

判例研究

姫路警察官発砲事件

神戸地姫路支判昭33・10・31判例集不登載

原 田 保

I 序 言

本件は、警察官の武器使用に関する判例の1つとして注釈書で紹介されている判例である⁽¹⁾。内容としては職務上の拳銃発砲による死亡事件を検察官の公訴提起に基づく公判審理により過失犯として処罰したものであり、警察官発砲事件に関する近年の一般的動向と対比して異例と評し得る処理がなされた事例である⁽²⁾。この点だけでも特筆すべき判例であり、刑法解釈上の問題点も幾つか存在する⁽³⁾。

-
- (1) 宍戸基男『注解警察官職務執行法』3版(立花書房、昭38)194頁ならびに実質的に同書の改訂版と認められる警察法令研究会(警察庁総務課監修)『新版注解警察官職務執行法全訂版』(立花書房、平10)188頁～189頁および警察制度研究会編『注解警察官職務執行法』(立花書房、平17)185頁に、第一審判決要旨の記載がある。控訴審については、いずれも「本件控訴審同旨、大阪高裁昭和三四・四・八」との記載しかない。宍戸・本註書の初版(昭37)には接し得なかったが、本判決宣告後の出版であることに鑑みれば、同じ記載があると推測される。
- (2) 警察官による職務上の銃使用に関する判例の状況全般につき、原田保「警察官の拳銃発射につき故意犯成立が肯定された事例」愛知学院大学論叢法学研究45巻3号(平16)147頁、156頁～158頁参照。その後、準起訴決定による公判での無罪判例(判例集不登載)が2件ある。最高裁判所事務総局刑事局「平成25年における刑事事件の概況(上)」法曹時報67巻2号(平27)297(59)頁、336(98)頁参照。
- (3) 但し、原田・前掲註2論文執筆に際して全判例を網羅的に調査した訳ではなく、未確認の刑事判例が存在する可能性は否定できない。前掲註1各書に記載された姫路事件以前の判例のうち、東京地判昭26・8・27は、判例集に見当たらず、民事・刑事の別も知り得ないが、拳銃発砲の適法性を否定した説示内容に鑑みれば有罪判例の可能性もある。そうであるなら姫路事件に先立つ検察官起訴有罪判例であるが、現時点では当該判例に関して更なる情報を得ていないので断言できない。

が、他の研究者・実務家による評釈論文は見当たらない。そこで、本判例に関して検討を試みることにしたが、判例集に登載されておらず、注釈書の記載だけでは判例研究に不十分であるため、裁判書および新聞記事を参照した次第である。

(4) 本判例につき神戸地方検察庁姫路支部に刑事確定記録閲覧謄写を申請したところ、記録は廃棄済であったが裁判書は保存されており、その閲覧を御許可頂いた。この場を借りて関係各位の御高配・御手数に感謝申し上げる。閲覧の結果、前掲註 1 各書の記載が第一審判決中「犯罪事実」の要約であることを確認できた。

(5) 調査した新聞記事を下記に列挙し、引用に際しては同所記載の略号を使用する。紙名の後の括弧書きは国会図書館所蔵マイクロフィルムの請求記号、紙面数の後の亀甲書きは同図書館所蔵原紙に付された月別通し頁数である。但し、神戸新聞姫路版は姫路市立城内図書館所蔵原紙による。

朝日新聞（大阪）兵庫版（YB237）播州版

昭33・3・27朝12面---酔払いを射殺-----朝日（播）①

昭33・11・1 朝10面---酔払いを射殺した巡査に執行猶予-----朝日（播）②

毎日新聞（大阪）（YB7）

昭33・3・26夕3面 [87]---派出所で巡査が射殺-----毎日①

読売新聞（大阪）（YB42）

昭33・3・26夕5面 [409]---警官、酔いどれを射殺-----読売①

昭33・10・31夕7面 [491]---「警官として冷静かく」-----読売②

読売新聞（大阪）兵庫版（YB1723）播磨版

昭33・3・27朝10面---「危険を感じ無我夢中」-----読売（播）①

昭33・3・28朝10面---業務上過失致死で調べる-----読売（播）②

神戸新聞（YB32）

昭33・3・26夕3面 [363]---威かく弾が命中して即死-----神戸①

昭33・3・27朝9面 [373]---発砲に行過ぎ-----神戸②

昭33・10・31夕3面 [483]---「警職法逸脱の行為」-----神戸③

神戸新聞姫路版

昭33・9・9朝10面---「空砲だと思って撃った」-----神戸（姫）①

昭33・10・4朝10面---禁固六月を求刑-----神戸（姫）②

本註朝日新聞播州版にある2件の記事は、いずれも1版のみの掲載であり、2版では削除されて別の記事に置き換えられている。同紙大阪本社版には本件関係記事が見当たらない。本件当時の毎日新聞姫路版播州版および地元紙・播磨時報には接しなかった。

なお、本件控訴審判決に関する新聞記事は見当たらない。同判決の宣告は昭和34年4月8日であるところ、その2日後に皇太子殿下（今上天皇陛下）御成婚があり、この前後数日間の各紙は御成婚関係記事に紙面の相当部分を費やしている。かかる状況では本件関係報道に紙面を割く余裕もなかったと推測される。

Ⅱ 事実および判旨

1 事件概要⁽⁶⁾

被告人 X 巡査（男・35歳）は、兵庫県警察姫路警察署龍野町派出所に勤務する警察官であった。⁽⁷⁾ X 巡査が昭和33年3月26日午前4時頃に担当地域の警邏から戻って制服に拳銃を装着したまま派出所内休憩室で仮眠していたところ、X 巡査と面識のある被害者 Y（男・35歳・無職）⁽⁸⁾ が約10分後に酩酊状態で派出所の戸を勢いよく開けて入ってきた。当日は X 巡査の単独勤務日であり、相勤警察官は不在であった。

X 巡査が Y の酩酊状態を察知して無視していたところ、Y は「X おらんか」と怒鳴りながら休憩室前の通路に入ってきた。X 巡査は腹立ちまぎれに「帰れ」と怒鳴り返したが、Y は「X 何をぬかす」と放言しながら洗面処に置いてあった湯呑を床に叩きつけて破壊した。これに対して、X 巡査は休憩室のガラス戸を開いて「うるさいさかいなんかい」と言いながら Y の胸を突き飛ばした。Y は後へよろけながら「やりやがったな」と凄み、X 巡査は構わずガラス戸を閉め切った。

(6) 本文Ⅱ1の記述は第一審判決中「犯罪事実」の冒頭部分に依拠し、新聞記事に基づく事実を註に記載する。被告人・被害者については、新聞記事に実名が記載されているが、本稿では X・Y と表記する。

(7) 神戸（姫）①で「巡査」「休職中」であった被告人の肩書が神戸（姫）②では「元巡査」に変わっているので、この間に警察官の職を離れたと判断されるが、正確な時期や経緯等に関する情報は得られなかった。

