

# 刑事判例研究 (1)

## 中央大学刑事判例研究会

現住建造物等放火罪に該当する行為により生じた人の死傷結果を量刑上考慮することの可否

秋 山 紘 範

〔現住建造物等放火被告事件、平成二八年(あ)第一九〇号、同二九年二月一九日第三小法廷決定、刑集七一巻一〇号六〇六頁、裁判所ウェブサイト〕

### 【事案の概要】

被告人は、平成二三年二月二九日午前四時三八分頃、埼玉県大里郡寄居町所在の二名が現に住居に使用し、かつ、同人らが現にいる居宅(木造トタン葺平屋建、床面積約一一五・〇三㎡)に延焼し得ることを認識しながら、上記居宅に隣接した作業場建物の軒下に積み上げられていた段ボールに、ライターで着火して火を放ち、その火を上記居宅に燃え移らせて全焼させた。

第一審判決は、公訴事実記載のとおり的事实を認定し、量刑事情として、上記居宅に居住していた二名が逃げ切れず一酸化炭素中毒により死亡したことをも考慮し、被告人を懲役一三年に処した。

原判決は、第一審判決が、刑の量定に当たり、放火行為から人の死亡結果が生じたことを被告人に不利益に考慮したことは、それ自体不当なところはなく、余罪処罰に当たるとはならないなどとして、これを是認した。

これに対して弁護人は、現住建造物等放火罪の訴因にも罪となるべき事実にも記載されていない死亡の結果を量刑上考慮したことは、不告不理の原則に反する旨主張し、上告した。

### 【決定要旨】

上告棄却。

「放火罪は、火力によって不特定又は多数の者の生命、身体及び財産に対する危険を惹起することを内容とする罪であり、人の死傷結果は、それ自体犯罪の構成要件要素とはされていないものの、上記危険の内容として本来想定されている範囲に含まれるものである。とりわけ現住建造物等放火罪においては、現に人が住居に使用し又は現に人がいる建造物、汽車、電車、艦船又は鉱坑を客体とするものであるから、類型的に人が死傷する結果が発生する相当程度の蓋然性があるといえるところ、その法定刑が死罪を含む重いものとされており、上記危険が現実には人が死傷する結果として生じた場合について、他により重く処罰する特別な犯罪類型が設けられていないことからすれば、同罪の量刑において、かかる人の死傷結果を考慮することは、法律上当然に予定されているものと解される。したがって、現住建造物等放火罪に該当する行為により生じた人の死傷結果を、その法定刑の枠内で、量刑上考慮することは許されるというべきである。」

## 【研究】

### 1 問題の所在

刑法一〇八条の定める現住建造物等放火罪は、その法定刑が死刑又は無期若しくは五年以上の懲役と極めて重く、現行法では殺人罪の法定刑と等しい<sup>(1)</sup>。もつとも、現住建造物等放火罪において、人の死傷結果については構成要件上予定されておらず、また死傷結果についての加重規定も存在しない。そのため、現に人が死傷した事案において、当該死傷結果を量刑上考慮することが許容されるか否かが問題となる。

この点につき、死傷結果について故意が認められる場合については、現住建造物等放火罪と殺人罪等の観念的競合として処理されるという<sup>(2)</sup>ことで、見解の一致がある。これに対して、死傷結果に対する故意が認められない場合については、従来の実務は、死傷結果の評価に関して見解が分かれていた。一つは、現住建造物等放火罪は死傷結果を吸収ないし包括するものであるとの考えであり、当該結果は現住建造物等放火罪の量刑で考慮すれば足りるとするものである<sup>(3)</sup>。

しかし、これに対しては、現住建造物等放火罪は死傷結果を当然に評価するものであるとはいえず、両者は観念的競合の関係に立つものであるのだから、検察官は別途、重過失致死傷罪の訴因を明示すべきであるとの見解が裁判実務家によって主張されていた<sup>(3)</sup>。後者の見解は司法研究で言及されるのみならず、後者の見解に従って裁判所が訴因変更を促した裁判例も存在するところであり、最高裁の態度決定が注目されていたところである。

本件において、第一審判決及び原判決は、前者の見解に従って死傷結果を現住建造物等放火罪の量刑において考慮していたところ、弁護士は上告趣意において、現住建造物等放火罪の訴因にも罪となるべき事実にも記載されていない

