

放火罪における現住性の意義

論

秋 元 洋 祐

説

目 次

は じ め に

第1章 現住性の意義に関する判例

第1節 事実上の住居使用

第2節 起臥寝食の場所

第3節 起臥寝食の意味

第4節 小括

第2章 現住性の喪失に関する判例

第1節 現住者の意思

第2節 幼児の現住性

第3節 居住の意思

第4節 小括

第3章 ドイツの住居性の指定

第1節 判例

第2節 学説

第3節 小括

第4章 ドイツの住居性の解除

第1節 判例

第2節 学説

第3節 小括

第5章 現住性の意義と喪失

第1節 現住性の意義

第2節 現住性の喪失

第3節 小括

お わ り に

は じ め に

現住建築物放火罪（刑法第108条）は、「現に人が住居に使用」することを要件とする。この現住性を素直に解すると、住居に使用されている建築物に限られることになる。つまり、家族が暮らすような一戸建ての住宅である。ところが、社会の変化に伴い、労働形態や住居用途の多様化が生じた。例えば、宿直員が建築物を警備するために、その一室で夜間を過ごす宿直室である。また、日中のほとんどを学校や職場で過ごし、住居を寝起きだけに用いる場合が考えられる。

判例は、これらの使用用途に現住性を付与するため、「起臥寝食の場所」や「起居の場所」と表現を変えて対応してきた。これらの表現は、日常生活の意味をもつが、一義的には寝起きといった生活に伴う一定の行動を指し示すものである。そうすると、現住性の意義は、宿直室への付与から明らかなように、生活に伴う行動を判断要素とすることに移行したといえる。

もっとも、判例は、住居使用から生活の行動に焦点を当てる根拠にまで踏み込んでおらず、本罪の危険からの理由付けを置き去りにしたままである。とりわけ、日常的な寝起きに現住性を付与した最決平成9年10月21日（刑集51巻9号755頁）で顕著にみられる。そのため、危険の根拠なくしては本罪の処罰を正当化できないので、どのような根拠が認められるのかは問題となる。

また、日常生活の中から一定の活動に着目する以上は、どのような活動を現住性の判断要素とするのかは明確にしておかなければならない。この点は、わが国において掘り下げたものが乏しいものの、ドイツの議論が示唆となる。ドイツでは、「人の住居に用いられる」建築物について、住居と評価できる判断要素にまで踏み込んだ議論がみられる。この観点は、わが国が生活の行動に焦点を当てる方向性に通じるものである。

次に、現住性は、放火の時点で現住者が住まなくなっていたことを意味する喪失も重要となる。通常は引っ越したといった明瞭な事実があれば、元の住居の現住性が喪失したことになる。もっとも、実際の限界事例では、夫婦生活の悪化により配偶者が家出した場合のように、判断に困難を伴うものが問題となる。

判例は、現住性の喪失について、現住者の使用状況と居住の意思を判断要素とするが、その要素の中でも主観的な意思を重視する傾向にある。しかしながら、それでは現住性自体も住むつもりで足りることになりかねない。例えば、建設中の新築や引っ越し前の移転先でも、将来の現住者の居住の意思があることに違いはないので、現住性が認められる効果を生じかねないのである。そのため、現住性の喪失といえども、その意義との整合性を見据えた視点が問われなければならない。

また、この判断要素は、現住者の使用事実や意思に限られており、必ずしも公共危険の観点を反映させたものではない。この点は、現住性の意義も同様である。そうすると、放火罪の性質である公共危険を加味せずともよいのかは疑問を生じるところである。たしかに、住居使用の文言からすると現住者の使用状況が認められれば足りるが、放火罪の一義的な公共危険性から現住性を検討する余地はある。この視点は、判断要素にまで絡めた議論がドイツでなされており、性質論の着眼点を見極めるうえで参考となる。

そこで、本稿は、これら現住性の意義と喪失の問題について、わが国の判例を起点とし、ドイツの議論を踏まえたうえで判断要素を検討する。まず、わが国の判例では、現住性の一般的な定義との関係で、どのような使用事実に重きを置いているのかをみていくことにする。次に、ドイツの議論に目を移し、危険の観点、とりわけ公共危険を判断要素に反映させることが可能なのかを見定めることにする。そのうえで、最後にドイツからえ

られた観点とわが国の現状を突き合わせ、現住性の判断要素を再検討することにした。

第1章 現住性の意義に関する判例

第1節 事実上の住居使用

1. 旧刑法時の平常使用

旧刑法時に現住性の意義が問題となったのは、放火時に住居者が不在であった場合である。大判明治38年8月17日（刑録11輯18巻792頁）は、「住家トシテ平常使用シ居ル建物」について、住居者が一時外出して不在であっても人の住居する家屋に当たるとした。この判例は、現住性について住居として日常的に使用している事実を重視した。⁽¹⁾

また、この事実上の住居使用を重視する判断は、大判明治38年8月24日（新聞300号14頁）にもみられる。本件の事案は、被告人が一部に住職の住居を兼ねた寺院本堂を焼燬したものである。本件で客体の該当性が問題となる旧402条は、「人ノ住居シタル家屋」と規定し、建造物の中でも家屋に限定していた。この点は、旧403条が「人ノ住居セサル家屋其他ノ建造物」と広く規定していたことと対照的である。もっとも、本判決は、条文上異なった建造物の本来の用途を問わず、「現に人の住居用に供せられある建物」が旧402条の客体になると解し、本件寺院が人の住居する家屋に該当するとした。

このように、旧刑法時の判例は、文言上「家屋」に限定されているものの、建築時に家屋以外の用途で建てられて、その後に住居にも使用される建造物が処罰の隙間とならないように、住居としての日常的な使用事実を重視した。⁽²⁾ この解釈の必要性は、旧402条が人の住居する家屋だけを客体

（1） また、大判明治41年7月17日（新聞512号11頁）も同旨。

とし、人の現在する建造物を対象にしていなかったため、後に建造物の一部を住居に使用し、その内部に住居者が現在する場合でも同条では処罰できない不都合性に基づくと思われる。この点は、たしかに客体の範囲を「家屋」から「建造物」に広げるものではあるが、事実上の日常的な住居使用を判断基準とすることで明確な限界が示されていたと評価できるであろう。

2. 現行刑法時の住居使用

ところが、現行刑法下では、新たに住居使用に似た宿直室が現住性の判断で問題となった。この問題に対して、大判明治42年4月6日（刑録15輯402頁）は、現住性の意義を緩和して対応した。まず、本件の事案は、両被告人が宿直員として勤務する村役場を放火したものである。その役場は、放火時に職員の職務執行のために住居に使用されつつあった。本判決は、現住性の意義を明示しなかったが、その使用状況に基づいて本件役場を現住建造物に当たるとした。

この判例は、現住性の判断の前提として、旧402条と現108条が同一の意義であって区別する必要はなく、旧刑法時の解釈を引き継ぐものとした。すなわち、住居としての日常的な使用事実の観点である。しかしながら、本件の詳細な使用状況が不明ではあるが、弁護人の所論によると、本件役場は職員が現在して事務を取り扱う場所とされる。そうすると、例えば、職員の住居が一部分にでも備わっていないような建造物ということになる。この使用状況に基づくと、本件で現住性が認められたのは、両被告人も含めて宿直室に使用されていた点にある。この点で、宿直室は日常的な住居

(2) この拡大解釈を認めるものとして、堀田正忠『刑法釋義第三篇・第四篇』（日本立法資料全集別巻178・信山社、2000年復刻〔1885年〕）815頁、小嶋傳『日本刑法論各論』（清水書店、1905年）907頁がある。

使用に完全に合致する用途ではないので、「住居ニ使用セラレツツアリ」との微妙な表現が用いられたのではないと思われる。

しかしながら、本判決は旧402条のもとで示された住居使用に配慮したものであるが、職直室の本来の用途は、建物の管理業務であり、その一環として住居のような生活様式に用いられるにすぎない。そうすると、主要な宿直用途に付随する副次的な住居使用に対して、これまでの意義で対応できるのかが問題となる。

第2節 起臥寢食の場所

その後の判例は、即時に宿直室の事案に対処すべく、現住性の意義を再構成した。その端緒となるのが、大判明治45年3月12日（刑録18輯266頁）である。本件の事案は、被告人が授業開始前の学校の校舎に放火し、宿直室等のある別棟も焼燬したものである。

本判決は、学校の宿直室が「宿直員ノ起臥寢食ニ充テラレタル場所」であるとした。そのうえで、学校が閉鎖されているような反対の明示がない限り、当然宿直員の勤務による現在があるべきもので現住性が認められるとした。したがって、放火時に宿直員が滞在するか否かは、犯罪事実の認定に影響しないとした。

この判例は、現住性の意義として、これまでの住居使用から起臥寢食の場所に転じたものである。この定義は、大判大正2年12月24日（刑録19輯1517頁）により、「現二人ノ起臥寢食ノ場所トシテ日常使用セラルル建造物ヲ謂フモノニシテ晝夜間斷ナク人ノ現在スルコトヲ必要トセス」とま⁽³⁾とめて示された。

(3) また、大判昭和7年12月20日（新聞3534号12頁）も同旨。なお、別棟にまで現住性を拡大したのものとして、大判大正3年6月9日（刑録20輯1147頁）がある。

これらの判例は、意味と適用範囲の点で明確に捉えうる住居使用を避けて、「起臥」と「寝食」を組み合わせた語句を用いた。そのため、この転換は、これまでの意義に対して、たんに言い換えた表現なのか、それとも適用範囲に変更をもたらす概念の再構築なのかが問題となる。いわば、前者は、住居使用の判断で重視される生活の行動を明確にただけとなる。あくまで住居使用の枠や目的を堅持し、それを満たす要素を詳細にただけである。それに対して、後者は、住居使用の外枠を取り払い、端的に生活行動の合致で足りるとするものになる。人の住居といえる程度にまで達せずとも、生活行動を現住性に直結させるのである。

そこで、まずは言葉の意味から捉えると、「起臥」は、起きることとふすこと⁽⁴⁾であり、寝起きを意味する。また、「寝食」は、寝ることと食⁽⁵⁾べることであり、食事の意味も有する。これらの意味からすると、「起臥寝食」は、寝起きと食事の活動がなされる場所に現住性を認めることになる。すなわち、住居に使用される必要はなく、行動パターンの合致で足りるのである。もっとも、「起臥」と「寝食」のどちらとも、寝起きや食事が転じて日常生活を意味する⁽⁶⁾。この意味からすると、「起臥寝食」は、普段の日常的な生活も包含する概念といえる。すなわち、事実上の日常的な住居使用を重視した先例と同様の意義である。そのため、形式的には、従来の基準を引き継ぐものと評価できよう。

もっとも、本判決が起臥寝食の場所に宿直室を含めた点で一考を要する。これまでの判例は、「現二人ノ住居ニ使用」するとの文言から事実上の住

(4) 松村明編『大辞林』（三省堂、1988年）571頁、金田一春彦・池田弥三郎編『学研国語大辞典〔第二版〕』（学習研究社、1988年）428頁、尚学図書編『国語大辞典〔新装版〕』（小学館、1990年）607頁。

(5) 松村・前掲1239頁、金田一・前掲986頁、尚学図書・前掲1331頁。

(6) 松村・前掲571, 1239頁、金田一・前掲428, 986頁、尚学図書・前掲607, 1331頁。

居使用を判断基準とした⁽⁷⁾。しかしながら、本事案の宿直室は、住居目的ではなく、建物の管理目的に使用されるものである。その目的に付随して副次的に住居と同様な生活様式に使用されるだけである。そうすると、本来の目的である宿直用途では住居使用に該当しないので、寝起きや食事の一つずつの活動にまで焦点を狭め、各活動と起臥寝食の合致をもって足りると判断したことになる⁽⁸⁾。それゆえ、判例は、「起臥寝食の場所」という意義により、実質的に住居使用の外枠を取り払い、生活行動に合致した実情で足りると変更したといえるであろう。

第3節 起臥寝食の意味

1. 起臥の重視

明治45年判決以降の判例は、現住性の意義を起臥寝食の場所として、本来の住居に使用される建造物にも用いることになった⁽⁹⁾。もっとも、多くの事案では、放火時に現住者が不在であった場合でも、現住建造物に該当するのかが争点となったため、現住性の意義自体が正面から問題になったものはみられなかった⁽¹⁰⁾。

その後に戦後の最高裁判所で問題となったのは、いわゆる待合室に使用

(7) さらに、大判明治44年12月25日（刑録17輯2310頁）がある。

(8) 判タコメント・判タ873号（1995年）288頁参照。

(9) 例えば、大判大正14年2月18日（大刑集4巻2号59頁）、大判昭和5年6月5日（新聞3147号16頁）、大判昭和10年3月20日（新聞3839号12頁）がある。なお、大正14年判決は、一部を住宅と寝室に供しつつある工場に現住性を認めた。ここでの「供シツツアル」との表現は明治42年判決と同様であるが、本件では、あくまで住居として使用しつつある状況を捉えたものであるので、人が住み始めた段階を意味すると思われる。

(10) 例えば、大判昭和4年2月22日（大刑集8巻2号95頁）、大判昭和8年2月10日（新聞3522号16頁）、大判昭和9年11月15日（大刑集13巻20号1502頁）がある。

される建物の現住性である。当該建物の使用状況は、利用客による宿泊が主だったものであるので、現住性の限界事例として重要な意義を有する。その最判昭和24年6月28日（刑集3巻7号1129頁）の事案は、被告人が母屋とは別棟に当たる8畳間のいわゆる離れに放火し、同建物の中押入の上段、天井及び屋根等を焼燬したものである。その建物の押入には、宿泊客が使用する寝具が常に準備されていた。

本判決は、本件の重要な事実として、被告人が本件離れに数回寝泊まりしていたことと、放火時の晩も1人の客が来て使用していたことを挙げた。そのうえで、本件離れは、昼夜間断なく人が現在するとはいえないが、「待合業の為め日夜人が出入し、且つ起臥寝食の場所として使用している」ものとして現住建造物に当たるとした。

この判例は、現住性の判断として、これまでと同様に起臥寝食の場所を重視したものである。もっとも、本件の待合業に使用されていた建物が、その意義に該当するのかは検討を要する。本判決では詳細な使用状況が明示されていないが、一般的に待合業（待合茶屋）とは、待ち合わせや男女の密会、客と芸妓の遊興等のために席を貸し、飲食の際には飲み物を提供するが、料理は直接提供できない店をいうとされる。⁽¹¹⁾ そうすると、寝起きによる使用は認められるが、調理を伴う食事は予定していない建物ということになる。すなわち、「起臥」は満たされるが、「寝食」に該当しないのである。それゆえ、本判決は、これまでの判例と比べて、日常生活行動の中でより寝起きを重視したものといえるだろう。

(11) 松村・前掲注(4)2280頁、金田一・前掲注(4)1843頁、尚学図書・前掲注(4)2232頁参照。

2. 寝起きの重視

その後の裁判例の事案では、後述するような放火時に現住性が終了していたといえるのかが問題となった。その事案は、住宅を客体とするものであり、現住性そのものが問題とはならなかった。そのため、現住性の定義を示したとしても、大正2年判決に従い、起臥寝食の場所として日常的に使用することと解するだけであった。⁽¹²⁾

ところが、近時に現住性の意義が問題になった事案において、昭和24年判決が示した「起臥」の重視の方向性に傾いた。例えば、札幌地判平成6年2月7日（判タ873号288頁）は、被告人が警察官の派出所に火を放ち、同事務室内部を全焼させた事案について、仮眠用の2段ベッドの設備と実際に勤務員が仮眠に使用していた事実を重視し、本件派出所を客観的には現住建造物に当たると判断した。⁽¹³⁾ もっとも、本件派出所は、その他にガスコンロと冷蔵庫を設置した流し場があったので、簡易な食事を取れる設備の存在により、起臥寝食の場所といえるものではある。しかしながら、結論として非現住建造物放火罪（109条1項）で処罰した理由が、被告人の現住性の認識として、勤務員の寝泊まりができた点の欠如に求められた。すなわち、客観面に対応する主観面でも寝起きを重視したのである。

このように、裁判例は、現住性の判断として、寝起きに用いられる設備・備品の存在と、寝起きに使用している事実を重視した。この寝起きの設備と事実の観点を最決平成9年10月21日（刑集51巻9号755頁）は、現住性

