

# 放火罪の構成要件該当性判断に関する一考察

星 周一郎

## はじめに

現在のわが国の犯罪論において、構成要件概念は広く認められている。すなわち犯罪を、各処罰規定から導き出される構成要件に該当し違法で有責な行為であると理解することに異論はほぼ存在しないといつてよい。しかし、構成要件概念の理解は、論者によって様々に異なっており<sup>(1)</sup>、構成要件論を検討することは、「ジャングル」ないしは「十二分にややこしい藪」を見ることになるとの評価がなされることすらある<sup>(2)</sup>。

構成要件論に関する従来議論は、構成要件の様々な機能、すなわち罪刑法定主義的機能、犯罪個別化機能、違法推定機能、故意規制機能などのいずれを重視し、構成要件にいかなる任務を期待するか、それらの論点に関するいわば一般的、抽象的な対立であったといつてよく<sup>(3)</sup>、この点に関する議論は現在でも決着を見ていない。

本稿はそのような構成要件概念について、一般的に「形式的に構成要件に該当すれば、危険の発生が擬制される」と解されてきた、いわゆる抽象的危険犯をとりあげ、抽象的危険犯概念と構成要件概念との関係に若干の考察を加えながら、より合理的な構成要件解釈をいわば各論的見地から探求するこ

(1) 構成要件概念は多数の教科書・論稿において論じられているが、ドイツやわが国における従来議論の系譜、および近時の学説を詳細にまとめて論ずるものとして、例えば内藤謙『刑法講義総論(上)』(1983年)168頁以下など。

(2) 町野朔「構成要件の理論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開総論I』(1988年)3頁。

(3) 平野龍一「構成要件という概念をめぐって」『犯罪論の諸問題(上)』(1981年)2頁以下参照。なお、町野・前掲論文3頁以下。前田雅英『刑法総論講義〔第3版〕』(1998年)61頁など。

とを目的とするものである。

## 第1節 構成要件概念と抽象的危険犯

### 1. 構成要件と違法性の関係に関する従来議論

#### (1) 形式的構成要件概念論

構成要件概念をはじめて提唱したベーリングが、構成要件該当性判断と違法性判断とを峻別したことは広く知られている<sup>(4)</sup>。しかしその後、規範的構成要件要素や主観的違法要素の扱いをめぐる、M・E・マイヤーが、構成要件は違法性の「認識根拠」であるとし<sup>(5)</sup>、さらに、メツガーが「構成要件該当行為は、違法性阻却事由が存在しない限り違法な行為である」として、構成要件は違法性の「存在根拠」であるとするなど<sup>(6)</sup>、構成要件と違法性との関係に関して、様々な議論が展開されてきたこともここで改めて論ずるまでもない<sup>(7)</sup>。

構成要件と違法性との関係については、前述したごとく、わが国の学説においても議論の一致を見ているわけではない。一方でベーリングの議論に依拠した価値中立的な構成要件論は現在でも有力に主張されている。内田文昭教授は、「犯罪確認テスト」としての形式的犯罪論を徹底する立場から、ベーリングの三分説を堅持し<sup>(8)</sup>、構成要件は論理的な違法推定機能を持つべきと解すべきでなく、違法・有責から独立した価値中立的な構成要件概念を主張される<sup>(9)</sup>。また山火正則教授も、犯罪論において誤りの生じる可能性のよ

(4) E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 7, 112, 147, u.s.w.

(5) M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, S. 10, 52, 182, u.s.w.

(6) E. Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 182, u.s.w.

(7) このようなドイツにおける構成要件概念の変遷については多数の優れた論稿が存在するが、ごく最近のものとして、たとえば、立石二六「構成要件概念について—構成要件と違法性の関係を中心に—」西原春夫=渥美東洋編集代表『刑事法学の新動向上巻 下村康正先生古稀祝賀』(1995年) 228頁以下がある。

(8) 内田文昭『刑法概要上巻』(1995年) 38頁以下。

(9) 同上書152頁。

り少ない方法として「分析的方法」にすぐれたものがあるとの基本認識から<sup>(10)</sup>、「構成要件を各本条の定める犯罪類型から抽象化された『犯罪を輪郭づける観念的形象』として理論構成するのが、妥当」であり<sup>(11)</sup>、「構成要件該当性判断が原則的に違法判断でもあるかのような論理構成をすべきではない」<sup>(12)</sup>とされる<sup>(13)</sup>。これらの見解は、構成要件の罪刑法定主義機能をもっとも重視し、さらに、判断方法を細かく分析的にすればするほど妥当な判断が得られるとの認識を基本としている<sup>(14)</sup>。

このような立場からは、構成要件に該当すると判断された行為には「違法なものも違法でないものも含まれる」<sup>(15)</sup>。それゆえ、構成要件該当性判断の意義は、違法・有責の対象となる行為を選び出すことでしかなく、次の段階として具体的行為についての積極的な違法性判断（さらには有責性判断）を行う必要があることになる。すなわち、構成要件該当性判断を行っただけでは犯罪の成否について積極的に語ったことにはならない<sup>(16)</sup>。

## (2) 違法類型としての実質的構成要件概念

しかし、このような形式的構成要件概念は現在では強い批判にさらされている。もっとも、その批判の根拠は多岐にわたるが、規範的構成要件要素や主観的違法要素の存在を指摘し、それゆえ構成要件の形式性が貫徹し得ないといった指摘はその古典的なものである<sup>(17)</sup>。

ただ、それ以上に、形式的構成要件概念は違法推定機能を重視しないため

(10) 山火正則「構成要件の意義と機能」阿部純二ほか編『刑法基本講座第2巻』（1994年）14頁。

(11) 山火・前掲注(10)論文16頁。

(12) 山火・前掲注(10)論文15頁。

(13) このような価値中立的な構成要件概念は、曾根威彦教授によっても主張される。曾根威彦『刑法総論〔第3版〕』（2000年）63頁、68頁、同『刑法総論の重要問題総論〔補訂版〕』（1996年）11頁。

(14) 内田文昭『改訂刑法I（総論）〔補正版〕』（1997年）30頁。

(15) 山火・前掲注(10)論文16頁。

(16) 前田・前掲注(3)書61頁。

(17) Z. B., E. Mezger, a. a. o., S. 190ff., 前述2頁。

に、可罰的違法性のない（処罰の必要のない）行為までも取り込むことになり妥当でないとする批判は<sup>(18)</sup>、処罰範囲の合理的な設定という観点から非常に重要な指摘であるといえる。たとえば、前田雅英教授は、犯罪論の各要件はそれぞれが実質的な役割を担うように設定すべきとする犯罪論の機能性を重視する立場から、実務的な観点を加味しつつ、裁判の際の判断基準である構成要件は違法行為類型であり、構成要件に該当すれば原則として処罰に値する違法な行為とされ得ると主張される<sup>(19)(20)</sup>。このような「違法類型としての実質的構成要件」の考え方が現在では通説を形成している<sup>(21)</sup>。

### (3) 小 括

以上の概略からも明らかなように、構成要件と違法性との関係に関しては、従来、罪刑法定主義的機能（構成要件の保障的機能）を重視するか、犯罪個別化機能（違法性推定機能）を重視するか、などの観点から議論がなされてきた<sup>(22)</sup>。すなわち、前者は、ある行為が犯罪に該当するか否かに関する判断の明確性を重視するのに対し、後者は、犯罪判別作業の機能性・合理性を重視する見解である。

この点については、犯罪論が、第一義的には裁判官をはじめとする刑事司法システム関与者が用いるものであり<sup>(23)</sup>、現実の犯罪認定の場面で、恣意

---

(18) 西田典之「構成要件の概念」西田典之＝山口厚編『刑法の争点〔第3版〕』（2000年）14頁、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（1972年）96頁。

(19) 前田・前掲注(3)書61頁。

(20) また、構成要件を形式的で記述的なものと構成するならば、構成要件該当性判断は犯罪の成否に関してはあまり多くを語ったことにはならないが、犯罪成立要件の一つとしてそのような概念を設けることはあまり意味がないとする批判もなされる。前田・前掲注(3)書61頁、同『刑法の基礎』（1993年）56頁。ただし、町野・前掲注(2)論文8頁参照。

