前掲論文一〇一頁、松尾浩也「刑罰法規の解釈」刑法判例百選Ⅰ総論第四版四頁、門田・前掲論文一四一頁、奥村・前掲論文三二頁。
- (26) 曾根教授は、「狩猟・銃猟」については行為それ自体の禁止を意味すると解される反面、捕獲については結果を含んだ行為が禁止されていると解される余地がある」とされる。曾根・前掲論文一〇一頁。

- (27) 岩村・前掲論文四七頁。
- (28) 曾根・前掲論文一〇一頁。
- (29) 町野朔「刑法の解釈」町野ほか編著『考える刑法』二二頁(弘文堂、一九九六)。
- (30) 岩尾・前掲論文七六頁。
- (31) 麻生光洋「鳥獣保護及狩猟ニ関スル法律一条の四第三項にいう「捕獲」の意義」研修五七八頁(一九九六)。
- (32) 岩尾・前掲論文七六頁。
- (33) 木村栄作「鳥獣保護法及狩猟に関する法律にいう「捕獲」の意義」警察学論集二七巻七号二〇六頁。
- (34) 岩尾・前掲論文七六頁。

〈本判決の判例評釈〉 麻生光洋・研修五七八号二三頁(一九九六)、岩尾信行・法律のひろば四九巻六号七〇頁(一九九六)、奥村正雄・判例セレクト'96三二頁(法学教室一九八号別冊)(一九九七)、門田成人・平成八年重要判例解説一三九頁(一九九七)、鈴木彰雄・判例評論四五六号七二頁(判例時報一五八五号三四頁)(一九九七)、曾根威彦・法学教室一九一号一〇〇頁(一九九六)、中谷雄二郎・ジュリスト一〇九二号七二頁、法曹時報五〇巻一号二七四頁、前田雅英・最新重要判例250刑法'98年版六頁(一九九八)、松尾浩也・刑法判例百選I総論第四版四頁(一九九七)。