

判例研究

大和郡山警察官発砲事件

奈良地決平22・4・14判例集不登載

奈良地判平24・2・28判タ1403号361頁

大阪高判平25・2・1判例集不登載

最三小決平26・12・2判例集不登載

原 田 保

- I 事件概要
- II 審理経緯および判旨
- III 検討

I 事件概要

出典判例集、新聞、本件確定記録によれば、本件の事実関係は次のようなものである。⁽¹⁾

甲（男・26歳）および乙（男・28歳）は、平成15年9月10日午後5時過ぎに、橿原市で駐車中の自動車から財物を窃取し、甲の運転する自動車で逃走した。目撃者が警察に車輛番号を通報し、奈良県警察は車輛を発進させて探索を開始した。やがて警察車輛の1台が甲車を発見し、連絡によって多数の警察車輛が甲車の追跡に参加した。甲車は逃走を続けていたが、国道24号線大和郡山口市下三橋町北交差点付近で前後を警察車輛に挟まれて、いったん停止した。

しかし、甲は、逃走を断念することなく、甲車の前進・後退を反復して前後の警察車輛に衝突させ始めた。

この状況を見て、現場臨場中の多数の警察官のうち、F 巡査部長（男・45歳）が「発砲、撃て」と叫び、これとほぼ同時にO 巡査（男・26歳）が所携の拳銃

(1) 奈良地方検察庁で本件確定記録閲覧を御許可頂いた。関係各位に感謝申し上げるところである。事件関係者名は、本件第一審判決を登載した判タの表記に倣う。年齢は後掲註奈良新聞による。なお、本件については、判タのように「奈良警察官発砲事件」という呼称の例があり、本稿筆者もこの呼称を使用したことがあるが、他の警察官発砲事件に関する本稿筆者の過去の著作はいずれも市区名で表示したので、本稿はこれに揃えた。

で甲車に向けて運転席側から 4 発、後方から 1 発、合計 5 発を連続発砲した。銃弾のうち、3 発が運転席・助手席のヘッドレストに着弾したが、死傷結果を生じることにはなかった。

その後も甲は前記衝突反復を止めず、警察車輛が押されて間隔が開き、再度の逃走の危険が生じた。この時点で甲車の運転席側には人が入る余地がなかったので、X 巡査部長（男・27歳）および Y 巡査長（男・26歳）は助手席側に立ち、X が 1 発を、Y が 2 発を、甲車助手席側から助手席窓に向けて発砲した。X の銃弾は助手席の乙の頭部に命中して傷害を負わせ、Y の銃弾は甲乙の各頭部に 1 発ずつ命中して両名に傷害を負わせた。甲の被弾により、甲車は停止した。

甲乙は病院に搬入され、甲は救命されたが、乙は平成15年10月5日に病院で死亡した⁽³⁾。

II 審理経緯および判旨

本件の発端となった甲乙の行為については、窃盗、公務執行妨害、殺人未遂・器物損壊等の罪として立件された。死亡した乙は当然に不起訴であったが、甲は入院加療の後10月5日に逮捕され、前記犯罪で起訴され、発砲が違法であるとの主張も排斥されて、平成17年7月11日に懲役6年の判決を宣告された。

本題たる発砲に関しては、以下で各審級毎に述べる。

1 準起訴請求審 奈良地決平22・4・14判例集不登載

乙の遺族は、拳銃を発射した XY および O ならびに発砲指示を行った F を、特別公務員暴行陵虐罪および殺人罪の共同正犯として告訴した⁽⁵⁾。検察官は、罪とならずとの理由により、4名全員について不起訴処分を行った⁽⁶⁾。これに対して、乙の遺族は、同じ4名の警察官に関して、特別公務員暴行陵虐致死罪として準起訴請求を行った⁽⁷⁾。

(2) 以上の事件当日の事実につき、奈良新聞平15・9・11朝15面、同紙平15・9・12朝15面、同紙平15・9・13朝15面参照。

(3) 奈良新聞平15・10・6朝15面参照。

(4) 奈良新聞平17・7・12朝19面参照。

(5) 奈良新聞平15・11・14朝15面参照。

(6) 奈良新聞平18・1・12朝15面参照。

(7) 奈良新聞平18・1・13朝15面参照。告訴罪名との相違は、準起訴請求が刑事訴訟法262条所定の罪名に拘束されるとの解釈に基づくと推測される。広島地決昭46・2・26刑月3巻2号310頁参照。私見としては賛同できないが、本稿では論及しない。