(8) 未明に酩酊状態で派出所内に立ち入るという Y の異常な行動の動機・理由は判然としない。朝日（播）①には姫路警察署の見解として、毎日①および読売①には情報源記載なく、X 巡査が Y の酒乱壁や素行不良に関して Y の家族から相談を受けて Y に対して説諭したことに対する怨恨が動機である旨の推測が記載されている。神戸①には、Y が詐欺罪・恐喝罪で姫路警察署に検挙されたことから X 巡査と面識があり、これに起因する怨恨との推測が記載されている。読売①および読売（播）①にも Y の前科が記載されているが、毎日①には Y が姫路警察署に検挙されたことはないとの記載があって、新聞相互間に齟齬がある。本判決では派出所訪問理由不明とされており、立入りの当初から加害の意思があったのか、立入り後に X 巡査の言動を契機として加害の意思を生じたのか、Y の加害意思発生経緯は断定できない。

すると、Y は通路に置いてあった十能⁽⁹⁾を振り回してガラス戸を破壊した。X 巡査は、これまで Y と接してきた経験から Y の執拗・粗暴な性格を知っていたが、ガラス戸の割れ目から十能が見えたので、今日は大分危ないと考えた。そこで、X 巡査は、Y の暴挙に対して自己を防衛するため拳銃を取り出し、これを持ってガラス戸から約 90cm の位置まで進み、「そんなもの持って無茶すると撃つぞ、十能を捨てよ」と威嚇した。しかし、Y は怯むことなくガラス戸を押し開いて十能を頭上に振りかざし、「撃つなら撃て、御前の嫁や子供も殺してもうたる、御前の頭をかち割ってやる」と猛り立ち、今にも十能を X 巡査の頭めがけて振り下ろそうとする勢いを示した。X 巡査は、威嚇射撃により Y を追い払い自己を防衛する他ないととっさに判断し、拳銃を腰部附近に持ち上げ、中腰の姿勢で Y の左耳から約 30cm の空間を狙って発砲した⁽¹⁰⁾。その結果、銃弾は Y の胸部に命中して背部に抜ける貫通銃創を与え、Y は失血のため直後にその場で死亡した。

2 捜査・訴追の経緯

複数の警察幹部から正当防衛が主張されたが、捜査は業務上過失被疑事件として検察官の主導で遂行された⁽¹²⁾。そして、検察官は同罪として公訴提起を行い、禁

(9) 前掲註 1 各書には「道路」と記載されているが、第一審裁判書には「通路」と記載されており、前掲註 1 各書記載は誤植と認められる。朝日(播)①には「事務室」、毎日①には「控室」、読売①には「土間」、神戸①には「付近」、と記載されている。

(10) 本判決にも新聞記事にも大きさや重さの記載はないが、柄の付いた金属製物体であるから殴打の衝撃は軽微ではない。毎日①には「台十能(炭つぎ)」と記載されており、金属部分は鍋型である。

(11) 事件当日に行われた X 巡査の検察官に対する供述として、読売(播)①には「無我夢中で発砲した」「どこを射とうと考える余裕もなかった」、神戸②には「暗かったため誤って射殺した」、との発言が記載され、公判での被告人供述として、神戸(姫)①には 1 発目不装弾との認識が記載されている。発砲方向選択判断や拳銃使用目的につき相当に疑問があるが、探求手段はないので、本稿では本判決認定を前提とする。

(12) 毎日①、神戸①。公訴提起後も、神戸(姫)②によれば、現職の警察署長が特別弁護士として出廷している。

(13) 朝日(播)①、毎日①、読売①、読売(播)①、神戸①、神戸②。

(14) 公訴提起に関する報道は見当たらず、内容や日付を記載した資料には接しなかった。しかし、略式手続裁判書は存在せず、略式命令の報道も見当たらないので、

鋼 6 月を求刑した。⁽¹⁵⁾これに対して、被告人側は正当防衛または過剰防衛の成立を主張して争った。

3 判旨

神戸地方裁判所姫路支部は、業務上過失致死罪成立を肯定し、弁護人主張の一部を認めて過剰防衛による減軽を行った上で、禁錮 6 月・執行猶予 3 年を宣告した。⁽¹⁶⁾これに対して、被告人側は過失不存在および正当防衛成立を主張して控訴した。控訴審（大阪高判昭34・4・8判例集不登載）は、どちらの論点についても被告人側主張を斥けて、控訴を棄却した。その後、本裁判は昭和34年4月13日に⁽¹⁷⁾確定した。⁽¹⁸⁾以下、第一審判決理由を引用する。亀甲書きは引用者による。

（犯罪事実）

被告人は、⁽¹⁹⁾[略] この様な場合警察官としてはたとえ殺傷を伴うべき武器の使用が許される場合であっても拳銃の使用は必要な最少限度に止むべく法規上要求せられる職務上の注意義務があるにも拘らず漫然これを怠り、他の部位を狙え[マ] 得た状況であるのに人体の中枢部位である頭部付近を狙って発砲した過失

本件は略式命令後の正式裁判ではなく最初から公判請求であったと認められる。

(15) 神戸（姫）②。なお、当時の業務上過失致死傷罪に規定されていた法定刑は3年以下の禁錮または1000円以下の罰金であり、当時の罰金等臨時措置法3条1項1号により罰金額は50倍の5万円以下であった。

(16) 閲覧用に貸与された裁判書コピーでは、「主文」においても「法令の適用」においても、刑期および執行猶予期間にマスキングが施されていたが、いずれも朝日（播）②、読売②、神戸③に記載されている。

(17) 確定日は第一審裁判書に記入されているところ、確定の経緯を明記する資料はないが、上告審裁判書が存在せず控訴審判決の5日後の確定であることに鑑みれば、上訴権放棄による確定であると認められる。

(18) 閲覧用に貸与された裁判書コピー中、極度に印刷不鮮明で前後関係からの推測もできなかった部分は[判読不能]と表記し、マスキングが施された部分は[抹消]と表記する。但し、被告人・被害者の実名のみマスキングであることが明白な部分は[抹消]の表記に替えてX・Yと表記する。第一審裁判書は改行に際して段落を付していないが、本稿では文章記述の通例に従って段落を付する。なお、控訴審裁判書も閲覧させて頂いたが、第一審判決を全面的に支持する短いものであり、特に指摘すべき説示は認められないので、引用は省略する。

(19) 「犯罪事実」の冒頭には犯行の日時・場所や犯行に至る経緯が記載されているが、その内容は本文Ⅱ1に記載したので、重複回避のため省略する。

に手元の狂いが加わつて、弾丸は不幸にも Y の左胸部に命中し、因つて大動脈損傷背部右肩胛部に貫通する銃創による失血のためその場で同人を死に致したもので右被告人の行為は防衛の程度を超えたものである。

⁽²⁰⁾
[抹消]

(訴訟関係人の主要に対する判断)

