

刑法理論による武器使用諸相の分析

椿

幸

雄

目次

- 一 序言
- 二 予備的考察
 - (一) 機能複合態の理論
 - 1 機能複合態としての自衛隊の法構造
 - 2 機能複合態展開の『場』の設定
 - (二) 使用の客体と客体の意義
 - 1 客体としての武器の意義
 - 2 客体の使用概念
- 三 刑法理論と複合態の動的展開
 - (一) 統率・指揮による武器使用（原則的使用形態）——権限行使の動態——
 - 1 防衛機能態としての展開
 - 2 警察機能態としての展開
 - (二) 統率・指揮によらざる武器使用（例外的使用形態）——刑法理論修正の一面——
 - 1 問題の所在
 - 2 正当防衛
 - 3 緊急避難

4 警護客体の防護（防護使用）

四 武器不正使用罪

——刑罰による武器使用の規制——

五 結語

一 序言

権力行使を担当する公務員には、武器の所持（携帯）が認められ、法定の要件の下で、使用が許される場合がある。ところが基本的人権の尊重を基調とする現代社会においては、かつてのように当該公務員の所属する部内制定の職務命令をもって使用要件を律するのみでは足りない。現行法制は、周知のように、法制定の時点を基準にして、警察官（等）職務執行法より後位に置かれる法典については、同法七条を準用するという立法形式を採用しているのが通例である。そのため、準用される基本的法典ともいべき警察官職務執行法とくに同法七条に関する研究は可成り詳細になされている。また当然のことながら多くの文献が集積せられている。しかしながら、警察官職務執行法を準用する法典の立場からの当該法典全体の精神をふまえた上での論述は必ずしも多いわけではない。この点に強い問題意識がもたれているようにもおもえないのである。もともと『準用』である以上、『適用』と異なり、本質の異なる他事項について、準用の範囲内で等価値のものの存在を前提として、準用にあたっての修正を予定しているのであるから、準用の場での解釈が確立されている必要があるのではなからうか。のみならず、警察官職務執行法七条は、危害

許容要件として刑法三六条と同三七条に該当する場合を挙げているから、七条を準用する法典は刑法典の右の規定を
いわずに再間接的に準用することになる。それは、解決が困難ではあるが法解釈論上興味をそそる問題である。

本稿は、他の各法典にも必要な限り触れながらも、警察機能態の展開に警察官職務執行法を準用する自衛隊法を手
懸に、同法と警職法七条との関連を明らかにしめる。法原理の確立と問題提起を行なうことが中心課題である。問
題点へのアプローチは、刑法典の汙過作用の過程を準用する法典の視座から考察することと武器使用の諸相を刑法理
論によって分析することにおもむくことになる。

二 予備的考察

(一) 機能複合態の理論

1 機能複合態としての自衛隊の構造

自衛隊は、実力集団として国の安全と独立の保持を任務とする（防衛庁設置法四条、五条一三号、自衛隊法三条）。とこ
ろで、国の安全と独立に対しては、対内的・対外的両面から侵害の可能性があり、その排除が必要になる。自衛隊は、
自衛隊法により、存在の基礎を与えられ、右の目的との関連で次のような法構造と機能を有していると規定しうる。

第一は、わが国への外部からの武力攻撃またはその虞のあるときの、いわゆる直接侵略に対応するもので外部からの

侵害の排除を目的とし、防衛出動の機能（防衛機能）を付与されている（自衛隊法七六条）。防衛機能態としての存在である。^①第二は、いわゆる間接侵略その他の緊急事態、治安維持上重大な事態に対応するものであって、公共の秩序の維持と回復を目的とし、治安出動の機能（警察機能）を与えられる（自衛隊法七八条・八一条）。警察機能態としての存在である。^②警察機能態の展開は、一般の警察力をもってしては治安が維持できない場合になされるから、警察法との関連を無視することはできない（同七八条。なお、同八一条）。また、防衛出動時における公共の秩序維持の機能（同九二条）は、目的において異なる防衛力を、一般の警察力の補充——一般警察力の通常の任務の補充ではない——に充てるものであるが、防衛機能が異質な警察機能を兼ねることはあり得ないから、理論的には、両者の重層作用と考えなければならぬであろう。

ところで、存在態と展開された機能態とは実体において異なるところはないが、機能面に着目すると別箇のものとして観念しうるから、第三の存在態の法構造は、防衛機能と警察機能の複合態の基体としてこれを把握することができる^③であろう。基体は、動的展開のための極限の能力と機能複合態の効率を有効に發揮せしめるための存在であって、機能複合態展開の根源をなし、展開された機能複合態と価値において相等的なものと考えなければならない。したがって、自衛隊は、法目的との相関で、防衛機能態と警察機能態との複合態およびそれを基礎する存在態としての基体の複合態としてこれを把握することができることとなる。基体は、複合態の展開の中に常に包摂されつつも、その内部に複合態の展開の可能性を有するから、存在態としての基体をふくめて全体として機能複合態と観念しうる。

複合態内部の権力構造は、命令・服従関係により成立し、これにより存立を全うする。また、機能複合態の存立と

展開は、上命・下従の連動関係により維持されつつ、存在が保障されることになり、『全』——部分としての『全』をふくめ——の中で『個』は、その『全』の維持のため——とくに動的展開の場においては——に存立することになる。もとより、『全』の存立が『個』の存在に不可欠であることはいうまでもない。^④

かような法構造を前提として、機能面の把握という動的な見地から、防衛機能態と警察機能態の展開が理解されるのである。防衛機能態の展開は、その目的から、基体が可能な限りの全的展開をなすものであるのに対して、警察機能態は一般警察力の補充という機能の本質面から、権限の制約が法によりなされると共に自ら展開自体に内在的な謙抑作用が働かなければならない。また、いわゆる平時においては、基体としての静的な——動的な面を基準として静的である。構造においては異なるところはない——展開面があるとして発展的な把握が可能である。

自衛隊を右のように機能複合態として把握することは——その詳細な論証は本稿の目的を逸脱するから、別の機会にゆずるが——、自衛隊法を解釈する上において実益を有するものと考えるのであるが、武器使用の法解釈と法原理を究明するために必要な範囲でこの問題に簡単に触れてみよう。

防衛機能態展開の行使形態は武力の行使である。ために、その手段として保有する武器は、多様にしてかつ強力でもある。ところで、権限行使という機能面からみると、目的を異にする防衛機能が警察機能を完全に代替するというわけにはいかない。機能複合態の展開における権限行使のむけられる対象の差異と『場』の本質的な相違は、当然に、使用の客体たる『武器』にも限定を加えることになるし、明確な区分が必要になる。かような意味で警察機能態の展開の場で、権限行使について警察官職務執行法を準用している立法者の意図には、それなりの理由を認めなければ

ばならないのである。

2 機能複合態展開の『場』の設定

実力を内包した機能複合態が、動的展開を許容されるためには、設定された条件の具備が必要である。条件の設定も複合態の存在と同様法律によらねばならない。このことは、現代国家においてゆるがすことのできない基本原則である。動的展開は、強制権力の行使であって、国民の生命・身体・財産に与える影響は直接的にも間接的にも多大であり、法律による規制に服することは理の当然であるからである。しかも、展開のための条件は、手続のみならず『場』の設定という意味を有し、ために、権限行使は、法令による行為（刑法三五条）として違法性を阻却される。

外部からの直接侵略の『場』で、防衛機能態の展開があり、武力行使が認められる。他方、警察機能は、警察力の補充——一般警察力の通常の任務の補充ではないが——であるから、一般の警察力をもってしては、公共の安全と秩序を保持し得ないような内乱または騒擾が、局地的にあるいは全国的に波及した事態が、展開の『場』であるということが出来る。両者共に、集合体としての部隊組織行動によってはじめて効率的な運用と対処がなしうるから包括的な規制によりうる。また、『全』および部分としての『全』の権限行使は、複合態自体が、上命下従の権力構造を有することと関連して、指揮官による命令という統制に服する。この点は、武器使用の体系構築と密接に結合しつつ、刑罰による規制の本質の究明のための端緒を与える。

右に反して、平時においては、武器使用は基体の存在に関連する。動的な展開を基準として、消極的な展開——静

的な展開——の『場』であるから、領空侵犯に対する措置、物的防衛力の防護の如く個別的な法の規定を条件に、部分的な動的展開を許容すれば足りる。この場合は、必ずしも常に部隊組織行動に親しむものではない。

防衛機能態・警察機能態の動的展開とりわけ権限行使は、時間的様態と場所的様態を座標軸とした『場』でこれをとらえることができるが、権限行使が、機能複合態の展開の『場』で、各別に捕捉され、発展的な時間的様態の中でなされるということは、かような複雑なる事態が、権限行使にあたり法が準用する——準用概念自体が、準用をうける法規の内容を修正することを当然に予定していることもとよりであるが——警察官職務執行法（以下では警職法という）とくに同法七条の解釈の修正を余儀なくするのではないかという予測を生む。

ところで、警察機能態の動的展開は、設定された『場』に徴して、まさに警察作用であるといえる。したがって、比例原則が、やはり適用の場合により修正の可能性をふくみつつも見出すことになる。また、存在態としての基体に具備する人的・物的組織体に加えられる侵害を個別的に排除する作用は、基体自体が生存するための自己保存の作用に類似した基体に固有の作用と解することができる。警察機能そのものではないが、武器の使用を契機として、これによる排除に着目してやはり比例原則が妥当せしめられる。法が明文で規定するところである（自衛隊法九五条。以下では単に条文のみを掲げる）。けれども領空侵犯（八四条）に対する措置（強制着陸・退去、射撃・砲撃）については疑問がある。故意であれ無意識的であれ——とくに故意の場合——領空侵犯航空機が、国の安全を個別的に侵害しているところに着目するならば、防衛機能態の部分的展開と解することができるから——立案当局は、行政警察措置として考えていたようである——、理論上、実際の運用はともかく、少なくとも比例原則は適用になら

ないとする余地が存すると解するべきであろうか。なお、疑問を留保しておく。

(二) 使用の客体と客体の使用

1 客体としての武器の意義

警察官職務執行法七条の使用の客体は、小型武器を前提として理解すればよい(警察法七六条)。同条の要件を分析しても、原則的には小型武器を前提として立法がなされたものと首肯しうる。また、必ずしも常に部隊組織行動を前提とするのではない^⑧。同条の武器の定義は、したがって、『人を殺傷する性能を有する器具で、主として人を殺傷する用途に供する目的をもって製作されたもの』^⑨をいうとされ、『主として拳銃をいう』^⑩と理解されている。そして、警棒、警杖、放水ポンプ、催涙ガス等は、右の小型武器にふくまれるかどうかあるいはこれに準ずるものであるかどうかと考えられることになる。しかし、警察官職務執行法についての解釈とは異なり、自衛隊法は『任務の遂行に必要な武器』の保有を認め(八七条)——保有すなわち法律上の支配の主体は自衛隊であり、各個を所持・携帯の主体と認める法制と異なる——、保有の客体は、防衛機能態の展開をも考慮におくと質的に異なるものを含む。しかも、機能複合態の動的展開に即応した権限行使との関連では、複合態の機能をすべて包摂して保有の客体とされた多様かつ多目的に奉仕する各個の武器が、機能態の展開の場では使用の事態に即応して自ずと区分をされることになり、複合態の展開に即して異なることとならざるを得なくなる。だから、生起する事態と情況に即して、それを想定し、各

