

爆発物取締罰則一条の「使用」の 意義と不能犯の法理

——「起爆装置の欠陥により爆発しない手製爆弾の導火線に点火して投てきした
行為が爆発物取締罰則一条にいう爆発物の『使用』にあたる」とされた事例——

(爆発物取締罰則違反被告事件、最高裁昭四九(四)二五九一号、昭和五一年三月一六日第三小法廷判決、
破棄差戻、刑集三〇卷二号一四六頁、判例タイムズ三三五号三三二頁、判例時報八一〇号一四頁。)

刑事判例研究会

奥村正雄

【事実】 被告人は、他数名の仲間と共謀して、警察官に対する襲撃計画にのっとり、治安を妨げ、かつ人の身体、財産に危害を加える目的をもって、ピースの空かんにダイナマイトを詰め、これに工業用雷管一本およびパチンコ玉数个を埋め込み、末端に接着剤を付けた長さ十数センチメートルの導火線を工業用雷管に差し込んで接着させ、ふたの中央部に穴をあけ、これに導火線を通してふたをし、ふたとかんとの接合部分に梱包用の接着テープを巻き付けて両者を固定し、もって爆発物であるピースかん爆弾一個を用意し、その手製爆弾の導火線に点火して、これを警視庁機動隊の庁舎正門付近に投てきしたが、爆発しなかった。不発の原因は、鑑定結果によれば、右のように接着剤によって雷管に接着させたため、接着剤が導火線の末端から約四ミリメートルの部分の黒色火薬にしみ込んで、当該部分の黒色火薬が湿り、導火線の燃焼がこの部分で中断したことにある。

ところで、右行為は、爆発物取締罰則(以下、本罰則とよぶ)一条の爆発物使用罪(以下、使用罪とよぶ)に該当するとして起

訴され、一審の東京地裁(東京地判昭和四八年一〇月二三日判タ三〇三号二六三頁)では、(1)このような欠陥のある爆弾が爆発物といえるか、(2)爆発物であるとしても、それを使用したといえるかの二点が争点となった。まず(1)の点について、同判決は、本件ピースかん爆弾は不完全なものであるが、導火線をとりにかえて新しい導火線を雷管ばさみ等で固定するという比較的簡単な作業により本来の機能を發揮するにいたるから、その危険性は完全な爆弾と区別できず、なお本罰則にいう爆発物にあたる、とした。しかし、(2)の点について、本件爆弾は導火線の欠陥により、これに点火して投てきしても、いわば絶対的に爆発しないものであったから、同爆弾を爆発すべき状態にいたとはいえず、本罰則一条の使用罪に該当しないとされた。

そこで、検察官から控訴がなされた。一審の東京高裁(東京高判昭和四九年一〇月二四日判タ三三〇号三〇六頁)は、本件爆弾の爆発物性について一審判決と同様に解し、「使用」の意義について、爆発可能性を有する物件を爆発すべき状態におくことで足り、現実に爆発することを必要としないが、本件爆弾は補修を施さないかぎり、点火投てきの方法により爆発可能の状態におくこと、すなわち「使用」することはできないものであるとして、控訴を棄却した。そこで、検察官から判例違反等を理由とする上告がなされた。

【判旨】 第三小法廷判決（以下、本判決とよぶ）は、①本件爆弾が導火線に点火することによって爆発すべき基本的構造、性質を有するものであったこと、②不発の原因となった接着剤の使用が導火線への点火による爆発をつねに不可能ならしめるものではないこと、③本件行為当時、被告人は接着剤の使用が燃焼中断、不発の原因となると全く予想しておらず、導火線への点火により、確実に爆発させうるものと信じており、また一般人においてもそのような信じるのが当然であると認められる状況にあったことの事実を前提として、「被告人らの本件行為が、同条の構成要件的行為である爆発物の使用、すなわち『爆発の可能性を有する物件』を『爆発すべき状態におく』ことに該当するかどうかは、単に物理的な爆発可能性のみから判断されるべきではなく、本条の立法趣旨、罪質及び保護法益を考慮しつつ、『使用』についての前記解釈をとり、本件爆弾の構造上、性質上の危険性と導火線に点火して投げつける

