

Title	現住建造物等放火罪と死傷結果： 最高裁平成29年12月19日決定の検討
Sub Title	Brandstiftung und Todesfolge als Strafzumessungsgrund
Author	小池, 信太郎(Koike, Shintaro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2019
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.42 (2019. 2) ,p.121- 157
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	伊東研祐教授・江口公典教授・中島弘雅教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20190222-0121

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

現住建造物等放火罪と死傷結果

——最高裁平成 29 年 12 月 19 日決定の検討——

小池 信太郎

- I はじめに
- II 平成 29 年決定以前の状況
- III 平成 29 年決定とその理論的含意
- IV 結びに代えて——罪数論との関係についての若干のコメント

I はじめに

現住建造物等放火に伴い死傷者が生じた場合に、死傷の結果をいかにして量刑に反映させるか。死傷結果につき故意がある場合であれば、現住建造物等放火罪のみならず、殺人罪等が（観念的競合として）起訴され、量刑上考慮される。それに対し、死傷結果につき故意が認められない場合には、重過失致死傷罪での起訴はなされず、死傷の事実が訴因および判決の罪となるべき事実に記載されることもなく、現住建造物等放火罪の量刑上、当然に考慮されるというのが、従来の実務の一般的な取扱いといえる。

ところが、近時、裁判実務家を中心に、そのような取扱いの当否をめぐり、議論が生じていた。反対論は、公共危険犯である現住建造物等放火罪は、人の死傷の結果を当然に評価できるものではなく、重過失致死傷罪とは、本来の一罪ではなく、科刑上一罪（観念的競合）の関係にあると解すべきところ、そう

すると、重過失致死傷罪による起訴および有罪認定を経ずに死傷結果を重視して量刑すれば、判例における余罪処罰の禁止ないし不告不理の原則に違反するという。あるいは、仮に現住建造物等放火罪により死傷結果を評価し得るとしても、影響力の大きい量刑事実である死傷結果を訴因および判決の罪となるべき事実に掲げることが求められるというのである。そのような理解に依拠した裁判例が散見される一方で、従来の取扱いを踏襲する裁判例も積み重ねられていた。

そうした中、従来の取扱いに基づく第1審判決¹⁾およびこれを是認した控訴審判決²⁾の当否が争われた事件において、最決平成29年12月19日（刑集71巻10号606頁。以下、「平成29年決定」または「本決定」という）は、「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」との判断を示し、「居宅内にいた2名が一酸化炭素中毒により死亡し」たこと「を本件の量刑事情として考慮した第1審判決を是認した原判決に……違法はない」とした。

これにより、実務上は、近時の議論にもかかわらず、従来の取扱いが違法、不当視されることはないという点では決着がついたことになるが、平成29年決定の理論的含意について、既出文献³⁾の多くは短い言及にとどめていることもあり、共通理解が形成されているかは明らかではない。そこで本稿では、同決定以前の議論の状況を振り返った上で（Ⅱ）、平成29年決定について、その判断構造、死傷結果を「量刑上考慮すること」の意味、そのための要件、反

1) さいたま地判平成27年6月15日刑集71巻10号616頁。

2) 東京高裁平成27年12月15日刑集71巻10号620頁。評釈として、猪俣正貴「判批」研修815号（2016）17頁、本庄武「判批」新・判例解説 Watch 19号（2016）195頁。

3) 本決定の評釈として、榎本雅記「判批」法教452号（2018）138頁、野村健太郎「判批」刑ジャ57号（2018）96頁、本田稔「判批」法セ760号（2018）123頁。本決定に言及した文献として、井田良『講義刑法学総論』（第2版、2018）587頁、岡慎一＝神山啓史『刑事弁護の基礎知識』（第2版、2018）194頁、241頁、高橋則夫『刑法各論』（第3版、2018）480頁、豊田兼彦『演習刑法』法教452号（2018）129頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論』（第7版、2018）325頁、橋爪隆「放火罪をめぐる問題について」法教450号（2018）99頁など。

対論からの疑問に対する本決定のあり得る態度、放火罪の他の類型の取扱い、訴因および罪となるべき事実への死傷結果の記載の可否・当否といった観点に着目しつつ、検討を加えることとしたい（Ⅲ）。

Ⅱ 平成 29 年決定以前の状況

1 現住建造物等放火罪の量刑上、死傷結果を当然に考慮する従来の実務とその背景

死傷結果を伴う現住建造物等放火罪の事案では、同罪のみでの起訴および有罪認定を前提に、死傷の事実は、訴因および判決の罪となるべき事実に記載されないまま、量刑上は当然に考慮されるというのが、従来の一般的な実務である⁴⁾。典型的な量刑理由のパターンは、放火行為の手段やその際の状況に即して危険性の大きさが評価された上で、建造物等の焼損の規模と並んで、逃げ遅れるなどして死傷した人がいるときはその事実が、放火行為の危険性が正に現実化したものとして指摘され、その点も含めて、結果の重大性の評価がなされるというものである。

そうした取扱いの背景には、熊本地判昭和 44 年 10 月 28 日（刑裁月報 1 巻 10 号 1031 頁）が示したような、現住建造物等放火罪は、随伴する重過失致死傷罪を吸収ないし包括して評価するという理解⁵⁾があったといえよう。同判

4) 平成 20 年までの裁判例として、名古屋地判平成 15 年 2 月 25 日 LLI/DB・L05850326、大分地判平成 15 年 3 月 13 日 LLI/DB・L05850370、福岡地判平成 17 年 2 月 25 日 LLI/DB・L06050055、甲府地判平成 17 年 4 月 21 日 LLI/DB・L06050154、さいたま地判平成 19 年 3 月 23 日 LEX/DB・25420867、東京高判平成 20 年 5 月 15 日判タ 1295 号 312 頁（前掲さいたま地判の控訴審）、山形地判平成 20 年 11 月 13 日 LLI/DB・L06350502 を参照できた。

5) 熊本地判以前の学説として、小野清一郎ほか『ポケット註釋全書刑法』（1952）183-184 頁〔中野次雄〕、団藤重光責任編集『注釈刑法（3）』（1965）174 頁〔藤木英雄〕（「現住建造物放火罪において当然に予想されている範囲内の事態であるとみて……過失致死罪の成立を問うまでもなく、情状として考慮すれば足りる」）。最近の概説書・体系書は、明示的に言及しないものが多い。吸収説として、小林充（園原敏彦改訂・植村一郎監修）『刑法』（第 4 版、2015）307 頁、高橋則夫『刑法総論』（第 4 版、2018）527 頁など。

決は、多数の入院患者がいる診療所への放火により、逃げ遅れた2名を焼死させ、9名を負傷させ、現住建造物等放火罪と殺人罪・傷害罪で起訴された被告人について、死傷の故意を認定できないとして殺人罪・傷害罪の成立を否定しつつ、死傷結果の惹起について「重大な過失があつたこと明らかであるが、既に現住建造物放火罪として処罰する以上は右重過失致死傷の如きは当然右放火罪において予想されている危険の範囲内の結果であるとして現住建造物放火罪に吸収され別罪を構成せず、人の死傷については量刑上考慮すれば足りる」としたものである⁶⁾。

もともと、同判決は、犯罪事実（罪となるべき事実）の項目で、廊下にガソリンを撒いてマッチで点火し、診療所をほぼ全焼させ、「その際逃げ遅れたA（当七九年）を間もなく同診療所……号室において焼死せしめ、B（当七〇年）も顔面、首、前胸、両上肢及び両手足第三度火傷により……病院において死亡するに至らせた外別紙被害者一覧表（略）記載のとおり入院患者九名に対しそれぞれ傷害を負わせた」事実を掲げている。このような記載方法は、その後の一般的な実務に引き継がれなかったことになるが、それは、熊本地判における取扱いが、殺人・傷害も起訴されていたため、死傷の事実が訴因にもともと記載されていた⁷⁾ という事情ゆえと考えられたためであろう。適正手続の観点から量刑評価の対象を明確化するといった、近時の議論に連なる問題意識はそこにはなかったといえる。

2 重過失致死傷罪を訴因および罪となるべき事実に掲げなければ、 量刑上重視することは許されないとの立場

そうした従来の実務の取扱いに対し、近時、現住建造物等放火罪は死傷結果

6) ただし、控訴審（福岡高判昭和45年5月16日判時621号106頁）で殺人・傷害の未必の故意が認定され、原判決は破棄されている。

7) その上で故意の認定落ちとなったが、重過失の存在は明らかであったため、訴因事実から優に認定できる重過失致死傷罪の取扱いをどうするかを示す必要を生じ、罪数関係に関する本文で紹介した判示につながったものと思われる。

を当然に評価するとはいえず、重過失致死傷罪とは科刑上の一罪（観念的競合⁸⁾）、つまり別罪の関係にあるのではないか、そうすると重過失致死傷罪を訴因に掲げることなしに死傷結果を実質的に処罰する趣旨で量刑上考慮することは許されないのではないかという問題が、裁判実務家を中心に議論されるようになった。

議論が顕在化する1つの契機となったのが、高松地判平成21年7月24日(LLI/DB・L06450482)である。同判決は、被告人が、元夫と交際する知人の住居に放火し、その弟を焼死させたが、現住建造物等放火罪のみで訴追された事案で、罪となるべき事実としては現住建造物への放火と焼損に当たる事実のみを示した上で、量刑理由の中で、「本件犯行により、被害家屋が全焼したほか、被害家屋の住民1名が死亡し、隣家の外壁や雨樋も破損しており、上記危険が現実化している」としつつ、次のように述べた。「検察官は……過失致死罪ないし重過失致死罪が現住建造物等放火罪に吸収されることを前提に、Bの死亡の結果を量刑上重視すべきであると主張する」が、その「罪数解釈には疑問がある上、仮にその主張を前提としたとしても、(重)過失致死罪の犯罪構成要素(注意義務、被害者の死亡等)は何ら訴因として掲げられていないのであるから、手続上、同罪は審判の対象外であり、被告人の防御対象からも外されるとみるほかはない。したがって、Bの死亡結果については、本件犯行の危険

