

住居侵入罪における承諾意思の「顕在的対立」について

関 哲 夫

目次

- 一 はじめに
  - 1 承諾意思の対立の類型
  - 2 本稿の課題
- 二 「夫婦間事例」に関する学説・判例
  - 1 問題状況
  - 2 学説
    - A 肯定説
    - B 否定説
    - C 区分説
  - 3 判例
- 三 学説・判例の検討
  - 1 検討の視点
  - 2 学説の検討
    - A 保護法益レベルでの考慮

住居侵入罪における承諾意思の「顕在的対立」について（関 哲夫）

- B 利害調整的な考慮
- C 刑事政策的な考慮
- 3 判例の検討
- 四 私 見
- 1 住居侵入罪の問題軸
- 2 承諾意思の顕在的対立
- 五 終わりに

## 一 はじめに

### 1 承諾意思の対立の類型

住居侵入罪に関する問題領域の一つとして、「承諾意思の対立」の問題がある。すなわち、複数存在する居住者の一部は行為者の立入りを承諾しているが、他の居住者が現に拒絶しているか、あるいは、拒絶していると推定される場合に、その立入り行為は住居侵入罪を構成するかという問題である。

私見によれば、この「承諾意思の対立」の問題は、さらに二つの類型に分けて考察するのが有益である。第一は、現在する複数の居住者の意思が現実に対立する「顕在的対立」の類型であり、具体的には、現在する複数の居住者の一部は現に立入りを承諾しているが、現在する他の居住者は現に立入りを拒絶している場合をいう。第二は、現在する居住者の意思と不在の居住者の意思とが対立していると推定される「潜在的対立」の類型であり、具体的には、現在する居住者は現に立入りを承諾しているが、不在の居住者は立入りを拒絶するであろうと推定される場合、あるいは、

は、これとは逆に、現在する居住者は現に立入りを拒絶しているが、不在の居住者は立入りを承諾するであろうと推定される場合をいう。

### 2 本稿の課題

これまで学説においては、承諾意思の対立について「潜在的対立」の問題が検討されることが多かった。しかも、この「潜在的対立」を考察する事例に関しては、判例においてもしばしば扱われてきたこと<sup>(1)</sup>もあって、いわゆる姦婦事例、すなわち、夫の不在に乗じその妻と情交を結ぶ目的をもって妻の承諾を得てその住居に立ち入った相姦者の行為につき住居侵入罪の成否を問題とする事例、が議論されてきた。私も別稿において、この承諾意思の「潜在的対立」の問題を考察し、私見なりの結論を提示した。<sup>(2)</sup>

しかし、承諾意思の対立の問題はむしろ「顕在的対立」の方が先鋭的といえる。

本稿は、居住者の承諾意思の「顕在的対立」の問題を検討するものである。その際の具体例として次のような事例を設定し、これを「夫婦間事例」と称することにする。

〔例〕現在する夫婦のうち妻が行為者の立入りを現に拒絶しているにもかかわらず、行為者が、夫の承諾を得て夫と情交関係を結ぶ目的でその住居に外見上穏やかに立ち入った。

この「夫婦間事例」の特徴をまず確認しておきたい。この事例は、第一に、複数の居住者は夫婦関係にあり、互いに対等・平等の立場の居住者であること、第二に、夫婦二人が住居に現在し、夫は立入りを現に承諾し、妻は立入りを現に拒絶しており、居住者の意思が明らかに対立していること、さらに第三に、行為者の立入り目的は夫と情交関係を結ぶことにあること、そして第四に、行為者の立入りは、通常の来客と同じように外見上穏やかな態様であるこ

と、を特徴とする。

本稿は、とりわけ狭義の住居における承諾意思の「顕在的対立」の問題を、「潜在的対立」の問題を考察したときと同様、住居侵入罪の「保護法益」の問題との関連性を意識しながら検討しようとするものである。

検討の順序としては、まず「夫婦間事例」に関する学説および判例の状況を概観し、次に、検討視点を広げ、承諾意思の「顕在的対立」の問題一般を念頭において学説および判例を検討し、それらを踏まえて私見を述べることにする。

(1) 戦前のものとして、大判一九一八(大正七)・一二・六刑録二四・一五〇六、大判一九三八(昭和一三)・二・二八刑集一七・一二五、大判一九三九(昭和一四)・一二・二二刑集一八・五六五、東京控訴院判一九三二(昭和一七)・一二・二四刑集二一・付録一〇四、戦後のものとして、名古屋高判一九四九(昭和二四)一〇・六高等裁判所刑事判決特報一・一七二、福岡地裁小倉支部判一九六二(昭和三七)・七・四下刑集四・七〃八・六六五、尼崎簡判一九六八(昭和四三)・二・二九下刑集一〇・二・二二一参照。

(2) 関哲夫「住居侵入罪における承諾意思の『潜在的対立』について」下村康正先生古稀祝賀『刑事法学の新動向上巻』(一九九五年)四五七頁以下参照。

## 二 「夫婦間事例」に関する学説・判例

### 1 問題状況

行為者の立入り行為について、複数現在する居住者のうち一部の者は立入りを現に承諾しているが、他の現在者が立入りを現に拒絶している場合、それは、複数存在する居住者の意思が「顕在的に」対立する場合であると考えこ

とができる。具体的には、先にあげた「夫婦間事例」、すなわち、現在する夫婦のうち妻が現に行行為者の立入りを拒絶しているにもかかわらず、行為者が、現在する夫の承諾を得て夫と情交関係を結ぶ目的でその住居に外見上穏やかに立ち入ったという事例をあげることができる。つまり、この事例は、住居に現在する夫の現実の意思と妻の現実の意思とが「顕在的に」対立している場合と特徴づけることができるのである。

この「夫婦間事例」を軸にして学説・判例を分類した場合、大別して、住居侵入罪の成立を肯定する説(肯定説)、否定する説(否定説)、および居住形態・居住領域に応じて分けて考察する説(区分説)が存在する。

以下、住居侵入罪の保護法益ないし侵入概念に関する学説・判例の考え方を紹介しながら、「夫婦間事例」に関するそれらの結論と根拠を概観していき<sup>(1)</sup>たい。

(1) 住居侵入罪の保護法益、侵入概念に関する学説状況、各論者の見解の内容・特徴等については、関哲夫『住居侵入罪の研究』(一九九五年)一五一頁以下参照。

### 2 学説

#### A 肯定説

##### (1) 住居平安権説

植松正氏は、「支配権的意味をも含めて、住居の平安を害せられないという自由が保護法益である。それを単に『自由』と呼ぶか『自由権』と呼ぶかは、用語の問題にすぎない<sup>(1)</sup>」と論述したうえで、「侵入罪は居住者の意志に反して立ち入ることによって成立する<sup>(2)</sup>」とし、侵入概念について意思侵害説に立つことを明らかにする。そして、この住

居平安権は居住者全員が平等に有するのであり、住家に複数の共住者がいる場合は、共住者全員の承諾が必要である<sup>(4)</sup>として、その根拠を次のように論述している。

「共有物の窃取は共有者全員の権利を害する窃盗行為であるやうに、共同住居への侵入行為は共住者全員の住居平安権の侵害である。共有物の窃盗において共有者の一人が承諾しても、それは窃盗罪の成立を妨げぬと同様に、共同住居への侵入は、共住者の一人の承諾によりただちに違法性を阻却するものでない。原則は飽くまで全員の承諾を要求する。」<sup>(5)</sup>

## (2) 住居平穩説

① 家族的住居平穩説 小野清一郎氏は、承諾意思の「潜在的对立」であるいわゆる姦婦事例については論述しているが、承諾意思の「顕在的对立」ないしその具体的事例である「夫婦間事例」については直接言及していない。しかし、小野清一郎氏は、「住居侵入の罪は、個人の生命、身体、自由等に対する犯罪とは其の趣を異にし、純粋に個人的法益に対する侵害ではなく、家族全体の法益を侵害するもの」であるとし、家族的住居平穩説を主張している。小野清一郎氏によれば、「住居の平穩は、住居者の承諾によって処分される法益ではない。」<sup>(7)</sup>であり、「今や専ら家族的法益としての住居の平穩という如きものの保護を考ふるとすれば、たとへ其の家族の一員の許諾を得て公然立ち入ったとしても、其が全体としての家族生活即ち一家の生活の場としての住居の平穩を破る如き場合には、やはり侵入であると謂はなければならない。」<sup>(8)</sup>のである。すなわち、小野清一郎説においては、本罪における「侵入」とは「一家の生活の場としての住居の平穩を破るやうな仕方において立ち入ること」であるが、すでに指摘したように、その場合の平穩概念および侵入概念が抽象化・理念化されているため、事実状態・事実関係としての「住居平穩」の侵害から、観念的な制度理念としての「家族生活の信義」・「家族生活の平穩」の侵害に至るまで広範な内容を包摂で

きるものとなっているのである。しかも、小野清一郎説にあつては、行為は「本来主観的・客観的両面をもった一つの具体的過程」であり、「行為の目的、動機其の他主観的状态が行為そのものの違法性を決定する要素である」<sup>(10)</sup>ことを認める。したがって、「住居者の承諾があるときは、通常故なく侵入するものとはいへない。しかし、住居者の承諾があることは必ずしも行為の違法性を阻却するとは限らない。例へば、強盗の目的で、しかし何か用事があるやうに装って承諾を得て入るのは、故なき侵入である……。姦通の目的で人の住居に立ち入るのも、故なき侵入である」<sup>(11)</sup>ということになる。

② 事後的住居平穩説 大塚仁氏は、住居侵入罪の保護法益は「事実としての住居の平穩」<sup>(12)</sup>であり、侵入とは「居住者・看守者の意思または推定的意思に反して、他人の住居等に立ち入ること」<sup>(13)</sup>とし、侵入概念について主観的平穩侵害説を主張している。<sup>(14)</sup>そして、複数の居住者の承諾の問題について、次のように論述している。

「同一の住居で共同生活を営む複数の居住者の承諾に関しては、その居住者としての地位が問題となる。すなわち、各居住者が、夫婦や成人の家族同士のように、平等の立場にあるときは、有効な承諾は、それら全員の意思ないし推定的意思に適ったものであることが必要である。」「夫婦の共同生活の場である住居の平穩は、夫婦に共同のものであるから、夫婦の一方が他方に代わってそこへの立入りを承諾しうるのは、他方の意思に反しない場合でなければならぬ。」「夫婦の一方のみの承諾によって、その住居への立入りが罪にならないのは、他方の承諾も推定される場合のほか、別居中であるとか、長期間不在であつて、事実上その住居の平穩についての共同の利益を欠いている場合に限られるべきである。」<sup>(15)</sup>

