

### 判例研究

## 警察官によるけん銃の発砲が違法とされた事例

山本光英

〔平成7年（あ）第463号同11年2月17日第一小法廷決定，上告棄却，  
刑集53巻2号63頁，判例時報1668号151頁，判例タイムズ997号169頁〕

《事実の概要》原判決の認定及び記録によれば，本件の事実の概要は，以下のとおりである。

1 被告人は，本件当時，広島県巡査部長として，同県尾道警察署美ノ郷警察官駐在所に勤務していた。

2 被害者M（当時24歳）は，大学在学中に「てんかん，頭頂部陳旧性陥没骨折，大後頭・三叉神経症候群」と診断され，大学を中退してビル清掃会社や海運会社で勤務していたが，仕事の内容が性格に合わなかったことから，その後，職に就かず，本件の一箇月ほど前から，画題や風景を求めて，同県尾道市美ノ郷町中野地区等を散策するのを日課としていた。他方，中野地区の住人らは，Mが歩き回る姿を毎日のように見掛けるようになったが，その目的が分からない上，無愛想で目つきが鋭く，自動車等による騒音に対し両手で両耳を押さえるような奇妙な仕草をするところから，Mに対する警戒の念を強め，警察に警戒を要請していた。

3 昭和54年10月22日，前記駐在所に勤務していた被告人は，右住人から，Mが中野地区を歩いているとして警戒の要請を受けたことから，その身元を確かめ，場合によっては駐在所に同行して家族の者に連絡し，中野地区方面を歩き回らせないようにする必要があると考え，相勤のW巡査とともに中野地区に向かい，午前11時45分頃，同町所在の交差点付近（第一現場）でMを発見し，Mに対し，その住所等を尋ね始めたところ，Mが急に逃走した。被告人らは，一時その行方を見失ったものの，W巡査が，同町所在の大通寺の前の小道（第二現場）にいるMを発見し，M

に接近すると、Mは折畳み式果物ナイフ(刃体の長さ約7.4センチメートル、刃体の最大幅約1.58センチメートル、刃体の最大厚み約0.2センチメートル)を、刃先を前に向けて右手に持っていた。相勤のW巡査は、たまたま警棒を所持していなかったため(W巡査は、これを自己の自動車内に置き忘れた旨主張している)、けん銃を取り出し、これをMへ向けて右腰の前に構え、「ナイフを捨て。はむかうと撃つぞ。」などと言ったところ、Mは、ナイフを数回振り下ろして反撃の姿勢を示した後、同所から逃走した。

4 その後、間もなく、被告人はMが逃走する姿を認め、同人を銃砲刀剣類所持等取締法違反及び公務執行妨害の現行犯人として逮捕すべく追跡し、正午前ころ、同町所在のA方北西角から北西方約15メートルの路上(第三現場)でMに追い付き、「ナイフを捨てえ。」と叫んだところ、Mが振り向いて、右手に持った前記ナイフと左手に持ったナイロン布製手提げ袋(内容物を含む重量約1,361グラム)を交互に振り回すようにして抵抗したため、けん銃を取り出して弾丸1発を発射し、その弾丸がMの左手小指及び左手掌に射入する暴行を加え、よって、Mに左手小指、左手掌及び左前腕手根部貫通銃創の傷害を負わせた。右路上で被告人がMに追い付いてから発砲するまでの時間は約20秒であった。

5 被告人は、けん銃をいったんケースに収めた上、さらに、逃げるMを追って前記A方庭先の田(稲の刈り取り跡。第四現場)に至ったところ、Mは、「すなや。すなや(するなの意)。」と言って後ずさりしながら、右手に持った前記ナイフを、二、三度振り下ろし、さらにその場にあったはで杭(長さ約171.5センチメートル、重量約500グラム、直径の最大部分約3.2センチメートル、最小部分約2.2センチメートル)一本を拾い上げてこれを両手に持ち、特殊警棒で応戦する被告人目掛けて振り下ろしたり振り回したりして殴り掛かり、被告人が特殊警棒を落とすや、なおも前進しながら、右はで杭で被告人に対し同様に所構わず殴り掛かる攻撃を加え、これに対し、被告人は後退しながら腕で頭部を守るなどしてMの攻撃を防いでいたが、安静加療約3週間を要する両前腕打撲、右大腿・下腿打撲擦過傷、両肩打撲の傷害を負い、その場に積んであったはで杭の山に追い詰められた形となったため、午後零時5分頃、前記けん銃を取り出してMの左大腿部をねらって弾丸1発を発射

し、その弾丸がMの左胸部に射入する暴行を加え、よって、Mに左乳房部銃創の傷害を負わせ、右銃創による心臓及び肝臓貫通、右腎臓損傷に基づく失血のためその場で死亡させた。なお、前記はで杭の山の左右は開かれており、被告人において左右に転進することは地理的にも物理的にも十分可能であり、また、右田に入ってから被告人が発砲するまでの時間は約30秒であった。

第1審判決は被告人の発砲行為を適法として無罪としたが、原判決はこれを違法として特別公務員暴行陵虐致死罪の成立を認め、被告人を懲役3年、執行猶予3年に処した。本決定は、原判決を支持し、以下のように述べて、被告人の上告を棄却した。