弁護人の主張の要旨は、「被告人の拳銃発射による本件殺傷は警察官である被告人が巡査派出所における警邏勤務中急迫不正の侵害に際会し、刑法第三六条の正当防衛となしたものであるから、たとえ殺傷の結果を惹起した場合といえどもそれは警察官職務執行法第七条において容認されているところと言うべく、従つて被告人の本件所為は右容認の限界を出ることなく刑法第三五条にいわゆる法令行為又は正当業務によりなした行為に該当するから無罪である。仮に正当防衛の要件を逸脱し従つて正当の職務によるものと言えないとしても過剰防衛となすべきものである」と言うにある。

仍つて判断するに、まず本件当時被告人が警邏勤務の当番日であつて警察官として職務執行中であつたことは疑いなく、たとえ仮眠中といえどもそのことの故にこれを否定すべきものではない。而して本件の事実経過は前記認定のとおりであるが、関係各証拠を総合すれば[抹消] 普段はそれほどでもないが飲酒すると著しく執拗強情で且つ粗暴になる人物であつたことが認められ、[抹消] 酒気を含んで午前四時頃と言う時刻に派出所を訪れ被告人の退去の要求も制止もきかずに猛り立ち、ガラスを割り十能を振りかざし暴言を吐いて迫つた行為はこれを急迫不正の侵害と呼んで些かの差支えもない。

かかる急迫不正の侵害に対しては警察官といえども正当防衛をなし得ることはもとよりであり、自ら招いた侵害であつても自招行為が不正違法なものでない限り亦同様である。そこで被告人である X 巡査に不当違法な自招行為、換言すれば不当な挑発行為があつたか否かにつき考えてみるに、なるほど被告人は[抹消] 初対面というわけではなく或程度までは Y の性癖を知つていたのであるから、なだめるなり嫌かすなりして同人が派出所へ来た目的或は理由をきいてやれば Y は必ずしも猛り立つに至らなかつたであろうと考えられ、被告人が右措置に出ることなくいわゆる虫の居どころが悪かつたのかいきなり「帰れ」と怒鳴りつけたためにそれに続いて Y が「何をぬかす」と応じ遂には同人が X 巡査目掛けて十能をふりかざす事態に立ち至つたもの即ち被告人の刺激的な強い発言が挑

(20) この部分には、刑事訴訟法の規定によれば「証拠の標目」が記載されている筈であり、判決文の通例によれば「事実認定の補足説明」が記載されている可能性もあるが、推測方法はなく、一切不明である。

発した結果であるとも見ることもできるであろう。然しながら一体 Y は当時何のために派出所を訪れたのであろうか。これは本件全証拠を以てしても不明であり、〔抹消〕勤務中の巡査に対する正当な訪問理由には到底ならないし、又〔抹消〕の各検察官に対する供述調書によれば Y は当夜三回に亘つて派出所を訪れており〔抹消〕同人が人の寝静まつて居る頃にどうしても交番を訪ねなければならぬ緊急且つ正当な目的があつたとは到底考えられず、もしその様な正当の用件があつたならば決して本件の様な経過にはなつて居なかつたであろうと思われるし、一方被告人としてみれば過去二回の Y との酒のつき合いも進んで求めたものではなく、Y の強情さの前に少しつき合つてやれば温和しくなるであろうとの譲歩のもとにしたことであつて、被告人としては Y からつきまとわれて甚だ迷惑をしていた事情が関係証拠上看取でき、双方のかかる事情を前提として考えると、Y の派出所来訪に際し〔抹消〕寝たふりをしたのも Y が酒気を帯びているのを見たからであるし、Y が「X 居らんか」と怒鳴るにおよび「帰れ」と怒鳴り返した点は警察官の品位の点から見ても粗暴の憾みがあるけれども、深夜勤務の疲れた身にとつて酒のみにくだを巻かれる煩わしさを避けたいと念願するのは当然であつて、被告人において他意があつたとは認められないからこれを目して違法な挑発とは言えないし、亦更に被告人が Y の胸をついて「うるさいさかいいいなんかい」と云つた点も「そんなもの持つて無茶したら撃つぞ」と云つた点も前者に続く自然の経過であつて被告人において積極的な攻撃を正当防衛の名において行うというが如き意思があつたとは認められないからこの点も亦違法な挑発とは言えず、結局本件において被告人は正当防衛を法律上許されていたものとしなければならない。

而して被告人が本件において防衛意思を有していたことは被告人の当公廷における供述により明らかであり、同人の検察官に対する供述調書中に「一発ぶつ放せば Y は腰を抜かして帰るだろうと思つた」とある点も、威嚇射撃により Y の侵害行為を制止し併せて自己の身体を防衛すべき意味を包含しているものと解すべきであるから被告人の防衛意思不存在の証左とならない。

そこで次に被告人の執つた行為が防衛行為として客観的に相当なものであつたか否かにつき判断を進めるに、警察官職務執行法第七条によれば警察官は犯人の逮捕もしくは逃走の防止、自己もしくは他人に対する防護又は公務執行に対する抵抗の抑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と規定し、殺傷を伴う武器の使用については正当防衛、緊急避難その他二つの場合についてその要件を規定しているのであり、更にその具体的細目とも言うべき警察官拳銃使用及び取扱規範（昭和三〇年八月四日警察庁訓令第十四号）の規定によ

ればその第九条第四号に警察官は警察官に対し明らかに重大な危害を加えようとする者に相対したときは自己の防衛のためにあらかじめ拳銃を取出すことができる旨規定され、これはもとより殺傷を伴う虞のない武器の使用を意味するものであり、更に同規範第一〇条には警察官は刑法第三六条又は第三七条に該当する場合には自己又は他人の生命もしくは身体の防衛のために必要な最少限度において拳銃を撃つことができる旨規定され、これは殺傷を伴うべき武器の使用を意味するものであるが、以上を本件について見ると前記認定の事実経過に照らし被告人があらかじめ拳銃を取り出した点は右規範第九条第四号の場合に該当するものと認めるのが相当であり、又射撃した行為自体もその態様が必要な最少限度であつたか否かの点を除き同規範第一〇条の場合に該当するものと認められ、射撃に際しても同規範第一四条所定の事前警告義務は果たされていることが認められる。