行為の危険性の両面から法的な意味において、右構成要件を実現する危険性があつたと評価できるかどうか判断されなければならない。

これを本件についてみると、前記説示の事実関係を前提とすれば、本件爆弾には原判示のような欠陥はあつたものの、これは基本的構造上のもではなく、単に爆発物の本体に付属する使用上の欠陥にとどまるものであるから、法的評価の面からみれば、導火線に点火して投げつけるという方法により爆発を惹起する高度の危険性を有するものと認められ、したがって、被告人らが爆発物取締罰則一条所定の目的で、本件爆弾の本来の用法に従い、これを爆発させようとして導火線に点火して、警察官らが立番中の第八、第九機動隊の正門にめぐけて投げつけた行為は、結果として爆発しなかつたとしても、爆発物を爆発すべき状態においたものであり、同条にいう『爆発物ヲ使用シタル者』にあたると解すべきである。」と判示して、原判決を破棄して原審に差し戻した。

【研究】 判旨におおむね賛成する。

一、本件の争点は、導火線の欠陥によって爆発しない爆弾の導火線に点火、投てきした行為が本罰則一条の「爆発物ヲ使用シタル者」に該当するかどうかであるが、ある物件が「爆発物」にあたるとされてはじめてある行為がその「使用」に該当するかどうか問われるのであるから、まず、本件ピースかん爆弾が「爆発物」といえるかどうか問題となる。もっとも、この点に関しては、一・二審および本判決とも争いがなく、本件爆弾を本罰則一条にいう「爆発物」と認定した。しかし、一・二審の認定の仕方には問題があるので、最初にこの点を検討しておく。

ところで、爆発物の意義については、最高裁^大昭和三十一年六月二七日判決（刑集一〇卷六号九二一頁。また、最一小判昭和二八年二月一三日刑集七卷二号二二二頁も同旨。）が、「爆発物取締罰則にいわゆる爆発物とは、理学上の爆発現象を惹起するような不安定な平衡状態において、薬品その

他の資材が結合せる物体であつて、その爆発作用そのものによつて公共の安全をみだし、または人の身体、財産を害するに足る破壊力を有するものをいう。」と定義している。一・二審判決とも、この線に沿つて、欠陥を有していても比較的簡単な作業で本来的機能を回復し、その危険性において完全な爆発物と区別すべき理由はないとして、本罰則一条の「爆発物」と認めた。しかし、一・二審の「爆発物」および「導火線」の把握の仕方からすれば、この判断は問題がある。それによると、導火線の欠陥を「起爆装置の構造に欠陥があつた」とするのだから、爆弾本体と導火線を一体として「爆発物」とみているようである(伊藤、『爆発物取締罰則一条にいう「使用」の意義』警論二九卷六号一五五頁。)。しかしそうだとすると、本罰則一条における「爆発物」は使用することのきわめて危険な物体でなければならぬから(西原、『爆発物取締罰則における爆発物所持罪と、起爆装置に欠陥のある爆弾を、なお爆発物とよぶことには問題がある(曾根、『爆発物使用罪の成否』判タ三三七号九四頁。)。

次に、「比較的簡単な作業」を加えれば爆発可能であるとしてしている点について考えてみよう。欠陥爆弾が「爆発物」といえるための基準を一般的命題の形で定義した東京高裁昭和四八年一〇月一日判決(判タ三〇三三三頁。)によると、本罰則一条の「爆発物」は「直ちに爆発物として使用できるよう完成されたものでなければならぬ」し、「その欠陥が根本的構造上のもの」であつてはならないとされている。ところで、「比較的簡単な作業」とはいつでも、本件爆弾から「導火線の瑕疵ある部分をとり除いたうえ、雷管ばさみ等の器具を用いて導火線を雷管に固定する」という作業を施さねばならないのだから、「直ちに爆発物として使用できるよう完成されたもの」とはいえない。したがつて、一・二審判決の考え方からすれば、本件爆弾を本罰則一条の「爆発物」と認定することにはいささか無理がある。そもそも、導火線ないし起爆装置は、本罰則三条にいう「其使用ニ供スヘキ器具」と解される(木宮、特別刑法詳解一卷三五六頁、西原、前掲一四三頁、伊藤、前掲一五五―一五六頁。)ものであるから、その「器具」の欠陥が本罰則一条の「爆発物」の認定に影響を与えるものではない。本判決が「使