《決定要旨》「以上の事実関係によれば、Mが第二現場以降前記ナイフを不法に携帯していたことが明らかであり、また、少なくとも第三、第四現場におけるMの行為が公務執行妨害罪を構成することも明らかであるから、被告人の二度にわたる発砲行為は、銃砲刀剣類所持等取締法違反及び公務執行妨害の犯人を逮捕し、自己を防護するために行われたものと認められる。しかしながら、Mが所持していた前記ナイフは比較的小型である上、Mの抵抗の態様は、相当強度のものであったとはいえ、一貫して、被告人の接近を阻もうとするにとどまり、被告人が接近しない限りは積極的加害行為に出たり、付近住民に危害を加えるなど他の犯罪行為に出ることをうかがわせるような客観的状況が全くなく、被告人が性急にMを逮捕しようとしなければ、そのような抵抗に遭うことはなかったと認められ、その罪質、抵抗の態様等に照らすと、被告人としては、逮捕行為を一時中断し、相勤の警察官の到来を待つてその協力を得て逮捕行為に出るなど他の手段を採ることも十分可能であって、いまだ、Mに対しけん銃の発砲により危害を加えることが許容される状況にあったと認めることはできない。そうすると、被告人の各発砲行為は、いずれも、警察官職務執行法七条に定める『必要であると認められる相当な理由のある場合』に当たらず、かつ、『その事態に応じ合理的に必要と認められる限度』を逸脱したものというべきであって（なお、仮に所論のように、第三現場におけるけん銃の発砲が威嚇の意図によるものであったとしても、右判断を左右するものではない。）、本件各発砲

を違法と認め、被告人に特別公務員暴行陵虐致死罪の成立を認めた原判断は、正当である。」

### 《研究》

1. 本件の経緯について若干触れておく。昭和54年10月22日、本件事件当日の夕刻の記者会見以降、数回の公式発表において、警察当局は一貫して射殺は正当防衛であると主張し続けた。そこで、被害者の父親は、11月6日に両警察官を特別公務員暴行陵虐、同致死罪、および業務上過失致死罪で広島地方検察庁に告訴した。これに対して、警察当局は、被害者の行為は殺人未遂、公務執行妨害、銃砲刀剣類所持等取締法違反の各罪に該当するとして、11月8日に書類送検した。両警察官に対する被害者の父親の告訴につき、広島地方検察庁は、約1年5ヶ月後の昭和56年3月17日、本件被告人の行為は罪とならずとの理由により、両警察官を不起訴処分とした。それゆえ、被害者の父親は、同月24日、本件被告人につき広島地方裁判所に付審判請求を行った。同裁判所は同年12月16日に審判に付する決定をしたが、第1審判決（広島地判昭和62年6月12日判例タイムズ655号252頁）は発砲を適法として被告人を無罪とした。これに対して、控訴審判決たる原判決（広島高判平成6年10月31日判例時報1545号116頁）は、発砲を違法として特別公務員暴行陵虐致死罪の成立を認め、被告人を懲役3年、執行猶予3年に処した。これに対してなされた被告人の上告に対する判断が本決定である。

2. 付審判手続は、職権濫用等の犯罪による公務員の国民に対する人権侵害を防止することを目的とし、検察官の不公正・不当な不起訴処分に対して、裁判所の付審判決定に公訴提起の効力を生じさせる手続である。そして、これによって公務員の犯罪に対する検察官の不公正・不当な不起訴処分から生ずる司法に対する国民の不信を除去し、もって司法に対する国民の信頼を確保しようとするものである。しかしながら、1990年までの統計によれば、付審判事件の請求認容率は0.12パーセントであり、これが認容された場合でも、その有罪率は50パーセントと、従来、極めて低率であり、付審判手続は必ずしも有効に機能していないということが指摘され

ていた(たとえば、本田兆司「警察官のけん銃発砲と付審判(後編)」自由と正義1999年10月号146頁参照)。

そして、従来、警察官が職務として発砲し、それによって人の死傷という結果が生じた事例について、警察官の刑事責任が問題となった裁判例として公刊されているものは、いずれも付審判請求に対する下級審の判断であった。そのうち付審判請求が認容されたのは、本件の外は、わずかに1件のみ(福岡高決平成3年3月12日判例時報1368号156頁)〔いわゆる久留米事件〕であり、これとても第1審(福岡地判平成5年4月7日)、控訴審(福岡高判平成7年3月23日)、上告審(最一決平成9年12月8日)のいずれも発砲を適法として無罪が確定している。もとより、本決定は、事例判断ではあるが、警察官の職務としての発砲行為について、これを違法とした初めての裁判例であり、下級審を含めて、警察官の職務としての発砲が最終的に違法として確定した初めての事例であるという意味において実務に及ぼす影響も大きいものがあるとともに、付審判手続の問題性を如実に示すものであって、付審判制度を考えるうえで極めて重要と思われるので、以下検討する。

3. 警察官の武器の使用については、警察官職務執行法(以下、「警職法」という)7条に以下のように規定されている。すなわち、「警察官は、犯人の逮捕若しくは逃走の防止、自己若しくは他人に対する防護又は公務執行に対する抵抗の防止のため必要であると認める相当な理由のある場合においては、その事態に応じ合理的に必要と判断される限度において、武器を使用することができる。但し、刑法……第36条(正当防衛)若しくは同法37条(緊急避難)に該当する場合又は左の各号の一に該当する場合を除いては、人に危害を加えてはならない。一 死刑又は無期若しくは長期3年以上の懲役若しくは禁こにあたる兇悪な罪を現に犯し、若しくは既に犯したと疑うに足りる充分な理由のある者がその者に対する警察官の職務執行に対して抵抗、若しくは逃走しようとするとき又は第三者がその者を逃そうとして警察官に抵抗するとき、これを防ぎ、又は逮捕するために他に手段がないと警察官において信ずるに足りる相当な理由のある場合。二 逮捕状により逮捕する際又は勾引状若しくは勾留状を執行する際その本人がその者に対する警察官の職務の執行に