然しながら殺傷を伴うべき武器の使用が許される場合であつても、それは必要な最少限度に止められるべきこと前述のとおり法規上要求せられる義務なのであつて、本件の場合たとえ急迫不正の侵害に際会したとは言え相手が振りかざしているのは十能であり急迫状態になる以前においてそのことは被告人も認識しているのであるから、なにもいきなり相手の頭部附近を狙わなくとも他の方向に威嚇射撃をなし得た筈でありまたなすべきであつたと思われる。もしそれでもYが鎮まらず更に侵害を続けるようであればそれはまたその事態に応じて合理的に対処すべきが武器使用の比例原則上当然であるのに事茲に出でず、いきなり人体の中枢たる頭部附近を狙つたことは軽率な武器使用として過失による義務違反の責任を逃れないところと言わなければならない。弁護人は右の如く人体の中枢部を避けるという冷静な判断は急迫不正の侵害に際会している場合到底できるものではないと主張するけれども、一般私人ならともかくも、拳銃という本来人を殺傷することを目的とする危険な武器を携帯しこれが扱いにつき特別の教育を受けている警察官ともなれば、もともと拳銃の使用取扱につき職務上特別の教育指導を受ける所以は突発する事態に適切妥当な対処をして行くにあるのであるから、そこに自ら一般人と異なる職務上の特別注意義務が期待されるのは当然であり、然らずとすれば素人が拳銃を取扱うのと些かな違もないものと言わなければならない。又警察官職務執行法第七条但書第一号の兇悪犯人の逃走防止のため他に手段がなく逃走する犯人の背後からその脚を狙つて発射した弾丸が不幸にして中枢部に命中し死の結果を惹起した場合の如きはたとえ手許が狂つたとしても期待可能性もなく当該警察官を社会的に非難できないが、その〔判読不能〕根拠に、殺傷を伴うべき武器使用が認められるあらゆる場合の殺傷をすべて違法性阻却或は責任阻却の場合であると断定することは誤りであり、警察官の武器使用はあくまで事態に応じ比例原則の限界内に止めらるべきものである。本件の場合には僅々一米

内外の距離において他の部位又は方向へ威嚇射撃をなし得た筈であるのに前記のとおり頭部附近を狙ったのであつて、狙い方自体において前記設例と相異なるのみならず被告人に他の行為に対する期待可能性があつたのであるからこの点においても設例の場合と相異し、いずれにしても前記設例を根拠に本件を論ずることは当を得ないところである。

以上のとおり Y の前示の急迫不正の侵害に対する防衛としては被告人の執つた行為は客観的に相当ではないものと言ふべく、この超過行為は一にかかつて被告人の前記過失に端を発するものと言わなければならない。よつて弁護人の正当防衛の主張は採用することができないが、過剰防衛の主張は理由があるものと認める。

なお検察官は被告人の過失の内容として警察官職務執行法第三条の保護義務違反をも主張するが、これは Y が泥酔者に該当しないことは明らかであり又同条所定の対象者のどれにも該当しないのであるから同条発動の前提を欠き適切ではないし、被告人が粗暴な言動に及んだ点も本件致死の結果につき相当因果関係に立つものとは認められず、またそれが正当防衛権を否定すべき違法な挑発に該当しないことについては前記判断のとおりである。

（法令の適用）

法令に照らすに被告人の判示所為は刑法第二十一条前段、罰金等臨時措置法第二条、第三条に該当するので所定刑中禁錮刑を選択し、過剰防衛行為であるから刑法第三十六条第二項、第六八条第三号により法律上の減輕をなしその刑期の範囲内において被告人を禁錮〔抹消〕に処する。〔抹消〕情状刑の執行を猶予すべきものと認め、刑法第二十五条第一項第一号を適用し本裁判確定の日から〔抹消〕右刑の執行を猶予する。

III 検 討

警察官による職務上の防護目的拳銃発砲致死事件につき過失犯成立を肯定して過剰防衛による減輕を行うという本判決の判断に関し、本件は過失認定の論理的前提たる故意阻却が一見明白な事案ではないから故意阻却の理由が問題となり、過失犯である点および職務行為である点において過剰防衛減免規定適用の可否が問題となる。

故意阻却は過失犯として起訴した検察官の判断であつて本判決中にこの点の説明はないが、本件に関する研究としては故意犯成否も検討しなければならない。然るに、違法性意識可能性や違法性錯誤相当性を基準とする故意犯不成立の判断は過失認定と両立しない。故に、論理的に可能な故意阻却の理由は違法性の錯誤

または構成要件もしくは違法性阻却事由に関する事実の錯誤であり、どれが採用されたのが問題となる。また、過剰防衛減免規定適用の可否については、故意阻却と防衛意思認定との両立可能性および職務行為に関する違法性阻却の論理構造の点で検討を要する。

そこで、一般的に承認された罪責論証方法に則して被告人の行為に対する法適用を論じながら、前記諸点を含めて本判決に関する検討を行う。

1 構成要件該当性

被告人の行為に先立つ被害者の行為は不法侵入罪・器物損壊罪・公務執行妨害罪の構成要件に該当する違法なものであるから、これに対する捜査の有無は不明であるものの、かかる暴漢への対処は当然に警察官たる被告人の職務に属する。被告人はこの職務に際して拳銃発砲という暴行により人を死亡させたのであるから、特別公務員暴行陵虐致死罪の客観的構成要件に該当する。⁽²¹⁾

この構成要件該当行為に関する構成要件の故意の有無については、暴行に関する接触要否の見解対立が結論に反映する。即ち、接触不要説によれば、被告人の狙いが左耳から約30cmの空間という身体近傍であることから、かかる命中・死傷の危険が認められる行為の認識を以て暴行の構成要件の故意が肯定される。これに対して、接触必要説によれば、被告人は銃弾命中という身体接触を認識していないので、暴行に該当する事実の認識がないと認められ、暴行の構成要件の故意が否定される。

しかし、暴行に関する構成要件の故意が否定されても、被告人の意図した威嚇は相手に精神的苦痛を与えるものであるから特別公務員暴行陵虐罪の陵虐に該当し、この点に関する被告人の事実認識は当然に存在する。故に、被告人の行為は少なくとも陵虐の限度で客観的にも主観的にも同罪構成要件に該当する。

そこで、続いて結果的加重犯を論じるべきところ、故意犯たる陵虐から特別公務員暴行陵虐「致死」罪の構成要件該当性を直ちに認め得る訳ではない。それは、基本故意犯と加重結果との類型的連関という問題の故である。即ち、結果的

(21) 被告人が拳銃発砲の前に被害者の胸を突き飛ばした行為も暴行であり、特別公務員暴行陵虐罪成否の検討対象となり得る。しかし、拳銃発砲とは別の行為であって一連一体性や死亡結果との因果関係は認め難く、侵害自招行為と断言できるものでもないので、この点に関する検討は行わない。

(22) 本件当時の刑法195条に規定されていた「陵虐」は平7法91の改正によって「陵辱」「加虐」に分割されたが、内容的相違はない。本稿では本件当時の文言を以て論じる。

加重犯は基本故意犯に内在する類型的危険の現実化であるという構造に基づいて判断すると、専ら精神的苦痛付与に留まる陵虐は死傷の類型的危険を内包していないから致死傷の基本故意犯たり得ないとの解釈が可能であり、実際に本件死亡は銃弾命中という暴行の結果であって発砲による恐怖驚愕という陵虐の結果ではない。このように解すると、故意犯構成要件該当行為は陵虐行為自体の限度に留まり、死亡結果はその故意犯に基づく結果的加重犯の評価対象に属さないことになる。そうすると、死亡結果については構成要件の過失を論じる他ない。

