

## 爆発物取締罰則一条及び三条の

## 「人ノ身体ヲ害セントスルノ目的」の意義

## ——クリスマス・ツリー爆弾事件

最高裁平成三年二月一日第二小法廷決定（刑集四五卷二号一頁）

## 三 枝 有

## 一 はじめに

## (1) 事実の概要

本件は、昭和四六年九月から同年一二月にかけて行われた一連の爆弾闘争の事案であつて、一般に、クリスマス・ツリー爆弾事件と呼ばれている。被告人は、赤軍派の爆弾闘争に同調し、治安を妨げかつ人の身体財産を害する目的をもって、以下の各行為（①～⑥）を行ったものである。

① 四名（A、B、C、D）と共謀の上、昭和四六年九月一

〇日前後頃、二日間にあつたつて、東京都太田区内のE方において、ダイナマイト、鉄パイプ等を使用して手投げ式鉄パイプ爆弾二個を製造。

② 二名（A、B）と共謀の上、黄河作戦に呼応して九月一六日、太田区内のF方で鉄パイプ爆弾一個を製造し、A、B、Cと共謀して同月一七日午後九時頃、同都杉並区高田寺駅前派出所休憩室西側の窓下側壁に近接した地面に置き、翌一八日午前二時五五分頃爆発させて使用した。

③ 四名（A、C、G、H）と共謀の上、同年一〇月上旬の

午後一〇時頃、秋田市手形のM商店秋田支店火薬庫から、支店長の管理する三号桐ダイナマイト二二五本を窃取し、翌日まで同市内のH方に隠匿して所持した。

④ 四名(A、B、F、H)と共謀して、一〇月二三日、東京都太田区内のF方で、ダイナマイトを用いた爆弾一個と鉄パイプ爆弾三個を製造し、AおよびFと共謀して、同日午後七時前頃、同都文京区弥生町派出所の屋上に右ダイナマイト爆弾一個を設置し、翌二四日午前二時頃爆発させて使用し、同月二三日午後八時頃、同都中野区内の中野警察署会計厚生係室東側の遺失物自転車置場に、右鉄パイプ爆弾一個を投げ入れ、翌二四日午前二時頃爆発させて使用した。また、二名(B、H)と共謀して、一〇月二三日午後一〇時頃、同都杉並区内の四面道派出所裏側の壁に接着した便所扱取用便そうの上に、右鉄パイプ爆弾一個を起爆装置を作動させて設置し、これを爆発させて使用した。さらに、二名(C、I)と共謀の上、二三日午後九時三〇分頃、同都渋谷区内の清水橋派出所の物置部分に近接した地面の上に右鉄パイプ爆弾一個を置き、起爆装置を作動させて爆発させて使用した。

⑤ 五名(A、C、G、H、I)と共謀の上、昭和四六年二月二日午後一〇時頃、仙台市内のアメリカ合衆国軍隊通信施設の仙台国見通信所電源室東側の高圧受電盤コンクリート土台付近にダイナマイトを用いた爆弾一個を設置し、翌二二日早朝これを爆発させて使用した。

⑥ 三名(A、B、J)と共謀して、昭和四六年二月二日、東京都太田区のF方において、クリスマス・ツリーに偽装した時限装置付爆弾一個を製造し、右爆弾を爆発させた際に近くに警察官らがいた場合には、その者を死亡させるかもしれないと認識しつつ(傍線著者)、同日午後六時三〇分頃、同都新宿区内の追分派出所南東側の壁に近接した歩道上にこれを設置し、同日午後七時一〇分頃、これを爆発させて使用するとともに、その結果として、同派出所に勤務中の巡查長一名と通行人六名に対し、各々加療六カ月以上ないし八日間を要する爆傷等の傷害を負わせたが、同人らを殺害するには至らなかった。

#### (2) 裁判所の判断

第一審東京地方裁判所<sup>①</sup>は、以下のような弁護側主張を受けて次のように判示した。

弁護人の中心的主張は、爆発物取締罰則一条における「治安ヲ妨ケ又ハ人ノ身体財産ヲ害セントスルノ目的」があるとするためには、具体的な加害結果発生という目的達成の手段として、すなわち加害の積極的意図を抱き、あるいは少なくとも加害結果発生の確定的認識を抱いていることを要し、単なる未定の認識では足りないとするもので、被告人らは、政治的宣伝として警察施設を破壊することを目的としたもので、一般人や警察官の死傷も生じないよう配慮していたと主張した。また、特に(1)事実の概要の⑥のクリスマス・ツリー爆弾の製造、使用については、その爆発前にこれを警察官に発見させた上、爆弾処理班

により、大衆の面前において、処理筒の中などで安全に処理（爆発）させようと図ったもので、そのために新聞社に対して予告電話をしたなど、結果発生の確定的認識はもとより未必的認識もなかった旨の主張をした。