(12) 高松高判昭和31年1月25日（高刑裁特3巻19号897頁）。また、東京高判昭和38年12月23日（高検速報1137号・中谷雄二郎「判解」最判解刑事平成9年度（2000年）224頁（注7））参照。

(13) なお、本件派出所の使用状況として、勤務員は、別の派出所に配転を命じられて応援に赴くことがあり、放火時にもその別の派出所に赴いていた。そのため、本件派出所には、数時間おきに見回り点検等で戻るだけで、それ以外は放火時も含めて無人の状態であった。

の判断自体に反映させるに至った。まず、本件の事案は、被告人が自己所有の家屋を焼燬して火災保険金を騙取しようと企て、共犯者とともに自社の従業員5名が交替で寝泊まりしていた同家屋を全焼させたものである。その家屋は、住宅として建築されたもので、風呂、洗面所、トイレや台所の設備があり、水道・電気・ガスが供給されていた。また、日常生活に最低限必要なベッドや布団の寝具のほか、冷蔵庫やテレビ等が持ち込まれており、新聞が毎日配達されていた。

被告人は、競売手続の妨害のために従業員5名に対して、防犯の目的も兼ねて本件家屋に交替で泊まりに行くように指示した。これを受けた従業員らは、平日に交替で宿泊し、本件放火の5日前までの約1ヵ月半の間に合計で10数回寝泊まりしていた。また、寝泊まりした日以外の日にも何回か本件家屋に出入りしていた。被告人は、その際に使用する勝手口の鍵を従業員2名にそれぞれ所持させたほか、会社の鍵置き場に鍵1個を掛けて、他の従業員らがこれを用いて自由に出入りできるようにした。このような交替の宿泊により、近隣住民も本件家屋に人が住み着いたと感じ取れる状態にまでなっていた。

その他に本決定では、現住性の喪失も問題となったが、ここでは現住性の意義に絞って第一審判決からの表現の差異に着目してみていくことにする。

(1) 第一審判決

まず、第一審の福岡地判平成7年4月10日（刑集51巻9号791頁）は、現住建造物放火罪が主として人の生命・身体に対する危険を処罰根拠とすることに着目した。そして、この危険性に基づく現住性の意義は、「当該建造物が特定人の生活の本拠として使用されていることまでは必要ではなく、日夜人が出入りし、寝起きの場所として用いられていることをもって

足りる」と解した。そのうえで、上記の事実によると、本件家屋は日夜従業員が出入りし、かつ、寝起きする場所として日常的に使用される現住建造物であるとした。

この第一審判決は、これまでの判例の傾向と同様に、寝起きに必要な用具を備えた場所とその日常的な使用事実を重視し、現住性の意義にもそのことを明示したものである。この点は、本件家屋に住居を特徴付ける台所等の設備もあったが、ベッドや布団の寝具が日常生活に最低限必要なものと位置付けられており、寝起きの設備・備品を重要な判断要素とすることが窺える。もっとも、寝起きによる使用を重視する根拠として、人に対する危険が挙げられているが、その危険と寝起きがどのように関連するのかは示されていない。そのため、日常的な生活の中でも、寝起きの行動に着目しうる危険の根拠が問題となる。

このように、本判決は、現住性として寝起きの設備・備品と使用事実を限界要素とした。それに対して、弁護人は、寝起きの使用事実の点で、実態は本件家屋に人が住んでいるように仮装したにすぎず、日常的な生活の場所を形成するに至っていないとして控訴した。

(2) 第二審判決

第二審の福岡高判平成8年10月1日（刑集51巻9号804頁）は、結論として本件家屋を現住建造物としたが、現住性の意義を従来の「起臥寝食の場所」に戻した。すなわち、現住建造物放火罪の処罰根拠は、公共財としての住居を保護すると同時に、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・身体に危険を生じさせるおそれが少なくない点を考慮したものである。そのため、現住性の意義について、「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、その使用が継続的であると断続的であるとを問わ」ないと解した。ま
56(1989) 法と政治 62巻4号 (2012年1月)

た、人の生活の本拠として使用されることまでは必要ではないとした。

この第二審判決は、第一審の着眼点と同じく、人に対する危険の観点から現住性の意義を示したものである。ただ、その定義自体には、食事の行動も含む起臥寝食と表現し直した。この点に関する本件的事实認定において、「日常生活に必要な寝具、炊事用具、風呂等の設備」があったと示されている。すなわち、本件家屋には、起臥寝食の設備があったのである。もっとも、従業員らの使用状況では、食事に用いた事実がなく、寝泊まりした事実だけが重視されている。そうすると、本判決でも起臥寝食の場所といえども、第一審と同様に寝起きの使用事実を判断の限界要素と捉えているといえよう。

また、本判決は、この現住性の判断として客観的な使用形態に基づくことを強調した。それは、この客観的な判断に依拠すると、弁護人が主張する住居使用の仮装目的では、現住性を否定する要因にならないとした点にみられる。

もっとも、ここで客観性を強調することにより、考慮外となった仮装目的は、寝泊まりに使用する動機にすぎない。現住性を寝起きの使用事実に求めるならば、その裏返しとして現住者の主観は、寝起きに使用する認識があれば足りることになる。このように解すれば、本判決にいう客観的な使用形態は、現住性を純粋な客観的要素だけで判断するのではなく、たんに現住者の使用動機まで考慮する必要はないと位置付けられたものになる。現に本件家屋の現住性の喪失では、従業員らの居住の意思である主観的要素が考慮されている。そのため、本判決にいう客観的要素は、たんに現住者の使用に至った動機を除く意味合いにすぎず、第一審と異なるものではないといえよう。

このように、本判決も、現住性の意義として表現の差異はあるが、第一審と同様に寝起きを重視する傾向が窺える。それに対して、弁護人は、あ

くまで現住性が日常生活の場所に使用されている必要があり、本件の仮装目的ではその使用を満たさないとして上告した。

(3) 最高裁決定

上告審の最決平成9年10月21日は、弁護人の上告を棄却したが、所論に鑑みて職権により判断した。すなわち、前述の事実認定に照らすと、「本件家屋は、人の起居の場所として日常使用されていたもの」とした。そのため、これと同旨の見解に基づき現住性を認めた原判決の判断は正当であるとした。

この判例は、現住性の一般的基準を明示しなかったが、本件の判断において「起居の場所」を重視したものである。ここでは新たに「起居」との表現が用いられた。この「起居」とは、立ったり座ったりする立ち居振る舞いや起きふしが転じて日常の生活を意味する⁽¹⁴⁾。すなわち、これまでの起臥寝食を言い換えたものである。もっとも、本件の認定事実からすると、原審までと同様に寝起きを重視しているといえる。そのことは、原判決と異なり、「日常生活に最低限必要なベッド、布団等の寝具」と特筆されたことや、従業員らが交替で宿泊していた使用事実を判断要素にしたことから明らかである。それゆえ、判例は、現住性の限界を寝起きの設備・備品と使用事実に求めているといえよう。

そこで、判断の際に重要となる使用事実についてみると、本件では、従業員らが約1ヶ月半の間に3分の1にも満たない10数回寝泊りしただけである。しかも、弁護人の所論によると、実際には宿泊せずに1時間程度の滞在で帰った者や当番をさぼった者もいたとされる。そうすると、こ

(14) 松村・前掲注(4)576頁、金田一・前掲注(4)433頁、尚学図書・前掲注(4)612頁参照。

れまでの事案にみられた宿直員による宿直業務⁽¹⁵⁾に比べると、日常的な使用からは乏しいものといえる。すなわち、定期的なシフトで業務に携わる宿直員よりも、本件は現住性の希薄な限界事例となるのである。そのため、この程度の使用事実、つまりは寝起きの使用だけで現住性を肯定する根拠が提示されなければならない。

この根拠は、第二審判決の段階まで現住建造物放火罪の重罰根拠である人の生命・身体に対する危険が挙げられていた。この点は、その危険と寝起きの関連性まで示されていないものの、根拠付けの着眼点となりうるものと評価できる。しかし、本決定は、その危険の言及さえも避けており、より一層根拠付けを曖昧にしたものといわざるをえない。

第4節 小括

旧402条は、客体を人の住居に用いられる「家屋」に限定していた。この規定に素直に従うと、家屋以外の用途で建てられた後に、住居にも使用される建造物が該当しなくなる。これでは内部に住居者がいる時点でも、同条で処罰ができず硬直的な解釈となる。そのため、判例は、家屋用途を重視するのではなく、人の「住居」に用いられる使用事実を現住性の意義に据えた。このように解すると、たしかに客体の範囲を拡大するものではあるが、適用の限界の明確さが保たれるといえよう。

しかしながら、現108条のもとで、新たな利用形態である宿直室が問題になった。明治42年判決は、旧402条の解釈に配慮したが、住居使用に合致するとは言い切れないものであった。そこで、明治45年判決は、現住性の意義を事実上の住居使用から起臥寝食の場所に転換した。この起臥寝食は、住居使用と同じく日常的な生活の意味もあるが、実質的に生活行動

(15) また、最決平成元年7月14日（刑集43巻7号641頁）。

との一致で足りるものであった。すなわち、生活に伴う寝起きや食事である。

この傾向は、待合業に使用される建物が問題になった昭和24年判決でより顕著なものとなる。同判決は起臥寝食の場所を引き継いだ⁽¹⁶⁾が、一般的に待合業による使用は寝起きにすぎない。「寝食」まで必要ではなく、「起臥」で足りることになる。この寝起きの重視は、そのための設備・備品と使用事実に基づいて判断した平成6年判決を経て、平成9年決定に受け継がれた。同決定の原審は、現住性の意義を従来の起臥寝食の場所としたが、事案の認定では寝起きの場所を判断の限界要素とした。この点は、第一審段階から一貫したものである。それゆえ、判例は、現住性を寝起きに求めるに至ったと評価できよう。

この帰結は、現住建造物放火罪が「住居に使用」と規定していることから、日常的な寝起きの場所をもって「住居」と評価しうる根拠が問題となる。同決定の原審までは、本罪の重罰根拠である人の生命・身体に対する危険に求めた。もっとも、その危険と寝起きの関連性までは言及されておらず、より踏み込んだ根拠付けが必要となる。

第2章 現住性の喪失に関する判例

建造物の現住性は、その意義の他に、住居者が放火の時点で住まなくなっていたことを意味する終期も問題となる。もっとも、時代を遡ってみてみると、戦前の判例では、住居者が殺害された後の家屋を「人」の不存在により、非現住建造物に当たると判断した事案がみられるだけであった。⁽¹⁶⁾その事案では、「人」の終期の判断が重視されており、住居概念が直接的に

(16) 大判明治38年7月20日（刑録11輯728頁）、大判明治41年10月22日（刑録14輯22巻879頁）。また、大判大正6年4月13日（刑録23輯312頁）も同旨。

問題とされたものではなかった。

第1節 現住者の意思

現住性の喪失が限界事例として問題となったのは、戦後の高松高判昭和31年1月25日（高刑裁特3巻19号897頁）である。本件の事案は、被告人が同居人と居住していた家屋を放火したものである。その同居人は、たまたま放火の前日に被告人の立ち戻った姿を見かけ、被告人からの無心や暴行等を避けるために、家財を隣家に預けて他泊していた。

本判決は、現住性の意義をこれまでと同様に、「起臥寝食の場所として日常使用するものであれば足り、放火当時その者が現在することを要するものではない」と解した。そのうえで、当該同居人が一時的に被告人から身を隠していたにすぎず、たんなる不在と認められるので、本件家屋は現住建造物に当たるとした。

この裁判例は、現住性の喪失を判断する要素として、居住者の意思も考慮したものである。まず、本事案の同居人が一時的に被告人から身を隠す目的で、「家財」を隣家に預けたとの認定からすると、この家財の範囲は、身の回りの用品に限られると思われる。引っ越しといえるほどの大がかりな運搬ではなく、一部の調度品の保管だけであろう。そうすると、同居人が本件家屋に居住しなくなったとは、家財道具の客観的な事情からも認められないことになる。

もっとも、一般的に夜逃げのように、現住者が家屋に家財道具を放置したまま住まなくなることも考えられる。本事案では、同居人の受けていた暴行等が生命の危険に迫るものであれば、住居を放棄せざるをえなかったともいえよう。つまり、一時的な家屋からの不在であるかは、現住者の居住の意思に左右される要素でもある。そのため、本判決は、同居人の一時的な避難の意思も考慮し、現住性の喪失を判断したものといえるだろう。

第2節 幼児の現住性

1. 客観的要素の評価

昭和31年判決では、現住性の喪失について、建造物内の家財道具の状態といった客観的要素と、現住者の居住の意思である主観的要素に基づいて判断する方向性が示された。その後に居住の意思が取り上げられた事案をみても、未成年者の意思が新たに問題となったものがある。とりわけ、幼児のように判断能力の乏しい子については、その養育者の意思に依拠する傾向にある。

その松江地判昭和33年1月21日（一審刑集1巻1号50頁）の事案は、被告人が住み込み先の老夫婦を共同被告人とともに殺害後、納屋に放火して母屋も併せて全焼させたものである。その老夫婦は妻の姪の子供（当時5歳）を生前から預かっており、両被告人が老夫婦を殺害したときにも、本件家屋内でその幼女が就寝中であった。被告人は、殺害の翌日に幼女をその生家に連れて行き、老夫婦が旅行に出かけたことを理由として、両親の監護の下に戻させた。その3日後に共同被告人は、殺害時に老夫婦の死体を移動させておいた先の納屋に放火した。

検察官は、当該幼女の現住性をもとに現住建造物放火罪で起訴した。それに対して、本判決は、法令の適用の項目で上記の事実経緯を示し、本件家屋に幼女が居住しなくなったとして、非現住建造物放火罪に該当するとした。

この裁判例は、幼女自身の居住の意思を判断する際に、監護者である両親の意思を重視したものである。本事案では、被告人が幼女を生家に連れ帰る際に、身の回りの物を併せて持ち出したことが記されていないので、本件家屋の幼女の家財道具に変化がなかったと思われる。そうすると、客観的に幼女の現住性が喪失したと判断できる事情は認められないが、それでも本判決が非現住建造物とした点は、幼女を担う両親の主観的要素が重

視されたといえる。この点は、幼女自身だけでは日常生活を送れないので、その支えとなる両親の意思を考慮したのであろう。

もっとも、本件は、被告人が老夫婦を殺害した事実を秘し、老夫婦が旅行に出かけたことを理由として両親のもとに帰らせたものにすぎない。すなわち、被告人の言動に基づいた両親の意思としては、老夫婦が帰宅した際に、再び幼女を預けるつもりであったともいえるのである。このような意思が認められるならば、本判決は、主観的要素を偏重したのではなく、なんらかの客観的要素も考慮したことになる。

そこで、この要素に関する事実をみてみると、本判決が強調した評価は、幼女を両親の監護の下に戻させたことである。この事実からすると、幼女は本件家屋から居住し続けることができる両親宅に移ったといえ、本件家屋の使用状況が途切れたことになる。つまり、本判決は、現住性の喪失を判断する客観的要素として、放火客体から別の住居に移転したと評価しうる点を重視したものといえるであろう。

2. 主観的要素の重視

昭和33年判決は、幼児の居住の意思について監護者である両親を介して判断した。もっとも、主観的要素だけで現住性を判断したのではなく、移転先の住居の存在といった客観的要素も併せて考慮したものであった。しかし、その後の福岡高判昭和38年12月20日（下級刑集5巻11・12号1093頁）は、幼女の居住の意思が父親に依存することを強調した。

本件の事案は、被告人が妻、長女（当時3歳3ヶ月余り）と次女（当時9ヵ月）の4名で居住していた家屋を放火したものである。その妻の母（祖母）が犯行の約2時間前に偶然訪れ、妻から長女の世話を依頼されたので、自宅に長女を連れて帰った。その後に被告人は、本件家屋で妻を刺殺し、次女に瀕死の重傷を与えて死亡させたものと誤認し、自身も自殺し

ようと決意した。その際に、長女が祖母方に行っており、妻と次女も死亡したものと考えたことから、もはや本件家屋を住居とする必要がないとして放火に及んだ。

本判決は、長女の現住性について、当時3歳3ヶ月余りの幼児であったので、母亡き後は当然父である被告人の意思に従って定まるとした。そうすると、被告人が本件家屋の現住性を放棄した以上、長女は同家屋に居住するものではなく、現住建造物放火罪の未遂を否定した原判決は正当であるとした。