## (3) 新住居権説

① 支配自由権的住居権説 江家義男氏は、住居侵入罪の保護法益は「個人がその住居において私生活の平安



を享有し得ること」という「住居権」であり、これは「一種の自由権」であるが、「住居という一定の場所に対する事実上の支配と結びついたもの」であるから、「支配権と自由権との結合した特殊の権利」であり、「その場所に住居するすべての者がこれを有する」とする。<sup>(16)</sup> また、侵入概念については、「本罪は、住居者の個人的法益を害する犯罪であるから、住居権者の承諾があれば成立しない」と論述し、意思侵害説に立つようであるが、具体的な事例において必ずしもこの立場を貫徹しているわけではない。<sup>(18)</sup> そして、夫婦が共同生活をしている場合の承諾の問題について、次のように論述している。

「住居権は、住居者のすべてがこれを有するのであるから、例えば夫婦が共同生活をしている場合には、夫も妻も住居権者であり、しかも、その権利は平等なものと解しなければならない。」「妻の承諾があっても夫の承諾がない以上、夫の住居権は侵害されるわけであるし、また夫婦の住居権はその共同生活を維持するために行使さるべきものであるから（憲二四条参照）、姦通の目的でこれを行行使するのは、権利の正当な行使ではなくて濫用である。これは夫婦の相互についていい得ることである。」「もっとも、夫婦が別居生活をしている場合とか、その一方が永年の不在で住居者と認めがたい場合は別論である。」<sup>(19)</sup>

② 許諾権的住居権説 内田文昭氏は、住居侵入罪の保護法益は他人の立入りを認めるか認めないかの自由（住居権）であり、侵入は「住居権者・管理者の意思に反して行われなければならない」とし、意思侵害説を支持する。そして、複数の住居権者が存在する場合の承諾の問題について、次のように論述している。

「複数の住居権者（たとえば夫婦）が存在する場合の『意思』をどう考えるかという問題」について、「理論的には、一方の住居権者は、自己の権利の範囲内で、自由な意思決定が可能であるということになるが、通常は、他方権利者の明示・黙示の同意（承諾）をえて、かつ、その限度で、客を招待するなどの態度にでるであろう。しかし、

たとえば、妻と姦通する目的で共同生活の場にたち入る者を、夫が同意するなどということは通常考えられないし、また、そこまで夫に受忍を期待することはできないであろうから、いわゆる『姦通目的でのたち入り』は、この面で住居侵入罪を構成することになる。<sup>(21)</sup>」

また、林幹人氏は、住居侵入罪の保護法益は「一定の領域に他人を立ち入らせることについての自由、すなわち、住居権・領域権」であり、侵入とは「住居権者の意思に反して立ち入ること」とし、意思侵害説を支持する。<sup>(22)</sup> そして、住居権・領域権の帰属について、次のように論述している。

「例えば、妻の同意を得て、ある男がこれと姦通するために住居に立ち入った場合、住居侵入罪が成立するであろうか。」「現憲法の下では、妻が夫と平等の住居権をもつことは疑いがない。」「学説上は、複数の住居権者がいる場合、だれか一人の同意があれば、本罪は成立しないという見解が有力である。しかし、妻の不倫の相手が住居に立ち入ろうとしているときに、夫はそれを堪え忍ばなければならない、あるいは、立ち入った後の不倫を黙認しなければならぬというのは不当と思われる。単に夫の好かない妻の友人が立ち入ろうとする場合とは異なり（その場合は夫の住居権を制限してよい）、この場合、夫の住居権には法の保護が与えられるべきである。」<sup>(23)</sup>

③ 管理支配権的住居権説 毛利晴光氏は、住居侵入罪の保護法益について、「住居者がその住居内を意思どおりに自由に管理支配すること、あるいは管理支配の自由である」として、管理支配権的住居権説<sup>(24)</sup>を支持し、侵入概念について意思侵害説に立ちつつ、複数の居住者が存在する場合の承諾の問題について、次のように論述している。

「本来的には、全員の承諾が必要であると考えるべきであるが、住居者間に立入りについて利害の対立がある場合には、別異に解すべきであろう。ただし、このような場合、全員の承諾が必要であるということになると、立入りを承諾する者の自由・意思の保護に欠けることになるからである（かといって、立入りを承諾しない者の自由・

意思も考慮しなければならず、一人の承諾さえあればよいということにもならない。個々の事案に応じ、どちらの利益を優先させるかを考えて決めるべきであろう。例えば、推定的な承諾・不承諾より現実の承諾・不承諾の方が効果が強いといえるから、不在者の意思よりも現在者の意思を優先して考えてよい<sup>(25)</sup>。しかし、「夫が妻と共に住居にいて、姦通目的の男に立入り拒否の意思を明示したのに、男が妻の承諾を奇貨として立ち入った場合」、住居侵入罪の成否は、「夫と妻の利益のどちらを優先させるかで結論が変わることとなる<sup>(26)</sup>」が、「立入りの目的を考えると、夫の利益を優先させるべき事案に思われる」。

#### (4) 総合説

大谷實氏は、住居侵入罪の保護法益は「人が現に住居などを平穩に管理支配している状態を権利として保護する」ものであり、それは「住居等の一定の場所を管理支配する権利——管理支配権または住居権」であるとしており、総合説的な傾向を示している。そして、侵入とは「住居・邸宅・建造物・艦船の管理支配権者、すなわち住居については居住者、邸宅・建造物・艦船については看守者の意思または推定的意思に反して立ち入る行為をいう」とし、侵入概念について意思侵害説を支持する<sup>(27)</sup>。その点では、総合説的な指向は緩和されている。そして、大谷實氏は、同意権者の問題について次のように論述している。

「住居権は、既述のように住居に対する平穩な管理支配という事実に基づく権利であるから、住居権は居住者のすべてが平等に享有するものであって、家父長的な立場の者がこれを独占する……といった性質のものではない。同意能力が認められる限り、未成年者であっても独立して有効な承諾を与えることができる。かくして、共同生活を営んでいる場合、他の居住者の推定的同意が得られるかどうかは、同意の有効・無効とは関係がないと解すべきである……。ただし、住居権の行使が他の居住者の住居権を侵害する場合には、その範囲で、同意の効力が制約を

受けることは勿論である。例えば、現に住居を占居している他の居住者が立入り拒否の意思を示している場合には、その者の住居権を侵害することになるから、同意は無効と解すべきである。」妻の同意を得て姦通の目的で姦夫がその住居に立ち入る行為が侵入に当たるかについて、「その同意が夫の住居に対する管理支配権を害する場合、例えば、夫の居る住居に、夫の意思に反して妻が姦夫を引き入れるような場合には、夫の住居権の侵害となるから住居侵入に当たると解すべきである<sup>(28)</sup>」。

同じく川本哲郎氏も、住居侵入罪の保護法益は「住居の平穩な利用・管理権」であり、侵入とは「居住者の意思に反する立ち入り<sup>(29)</sup>」と解する立場から、居住者が複数存在する場合の承諾意思の問題について、次のように論述している。

「同一の住居内に複数の者が居住している場合は、複数の居住者が同時に住居内に存在していて、その中の一人が拒否の意思を示しているときに立ち入れば、住居の平穩な利用・管理権の侵害があるわけであるから、住居侵入罪が成立する<sup>(30)</sup>」。

(1) 植松正『再訂刑法概論Ⅱ各論』(一九七五年)三二〇頁。

(2) 植松正・注1文献・三二三頁。

(3) 植松正「住居侵入罪における法益・承諾・目的」日本大学・日本法学四巻六号(一九三八年)五五頁。なお、植松正・注1文献・三二五頁参照。

(4) 植松正・注3文献・五七頁。

(5) 植松正・注3文献・五七頁。

(6) 小野清一郎「住居侵入罪の本質と構成要件」刑事判例評釈集第五卷(一九四九年)三〇三頁。

(7) 小野清一郎「住居侵入罪と住居者の承諾」刑事判例評釈集第八卷(一九五〇年)三〇四頁。

- (8) 小野清一郎・注6文献・三〇四頁。
- (9) 関哲夫『住居侵入罪の研究』(一九九五年)一六五～一六八頁、二〇七～二〇九頁参照。
- (10) 小野清一郎「住居侵入と妻の承諾——主観的違法要素」刑事判例評釈集第二卷(一九四二年)二七九頁、小野清一郎・注7文献・三〇五頁参照。
- (11) 小野清一郎『刑法概論』(増補版・一九五六年)二八九頁。
- (12) 大塚仁『刑法概説(各論)』(第三版・一九九六年)一一〇頁および同頁注一。
- (13) 大塚仁・注12文献・一一六頁。
- (14) 侵入概念についての太塚仁氏の見解を「意思侵害説」ではなく「主観的平穩侵害説」に分類するのが適切であるという点については、関哲夫・注9文献・一六八頁以下、二〇九頁以下参照。
- (15) 大塚仁・注12文献・一一八～一九頁参照。
- (16) 江家義男『刑法各論』(増補版・一九六三年)二三四～二三五頁参照。
- (17) 江家義男・注16文献・二三七頁。
- (18) 江家義男氏は、「住居の平安」を害する性質の行為をする目的、例えば家屋汚損の目的、強盗殺人の目的、あるいは、暴行の目的で立ち入った場合、「侵入者に違法の目的があり、住居者の意思に反するから違法である」と考えることもできるが、しかし、詐欺の目的で住居に入ったような場合には、その目的は違法であり、住居者の意思に反するけれども、これを直ちに住居侵入罪に問うわけにはいかない(江家義男・注16文献・二三七頁、二三八頁注五)と論述しており、居住者の意思の要素だけでなく、平穩侵害の要素も考慮していることがうかがえる。その意味で曖昧であるし、総合説的な傾向も示している。
- (19) 江家義男・注16文献・二三八頁、二三九頁。
- (20) 内田文昭『刑法各論』(第三版・一九九六年)一七一～一七四頁参照。
- (21) 内田文昭・注20文献・一七四頁。なお、同じく許諾権的住居権説の立場から、端的に、「住居権者全員が住居等に現在している場合は、全員の承諾が必要であることは明らかであろう」とする論者もいる。井上大「住居侵入罪の問題点」阿部純二ほか編『刑法基本講座六巻』(一九九三年)一六二頁参照。