用上の装置」と解して爆発物性を認定したのは、その意味で妥当であろう。

二、本罰則一条にいう爆発物の「使用」の意義に関して、本罰則制定の主旨を説明した『爆発物取締罰則説明』(司法資料別冊二七号「日本近代法令集下」三三二頁)は次のようにいう、「本則ニ於テ最モ悪ミテ痛ク禁遏ヲ加ヘント欲スルノ主眼ハ、爆発物ヲ使用スル目的ト其使用スル物品トニ在リ。故ニ尚モ他ニ危害ヲ与ヘント欲シテ爆発物ヲ使用スルモノハ其治安ヲ妨クルト人ノ身体財産ヲ害スルトヲ問ワス之ヲ同一ノ刑ニ処ス。他ナシ其危害ヲナスノ大小ニアラスシテ爆発物ヲ使用スルノ目的ト又其使用シタル物品ノ爆発物タルトヲ悪ミテナリ。此場合ニ於テハ……其目的ヲ遂ケタルモ目的ヲ遂ケ得サルモ総テ本条ニ抛テ処断スルモノトス……」と。その要点は、他に危害を与える目的をもって爆発物を投てきした以上、爆発の有無を問わず、使用罪が成立するということである。この線に沿った先例がみられる。大審院大正七年五月二四日判決(刑録二四輯六一三頁)は、「爆発物取締罰則一条ニ所謂ル爆発物ノ使用トハ同条所定ノ目的ヲ達スルカタメニ爆発可能性ヲ有スル物件ヲ爆発スヘキ状態ニ措クノ謂ニシテ現実ニ爆発スルコトヲ必要トセス」と判示しており、最高裁(一少)昭和四二年二月二三日判決(刑集二卷一三三三頁)も同様に、「一般的に治安を妨げ、または犯人以外の人の身体もしくは財産を害するおそれのある状況の下において、爆発物を爆発すべき状態に置けば足り、犯人の具体的目標とする人の身体もしくは財産を害する状況の下に置くことを要するものではない」としている。学説も大体判例の立場を支持している(大塚、特九頁、木宮、前掲三四七頁)。したがって、本罰則一条には、既遂の他、実行未遂の形態も含まれることになる。

ところで、欠陥導火線のついた本件爆弾を点火、投てきした行為が、この実行未遂の形態すなわち「爆発スヘキ状態ニ措」いたといえるかが問題となる。この点につき、本件の一、二審判決と本判決が反対の解釈を示した。本判決は、①本件爆弾が導火線に点火することによって爆発すべき基本的構造と性質を有していたこと、②不発の原因とな

った接着剤の使用が導火線の点火による爆発をつねに不可能ならしめるものではないこと、③本件行為当時、被告人は導火線に点火すれば確実に爆発する構造、性質を有する爆弾であると信じており、また一般人においてもそのような信じるのが当然であると認められる状況にあったことなどの事実を前提とし、本件爆弾は「法的評価の面からみれば、導火線に点火して投げつけるという方法により爆発を惹起する高度の危険性を有するもの」と認められ、本件行為は、「結果として爆発しなかったとしても、爆発すべき状態においたもの」であると結論づけた。すなわち明言しているわけではないが、「不能犯の法理」を判断の前提とし、規範的観点から、以上のように結論づけたと思われる。しかし、一、二審判決は、本件爆弾の導火線と雷管の固定方法に欠陥があって、そのままでは導火線に点火して投てきしても絶対に爆発を起こす危険性のないものであったと物理的に判断して、本件行為は「使用」に該当しないとした。さらに、検察官から本件行為は可罰的な実行未遂にあたり、いわゆる不能犯にあたらぬ旨が主張されたのに対して、本罰則一条のような挙動犯は、結果の発生を構成要件要素としない犯罪であるから、「不能犯の法理」は働かないとして、その主張をしりぞけた(具体的危険説の立場から一、二審判決に反対するものとして、
鎌倉二爆発物使用罪と不能犯 警研四六卷五号五〇頁。)。