この裁判例は、幼女の居住の意思を父親の意思に基づいて判断したものである。幼女の現住性を判断する際に、父親である被告人の意思に従うとの言及しかみられないことから明らかである。もっとも、この観点を突き詰めると弊害を生じる点がある。幼女の現住性が父親に完全に依拠するとなると、たとえ幼女が家屋内にいたとしても、父親の居住の意思で現住性の点は判断することになる。また、幼女が一時的に連れ出されていた事実を父親が認識していたことで、幼女の居住の意思を否定するならば、一時的な外出でも現住性が否定されることになりかねない⁽¹⁷⁾。そうすると、客観的要素から現住性の喪失を裏付ける評価が必要であるといえよう。

そこで、本件の客観的要素に関わる事実をみてみると、本判決は、量刑の判断としてではあるが、たまたま難を逃れた幼女がその後祖父の養子となって成長していることを示した。この事実は、たしかに幼女の養育者が父親である被告人に当たるので、法令に関わる現住性の判断に直結するものではない。しかしながら、被告人は自殺を決意していたし、自殺せ

(17) この点に否定的なものとして、最決昭和37年12月4日（裁判集刑145号431頁）がある。もっとも、同決定の事案は、被告人の次男（当時中学1年）と長女（当時小学5年）の現住性が問題となったものであり、厳密には幼児に関するものではない。

ずとも家族2名を殺傷したのであるから、幼女の養育を継続することができず、当然ながら祖父母に幼女の養育が移ることになる。そうすると、事実上は幼女の住居の移転先が祖父母宅として存在することにより、本件家屋の使用状況に変化が生じたとも解しうるので、客観的要素から判断する余地も残されていたといえるであろう。

第3節 居住の意思

1. 一片の意思まで考慮

その後の裁判例は、居住の意思の内容をめぐる展開していくことになる。とくに被告人と同居する妻の意思では、心の隅々まで考慮する傾向にある。この点は、居住の意思をどの程度まで考慮できるのかが問題となる。

その東京高判昭和54年12月13日（東高刑時報30巻12号192頁）の事案は、被告人が妻と子供2人とともに住居に使用する建物を放火したものである。その放火の前に妻は、被告人からの度重なる乱暴に耐えかねて別れ話等を相談するために、日頃から世話になっていた人のもとに子供2人と逃れていた。また、本件建物から自分と子供の衣類や調度品等の大半を運び出し、同世話人が用意したアパートの一室に運搬していた。これらの事実、被告人と妻の間に緊迫した離別の危険をはらむ夫婦生活の破たん状態にあったことを示すものであった。

もっとも、本判決は、このような事実があったにもかかわらず、妻が調度品等を運び出すまでの気持ちの動向を重視し、主観面の綿密な認定を行った。すなわち、妻は、私物類を運搬する数日前から、被告人が乱暴をやめてまじめに働くように態度を改めれば、やり直す旨の発言をしていた。また、この再出発の意思は、私物類の運搬時にも、仕方なしに家を一旦出ようという程度の心境として残っていたものと認められる。このような意思からは、気持ちの真底から従前の家庭生活を清算して離別するか、または

長期間別居しようとするまでの意思を固めていたものとはみられない。とくに被告人の応答と出方により、共同生活のやり直しを気持ちの一隅に保有していたと窺い知ることができるのであるとした。

そのうえで、本判決は、たとえ放火時に妻と子供の私物類が他に運び去られていたとしても、「その数時間前まではこれらが同女らの居住に伴う生活用具として相応の場所に存在する状態が長く継続していた経過」もあいまって、本件建物が同女らの現住性を失うまでに至っていないとした。

この裁判例は、現住者の居住の意思を最大限まで考慮したものである。本件の客観的要素では、妻らの大半の衣類や調度品等が運び出されており、しかも夫婦生活の破たん状態に至っていたことまでが認定された。そうすると、妻らの現住性は、日常生活に必要な日用品の状態から認め難いといえる。この点は、本判決が放火の数時間前までに生活用具の存在していた継続的事実を強調し、客観面から補足する姿勢がみられるが、それでは私物類の運び出しによる明らかな事実の変動を覆すことはできない。仮に数時間前の私物類の存在で現住性が認められるとするならば、引っ越し後の空き家も現住建造物に該当しかねなくなる。それゆえ、本判決が重視したと評価すべきは、居住の意思の判断である。

そこで、妻の意思の認定についてしてみると、被告人がこれまでの態度を改めるといった条件付きでの本件建物への出戻りが強調されている。とくに気持ちの片隅に再び共同生活を送りたいと望むことで居住の意思が認められており、かなりの主観的要素の重視が見て取れる。⁽¹⁸⁾したがって、本

(18) 本判決と同様に居住の意思を認定したものとして、横浜地判昭和58年7月20日（判時1108号138頁）がある。もっとも、同判決の事案は、被告人の妻が日常の生活用品を残したまま家出したことや、今までの3度の家出が短期間で戻っている点で異なる。この点は、現住性を肯定する客観的要素であり、居住の意思のみを根拠にしたものではないといえよう。

判決からすると、妻の現住性が喪失するためには、離婚の意思を固め、一
抹でもやり直す意思を持っていない段階に至る必要があるといえよう。ま
た、本判決の帰結を一般化すると、現住性の喪失には、客観的要素と主観
的要素の両方の欠如が必要となる。換言すれば、現住性の継続は、客観と
主観のどちらかが認められれば足りることになるのである。

もっとも、本件の使用状況に限ると、客観的要素から根拠付けることが
できないわけではない。これまで現住性が否定された裁判例の検討からは、
転移先の住居に日常生活を送ることができる要素が備わっていた。それに
対して、本件では、妻が世話人のもとに身を寄せていただけであり、本件
建物からの一時的な避難といえる程度のものである。そうすると、客観的
な使用状況に限り、現住性を肯定的に捉える余地は残されていたといえる
だろう。

2. 寝起きの意思

これまでの裁判例は、住居者の意思が問題となった事案であり、居住の
意思の内容を取り上げるものではなかった。この点は、現住性の意義を日
常生活と捉えることの裏返しとして、居住の意思も日常生活を送る意思と
解していたといえよう。言い換えると、当該家屋に放火の時点でも継続し
て住むつもりなのかの問題となるにすぎなかった。

ところが、前述の最決平成9年10月21日（刑集51巻9号755頁）では、
現住性として寝起きの場所を重視したことに連動し、居住の意思の内容も
寝起きの意思と解することになった。また、その意思は、被告人の指示に
基づくものであったので、意思の継続性が被告人による指示の拘束力との
関係でも問題となるところである。

まず、本件で現住性の喪失が関連する事実は、被告人が放火時に交替で
宿泊していた従業員5名と沖縄旅行に出かけ、その間に共犯者が本件家屋

に放火したものである。被告人は、放火の3日前に宿泊当番の従業員に対して、宿泊をしなくてもよいと伝えていた。また、その翌日に、2泊3日の沖縄旅行に出発を予定した従業員らのかわりに、留守番を申し出た別の従業員にも宿泊は不要であると伝えていた。もっとも、これらの指示は、本件家屋への放火の準備や実行が従業員らに気付かれないようにするためであった。そのため、被告人による指示は旅行後に宿泊しなくてもよいとの明確なものではなく、従業員らは、旅行後も交替の宿泊が継続されるものと認識していた。また、被告人は、従業員らと旅行に出発する前に本件家屋の鍵を回収しておらず、その1個は従業員が旅行に持参していた。

本決定は、これらの事実関係から簡潔に、本件家屋が「沖縄旅行中の本件犯行時においても、その使用形態に変更はなかったもの」として、現住性を認めた原判決を維持しただけである。そこで、居住の意思を判断した原審までの経緯をみていく必要がある。

(1) 第一審判決

まず、第一審の福岡地判平成7年4月10日は、被告人の指示が当番日の宿泊をやめさせたものにとどまり、旅行後も宿泊をやめるように明言した事実は認められないとした。そうすると、本件家屋の鍵を回収していない事実と合わせると、従業員らは、旅行後も寝泊まりする認識を持っていたことが認められるとした。したがって、「従業員らは、沖縄旅行の前後を通じて、本件家屋に寝泊まりする意思を継続的に有していたもの」であり、本件家屋の現住性は失われていないとした。

この第一審判決は、現住性の意義を寝起きの場所と解したことに対応して、居住の意思も寝起きの意思で足りるとしたものである。この意思の内容の緩和は、現住性の意義に連動するものであるので、寝起きの場所と解しうる危険の根拠が同様に重要となる。

そこで、ここでは寝起きの意思の位置付けに着目してみると、本件では、現住性の喪失を判断する客観的要素として、放火の直前まで従業員が交替で宿泊していた使用状況があった。この状況を断ち切る要因として、本判決は、被告人による将来的な宿泊の終了の指示を必要とした。その際には合わせて、本件家屋の鍵の行方が考慮された⁽¹⁹⁾。そうすると、寝起きの意思は、現住者の使用状況が終了したのかに関わる事実を踏まえて判断されたことになる。この点を一般化すると、主観的要素は、客観的要素である現住者の使用状況に関連するものと位置付けられたといえる。また、その使用状況の判断では客観的な事実を重視しており、主観的要素は一事情にとどまるものとしたと評価できよう。

このように、本判決は、結論として寝泊まりの意思の継続性を強調したが、その判断では客観的な使用状況に関わる指示の内容を重視した。それに対して、弁護人は、放火の3日前になされた指示で、寝泊まりの実体が客観的にも主観的にも失われていたとして控訴した。

(2) 第二審判決

第二審の福岡高判平成8年10月1日は、被告人が従業員全員に対して、指示後に本件家屋での宿泊を不要とすると明示した事情は全く存在しないとした。そのため、従業員らは旅行から帰れば、交替での宿泊が継続されるものと認識していたとした。したがって、被告人が当番日の宿泊をさせさせた言動だけでは、「本件家屋の従前の客観的使用形態まで変化したと

(19) なお、被告人が留守番役の従業員に指示したことも挙げられているが、同従業員は、現住性の対象となった5名に含まれていない。この点は、弁護人の上告趣意によると、同従業員はこれまで本件家屋に宿泊したことがなく、その所在や鍵の保管場所さえも知らなかったとされており、現住者に含まれないことが明らかである。

みることはできない」とした。

この第二審判決も、居住の意思を寝起きの意思と解したうえで、客観的な使用状況を判断する一要素と位置付けたものである。この位置付けを一般化すると、客体の使用状況は現住者に関わる要素であり、その者の居住の意思によって裏付けされる。すなわち、使用状況と居住の意思は、現住者という人的な意味で共通する要素である。このように解すれば、寝起きによる使用事実と寝起きの意思が表裏の関係にあると整理できる。

このように、居住の意思を使用状況の一要素と位置付けると、現住者の使用が終了したといえるのかが重要となる。本件では、被告人の指示による失効が問題となるところである。この点は、弁護人の上告趣意ではあるが、従業員らの宿泊は確定的な順序のもとではなく、従業員内で1週間ごとに当番日を決めていたとされる。つまり、被告人の完全な指示の下で宿泊をしていたわけではないので、被告人の支配下にあったとはいえない。そのため、本判決は、現住性の喪失を認めるうえで、従業員全員に対する明示的な指示が必要であると判断したといえるであろう。

第4節 小括

現住者が放火時に住居として使用しなくなっていたのかを判断する際に、昭和31年判決は、家財道具の有無に関する客観的要素と、居住の意思である主観的要素に基づく方向性を示した。この主観的要素の考慮は、その後の裁判例にみられた。とりわけ、昭和33・38年判決は、自立した生活を送れない幼児の現住性として、その養育者の意思に依拠して判断した。もっとも、両判決では、幼児が日常生活を送る移転先の住居が実質的に存在し、この点を客観的要素として評価できるものであった。すなわち、主観的要素の位置付けは、現住性の喪失を判断する際の一要素にとどめることができるのである。

しかしながら、昭和54年判決では、主観的要素の強調がみられた。本事案では、客観的要素からすると、現住性の喪失を認めうるに足りる事実があった。それにもかかわらず、一片の心情まで居住の意思をくむことで現住性を認めた。そうすると、主観的要素の位置付けは、客観的要素とは独立した要素として、それだけで結論を左右するものになる。

もっとも、平成9年決定は、主観的要素を客観的要素の一事情としたものと評価できた。本決定の原審では、現住性の意義を寝起きの場所と解したことに対応して、居住の意思も寝起きの意思で足りるとした。この意思を判断する際に、現住者の使用事実を踏まえた。この点を一般化すると、使用事実と意思は、現住者に関わる共通要素である。そのため、主観的要素は、現住者の使用事実である客観的要素を判断する際の一事情と位置付けることができ、過度に現住者の意思を強調することが避けられるであろう。

これまで、わが国の現住性に関する判例を追ってきた。その帰結としては、現住性の意義を日常的な生活の場所と解するものの、その判断の核となる要素として、寝起きの設備・備品とその使用事実に求めていると評価できた。また、現住性の喪失の判断においても、現住者の寝起きによる使用事実が重要となる。そうすると、日常的な宿泊をもって「住居」と評価できるのかが問題の中心点となる。

そこで、次にドイツの「住居」を巡る議論に目を向けることにする。ドイツの重放火罪は、建造物の要件として「人の住居に用いられる」ことを規定している。この住居要件は、わが国と同様に、法的な所有関係に依拠するものではなく、住居者の使用事実が重視されている。そのため、わが国の議論と共通の基盤を有しており、宿泊用途のみの評価を探る手掛かりとなる。

第3章 ドイツの住居性の指定

放火罪における現住性の意義

ドイツの306条 a 1 項 1 号の重放火罪は、住居建造物等を客体とする。本条の「人の住居に用いられる」要件は、旧306条 2 号をそのまま受け継いだ。この住居要件は、「住居性の指定 (Widmung)」と分類されて、その意義が問題となる。とくに住居性の判断要素として、何をもって人の生活の場所と評価するのが取り上げられており、その点に着目して判例・学説を概観していくことにする。

なお、306条 a 1 項 3 号の人の滞在に関わる重放火罪は、一時的に人の滞在に用いられる空間で、そこに人が滞在するのを常とする期間に放火することを規定している。この「滞在要件」は、事実上として人が滞在する期間であればよく、空間内に実際に人が滞在している必要はない。この点は、わが国の現住性と異なる概念であるので、滞在要件の比較から住居要件を検討する際に注意を要する。⁽²⁰⁾

第1節 判例

1. 人の生活の中心点

ドイツの判例で住居性の意義を明示したものは、連邦通常裁判所1975年4月24日判決 (BGHSt 26, 121) である。本件の事案は、被告人が保険金目的の依頼を受けて、共同被告人の所有する4階建てホテルに放火して全焼させたものである。そのホテルには、食堂、客室と共同被告人の家族

(20) ドイツの住居性 (Wohnungseigenschaft) は、わが国の現住性に対応する概念である。もっとも、ドイツの滞在要件と異なり、わが国の「現住性」は、放火時に人が内部に存在していることとの厳格な要件を課している。そのため、この点での差異が住居の解釈に影響をもたらすともいえるので、本稿ではドイツの概念を「住居性」と表記しておく。

の住居があった。共同被告人は、通常の休業期間である年の瀬に合わせて放火を予定し、その期間にホテルを閉鎖して家族とともに休暇旅行に出かけていた。また、残された家族を光熱費節約の名目で、別の小屋に移り住まわせていた。

まず、本判決は、個々の事実的な状況を住居性の判断要素にするとして、たとえ行為時に住居者が滞在していなくても、「事実として生活の中心点（Lebensmittelpunkt）の場所」である住居にかわりはないとした。この性質は、住居者が住居を放棄しない限り、一時的に、さらには数ヶ月にわたって不在であっても失われることはないとした。また、この「人の生活の中心点」を意味する住居は、重放火罪の抽象的危険の性質に基づき、典型的に住居者と多様な関連性によって訪れる人の生命といった保護法益が、実際に危険にさらされたのかを問う必要はなく、絶対的に保護されると解した。

この性質に基づいて本件を判断すると、共同被告人の家族は、休暇旅行に出かけたり、小屋に移り住んだりして一時的に本件ホテルを不在としただけであった。また、住居を放棄したわけではなく、家具や私物を残したままであった。そうすると、休業期間に住居者が立ち退くだけでは、例えば、同人が私物を取りに戻ったり、普段の習慣や軽率によって住まいに戻ったりする放火時の帰宅を阻止することができないとした。したがって、本件ホテルは、共同被告人の家族の住居性を否定できず、住居建造物に当たるとした。