対して抵抗し、若しくは逃亡しようとするとき又は第三者がその者を逃がそうとして警察官に抵抗するとき、これを防ぎ、又は逮捕するために他に手段がないと警察官において信ずるに足りる相当な理由のある場合。」というのがこれである。

これによれば、警察官に武器の使用それ自体が許されるのは(「使用要件」)、それが「必要であると認める相当な理由のある場合」であって、「その事態に応じ合理的に必要と判断される限度」においてであり、さらに、人に危害を加えることができるのは(「加害要件」)、以上の「使用要件」の存在を前提として、刑法36条、同37条の正当防衛、緊急避難に該当する場合のほかは、兇悪犯人の犯行の抑止、逮捕、逮捕状の執行等の場合に限られている。すなわち、警察官が武器を使用して相手方に危害を与えることができるためには、「使用要件」だけでなく「加害要件」も存在することを要するとされているのである(なお、警察官の武器の使用と警職法との関係については、山本光英「警察官の武器使用と警職法七条」群馬法専紀要第9号(1995年)25頁以下参照。)

また、警察官の武器の使用については、本条のほか、「警察官けん銃警棒等使用および取扱い規範」(昭和37年国家公安委員会規則第7号(以下、「けん銃等取扱い規範」という))が、その2条において、「兇悪な犯罪」につき、殺人、強盗、放火、強姦および傷害の罪ならびに警察庁長官の指定するその他の犯罪に限定しつつ、同規範は、警職法7条2号の場合につき、「兇悪な罪を既に犯したと疑うに足りる相当な理由のある者について」という制限を加えており、さらに同規範は、「正当防衛または緊急避難に該当する場合」においても、自己又は他人の生命若しくは身体の防衛のためにけん銃を撃つことを認めているにすぎず、したがって自由または財産の防衛のためにけん銃を撃つことは認めていない。このように、同規範は、警察官の武器の使用の限界について、警職法7条のうえにさらに厳格に制限を加えているのである(この点につき、土屋正三「警察官の武器使用について」警察研究27巻1号34頁以下参照)。

もちろん、警察官の武器の使用についても、他の警察権の発動の場合と同様、臨機応変を必要とするものであるから、本条によるその要件・限界についても、ある程度多義的・包括的とならざるを得ない。それゆえ、具体的な事態にあたって実際

に武器を使用し、相手に危害を加える態様については、なお一般の警察権の限界、とくに警察比例の原則（この原則については、田上讓治「警察法〔新版〕」（有斐閣・昭和58年）131頁参照）が適用される。警職法7条に「その事態に応じ合理的に必要と判断される限度」とあるのはその意味である。したがって、武器の使用にあたっての警察官の判断の裁量は、自由裁量ではなく法規裁量なのであって、たとえ形式的に本条の要件に該当する場合であっても、実質的に比例の原則を超えた場合には、その武器の使用は違法となる（宍戸基男他編著「新版警察官権限法注解上巻」（立花書房・昭和52年）109頁以下参照）。それゆえ、警察官は、武器を使用するにあたって、具体的な状況に応じて警察目的を達成するために必要とされる最低限度の武器使用にとどめなければならない。すなわち、相手に危害を与えることが許される場合であっても、できる限り僅少の危害にとどめなければならないし、危害を加えることなく目的達成が可能であれば、たとえば、威嚇射撃をするなど、危害を加えないようにしなければならない。また、場合によっては、武器を擬するだけにとどめて相手を制圧すべきである。そして、その際に考慮されるべき事情については、犯罪の種類、態様、犯人の態度および行動、第三者の応援の有無、時刻、場所、危害の緊急性の度合い、被害法益の軽重、抵抗の強弱、相手および警察官の数、使用する武器の種類、使用の態様などが挙げられており、要するに、相手側、警察官側および周囲の状況等、あらゆる事情が考慮されることとなる（宍戸基男他編著・前掲書117頁、古田佑紀「大コンメンタール警察官職務執行法」（青林書院・1993年）376頁以下、河上和雄「詳釈警察官職務執行法」（日世社・1978年）276頁以下等参照）。本件の事実関係においては、第二現場におけるW巡査のけん銃使用の適法性と第三、第四現場における被告人のけん銃発砲および加害の適法性如何が問題となるが、本決定においては、とくに後者が問題とされている。

4. 本件は、第1審判決が被告人・弁護人の主張に全面的に依拠する形で事実認定をなし、無罪判決を下したのに対して、原判決がその事実認定を詳細に検討し、これを覆して被告人を有罪としたものであり、本決定もこの原判決を支持したものである。ここに、後述するように、付審判請求事件、とりわけ警察官の職務として

の発砲事件についての従来の司法審査の問題点が如実に表われている。本件においては、第1審判決と原判決の各々の事実認定が誠に鮮やかに相反するものであるので、これを比較するため、いささか迂遠とも思われるが、多少詳しく各々の事実認定を記述することにしたい。