8) 浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール刑法』（第2版、2017）272頁〔星周一郎〕、井田良『講義刑法学各論』（2016）384頁（ただし、同・前掲注3）587頁は吸収説に反対しない）、内田文昭『刑法各論』（第2版、1984）450頁注16、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第7巻』（第3版、2014）63頁〔村瀬均〕（初版および第2版では「事案によっては」観念的競合となるとしていたが、近時の議論を受けて第3版で観念的競合説を採用）、木村光江『刑法』（第4版、2018）327頁、前田雅英『刑法各論講義』（第6版、2015）325頁（1989年の初版以来、一貫して観念的競合説）、前田雅英ほか編『条解刑法』（第3版、2013）341頁など。なお、大塚仁『刑法各論下巻』（1968）757頁、大谷實『刑法講義各論』（新版第4版補訂版、2015）384頁なども引用されることがあるが、それらは、現住建造物等を非現住建造物等と誤信して放火し、人を死傷させた場合に、（抽象的事実の錯誤により成立する）非現住建造物等放火罪と（重）過失致死傷罪が観念的競合とするもので、現住建造物等放火罪が成立する場合について明示的に述べたものではない。

の大きさを推知させる事情として量刑上考慮することは格別、実質上これを処罰する趣旨での考慮は許されない」。そのように断った上で、判決は、懲役13年の求刑に対し、懲役8年を言い渡した。

この判決は、控訴審の高松高判平成21年12月24日（LLI/DB・L06420764）により量刑不当で破棄されたが⁹⁾、その後、本件の審理に関与した裁判官らが関連するテーマで論文を発表し、従来の実務への反対論を展開した¹⁰⁾。

反対論は、現住建造物等放火罪は、人の死傷結果を評価対象事実として含んでおらず、(重)過失致死傷罪は別罪として成立すると解するのであるが、その論拠としては、第1に、保護法益ないし罪質の観点が挙げられる。すなわち、公共危険犯（社会的法益に対する罪）としての放火罪と個人的法益に対する罪としての(重)過失致死傷罪は、保護法益が異なるから、別個の観点から刑法上評価されるべきであり¹¹⁾、また、死亡結果を公共危険犯に付随するにすぎないものとするのは、生命の保護法益としての重要性に鑑み妥当でない¹²⁾という。第2に、放火罪が社会的な犯罪類型として当然に死傷を予想していない¹³⁾、あるいは、放火に伴い死者が出る確率はさほど高いわけではないという意味で、

9) 同判決は、「放火の目的物件以外の……類焼や人の死傷……の被害は、単に放火行為の危険の程度を推知するための事実にとどまるものではなく、放火行為の危険が現実化した結果であり……量刑上も重要な事実である」ところ、その考慮の方法として、公訴事実への記載まで求めれば審理対象の拡散を招き妥当でないが、不意打ち防止のため、原則として証明予定事実記載書や冒頭陳述で述べることを要する（死傷に過失があるときは(重)過失致死として訴追することもあるが、量刑上の考慮にとどめればよいときは、そうした取扱いで足りる）との一般論を述べた上で、第1審の量刑は、「放火行為により……1名を死亡させ、隣家に財産的被害を生じさせた点を正当に評価していない」として、破棄自判により懲役10年を言い渡した。

10) 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」植村立郎判事退官記念『現代刑事法の諸問題 第2巻』（2011）271頁以下（前掲高松地判の裁判長によるもの）、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153頁以下（前掲高松高判の陪席裁判官によるもの）。

11) 菊池・前掲注10）272-273頁

12) 岸野・前掲注10）159-160頁。

13) 菊池・前掲注10）273頁。

現住建造物等放火罪が過失致死罪を通常随伴するとはいえない¹⁴⁾とされる。そして第3に、殺人や傷害の故意をもって放火し、死傷者を出した場合の殺人罪・傷害罪は、別罪（科刑上一罪）として評価する¹⁵⁾のに、過失の場合にこれと区別して扱うことへの疑問も指摘される¹⁶⁾。

そして、このように現住建造物等放火罪が死傷結果を評価対象事実に含んでいないという実体法解釈を採用する場合、別罪である重過失致死傷罪を起訴して訴因に掲げる手続をとらないまま、死傷結果を重視して量刑すれば、判例¹⁷⁾で禁止されている余罪処罰（未起訴の犯罪事実を実質上処罰する趣旨で量刑上考慮すること）に当たるとされる。あくまで放火の危険性の大きさという意味での情状（犯情）を推知する一事情としての考慮であれば理論上は許されるものの、危険性の大きさは、多くの場合、放火・焼損の具体的な手段・状況から十分に認定でき、死傷の事実を持ち出す必要性に乏しい。にもかかわらず、ことさらに死傷結果を考慮すれば、実質処罰ではないかとの疑いは常について回るとし、特に裁判員に、「死傷結果自体を理由に重く処罰してはいけないが、放火の危険性を推知する一事情としてなら考慮してよい」といった説明を真に理解してもらうのは至難であるというのである¹⁸⁾。

また、死傷結果を刑を重くする方向で考慮するというのであれば、被告人側

14) 菊池・前掲注10) 160頁。

15) 現住建造物等放火罪と殺人罪・傷害罪の罪数関係を科刑上一罪とすることに異論はない。その中で、かつては牽連犯とする裁判例・学説もあったが、現在では観念的競合とすることについては異論がないと思われる（大塚ほか編・前掲注8) 62頁〔村瀬〕、西田（橋爪補訂）・前掲注3) 325頁など参照。先例として、仙台高秋田支判昭和32年5月21日高等裁判所刑事裁判特報4巻11=12号267頁〔放火、殺人共に未遂の事案〕、前掲福岡高判昭和45年5月16日〔未必の故意による殺人・傷害が認定された事案〕など。データベースで最近の裁判例を参照しても、例外なく、観念的競合として処理されているように見受けられる）。

16) 菊池・前掲注10) 273頁、岸野・前掲注10) 162頁。

17) 最大判昭和41年7月13日刑集20巻6号609頁、最大判昭和42年7月5日刑集21巻6号748頁。

18) 菊池・前掲注10) 280頁以下。

には、放火行為との因果関係や予見可能性の有無・程度などをめぐって争う機会が与えられなければならない。しかし、従来の実務の取扱いによれば、それらの点の立証の困難をかいくぐって、死傷結果が刑を重くする方向で考慮されてしまうおそれすらあるとの趣旨も述べられる¹⁹⁾。

このような、重過失致死傷罪を訴因に掲げないまま死傷結果を量刑上重視することを違法ないし不当視する立場は、実務に大きな影響を及ぼしている司法研究において言及され²⁰⁾、また、代表的な注釈書において、上記の論拠に加えて、量刑判断の対象をより明確にする意味でも観念的競合説による運用が妥当であると述べられる²¹⁾など、裁判実務家にとって無視できない存在となった。そうした動向と平行して、検察官に促し、訴因変更により重過失致死傷罪を訴因に追加させた上で（現住建造物等放火罪との観念的競合として）判決する裁判例も散見されるようになった²²⁾。例えば、東京地判平成27年7月1日（LLI/DB・L07030698）は、罪となるべき事実を、「〔被告人は〕…日…時…分頃、A（当時88歳）、B（当時64歳）ほか1名が現に住居に使用し、かつ、A及びBが現にいる……所在の木造瓦葺2階建居宅……の放火を決意したが……放火すれば、Aらの生命身体にも危害を及ぼすおそれのあることが十分に予見されたのであるから……放火を厳に慎むべき注意義務があるのにこれにも違反して……火を放ち……よって、同居宅を全焼させるとともに、上記放火行為をした重大

19) 菊池・前掲注10) 276頁以下。

20) 司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』（2012）43-44頁。

21) 大塚ほか編・前掲注8) 62頁〔村瀬〕。

22) 先駆的な裁判例として、さいたま地判平成17年7月13日 LLI/DB・L06050235。最近の裁判例として、本文で引用するもののほか、長野地松本支判平成25年3月4日判時2226号113頁、鹿児島地判平成26年7月9日 LLI/DB・L06950263（控訴審の福岡高宮崎支判平成26年10月28日高裁判速平26年170頁は一審の訴因変更を是認した）を参照できた。前掲さいたま地判と長野地松本支判は、重過失致死罪は現住建造物等放火罪に吸収され別罪を構成しないとの弁護人の主張を、公共危険犯である現住建造物等放火罪が人の死傷という重大な結果を当然に評価していると解することは困難であると述べて退けている。こうした裁判例の取扱いを支持するものとして、門田成人「判批」法セ734号（2016）113頁、本庄・前掲注2）197頁。

な過失により、同日…時…分頃……病院において、Aを焼死させた上、Bに入院加療8日間を要する気道熱傷、一酸化炭素中毒等の傷害を負わせた」²³⁾と記載している。

3 現住建造物等放火罪の訴因に死亡の事実を記載する裁判例

他方で、重過失致死傷罪を追加する訴因変更は行わないが、死者が出ている事案においては死亡結果を訴因に記載する運用も行われた²⁴⁾。例えば、福岡地判平成25年11月20日(LEX/DB・25502497)は、罪となるべき事実を、「〔被告人は〕……Cら6名が現に住居として使用する木造瓦葺2階建家屋に放火しようと考え、…日…時…分ころ……ライターで点火して火を放ち、その火を同通路南側の木造壁面等に燃え移らせ、よって、同家屋……を全焼させるとともに、いずれも同家屋内にいた前記C(当時66歳)を焼死させ、その妻D(当時65歳)に現時点においても加療期間の目途が立っていないほどの火炎熱傷の傷害を負わせ」るなどしたと記載した上で、現住建造物等放火罪で有罪認定し、その量刑上、死傷結果を考慮している。

そうした取扱いは、実体法解釈としては、従来の実務と同様、現住建造物等放火罪が死亡結果を量刑上の評価対象事実に含み得るという見解を前提としている。例えば、上記福岡地判の控訴審である福岡高判平成26年3月20日(LEX/DB・25503818)は、死傷結果という情状事実を訴因に記載することを許した上で、構成要件事実である犯情に属する量刑要素とし、中核的な量刑要素とした点において不当だとする弁護人の所論を、「現住建造物等放火罪に死刑、無期懲役又は5年以上の有期懲役という重い法定刑が定められているのは、その放火の結果、人が死傷する危険性があることを考慮したためであること……