奈良地方裁判所は、Xにつき特別公務員暴行陵虐致死傷罪、Yにつき同致死罪として、下記の公訴事実・罪名罰条を以て準起訴決定を行った。

「公訴事実

- 1 被告人Xは、奈良県巡査部長として同県警察本部刑事部機動捜査隊に勤務していたものであるが、平成15年9月10日午後6時45分ころ、奈良県大和郡山市下三橋町676番地の2先国道24号線北行き車線の下三橋町北交差点南方において、普通乗用自動車の助手席に乗車中の乙（当時28歳）を公務執行妨害等の現行犯人として逮捕する職務を行うに当たり、同人に対し、その左後頭乳突部に所携のけん銃を1回発射し、頭がい骨外板に線状骨折の傷害を負わせたものである。
- 2 被告人Yは、奈良県巡査長として同県警察本部生活安全部自動車警ら隊に勤務していたものであるが、上記日時ころ、同所において、普通乗用自動車の助手席に乗車中の上記乙を公務執行妨害等の現行犯人として逮捕する職務を行うに当たり、同人に対し、その左耳介付着部下端からから7cm後方に所携のけん銃を1回発射し、右頸部に達する射創を負わせ、同人をして、頸髄挫滅に基づく低酸素脳症により、同年10月5日午前8時30分ころ、奈良県橿原市四条町846番地所在奈良県立医科大学附属病院救命救急センターで死亡するに至らせたものである。

罪名及び罰条

- 1につき 特別公務員暴行陵虐致傷 刑法196条、195条1項
- 2につき 特別公務員暴行陵虐致死 刑法196条、195条1項

XおよびYが各々直接生じさせた結果につき結果的加重犯の単独犯として審判に付する決定であり、殺意⁽⁸⁾および共犯関係は提示されていない。OおよびFについては、請求棄却であった。

2 第一審 奈良地判平24・2・28判タ1403号361頁

前記準起訴決定から約1ヶ月後の平成22年5月24日に、元裁判官・元検察官各

(8) 奈良新聞平22・4・16朝11面参照。奈良地方検察庁に照会したところ、準起訴請求棄却決定に係る記録は何処にも保管されていないとのことであり、棄却理由を確認することができなかった。しかし、準起訴決定が共犯関係を否定していることに鑑みれば、同じく共犯関係の否定により、自ら死傷結果を発生させた警察官以外には当該死傷に係る犯罪が成立しないとの判断であったと推測できる。なお、奈良新聞平22・4・28朝11面にはOに関する抗告の意向が報じられているが、爾後の経緯に関する情報は得られていない。

1 名を含む 4 名の弁護士が、検察官の職務を行うべく指定された。⁽⁹⁾ 指定弁護士は、公判前整理手続中の同年11月30日に、訴因等の変更を請求した。その内容は、公訴事実を

「被告人 X は、奈良県巡査部長として同県警察本部刑事部機動捜査隊に勤務していたもの、被告人 Y は、奈良県巡査長として同県警察本部生活安全部自動車警ら隊に勤務していたものであるが、平成15年 9 月10日午後 6 時45分ころ、奈良県大和郡山市下三橋町676番地の 2 先所在の下三橋町北交差点南方の国道24号線北行き車線路上において、窃盗事件被疑者として手配を受け普通乗用自動車（以下「甲車両」という）で逃走中の運転手甲、助手席乙（当時28歳）の両名を公務執行妨害、器物損壊の現行犯人として逮捕する等の職務を行おうとしていた。