(21) 例えば、平野・前掲注(8)書92頁、山口厚『刑法総論』（2001年）27頁、林幹人『刑法総論』（2000年）103頁以下、西田・前掲注(8)論文15頁、井田良「犯罪論体系と構成要件概念」『犯罪論の現在と目的的行為論』（1995年）70頁など。

(22) その他にも、故意規制機能や訴訟法的機能をいかに理解するかといった論点も存在するが、これらの点に関しては他に論ずる機会を得たい。

(23) なお、平野・前掲注(8)書87頁、田宮裕「刑法解釈の方法と限界」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』（1990年）48頁参照。

性を排除しつつも容易に判定し得るという視点を重視するならば<sup>(24)</sup>、少なくとも違法性と構成要件の関連性に関しては、構成要件は違法行為類型と考えるのが妥当である<sup>(25)</sup>。「形式的に構成要件該当性の有無を判別した後に、違法性の有無を再度認定する」ことによって必ずしも処罰範囲の明確化が図られるわけではなく、「処罰に値するだけの違法行為であるか」を違法類型としての構成要件判断の段階で行うことが、認定作業の容易性と処罰範囲の合理化に資すると考えられるのである<sup>(26)</sup>。

ただし、処罰範囲の合理性が担保された犯罪理論であるかどうかは、本来、各犯罪類型ごとの具体的解釈を踏まえた上で検討すべき問題である。ところがこの点に関して、従来の学説では必ずしも十分な議論がなされてきたとはいえないように思われる<sup>(27)</sup>。以下では、そのような問題意識から、抽象的危険犯における構成要件概念を取り上げ個別的な検討を加えていくことにする。

## 2. 抽象的危険犯と形式的構成要件概念

### (1) 抽象的危険犯の形式的理解と形式的構成要件概念

抽象的危険犯とは、法益侵害の単なる抽象的な危険の発生で足りる犯罪類型であり、通常は危険の発生が構成要件要素となっていないものとされる<sup>(28)</sup>。それゆえ、具体的事案において構成要件該当の行為がなされれば危

(24) 前田・前掲注(3)書52頁。

(25) なお町野教授は、構成要件の形式性に関して、処罰範囲の外縁は形式的（事案によってばらつきがあってはならない）なものであるべきであるとしつつ、その外縁の設定のためには実質的な当罰性判断を行わなければならないことを指摘され、その意味で構成要件は不法類型であることを認められる。町野・前掲注(2)論文17頁。それゆえ、構成要件該当性判断そのものは、やはり形式的には行い得ないことになる。

(26) 前田・前掲注(3)書62頁、同『可罰的違法性論の研究』（1982年）444頁。

(27) もっとも、たとえばいわゆる可罰的違法性の有無が問題となった事案について、各犯罪類型ごとの構成要件解釈に関して詳細な分析を加えたものとして、前田・前掲注(26)『可罰的違法性論の研究』452頁以下がある。

(28) しかし、たとえば遺棄罪（217条）について具体的危険犯説も有力に主張されるなど（後掲14頁参照）、必ずしも条文上危険の発生が要求されていない犯罪類型が、常に抽象的危険犯とされるわけではない。

險の発生の有無は問題とされ得ず、つねに危険の発生があるものと擬制されることになる（以下形式説とする）<sup>(29)</sup>。そして「現在・現住建造物等」の「焼損」を条文上の成立要件として規定するにすぎない刑法108条の現住建造物等放火罪は、この抽象的危険犯の典型として説明されることがほとんどであった。

抽象的危険犯に関するこのような理解と構成要件の形式的理解とを組み合わせると、現実の行為が形式的に「放火して現住建造物等を焼損した」と判断されれば構成要件該当性が認められることになる。しかもそれによって「危険の発生が擬制された」ことになるのであるから、具体的な犯行状況に関して積極的な違法判断を行うまでもなく、違法性も認められることになってしまう。まさに、危険の発生が具体的事案において認められないにも関わらず、危険の発生を理由として「死刑又は無期若しくは5年以上の懲役」という極めて重い刑罰を科することになるのである。

しかし従来の学説も、具体的な条文解釈としてこのような態度を貫徹していたわけではなかったように思われる。たとえば木村亀二博士は、抽象的危険犯を「構成要件の内容たる行為をすればそれだけで危険があるとし、危険を単に立法理由とするところの犯罪をいう」と解される<sup>(30)</sup>。また構成要件に関しては、「構成要件に該当した行為であっても、それが規範違反でなければ違法といい得ないから、さらにそれが規範違反として違法であるという性質、換言すると『違法性』という性質を具備することを必要とする」とされ<sup>(31)</sup>、構成要件該当性判断は違法性判断とは別個になされる判断であることを前提とされる<sup>(32)</sup>。ところが、木村博士は、放火罪の具体的な解釈については、焼損（焼燬）についていわゆる効用喪失説を採用され、その理由として「客体たる物の重要な部分を焼失する程度」に至らなければ公共の危

(29) 植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』（1974年）130頁、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年）130頁など。

(30) 木村亀二『刑法総論』（1959年）201頁。

(31) 同上128頁。

(32) 同上133頁、135頁。

險の発生が認められないことを挙げていた<sup>(33)</sup>。すなわち、各論における放火罪解釈においては、形式的であるべき「条文所定の客体の焼損」か否かの構成要件判断に、実際の事案における公共の危険の発生（すなわち違法性）の有無が認められるか否かの実質的な考慮をされていたのである。

## (2) 抽象的危険犯の形式説と違法類型としての構成要件

現実には発生していない危険を理由とした処罰を認めるという抽象的危険犯の形式説の問題性は、構成要件を違法行為の類型と考えながら、他方で構成要件判断と違法性判断とを峻別する立場ではさらに深刻なものとなり得る。抽象的危険犯の形式説を採用される植松正博士は、構成要件概念を違法行為の類型とされつつも<sup>(34)</sup>、構成要件判断と違法性判断とを峻別する立場から、構成要件解釈に処罰に値するかどうかの価値的判断を取り入れることを否定される<sup>(35)</sup>。それによれば、構成要件の外形的記述に従って現住建造物等を焼損したと評価される行為は、違法性が推定される行為を意味するのであるから、違法阻却事由等が存在しない限り、やはり、具体的事案において危険の発生がないにも関わらず法益侵害の危険性を理由として処罰することを認めることになってしまう<sup>(36)(37)</sup>。

しかし植松博士も、放火罪の焼損について、処罰範囲の不当な拡大の防止を理由に効用喪失説を採用されていたことに留意すべきである<sup>(38)</sup>。したが

(33) 木村亀二『刑法各論』（復刊、1957年）189頁。

(34) 植松・前掲注(2)書107頁。

(35) 同上112—113頁

(36) 同上164頁参照。

(37) また、佐伯千仞博士は、抽象的危険犯を「その行為がそれ自体ですでに危険な行為として扱われ、その行為が存在する以上さらに危険が発生したことの証明は要しない」とされる犯罪」であるとされるが（佐伯千仞『刑法講義（総論）〔4訂〕』（1981年）138頁）、他方で、構成要件にかえて、可罰的違法（および可罰的責任）を帯びた行為の類型として「犯罪類型」という概念を指定される（同書123頁）。必ずしも明確ではないが、博士の見解によれば、抽象的危険犯である108条所定の行為を満たせば、具体的事案において公共の危険の発生がなかった場合でも可罰的違法が存在することになり、まさに「危険を擬制」することに他ならない。

(38) 「日本のように独立燃焼に達しやすしい木造の建造物を主とする生活環境のもとにおいて独立燃焼説を採用するときは、既遂の範囲が不当に広くなり、刑罰が過酷にわたる結果となる」として効用喪失説を採用される。植松正『再訂刑法概論II各論』（1975年）97頁。

って現実には、放火罪における構成要件該当性判断の段階において、処罰に値するか否かの「価値判断」、すなわち、処罰に値する違法性の発生の有無を考慮に入れることを余儀なくされているといわざるを得ないのである<sup>(39)</sup>。

### (3) 形式的構成要件概念と抽象的危険犯の実質説

そこで、構成要件該当性判断の形式性を維持しつつ、具体的事案において実際の危険の発生が認められる場合のみに処罰を認めようとするならば、構成要件該当性判断に加えて積極的な違法性判断を別個に行うべきことになる。