機能について使用される武器の範囲を限定することの意味は乏しいのである。可変的な情況の生起と推移を予測することの困難であることから自明である。けれども、理論的にはまさに右のように考えうるとしても、事實上、機能複合態の展開に依じての、異質な各機能の特質を認識することによって、使用武器を限定する理論が導き出されることは別個の問題である。とくに、警察機能には比例原則が浸透し、この原則が結果的には限定の機能を営なむ。かつて、私見が、使用客体たる武器に、『人を殺傷する性能を目的として、製作された器具の一切』^①を指称するという定義を与え、権限行使とくに武器使用との関連では、殊更『火砲一般』——銃器・火砲——という概括的な画定しかなかったのは、まさに機能複合態の思考を前提としたからにほかならない。^②

右の定義をここに変更する必要をみないが、若干の補説を試みるべし。武器は、それに本来的でなくしても、作用によって人を殺傷しあるいは物を破壊する目的——間接的には人の殺傷を結果するから——で製作された攻撃又は防護のための器具・装置をいうが、かような定義を与えるとしても、客観的な機能面・構造面の外形的特徴のほかに、社会通念上、それを認知する人をもふくめて、存在自体が有する危険性という心理的效果を加味して考えるのが正しいであろう。^③ けだし、事態に依じて展開される具体的な権限行使の面からも使用の客体に絞りをかけようとする私見からは、心理面もまた重要な作用を営むことになるからである。

武器は、使用によってその機能を發揮するのであるから、現実的な使用——法により規制をうけるが——との関係を捨象された武器概念、たとえば補給面から規定される物的防衛力の一部を構成する概念と機能態の展開と結合されて把握される武器概念は異なることになる。防衛機能態の動的展開すなわち武力の行使のための手段という上位概念

の下では、『防衛のための器材・装置』（防衛需品と仮に名づけよう）と一致する。ところが警察機能態の動的展開、存在態としての基体の部分的展開との関連では狭義に解し、技術的な意味でとらえられることになる。

さらに一步をすすめて、武器使用の効果もたらす侵害の惹起は、その方法が力学的たると化学的たるとを問わないから、武器は製造方法によって一般的に力学的あるいは化学的方法で人を肉体的に侵害し（一時的でもよい）、物を破壊するように製作された装置として定義することもできるであろう。使用の結果として招来されるであろう『侵害』の程度または破壊の限度はこれを問わないと解する。『侵害』を刑法的にとらえて、人を殺害し、身体に傷害を加えることであるとなし、殺害は問題外として、人の身体に擦過傷程度の害を与えることが、傷害概念に含まれるかどうかという点をめぐり、傷害の意義に関する刑法学説の争点に依拠して、議論をするのは有益ではないように思う。武器使用の結果として『侵害』が惹起されたかどうか、その傷害の程度はどうかという観点から考察するのではなくして、武器概念は、構造と機能の両面から併考して『殺傷』、『破壊』の結果を惹起する可能性があるかどうかという視座から確定する必要があるからである。ただ、少なくとも構造・機能の両面からみて、人畜に対して殺害と価値的に同程度の重大な侵害を与える効力（直接容易に相手方を死に至らしめうる効力）を認めうるものでなければならぬと解するべきであろう。^⑭

機能態の展開理論と右の武器概念を結びつけて考察すると一応次のような帰結を導き得る。

防衛機能態の展開の場合は、上位概念でとらえてよい。^⑮この点には、異論がないのではなからうか。ただ、国際法と国際慣例による制約が問題になるが、現に保有する武器との関係では無限定であると解してよい。

警察機能態の展開の場においては、警察機能としての本質上、使用客体に限定が加えられること既に指摘をした。警察官職務執行法七条の準用を、武器使用に關して立法者がなした真意はこの点にあるのであり、かような認識は、七条準用の修正理論のおもむかへばならない方向に示唆を与えるといわねばならない。右の分析を経た上で、私見が、かつて主張したところの警察機能態の展開の場に限定した銃器・火砲——これのみではないが——を中心とした把握は一応の支持をうけることができるのではなからうか。そして、法は、防衛機能態・警察機能態の武器使用を、原則として、部隊組織行動によることにし、指揮官の統制の下におくことを明文で規定しているから、命令の内容の中に、当然、右の制約にしたがった使用客体の指示がふくまれるべきであり、この点は、明文がないが、かような運用が予定されているものと考ええる。それは、法の意図するところでもあらう。

右と同様な思考から、存在態としての基体の個別的な武器使用にも自ずと限定が加えられることになる。

2 客体の使用概念

武器の使用とは、武器を定められた本来の用法と目的に従って、そのような意思で操作する一連の行為をいう。人の殺傷を目的とすることのほか、間接的に、殺傷と同程度の効果を挙げることもふくまれると解する。また、いうまでもなく、使用の目的は、攻撃のためでもよいし、防衛のためであってもよい。

使用といえるためには、使用者において——合法的使用においては、この使用者は、隊員たる身分を有することが決定的である——、目的を認識し、目的意思を有して使用目的を実現するように自己の行動を統制した上で、構造

上の操作をなし、その行動が目的実現にむかって方向づけられていることが必要であろう。銃器・火砲を例にとると、後行する連続行為の第一の起点として、取り出すことを設定すると、次に、目的意思を有して構えること、最後に、発射することにより終了する（相手に向って撃つ場合と相手に向けずに撃つ場合、物に対して撃つ場合がある）一連の行為を包含することになる。銃器・火砲以外の場合には、右例示の各所為の前後に、または所為の間に介在して、さらには、分析された各個の所為の間にも様々なニュアンスを有した態様を認めることができるであろう。

武器に準ずるものの使用も右と同様に考えてよい。さらには、本体に、通常は固定されて銃器・火砲等が設置されている『武器』についても同様であるが、困難な問題が横たわる。使用のもたらす現実の効果のほか武器自体の有する心理的な効果をもふくめて理解しなければならないから——それ故に、威嚇射撃も亦使用概念の中にふくめられることになる——本体自体の移動、対象に対する接近のみで、武器使用またはそれに準ずる使用と解しうる場合もある。設置された状態にあるものに他動的な物理力が作用し、それにより効力を発揮する武器は、設置自体が使用であることになる。

本来の武器でない器材・装置をそれ本来の用法にしながらって用いるのは武器の使用ではないこともろんである。しかし、警察官職務執行法七条の解釈について説かれているように、武器でないものを用いてまたは武器を本来の用法にしたがって用いることなく『使用』した場合、人の殺傷を目的とする以上、やはり、一時的な武器使用に準ずるものと考えなければならぬ^⑳。但し、この場合は、使用の客体とされるものを、性質上あるいは用法上、通常、人に死傷等の危害を与えうるものに限定して理解する必要がある^㉑。

ところで、複合態内部の権力構造にもとづいて、防衛機能態・警察機能態の展開は部隊行動によりなされる。原則として、武器使用もまた明文により部隊組織行動を前提とする。なぜ部隊組織行動によるのを原則とするか。その理由は、両機能態の展開の効率という実際面と警察機能態の展開においては、『全』の中の『個』に使用の可否の判断を委ねると混乱を来すことになり、必要以上に武器使用の相手方を刺激する結果にもなるからである。したがって、少なくとも、部分としての『全』の統率者（指揮官）——現場における最高責任者と解する——の判断に委ねていられる。もとより、その前提として複合態内部の権力構造と密接に関わりあっていることも看過し得ない。しかし『個』に対する、場合によっては部分としての『全』に対する、急迫・不正の侵害の場合は、現場の混乱等が作用して、命令の授受自体が不可能であるし、命令を受ける時間的余裕もない場合も多いであろう。また、急迫・不正の侵害に対して、保持する武器によって防衛行為をなし、現在する危険に対し避難行為を行なうのは、自己保存の本能的要請でもあるし、他面、第三者にむけられた右のような侵害に対し、防衛行為・避難行為をなすのは、職務執行と認めうることから、構成員たる『個』の個別的な判断にもとづく使用を認めることは何ら法理に背馳するわけではないと考えられる。法が、除外例（八九条二項を基本として他の場合に準用している）を明文で認めているのは当然な立法措置であると考ええる。ちなみに、指揮官の命令によりなされた武器の使用に関しては、命令の適法性について下命者たる上官が全責任を負うことになる。^{②④}この原理は、使用者の法的責任の免責の作用として働らく。

次章では、自衛隊法が、原則的なものとして規定をおく統率・指揮にもとづく集合体による全的使用と例外的使用の場合であると考えられる統率・指揮によらざる個別的判断にもとづく個体の使用に編別して、体系構築のための論

述をすすめる。

注

- ① 拙著『防衛刑法』（昭和四三年）一七頁以下参照。周知のように、自衛隊法（昭和二九年六月九日法一六五号）にいたり防衛機能は創設されることになった。同時に、本法以前の警察予備隊令（昭和五年八月一〇日政令二六〇号）による警察予備隊、保安庁法（昭和二十七年七月三十一日法二六五号）による保安隊および警備隊が固有した警察機能態としての存在が、吸収存置されることになり機能複合態が構成されることになったのである。ちなみに、実力集団は、その使命を外部侵略に対する防衛と内国における合法的秩序の保持にみいたすのである（Endres, *Der militärische Waffengebrauch*, 2. Aufl., S. 7）。なお、Vgl. Johannes Hecker, *Wehrverfassung und Wehrrecht des Großdeutschen Reiches*, 1936, S. 76.
- ② 拙著・前掲書二〇頁以下参照。警察予備隊、保安隊・警備隊（両者共単一的な警察機能態であった）、自衛隊（複合的であるが）は、一貫して警察機能を保持してきた点に注目すべきである。
- ③ 災害派遣は、広義においては、警察作用であるが（拙著・前掲三三頁以下）、その本質は、警察機能態の作用と考えるよりも、存在態としての基体の担当する警察作用と解する。
- ④ 拙稿「抗命の法理」国士館大学政経論叢一六号一四一頁以下。
- ⑤ 時間的様態の設定と主張については、拙稿「職役離脱罪の行為構造」国士館大学政経論叢一三三二一三頁以下。
- ⑥ 拙著・前掲書三二頁以下。比例原則は、公共の福祉の必要と権利又は自由の侵害が正当の比例を保つべしとする原則で、必ずしも警察にのみ適用されるものではなく立法その他国権によって権利又は自由を制限する場合に広く適用される（田上稔治『警察法』七一頁）。武器使用に関し端的に表現すると、雀を撃つに大砲をもってすべきではないとするものである（和田英夫『行政法』二七七頁。なお、柳瀬良幹『行政法教科書』（改訂版）一九六頁以下、田中二郎『新版行政法（下II）』四五八頁以下参照）。
- ⑦ なお、警察法は、警察官のほか皇宮警衛官に小型武器の所持を認め（同法六九条、六七条）、また、海上保安官、同補（海上

保安庁法一九条)、麻薬取締官、麻薬取締員(麻薬取締法五四条七項)、監獄官吏(監獄官吏ヲシテ銃ヲ携帯セシムルノ件・明治四一年勅令二八九号)、税関職員(関税法一〇四条。但し現在は通達により携帯をしていない)、入国審査官、入国警備官(出入国管理令六一条の四)、鉄道公安職員(鉄道公安職員の職務に関する法律七条)の各々に、各別の法律により武器の携帯を認めている。ただし、自衛官について自衛隊法は自衛隊をして武器の保有主体としている(自衛隊法八七条)。かような文言の差異にも十分留意して解釈がなされるべきであろう。

⑧ 『警察官けん銃警棒等使用および取扱い規範』(昭和三十七年国家公安委員会規則七号)八条が、多発犯罪等の鎮圧の場合に部隊組織行動による使用を予定している。

⑨ 宍戸基男『注解警察官職務執行法』一七八頁、同『警察官権限法注解』(1)一一九頁。同説、森沢学「警察官職務執行法第七条の武器等の解釈について」警察学論集一九卷三号二三頁。