第1審判決は、大要以下のようにいう。すなわち、第1現場で被告人および相勤のW巡査が被害者Mにした質問行為は、警職法2条1項の職務質問ではなく、警察法2条1項に則った適法な質問である。第二現場でMがナイフを把持し、W巡査がけん銃を構えた行為については、Mは銃刀法22条本文に違反し、同法32条3号に該当し、同人は同法違反の現行犯人であり、W巡査が逮捕しようとしたことは当然のことであるが、警職法7条、けん銃等取扱い規範7条本文にいう警察比例の原則に照らして考慮すると、被告人の所持する特殊警棒でMの刃物による攻撃に対抗し、両名でMを制圧することが困難ではなく、W巡査がMに銃口を向け、けん銃を構えた行為は、警職法7条の武器使用の要件を欠き、違法な職務行為である。しかし、被告人が第二現場から第三現場に逃走するMを銃刀法違反の現行犯人として逮捕し、ナイフを提出させるため追跡した行為は、刑訴法213条の趣旨に照らして相当かつ適法な職務行為である。被告人が第三現場でけん銃を威嚇発射した行為の適法性については、被告人がMの抵抗を阻止して同人を逮捕するために威嚇発射した行為は、同人のナイフによる攻撃の危険が緊迫し、咄嗟の自己防護及び制圧逮捕の手段として必要最小限の方法であり、警職法7条、けん銃等取扱い規範7条本文のけん銃使用の要件を充足した正当な職務行為であり、発射された弾丸が同人の左手に命中して貫通銃創の結果を生じたが、威嚇発射が正当な職務行為である以上、発射行為は刑法35条により違法性が阻却され、被告人には同法195条1項、196条の責任はない。第四現場での被告人の行為については、Mの被告人に対するはで杭による攻撃は、被告人の生命、身体に危険を感じさせるほど極めて強烈かつ執拗であり、特殊警棒を落とした後、Mの攻撃を排除する手段としてはけん銃を使用する以外になく、自己の生命、身体を防衛するためにけん銃を使用したことは已むを得ないのであり、同人の大腿部に傷害を負わせようとしたことは法益の権衡にも欠けることはない。同現場で被告人がけん銃を発射しMを死亡させた行為は、刑法36条1

項の正当防衛として違法性が阻却される。また、同所におけるけん銃の使用は、警職法7条、けん銃等取扱い規範所定の要件を充たしており正当行為である。結局、被告人の第三現場、第四現場での発砲行為はいずれも違法性が阻却されるから、刑法195条1項、196条の罪は成立せず、被告人は無罪である、というものである。

5. これに対して、原判決は、以下のように認定した。

まず、第二現場における被告人、W巡査およびMの行動について、第一審判決が認定した事実のうち、「Mがナイフを頭上付近に構え、腰を少し落とした姿勢で足を前にずらし（第1審判決にいう「すり足」）、切り掛かろうとしてW巡査に向かってきたという事実、被告人が同巡査のすぐ近くに行きMに対しけん銃を構えている同巡査に『撃つな。』と言ってそれを制止したとの事実は認定でき」ず、第1審判決は、「この点で事実誤認がある」としている。

つぎに、第三現場における被告人とMとの対峙、攻防状況について、第1審判決が、「被告人の供述をほぼそのまま採用して、前記のとおり、Mがナイフで被告人の制服上衣右袖肘部付近に切り付けてきたりしたため、これを避けようとした被告人が身体の平衡を失してよろけ、思いどおりにMとの間合いを保つことができない状態に陥り、同人の攻撃の激しさから、瞬間、身の危険を感じ、けん銃を取り出して両三度威嚇射撃の警告を発した旨、また、被告人が百数十メートルの間を全力疾走で追跡したため、年齢的な体力の減退から息も切れ、機敏に体をかわす敏捷さをも失って身に重大な危険を感じ、更に三回位威嚇射撃の警告を発した後、威嚇射撃した旨等の事実を認定した」（傍点：筆者）のは、「事実を誤認したものといわなければならない」としている。

さらに、第四現場における被告人とMの対峙、攻防状況について、まず、その考察を進める上で重要な客観的事実として、①被告人とMとが第四現場に至り、同所で被告人が発砲するまでの時間は、30秒前後と認められ、しかも、第四現場の田まではMが後ろ向きで被告人と対峙する形で入ってきていること、②被告人の第四現場での負傷は、両前腕打撲、右大腿・下腿打撲擦過傷、両肩打撲に過ぎず、しかも昭和54年11月12日（本件事件後10日）頃には上半身の傷害はほぼ治癒しており、そ

の後の治癒の長期化は被告人の愁訴による右膝関節痛の痛みについてのものであったこと、③Mは、第三現場において左手小指及び手掌部にそれぞれ貫通銃創(小指は中節骨が破砕されている。)の傷害を負っていたこと、という事実を認定したうえで、「Mの被告人に対する殴打は、被告人やBら目撃者が供述するような熾烈あるいは強烈なものと評価し得るものではなかったと認めざるを得ない」から、Mの攻撃態様に関する部分については、被告人やBの「供述をそのまま措信してなした原判決の前記事実認定は誤っているといわざるを得ない」(傍点：筆者)としている。

そして、第三現場におけるけん銃使用については、Mは、第三現場に至るまで、終始、被告人ら警察官の追跡から逃れようとしていたものであり、被告人らが第三現場でMに追い付いてからのMの行為の基本的態様は、被告人から約2メートル離れたところで、左手に手提げ袋を持ち、右手にナイフを逆手に持って車輪のように振り回して被告人の接近を拒んでいたというのであり、しかも、本件ナイフは、その形状からして攻撃性の強い兇器とは思われないこと、手提げ袋も布製であり、内容物を含む重量も約1,361グラムと軽く、これで殴打しても相手方の生命を奪うようなものではないこと、したがって、これらを手にして振り回すなどしても、その攻撃力は弱く、これが被告人の生命、身体に対する危険性は高いとはいえないこと、このMの行為に対して、被告人も金属製の特殊警棒(伸ばしたときの長さ約40.5センチメートル、重量約280g)を構えて踏み込み、Mの手を打ちすえる行為に出るなどして両者の攻防は一進一退を保っており、少なくとも被告人がMの攻撃に対して一方的に守勢に立たされていたものではないこと、原判決(第1審判決のこと：筆者)は、被告人が第三現場においてけん銃使用を決断するに至った直接のきっかけは、Mがナイフで制服上衣右肘部分を切り付けてきたので、跳び下がったとき、身体の平衡を失してよろけ、同人との間合いを保つことができない状態になったことにある旨認定、説示するが、同人がナイフで制服上衣右肘部分を切り付けたとの点は、右部分のカギ裂き損傷の形状等からにわかにかこれを認めることができないことは前記認定のとおりであり、また、仮に、被告人がそのように感じて後方に跳び下がったとしても、被告人は、その際、一瞬身体の平衡を失してよろけたに過ぎず、そのために被告人がその場に倒れて動けなくなったとか、Mに組み付かれてナイフ