内田文昭教授は前述の構成要件の形式性を貫徹する立場から、危険が構成要件要素でない「『抽象的危険犯』の『危険』は、構成要件の問題としては何ら意味をもたないという結論に達することができる」としつつ「建造物等が『焼燬した』からといって、直ちに『公共危険が生じた』とはいえない」とされる。すなわち、「『焼燬』が認められても『公共危険』が発生する迄は、放火罪は『未遂』でなければならない」、より具体的には、「独立燃焼説」は「焼燬（焼損）」を確立し、「燃え上がり説」は、「公共危険」を確立する議論であると考えべきであるとされる<sup>(40)</sup>。

しかし、内田博士のこのような見解には、まず第一に、「焼燬（焼損）」に該たるか否かの構成要件該当性判断を形式的に行った場合に、それが直ちに客体の「独立燃焼」を意味することになるのか、第二に「公共の危険」を書

(39) なお、団藤重光博士は、抽象的危険犯たる108条に関して「抽象的危険の発生が常にあるものと擬制されている」とされ（団藤・前掲注(29)書130頁）、構成要件については、メツガーの違法類型としての構成要件概念を否定し（同書120頁）、一般的、抽象的な違法行為類型としての構成要件への該当性判断を行った後、個別的・具体的な判断を加えて違法性を判断すべきとされる（同書98頁、122頁）。放火罪の解釈の場面では、「焼燬」については独立燃焼説を採用されているが、そこでは放火罪の公共危険犯性に加え、未遂処罰のない失火罪の当罰性判断が根拠として挙げられる。それゆえ、「現住建造物を焼燬（焼損）した」との一般的な構成要件該当性判断が肯定できれば、108条は、違法性阻却事由が存在しない限りそのまま成立することになり、放火罪の極めて広範な処罰を認めることにもなりうる。もっとも居住者を全員殺害した後の放火に関する現住性に関して、博士は危険の発生の有無を実質的に考慮されているようにも見える。団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（1990年）194頁、197頁注(7)。

(40) 内田文昭『刑法概要上巻』（1995年）204頁。



かれざる構成要件要素として要求することが妥当か、少なくとも条文解釈として実務的に受容される可能性があるのか、以上の2点で疑問が残る。

まず第一の疑問点であるが、構成要件的结果としての焼燬に該たるか否かを違法性とは無関係に形式的に判断することは、すなわち、焼燬の意義に関して文言解釈を基本とすることを意味することになる。しかし、焼燬の意義を純粹に文言解釈から確定することが可能であろうか。この点について学説では、焼燬の字義に着目して、「『焼燬』の燬の文字に火力によって効用を毀滅させるという意味はない」として独立燃焼説を採用する説<sup>(41)</sup>と、「焼燬とは火力を以て物質を毀損するを謂ふ」として効用喪失説の根拠とみる説<sup>(42)</sup>とが対立していることに留意する必要があるだろう。大塚仁博士は、「燬」の文字について、漢和辞典中にも①「やきつくす」等の意味を説くものと、②「燃える」という趣旨であると解するものとに分かれていることを踏まえ、「焼燬の『燬』の語義については必ずしも一定」しないとの認識を示されている<sup>(43)(44)</sup>。そして実際、構成要件と違法性との関係について内田博士とは

(41) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（1990年）193頁。さらに、草野豹一郎「放火罪に於ける焼燬の意義」『刑事判例研究第2巻』（1936年）134頁。

(42) 泉二新熊『日本刑法下巻』（増補第40版，1929年）142頁。他に、大場茂馬『刑法各論下巻』（改訂7版，1918年）85頁。宮本英脩『刑法大綱』（1935年）435頁など。さらに曾根威彦『刑法各論〔新版〕』（1995年）210頁参照。

(43) 大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版〕』（1996年）372頁注(3)。また博士は「単純な国語の意味だけからすれば、『焼燬』とは、必ずしも火力による物の毀損を含まず、ただ、『焼く』『もやす』ということの意味するにとどまるから、文理解釈としては、いやしくも、火を放ち、その結果として、火が目的物に燃え移り、独立して燃焼し始めた以上、『焼燬』があったといえないわけではない」との指摘もされている。大塚仁「放火罪の既遂時期（いわゆる『焼燬』の概念）」『刑法論集(2)』（1976年）226頁。

(44) なお、『焼燬』は平成7年の刑法典の口語化により「焼損」へと改正された。「焼燬」と「焼損」との関係については、両者は異ならないとする見解（麻生光洋ほか「刑法の一部を改正する法律について」松尾浩也編『刑法の平易化』（1995年）48頁、山口厚『問題探究刑法各論』（1999年）233頁、西田典之『刑法各論〔第2版〕』（2002年）292頁など）と、両者は何らかの意味において異なっており、したがって放火罪の既遂時期に影響を及ぼしうるとする見解（齊藤誠二「放火罪における『焼燬』と『焼損』—いわゆる『刑法の平易化に関連して—』」司法研究所紀要7巻（1995年）1頁以下、大越義久『刑法各論〔第2版〕』（2001年）139頁、なお、大谷實『新版刑法講義各論』（2000年）374頁参照）とが対立している。ただ、この両見解のどちらか妥当であるのか、新しい「焼損」に関していかなる解釈をなすべきなのか、これらは果たしてそれぞれの文言解釈のみを根拠として導きうるであろうか。やはり、「記述的・没価値的」な構成要件概念は、具体的な解釈の場では維持し得ないと解さざるを得ないと思われる。なお、平川宗信『刑法各論』（1995年）108頁参照。

ほ同じ立場に立たれる岡本勝教授は<sup>(45)</sup>、焼燬を「目的物の構造・機能上その本質的部分が相当の範囲で焼失（毀損）」することとされ、いわゆる効用喪失説を採用される<sup>(46)</sup>。同じく構成要件該当性判断の形式性を強調される内田博士と岡本教授との間で、焼燬の解釈は全く異なったものとなっているのである。果たして、違法性と完全に区別された価値中立的な構成要件を設定して罪刑法定主義を尊重するという目的が、現実の解釈の場面で実現されているといえるであろうか。

第二の点に関しては、裁判所が108条の条文を具体的事案に適用する場合には、極めて当然のことながら、「放火して」という行為が存在したか、放火された客体が「現住・現在建造物等」に該当するか、そしてその客体を「焼損」したかを判断することになる。しかし、内田博士や岡本教授の見解では、そのような判断は当該行為が単に構成要件という外枠にあてはまったことを意味するにすぎず、さらに積極的な違法性判断、すなわち（抽象的な）公共の危険の発生の有無を別個に判断しなければならないことになる。しかし現実には、「放火行為」<sup>(47)</sup>「現住性・現在性」「建造物性」<sup>(48)</sup>および「焼損」<sup>(49)</sup>の要件の解釈それ自体にすでに、それぞれ困難な問題を含んでいるのである。その上に、条文上の根拠が明確ではない「（抽象的）公共の危険」の発生の有無を別個に判断せよと裁判所に要求することが果たして現実的であろうか。またそれによって処罰範囲が妥当で明確となるような解釈

---

(45) 岡本勝『「危険犯」をめぐる諸問題』『犯罪論の基本思想』（2000年）90頁。

(46) 同上書92頁，93頁。なお、岡本教授のこの論文の初出はLaw School 39号（1981年）であるが、『犯罪論と刑法思想』収録の際にも「焼燬」の文言をそのまま用いられている。

(47) 不作為による放火行為に関する解釈、あるいは必ずしも点火行為を伴わない放火の実行の着手があり得るかといった解釈問題などがある。後者に関して、例えば拙稿「現住建造物等放火罪の実行の着手が認められた事例」都立大学法学会雑誌39巻1号（1998年）755頁以下を参照。

(48) 建造物の意義に関する詳細な検討として、たとえば伊東研祐『現代社会と刑法各論〔第2版〕』（2002年）306頁以下など。

(49) 焼損に関しては、たとえば拙稿「焼損概念について(1)(2・完)」都立大学法学会雑誌36巻2号（1995年）、37巻1号（1996年）を参照。

が導き出されるのであろうか。

### 3. 実質的構成要件概念と抽象的危険犯の実質化

#### (1) 現在の学説の議論状況

条文上「公共の危険」の発生が要求されていない抽象的危険犯の場合であっても、具体的事案においておよそ危険が発生しないとみなされる場合には処罰を認めるべきでないとする見解（以下実質説とする）<sup>(50)</sup>は、現在では多数を占めているといつてよいであろう<sup>(51)</sup>。