⑩ 上原誠一郎『警察官等職務執行法解説』一二三頁。

⑪ 拙著『防衛刑法』八八頁。

⑫ 拙著・前掲書二九頁。

⑬ 柴田銀造『警察行政法』一六一頁参照。

⑭ 森沢・前掲論文二三頁、宮橋一夫「警職法第七条(武器の使用)と催涙ガスとの関係」警察学論集一七卷五号一〇九頁参照。

⑮ 武器概念と同様に、使用概念も、不正使用の場合をふくめて機能複合態との関連を常に考慮する必要がある。

⑯ 警職法七条を準用するのは、自衛隊法のほか、海上保安庁法二〇条(部内規定として「海上保安庁けん銃使用及び取扱い規則」・昭和三〇年三月二六日達二号)、麻薬取締法五四条八項がある。ちなみに皇宮警衛官については、警察官けん銃警棒等使用および取扱い規範三条、七条、監獄官吏については、監獄法二〇条(部内規定として「けん銃の使用及び取扱い規則」・昭和三〇年一月一七日訓令二五号)、また、税関職員は、関税法一〇四条二項(部内規定として「税関職員のけん銃使用及びその保管並びに取扱規程」・昭和二六年大蔵省達特一号)、さらに、また入国審査官・入国警備官は、入国管理令六一条の四・二項(部内規

定として「けん銃等の使用及び取扱規程」・昭和三年八月一日法務省訓三三号、そして、鉄道公安職員には、鉄道公安職員の職務に関する法律八条（部内規定は「鉄道公安職員のけん銃使用及び取扱規則」・昭和六年三月一四日運輸省令一五号）により、それぞれ規定されている。

⑰ 柴田・前掲書一六一頁参照。なお、宍戸・前掲『注解警察官職務執行法』一八〇頁、同・前掲『警察官権限法注解』（1）二二頁をも参照。

⑱ 宍戸・前掲『注解警察官職務執行法』一八〇頁参照。

⑲ 飯田忠雄『海上警察権論』一八五頁、一八六頁参照。

⑳ 心理的效果を考慮におくと、取り出すことも使用である（同説、柴田・前掲書一六一頁。反対、宍戸・前掲『注解警察官職務執行法』一八一頁）。なお、飯田・前掲書一八五頁は、準備行為とされる。また、『警察官けん銃警棒等使用および取扱い規程』（昭和三七年國家公安委員会規則七号）七条は「使用」の中にふくめていない（同六条参照）が、防衛法上は、使用概念にふくめるべきだともいう。

㉑ 同説、柴田・前掲書一六一頁。

㉒ たとえば、宍戸・前掲『注解警察官職務執行法』一八一頁、柴田・前掲書一六一頁。上原・前掲書一二三頁には、弾のなくなった拳銃をさかさにかまえて相手方の頭を殴打することが例示されている。

㉓ 後段詳述の不正使用罪における『使用』概念とは異なるものがあるのである。

㉔ 森沢・前掲論文二四頁参照。

㉕ 拙稿「違法拘束命令と行為者の刑事責任」国土館法学四号一〇四頁以下、同・前掲『抗命の法理』一五八頁以下参照。

三 刑法理論と複合態の動的展開

(一) 統率・指揮による武器使用（原則的使用形態）——権限行使の動態——

1 防衛機能態としての展開

武力の行使である。警察機能態の展開とは本質的に異なるから、使用客体も異なる。けれども、次の点には注意を
する必要がある。防衛機能態といえども、相手方への加害の手段に関して絶対的な選択権を有するものではない。と
りわけ武器使用に関連する範囲で次の手段は禁止されるのである。すなわち毒物あるいは有毒性ある武器の使用、不
必要な苦痛を与える武器、弾丸あるいは物質の使用、人の身体に容易にひろがりあるいは身体の表面または身体中に
平面的に拡散する弾丸の使用は禁止されるのである。^①また、窒息性または有毒ガス・液体あるいはそれと同等の効果
のある物質（化学戦争）の使用と細菌戦争の実行も許されない。^②

2 警察機能態としての展開

命令又は要請による治安出動の場合の武器使用には、警察官職務執行法七条が準用される（自衛隊法八九条二項）。
ただし、同条本文の場合は、殺傷を伴わない武器使用である点に注意する必要がある。七条本文の使用は、人に危害
を与えることが許容される場合について特別の要件が規定されていることから（同条但書）、威嚇を加え、物を破壊
するような人に殺傷の結果を与えることのない使用をいうことになる。^④

七条本文が規定する『犯人の逮捕若しくは逃走の防止』は、武器使用の許容要件をなすが、犯罪捜査において——
したがって司法警察職員たる資格を有する隊員。なお、九六条三項参照。警察官職務執行法七条を準用する——、起

りうるのであって、犯人に『現行犯人』をふくましめうるとしても、警備の場合にこれを容れる解釈を現在支持するわけにはいかないと考へる。^⑤

『自己若しくは他人に対する防護』のためにも武器使用が許容されうる場合がある。ただし、『自己』に対する防護は、職務執行に関連してすることを要する。^⑥換言すれば、職務執行中に相手方からの違法な攻撃をうけ、自己の生命または身体の安全性を防御するためでなければならぬのである。^⑦もし、職務執行との関連なくして武器を使用した防護がなされたならば、当該行為は、私人としての単純なる正当防衛または緊急避難とみるべきであり、本条の関知するところではない。^⑧『他人に対する防護』は、防護行為自体がそのまま警察機能を相当することを義務づけられた隊員の職務執行になると解する。^⑨けれども、右で職務執行とは、八九条一項で準用する警職法の規定にもとづくすべての職務執行をいうのではないのである。警察機能態の担当する機能は、任意手段が原則であるとなすべきで、自己又は他人に対する防護のため武器使用を伴った実力を行使しうるのは、刑法三六条、同三七条の場合のほかは、犯罪の制止の場合が考えられるにすぎない（準用される警職法三条一項一号、四条、五条、六条一項の場合は武器使用を許容されないことになる）。したがって、警察機能態の展開の場で、通常の警備の場合、自己又は他人に対する防護のために武器使用が許容されるのは、事実上、正当防衛・緊急避難にあたる場合のほかは考えられないであろう。右の想定から、例外的使用形態に移行する場合が多いとみてよい。また、認定にあたって、『抵抗の抑止』のための武器使用の要件との錯綜を常に考慮する必要がある。^⑩

『自己』はいうまでもなく、職務執行にあたる隊員自身をいうが、『他人』の範囲については、部隊組織行動を前

提として、自己以外の構成員をいうのか、行動をする部隊とその構成員が任務の遂行にあたって防護すべき第三者をもふくめるべきかの問題が生ずる。結論的には、両者をふくめて理解するべきであろう。ただし、九〇条一項一号との関連では、『職務上警護する人』は除外されることになる。この区別は、八九条（すなわち警職法七条）と九〇条との間で使用許容要件に差異を認めるといふ解釈を採るならば実益を有する。

『公務執行に対する抵抗の抑止』のためにもまた武器使用が許容される場合がある。もちろん警察機能を担当する隊員の適法な職務執行を保護しようとするものであるから、形式面・実質面共、社会通念上、展開の場で隊員としてなさねばならぬ行為であると認められる場合に限定されると解する。職務行為自体が、刑法三五条にいう法令による行為というに等しい。^⑬警察機能態展開の場で、武器使用が認められる他の場合との権衡上、職務執行は強制力を行使する場合に限定されることになる。さらに、部隊組織行動が前提とされていることとの関連で、部隊の行なう執行と構成員の行なう職務執行の両者をふくむ。『自己又は他人に対する防護』（犯罪捜査の場合は、犯人の逮捕又は逃走の防止をふくみ、九〇条一項各号の場合も同様である）のための職務執行にあつては、抵抗に対する抑止の場合であつても、抵抗がない場合であつても武器使用が許容され得る。しかし本場合は、抵抗の抑止のためである場合にのみ限定され、抵抗がないのに職務執行を確実にするということのためには武器使用は許容されないのである。^⑭『抵抗』とは、適法な職務執行を、『積極的にまたは消極的に妨害または拒否して、その執行の目的達成を不可能または困難にさせること^⑮をいう』。ただし、単なる拒否の態度の表示はふくまれないであろう。また、積極的に、故意による暴行又は脅迫の手段を用いる妨害の場合には、使用許容要件を充足する場合が多いであろうが、反対に、消極的な抑止の場合には、全

く武器使用が許されないのではないが、限定をうけることになる。^⑥けれども、後者の場合は、少なくとも比例原則の適用上、使用は慎重でなければなるまい。『抑止』とは、積極的・消極的な抵抗行為を制止、排除、解散、移動等の行為によって制圧することをいうのである。^⑦

警察機能態の展開の場において、武器使用がなしうる可能性のある第二は、九〇条各号で法定された要件が充足された場合である。重要な人又は施設・物件の保護（一号）または公共の静謐保持（二号）のために、緊急行為として許容される限度を超えて武器使用を許容するのであり、武器使用権限の拡大として把握することができる。本条考察の前段階として、大前提となる問題を、法解釈で——明文がないため——確定しておかなければならない。この問題は、九〇条が『前条の規定により武器を使用する場合のほか』各号にあたる場合に『武器を使用することができる』と規定するのみであって、警職法七条の如く危害許容要件を明定していないことに由来する。ために、九〇条は、使用許容要件の規定のみに止まるのか、一步を進めて危害許容要件をもふくめて解釈すべきかという困難な問題が横たわるのである。結論的に、わたくしは、危害許容要件をもふくめて理解するべきだとおもう。理由の第一は、各号が法定する事態から推察する。その二は、九〇条二項が、八九条二項を準用していることを理由とする。八九条二項は、部隊組織行動を原則として、緊急行為の場合に武器使用を統制から排除する旨の規定である。同時に、緊急行為の場合は、殺傷を伴なう武器使用が警職法七条準用の法意からも認められると考えるからである。第三の理由は、九五条との解釈論上の権衡からである。九〇条は、警察機能態の展開の場で九五条と使用局面が重複することがある。それ故に、九〇条全体の法意は、事態に応じては、刑法上の緊急行為、警職法七条に該当することがなくても、危害

を加えうる使用がなしうるとするものであると解される。法解釈の困難性は、保安庁法七〇条が、ほぼそのまま踏襲されたためであり、この点は、立法により明確にすべきであったと考える。

九〇条一項一号の論点を考察する。^⑧『職務上』とは、警護を職務として命令された場合をいう。命令による警護の客体の個々についての指定は必ずしも特定の必要はないが、概括的な指定は与えられねばならない。また、『警護』とは、外部あるいは時に応じて内部から加えられる侵害に対して監視行為をなし、客体に対する侵害や侵害のおそれのある危険を未然に防止しまたは既に既成に攻撃を排除して防御する作用をいう。また、本号の職務上の警護作用は、本条二項との関連で、原則として部隊組織行動を予定しているものと考えられる。警護の客体は、『人、施設又は物件』である。比例原則から、客体の前者と後二者とは武器使用の許容される場合が異なることにならう。『人』には、隊員もふくめてよい。『施設・物件』は、九五条との関連で、自衛隊以外のものを当然ふくみ、所有関係の如何は問うところではないと考えなければならぬ。『施設』は、不動産または不動産と動産の結合したもの、そして『物件』は、これに対して右以外の動産という解釈もなりたし得ようが、本号の『施設』とは、人為的な工作物の一切をいう。動産たる不動産たるを問わず、また、単一物たる合成物たるを問わない。^⑨そして、また、必ずしも永久的なものである必要もないであろう。かつて、わたくしは、警察機能態の展開の場における九五条との解釈上の権衡を保たしめて、艦艇・船舶・橋梁、軌道、電線等をふくましめるため、建造物、艦艇・船舶等を例示として挙げるにどうどめ、客体の個々を挙示することの不可能なる旨を指摘したことであった。そして、かような施設についての認識を前提として、『物件』を自然の状態で存在する一切のものとして定義を与えたのである。^⑩この定義は、他の条文との