このような主張を受けて、東京地裁は、爆発物取締罰則一条および三条の身体加害目的につき、「身体加害目的があるといえるためには、弁護人のような積極的意図を持っている必要はなく、当該爆発物の爆発により人の身体が害されるという結果の発生を認識しながら、結果が発生してもよいと考えて行為に出る意思があれば足りると解される。」として、さらに身体加害目的は、「爆発物という取締の対象物の性質上、行為者に身体加害目的があるときには行為の危険性、違法性が増大するところから、そのような行為を特に重く処罰するため構成要件の要素とされているのであるが、行為に出るか否かを決定する際に行為者において人の身体が害されるか否かを考慮に入れ、これを肯定して行為に出る以上、積極的な意図に至らない右のような意思でも、行為の危険性、違法性を増大させるのに十分であり、身体加害目的に含まれると解してよい実質を具えている」との観点から、被告人には、治安を妨げ人の財産を害する目的のほか、未必的に人の身体を害する目的があったと認定し、公訴事実を全面的に認めて被告人を懲役二年六月に処した。

第二審東京高等裁判所は、被告人の法令適用の誤り、事実誤認および量刑不当の主張につき理由なしとして控訴棄却した。

そして、爆発物取締罰則一条および三条の「目的」は、「いわゆる目的犯における目的であり、主観的違法要素であるが、右の目的は、一定の行為をすることを目的とするものではなく、治安を妨げ、人の身体、財産を害するという結果の発生を目的とするものである。そして、右の目的があるとするためには、必ずしも右の結果発生を認識、認容することをもって足りるものと解するのが相当である。」とした。そしてまた、本件のように、「人の身体を害する結果が発生することをも未必的に認識し、これを認容していたような場合には、右の認識は未必的なものであっても、人の身体を害する目的があったものと認められるのが相当であると考えられる。ただし、右の認識は、将来の事態に対する予見を内容とするものであるから、爆発物の構造、威力の程度、使用の意図、使用方法等の如何によっては、爆発物製造、所持の段階で、前記のような結果の発生を未必的にしか認識し得ない場合が少なくないものと考えられ、このような場合においても、結果の発生を認容している以上、右の結果の発生を確定的に認識している場合と比較して、主観的違法要素としての違法性に法的評価の面で決定的差等を設けなければならぬほどの実質的な差異はなく、また、結果発生については、未必的認識をもって足りると解する方が爆発物の製造、所持の実態に適合する」と判断された。

最高裁判所第二小法廷決定要旨は、被告人の、爆発物取締罰則一条および三条の「人ノ身体ヲ害セントスルノ目的」の意義

につき、結果の発生に対する積極的意図を要すべしとした爆発物取締罰則の違憲性を中心とした主張に対し、上告趣意は、原審において主張、判断を経ていない事項に関する違憲主張であり、その余は、単なる法令違反、事実誤認・量刑不当の主張であつて、刑法四〇五条の上告理由に当たらないとして上告棄却を決定した。そして、本件の中心論点については、「爆発物取締罰則一条及び三条所定の『人ノ身体ヲ害セントスルノ目的』があるというためには、人の身体を害するという結果の発生を未必的に認識し、認容することをもって足り、右結果の発生に対する確定的な認識又は意図は要しないものと解するのが相当」として原判断を支持した。

### (3) 論点の概要

本件事件は、爆発物取締罰則の戦後における違反激増時期である昭和四四年から昭和五一年に該当するもので、昭和四四年から始まった過激な学園闘争等を背景とし、「機動隊政治」を打破し、暴力革命の気運醸成のため、赤軍派が爆弾闘争を宣言したのに呼応して、成田市の新東京国際空港の建設阻止をもくろむ三里塚闘争の一貫として、機動隊や警察施設に爆弾を投擲して警察官を殲滅せんとする黄河作戦に同調してなされた、いわゆるクリスマス・ツリー爆弾事件を含む一連の爆弾闘争に関する事案である。

そして、本件における中心論点は、爆発物取締罰則一条および三条の「人ノ身体ヲ害セントスルノ目的」の意義にある。す

なわち、爆発物の製造、使用につき、人の身体を害する結果の発生を、積極的に意図することが必要か、あるいはその確定的認識があれば足りるのか、それとも、未必的な認識・認容があればよいのかの問題である。この爆発物取締罰則一条および三条の目的の意義をめぐっては、学説・判例が種々に対立しており、本件での最高裁判所の判断は、その立場を初めて明確にしたものであり、重要であるとともに今後への影響の観点から、その妥当性は十分に検討される必要があるものといえよう。その際、この論点の検討にあたっては、まず爆発物取締罰則一条および三条の罪質について検討することからはじめ、目的犯としてのその性質を考察し、目的犯に関する各学説の立場から検討を行うものとする。かくして、最終的に目的の意義につき、意図説、確定的認識説、未必的認識説の妥当性を判例の動向等と合わせて検討するものである。

