

## 《紹介》

K. アメルング教授（トリール大学）

# 「物理的に保全された属地性を無視する 住居侵入罪」（上）

Der Hausfriedensbruch als Mißachtung physisch gesicherter Territorialität

Von Professor Dr. Knut Amelung, Trier

ZStW 98 (1986) SS. 355–408

関 哲 夫

本稿は、住居侵入罪の保護法益に関し、シャル氏およびルドルフィ氏と同じく、通説である住居権の限界を指摘し、社会学的な考察方法を用いながら住居侵入罪の保護法益を規定するアメルング氏の論稿「物理的に保全された属地性を無視する住居侵入罪」（ZStW 98 (1986) SS. 355–408）を紹介する。

氏のこの論稿の目次は、次のとおりである。

### 〔目 次〕

- I 問題、学説状況および批判
  - 1 刑法第123条の法益に関する通説
  - 2 シャルとルドルフィの見解
- II 方法論上の予備的考察
- III 住居平穩の背後にある諸利益
  - 1 「属地性」
  - 2 安全
  - 3 秘密保持
  - 4 妨害からの防衛
  - 5 自由
- IV 結論
  - 1 保護されている諸利益
  - 2 住居侵入罪の当罰性

### 3 体系的配列

以下では、氏の論稿の内容を、先の目次にこだわることなく、一人称の形で紹介することにした。

#### 1 通説への批判

通説によると、刑法第123条の法益は住居権であり、今日の一般的定式によれば、その核心には「保護領域および囲いのある地所の中に誰の滞留を許し、誰の滞留を許さないかを決定する自由」があるとされる。しかし、法益規定の目的を達成するには、このような記述では明らかに不適切である。それは、法益を定義するに当たって、「保護」領域とか「囲いのある地所」という言葉を既定のものとして使用してしまっている点に表れている。刑法第123条の解釈につき最も重要な限界問題の一つをなしているのが、まさに、いかなる種類のテリトリーがそもそも該構成要件の保護を受けているのかという問題であるのに、通説の法益規定は、その限界づけ問題の解決の糸口すら見出すことができないのである。というのは、通説の法益定義においては、解決されるべきこと——規範の保護領域——が、既に周知のこととして前提とされてしまっているからである。

通説の定義から問題の部分を削除したときに、なお法益として残るのは「領域内の他人の滞留を排除する自由」である。しかし、そのように規定したとしても、それはあまりにも不明確である。というのは、あるテリトリーにつき所有権ないし占有を有する者であれば誰でも、原則として、他人を排除する自由を持っているからである。例えば、柵のない牧草地に権利者の意思に反して立ち入る者は、確かに民法第1004条、第858条の意味での所有権侵害ないし占有侵害を犯してはいるが、しかし、住居侵入罪を犯すものでないことは争う余地がない。すなわち、所有者・占有者が自由に使用できるテリトリーのすべてが刑法第123条の保護領域であるとは限らないのであって、第三者を排除する自由を持ち出すだけでは、なぜそうであるのかを根拠

づけることはできないのである。

刑法第123条につき主張される自由を単純な「排除の自由 (Ausschließungsfreiheit)」というように消極的に把握しても不十分であるように思われる。確かに、自由は啓蒙主義以降正統なる崇高価値とされているが、これは他人の(活動の)自由を妨害する自由には妥当しにくい。そこで、通説は既に早くから、刑法第123条の積極的な正統性を探究してきた。通説によると、排除の自由は消極的な自由として単に貢献的な機能を有しているにすぎないという。それは「家屋敷地内における管理・支配の自由 (freie Schalten und Walten in Haus und Hof)」という積極的な自由に貢献しているとされるのである。

通説のような立場によっても、上述の弱点は取り除かれはしない。そもそも何が「家屋敷地」とみなされるのかは、限界事例においては法益を手掛かりにしてこそ説明できるはずなのに、通説のこの法益定義においても「家屋敷地」が既に包含されてしまっている。かといって、この決まり文句を削除すると、柵のない地所の所有者ないし占有者のすべてが持っている自由に立ち戻ってしまうことになる。なるほど、住居の自由 (häusliche Freiheit) は独特の性質を有していると論じられるときもあるが、しかし、その特質がどこにあるのかについては詳しく解き明かされていない。通説の積極的な法益定義は、説明を要する所為客体によって法益を説明するという方法上の誤りを犯しており、これは、刑法第123条で保護された自由と所有者・占有者の一般的自由との間の相違を摘示することの困難さに起因するものである。

さらに、通説の積極的な見解は、現実と明らかに合致しない自由の状況を前提にしている。例えば、裁判官——通説によると、裁判官は公判において刑法第123条によって保護される——が公判廷においてどの程度「自由に管理し、支配する」ことができるかについては、やはり詳細な説明が必要であろう。というのは、とりもなおさず、その裁判官もおおよそ「自由」ではなくきわめて拘束されていると思われるからである。「管理・支配の定式」によれば、例えば、雑草の繁茂した庭や空き家の所有者には、それは認めるべき

でないとされる。したがって、住居不法占拠者とその弁護人が通説を言葉通りに受け取ろうとしてから以降、通説がもはやその法益規定の積極的立場に立ち帰ろうとしないことは、別に不思議でないのである。

