

以下の事例を読んで、〔設問 1〕及び〔設問 2〕について答えなさい。

1. 甲は、新興宗教団体の教祖として宗教法人 A を設立し、その代表役員に就任した（他に役員として B、C ら数名がいる。）。十数年後、甲は、乙と結婚し、市街地に A の所有物として神社（以下、「本件神社」という。）を建築した。

本件神社は、囲障で囲まれたその敷地内に、本殿と東西両棟、社務所の各建造物があり、本殿と東西両棟は廻廊で接続されていた。また、東棟からわずか 50cm の距離に社務所が配置されているが、社務所と他の建造物は廻廊で接続されていなかった。各建造物と廻廊はすべて木造であり、防火素材などは一切用いられていなかった。

本殿は A 法人の催事が行われる場所、東棟は信徒の通常の集会や役員の会議などが行われる場所である。西棟は倉庫として使われているが、その一画に A 法人の所有する「ご神体」と称する金属と木で構成された高さ 1m ほどの物体が保管されている部屋があった。本殿と東西両棟はそれぞれに玄関を持ち、廻廊で接続されている点を除けば独立の建造物であったが、いずれも居住用の設備は一切ない。一方、社務所には、A 法人の事務を行う場所のほか、甲と乙が生活するスペースがあり、両名はそこに居住していた。甲と乙、A の役員や信徒は、社務所を含む各建造物間を頻繁に行き来していた。

2. 甲は A と無関係であった乙を見初めて同人と結婚したが、結婚後、乙は教祖の配偶者として A の信徒に居丈高な振る舞いをしたほか、愛人を複数人作るなど乱行の限りを尽くした。甲が乙を強く叱責することもあったが、そのたびに、乙は「こんなところ出て行ってやる。」と言って、衣類等の生活に必要な荷物や自身の持つ金銭や貴重品などの財産をスーツケースに持てるだけ持って家を出た。乙は、数日ほどで帰ってくることもあったが、1、2 週間いなくなるのが通常であり、最長で 1 か月ほど戻ってこなかったこともあった。その際には、乙は、ホテルや愛人の家で寝泊まりをしていた。甲は乙に強い愛情を抱いていたため、乙が本件神社に戻ってきて謝罪すると、甲は乙を許し、再び一緒に生活するということを繰り返していた。

A の信徒は、乙の乱行や、それを止められない甲の姿を見て A に対する信心を失い、どんどん A から離れていった。このまま信徒の減少が続くと、A の存続が危ぶまれる可能性もあった。

3. ○月○日、乙が愛人を作っていたことが再び発覚したため、甲は、乙をこれまでになく強く叱責し、乙も「今度こそ本当に出て行ってやる。二度と帰ってこない。」と今までにない強い調子で家を出ていった。その際、乙は、自身の重要な持ち物や財産を根こそぎ持ち出ただけではなく、甲が社務所において専ら一人で管理していた A 法人名義の D 銀行の普通預金口座のキャッシュカードと通帳（いずれも所有権は D 銀行にある）、および同口座の銀行印（所有権は A 法人にある）を甲に無断で持ち出していた。なお、乙は、A の預金を含め、持ち出したお金が無くなったら再び戻ってこようと考えていた。

甲は、心を落ち着けるために、本件神社の西棟の「ご神体」が保管されている部屋において瞑想を開始した。甲は、乙が遅くとも 1 か月程度で帰ってくるだろうと考えたものの、同時に、乙が A の財産にまで手をつけようとしていることに深く絶望すると共に、このような事態が信徒に知れ渡ると甲の教祖としての声望は失われもはや A は存続できないだろうと思った。甲は、そうなる前に、自身の手で A の幕引きを図ろうと考えた。

4. 甲は、同日深夜に上記瞑想の姿勢を解くと、「ご神体」に灯油を撒き、その上に新聞紙に火をつけた火種を置いて、すぐにその場を立ち去った。甲は、撒いた灯油が床や壁に拡がっていたので、「ご神体」だけではなく西棟も燃えるかもしれないが、社務所を含む西棟以外の各建物にまで燃え広がることは決してないだろうと考えていた。
5. 火種と灯油によりご神体が全焼した後、その炎は西棟の床や壁に延焼し、最終的に西棟は全焼し、炎は西側廻廊にまで及んだ。もっとも、折からのゲリラ豪雨によって西側廻廊の途中が焼け落ちる程度で被害は収まり、本殿、東棟、東側廻廊、社務所に一切被害はなかった。