そこで、被告人両名は、甲車両を何としてでも停止させ上記両名を逮捕することを優先する余り、場合によっては甲車両の助手席に同乗していた上記乙の頭部頭部等の身体の枢要部にけん銃の銃弾が命中してもやむを得ないと考え、未必の殺意をもって、現場共謀の上、遮光フィルムのため内部が見えない状態の甲車両助手席窓ガラスの至近距離から、同窓ガラス部分のセンターピラー付近に向けてけん銃を構え、それぞれ所持のけん銃を各 1 回発砲し、うち被告人 X の発砲した弾丸を上記乙の左後頭乳突部に命中させて頭がい骨外板に線状骨折の傷害を負わせ、うち被告人 Y の発砲した弾丸を上記乙の左耳介付着部下端から約 7 センチメートル後方に命中させて右頭部に達する射創を負わせ、その結果、同人をして頸髄挫滅に基づく低酸素脳症により、同年10月 5 日午前 8 時30分ころ、奈良県橿原市四条町840番地所在の奈良県立医科大学附属病院救命救急センターで死亡させ、もって、警察の職務を行う者がその職務を行うにあたり暴行の行為を行い、よって、上記乙を死亡させるとともに、同人を殺害したものである。」

⁽¹⁰⁾ に改め、罪名罰条を

「特別公務員暴行陵虐致死、殺人

刑法第196条、第195条第 1 項、第199条、第60条」

に改める、というものであった。殺意および共犯関係の追加であるが、甲の負傷は追加されていない。

(9) 奈良新聞平22・5・26朝11面、同紙平22・5・27朝13面参照。なお、準起訴決定および第一審判決は「職務弁護士」と表記している。

(10) 訴因等変更請求書では第 1 段落の次に「当時、上記北行き車線は事実上警察車両などで道路封鎖がなされている状態であり多数の警察官がその場に臨場していたのにもかかわらず、甲車両は封鎖のため前方（北側）に停止していたパトカーなどに衝突して逃走する勢いを示していた。」という 1 段落の記述があったが、公判前整理手続期日に指定弁護士はこの部分を削除する旨訂正した。

これに対して、⁽¹¹⁾ 弁護人は平成22年12月13日および平成23年1月11日の2回に亘って意見書を提出して強く反対した。その理由は、指定弁護士の職務は公訴の維持であって公訴の提起ではないから準起訴決定の訴因に別の訴因を追加することはできず、準起訴決定に基づく公判で刑事訴訟法262条所定犯罪以外の訴因を主張することはできない、というものであった。指定弁護士は平成23年1月20日に反論書を提出して、指定弁護士の権限に公訴取消禁止以外の制約はなく、刑事訴訟法262条所定犯罪と科刑上1罪となる罪の訴因を禁止する理由はないと論じている。

指定弁護士の反論書と同日に、奈良地方裁判所は平成23年1月20日決定を以て、二重起訴禁止・一事不再理及び、不当な不起訴の是正が制度目的であることを指摘して、指定弁護士の主張を認めた。これによって前記の通り訴因が変更されて、準起訴事件初の「殺人罪」審判が遂行されることになった。⁽¹²⁾ また、準起訴事件が裁判員裁判に付されるのも、初めてであった。

公判で、指定弁護士は、訴因等変更に係る殺意および共犯関係を主張・立証の中心にしていた。その根拠は、XYの発射した銃弾が悉く助手席窓ガラス後方下端を貫通していたことである。即ち、同一場所であることから当該場所に向けた発砲の意思疎通が認められ、助手席窓ガラス後方下端の先には乙の頭部があることから乙に対する未必的殺意が認められる、というのである。弁護人は、両被告人は運転席の甲に命中させるべく助手席窓ガラス前方を狙って発砲したのであって乙に対する殺意はなく、助手席窓ガラス後方に着弾したのは発砲操作の間に甲車が移動したことによる「反応遅れ」であると反論した。双方とも専門家の鑑定⁽¹³⁾を援用しており、この点の事実関係如何が主要争点になったと認められる。

法適用として、弁護人は当然ながら違法性阻却による無罪を主張した。違法性阻却の根拠は、まず警察官職務執行法7条に基づく法令行為であり、併せて、予備的に、法令行為に該当しなくても正当防衛による違法性阻却が可能である旨も

(11) 奈良新聞平22・4・23朝11面によれば、警察官職員互助会が弁護士費用を負担している。同記事には、奈良県警察監察課からの「支援したい」との発言および同警察厚生課からの「弁護士費用を負担する」との発言が報じられている。準起訴事件でも警察が訴追側機関であることとの関係につき、議論を要する。