## 二 論点の検討

### (1) 爆発物取締罰則一条および三条の罪質について

爆発物取締罰則は、明治一七年の加波山事件、秩父事件等の暴動事件が続発していた社会的事情を背景として、従来の「火薬運輸規則」、「鉄砲取締規則」に代えて、一定目的をもってする爆発物の使用等を禁遏するため、旧刑法の特別法として、火薬取締規則と同時に明治一七年二月二七日に制定されたものである。<sup>5)</sup>

爆発物取締罰則は、その第一条に既遂形態としての爆発物使用罪を規定し、「治安ヲ妨ケ又ハ人ノ身体財産ヲ害セントスルノ目的」をもって爆発物を爆発すべき状態におく場合に「使用」したことになり、実行未遂の形態をも包摂している<sup>9</sup>。それ故、本罪は危険犯である。

本罪の罪質については、一般に判例や通説的見解<sup>10</sup>は公共危険罪として把握している。勿論、公共危険の性質については、制定における歴史的経緯および規定そのものが「治安ヲ妨ケ」ることを目的犯化していることから放火罪よりは、むしろ治安妨害罪に近い色彩<sup>9</sup>を持っているといえよう。そして同時に、爆発物取締罰則は、「人ノ身体財産ヲ害セントスルノ目的」をも構成要件としていることから、基本的性格としては公共危険罪であるとしても、同時に人の身体、財産をも保護するものとなっている。このことは、爆発物の使用そのものが、高度の法益侵害力を保持していることから、社会的不安をかき立て結果として治安を妨げる性質を持っていると考えられる。したがって、爆発物取締罰則は、爆発物の一般的、類型的な破壊力の重大さに着眼し、爆発物の使用そのものが、社会公共の安全秩序を害する危険を生じさせるとする抽象的危険犯<sup>10</sup>として理解されることになる。

このように見てくると、爆発物取締罰則は、結局のところ、治安妨害もしくは身体財産への加害の目的をもって、通常爆発物を爆発させるに足りる性質の行為をすることが処罰対象とな

ることになる<sup>11</sup>。たしかに、爆発物という具体的な結果と関係することなく、「使用」という類型化された事実があれば、直ちに犯罪が成立するとすることは、法定刑が極めて重い本罪については、特に疑問があると言えようが、本罪の構成が実行未遂を含む構造であって、爆発を要件とせず、爆発物の「使用」を処罰対象としている以上、爆発という結果の前段階の行為を構成要件として規定していること、また具体的危険犯の構成を採用しても、行為の結果発生<sup>12</sup>の危険性は、類型的判断によるものであり、違法性における質的・量的差異は、極めて不明確とならざるをえないこと<sup>13</sup>、さらには、たしかに実体的デュー・プロセスの理論から「危険犯」としての純化・実質化が必要<sup>14</sup>としても、一般に多数の人が現在もしくは往來する場所において爆発物を爆発させれば、多くの人の生命・身体等に重大な法益侵害を及ぼすものであり、かつその前段階の「使用」たる爆発物を爆発すべき状態に置く行為についても、爆発物取締罰則制定当時よりも社会情勢の変化によって、その危険性が減少したとは到底言えないのである。それ故に、爆発物取締罰則一条および三条は、やはり抽象的危険犯として把握することが妥当である。しかしながら、既述の如く、たとえ爆発物一般にまで危険性を抽象化するものではないとしても、危険性の一般化・抽象化そのものが、法定刑の極めて重い本罪につき、処罰範囲の拡大を招く虞れが多分にあることは否めない事実といえよう<sup>15</sup>。

そこで、爆発物取締罰則については、本罪が「目的」の確定

の程度をいかなるものと把握するかによって、処罰範囲の限定化をはかることが可能となる。そしてまさしくこの点についての議論こそが、本件判例の判断するところなのである。以下ではこの点につき考察する。

## (2) 目的犯の意義と爆発物取締罰則における「目的」認識の程度

すでに検討してきたように、爆発物取締罰則一条および三条は、「人ノ身体ヲ害セントスルノ目的」をその構成要件にて要求しており、両規定ともに「目的犯」としての構造をもつものである。そして、この目的が要求された（加重構成要件）ことにより、刑法一一七条の爆発物破壊罪より一層重い法定刑が規定されているのである。それ故に前述の如く処罰範囲の拡大は最少限に押し留める努力をする必要があり、その意味においても、この「目的」の問題を如何に理解するかは、大きな課題といえよう。

まず爆発物取締罰則が目的犯であることの意義そのものについては、本来目的犯では、客観的要素としての法益侵害の危険性の判断の範囲を超えた主観的要素が要求されるのであるが、本罪における「目的」の保持は、爆発物を「使用」することにより法益侵害の抽象的危険性が一定程度に達していた上に、さらに違法性を増大化させるものであって、純主観的なものでなく、主観的違法要素とは異なるものといえる。このことは、行為に目的たる結果を発生させる可能性が含まれているために、