本件における検察官の判断内容を確認することはできないが、これが本件で結果的加重犯不成立・構成要件的過失犯成立を認めるための唯一の方法である。この点に関する本判決の趣旨についてはⅢ 2（4）で述べる。なお、暴行による死亡を構成要件的過失犯とするなら、構成要件的故意のある陵虐と一括した単一の構成要件の評価はできず、責任形式の相違の故に別個の構成要件該当行為となるので、陵虐に関する故意犯の成否を別途検討するべきところ、これは訴追対象になっていない。捜査状況に関する新聞記事が専ら業務上過失致死被疑事件を内容としていることに鑑みれば故意犯に関する捜査・不起訴裁定が行われたとは考え難いが、論理的には検討を要するので、Ⅲ 2（2）で述べる。

2 違法性

（1）違法性阻却の根拠法条

次に、構成要件該当の違法性阻却の如何はその根拠法条に規定された要件に則して検討するべきところ、警察官の武器による職務上の防護目的危害付与については違法性阻却の根拠法条に関する論争がある。それは、直接的根拠法条を刑法35条と解して刑法36条・37条は警察官職務執行法7条所定要件の一部として間接的に適用されると位置付ける見解（35条説）および警察官職務執行法7条とは別に刑法36条・37条の直接適用による違法性阻却を認める見解（36条説）⁽²⁴⁾である。

(23) 尤も、「陵虐」とは精神的・身体的苦痛を与える一切の行為であるというのが確立された定義であり、その身体的苦痛は暴行との区別から無形的手段によるものであることになるが、身体的苦痛を生じる行為が死傷の類型的危険を内包していることは否定できない。故に、具体的行為が精神的苦痛に留まる場合でも、当該行為が「身体的苦痛を包含する概念たる陵虐」に該当することから「陵虐致死」の構成要件該当性を肯定することは、論理的に可能である。本文記述は基本故意犯と加重結果との連関の有無を単一文言内で区別する解釈を前提とするものである。

(24) 判例・学説の状況につき、原田保「警察官の武器による防護目的危害付与の違法性阻却」愛知学院大学論叢法学研究44巻3号（平15）61頁、62頁～64頁参照。論争の内容につき、同論文72頁～76頁参照。

本件当時、実務家による35条説の提起はあったが大学所属刑事法研究者の見解表明はなく、判例の主流は36条説であった。かかる状況下で、弁護人主張は明らかに35条説に立脚しており、本判決は違法性阻却に関して警察官職務執行法7条を論じていることから35条説を前提としていると理解できる。故に、本稿筆者が確認した範囲で初の35条説判例として注目するべきところである。⁽²⁵⁾尤も、この論争点に関する検察官の見解は不明であり、見解の如何が結論の相違に直結する事案ではないので、論争自体には立ち入らず、35条説を前提として検討する。

(2) 一般的武器使用要件

そこで、警察官職務執行法7条本文に規定された一般的武器使用要件に則して検討すると、十能による殴打の危険に直面していたとの事情から自己防護のため必要と認める相当理由は直ちに肯定できるので、拳銃発砲が合理的に必要と判断される限度に留まるか否かを論じるべきことになる。

必要限度の内容は警察比例原則であり、目的達成のために武器使用以外の手段がないことを要する。故に、例えば警棒で目的達成が可能な状況であれば、拳銃使用は許されない。本件において、警棒の所在場所を明示する情報は見当たらないが、休憩室で拳銃を装着したまま仮眠する際に警棒だけを室外に置くことは想像し難いので、警棒を外していたとしても休憩室内であって、被告人が直ちに手にすることは十分に可能であったと推認できる。

しかし、警棒による防護は殴打を受け止めることであるが、それは1回の侵害に対する1回の防護でしかない。被告人が十能による殴打を警棒でいったん受け止めても、爾後多数回の殴打が反復される筈である。説得による侵害行為終了は期待できず、殴打を警棒で受け止める防護を際限なく続けることは防護達成と認め難い。よって、侵害行為を終了させる手段を講じることは当然であり、そのた

(25) 警察官の武器による防護目的危害付与に関して「違法性阻却根拠法条として刑法35条→要件規定として警察官職務執行法7条→要件の一部として刑法36条」という論理過程を初めて明示した判例はシージャック犯人狙撃事件に関する広島地決昭46・2・27刑月3巻2号301頁であり、本判決にはかかる論理過程の示しも刑法35条の摘示もない。しかし、違法性阻却に関して警察官職務執行法7条を論じるのは35条説の論理に他ならず、刑法35条の不摘示は違法性阻却否定という結論の故と理解されるので、本判決はシージャック犯人狙撃事件に先立つ35条説判例であると認められる。

なお、原田・前掲註24論文執筆の時点ではこの点に関する姫路事件判決の示す内容を未だ調査していなかったため、シージャック犯人狙撃事件決定に先立つ判例が全て36条説を採用していたとの誤った記述を行ってしまった。この場を借りて、御詫言々、訂正する次第である。

めには、侵害行為不能になるような傷害を与えるか、侵害意思を放棄させるような威嚇を行うか、どちらかしかない。そして、侵害者に傷害を与えることなく侵害行為を終了させる手段があればこれを選択するべきことが比例原則の要求であるが、十能を振り上げる侵害者に対して警棒を振り上げて侵害意思を放棄させるに足る威嚇になるとは認め難く、拳銃発砲の口頭警告を行っても被害者は侵害意思を放棄しなかった。かかる事情に基づいて判断すると、拳銃発砲による威嚇は防護のために侵害意思を放棄させる唯一の手段であると認め得る。

このように本件では一般的武器使用要件充足の認定が可能であるところ、本判決にその旨の明示的認定はないが、説示内容に鑑みればこの点を肯定したと認め得る。それは、本判決中「犯罪事実」および「訴訟関係人の主張に対する判断」に「殺傷を伴うべき武器の使用が許される場合であつても」という危害要件充足状況を前提とする叙述が存在し、従って一般的武器使用要件充足状況が認定されていると理解されることによる。他の手段があつて拳銃発砲が許されない状況であるなら、その旨の説示を以て直ちに拳銃発砲を違法と評価するべきであつて、武器使用要件充足状況に関する説示は無用であるから、このような説示を以て「発砲方向」の適否を論じる本判決は当然に「発砲自体」の許容を前提としていると解する他ない。

そうすると、「発砲方向」を捨象して「発砲自体」を論じるなら、威嚇に留まる陵虐の部分は警察官職務執行法7条本文の要件を充足する適法行為と認めることができる。尤も、昭和24年～37年の警察内規は威嚇のための拳銃使用を禁止していたので本件当時の威嚇発砲は適法・不適当という不可解な状態にあり⁽²⁶⁾、本判決はこの点に言及していないが、法律上の要件が充足されていれば警察内規に違反していても適法と認める他ない。このように解すれば、陵虐に関する不訴追は当然であることになる。

しかし、頭部附近を狙った発砲に関して頭部附近という事実を捨象することは、現に実行された行為に対する真実の評価ではない。本判決は発砲方向選択が警察比例原則に反すると認めているのであるから、陵虐に関しても違法性阻却は否定される筈である。陵虐は訴因とされていないので裁判所が有罪認定することはできないが、本件に対する法適用としては問題を遺している。