ところが、これらの学説において、たとえば堀内捷三教授は「抽象的危険犯においても、たとえ程度が低いにしても法益侵害の可能性は必要である」とされて抽象的危険犯の実質説に立たれることを明言しつつも、「およそ法益侵害の可能性のない場合には犯罪は成立しない。畑のなかに一軒だけ立っており、他に延焼の可能性がまったくない住宅に放火しても、現住建造物放火罪は成立しない」<sup>(52)</sup>とされるのみであるなど、具体的事案に危険の発生がないために抽象的危険犯の成立を否定すべきと判断した場合、いかなる解釈的手法を用いてそのような結論を導くのかに関して、必ずしも明確な検討が加えられてこなかったように思われる<sup>(53)</sup>。

#### (2) 保護法益に基づく構成要件要素の実質的解釈

ただしそのような中でも、たとえば町野朔教授が「砂漠の一軒家を焼損し

---

(50) わが国において、この点に関する先駆的研究が岡本勝「『抽象的危殆犯』の問題性」法学38巻2号（1974年）1頁および山口厚『危険犯の研究』（1982年）である。

(51) 近時刊行された教科書・概説書に限ると、町野朔『刑法総論講義案Ⅰ〔第2版〕』（1995年）144頁、前田雅英『刑法総論講義〔第3版〕』（1998年）108頁、野村稔『刑法総論〔補訂版〕』（1998年）100頁、堀内捷三『刑法総論』（2000年）63頁、林幹人『刑法総論』（2000年）113頁、山口厚『刑法総論』（2001年）41頁、木村光江『刑法〔第2版〕』（2002年）35頁など。

(52) 堀内・前掲注(51)書63頁。

(53) なお、降津隆行「放火罪と危険概念」法学セミナー346号（1983年）50頁参照。

たような場合、建造物損壊罪（刑260条）が認められるのは別論としても、放火罪（刑108条・109条1項）を認めることはできない」とされるが、その結論を「抽象的危険の不存在が構成要件該当性を阻却する」点に求められている点が注目される<sup>(54)</sup>。

従来、抽象的危険犯において判例が危険の不発生を理由に処罰を否定する考えを示したものとして最判昭和35年1月27日（刑集14巻1号33頁）が挙げられることがある<sup>(55)</sup>。これは被告人のHS式無熱高周波療法を「あん摩師、はり師、きゅう師および柔道整復師法」12条違反で禁止された医業類似行為を業として行ったとして処罰を認めた原審判決について、同条の禁止根拠を「かかる業務行為が人の健康に害を及ぼす虞があるから」であるとした上で、原判決が「被告人の業とした本件HS式無熱高周波療法が人の健康に害を及ぼす虞があるか否かの点についてはなんら判示するところがなく、ただ被告人が本件HS式無熱高周波療法を業として行った事実だけで前記法律12条に違反すると即断したことは右法律解釈を誤った違法がある」としたものである<sup>(56)</sup>。

なるほど、最高裁の以上のような判示のみでは、被告人の行った行為が端的に「あん摩師等法12条の構成要件にあたらぬ」としたのか、「あん摩師等法12条の構成要件に該当するが、実質的に処罰に値する危険の発生（すなわち違法性）が認められない」としたのかは必ずしも明確ではない。しかしこの点に関しては、放火罪と同じく抽象的公共危険犯に分類される艦船等転覆罪（126条2項）に関する最判昭和55年12月9日（刑集34巻7号513頁）が注目される<sup>(57)</sup>。これは、総トン数267トンの漁船を、厳冬期（2月）の千島

(54) 町野・前掲注(5)書145頁。

(55) 山口・前掲注(50)書30頁など。

(56) 本件は差戻後の控訴審において、当該治療方法は人の健康に害を及ぼすおそれがあると認定され、有罪の結論が確定している（最判昭和39年5月7日・刑集18巻4号144頁）。

(57) 本件に関する評釈は多数存在するが、さしあたり中山研一「刑法126条2項にいう艦船「破壊」にあたる」とされた事例」判例時報1001号（1981年）186頁、山口厚「刑法126条2項にいう艦船の「破壊」にあたる」とされた事例」警察研究53巻7号（1982年）52頁、奥村正雄「艦船の破壊の意義」平野龍一＝松尾浩也編『刑法判例百選II各論（第2版）』（1984年）154頁、大國仁「艦船の破壊の意義」平野龍一＝ほか編『刑法判例百選II各論（第3版）』（1992年）152頁、中空寿雅「艦船の破壊の意義」松尾浩也＝ほか編『刑法判例百選II各論（第4版）』（1997年）156頁など。

列島ウルップ島のある海岸の砂利原に座礁させた上、同船機関室内の海水取入れパイプのバルブを開放して約19.4トンの海水を取り入れるなどして自力離礁を不可能ならしめて同船の航行能力を失わせた事案について、「船体自体に破損が生じていなくても、本件所為は刑法126条2項にいう艦船の『破壊』にあたる」と認めるのが相当」としたものである。

そして、この判決に付された団藤重光、谷口正孝両裁判官の補足意見が注目される。団藤重光裁判官は、「艦船覆没罪は公共危険罪である。しかも、法が『人の現在する艦船』を本罪の客体としているのは、覆没・破壊が艦船に現在する人の生命・身体に対する危険の発生を伴うものであることを構成要件として予想しているというべきである。通常の形態における覆没・破壊は当然にかような危険の発生を伴うものと法がみているのであるが、自力離礁の不可能な座礁は、それが航行能力の喪失にあたるからといって、ただちに艦船の『破壊』にあたるものと解するのは早計であり、それが艦船内に現在する人の生命・身体に対する危険の発生を伴うようなものであるばあいにはじめてこれにあたる」とされていた。また、谷口正孝裁判官は、「艦船の航行能力の全部又は一部を失わせたという点で破壊と価値的に同一視できるということだけで艦船破壊罪に当たるとし、しかもそのような行為があれば直ちに抽象的危険犯としての同罪が成立するという考え方には賛成できない……抽象的危険犯の実質に即して、本件についても、行為当時の具体的事情を考えて多数人の生命・身体に対する危険の発生することが一般的に認められる艦船の航行能力の全部又は一部の喪失行為があったばあいにはじめて、法にいう破壊に当る行為があったと考える」とされていた。両裁判官ともに単なる船舶の航行能力の喪失のみでは「破壊」とはいえないが、それが人の生命・身体に対する危険を伴う場合には「破壊」にあたる」と解されている。すなわち、「破壊」にあたるか否かの構成要件該当性が、「人の生命・身体に対する危険」という保護法益の観点から実質的に解釈されているのである。

もともと、判例の行う構成要件解釈には「処罰に値する程度の違法性が存在したか否か」という観点が含まれているのである<sup>(58)</sup>。すなわち、一見す

ると構成要件に該当すると思われる行為であっても、正当化事由を検討するまでもなく処罰すべきでないと評価される場合には、構成要件要素のいずれかに対して当罰性の観点から限定解釈を加え、「当該犯罪の構成要件に該当しない」という形で処理を行ってきたのであった<sup>(59)(60)</sup>。そしてこの点は抽象的危険犯の場合も同じはずである<sup>(61)</sup>。すなわち、一見すると構成要件該当の行為と結果がなされたとしても、実際の事案で危険の発生が認められないならば「当該抽象的危険犯の構成要件に該当しない」とする処理が合理的なはずなのである。

そして現に、危険犯とされる遺棄罪ではそのような解釈が暗黙のうちに主張されているのである。すなわち、遺棄罪の成立に必要な危険の程度に関して抽象的危険説と具体的危険説との対立があるが、「捨子を他人が拾い上げるのをたしかめた上で立ち去った事案」ではおよそ危険の発生が認められず処罰を否定することでほぼ見解は一致している<sup>(62)</sup>。その場合、危険の発生が条文上の要件となっていない以上、それは遺棄罪の構成要件が前提とする遺棄行為に該当しないとすべきことになる<sup>(63)(64)</sup>。条文上の「遺棄した」と

(58) 前田雅英『刑法の基礎』(1993年)50頁。

(59) 前田雅英『可罰的違法性論の研究』(1982年)468頁以下。

(60) そしてこのような限定解釈は、たとえば実体的デュープロセス論における「合憲的限定解釈」として理論としては広く学説において主張されるところであり、判例もそれを承認しているとされる。たとえば福岡県青少年保護育成条例におけるいわゆる淫行処罰規定の「淫行」概念の解釈に関する最判昭和60年10月23日(刑集39巻6号413頁)など。