この判例は、住居性の意義を事実上の人の生活の中心点に求めたものである。そのうえで、少なくとも一時的に日常生活の場所と認められれば、住居者に対する危険の発生を問わず絶対的に保護されるとした。もっとも、本判決は、抽象的危険犯制制限論に配慮し、住居者が行為時に帰宅する可能性を危険の根拠として示した。すなわち、人の生活の中心点が保護される

根拠は、住居者の帰宅の不確定性による危険である。この住居性の意義は、⁽²¹⁾その後の多くの判例に引用されており、判例上確立したものといえる。

2. 宿泊用途

1975年判決は、住居性の対象者を実際に居住する家族に限定して判断した。それに対して、ホテルの利用客は、休業による閉鎖期間でもあり判断対象にされておらず、住居性が認められるのかは定かでない。この点は、利用者が主に宿泊するだけの建造物でも、住居性を肯定できるのかが問題となる。

その連邦通常裁判所1984年7月4日判決（NStZ 1984, 455）の事案は、被告人が妻と賃借によって経営するホテルを保険金目的で放火したものである。もっとも、被告人は、最後の客が立ち去った後に、ホテルの入口を常に所持していた唯一の鍵で閉めた。また、クリスマスと新年の間にホテル経営を維持する価値がなかったので、その期間にホテルを閉鎖するとの注意書きを入口に張り付けていたものではある。

本判決は、住居性を1975年判決と同様に、住居に適しているだけでは十分でなく、住居者が行為時に滞在するかもしれない事実が重要であると解した。この点は、客室に備え付けられた家具だけでは重放火罪で保護されないとした。そうすると、本件ホテルには被告人らの住居がないうえに、宿泊客が部屋を借りて「事実上の生活の中心点」として使用しているもの⁽²²⁾ではないので、住居建造物に該当しないとした。

(21) 例えば、連邦通常裁判所1985年4月4日判決（NStZ 1985, 408）、同1986年6月20日判決（BGHSt 34, 115）、同2002年9月12日判決（BGHSt 48, 14）、同2007年6月28日判決（NStZ 2008, 99）がある。

(22) また、連邦通常裁判所1998年9月15日判決（NStZ 1999, 32）は、空室のホテルに住居性が認められないとした。

この判例は、宿泊客がいないホテルの住居性を否定したものである。その判断では、日常生活にも用いることができる客室の家具だけでは十分でないとして、建造物内の設備・備品を重要な要素と位置付けていない。もっとも、家具類の存在は、住居性を判断する手掛かりになる。そのため、本判決は、あくまで宿泊客である「人」の存在が不可欠であり、家具類の存在だけでは足りないことを示したものといえよう。

ただし、次に、利用者が主に宿泊するだけで住居性を付与できるのかは問題となる。言い換えれば、人の使用事実として宿泊で足りるのかである。本判決は、本件ホテルの住居性を否定する際に、宿泊客が客室を借りていないことだけでなく、生活の中心点として使用していないことも並列的に挙げた。そうすると、たんに宿泊客が存在するだけで住居性を認めることにためらいがあったように思われる。本件ホテルには客室しかない構造と認定されたことからすると、食事の取れるレストランがなく、素泊まりに利用されるものであったのかもしれない。仮にそのような設備状況であれば、宿泊利用だけで生活の中心点と評価するには十分でなく、さらに食事といった生活の行動を付加的に要求したものといえるだろう。

3. 一時的な住居

判例は、日常的に使用される建造物について、人の生活の中心点を住居性の要件とした。この点は、ホテルのように宿泊客が入れ代わり立ち代わり利用するものでも同様に、日常生活といえる使用事実を要求した。しかしながら、主たる住居とは異なった建造物について、住居性を緩和する傾向がみられる。それは、例えば、自宅とは別の住まいや別荘である。

その連邦通常裁判所1982年4月22日判決（NStZ 1982, 420）は、バーのホステスが勤め先の休業日である週末だけ自宅に戻り、勤務日の平日に同店の2階の一部屋で宿泊していた建造物が問題になった。本判決は、簡

潔にその部屋が事実上同人の生活の中心点であるとして住居性を認めた。

この判例は、これまでの住居性の意義を引き継いだ⁽²³⁾が、事案の認定において宿泊による使用状況だけで肯定したものである。そのため、この点を素直に読むと宿泊用途で住居性が足りることになる。現に同人には、生活の中心点とする自宅が別にあり、それよりも日常生活として薄い使用であった。もっとも、本件では、同人が平日に本件建造物を継続的に使用していたことからすると、たんなる寝泊まりによる滞在よりも、日常的な生活の場所と評価できるものであろう。

しかしながら、その後の判例は、別荘のような一時的な住居について、規則的な宿泊で住居性が認められるとした。その連邦通常裁判所1993年11月23日決定（StV 1994, 241）は、所有者が休暇の間とその他に計6週間だけ滞在する家屋を問題としたものである。

まず、本決定は、一時的に人の住居に用いられる、つまりは週末や休暇に⁽²³⁾だけ居住する建造物も重放火罪の対象になるとした。そのうえで、住居性は、「たとえその都度の一時的な期間だけでも住宅を滞在の中心点に使用し、とりわけ規則的な宿泊に用いることで十分である」と⁽²⁴⁾解した。そうすると、本件家屋は、この前提に該当する住居建造物であるとした。

この判例は、一時的な期間のみ居住する建造物であっても、その期間外

(23) この点で同旨のものとして、デュッセルドルフ上級地方裁判所1949年1月8日判決（OGHSt 1, 244）、連邦通常裁判所2010年4月1日決定（NStZ 2010, 519）がある。なお、2010年決定は、キャンピングカー（Wohnmobil）の住居性が問題になったものである。その判断として、特定の期間だけ住居に用いれば、それ以外の長期間に駐車したままや移動手段にのみ使用しても、現規定に追加された「その他の空間」に含まれるとした。その際に、休暇用別荘も同様であると付随的に触れた。

(24) なお、直接目にはできなかったが、本判決は、この点の先例として連邦通常裁判所1965年2月26日判決（5 StR 11/65）を引用している。

に住居性を認めただけでなく、住居性の意義として宿泊用途で足りると緩和したものである。この点は、これまでの生活から「滞在」の中心点に表現をかえたうえに、規則的な宿泊で足りるとしたことからも明らかである。もっとも、本件のような休暇用別荘は、所有者等が一定の滞在期間に実際に生活する使用状況を満たすものではある。それにもかかわらず、滞在の中心点に緩和したのは、主たる生活の中心点と言い切れないからであろう。また、たんなる規則的な滞在では、重放火罪の滞在期間を要件とする旧306条3号に該当してしまうので、住居要件を強調するために寝泊まりを判断要素にしたと思われる。

4. 1993年決定の影響

その後の判例では、利用者が寝泊まりにのみ用いる限界事例がみられない。住宅が問題となる事案では、先例の「人の生活の中心点」で住居性を判断しており、1993年決定の効力は影を潜めている状況にある。⁽²⁵⁾ そのため、一概に断言できないが、本決定は、その後の判例で引用されていないことからすると、影響力はさほど強くないと思われる。現に近時の連邦通常裁判所2010年4月1日決定は、キャンピングカーの住居性を肯定する際に、寝泊まりだけでなく、昼間に滞在し、調理と食事に使用されていたことにまで言及している。

また、過去に連邦通常裁判所1969年7月23日判決（BGHSt 23, 60）は、長年にわたり数人のホームレスが宿泊に使用する農家の納屋について、滞在要件の重放火罪に該当するとした。⁽²⁶⁾ 同判決は、規則的な宿泊で住居性が認められるのかは争点外で判断していないが、結論からして人が滞在する

(25) 連邦通常裁判所2002年9月12日判決，同2007年6月28日判決参照。

(26) また，連邦通常裁判所1983年10月13日決定（1 StR 492/83）も同旨。

ものにとどまると想定したといえよう。それゆえ、これらの判例の傾向からは、住居性の意義を宿泊用途のみでは足りず、日常生活の実態が必要と解していると評価できるであろう。

第2節 学説

1. 少なくとも一時的な生活の中心点

ドイツの学説は、住居性の意義について、判例と同様に事実上の使用を着眼点とすることに争いはない。法的な所有や居住権限ではなく、人の実際の使用事実に基づき、建造物がすでにあるいは未だに住居として用いられていることである⁽²⁷⁾。

また、滞在要件の306条 a 1 項 3 号（旧306条 3 号）は、人が空間に滞在するのを常とする期間の制限がある。その対比から、期間制限のない住居は、行為時に人が存在しなくてもよいが、たんなる滞在よりも日常生活に使用しているものでなければならぬ⁽²⁸⁾。この人の不在は、一時的に、場合によっては休暇や入院により数ヶ月に及んでも、住居者の帰宅の可能性を根拠に住居性の継続が認められる⁽²⁹⁾。

この主たる住居における長期間の不在でも、住居者に対する抽象的危険が認められる観点は、休暇用や週末用別荘といった一時的な住居にも応用されている。すなわち、季節限定の別荘等は、家具の存在や使用期間の変動性から、季節外でも所有者等による使用を確実に排除できず、住居者に

(27) K. Geppert, Die Brandstiftungsdelikte (§§ 306 bis 306f StGB) nach dem Sechsten Strafrechtsreformgesetz, Jura 1998, S. 599; K. Kühl, Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., 2011, § 306a Rdn. 2.

(28) H. Schneider, Das Inbrandsetzen gemischt genutzter Gebäude, Jura 1988, S. 463.

(29) K. Geppert, Die schwere Brandstiftung (§ 306 StGB), Jura 1989, S. 420; G. Heine, Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., 2010, § 306a Rdn. 5.

に対する危険が存在し続けるのである。⁽³⁰⁾この抽象的危険は、重放火罪の規範の保護目的に基づく使用期間の不可能な区別にある。⁽³¹⁾そのため、季節外の別荘といえども、主たる住居と同様に、住居者に対する危険を根拠にして⁽³²⁾住居性が認められている。

これらの理由から学説は、住居性の意義を人が少なくとも一時的に事実上の生活の中心点として使用していることと解している。⁽³³⁾この判断基準は、事実的要素を基調とするので、法的な住居概念よりも事実認定が重視される。そのため、多くの学説は、本見解の根拠としてこれまでの判例を引用するだけにとどめている。この点は、判例で概観したように、住居性の限界を真正面から取り扱ったものが乏しいことも一因になると思われる。ドイツの判例上の放火事例は、保険金目的に利用されることが多く、行為者自身が経営するホテルであっても、宿泊客が利用できない状況、つまりは「人」の不存在のもとで行われる。⁽³⁴⁾それゆえ、寝泊まりの使用のように、

(30) G. Heine, a. a. O., § 306a Rdn. 6; F. Herzog, NK-StGB, Bd. 2, 3. Aufl., 2010, § 306a Rdn. 10.

(31) G. Wolters/E. Horn, SK-StGB, Bd. II. 65. Lfg., 2006, § 306a Rdn. 9.

(32) K. Geppert, (Anm. 29), S. 420; H. Wolff, LK-StGB, 12. Aufl., 2008, § 306a Rdn. 13; G. Wolters, SSW-StGB, 2009, § 306a Rdn. 9; T. Fischer, StGB, 58. Aufl., 2011, § 306a Rdn. 4. それに対して、使用期間に限定する見解として、P. Cramer, Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., 1997, § 306 Rdn. 7; E. Weiler, HK-StGB, 2008, § 306a Rdn. 5. また、個人用と営業用を区別したうえで、営業用のみ使用期間に限定する見解として、H. Radtke, MK-StGB, Bd. 4, 2006, § 306a Rdn. 13; M. Bachmann/F. Goeck, Anmerkung, JR 2011, S. 42. もっとも、この営業用は、使用期間外を利用者である「人」の不存在で判断することも可能といえよう。

(33) A. Schröder, Anmerkung, JA 2002, S. 368f.; H. Radtke, a. a. O., § 306a Rdn. 11; H. Wolff, a. a. O., § 306a Rdn. 11; G. Wolters, a. a. O., § 306a Rdn. 7; G. Heine, (Anm. 29), § 306a Rdn. 5; M. Bachmann/F. Goeck, a. a. O., S. 41f.

限界事例の判断を明示したものはみられない現状にある。

もっとも、生活の中心点の判断要素として、宿泊使用にまで言及しているものがないわけではない。この指摘の多くは、住居性の核となる要素にまで掘り下げたものではないが、その示唆を探るために拾い上げてみていくことにする。

2. 宿泊用途

学説は、生活の中心点の徴候（Indiz）となる要素として、規則的な宿泊を⁽³⁵⁾挙げる。この要素は、素泊まりのホテルでも宿泊客がいれば、それだけで住居性を認めるものである。もっとも、本見解は、寝泊まりだけの行動を生活に直結させるのではなく、あくまで特徴の一要素とするにとどめる。それは「徴候」との微妙な表現に垣間見える。この点は、1984年判決が空室のホテルの住居性を否定する際に、宿泊客がいなかっただけでなく、生活の中心点として使用されていないことも並列的に挙げた判断と同様である。すなわち、宿泊使用をもって住居と評価する物足りなさである。

また、1969年判決は、浮浪者が規則的に宿泊する納屋を旧306条3号の人の滞在に用いられる空間とした。規則的な宿泊を人の滞にとどめたのである。この判断は、当該客体が生活の中心点ではないとの条件付きで、⁽³⁶⁾学説からも支持されている。そうすると、宿泊は未だ滞在の段階であり、住居との間に線引きをする傾向が窺える。言い換えれば、住居性は、規則的な宿泊だけでは足りず、より日常生活といえる要素が要求されるのであ

(34) 連邦通常裁判所1984年7月4日判決，同1998年9月15日判決参照。

(35) H. Schneider, (Anm. 28), S. 462; K. Geppert, (Anm. 29), S. 419; R. Rengier, Die Brandstiftungsdelikte nach dem Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts, JuS 1998, S. 398; T. Fischer, (Anm. 32), § 306a Rdn. 4.

(36) R. Rengier, a. a. O., S. 398. So auch H. Radtke, (Anm. 32), § 306a Rdn. 26; G. Heine, (Anm. 29), § 306a Rdn. 8.

る。

この宿泊による使用での不十分さは、1998年の第6次刑法改正法に対してもみられる。現行の306条a 1項1号は、人の住居に用いられる客体として、建造物等につけて「その他の空間」が追加された。その空間には、立法資料によると、例えば、キャンピングカーや装飾車両（Künstlerwagen）のように建物ではないものが含まれるとされている。また、学説が問題とする「寝台付きのトラック」も住居空間になると明示されている。⁽³⁷⁾この例は、シートの後方や荷台部分で仮眠ができるトラックを「住居」に含ませるものである。まさに、宿泊用途に限られた客体に住居性を付与することになる。それに対して、学説は、規則的な宿泊の延長として、当該トラックを住居とすることに否定的で、滞在要件で判断すべきであると解している。⁽³⁸⁾

このように、住居を取り巻く付随的な問題からすると、学説は、規則的な宿泊だけで住居性を認めることに否定的な方向性がみられる。その理由は、一時的といえども生活の中心点と評価できる事情として、日々の暮らしを支える要素が必要と考えられているからであろう。もっとも、規則的な宿泊の使用事実があれば、住居性の付与を認めないにしても、重放火罪の滞在要件で判断することにはかわりはない。つまり、規則的な寝泊まりの行動は、住居と同様に本罪で保護されるのである。この点は、ホテルに一泊するだけの短期間の使用事実であっても、ホテルの性質からして営業中

(37) BT-Drucks. 13/8587, S. 68.

(38) E. Weiler, (Anm. 32), § 306a Rdn. 3. Vgl. H. Radtke, (Anm. 32), § 306a Rdn. 7; T. Fischer, (Anm. 32), § 306a Rdn. 7. また、本罪の公共危険性から客体自体にある程度の大きさを要求することで、当該トラックを除外するものとして、K. Geppert, Teleologische Reduzierung des Tatbestandes auch im Rahmen der neugefassten schweren Brandstiftung (§ 306a StGB n.F.)?, Weber-FS, 2004, S. 439f.