(12) 奈良新聞平23・1・25朝11面参照。警察官武器使用に係る準起訴決定事件4件の中で、殺人罪の訴因が提示されたのは本件だけである。因みに、尾道事件でも殺人罪の訴因を掲げる可能性が検討されたが、主題たる武器使用の違法性に全力を注入するべく、同罪訴因は主張しないとの方針が採用された。

(13) 尾道事件では、被害者の被弾回数を争う「1発説・2発説」が第一審の主要争点になり、意義の乏しい論点に時間・労力が費やされた。

主張されている。違法性阻却の要件のうち他に方法がないことについては、他の幾つかの対応方法を提示して、どれも採用し得ない旨を主張している。即ち、運転席窓ガラスを叩き割ることは警察官の生命身体に重大な危険を生じ、威嚇発砲は効果が期待できず、タイヤを撃つと跳弾の危険があり、前方から発砲する場合には、甲の左腕を狙うと腕を貫通して体躯に着弾する危険があり、右腕を狙うとハンドルで跳弾する危険がある、というのである。主張内容は「甲を撃つ」ことの適法性であり、「乙の死傷」に関する違法性阻却の主張は全く存在しない。

違法性阻却に関する指定弁護士の主張は主として助手席側からの発砲以外の対応が可能であった旨であるが、甲車を停止させるためには運転している甲の運転能力を奪うことが必要であって運転していない乙の殺傷には何の意味もなく、甲車を停止させて甲乙を逮捕するという目的を逸脱している旨も指摘されている。

結論として、指定弁護士は懲役 6 年を求刑し、弁護人は無罪を主張したが、裁判所は無罪を宣告した。その理由は弁護人主張をほぼ全面的に支持するものである。乙に対する殺意については、X も Y も甲の左腕以外に命中する可能性を全く考えていなかったと認定して全面的に否定した。違法性阻却については、警察官職務執行法 7 条本文および 1 号の要件を充足し、防衛行為の観点からも違法とはいえないから、7 条但書のいずれの観点から見ても同条により許されない違法な行為であったとは認められず、「乙の死亡という結果をふまえてもお」甲の左腕を狙った発砲が違法であったとまではいえない、という説示である。認定としては「適法なものである可能性が相当高い」「違法とはいえない」という消極的説示であるが、法的評価としては適法・無罪である。

なお、指定弁護士は警察の捜査状況に鑑み証拠貧弱でも有罪を認定するべき旨を、弁護人は警察官の萎縮効果を避けるために殺意や違法性を認定するべきでない旨を、各々主張していたが、裁判所はこれらの主張を刑事訴訟の原則に反すると評価して非難・排斥している。

3 控訴審 大阪高判平25・2・1判例集不登載

指定弁護士は法令適用の誤りないし事実の誤認を主張して控訴したが、その内容は専ら殺意の有無に関わる「反応遅れ」問題であった。弁護人は答弁書で指定弁護士の主張に反論し、第一審判決を擁護している。どちらも、乙を死亡させた

(14) この解釈が判例に反することについてのどのように理解していたかは、不明である。また、弁護人作成による論理過程図では、防衛行為の相当性が認められた後に防衛意思の有無を判断するという順序になっており、過剰防衛に関して刑の減免を判断することができない等、看過し難い非論理性を有している。答案なら減点を免れないところであるが、これも如何なる趣旨によるものであるかは不明である。

行為に関する違法性阻却の如何には全く言及していない。

裁判所は殺意も共犯関係も否定して控訴を棄却したが、その際に、甲の左腕以外に命中することを考えていなかった旨の第一審認定には賛同できない旨を説示している。更に、括弧書で、甲に対する殺意なら乙に対する殺意よりも容易に認定可能であり、甲に対する殺意が認定されれば錯誤論により乙に対する殺意も認定されることになるが、甲に対する行為が訴因とされていないので言及しないと述べている。

違法性阻却の適用法条は警察官職務執行法7条本文および1号である。第一審は「防衛行為」という文言を掲げて刑法36条を示唆していたが、控訴審にはこの程度の説示もなく、防護目的武器使用としての評価は示されていない。また、甲の行為を阻止するための違法性阻却を論じるだけで、目的達成手段となり得ない乙の死傷が適法評価される理由説示は存在しない。