による攻撃を受けそうになったとかしたのではないのであるから、被告人としては速やかに態勢を立て直して特殊警棒でMの次なる攻撃を制圧するか、場合によっては、一時Mから少し離れ、態勢を整えてから再度制圧、逮捕行為に出るなど他の手段を取ることも十分可能であったといわなければならないこと、被告人の疲労程度、体力の限界についても、被告人の供述をそのまま措信することができないことは前記認定のとおりであり、右の場面でそのような行動すら取れない状態にあったものとは到底考えられないこと、しかるに、被告人は、これらの行動に出ることなく、特殊警棒を右手にぶら下げた状態でけん銃を取り出してMに対して擬しかつ発砲したこと、なお、被告人が第三現場までMを追跡してきたのは、同人を第二現場での銃刀法違反及び公務執行妨害の現行犯人として逮捕するためであったと理解されるが、もともと、同人の銃刀法違反の内容は、同人が第二現場で携帯していた折畳み式果物ナイフが、銃刀法22条但書の適用除外に関する総理府令9条2号の要件のうち刃体の幅が僅か0.8ミリメートルを超えていたため、同法22条本文、32条3号の刃物の不法携帯罪の構成要件に該当することになったというもので軽微なものであり、また、同人の公務執行妨害の点は、けん銃の銃口を同人に向けて同人を銃刀法違反容疑で逮捕しようとしたW巡査に対してなされたものであるところ、同現場の状況に鑑みると、同巡査の右のけん銃使用は、前記警職法七条の要件を欠き違法であるというべきであるから、Mの同現場での公務執行妨害罪の成立は否定される余地のあるものであって、被告人が逮捕の根拠にしようとした被疑事実がいずれも右のようなものであったことを度外視することはできないこと、しかもMが右ナイフを使用して付近住民等に対して危害を加える等、他の犯罪行為に出る危険性を示す客観的状況は全くなかったこと等を考慮すると、被告人の第三現場におけるけん銃の使用（Mに銃口を向けたこと及び同人の身体に向けて発射したこと）は、前記法条にいう「必要であると認める相当な理由のある場合」に該当するとはいえず、かつ、「その事態に応じ合理的に必要と判断される程度」を逸脱したものというほかはないとし、「原判決（第1審判決のこと：筆者）には法令の解釈適用の誤りがあるといわざるを得ない」としている。

そして、被害者を死亡させた第四現場でのけん銃の使用については、原判決は、

けん銃の使用が許される要件につき、一般論として、「当裁判所は、刑法の正当防衛等の違法性阻却事由と警職法七条の規定の関係を次のとおり解するが、正当防衛の成立を認め、刑法一九六条、一九五条一項の犯罪成立につき違法性が阻却されるとした原判決(第1審判決のこと：筆者)の判断を是認することはできないと考える。すなわち、……、警職法七条は、警察官が武器の使用を行うことが許される場合について規定し、警察官が武器を使用できる場合でも、正当防衛(刑法三六条)、緊急避難(同法三七条)に該当する場合や同条各号に該当する場合を除いて人に危害を加えてはならない旨規定しているから、まず被告人がけん銃使用を許される要件自体を充足したか否かの点を検討し、次いでその要件が充足されたとき、被告人の行為(人に危害を加えた行為)が正当防衛に該するかどうかを検討すべきものであると解する」とし、警職法七条のけん銃の「使用要件」の存在だけで被告人の発砲・加害を適法とした第1審判決を批判し、「加害要件」の存在も必要であるとしたうえで、被告人の第四現場でのけん銃使用が警職法七条による要件を充足したかどうかについて検討し、以下のように説示している。すなわち、「第四現場でのMの被告人に対する抵抗のための道具は、折畳み式果物ナイフからはで杭に替わったが、抵抗の基本的行動形態に変化はなく、被告人はMを追い、同人は被告人にはで杭を振るってその接近を拒み、被告人が自分を逮捕することを阻止しようとしたものであること、被告人がけん銃を発射するまでに、Mが、はで杭を振るって抵抗した時間は……かなり短く、したがって、はで杭による攻撃の回数もさほど多くはなかったといわざるを得ないこと、本件はで杭は、長さ約一七一・五センチメートル、最大直径三・二センチメートル、最小直径二・二センチメートルの木の棒であるところ、Mは、これで被告人を突くなどしておらず、ただこれを振り上げて被告人を殴っただけであるが、Mは、第三現場で既に被告人により左手小指及び左手掌等に小指中節骨破碎を伴う二個の貫通銃創を受けていたことに加え、左手で右はで杭の一方の端から約六六センチメートル付近を握っていたため、被告人の攻撃に向けられる部分は約一メートルしかなく、右手でどこを握っても、その威力、攻撃力はさほど強くはなく、Mのはで杭による攻撃は、被告人の生命、身体に重大な影響を及ぼすものではなかったこと、現に被告人がはで杭で受けた危害の程度も、前記のとおり重