## 2 シャル氏およびルドルフィ氏の見解の弱点

(1) シャル氏の見解の弱点 法益規定への新たなアプローチを追求したのは、シャル氏 (Schall, Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen den Hausfriedensbruch, 1974.) である。彼は、刑法第123条に掲げられた領域が実際どのような機能を果たしているのかを問い、その際、社会的分化が住居構造の発展に及ぼした影響を社会学的に探究することにより、分化的な帰結を導き出している。今日、住居は場所的プライベート圏であり、営業所は工業化以降、住居から分離してきており、公的行政の領域圏も既に古くから独自の法的発展を遂げていた。シャル氏によれば、むしろ、法益の分化はすべての保護領域に同じ様に妥当する単一の住居権などありえないことを明らかにしているのであるとされる。

このシャル氏の見解は、二つの点で通説よりも優れている。第一に、シャル氏は、通説の行方自由の積極的定式が抱えている問題点を背負い込むこともなく、積極的な法益定義の持つ正統なメリットを活かしている。シャル氏は、家屋所有者が「管理し、支配して」おらず眠っているときでも、なぜ住居は要保護性を失わないのかを無理なく説明できるのである。

まさにシャル氏こそが通説の一定の結論を説明できる立場にいることは、あまり考慮されていない。例えば、商品販売自動車 (Verkaufswagen) は刑法第123条の意味における「営業所」であると認められている。私的交通手段は住居侵入罪構成要件の保護領域には当たらないので、その結論は、その自動車の特別な営業目的規定に立ち戻ることによってのみ根拠づけることができる。同様に、今日の通説によると、ホテルの部屋は刑法第123条の意味における「住居」とされるのに対し、空き家は「住居」とされない。この場合にも、通説は、暗黙のうちに場所的プライベート圏としての住居の目的

規定に立ち帰っているものであり、これは、通説の法益定式からは導き出すことのできないものである。これらの事例の場合、ホテルの部屋と空き住宅はいずれにしても「囲いのある地所」として保護されることになるという指摘がなされたからといって、シャル氏の見解の優れた点が減殺されるものではない。というのは、領域を刑法第123条の所為客体に精確に配分することは決して些細なことではないからである。

しかし、シャル氏の考え方には二つの重大な弱点も見られる。第一の弱点は、「侵入」という構成要件要素に関連する。シャル氏の法益規定が示唆するところによると、住居侵入罪の本来の当罰的不法は「侵入」のみで肯定されるわけではなく、その領域で営まれている社会過程の阻害があってようやく認められることになるのであり、したがって、彼が、住居権侵害の要件として領域圏への侵入だけでなく、さらに社会的機能の侵害がなくてはならないとしているのは首尾一貫している。しかしながら、刑法第123条の法言文はそのような追加要素を要求してはいない。住居侵入罪の可罰性を根拠づけるには、「侵入」のみで十分なのである。その点、シャル氏の保護目的規定によっては、なぜ「侵入」が構成要件充足のための必要・十分条件であるのかを説明することができないのである。

シャル氏の考え方の第二の弱点は、「囲いのある地所」という所為客体に関連する。この領域は、住居や営業所と異なり、多数の雑多な目的に役立っている。そのため、シャル氏は、この領域につき特定の法益をあげることができず、刑法が囲いのある地所を保護している意味は一般的な平和保護にあるとしている。しかし、この目的規定により、シャル氏は通説と同じ異論を受けることになる。というのは、囲いのない土地の保護をはじめ、あらゆる占有保護が平和維持に役立っているからである。シャル氏は、刑法が「囲いのある」地所を保護している特別な意味を摘示しえていないのである。

(2) ルドルフィ氏の見解の弱点 シャル氏の見解への批判は、ルドルフィ氏を折衷的立場へと赴せている。ルドルフィ氏 (Rudolphi, in: SK, 2. Aufl., 1982, § 123 Rdn. 2ff.) は、シャル氏の見解の優れた点を擁護しようとし

ながらも、しかし、その弱点を回避しようと通説へと立ち帰ってしまっている。そのため、彼は、シャル氏とは対照的に、住居平穩の侵害は侵入とともに既に発生することを強調しており、その限りで、刑法的保護は「形式化」しているとされる。しかし他方、ルドルフィ氏は、住居・営業所および公の業務領域を記述するについてシャル氏の機能規定を用いており、また、それらの領域の住居権の侵害をより精確に規定するについてもシャル氏の分化的方法を援用している。これに反し、「囲いのある地所」に関し、シャル氏の分化・特殊化説が有する困難を解消するために、ルドルフィ氏は再び通説に依拠する。すなわち、ここでの保護法益は「住居権者の形式的な法的立場」つまり住居権である、とするのである。