行為者として新たに何らかの行為をする必要のない「結果を目的とする犯罪」の類型として本罪を把握し、「『目的』は故意を確定的故意に限定したものであって、主観的違法要素ではない」という平野博士の見解<sup>16)</sup>や、構成要件的行為の実現により「目的」が達成される場合を直接目的犯とし、爆発物取締罰則の場合のように、その目的が行為者の行為自体により、または付随現象としておのずから実現され、目的達成に特に新たな行為を要しないものについては、目的の内容が行為者に確定的なものとして認識されることが必要とされるとする大塚教授の見解<sup>17)</sup>と付合するものといえよう。

しかしながら、そもそも目的犯の「目的」は、故意を生み出す「動機」であり、あるいは、結果を強く求める「意欲」・「意図」であると見る見解<sup>18)</sup>や、爆発物取締罰則においては、故意の対象となるべき事実と目的の対象となるべき事実とは同一物でありえないから、「目的」とは、単なる事実の認識を超えて、目的の内容たる事実の発生を積極的に欲する意図と解する見解<sup>19)</sup>も存在する。

これに対して、爆発物取締罰則は、爆発物の持つ破壊力の大きさ等による危険性が重要要素となつているが、爆発物の使用自体は、直ちに違法とされるわけではなく、「目的」の機能は、まさしく故意の中の違法要素を補充するものであり、本罪については、治安妨害または人の身体財産に対する加害の可能性がある行為であることを認識して、かつそのような結果の発生を

認容している心理状態であれば、爆発物の使用に違法性を帯びさせ、本罪の成立を認める上での主観的な面における違法性を認めるのに十分であって、それ以上に積極的な意図まで必要とするものではないとの主張が可能である。さらに、確定的認識説に対しては、事実の認識は、もともとその程度が干差万別であり、確定的あるいは未必的と理論的には区別し得ても、両者は質的な差ではなく量的な差にすぎない上、その限界を載然と画するのは困難であり、また未必的認識については、事実の認容があった場合にのみ故意の成立を認めるのであるから、法益侵害の危険性および非難可能性は確定的認識との間に差異がなく、両者を法的に同視し、同一の法的評価を与えることに十分な合理性があると主張して、目的についての認識は、未必的認識で足りるとする説が有力に展開されている。

以上のように目的犯のもつ機能から、「目的」についての認識の程度を問題にする場合には、加害結果の発生を意図していることを要する意図説<sup>22)</sup>、加害結果の発生を確定的に認識していることを要する確定的認識説<sup>23)</sup>、ならびに加害結果の発生を未必的に認識、認容していることを要する未必的認識説<sup>24)</sup>とに分類されることになる。

これらの説については、まず理論的には、目的犯自体に関する平野博士、大塚教授の所説としての確定的認識説が妥当と思われる。しかしながら、本件最高裁決定では、未必的認識説が採用されるに至った。そこで、未必的認識説の立場から、意図

説ならびに確定的認識説を検討していくことにする。<sup>25)</sup>

意図説では、爆発物取締罰則における「目的」は、動機にまでたち入って区別を試みないと、実現意思とその客観化を確保するだけでは、犯罪の限定付けと個別化の要請を満たしえない場合<sup>26)</sup>であり、俊厳な刑罰への主観面でのしぼりといえよう。

また、結果を意欲している場合には、単に結果を認容している場合より行為の危険性、違法性が大きいともいえる。しかしながら、「目的」が故意の強さを表示する特殊な心理的態度であるとしても、過度な内心への立ち入りとなり、法益侵害性と直接関係のない心情要素の導入となり、決して好ましいものとは言えない<sup>27)</sup>。また、目的という用語は、客観的要件における故意に見合う主観的要素を独立の主観的違法要素とする際に用いられる用語であり、一般に認容を含むもの<sup>28)</sup>とも言えよう。さらに、香城判事によれば、行為の危険性、違法性についても、同一の使用行為を前提とする限り、これに結果発生<sup>29)</sup>の意図が伴うか否かにより、客観的な危険性に変動が生じることはないとされているが、確かに結果無価値的にはそうであっても、「目的」が主観的違法要素であるとすると、違法性判断は構成要件該当性判断とは異なる実質的判断の法領域であるから、行為の無価値性がその危険性および違法性に影響を与えるものとなるのである。もともと、行為の無価値性を重視するとしても、「結果を目的とする犯罪」たる本罪では、あえて意図（それが過大な時には、無価値性と無縁なことさえありうる）まで要求するもの

ではなく、確定的認識の程度でもって、行為の危険性または違法性が峻厳な法定刑に対応しうるものとなるといえよう。

次に、確定的認識説では、刑法一一七条の爆発物破裂罪が目的を要しないと規定されていることと対比し、またこの「目的」の存在により著しい重罪が規定されていることから未必的認識を越える確定的認識を要求するものである。これに対する未必的認識説からの主要な批判は、まず認識は、将来の事態に対する予見を内容とするものであることから、特に時限装置付きの爆発物の使用など、未必的な認識にとどまることが多いこと。