(61) そして、前述注(5)に掲げた抽象的危険犯の実質説を主張する学説も、いずれも違法類型としての実質的な構成要件概念を承認されている点にも留意すべきであろう。

(62) これに対して、木村亀二『刑法各論』(復刊, 1957年)43頁、藤木英雄『刑法講義各論』(1976年)216頁は、危険の有無を問わず遺棄行為があれば直ちに遺棄罪の成立を認める。

(63) 福田平『全訂刑法各論〔第3版〕』(1996年)166頁、林幹人『刑法各論』(1999年)45頁、前田雅英『刑法各論講義〔第3版〕』(1999年)60頁、大谷實『新版刑法講義各論』(2000年)69頁など。また条文における「遺棄した」には、遺棄行為のみではなく遺棄結果の惹起をも含むことを根拠に構成要件該当性を否定する見解として、山中敬一「遺棄罪と危険概念」法学セミナー346号(1983年)55頁、佐伯和也「遺棄罪の法益と危険犯的性格」関西大学大学院法学ジャーナル64号(1995年)21頁。

いう概念に生命（ないしは身体）に対する具体的な危険の発生という要素を読み込み、そのような危険の発生がない場合には、形式的に「遺棄行為」と評しうるような態様であろうと構成要件には該当しないとすることになるのである<sup>(65)</sup>。

### (3) 放火罪における構成要件の限定解釈の可能性

しかし、抽象的公共危険犯である現住建造物等放火罪や他人所有非現住建造物等放火罪に関しては、このような観点が強調されることはあまりなく、しばしば「危険を擬制する」犯罪類型であるとの批判が現在でも向けられているのである。このことは一見すると若干奇異な感じもするが、しかし、108条や109条1項の場合には前述した構成要件要素の限定解釈のみでは、なお「公共の危険」が発生していない事案を取り込んでしまうという問題意識があったからではないかと思われる。すなわち、「畑のなかに一軒だけ立っており、他に延焼の可能性がまったくない住宅に放火した」<sup>(66)</sup>という場合、現住建造物性および焼損をいかに限定解釈したとしても「現実に公共の危険の発生していない現住建造物等放火罪が成立してしまう」という暗黙の前提

(64) これに対して具体的危険犯説を採る見解は、従来の抽象的危険犯に関する形式説を前提とした上で、処罰範囲の限定を加えるために主張されたという側面があるように思われる。団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（1990年）451頁。瀧川幸辰『刑法各論』（1951年）59頁など。しかし、遺棄行為の有無の他に、書かれざる構成要件要素として「人の生命（身体）に対する危険」の判断を要求することは、条文解釈として困難が伴うことは否定できない。山口厚『問題探研法各論』（1999年）19頁、林・前掲注(63)書45頁。さらに、抽象的危険犯においても何らかの実質的な危険が必要であると解するならば、このような無理な解釈方法を採る必要性はなくなる。なお、遺棄罪を「準抽象的危険犯」とする見解として、山口・前掲注(50)書251頁以下、大谷・前掲注(63)書69頁。

(65) 構成要件の中立性、形式性を重視する立場からは、このような実質的解釈は構成要件の「恣意的」な解釈であると批判されることになる。岡本勝『犯罪論と刑法思想』（2000年）83頁。それゆえ、遺棄罪に関して何らかの実質的な危険の発生を要求するならば、構成要件要素として遺棄に関して、その態様のみに着目した形式的解釈をおこなない、その後改めて違法要素として実質的な危険が生じたか否かを検討することになる。曾根威彦『遺棄罪』芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的課題各論』（1996年）21頁以下。しかし、そのようないわば迂遠な解釈方法が合理的といえるかは疑問である。

(66) 堀内・前掲注(60)書63頁。

があったように思われる。しかし、他の危険犯において可能であった構成要件要素の限定解釈による妥当な処罰範囲の設定という手法が、本当に放火罪の場合には妥当し得ないのであろうか。

このような疑問点に関して、さらに節を改めて検討を続けることにしたい。

## 第2節 放火罪における公共危険の意義と構成要件解釈

### 1. 危険の公共性について

#### (1) 公共の危険の意義に関する従来議論

放火罪における公共の危険の意義に関し、判例では、110条所定の「公共の危険」に関して、同条所定の物に放火して「第108条及第109条の物件に延焼する結果を発生すべき虞ありと思料せしむるに相当する状態」と定義した大判明治44年4月24日（刑録17輯655頁）が、また失火罪に関する116条2項に関連してであるが「自己所有に係る第109条の物又は……第110条の物を焼燬し因て第108条及び第109条の物に延焼せんとし其他一般不定の多数人をして生命身体及び財産に対して危害を感せしむるに付き相当の理由を有する状態を発生したること」とした大判大正5年9月18日（刑録22輯1359頁）がリーディング・ケースとされる。これに対して、条文上は公共の危険の発生が要求されていない108条や109条1項に関しては、条文解釈の場において必要性が存在しないことから<sup>(67)</sup>判例において明確な定義がなされたことはこれまででなかった<sup>(68)</sup>。

また学説においても、その危険の及ぶ人的範囲を中心とした議論がなされるにすぎなかった<sup>(69)</sup>。すなわち公共の危険の範囲を(a)不特定の生命・身体

(67) 拙稿「公共危険犯の考察(1)」都立大学法学会雑誌39巻2号（1999年）364頁。

(68) 松宮孝明「放火罪における公共の危険の認識」西田典之＝山口厚編『刑法の争点〔第3版〕』（2000年）214頁参照。

(69) 名和鉄郎「放火罪・失火罪」中山研一＝宮澤浩一＝大谷実編『刑法各論（青林双書）』（1977年）204頁、阪村幸男「放火罪における公共の危険の意義」藤木英雄＝板倉宏編『刑法の争点〔新版〕』（1987年）195頁など参照。



または財産に対する危険、(b)多数の生命・身体または財産に対する危険、(c)不特定または多数人の生命・身体または財産に対する危険、および(d)不特定かつ多数人の生命・身体または財産に対する危険とする説が対立し、多数人の生命・身体・財産に危険が及ぶ場合はもちろん、少数人であっても不特定範囲であれば公共の危険と評価しうるので、(c)説が通説を占めるとの議論がなされるにすぎなかった<sup>(70)</sup>。

## (2) 放火罪において「公共の危険」が発生しない事案？

ところで従来、抽象的公共危険犯について、条文規定の行為がなされたが具体的状況下において危険の発生がないため実際の処罰をみとめるべきでない場合として、前述したごとく、いわゆる「広野の一軒の小屋」事案が挙げられてきた。すなわち、周囲に燃え移るべきものが一切なく孤立して立っている小屋に放火して焼損した場合、形式的には抽象的危険犯の構成要件に該当するが具体的には公共の危険の発生が認められないため、このような場合に処罰を認めるのは不当だとするものである<sup>(71)</sup>。これは実際には109条I項の他人所有非現住建造物等放火罪の成否を主として念頭に置いた議論であり、このような場合には公共の危険は不発生であり、せいぜい建造物等損壊罪(260条)の成立が問題になるにすぎないとされてきた。

ただし、同じく抽象的公共危険犯とされる現住・現在建造物等放火罪(108条)に関しても同様のことがいえるかは問題であるように思われる。現に人が住宅に使用している広野に孤立して建つ一軒家を、放火時に中に人が滞在していない時点で放火して焼損した場合、「不特定または多数人に対する危険」は発生していないのでやはり108条の成立は認めるべきではないことになる<sup>(72)</sup>。それでは、同じように孤立して建つ非現住の小屋に現実に

(70) 阪村・前掲注(69)論文195頁、拙稿・前掲注(67)論文364頁。

(71) 岡本勝「『抽象的危険犯』の問題性」法学38巻2号(1974年)127頁、山口厚『危険犯の研究』(1982年)239頁など。

(72) 諸澤英道「放火罪」中山研一ほか編『現代刑法講座第4巻』(1982年)98頁、堀内捷三『刑法総論』(2000年)63頁など。

内部に人が滞在していた場合、すなわち現に人が滞在している「現在建造物」を放火・焼損した場合にはどうであろうか。この場合にまで108条の成立を否定すべきとする見解はこれまであまり主張されて来なかったように思われる<sup>(73)</sup>。その理由は、単に構成要件を充足するのみならず、少なくとも内部に滞在していた人に対する危険は存在するのであり、108条の成立を認めることに抵抗が感じられないからであろう。