大なものではなかったこと、してみると、本件の場合、はで杭の兇器としての攻撃力が折畳み式ナイフのそれ（もともと、右ナイフ自体、その形状に照らして攻撃力はさほど強いものとはいえない。）に比して一段と強くなっていたとはいえないこと、被告人がはで杭の山の前に後退したとき、すなわち、けん銃を取り出してMに向けて構える直前の同人との距離は約二メートルであったこと、はで杭の山は左右に開かれており、被告人において左右に転進することは地理的物理的に十分可能であったことが認められ、右のような、被告人とMの基本的な行動形態、Mのはで杭の握りの状態、攻撃の態様及び威力の程度、被告人とMとの対峙状況、現場の地理的物理的状况等に鑑みると、Mが、はで杭を両手で持ち、これを振るって被告人に抵抗してきたとき、既にナイフを持っていなかったことは前記のとおりであるから、被告人は、ナイフがMの手にはないことを確認し、同人の瞬間の隙を狙い、あるいは同人がはで杭による攻撃に移る瞬時を捉え、場合によっては、はで杭を腕で払いながら（被告人は現にそのように防御している。）、Mの胸元に飛び込むなどして同人を取り押さえるなり、又は身を左右に転じて、自己防衛を図るとともに付近に山積み等してあったはで杭を手取る等して制圧することも、あるいは、やがてW巡査が後を追って第四現場に到着することは被告人にとって自明のことであるから、制圧、逮捕行為を一時中断して、W巡査の到来を待ち、同巡査と協力して制圧、逮捕行為に出るなど他の手段を採ることもまた可能であったといわざるを得ない」として、「Mが被告人に対しはで杭を振るって抵抗し攻撃してきたとしても、この段階においては、被告人がけん銃を取り出してMに発砲することが必要であると認めるべき相当の理由があるとはいえず、かつ、同人の身体に向けて発砲した被告人の行為が『事態に応じ合理的に必要と判断される限度内のもの』であったと認めることはできないから、被告人のけん銃発射行為は警職法七条本文の要件を欠き違法であるといわざるを得ない」とし、「してみると、被告人の第四現場での行為は、刑法三六条の正当防衛に該当せず、よって警職法七条但書により武器を使用して人に危害を与えることが許される場合に当たらないから、この点からも、被告人の右行為は、刑法三五条により違法性が阻却されず、結局、刑法一九六条、一九五条一項の特別公務員暴行陵虐致死罪の成立は免れないというべきである」としている。

6. 本件は、たしかに、警察官の発砲行為の適法性が争われた、あくまでも事例判断である。そして、上告審において初めて警察官の職務としての発砲行為が違法とされたものである。したがって、それ自体、判例上極めて意義のあることであり、今後の実務において重大な影響を及ぼすものと思われる。

しかしながら、既述のように、第1審判決の事実認定と原判決のそれとを比較するとき、大いなる疑問が生ずる。何故に、両者の事実認定は、悉く、かくも相反したのか、ということである。ここに、付審判手続、準起訴手続の問題性が如実に表われているものといえる。

まず、第1審判決は、第一現場におけるMに対する被告人らの質問を、「警察官職務執行法二条一項のいわゆる職務質問には該当しないといわざるを得ない」が、「警察法二条一項の『警察は、個人の生命身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当たるとをもってその責務とする』との規定に則り、相手の任意な応答のみを期待してなされた適法な質問であると解するのが相当である」として適法とし、第一現場でその質問に対してMが逃走した理由について、「被告人らのMに対する言動が特に強圧的であったとの事情も窺えず、……」としつつ、「大学を中途退学し、失職中で前記てんかんの疾患を有していたところ、制服の警察官である被告人らから受けた思いがけない問いかけが、右疾患の器質に強烈に突きささり病的な発作状態に陥ったためなのか、それとは全く別の理由によるものであったのかは不明である」としながらも、「しかしいずれにしても、被告人とW巡査は、Mがてんかんの器質的疾患をもつ者であることを知る由もなく、右逃走の理由が理解できず、その理由等についても任意な応答を求める前提として対話の機会をうるために、その直後から第二現場に至るまでの間、Mの所在を……探索したものであって、右行為は警察法二条一項の精神に照らし何ら非難されるべきものではなく、適法な行為というべきものである」としている。

しかしながら、警察法はいわゆる組織法であって、個々の警察官が職務質問その他、具体的事情に応じて職務を遂行する際の具体的基準を定めた規定ではない。そのような具体的事情に応じて警察官に与えられるべき権限やその基準を定めるの

は警察官職務執行法である。それゆえ、第1審判決が、第一現場におけるMに対する被告人らの質問は、警職法2条1項の職務質問に該当しないが、警察法2条1項による適法な質問であるとした点には、疑問が残る。また、それもさることながら、第1審判決は、Mが被告人らの質問に対して逃走したこと、および被告人らに対する抵抗を含めて、その後の同人の行動をいわゆる「てんかん症」に由来するもののごとく考えているように思われる。しかしながら、これについては重大な誤解がある。少なくとも、「てんかん症」の発作を起こした場合、逃走その他、Mがとったその後の行為をなすことはできないことは明らかである。第1審判決は、非科学的にもMの行動が「てんかん症」に由来するものとする点で、被告人らの違法の疑いのある第一現場における質問（既述のように、第1審判決もこれが警職法2条1項の職務質問に該当しないことを認めている）、そしてその後の、第二現場におけるW巡査のけん銃使用、第三および第四現場での被告人の発砲・加害の異常性、違法性を糊塗しているように思われる。これは、被告人側の提出する証拠や主張を無批判に信用し、真実を究明しようとする姿勢をまったく欠いたものといっても過言ではない。