は類型的な滞在期間に含まれるであろう。ただし、ホームレスが空き家に一泊するような用途期間に規則性がない場合、偶然に人が滞在していたとしても306条a 1項3号に該当せず、人に対する危険の点は具体的危険の発生を介した同条2項が問題となるにすぎない。

3. 公共危険の考慮

多くの学説は、住居者の使用事実を住居性の判断基準とし、住居性の継続を根拠付ける危険として住居者の帰宅や滞在の可能性に求めている。この使用と根拠は、住居者に関連するだけで、公共危険の観点を反映させたものではない。

それに対して、ラトケは、重放火罪の公共危険性を「住居」の解釈に反映させる道筋を模索する。まず、ラトケの見解は、住居者・訪問者と住居の間に綿密な関連性が存在するため、両者の住居使用を外見的に判断できない点を重視する。この点は、住居者の生活形態や住居に関連する他人の訪問の機会が一般的に予測できず、類型的に人の滞在の可能性が認められることに基づく⁽³⁹⁾。この外見的に予測不可能な関連性は、一般的な行為の公共危険として事前に保護すべき抽象的危険の性質を有するというのである⁽⁴⁰⁾。

この見解は、本罪の住居要件の性質として、住居者と訪問者の生命と健康に対する危険が複合的に包含するものと公共危険を捉えるのである。いわば、住居者と訪問者の保護法益を混合的に捉え、そのうえで、この法益が密着した「住居」の放火行為を公共危険と解するのである。

もっとも、ラトケが認めるように、危険の観点、とりわけ公共危険から

(39) H. Radtke, Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998, S. 183.

(40) H. Radtke, Das Brandstrafrecht des 6. Strafrechtsreformgesetzes eine Annäherung, ZStW 1998, S. 865.

住居性の解釈を直接的に導き出せるわけではない。⁽⁴¹⁾とくに公共危険を担う訪問者に対する危険は、住居性の開始と並行的に認められるものではなく、住居性の継続による後追いの性質である。仮に訪問者に対する危険を強調すると、引越越し業者による家具の搬入時点でも認められることになる。これでは、「人の住居に用いられる」との規定を超えた過度な公共危険の考慮となる。そのため、ラトケは、住居性を住居者の使用事実⁽⁴²⁾に求めざるをえないとする。すなわち、住居性の意義は、その起点を判断する住居者の使用事実が重要となるので、その意味で公共危険の観点は前面に出てくるものではないのである。

ラトケは、一部の学説が生活の中心点の徴候とする規則的な宿泊に、生活に必要な日用品といった私物の使用を要求する。それに対して、公共危険を特徴付ける要素として、例えば、私的な郵便の配達や連絡が可能となれば、当然に住居性が強固となるが、住居への訪問者と同様に、住居性の前提として必要なものではないと判断要素からの後退を認める。⁽⁴³⁾

ここでラトケが日用品の存在を住居使用に付加するのは、「日常的な」生活として時間的な継続性を判断するためであると思われる。継続的な生活を送るうえで、寝具や炊事用具といった家財道具は欠かせないので、この点を判断要素に取り込もうとするのである。もっとも、この日常性は、時間的に生活を継続した事実まで要求するものではない。住み始めた段階であっても、将来に渡って住み続ける使用形態であれば、住居性は認められるものである。⁽⁴⁴⁾ いわば、日用品の存在は、住居者の使用状況に「日常性」

(41) H. Radtke, (Anm. 39), S. 183.

(42) H. Radtke, (Anm. 39), S. 183; ders., (Anm. 40), S. 865.

(43) H. Radtke, (Anm. 39), S. 181ff. So auch K. Geppert, (Anm. 38), S. 440; G. Wolters/E. Horn, (Anm. 31), § 306a Rdn. 7; H. Radtke, (Anm. 32), § 306a Rdn. 11.

(44) H. Radtke, (Anm. 39), S. 183.

の質を求める要素といえよう。そうすると、日用品の範囲に不明確さは残るものの、多くの学説と同様に、日常的な生活を住居性に要求する点で一致していると評価できるであろう。

第3節 小括

ドイツでは、住居性の意義を事実上の使用状況に基づいて、人の生活の中心点と解することに異論はない。また、少なくとも一時的な住居といえれば、使用期間外の別荘にも住居性が認められている。この季節外のように、住居者の不在時に住居性の継続を根拠付ける危険は、住居者が帰宅して建造物に滞在することを予測できない不確実性に求められている。言い換えれば、住居建造物は、住居者の滞在する可能性によって絶対的に保護されるのである。

判例は、この性質を有する住居性の判断要素として、規則的な宿泊を重視した。とくに1993年決定では、主たる住居とは別の休暇用家屋に住居性を認めるうえで、生活の中心点を緩和する方向性がみられた。しかしながら、その前後の判例は、寝起きの行動よりも日常的な生活といえる使用事実を要求する傾向にある。例えば、ホテルの宿泊利用に生活の中心点を列挙した1984年判決や、キャンピングカーの認定で調理や食事にまで言及した2010年決定がある。

この厳格な傾向は、学説からも後押しされており、日常的な生活の中心点と解することが判例・学説間で共通認識になっている。ただし、たんなる滞在や規則的な宿泊を超えるものとして、何を判断要素とするのかは問題として残る。この点は、断片的な言及ではあるが、生活必需品の存在や調理による食事が挙げられている。これらの要素が寝起きに付加されて、日常的な生活を送る「住居」と評価できることになる。

もっとも、これらの付加的要素が欠ける規則的な宿泊といえども、重放
84(1961) 法と政治 62巻4号 (2012年1月)

火罪の滞在期間で保護されることにはかわりはない。すなわち、住居ではないが、事実上の人の滞在要件として本罪に該当するのである。

第4章 ドイツの住居性の解除

ドイツでも、建造物の住居性が放火時に喪失していたのが問題となる。説この問題は、「住居性の解除 (Entwidmung)」と分類され、住居者自身による放火と同一の評価ができる事案で認められる傾向にある。その際に、住居者が放火に同意する意思を重視しており、住居を放棄する意思が判断要素になると解されている。

なお、わが国では、「人」を犯人以外の者と解することが定着しており、現住者による放火を「人」の要件で除外することになる。⁽⁴⁵⁾この点は、ドイツが住居性の終了で判断するので、問題となる要件に差異がある。そのため、わが国の視点からすると遠回りになるが、住居と危険の観点から判断要素が示されている点で参考となるので、判例と学説の状況をみていくことにする。

第1節 判例

1. 住居者による放火

住居性の解除の問題で端緒となるライヒ最高裁判所1926年3月18日判決 (RGSt 60, 136) は、唯一の住居者の放火による放棄に否定的であった。⁽⁴⁶⁾本判決は、住居建造物が様々な関連性によって訪れる人々の交流の中

(45) 藤木英雄「放火及び失火の罪」団藤重光責任編集『注釈刑法(3)』(有斐閣, 1965年) 167頁参照。

(46) なお、本件の事案は、唯一の住居者である被告人が貯蔵した干し草 (Heuvorrat) と寝袋を後に残し、エプロンと毛布 (Decke) のみを手提げカバンで持ち出す準備をしていたが、未だ家屋内で何か用事をしており、最終的に家屋を立ち去る前に火災が生じたものである。

心点であることを強調し、住居を放棄する意思として、放火行為の前に「外見的に認識できる (äußerlich erkennbar) 行動」が必要であると解した。その前提行動について具体的には述べていないものの、全財産を家屋から持ち出したり、家屋を引き払ったりしていないことを挙げて住居性を認めたことからすると、引っ越しのように傍目から居住しないことが認識できる行動を必要としたといえよう。

この判例は、重放火罪の公共危険性を重視し、放火行為の前に別の明示的な行動を住居性の放棄に要求したものである。この点は、公共危険の内容として、住居者を含んだ不特定者に対する危険と解したことが根拠になる。それにより、公共危険を遮断するための明示的な行動が必要となる。もっとも、この前提要件は、その後の判例で明確に否定されて、放火行為が住居を放棄する意思の現れと解されることになった。

その連邦通常裁判所1961年11月20日判決 (BGHSt 16, 394) の事案は、唯一の住居者である被告人が自己所有の家屋を放火したものである。本判決は、住居性が事実上の性質を判断要素とすることから、その喪失も個々の事実的な状況が重要になるとした。そのうえで、唯一の住居者は、他人の意思に反することなく単独で住居を放棄できるので、放火行為自体によっても放棄する意思を現実化できると解した。⁽⁴⁷⁾ その際に、行為者が建造物か

(47) 本判決は、人の滞在期間の旧306条3号で問題になった同旨の先例として、連邦通常裁判所1957年2月9日判決 (BGHSt 10, 208) を引用している。同判決は、被告人が自己の自動車を放火した点について、そもそも同条の空間に該当するといえないし、人が滞在するのを常とする期間を想定できないとした。そのうえで、仮に同条の客体に該当するとしても、本件では唯一の滞在者による放火であり、それと同時に放棄が認められると解した。その際に、理由となる具体例として、羊飼いが雨よけ小屋を破壊するときに、放火によるか、取り壊したうえでがれきを燃やすかで区別する意味がないことを示した。

らどの程度の私物を運び出したか、あるいは運び出すつもりであったのかは重要でないとした。したがって、本件家屋は、住居建造物に当たらないとした。

この判例は、住居性の意義が事実上の性質に基づくことに対応して、住居者の放火による事実で放棄といえるとしたものである。この点は、その後に住居性の意義も問題となった連邦通常裁判所1975年4月24日判決（BGHSt 26, 121）が、重放火罪の保護法益として、住居者と訪問者の生命を並列したことに合致する。すなわち、本罪が公共危険の性質を有するといえども、両者に対する危険が抽象的に認められる必要があり、住居者による放棄で自身に対する抽象的危険が欠けるのである。

本判決は、住居性の放棄の判断で居住の意思を重視した。もっとも、唯一の住居者による放火を対象とする事案であるので、居住の意思をどの程度まで考慮できるのかが問題となるものではない。その後の判例においても、この判断は取り立てて非難されることなく受け継がれている⁽⁴⁸⁾。また、住居者が放棄したといえる事案として、住居者を殺害後に放火した場合⁽⁴⁹⁾、他人所有の家屋を賃借する住居者が放火した場合⁽⁵⁰⁾、住居者からの依頼により第三者が放火した場合にも用いられるようになった。これらの事案の住⁽⁵¹⁾

(48) 例えば、連邦通常裁判所1993年2月10日決定（MDR 1993, 721）、同2001年5月22日決定（StV 2001, 576）がある。また、他の住居者が放火に関与したものとして、連邦通常裁判所1992年7月22日決定（NSTZ 1992, 541）、同1993年7月14日決定（NSTZ 1994, 130）、同2008年8月27日決定（NSTZ 2009, 100）も同旨。

(49) 連邦通常裁判所1969年9月10日判決（BGHSt 23, 114）。本事案は住居者による放火ではないが、その後の判例で同様の事例群であるとの評価がなされている。

(50) デュッセルドルフ地方裁判所1981年1月27日判決（NSTZ 1981, 224）、連邦通常裁判所2004年10月29日決定（NSTZ-RR 2005, 76）。

(51) 例えば、連邦通常裁判所1992年7月22日決定、同1993年7月14日決定、

居者や第三者は、他人所有の建造物であれば単純放火罪（306条1項1号）に該当し、自己所有であれば人に対する具体的危険を生じない限りで放火罪が成立しない（306条a2項）ことになる。

2. 住居を放棄する意思

居住の意思の内容が問題となった事案は、住居者が放火の後に居住できる状態の失敗にとどまれば、そこに住み続けるとの意思を保留していた場合である。裏を返せば、建造物の全焼といった成功の場合にのみ、住居の放棄を意図するものである。この事案の多くは、保険金目的でなされ、あわよくば自宅で生活をするために行われる。

その連邦通常裁判所1975年4月24日判決は、保留の意思では現実に住居を放棄したといえるかは疑わしいとして否定的に捉えた。そうすると、たとえ建造物が全焼しても住居性の継続が認められるので、住居を完全に放棄する意思が必要となる。

もっとも、その後の判例は、放火の成功を条件とした意思でも、住居性の放棄を認めた。その連邦通常裁判所2007年6月28日判決（NStZ 2008, 99）の事案は、内縁関係の両被告人が自宅の上階を改築する資金調達のために、保険金目的で上階部分に放火したものである。両被告人の意図は、上階部分を破壊してしまうのではなく、当分の間1階に住み続け、改築後に全体を住居に使用するつもりであった。内縁の夫は、1度目の放火に失敗した後、再度1階への延焼を阻止する措置を取らずに放火し、上階部分を焼失させた。

まず、本件の地裁（LG）は、両被告人に基本犯の重放火罪の該当性を

同1993年9月15日決定（wistra 1994, 21）、同1998年9月15日判決（NStZ 1999, 32）、同2001年6月12日決定（NStZ-RR 2001, 330）がある。

認め、保険金詐欺の目的による加重類型の特別重放火罪の未遂と既遂に当たるとした。その重放火罪で住居性の解除が認められない理由として、本件住宅に引き続き居住する意図を挙げた。

それに対して、本判決は、結論として重放火罪の成立を否定して差し戻した。その判断において、これまでの住居性の放棄をまとめる形で、事実上として「住居の放棄の意思決定は、放火の前に外見的に認識できる行動によって明示する必要はない。むしろ、放火の決心が明らかとなることで十分である」と解した。そのうえで、住居者が放火の後に建造物を改築や修理して住み続ける意図であった場合も、住居を放棄する意思が認められるとした。なぜなら、住居性の解除は、住居者が放火に同意したり、少なくとも受け入れたりすることが決定的となる。それは、放火後に改築や修理することなく、住居として使用し続ける場合をも排除するものではないからであるとした。⁽⁵²⁾ そうすると、両被告人は、上階の一部を壊す意図であったとしても、1階部分に延焼しうることを認識していたし、その阻止を講じていなかったので、住宅の全焼を同意していたともいえ、住居性の放棄が認められるとした。

この判例は、住居を放棄する意思として放火の同意で足りるとしたものである。また、放火を志向する意思があれば、その後に住み続ける意思が併存しても構わないとした。そのため、住居を完全に放棄する意思までは必要でないことになる。もっとも、このように意思の内容を放火に向けられたものに緩和したとしても、住居者の意思を重視する点にかわりはない。換言すれば、住居者の主観的な意思を判断要素にすることである。

本件は、住居者が自身の住居性を放棄したのが問題となったので、そ

(52) 本判決が引用する同旨の先例として、連邦通常裁判所2001年6月12日決定、同2004年10月29日決定がある。

の意思を強調しても弊害が生じるわけではない。もっとも、この意思の判断で注目できるのは、1階部分への延焼を阻止する手段が施されていなかった事情を挙げたことである。住居を放棄する意思として放火の意思があれば足りると解した以上、放火の行為者と認定すればそれだけで満たされるが、補足的に客観的な事情も示したのである。これは、主観的な意思を客観的要素から補足する判断といえよう。

また、この客観的な事情から補充する姿勢は、他の住居者が放火に同意していた場合に、住居性の放棄を認めた事案にもみられる。例えば、連邦通常裁判所1987年10月14日決定（NStZ 1988, 71）は、被告人の妻が放火に同意していたと判断する際に、近隣に住む妻の兄弟が自身の自宅を守るため、多数の消火器を用意していた事情を踏まえた⁽⁵³⁾。そのため、住居者が自身の住居を放棄する意思であっても、放火に同意していたと読み取れる客観的要素から裏付ける姿勢が見受けられる。

3. 未成年者の住居性

住居性の放棄で特別な考慮を要するのは、放火の行為者と同居する未成年の子供である。これまでの判例は、両親が子供の住居性を放棄できるとするだけであり、住居者による放火の延長と捉えていた⁽⁵⁴⁾。そのため、親に

(53) また、連邦通常裁判所1992年7月22日決定は、放火に同意していたと解しうる犯行現場での行動を示した。その他に、結論として同1998年9月15日判決、同2004年4月22日判決（NStZ-RR 2004, 235）、同2004年10月29日決定も同旨。

(54) 連邦通常裁判所1992年7月22日決定、同1998年9月15日判決。1992年決定は、ドイツ民法典1631条1項の居住決定権に根拠を求めている。同条は、身上監護は、子を教育し、監督し、また、その居住を決定する権利と義務を含むと規定している。この根拠は、最終的な評価が事実に基づく刑法的観点であるとの注意を添えて、学説からも支持されている。H. Radtke, Anmerkung, NStZ 2008, S. 103.