- (22) 林幹人『刑法各論』(一九九九年)一〇二頁、一〇七頁。林幹人氏は、「住居権説」よりも「領域説」「領域権説」という表現の方が適切であるとする。林幹人・同文献・一〇四頁参照。
- (23) 林幹人・注22文献・一〇四～一〇五頁。なお、林幹人「住居侵入罪」法学セミナー四〇三号(一九八八年)一一六頁以下参照。
- (24) 毛利晴光「住居ヲ侵ス罪」大塚仁『河上和雄』佐藤文哉編『大コンメンタール刑法七巻』(第二版・二〇〇〇年)二六六頁。
- (25) 毛利晴光・注24文献・二九〇頁。
- (26) 毛利晴光・注24文献・二九二頁。
- (27) 大谷實『刑法講義各論』(新版・二〇〇〇年)一二四頁、一二九頁参照。現在の大谷實氏の見解を「総合説」に分類することについては、「むしろ、純粹な新住居権説ではないのか」という疑問が生じるかもしれない。この点について詳述する余裕はないが、確かに大谷實説は、「新住居権説」へと重点を移行させていることは疑いがない。しかし、大谷實説は、そもそも許諾権的住居権説である平野龍一氏の見解の問題点を指摘し、管理支配権としての側面を強調する形で主張されたこと、さらに、許諾権という自由権の背後にある「管理支配権」と、住居等の利用・管理の「平穩な状態」とを総合するものとして「住居等の平穩な利用・管理権」という法益概念を提示していることからすると、やはり「総合説」の立場を完全に清算したということはできないように思われる。

- (28) 大谷實・注27文献・一三一～一三二頁。
- (29) 川本哲郎「住居侵入罪の保護法益と『侵入』の意義(2)・完」京都学園法学一九九三年二『三』号六九頁。
- (30) 川本哲郎・注29文献・六九頁。なお、以上の大谷實氏および川本哲郎氏の見解を「総合説」に分類した点を含め詳細については、関哲夫『住居侵入罪の研究』(一九九五年)一九二頁以下、二三四頁以下参照。

## B 否定説

### (1) 事象的住居平穩説

住居侵入罪における承諾意思の「顕在的対立」について(関 哲夫)



福田平氏は、住居侵入罪の保護法益は「住居等を事実上、利用、支配している状態そのもの」、「端的に、住居における平穩」であり、侵入とは「住居の平穩を害するような態様で立ち入ること」<sup>(1)</sup>をいい、「行為が侵入行為であるかどうかは、その行為が住居の平穩を害する態様のものであるかどうかによって決定されるべきである」<sup>(2)</sup>とし、客観的平穩侵害説を主張している。そして、複数存在する居住者の承諾の問題について、次のように論述している。

「住居内における共同生活者はすべて、住居者として、住居の平穩を保護さるべき利益をもつから、承諾をなしうるものと解すべきであろう。もっとも、ここから、ただちに、住居者の一人の承諾があれば他の住居者の意思に反しても、住居侵入罪は成立しないとか、あるいは、逆に、住居者全員の承諾がなければ住居侵入罪が成立するというわけのものではない……。立ち入り行為が『侵入』といえるかどうかは、その行為が住居の平穩を害する態様のものであるかどうかによって決定されるべきもので、住居者の承諾の有無はその判断の資料にすぎないものだからである。」<sup>(3)</sup>

## (2) 許諾権的住居権説

平野龍一氏は、住居侵入罪の保護法益は、「住居権」すなわち「住居その他の建造物を管理する権利の一内容として、これに他人の立入りを認めるかいなかの自由」であり、これは、「自由権の一種だといってよいが、プライバシーの権利とも密接に結びついている」<sup>(4)</sup>と性格づける。また、「住居侵入罪は、住居権者の意思に反して侵入する罪であるから、住居権者の同意があれば成立しない。」<sup>(5)</sup>とし、侵入概念について意思侵害説を支持している。そして、住居権・許諾権の帰属について、次のように論述している。

「住居権とは、民法上の所有権あるいは占有権をいうのではなく、事実上の自由ないし支配をいうのである。家庭の場合は、家族の全員が住居権、許諾権を持っているといわなければならない。そこで、家族の構成員のあいだ

で、意思がくい違った場合どういうことになるのか、という問題がおこる。『居住者全体の平穩』ということが保護法益だとすると、全員の許諾が必要だということになるであろう。しかし、各自が許諾権を持つのであって、一人（幼少の子供は別として）が許諾すれば、侵入にはならないとすべきである。例えば、子が、親の反対を押し切って恋人を部屋に招き入れても、侵入にはならない。」<sup>(6)</sup>

また、町野朔氏は、「住居侵入罪の保護法益は、住居におけるプライバシーに由来する、居住者が自己の住居に他人の立ち入りを拒む権利として理解すべき」であり、「法益の主体である居住者の承諾の有無が被害者の承諾として決定的な意味を有することを認めなければならない」<sup>(7)</sup>とする。そして、承諾権者が複数いる場合について、次のように論述している。

「一つの住居内でのプライバシーは、居住者全員が享有する利益である」が、「他の居住者との間で共有され彼らの意思との関係で制限された利益である」ので、「一人の居住者の意思が住居への立ち入りを容認するときは、他の者は利益を失なうと考えるべきであろう。」「これは、信書開披罪（刑一三三条）において、信書が受信人に到達したのちは、発信人も受信人も信書の秘密についての利益を有するが……、どちらか一方の同意があれば同罪が成立しない……のと同じ関係にあるといえる。」<sup>(8)</sup>

さらに、平川宗信氏は、「住居侵入罪を住居のプライバシー保護のためのものと解する立場」から、その保護法益を、「住居のプライバシーとしての『住居に関する支配・コントロール』すなわち『自己の住居に誰を入れ、滞留させるかを決定する利益』と解する。」「ただし、個人の住居のプライバシーは絶対的で、誰を入れるかを自由に決定できると解されるのに対して、建造物の秘密領域性は絶対ではなく、建造物管理権には建造物の性質に応じた限界があると解される。」<sup>(9)</sup>とする。また、侵入概念について、「居住者の意思に反する立入り」として意思侵害説を支持するが、



「官公署・百貨店・駅などの公共建造物については管理者の支配・コントロールが制約されるから、管理者の意思に反して立ち入った場合であっても、それが制約をこえた不当なものであるときは、管理者の意思は無効であり、『侵入』にはあたらないと解すべきである。」<sup>(10)</sup>と論述して、新住居権説の立場から制約原理を導入する、いわゆる柔らかい二元説を主張している。<sup>(11)</sup>そして、夫婦など対等の共同生活者の同意の問題について、次のように論述している。

「夫婦など対等の共同生活者の間では、一人の同意がある場合には、他の者が不同意であっても、『侵入』にはあたらなと解すべきであろう。」「共同生活者間の意思の食違ひは、共同体の内部問題である。一人の許諾を得て立ち入った者を処罰するのは、共同体への刑法的介入であり、適当でない。」<sup>(12)</sup>

(1) 福田平『全訂刑法各論』(第三版・一九九六年)二〇三頁、二〇五頁。

(2) 福田平・注1文献・二〇六頁。なお、福田平『注釈刑法(3)』(一九六五年)二三五頁、二四四頁参照。

(3) 福田平・注2文献・二四四頁。なお、同じく「事後的住居平穩説」に立ちながらも、侵入概念について「主観的平穩侵害説」に立っていると思われる河上和雄氏が、「夫の不在中は、妻が承諾する限り住居の事実上の平穩は害されないということになるうし、夫がいても同じ結論になるう。」(河上和雄『捜査官のための実務刑法』(一九八一年)一二九頁)と論述しているのが注目される。

(4) 平野龍一『刑法概説』(一九七七年)一八二頁。

(5) 平野龍一・注4文献・一八四頁。

(6) 平野龍一「住居侵入について」警察研究五七巻七号(一九八六年)九〇一頁。ただ、平野龍一氏はまた、同じ論稿の中で、いわゆる姦婦事例について、「現に夫がいて拒否しているのであれば別であるが(ドイツの判例の事例は、夫がいて退去を要求した場合であった)、許諾は事実的なものであるから、夫が不在である場合は、妻の許諾があれば侵入にはならないであろう。」(傍点引用者)とも論述しており、氏の立場が不鮮明になっている。平野龍一・同文献・一〇頁参照。さらに、平野龍一・注4文献・一八三頁、平野龍一「刑法各論の諸問題」4「法学セミナー」二〇一号(一九七二年)六八頁参照。

(7) 町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究2』(一九八一年)二二一―二二二頁参照。

(8) 町野朔・注7文献・二二二頁、二二三頁。

(9) 平川宗信『刑法各論』(一九九五年)二四五頁。

(10) 平川宗信・注9文献・二四八頁。

(11) 新住居権説の立場から制約原理を導入する、いわゆる柔らかい二元説の問題点については、関哲夫『住居侵入罪の研究』(一九九五年)二一五―二二八頁、二三六―三三九頁、関哲夫「多元的保護法益論の有効性と課題」刑法雑誌三八巻三号(一九九九年)一二―一四頁参照。

(12) 平川宗信・注9文献・二四八頁および同頁注39。

## C 区分説

### (1) 許諾権的住居権説

西田典之氏は、住居侵入罪の保護法益は「住居に対する事実上の支配・管理権すなわち、誰を立ち入らせるかの自由である」として、住居権説を支持し、侵入とは「住居権者(居住者・看守者)の意思に反して、住居等に立入ること」であるとし、侵入概念について意思侵害説を支持する。<sup>(1)</sup>そして、住居権者が複数いる場合の同意の問題について、次のように論述している。

「住居権とは、事実上の支配・管理をいうのであるから、居住者は原則として平等の住居権を有するとしても、現実には在宅する者の意思が基準となると考えられるべきであろう。」したがって、いわゆる姦婦事例について、「夫が不在である場合には本罪は成立しないと解すべきである……。さらに、住居の場合には、領域ごとに個別化して考えるべきであり、各々の個室には独立の住居権があると解すべきである。したがって、娘が親の反対を押し切っ

て恋人を自室に入れても本罪は成立しない<sup>(2)</sup>」。

さらに、中森喜彦氏も、「住居を侵す罪は、正当な理由のない立ち入りまたは不退去を処罰することによって、住居の自由な支配・利用の利益を保護している」として、住居権説に立つことを明らかにし、侵入概念について、「居住者・看守者の（推定的）意思に反して立ち入ることをいう」とし、意思侵害説を支持する<sup>(3)</sup>。そして、居住者等が複数であるときの承諾の問題について、次のように論述している。

「これについては、全員の同意がなければ本罪が成立するとする見解……、逆に、一人の承諾でもあれば本罪は成立しないとする見解……があるが、いずれも極端にすぎると思われる。住居の自由な使用の利益は事実的なものであるから、現在する者の意思を基準とすべきであり、さらに、他の者の利益を害さない範囲においては、現在する者の一部の承諾を得ただけでも足りる場合がありうると解するのが妥当であろう<sup>(4)</sup>。」

## (2) 相対化説

伊東研祐氏は、「住居権説」個人の自由に類似した独自の性質を有する住居権を法益とし、住居権者の意思に反する立入りを『侵入』とする説<sup>(5)</sup>が妥当であるとするが、「しかし、住居権の自由権的側面の前提たる支配権的側面の効力自体が、当該住居等の性質により既に異なり得ることを看過してはなるまい。例えば、通常、私邸の支配権、従って、自由権は謂わば絶対近く、それ故、全く恣意的な立入り拒否であっても、黙示的な立入り拒否であっても勿論保護される。これに対し、公衆の立入りが事実上あるいは権能として認められている公共建造物等では、支配権・自由権は制限され、恣意的拒否が許されないのは勿論、正当な理由ある拒否も明示的表示による支配権の確認・拡張が為されなければ保護されてはなるまい<sup>(6)</sup>」と論述する。伊東研祐氏の見解は、保護領域によって支配権・自由権を個別化し、侵入概念を保護領域によって相対化すべきことを主張しており、その意味で、氏の見解を「新住居権説から

