

## 集合住宅へのポステイング目的の立入りと住居侵入罪の成否

—— 亀有マンション立入事件・東京地裁判決を素材に ——

関 哲 夫

### 一 はじめに

#### 1 本稿の課題

最近、集合住宅へのポステイング目的の立入りにつき住居侵入罪が成立するかについて、下級裁判所の判決がいくつか出されたこともあり、集合住宅における住居侵入罪の問題が重要な課題となっている。たとえば、立川自衛隊宿舍ピラ投函事件では、「自衛隊のイラク派兵反対！」などと記載したピラを防衛庁立川宿舍各居室の玄関ドアポストに投函する目的で、同宿舍敷地、集合住宅建物の各号棟の階段・通路部分等の建物共用部分に立ち入った行為が住居侵入罪に問われた事案につき、平成一六年（二〇〇四年）の東京地裁八王子支部判決<sup>1)</sup>は、本件宿舍の敷地・建物共用部分は居室と一体をなして「住居」に該当し、被告人らの本件各行為は住居侵入罪の構成要件に該当するが、「法秩序全体の見地からして、刑事罰に処するに値する程度の違法性があるものとは認められない」として無罪判決を言い

集合住宅へのポステイング目的の立入りと住居侵入罪の成否（関 哲夫）

渡した。しかし、検察官側の控訴を受けて、平成一七年（二〇〇五年）の東京高裁判決は、立川宿舍の敷地・建物共用部分は「人の看守する邸宅」に該当し、被告人らの本件各行為は本罪にいう「侵入」に該当するところ、「被告人らの本件各立入り行為によって生じた管理権者らの法益侵害の程度が極めて軽微なものであったといふことはできず、「可罰的違法性を欠くとして違法性が阻却されるとはいえない」として、原判決を破棄し、有罪を言い渡した。ここでは、いわゆる官庁宿舍である集合住宅にある各居室の玄関ドアポストにビラ等を投函する目的でその敷地および建物共用部分に立ち入ることが、刑法第一三〇条の住居侵入罪に当たると問題となっている。

## 2 本稿の対象

他方、亀有マンション立入事件では、マンション・アパート等の民間の集合住宅にある各居室の玄関ドアポストにビラ等を投函する目的でその敷地及び建物共用部分に立ち入ることが、刑法第一三〇条の住居侵入罪に当たることが問題となった。

本稿では、この亀有マンション立入事件を中心にして、集合住宅における住居侵入罪の問題を検討していきたい。

### (1) 事実の概要

葛飾区に住む被告人は、平成一六年（二〇〇四年）一月二三日の午後二時二〇分ころという日中の時間帯に、一人で、ある政党関係の「都議会報告」・「葛飾区議団だより」・「区民アンケート」・「返信用封筒」（以下、「本件ビラ等」という。）を配布する目的で、Nら多数名が居住する東京都葛飾区亀有所在の七階建分譲マンション「サンハイツ亀有」（以下、「本件マンション」という。）の一階玄関ホールから一階廊下を経てエレベーターで七階に上がり、各居室の玄関ドアポストに本件ビラ等を入れて配布しながら階段を使って下の階に順次下がり、全居室にそのビラ等

を配布しようとしたところ、三階居住者のNに配布を見とがめられて警察に通報されたため、誤解を解くために本件マンションの一階エントランスホールで待ち受け、Nとやり取りをしていたところ、駆けつけた警察官が亀有署への任意同行を求めたのに応じて同行したところ、私人Nによる現行犯逮捕が行われたとして身柄拘束を受け、逮捕後に引き続き留置・勾留により二三日間の身柄拘束を受け、しかも、その後、被告人は、正当な理由がないのに、平成六年（二〇〇四年）一月二三日午後二時二〇分ころ、Nら多数名が居住する本件マンション内に侵入したとして、刑法第二三〇条前段の住居侵入罪で公訴提起されたものである。