（3） 危害要件——正当防衛

そして、暴行の部分は命中・死亡に至っているので、同法同条但書により危害を与えることが許される状況の有無を論じなければならないが、本件での検討対象は

(26) 福永英男「警察官の武器とその使用規程の変遷」警察学論集34巻8号（昭56）15頁、34頁～36頁参照。

刑法36条1項⁽²⁷⁾による正当防衛の成否である。この点に関する本判決の論理は、

- ・急迫不正侵害認定
- ・自招侵害検討→正当防衛可能状況認定
- ・防衛意思認定
- ・相当性検討→相当性否定→正当防衛否定→過剰防衛肯定

というものである。防衛行為の必要性はⅡ2(2)で述べた防護必要相当理由を以て肯定される。

被告人側主張が「正当防衛または過剰防衛」であったことに鑑みれば、検察官は自招侵害を理由とする正当防衛・過剰防衛の全面否定を主張しており、正当防衛可能状況の有無および相当性の如何が本件の主要争点であったと判断される。「訴訟関係人の主張に対する判断」のうち前者が約3割で後者が半分近くに達するという説示の量も、そのことを示している。そして、説示内容については、自招侵害の問題を詳細に検討している点および相当性に関して通常の刑法36条解釈と異なる判断基準を示している点を指摘しなければならない。以下、この2点および後者と関連する警察官職務執行法7条解釈について検討する。

① 自招侵害

まず、自招侵害については、防衛者の行為によって急迫不正侵害が惹起された場合の処理に関して「自招行為」「自招侵害」の用語を以て論じる例は当時まだ⁽²⁸⁾乏しく、この点で先進的議論を展開した判例と評価できる。今日の議論に則して分析すると、自招行為を挑発行為と同義に理解している点に問題はある、違法な「自招」行為と相当因果関係のある侵害であれば違法な「挑発」行為でなくても

(27) 警察官職務執行法7条但書の刑法引用は、「第三十六条（正当防衛）」との規定であり、条項記載において36条2項を排除していない。しかし、括弧書きの「正当防衛」が36条1項該当行為を意味することは了解事項であるから、この文言に鑑みれば同規定は36条1項の趣旨に解し得る。実質的にも、警察官職務執行法が刑法上の違法行為たる36条2項の過剰防衛を武器使用の許容範囲に含めることは背理である。故に、警察官職務執行法7条但書の「第三十六条」は「第三十六条第一項」の趣旨に解すべきであり、同様に、その次に規定された「第三十七条」も「第三十七条第一項本文」の趣旨に解すべきである。但し、本文Ⅲ3(2)に述べる過剰職務行為との関係で、36条2項不排除を間接適用の根拠とする余地もある。

(28) 「自招侵害」が正当防衛に関する論点の1つであることは今日の了解事項であると認められるが、本判決当時は事情が異なる。当時の教科書等を網羅的に調査する余裕はなかったが、本判決の10年後に刊行された団藤重光編『注釈刑法(2)の1』(有斐閣、昭43)にも、「自招危難」の説明はあるが、正当防衛に関しては「自招」との用語すら見当たらない。

正当防衛権の否定・制限を論じる余地はある。しかし、急迫性を認定した後に自招侵害を論じるという形で両者を区別すると共に自招行為の「違法性」を正当防衛権否定の根拠と位置付けている点は注目に値する。

② 相当性

次に、防衛行為の相当性に関する本判決の説示は、通常の刑法36条解釈で論じられる行為対比ではない。侵害行為が十能による殴打であり反撃行為が頭部附近を狙った拳銃発砲であることを指摘しているが、相当性否定の理由は、後者が前者より危険であるという行為対比ではなく、頭部附近以外の方向を狙うべきであったのに頭部附近を狙ったという比例原則違反である。本件では行為対比基準でも相当性否定が明白であるから基準の相違は結論の相違を生じないが、通常の刑法36条解釈と異なる相当性判断基準を採用した点で、本判決は注目に値する。

この解釈は、35条説からの帰結と位置付けることができる。即ち、35条説によれば、警察官職務執行法7条を通じて間接適用される刑法36条の解釈は通常の直接適用の場合と異なる解釈になる可能性がある。例えば、誤想防衛の場合、通常の刑法36条解釈によれば全客観事情に基づく事後判断によって違法性阻却は否定され、専ら錯誤論の対象として故意責任如何が議論されることになるが、職務行為の適法・違法が一般的に行為時認識可能事情に基づく事前判断であることとの整合性を維持するためには、職務行為として行われた誤想防衛を事前判断⁽²⁹⁾によって適法と評価する可能性を認めるべきこととなる。本判決は、この例と同様に、防衛行為の相当性について、通常の刑法36条解釈で基準とされる行為対比ではなく、警察官の職務行為であることから比例原則を基準として判断したと認められる⁽³⁰⁾。他に類例の見当たらない判断として注目するべきところである。

③ 危害許容範囲

そして、相当性との関係において、危害要件の解釈についても本判決の論理には検討するべき点がある。防衛行為の相当性が否定されれば法文上は警察官職務執行法7条但書に引用された正当防衛に該当しないことから危害要件は充足されていないと判断される筈であるが、本判決は危害要件充足状況下での許容範囲を説示している。また、逆に、危害要件が充足されているなら法文上は死傷結果を

(29) 原田保「警察官の武器使用に関する法解釈問題」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 1巻『犯罪被害者論の新動向』（成文堂、平12）331頁、345頁～346頁、同・前掲註24論文96頁～97頁参照。

(30) このように解するなら、侵害回避の唯一の手段が侵害の程度を超える反撃である場合も、通常の刑法36条解釈の如何と無関係に、警察官の職務行為であれば比例原則を根拠に相当・適法と評価することも可能になる。

生じる武器使用全般が許されることから死亡結果を生じた本件行為も適法と評価される筈であるが、本判決は違法性阻却を否定している。

この解釈は、危害許容範囲につき法文に明記されていない区分を設定するものである。「殺傷を伴うべき武器使用が認められるあらゆる場合の殺傷をすべて違法性阻却或は責任阻却の場合であると断定することは誤りであり、警察官の武器使用はあくまで事態に応じ比例原則の限度内に止めらるべきものである」との説示はこの趣旨の明示である。即ち、警察官職務執行法7条但書の「危害」という単一言文から「危害の許容・不許容」という単純な二者択一を導くことも論理的には可能であるが、本判決はこれと異なり、但書の前提たる本文の規定に基づいて如何なる危害が「事態に応じ合理的に必要と認められる限度」に留まるかを事案毎に検討し、但書の危害はその限度内でのみ相当防衛行為として許される、という解釈を採用している。

これは、危害を「死傷全般」という単一概念として扱うことなく具体的状況下で「許される危害」と「許されない危害」との2種類を区分するものであると共に、警察官職務執行法7条適用方法の点で「本文→但書」の2段階判断ではなく両者一体の単一判断である⁽³¹⁾。法適用としてはどちらも可能であり、この点の相違は結論の相違を生じるものではないが、これが本判決中に本文のみによる一般的武器使用要件充足の明示がない理由であると理解することができる。