しかし、ルドルフィ氏も、自ら結合した二つの見解の抱えている主要な弱点を解消しえていない。彼が、シャル氏と異なり、刑法第123条の保護が「形式化」していることを強調するのは正当である。しかし、田野を突き進むハイカーに対して自分の畑地から退去するよう要求できる農夫がなぜ刑法第123条の保護を受けないのかについて、ルドルフィ氏は通説ほどにはうまく説明できていない。こうした根拠づけの弱さは「囲いのある地所」の場合に特に顕著に表れる。というのは、ルドルフィ氏は、ここでシャル氏と同じく個別化・特殊化の問題を抱えているのに、この所為客体に関して、彼は依然として形式的な（占有）法的立場の保護を指摘するにとどまっているからである。保護目的をこのように空洞化させるといかに厄介なことになるかは、住居不法占拠者に関するルドルフィ氏の見解を見れば明らかとなる。ルドルフィ氏は、空き家所有者の持つ形式的な法的立場を侵害していることを理由に、住居不法占拠者の処罰を明確に支持する。しかし、住居不法占拠者と同じ様に、建物間の柵のない空き地の占拠者も形式的な（占有）法的立場（だけ）を侵害しながら不処罰とされるのに、なぜ住居不法占拠者だけが処罰されるのであろうか。

刑法第123条は分化してはいるが統一の要素を内包しているという考えを堅持している点で、ルドルフィ氏は確かに正当である——その統一の要素と

は、土地の形式的支配の保護である。住居・営業所および業務領域の場合にはこれにさらに別の目的が結びついているが、「囲いのある地所」の場合にはこれは特に「純粋な」形で表れる。しかし、なぜ刑法第123条は保護をこのように「形式化」しているのか、また、なぜ法律に列挙された領域についてしか刑罰による保護が認められないのかという問題に答えるについて、ルドルフィ氏は通説の域を出ていない。

### 3 方法論上の予備的考察

まさに住居平穩の保護にあつては、その基礎には、特定の文化や社会構造と結び付かない普遍的な「人類学的」行動素質が存在していると受け取られている。すべての人間社会には住居平穩の侵害を禁じる明文の規範が存在することを証明することはできないにしても、そうした規範が広く流布していることはなお注目に値することである。

したがって、住居平穩の人類学的側面を軽視するならば、土台のない家屋を建設するにひとしい。この点に、シャル氏の社会科学的研究の弱点が存在する。

もちろん、住居平穩の<sup>・</sup><sup>・</sup><sup>・</sup>社会学的次元に眼をつむってしまうならば、実際、特定の歴史的な社会における共同生活に特有な諸条件に由来する行動態様や(保護)欲求を『人間に一般的なもの』と断じてしまう危険がある。この危険を回避するには、「人類学的」視座と「社会学的」視座とを相互に連結させなければならない。というのは、社会学的知見に特有な成果は、特定の社会構造とその変容が人間行動に、つまり、空間関連的な人間行動に及ぼす影響を明らかにするという点にあるからである。

したがって、まず住居平穩の保護の背後にいかなる「人類学的」諸利益が存在しうるのかの問題に取り組まなければならない〔法益問題の心理学的次元〕。しかし、我々はそこにとどまってはならないのであって、さらに、社会関係の変化がこれらの諸利益にいかなる影響を与えているのかを検討しなければならない〔法益問題の「社会学的」次元〕。そして最後に、社会構

造を通じて形成された住居平穩への「人類学的」諸利益が、刑法第123条の保護規範を制定した政治権力によって、どのように評価されたのかを問わなければならない。というのは、この権力は、利害関係者と必ずしも完全に一致するわけではなく、それゆえ、権力は、社会的諸利益をそのまま規範へと移し変えるのではなく、事情によっては、独自の観念に従ってそれらの諸利益の中から選択するからである〔その際の評価基準の探究＝法益問題の狭義の法学的次元〕。

#### 4 住居平穩の背後に存在する諸利益

住居平穩の背後には、五つの異種類の利益が存在している。事実上、これらは確かに互いに緊密に関連してはいるが、現行刑法第123条の形態に与えたそれらの影響を分析するには、それらを相互に分離することができる。その利益とは、①「土地の支配の利益（「属地性（Territorialität）」）」、②「安全の利益」、③「秘密保持の利益」、④「妨害不存在の利益」、⑤「上述の諸利益の実現によってもたらされる自由の利益」、である。

##### (1) 「属地性」

① 人類学的基盤 「属地性」とは、標示された土地を自分の物と主張し、かつ、自分の種の仲間から防衛することのできる生物体の属性と特徴づけることができる。この概念は、動物学的行動研究により一定の動物種に見られる、いわゆる「縄張行動（Revierverhalten）」の観察に由来するものであり、その研究によると、テリトリー行動は、ある動物ないし動物種に一定の生活空間あるいは一定の避難場所を保障するものである。

行動研究は、「属地性」の起源を動物種の生物学的組織に看取しており、これは、当該動物種の個々の代表者を存在基盤としての特定の土地に結びつけ、そして生き残るためにこの土地を防衛するように強いるのである。テリトリーを最も堅固に防衛する個体が最も善い生殖の機会を獲得するがゆえに、生存競争によって「テリトリー」行動は遺伝的に固定化していくことになる。むしろ、すべての動物がそのような習性を有するよう創造されているわけで



はない。現に、「属地性」が人間の生物学的属性であるかについても争いがある。多くの行動研究者がこれを肯定しているし、中には、この点の根拠として、土地占有の妨害や住居侵入を禁止する法的規定をあげる者もいる。