の相対化説」と性格づけることができる。伊東研祐氏は、居住者が複数存在する場合の意思の対立の問題について、次のように論述している。

「ある住居・建造物等について住居権者が複数存在し、その一部は立入りに同意したが、他の者が明示的に拒否した」場合、「立ち入りに同意した住居権者の当該住居・建造物等に対して現実には有する支配・管理の範囲・程度ないし質等を中心に、上に述べたような当該住居・建造物等の性格をも顧慮しつつ、考えてゆくべきであろう。即ち、例えば、夫婦二人の住居に関しては、抽象的・一般的レベルでは、両者は共に、全く恣意的な立ち入り拒否さえ正当と認められる極めて高度の保護の与えられる住居権を有している。従って、この住居権がそのまま現実にも住居の全範囲にわたり均一に及ぶとすれば、一方が同意したが他方が拒否する立ち入りは『侵入』に該るといわざるを得ない<sup>(7)</sup>。」更に、この住居権は住居の全範囲にわたり均一に及ぶとは限らない。例えば、夫婦がそれぞれ文字通りの個室を保有するような場合、それぞれの個室に関しては相互に優越的（もしくは排他的）支配・管理が成立し、反面、特段の取り決めが存しない限りは、非個室部分あるいは共用部分についての各々の支配・管理は相互に謂わば排他性を有しなくなる、といえよう。このような場合、非個室部分・共用部分への一方の同意ある立ち入りは他方が例え明示的に拒否したとしても、『侵入』には該らないことになる。拒否が同意者の個室への立ち入りについて効果をもたないことはいうまでもない。他方、一方が不在の場合、非個室部分・共用部分については、上のワンルーム・マンション等の場合と同様のことがいえるが、個室部分については、立ち入り拒否の事前表示等がなくとも不在者の優越的支配が継続し、在宅者の当該個室についての立ち入りへの同意は『侵入』の成立を妨げないということになる。住宅環境によって結論を異にすることには、若干の抵抗を覚えることも否定できないが、プライバシー・尊重の観点からすれば止むを得ない差であろう<sup>(8)</sup>。」

- (1) 西田典之『刑法各論』(一九九九年)九〇頁、九三頁参照。
- (2) 西田典之・注1文献・九三頁。なお、川端博「住居侵入罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開各論』(一九九六年)一一五頁も、住居の現実的支配形態に即して個別的に考察することを容認しており、同旨と思われる。
- (3) 中森喜彦『刑法各論』(第二版・一九九六年)七六頁、七八頁参照。
- (4) 中森喜彦・注3文献・七九頁。
- (5) 伊東研祐『現代社会と刑法各論第一分冊』(一九八九年)一一四頁、一一六頁。
- (6) 伊東研祐・注5文献・一一六、一一七頁参照。
- (7) 伊東研祐・注5文献・一一七頁。伊東研祐氏は、このように夫婦両者の住居権が住居の全範囲にわたり均一に及ぶ場合の例として、ワンルーム・マンションをあげている。
- (8) 伊東研祐・注5文献・一一八頁。

### 3 判例

戦後の新しい憲法の下で、「夫婦間事例」を直接扱った裁判例は存在しない。しかし、判例の中には、いわゆる姦婦事例等の判断を通じて、承諾意思の「顕在的対立」にも妥当する準則を提示していると考えられるものが存在する。例えば、名古屋高等裁判所一九四九年(昭和二十四年)一〇月六日判決は、いわゆる姦婦事例に関し、住居権説を支持する立場から、次のように判示している。

#### 【1】名古屋高判一九四九(昭和二四)・一〇・六高等裁判所刑事判決特報一・一七二

「憲法並に民法改正の結果男女同権が認められ妻の地位は夫と同列となった結果夫と同棲する住居に対する妻の権利も従来の従属的關係で無く互に併行して存在することは之を認め得るが然し夫婦各独立の権利ではなく所謂共

有の關係に立つものであるから仮に妻の承諾があったとしても夫の承諾が無い場合に於ては夫の住居権を侵害することは自明の理である。」

これに対し、福岡地方裁判所小倉支部一九六二年(昭和三十七年)七月四日判決は、いわゆる姦婦事例に関し、事実的住居平穩説を支持する立場から、次のように判示している。

#### 【2】福岡地裁小倉支部判一九六二(昭和三七)・七・四下刑集四・七二八・六六五

「住居侵入罪の保護法益は、『住居権』という法的な権利ではなく、事実上の住居の平穩であるから、夫の不在中妻の承諾をえてその居室に立ち入った以上、住居の平穩を害したとはいわれないので、住居侵入罪は成立しないと解するのが相当である。」

さらに、尼崎簡易裁判所一九六八年(昭和四三年)二月二九日判決は、いわゆる姦婦事例に関し、同じく事実的住居平穩説を支持する立場から、次のように判示している。

#### 【3】尼崎簡判一九六八(昭和四三)・二・二九下刑集二〇・二・二二一<sup>(1)</sup>

「夫だけが住居権をもつということは男女の本質的平等を保障する日本国憲法の基本原理と矛盾するし、承諾の有無に住居侵入罪についての決定的意義を認め承諾の効果にかかずらうことは妥当でない。なるほど住居者の承諾を得て平穩に立ち入る行為は侵入行為とはいえない。しかしその理由は住居侵入罪の保護法益が事実上の住居の平穩であるところから住居者の承諾があれば事実上の住居の平穩が害されないと考えられるからであって、その重点は被害者の承諾の有無ではなく事実上の住居の平穩である。(改行)住居侵入罪の保護法益は『住居権』という法的な権利ではなく事実上の住居の平穩であるから夫の不在中に住居者である妻の承諾を得ておだやかにその住居に立ち入る行為は、たとい姦通の目的であったとしても住居侵入罪が保護しようとする事実上の住居の平穩を害する



態様での立ち入りとはいえないから住居侵入罪は成立しないと解するのが相当である。」

さらに、姦婦事例ではないが、東京高等裁判所一九八二年（昭和五七年）五月二六日判決は、清算手続中の会社の労働争議に関し、労働組合委員長が、会社の元代表取締役Kに対して団体交渉を要求する目的でその別荘に赴き、同人が不在であったため無断で別荘敷地内に立ち入ったという事案につき、総合説に近い立場を示しつつ、次のように判示している。

【4】東京高判一九八二（昭和五七）・五・二六判例タイムズ四七四・二三六<sup>(2)</sup>

「住居侵入罪の規定は、住居（障壁で区画された本件の如き敷地を含む）の安全、平穏ないしその利用の自由を保護するもの」であり、「住居利用に関し、複数の利益享受者が存する場合に、その一部の者が特定の個人に対して住居への立ち入りを許容したとしても、それによりその立ち入りを拒否する者の利益が害されて良いとする理由は全くないのであるから、本件敷地についても、Kがその立ち入りを拒否する限り、その意思に反する本件の如き立ち入り行為は、Kとの関係で住居侵入罪に当たると解するのが相当である。」

（1）評釈として、西山富夫・判例評論一一九号（判例時報五三五号）（一九六八年）一三三頁以下がある。

（2）評釈として、芳永克彦・労働法律旬報一〇五二号（一九八二年）四八頁以下がある。

### 三 学説・判例の検討

#### 1 検討の視点

承諾意思の顕在的対立の事例である「夫婦間事例」について、その結論の観点から、肯定説、否定説および区分説に分けて学説・判例を概観した。以下では、検討対象を「夫婦間事例」に限定せずに、広く承諾意思の「顕在的対立」の問題一般を念頭において、先に概観した学説・判例を検討してみたい。その際、その結論の観点からではなく、その結論を方向づけている考慮事項の観点から、学説・判例を検討することにする。

#### 2 学説の検討

承諾意思の「顕在的対立」の問題一般に関する学説について、「その結論を方向づけているものは何か」という観点から学説を考察した場合、大きく三つの傾向を看取することができる。第一は、住居侵入罪の保護法益レベルにおける考慮を本罪成否の結論に反映させる見解（以下、「保護法益レベルでの考慮」と称する。）であり、第二は、相対立する居住者の意思ないし利益を衡量し、そこに利害調整的な原理を導入しようとする見解（以下、「利害調整的な考慮」と称する。）であり、そして第三は、本罪の成立を肯定することにより刑法的に共同生活に介入することの適否を考察する見解（以下、「刑事政策的な考慮」と称する。）である。

#### A 保護法益レベルでの考慮

住居侵入罪の保護法益レベルにおける考慮を本罪成否の結論に反映させる見解は、さらに、二つの傾向に分けるこ



とができる。一つは、本罪の保護法益の内容に関する理解を結論に直結させるもの（以下、「保護法益の内容の考慮」と称する。）であり、いま一つは、本罪の保護法益の帰属関係に関する理解を結論に反映させるもの（以下、「保護法益の帰属関係の考慮」と称する。）である。

#### (1) 保護法益の内容の考慮

住居侵入罪の保護法益の内容に関する理解を本罪成否の結論に直結させる見解として、まず、「家族的住居平穩説―家族的平穩侵害説」の小野清一郎氏の見解をあげることができる。小野清一郎氏の見解にあつては、先の紹介で明らかなように、「承諾意思の顕在的対立の問題にとって重要なのは、居住者の許諾の有無ではなく、立入り行為が「全体としての家族生活即ち一家の生活の場としての住居の平穩を破る」ような態様であつたかどうかである。<sup>(1)</sup>その場合、立入り行為が住居侵入罪を構成するのは、行為者が「家族生活の信義」・「家族生活の平穩」を破るような姦通目的（情交関係を結ぶ目的）を有していたからである。すなわち、小野清一郎説にあつては、本罪の成否にとって重要なのは、複数の居住者の意思が対立していることそれ自体ではなく、行為者が「家族生活の信義」・「家族生活の平穩」を破るような「違法な目的」を有していたかどうかである。つまり、小野清一郎氏の見解は、「承諾意思の顕在的対立の問題について」「家族生活の信義」・「家族生活の平穩」を破るような「違法な目的」を有していたかどうかを重視して本罪の成否を判断する見解といふことができる。

住居侵入罪の保護法益の内容に関する理解を本罪成否の結論に直結させる見解として、次に、「事實的住居平穩説―客觀的平穩侵害説」の福田平氏の見解をあげることができる。福田平氏の見解にあつても、本罪の成否にとって重要なのは、夫婦の意思が対立していることそれ自体ではなく、立入り行為が住居等の平穩を害する態様であるか否かである。すなわち、福田平氏の見解は、「承諾意思の顕在的対立の問題について」「平穩侵害の有無」を基準にして住