23) 前掲東京地判平成27年7月1日の例。

24) 司法研修所編・前掲注20)44頁注28、大塚ほか編・前掲注8)63頁〔村瀬〕参照。裁判例として、本文に引用するもののほか、さいたま地判平成21年6月11日LLI/DB・L06450558、大阪地判平成26年5月23日LLI/DB・L06950242、福岡地判平成28年6月7日LEX/DB・25543352を参照できた。

などに鑑みると、放火行為により生じた人の死傷を、危険犯としての放火罪により副次的に保護されるべき法益の侵害が現実化した結果として、これを訴因に記載して量刑要素として重視することは何ら不当ではない」として退けている。

手続上の観点においては、この手法は、死亡の事実を訴因に記載することで、量刑評価の対象を明確にし、被告人側に防御の機会を与えるという考慮の下になされている²⁵⁾。その意味では、従来の実務に対する近時の反対論の問題意識を反映している。もっとも、それを超えて、前掲高松地判平成21年7月24日が想定していたような、現住建造物等放火が重過失死傷を吸収すると罪数評価を前提としても、死亡の事実を訴因および罪となるべき事実に記載せずに量刑上重視すれば、余罪処罰の禁止ないし不告不理の原則に違反するという理解²⁶⁾を前提とするのかは明らかではない。必ずしもそうでないとなれば、訴因および罪となるべき事実の記載方法は、検察官および裁判所の裁量に属し、審理全体を通じて、死傷結果の量刑上の考慮について必要に応じて争点化し、不当な不意打ちにならないように配慮すれば足りることになる。

4 従来の実務を踏襲し、理論的に基礎づける裁判例およびそれをめぐる議論

(1) 平成29年決定の第1審・控訴審判決

おそらくそうした理解に基づき、従来の実務を踏襲する裁判例も積み重ねられていた²⁷⁾。そして、そのうちの1件として、平成29年決定の第1審である前掲さいたま地判平成27年6月15日は、罪となるべき事実を、「被告人は、ストレスを発散するために、平成23年12月29日午前4時38分頃、……所在のAほか1名が現に住居に使用し、かつ、同人らが現にいる……居宅に延焼

25) 死亡した場合に限っているのは、死亡結果の量刑上の影響が大きいいため、防御の機会を与える必要性が特に高いと考えられることによるのであろう。

26) 菊池・前掲注10) 273頁。本庄・前掲注2) 198頁は、現住建造物等放火罪と重過失致死傷罪の関係を本来の一罪と解する立場を前提にしても、軽い罪の成立自体が否定される法条競合ではなく、成立はした上で重い罪の規定で処罰される包括一罪と解するならば、死傷事実を訴因に掲げなければ、余罪処罰禁止の対象となる旨主張する。

し得ることを認識しながら、上記居宅に隣接した上記敷地内の作業場建物の軒下に積み上げられていた段ボールに、手を伸ばしてライターで着火して火を放ち、その火を上記作業場建物を介して上記居宅の柱等に燃え移らせ、よって、上記居宅を全焼させて焼損した」とし、現住建造物等放火罪で有罪認定した。そして、量刑理由中で、具体的状況に即した放火行為の危険性を指摘しつつ、それにより「居住していた2名が逃げ切れず一酸化炭素中毒により死亡したものであり、その危険性を正に現実化させている。被告人の犯行が、不特定又は多数の人の生命、身体、財産に脅威を及ぼした程度は極めて高い」と指摘し、被告人に懲役13年を言い渡した。

控訴審において、弁護側は、訴因となっていない2名死亡の事実について、検察官に主張立証を許し、量刑上被告人に不利に考慮した第1審判決は、死亡事実を（余罪として）実質的に処罰したに等しいことなどを主張した。しかし、前掲東京高裁平成27年12月15日は、次のように述べてその主張を退け、さらに事実誤認、法令適用の誤り、量刑不当の主張も採用せず、控訴を棄却した。

「現住建造物等放火罪は、不特定または多数の者の生命、身体及び財産を保護法益とするいわゆる抽象的公共危険犯であり、同罪を犯して、人が死亡した場合には、まさに上記抽象的危険が現実化したものということができるが、死亡の事実それ自体は同罪の構成要件要素とはされていない。また、放火行為により人の死傷という結果が生じた場合に、より重く処罰する特別の犯罪類型も設けられていない。このことは出水及び水利に関する罪についても同様である。

27) 本文で引用するもののほか、横浜地判平成22年1月28日 LLI/DB・L06550033、大阪高判平成23年2月23日 LLI/DB・L06620111、福島地判平成24年3月23日 LLI/DB・L06750169、大津地判平成26年1月29日 LEX/DB・25502996、大阪地堺支判平成27年2月10日 LEX/DB・25500627（現住建造物等放火罪は死亡の場合も想定しており、公訴事実に記載がなくとも死亡事実を犯情として考慮でき、死亡の点は公判前整理手続で争点として顕在化され、主張立証も尽くされているとして、弁護人の主張を退ける一方で、犯情として考慮できるのは、現住建造物等放火の行為が持つ危険性を現実化させたという限度にとどまるとして、殺人に準じて評価すべきとの検察官の主張も採用できないとした）を参照できた。

他方、同じ公共危険犯であっても、ガス等漏出罪（刑法 118 条 1 項）、往来妨害罪（同法 124 条 1 項）、汽車等転覆罪（同法 126 条 1 項、2 項）、浄水等汚染罪（同法 142 条、143 条）、浄水毒物等混入罪（同法 144 条）、水道毒物等混入罪（同法 146 条前段）等については、上記の趣旨の特別の犯罪類型が設けられており、その成立には死亡または傷害の結果について行為者の過失（予見可能性）は要件とされていない。

以上を踏まえると、現住建造物等放火罪については、その対象が人の現在する建物等であり、犯罪の性質上、人の死傷結果の発生が高く想定されること、法定刑自体が死刑を含む重いものとなっていること（例えば上記汽車等転覆罪は、人を死亡させた場合に初めて法定刑が死刑を含むものとされている（同法 126 条 3 項）。）等からしても、当該犯罪によって人の死傷結果が発生した場合に、特別の犯罪類型によらなくとも、現住建造物等放火罪の法定刑の枠内で人の死傷の結果を評価した適切な科刑をできることを前提として、往来妨害罪等の上記各罪とは異なり、特別の犯罪類型を設けなかったものとみるのが相当である。そうでなければ、法定刑からしても罪質が最も重く、類型的に重大な結果発生 of 危険も大きい現住建造物等放火罪や現住建造物等浸害罪（同法 119 条）に限って、危険が現実化し人の死傷結果が生じた場合であっても、当該結果についての故意犯または過失犯と併せて処罰するの でなければ（当該結果の発生につき行為者に故意または過失があることを要する。）、当該死傷の結果を考慮してはならないことになり不合理である。

したがって、刑法 108 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から、原審が、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ようなものでもない。もっとも、本件放火行為により人の死の結果が生じたことは、所論も指摘するように訴因に明示されていない事実であり、量刑上大きく影響することも考えられるから、訴訟関係人の間で、この点を争点化しておくのが相当である。本件では、検察官は、公判前整理手続の中で、本件母屋の住人 2 名が死亡した結

果を、現住建造物等放火罪の危険の程度を表す事情として主張・立証する旨を表明し、この点につき、弁護人も異議をとどめないばかりか、検察官請求に係る上記住人が死亡したことに關する捜査報告書も同意書面として取り調べられていることからすると、上記の争点化は適切に行われており、原審が死亡結果を考慮したことも訴訟関係人に対する不意打ちにはなっていない。原審の訴訟手続に違法・不当な点は認められない。」

控訴審判決は、現住建造物等放火罪は人の死傷を量刑上の評価対象事実に含んでいないという近時の反対論に対し、改めて従来の実務における取扱いの理論的基礎付けを図っている。すなわち、公共危険犯の危険が現実化し、重い結果を生じた場合については、往来妨害罪（刑法 124 条 1 項。法定刑は 2 年以下の懲役又は 20 万円以下の罰金）についての同致死傷罪（同条 2 項。傷害の罪と比較して重い刑）、汽車転覆等罪（同法 126 条 1 項、2 項。無期または 3 年以上の懲役）についての同致死罪（同条 3 項。死刑または無期懲役）のような犯罪類型が設けられることもある。これに対し、現住建造物等放火罪は、性質上、死傷結果が高く想定される罪であるにもかかわらず、上記のような類型が設けられていないのは、同罪の法定刑が死刑を含む重いものであるため、「特別の犯罪類型によらなくとも……法定刑の枠内で人の死傷の結果を評価した適切な科刑をできることを前提として、往来妨害罪等の上記各罪とは異なり、特別の犯罪類型を設けなかった」からである。その意味で、「刑法 108 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」というのである。

そして、適正手続の観点に関しても、死傷結果について争点化しておくのが相当であるとして、近時の反対論の問題意識への配慮を見せつつ、本件では、公判前整理手続の内容等から、争点化は適切に行われていたとしている。前述した、訴因に記載しなくとも、審理全体を通じて不意打ちにならないよう配慮すれば足りるとの立場を前提とするものと思われる。

（2） 控訴審判決をめぐる議論

上記控訴審判決を支持する検察実務家による評釈は、現行刑法 108 条の立法の沿革に着目した論拠²⁸⁾を補足しつつ、前述した反対論による 3 つの批判²⁹⁾に次のように反駁している。

第 1 に、公共危険犯である現住建造物等放火罪は、個人の生命・身体を（直接的には）保護していないのではないかという疑問に対しては、現住建造物等に放火すれば、居住者等の生命・身体に危険が生じることこそが同罪の著しく重い法定刑の根拠である³⁰⁾とすれば、同罪において、個人の生命・身体の保護が従たるものとはいえないという趣旨の反論をしている³¹⁾。第 2 に、通常随伴性が欠けるとの指摘に対しては、現住建造物等放火罪は、常に死亡を伴うものではないが、行為の性質からしてそうした結果を生じやすいことは否めないと述べる³²⁾。第 3 に、故意殺人は別罪として評価することと平仄が合わないという点については、殺人の明確な故意がある事案では、手段にすぎない放火が殺人まで内包しているとはいえないが、殺意なく放火が目的である事案で