よる放棄の根拠を明示したものがなかったが、前述の2007年判決は、子供と生活する監護権者の意思を強調した。

本件の子供に関する事実は、内縁の両被告人が放火した自宅に、妻の連れ子である2人の未成年の娘（当時11歳と13歳）と一緒に暮らしていた点である。その子供たちの監護権（Sorgerecht）は、妻と元夫の共有関係にあった。その子供たちは、放火に合わせて元夫に預けられていた。元夫と子供たちは、放火の計画を知らされていなかった。

まず、本件の地裁は、基本犯の重放火罪に当たる理由として、妻が共同の監護権者でしかなく、子供たちの住居目的を唯一放棄できる者ではなかったことを挙げた。そうすると、子供らが放火に同意していないので、すべての住居者による放棄が欠けるとした。

それに対して、本判決は、結論として妻による子供たちの住居性の放棄を認めた。すなわち、未成年者の住居性は、原則として監護権者（Sorgeberechtigte）の意思が決定的となる。監護権者は、適切な処置や指示により、子供を放火の時点で住宅の外部に確実に滞在させれば、子供の住居性を放棄できる。たとえ子供が放火の計画を知らされず、家屋に住み続けるつもりであっても、その放棄に影響を及ぼさない。なぜなら、家屋を住居として使用し続ける子供の意思は、監護権者の意思によって塗り替えられるからであるとした。

そのうえで、本件の特殊な事情として、元夫との共有の監護権について判断した。すなわち、本件の妻は、建造物の唯一の所有者であり、元夫との離婚と別居によって子供たちの住居を唯一決定する立場にあった。これは、ドイツ民法典1687条1項1文が影響するものではない。⁽⁵⁵⁾ たしかに、

(55) 同条は、監護権の共同行使について、日常的に子供と生活する一方の親は、日常生活の事柄に関する決定権を有するが、子供にとって著しく重要な事柄を決定する場合、他方の親の合意を必要とすると規定している。

同条の「著しく重要な事柄」に居住決定権も含まれるが、子供の具体的な住居を決める際に、他の監護権の同意に基づくことまで包含するものではない。それは例えば、妻が、家屋を売って娘たちと他の住居に引っ越す際に、元夫と合意する必要はないことであるとした。

この判例は、未成年者の住居性を監護権者の意思に基づいて放棄できるとしたものである。また、たとえ監護権を共有していても、日常的に子供と生活する片親に放棄の決定権があるとした。その際の要件として、子供を住宅の外部に確実に滞在させることを付け加えた。そうすると、監護権を有する同居の親は、子供を住宅から引き離すことで放火による放棄が可能となる。

もっとも、本件は放火の後に再度居住する意図であり、また、実際に子供が住居を失う事案ではなかったので、たとえ子供の意思に反してでも、親による放棄が可能なのかは判断されなかった。子供が住居を失う場合の問題が残されたのである。⁽⁵⁶⁾この点は、妻自身の放棄の判断で、自宅の全焼も同意していたと認定した。この意思によれば、子供の住居も完全に失われることになる。そうすると、本判決は、監護権者の意思が子供よりも優先されると判断したといえよう。

ただし、本判決は、子供と生活する監護権者の権利行使の具体例として、他の住居に引っ越す場合を挙げた。この例は、たんに家屋を売り払うだけでなく、新たな住居での生活を予定したものである。家屋の放棄だけではない。そうすると、放火の場合も同様に、子供の新たな住居の確保といっ

(56) この問題について、学説は、子供が事実上として放火された建造物で生活を続けなければならない場合に限り、子供の住居性を認めている。H. Radtke, MK-StGB, Bd. 4, 2006, § 306a Rdn. 18; R. Schlothauer, Anmerkung, StV 2007, S. 587; G. Heine, Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., 2010, § 306a Rdn. 5.

た客観的要素を考慮すべきであろう。

4. 妻の住居性

これまでの事案は、同居者が放火に同意していたように、住居者の放火による放棄と評価できるものであった。この場合は、住居を放棄する意思が認められやすい。ただ、問題はその先にある。住居者の意思を判断要素とする以上は、放火に同意していない住居者の評価に困難を生じる。この限界事例は、被告人と別居した妻の住居性が問題となる。

その連邦通常裁判所1985年4月4日判決（NStZ 1985, 408）の事案は、被告人が妻と息子とともに住んでいた住宅に放火したものである。その妻と息子は、放火の前に近くの両親宅に別居していた。もっとも、妻は、家具と私物を残したままであった。また、毎日1度本件住宅に戻り、被告人への恐れがなくなったら、子供と永住するつもりであった。本判決は、これらの事情から、妻が最終的に住居を放棄していないので、妻らの住居性が認められるとした。

この判例は、住居者が放火に同意していない場合も、住居を放棄する意思で判断したものである。本判決は、簡潔に最終的な放棄をしていないことを理由とした。この点は、妻が家具類を置いていたことや、毎日永住のために出入りしていた客観的事情から裏付けることができよう。

それに対して、連邦通常裁判所2001年5月22日決定（StV 2001, 576）は、妻の最終的な別居の意思に着目した。本件の事案は、被告人が妻と娘とともに住んでいた住宅を別居の絶望から放火したものである。その妻は、深刻な夫婦喧嘩によって娘を連れて両親のもとに家出し、弁護士を通じて自分達の私物を取りに戻ると報告していた。

本決定は、妻が私物を残したまま家出し、後にそれを取りに戻らないうちであったことだけでは住居性が認められないとした。もっとも、本件では、

妻が過去に1度家を引き払い、離婚手続きの開始にまで至っていたにもかかわらず、自宅に戻った事実があった。そのため、本決定は、妻の別居意図が最終的なものであったか、または万が一よりを戻すことが考えられるのかを認定する必要があるとして、重放火罪に当たるとした地裁の判断を破棄して差し戻した。

この判例は、妻の住居性の解除について、別居の意思を重視したものである。この意思が認められれば、新たな住居に移転したことになり、以前の住宅での住居性が失われたと評価できる。そのため、住居者が放火に同意していなくても、生活の中心点を別の住居に移せば、その効果として元の住居性が解除されたといえるであろう。

このように、判例は、放火に同意していない場合でも、住居者による放棄の意思を重視している。そうすると、放火の同意がないので、住居性の継続は容易に認められることになる。もっとも、2001年決定は、新たな住居への移転による解除の方向性を示した。この点は、生活の中心点が新たに生じたことの裏返しとして、元の住居性が解除されたと解しうる。また、この事情は、住居の移転に着目すれば、家具類の運び出しや、移転先の住居での生活といった客観的要素に基づいて判断することも可能であろう。

第2節 学説

1. 住居を放棄する意思

多くの学説は、住居性の意義でみたように、その解除も判例と同様に事実上の終了で判断する。⁽⁵⁷⁾ 住居性が住居者の使用事実によって指定されるの

(57) E. Horn/A. Hoyer, Rechtsprechungsbericht, JZ 1987, S. 976; K. Geppert, Die schwere Brandstiftung (§ 306 StGB), Jura 1989, S. 420; S. Martin, Anmerkung, JuS 1999, S. 406; P. Liesching, Die Brandstiftungsdelikte der §§

で、その裏返しとなる住居性の解除も同様に事実関係に基づく。すなわち、行為時に事実上の人の生活の中心点として使用されていないことである。⁽⁵⁸⁾

この点につき争いはない。⁽⁵⁹⁾この解除の具体例として、判例で追ってきた住居者による放火や、住居者全員が放火に同意した場合等が挙げられている。ここでも判例に倣い、住居を放棄する意思が判断要素に位置付けられており、その意思が放火に先行する必要はなく、放火自体によって同時に現実化することを認めているのである。⁽⁶⁰⁾

とくに学説では、住居性の放棄の判断で、住居者の意思を強調する傾向にある。それは、放棄の意思が通常は私物の運び出しや住居者による放火のように、客観的に明示されるものでなければならないが、必要というわけではない。例えば、住居者が保険金をえるために、共犯関係にない第三者が放火しようとすることに対策を講じない場合も、重放火罪の前提が欠けるという見解にみられる。⁽⁶¹⁾この例では、住居者が放火の同意を表明しておらず、内心として放火に向けられた意思を有しているにすぎない。それにもかかわらず、住居性の放棄を認めるので、住居者の主観的要素を独立して判断するものといえよう。

このように、多くの学説は、住居性の解除を住居者の意思に依拠して判断している。言い換えれば、放火に向けられた意思が必要ではあるが、放

306 bis 306c StGB nach dem Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts, 2002, S. 101; H. Wolff, LK-StGB, 12. Aufl., 2008, § 306a Rdn. 13; F. Herzog, NK-StGB, Bd. 2, 3. Aufl., 2010, § 306a Rdn. 11.

(58) G. Wolters/E. Horn, SK-StGB, Bd. II. 65. Lfg., 2006, § 306a Rdn. 8.

(59) A. Hagemeier/H. Radtke, Rechtsprechungsübersicht, NStZ 2008, S. 201.

(60) T. Fischer, StGB, 58. Aufl., 2011, § 306a Rdn. 4a.

(61) G. Wolters/E. Horn, (Anm. 58), § 306a Rdn. 8; G. Wolters, SSW-StGB, 2009, § 306a Rdn. 8. この場合は、住居者にとって他人所有の客体であれば、第三者が単純放火罪に該当し、住居者が同罪の不作为犯の問題になると思われる。

火の前に住居を放棄する明示的な行動は不要となる。もっとも、ここで重視される住居者の意思は、自身の住居性を放棄したと評価できる事案が対象になる。行為者の妻が家出中のような限界事例ではない。そのため、同居者が放火に同意していない場合に、その意思の欠缺をもって本罪の成立を認めるのかは定かでない。

この見解は、住居者の意思に着目するだけであるが、なかにはその根拠となる危険の観点に触れたものがないわけではない。それは、本罪の危険の対象を2つに区別し、一方は住居者、他方は近隣の住居者に対する抽象的危険と解するものである。⁽⁶²⁾この点は、1975年判決で示されたように、住居者に対する抽象的危険と隣人を含めた訪問者に対する抽象的公共危険の二重構造と解し、住居者による放火で自身に対する危険が欠け、本罪が成立しないと理解するものである。このように解すれば、居住性の開始が住居者のみで判断することに対して、その終了も住居者に依拠する表裏の関係にあるといえよう。

もっとも、同判決が示したように、住居に関連する訪問者の公共危険の観点は、居住性の開始の後追いにすぎない性質ではあるが、その終了時には備わっているものに違いない。そうすると、この残された公共危険は、居住性の解除に伴って断ち切る必要があるのかは検討を要する。とりわけ、本罪の性質を住居者と訪問者に対する危険の並列とするのではなく、両者の複合体と解する場合が問題となる。

2. 公共危険の後退

重放火罪の公共危険を重視した場合、住居者自身による放火といえども、

(62) S. Martin, (Anm. 57), S. 406. So auch H. Kudlich, Anmerkung, JuS 2005, S. 475.

その危険を遮断する必要がある。ライヒ裁判所の1926年判決は、その後
の判例で明確に否定されたものの、放火の前に私物の持ち出しを要求した。
同判決に着目するラトケは、この放火行為に先行する住居性の放棄の明示
的な行動を、行為の公共危険から納得のいく要件であると説く。この「外
見的に知覚できる (außen wahrnehmbar) 行動」は、事実上の住居使用の
解除を特徴付けるものというのである。⁽⁶³⁾

もっとも、ラトケは、この行動の必要性を徹底するのではなく、住居者
自身やその依頼を受けた第三者による放火行為自体を、外見的に知覚でき
る行動と捉える。すなわち、住居からの私物の運び出しは不要とするので
ある。また、その際の住居者の意思について、仮に放火が失敗すれば再び
住むつもりであっても、住居性の放棄は認められるとして意思の重視を受
け入れる。ただし、共犯関係にない第三者の放火を保険金目的で秘かに利
用する場合に限り、住居性の継続を認める。⁽⁶⁴⁾あくまで住居者の意思を判断
要素にするといえども、他者との関係では、意思の表明といった外見的な
明示性を要求するのである。

このように、本罪の公共危険を重視する見解も、住居性の意義として住
居者の使用事実に判断の拠り所を求める以上、その終了もまた住居者に関
わる要素を着眼点とする。ここでも、住居者による自身に対する危険の排
除が根拠になるのである。⁽⁶⁵⁾そのため、住居者自身による放火と評価できる
場合は、判例・通説と同様に、住居を放棄する意思が判断要素となる。もっ
とも、他者との関係の際に、住居者が放火に向けられた意思を表明するこ

(63) H. Radtke, Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998, S. 188; A. Hagemeyer/H. Radtke, (Anm. 59), S. 201.

(64) H. Radtke, (Anm. 56), § 306a Rdn. 15ff.; ders., a. a. O., S. 187f. So auch G. Heine, (Anm. 56), § 306a Rdn. 5.

(65) G. Heine, (Anm. 56), § 306a Rdn. 5.

とといった明示的な事実、つまりは客観的な要素で公共危険の排除を担保しようとするのである。この点で顕著な問題となるのは、住居者を殺害後に放火した場合である。

3. 外見的に知覚できる行動

住居者が放火の前に死んだ場合、住居を放棄する意思が表明されていない。また、住居に関連する訪問者の存在といった不確実性は、住居者の突然の死によって断たれるわけではない。そのため、重放火罪の公共危険性を重視する見解は、たんに住居者を殺すだけで、その性質を併せ持つ住居性の解除が認められないとする。⁽⁶⁶⁾ そのうえで、住居性の解除が認められるためには、死体の搬出といった外見的に知覚できる行動を必要とするのである。⁽⁶⁷⁾

この事例では、死体の搬出が挙げられているだけであるので、本見解のいう外見的に知覚できる行動はわかりづらい。そこで、本見解を理解するうえで参考になる前述の2007年判決の批評をみると、2度目の放火行為時における住居性の解除が、その行動の不存在によって認められないと示されている。まず、同判決の両被告人の行動をおさえておくと、内縁の夫は、2度目の放火の後に、約束通り1階の寝室にいる妻のもとに行った。そこで下着姿になり、火災の突発により目を覚ましたとの印象を持ってもらうために、ベッドに身を置いたものである。⁽⁶⁸⁾ ラトケは、この被害者を装う行動では住居を放棄する意思の表明と評価できないだけでなく、むしろ、住居目的に使用し続ける印象を外見的に与えるというのである。⁽⁶⁹⁾

(66) H. Radtke, (Anm. 56), § 306a Rdn. 16.

(67) K. Geppert, (Anm. 57), S. 420; H. Radtke, (Anm. 63), S. 187.

(68) Vgl. H. Radtke, (Anm. 54), S. 101.

(69) H. Radtke, (Anm. 54), S. 102; A. Hagemeyer/H. Radtke, (Anm. 59), S.

これらの明示的な行動についての言及をまとめると、死体の搬出といった居住していない印象を与える行動が必要となる。つまり、周囲の人々が住居性の解除を感じられる行動である。

しかしながら、死体の搬出や保険業者等を欺くための寝たふりをしないことに、法的な公共危険の遮断効果は認められないだろう。同居人の事案と同様に、近隣に放火の同意をえる行動であるならまだしも、例示の行動を周囲が知覚できても放火まで予測できるものではない。また、住居性の終了とは反対の開始時点として、死体の搬入や居住するとの表明だけで公共危険を担う住居となりかねない。

そのうえ、本見解によると、公共危険の解除として周囲を感じられる程度でよいことになるが、裏を返せば、公共危険は周囲の不安感を内容とするものになる。これでは、公共危険を強調したところで、客観性のない人々の感覚となり、むしろ処罰範囲の拡大を後押しするものである。また、本罪を制限的に解するために、公共危険の観点を住居性の解釈に反映させようとした趣旨を放棄するものといえる。

このように、本見解が目指した公共危険の観点から、住居性の解釈を制限する試みは、必ずしも目的を達成するものとはいえない。むしろ、本罪の処罰範囲を拡大する観点となりうる。そのため、実在する住居者に対する危険の視点から、それに直結する住居者の使用事実を住居性の核に位置付けるべきである。現に建造物の一体性が問題になった連邦通常裁判所 2010 年 1 月 26 日決定 (NStZ 2010, 452) は、本罪の抽象的危険の性質について、典型的に建造物内に滞在する人の生命を危険にさらす行為を処罰するものとした。そうすると、建造物に滞在しうる人、つまりは主として住居者に限定した評価と合致するといえよう。⁽⁷⁰⁾

もっとも、この住居者の使用事実の点に限ると、本見解が解除例として挙げた私物の運び出しが示唆となる。住居性の開始として、日用品の存在による「日常的な」生活を送ることができるだけの性質を要求するならば、その終了も然りである。住居者が住居を放棄する意思がなく、居住の意思をもって家を飛び出したとしても、継続的な生活に必要となる日用品がなければ、建造物で暮らしていくことはできない。たとえ住居者が戻ってきても、それはたんなる滞在にすぎない。それゆえ、この事情は、住居者の主観と独立した要素として、客観的な判断に合致したものと評価できるであろう。

第3節 小括

ドイツでは、住居性の終了を意味する解除について、事実関係に基づいて判断する。これは住居性の意義と一貫した視点である。また、重放火罪の性質として、住居者に対する危険を重視する処罰根拠と合致する。

判例は、この判断要素として、住居者自身による放火を問題とするものであるが、住居を放棄する意思に求めた。1961年判決は、その意思が放火の事実で現実化するとした。また、2007年判決は、放火に向けられた意思や同意があれば、放火の後に住み続ける意思を保留していても構わないとした。この住居者の主観的要素を重視する傾向は、学説で顕著にみられる。それは、放火の同意を示さずとも内心に有することで足りるとの評価である。

この住居者の意思を判断要素とする点は、放火に同意がない同居者でも同様である。もっとも、2001年決定は、被告人の妻の意思として別居意図に着目した。この意思は、たしかに主観的要素であるが、両親宅に居住

(70) Vgl. R. Schlothauer, (Anm. 56), S. 586.