連係を意図しつつ、警察機能態展開の機能面をも考慮においてなしたものである。ただ、侵害行為との関連で、『物件』は自ずと限定をうけることを指摘して、客体の範囲を縮減する思考に立帰りたいとおもうが、なお、細部の画定の思考作業では動揺をしていることを告白したい。

客体に対する行為は『暴行』と『侵害』である。暴行は、武器使用のなしうる場合の実態を直視して、公務執行妨害罪における暴行の解釈が参考になる。『暴行』は、前者の客体すなわち人に対する行為であって、不法なる有形力の行使をいい、身体に対し直接たると間接たるとを問わず不法に攻撃を加えることをいう。所謂直接暴行のみに限定するということではない。警護を義務づけられた武器使用の主体に対する攻撃は、理論上、警職法七条（八九条が準用する）により防護をなしうることになる。警護の主体と警護の客体に対する近接性を考えると両条による武器使用が競合的に生ずることになる。^②暴行は、故意によることを要し、手拳、棒・凶器など特別の道具を用いた殴打、投石、汚物等の投擲を考えることができる。もちろん、これより強度の侵害（殺害・傷害行為）が除外される理由はない。けれども、攻撃は、武器使用により排除することができるような方法に限定されることになる。また、警護の客体に対する右の攻撃は、必ずしも刑法三六条の正当防衛の要件を嚴格に充たす必要はない。現実の『暴行』と『暴行のおそれのある危険性の存在』という条件の下で、武器使用がなしうるものと解する。^③もとより、刑法三六条にあたる場合—警護の主体と客体たる他人に対する場合もふくめて—は、指揮官による使用統制をはずされると同時に危害許容要件充足の可否に判断の視点は移行する。

『侵害』は、後二者の客体に対する攻撃である。存在する客体に着目すれば、その効用の全部又は一部を喪失せし

める行為として観念することができ、警護義務内容の侵害の実体から把握すると、客体に対して権利又は権限を行使することの全部又は一部を排除する行為として定義することができる。その方法は問わない。²⁴⁾ 暴行と同じく、現実のものに限らず『かような事態が発生することが経験則に照して疑うべからざる蓋然性を有するに至った時』²⁵⁾でもよい。法文が、『受けようとする明白な危険』がある場合と規定するのは、まさにかような場合を予定するものと解する。けれども、侵害の現実化の直接の危険の存在のみでは、まだ、十分とはいえないであろう。

二号の要件の問題点を考察する。『多衆』とは多数人の集団をいうのであるが、その実体は、集合体の構成員の多寡と結合の度合の精粗の両面から論結されねばならない。多数の自然人の単純なる集合のみに限らず、また、組織的構成を有すると単に無目的の両面から同一場所に現実集合していることを問うところではない。集団を構成することを目的として主たる役割を演ずる者の招集によって多数人の集団を構成したることを要するものでもない。『多衆』なる文言は、他の法典にも散見されるが（破壊活動防止法四条一項二号（リ）、暴力行為等処罰ニ関スル法律一条、刑法一〇六条等）、それらの法典で確定した解釈が、本号にそのまま妥当すると考えるのは適当でない。なぜならば、警察機能態の動的展開の場合は、一般の警察力をもってしては、治安の維持をなし得ない場合という特殊な状況下であるからである。右の状況を前提として武器の使用が許容されうる対象集団は、構成員の性別・年齢、集団構成の時間的・場所的情况、自然発生的か目的々結合かの区別、主動者の有無、凶器保持の有無、保持する凶器等の機能等を十分考慮して、具体的に判断する必要がある。しかしながら、『集合』という文言に意味をみとめ、これを場所的に把握して同一場所かあるいは少なくとも近接した行動域の中で、集合体結合の程度の精粗の差は認容しつつも、いわゆる『統一体』を形

成することは必要であるようにおもう。私見が、集団の内部的構成の具体的判断と相互に認識しうる場所的な領域という両面から、構成員は、離合集散の過程の一切断面で数人であっても多衆たりうると主張したのはかような意味からであった。もとより、本号と、前号すなわち九〇条一号および刑法三六条の事態とが錯綜して生ずることは容易に想像しうる場所である。

かような集団が、(一)武器使用の直前段階で、継続して現に『暴行』または『脅迫』をなしていることを要する。暴行の相手方は、問わない。脅迫は、最広義の謂で、相手方——隊員のみではない——に畏怖心を生ぜしめる目的をもって害悪を通知する一切の行為をいう。しかし、武器使用により防止するに足りる強度なものでなければならぬ。暴行は、多衆が共同・協力し、共通の意思によることを必要とし、個別的では足りない。さらに、現実的なもののみならず(二)集団のこれらの行為によって生ずるであろう『侵害又は侵害の危険性が目前に急迫することの可能性の発生』の明確な事態^{②)}の招来の場合でもよい。

武器使用によって達成しようとする法が認める状態は、(一)については鎮圧であり、(二)の事態においては防止である。鎮圧と防止が達せられたならば、使用を停止しなければならないのである。

とくに、武器使用許容要件たる警職法七条の各要件と九〇条各号の要件は、常に、警察機能態の展開の場において相錯綜することに留意する必要がある。

ところで、武器使用の許容要件を充足したからといって、使用は、相手方の生命および身体安全にとって極めて重大な影響を与える行為であるから、無制限に可能ではなく一定の限界がなければならぬ。警察官の武器使用につい

ては、警職法一条二項が乱用を厳に禁じている。自衛官については、警察機能態の展開についての準用規定である警職法七条および九〇条が、『事態に応じ合理的に必要と判断される限度』という明文を設けている。この限度を越えたならば、使用者——指揮官をふくめて——には、刑事上、民事上および行政法上の責任を生ずることになる。^⑳ 右の限界規定は、武器使用が比例原則に従うべきことを確認したものであると解する。^㉑ 明文による比例原則の浸透は、法定の武器使用の要件を充足した上で、具体的運用を規制するため、武器使用を正当化するための実質的な判断基準を使用者に示し、内在的制約としての機能を果さしめるのである。^㉒ また、機能複合態に対する国民の信頼と警察機能態の動的展開に対する国民感情による支持という両面からも、比例原則による内在的制約が要請されるのである。^㉓ わたくしは、さらにひろげて限界判断以前の武器使用の可否に関しても、比例原則が及ぶものと考えている。したがって、部隊指揮官は、現場の事態に直面して——この判断は具体面に基礎を有する——武器使用の必要性を判断することになる。もちろん、主観的な認定では足らず、社会通念に基礎をおいた客観的かつ合理的判断であることを要する。^㉔ また、合理的に判断をして十分な理由がある場合に相当性を認めうるのである。

ところで、武器使用がなかったならば公共の福祉に反する事態が明白に発生することが十分に予測される場合に、限定的に使用が許されるのであるから、その正当性の根拠は憲法一三条に求めることができる。ために、明白に予測される公共の福祉に反する事態の発生を防止するために合理的に必要と判断されるところに限界が引かれなければならない。^㉕ 武器使用は、比例原則が既に妥当しなくなっている事態においてなされるのであるから、法規は、要件を、可能な限り、具体的に規定し、さらには、使用許容要件のみならず危害許容要件をも法定してはいるが、将来生起する

あらゆる事態を具体的に予測し、その上で、すべてを包摂する形態で法文を起すことはもとより、すべてに通用する原則を事前に過不足なく確立することも不可能事に属するから、相当性の判断が具体面に基礎を有するのに反して、
 限界規定はきわめて抽象的にならざるを得ず、立法技術上もこれで満足をするほかない。

したがって、個々のかつ具体的な運用は、事態に応じての適切な判断——原則的には指揮官——に委ねることになる。⁸⁴⁾このように抽象的に画定された限界内で具体的判断の導入される理論は次による。⁸⁵⁾

警察機能態の動的展開の主目的は、公共の秩序の回復（維持）にあるから、当該目的が、一応、局部的な——全体的である必要はない——認識をもととして達成されたならば、この状態が行動の限度をなす。武器使用によりもたらされる効果と程度は、合理的に必要と判断される限度であるを要するから、合理的な判断は、公共の秩序の回復（維持）のための法目的と客観的に合致しなければならないことになる。正確には、武器使用の統制に任ずる者の主観的な判断が、右の客観的な法目的と、社会通念上、合一しなければならぬことになる。そして、公共の秩序の回復（維持）がなされたかどうかの判断と評価もまた社会通念により認定せざるを得ないから、武器使用がその場の事態に應ずる限度内であるかどうかという判断は、個別的な事態の認識を前提としながら総合的な判断に、すなわち具体的な展開面から抽象的な思考に及ぶところの評価を、即時的に經由して、社会通念という基準に照しつつ、相当な手段であるかどうか（あったかどうか）という判断に等しい。したがって、冷静かつ沈着な判断が、抽象的な限界を求め具体性に基礎を有して——抽象的な目的が具体面の評価に投射するが——なされることが予定されていると解し得よう。しかも、この手段の相当性の判断は、常に、統率者たる部隊指揮官に課されるのであって、警職法が前提

とする個別的判断とは本質的に異なる点に注意を要する。

右の評価は、面前に展開する具体面を基礎とするから、かような側面の評価が先行する。判断の要素をなすのは、時間的・場所的要素を勘案した四圍の状況、相手方に関しては、危害の程度、急迫性の有無、危害を加える相手方の数、武器使用者側の要素としては、使用者の数、当面する事態で保持する武器の種類・量、予定される使用態様等を考量して、あらゆる条件を加味しながら、全体を検討し、流動する事態の一切断面を把握しつつも、各断面の時間的に発展する動態を常に考慮に置き総合的な判断を加える必要がある。

使用許容要件を具備したとしても——危害許容要件にあたる場合のほか——危害を与えることはできない。したがって、相手方の生命を奪いまたは身体に傷害を与えることが、使用者において予測できるような方法で武器を使用してはならないのである。⁸⁷⁾ただし、危害には、生命・身体の安全に危険を及ぼすことはふくまれません。実害を与えることのみをいうと解するから、結局、威嚇を加えたり、物を破壊することに限定されることになる。けれども、いわゆる火器の使用自体が、警察機能態の展開の場では、極力、回避されることがのぞましい。また、もし、使用の場合は、事前に予告、警告等の措置が講ぜられる必要がある。

注

① Vgl. Verdross, Völkerrecht, 3. Aufl., S. 378.

② Vgl. Schreiber, Der Soldat und Das recht, S. 131f.