居侵入罪の成否を判断する見解であり、本罪の保護法益については事實的住居平穩説の立場を、侵入概念については客觀的平穩侵害説の立場を貫徹しているのである。しかし、福田平氏における「平穩概念」が必ずしも客觀的な概念として維持されているかどうかについては疑問がある。というのは、氏は、平穩侵害の有無を判断するには「行為が主観＝客観の全体構造をもつものであるところから、行為の主観・客観の両面、すなわち、主観的要素と客観的要素とを考慮して決定されるべきであろう<sup>(2)</sup>」とも論述しているからである。

以上のように、「承諾意思の顕在的対立」に関し、住居侵入罪の保護法益の内容に関する理解を本罪成否の結論に直結させる小野清一郎氏や福田平氏の見解は、住居平穩説に立脚した場合の一つの典型的な帰結を示す立場といえる。というのは、小野清一郎氏の「家族的住居平穩説―家族的平穩侵害説」にあつても、福田平氏の「事實的住居平穩説―客觀的平穩侵害説」にあつても、複数現在する居住者の意思の対立そのものよりむしろ「住居の平穩を害する態様」であるか否かが本罪の成否にとって重要とされているからである。しかし、こうしたアプローチは、現にそこに居住・現在している居住者の意思あるいは複数存在する居住者の意思の対立状況を見無視するもので、プライバシーの容器としての狭義の住居の意義・機能を軽視するものといわざるをえない。しかも、両説とも、「家族的住居平穩説」に典型的に見られるように、狭義の住居に関し、個人的法益に対する罪としての住居侵入罪の性格を見無視するものであるとの批判も免れないであろう。

#### (2) 保護法益の帰属関係の考慮

保護法益の帰属関係に関する理解を結論に反映させる見解には、複数居住者による保護法益の「共有関係・共同関係」を指定するもの（以下、「共有関係を指向する見解」と称する。）と、そうした「共有関係・共同関係」を指定せず、各居住者ごとに法益の帰属を顧慮し、各居住者ごとに許諾権を個別化するもの（以下、「居住者ごとの個別処理

を指向する見解」と称する。）、さらに、居住形態・居住領域の性格を考慮し、居住形態・居住領域に依じて許諾権を個別化するもの（以下、「居住形態」ごとの個別処理を指向する見解」と称する。）が存在する。

① 共有関係を指向する見解 住居侵入罪の保護法益を住居平安権とする植松正氏の見解、事後的住居平穩とする大塚仁氏の見解、そして、許諾権的住居権とする平野龍一氏および町野朔氏の見解と、保護法益に相違はあるが、いずれの見解も、複数存在する居住者間（「夫婦間事例」についていえば、夫婦間）に法益の「共有関係」ないし「共同関係」を指定する点で共通している。問題は、その「共有関係」・「共同関係」にどのような効果を付与させるかである。

この点、植松正氏および大塚仁氏の見解は、「共有物の窃取」の類型に比肩して、複数現在する居住者全員の承諾が必要であるという効果を与えている。例えば、「住居平安権説―意思侵害説」の植松正氏は、住居平安権は居住者全員が平等に有するものなので、共有物の共有者の一人が承諾しても窃盗罪の成立を妨げないのと同様、複数存在する居住者の一人が承諾しても直ちに住居侵入罪の成立を阻却するものではなく、居住者全員の承諾が必要であるとするのである。<sup>(3)</sup> また、「事後的住居平穩説―主観的平穩侵害説」の大塚仁氏も、夫婦のように平等の立場にある場合、住居の平穩は「夫婦共同のもの」であるから、有効な承諾は夫婦の（推定的）意思に適ったものでなければならず、他方が立入りを明確に拒絶している以上、住居侵入罪を構成するものである。<sup>(4)</sup>

これに対し、「許諾権的住居権説―意思侵害説」の町野朔氏は、「信書開披（開封）罪における発信人・受信人」の類型に比肩して、複数現在する居住者の一人の承諾があれば足りるという効果を与えている。すなわち、町野朔氏の見解によれば、一つの住居内でのプライバシーの利益は、他の居住者との間で共有され彼らの意思との関係で制限された利益であるので、一人の居住者の意思が住居への立入りを容認するときは、他の者は利益を失うとするのであ

る。<sup>(5)</sup> この点、「許諾権的住居権説―意思侵害説」の平野龍一氏は、家庭の場合は、家族の全員が住居権、許諾権を持っていると論述するのみで、<sup>(6)</sup> その論拠を開陳していないが、理論的な基礎は町野朔氏のそれと同様のものと解することができよう。

私見によれば、複数の居住者が一つの居住領域に共住し、一つの居住空間を享受している場合、居住者は原則として平等に法益の主体となるとともに、そこには、居住空間の「共有関係」が存在し、他の居住者との関係で相互に制約しあった利益が存在する。つまり、共同生活を営む（単に家計的な意味ではない）ということは、各居住者は一つの居住領域の隅々に至るまで互いに利用しあい、その居住空間における利益を享受しあうことができる一方で、相互に制約しあった関係で共住するのである。したがって、そこには、各居住者ごとに分断することにはなじまない、相互に制約しあった利益が存在するのである。まさに、この「制約しあった共住」こそが、一つの居住領域に複数の居住者が居住することの意味であり、各居住者にとってそれがまさに長所でもあり短所でもあるのである。この点で、複数居住者による保護法益の「共有関係・共同関係」を指定する、これら「共有関係を指向する見解」は基本的に妥当であると考ええる。問題は、この「共有関係・共同関係」にどのような効果を付与すべきかであるが、この点は、「私見」の項で述べることにする。

② 居住者ごとの個別処理を指向する見解 保護法益の帰属関係に関する理解を結論に反映させる見解のうち、複数居住者の各居住者ごとに法益の帰属を顧慮し、各居住者ごとに許諾権を個別化する見解として、まず、「支配自由権的住居権説―意思侵害説」の江家義男氏の見解をあげることができる。ただし、江家義男氏の場合、その論述の解釈によっては別の理解も可能である。というのは、「妻の承諾があっても夫の承諾がない以上、夫の住居権は侵害される<sup>(7)</sup>」という氏の前段の論述を重視するならば、氏の見解は、複数存在する居住者全員の承諾が必要であるという

見解ということになるが、しかし、「夫婦の住居権はその共同生活を維持するために行使さるべきものであるから（憲二四条参照）、姦通の目的でこれを行行使するのは、権利の正当な行使ではなくて濫用である<sup>(8)</sup>」という後段の論述を重視するならば、氏の見解は「住居権濫用の有無」を基準にして判断する区分説ということになるからである。その点で、江家義男氏の見解は曖昧さを残しているが、氏の前段の論述は原則的な理由づけをしたものであり、後段の論述は付加的な理由づけを述べたものと解するならば、江家義男氏の見解は、「夫婦の一方の承諾があっても他方の拒絶意思が現に存在する以上、その立入りは拒絶者の住居権を侵害することになるので、住居侵入罪が成立する」という立場と解することができる。

複数居住者による保護法益の「共有関係・共同関係」を措定せず、各居住者ごとに法益の帰属を顧慮し、各居住者ごとに許諾権を個別化する見解として、次に、「総合説―意思侵害説」の大谷實氏の見解および川本哲郎氏の見解をあげることができる。大谷實氏の見解および川本哲郎氏の見解においても、現在する複数の居住者の一部は現に立入りを承諾しているが、現在する他の居住者は現に立入りを拒絶している「顕在的対立」の場合、立入り行為はその拒絶の意思を示している居住者の住居権を侵害するものなので住居侵入罪を構成するとしており、「夫婦間事例」はその一つの典型的な場面ということになる<sup>(9)</sup>。

しかし、このように、各居住者ごとに法益の帰属を顧慮し、各居住者ごとに許諾権を個別化する見解は、一つの住居に居住する複数の居住者は原則として平等に法益主体となるという前提の説明としては適当であるが、それをそのまま承諾意思の顕在的対立の問題、したがって「夫婦間事例」に適用するのは、複数の居住者が一つの居住領域に共住し、一つの居住空間を享受している実態を軽視するものであり、妥当でない。家族であれ、夫婦であれ、友人であれ、複数の居住者が一つの居住領域に共住し、一つの居住空間を享受するということは、それによって居住空間の

「共有関係」が設定され、他の居住者との関係で相互に制約しあった利益が存在することになるのであり、居住者ごとの個別処理を指向する見解は、この点を精確に評価していないといわざるをえない。

③ 居住形態ごとの個別処理を指向する見解 保護法益の帰属関係に関する理解を結論に反映させる見解のうち、居住形態・居住領域の性格を考慮し、居住形態・居住領域に応じて許諾権を個別化する見解として、まず「新住居権説からの相対化説」を主張する伊東研祐氏の見解をあげることができる。伊東研祐氏の見解によると、複数居住者が存在する場合、居住形態は二類型に分けられ、複数居住者の住居権が均一に妥当する居住形態の場合と、そうではなく住居権が個別化される居住形態の場合とに類別化される。前者の形態の場合、現在する一部の居住者が承諾したが、現在する他の居住者が拒否するときは、立入りは「侵入」に当たると対し、後者の形態の場合、各居住者の個室部分に関しては各々当該居住者が優越的・排他的な許諾権を有するが、非個室部分・共用部分に関しては各居住者は優越的・排他的な許諾権を有していないので、そこへの立入りについて一部の居住者の承諾があれば、他の居住者の明示の拒絶があっても立入りは「侵入」に当たらない<sup>(10)</sup>。すなわち、伊東研祐氏の見解によると、複数居住者の各住居権が均一に妥当する居住形態の場合、現在する複数居住者全員の承諾が必要であるが、複数居住者の各住居権が個別的に妥当する居住形態の場合、各居住者の専用部分に関しては当該居住者の承諾のみで足り、共用部分に関しては一部の居住者の承諾のみで足りるとする。

しかし、居住形態を複数居住者の各住居権が「均一に妥当する居住形態」と「個別的に妥当する居住形態」との二類型に分け、さらに後者の中で専用部分と共用部分とに分けて考察するのはいかにも煩雑であるように思われる。伊東研祐氏は、この点について、「住宅環境によって結論を異にすることには、若干の抵抗を覚えることも否定できないが、プライバシー・尊重の観点からすれば止むを得ない差であろう<sup>(11)</sup>。」と説明しているが、しかし、判断の容易