人間のテリトリー行動が、テリトリー防衛の用意によってどの程度特徴づけられるかについては争いがある。テリトリー限界の無視に対し積極的行動をとる用意は、実験的状况においてはそれほど顕著に現れなかったようであるが、しかし、闖入者に積極的処置をとらなくても済むような予防的な防衛戦略は、日常生活において通常となっている(例えば、立入禁止看板の掲示)。そのような措置も防衛の用意の表現であり、その強さは、個人または集団をテリトリーに結びつけようとする欲求の強さに依存していることが承認されている。

② 社会史的形成 一方で、居住領域は比較的継続的に特別な保護を受けてきていると考えられる。ドイツ法制史の初期の頃から現代に至るまで、刑法という特に強力な手段で居住領域を保護している諸規範が現に存在してきた。住居侵入罪の特別な構成要件がなかった普通法時代においてさえ、都市の地方特別法 (Partikularrecht) と並んで「暴力犯罪 (crimen vis)」という受皿構成要件が、刑法による居住領域の継続的保護に貢献していたのである。これに対し、居住領域以外のテリトリーの刑法的保護は、欲求および欲求充足形式の変化、特に生産諸関係の変化に強く依存していると考えられる。人間のテリトリーの保護に役立つ刑法規範は多様に存在し、必ずしも住居侵入罪構成要件の展開の中で表れなければならないものではない。しかし、人間のテリトリーの保護の歴史は、住居侵入罪構成要件との関連で二つの点を明らかにしている。

第一に、テリトリーの争いは、農業社会においては、産業社会におけるよりも重要な役割を演じていたと推測される。それを示す証拠として、今日では影の薄いものになった「土地侵奪罪 (Erddiebstahl)」(刑法第274条1項1号)のような規範があるし、他方、他人の所有地の権限なき使用に対して政治権力が厳しく対処しなければならなかった事例が、法制史には豊富に存

在しているのである。確かに、これらの場合、公の平和保護の観点が前面に出ているのが通常であるが、しかし、特徴的なのは、囲いのない領地への侵入が既に真正の住居侵入罪と同じ様に不和（Unfrieden）をもたらすものとみなされていたことである。今日、住居侵入罪構成要件は広範であるとはいえ、このような同一視はもはやなされておらず、純粹の「畑地・森林侵入罪」は秩序違反法に移されているのである。

それに代わって、分業形態により農業社会を克服した社会的分化過程が、住居侵入罪構成要件に広範な影響を及ぼした。というのは、居住領域以外のテリトリー、特に建物は、居住領域に匹敵するほどの意味を獲得したからである。この過程は、いわゆる「ブルク平和（Burgfriede）」の破壊を処罰する規範の誕生の中に初期の発現が見られるし、自給自足の家政時代の終焉とともに、その構成要件は独立した仕事場（「営業所」）にまで拡張され、さらに、20世紀の大衆社会の条件のもとで、公の交通手段にまで拡張されたのである。

③ 法的評価　住居侵入罪構成要件の現代的形態は、社会的分化の過程によって強く影響されているのであり、立法者は、その高い支配利益のテリトリーを断片的に構成要件の中へ取り込むことを通じてこの分化過程を写し取ってきたのである。それにも拘らず、テリトリー利益の分化は、刑法第123条の中に不完全にしか写し取られなかった。というのは、構成要件は、住居、営業所、公の業務・交通領域とともに、特定目的による適性によっては定義されない「囲いのある地所」をも掲げているからである。この不定性により、囲いのある地所の構成要件要素は、結局は、可罰性の欠缺が生じるのを防ぐための一般条項に近づくことになる。その構成要件要素は、構成要件の意味の問題にとって特別な関心対象となっており、シャル氏が考えているようになおざりにしてもよい残余カテゴリーなどではなく、むしろ、すべての所為客体を連結させる基本思想が明確に表れている所為客体と考えられる。

立入禁止看板等の標識も排除意思の「明確な徴表」ではあるのに、住居侵

入罪構成要件による刑法的保護を受けず、「囲障 (Umgebung)」に囲われた土地だけが刑法的保護を受けるのはなぜなのか。象徴的機能に関して、果たして「囲障」とその他の標識との間に相違が存在しているのか。大抵、「囲障」には費用がかかり、したがって、環境心理学が人間のテリトリー行動の基礎におく経済的打算によると、それは通常、その土地に関する利益が高いことの徴表になる。また、それは、たびたび部内者・部外者の側に特に有効な防衛刺激を呼び起こすようにも思われる。しかしながら、こうしたことすべてが常に当てはまるとは限らない。したがって、その他の標識を無視する行動は原則として不処罰の占有侵害として処理されるだけなのに、「囲障」を無視する行動が住居侵入罪の刑事制裁を科せられる点を正当化するには、そもそも象徴的側面だけでは十分でない。刑法上重要な相違は必要な「囲障」の付随的機能の点に求めなければならない。事実、プロイセン成立史においては、「囲障」は「(住居の) 平和」を創設するとされていたし、1828年草案は、「囲障」を備えた土地を「befriedetes (平定された)」土地と特徴づけることで、既に平和創設の効果を基礎においていたのである。その後、1848年連邦議会小委員会の打ち立てた原則、つまり、「unbefriedetes (平定されていない, 囲いのない)」土地には住居権は保障されないという原則は、遅くともこの時点から、住居平穏と特徴づけられる平和が念頭におかれていたことを示しているのである。それゆえ、「囲障」の保護効果を志向する機能的解釈だけが有益なものとして残ることになる。