なお、控訴審は、違法性阻却についても括弧書で甲に対する殺意の認定可能性に言及し、錯誤論により乙に対する殺意が認定されても違法性阻却される旨を付記している。

4 上告審 最三小決平26・12・2判例集不登載

指定弁護士は、判例違反⁽¹⁵⁾および著反正義を主張して上告した。内容は第一審以来の主張を反復するものであるが、控訴審が甲に対する傷害を訴因に追加する方法を提示した点につき訴因変更を命じるべきであった旨の主張が付加されている。弁護人からの答弁書は提出されていない。

これに対して、第三小法廷は、決定を以て上告を棄却した。その理由は、「判例違反をいう点は事案を異にする判例を引用するものであって、本件に適切でないか、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であり、その余は、単なる法令違反、事実誤認の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらない」というものである。原判決の法解釈に関わる叙述は全く存在しない。

(15) 引用された判例は、故意につき大三判大11・5・6刑集1巻4号261頁、最一小判昭24・2・24裁集刑7巻575頁、訴因変更命令義務につき最三小決昭43・11・26刑集22巻12号1352頁、専門家意見の取扱いにつき最二小判平20・4・25刑集62巻5号1559頁、共犯関係認定につき最三小判昭23・12・14刑集2巻13号1751頁、武器使用要件につき最一小決平11・2・17刑集53巻2号64頁（尾道事件）、の6件である。

III 検討

1 犯罪構成要件該当性

① 罪数および訴因

本件で問題になるのはまず特別公務員暴行陵虐罪であり、警察官が犯罪者への対応として拳銃を発射する行為が同罪構成要件に該当することは明白である。

その際に、X の発砲は 1 回だけであるが、Y が 2 回発砲した行為は同一人に対する同一機会の同一態様行為連続反復であるから、構成要件的には 2 発を纏めて 1 個の暴行と評価するべきである。また、X も Y も甲および乙の 2 名が乗車する自動車内に向けて発砲しており、各銃弾は甲乙兩名の身体近傍に飛翔したのであるから、命中の有無とは無関係に、当該発砲自体が兩名に対する暴行であったと認めなければならない。従って、各発砲は甲および乙の各々に対する特別公務員暴行陵虐罪構成要件該当行為であり、この 2 個の同罪構成要件該当行為は単一行為によるものであるから、観念的競合として科刑上 1 罪になる。死傷結果を生じなかった O の 5 発も、同様に 5 発纏めて単一行為として甲および乙に対する各特別公務員暴行陵虐罪構成要件該当行為の観念的競合である。

そして、殺意なく死傷結果を生じさせれば致死傷罪になるから、X による 1 回の発砲は甲に対する特別公務員暴行陵虐罪および乙に対する同致傷罪の観念的競合であり、Y による 2 回の発砲は纏めて甲に対する同致傷罪および乙に対する同致死罪の観念的競合である。XY 間に共犯関係を認めるなら、X も Y と同一罪名の共同正犯であることになり、O も F も同様である。

かようにして、甲に対する特別公務員暴行陵虐致傷罪および乙に対する同致死罪は全体として科刑上 1 罪になるから、両罪は同一公訴事実に属する行為として本件被告事件に訴訟係属したと認められる。

そうすると、指定弁護士が訴因変更を請求しながら甲に対する行為を訴因に掲げなかったことは、実に不可解である。乙の遺族による告訴および準起訴請求は専ら乙の被害に関するものであったが、準起訴決定後の公判がこれに拘束される訳ではない。乙の被害が被告事件として審判対象になったなら、公訴事実を同じくする甲の被害も当然に訴訟係属して二重問責禁止の対象に含まれている。甲に対する銃撃が適法であったと解するなら訴因とするべきではないが、指定弁護士は各警察官の発砲が全面的に違法であったと主張しているのであるから、甲の被害を排除する合理的理由はあり得ない。むしろ、不当な不起訴の是正という準起訴制度の目的に鑑みれば、甲に対する行為も当然に審理するべきであり、訴因を変更するならこの点の訴因追加が第一優先事項である。殺意に関する訴因変更を