もっとも、本件における検察官の職務を行う弁護士（以下、検察官職務代行者という）は、第1審の公判において、第三および第四現場における被告人のけん銃使用の違法性を主張するのみで、第一および第二現場の被告人らの行為の違法性については、これを取りたてて主張しておらず、かえって、第二現場から第三現場へ向けて逃走するMが、銃刀法違反の現行犯人であり、これを追跡した被告人の行為は刑事訴訟213条の趣旨に照らして、相当でかつ適法な行為であったということを前提にしているようである。あるいは、それゆえに、第1審判決も、第一および第二現場での被告人らの行為につき、それが違法であったことの意味を軽視したのではないかとも思われる。

しかしながら、本件の特徴は、いわゆる「よそ者」に対する嫌悪感、偏見に基づく高齢の住民からの警戒の要請、それに基づく被告人らの第一現場での強圧的な質問、第二現場でのW巡査の違法なけん銃使用、それに起因する第三現場でのMの抵抗、これに対する被告人の違法なけん銃の発砲とこれによるMの左手の負傷、そし

て、被告人に発砲され、負傷したことに起因する恐怖感からの第四現場でのMの抵抗、これに対する被告人の発砲、射殺行為という一連の経過にある。たしかに、見知らぬ者が徘徊していれば何らかの事故を危惧し、警察に通報、警戒を要請することは、地域住民としてはむしろ当然であろう。しかし、問題は、そのような者に対して偏見に基づく強圧的な質問をなし、これが逃走したからといって、その者の逃走、抵抗の理由をことさら問い糺すことなく、特殊警棒を忘れたからといって、やにわにけん銃を取り出し、同人に銃口を向けるというW巡査の行為の異常性であり、被告人の接近を拒むためだけに小型の、殺傷力のさほどない果物ナイフで抵抗する被害者に対して、仮に「威嚇射撃」だったとしても、同人の左手に命中、加害した第三現場での被告人の発砲行為の異常性であり、そして、果物ナイフからはで杭に道具が替わったとはいえ、さして攻撃力、威力のない攻撃に対して、発砲し、射殺した第四現場での被告人の行為の異常性である。

第1審判決は、第三現場での被告人の「威嚇射撃」につき、「上方に向け威嚇発射した」とし、これがMの左手に命中したことについては、「しかし、右命中の機序は本件証拠上全く不分明である」とし、「威嚇発射自体が正当な職務行為である以上、該発射行為については刑法三五条により違法性が阻却され」としている。しかしながら、よしんば、威嚇射撃自体が正当行為であったとしても、現に相手方に加害の結果を生ぜしめている以上、その威嚇発射行為における状況によっては業務上過失致傷罪の責が生じ得るであろう。たとえば、足場が悪く、身体の平衡を保つことができず、発砲すれば相手方に命中する虞があるにもかかわらず、あえて発砲したような場合などがこれである。したがって、威嚇発射行為自体の正当性(もちろん、実際には、原判決も認定するように、威嚇発射行為自体が違法であったと思われる)を根拠にして、Mに負傷させたことを正当とした第1審判決には疑問があるのである。

そもそも、警職法7条は、警察官が職務として武器を使用して相手方に加害を与えることが許される要件として、既述のように、「使用要件」と「加害要件」の存在を必要としている。これらの要件を具備してはじめて刑法35条により、武器使用による加害が正当化されるのである。警察官の職務としてはじめてけん銃等の武器使

用が許され、それによる加害が許されるのであるから、いかに正当防衛の状況にあったとしても、ただそれだけで直ちに警察官の職務としての武器の使用・加害が許されるわけではない。刑法35条による正当化が認められるためには、警職法7条の正当防衛その他の「加害要件」が存在する以前に、「使用要件」の存在することが必要なのである。この点につき、第1審判決は、刑法36条の正当防衛が認められれば、警職法7条の要件を満たし、刑法35条により正当化されると解しているもののようにある。しかしながら、既述のように、警職法7条の「使用要件」が存在してはじめて正当防衛等の「加害要件」が問題となるのである。第1審判決のように解するときには、職務としてであるか否かにかかわらず、正当防衛である以上、警察官の武器の使用はすべて正当化されることになるのであって、これは、警察官が職務として武器使用するにあたって、とりわけ、人の生命を損ないかねない危険なけん銃の使用まで認めたことに鑑みて、要件を加重し、その使用・加害に限定を加えた警職法7条の規定の趣旨を没却するものであり、右規定の存在を無意味たらしめることとなる。この点においても第1審判決は妥当でない。

また、第四現場での被告人の発砲・射殺行為についても、第1審判決は、既述のように、Mによるはで杭での攻撃を過大に評価し、被告人の発砲行為の正当性を導き出しているのであるが、第四現場での被告人の行為も、第三現場の被告人のけん銃使用および加害と同様、警職法7条の「使用要件」および「加害要件」をいずれも満たしておらず、違法であると解されるのであって、この点についても第1審判決は妥当でない。(なお、第1審判決の問題性については、原田保「警察官の武器使用と正当防衛」愛知学院大学論叢法学研究25巻2号107頁以下、同「警察官の拳銃発射が正当とされた事例」愛知学院大学論叢法学研究33巻1・2号53頁以下参照)。

それゆえ、原判決を支持して、被告人の各発砲行為を違法として特別公務員暴行陵虐致死罪の成立を認めた本決定は正当である。

7. ところで、第1審判決のこれら一連の事実誤認は、既述のように被告人ら警察官の供述を無批判に真実であると誤信したこと、Mのもつてんかん症に対する非科学的な誤解、第1審裁判官の真実解明の意識および努力の欠如、警察官に対する