い死亡結果を量刑上考慮した原判決は、不告不理の原則に違反する旨主張していた。これに対して本決定は、原判決に所論のいうような違法はないとして上告を棄却したのであり、前者の見解に従った致死結果の取り扱いが少なくとも誤りではないということが確認されている。

ところで、本決定要旨の論理構成について分析すると、その要点は以下の三点にあるものと解せられる。<sup>4)</sup> 一に放火罪の保護法益についての言及、第二にとりわけ現住建造物等放火罪において死傷結果が発生することの蓋然性、そして第三に死傷結果が発生した場合を重く処罰する規定の欠缺である。以下、これらの点について順次検討する。

## 2 放火罪の保護法益と人の死傷結果の関係

本決定は、直接的には「保護法益」という表現を用いては<sup>5)</sup>ないものの、放火罪は「不特定又は多数の者の生命、身体及び財産に対する危険」の惹起がその内容である旨判示しており、この点については最高裁判平成一五年四月一日第三小法廷決定刑集五七巻四号四四五頁で示された危険の内容と異なるところはない。しかし、公共の危険の内容をどのように解したとしても、現に発生した死傷結果について、これを本罪という危険の内容として考慮することができるか否かという問題がある。これは、換言すれば、放火罪が社会的法益のみを保護の対象とするのか、それとも人の生命・身体も同時に保護しているのかという、放火罪の保護法益の問題である。そして、保護法益の問題は、放火罪と過失致死傷罪の罪数関係にも波及する。即ち、放火罪においては人の生命・身体も保護されていると考えるのであれば、放火罪と過失致死傷罪とは法益あるいは罪質の点で共通するものとなり、両者は本来の一罪であって、過

失致死罪は放火罪に吸収されるという理解に傾きやすい。これに対して、放火罪は社会的法益、過失致死傷罪は個人的法益を保護するものであつて本質的に異なるものであり、刑法上は別個に評価すべきであるとの理解からは、両罪は観念的競合の關係に立つものであつて、科刑上一罪であるとの理解へ至ることになる。

もつとも、放火罪を純然たる公共危険犯とする理解であれば本来の一罪説とは両立し得ないが、個人の生命・身体に対する保護も併存するという理解は必ずしも科刑上一罪説と排他的關係に立つものではない。現住建造物等放火罪は「二重の意味で抽象的危険犯性をもつ」<sup>(6)</sup>といわれることもあるが、現住者・現在者に対する抽象的危険犯としての性質はあくまでも副次的なものであつて、不特定多数人の生命・身体・財産に対する侵害が行為者にも制御不可能な形で拡大していくという抽象的公共危険犯性こそがあくまでも本罪の本質であると考えれば、過失致死傷結果について現住建造物等放火罪とは別に訴因として掲げることには支障はない。また、その場合に生じ得る二重評価の問題についても、許されないのは量刑段階における同一要素の二重考慮であると解すれば、<sup>(7)</sup>二重処罰の禁止には抵触しないことになるし、むしろ、観念的競合の明示機能<sup>(8)</sup>を日本刑法の文脈においても肯定する立場からすれば、死亡結果を故意ではないが過失によつて生じさせたという犯罪的性格がより明確となり、更に言えば二一〇条あるいは二一一条後段が量刑規範として参照されることによつて、故意がない場合には死刑を科されることはないという量刑実務を具体的に裏付けることができるという積極的意義が認められるであらう。

この点について本決定は、「人の死傷結果は、それ自体犯罪の構成要件要素とはされていないものの、上記危険の内容として本来想定されている範囲に含まれるものである」と述べており、放火罪における危険の内容としては、現に発生した人の死傷結果も含まれるものであるとの見解を示している。従つて、本決定の示す理解によれば、客体が

現住建造物等であるか否かを問わず、放火罪においては人の死傷結果も抽象的危険として予定されているのであって、現に人が死傷した場合には、本罪で予定されている危険がまさに現実化したものとして評価されることになる。<sup>(9)</sup>