さらに、爆発物取締罰則一条は、機能的にみると、爆発物の使用により加害結果を発生させるといふ結果犯とその未遂犯を併せて規定した罪である。したがって、爆発物使用罪における加害目的は、加害結果が要件とされた場合の未遂犯の成立に必要な程度の認識、未必的予見で足りることの二点がある。

前者については、爆発物取締罰則は、刑法一一七条の爆発物破裂罪の特別法的構成となっており、あえて未必的認識の場合まで包摂せしめ、広く処罰対象とすることは、刑罰の重さからいっても妥当性を欠くこと、また爆発物取締罰則一条は、人の身体と並んで財産をも加害目的として広く規定しており、大半の場合が、少なくとも財産に対する加害目的については、将来の事実に対する予見があるものと認定できること、から批判に應えることが可能である。そしてさらに、事実的認識は、程度が千差万別であり、確定的、未必的と理論的に区別で

きても、両者は質的な差ではなく量的な差にすぎない上、その限界を載然と画するのは困難であり、また、未必的認識については、法益侵害の危険性および非難可能性は、確定的認識との間に著しい差異が存在するわけではないことから、むしろ謙抑的立場より確定的認識説を採用すべきであろう。

後者の批判点については、まず、爆発物取締罰則一条の爆発物使用罪は、使用により治安の妨害または人の身体財産に対する実害の発生を要しないのみならず、使用の実行未遂をも包含しており、実害犯における既遂罪とは成立範囲を異にしているもの<sup>38)</sup>、原則的には未遂犯を処罰対象の典型として把握しているものと考えられる<sup>39)</sup>。また、爆発物使用罪が未遂犯であるとすれば具体的危険犯であるはずが抽象的危険犯として把握され、本罪の抽象的性格と相俟って結果発生から遠のくため、「目的」という主観的要素により処理する時には、その主観的内容の確実性・具体性が要求されることから確定的認識説の採用が主張されることになる。

以上のように、意図説、確定的認識説を検討してみると、確かに心情要素の導入の可能性の高い意図、動機を要件とすることは、一見犯罪成立の範囲を縮小し、謙抑思考に合致するかの如くであるが、逆に法益侵害性と無関係な行為まで取り込む可能性を残しており、客観的な結果発生を無視して、その主観性の故に処罰される可能性さえ有している。それ故に、目的的結果の現実化の危険性という結果無価値に最終的には還元



されうる行為の違法性実体を有するものでなくてはならない。<sup>41)</sup>このことは、爆発物使用罪が「結果を目的とする犯罪」の類型であることから特に言えることである。ましてや、本罪が抽象的危険犯としての意味を持ち、実行未遂型をその本質とするものである以上、刑罰における謙抑主義の要請からも、少なくとも確定的認識は必要とされよう。確かに、確定的認識を要求する場合、将来の事態に対する予見としては未必的にならざるおえないが、既述のように少なくとも人の財産に対する加害目的の認定はかなり容易であり、そしてこの容易さは、実は未必的認識にとどまる場合と確定的認識がある場合とで結果発生危険性ないし違法性の程度において大幅な実質的差異はないことにもとづいている。このような実質的差異が小さいことは、特別刑法が必罰的傾向を持つていることと刑罰における謙抑主義の観点とを考慮すれば、未必的認識よりむしろ確定的認識説の方が理論的妥当性を保持しているとの結論に達するものと思われる。

しかしながら、本件最高裁決定にも見られるように判例は、未必的認識説に傾いてきているように見受けられる。以下では、判例の傾向を分析していくことにする。

### 三、判例の検討

爆発物取締罰則一条および三条における「治安ヲ妨ケ又ハ人ノ身体財産ヲ害セントスルノ目的」につき当初の判例について

は、前述のような意図、確定的認識、未必的認識の区別を意識することなく、目的の認識の程度を無視した形で「目的」の認定を行っているものが多く見受けられる。<sup>42)</sup>そして明白に意図説、<sup>43)</sup>確定的認識説<sup>44)</sup>あるいは未必的認識説<sup>45)</sup>の立場を採用したと思われる判例についても、東京高判昭和四九年六月一日（高判集二七卷三号二一九頁）が登場するまでは、かなり動揺があったように思われる。東京高裁昭和四九年の判決（金婚老事件）では、爆発物取締罰則が目的を重視して主観的違法要素とし、さらに特に重い法定刑で臨んでいることを理由として、目的認識の程度につき、単なる未必的認識だけでは足りず、確定的な認識を必要とするが、それ以上に積極的な意図までは必要としないとしており、その後この確定的認識説に立った判例が昭和五六年まで継続する。<sup>46)</sup>この判決では、従前の学説の検討における主張と変わらない判示がなされたといつてよい。