を移転した事実に着目すれば、私物や家具の運び出し、または新たな住居先での生活といった客観的要素に基づいて判断することも可能となる。

この居住の移転に着目することは、新たな住居における住居者の使用事実が評価の対象となる。もっとも、その前段階の行動として、住居性の解除の全般にわたっていえることでもあるが、元の住居からの私物の運び出しを判断要素に取り込む見解が示唆に富む。本見解は、継続的な生活に欠かせない日用品の不存在により、住居性の解除を認めようとするものである。この点は、住居者が居住の意思を有していたとしても、日常的生活を物質的に送ることができない事情に着目するものであるので、客観的な判断になじむといえるであろう。

第5章 現住性の意義と喪失

これまでのドイツの住居性の検討により、その意義と解除を事実上の使用状況に基づいて判断していることが明らかとなった。とりわけ、その根拠となる危険は、公共危険の観点を反映させるのではなく、建造物に滞在しうする住居者に絞ったものである。また、住居者の使用事実の前提として、日常的生活の継続を判断するために、私物の存否を取り込む見解が示唆となる。そこで、これらのドイツからえられた示唆を踏まえ、わが国の現住性の限界要素を検討する。その際には、わが国の現実的な住居用途の多様化に留意する必要がある。

第1節 現住性の意義

1. 起臥寝食の場所

初期の判例は、現住性の意義について、現に人が「住居」に使用しているとの文言に忠実に従い、「事実上の住居使用」を判断基準とした。この住居使用は、一般的に現住所といった生活の本拠を対象とするものである。

つまり、人が日常生活を送る住宅である。

もっとも、社会の新たな労働形態として宿直員が問題になった。この問題は、人の不在時を考えにくい、その他に病院や消防署のように、寝泊まりを伴う夜勤業務に携わる形態にも広がるものといえる。すなわち、夕方に出勤して宿泊したうえで朝方に帰宅し、昼間は自宅で過ごす場合である。これは、通常の会社勤めと真逆の生活行動である。この住宅での生活を鏡に映したかのような、宿直員が使用する宿直室は、生活の本拠ではないが、まさに日常生活が行われる点で一致するものといえる。

そこで、判例は、日常生活の行動に焦点を当てる「起臥寝食の場所」を現住性の意義に据えた。⁽⁷²⁾ この一般的な定義の変更は、現住建造物放火罪の性質である内部に存在しうる人の生命・身体に対する抽象的危険が根拠となる。また、住居が「現在性」と対置された文理から、人の現在していない留守宅が保護されることと同様に、宿直員の不在時にも生活の行動の観点から、その危険が認められるであろう。⁽⁷³⁾

(71) 大判明治44年12月25日（刑録17輯2310頁）参照。なお、旧刑法時の同旨のものとして、大判明治38年8月17日（刑録11輯18巻792頁）、大判明治38年8月24日（新聞300号14頁）。また、学説として、堀田正忠『刑法釋義第三篇・第四篇』（日本立法資料全集別巻178・信山社、2000年復刻〔1885年〕）811頁以下、磯部四郎『改正増補刑法〔明治13年〕講義下巻第二分冊』（日本立法資料全集別巻141・信山社、1999年復刻〔1893年〕）1153頁以下、龜山貞義『刑法〔明治13年〕講義卷之二』（日本立法資料全集別巻252・信山社、2002年復刻〔1898年〕）621頁。

(72) 大判明治45年3月12日（刑録18輯266頁）。

(73) 大判大正2年12月24日（刑録19輯1517頁）、大判大正14年2月18日（大刑集4巻2号59頁）。また、西田典之「放火罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開各論』（日本評論社、1996年）283頁、関哲夫「判批」現刑2号（1999年）55頁、山口厚『問題探究刑法各論』（1999年）228頁以下、山本正樹「放火罪に関する一考察」近法53巻3・4号（2006年）6頁参照。

もちろんながら、判例の事案にみられるように、宿直室での行動が住居での生活と完全に重なるものではない。寝泊まりの程度が仮眠であったり、食事食材の調理の不要な簡易のもので済ましたりすることが考えられるからである。もっとも、この点は、住宅とて同じことがいえる。残業で深夜に帰宅したり、外食で済ませたりすることである。そのため、宿直室での生活様式が住宅よりも簡易なものになるが、未だ住宅の生活の範囲内と評価でき、建造物の内部に滞在しうる人に対する危険が同等に認められるであろう。この点は、多くの学説でも受け入れられており、現住性の意義を「起臥寝食の場所」として日常的に使用していることと捉え、主目的の管理業務に付随する副次的な生活行動で足りると解すべきである。⁽⁷⁴⁾

ただ、生活行動に着目する以上は、どのような活動が現住性の限界要素となるのかが問題になる。⁽⁷⁵⁾ 仮に危険の根拠となる人の滞在の可能性から、長時間の滞在で足りるとすれば、一日の半数を過ごす会社や学校にも現住性が認められてしまいかねない。

(74) 岡田庄作『刑法原論各論』（明治大学出版部、1914年）194頁、瀧川幸辰『刑法各論』（弘文堂、1933年）44頁、高橋敏雄「放火罪の客体・行為および結果」『総合判例研究叢書刑法（24）』（有斐閣、1964年）10頁、木藤繁夫「判解」研修462号（1986年）51頁、関・前掲55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〕』（青林書院、2000年）32頁、星周一郎『放火罪の理論』（東京大学出版会、2004年）303頁。それに対して、宿直室の現住性に否定的な見解として、大場茂馬『刑法各論下巻〔改訂第7版〕』（信山社、1994年復刻版〔1918年〕）75頁以下、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』（有斐閣、1988年）284頁がある。

(75) また、宿直室の一室と建造物全体の関係も問題となる。住宅全体での生活の行動が宿直室では、その一室で行われるにすぎないからである。この点は、一棟の建造物内の一体性が問題となる。また、別棟の建造物との関係が問題になれば、ここでも一体性の問題が生じる。後者の問題は、二重の一体性が生じるので、より制限的な解釈が必要となろう。

2. 日常生活の要素

わが国では、日常生活に該当する現住者の使用事実について、厳密にどのような活動を必要とするのかにまで言及されていない。この点は、「起臥寝食」が寝起きと食事の意味を有するので、これらの活動を前提する一般的な定義で足りるともいえる。もっとも、この定義の意味合いは、建造物での活動によって現住性を満たすというよりも、その活動が転じて包括的に日常生活と捉える点が強いことにかわりはない。

この点は、ドイツでも住居性の意義を事実上の「人の生活の中心点」と解しており、わが国と同様の傾向にある。ただし、その意義だけにとどまるのではなく、一步踏み込んで日常生活の判断要素にまでこだわる姿勢がみられる。それは、規則的な宿泊にさらなる要素を要求することである。たしかに、一部の判例では、週末用や休日用別荘に住居性を付与するために、規則的な宿泊だけで足りるとするものがみられた。⁽⁷⁶⁾しかしながら、多くの判例・学説は、宿泊用途だけの該当性に否定的な方向が示されている。⁽⁷⁷⁾

この付加要素として参考になるのが、ラトケの見解である。ラトケは、公共危険の観点を住居性に反映させる解釈を後退されたものの、生活の「日常性」を判断する要素として日用品の存在を要求する。⁽⁷⁸⁾これは、現住者が建造物で生活を継続していくうえで必須のものとなる。また、この日用品の存在を要求することは、現住性の開始点を判断する際に重要となる。

(76) 連邦通常裁判所1982年4月22日判決 (NStZ 1982, 420), 同1993年11月23日決定 (StV 1994, 241)。

(77) 例えば、連邦通常裁判所1969年7月23日判決 (BGHSt 23, 60), 同1984年7月4日判決 (NStZ 1984, 455), 同2010年4月1日決定 (NStZ 2010, 519) 参照。また、H. Radtke, MK-StGB, Bd. 4, 2006, § 306a Rdn. 26; G. Heine, Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., 2010, § 306a Rdn. 8.

(78) H. Radtke, Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998, S. 181ff.

例えば、引っ越しの際では、荷物を搬入して整理し始めた建造物の使用段階で現住性が認められることになる。このときに現住者の使用事実を特徴付ける寝起きは、入居と同時に行われるものではない。言い換えると、床に就いた段階で初めて現住性が付与されるわけではないのである。⁽⁷⁹⁾そのため、現住性の起点に着目すると、「日常的な」生活を裏付ける日用品の存在は判断要素に取り込むことができるといえよう。

もっとも、ここでの日用品の要求は、あくまで生活の継続性を明確にする要素であり、生活の行動を指し示すものではない。日用品と一言でいっても、入浴やトイレ用品等様々である。そうすると、生活の行動として何を判断要素とするのが定まらない限り、それに伴う日用品の範囲も不明確なままとなる。

結局のところ、日常的な生活に使用する事実を重視することから、生活の基本となる活動に立ち返らざるをえない。すなわち、生きていくうえで根本的な活動である。それはまさに「起臥寝食」の意味する寝起きと食事である。この寝起きに食事を付加することは、生活の基礎となる「衣食住」に合致するといえる。そうすると、これらの活動に不可欠な日用品は、寝具や炊事用具といった生活必需品に限られることになる。また、これらの物品の存在は、入居時といった現住性の開始点に重要な意味をもつので、⁽⁸⁰⁾現住者の使用事実とは別に判断要素に取り込むべきである。

現にこの生活必需品の要求は、判例にもみられる。例えば、最決平成9年10月21日（刑集51巻9号755頁）は、「日常生活に最低限必要なベッド、⁽⁸¹⁾布団等の寝具」と特筆し、その存在を重視している。現住者の使用事実だ

(79) H. Radtke, a. a. O., S. 183.

(80) 只木誠「判研」新報105巻4・5号（1999年）351頁以下参照。

(81) その他に、最判昭和24年6月28日（刑集3巻7号1129頁）、札幌地判平成6年2月7日（判タ873号288頁）にもみられる。

けでなく、それに用いられる設備・備品を示しているのである。もっとも、同決定にみられるように、判例は、寝起きだけの使用事実を限界要素として、寝具だけの存在を重視している。この「寝食」までは必要でなく、「起臥」で足りるとする住居概念の拡張は、使用者に対する危険の観点から根拠付けられるのが問題となる。

3. 規則的な宿泊用途

判例は、いわゆる待合業に使用される建物をかかわきりに、規則的な宿泊⁽⁸²⁾によって現住性を肯定する傾向にある。たとえ調理が可能な設備を備えていても、その利用を伴わない活動に現住性を肯定した判断で顕著にみられ⁽⁸³⁾る。この判断は、現住性の意義を「起臥寝食」や「起居」の場所と表現したとしても、その実質的な意味が日常生活にある以上、住居概念を拡張するものといえる⁽⁸⁴⁾。

この点は、ドイツの議論でみたように、住居性として規則的な宿泊では不十分とすることと対照的である。すなわち、日常生活の観点から、宿泊用途だけの着目に一定の歯止めを要求しているのである。もっとも、ドイツでは、規則的な宿泊用途について、住居と同等に保護される重放火罪の滞在要件に含める点も見逃せない。住居に匹敵するだけの規範の保護目的があると評価しているのである。

それに対して、わが国の現住建造物放火罪では、人の滞りに関わる現住性として、放火時に人が滞在していることを厳格に要求している。ドイツのように、人の不在時でも滞在を常とする期間であればよいというわけで

(82) 最判昭和24年6月28日、札幌地判平成6年2月7日。

(83) 最決平成9年10月21日。

(84) 林陽一「判研」ジュリ1158号（1999年）127頁、関・前掲注(73)54頁参照。

はない。そうすると、規範的な観点から、規則的な宿泊に使用される建造物は、住居と同様に、使用者に対する危険が認められるのが成否の鍵となる。この点は、住居使用から日常的な生活の行動に危険の観点から拡大したが、それにとどまらず、生活の行動の中でも寝起きに絞ることができるだけの実質的な危険の根拠が必要となる。

まず、現実的な観点からすると、住居といえども主に寝起きだけに用いられるものがある。例えば、学校のそばに下宿する学生が、自炊をせずに外食や弁当の購入で食事を済ませ、マンションの一室を寝起きに使用している場合である。この一室は、日常生活の場所だけでなく、生活の本拠とまでいえる。そうすると、規則的な宿泊を住居として保護することは、住居用途の多様性から認める価値がある。

また、寝起きの使用に着目してみると、睡眠に用いられる点が危険の根拠となる。実際に使用者が眠っているときは、たんなる滞在者よりも火災の発見が遅れ、生命の危険にさらされる程度が高い。この場合は、速やかに避難が可能な現在者を超える危険となる。たしかに、睡眠下にある使用者にも現在性が認められることにはかわりはないが、下宿学生のように、いつ何時帰宅してたんなる滞在よりも危険な無防備の就寝の可能性がある。この宿泊用途は、睡眠下の高度な危険に基づき、住居と同様に保護すべき根拠になるといえよう。

そのため、規則的な宿泊使用は、住居用途の現実的な多様性と使用者に対する危険の観点から、いつでも使用者が寝起きに使用できるものに限り、現住性を認めて保護すべきである。この点で、一般的にホテルの宿泊客は、チェックアウトとチェックインの間に客室を使用できない断続性を生じるので、現住性の継続的な使用を満たさないといえるであろう。そうすると、最判昭和24年6月28日は、待合業に使用される離れに現住性を認めたが、利用客と利用客の合間に使用者の不存在の期間が生じることから疑問であ

る。また、仮に現住性を認めたとしても、放火時の晩に1人の客が来て使用していたが、同人が宿泊を予定して一時的に外出していただけでなければ、現住者は被告人だけとなる。すなわち、唯一の現住者による放火として、犯人以外の「人」がいないことから現住性を否定することができるのである。

第2節 現住性の喪失

1. 生活必需品の不存在

現住性の喪失は、その意義を現住者の使用事実に求める以上、その裏返しとして使用事実の終了で判断することになる。⁽⁸⁵⁾この点は、ドイツでも同様である。⁽⁸⁶⁾もっとも、ドイツでは、住居使用に必然的に伴う私物を運び出すことにより、住居性の終了と捉える見解がある。⁽⁸⁷⁾本見解の主眼は、重放火罪の公共危険を遮断する行動の要求にある。この点は、住居者の殺害後に放火した場合、死体の搬出といった外見的に知覚できる行動を要求することが、公共危険の反映として顕著にみられる。⁽⁸⁸⁾

しかしながら、周囲の人々が住居性の終了を感じ取れる行動の要求は、公共危険そのものを周囲の不安感と解することになり、逆に処罰範囲の拡大を後押ししかねず妥当ではない。もっとも、この私物の運び出しは、現

(85) 関・前掲注(73)55頁。

(86) H. Wolff, LK-StGB, 12. Aufl., 2008, § 306a Rdn. 13.