③ 警察官に関して、前掲の国家公安委員会規則七号のほか、けん銃操法（昭和三七年五月一〇日警察庁訓令第九号）、警察点検規範（昭和二九年八月五日警察庁訓令第一二号）、通常点検実施要領（昭和三五年四月一日）、受傷事故防止を中心とした警

警官の勤務および活動の要領（昭和三七年五月一〇日警察庁乙務発第一四号）があり、各警察本部が訓令を定めている（例えば、大阪府警察官けん銃、警棒等使用及び取扱規程・昭三六本部訓令一八号）。

④ 拙著・『防衛刑法』三四頁参照。

⑤ 拙著・前掲書三四頁参照。この点疑問を留保しながら旧説をそのまま主張したい。立法による解決に委ねるべきではないかとおもう。

⑥ 拙著・前掲書三五頁。

⑦ 端的に、この文言を正当防衛の要件であるとされるのは、上原誠一郎『警察官等職務執行法解説』一一七頁、出射義夫『警察官等職務執行法詳解』（改訂増補）二二六頁。もっとも、出射『警察官職務権限要綱』二二六頁は、『急迫又は不正という言葉は使われていないが、事柄の性質上武器を使用しなければ防衛の目的を達し得ない程度に切迫していることが必要である』と説かれる。そして、この説は、『危害を伴わぬ程度の武器の使用によっては、相手が抵抗をやめない場合』は、公務執行妨害罪の現行犯になるから、七条但書により危害を伴う武器使用の要件を充足する場合が多いともされる（出射『警察権限十講』一三五頁）。

⑧ 拙著・前掲書三五頁。同説、柴田銀造『警察行政法』一六〇頁以下。

⑨ 柴田・前掲書一六〇頁参照。

⑩ 宍戸基男『注解警察官職務執行法』一七三頁参照。

⑪ 出射・前掲『詳解』一三二頁、『要綱』二二五頁参照。

⑫ 宍戸・前掲書一七四頁。

⑬ 上原・前掲書一一八頁参照。

⑭ 宍戸・前掲書一七五頁。同『警察官権限法注解』（一）一一六頁、一一七頁参照。

⑮ 宍戸『注解警察官職務執行法』一七五頁。

⑯ 柴田・前掲書一六一頁、宍戸『警察官権限法注解』（一）一一七頁参照。

- ⑰ 六戸・『注解警察官職務執行法』一七六頁、同・『警察官権限法注解』(1)一一七頁。体系上の解釈論についての問題点の指摘は、拙著・前掲書三五頁以下。
- ⑱ 拙著・前掲書二七頁参照。
- ⑲ 拙著・前掲書三六頁。
- ⑳ 拙著・前掲書三六頁。
- ㉑ 拙著・前掲書三六頁。
- ㉒ 拙著・三六頁が、暴行は『警護される人に対する場合と警護する隊員に対する場合』の両者をふくむと説いたのは、本文で主張したような意味を端的に表現したものである。
- ㉓ Vgl. Endres, *Der militärische Waffengebrauch*, 2. Aufl., S. 41.
- ㉔ 拙著・前掲書三六頁。
- ㉕ 拙著・前掲書三七頁。
- ㉖ 拙著・前掲書三八頁。
- ㉗ 拙著・前掲書三八頁。
- ㉘ 上原・前掲書一二二頁は、『責を負わねばならない場合も生ずる』と説かれる。
- ㉙ 六戸・前掲書『注解警察官職務執行法』一七七頁、同・前掲『警察官権限法注解』(1)一一八頁以下。
- ㉚ 石川才頭「警察官の武器使用と正当性の限界」法律のひろば二三巻八号一二頁、同「警察官の武器使用」時の法令七三九号一六頁参照。
- ㉛ 田上穰治『警察法』七一頁以下、拙著・『防衛刑法』三三三頁以下。
- ㉜ 六戸・前掲『注解警察官職務執行法』一七七頁、同・前掲『警察官権限法注解』(1)一一八頁、上原・前掲書一一八頁、田中八郎「警察官の職務執行に関する一考察」警察研究三四巻一一号六頁参照。
- ㉝ 飯田忠雄『海上警察権論』一八七頁参照。なお、出射義夫『警察官職務権限要綱』二二七頁、同『警察官等職務執行法詳解』一三四頁参照。

- ③4 宍戸・前掲『注解警察官職務執行法』一七七頁、同『警察官権限法注解』(1)一一八頁以下参照。
- ③5 飯田・前掲書一八七頁以下は、私見と見解を異にするが、基本的思考においてきわめて示唆的である。
- ③6 拙著・前掲書二〇頁以下。
- ③7 宍戸・前掲『警察官権限法注解』(1)一八七頁。なお、出射・前掲『警察官職務執行法詳解』一三五頁、同『警察官職務権限要綱』二二八頁参照。
- ③8 森沢・前掲論文二六頁。
- ③9 拙著・前掲書三四頁、宍戸・前掲『注解警察官職務執行法』一八七頁、田上・前掲書一四四頁、田中・勝田『条解警察官職務執行法』一〇〇頁。なお、拙著・『防衛刑法』三四頁は、昭和三〇年警察庁訓令一四号・警察官拳銃使用及び取扱規範第三章にもとづいて警察官の武器使用を説明しておいた。この点、昭和三七年五月一〇日国家公安委員会規則第七号・警察官けん銃警棒等使用および取扱規範によって補説しておきたい。国家公安委員会規則第七号にもとづく規範第三章七条は、けん銃を使用できる場合として、犯人の逮捕もしくは逃亡の防止、自己もしくは他人に対する防護、公務執行に對する抵抗の抑止のためであつて、しかも警棒等を使用する等の他の手段がないと認められるときは、その事態に應じ、必要な最小限度において、けん銃を構え、または撃つことができることと定め、警職法七条との間における法文表現上の整合をすると共に法を具体化している。『規範』でいうけん銃の使用とは、右のように『構えること』と『撃つこと』をふくめるが、前者は、単にけん銃を取り出している状態をいうのではなく、相手に銃口を向けて構えることであり、また、後者は、威嚇射撃(相手に向けないで撃つ場合)と相手に向かって撃つ場合とに分れるのである。

1 問題の所在

隊員自身が、その場の事態に応じて、個別的な判断にもとづいて武器の使用をなしうるのは、次の二場合である。その第一は、警察機能態展開の場で職務の執行にあたり、隊員が、緊急行為——刑法三六条、同三七条——の要件を充足するような侵害・危難に直面し、防衛行為・避難行為の手段として武器を使用する場合である。事態の急迫性から、部隊指揮官の命令に事実上親しまない^①。その二は、武器等の防護のための武器使用（警護客体の防護使用。単に防護使用という）であり（九五条、警護の任務という職務上の性格から、使用について指揮官による使用上の統制を原則として明文上排除していると考えうる。また、防護使用は、必ずしも機能複合態の動的展開の場においてのみ機能する規定ではなく、存在態としての基体の自己保存作用にも随伴する^②）。

右の各場合共、指揮官による使用上の統制を排除されるのほか、刑法三六条、同三七条に該当する場合は、相手方に危害を与えうるのである。危害許容要件の明示は、警察機能態の展開に関しては、準用される警職法七条が、また、防護使用に関しては九五条が、各々明文で規定をおいている。ために、発生した結果に関しての、行為の違法性は阻却されることになる。

本節の関心は、刑法三六条、同三七条が、警職法（再準用という形態である）、自衛隊法に準用されるといふ戸過作りにより刑法上確立した概念規定がどの側面でまたいかような範囲で修正をうけるものであるかという理論的にも、また実務上も、きわめて興味あるまた解決の困難な問題に集中せざるを得ないのである^③。また、正当防衛行為、避難行為が、それ自体常に武器使用によって裏打ちされているという点は、刑法三六条、同三七条の要件を考察する上で

きわめて重要である。

2 正当防衛

正当防衛権の行使の手段として武器使用が許容されるのは、隊員の職務の執行に関連する場合でなければならぬ。したがって、不正な侵害には、職務執行者に対する侵害という側面と職務執行行為（公務執行）に対する妨害という要素がふくまれることになり、かような侵害——防衛がなしうる法益として国家・公共の法益がふくまれ、国家緊急救助の理論が、背景で交錯すると考えられる——に対応する武器使用をともなつた防衛行為が、正当防衛の構造を形成し、職務に関連するという特殊性から正当防衛概念は若干の修正を余儀なくされることになる。

職務執行にあたる隊員が、法令の定めるところにより、他人——自己以外の隊員をふくむ第三者——の権利を防衛するためその他人を攻撃する者の権利を侵害しても、正当行為（刑法三五条）であつて違法性が阻却されることはいうまでもない。また、職務執行にあたり自己の権利を防衛するために、武器使用によって相手方を殺傷しても、他の要件を充足したならば、それが殺人罪または傷害罪を構成することはない。これまた、正当行為である。そうして、武器使用の危害許容要件はこのことを具体的に表現したものと解しうる。しかし、ここでいう正当行為は、緊急行為の領域に属する性質を有するものをいうと限定的に解さねばならない。すなわち正当防衛・緊急避難という緊急性についての要件を具備する事情が存在するときはじめて、この行為を正当行為として認めうると理解するのである。^④

警職法七条にしたがうと、正当防衛にあたるときには、相手方に危害を与える程度に武器を使用することが認めら

れ、『警察官拳銃使用及び取扱規範』（昭和三〇年）一〇条は、すべての場合に拳銃を撃つことができるようにも解せられた。けれども、さらに、同規範は『自己又は他人の生命若しくは身体の防衛のため』にのみ拳銃を撃つことを認めていたから、その反対解釈として自由又は財産を防衛するためには拳銃を撃つことは許容されていなかったのである。同規範は、かようにして警職法が設けた枠にさらに一層の絞りかけたとみることができ^⑤。同規範を整備した『警察官けん銃警棒等使用および取扱規範』（昭和三七年）七条一号も同様であり、『刑法第三二六条（正当防衛）または同法第三七条（緊急避難）に該当し、自己又は他人の生命または身体を防護するため必要であると認めるとき』相手に向って拳銃を使用しようと規定している。行為の相当性とも関連して、『加害者の生命に危険を及ぼすことわかつている防衛手段をとる以上、それによって保持すべき権利も、生命又は身体の安全ということではなければなら^⑥』から、昭和三七年の『取扱規範』（国家公安委員会規則七号。以下同じ）の立場を是認するべきである。ために、生命、身体のほか名誉、自由、住居権、財産権（所有権・占有権）をもふくめる解釈は、危害許容の武器使用との関連では広きに失することになる。物に対する侵害を防衛するために武器使用は認められないことになる。この思考は、九五条の防護使用の場合でも不変であると解する。

警察機能態の展開の場合における隊員の武器使用に『取扱規範』がそのまま準用されるわけではないが、同様な思考により法益は限定されると解する。刑法理論修正の一場面といえよう。もとより、除外された他の法益の防衛のために危害を与えない武器使用が許されないわけではない。

職務執行行為に対する侵害が行なわれてはじめて、武器使用を伴う防衛行為展開の可能性が生ずる。まず、侵害

の存在が確定されなければならない。作為による、防衛行為者または他人に対する攻撃を通例とするが現状に対する積極的侵害^⑧（九〇条各号の場合を考えよ）もふくまれることになる。また、消極的な不作為も侵害たりうるが、危害許容要件との関連では武器使用による排除に親しまないであろう。急迫性という点でも問題は残る。法益に対する侵害は、現在していなければならないこというまでもない。侵害の完了はまたれる必要はなく、直接的に切迫した侵害で十分である。^⑨ 侵害の継続中の状態をもちろんふくむことになるが、既に経過した侵害に対しては正当防衛を理由とする武器使用はなし得ない。したがって、相手方が加害・攻撃をあきらめて逃走するような段階では、武器使用ができないが、一連の行為を全体として観察した場合に、連続して侵害行為がなされているとみうるならば、たとえ、その一点で侵害行為が中断され、行為者が次の侵害行為の待機をしている状態にあったとしても、急迫・不正の侵害は存在すると考えてよい。^⑩

侵害は違法でなければならない。何人の侵害であるかは問うところでないが、動物の侵害は違法でない。しかし、幼児・精神病者等の責任無能力者に対する防衛行為^⑪としての武器使用は相当性の面では制約が存しうる点に注意すべきである。ところで、かような急迫・不正の侵害に対しては、刑法上、誰しもが逃走を義務づけられることはないが、隊員が職務に関連しての侵害に際して、もし逃走したのであれば、その行為自体が職務上の義務を侵害したことになるであろう。しかしながら、右のように幼児・精神病者あるいは過度の酩酊者の侵害に直面して、危害を与えることなく回避しなければならない場合が存在するのであるが、これはもとより不名誉な逃走ではない。^⑫