（２） 判決要旨

平成一七年（二〇〇五年）の東京地裁判決は、以下のように判示して、被告人に無罪を言い渡した。

「人が起居して生活している場である住戸が『住居』に該当することは明らかであるが、建物内部にあり、住戸部分と建物外部との間をつなぐ部分であり、これと不可分一体のものとして利用される廊下、エレベーター、階段等の共用部分も、住戸部分と空間的にも極めて密接な関係にあり、もとより、外部の道路等と異なり、居住者と無関係の者が自由に立ち入ることができる場所ではない。そのような場所への侵入により住戸に居住する者の私生活の平穩も損なわれることになるから、共用部分も、居室部分と程度の差こそあれ、なお私的領域としての性質を備えていることは否定できず、このような部分についても住居権の保護を図る必要性が認められる。また同じ刑法一三〇条の『建造物』についてはその『囲繞地』も含まれるとの解釈がされており、それとの整合性からみても、集合住宅においては、住戸部分だけでなく、住戸部分と不可分一体のものとして利用される共用部分についても、『住居』に当たると解するのが相当である。したがって、被告人が立ち入った場所は、刑法二三〇条にいう『住居』に当たる。」また、「内部的には、被告人のような政治ビラの配布目的も含めて、マンションの共用部分への立入りを禁じる意思形

成がされた事實は認められるが、そのような意思表示が本件立入時に来訪者に伝わるような実効的な措置が執られていたとはいえない。したがって、明確な立入禁止の表示がされておらず、また、個別に事前に管理者等から立入りについて注意や警告を受けた事實がない以上、本件マンションにおいて実効的な立入禁止の措置がされていたとはいえず、本件マンションの管理者の意思に反する立入行為を被告人がしたとしても、これを『正当な理由』のない立入行為であると解することもできない。そうすると、一般的には、社会通念上、本件のようなマンション内に立ち入ってするピラ配布が当然に刑罰をもって禁じられている行為であるとの社会通念が未だ確立しているとはいえないことも前記のとおりであるから、結局、被告人のした立入行為は『正当な理由』がないとはいえず、住居侵入罪を構成する違法な行為であるとは認められない」ので、住居侵入罪の構成要件に該当しない。

### 3 具体的な問題軸

いわゆるマンション等の民間の集合住宅にある各居室の玄関ドアポストにピラ等を投函する目的でその敷地および建物共用部分に立ち入る行為について、刑法第一三〇条の住居侵入罪の成否を考察する際には、具体的に、①集合住宅の敷地・建物共用部分は「住居」・「邸宅」・「建造物」のいずれに当たるか、②立入行為は「侵入」に当たるか、そして、③立入行為は実質的違法性を具備するか、の問題軸を検討することが必要であろう。

以下、本稿では、亀有マンション立入事件に関する平成一八年（二〇〇六年）の東京地裁判決を素材にし、これらの問題軸を中心にして、集合住宅における住居侵入罪の成否を検討していきたい。

なお、以下では、マンション等の集合住宅の建物に付属する敷地部分を「敷地」と称し、玄関ホール、各階の廊下、エレベーター、外階段等、本件マンションの建物内の共用部分を「建物共用部分」と称し、住居用の居室を「居室」

と称することにする。また、刑法第一三〇条を「本条」と称し、住居侵入罪を「本罪」と称することにする。さらに、判決および文献におけるカタカナ書きはひらがな書きにして引用することをお断りしておく。

(1) 立川自衛隊宿舍ビラ投函事件・東京地裁八王子支部判平成一六年二月一六日判例時報一八九二号一五〇頁、判例タイムズ一七七号一三三頁(検察官控訴)。本判決の評釈として、本田稔・法学セミナー六〇四号(二〇〇五年)一四五頁、石崎学・法学セミナー六〇五号(二〇〇五年)六二頁以下、近藤敦・法学セミナー六〇九号(二〇〇五年)一二六頁、大島佳代子・判例セレクト二〇〇五(法学教室三〇六号別冊)(二〇〇六年)一〇頁、古川純・専修ロージャーナル一号(二〇〇六年)一〇七頁以下、法学セミナー六一五号(二〇〇六年)一三二頁、安達光治・法の科学三七号(二〇〇六年)一六八頁以下がある。また、松宮孝明「ポストテイングと住居侵入罪」立命館法学二九七号(二〇〇四年)一頁以下、石崎学「立憲主義の『ゆがみ』と表現の自由」法学セミナー五九六号(二〇〇四年)六〇頁以下、市川正人「表現の自由と二つのポストテイング摘発事件」法学セミナー五九六号(二〇〇四年)六二頁以下、安達光治「事件の刑事法的问题点——『住居』の管理権とその限界」法学セミナー五九六号(二〇〇四年)六五頁以下参照。