28) その要旨は次のとおりである。すなわち、旧刑法の明治 23 年改正案は、家宅等への放火の罪（235 条）等について、人を死傷させた場合の加重類型（242 条）を設け、致死の場合にのみ死刑を科すこととしていたが、明治 34 年改正案は、住居または人の現在する建造物等に対する放火の罪（127 条）の法定刑の上限を死刑とし、死傷による加重類型は設けず、これが現行刑法 108 条に引き継がれている。このような立法経緯からすれば、現行の現住建造物等放火罪は、放火行為により死亡結果を生じさせた場合をも想定した罪と解される（猪俣・前掲注 2）23 頁）。

29) 前掲 II 2 参照。

30) 現住建造物等放火罪が他の放火罪よりも著しく重く処罰される根拠については、その範囲をめぐって対立があるものの、（建造物等の現在者を中心とする）人の生命・身体に対する危険に求めるという点では、現在異論は少ない（学説の状況につき、大塚ほか編・前掲注 8）33 頁〔村瀬〕、佐藤輝幸「公共危険犯としての放火罪(1)」法学協会雑誌 132 巻 5 号（2015）60 頁以下、同「現住建造物等放火罪に関する諸問題」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑩』（2017）181 頁以下、橋爪・前掲注 3）95 頁、松原芳博『刑法各論』（2016）387 頁など参照）。

31) 猪俣・前掲注 2）21 頁、24 頁。

32) 猪俣・前掲注 2）24 頁。

は事情が異なるとしている³³⁾。

これらの反論に対し、第2の通常随伴性については、現住建造物等放火罪という犯罪をイメージする際に死傷の随伴が典型的に想定可能かが問題であって、随伴確率がさほど高くないことは大きな問題ではないとして、この点の批判は決定的なものではないことを認めつつ³⁴⁾、第1の生命侵害の重要性の観点を改めて強調して、控訴審判決を批判する研究者による評釈がある。罪名は犯罪の社会的実態を反映すべきところ、「被害者にしてみれば居宅が全焼したことよりも生命が失われたことの方が重大」であり、「死亡結果が罪名に反映されないのは不都合」だということである³⁵⁾。また、同評釈は、判決が、現住建造物等放火罪の法定刑が「死刑を含む」重いものであることを、同罪が死亡結果の評価を予定しているという解釈の根拠として用いることにも疑問を示す。死刑の言渡しを殺人および強盗殺人の既遂の場合に限定している量刑実務³⁶⁾からすれば、放火に死亡結果が伴ったとしても、殺人が起訴されなければ、死刑を科す余地はない。とすると、死亡結果の評価を含めたからといって、法定刑が合理的に説明されるわけではない。そうであれば、法定刑はいずれにせよ時代にそぐわなくなっていることを認め、その点を論拠として持ち出すことはやめるべきだというわけである³⁷⁾。

さらに、控訴審判決が、反対論によれば、死傷「結果についての故意犯または過失犯と併せて処罰するのでなければ（当該結果の発生につき行為者に故意または過失があることを要する。）、当該死傷の結果を考慮してはならないことになり不合理」だと判示し、量刑事情としてであれば、過失（予見可能性）を要件

33) 猪俣・前掲注2) 24頁。

34) 本庄・前掲注2) 196頁。そう解さないと、殺人に伴い衣服を損壊する事例で殺人罪のみが成立するとされていることや殴打による傷害罪が眼鏡に対する器物損壊罪を吸収するとした裁判例（東京地判平成7年1月31日判時1559号152頁）の結論も疑わしくなるとの認識を示す。

35) 本庄・前掲注2) 196頁。井田・前掲注8)『講義刑法学各論』384頁も同旨。

36) 司法研修所編・前掲注20) 108頁参照。

37) 本庄・前掲注2) 197頁。

とせずに考慮できることを前提としているかのような点について、上記評釈は、従来の実務の取扱いであっても、責任主義の見地から死傷結果についての過失（予見可能性）が要求されることは当然の前提である旨の批判を寄せている³⁸⁾。

以上のように、現住建造物等放火行為による死傷結果の量刑上の考慮について、近時、裁判例が分かれ、また従来を取扱いを是認した高裁判決に対しても賛否両論が示される中で、最高裁の判断が俟たれることとなった。

Ⅲ 平成 29 年決定とその理論的含意

1 平成 29 年決定

上告審において、弁護人は、訴因または罪となるべき事実に死亡の事実を明示記載することなく量刑上考慮した第 1 審判決およびこれを是認した控訴審判決は、不告不理の原則に違反し、憲法 31 条に違反すると主張した。しかし、最高裁第三小法廷は、この主張は上告理由に当たらないとした上で、下記の職権判断を行い、上告を棄却した。

「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、艦船又は鉾坑を客体とするものであるから、典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、その法定刑が死刑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

38) 本庄・前掲注 2) 197 頁。司法研修所編・前掲注 20) 43 頁も参照。

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。

本件においては、放火により焼損した居宅内にいた2名が一酸化炭素中毒により死亡しており、これを本件の量刑事情として考慮した第1審判決を是認した原判決に所論のこのような違法はない。」

2 平成 29 年決定の理論的含意

本決定により、近時の議論にもかかわらず、従来の取扱いが違法、不当視されるわけではないという限りでは、実務上は、この問題に決着がつけられたことになる。ただ、その理論的含意をどのように理解するかは、それ自体、あるいは周辺問題への波及のしかたを考えるにあたって重要であるが、現状では、どの程度の共通理解が形成されているかは明らかではない。そこで、以下で検討する。

(1) 本決定の判断構造

本決定の判断構造を筆者なりの補足を交えて読み解くと、次のようになる。

まず、「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、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」「とりわけ現住建造物等放火罪……は、現に人が住居に使用し又は現に人がいる建造物……を客体とする……から、典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」という判示は、問題となる犯罪の性質についての理解を示すことで、現住建造物等放火罪により死傷結果が生じた場合、より重い処罰を行う要請が特に強く働くことを基礎づけている。すなわち、公共危険犯において、本来想定される範囲内の結果が生じた場合には、行為の危険が現実の結果に確証された以上、より重い犯情評価および処罰が要請される³⁹⁾。そして、「典型的に人が死傷する結果が発生する相当程度の蓋然性」があり、人の死傷につながるものが強く危惧さ

れる現住建造物等放火行為を実行し、案の定、死傷結果を惹起した場合については、上記要請は特に強く働く。

その上で、本決定は、現住建造物等放火罪の「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」という、構成要件・法定刑の定め方に関する認識を、本罪が人の死傷結果の量刑上の考慮を当然に予定しているとの解釈へと結びつける。これは、結果の惹起を理由により重く処罰する要請が特に強く働く上記場合の立法的選択肢として、①当該危険犯の法定刑を特に重くし、その枠内で結果を考慮した重い刑を科せるようにしておく対応と、②当該危険犯の法定刑をある程度にとどめ、結果惹起を要件とする特別な加重類型⁴⁰⁾を設ける対応が考えられるところ、現住建造物等放火の場合は①が選択されているという趣旨と解される。

(2) 「量刑上考慮すること」の意味

このような判示ぶりおよびその含意からすれば、「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は許される」という本決定の命題の意味は、死傷結果の惹起を、放火行為により生じた危険性（公共の危険ないし現住者・現在者の生命・身体に対する危険性）の大きさという意味での情状（犯情）を推知する資料としてだけではなく、本罪の行為責任（犯情）を構成する事実の一部として評価し、それを処罰する趣旨で考慮する

39) 司法研修所編・前掲注20) 43頁注27は、「構成要件が明示する結果自体ではなくても、その罪が危険犯で、その危険が現実化したという場合には、そうした事情は『結果』に含まれると解することもできよう」とする。さらに、林正彦「構成要件外の結果と量刑」原田國男判事退官記念論文集『新しい時代の刑事裁判』（2010）526頁およびそこに引用された文献を参照。

40) そうした類型としては、結果的加重犯が典型的である。（原判決および）本決定が結果的加重犯の概念を用いていないのは、死傷結果についての故意がある場合をも捕捉する犯罪類型を除外しないためと考えられる（例えば、汽車転覆等致死罪〔刑法126条3項〕については、殺意がある場合にも適用されるかをめぐって議論がある。詳しくは、大塚仁ほか編・前掲注8）238頁以下〔渡邊一弘〕）。

ことを認めるものと解される⁴¹⁾。

本事件の第1審では、検察官は、公判前整理手続において、2名の死亡を現住建造物等放火罪の危険の程度を表す事情として主張・立証することを表明していたようであり⁴²⁾、判決の量刑理由も、2名を死亡させ危険性を正に現実化させた事実を、「被告人の犯行が、不特定又は多数の人の生命、身体、財産に脅威を及ぼした程度は極めて高い」という評価との関係でのみ問題としているようにも読める。そこには、死傷結果の考慮を危険性推知の趣旨でしか許されない立場への配慮がうかがわれる。しかし、控訴審判決や上告審決定が第1審判決を是認する前提として、そのように読んでいるとは思われない。また、裁判実務上、危険性推知の限度での考慮が一般的というわけでもなく、死傷の事実を含む結果の重大性を強調して刑事責任は重いと述べるなど、結果の実質処罰の趣旨としての方が理解しやすい量刑理由の記載がむしろ多いように見受けられる⁴³⁾。真に危険性推知の趣旨でしか考慮を許さないのであれば、そもそも死傷の事実を持ち出す必要性に乏しいばかりか、実質処罰の趣旨での考慮との区別の困難性も相まって、とりわけ裁判員裁判の運用に困難を来し得ることは、これまでの議論で示されている通りである。

(3) 死傷結果を量刑上考慮するための要件

平成29年決定は、現住建造物等放火罪の量刑上、人の死傷結果を考慮するための要件をいかに解しているだろうか。

41) 野村・前掲注3) 97-98頁。

42) 刑集71巻10号622頁参照。

43) 分かりやすい例として、前掲さいたま地判平成19年3月23日は、店舗内の商品の陳列状況から、被告人が大火災の危険性を予見し得たのに危険性の高い寝具売場に放火した以上、「本件火災及びその結果として3名の者が亡くなったことについて、責任を負うのは当然である」「防災態勢等の不備が……大火災に至ることの一因となったとはいえないもの、そのことが3名の死者の発生についての被告人の責任を特段軽減するものとはいえない」と判示している。