(87) H. Radtke, (Anm. 78), S. 188; G. Wolters/E. Horn, SK-StGB, Bd. II. 65. Lfg., 2006, § 306a Rdn. 8. また、ライヒ最高裁判所1926年3月18日判決(RGSt 60, 136) 参照。

(88) K. Geppert, Die schwere Brandstiftung (§ 306 StGB), Jura 1989, S. 420; H. Radtke, (Anm. 78), S. 187. また、わが国で公共危険の観点を重視する見解として、井上祐司「放火罪」福田平・大塚仁編『演習刑法各論』(青林書院新社, 1983年) 87頁以下、佐久間修「判批」法教212号(1998年) 127頁がある。なお、星・前掲注(74)304頁参照。

住者に対する危険を主たる根拠として、現住性の意義と喪失を現住者の使用事実に求めたとしても、判断要素に取り込むことが可能である。それは、私物の中でもとくに生活に不可欠な必需品が、生活の日常性を判断するものといえる点にある。たとえ生活必需品とともに居住の意思をもって家出したとしても、物質的に日常生活を継続できなければ、現住者の使用状況下にあるとはいえない。したがって、寝具や炊事用具といった生活必需品の不存在は、現住性の開始点と対照的な判断要素と解すべきである。

また、この判断要素は、建造物内に存在するか否かである。現住者の主観的要素と無関係である。そのため、居住の意思を含めた現住者の使用状況と関係せず、独立した客観的要素として判断することが可能となる。この点で、東京高判昭和54年12月13日（東高刑時報30巻12号192頁）の事案では、被告人の妻が大半の衣類や調度品等を運び出していた事情があったので、日常生活に伴う必需品が持ち出したものに含まれていれば、妻の現住性が否定される余地はあったように思われる。

ただし、現実的には同判決の事案のように、夫婦が共同生活を送る住宅での妻の現住性が問題となる。妻が自身の身の回りの物を持ち出したとしても、夫の生活用品は残されたままである。通常の夫婦生活において、妻と夫の私物を明確に区別することなく、共同で使用されている実情を踏まれると、残された物で家出した妻が生活していくことができるともいえる。そのため、現住性の喪失は、現住者の使用状況が途切れたと評価できるのが重要となる。

2. 現住者の使用状況

上記の昭和54年判決は、妻の使用状況に関わる事実として、夫からの一時的な避難とはいえ、夫婦生活の破たん状態までに至っていたことを認定した。つまり、夫婦の共同生活が不可能な状況下である。しかしながら、

一縷の望みといえる一抹のやり直す意思で妻の現住性を肯定した。妻の私物が運び出されていたことと、夫の暴力による離婚を見据えた別居状態でも、妻の居住の意思を片隅まで考慮したのである。この判断は、現住者の使用状況である客観的要素とは別に、主観的要素を独立した要素と位置付けたものといえよう。⁽⁸⁹⁾

しかしながら、同判決が重視した意思の内容は最終的な離婚の意思の確定であり、そこまで考慮してしまうと厳密には居住と関係するものではない。この点は、あくまで現住性が建造物に住んでいるかどうかであり、離婚を決心することと直結するものではない。それは、離婚の前に別居したり、離婚後も同居し続けたりすることが考えられるからである。そうすると、居住の意思の判断で重要となるのは、住まいを移転することで居住しなくなったこと、つまりは別居の意思である。この意思は、夫婦に限らず同居人の場合にも通じるものである。

もっとも、居住の反転となる別居の意思で現住性の喪失を判断するにしても、現住者の主観的な意思を偏重しすぎると、結局は居住の意思が別居の意思と併存していれば、その意思が残存した建造物に危険を認めることになりかねない。例えば、長期間の別居生活でも、居住の意思を保留することで現住性が継続することになる。これでは、日常生活の実体がないところに、人に対する危険ではなく、残留の意思に対する危険で足りることを認めるものといえる。そうすると、現住性の意義自体も居住の意図で足りる波及効果を生じかねず、その意義に客観的な生活必需品の存在或使用事実を要求した点も崩れてしまうことになる。そのため、現住性の喪失も、現住者の使用といった事実的要素を基調とするので、あくまで客観的な事

(89) この評価の方向性について、関・前掲注(73)55頁以下参照。また、ドイツで住居者の意思を重視するものとして、連邦通常裁判所1985年4月4日判決(NStZ 1985, 408)がある。

実で判断し、主観的要素はその状況を判断する一事情にとどまるものと解すべきである⁽⁹⁰⁾。この客観的要素の重視は、平成9年決定の原審までの認定にもみられるものである。

この判断で着眼点となる事実、別居による移転先の住居での生活である。引っ越しといった明瞭な事実がなかったとしても、妻が帰った先の実家で日常生活を開始すれば、そこでの現住性が認められる。その反射的な効果として、元の住居での現住性が薄れることになる。仮に両方の建物を行き来して生活していなければ、日常的に生活している現在進行形の事実は認め難いといえる。多くの事案では、暴力を振るう夫の居住の事実が障害となり、両方の建物での生活は困難と評価せざるをえないだろう。この評価は、家出した妻に別居の責任があった場合であれば、住居から立ち去る原因を自ら招いたので尚更のことである。

したがって、移転先での現住性が発生した効果として、行き来による使用が認められない限り、元の住居の現住性は失われたと評価できるであろう。裏を返せば、家出した妻が一時的な友人やホテルへの避難であれば、そこでの規則的な宿泊といった日常生活を送る使用事実の不十分さから、未だに妻の現住性が継続していることになる。もっとも、この状況下でも、妻に別居の意思があれば、元の住居での居住の意思を放棄したといえるので、その限りで主観的要素を現住性の喪失において考慮してもよいと思われる。

この客観面の重視は、放火行為者の未成年の子供の現住性も同様である。

(90) 井田良「判批」ジュリ臨時増刊1135号（1998年）164頁、清水真「判批」判評477号（1998年）59頁、林・前掲注(84)128頁以下、中谷雄二郎「判解」最判解刑事平成9年度（2000年）221頁。また、前田雅英「放火罪における現住性の意義」刑法の争点〔第3版〕ジュリ増刊（2000年）210頁参照。

たしかに、裁判例は、監護者である両親の意思を重視した。⁽⁹¹⁾ また、ドイツの判例は、子供を確実に放火客体の外部に滞在させることで、監護権者の意思が優先するとした。⁽⁹²⁾ しかしながら、多くの事案は、子供に移転先の住居といった日常生活の可能な場所が存在していたものである。すなわち、子供の現住性の喪失が認められたのは、日常生活の場所が別の住居に担保されていた場合である。そうすると、完全に住居を失う場合にも、監護権者の住居を放棄する意思だけで評価するわけではないといえる。この場合は、子供の居住の指定といった監護権者の義務に反することになるし、⁽⁹³⁾ 客観的に子供の使用事実が残存しているので、子供の現住性が継続していると解すべきである。⁽⁹⁴⁾

第3節 小括

現住性の意義は、現住者の使用事実で判断される。その判断基準は、「起臥寝食の場所」として日常的に使用されていることである。とりわけ、その意味通りの寝起きと食事の活動が判断要素となる。宿直室はそれらの活動を伴うので、住居と同様の危険が認められるといえよう。また、規則的な宿泊だけであっても、下宿学生といった住居用途の多様化と無防備な睡眠下の危険に基づき、使用事実の限界要素に含まれる。この使用事実は、生活必需品を伴うことで日常的な継続性を有すると評価できる。とくにこの物品は、住居性の開始点を判断する要素となる。

(91) 松江地判昭和33年1月21日（一審刑集1巻1号50頁）、福岡高判昭和38年12月20日（下級刑集5巻11・12号1093頁）。

(92) 連邦通常裁判所2007年6月28日判決（NSTZ 2008, 99）。

(93) ドイツ民法典1631条1項に対応するわが国の規定として、民法820・821条参照。

(94) Vgl. H. Radtke, (Anm. 77), § 306a Rdn. 18; G. Heine, (Anm. 77), § 306a Rdn. 5.

これらの判断要素は、現住性の喪失でも同様である。生活必需品を運び出せば、身一つで日常生活を送れるものではない。また、家庭内暴力によって別居するに至れば、移転先での新たな現住性の発生と、元の住居に居住する配偶者の障害により、元の住居の現住性は喪失する。この点は、別居の事実を引っ越しの延長として捉えることができよう。さらに、主観的要素は、別居の意思を有する限りで居住の意思の放棄と評価することができる。それに対して、行為者の未成年の子供、とくに幼児の現住性は、監護者である両親の意思に依拠することになるが、あくまで移転先の住居が確保されている限りで、その喪失が認められるにすぎない。

お わ り に

本稿は、現住性の意義と喪失について、ドイツの議論状況を踏まえて検討してきた。とくにドイツの日常生活から一步踏み込んだ判断要素の明確化と、公共危険の反映よりも現住者に対する危険を処罰根拠として重視すべきことが示唆となった。とりわけ、現住性の意義として、私的な郵便の到着や連絡の通電を判断要素に取り入れられなかった公共危険の後退が参考になった。また、現住性の喪失でも、外見的に知覚できる行動によって終了の明示を要求するとなると、その波及効果として周囲の不安感を公共危険と捉えることになりかねず、逆に処罰範囲を拡大するものといえた。

まず、その示唆を踏まえた結論を述べておくと、現住性の意義は、「起臥寝食」の場所として日常的に使用していることである。この意義は、日常生活の行動に焦点を当てるので、生活必需品の存在と寝起きや食事に使用されている事実が判断要素となる。それに対して、現住性の喪失は、その存在か使用事実のどちらかが欠けていれば足りる。この判断は、両要素を必要とする現住性の意義と表裏の関係にある。

現住性は、現住建造物放火罪の「住居」の文言に合致する住宅であれば

問題を生じない。しかしながら、新たな労働形態として、住宅での生活と真逆の宿直室が問題となった。この宿直室は、警備に付随して生活の行動を伴うものであるが、日常的な活動が行われる点にかわりはない。そうすると、本罪の建造物に滞在しうる人に対する危険の性質から、同様の保護目的が認められる。そこで、住居性の意義を日常生活の行動に焦点を当てる「起臥寝食の場所」と解し、宿直室も保護の対象とすべきである。

ただし、生活の行動に着目する以上は、その活動を明確にしておかなければならない。この点は、起臥寝食の意味する寝起きと食事が、生活の基礎となる「衣食住」に合致するので、両活動が現住性の判断要素となる。また、生活の行動は日常的な継続性を伴うものでなければならないので、寝具や炊事用具といった生活必需品の存在を判断要素に取り込むべきである。この物品は、とくに入居時といった現住性の開始点において、未だ生活の行動を行っていない時点で重要な意味をもつ。この物品の存在と現住者の使用事実の2点を客観的要素として、現住性を判断することになる。

もっとも、現実的な変化として、労働形態だけでなく、住居用途の多様化も生じている。それは、住居を寝起きにだけ用いる場合である。この日常的な寝起きは、たしかに現住性の意義からすると不十分な要素である。しかしながら、生活の本拠とまでいえる住居に違いはない。そのため、人に対する危険の観点から、たんなる滞在よりも危険な状況となる無防備の睡眠下を実質的な根拠として、何時でも使用者が使用できる客体に限定して現住性を認めるべきである。この点は、人に対する危険に基づいて住居を起臥寝食の場所に拡大したが、さらに睡眠時の危険性を考慮して、「起居の場所」に限界要素を求めることになる。その意味で、制限的解釈の後退は否めない。

それに対して、現住性の喪失は、生活必需品の不存在か、または現住者の使用状況の終了で判断することになる。生活必需品は、生活の日常性を

特徴付けるものである。その不存在によって日常生活の継続が途切れたことになる。この点は、居住の意思を保留していたとしても、建造物に存在しない事情が変更されるものではない。そのため、生活必需品の不存在は、現住者の主観的要素と独立した客観的要素として判断することになる。

また、現住者の使用状況は、現住性自体が客観的な使用事実を基調とするので、その喪失も客観的要素に基づいて判断し、居住の意思といった主観的要素はその状況の一事情にとどまるものと解すべきである。この点は、使用状況と居住の意思が、現住者に関わる人的な要素で一括りに捉えることができる。その判断で重要となるのは、移転先の住居での生活である。引っ越しといった明瞭な事実がなかったとしても、新たな住居で日常生活を開始すれば、そこでの現住性が認められる。その反射的な効果として、元の住居と行き来する生活をしていなければ、現住性が失われたと評価できるであろう。

最後に、本稿の結論は、これまでの判例の結論とさほど異にするものではない。とりわけ、最決平成9年10月21日（刑集51巻9号755頁）の事案では、被告人の指示に拘束されず、従業員らが自由に交替で宿泊していた事実により、当該家屋の現住性が認められることになる。もっとも、実際は放火時に沖縄に滞在していたので、現住者に対する危険が現実には生じていない。そうすると、抽象的危険に現実的な危険の発生を要求する制限化を試みれば、本罪の成立を否定する余地がある。この点は、抽象的危険犯の一般論に影響する議論であるので、今後の課題としたい。

Die Bedeutung der Wohnungseigenschaft in der Brandstiftungsdelikte

Yosuke AKIMOTO

Die Eigenschaft eines Gebäudes, zur Wohnung von Menschen dient, wird das Problem von Widmung und Entwidmung. Die Wohnung ist tatsächlich zum Mittelpunkt der menschlichen Lebens gemacht worden. Es kommt darauf an, ob die Widmung für dem regelmäßigen Übernachten genügt. Es handelt sich demgegenüber darum, ob die Entwidmung den gemeingefährlichen Gesichtspunkt erwägen soll. Die Erwägung muss durch eine vor der Brandlegung nach außen wahrnehmbaren Handlung manifest geworden sein.

Die Rechtsprechung und Lehre beurteilen die Bedeutung der Wohnungseigenschaft von dem tatsächliche Dienen zur Wohnung: Der Raum ist tatsächlich zum Mittelpunkt der menschlichen Lebens gemacht worden. Der Grund der Gefahr wird von Unsicherheit verlangt, die der Bewohnern nach Hause kommt, und in derselben aufzuhalten. Bei dem Urteil der Wohnungseigenschaft wird regelmäßiger Übernachten wichtig genehmt. Mann hat jedoch das tägliche Leben als Übernachten gefordert. Neben dem zeitlichen Aspekt einer auf eine gewisse Dauer angelegten Nutzung bedarf es der Hinzuziehung bestimmter Indizien wie dem Verbringen von Gegenständen des täglich Bedarfs und dem Zubereiten von Speisen.

Die Entwidmung der Wohnungseigenschaft wird auch von der tatsächlichen Nutzung als Wohnung geurteilt. Es ist mit Bestrafungsgrund der Gefahr für der Bewohnern übereingestimmt. Die Rechtsprechung zeigte, daß der Willensentschluss zur Aufgabe der Wohnung muss nicht durch eine vor der Brandlegung nach außen erkennbar gewordene Handlung manifest geworden sein. Einige Lehre fordert demgegenüber einen deutlich wahrnehmbaren Akt, wie eine Leiche schon aus dem Gebäude entfernt hat. Er nimmt den Akt an, daß die Absperrung der Gemeingefährlichkeit bringt. Diese Forderung macht aber die Gemeingefähr dem unbestimmten Begriff.

Deshalb der Beitrag **fängt** diesem Diskurs in Deutsch an, und das Kriterium in Japan untersucht. Ich will dabei den Blick auf das Kriterium zum Mittelpunkt der menschlichen Lebens richten.

論

Einleitung

I . Die Widmung der Wohnungseigenschaft in die Rechtsprechung

説

1. Das tatsächliche Dienen zur Wohnung
2. Die Räumlichkeit als Mittelpunkt menschlichen Lebens
3. Die Bedeutung des Mittelpunkt menschlichen Lebens
4. Zusammenfassung

II . Die Entwidmung der Wohnungseigenschaft in die Rechtsprechung

1. Der Wille des Bewohnern
2. Die Wohnungseigenschaft der Minderjährigen
3. Der Wille des Bewohnen
4. Zusammenfassung

III . Die Widmung der Wohnungseigenschaft in Deutsch

1. Die Rechtsprechung
2. Die Lehre
3. Zusammenfassung

IV . Die Entwidmung der Wohnungseigenschaft in Deutsch

1. Die Rechtsprechung
2. Die Lehre
3. Zusammenfassung

V . Die Widmung und Entwidmung der Wohnungseigenschaft

1. Die Widmung der Wohnungseigenschaft
2. Die Entwidmung der Wohnungseigenschaft
3. Zusammenfassung

Schlußbemerkung