三、そこで、使用罪の成否の検討に入る前に、本件のような挙動犯の事例についても「不能犯の法理」を適用しうるかどうかを検討してみよう。

確かに、不能犯論は、通常、結果犯に適用される論理ではあるが、そもそも、この理論は、一定の刑罰法規の構成要件に内包される法益侵害の危険性との関連で、危険な可罰未遂と危険でない不可罰未遂の限界を見出すために打ち立てられた論理である。したがって、本罰則一条の解釈に際しても、構成要件的行為として予定されている可罰的な実行未遂と不可罰的な未遂類似行為との限界づけに適用される法理であるといわなければならない。また、本罰則一

条の使用罪が挙動犯だとしても、少なくとも「爆発スヘキ状態」の発生が必要であり、すなわちたとえ具体的になくとも法益侵害の危険の発生を必要とするのであるから、たんなる形式犯ではなく、実質犯であると解される（同旨、白井、欠陥のある爆弾の点火、投てき行為と爆発物使用罪の成否）。そのなかでも、危険犯であり、抽象的危険犯の一種（たんなる抽象的危険犯であれば、ひろば二九卷六号五二―五三頁、曾根、前掲九四頁参照）。明は不要であるが、使用罪は「爆発スベキ状態」の発生が必要だから、やや具体化した危険の発生の証明が必要であろう。その点で、使用罪は（具体的危険犯の性格を有するが、個々の具体的な人の身体、財産を害するおそれのある状況をつくり出したことの証明までする必要はない）であるが、公共の安寧または人の生命、身体に対する危殆化が必要であるから、結果発生の一般的可能性があるか否かという点で、「不能犯の法理」が十分働くものといえる。すなわち本罰則一条の場合、いわゆる実行未遂も既遂の形態に含まれるから、「既遂犯と不能犯とを分かつ基準として用いられるのである」（曾根、前掲九四頁）。なお、爆発物使用罪は、「爆発スヘキ状態」を構成要件的结果とする結果犯であると解し、いわゆる実行未遂の形態を本罰則二条に含ませて、その適用により処断するという見解（曾根、前掲九四―九五頁）がある。一個の見識かもしれないが、本罰則一条は、通常の犯罪概念である既遂、未遂とはかなり異なったものであり、同二条も一般的にいう未遂犯とは概念が異なり、「使用セントスルノ際発覚シタル」場合、すなわち着手未遂にのみ適用がある（木宮、前掲二八九頁。田藤、刑法各論（増補）一八五頁）とされる点からみても、本件のようないわゆる実行未遂の形態のものが、文理解釈上、同二条の要件に該当するかどうか疑問であろう。また、「爆発スヘキ状態」の発生を「結果」とみるのは正しいが、それはあくまで危険の発生を内容とするものであり、それを挙動犯でなく結果犯とするのはどうであろうか。結果犯とみれば、結果的に爆発を要件とするのと径庭がなくなるであろう（同旨、中野、爆発物取締罰則一条にいう爆発物の「使用」の意。判時八二五号一五九頁）。さらに、抽象的危険犯であっても、その危険性の存否にあたっては具体的諸事情を考慮すべきだとする立場から、本罰則一条の解釈にあたり、「『爆発物ヲ使用シタ』といえる場合でも、爆発力の大きさ等々の当該爆発物の性質、爆発物を使用した時刻・場所、周囲の自然的状況、爆発物の使用態様など、個別の場合における