住居の「テリトリー的」効果は、闖入者に対する積極的・消極的防衛を物理的に容易にしている点にある。すなわち、その外壁も屋根も侵入を予防・阻止することによって、住居平穏の本質的要素たる危険なき特別状態を作り出しているのである。囲いのある地所がそれに匹敵し得る平和を創設するには、その「囲障」がそれと比肩し得る効果を有していなければならない。その意味で、囲いは、屋根というよりもむしろ家の外壁と同じく、少なくとも闖入者に対する物理的保護を提供するような形態で創設されていなければならないのである。まず、闖入者に対する物理的保全は、刑法第123条に列挙

された他の所為客体と囲いのある地所とを同一視することを納得させるものである。というのは、刑法第123条に列挙された他の所為客体は、建物の一部ないし遮断された構内として初めから物理的に有効な障壁を用いているからである。したがって、抽象的だが、すべての所為客体に妥当する観点により、規範は、刑法では「物理的に保全された属地性」を前提にしていると考えることができる。

## (2) 安全

① 人類学的基盤 個人のテリトリーは、積極的に防衛されたり消極的に保護されたりするが、消極的な保護は三つの段階で行われる。第一段階は、占有妨害の民法上の禁止（民法第858条以下）であり、第二段階は、そうした禁止を明示する象徴物（「立入禁止」）の設置であり、第三段階は、囲壁、垣根、溝等々といった物理的に有効な防護であり、このような物理的に有効な障壁は、テリトリーの所持者に強度の安全をもたらしている。第三段階の保護と、単に象徴的に伝達される第二段階の保護との原理的な相違点は、この安全が単なる規範的信頼を超えるものであるという点にある。

物理的遮断物は、囲障内の人身や財物への攻撃に対する強度の安全をもたらし、それゆえ、囲いのなされた地所は避難場所に適した性格をもつ。この適格性は客観的なものであるが、それを認識する者にとっては心理的な負担軽減という点で主観にも反映している。しかし、入って欲しくない者がテリトリーの物理的遮断物内にいることは、その場所に保護を求める者にとっては特に不安となる。なぜなら、囲障が、避難したり他人の助けを求めたりするのを反って困難にするからである。

入口は、物理的障壁にとって「弱点」であるが、しかし、この「弱点」は、囲障のある土地を使用するための不可欠の前提である。そこで、この「弱点」の無権限使用も物理的障壁の克服と同じように制裁を科すべきであるとの欲求が生じることになる。この欲求は、住居侵入罪の本質を「意思障壁」の侵害とみなす刑法学説の傾向を強化するものであるが、囲いのない占有を妨害する者も他人の意思を侵害するものであるから、それはあまりにも不特

定すぎる。住居侵入罪の特質は、単に他人の意思の侵害にあるのではなく、物理的に有効な防衛施設の侵害にあるのである。立入禁止といった意思表示は、補充的機能を有しているにすぎない。

② 社会史的形成 物理的遮断物のもつ保護効果への信頼と幻滅により、囲障のあるテリトリーの物理的保護を規範的に強化しようという関心が生じる。法制史は、この点に関する多数の証拠を提供してくれる。語源的にも、「住居平穩 (Hausfrieden)」や「囲いのある (befriedetes)」地所という語の「Frieden」の概念部分には安全の要素が含まれている。しかも、住居平穩の起源の一つと考えられる家族の平和についてみると、安全の要素は、「我が家こそ我が城 (Mein Haus ist meine Burg)」という法格言の中に特に明確に表れている。普通法の学説の中にも、「Hausfrieden (住居平穩)」概念を「*securitas domestica* (家内の安全)」と同じに見るものもある。

国家の法執行装置が未だ存在していないがために個人が自ら権利を確保しなければならなかった時代の手続規範が、この間の事情を雄弁に物語っている。近代初頭に至るまで、公権力は一般的な安全を保障するにはその装置が脆弱であったために、顕著な安全欲求を侵害する行為を厳しく処罰することでこの欠陥を補い隠蔽しようとした。しかし、国家装置が次第に改善され、一般的な法的平和を保障できるようになると、この安全の利益も減退してくる。しかし、一般的な法的平和を国家が保障したとしても、個人の生命・財産への攻撃の危険をすべて排除できるわけではない。それゆえ、住居の安全を補充的な安全とみなそうとする利害関心は、近代国家の発展により完全に消失したわけではない。にもかかわらず、19世紀には、大抵のドイツ刑法が、単純な住居侵入罪を相変わらず公の安全に対する犯罪ないし公の平和に対する犯罪に配列している。しかし、20世紀には、犯罪脅威感の増大により反って住居の安全への関心は高まった。

もちろん、現代大衆社会の生活諸条件は、囲障のあるテリトリーの重要な部分領域において、安全問題の重点を変えてきている。デパート・銀行・公務所等々の拡大は、不特定多数の未知の人々の立入りが暫定的に認められる