ア 因果関係

まず、「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」という判示により、因果関係が明示的に要求されている。そのことは、本決定が、第1審判決および原判決に違法はないとの結論を導くにあたり、「放火により焼損した居宅内にいた2名が一酸化炭素中毒により死亡し」た事実を確認していることにも表れている。この因果関係は、前述のように死傷結果が本罪における行為責任（犯情）を構成する事実の一部として考慮される以上、構成要件要素としての因果関係と同レベルで立証される必要がある。

ここでいう因果関係を有する結果は、当該放火行為の危険が現実化したものでなければならない。火傷や熱傷、煙に巻かれての窒息、一酸化炭素中毒、有毒ガス中毒などのほか、家具の倒壊や建物の崩壊など、多様な原因での死傷を含むことはいうまでもない⁴⁴⁾。逃げようとして上階から飛び降りたり、いったん外に逃れた者が様子が気になるなどして建造物等の内部に戻ったりしたために死傷した場合も、被害者がそのような危険な行動をとったことが、火災に直面した者の精神状態を考慮しても著しく不自然、不相当というほかないような場合を除いて、含まれるであろう。ただし、被害者の行動に適切さを欠く面もあったことは、放火行為と死傷結果の因果関係を弱めるものとして、量刑にある程度反映されなければならない⁴⁵⁾。

死傷が生じた人の範囲について、これまでの裁判例の事案は、居住者または店舗の客など、焼損した建造物に滞在していた人の死傷が問題になったものがほとんどと思われるところ、それ以外の人に死傷結果が生じた場合でも、本決定にいう量刑上の考慮が許されるだろうか。本決定は、一般命題を述べた部分では特段の限定をしていないが、結論を出すにあたって、「焼損した居宅内にいた2名」が死亡した事実を確認している。これは、射程を限定して読む余地

44) 香城敏磨「放火罪における建造物の一体性」現刑 51号（2003）14頁参照。

45) 前掲大分地判平成15年3月13日参照。因果関係一般に関する文脈で、量刑での調整について述べるものとして、樋口亮介「判批」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論』（第7版、2014）29頁。

も残しつつ、解釈を後の議論に委ねているとも解し得る。

そこで検討すると⁴⁶⁾、一方で、本決定の趣旨は、現住建造物等放火罪に固有の危険性の直接的実現としての死傷結果のみに及ぶと解するアプローチがあり得る。本決定が、現住建造物等放火罪には、他の放火罪にはない「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」が認められることを指摘していることを重く読んで、本決定にいう死傷結果の「法律上当然の」考慮は、上記蓋然性を基礎づける固有の危険性が直接に現実化しているために、放火行為と死傷結果の特に密接な関係が認められるということによって正当化されると考えるのである。このアプローチによれば、現住建造物等放火に固有の危険の内容が問われるところ、少なくともその中心には、建造物等の内部者に対する危険がある⁴⁷⁾。これをそのままスライドさせれば、現に滞在していた者の死傷だけが、上記危険が直接に現実化した結果ということになる。もっとも、このアプローチからも、やや広げて、放火行為後に外出から戻ってきた居住者を、「内部にいる可能性があった人」として含めることはできよう。また、人命救助のために中に飛び込んだり消火活動に従事したりした者に対する危険も、「内部に人がいる（可能性がある）ために生じた危険」といえる以上、なお現住建造物等放火罪に固有の危険と評価できるように思われる。そうした意味では、必ずしも焼損した建造物等に滞在していた人でなくとも、一定範囲では含める解釈が可能である。それでも、偶然付近を通行していた者が爆発や壁の崩壊に

46) かなり異なる文脈であるが、危険運転致死傷罪の因果関係に関する前田巖「判解」最判解刑事篇平成18年度(2009)212頁以下、橋爪隆「危険運転致死傷罪の解釈について」曹時69巻3号(2017)6頁以下などで行われている議論を参考にした。

47) 前掲注30)に引用された文献および細井正弘ほか「放火罪」判タ1424号(2016)30頁を参照。学説上は、⑦建造物等の内部者に対する危険に限られるか、④住居であることから訪れる可能性のある人に対する危険を含むかが議論されている。もっとも、この議論は、住居としての利用実体があっても、中に人がいる可能性が排除されていれば現住性を否定するべきかという文脈で行われているもので、本稿の関心からはその実践的意義はあまり大きくないとも思われる。というのは、仮に④説をとったとしても、そのこと自体により量刑上の考慮の範囲を広げ得るのは、当該建造物等が住居であるために訪問しようとした人が巻き込まれて死傷したといった、かなり偶然的なケースにとどまるからである。

巻き込まれて死傷することなどは、非現住建造物等や建造物等以外への放火に
おいても同程度に伴う危険の現実化にすぎず、このアプローチによれば、本決
定にいう量刑上の考慮の対象にはならないと考えられる。

しかしながら、他方で、そうした現住建造物等放火罪に固有の危険という観
点からの限定はせずに、当該放火行為に含まれる公共の危険が現実化した死傷
結果である限りは量刑上の考慮を認めるアプローチもあり得る。結論的には、
こちらが、各種の結果的加重犯等の規定の解釈適用をめぐる判例がとっている
態度に沿うものであろう⁴⁸⁾。本決定の書きぶりも、人の死傷結果が放火罪
（一般）の公共の危険の内容として本来想定されている範囲に含まれることを
指摘した上で、「上記危険」が現実的に死傷結果として生じた場合について、「か
かる人の死傷結果」を考慮できるとしているのであるから、こちらのアプロ
ーチに親和的である。他の放火罪に当たる行為にも含まれ得る危険であっても、
具体的事例において現住建造物等放火行為に含まれる危険が現実化しており、
かつ、「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」があるため
に、死傷が生じることが強く危惧される放火行為を実行し、案の定死傷結果を
生じさせたといえる以上、より重く処罰する要請が特に強く働くということは
可能と思われる。

ただし、前述のように、具体的な被害者の行動に適切さを欠く面があったこ
とは、因果関係を弱める意義を有する。例えば野次馬など、居住者や現在者と
無関係で、救助者でもない人があえて火災に近づき、巻き添えになって死傷し
たような場合には、そうした考慮により、量刑上の考慮の程度に影響するとい
うべきであろう。

48) 例えば、「現に人がいる」汽車等を客体とする汽車転覆等致死罪（刑法126条3項）に
おける致死結果は、必ずしも汽車等に現在していた人の死亡に限られず、転覆等と因果関
係のある人の死亡を広く含むと解するのが判例（最大判昭和30年6月22日刑集9巻8号
1189頁）である。

イ 予見可能性の取扱い

次に、原判決がそれを不要とするかのような判示をしたことで学説の批判を招いた死傷結果の予見可能性の要否について、平成 29 年決定は何ら言及していない。

形式論としては、そもそも本件上告は、死亡結果を訴因に掲げることなく量刑上考慮したことが不告不理の原則に反すると主張してなされており、一審以来、死亡結果の予見可能性の有無は争われていないのであるから、その要否に言及がなかったとしても、その点に関する判例の態度を何ら示すものではないということになろう。原判決が言及しているのに、本決定が言及を避けたことは、その点に関する態度表明を差し控えたものと読むこともできる。

もっとも、本決定が、人の死傷が放火罪における公共の危険として想定される範囲に含まれることだけではなく、現住建造物等放火罪には、客体の性質上、「典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」ことを指摘した上で、「現実にな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」を問題にし、また、因果関係だけは要件として明示し、結論を出す段階でも因果関係を示す事実だけは確認していることは、判例が、現住建造物等放火罪の死傷結果を、結果的加重犯の加重結果に準じて取り扱おうとしていることをうかがわせるように思われる。

周知のように、判例は、結果的加重犯の加重結果について、基本犯との因果関係が認められれば、予見可能性は不要であるとしている⁴⁹⁾。これに対し、学説上は、責任主義から予見可能性（過失）を要求する立場が通説である。もっとも、予見可能性の内容として、結果が現実に生じた客体や現実の因果経過ではなく、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⁵⁰⁾ならば、典型的に加重結果が発生

49) 最判昭和 26 年 9 月 20 日刑集 5 卷 10 号 1937 頁、最判昭和 32 年 2 月 26 日刑集 11 卷 2 号 906 頁参照。

50) 橋爪隆「暴行罪・傷害罪について」法教 445 号（2017）115 頁参照。

する相当程度の蓋然性を有する基本犯の遂行自体が十分な予見可能性（およびそれを理由に、行為の遂行を厳に差し控えるべき注意義務）を基礎づけるために、予見可能性を、常時積極的な立証を要する要件とする実益に乏しい。こうした考慮が判例の立場を支えているとの見方もあり得るところである。

そして、現住建造物放火による死傷についても、同様の実体があるということができる。というのも、近時の反対論に依拠して、重過失致死傷罪を訴因に掲げさせた上で判決した裁判例では、要するに現住建造物に放火すれば人の生命身体に危害を及ぼすおそれが十分に予見される以上、放火を厳に慎むべき注意義務があるのに放火した行為が注意義務違反行為であるという構成がとられることが多い。しかし、そのように現住建造物等放火罪の該当事実の認定が、そのまま死傷結果に対する十分な予見可能性や重過失の認定を兼ねるのであれば、予見可能性を常時積極的に立証すべき要件とする意味に乏しい。このように考えれば、判例は、現住建造物等放火行為と死傷結果の因果関係が立証されれば、結果的加重犯の加重結果に準じて、予見可能性の積極的立証なしに、量刑上の考慮を認める趣旨と解することもできよう⁵¹⁾。

もちろん、理論上は、現住建造物等放火罪を故意に犯していても、死傷結果の予見可能性が認められない場合がないのか、そうした場合をどう処理するかは問題である。しかし、具体的にどのような場合が考えられるのかについては議論が乏しい。例えば、住居の内部に誰もいないことを徹底的に確認⁵²⁾した上で放火したところ、屋根裏部屋に潜伏中の泥棒が焼死した事案や、現住建造