しかしながら、この判例の傾向は、東京高判昭和五六年七月二十七日（高判集三四卷三号三三一頁）により変更され、確定的認識は不要とされ、以後は未必的認識で足るとの見解が維持され、さらに本件の最高裁決定により確定することになった。<sup>47)</sup>この五六年の東京高裁判決では、処罰の必要性を強調した上で、加害結果発生の確実性についての認識は、未来の事象についての予見であり、確定的認識は不可能であること、加害結果発生の認識が確定的であるか否かは、行為の重大性、客観的危険性とは直接結びつかないこと、さらに確定的認識と未必的認識と

を区別することが困難であることを主たる理由として判示した。そしてこの論拠は、本件事案の一・二審の判断の基準となっており、本件最高裁も同一理論にもとづくものと思われる。

この東京高裁昭和五六年の判決での理由付けは、すでに学説の検討の中で論評したところと同じであるが、東京高裁は、将来の事実につき確定的認識が不可能と述べながらも、爆発物使用行為は、「本来は、他の『意図』で行われたとしても、特別の事情のないかぎり、常に副次的に人の身体財産に危害が及ぶことがあってもあえて辞さない心情、すなわち『加害の意図』が併存しているとみるべきであり、」として、爆発物使用行為そのものを、少なくとも財産に対する加害目的につき確定的認識をうかがわせるものとして把握しているように思われる。さらにまた、確定的認識と未必的認識とが大差のないものであれば、あえて未必的認識を是とする理由のない限り、確定的認識を要求するのが罪刑法定主義に合致するものと思われる。

本件のクリスマス・ツリー爆弾事件については、最高裁は、人の身体を害するという結果の発生を未必的に認識し、認容することをもって足り、結果の発生に対する確定的な認識又は意図を要しないと判示している。しかしながら、前述の如く未必的認識と確定的認識との実質的差異はないと考えるのなら、既に爆発物取締罰則一条および三条の罪質について考察したように、爆発物取締罰則の制定時の暴動統発の社会的事情を考慮すれば、本来制定時から目的の認識の程度は未必的認識の程度で

足ると解釈すべきところ、逆に東京高裁昭和五六年の判決が出されるまでは、意図説ないしは確定的認識説による判断が圧倒的多数を占めており、むしろ歴史的に見れば、爆発物の使用等が社会的不安を醸成する点に、本罰則上の罪の実質的処罰根拠を求めれば足りる時代は過ぎ去ったと言わなければならない。このような今日において、あえてゆるやかに未必的認識でもよいとするのは、本罪の刑罰の重さからいっても妥当な解釈とはいえず、最終的な具体的妥当性が判例に存在するとしても、理論的には、やはり、確定的認識説を判例も採用すべきものと思われる。

#### 四 まとめ（私見）

爆発物取締罰則一条および三条所定の「人ノ身体ヲ害セントスルノ目的」について、学説の検討を通して判例を考察してきたが、やはり理論的にも、そして爆発物取締罰則の制定背景ならびにその刑罰の重さからしても、確定的認識説が妥当と思われる。すなわち、本罪における目的は、故意の中の違法要素を補充するものであり、治安妨害または人の身体・財産に対する加害の可能性がある行為であることを確定的に認識している心理状態であれば、爆発物の使用に違法性を帯びさせ、本罪を成立させるものとするのである。

このような前提のもとに本件事案を検討すれば、まずクリスマス・ツリーに偽装した時限装置付爆弾一個を製造し、右爆弾

を爆発させた際近くに警察官らがいた場合には、その者を死亡させるに至るかもしれないと認識しただけでは、爆発物を製造し、その使用を未必的に認識したにすぎず、爆発物が有する一般的、類型的破壊力が使用される危険性を高めた程度にすぎない。そして次に、この時限装置付爆弾を二月二四日午後六時三〇分頃、東京都新宿区内の派出所付近の歩道に、同日午後七時一〇分頃爆発するように、設置した段階で、法益侵害結果発生の確実性は著しく高いものとなったといえる。この段階においては、前述の爆発物を製造・所持して、人の身体を害する結果が発生することを未必的に認識している段階を越えて、具体的な設置行為を通じて加害結果発生の確実性について強く確定的に認識したと言えよう。それは、目標に向けてピストルを射つ者の認識内容を特別な条件を付さない限り、未必的認識と言わないように、爆発へ向けての必要な設置行為のすべてをなした段階では確定的認識が存在するのである。そして、時限装置付爆弾の使用については、時限爆弾に爆発時刻をセットする時点と、爆弾が爆発する時点との間に一定の時間的間隔があるとしても、爆発物の構造、威力の程度、使用対象、使用方法（クリスマス・ツリーとしての偽装、時限装置の精度と爆発までの時間等）を考え合わせると、未来の事象に関する因果の系列の予見の問題とはいえず、それはあたかもピストルから発射された弾丸と客体との関係の予見のようなものであり、これに対する確定的認識を肯定することは十分に可能と思われる。