先行評釈においては、本決定が本来の一罪説に親和的であるとの見解が有力であるが、それと同時に、本決定が明示的に科刑上一罪説を排斥しているわけではないという点も確認されている。<sup>(10)</sup> 現住建造物等放火によって生じた人の死傷結果を「量刑上考慮すべき」ではなく「量刑上考慮することは許されるというべき」との表現が用いられていることから考えても、本決定では本来の一罪説に依拠した処理が認容されていることは事実であるとしても、科刑上一罪説に従った罪数処理を違法とする趣旨ではないと読むべきであろう。それどころか、原判決が「刑法一〇八条は、現住建造物等放火罪を犯し、その結果、人の死傷の結果が生じた場合には、同罪の法定刑の枠内で、人の死傷結果を評価した量刑がなされることを予定しているものと解される」(傍線引用者)<sup>(11)</sup>として明らかに本来の一罪説に依拠していたのに対し、本決定が「量刑上考慮することは許されるというべき」との控えめな表現を用いていることに着目すれば、本決定は本来の一罪説に親和的であるとも言えず、せいぜい原判決を消極的に認容するものでしかないとも解し得る。もともと、人の死傷結果は放火罪の「本来想定されている範囲に含まれる」(傍線引用者)との表現を重視すれば、本来の一罪としての理解を前提としても思われ、結局、本決定の態度は明らかではない。いずれにしても、罪数の関係については、最高裁の新たな判断を俟つほかない。

### 3 とりわけ現住建造物等放火罪における死傷結果の蓋然性

次に、本決定は、放火罪の中でもとりわけ現住建造物等放火罪については、「現に人が住居に使用し又は現に人が

いる建造物、汽車、電車、艦船又は鉦坑を客体とするものであるから、類型的に人が死傷する結果が発生する相当程度の蓋然性があるといえる」との前提に依拠している。もつとも、かかる類型性あるいは蓋然性の存否そのものについても、裁判実務家から批判が差し向けられている。これは、社会的な犯罪類型として放火罪が死傷結果を当然予想しているとはいえないという観点<sup>(12)</sup>と、現住建造物等放火に過失致死が通常随伴するとはいい難いとする観点<sup>(13)</sup>に依拠している。

しかし、原判決の評釈においては、死傷結果の通常随伴性の点について、確率の問題ではなく随伴を想定することの容易性が問題になっているのだとする指摘がある。<sup>(14)</sup>この指摘に従い、現住建造物等放火罪においては一定以上の高い頻度で死傷結果が発生しているという統計ではなく、「現住建造物等放火罪という犯罪をイメージする際に内部者が死傷することが典型的に想定可能か」否かが問題であるとすれば、本決定のいう蓋然性の問題とは、結局のところ、本罪は制度的に死傷結果を予定していると解するか否か、という点に尽きることになるであろう。

本決定は、本罪における人の現住性あるいは現在性という客体の特性に照らして、死傷結果が発生する相当程度の蓋然性が類型的に存在するものであると論ずるのみであり、統計的な裏付けをもって反対説への再反論がなされているわけではない。また、本決定で述べられている「蓋然性」も、そこで求められている高さは明らかではない。<sup>(15)</sup>従って、本決定が如何なる趣旨でこのような表現を用いたのかは定かではないが、結論を積極的に理由付ける意図で引き合いに出したのであれば、たとえ観念的なものであっても何らかの根拠を示した上で説明するべきであるし、ましてこれが「後付け」の説明でしかない<sup>(16)</sup>のであれば、「蓋然性」と述べることも自体があまり適切ではないように思われる。

## 4 「現住建造物等放火致死罪」の欠缺

本決定が、現住建造物等放火罪の量刑において死傷結果を考慮することを肯定するもう一つの論拠は、「その法定刑が死刑を含む重いものとされており、上記危険が現実に人が死傷する結果として生じた場合について、他により重く処罰する特別な犯罪類型が設けられていないこと」である。しかし、法定刑の問題については、原判決の評釈において、「現在の実務では死刑は故意に殺害する場合でしか用いられなくなつて」<sup>(17)</sup>いるとの批判がある。更に、死傷結果を加重する規定が存在しないという点については、そもそも無過失の行為者について致死結果の責任を問うことは責任主義の観点から許されないであつて、これを量刑上考慮するのは現住建造物等放火「致死罪」というべき刑罰類型の創出に他ならない、また仮に量刑上考慮するには因果関係や予見可能性が必要であることを要求するのであれば、検察官はそれを別罪の訴因として掲げればよいとの指摘がある。<sup>(18)</sup>