異常なまでの信頼感などに由来することは勿論であるが、第1審判決が本件の全体像を見誤った原因のひとつには、検察官職務代行者の自己規制的な立場規定もあげられるように思われる。検察官職務代行者は、既述のように、第三および第四現場における被告人の発砲行為の違法性を主張するだけで、第一および第二現場における被告人らの行為、とりわけ第二現場でのW巡査のけん銃使用行為の違法性にはほとんど言及するところはなく、あえて言うならば、かえってこれが正当であることを前提としているかのようである。ここに、付審判手続における構造上の問題性のひとつが表われていると思われる。すなわち、検察官職務代行者は、それまで当該事件にかかわりのない弁護士から選任されるのであって、付審判請求の時点から当該事件に深くかかわり、事件を熟知した弁護士ではないという点である。もとより、検察官職務代行者は、訴追者であるというその職責上、公益の代表者として、自らを中立的な立場で職責を果たすべきものと自己規定するであろう。そのこと自体は、必ずしも誤りではない。しかしながら、付審判事件の場合、警察の証拠収集は、實際上、被告人たる警察官の行為の適法性を示すために行われるのであり、ほとんどの証拠は被告人側、すなわち警察側が握っている。そして、強大な権力を有する警察は、近時の神奈川県警その他の警察における一連の不祥事で判明しているように、自らの不祥事については組織を挙げて何としてでもこれを隠蔽しようとするのである。そうであるなら、訴追側としての証拠を充分には持たない検察官職務代行者が、さらに自らを中立的立場に立つものと規定したとき、そして、通常の刑事手続と同様に無罪の推定の原則を前提とするとき、はたして違法行為をなした特別公務員を適正に訴追し得るであろうか。至難の業と言えよう。検察官職務代行者の艱難辛苦たるや察して余るものがある（この辺りの事情については、三井誠・的場悠紀ほか「座談会 付審判制度の問題点と改善策」自由と正義43巻7号118頁以下、本田兆司「付審判決定後の公判における問題点と改善策」自由と正義43巻7号34頁以下、高山俊吉「付審判請求代理人の経験をとおして」自由と正義43巻7号42頁以下、古賀康紀「付審判請求における問題点及び改善策」自由と正義43巻7号49頁以下、神山啓史「付審判事件検察官役経験弁護士に対するアンケート集計」自由と正義43巻7号56頁以下、川副正敏「警察官のけん銃発砲と付審判請求（前・後編）」自由と

正義49巻12号145頁以下・50巻1号148頁以下参照)。

8. 既述のように、従来、警察官の発砲行為が問題となったのは、付審判請求によるものであり、それもほとんどが請求を認められず、あるいは、請求が認められても無罪とされてきた(この点につき、原田保「警察官の拳銃使用、どこが問題か」法学セミナー434号16頁以下参照)。本決定によってはじめて警察官の発砲行為が有罪とされたにすぎない。それは、實際上、捜査機関・捜査権限をもたない、孤立無援の検察官職務代行者の証拠収集能力の脆弱さの問題とともに、検察官職務代行者が裁判所によって第三者的な弁護士から選任されるのであり、検察官職務代行者は、その立場上やむをえない面もあるが、自らを中立的立場に置くことに意を払うあまり、厳しく言えばともすれば訴追官たるの立場を失念したかのごとく主張、立証を行う虞がないとはいえないことに由来するように思われる。そして、裁判所もこれに疑問を抱くことなく、通常の刑事事件と同様に、検察官職務代行者の主張を訴追側の最大限のそれとしたうえで、事実を認定し、また、そもそも警察官は違法行為を行わないという、極めて実態からかけ離れた、不合理な信頼を有していることから、被告人であるところの警察官側が提出する証拠を鵜呑みにして事実認定を行うという傾向があったのではないだろうか。本件第1審判決の場合、まさにこれに該るように思われる。すでに、通常の刑事事件における検察官のそれと比較して、捜査権限・証拠収集能力の点で格段に劣る検察官職務代行者の立場を考えると、他方、警察側は、証拠隠し、証拠つぶしをはじめとして、自らの不祥事を組織を挙げて全力で隠蔽しようとするものであり、多くの場合、これを是正すべき義務を有するはずの検察官もこれに追従する傾向にあるように思われることからすれば、裁判所は、事実認定において、それなりの配慮が必要なのではないかと思われる。今少し、社会通念に合致させるべく、裁判所の意識改革が必要であるように思われる。そして、付審判手続においては、検察官職務代行者の職責遂行を十全たらしめるために、検察官職務代行者の少なくとも一人は付審判請求代理人となった弁護士を選任する必要があり、あるいは、これを少なくとも付審判請求以降の手続において直接に関与させる必要があるのではないかと思われる(付審判手続の問題性について

は、原田保「特別公務員暴行陵虐罪および準起訴手続に関する若干の試論」愛知学院大学論叢法学研究26巻3・4号225頁以下、同「警察官の拳銃使用、どこが問題か」法学セミナー434号17頁以下参照)。かようにして、付審判制度の改善は急務のことであると思われる。

9. 本決定は、もとより、事例判断である。しかし、既述のように、第1審判決の事実認定と本決定が支持した原判決のそれとを比較したとき、それは、警察官の発砲行為に関する従来事実認定手続の問題性を如実に示したものであると考えられるとともに、付審判請求、準起訴手続制度の問題性をも示したものであって、単なる事例判断の枠を超えた、重大な意義を有するものと思われる(なお、本決定については、本田兆司「警察官のけん銃発砲と付審判(前・後編)」自由と正義50巻9号154頁以下・50巻10号146頁以下参照)。

(本学助教授)

(1999年11月24日稿)