申請しながら甲の被害を無視することは、優先順序を誤ったことによる任務懈怠である。控訴審判決が指摘する殺意認定方法や後述する違法性阻却検討への影響を措いても、甲の被害を訴因に追加しなかったことは重大な失策であったと評する他ない。

② 殺意ある場合の擬律

殺人罪の主張・訴因変更についても、不合理な点を指摘しなければならない。特別公務員による故意殺人⁽¹⁶⁾に対する正しい法適用は、特別公務員暴行陵虐罪・殺人罪の観念的競合である。前述した通り、本件告訴に際しては、この正しい罪名が提示されており、準起訴請求の罪名が特別公務員暴行陵虐致死罪であることは、判例に従った措置である。

ところが、指定弁護士の請求による訴因変更では、特別公務員暴行陵虐致死罪および殺人罪の観念的競合となっており、1名の死亡に「致死」「殺人」という2個の罪名を付する二重評価を生じている。公訴事実も、「死亡させて殺害した」という殺人罪の通例的記載ではなく、「死亡させると共に殺害した」という二重評価を記載している。この点に関する判例・学説の情報を得ていなかったのか、何等かの意図を以てこれらと異なる法適用を主張したのか、本稿筆者は判別に足る情報を得ていないが、いずれにしても合理性は認められない。弁護人はこの点に対する批判を行っておらず、裁判所も言及していないが、指定弁護士の当該主張には構成要件の評価の基本事項に関する重大な誤謬があることを指摘しなければならない。

2 違法性阻却

本件審理では、警察官の武器使用に関する違法性阻却をまず警察官職務執行法7条に基づく法令行為として論じており、この点は判例・通説に沿う適切な方法である。然るに、その要件判断には重大な問題が存在する。

① 武器使用の目的と対象との関係

本件における武器使用は警察官職務執行法7条本文所定の逮捕・逃走防止もしくは抵抗抑止または自己もしくは他人の防護を目的とする筈のところ、前者については同条但書1号の要件を検討しなければならず、後者については同条但書引用の刑法36条・37条を検討しなければならない。

(16) 西原春夫『犯罪各論』2版(筑摩書房、昭58)414頁、原田保「特別公務員暴行陵虐罪および準起訴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(昭58)225頁、227頁～229頁、萩原滋『刑法概要〔各論〕』4版(成文堂、平26)247頁等参照。殺人罪1罪との判例は存在しない。原田保「判例を読まずに引用する誤謬」愛知学院大学法務支援センター編『リーガル・カフェ 法律ブログ集 Vol.1』(同、平31)60頁参照。

その際に、逮捕・逃走防止は被疑者たる甲乙兩名に関して必要であるが、銃撃という被疑者を死亡させる危険の大きい行為を被疑者確保手段として許容することの可否という問題が存在する⁽¹⁷⁾。本件では、この問題に関する検討が全く行われていない。

次に、抵抗抑止・防護は抵抗・侵害を行う者に関してのみ必要なのであり、本件でこの必要性が認められるのは現に自動車を手段として抵抗・侵害を行っていた甲だけである。運転操作を行っていない乙を死傷させることは、この目的を達成する手段になる筈もない巻き添え被害である。そして、この相違は警察官職務執行法 7 条所定の違法性阻却要件に反映する。即ち、抵抗・侵害を行っている甲への危害は但書 1 号および刑法 36 条（正当防衛）の問題であり、かかる行為を行っていない乙への危害はこれらの規定と無関係であって刑法 37 条（緊急避難）の問題として論じる他ない。以下、各々について検討する。

② 甲への危害

甲への危害は、本件裁判の訴因に掲げられていないが、本件に対する評価の一部として、また、訴因たる乙への危害の適否を検討する前提として、当然に検討を要する。

問題は、甲の自動車運転による抵抗・侵害を防止するために、武器による危害以外の方法があったか否かである。指定弁護士はガラスクラッシャー等による窓ガラス破壊という方法を提示しているところ、これが絶対に不可能であるとまでは認められない。しかし、激しく前進・後退を反復する甲車への接近は受傷の危険が大きく、武器使用以外の方法として要求することは過酷であって、法律上の要求として肯定することは困難である。

故に、私見としては、甲への銃撃は本件状況下で目的達成のための唯一の手段と認め得ると解する。運転席正面からでも、助手席側からでも、甲への銃撃としては適法性を肯定できる。