このうち、「その法定刑が死刑を含む重い」という点については、具体的な量刑実務を参照するような仕方ではない解釈があり得るとの指摘がある。即ち、現住建造物等放火によつて死亡結果が発生した場合をより重く処罰するにあつては、加重類型を新たに創設するか、それとも法定刑の上限をあらかじめ重くしておくことで対処するか、という立法的選択が生じ、ここでは法定刑が「特に重い」か否かが重要であるが、「本決定はその解釈を行う文脈で、「特に重い」ことを具体的に述べる意味で「死刑を含む重い」法定刑だと言っているにすぎないのではないか」と<sup>(19)</sup>いうのである。確かに、「その法定刑が死刑を含む重い」という表現が、「上記危険が現実に人が死傷する結果として生じた場合について、他により重く処罰する特別な犯罪類型が設けられていないこと」と並置されていることも併せて考えると、ここではあくまでも現行法の規定が確認されているに過ぎないと言えるだろう。もつとも、観念的競合として



殺人罪が成立する場合でなければ死刑を科されることはないという傾向を重視すれば、「死刑を含む重い」という表現が現住建造物等放火罪の現状を適切に捉えていないのではないか、という根本的な疑問は依然として残る<sup>(20)</sup>。

これに対して、死傷結果の加重規定が現行法には存在しないという点については、より実質的な検討を要する。本決定からは、少なくとも行為と死傷結果との間に因果関係が存在しなければならぬことを確認していることが読み取れるが、予見可能性については第一審から争われていなかったこともあり、格別の態度表明は窺われない。もともと、判例においては、結果的加重犯の処罰について加重結果の予見可能性を不要とするとの理解が採用されているところである<sup>(21)</sup>。この判例を前提として、仮に量刑上の加重についても予見可能性を不要とするのであれば、それは責任主義に反するのであり、またそうでないとしても加重結果を量刑上考慮することは結局のところ現住建造物等放火「致死罪」の創設に他ならないとの指摘がある<sup>(23)</sup>。しかし、こうした見解に対しては、予見可能性の内容として「同種の客体に、危険の現実化と評価できる因果経過を介して結果が生じることが予見可能であれば足りる」<sup>(24)</sup>とするのであれば、基本犯の遂行それ自体によって予見可能性が基礎付けられるのであるし、また実際に重過失致死傷罪を別途訴因として掲げた裁判例については、放火行為が重過失致死傷罪の注意義務違反行為として構成されているが、現住建造物等放火罪の事実認定が予見可能性や重過失の認定を兼ねる事案が多いことから、予見可能性は厳格な証明の対象であるとする実益は乏しいとする指摘が差し向けられている<sup>(25)</sup>。

なるほど、予見可能性や重過失の認定が実質的には行われているのであるから、実務の現場では責任主義が実質的には担保されているのだと言うことはできるのかも知れない。しかし、責任主義は刑罰の根幹をなす決定的な要素であるからこそ、判例理論は責任主義の徹底を強固に裏付け、同時にそのような指針を事実審に対して与えるものであつ

て然るべきであり、事実審が現場の運用でカバーしているのだから判例理論の説く責任主義が多少不安定であっても構わないのだとすれば、それは全くの本末転倒であろう。また、実務家からの反対説で述べられていた、「考慮する条件として、別罪の立証とほぼ同様の要件を要求するのであれば（……）、訴因として掲げない場合は、量刑上考慮できないとの立場の方が簡明であろう」という批判に対しても、この見解は積極的な論拠を示しているとは言い難い。更にこの点は、訴訟法上の問題にも関係する。最高裁昭和四一年七月一三日大法院判決刑集二〇巻六号六〇九頁は、起訴されていない犯罪事実を余罪として認定し、実質処罰の趣旨で量刑上考慮することは許されなかったが、訴因の形式で明示されていない死亡結果を量刑上考慮することは、昭和四一年大法院判決には果たして抵触しないのだろうか。