しかし、なるほど「住居」とは評価し得ない他人所有の小屋への放火に関して、人が現に滞在していれば「公共の危険」があり108条が成立するが、滞在していなければ「公共の危険」の発生は認められず260条の成否が問題になるにすぎないと解するならば、そのような議論において前提とされている「公共の危険」の内実とはいかなるものなのであろうか。

従来の議論では放火罪の処罰根拠である「公共の危険」は108条から110条の場合まですべて同一内容のものであると理解され<sup>(74)</sup>、せいぜい、条文形式の相違から要求される危険の程度が異なるということが問題とされてきたにすぎなかった。しかし、以上の検討からも明らかなように、現行刑法典が放火罪を大きく3類型に区別しているのは、単に法定刑に差を設けたということとどまらず、処罰根拠となる「公共の危険」の意義も相違しているからだと考えるべきでないかと思われる<sup>(75)</sup>。そうであるとするならば、各放火類型ごとの公共の危険の意義を、それぞれの条文から導き出される構成要件との関係で検討していく作業が重要となるが<sup>(76)</sup>、これまでそのような観点に基づく個別的な検討は必ずしも十分になされてこなかったように思われる。また、そのことから構成要件と違法性との有機的関連性を考慮に入れざる

(73) なお、居住者を全員殺害後に放火した事案につき、建造物の現住性および現在性が消滅したとして109条1項の成立を認めるにとどめた大判大正6年4月13日（刑録23輯312頁）がある。また、団藤重光『刑法綱要各論（第3版）』（1990年）197頁参照。

(74) 川端博＝日高義博＝山口厚「鼎談・危険概念と各種犯罪類型」現代刑事法33号（2001年）21頁〔日高発言〕参照。

(75) 同上〔山口発言〕参照。

(76) 木村光江「結果無価値論と行為無価値論の対立の意義と機能と射程—結果無価値論の立場から—」現代刑事法1巻3号（1999年）33頁参照。

を得ないように思われる。

## 2. 放火罪における「公共の危険」の意義に関する近時の議論

### (1) 放火罪の公共の危険と「不真正公共危険犯」としての現住建造物放火罪

従来の判例では、前述の大判明治44年4月24日（刑録17輯655頁）をはじめ、比較的近時においても東京高判昭和48年3月26日（高検速報1959号・研修304号113頁）<sup>(77)</sup>や浦和地判平成2年11月22日（判例時報1374号141頁）<sup>(78)</sup>などが、若干のニュアンスの相違はあるものの、「延焼の危険」という性質を中心に「公共の危険」を理解してきている。また、従来の公共の危険に関する通説的理解、すなわち「不特定または多数の生命・身体または財産に対する危険」とは、火災の有する延焼の危険性に着目した見解であると言い得る。しかし、従来の公共の危険の意義に関する議論は、条文上に「公共の危険」という要件が規定された110条および109条2項を中心としてなされてきたものであり、そこでは108条は必ずしも明確に念頭に置かれていなかった点に注意する必要がある<sup>(79)</sup>。

この点に関し、108条における「公共の危険」を独自に論ずる必要性を主張されてきたのが、岡本勝教授である。岡本教授は108条とそれ以外の放火規定との間で公共の危険の意義を区別すべきことを主張される。すなわち、109条および110条の場合の公共の危険は「燃焼物から燃焼物へと火が伝播して火勢が拡大していく危険、すなわち、多数の人の相当広い範囲の建造物等に対する大規模な危険（それは、真正な「公共ノ危険」である）」であって、また延焼すべき客体は108条および109条所定の客体に限らず、放火罪からみ

(77) 「刑法第110条にいう『公共の危険』とは、不特定または多数人をして刑法第108条第109条の物件に延焼し、その他、人の生命身体財産に損害を及ぼすような結果を発生すべきおそれがあると思わせるに相当な理由がある状態を指称」する、とする。

(78) 「刑法110条1項にいう公共の危険とは、同法108条、109条1項の物件に延焼する危険、その他不特定多数人の生命・身体・財産を侵害する危険を言う」とする。

(79) 前述16頁。

て燃焼の客体として意味ある重要な財産であればよいが<sup>(80)</sup>、ただし「人に対する危険を含まないと解すべきである」とされる<sup>(81)</sup>。これに対して、108条において予定される危険は「居住者または現在者の生命に対する」ものであり、これは「特定少数人に対する危険で足り、真正な『公共ノ危険』である必要はない」とされる。それゆえ、教授の見解によれば、108条に関して言えば、同条「所定の客体がたとい孤立して立っており、しかもその居住者又は現在者が特定且つ少数であったとしても、人が居住又は現在する建造物等への放火は、108条の構成要件が本来予定するところ」となる<sup>(82)</sup>。しかし他方で、「他に燃え広がる危険のない山中の非現住建造物1軒に対する放火によって、付近をたまたま通りあわせたハイキング客とか野次馬に対して生命もしくは身体の危険を与えた場合」には、109条にいう「公共の危険」の発生は認められないとする<sup>(83)</sup>。そして、結論として「放火罪各類型における保護法益を、一概に『不特定又は多数の人の』『生命、身体又は財産』であると定義することは、種々の点から批判を免れない」とされるのである<sup>(84)</sup>。

岡本教授の以上のような見解には、いくつかの点で疑問がある。まず108条の場合には、抽象的危険犯の実質説の立場から「住居として使用されているが誰も現在せず火災の広がる可能性もない山中の一軒家に火を放つ場合」「人が現に居住している家屋に火を放ったが、行為者のそばで、火が放たれたら直ちに消火しようと数台の消防車が準備を整えて待機している場合」には、108条はおろか109条1項の罪の成立に必要な抽象的公共の危険さえも生じないので、建造物損壊罪のみの成立を認めるべきだとされる<sup>(85)</sup>。しかし、

(80) 岡本勝「放火および失火の罪」小暮得雄ほか編『刑法講義各論』（1988年）294頁、296頁。

(81) 同上書294頁。

(82) 岡本勝「『危険犯』をめぐる諸問題」『犯罪論と刑法思想』（2000年）96頁。

(83) 岡本・前掲注(80)書294頁

(84) 岡本・前掲注(82)論文96頁

(85) 岡本勝「『抽象的危険犯』の問題性」法学38巻2号（1974年）127頁。

このような場合に果たして教授のいう「居住者」に対する危険は本当に生じていないと評価すべきなのであろうか。また岡本教授の見解では、108条の場合にはいわゆる「延焼の危険」が考慮されていないように見受けられるが、他方で「単一の放火行為による多数の人の生命・財産が包括的に危険にさらされるのが放火の常態」であるとして、1個の放火行為により2個の現住建造物を焼燬した場合には、1個の現住建造物等放火罪の成立を認めるべきであるとされるが<sup>(86)</sup>、これは前述の保護法益論と一致する考え方であろうか。さらに、108条以外の放火類型における公共の危険から人の生命・身体に対する危険を排除してしまうことも妥当であるか疑問である<sup>(87)</sup>。

しかし、以上のような疑問にも関わらず、単に危険の範囲の如何のみを問題としてきた従来の公共危険犯の解釈に対して<sup>(88)</sup>、放火類型ごとに公共の危険の意義が異なりうるとの岡本教授の指摘は、各放火罪の条文解釈、すなわち放火類型ごとの保護法益や構成要件解釈を考えていく上で極めて重要な指摘であることに留意する必要がある。

## (2) 現住建造物放火罪の処罰根拠をめぐる近時の議論

現住建造物等放火罪（108条）における公共の危険が、他の放火類型と異なりうるとの見解は、近時、多数の論者によって認められつつある。

西田典之教授は、108条に関して、109条1項との法定刑の差や、108条の法定刑が殺人罪よりも重いことの根拠について、「直接放火の客体となった建造物内の人に対する危険と公共の危険を併せ持つことより初めて理解しうる」とされ、現住建造物等放火罪を「特定の個人の生命、身体に対する罪としての側面を濃厚に有している」とされる<sup>(89)</sup>。また、山口厚教授も108条の加重根拠について、現在建造物への放火の場合を「建造物等の内部にいる人