武器使用による防衛行為は、侵害の排除にむけられる（攻撃力の排除）。そして、武器使用によってなされる防衛

行為の範囲と方法は、加えられる侵害の方法に応じて正当な関係を保持しなければならぬ。すなわち防衛手段は、侵害の強度に応じて決まり相当なものでなければならぬのである。^⑭ ために、もしも侵害と防衛行為との対応関係の中でもたらされるところの限界を逸脱したならば、違法たるを免かれぬ。急迫・不正の侵害が存在したとしても、誰何、威嚇の通告等の他の方法・手段で排除の目的を十分達しうるならば、武器使用により傷害を与えることはもちろん許されない。けれども、具体的な事態に即し軽度の手段で足りる（足りたかどうか）ということの判断は、多くの場合、防衛行為をなす者にとって困難であるだろう。しかも、少なくとも、急迫にして違法な侵害に対しては、防衛行為者に瞬間的よりも長いしかも細心の熟慮は排除されることになる。ただし、違法な侵害を意図し実行した者は、武器を用いた防衛行為による反撃を当然予測しなければならぬからである。

防衛の範囲（程度）を超えたかどうかに関しては、防衛の方法に関して論述したところと同じく、防衛行為者個人の主観的な判断によるのではなくして、客観的な判断によることはいうまでもない。それ故に、未成年者とくに子供による侵害に対しては、武器使用自体が制限されることになるし、また、同様な思考で精神病患者、過度の酩酊者によってなされた侵害に対しては、防衛行為としても殺害が許されるのではない。

結局、防衛行為の相当性の評価は、実質的違法性に関する一般基準に従うべきことになる。^⑮ とりわけ、生命・身体に対する侵害を排除する行為が相当であるかどうかは、侵害行為の強度——凶器の種類——、侵害を加える者の危険性の程度という侵害者の側面での評価に意味して、防衛行為をなす者が、職務の執行に当たり常に生起が予測されるかのような侵害に対処するために十分な訓練を行なっていること、また、危害に直面して逃走による回避を許されない

義務者でもあること、しかも、組織的な部隊行動を常態とする機能態の一構成員であると共にその機能態が多様な武器の保持者であること等が常に念頭におかれなければならない、この点においても、市民社会の刑法典における正当防衛概念とは異なるものがあるようにみえる。職務上の防衛行為者の右の特色は、一面、高度でかつ冷静な対処を、この者に要請し、他面、警察機能態の展開の場——比例原則が浸透する——においてはもちろん、基体としての存在態の自己保存の場においても、いわゆる補充の原則が妥当せしめられるべきであるとせねばならないであろう。

防衛意思は、正当防衛権の行使のために本質的である。職務執行に関連した正当防衛では、かような主観的要素の採用は異論なく認められねばならないのである。^⑩

防衛行為としての反撃は侵害者にむけられなければならない、武器使用による法益侵害が侵害者以外の第三者に発生してはならない。

3 緊急避難

武器使用との関連では、緊急避難もまた職務執行と関連していなければならない。けれども、準用規定である警職法七条との関連で——固有の明文を有する場合も同様である——緊急避難の要件を充足し、武器使用が正当化される事例は、現実には殆んど考えることができないから、結局、武器使用により、人の死傷を結果した場合の正当性については、正当防衛の要件に該当するか否かだけを論ずれば足りることになる。^⑪ ために、緊急避難と武器使用の設例としては、他にとるべき手段がないという状況の下で、無人の乗用車が、弾薬庫に向けて暴走し、そこに突入のおそれ

があるため、爆発の危険性を判断した警衛勤務者が、当該自動車を武器を使用して破壊することにより、危険性を除去する場合を挙げ得ようか。

緊急避難は、『危難』に対する避難行為であつて、しかも、その危難の正・不正は問うところではない。また、人の行為であるを要しない。たとえば、警衛勤務者が、勤務場所に近接した場所で、通行中の子供が飼犬に追われているのを目撃したならば、その犬を射殺する行為は適法である——内部規程との抵触には触れないことにする——。

刑法三七条の法文に、保護法益が列挙されていることとの関係では、生命・身体に対する危難については問題がない。自由については、貞操等にやや問題が残るが、武器使用による避難行為は許されないものと考ええる。財産的法益に対する危難に対しても否定的に解する^⑩。また、刑法典の解釈で、法益を例示的列挙と解する学説によって問題となる、名誉——実益があるかどうかは別論として——についても同様である。

危難の現在性については、正当防衛におけると異なるところはない。刑法典の解釈を援用しても不都合は生じないであろう。

緊急避難には補充の原則が、刑法上、明文で要求され、この点で正当防衛よりも要件が厳格であると解されるのであるが、私見は、上述の如く正当防衛においても事は全く同様であると主張する。武器使用による避難行為——とくに危害要件をなす——との関連では、この原則はより厳密に適用の場を見出すと解するのが正しい。

法益権衡の原則も重要である。ただ、要件との関連で、考量される法益の一方は、生命または身体の安全性である。この点は、固定する。他方は、常態的には財産的法益であるから、右を保護法益とする刑法典の構成要件に規定

された法定刑によって比較すると、前者が優越する場合が多いであろう。

右の補充の原則と法益権衡の原則が、避難行為の手段としての武器使用の相当性を判断する基準になる。

正当防衛の場合と異なり、危険を避けるための行為であるから、理論上は、侵害者に対する防衛であると第三者に對する避難であるとを問わないと解されているが、^⑳武器使用との関連では、この主張のもつ実益は余り大ではないようにおもえる。

避難意思を必要とするのは、正当防衛におけると同様な思考からである。

ところで、業務上特別の義務ある者には、緊急避難の規定が適用されない（刑法三七条二項）。ために、国民の生命・身体・財産の保護に任ずる隊員は、職務上危険に立向かう地位に立たされることになる。したがって、自己の生命・身体の安全をはかるため、他人の権利を侵害することは正当防衛以外は認められないという理論が、ここからも導きだされるのである。隊員が、職務執行に関連して凶器によって攻撃を受け、生命を奪われそうになった場合、他の要件を充足すれば武器使用による正当防衛行為は許容される。けれども、法令上の義務の範囲で、義務をつくすことなく自己の生命の安全をはかるために、自己以外の他人を前面に押し出して結果としてその他人が生命をおとしあるいは身体に傷害をうけるということは認容されないのである。そうではあるが、二項の規定は、絶対的なものではないと解さねばならない。右のように自己の法益に對する緊急避難は許されないが、^㉑第三者の法益（生命・身体）に對するところの現在の危険は、業務上の特別義務者が身を危険にさらす危険ではないから、それを避けるために已むことを得ない場合には、隊員にも、武器使用による避難行為が認められるとする法意だと解する。^㉒この行為は、むし

る、職務上の義務の履行と認めるべきであり、本項を適用して避難行為を排除する理由に乏しいのである。

また、たとえば、権限行使にあたり警職法の準用ある場合として、群衆が腐朽した橋上に集合し橋がまさに壊れようとした場合、群衆を避難させるため警棒等で制止しようとして群衆の何人かに傷害を与えるということは許容される²⁴⁾（火器の使用は許されない）し、そして、隊員が、火災に際して、第三者の倉庫から、消火器材を搬出するため武器を使用して施錠を破壊するのも許されることになろう。

上述の論述から、次のことが帰結される。すなわち、緊急避難行為を理由として、武器を使用し他人に危害を加えることは許されるところではない。かような職務上の義務者に対しては、敢然とその危険に対処すること又は他人に危害を加えることなく緊急避難がなされることが要請されるのである²⁵⁾。

4 警護客体の防護（防護使用）

武器等の防護のための武器使用の場合である。まず、防護使用を規定する九五条の体系上の地位が問題である。

防護使用は、存在態たると機能複合態の展開の場合たるとを問わないのである。ために、上述の論究が機能複合態の展開のみを予定していることとの関連で本条は、異質な要素を部分的に包含する。したがって、防護作用なる点に着目して、本条に、通則的地位を与えるのが正しいようにもおもう²⁶⁾。しかし、本論文は、緊急行為としての武器使用と指揮統制の排除という観点および刑法原理の修正という側面に着目して、八九条二項の準用の有無によって体系構築をすることにならざるを得ないから、防護使用は、本節中に編入されることになる。八九条および九〇条は、機能

複合態の動的展開を法により規制することに主目的があるのに対し、本条は、規制と同時に、防護使用を必要上——とくに基体の自己保存作用に關し——創設したかの感がないではない。

九〇条との比較を試みる。九〇条は、八九条二項を準用しているから、部隊組織行動により警護に任ずる場合を原則的には予定しているのに対して、九五条の防護使用は個別的な警護を前提としていると解せられる。もとより、指揮統制により警護をなす場合を全く否定するものではない。静態的な物的防衛力の保護は、あらゆる場合に要請されるのであって、存在態の自己保存の場合——武器使用権限の創設の点に意味がある——たと、機能態の展開——動的展開の中に武器使用権限は存在するから、法的規制に意味がある——の場合たるとを分つところではない。しかも、この認識は、本条の解釈上大きな役割を演ずることになる。

さらには、防護使用における危害許容要件の明示にも意味を認めるべきではなからうか。九五条は、八九条、九〇条二項および九二条三項と異なり、警職法七条を準用することなく明文で危害許容要件を規定している。この規定方式は、防護の主体が当然予想して警護に任ずるとはいえ、瞬間的かつ不法な侵害・攻撃または現在する危険に対する防衛行為・避難行為を想定して立法者が規定をおいたために、準用という立法形式を避けることにより、準用される法規に遡る間接的な思考と判断を、警護の主体に強制することを回避したもので、防護主体による即時的判断を前提としつつ、判断の困難性を緩和する作用をもたしめたものである。のみならず、人に対する危害の許容は、物に対する侵害の排除のための防衛行為としては認められない——ただし、私見も、物に対する侵害が、同時に『人』の生命・身体に対する侵害の結果をもたらすとみなしうる場合は、危害許容の防護使用を認める。警護の客体と防護者の近

接を考えよ——から、『人』に対する防護の場合に限定される。この『人』の解釈をめぐり明示方式は意味をもつ。

客体の問題点から考察する。法文は『自衛隊の武器・弾薬・火薬・航空機・車両又は液体燃料』が、警護と関係づけられた客体であるとする。この文言をめぐっての客体の限定的な解釈は、法文から脱落した船舶・艦艇等をふくめて列挙以外の客体が除外されるという思考におもむく。したがって、かような解釈上除外された客体の警護にあつては、武器使用はなし得なくなる。反対に、本条の客体について例示的解釈を採るならば、法文から脱落した客体をどの範囲まで取り込むかという解釈論上の問題を提起しながら、武器使用の許容範囲の拡大という結果を齎すことになる。この点をいかに考えるべきであろうか。一二一条が、挙示的な文言を用いつつ、包括的に『その他の防衛の用に供する物』としていふことと対比してみると限定的な解釈を採るべきようにもおもえる。

おもうに、防衛機能態の展開の場合は、武力の行使概念の中に右の解釈論上の欠落部分は包含せしめうると考える。なぜなら、防衛機能態は、必ずしも積極的・攻撃的な態様のみをいうのではないからである。

右に対して、警察機能態の展開の場合はどうか。九五条と九〇条一項一号との関係から考えていかねばならない。後者は、武器使用によって保護する客体を『職務上警護する人、施設又は物件』と規定している。施設・物件は、自衛隊の所有に属しまたは使用に帰するかどうかは、法文の上にはあらわれていないから、九五条と九〇条一項一号は、併列したもの——機能面からは、客体の拡大に伴なう武器使用——として読むことができる。もっとも、八九条二項の準用の有無により、常態的には九五条が警護者の個別的判断を、また九〇条が部隊組織行動を前提とした規定であるという基本的な差異はあるが、これとても絶対的なものではないと考えられるから、両者にもとづく武