この点につき、小池信太郎は、現住建造物等放火罪では人の死傷結果の考慮が「法律上当然に」予定されているとの本決定の判示から、訴因に記載しなくても検察官が死傷結果も含めて処罰を求めているのは当然であるとの理解が窺われる、と評している。<sup>(27)</sup>しかし、このような理解は支持することができない。そもそも、訴因とは、検察官に広範な訴追裁量が認められる中で、公判審理の対象を被告人に告知する機能を担うものである。そして、告知されることによって、被告人は防御対象を特定することが可能になる。証拠裁判主義を採用する日本の刑事裁判制度においては、重要で関連性のある証拠しか当事者は公判で提出できないのであり、論者はこれを訴因の拘束力と呼ぶのであるが、<sup>(28)</sup>訴因はこのように審理・攻防を拘束するのみならず、その範囲を画することによって被告人の防御権を保障するといふ、告知機能も担わされたものである。そして、このように考えるならば、検察官は死傷結果についても訴因の形式で記載すべきであり、たとえどれほど重大な結果であろうとも訴因の形式で記載されていないのであれば、それは訴

追意思が放棄されたものとして考える他ないであろう。<sup>(29)</sup>

もつとも、原判決では、公判前整理手続で本件死亡結果の「争点化は適切に行われており」、<sup>(30)</sup>被告人に対する不意打ちにはなっていない旨判示している。本決定はこの点について言及しておらず、また具体的にどのような公判前整理手続が行われたのかも明らかでないため、本件における実質的な防御権侵害の有無については本稿で判断することはできない。ただし、「訴因の告知機能は、裁判員裁判においてはより厳格に順守されるべきである」<sup>(31)</sup>との指摘が既になされていることについては、十分留意しなければならないであろう。

## 5 本決定の射程

最後に、他の放火罪に伴って死傷結果が発生した場合についても本決定の射程が及ぶのかという点について検討する。小池信太郎は、本決定の判示事項が「現住建造物等放火罪に該当する行為により生じた人の死傷結果」に関するものであり、判断の中で類型的に死傷結果が発生する相当程度の蓋然性と、死刑を含む重い法定刑を問題にしていることから、射程は他の放火罪には及ばないと解している。即ち、「類型的に人が死傷する結果が発生する相当程度の蓋然性」は他の放火罪については認められない以上、因果関係さえあれば死傷結果を量刑上考慮できるという原則論は妥当しないのであって、解釈論上の選択肢としても、別罪として評価するのが妥当であるとの結論に至るのである。<sup>(32)</sup>

しかし、本決定がそもそもそのような限定を付しているとは、必ずしも断言できないように思われる。本決定が「放火罪は」との書き出しで、現住建造物等放火罪に限定せずにおよそ放火罪一般について、「人の死傷結果は、(……)

危険の内容として本来想定されている範囲に含まれる」との前提を措定した上で、「とりわけ現住建造物等放火罪」についての格別の考慮要素として前述した諸要素を挙げるといふ論理構造から考えると、他の放火罪においては死傷結果発生<sup>(33)</sup>の蓋然性は認められないとしても、それとは違う論理を用いて死傷結果を量刑上考慮する余地を最高裁は残しているのではないかとの疑念が払拭できないところである。

また、実務における本決定の影響については、本決定後の裁判例の中にも、死傷結果が罪となるべき事実に記載されているものがあるとの指摘<sup>(34)</sup>がある。この点について、「量刑上考慮することは許されるというべきである」という本決定のやや控えめな表現は、本来の一罪説を採用することについて却って慎重になることを促すものであるとも言えよう<sup>(35)</sup>が、前述した通り、人の死傷結果は放火罪の「本来想定されている範囲に含まれる」との表現も踏まえれば、そのようにも断言し難いところである。

放火罪と死傷結果の罪数関係という未解決の問題も含め、本決定を踏まえた上での下級審裁判例の蓄積と、それを承けた最高裁の新たな判断が俟たれるところである。

- (1) かつては殺人罪の刑の下限は三年であったため、現住建造物等放火罪の方が刑は重かったところ、平成一六年改正によつて殺人罪の刑の下限が五年へと引き上げられたため、現在では両罪の法定刑は同一である。
- (2) 小池信太郎「現住建造物等放火罪と死傷結果―最高裁平成二九年一二月一九日決定の検討―」慶應法学四二号一二一頁。
- (3) 菊池則明「観念的競合の関係にある余罪と量刑考慮について―放火行為により人が死亡したが訴因には掲げられていない設例を基に―」植村立郎判事退官記念論文集『現代刑事法の諸問題 第二卷』(二〇二一年)二七二頁、岸野康隆「放火で人が死亡した場合の訴因のあり方に関する一考察」同書一五三頁。