③ 乙への危害

前述の通り乙への危害は、甲への危害が適法であることを前提として緊急避難の問題として検討しなければならず、手段の補充性および法益の権衡が充足されているか否かという検討を要する問題である。

そこで、甲への危害に際して執られた助手席側からの発砲が甲の行為を阻止するための唯一の手段であったか否かを検討するべきところ、本件状況では運転席側からの発砲が著しく困難であったことは肯定できるが、運転席正面からの発砲

(17) 原田保「警察官による拳銃使用の要件」西原春夫ほか編『アメリカ刑事法の諸相 鈴木義男先生古稀祝賀』（成文堂、平 8）169頁、177頁～179頁参照。

が特に困難であったことを示す事情は見当たらない。甲の腕を狙って体躯に命中する危険やハンドルに当たって跳弾する危険は勿論存在するが、甲の体射に命中しても適法であり、ハンドルでの跳弾は稀有な事態である。加えて、目的達成と無関係な乙に命中する危険は小さい。故に、運転席正面からの発砲を回避すべき事情はなく、むしろ、乙への危害を生じることなく目的を達成し得る最善の方法であった。

以上により、本件発砲は手段の補充性を欠くので、法益の権衡が肯定されても緊急避難の要件を充足せず、違法である。適法な危害や稀有な跳弾を憂慮して、ほぼ確実な無用の危害を意に介さなかったのであれば、常軌を逸した判断と評する他ない。乙への危害については、特別公務員暴行陵虐致死罪の成立を肯定すべきである。

④ 本判例の誤謬

ところが、本件では乙への危害に関する緊急避難の成否が全く審理されていない。第一審で、指定弁護士は乙への危害が目的達成と無関係である旨を指摘したが、弁護士はこの点に関する主張を行っておらず、裁判所も判示して⁽¹⁸⁾いない。甲への危害が適法である旨を論じただけで、乙に対する危険・死傷の適否という問題を完全に看過したのである。

このように、弁護士は違法性阻却の論証を尽くしておらず、それにも拘わらず裁判所は違法性阻却を肯定している。構成要件該当性に基づく違法性推定が残ったままの状態⁽¹⁸⁾で違法性阻却を肯定することは、明白な論理欠落である。これは恰も、所謂「途中答案」の末尾に結論だけを記載したに等しく、「合格」評価はあり得ない。

上訴後も、指定弁護士は控訴趣意でこの論理欠落を批判するべきであったが、そのような主張はない。上告趣意もこの論理欠落を看過したままであったが、上告審はこの誤謬を是正する最後の機会であった。しかし、上告審は職権判断を示すこともなく「上告理由不該当」の「三行半」で済ませた。欠陥判決を確定させたことは、上告審としての適切な任務遂行を放棄する行為であり、到底支持できない。職務犯罪成立を認めるべき事案で論理的誤謬に基づく無罪判決を維持することは、明白な著反正義である。もしも第三小法廷が論理的誤謬に気付いていなかったのであれば、上告審担当者としての資質を問われなければならない。

こうして、本件では最重要争点たるべき「巻き添え被害」問題が完全に看過さ

(18) 第一審判決を登載した判タ1403号361頁の匿名解説は、362頁で、擬律方法として正当防衛説・誤想防衛説・緊急避難説を列挙して「いずれの立場に立ったかを明らかにしていない」と述べている。しかし、本判決は、選択した立場を明らかにしなかったのではなく、いずれの立場にも立っていない。問題点を看過して、立場選択に至らなかったのである。

れてしまった。甲への危害および乙への危害という 2 個の犯罪構成要件該当行為に対する個別の検討を要する事案であるにも拘わらず、両者を混同した 1 個の違法性阻却判断で結論を出すという重大な誤謬が犯されたのである。前述したように 2 個の犯罪構成要件該当行為が訴因として明示されていれば回避されたかもしれないが、訴因が乙に対する罪だけであっても甲に対する行為の違法性阻却は乙に対する行為の違法性阻却を論じる前提でしかないことを看過することが許容される訳ではない。かかる誤謬に基づく論理欠落は、厳しく批判されなければならない。

(令和 2 年 5 月 29 日稿)