ところで、爆発物取締罰則一条における「目的」は、同時に三条においても要求されており、特に三条の構成要件が、爆発物使用の前段階たる予備的行為を対象としていることを考えると、爆発物を製造、所持している場合に「治安ヲ妨ケ又ハ人ノ身体財産ヲ害セントスルノ目的」の認識の程度は、「使用」の場合と異なり、確定的認識を要求することは極めて困難である。それ故に、爆発物取締罰則一条の「目的」と三条の「目的」とは、内容的には異ならないが、その認識の程度には差があると解釈すべきであろう。それは、予備罪そのものが、それ自体において独立・完結した犯罪現象形態ではなくして、基本となる「使用」の前段階であり、基本犯罪の「着手」としての法益侵害の危険性惹起にその本質を求めべきであり、この本質としての使用準備行為の危険性に着目して独立した犯罪として処罰することとしたものであるからである。

このような理解のもとに三条の「目的」を把握すれば、製造・輸入・所持・注文という限定された使用準備行為につき、人の身体を害する結果が発生することをも未必的に認識し、これを認容していた場合には、人の身体を害する目的があったものと認めることができよう。勿論この時点では、既述の如く少なくとも人の財産に対する加害目的については確定的認識があったとさえも言うことはできない。かく理解してはじめて、独立して処罰することの意義を充足し、なおかつ一条より軽く、しかし重罪であるが故に使用準備行為をあえて限定列举した意味と

一致するものと思われる。

特別刑法の適用においては、しばしば嚴罰主義的な適用が見受けられるが、単なる処罰の必要性だけでなく、刑罰における謙抑主義の思考にもとづき、処罰の合理的範囲の確定をはかつていく必要があるものと思われる。本件における有罪判決には何らの異議を唱えるものではないが、判決の「目的」に関する理論的前提としては、確定的認識説への復帰が——たとえそれが未必的認識との相違点は単なる程度の差であるとしても——望ましいものと思われる。

{注}

- (1) 東京地判昭和五八年一〇月一八日刑集四五卷二頁一〇頁。
- (2) 弁護人の主張には、この他にも爆発物取締罰則の違憲性共同正犯性の不存在などが含まれていた。もっとも第一審東京地裁は、爆発物取締罰則の合憲性を認定し、爆発物取締罰則一条および三条の身体加害目的の存在を肯定、さらに共同正犯も成立すると認定した。
- (3) 本件の第一審判決は、東京高裁昭和五六年七月二七日高刑集三四卷三三三三頁の判決に依拠したものと見える。ここでは爆発物取締罰則における人の身体を害する目的とは、「爆発物の使用・製造及び所持等」にあり、爆発物の爆発により、治安が妨げられ、又は他人の身体財産が害される結果の発生することを確定的に認識するまでの必要はなく、右の

ような結果の発生することを未必的に認識し、かつ、これを認容していれば足りると解するのが相当である。」としてい

- (4) 東京高裁昭和六一年二月一五日高刑集三九卷四号五一頁。
- (5) 参照。坪内利彦「爆発物取締罰則」伊藤他編『注釈特別刑法第七卷』二七五頁以下。古田佑紀「爆発物取締罰則」平野他編『注解特別刑法第六卷危険物編』二頁以下。
- (6) 最判昭和三九年一月二三日刑集一八卷一頁。大塚仁「爆発物取締罰則」『特別刑法』有斐閣法律学全集四二頁、小野清一郎『新訂刑法講義各論』七〇頁等参照。
- (7) 中野次雄「爆発物取締罰則一条にいう爆発物の「使用」の意義」判例評論二二二三四五頁。
- (8) 大塚・前掲(6)書六五頁。
- (9) 古田・前掲(6)書二一頁。
- (10) 木梨節夫「最高裁判所判例解説昭和四二年度刑事編」一一八頁。もっとも岡本勝「『爆発物取締罰則』における諸問題(一)警察研究五二卷四号一二三頁によれば、抽象的危险犯ではあるが、「危険は、具体的な危険でなければならない」として、行為それ自体がその性質上一般抽象的に公共の危険を包蔵する形で危険の抽象化もしくは擬制を批判している。これに対し、立法形式にもとづき危険の抽象化、擬制を認める見解も多く見うけられる(伊藤栄樹「爆発物取締罰則第一

条にいう「使用」の意義」警察学論集二九卷六号一五四頁、白井滋夫「導火線に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」法律のひろば二九卷六号五〇頁、内藤文夫「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」法曹時報三〇卷三号一七〇頁。