51) このような解釈に対しては、「仮に判例の立場を前提としても、結果的加重犯のような特別な規定がない場合にまで予見可能性を前提としない刑の加重を認めることは、裁判官による『現住建造物等放火致死罪』の創設にほかならず、やはり許されない」との批判が向けられ得る（野村・前掲注3）101頁。同文献の注35に引用された文献も参照）。しかし、構成要件的結果とは異なり、犯罪の成立（特定の法定刑の使用）を基礎づけることのない量刑事情としての結果には、そもそも刑法38条1項の適用はないとすれば、但書の「特別な規定」を設けるとすることも考えにくい。そうした中で、結果的加重犯が設けられる犯罪と同様の実体があることを理由に、それに準じた取扱いを（あくまで法定刑の内部で）行うことが禁じられるいわれはないという立場も十分にあり得よう。

52) 佐藤・前掲注30)「現住建造物等放火罪に関する諸問題」198頁以下を参照。

物の壁のごく一部を燃焼させて直ちに消し止めるつもりで、消火のためのバケツを準備して放火したが、突発的なアクシデントにより消火に失敗して燃え広がり、焼死者が出た事案などでは、現住性や「焼損」の限定解釈を通じてそれらの要件に関する故意を否定し、現住建造物等放火罪の成立自体を否定することにより、本決定の射程外であると解する余地もないわけではない。いずれにせよ、そうした限界事例をも射程に入れた理解の整理は今後の課題であるが、当面問題となっている、通常考えられる事例（群）の処理指針を得るという意味では、現住建造物等放火罪に当たる行為を故意に行い、その危険が現実化する形で死傷結果が生じている以上、量刑上考慮できるという原則論を共有することは有意義である。

このように見てくると、実際の審理において、予見可能性に関する争いを取り上げることとなるのは、その「程度」をめぐってということになる。客観的には、多数の人が現在し、放火されれば全館に容易に延焼する構造の建造物に放火するという危険性のきわめて大きい行為に及びながら、主観的には、現住建造物に当たる事実認識は否定されないが、そこまでの危険な状況とは認識できていなかった場合、そうではあっても、現住建造物への放火という類型的に死傷が生じる相当程度の蓋然性がある行為を故意に行っている以上、死傷の惹起について基本的に非難可能であり、量刑上考慮し得る。もっとも、犯人がどの程度の危険を具体的に認識し、また認識することができたのかという点は、量刑上の考慮の程度に反映されなければならない。とすれば、裁判所としては、その点をめぐって当事者間で事実認識ないし評価が食い違っているかに十分意を払った上で、場合によっては、争点化して審理を及ぼしていかなければならない。

ウ 死傷の故意がうかがわれる場合の取扱い

殺人の故意が立証可能である場合には殺人罪でも起訴されることから、顕在化しにくい問題ではあるが、平成 29 年決定が認める死傷結果の量刑上の考慮は、犯人に死傷の故意がないことを前提としているだろうか。

本決定の判示を素直に読む限り、特段、そのような限定はかけられていない⁵³⁾。理論的にも、現住建造物等放火罪に含まれる危険性が死傷結果へと現実化したという、より重い処罰を特に強く要請する関係は、死傷の故意がある場合であっても否定されない。したがって、例えば、検察官が殺意の立証に困難を感じ、殺人罪での起訴を見送ったが、裁判所としては未必の殺意が認定できる可能性もあるとの心証を得たような場合も、問題なく、本決定のいう量刑上の考慮を行うことができるというべきである。

これに対しては、本稿Ⅱでみてきた従来の議論からすると、故意殺人の結果ですら現住建造物等放火罪の量刑上考慮できるというのであれば、殺人罪も現住建造物等放火罪に包括評価されて別罪を構成しないことになり、現住建造物等放火と殺人の罪数関係を科刑上一罪とする異論のない理解に反するという批判が想定されよう。従来、おそらく死傷結果の二重評価を避けるという観点から、現住建造物等放火が死傷結果を量刑上の評価対象に含むかという問題と、(重) 過失致死傷や殺人・傷害との罪数関係（本来の一罪か）の問題は、表裏一体と考えられてきた。そうすると、殺人・傷害として別罪で評価される（科刑上一罪）ならば、放火の方では評価対象から除外されるが、放火の方で評価対象に含むというのであれば、死亡・負傷させた点は別罪を構成しない（本来の一罪）ことになるはずである、ということである。

しかしながら、そのような表裏一体の図式は必然とは思われない⁵⁴⁾。すなわち、現住建造物等放火罪が故意による死亡結果を量刑上評価できるとしても、なお殺人罪も成立し、観念的競合における吸収主義による処断刑の枠内で実質

53) 本決定は、「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」を、現住建造物等放火罪の量刑上考慮してよいと解する理由としているところ、殺人罪を「より重く処罰する特別な犯罪類型」と考えれば、殺人の故意がある場合は射程から外れるという議論もあり得る。しかし、文脈上、そうした特別な犯罪類型としては、基本となる犯罪の加重類型として設けられるもの（例えば、「現住建造物等放火致死罪」「現住建造物等放火殺人罪」）が想定されているであろう。

54) やや文脈が異なるが、野村・前掲注3) 99頁参照。

的な二重評価にならないように量刑することで、理論上問題は生じないというべきである⁵⁵⁾。そして、この場合に殺人罪の成立をも認め、別罪として（起訴・）有罪認定することの積極的意義は、現住建造物等放火罪だけで立件する場合においては、故意による死亡結果を量刑上考慮できるとしても、「死亡に対して故意があったこと」自体を、重い犯情評価の根拠として用いることはできないことにあると考えられる。というのも、故意による死亡結果を現住建造物等放火罪の量刑評価の対象から排除しない趣旨は、同罪に含まれる危険性が現実化した関係が、殺人の故意の存在によって妨げられないからであり、本罪が、殺人の故意をもって行われることが当然に予定されているからではない。とすれば、現住建造物等放火罪は、量刑上の考慮対象として、故意による死傷結果は含むが、死傷の故意それ自体は含まないと解されるのである。このように見てくると、現住建造物等放火罪の量刑上、死傷結果は、その故意がうかがわれるか否かを問うことなく考慮できるが、さらに殺人や傷害の別罪としての起訴（・有罪認定）は、故意が立証されるかにかかっていると考えておけば足りるように思われる。

ただし、本稿の主張は以上のとおりであるが、従来の図式に従い、殺意があるときは殺人が別罪として成立するため、現住建造物等放火の量刑評価の対象からは外れるとの実体法解釈をとる場合も、現に殺人の起訴がない限り、訴因制度による制約との関係で、なお死傷結果を放火の量刑上考慮できると解する余地はあろう。すなわち、現住建造物等放火と殺人の観念的競合（科刑上一罪）のうち、検察官が殺意の立証上の困難の回避という合理的考慮によりその一部（現住建造物等放火）のみを起訴⁵⁶⁾した以上、裁判所の審理範囲はそれに応じて制約される。それにより、実際の心証にかかわらず、犯罪成立要件としては

55) 只木誠「罪数論・競合論・明示機能・量刑規範」安廣文夫編著『裁判員裁判時代の刑事裁判』（2015）458頁は、許されない二重評価とは、量刑段階での量刑事情の二重利用や同一犯罪事実についての併合罪としての二重評価であるとする。十河太郎「二重評価の禁止について」三井誠先生古稀祝賀論文集（2012）368頁は、副次的な保護法益については、犯罪成立上は重複して考慮することもやむをえず、その場合、同一の法益侵害事実の二重評価により不当に重い量刑にならないように配慮するほかないと述べる。

当然であるが、量刑事情としても、殺意があったとの認定はできないことになる。その帰結として、死傷結果は、故意なく惹起したものとして取り扱うことになるという説明である。かかる説明が妥当するのであれば、実体法解釈として、死傷の故意がないことが平成29年決定にいう量刑上の考慮の要件となるかという議論の実益は大きくないことになる。

（4） 反対論からの疑問に対する平成29年決定のあり得る態度

本決定は、現住建造物等放火罪の評価対象に死傷結果を含めることに対する反対論からの疑問を逐一取り上げて反論するような体裁にはなっていないが、判示およびその解釈から推測して、各疑問に対し、どのような態度をとることが考えられるだろうか。

第1に、保護法益に関して、公共危険犯つまり社会的法益に対する罪である放火罪は、人の生命・身体という個人的法益を保護の対象としていないのではないかという、法益の「違い」に着目した疑問があった。この点に関して、本決定は、放火罪において死傷結果は公共の危険の内容として本来想定されている旨を確認している。そして、前述のように、本決定が、公共危険犯の危険が現実化する形で死傷結果が生じたときにはより重い犯情評価および処罰が要請され、とりわけ「典型的に人が死傷する結果が発生する相当程度の蓋然性」が認められる現住建造物等放火罪ではかかる要請が特に強く妥当するとの理解に立っているとすると、公共危険犯は危険にとどまる限りで評価の対象とし、それが現実化した結果については専ら別罪（個人的法益に対する罪）に委ね、評価の対象としないというような態度を否定していることは明らかである⁵⁷⁾。

また、保護法益との関係では、個人的法益の「重要性」に着目した疑問も

56) 一罪の一部起訴について、例えば、大澤裕＝今崎幸彦「検察官の訴因設定権と裁判所の審判範囲」法教336号（2008）72頁、杉田宗久「判批」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』（第8版、2005）90頁。

57) 付言すれば、公共の危険と個人的法益に対する侵害を全く別物と捉える態度が理論的にあるべきだとすると、そもそも、公共危険犯について死傷結果を要件とした加重類型を設けること自体の合理性が疑われかねないであろう。

あった。とりわけ死亡者が出た場合に、その事実を罪名に反映させず、現住建造物等放火罪に付随して評価してしまうような解釈は、生命法益の重要性をないがしろにするものではないかということである。本決定に、こうした疑問に応答したと解される部分はないが、あえていえば、法益侵害としてはたしかに重大であり、故意が立証できる場合には殺人も起訴されて罪名に反映されるが、重過失にとどまる限り、法定刑の上限は懲役5年であり、現住建造物等放火とは圧倒的な差があるというのが刑法の評価だとすると、是が非でも罪名として表に出さなければならないものではないと考えられたのかもしれない。