〔設問 1〕上記 1～5 の事実において、以下の①及び②の双方に言及した上で、甲の罪責について論ぜよ（特別法違反の点は除く。）。

- ①甲に現住建造物放火既遂罪が成立するという立場からは、どのような説明が考えられるか。
- ②甲に現住建造物放火既遂罪が成立しないという立場からは、どのような説明が考えられるか。

※ 上記 1～5 の事実に加えて、以下の事実が付け加えられるものとする。

6. 甲は、宗教法人 A の代表役員であり、法令に基づいて本件神社の防火管理を担当していた。一方、乙は、宗教法人 A の職員であったが、法令に基づいて防火管理の責任を負う者ではなかった。もっとも、甲が本件神社を不在にしている際には、乙は、本件神社に住み込んでいる唯一の A の職員として、施設の防火についての措置を事実上取り扱っていた。
7. 乙は、上記 3 で A 法人名義の D 銀行の普通預金口座のキャッシュカードと通帳及び銀行印を持ち出して本件神社を出た後、同キャッシュカードを用いて（暗証番号については甲が入力するのを盗み見て知っていた。）ATM でとりあえず残高を確認したところ、ほとんど預金がないことを知った。乙は、これでは贅沢ができないと激怒し、逆恨みから、A の「ご神体」を無茶苦茶に壊してやろうと考えた。
8. ○月○日深夜、甲が上記 4 の通り西棟から立ち去った後に、乙は、本件神社の敷地、続いて西棟に入った。乙が、「ご神体」の保管されている部屋に入ったところ、ご神体が燃えはじめたところであった。乙は室内に消火器があることを知っており、乙がそれを用いて消火活動を開始していれば、「ご神体」はともかく、西棟の床や壁への延焼を防ぐことは確実に可能であったが、乙は、もはや消火は不可能であると安易に考え、本件神殿の建物全体が全焼してしまう可能性があると思って、急いでその場を立ち去った。乙は、火災の原因が甲の放火によるものであるとは全く思っていなかった。
9. 乙が立ち去った後の経過は、上記 5 と全く同じである。

〔設問 2〕上記 1～9 の事実における乙の罪責について論じなさい（特別法違反の点は除く）。なお、罪数については検討しなくてよい。

【出題趣旨】

本問は、現住建造物放火罪の現住性と建造物の一体性、親族相盗例の適用範囲、不作為の放火（失火）などが問題となる事例である。現住性と一体性については典型的な論点だが今まで出てきたことはない。不作為犯についても、度々出てきているが、放火罪（失火罪）については出てきたことがないはずである。設問 1 の問題形式は、本年の司法試験の小問形式ではなく、昨年以前の罪責を論じる過程で二つの立場に触れるというものを採用している（小問形式の場合書き方は簡単である一方、問題形式が昨年以前のものに戻る可能性を想定したためである）。

・設問 1 について（配点 25 点）

設問にある通り、①と②の立場双方からの説明に言及しながら、自説としてどのような構成でいかなる結論を採るのかを、根拠とともに論じる必要がある（以上の要素が書けていれば、順番に必ずしも決まりはない）。①と②の立場の分かれ目となるのは、（１）社務所に「現住性」が認められるか（否定されれば②の立場に至る）、（２）社務所に「現住性」が認められることを前提に、社務所が本件神社の各建物と一体となって全体が一個の現住建造物と言えるか、である。

甲については、放火罪以外の成立は問題にならず、本問で一番重い放火罪となり得るのは現住建造物放火罪（108 条）なので、そこから検討していけばよい（「ご神体」への放火について、他人所有建造物等以外放火罪（110 条 1 項）が成立し得るものの、現住・非現住建造物放火罪に吸収される）。現住建造物放火罪について、上記（１）（２）以外に詳細な検討に値する論点も存在しない。