る具体的諸事情を顧慮したうえで、かの保護法益を何ら危殆化することがないときには、当該規定が予定する違法性を具備しないものといわなければならない」（岡本、『抽象的危険犯の問題性』〔法学三八卷二二号二三〇頁〕）とする見解がある。これは、本件や不能犯論との関係で述べられたものではないが、使用罪の性格についてのものなので、検討しておきたい。岡本助教教授によれば、構成要件の罪刑法定主義的保障的機能を重視する立場からは、構成要件要素はあくまで記述的なものであるべきであり、その規範的性格の強調は恣意的な構成要件判断をまねく（そのために抽象的危険犯の形式犯的処罰が現実に行なわれてきた）。そこで、当該行為が構成要件として定立している観念形象にあてはまる場合であっても、構成要件の予定する保護法益との関連で、違法性の段階で実質的判断を行ない、当該法益を何ら危殆化しない行為は違法性が阻却される。これが抽象的危険犯の制限的解釈だとされる（岡本、前掲一〇二頁以下、と）。したがって、規範的性格を有する本罰則一条の「使用」の制限的解釈は、違法性の段階に求められる。そうだとすれば、一般に治安を妨げ人の身体、財産を害する目的をもって、そのおそれのある状況下で、当該爆発物をその構造上予定された方法によって爆発させるべく用いれば、一応、使用罪の構成要件の観念形象にあてはまり、本件のような爆発物の欠陥などの事情は、違法性の段階で実質的判断が加えられることになろう。しかし、ある程度の具体的な事情の考慮は必要であるとしても、使用罪が抽象的危険犯である以上、個別具体的な保護法益の危殆化まで必要としないから、違法性の段階で当該保護法益との関係で具体的な危険判断を要求するのは困難ではないか。なるほど、使用罪をたんなる抽象的危険犯と解すれば、形式犯的処罰にいたる可能性が大きく、保護法益を何ら危殆化しない行為の不可罰性は違法性の段階に求めるしかないかもしれない。しかし、使用罪は、前述したように、実質犯で抽象的危険犯の一種であるが、具体的危険犯の性格を有し、すなわち実行未遂の形態が構成要件要素となっているため、「爆発スヘキ状態」の発生を必要とする。

したがって、行為の保護法益に対する危険性の判断は構成要件の段階で行ない、何ら危険でない行為は、「使用シタ」のではない、すなわち使用罪の実行行為性を欠くとしても、構成要件の恣意的判断にはならないのではないかと。少なくとも、使用罪については、この方が、構成要件の違法類型化が定着している以上、制限的解釈になるのではないかと。

以上、不能犯論、危険犯論との関連で、本罰則一条の解釈につき検討してきたが、総括すると、「爆発物使用罪の罪質、保護法益及びその構成要件の構造にかんがみ……（爆弾の）構造上、性質上の危険性と導火線に点火して投げつける行為の危険性の両面から、法的な意味において、結果発生の可能性、法益侵害の危険性があったかどうか、言いかえれば同罪の構成要件的行為としての『使用』の実行行為があったといえるかが判断されるべきである」（白井、前掲五四五頁）。

本判決は、このような立場から解決をはかっていると考えられる。もっとも、一、二審判決においても、「不能犯の法理」を否定してはいるが、「絶対に爆発する危険性のないものであった」として、挙動犯としながらも実はその判断構造において不能犯論を採用しているとも受けとれるのである（同頁、白井、前掲五三三頁）。いずれにせよ、こうして、本件において「不能犯の法理」が働くことが明らかとなった。そこで、次に、本判決は、不能犯論のなかのいずれの立場で本件の使用罪の成否を処断していると考えられるか。また、いずれの立場によって処断するのが本件の場合に妥当であるかを検討してみたい。

四、本判決は、判旨に挙げられた理由によって、本件行為に爆発物使用罪を適用したわけであるが、その帰結は、一般に具体的危険説によるものと評価されている（判時八一〇号一五頁の解説、判タ三三五号三三三頁の解説、内藤、「時の判例」ジュリ六一七号九六頁、同「最高裁判所判例解説」曹時三〇巻三三三号一六六頁、中野、前掲一六二頁、白井、前掲五四頁、曾根、前掲九四頁、四一九五頁）。