器使用が、警察機能態の動的展開の事態に可能である。かようにして、警察機能の展開の場合も限定的解釈におもむかざるを得なくなる。とくに、緊急行為の場合は、結果的には、危害許容要件を充足することになり、また統制による使用を排除されるから、両者共、同一に帰着する点に注目すべきである。かように両条が併置されているということと念頭において考えるならば、警察機能態の展開の場では、警護（おおむね防護）の客体は広範になり、したがって武器使用の許容される場合もかなり広いものであることがわかる。

存在態としての基体の自己保存の場合も、警察機能態の場合と同様に限定的に解釈するのが正しい。²⁷⁾

右のような解釈にしたがうと、さしあたり存在態としての基体の自己保存作用の場合には、除外客体をなす船舶・艦艇等の防護のためには武器使用はなし得ないという奇異な解釈が帰結されることになる。

おもうに、船舶・艦艇は、構造面で巨大にすぎるため、立法者は、その全体の防護のために武器使用を許容すると、防護者において、要件の認定が緩和されることとなり武器使用が放恣にながれるという結果を危惧したものではなからうか。もし、立法上の過誤でないとするならば、船舶・艦艇に対する警護は（接岸の場合に問題とならう）、武器・弾薬・火薬・液体燃料の存置場所に重点的な警備がなされ、警護者が配置されることを当然のこととして、その個々について防護の事態を考察すればそれで足りるとしたものと考えざるを得ない。かような解釈は、艦艇自体が、機能面で全的な有機的構造を有している実態を無視した認識に墮することになるがやむを得ない。また、船舶・艦艇以外の法文から欠落した客体については、本体に固定された武器の如きを、警護の客体たる武器を狭義に解する見解を維持しつつ、本体に固定されている必要な属体としての武器に着目して、武器自体を警護客体として把握する解釈

に傾斜することになる。疑問を留保しつつも将来の研究にまきたい。

武器使用により防護がなされる客体（防護客体）は、構造面からみて、各個に分解されて部品として存在し、侵害者からみると外形的特徴から武器とはいえない状態にあるものもふくまれるとしなければならない。また、全く武器としての機能を喪失した状態で存在するものは除外されるが、修復可能なもので防護の客体とされているものはふくむ。さらに、武器と分離して存在するが、それと一体となって、本来の機能をより有効に発揮せしめるための物件も、また、防護の客体との関係ではふくまれると解する。問題は、明文上、防護客体が、防護客体よりも広い点にある。すなわち『人』が、防護客体として挙示されたものに付加されているのである。

本条の『人』の範囲をどのように解するかは一箇の問題である。わたくしは、『警護を職務上義務づけられている隊員のみに限ると解するのがおそらく本条の正しい解釈であろう』^②と主張して、限定的な解釈をしている。反対に、法文が、『人』といい、『自己（又は他人）』と規定していないことに意味を認めて、かように限定的に理解することに反対する立場もありうるであろう。しかし、警護の職務に任じている者（警護義務者であって、現に侵害をうけた警護義務者のみをいうのではない点注意ありたい）とする限定的な解釈が正しいのではあるまいか。私見の論拠と理由は次にのべるところにある。

警護に任ずる者が防護する客体は、武器使用という強力な権限行使の判断の基礎を創成するのであるから、使用者（警護義務者）にとって、攻撃の客体——使用者にとっては防護客体——の識別という点で明白でなければならぬ。ために、警護の客体と警護者とを職務義務を契機として一体不可分なものとして把握した静態面と、武器使用を

許容する判断の基礎を与える防護客体の動態面に分析して論証を試みるのである^②。職務に関連して武器使用を許容される防護者の主観的判断は、防護の客体が防護時点で保持されねばならない侵害に対する安全性の判断と防護義務の内容をなす警護主体に要求される固有の判断との競合の中に求められる。同時に、警護客体に対する侵害は、非公然性・急迫性を帯びることに注意しなければならない。かようにして、警護の客体と警護義務者との関連は合一体として把握すること、すなわち警護の客体と防護の客体のうち物的要素は全体的な考察がなされる必要がある。しかしながら、防護の客体をなす人的要素は右と同一に論ずるを得ないのである。防護客体たる『人』は、判断の主体か、または判断の主体が右の事態で即時的に感応しうる警護義務者という限定を付する必要がある。また、『人』にむけられた侵害は、危害許容要件を充足する点も看過し得ない。限定的解釈によらなければ、武器使用は、存在態の自己保存および警察機能態の展開共に放任に流れるおそれがある。

右のように把握すると、防護の客体たる『人』以外の者、すなわち警護義務者以外の隊員またはその身分を有しない者に対してなされた攻撃の場合は、場所的・近接等の情況の判断が先行するが、端的に、警護客体に対する侵害として把握すればよいことになる。また、この見解は、『人』よりも物に価値的な優位を認めるものではない。しかしながら、攻撃を受けた各箇が正当防衛権を行使できることは別箇の問題である。

事態は瞬間的な評価に関するから、結論的には大差ないが、両説の適用上の差異をあきらかにしよう。私見によると、まず、警護義務者以外の者に対する侵害は、警護客体に対する侵害とみうる程に場所的・時間的に近接しているならば、警護客体自体に対する攻撃と観念するから、右の前提の下で、即時的に、使用許容要件を充足する。けれど

も、物に対する侵害の排除に対しては、武器使用による危害は許容されないとするのが私見であるから、この段階では、相手にむかって銃器・火炮を撃つことはできないことになる。さらに、連続し発展する事態の推移の中で、危害許容要件の充足の有無が判断され——瞬間的ではあるが——、危害を加えうるかどうか（正当防衛の要件を充足するかどうかの評価の後）という思考に至りうる。

私見に反対する見解は、右と同様な事態の下で、まず、『人』にあたるかどうかを確認して——この段階で、他人に対する正当防衛行為として危害許容をなしうるとの誤認もありうるであろう——、しかる後、使用許容要件の充足の評価に移行する。さらに、次に発展する段階で、危害許容要件を充たすかどうかの判断を加えることになり、思考経済の上で、失当であるように考える——使用許容の判断の時点が、瞬間的ではあるが時間的に後位する——。

内部からなされる侵害・攻撃や夜間に密行される侵害をも考慮におくと、限定的解釈の方がより妥当な結論をもたらすであろうということが容易に理解される。

右の分析を経て、問題解決の局面は、『相当の理由』（相当性）——右の両場合について異なるところはないが——の評価に移行する。私見がさらに、一歩を進めて、相当性の要件が本条の場合は、ゆるやかに解さるべきだとする提唱も支持^⑩されることであろう。

比例原則が浸透することは明文上明らかであり、詳論する必要はない。

なお、警察機能態の武器使用の理論は、次の二場合にも準用規定により、妥当する場を見出すことになる。

一 防衛機能態は、その展開にあたり必要に応じて警察機能を担当することができる（九二条一項）。その権限とくに武器使用については、警察機能態の動的展開の場合と同じである（九二条二項、三項）。

二 海上における警備行動における武器使用には、九三条一項で、警職法七条が準用され、使用についての統制を原則とする。また、その指揮系統の排除については八九条二項が準用されるのである（九三条三項）。

ただし、海上における警備活動に従事する隊員の、陸上におけるまたは陸上にむけた武器使用は、法文上必ずしも明らかではない。警察機能態の動的展開の場ではなしうるとわたくしは考えるが、警職法七条の準用を認めるべきで、この範囲を超えないものとおもう。

注

- ① 警察機能態の展開の場合については、八九条二項、九〇条二項、防衛機能態展開にともなう警察機能については九二条三項。また、海上における警備行動時の権限行使とくに武器使用については九三条三項。
- ② 拙著『防衛刑法』二七頁以下の叙述体系を参照されたい。ここでは、本文のような認識の上で、本条に通則的地位を与えている。
- ③ 西ドイツ法制においては、刑法上の緊急行為について警察官の職務執行に関する規定と刑法典との間には、わが国における警職法と刑法との間の距離よりもさらにへだたりが存するとの指摘がある（土屋正三「警察官の武器使用について」警察研究二七巻一号三五頁参照。なお、同「西独の警察」（補遺）③・警察研究二五巻三号三四頁以下参照）。
- ④ 藤木英雄「武器使用の正当性」法律のひろば二三巻七号五頁参照。
- ⑤ 土屋・前掲論文、警察研究二七巻一号三五頁、田上穰治『警察法』一四五頁参照。
- ⑥ 藤木・前掲論文六頁。

- ⑦ Endres, Der militärische Waffengebrauch, 2. Aufl., 1903, S. 18; Arndt, Grundriss der Wehrstrafrecht, S. 72.
- ⑧ 莊子邦權『刑法総論』三三〇頁参照。
- ⑨ Vgl. Arndt, a. a. O. S. 73.
- ⑩ 藤木・前掲論文六頁参照。
- ⑪ 認めるのが通説である。たとえば、団藤重光『刑法綱要総論』一六三頁、木村龜二『刑法総論』二五七頁、Mezger, Strafrecht, S. 234 ff.; Welzel, Das Deutsches Strafrecht, 10 Aufl., S. 82.
- ⑫ Vgl. RGSt, 72, 583.
- ⑬ Vgl. Endres, a. a. O. S. 22.
- ⑭ Arndt, a. a. O. S. 74.
- ⑮ 藤木・前掲論文七頁参照。
- ⑯ Vgl. RGSt, 72, 183; BGHSt, 3, 194; 5, 245. わが判例も防衛意思を必要と解する(大判昭和十一年十二月七日刑集一五卷一五六一頁)。学説でこれを認めるものとして、木村龜二・前掲書二六一頁、団藤重光・前掲書一六五頁、小暮得雄「正当防衛」(刑法講座二卷)一四二頁。反対、植松正『全訂刑法概論(総論)』一四九頁、小野清一郎『新訂刑法講義総論』一三三頁。
- ⑰ 藤木・前掲論文五頁参照。
- ⑱ ちなみに、『警察官けん銃警棒等使用および取扱い規範』一〇条は、相手にむけて武器を使用しうる場合に、正当防衛と緊急避難とを同列におく。
- ⑲ ドイツ旧法のこの点の問題状況について、Endres, a. a. O. S. 23 f.
- ⑳ 出射義夫『警察官等職務執行法詳解』一三八頁、同『警察官職務権限要綱』二二二頁。同旨、石川才頭「警察官の武器使用と正当性の限界」法律のひろば二三巻八号一一頁、莊子・前掲書三二四頁。
- ㉑ 特別義務は、危難忍受義務のことであって、業務——本文では職務——の遂行に伴なって通常生ずることのある危難を忍

受し、またはその危難をおかして行動する義務をいう（森下忠『業務上の特別義務者と緊急避難』佐伯遷曆Ⅱ犯罪と刑罰（上）三五七頁参照）。そして、危難は、一身上の危難のうちとくに生命・身体に対する危険をいうこと本文で指摘のとおりである（Vgl. Endres, a. a. O. S. 27）。また、右の義務は法的義務であるべきである（木村亀二『緊急避難と業務上の特別の義務』法学志林三五巻四号八二頁）。

⑳ しかし、これとても、必ずしも絶対的なものではないとすること通説である。その設例として、消火作業中の消防職員が、くずれ落ちてくる梁の下敷きになるのを免れるために隣家の板べいを破って避難する行為を挙げ、肯定する（大塚仁『刑法概説（総論）』二六三頁、小野清一郎『新訂刑法講義総論』一一八頁、団藤・前掲書一七六頁、森下・前掲論文三七〇頁）。江家博士は、この場合、その避けようとした害と同程度の害を他人に加え得ないとされる（江家義男『刑法総論』一〇九頁）。そして、森下教授は、『法が特別の者に課する危難忍受義務は、他人のある程度重大な法益をぎせいにしてまで自己の安全をはかるべきでない、という意味のものであろう』と説かれる（森下・前掲論文三七〇頁）。本文との関係では、この場合、武器の使用は、右の範囲で可能であるようにおもう。