（１）社務所の「現住性」について

本殿と東西両棟には居住スペースがないため、社務所の現住性も否定されれば、本件神社の各建物はすべて非現住建造物（A の所有）ということになるため、現住建造物放火罪の成立の余地はなく②の立場に至る。現住性との関係では、犯人である甲は除かれるので、乙が家出をしていることが現住性に影響を及ぼすのか、その判断基準が問題となる。

現住性は、建造物が人の起臥寝食する場所として日常使用されていれば認められるので、その反面として、住居としての使用が終了すれば否定され、住人が住居を一時不在にするというだけでは現住性が否定されることはない。その観点からすると、本問の乙は最終的には戻ってくるつもりであったのでなお居住意思があるとして、現住性は認められると言える。これに対して、現住性が争点となった最決平 9・10・21 刑集 51・9・755 は、3, 4 日程度しか家を空けていなかった事例であり、その事情も現住性判断について考慮されていることを重視すれば、（甲に有利に考えれば）一か月の不在は長すぎるとして現住性を否定することもできるかもしれない。乙が持ち物や財産を根こそぎ持って行っていることもそれを補強する事実と言えるであろう。もっとも、乙がこれまでに家出を繰り返していることや、甲が放火したのは乙が出ていった直後（すなわち、乙の長期の不在の意思が固まったと言えるかわからない時点）であることからすれば、やはり現住性を否定するのは難しいであろう。もっとも、複数の法律構成をさせる問題なので、否定の構成を示すこと自体には問題ない。

（２）本件神殿の各建物の一体性について

社務所の現住性が肯定されても、現住建造物等放火既遂罪の成立は直ちに認められない。社務所自体は燃えていないためである。①の立場の結論に至るためには、社務所が他の建物と一体性を有するとして、一個の現住建造物であると言えなければならない。これが否定されれば、非現住建造物放火罪（109 条 1 項）が成立するにとどまる（この場合、甲は社務所が燃えることを予見していなかった以上、現住建造物放火未遂罪も成立しない）。なお、本問の設問形式からすれば、②に立つ場合の甲の罪責についても示しておくことが必要である。

周知のことと思うが、現住建造物の一体性は、 α 物理的一体性と β 機能的一体性によって判断される。本問で重要なのは、これらの要素が一体性判断において具体的にどのように機能するのかを指摘することにある。本問では、社務所は本殿及び東西両棟と廻廊でつながっていないため、 α の要素、なかでも各建造物が物理的に接続していることを必須とする場合、一体性は認められないことになる。一方、 α のうち、物理的な接続はなくても、延焼可能性と β の事情があれば一体性を認める余地があると解する場合、本問では、各建造物は木製で社務所と東棟は 50cm しか離れていないのだから、物理的接続がなくても延焼可能性は非常に高いことに加えて、社務所と他の建物には A の施設として頻繁に行き来がり高度の機能的一体性も認められることからすれば、現住建造物の一体性を肯定することが可能になる。大判大正 3・6・9 刑録 20・1147 が、物理的接続についてがなくても一体性を認めているのに対し、学説の多くはそれに反対し、近時の裁判例も接続のある事例を前提としていることからすれば、最終的にどちらの結論を採用することも可能であると思われる。

・設問 2 について（配点 25 点）

問題形式は特にひねりもない普通の問題である。

1. キャッシュカード等の無断持ち出しについて

キャッシュカード等は専ら甲が管理していたので窃盗罪（235 条）が成立する。このこと自体については詳細に検討すべき論点はない（占有は明らかに甲にある）。もっとも、今回は配偶者間の窃盗事例なので、親族相盗例（244 条 1 項）の適用を検討する必要がある。その際、占有者は配偶者（甲）だが、所有権者は他人（D 及び A）なので、親族相盗例が適用できるか論証することが求められる。判例（最決平成 6・7・19 刑集 48-5-190）は、所有権者と占有者の双方に親族関係を要求するので、これに従えば適用はないことになる。その理由としては、親族相盗例の趣旨が「法は家庭に入らず」という原則に基づくものであること、又は／かつ、窃盗罪が占有と所有権を保護するものであること（所持説に立つこととは矛盾しないとされている）に求められるという理解が一般的である。なお、ATM にキャッシュカードを挿入したのは残高確認のためなので、窃盗未遂は問題にならない。