- (11) 同旨、古田・前掲(5)書二四頁。
- (12) 中野・前掲(7)書四五頁以下参照。
- (13) 古田・前掲(5)書二三頁以下参照。
- (14) 岡本・前掲(10)書二六頁。
- (15) もっとも、危険犯における程度の問題の投影が、抽象的危険犯か具体的危険犯かの差異にすぎないと考えれば、例えば判例のように、破壊活動防止法を抽象的危険犯と構成しながら、内乱罪の実行されるべき可能性ないし蓋然性が客観的に存在していない時は、犯罪として不成立とする(最決昭和四二年七月二〇日判例時報四九六号六八頁)ことも可能であろう(参照、平野龍一『刑法総論I』一二〇頁)。
- (16) 平野・前掲(15)書一二四―一二五頁。
- (17) 大塚仁『刑法概説総論』一一五頁参照。
- 同旨、内藤謙『注釈刑法6』二四七頁。
- (18) 内田文昭『刑法I(総論)』一三五頁。
- (19) 岡本・前掲(10)書三五頁。

- (20) 古田・前掲(5)書三一頁以下。
- (21) 坪内・前掲(5)書一八八頁。
- (22) 岡本・前掲(10)書三五頁、内田文昭『改訂刑法I(総論)』一三三頁、団藤重光『刑法綱要各論(三版)』二〇頁、平川宗信『刑事判例評釈集二九卷』一九三頁。
- (23) 木宮高彦『特別刑法詳解一巻』三三九頁、安西温『特別刑法(実務刑事法V)』一四八頁、吉田宣之「爆発物取締罰則一条及び三条の『人ノ身体ヲ害セントスルノ目的』の意義」警察研究六三卷二号六三頁以下。

- (24) 香城敏磨「爆発物取締罰則一条及び三条のいわゆる加害目的の意義」判例評論三三〇号二三八頁、古田・前掲(5)書三三頁、渡辺尚「爆発物取締罰則にいう加害目的の要件」警察学論集三八卷九号一五〇頁、五味朗「法律のひろば」三四卷一―号四三頁、山中敬一「爆発物取締罰則における『人ノ身体ヲ害セントスルノ目的』の意義」法学セミナー四四一―号一三八頁。
- (25) 香城・前掲(24)書二四〇頁以下が詳細である。
- (26) 内田・前掲(18)書二〇四頁。
- (27) 平川・前掲(22)書一九八頁。
- (28) H.H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. T. Aufl. 1972, S.220f.
- (29) 平野・前掲(15)書一二三頁参照。
- (30) 香城・前掲(24)書二四一頁。

- (31) 香城・前掲(24) 書二四一頁。
- (32) 吉田・前掲(23) 書六二頁。
- (33) 参照、木宮・前掲(23) 三三九頁。
- (34) 香城・前掲(24) 書二四〇頁参照。
- (35) 香城・前掲(24) 書二四一頁参照。
- (36) 吉田・前掲(23) 書六三頁参照。
- (37) 五味・前掲(24) 書四三頁は、むしろ未必的認識説の立場よりの主張であるが、この観点は、逆に確定的認識説からも援用できることに注意すべきである。
- (38) このことは、制定時の参議院上申の「爆発物取締罰則説明」の記述——「主眼ハ爆発物ヲ使用スルノ目的ト其使用スル物品トニ在リ」、「其危害ヲナスノ大小軽重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ヲ悪ミテナリ」——からも間接的に推知できる。
- (39) 吉田・前掲(23) 書六三―六四頁。
- (40) 吉田・前掲(23) 書六四頁。
- (41) 参照、三枝有「可罰的違法性論と社会的相当性論」中京大学大学院生法學研究論集四号一頁以下。
- (42) 例えば、広島高裁昭和二年二月一九日高刑集七卷三号二五八頁、最高裁(三小) 昭和三〇年一月一八日刑集九卷一一号二二四頁など。
- (43) 高松高判昭和三十六年五月三十一日高刑集一四卷三号一七七頁、静岡地判昭和四十七年六月一七日判時六七七号三二頁。
- (44) 新潟地裁長岡支判昭和三十七年六月一五且下刑集四卷五・六号五二〇頁、福岡地判昭和三十九年三月三〇且下刑集六卷三・四号三五八頁。
- (45) 大阪高判昭和三十九年一月二一日刑集二一巻七号九二六頁、東京地判昭和四五年五月二一日刑裁月報二巻五号五九六頁。
- (46) 東京高裁昭和四九年の見解を引き継いだと思われる判例として東京地判昭和五三年七月二〇日刑裁資料二二六号一四〇頁、東京高判昭和四四年一月二二日高刑集三三巻三号二七四頁などがある。
- (47) この流れを簡易にまとめられたのが香城判事の前掲(24) 書三三九頁以下である。
- (48) 東京高裁昭和五六年七月二七日刑集三四巻三号三三一頁参照。
- (49) 岡本・前掲(10) 書二六頁。もっとも、社会的不安等の実質的危険性が、立法当時と今日とで著しく変化減少したとは思えない。
- (50) 香城・前掲(24) 書三三九頁。
- (51) 内田・前掲(18) 書二四八頁参照。