第2に、死傷者が出る確率は統計的には必ずしも高くなく、通常随伴性が欠けるのではないかと疑問に対しては、本決定は、放火罪において死傷結果は公共の危険の内容として本来想定される範囲に含まれること、現住建造物等放火罪では「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」ことを確認している。前述のように、控訴審判決をめぐる議論の中では、随伴確率ではなく、当該犯罪をイメージする際に内部者の死傷を典型的に想定可能かが問題であるという指摘⁵⁸⁾もなされていた。本決定の「相当程度の蓋然性」という表現からは、単なるイメージよりは現実的な可能性を問題にしている印象を受ける。もっとも、結果的加重犯の基本犯の遂行に際して加重結果が生じる確率も、罪種によるが、統計的にみれば非常に高いといえる場合ばかりではないことに鑑みると、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。

第3に、故意殺人については別罪で評価する（観念的競合となる）ことに異論はないとすると、重過失致死について、現住建造物等放火に包括評価することには違和感があるとの疑問についても、本決定が応答した形跡はない。本稿のように、放火の量刑上死傷結果を考慮することの可否と罪数関係（本来の一罪か）は次元を異にする問題であると解する場合には、量刑上の考慮を認めたことは、罪数関係に関する言明を含まないことになるから、上記違和感への応

58) 本庄・前掲注2) 196頁。

答を要しないことは自然に理解できる。

これに対して、本決定は、死亡結果の量刑上の考慮を認めることの論理的前提として、現住建造物等放火罪が重過失致死罪を包括評価するという本来の一罪説への支持を（黙示的に）表明したものと解するときには、重過失致死と殺人で罪数上の取扱いを異にすることの説明が問題になる。おそらく、現住建造物等放火罪に伴い死傷者を出した場合、死傷結果に対する重過失は原則的に認められるため、本罪が重過失致死傷を予定し、これを包括評価すると認めやすいのに対し、死傷の故意まで存在する事例はかなり例外的で、本罪が予定するところではないということで、説明はつくのであろう⁵⁹⁾。

第4に、本決定が、現住建造物等放火罪が死傷結果の量刑上の考慮を予定しているという解釈の論拠として、「その法定刑が死刑を含む重いもの」であることを援用している点については、同様の説明をしていた控訴審判決に対して、量刑実務上、死亡結果が伴ったとしても、故意の殺人が起訴されなければ、死刑を科す余地は事実上ない以上、死亡結果を伴う場合を予定していると解したからといって、現住建造物等放火罪の法定刑が死刑を含むことを合理的には説明できない旨の批判がなされていた⁶⁰⁾。しかしながら、本決定が「死刑を含む重い」法定刑に言及していることの意味については、「死刑を含む」→「放火で死刑を科すべき場合としては、死亡結果が生じた場合しかない」→「放火の量刑上、死亡結果の考慮が予定されている」という、この批判が想定している以外の理解の仕方もあるのではないか。すなわち、前述のように、公共危険

59) なお、目的としての犯罪が手段としての犯罪に包括評価されることはないため、殺人の明確な故意がある場合にはその手段たる放火により包括されずに観念的競合になるが、殺人が過失の場合には目的である放火に包括されるとする前述の説明（猪俣・前掲注2）24頁）に対しては、目的と故意を同視する点に無理がある旨の批判がなされる（野村・前掲注3）99頁）。放火に伴い未必の殺意を有していたにとどまる場合には、放火が目的、殺人は手段であり、上記説明によると放火による包括評価が可能になってしまうということであろう。しかし、そのような主観面に着目した説明ではなく、本文のように、通常随伴性の程度に即した説明は十分に可能と思われる。

60) 本庄・前掲注2）196頁。

犯の危険が現実化する形で死傷結果が生じ、かつ、類型的に相当程度の蓋然性が認められるために、より重く処罰すべきという要請が特に強く働く場合、結果的加重犯などの特別の加重類型を設けるか、そうはせず当該危険犯の法定刑を特に重くしておいてその内部で対応するかという立法的選択が生じるわけであるが、いずれが選択されているかの解釈に当たっては、法定刑が「特に重い」かが大きな意味を持つ。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。仮に刑法が改正されて、現住建造物等放火罪の法定刑から死刑が削除されたとして⁶¹⁾、判例が本決定の結論を見直すというようなことは考えにくい。その点でも、そのような読み方が妥当と思われる。

(5) 放火罪の他の類型における取扱い

平成 29 年決定は、「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」の取扱いに関する判断を示しており、事案としても同罪についてのものである以上、判例としての射程は、放火罪の他の類型⁶²⁾には及ばないものと解される。

もっとも、本決定が現住建造物等放火罪についての検討に先立って確認しているように、放火罪は、一般的に、不特定または多数の者の生命、身体および財産に対する危険を惹起する罪であり、その危険が現実化する形で死傷結果が生じた場合、より重く処罰すべきという要請が働くこと自体は否定しがたい。かかる死傷結果については、本決定の立場から、いかなる取扱いを考えておくべきだろうか。

この点に関しては、本決定が、現住建造物等放火罪について客体の性質上認

61) 改正刑法草案 181 条は、現住建造物放火罪の法定刑を「無期又は 5 年以上の懲役」とする。死刑削除の趣旨につき、法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案附同説明書』（1974）192 頁。

62) それには、現住建造物等を非現住建造物等と誤信して放火した事案において、抽象的事実の錯誤により成立する非現住建造物等放火罪も含まれる。

められる「典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、その他の放火罪については認められないことが重要であろう⁶³⁾。そうした蓋然性があることにより、死傷結果が生じた場合により重く処罰する要請が特に強く働くとともに、そのような性質の行為を故意で遂行したことに着目し、結果的加重犯に準じて、死傷結果に対する予見可能性の積極的立証なしに量刑上考慮することが正当化され得る。逆にいえば、そうした蓋然性がない他の放火罪の場合、死傷結果についての予見可能性（ないし過失）の積極的立証があってはじめて、加重的考慮が認められるというべきであり、その意味では、本決定のように、因果関係さえ認定すれば量刑上考慮できるという原則論を妥当させることはできないのである⁶⁴⁾。ここまでは、判例の立場の延長線上で考えることができるであろう。

その上で、解釈論上の選択肢としては、2つのものがあり得る。1つは、因果関係のみならず予見可能性（ないし過失）の積極的立証を要求しつつ、それらをクリアすれば、現住建造物等放火罪以外の放火罪の量刑上も、死傷結果を考慮できるとする解釈をとること、いま1つは、かかる積極的立証がなければ考慮できないというのであれば、むしろ、他の放火罪は、あくまで危険性の限りで評価の対象とするものと解して、死傷結果そのものの評価は別罪（個人的法益に対する罪としての殺人罪、傷害罪、重過失致死傷罪など）に委ねられているとの解釈をとることである。現住建造物等放火罪以外の放火罪の中には法定刑がさほど重くない、あるいはかなり軽いものもあり、とりわけインパクトのある生命侵害をその中で十分に評価することは難しいとすると、後者の解釈が比

63) 西田（橋爪補訂）・前掲注3）325頁参照。

64) 森住信人「放火罪における現住性の判断とその限界について」専修法学論集116号（2012）52頁は、立法論の文脈において、非現住建造物や建造物等以外であっても燃え広がれば人が死傷する可能性は十分に高いとして、放火罪一般について、結果的加重犯を設けるべきとの趣旨を述べる。どの程度の危険でもって結果的加重犯を設けるべきかの立法論は本稿の射程外であるが、我が国の判例のように、加重結果の予見可能性を不要とする前提に立つ場合には、典型的に相当程度の危険性を内包する罪に限定することに合理性があらう。

較的受け入れやすいように思われる⁶⁵⁾。

(6) 現住建造物等放火の訴因および罪となるべき事実への死傷結果の記載の要否・当否

話題を現住建造物等放火罪に戻し、手続上の観点に言及しておこう。

平成 29 年決定の弁護人は、上告趣意において、現住建造物等放火罪による処罰の対象として死傷結果を含み得るという（実体法的）解釈が可能であるとしても、死亡の事実を訴因および罪となるべき事実に掲げないままに量刑上考慮するのは不告不理の原則に反すると主張した。

これに対し、本決定は、死亡結果を罪となるべき事実に掲げないで量刑上考慮した第 1 審判決およびこれを是認した原判決に不告不理の違法はないとしたものであるが、理由中で、現住建造物等放火罪の量刑において、人の死傷結果の考慮は、「法律上当然に」予定されていると述べている。この判示からは、

65) この点に関連して問題になり得るのは、被告人が密かに引き揚げ所持していた旧海軍の魚雷を売却したところ、買受人が解撤作業中にこれを爆発させ、7名死亡、数名重軽傷、家屋全壊 15 戸等の大災害に至ったという火薬類取締法違反の事案において、同「法二一条・五九条により火薬類の所持を禁止しその違反を処罰するのは、火薬類による災害を防止し公共の安全を確保するためであるから……火薬類を所持しこれを譲渡しなかつたならばその直後に災害が発生しなかつたものであると認められる事情の存する場合に、その……災害の結果を所持罪の量刑の一事情として参酌したからといつて、少しも不当ではなく、また違法ということはできない」とした最決昭和 31 年 12 月 22 日刑集 10 卷 12 号 1667 頁の理解である。火薬類の所持罪は、本件はともかく類型的に人の死傷を生じる相当程度の蓋然性があるとはいえず、法定刑は 1 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金と軽いことから、本文の立場によれば、人の死傷結果の評価は別罪に委ねているとの解釈が妥当すべきことになろう。そうした立場からは、昭和 31 年決定は、一般的な見方（林・前掲注 39）527 頁など参照）とは異なり、「災害の結果」とは述べるものの、人の死傷自体ではなく、あくまで本件行為により惹起された公共の危険の大ききの量刑事情としての考慮を認めたものと解すべきことになる。なお、同決定の担当調査官は、判旨からは因果関係があれば「災害の発生について量刑上考慮し得るようにも受取れるが、事案から見れば、被告人が引揚げた魚雷を……売却し……買受人が密撤をやる危険があり、また万一の爆発のおそれがある危険物であることを承知の上で、敢て……引渡ししている事情が」考慮されていると述べる（城富次「判解」最判解刑事事篇昭和 31 年度〔1957〕414 頁）。