そして、危害の区分基準は「頭部附近か否か」という「狙った方向」であり、この違法性阻却基準の実質根拠として考えられるのは当該行為によって生じる危険の程度である。即ち、本判決が頭部を「人体の中樞」と表現していることから明らかなように、頭部附近を狙うと死亡の危険が高いが他の方向なら命中・傷害に至っても死亡の危険は比較的低いとの程度差に基づく危害許否の区分である⁽³²⁾。この判断方法も、本判決の注目すべき点である。

(31) 2段階・単一という判断方法については、酒井安行「警察官によるけん銃の発砲と警察官職務執行法七条」ジュリスト1179号（平成11年度重要判例解説、平12）181頁、182頁、秋吉淳一郎「警察官によるけん銃の発砲が違法とされた事例」法曹時報52巻11号（平12）197頁、209頁。原田・前掲註2論文200頁～201頁註73参照。

(32) 死亡か否かという危害の区分は、逮捕のように死亡と両立しない目的での武器使用についても論じ得る。原田保「警察官による武器使用の要件」鈴木義男先古稀祝賀『アメリカ刑事法の諸相』（成文堂、平8）169頁、177頁～178頁、同・前掲註29論文340頁～342頁参照。また、大阪ミナミ警察官発砲事件国賠訴訟に関する大阪地判平10・10・27判時1686号78頁＝判タ1027号129頁は危険運転者の運転能力を侵害する限度での傷害が許されると判示している。しかし、このような区分は拳銃の一般的性能および警察官の標準的技量に照らして妥当性を欠く。原田保「走行中の

（４） 故意阻却との関係

ところで、このように狙った方向を違法性阻却基準とするなら、頭部附近を狙った被告人は違法性阻却されない過剰反撃の事実を認識していたことになり、故意態様過剰防衛であって違法性阻却事由に関する事実の錯誤はないことになる。違法性意識必要説を採用すれば意図的な発砲方向選択を過失とすることも可能であるが、本判決の違法性阻却基準では事実の錯誤による責任故意の阻却を認めることができない。

本件における事実の錯誤は命中・死亡の認識がなかった点だけであるから、事実の錯誤による責任故意の阻却を認めるためには、「命中しない」「死亡しない」という認識事実を許容範囲に含める違法性阻却基準の採用を要する。そこで、違法評価の対象は死傷という「結果」であって死傷の危険ある「行為」ではないと解すれば、被告人は違法評価を受けるべき「死亡結果」の事実を認識していなかったとの理由を以て、事実の錯誤による責任故意の阻却を認めることができる。しかし、本判決はそのような違法性阻却基準を採用していない。

このように、本判決の違法性阻却基準は違法性阻却事由に関する事実の錯誤を導き得ず、違法性阻却事由に関する事実の錯誤を導き得る違法性阻却基準は本判決の採用するところではない。故に、本判決の違法性阻却基準と両立可能な故意阻却の理由は違法性意識必要説による違法性の錯誤または接触必要説による構成要件的事実の錯誤である。どちらも判例に反する解釈であり、直接説示されていないが、これが本判決に内在する論理であると認めなければならない。

3 過剰防衛

（１） 過失犯への適用

まず、過失犯に対する過剰防衛規定適用の可否は、防衛意思必要説を採用する場合に問題となる。防衛意思不要説によれば、急迫不正侵害に対する相当反撃という客観的事実があれば直ちに正当防衛であり、同侵害に対する過剰反撃という客観的事実があれば直ちに過剰防衛であって、故意犯か過失犯かは無関係である。

自動車運転者への銃撃が適法とされた事例」愛知学院大学論叢法学研究41巻1号（平11）97頁、118頁、同・前掲註29論文342頁参照。

(33) 「結果」「行為」のどちらが評価対象かという問題については、原田保「警察官職務執行法七条における危害許否の趣旨および公訴提起による準起訴請求の阻止」夏目文雄先生古稀記念『刑事法学の新展開』（中部日本教育文化会、平12）175頁、184頁～190頁、同・前掲註29論文339頁～340頁参照。

これに対して、防衛意思必要説を前提にすると、正当防衛でも過剰防衛でも、防衛意思認定のために反撃行為に関する事実認識が必要になる。そして、故意犯の場合には構成要件該当行為の事実認識が同時に反撃行為の事実認識であるが、構成要件の故意がなければ反撃行為の事実認識もないため防衛意思が否定され、過失犯の場合には正当防衛も過剰防衛も成立し得ないとの解釈が導かれる。

しかし、これは故意・過失を構成要件のみで論じる見解による結論である。故意・過失を違法性阻却事由についても論じる見解によれば、相当反撃の事実認識を以て客観的に過剰反撃を行った過失態様過剰防衛の場合には、構成要件の故意を以て反撃行為の事実認識を認定できるので、責任故意の阻却を認めて過失犯を論じると共に過剰防衛と認めることに論理的支障はない。むしろ、過剰反撃の事実を認識していた故意態様過剰防衛の場合に減免の可能性を認めながら、非難の程度が典型的により低い筈の過失態様過剰防衛の場合に減免の可能性を否定することは、実質的にも不合理・不均衡である。かようにして、構成要件の故意認定・責任故意阻却という論理によれば、過失犯への過剰防衛規定適用が可能である。

ところが、前述した通り、本判決における故意阻却は違法性の錯誤または構成要件の事実の錯誤を以て論じる他ない。後者による場合には構成要件の事実の錯誤と反撃行為の事実認識とを両立させなければならず、この点は被告人の行為が「過失暴行」かつ「故意陵虐」であるという理解に依拠する他ない。即ち、接触必要説に基づいて暴行の構成要件の故意を否定すると共に陵虐と死傷との構成要件の連関を否定して死亡を構成要件の過失によるものと評価し、しかし陵虐の構成要件の故意が反撃行為の事実認識であることから防衛意思を認定し、頭部附近を狙った拳銃発砲は過剰反撃であるから過剰防衛とする、ということである。本判決で明示されている訳ではないが、これが事実の錯誤による故意阻却を認める場合に本判決の論理的整合性を維持する方法である。

(2) 職務行為への適用

次に、職務行為に対する過剰防衛規定適用の可否は、35条説を採用する場合に問題となる。刑法36条1項の直接適用を認める見解によれば、過剰反撃の場合に同条2項の適用による減免の可能性を肯定することは唯の当り前であって、議論の余地はない。

これに対して、違法性阻却の直接的根拠法条を刑法35条と解する場合には、刑法36条1項の直接適用がないから同条2項の直接適用もない。故に、減免のためには同条項の間接適用または準用を論じる他ないが、減免の可能性を認めるべきか否かがそれ自体として検討を要する問題である。それは、違法性阻却に関する刑法の規定のうち、36条・37条が無罪になる場合と並べて過剰の場合の減免を規