(86) 岡本・前掲注(80)書290頁

(87) 岡本教授は、109条2項や110条の「公共の危険」について108条所定の客体への延焼の危険が含まれることは認められているのである。岡本・前掲注(80)書294頁、296頁。

(88) 前述16頁。

(89) 西田典之『刑法各論〔第2版〕』（2002年）285頁。

に対する危険」、現住建造物への放火の場合も「建造物内部に存在する可能性のある人に対する危険」と解される<sup>(90)</sup>。

しかし、110条においても認められる「公共の危険」と108条の処罰根拠たり得る「建造物内部に対する危険」とがいかなる関係に立つのかに関しては、論者により見解が異なる。山口厚教授は「住宅密集地に存在する建造物の焼損を生じさせるような場合には、公共の危険は存在するが、周囲に燃え移る物すらないような状況にある建造物を焼損するような場合には、およそ公共の危険は認め得ないのであり、たとえ建造物の内部に存在する人に対する危険を認めうるとしても、放火罪の成立は否定されるべき」であるとされる<sup>(91)</sup>。しかし林幹人教授は、現在建造物放火に関して、「ただ一人で現在していても、その家に放火・焼損すれば、ただちに108条の成立が認められる。彼一人の生命・身体に対する危険自体が処罰の根拠」なのであり、「不特定多数の人の生命・身体・財産に対する危険」としての公共の危険の発生は同条の成立に必要でないといわれる<sup>(92)</sup>。林教授の見解によれば、広野の一軒家であっても、「現在」建造物であれば108条の成立は認めるべきことになる。

### 3. 処罰の必要性と構成要件該当性判断の妥当性

それでは、以上のような「広野の一軒家」事例に関して、どのように考えるべきなのであろうか。一つにはそのような場合にも108条で処罰する必要性が存在するかどうかを検討する必要があることはいうまでもない。ただし、それに加えて108条の構成要件解釈として無理のない解釈が導きうるかどうかも検討する必要がある。この点は、従来の議論ではあまり重視されてこなかった点であるように思われるが、解釈論的提言が実務・判例に影響を与えることを前提とするものであると考えるならば<sup>(93)</sup>、判例が採用しやすい解

(90) 山口厚『問題探求刑法各論』（1999年）228頁。

(91) 同上書227頁。

(92) 林幹人『刑法各論』（1999年）328頁。

(93) 田宮裕「刑法解釈の方法と限界」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』（1990年）48頁参照。

积方法をも同時に提示する必要性は高いと考えられる<sup>(94)</sup>。

### (1) 処罰の必要性の有無

まず、「広野の一軒家」事例が本当に108条での処罰を認めるべきでない事案であるかどうかを検討することにした。なるほど108条においては公共の危険の発生は条文上要求されていない。そして公共の危険を、通説的見解を前提に「不特定または多数人の生命・身体または財産に対する危険」と理解するならば<sup>(95)</sup>、具体的事案においてはそのような危険は全く生じていない。このような場合に、「危険の発生が擬制されている」として具体的事案における危険が発生していないのに処罰を認めるとするならば、それはやはり妥当ではないと言わざるを得ない。

しかし、108条において公共の危険の発生が条文上要求されていないことが、具体的危険よりも抽象的な危険の発生で足りるとする趣旨と解することにも疑問がある。すなわち、109条および110条とを比較した場合に、108条の放火客体には明確な特徴が存在する。現住建造物等および現在建造物等に放火客体を限定している趣旨は、建造物の内部に対する危険性が、典型的に特に高く認められる場合、たとえば「住居であれば、いつ何時居住者や来訪者が中に立ち入り、放火により生命身体に危険を被るかもしれないことが考慮されている」<sup>(96)</sup>と解するのが合理的であるように思われる<sup>(97)</sup>。そうであるならば、108条における「公共の危険」は「建造物の内部に対する危険」をも含めたものと解すべきであり、109条以下において認められる、延焼の危険を軸にした放火客体のいわば外側における「不特定または多数人に対す

(94) 前田雅英『刑法の基礎』(1993年)55頁以下、同『刑法入門講義—新しい刑法の世界』(2000年)114頁参照。

(95) 前述17頁。

(96) 香城敏磨「複数の建物が廻廊等により接続されていた神宮社殿が一個の現住建造物に当たるとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事編平成元年度』(1991年)243頁。

(97) このこと自体は、従来の学説においても認められてきているといえよう。前掲21頁に挙げた見解のほか、藤木英雄『刑法講義各論』(1977年)90頁、大谷實『新版刑法講義各論』(2000年)375頁など。

る危険」とはその内実を異にしていると解すべきであろう<sup>(98)</sup>。108条における公共の危険をそのように理解するならば、「広野の一軒家」に対する放火の場合にも、同条による処罰の必要性は十分に認められるべきであると考えられるのである。

## (2) 構成要件解釈の方法

そして、「広野の一軒家」への放火に108条の成立を認めることは、現行の構成要件の解釈としても、自然であると考えられるのである。

108条の処罰根拠を、放火客体の相違を根拠に「建造物内部に対する危険をも含めた公共の危険」と解する前述の見解に立つならば、焼損された放火客体が「現住・現在建造物」に該たるか否かは、まさにそのような危険を発生させたかどうか、という視点から実質的に判断することになる。逆に言えば、具体的事案において108条が前提とする危険を全く発生させなかったならば、それは同条所定の構成要件要素を充足したことにはならないと解すべきであろう。「他に燃え移る危険が皆無で、しかもそこに人が立ち入り危害を被る危険が全く無い本条の客体は考えにくい」とする前田雅英教授の指摘<sup>(99)</sup>、そのような意味において正鵠を得たものと考えられる<sup>(100)</sup>。

これに対して、「広野の一軒家」事例において、少なくとも現住建造物等放火罪の成立を否定すべきであるとする見解は、その際にどのような条文解釈を行うのであろうか。構成要件該当性と違法性とを峻別すべきとする見解に立てば、構成要件に該当するが違法性が認められないとの解釈を行うことは当然のことであろう。しかし、すでに述べたように、これは具体的事案において何らの危険の発生も認められない場合を構成要件に広く取り込む結果

(98) この点について詳細には、拙稿「公共危険犯の考察（3・完）」都立大学法学会雑誌 40巻2号（2000年）216-217頁を参照。

(99) 前田雅英『刑法各論講義〔第3版〕』（1999年）310頁。

(100) さらに、井田良「放火罪をめぐる最近の論点」阿部純二ほか編『刑法基本講座第6巻』（1993年）184頁、村瀬均「放火及び失火の罪」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第7巻〔第2版〕』（2000年）9頁参照。



となり、妥当な解釈方法であるとはいえない<sup>(101)</sup>。これに対して、構成要件を処罰に値する違法類型と解する立場からは、必ずしも明確ではないが、108条の構成要件を充足しない場合であるとするところになる。すなわち、一見すると「放火して」「現住・現在建造物等」を「焼損」した場合にはあるが、「公共の危険」という記述されざる構成要件要素を充足しないので同条による処罰を認めないとする他はないことになる。しかしこれは、無意識のうちに「放火行為」「現住・現在建造物等」および「焼損」という記述された各構成要件要素の該当性判断が、「公共の危険」の発生の有無とは無関係になされることを前提とした議論なのである<sup>(102)</sup>。なるほどそのような議論は、公共の危険を「不特定または多数人の生命・身体または財産に対する危険」と解する従来の通説的見解では当然のことであった。しかし、繰り返しになるが108条の「公共の危険」はそれに尽きると解すべきではない。

### (3) 「建造物の現住性」に関する若干の判例の検討

以上の私見を前提にした上で、従来の判例を素材に108条の構成要件の具体的解釈方法を検討してみることにしたい。

まず、建造物の現住性が認められるかが具体的に問題となった事案として、最決平成9年10月21日(刑集51巻9号755頁)がある<sup>(103)</sup>。これは被告人が転売目的で取得した自己の所有する木造瓦葺2階建の家屋に対する競売手続を妨害する目的で、自己の経営する会社の従業員5名を約1ヶ月半の間に10数

---

(101) 前述3頁。

(102) しかし、実際の解釈の場面では放火罪として処罰すべき危険が存在したか、すなわち違法性の有無の判断と無関係に行い得ないのである。例えば、放火行為について、拙稿「現住建造物等放火罪の実行の着手が認められた事例」都立大学法学会雑誌39巻1号(1998年)755頁、焼損について、拙稿「焼損概念について(2・完)」都立大学法学会雑誌37巻1号(1996年)141頁以下参照。