検察官が現住建造物等放火罪で訴追している以上、訴因への記載がなくとも、死傷結果が発生しているならばそれも含めて処罰を求めていることは当然であるとの理解がうかがわれる。死者が出ていても、放火との因果関係の立証が困難であるなどの理由で検察官がその処罰を求めないことも考えられないわけではないとすると、そのような理解は行き過ぎであると思われるかもしれない。しかし、現住建造物等放火行為に伴い現在者・現住者が死傷しているときに因果関係が否定されることは実際には稀であろうことや従来の実務の取扱いを踏まえるならば、死傷結果を訴因に掲げていなくとも、それを含めて処罰してほしいというのが検察官の合理的な訴追意思であることは否めないように思われる。とすると、不意打ち防止のために公判前整理手続などを通じて検察官の訴追意思を明確化する措置を行うべき場合があることは格別、訴因に記載のない死傷結果を量刑上考慮したからといって、不告不理の原則への違反まで認めることはできないであろう⁶⁶⁾。

もっとも、このように死傷結果を訴因および罪となるべき事実に記載することは必須ではないとしても、記載してはならない理由はなく、記載する運用⁶⁷⁾はむしろ望ましいのではないか。放火罪の構成要件要素でない死傷結果を掲げることに対する若干の違和感はあるかもしれないが、近時の裁判実務では、判

66) ただし、一般論としてはそのようにいえるとしても、本件では、第1審の検察官は、公判前整理手続で、死傷結果を放火の危険の程度を表す事情として主張・立証する旨を表明し、弁護人も異議をとどめなかったようである。これが、結果を処罰する趣旨の考慮は求めない意思の表明であったとすると、そうした趣旨での考慮には、不意打ちの問題がないわけではなかった（野村・前掲注3）100頁参照）。今後の審理においては、裁判所は、当事者の意思があいまいと思われるときは、平成29年決定を引き合いに出して、いかなる趣旨での考慮かを明確にさせるべきであろう。

67) 平成29年決定後の裁判例で、死傷結果を罪となるべき事実に記載したものとして、仙台地判平成30年6月6日 LLI/DB・L0735073（3名焼死事案）。これに対し、従来の実務に従い、死傷結果を罪となるべき事実に記載しないまま量刑上考慮したものとして、福岡地判平成30年2月20日 LLI/DB・L07350139、福岡地判平成30年3月20日 LLI/DB・L07350140（両福岡地判は、負傷事案で、同一事件の共犯者に対する同一合議体によるもの）、静岡地判平成30年6月29日 LEX/DB・25560907（1名死亡、2名傷害事案）。

決の罪となるべき事実として、構成要件該当事実のみならず、「社会的実体を伴う犯罪事実」「『このような犯罪事実であれば、なるほど、このような主文の量刑であることも頷ける』と得心できるような事実」「犯情事実として刑の大枠を画する意味を持つもの」を記載することが推奨されている⁶⁸⁾。そうしたところ、現住建造物等放火罪において、とりわけ死亡結果は、犯情事実の中でも、類型化になじみ、かつ、量刑上の影響も大きい要素として、現住建造物等放火罪におけるいわゆる犯罪行為の社会的類型を特徴づける。実際、死者が出ている事案の量刑傾向は、そうでない事案の量刑傾向よりもはっきりと重いのであり⁶⁹⁾、特に放火の件数がさほど多くないような事案では、死者が出ていることの記載がなければ、罪となるべき事実を読んだだけで主文の量刑に得心できるということは難しいであろう。その意味では、平成29年決定にもかかわらず、運用上は、特に死者が出ている事案では、訴因および罪となるべき事実に死亡の事実を記載することが推奨されて然るべきである。

IV 結びに代えて——罪数論との関係についての若干のコメント

さて、ここまで平成29年決定のあり得る理論的含意を中心に検討してきた。執筆前の予定では、その上で、現住建造物等放火と重過失致死傷の罪数関係の問題に立ち入って検討を加えるつもりであったが、それは断念せざるを得ない状況となった。そこで、本稿で論じたテーマと罪数論の関係について若干のコメントを加えて、結びに代えることにしたい。

従来の議論では、現住建造物等放火罪の量刑上の死傷結果の考慮を認めるこ

68) 司法研修所編・前掲注20) 90頁。

69) 前掲静岡地判平成30年6月29日は、現住建造物等放火罪の量刑傾向として、懲役3年から懲役10年程度の範囲内に多くが分布するが、死傷者がある事例や放火を含む多数の前科を有する事例、複数の放火罪を犯した事例……については、10年を超える重い量刑とされている旨述べ、1名死亡、2名重篤な傷害、近隣への延焼も伴う当該事案は、懲役10年を超える悪質な部類に属するとした上で、その部類の中では甚だ悪質とはいえないとして、懲役13年を言い渡している。

とは、同罪が重過失致死罪を包括評価し、本来の一罪（包括一罪）⁷⁰⁾ となることの罪数論を採用することと表裏一体の問題として考えられてきた。そうした前提からは、本決定は、包括一罪説を黙示的に採用した、あるいは少なくとも同説に親和的な判例であるとの見方がなされる⁷¹⁾。本論中の数か所で言及したように、筆者も、かかる見方から本決定を説明することは可能であるとは考えている。また、観念的競合説を採用する論者が依拠してきた理由付け、すなわち、現住建造物等放火罪と重過失致死傷罪は保護法益が異なり、前罪では後罪の法益侵害を評価の対象とすることができないという考慮は、本決定により実務上は通用する余地を失った（その理由で観念的競合説をとることはできなくなった）点でも、包括一罪説が優位に立ったことは否めない。もっとも、1個の行為が複数の罪に該当し得る場合の罪数評価の在り方、ここでは観念的競合と包括一罪の区別については、判例・学説上、方向性が定まっているのか、必ずしも明らかでない。複数の行為が該当し得る一方の罪が他方の罪の法益侵害をも評価の対象に含む場合に、二重（ないし過剰な）評価を避けるべく包括一罪とする方向性は浸透しているが、そうした場合の判例・裁判例は、仮に包括一罪にしなければ併合罪として処断刑が加重されてしまうパターンが多い。それに対し、行為が1個の場合には、観念的競合とした上で、吸収主義による処断刑の下で、同一の侵害事実の実質的な二重評価を避けるように量刑すれば、実体的には問題は生じない。もちろん、現住建造物等放火が重過失致死傷を包括すると解しても何ら不都合がないのであれば異を唱えることもないのだが、筆者は、なお検討を続ける必要を感じている。例えば、両罪を起訴して正式に手続に乗せ、判決の罪名・罰条に生命侵害の結果を反映し、あるいは罪となるべき事実に個別具体的な死傷結果に対する甚だしい過失の存在を示すことは、

70) 現住建造物等放火罪は、死傷結果を伴うのが常態ではないから、重過失致死傷罪の成立要件を論理的に包摂するような関係にはなく、法条競合とは解しにくいであろう。

71) そのような見方として、井田・前掲注3) 587頁、榎本・前掲注3) 138頁、豊田・前掲注3) 129頁、西田（橋爪補訂）・前掲注3) 325頁、橋爪・前掲注3) 99頁、本田・前掲注3) 123頁。

包括一罪説によれば（死傷結果の量刑上の考慮のために必要ではないということとどまらず）不可能ということになるのか⁷²⁾。また、死傷被害者ないしその遺族の手續上の地位はどうなるのか⁷³⁾。それらの問題については、筆者は十分な検討ができていないのであるが、そうした観点も、罪数判断に影響がないとはいえない。

いずれにせよ、本稿のスタンスとして強調しておきたいことは、検討の結果、罪数論についていずれの結論をとることになっても、平成 29 年決定の立場およびその理論的含意の解釈として本稿が提案したところは、何ら影響を受けないということである。死傷結果の量刑上の考慮が認められるのは、現住建造物等放火罪と他の罪の関係ではなく、本罪自体の性質に由来するからである。本稿では、そのような理解を共有するために必要な考察を試みたつもりである。

72) 異なる罪の包括一罪の判決における処理の検討として、小林充「包括的一罪について」判時 1724 号 (2000) 7 頁、平野龍一「包括一罪についての若干のコメント」同『刑事法研究 最終巻』(2005) 22 頁、本庄・前掲注 2) 197 頁。小林論文で実務の立場とされる、①事実摘示は軽い罪についても行うが、②罰条は重い罪のものだけを適用する（①において法条競合と、②において観念的競合と区別する）方法によれば、罪となるべき事実に死傷結果を記載することになりそうである。もっとも、異なる罪の包括一罪では常にそのような方法がとられるのか、包括一罪とする範囲が論者により異なることもあって、定かでない。

73) その問題について、菊池・前掲注 10) 285 頁以下など参照。包括一罪説を前提に現住建造物等放火罪のみが起訴される場合に、死亡者の遺族が、①被害者等の意見陳述（刑訴法 292 条の 2）や②被害者参加（同法 316 条の 33 以下）を行うことができるかが問題となる。①について、死亡者（または遺族自身）が、建造物の所有者や居住者であるときには、建造物の焼損を被害と捉えることで、遺族を放火罪の「被害者等」に含められるが、さらに、量刑上の評価対象となることをもって、死亡結果自体を被害と捉えることも可能かは明らかではない。②被害者参加については、放火罪で死傷結果を量刑上評価することをもって、「故意の犯罪行為により人を死傷させた罪」（同条第 1 項 1 号）と捉えることは、同要件は死傷が構成要件要素である罪をいうとの解釈（最高裁判所事務総局刑事局監修『平成 19 年・平成 20 年の犯罪被害者等保護関連改正法及び改正規則の解説』[2009] 71 頁、81 頁）からは難しい。あるいは、現住建造物等放火が（同項 2 号の対象犯罪である）重過失致死を包括することをもって、同条第 1 項 3 号に該当するとの解釈もあり得るだろうか。