囲障のある土地の増大をもたらしている。そこでは、権利者は囲障の安全効果を信頼することはもはやできないし、知人の入場の場合のように人的信頼によって補償することもできないので、内部で展覧に供された財物の保全是内部的保全手段に委ねざるをえない。今日でもなお、物理的障壁の安全効果が高く評価されているが、それによる保護を断念する場合にはその代替物が求められるようになり、法的手段の重要性が増してくることになる。その土地への立入りを開放している間は、危険人物の立入りを機械的に阻止することはもはやできないので、刑法的制裁を付した立入禁止や立入戒告によって彼らを排除したいという欲求が高まることになる。というのは、その場合、通常であれば物理的囲障が保障しているはずの安全を確保・回復するために残されているのはそうした刑法的手段だけだからであり、また、逃走の可能性が制限されたテリトリー内で、望ましくない人物に遭遇したときに生じる権利者の動揺を防止するために残されているのはそうした手段だけだからである。

③ 法的評価 住居侵入罪の法的評価においても、安全は常に大きな役割を果たしてきた。住居の安全の侵害は、当然ながらまず個人にとって重大な出来事であるが、それがもたらす著しい動揺は、平和維持者たる公権力の利益にも関連しているのである。いずれにしても、今日の住居侵入罪規定によって安全の利益は重要で、しかも、決定的な意味をもっていたのである。

この利益の最初の結実は、構成要件を公の秩序に対する犯罪に配列した点に現われている。今日厳しく批判されているこの位置づけを理解するためには、近代初頭以降の構成要件の展開に立ち戻ってみななければならない。住居侵入罪は特別な安全利益に関わっているという思想が、こうした配列の中に残存しているのである。もちろん、公の利益に関連する章に配列するのは時代錯誤である。公の安全の侵害を強調する犯罪の類別が納得できたのは、国家の保障する一般的な平和秩序が未だ存在していなかった時代だけであって、そうした時代の社会（例えば、中世ドイツ）では、一般的平和は様々な特別平和の総体としてのみ存在していたのであり、その結果、「公の」（一般的）

安全の侵害は、特別平和の侵害の形とほとんど異ならないと考えられていたのである。しかし、国家が、警察によって一般的平和秩序を創設した時から、住居平穏はむしろ「公の」平和と対立することとなった。今や、住居平穏区域は、事実に法的に、国家権力の平定するテリトリーから区分された一定領域として現れるのである。というのは、この領域では、一方で、警察は実務上・(基本)法上の理由から無制約にその平和に配慮することができないし、他方で、住居平穏の侵害を被るのは原則として戸主だけであって一般公衆ではないので、国家はこれを戸主に一定範囲で委ねることもできるからである。これにより、個人の安全利益が前面に出ることになったのである。それゆえ、若干のプロイセン草案に見られたように、その構成要件を脅迫罪(刑法第241条)と並べるのは正しい位置づけである。

こうした配列が示すところによれば、プロイセンの立法作業においては個人の安全利益が考慮されていたことが直接窺われるし、1828年草案は、保護土地に囲障を要求することで、ある意味で既に客観的には個人の安全利益を考慮していたともいえるのである。しかし、特に興味深いのは、この囲障が「Befriedung」と表現され、また、この概念がその後の議論すべてに浸透して、今日に至るまで構成要件を形作っている点である。最近の資料として、現行法の中にも個人の安全利益を考慮している証拠がある。1975年まで、刑法は通常の住居侵入罪(刑法第123条1項)と、武器を携帯しまたは数人で犯される住居侵入罪(同条2項)とを区別していた。しかし、1974年草案が法定刑を引き上げたことにより、第123条第2項の住居侵入罪は削除された。すなわち、住居侵入罪の現行の法定刑枠の中には、既述の犯行形式による安全利益の特別な侵害も考慮されているのである。

しかし、刑法第123条が安全利益を考慮するについては限界があることに留意する必要がある。その規範は、専ら闖入者から、かつ、既に囲障内にいる者を保護しており、囲障の外にとどまっている攻撃者からは保護していないのである。このような住居平穏の保護の限界は、近代国家が強大化した結果である。住居の安全の侵害は、それが同時に囲障のあるテリトリーにおけ