ところで、判例の立場は、周知のように、一般に絶対・相対不能説によっているといわれるが、具体的危険説に移りつつあるという見方もある(佐伯、改訂刑法講義(総論)三二〇頁、大塚、注解刑。法三一四頁、中山、刑法総論の基本問題二二九頁等)。しかし、絶対・相対不能説を必ずしも徹底させているわけではなく、具体的危険説によって判断している事例もある、という見方(平野、刑法総論Ⅱ三二六頁以下、中、刑法総論一九六頁以下等)が強い(判例の不能犯事例全般に関する立場を分析する余裕はないが、総合的に分析したものととして、植松、総合判例研究叢書③二二三頁以下、香、川、岡藤編・注釈刑法②のⅡ四九三頁以下、西山、大塚編・判例コンメンタール8刑法一四三七頁以下、大塚、注解刑法三二二頁以下等)。いずれにせよ、「かなり客観的な立場をとっていることは否定できない」(平野、前掲)三三七頁と思われる。

そこで、本判決をみると、事実問題として、「判旨」の項で挙げた主に三つの点を認定したわけであるが、とくにその③の点をとらえ、具体的危険説によるものと評価されている。しかし、果たしてそのように断定できるかいささか問題である。そもそも、いわゆる具体的危険説とは「事後になって知られた一切の事情を危険性判断の資料として援用することを排し、事前において一般社会人なら認識しえたであろう事情(共同主観)に、行為者本人がとくに知っていた事情をも加えて危険性判断の資料とする」(中、「不能犯」中編)論争刑法二五頁ものである。その説でいくと、①と③の判断はなされても、②の判断はなされないはずである。すなわち、導火線の欠陥は、科学的分析によって事後になってはじめて知られた事情だからである。本判決は、鑑定結果により、接着剤の使用は通常の方法ではないとしても、その方法によって導火線への点火による爆発は絶対的に不可能だとはいえないとしているわけで、その点では、絶対・相対不能説に基づいているわけである。本件行為は相対的不能だとみなしているわけであろう。そこには、より専門的、科学的判断が入り、客観的なものがみられるのである(わが国の刑事実務家には純粋な客観的危険性を重視する気持が強いと、いう指摘がある、中野、前掲一六二頁。なお、西山、前掲四四〇頁)。いわゆる具体的危険説によると、事前の判断にかぎるから、行為当時において本人はもちろん一般人が見ても爆発物と思える物を点火して投てきすれば、当然「使用シタ」ということになって、後に判明した欠陥というものは考慮されないわけであ

る。すなわち、本件爆弾の導火線の欠陥の如何は考慮外におかれるわけである。そのよい例に、本件一、二審判決が使用罪につき無罪とする典拠とし、本件とやや類似の事例で不能犯とされた東京高裁昭和二九年六月一六日判決（東高時報五卷二三六頁）をみてみよう。これは、手榴弾を箱に詰めて長期間地中に埋めておいたところ、鉄筒内に爆薬はあるが、点火雷管と導火線との結合がわるく、また導火線自体が湿気を吸収して質的变化をおこし、そのため手榴弾本来の性能を欠いており、たとえ安全装置を外し撃針に衝撃を与えても、爆発力を誘起しえない手榴弾を投てきした事件である。しかし、具体的危険説によると、「長い間土のなかに埋れていて外見上もぼろぼろになり、もはや爆発しないことが明らかだという場合ならばとにかく、本件のように手榴弾の形をもったものである以上、未遂犯としてもよかつたと思われる」（平野、前掲三三八頁。この見解を支持するものとして、中、前掲一二二頁。）という帰結にいたるわけである。この事例では、爆発させるためには工場のハンマーを使用し、急激な摩擦を与えるか、あるいは摂氏二〇〇度以上の熱を加えなければ爆発は到底不可能なものだという鑑定結果であった。すなわちそれは根本的構造上の欠陥として科学的に絶対爆発しないものであった。これを処罰するのはどういう理由に基づくのであろうか。外形的な危険が感じられ（危惧感）、そのような行為態様こそ非難すべきであるからであらうか。