性・明確性の点で疑問がある。しかも、伊東研祐氏は、前者の「各住居権が均一に妥当する居住形態」における居住領域については、現在する居住者全員の承諾を必要とし、後者の「各住居権が個別的に妥当する居住形態」における共用部分については、現在する居住者の一部の承諾で足りるのであるが、いずれの領域も複数の居住者が当該居住空間を共同使用し共有している点で共通しており、それほどの性質の相違が見出せるのか疑問である。むしろ、住居においては、複数の居住者が一つの居住領域を互いに共有しあっているという意味で、基本的には共用部分の存在を原則とすべきであり、その方が、判断の容易性・明確性の点で優れているように思われる。

この点、「許諾権的住居権説―意思侵害説」の西田典之氏は、平等の住居権が妥当する領域と独立の住居権が妥当する領域とに類型化しており、私見によれば、この西田典之氏の類型化の方が判断の容易性・明確性の点で優れている。しかし、西田典之氏が、複数の居住者が一つの居住空間を享受している住居について、さらにその中を領域ごとに個別化し、各々の個室には独立の住居権があると解する点で疑問があるばかりでなく、住居内の、平等の住居権が妥当する領域について、現在する複数の居住者全員の承諾が必要であるとする点で適当でないと考える。この点については、私見の項で述べたい。

- (1) 小野清一郎「住居侵入罪の本質と構成要件」刑事判例評釈集第五卷（一九四九年）三〇四頁参照。
- (2) 福田平『全訂刑法各論』（第三版・一九九六年）二〇七頁。なお、福田平『注釈刑法(3)』（一九六五年）二四五頁参照。
- (3) 植松正「住居侵入罪における法益・承諾・目的」日本大学・日本法学四卷六号（一九三八年）五七頁参照。
- (4) 大塚仁『刑法概説（各論）』（第三版・一九九六年）一一八―一九九頁参照。
- (5) 町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究2』（一九八一年）二二二―二三頁参照。
- (6) 平野龍一「住居侵入について」警察研究五七巻七号（一九八六年）一〇頁参照。ただ、既に紹介したように、平野龍一氏

は、同じ論稿の中で、いわゆる姦婦事例について「現に夫がいて拒否しているのであれば別である」とも論述しており、承諾意思の顕在的対立の場合に、住居侵入罪の成立を肯定するかのような論述も見られ、氏の立場が不鮮明になっている。

- (7) 江家義男『刑法各論』（増補版・一九六三年）二三九頁。
- (8) 江家義男・注7文献・二三九頁。
- (9) 大谷實『刑法講義各論』（新版・二〇〇〇年）一三一―一三三頁、川本哲郎「住居侵入罪の保護法益と『侵入』の意義(2)・完」京都学園法学一九九三年二―三号六九頁参照。
- (10) 伊東研祐『現代社会と刑法各論第一分冊』（一九八九年）一一八頁参照。
- (11) 伊東研祐・注10文献・一一八頁。

## B 利害調整的な考慮

相対立する居住者の意思ないし利益を衡量し、そこに利害調整的な原理を導入しようとする見解として、まず、「許諾権的住居権説―意思侵害説」の内田文昭氏の見解をあげることができる。ただ、情交関係を結ぶ目的の「夫婦間事例」に関する内田文昭氏の見解は明らかに住居侵入罪を肯定する立場であるが、情交関係を結ぶ目的以外での承諾意思の「顕在的対立」の問題一般に関する氏の見解はいま一つ明確ではない。それは、先に紹介した内田文昭氏の論述の趣旨が明確でないことに起因している。すなわち、「一方の住居権者は、自己の権利の範囲内で、自由な意思決定が可能である」という<sup>(1)</sup>氏の前段の論述と、「一方の住居権者は、……通常は、他方権利者の明示・黙示の同意（承諾）をえて、かつ、その限度で、客を招待するなどの態度にでるであらう。」という<sup>(2)</sup>氏の後段の論述との関係が明確でないことに起因しているのである。しかしながら、内田文昭氏の「受忍を期待すること」という論述に着目して、あえて氏の見解を、「複数の居住者が存在する場合、自己の住居権の範囲内では自由な意思決定が可能であるが、他



方権利者の明示の拒絶意思が存在する場合には、その者に立入りの『受忍を期待することが適當かどうか』によって住居侵入罪の成否を判断すべきである」とする立場と解しておきたい。

相対立する居住者の意思ないし利益を衡量し、そこに利害調整的な原理を導入しようとする見解として、また、林幹人氏の見解をあげることができる。林幹人氏の見解は、情交関係を結ぶ目的の「夫婦間事例」に関しては住居侵入罪を肯定する立場を支持する。ただ、情交関係を結ぶ目的以外での承諾意思の「顕在的対立」の問題一般に関しては、林幹人氏は、明らかに場合を分けて考察するアプローチを採っている。すなわち、林幹人氏は、複数存在する居住者の住居権が他の居住者との関係で制限されること、したがって、当該居住者の立入り拒絶の意思に法の保護が与えられない場合のあることを認めているからである。<sup>(3)</sup>しかし、氏が設定する場合分けの基準は、その短い論述では充分に明らかにされていない。氏の論述を手がかりにその区別の基準をあえて摘出するならば、「立入りを拒絶している居住者はその立入りあるいは立入り後の行為を忍受すべきであるとすることが不当か」、換言すれば、「立入りを拒絶している居住者の住居権は他の居住者の住居権との関係で制限されてよいか」という基準を設定していると考えられる。いずれにしても、この基準ではあまりにも一般的・抽象的にすぎる。

相対立する居住者の意思ないし利益を衡量し、そこに利害調整的な原理を導入しようとする見解として、さらに、「管理支配権的住居権説—意思侵害説」の毛利晴光氏の見解をあげることができる。毛利晴光氏も、情交関係を結ぶ目的の「夫婦間事例」については住居侵入罪を肯定する肯定説を支持する。しかも、情交関係を結ぶ目的以外での承諾意思の「顕在的対立」の問題一般について、毛利晴光氏は、「個々の事案に応じ、どちらの利益を優先させるかを考えて決めるべきであろう」とも論述しており、複数存在する居住者の間で利害が対立する場合、どちらの利益を優先させるべきかが重要であることを認めているのである。これは、氏が、承諾意思の（顕在的）対立の問題について、

明らかに場合を分けて考察するアプローチを採っていることをうかがわせるものであり、しかも、氏は、その際に考慮される要素として、行為者の「立入り目的」という主観的要素を重視しているのである。<sup>(4)</sup>

また、「許諾権的住居権説—意思侵害説」の中森喜彦氏の見解も、ここにあげることができよう。すなわち、中森喜彦氏は、現在する複数の居住者の意思の対立が問題となる承諾意思の「顕在的対立」の問題一般について、「他の者の利益を害さない範囲においては、現在する者の一部の承諾を得ただけでも足りる場合」に当たるとかが本罪成否にとって重要であると解しているからである。<sup>(5)</sup>つまり、氏の見解によれば、承諾意思の（顕在的）対立の場合、住居侵入罪の成否にとって、「他の者の利益を害するか否か」が決定的であるということになる。ただ、中森喜彦氏はこの基準の内実について具体的に論述していないので明確でないのであるが、氏の基準が住居内の領域の個別的性格を念頭においたものであるならば、その見解は、居住形態・居住領域の性格を考慮し、居住形態・居住領域に応じた許諾権を個別化する見解（「居住形態ごとの個別処理を指向する見解」）、とりわけ西田典之氏の見解に近いということになる。

以上のように、承諾意思の顕在的対立の場合、相対立する居住者の意思ないし利益を衡量し、そこに利害調整的な原理を導入しようとする見解は、例えば、「受忍を期待することが適當かどうか」（内田文昭氏）、「立入り拒絶の居住者の住居権は他の居住者の住居権との関係で制限されてよいか」（林幹人氏）、「どちらの利益を優先させるべきか」（毛利晴光氏）、あるいは、「他の者の利益を害するか否か」（中森喜彦氏）というような調整原理を提示して、個々の具体的事案に応じた妥当な帰結を担保しようと企図している。それは、行為者の立入り目的・意図を考慮し、立入り後になされるであろう行為の非行性・違法性の程度を、立入り拒絶の意思を表示している居住者の意思・利益と衡量するための余地を設定するための概念道具なのであり、そのために一般的・抽象的な性格を有するとともに、きわめ

て規範的な性格を与えられているのである。したがって、その調整原理を用いる解釈者の主観に左右される傾向を有するとともに、行為者の立入り目的・意図の非行性・違法性を重視する帰結を導く傾向を有しているのである。

- (1) 内田文昭『刑法各論』(第三版・一九九六年)一七四頁。
- (2) 内田文昭・注1文献・一七四頁。
- (3) 林幹人『刑法各論』(一九九九年)一〇四、一〇五頁参照。
- (4) 毛利晴光「住居ヲ侵ス罪」大塚仁『河上和雄』佐藤文哉編『大コンメンタール刑法七巻』(第二版・二〇〇〇年)二九〇、二九一頁参照。
- (5) 中森喜彦『刑法各論』(第二版・一九九六年)七九頁参照。

### C 刑事政策的な考慮

住居侵入罪を肯定することによって共同生活に刑法的に介入することが適当か否かを考察する見解として、「許諾権的住居権説―意思侵害説」の平川宗信氏の見解をあげることができる。平川宗信氏は、承諾意思の「顕在的対立」の問題一般について、一人の居住者の承諾がある以上、他の居住者が不同意であっても、住居侵入罪は成立しないとするのであるが、その根拠として、このような場合の共同生活者間の意思の食違いは共同体の内部問題であり、それでも立入り行為を処罰するのは共同体への刑法的介入であり適当でないとするのである。<sup>(1)</sup>ここには、住居侵入罪の保護法益や侵入概念に関する実体的考察とは異なる次元の、いわば刑事政策的な考慮が働いていると解することができる。

私見によれば、承諾意思の「顕在的対立」の場合、一人の居住者の明示の承諾があれば、他の居住者が立入りを拒

絶しても、住居侵入罪は成立しないと解すべきであるが、その根拠の一つとして、複数存在する居住者の対内的な意思の齟齬を住居侵入罪の成立を肯定する形で対外的に援用するのは、刑法の住居侵入罪の射程範囲を超えるものであるという「政策的な考慮」が存在していることは否定できない。それは、『(刑)法は、家庭に入らず』という觀念が妥当する分野である」と表現することもできる。この点で、承諾意思の「顕在的対立」の問題は共同体の内部問題であり、住居侵入罪は成立しないとする平川宗信氏の見解は、私見と同旨であり、妥当であると考ええる。