㉑ 学説として、たとえば、小野・前掲書一二六頁、団藤・前掲書一七六頁、森下・前掲論文三五七頁。

㉒ 上原誠一郎『警察官職務執行法について（下）』警察研究二〇巻三号四五頁、同『警察官等職務執行法解説』一一九頁参照。

㉓ 出射・前掲『警察官職務権限要綱』二二二頁参照。

㉔ 拙著・前掲書二七頁以下は、体系的な叙述という点から、権限行使の章下におき、通則的位置を与えているのは、かような思考を前提とする。

㉕ 拙著・前掲書二八頁参照。

㉖ 拙著・前掲書二九頁。

㉗ 拙著・前掲書二八頁以下。

㉘ 拙著・前掲書二九頁。

四 武器不正使用罪

—— 刑罰による武器使用の規制 ——

正当な理由がなくて自衛隊の保有する武器を使用する行為は刑罰により規制される（一一八条一項三号）。本罪の本質の把握と解釈上の問題点の究明は、既述のような体系構築に立脚すると容易にならうように考える。

（二） 武器使用に関し、部隊組織行動を前提として、指揮官による使用統制が明文上要求される原則的な場合に、指揮命令にもとづくことなくして個別的に使用したならば、目的の如何を問わず本罪が成立する。ただし、指揮命令という使用統制を前提として、それを承けて一一八条一項三号の犯罪構成要件が設定されていると考えるからである。法が正当な理由なくと規定する法意は、第一に、かような意味で理解するべきである（八九条二項、九〇条、九二条、九三条、九五条）。

存在態としての基体の存立のために、原則的には部隊行動による武器使用を法は予定していない。しかし、教育訓練等による使用等をふくめて法令による特例の場合には別論である。個別使用も亦例外的である。したがって、防護使用に例外がありうるが、個別使用は本罪にあたることになる。

警察機能態の動的展開の場合で、指揮官の使用統制による原則に違背して使用するならば、本罪に該当し、使用者には、本罪のほか抗命罪の成立を認めるべきである^①。また、使用により発生した結果について刑法各本条の成立を論ず

ることになる。指揮官が武器の使用を下令すべき情況や事態にないこと——使用許容要件の充足がないこと——を認識して、使用を下令した場合、受命者が命令に拘束されることがありうる。かような場合は、当該指揮官に本罪の間接正犯と部隊不法指揮罪（一二〇条一項四号）の成立がありうることになる。両者は、併合罪である。また、発生した結果について刑法各本条の成立を論じなければならない。^③しかし、拘束命令を受領し、それを実行した行為者たる部下は、責任が阻却される場合がある。

（二） 指揮官の指揮命令による使用統制を排除されて武器使用がなしうる場合に、使用許容要件の充足なくして使用すると本罪が成立する。緊急行為に対するものとして個別的に使用し得ないのに、故意に、使用したならば、九五条の場合（そして、おそらく九六条の場合も）をふくめて本罪の成立を論ずるべきである。刑法三六条、三七条に藉口して武器使用をなした場合には、もとより不正使用である。けれども、要件逸脱の場合が、すべて本罪にあたると解するのは早計である。急迫・不正の侵害または現在する危険が存在しないのにかかわらず、現存すると誤信して使用した場合は、それが職務に関連しての使用であるとしても違法性が阻却されることはない。違法使用というべきであるが、不正使用ではない。武器使用による防衛行為、避難行為が、その程度を超えた場合も同様である。共に刑法各本条によることになる。しかし、責任が軽減・阻却される場合があるのは別論である。

また、職務に関連することなく武器を使用したならば——物に対する場合、地面または空中に向けて使用した場合をもふくめて——、本罪の成立の有無が論ぜられることにならう。

本罪の主体は、隊員のみに限らない。^④武器使用という権限行使を正当化されるのは、隊員である身分を有すること

を要件とするが、不正使用罪の主体には、制約がないと解する。故に本罪は立法当時から有力に主張されているように身分犯ではない。強弁すると身分犯と解するべきではない。立法形式は身分犯であるかのように読めるが、反対の立場からも理由づけはなしうるし、後者の立場の方が説得力を有する。そうして隊員以外の者についての正当化事由は希有な事例に属することになろう。

客体の範囲は、次のように考えなければならない。^⑤ 正当使用の『武器』概念は、存在態としての基体の存立と機能複合態の展開における千変万化の流動的事態における権限行使の手段との関連で把握される。ところが本罪の客体としての武器は、主体の無限定とも関連して拡大の思考による。すなわち、積極的な権限行使における使用のための武器は、機能複合態の展開に応じての限定思考によるが、不正使用罪の客体は、右の使用に供するために展開するところの自衛隊の所有し又は使用する武器を全的存在として把握することになる。したがって、権限行使との関連で確定した『武器』概念に加えて、本体に付属した(固定しているもののみをいうのではない)武器をも、全体として本罪の客体にふくめる必要がある。両者をふくめる意図で、わたくしは、かつて『武器』とは、およそ人の殺傷を目的とする——直接的には物の破壊を目的とするが人の殺傷の結果をもたらす目的を有するものをふくめて——『装置』^⑥をいふと定義したのである。したがって、本体の不正使用もまた本罪にふくまれうる場合がありうる。しかし、この問題解決のためには、使用概念に言及しこれを明確にしておかなければならない。

不正使用罪における使用概念は、人または物に対して、武器を、『武器として』——その機能を發揮せしめるため——使用することであって、そうでない使用の場合は、本罪の構成要件に該当することはないとしなければならぬ

⑦。したがって、たとえば銃器による殴打、銃剣を用いて門扉を開く行為などは本罪ではない。また、本体に固定された武器との全一体については、本体のみの単なる操縦・運転による場所的移動・飛翔のみでは本罪はまだ既遂に達しない場合が多いとしなければならない。もとより全一体それ自体が、結合の密着性という面で武器そのものの概念に該当する場合は、移動・飛翔が使用にあたることもありうる。本罪が既遂たるか否かを問わず、本体の移動・飛翔・航行が別罪を構成することがあるのはいうまでもない。本体に付属する武器——本体より分離された場合は、固有の武器として論ずればよい——を、『使用』したときにはもちろん本罪に問いうることになる。武器による威嚇も、使用にあたらぬし、故意を有しない誤射もまた——現代国家においては立法による規制が必要であると考えるが——、本罪でいう使用にはならないであろう。

注

- ① 拙著・『防衛刑法』一〇〇頁は、想像的競合の関係で把握したが、併合罪であると解する。旧説をあらためる。
- ② 拙稿・「抗命の法理」政経論叢一六号一五八頁以下参照。
- ③ 拙著・前掲書一〇〇頁。なお、抗命罪との関係とくに抗命の理論的考察については、拙稿・前掲論文一四一頁以下参照。
また、違法な拘束命令の存在と当該命令を履行した行為者の刑事責任については、拙稿「違法拘束命令と行為者の刑事責任」国士館法学四号八一頁以下。
- ④ その理由については、拙著・前掲書九八頁以下参照。
- ⑤ 拙著・前掲書九九頁は、『人の殺傷を目的とする武器』はすべて本罪の客体にふくめると主張している。
- ⑥ 拙著・前掲書九九頁。
- ⑦ エム・エー・マイヤーによる示唆を引いた (M. E. Mayer, Deutsches Militärstrafrecht, I, Allgemeiner Teil, S. 35).

note 46. など。 Vgl. Decker, Das Militärstrafgesetzbuch, S. 286)。

⑨ Vgl. Arndt, a. a. O. S. 263; Dreher-Lackner-Schwalm, Wehrstrafgesetz; Kommentar, § 46, 3; Kohlmann, Wehrstrafgesetz, Kommentar, § 46, 2.

五 結 語

本稿は、自衛隊法を中心に、武器使用をめぐる諸問題の総合的考察を意図したものであった。また解釈論上の論点の提起はその概要を別の機会に試みたことがあるのでつとめて体系的な論述を展開した。体系構築の過程で、包蔵された問題はきわめて難解であることを知り得たし、巨大な機構と複雑な機能複合態の動的展開との関連の下での接近には困難がともない、考察のための起点は捕捉しながらも、なお説明されつくされざる問題も残されることになったようにおもう。けれども、刑法上の正当防衛と緊急避難概念が、警察官職務執行法・自衛隊法への準用という戸過に より、どの範囲で修正をうけるかという解明の目的の一面は達成され得たように考える。また、体系化は、その副産物として、武器使用についての行政刑罰による規制の解釈原理を導き出すことにもなった。全体をさらに俯瞰して、不正使用罪の本質を究明し、本罪の主体に隊員以外の者をふくめるといふ論者の主張を論証することによって、本罪には、異質な面が混在することを抽出し、体系構築の実益論を展開することにしよう。

武器使用は、原則的に、指揮官の統制に服せしめるとするものが、自衛隊法が確立する鉄則である。したがって、不

正使用には常に抗命の要素（義務違反）が伴なう。

- (一) 武器使用を下命された場合——刑法三五条の正当行為である——、受命者が、
- (1) 命令の内容にしたがって使用する場合は、不正使用ではない。
- (2) 使用はするが命令が内容とする種類、時期、方法等に準拠して使用しない場合は、不正使用ではなくして抗命罪が成立する。

(3) 使用の下命があるにもかかわらず使用しない場合は、抗命罪である。

(二) 武器を使用せざることを下命された場合、受命者が、

- (1) 命令に反して使用したならば（緊急行為の手段として使用した場合は別論として）、権限がない使用であるから不正使用罪と抗命罪が成立する。

(2) 使用しない場合は、命令にしたがったのであるから行政犯は成立しない。

(三) 存在態としての基体の活動または機能態の動的展開に伴なう個別的な権限付与の場合、権限なくして使用すると不正使用罪が成立する。けれども、個別的に権限を与えられている場合以外は、使用を禁止する一般命令が前提とされていると考えるならば、抗命であると解しうる。

(一)(二)(三)を通じて——とくに(一)、(二)の場合は、使用または不使用の下命自体が、法の所期するところと一致しないならば、下命者に、不法指揮罪の成立がありうるが——、指揮命令による統制を前提とすることから抗命的要素が強度であることが首肯される。それ故、身分犯として本罪をとらえるのは十分理由がある。(四)ところで、権限行使——武

器使用もふくめて——は、物的・人的防衛力を構成要素とする機能複合態の展開であるから、法により厳正に規制を
する必要がある。ために、この面から両防衛力の結合の実体を直視すると、主体が隊員に限定されることは決定的で
あるといつてよい。しかし、法の精神は、積極的な権限行使の場合にのみ及ぶのではない。物的防衛力を構成する武
器が、みだりに身分ある者以外の者によって使用されることの規制にまで及ぶと考えなければならぬ。基体の存在
および機能複合態の展開の場を想定するならば、当然、このような解釈におもむくことになる。とくに、隊員以外の
者が、武器を使用した場合には、権限の創設ということはあり得ないし、正当化事由はないといつてよい。本罪、刑
法各本条違反のほか、銃砲刀剣類等所持取締法違反、火薬類取締法違反等の成立がある。しかも、使用者は、人的防
衛力の構成要素ではないから、不正使用罪によって侵害をうける法益は、物的防衛力ということになる。

かようにして、不正使用罪の本質は、主体の如何によって異なりうる事が分明になる。すなわち、(一)、(二)、(三)の
場合は、抗命罪との関係を無視し得ないが、(四)の場合は、防衛用物損壊罪と同様に、損壊以外の『武器本来の使用と
いう行為』態様による物的防衛力の侵害としてその本質を把握しうると考える。^①

① 拙著・前掲書六六頁以下で、本罪の各論上の位置付けを体系との関連で主張するにあたり論証をしている。なお同書九七
頁以下参照。