る滞留のコントロールを危うくする場合に限って、構成要件によって捕捉されることになるのである。

### (3) 秘密保持

① 人類学的基礎　さらに、囲障は情報獲得を妨げたり不可能にしたりする効果をもっている。もちろん、物理的囲障によって可能となる秘密保持の程度は、囲障設置の具体性に強く依存する。そして、情報制限は、本質的にその囲障が地所への他人の立入りや搜索を阻止していることが前提となって生じることである。あらゆる秘密保持の端緒は、社会環境の望ましくない反応からの回避である。テリトリーの秘密圏は、それ相応の形態で任意の状態や行動態様を社会的コントロールから保護する可能性を与えており、この特質により、秘密圏はプライバシー圏と称されるものの中心的な構成部分となっている。すなわち、人は、この領域内に、病気、貧困および富裕を隠すことができ、また、この領域で、同胞の嘲笑、嫉妬、憤激あるいは軽蔑の同情を恐れる必要もなく、秘密の願望、怒りおよび意見を表明することができるのである。この秘密保持の利益は、必ずしも孤独のうちに追求されるとは限らない。信頼のおける人とその種の秘密を分かち合うことも情緒的な満足をもたらし、人格的に有益となり得る。ただ、そこから生じる「親密性」は、秘密の可侵性（Verletzlichkeit）を高めるとともに、コミュニケーションの技術的保全への欲求をも増大させることになる。それとともに、テリトリーの秘密圏は、戦闘状況や試合状況における有利な出動態勢を意図した「戦略的」秘密事項を保護している。とりわけ、軍事的、政治的および経済的な秘密は、この種の戦略的 secret 保持の利益に依存している。戦略的 secret 保持の利益は組織によって追求されることが多いのに対し、先に挙げた秘密保持の欲求は個人のプライバシー圏に配列される傾向があるが、しかし、このような図式的な配列は適切ではなく、個人であっても戦略的 secret 保持の利益を追求したり、逆に、組織も時には自己主張のために、環境の不利な反応を恐れず内部の不利益状態をあらわにし、未熟な理念を討論し、微妙な妥協を図ったりできるような領域を必要とするのである。



社会は、秘密領域に関しきわめて矛盾する態度をとらざるを得ない。秘密領域は、一方で、規範違反や好ましくない不意打ちを助長するがゆえに危険であるが、他方で、多様化した価値観に内在する潜在的葛藤を鎮静させるがゆえに心的充足に寄与する。この二律背反のゆえに、秘密領域の社会的承認は決して自明のことではなく、特別な社会的要因に強く依拠しているのである。

② 社会史的形成 秘密保持の端緒である他人の望ましくない反応の回避はきわめて普遍的であり、あらゆる社会で観察することができる。しかしながら、「プライバシー」圏を他人の観察から遮蔽しようとする努力が今日ほど顕著な時代はない。それは、現代社会の特殊性、特に現代社会関係の分化的進展に起因する部分が多い。社会的分化をもたらした重要な帰結は価値観の多元化であり、政治上、道徳上および嗜好上の分化によって価値多元的な秘密保持利益は今日のような重要性を獲得したのである。ただ、今日のこうした秘密欲求を部分的に減弱させるような逆行傾向として、多くの領域で寛容さが成長してはいる。現代社会において秘密保持利益を先鋭化する第二の要因は、役割分化を伴って起こる文明化過程である。これは、特に労働界において、社会的接触の規律化をもたらし、従来であれば誰はばかることなく公然と享受していた「自然な」欲求を抑圧することがしばしば要求される。しかし、現代社会においても、規律の進展と並行して、妨害されずに「自然な」欲求に身を任せることのできる遮蔽地帯を得ようとする努力が強くなる。18世紀に至るまで、家族は本質的に家父長が主宰し、一世帯に多世代と召使いが共同生活を営む共同体であるところの、いわゆる「全き家」の形態をとっていた。家族関係の基盤は自給自足的経済統一体、すなわち「オイコス (Oikos)」としての家への帰属であり、「愛情」は家族生活にとって好ましい副産物であった。しかし、こうした状況は家計の破産とともに変化し、一家の大黒柱が家族の外から生計の糧を得、しかも、そこで支配している強制に服さざるを得ない時点から、家族生活は退却地帯に、つまり「全き」人間と認められていると感じさせてくれる最も重要な領域になったので

ある。外部世界の即物的関係と衝突するような感情は、この「全統一的」関係の中で存分に発現されるがゆえに、家族の居所である住居を保全して欲しいとの欲求が高まるわけである。

政治的・経済的な秘密保持利益も、今日認められているような意味を有してはいなかった。国家機密や職務機密の保護は確かに古くからなされていたが、政治的対立に関する秘密保持利益についてはドイツでは非常に慎重で、18世紀末になってようやく議論され、三月革命にはその保護が（基本）法政策上の要請にまでなった。同様に、経済的機密の保護の端緒は近代初頭にまでさかのぼることができ、19世紀になって多くの地方特別刑法がそれを考慮するようになった。しかし、まさにプロイセンではそれを認めるべきかどうか争われたため、その影響で、1871年以降ライヒの立法がその保護を承認するまでには若干の時間を要した。

③ 法的評価 住居侵入罪構成要件の歴史は、既述のような歴史との関わりを反映している。中世および近世初頭の法の多くは、「壁に耳をつけて盗聴する者」を処罰するとともに、既に住居の秘密圏としての性格を考慮してはいたが、しかし、それは周辺現象としてであった。中世における住居平穏の保護の中核にあったのは暴力に対する防衛である。この点はドイツ普通法において一層明確に表れており、住居侵入罪は「暴力（vis）」犯罪に配列され、構成要件充足のためには暴力行為が必要であり、侵入だけでは十分でないとされていた。秘密圏としての住居の意味が長年いかに軽視されていたかは、家宅捜索（Haussuchung）の取扱いに最も端的に表れている。家宅捜索は、ドイツ普通法原理にとり、まずもって家父長の支配権限の侵害と考えられていたのであって、今日のように、家宅捜査は保護の必要のある秘密を白日のもとにさらしてしまうというような考えは従属的な役割を果たしていたにすぎなかった。容疑者の場合、家宅捜索だけが許容されていたのではなく、住所地および地区全体の捜索も許容されていた。地区全体の捜索は「プライベート圏」の大規模な侵害をもたらすという考えは、まったく顧慮されていなかったのである。ドイツにおいて住居が秘密圏であることが強調さ