- (4) 小池信太郎「判批」ジュリスト一五三一号(平成三〇年度重要判例解説)一五九頁参照。
- (5) これに対して、原判決は明示的に「保護法益」という表現を用いている。刑集七一巻一〇号六二二頁参照。この点についての評釈として、猪股正貴「判批」研修八一五号二一頁。
- (6) 芝原邦爾等編「刑法理論の現代的展開 各論」(一九九六年)二八三頁(西田典之)。
- (7) 只木誠『罪数論の研究(補訂版)』(二〇〇九年)二〇八頁。
- (8) 只木・前掲注(7)二〇二頁以下。
- (9) 小池・前掲注(2)一四二頁。
- (10) 野村健太郎「判批」刑事法ジャーナル五七号九九頁、橋爪隆「放火罪をめぐる問題について」法学教室四五〇号九九頁、豊田兼彦「演習 刑法」法学教室四五二号二九頁。これに対して、本決定が本来的「罪説に立つものである」と理解するのは、本田稔「判批」法学セミナー六三巻五号一二三頁。
- (11) 刑集七一巻一〇号六二二頁。
- (12) 菊池・前掲注(3)二七三頁。
- (13) 岸野・前掲注(3)一六〇頁以下。ここでは、星周一郎『放火罪の理論』(二〇〇四年)一二頁における分析が参照されている。ただし、星自身は、諸外国との比較を踏まえた上で、「日本では放火や火災の発生率が低いが、一旦火災が生ずるとより大きな損害が生ずるといふ傾向がある」としている点には留意すべきであろう。星・同五二頁。
- (14) 本庄武「判批」新・判例解説 Watch9号一九六頁。
- (15) 小池・前掲注(2)一四九頁は、「本決定の「相当程度の蓋然性」も、非常に高度のものを考えているわけではないと思われる」とする。
- (16) 野村・前掲注(10)九八頁参照。
- (17) 本庄・前掲注(14)一九七頁。
- (18) 菊池・前掲注(3)二七五頁以下、本田稔「判批」法学セミナー六三巻五号一二三頁、野村・前掲注(10)一〇一頁。なお、検察官があえて過失致死罪を訴因として掲げない理由については、推測に基づくものではあるが、菊池・同二七八頁以下が批判的に検討を加えている。

- (19) 小池・前掲注(2) 一五二頁。
- (20) 例えば、団藤重光『刑法綱要各論(第三版)』(一九九〇年) 一八九頁は、「嚴罰の必要は次第に減少して行くものとおもう」とする。
- (21) 小池・前掲注(2) 一四三頁。
- (22) 最高裁昭和二六年九月二〇日第一小法廷判決刑集五卷一〇号一九三七頁。
- (23) 菊池・前掲注(3) 二七五頁、野村・前掲注(10) 一〇二頁。
- (24) 小池・前掲注(2) 一四三頁。ここでは橋爪隆「暴行罪・傷害罪について」法学教室四四五号一一五頁が参照されている。
- (25) 小池・前掲注(2) 一四三頁以下。
- (26) 菊池・前掲注(3) 二七六頁。
- (27) 小池・前掲注(2) 一五四頁。
- (28) 渥美東洋『全訂刑事訴訟法(第二版)』(二〇〇九年) 三一四頁。
- (29) 菊池・前掲注(3) 二七九頁。
- (30) 刑集七一卷一〇号六二二頁。
- (31) 渥美・前掲注(28) 一五六頁。
- (32) 小池・前掲注(2) 一五一頁以下。
- (33) また、仮に野村・前掲注(10) 九八頁の言うように、蓋然性Ⅱ通常随伴性の有無は「後付け」の説明でしかないと解するならば、蓋然性という表現は、本決定の射程が他の放火罪に及ぶことを堰き止めるほどの意味合いをそもそも帯びていないことになるであろう。
- (34) 小池・前掲注(2) 一五四頁参照。ただし、ここでは死傷結果を罪となるべき事実に記載せずに量刑上考慮した裁判例も複数指摘されている。
- (35) もっとも、私見としては、本決定が刑集に登載されたという事実は、それ自体が既にして、そのような慎重さとは逆方向へと向かうべきとのメタメッセージを帯びていると解する。