ところで、刑法の主観化を防ぎ個々の構成要件が予定する法益侵害に対する切迫した危険な行為のみを処罰するべきだという結果違法論の立場から、本判決を検討してみよう。その立場によれば、結果発生（大谷、「不能犯」中編・論争刑法二二二頁以下。）の危惧感が生じて、科学法則上結果発生の可能性がまったくない場合には、不能犯と解される。すなわち法益侵害説の立場では、行為の事前の判断だけではなく、事後の判断も考慮に入れて、「失敗に終わった客観的な理由をたずね、必然的に失敗すべくして失敗せざるをえなかった場合は不能犯の成立を認めることができるのではないか。」（井上（卷）、法セミ二二（五九号）一〇五頁。）

本件一、二審の考察態度は（不能犯論を否定しているが）、この線に沿っているといえようが、問題は、本件爆弾の導火線の欠陥を、前記東京高裁昭和二九年判決のものと同一レベルでみている点である。本件爆発物の構造、性質、爆発物の使用態様等々の観点から考察して、その導火線の欠陥は、前記東京高裁判例のものと較べて、根本的構造上の欠陥とは言い難いこと、鑑定結果からも接着剤が黒色火薬に必ず浸透するとも受けとれないこと、したがって少し条件さえ整えば爆発可能性が存在すること、本罰則一条が抽象的危険犯の一種であることなどから、この程度の危険性で足りる。このように、事後においてはじめて知られた事情や、挙動犯か結果犯かなど構成要件の形態の差異も考慮に入れて、やはり、本件行為の場合、法益侵害の一般的な結果発生危険性があつた、すなわち「爆発スヘキ状態」においたと評価できよう。要するに、結果違法の立場からも、本件行為は使用罪に該当すると評価できるわけである。こうした考察態度は、より客観的な刑法学を旨とする近年の傾向からみて、首肯しうるものである。その意味で、本判決は、前記③の点を強調する必要性に乏しかったといえよう。むしろ、その点を強調しない方が判例の客観的な立場に相応しいといえる。なお、本判決は、危険性の物理的判断と法的判断との関係について触れているので、一言しておく、確かに刑法上の評価は究極的に法的なものによるが、メツガーが言うように、危険は認識的な蓋然性であり規範的概念でないのであつて（Mezger, Strafrecht (Ein Lehrb.), 最終的な法的判断には認識的蓋然性の問題が前提をなし、両者はいわば密接不可分の関係に立つものであるという認識を忘れてはならないであろう。法的判断を重視するのは、判例の規範的立場から当然であるが、危険判断に際しては、それを前面に押し出すべきではないだろう。

以上の考察により、本判決は、暗黙的に「不能犯の法理」を適用し、絶対・相対不能説と具体的危険説の中間項のあたりで判断しているものと評価でき、結論的には賛成できる。したがって、本判決によって、判例が即座にいわゆ

る具体的危険説に移行するものとも思われぬ。

最後に、補論として。本罰則はその制定当時（明治一七年）の社会状況（本宮、前掲二七五）からみても、今日的状況に見合うようなものではなく、非常に嚴罰主義的である。その点で、本件一、二審判決が量刑上考慮して、そのような政策的観点から使用罪については無罪とした節もないではない（藤木、刑法総論講義二六九。あるいは藤、前掲一五五頁。）。あるいは逆に、本判決では、昭和五〇年の連続企業爆破事件が、その政策的観点に影響を及ぼしたのであるか。

ところで、今次の『改正刑法草案』一七〇条（爆発物の爆発）の項では、本罰則に較べて、かなり寛大なものとなっている。すなわち「爆発させる」ことを構成要件要素とし、人の生命、身体、財産に危険を生じさせたことを必要とする具体的危険犯として規定されているのである。そのようになれば、本件のような事例においても、不可罰となる可能性を考慮する余地もでてこよう。刑法改正の必要性の是非はともかく、少なくとも本罰則に関しては、草案に即した改正が必要なのではなからうか（同旨、西原「改正法草案の総合的検討」、法時七五年四月臨時増一六四頁以下。）。