れるようになったのは、18世紀末の政治理論によってである。しかし、住居を秘密圏として保護しようという努力が念頭においていたのは、国民による侵害というよりは、むしろ、捜索によって住居の秘密領域を著しく脅かす国家による侵害であった。ここから住居の不可侵性という基本的人権を創設すべきであるというリベラルな要求が生じたわけであるが、この要求の実定刑法上の副産物として、住居侵入罪の構成要件がプロイセン刑法第318条と旧ライヒ刑法第342条に結実し、刑法第123条の中にも吸収されたのである。しかし、それ以上に、秘密保持利益が構成要件の法文化に与えた特別な影響を証明することはできない。

以上要約すれば、現代の秘密保持利益は、それに添加されてきたほどには住居侵入罪の構成要件を刻印してはいないといわざるを得ない。構成要件の基本構造は19世紀の古い伝統を継承しており、この伝統の下では、秘密保持の努力は従属的役割しか果たさず、むしろ、暴力的闖入者に対して安全を確保したいという努力が前面に出ていたのである。こうした伝統的枠内において、しかも、その枠内でのみ、現代の秘密保持欲求も、それが個人の守秘的性格、経済的性格あるいは政治的性格を有するときに限り、一緒に保護されることがあるにすぎない。

#### (4) 妨害からの防衛

① 人類学的基盤 同種属生物による妨害の意味については、生物学的行動研究によって詳細に研究されてきている。それによると、そうした妨害は、過剰人口という条件の下で動物人口の減退をもたらす要因と考えられている。すなわち、多くの未知の個体が同時に一つの領域に滞在すると刺激過多となり、それが一定の刺激水準を越えると、情報解析システムが加重負担となって、アドレナリンの分泌過多が生じ、これが続くことによって組織に変性をきたし、ついには心臓死にいたり、性的機能障害その他の疾病症状が発症したりするのである。環境心理学も、人口密集のもたらす心理学的効果について詳細な研究を行ってきている。一方で、人間は自分の行動を他人に観察されても既に妨害的と感じるし、他方で、人間は未知の人とうまく

折り合うことができ、多数の人々との共存を図ろうとする場合もあるので、動物心理学の帰結をそのまま単純に人間にあてはめることはできない。しかし、いわゆる密集は心理的負担およびストレスを生み出すし、とりわけ行動目標の追求を妨害する刺激は被害者にフラストレーションを起こす。その意味で、刺激効果を和らげたり遮断したりしてくれる物理的障壁は、他人の望ましくない接近による心理的負担を沈静化してくれる要因でもある。人口密集の居住地にプライバシー領域が欠乏すると、心身の病気や自殺、犯罪行為の率が高くなることを示唆する研究さえ存在する。さらに、環境心理学において、同じ空間に他人がいると人間の能率にどのような影響を与えるかが研究されている。他人の存在は、単純な課題の処理の場合には能率を高めるけれども、複雑な問題の処理の場合には反って能力を低下させることが結論として明らかにされている。

② 社会史的形成 妨害防衛の利益の社会史的展開に関する判断はきわめて不確かではあるが、ともかく、歴史の流れの中で妨害防衛の利益が増大してきたことを証明する証拠が若干存在する。まず人口が増加し都市定住が集中している点を、さらに家屋の内部が仕切られ、家族構成員が別々の部屋で眠ることが多くなっている点を指摘することができる。最後に、複雑な任務に対処しなければならない人の数が歴史的に絶えず増加している点も指摘できよう。

③ 法的評価 住居平穩の保護における妨害防衛の利益に対し以前から一定の考慮が払われてきたことを示す証拠が存在する。それは、住居平穩の局面として、安全とともに静穩があげられる場合には常に前提となっている点である。刑法第123条に関するプロイセン前史においても、住居権者の「静穩な占有 (ruhige Besitz)」が保護されなければならないと論じられていた。1828年のプロイセン草案の起草者は、家長を警察と比較し、警察が囲いのある地所の外についての静穩に配慮するのと同じように、家長は囲いのある地所の内において妨害者に対処できなければならないと論じていたのである。

これは同時に、妨害防衛の利益を考慮する際の限界を明らかにしている。すなわち、支配領域を囲障により区分する者は、囲いのある地所の外にいる者による妨害も該構成要件とともに考慮するのは余計なこと、と考えざるを得ないのである。というのは、囲いのある地所の外の領域における秩序に配慮するのは警察だからである。妨害されないことの利益が高まっているにもかかわらず、今日、妨害防衛が囲いのある地所内での妨害に対する防衛に限定されている理由がここにある。安全利益の場合と同様、公の秩序権力の存在は、住居平穩のテリトリー的な構成要素を強くもっているのである。立法者は、囲いのあるすべての地所に刑法第123条を拡張することにより、転徹機を切り換えたのであり、いかなる防衛的囲障であれすべてそれにより、立法者は、構成要件の事実上の適用領域を拡張する方向へと針路をとったわけである。これは、今日よく言われる構成要件的意味伸長の原因の一つとってよいであろう。

(未完)