2. 「ご神体」損壊目的での立ち入りについて

住居等侵入罪（130 条前）の成立可能性がある。この点は、設問 1 で本件神殿の一体性をどのように解するかで結論が変わってくる。社務所の部分は一体ではないと考える場合、本殿と東西両棟は 130 条の「建造物」ということになり、その管理権者は A の代表役員である甲（甲は放火犯だから管理権者と言えないと考えるのであれば、他の役員の誰か？）である（「人の看守」要件は当然認められる）。この場合、「ご神体」損壊目的の立ち入りは

「侵入」に当たるとして建造物侵入罪の成立が認められ得る。

一方、社務所の部分も含めて一個の現住建造物と考える場合、130 条との関係でも、客体を「住居」と解する余地が出てくる（現住建造物としては一個かもしれないが、住居侵入罪においては、主たる部分を基準に「建造物」とする、との理解もあり得る）。この場合には、住人乙の立ち入りは住居侵入罪に該当しないと考える余地はあるのかもしれない。もっとも、共同住居権者である甲の意思に反する、あるいは、住居等侵入罪との関係では住居権（管理権）を分けて考え西棟への立ち入りは A の管理権者の意思に反すると考えれば 130 条の罪が成立することになるであろう。

3. 消火作業をせずに立ち去った点について

（1）上記行為について、不作為の放火罪（故意あるいは過失）の成立を検討する必要がある（客体は設問 1 で示した結論に従うことになる）。

不真正不作為犯の実行行為性について、その要件（例えば、①作為義務、②作為の可能性・容易性）を示してそれにあてはめていくことになるが、①については具体的な判断基準を挙げることが必須である。

乙は、火災発生現場にいた唯一の人物であるため、いわゆる排他的支配を事実として有していると言える。もっとも、通常、その事実だけで作為義務を認める考え方は少数であり（子供が溺れた現場にいる唯一の人に作為義務を認めるのと同じなので）、その他の事情を指摘する必要がある。その場合、本件神社が A の施設であり、乙は A の職員として法令に基づくものではないとしても甲不在時に A の防火管理を事実上担当していたという事情が考えられる。また、それ以外に（あるいはそれと合わせて）乙は、本件神社の敷地内に居住していたので、居住物件の管理者としての事情を挙げることがあり得るであろう（現住建造物として各建物が一体と考えるのであれば、この事情の意味はより強くなると言えるかもしれない）。その他に、甲が放火したのは、乙の窃盗行為に起因しているので、いわゆる先行行為と呼べる事情も一応は存在すると言える。もっとも、この点については、乙の行為が法益侵害の因果の流れを設定したと言えるほどには強いものであるとは言えないこと、及び、乙自身はそのことを知らないので、結論的に故意犯については考慮できないことに注意する必要がある。

（2）結果回避可能性については、問題文にある通り、客観的には認めることができる。もっとも、乙は、消火作業をしても火が消えないと（安易に）考えている。そのため、結果回避可能性についての認識がなく、乙に故意の放火犯の成立を認めることはできない。

（3）ただし、乙は、安易に結果回避可能性について誤信しているので、過失の放火罪、すなわち失火罪（116 条 1 項）の成立可能性がある。過失の不作為犯についても、行為者に作為義務があることが必要であるが（作為義務を注意義務の特定の箇所で考慮する考え方と、注意義務と独立して作為義務の有無を検討する考え方がある）、故意犯の箇所で検討しているのであれば、重ねて詳細に検討する必要はない（逆に言えば、故意の欠如を理由に端的に故意犯を否定したのであれば、過失犯のところで、作為義務等についての検討が不可欠である）。いずれにせよ作為義務について検討することは不可避である。

なお、（細かい話ではあるが）乙が、「職務として火気の安全に配慮すべき社会生活上の地位」にあると言えれば業務上失火罪（117 条の 2 前）の成立が問題になる。同罪の「業務」については、具体的には、「職務上、火災の原因となった火を直接取り扱う場合」か、

「火災等の発見防止の義務を負う場合」がこれに当たるとされている（最判昭和 33・7・25 刑集 12・12・2746）。本問では、問題になり得るのは後者であるが、事実上防火等の管理をしていたことでそれが認められるかどうかを検討することになるであろう。