- (1) 平川宗信『刑法各論』(一九九五年)二四八頁および同頁注39参照。

### 3 判例の検討

#### (1) 各判例の考察

名古屋高等裁判所一九四九年(昭和二四年)一〇月六日判決<sup>(1)</sup>【1】は、明らかに住居権説に立っている。しかも、本判決は、夫婦の場合のように同等の権利を有する居住者が複数存在する場合、住居権は各居住者がそれぞれ独立に有するのではなく「共有の関係」に立つので、居住者全員の承諾が必要であるとする。この点については、保護法益の帰属関係に関する理解を結論に反映させる見解のうち、複数居住者による保護法益の「共有関係・共同関係」を措定する「共有関係を指向する見解」との共通性をうかがわせるとともに、本判決が「夫婦間事例」を含め承諾意思の対立の問題一般について「一律肯定説」を採っている点については、その前提となる保護法益は異なるけれども、「共有関係を指向する見解」のうち、「共有物の窃取」の類型に比肩して、複数現在する居住者全員の承諾が必要であるとする見解(植松正氏および大塚仁氏の見解)との類似性をうかがわせるものである。私見によれば、複数の居住

者が一つの居住領域に共住し、一つの居住空間を享受している場合、そこには、居住空間の「共有関係」が存在し、他の居住者との関係で相互に制約しあった利益が存在することになる。つまり、そこには、各居住者ごとに分断することにはなじまない、相互に制約しあった利益が存在するのである。その意味で、複数居住者による保護法益の「共有関係」を指定する本判決は、基本的に妥当である。問題は、この先にある。すなわち、この「共有関係」の存在は、論理必然的に、「居住者全員の承諾が必要である」という帰結を要請するかである。この点については、「私見」の項で述べたい。

これに対し、福岡地方裁判所小倉支部一九六二年（昭和三七年）七月四日判決【2】<sup>(2)</sup>は、住居侵入罪の保護法益について事実的住居平穩説を支持していることは明らかであるが、承諾意思の対立に関しては、二通りの解釈が可能である。第一は、本判決は、あくまでもいわゆる姦婦事例に関し、一方の配偶者（本件では夫）が不在である場合に関する事例判断を示したものであって、夫婦双方が現在している場合に関して判断したものではないのであり、本判決をそのまま「夫婦間事例」に適用するのは早計であるという解釈である。これに対し、第二は、本判決は、いわゆる姦婦事例にとどまらず承諾意思の対立の問題一般に妥当する準則を示しており、その主旨とするところは、事実上の住居の平穩を害したかどうかが本罪成否の決定的な要素であるとした点にあるのであって、この準則は、いわゆる姦婦事例にとどまらず、広く「夫婦間事例」を含む承諾意思の対立の問題一般にも妥当するという解釈である。

また、尼崎簡易裁判所一九六八年（昭和四三年）二月二九日判決【3】<sup>(3)</sup>も、住居侵入罪の保護法益について同じく事実的住居平穩説に、しかも、侵入概念について客観的平穩侵害説に立っている。ただ、本判決についても、先の【2】判決と同様、二通りの解釈、すなわち、本判決はあくまでもいわゆる姦婦事例に関する事例判断を示したものであるという解釈と、本判決はいわゆる姦婦事例にとどまらず承諾意思の対立の問題一般に妥当する準則を示してい

るという解釈とが可能である。しかし、本判決の判示表現、すなわち、「重点は被害者の承諾の有無ではなく事実上の住居の平穩である」や、「住居者である妻の承諾を得ておだやかにその住居に立ち入る行為は、たとい姦通の目的であったとしても住居侵入罪が保護しようとする事実上の住居の平穩を害する態様での立ち入りとはいえない」という判示表現に鑑みると、本判決は、「夫婦間事例」を含む承諾意思の対立の問題一般に妥当する準則を示していることができるように思われる。もしそうであるなら、「夫婦間事例」のような承諾意思の顕在的対立の場合、行為者の立入りが通常の来客と同じように外見上穏やかな態様である限り、本罪の成立は否定されることになろう。そうであるならば、住居侵入罪の保護法益の内容に関する理解を本罪成否の結論に直結させる見解のうち、「事実的住居平穩説―客観的平穩侵害説」の立場に立つ福田平氏の見解との近似性をうかがわせる。しかし、こうした見解は、既に述べたように、現にそこに居住・現在している居住者の意思あるいは複数存在する居住者の意思の対立状況を見無視するものであり、プライバシーの容器としての狭義の住居の意義・機能を軽視するとともに、個人的法益に対する罪としての住居侵入罪の罪質と矛盾するものである。

さらに、東京高等裁判所一九八二年（昭和五七年）五月二六日判決【4】<sup>(4)</sup>は、その判示表現からすると、住居侵入罪の保護法益について「総合説」に立っていると解することができよう。いずれにしても本判決で重要なのは、複数の利益享受者（居住者）が存在する場合、全員の承諾が必要であるとしている点である。この点については、本判決が、複数存在する居住者の承諾意思の対立の問題一般について「一律肯定説」を採っていることと相俟って、保護法益の帰属関係に関する理解を結論に反映させる見解のうち、各居住者ごとに法益の帰属を顧慮し、各居住者ごとに許諾権を個別化する「居住者ごとの個別処理を指向する見解」との近似性をうかがわせるものである。しかしながら、このように、各居住者ごとに法益の帰属を顧慮し、各居住者ごとに許諾権を個別化するアプローチに終始するのは、



複数の居住者が一つの居住領域に共住し、一つの居住空間を享受している実態を軽視するものであり、妥当でない。複数の居住者が一つの居住領域に共住し、一つの居住空間を享受するということは、それによって居住空間の「共有関係」が設定され、他の居住者との関係で相互に制約しあった利益が存在することになる点を精確に評価していないといわざるをえないのである。

## (2) 小 括

以上、いわゆる姦婦事例のような承諾意思の「潜在的対立」に関する判例の論理を考慮すると、判例においては、住居権説の立場から、「共有関係にある住居権のうち、立入り拒絶の意思を明示している居住者の住居権を侵害したことは明確であるので本罪が成立する」という見解がありうる。大槌郵便局事件の最高裁判所一九八三年（昭和五八年）<sup>(5)</sup>判決の論旨に鑑みると、これが判例の立場であると考えられる。他方、事後的住居平穩説の立場から、「住居侵入罪の保護法益は事実上の住居の平穩なので、居住者の一部の者の承諾を得て穩やかにその住居に立ち入る行為は、たとえ他の居住者が拒絶の意思を表明しても、住居の事実上の平穩を害する態様での立入りとはいえないから本罪は成立しない」という見解もありうるし、逆に、「住居侵入罪の保護法益は事実上の住居の平穩なので、居住者の一部の者が立入り拒絶の意思を明確に表明している以上、たとえ他の居住者の承諾を得てその住居に立ち入ったとしても、その行為は拒絶意思を表明した居住者の享有している住居の平穩を侵害していることは明らかであり、本罪が成立する」という見解もありうる。さらには、総合説的な立場から、「住居侵入罪の保護法益は住居の安全、平穩ないしその利用の自由なので、居住者の一部の者がその住居への立入りを承諾したとしても、それにより、立入りを拒絶する者の利益が侵害されてよいとする理由はないのであるから、その立入りは立入りを拒絶する居住者との関係で、本罪にあたる」という見解もありうる。

- (1) 名古屋高判一九四九（昭和二四）・一〇・六高等裁判所刑事判決特報一・一七二。
- (2) 福岡地裁小倉支部判一九六二（昭和三七）・七・四下刑集四・七〇八・六六五。
- (3) 尼崎簡判一九六八（昭和四三）・二・二九下刑集一〇・二・二二一。
- (4) 東京高判一九八二（昭和五七）・五・二六判例タイムズ四七四・二三六。
- (5) 最判一九八三（昭和五八）・四・八刑集三七・三・二一五、判例タイムズ四九七・一一二、判例時報一〇七八・一五三。

## 四 私 見

### 1 住居侵入罪の問題軸

「夫婦間事例」を含む「承諾意思の顕在的対立」の問題を考察するにあたっては、その前提として、以下のよう<sup>(1)</sup>な四つの問題軸について検討する必要がある。

#### (1) 「保護法益」の問題

第一は、住居侵入罪の保護法益は何かという「保護法益」の問題であり、最も基本となる問題である。私見は、この問題について、多元的アプローチによる「多元的保護法益論」を主張するものである。狭義の住居についていえば、個人・家族の居住領域・生活領域である住居は、私事性・遮断性を特徴とする私的親密圏・私的支配領域であり、多種多様な利益を包摂した、いわばプライベートの容器である。したがって、この領域の支配・管理・処分を居住者の自由な意思決定に委ねるのが合理的である。つまり、住居は、居住者の意思（自己決定）が絶対的に尊重されるべき領域なのであり、居住者は、いかに平穩な態様の立入りであっても、他人が自分の住居に入ることを許さない決定



の自由を有するのである。しかも、その領域の中にどのような利益が存在しているかをまったく問題にしないという点だけでなく、本罪の成立にとって現実の実害発生ないしその危険を挙証する必要があるという点からも、形式的な保護が貫徹されるべき領域なのである。かくして、個人・家族の住居における保護法益は、「他人が一定の領域へ立ち入り、または滞留することを許容し、あるいは許容しないことを決定する自由」と解することができる。この自由は、住居という居住空間と結びついた独特の自由である。

## (2) 「法益主体」の問題

第二は、この保護法益の帰属主体は誰であるのかという「法益主体」の問題であり、これと表裏の関係にあるのが、立入りに対する承諾権者・許諾権者は誰であるのかという「承諾権者・許諾権者」の問題である。私見によれば、住居侵入罪の場合、その保護法益は事実上の支配・管理の状態から生ずる一種の自由権である。その意味で、本罪の保護法益は事実的性格を有しているが、この自由権から派生する承諾権・許諾権もまた当然事実的性格を有することになる。したがって、個人・家族の住居の場合、そこに事実上居住する者は、原則として平等に法益主体であるとともに承諾権・許諾権を有することになる（もちろん、承諾能力を欠く者は除く）。

## (3) 「侵入」概念の問題

第三は、「侵入」とはどのような行為をいうのかという「侵入」概念の問題である。私見によれば、個人・家族の住居の場合、「侵入」とは居住者の意思に反して立ち入ることとする意思侵害説が妥当であると考える。住居においては居住者の意思が絶対的に尊重されるべきであり、住居侵入罪の成否を判断するにあたっては、居住者の現実の支配・管理意思が重要なメルクマールになるのである。

## (4) 「承諾意思」の問題

そして、第四は、居住者・管理者の「承諾意思」の問題である。私見によれば、この「承諾意思」の問題には、「承諾意思の性格」の問題と「承諾意思の対立」の問題とが存在するが、前者の問題について私見を述べるなら、住居侵入罪の保護法益たる自由権が事実的性格を有するので、この自由権から派生する承諾権・許諾権も当然に事実的性格を有することになる。しかも、住居侵入罪は、一定の保護領域に立ち入る時点での行為およびその態様を問題とする犯罪であるため、居住者が、自己の住居に立ち入ること自体について任意に承諾した以上、行為者の目的の点について誤解があっても、その承諾意思は有効であり、本罪は成立しない。その意味で、承諾意思は、事実上の承諾で足りるとする「事実的意思説」が妥当である<sup>(2)</sup>と考える。