定しているのに対して35条が過剰の場合の減免を規定していないこと⁽³⁴⁾に鑑みれば、刑法は過剰職務行為に対する減免を全く予定していないと解し得るからである。

正当理由皆無の法益侵害ではなく部分的適法行為とも評し得る過剰職務行為に減免の可能性を全面否定することの適否に立法論上の疑義はあるが、ここでの問題は現行法の解釈である。武器によらない実力行使に警察官職務執行法7条の適用はないから、刑法36条2項の間接適用もない。加害行為なく逃走する犯人に対する逮捕・逃走防止は防護と無関係であって正当防衛との類似性がないから⁽³⁵⁾、刑法36条2項の準用も認め難い。故に、これらの職務行為の過剰は減免不可能と解さざるを得ない。そうすると、同条項の適用でも準用でも、防護目的武器使用にのみ減免の可能性を認めると、他の場合に減免の可能性がないこととの間に不合理な不均衡が生じ、現行法解釈としての整合性を欠くことになる⁽³⁶⁾。

このように議論の余地が多々あるところ、過剰防衛に関する本判決の説示は「法令の適用」中で「刑法第三十六条第二項〔略〕により法律上の減輕をなし」と述べるに留まるが、35条説との整合性を維持するためには間接適用または準用と解する他ない。また、減免の可能性を認める理由の説示もなく、求刑通りの宣告刑に際して敢えて裁量減輕を施す意味も不可解である。疑問はあるが、35条説に立脚しながら過剰防衛減免を認めた点は、議論の余地がある問題点に関して1つの判断を示した判例として注目しなければならない。

(34) 故意についても、38条は1項本文の無罪と並べて2項で認識限度という減輕類似の措置を規定すると共に3項但書で減輕を規定している。責任についても、39条（および旧40条）は無罪・減輕の双方を規定している。41条は無罪だけで減輕を規定していないが、旧刑法が79条で12歳未満は無罪、81条で16歳以上20歳未満は減輕、80条で両者の中間たる12歳以上16歳未満は個別判断、という方法を規定していたのに対して、現行刑法における減輕廃止は減輕処罰という半端な措置よりも教育による改善に徹する方がよいとの年少犯罪者に対する政策判断として合理的に理解できる。かかる規定と対比すると、35条に減免規定がないことは総則7章中で異例と認められ、その趣旨・適否に関して検討を要する。

(35) 原田保『久留米警察官発砲事件の提起する問題』佐々木史朗先生喜寿祝賀『刑事法の理論と実践』（第一法規出版、平14）587頁、600頁で論じたように、犯人が逃走先で行うと予見される侵害の未然防止という「事前正当防衛」を以て逃走防止目的での殺傷を許容するなら、正当防衛可能な状況との類似性を認めて過剰防衛規定を準用する解釈も可能になる。しかし、これは正当防衛が「急迫」を要件としている趣旨を没却するものであるから、かかる論理を採用することはできない。

(36) 原田・前掲註29論文344頁～345頁、同・前掲註24論文93頁～95頁参照。

IV 結 語

以上のように、本判決には注目すべき点が多々あり、重要判例の1つに掲げられるべきものである。他に類例のない説示や初の説示もあって、判例・学説の歴史という観点からも注目に値する。優れた研究者による検討を期待したい。

そして、本件に対する法適用としては、検察官の訴因構成を含めて問題がある。本判決に内在すると認められる論理は過失犯としての訴追から導かれるものであるが、裁判所の真意か否か疑問の余地もある。本件は「模範答案」的には結果的加重犯であり、裁判所も真実は結果的加重犯の心証を抱きながら訴因が過失犯であるため過失犯を認定したに留まる可能性も否定し⁽³⁷⁾難い。訴因制度の下での真実発見方法という観点から検討を要するところである。

最後に、本件処理に関して述べておく。本稿冒頭で指摘したように警察官発砲事件に関する検察官の公訴提起は異例であり、しかも小倉警察官発砲事件のような準起訴請求阻止目的の疑惑を伴う「談合」的処理ではなく、公判請求・禁錮求刑である。本件は、本稿筆者が確認した範囲では、検察官が発砲警察官と対立した唯一の事例なのである。しかし、判例に反する違法性意識必要説または接触必要説に基づく過失犯での公訴提起および頭部附近への拳銃発砲という高度に危険な行為による死亡事件に禁錮6月という軽い刑の点では、警察官庇護の様相を否定し難い。これらの諸点を鑑みれば、本件処理は「真実適切な結果的加重犯」

(37) 訴因が故意の暴行陵虐による致死であれば、因果関係の問題も、陵虐に対する違法評価の欠落という問題も、故意態様過剰防衛に対する過失認定という問題も、一切生じない。本件における訴訟指揮の如何は不明であるが、裁判所が検察官主張よりも重い罪の心証を抱いた場合の対応につき、原田保「準起訴制度の問題点」愛知学院大学論叢法学研究56巻1・2号（平27）115頁、123頁、128頁～129頁註23参照。

(38) 小倉簡命昭48・6・17判例集不登載。原田・前掲註33論文参照。北九州市小倉北区（当時は小倉区）で深夜に警察官が倉庫侵入窃盗現行犯人たる少年を追跡しながら背後から足元を狙って拳銃を発砲したところ銃弾は肩に命中して死亡させたという事案が、職権濫用罪・殺人罪での告訴にも拘らず、業務上過失致死罪として略式命令による罰金10万円で処理された事例である。この処理に関して、早期決着のための妥協・同意という警察側の意向が新聞に記載されている。同事件への対応につき、原田・前掲註33論文190頁～195頁、同・前掲註37論文129頁註25参照。やぐら荘事件を契機として職権濫用罪や準起訴に関する激論が行われていた時期の事件であることに留意するべきである。

と「警察官庇護に徹する不起訴」との中間を採るものであったと評し得る。

かかる本件処理の背景事情として当時の重大問題であった警察官職務執行法改正論争を示唆する見解もあり得る。⁽³⁹⁾しかし、同改正案の提出は昭和33年10月初頭であり、本件公訴提起の時点でそのような話題はなかった筈であるから、同改正案に関する政治的配慮を疑うことは困難である。

そうすると、他の事情から異例の処理となったのか、それとも、この種の事件でも必ずしも警察官庇護に徹する処理をしないことが当時の通例であったのか、⁽⁴⁰⁾なお検討を要することになる。この点を明確にするためには判例集不登載事件を含めて警察官発砲事件に関する処理を網羅的に調査しなければならないが、本稿筆者にはその余裕がない。この点も、優れた研究者に期待したいところである。

（平成27年3月31日稿）

(39) 「警職法の改正で拡大解釈が大きな問題となっているとき」との叙述で始まる神戸③の本文および同記事に記載された「警職法改正が問題になっているが」との叙述で始まる弁護人発言は、本件に関してこの問題を意識していると認め得る。

(40) 調査を尽くしていないので引用摘示はしないが、本件と近い時期に警察幹部や検察官が警察官発砲事件につき違法評価を示した例が存在する。