(103) 本件の評釈として、佐久間修「判比」法学教室212号(1998年)127頁、井田良「判比」『平成9年度重要判例解説』(1998年)164頁、林陽一「判比」法学教室222号別冊判例セレクト'98(1999年)31頁、関哲夫「判比」現代刑事法2号(1999年)52頁、清水真「判比」判例評論477号(1998年)57頁(判例時報1649号235頁)などがある。

回にわたって、日常生活に必要な設備を有する本件家屋に交替で寝泊まりさせていたが、Aと共謀して本件家屋に放火して火災保険金を騙取することを企て、放火を実行する5日前の最後の寝泊まりが行われた日の2日後に従業員らを2泊3日の沖縄旅行に連れ出し、そして、旅行中にAが本件家屋を放火して全焼させたという事案について、現住建造物放火罪の重罰化根拠を「住居はその性質上人が出入りする可能性が高いことから人の生命・身体に危険を生ぜしめるおそれが少なくない点を考慮したものと考えられ……したがって同条にいう『現に人が住居に使用し』とは、現に人の起臥寝食の場所として日常使用されているという客観的状态が存在すれば足り」との立場から、本件放火客体は現住建造物に該当するとした原審判決の判断を正当としたものである。これは①当該建物に現住性が認められるか、および②2泊3日の旅行によって現住性が喪失するかの2点から、放火客体たる建造物の属性を仔細に検討している。すなわち、①の点に関しては、従業員らは1ヶ月半のうちに3、4日程度に1回程度の宿泊という程度の宿泊期間ないし頻度であっても、本件建物への放火に伴う人の生命、身体に対する危険が十分に認められる<sup>(104)</sup>、②の点に関しては、本件建物に泊まり込んでいた従業員らを旅行に連れ出したことによって、これら従業員らに対する具体的な危険は失われていたが、旅行期間は2泊3日にすぎず本件建物の使用形態に変化はなかったことから、現住性は否定されないとの検討がなされているのであり、当該建物が「住居」であるか否かの単なる文言解釈によって本件の結論が導き出されているわけではない点に留意する必要がある<sup>(105)</sup>。また、延焼の危険に関して、第1審判決の「量刑の理由」の説明において「延焼の危険を生じさせ、近隣住民に多大な恐怖感を与えた」<sup>(106)</sup>、第2審判決の同じく量刑の検討の際に、住宅がかなり建ち並んでいた住宅地であり「類焼の危険は相当程度あった」し、「また、深夜の火災として付近住民に与えた不安感

(104) 中谷雄二郎「判比」法曹時報50巻6号(1998年)202頁。

(105) 前田雅英「放火罪における現住性の意義」西田典之＝山口厚編『刑法の争点〔第3版〕』(2000年)210頁参照。

(106) 刑集51巻9号803頁(福岡地判平成7年4月10日・刑集51巻9号791頁)。

と恐怖感には顕著なものがある」との記述が見られるものの<sup>(107)</sup>、いずれも108条の成立要件としては検討されていない点に留意する必要がある。やはり、108条が念頭に置いている危険な事態と110条などで成立要件とされている「公共の危険」とは、その内実が異なる部分があると解さざるを得ないと思われる。

続いて、複合建造物の現住性が問題となった最決平成元年7月14日（刑集43巻7号641頁）を検討することにした<sup>(108)</sup>。これは、平安神宮の宿直員等が現在している社務所等と廻廊等で接続している西翼舎、内拜殿、祝詞殿、東西両本殿等を焼燬したという事案について、本件「社殿は、その一部に放火されることにより全体に危険が及ぶと考えられる一体の構造であり、また、全体が一体として日夜人の起居に利用されていたものと認められる。そうすると、右社殿は、物理的に見ても、機能的に見ても、その全体が一個の現住建造物であったと認めるのが相当である」として108条の成立を認めたものである。この事案では、社殿全体が廻廊により結ばれていることから、①全体が物理的に見て1個の現住建造物を構成していること、それゆえ放火場所から人の現在する社務所等への延焼の可能性も否定できないこと、および②全体が一体として日夜人の起居に利用されているという、機能的に見ても1個の現住建造物を構成していることが、現住性を認める根拠として検討されている。やはり、もっぱら文言解釈の観点からのみ「現住建造物」に該当するか否かが検討されているわけではなく、建造物の内部の人に対する危険の類型的な存在が現住性を認める根拠となっている<sup>(109)</sup>。さらに、延焼の可能性という放火に特有の性質が考慮されているものの、それは建造物外への延焼の危険のみを意味しているわけではない点にも留意する必要がある。

(107) 刑集51巻9号812頁（福岡高判平成8年10月1日・刑集51巻9号804頁）。

(108) 本件に関しても多数の評釈が存在するが、さしあたり、木藤繁夫「判比」研修462号（1986年）57頁、野村稔「判比」『昭和63年度重要判例解説』（1989年）151頁、林美月子「判比」法学教室113号別冊判例セレクト'89（1990年）36頁、大谷實『刑法解釈論集II』（1990年）223頁、井田良「判比」警察研究63巻6号（1992年）57頁などがある。

(109) ただし、「1個の現住建造物」という文言の枠組みを外れないか否かの検討がなされている点には注意する必要がある。

(4) 「危険の不特定の拡大傾向」としての公共の危険

このように、判例においては「放火客体以外の物への延焼の危険」は108条の成立要件としては考慮されていない。それは条文中「公共の危険」が要求されていない以上当然ではある。しかしそのことは、「火が次第に拡大し燃え広がる危険」という放火に特有の性格を全く顧慮しなくてもよいことを意味するわけではない。

すなわち、同じく「生命に対する危険」を処罰根拠とすると解される殺人未遂罪の場合、例えば殺傷能力のあるナイフを被害者の身体に刺す行為を行うことによって、もはや実害結果発生の有無は行為者によって支配することは不可能となる。しかし、新たな被害者に対する新たな殺人行為を行わない限り、結果発生の範囲が行為者によって支配し得なくなること、つまり新たな客体に対する危険が行為者の手を離れて生ずることを意味するわけではない。これは遺棄罪の場合も同様である<sup>(110)</sup>。

これに対して、現住建造物等放火罪の場合には、一旦放った火が「焼損」状態になれば、火は独力で延焼拡大していく状態となるのであり、行為者によって結果発生の有無のみならず危険の範囲を制御することは困難となる。それはなるほど、周囲に燃え移るべき客体があれば「延焼の危険」という形でもっとも明瞭に顕在化する。しかし、周囲に燃え広がる物がない場合であっても、客体が住居という一定程度以上の規模の建造物である以上、人の立ち入る可能性をも含めて、外部および内部に対する危険を行為者が完全に支配することは困難であり、やはり「危険の範囲の拡大」は認められると考えられるのである<sup>(111)</sup>。

---

(110) 遺棄罪における「生命・身体に対する危険」は、被遺棄者にしか発生し得ない。その意味で、危険発生の範囲が行為者にとって制御不能となることはない。

(111) 拙稿「公共危険犯の考察（3・完）」都立大学法学会雑誌40巻2号（2000年）216頁以下。

#### 4. まとめに代えて

本稿では構成要件概念について、抽象的危険犯の典型とされる現住建造物等放火罪を主たる対象としながら検討を加えてきた。そこでは、①現住建造物等放火罪に関して具体的事案において何らかの実質的な危険の発生が必要と解するならば、それは同罪の構成要件の各要素の解釈に「危険の有無」を読み込んだ解釈を行う必要があるし、またそれが合理的であると考えられること、②それゆえ価値中立的な形式的構成要件概念は維持し得ないこと、③構成要件の実質的解釈にあたっては、同じ放火罪内部であっても危険概念に相違を認めるべきであり、各放火類型ごとの「公共の危険」に関する個別的な検討が不可欠であること、以上のような私見を不十分ながらも明らかにし得たように思われる。

もとより、合理的な構成要件概念を探究するにあたっては、他の犯罪類型における構成要件解釈の合理性をも検討しなければならない、さらに総論的な課題としても考慮しなければならない論点は山積していることはいうまでもない。本稿がそれらの検討が行い得ない不十分なものであることを認識しつつ、他日に論ずる機会を得たいと考えている。