(1) 詳細については、関哲夫『住居侵入罪の研究』（一九九五年）一九八頁以下、三二九頁以下参照。

(2) 詳細については、関哲夫・注1文献・一九九〇二〇〇頁、三三二頁以下参照。

## 2 承諾意思の顕在的対立

### (1) 居住空間の「共有関係」

① 内 容 承諾意思の顕在的対立の問題に関する私見を述べる前に、まず、複数の居住者が一つの居住領域に共住することの意味を明らかにしておかなければならない。

私見によれば、親子であれ、夫婦であれ、友人であれ、複数の居住者が一つの居住領域に共住し、一つの居住空間を享受している場合、そこには、居住空間の「共有関係」が存在し、他の居住者との関係で相互に制約しあった利益が存在している。換言すれば、一つの居住空間を享受して共同生活を営む（単に家計的な意味ではない）ということ

は、一つの居住領域の隅々に至るまで、各居住者は互いに利用しあい、その居住空間における利益を享受しあうことができる一方で、互いに制約しあった関係で共住せざるをえないことを意味するのである。つまり、複数の居住者が一つの住居に共住するということは、「居住空間の共有関係」を設定することであり、また、「制約しあった共住」を容認することである。

この点、各居住者ごとに法益の帰属を顧慮し、各居住者ごとに許諾権を個別化する見解は、複数存在する各居住者が平等に法益の帰属主体となることを説明するには適當であるが、それをさらに、承諾意思の顕在的対立の問題にそのまま妥当させるのには問題がある。というのは、それは、「居住空間の共有関係」あるいは「制約しあった共住」という実態を精確に考慮していないといわざるをえないからである。

② 効果 問題は、この「居住空間の共有関係」・「制約しあった共住」にどのような効果を認めるべきかである。学説・判例の検討、とりわけ共有関係を指向する見解についての検討から明らかなように、これには二つの見解がありうる。一つは、この共有関係を「共有物の窃取」の類型に比肩し、共有物の共有者の一人が承諾しても窃盗罪の成立を妨げないのと同じく、複数現在する居住者の一人が承諾しても直ちに住居侵入罪の成立を阻却するものではなく、原則として現在する居住者全員の承諾が必要であり、他の居住者が明確に立入りを拒絶している以上、住居侵入罪を構成するという見解である。いま一つは、この共有関係を「信書開封罪における発信人・受信人」の類型に比肩し、信書が発信人に到達した後は発信人・受信人のいずれか一方の承諾があれば信書開封罪が成立しないのと同じく、一つの住居内でのプライバシーの利益は、他の居住者との間で共有され彼らの意思との関係で制限された利益であるので、一人の居住者の意思が住居への立入りを容認するときは、他の者は利益を失うとする見解である。

思うに、既に述べたように、複数の居住者が一つの居住領域に共住し、一つの居住空間を享受する形で共同生活を

営んでいる場合、そこには、「居住空間の共有関係」が存在し、各居住者ごとに分断することになじまない、相互に制約しあった利益が存在する。この「制約しあった共住」こそが、複数の居住者が一つの居住領域に共住することの意味であり、この点にこそ、各居住者にとって、居住空間を享受するメリットとデメリットが存在するのである。したがって、現在する居住者の一人が住居への立入りを承諾するときは、その限りで、他の居住者の利益は制限されることになるのである。

## (2) 承諾意思の顕在的対立に関する私見

① 内容 以上の考察を踏まえて私見を述べるならば、行為者の立入り行為について、複数現在する居住者のうち一部の者は立入りを現に承諾しているが、他の現在者が立入りを現に拒絶している承諾意思の顕在的対立の場合、一部の居住者の明示の承諾がある以上、現在する他の居住者が立入りを現に拒絶していても、住居侵入罪は成立しない。したがって、「夫婦間事例」に関しても、立入り行為者の行為は本罪を構成しないことになる。それは、行為者の立入り行為が、通常の来客と同じように外見上穏やかな態様であるからではなく、住居に共住している複数の居住者の一部の者の有効な承諾が存在するからである。

② 根拠 私見によれば、承諾意思の「顕在的対立」の場合、一人の居住者の明示の承諾があれば、他の居住者が現に立入りを拒絶していても、住居侵入罪は成立しないことになるが、その根拠として、まず第一に、居住者が複数いる場合の居住実態をあげることができる。すなわち、既に指摘したように、複数の居住者が一つの居住領域に共住し、一つの居住空間を享受する形で共同生活を営んでいる場合、そこには、「居住空間の共有関係」が存在し、各居住者ごとに分断することになじまない、相互に制約しあった利益が存在するという居住実態が存在している。「居住空間の共有関係」が存在するということは、各居住者が、一つの居住領域の隅々に至るまで互いに利用しあい、

その居住空間における利益を享受しあうことを意味するのであり、そうであるからこそ、「制約しあった共住」という性格も生じるのである。

第二に、意思の齟齬は対内的問題である点を指摘することができる。承諾意思の顕在的対立の場合、複数存在する居住者間の意思の齟齬は、結局のところ、家庭内・家族内の問題、つまり体內的に処理すべき問題であって、住居侵入罪の成立を肯定する形で対外的に援用するのは、刑法の住居侵入罪の射程範囲を超えるものである。それは、『(刑)法は、家庭に入らず』という觀念が妥当する分野である」と表現することもできよう。

さらに第三に、私見が共用部分と個室部分・専用部分を区別せず、承諾意思の顕在的対立を一律に処理する点についてであるが、複数の居住者が一つの居住領域に共住している場合には、そこには、各居住者ごとに分断することになじまない、相互に制約しあった利益が存在するため、基本的には共用部分の存在を原則とすべきである。したがって、一つの居住領域の中に共用部分と個室部分・専用部分とが存在するという事態も、結局のところ、家庭内・家族内の問題、つまり体內的に処理すべき問題にすぎないのであって、住居侵入罪の成立を肯定する形で対外的に援用するのは、「居住空間の共有関係」ないし「制約しあった共住」という居住実態を軽視するものであろう。

### (3) 個室部分・専用部分について

居住の形態によっては、例えば、夫の部屋、妻の部屋、あるいは子ども部屋というように、各居住者の個室が設けられていたり、各居住者の専用部分と共用部分とに分けられていたりする場合もある。その意味で、居住の形態は、各家庭の個性を反映するほどに多様な形態が存在していることも事実である。しかし、それら多様な居住形態を類型化し、多様な居住領域を専用部分と共用部分とに類別化するということは、一つの住居の中に存在する微妙なニュアンスの領域をいずれかに分類しなければならないと同時に、居住領域に対する居住者の流動的な感覚及び重層的な意

識をドライに割り切らなければならないことを意味する。むしろ、法的な判断としては、住居において複数の居住者が一つの居住領域を互いに共有しあっている点を重視して、基本的には共用部分の存在を原則とすべきである。

これに対し、居住形態を、複数居住者の各住居権が「均一に妥当する居住形態」と「個別的に妥当する居住形態」との二類型に分け、さらに後者の中を専用部分と共用部分とに分けて考察する見解<sup>(1)</sup>が主張されている。しかし、この見解は、既に指摘したように、判断の容易性・明確性の点で疑問がある。しかも、この見解は、「各住居権が均一に妥当する居住形態」における居住領域については、現在する居住者全員の承諾を必要とし、後者の「各住居権が個別的に妥当する居住形態」における共用部分については、現在する居住者の一部の承諾で足りるとして、大きな相違を認めているが、その点にも疑問がある。

この点、平等の住居権が妥当する領域と独立の住居権が妥当する領域とに類型化するアプローチ<sup>(2)</sup>は、判断の容易性・明確性の点で優れてはいる。しかしながら、この見解が、前者の、平等の住居権が妥当する領域について、現在する複数の居住者全員の承諾が必要であるとする点には、疑問がある。というのは、複数の居住者による「居住空間の共有関係」ないし「制約しあった共住」という居住実態を精確に評価していないからである。また、この見解は、前者の、平等の住居権が妥当する領域について、現在する複数の居住者全員の承諾が必要であるという前提を採ったがために、後者の、独立の住居権が妥当する領域を類別化せざるをえなかったのである。しかし、この独立の住居権といえども、他の居住者の立入りを完全に排斥する排他的な権利ではないであろう。そうでないと、例えば、親が娘の反対を押し切って娘の部屋に立ち入る行為が住居侵入罪を構成することになりかねないからである。各居住者の個室のように、一見、独立の住居権が妥当するように思われる領域であっても、その前提には、複数の居住者による「居住空間の共有関係」ないし「制約しあった共住」という居住実態が存在しているのである。換言すれば、娘が親



の反対を押し切って恋人を自室に入れても本罪が成立しないのは、娘が自室について独立の住居権を有しているからではなく、居住空間を共有しあい、互いに制約しあって共住している複数居住者の一部の者の承諾があるからなのである。もし、娘に対し自室に関する排他的な独立の住居権を認めるとしたら、それは、ホテル内の一客室の場合と同様、別個独立の「住居」を娘に認めることになるのであり、その場合に、親は、娘と「居住空間を共有しあい、互いに制約しあって共住している」とはもはやいえないであろう。

(1) 伊東研祐『現代社会と刑法各論第一分冊』(一九八九年)一一八頁参照。

(2) 西田典之『刑法各論』(一九九九年)九三頁参照。

## 五 終わりに

行為者の立入り行為について、複数現在する居住者のうち一部の者は立入りを現に承諾しているが、他の居住者が立入りを現に拒絶している場合の、いわゆる承諾意思の顕在的対立の問題について、「夫婦間事例」を軸に検討してきた本稿も、一つの結論を確認することができた。すなわち、承諾意思の顕在的対立が問題となる場合、確かに、一方では、住居侵入罪の保護法益の内容に関する理解を結論に直結させる見解が存在するけれども、多くは、本罪の保護法益の内容に関する理解ではなく、保護法益の帰属関係に関する理解を結論に反映させる見解が有力である。しかも、その中には、複数居住者による保護法益の「共有関係・共同関係」を措定する見解、そうした「共有関係・共同関係」を措定せず、各居住者ごとに法益の帰属を顧慮し、各居住者ごとに許諾権を個別化する見解、さらに、居住形

態・居住領域の性格を考慮し、居住形態・居住領域に応じて許諾権を個別化する見解が主張されているのである。他方では、相対立する居住者の意思ないし利益を衡量し、そこに利害調整的な原理を導入しようとする見解、あるいは、住居侵入罪を肯定することによって共同生活に刑法的に介入することが適当か否かを考察する見解も主張されており、承諾意思の(顕在的)対立の問題に関する学説・判例は、いまだ混沌としているというのが現状である。

こうした混沌とした学説・判例状況を整理し、私見なりの結論を提示した本稿が、今後のさらなる議論の契機になればと願う。