(2) 立川自衛隊宿舍ビラ投函事件・東京高判平成一七年二月九日判例時報一九四九号二六九頁、高等裁判所刑事裁判速報集平成一七年二三八頁(被告人上告)。本判決の評釈として、白取祐司・世界七四九号(二〇〇六年)二五頁以下、成澤孝人・法の科学三七号(二〇〇六年)一六二頁以下、清水晴生・白鷗法学二八号(二〇〇六年)一三三頁以下、内田雅敏・季刊刑事弁護四六号(二〇〇六年)一一二頁以下、安達光治・法学セミナー六一六号(二〇〇六年)六頁以下、多田一路・法学セミナー六一八号(二〇〇六年)一一三頁、関哲夫・判例セレクト二〇〇六(法学教室三一八号別冊)(二〇〇七年)三二頁がある。さらに、曾根威彦「ポストテイングと刑事制裁」研修七〇一号(二〇〇六年)三頁以下、友添太郎「ビラの配布と住居侵入罪」研修七〇五号(二〇〇七年)三二頁以下参照。

(3) 亀有マンション立入事件・東京地判平成一八年八月二八日判例集未登載(検察官控訴)。本判決の評釈として、西田穂「表現行為の弾圧を阻止せよ 亀有マンションビラ配布弾圧事件」法と民主主義三九五号(二〇〇五年)六八頁以下、松宮孝明・法学セミナー六二七号(二〇〇六年)一一七頁、川岸令和・判例セレクト二〇〇六(法学教室三一八号別冊付録)

(二〇〇七年) 九頁、川口浩一・刑事法ジャーナル九号(二〇〇七年) 一四六頁以下がある。さらに、安達光治「住居・建物侵入罪における住居権者の意思侵害の意義」立命館法学三〇〇〥三〇一号(二〇〇五年) 一頁以下、松宮孝明「ピラ入れ・政治活動の自由と刑事規制」法の科学三七号(二〇〇六年) 一五八頁以下、奥平康弘「『住居侵入罪』と『表現の自由』に関する若干の考察」世界七五一号(二〇〇六年) 三六頁以下、前田雅英「可罰的違法性と住居侵入罪」研修七〇八号(二〇〇七年) 一五頁以下参照。

## 二 本件マンションの敷地・建物共用部分は「住居」か

### 1 囲繞地(敷地)について

#### (1) 判例の状況

① 戦前の判例の状況 戦前の大審院は、住居とは「現に人の起臥寢食の場所として日常使用せらるる建造物」<sup>(1)</sup>を意味するとし、住居の囲繞地については、これを「邸宅」に当たると解していた。たとえば、大正一二年(一九二三年)の大審院判決は、門・垣根・塀等の設備がなく、公道から直接に立ち入ることができる家屋につき、居住者の意思に反して、夜間、家屋の戸障の外側にある縁側に上った段階にいたってはじめて「住居」侵入罪の成立を認め、昭和四年(一九二九年)の大審院判決は、家屋を汚穢する目的で糞尿を充満した四斗樽を運搬して表門から邸内に侵入した行為につき、「苟も故なく他人の邸宅に侵入するに於ては其の玄関前に到りて止まりたるに進で玄関内に入りたるとは邸宅侵入罪の成立に消長を来すことなし」と判示して「邸宅」侵入罪の成立を認め、また、昭和七年(一九三二年)の大審院判決は、板塀で囲繞し外部との区画を設け、かつ見張所を置き見張人が看守する炭坑社宅構内に数名の者とともその表門から入ったという事案につき、「刑法第一三〇条に所謂邸宅とは人の住居の用に供せらるる

家屋に附属し主として住居者の利用に供せらるべき区劃せる場所を謂ふものにして看守者ある地域と雖右に該當せざるものは以て邸宅と稱すべからず」と判示し、本件社宅の圍繞地は「住居」でも「邸宅」でもなく、旧警察犯処罰令第二条第二五号の「出入を禁止したる場所」（現在の軽犯罪法第一条第三二号前段の「入ることを禁じた場所」）に当たるとしている。さらに、昭和十四年（一九三九年）の大審院判決は、夜間、出征軍人の留守宅であるT女方に、同女の孫娘（当時一九歳）と情交をなす目的で正門から入り突き当たりの縁側の前まで立ち入った行為につき、「門構のみありて門戸の備を缺き昼夜の別なく外部より人の出入し得べき状態の邸宅なりとて苟も正当の事由なくして其の内部に侵入するときは住居侵入罪（邸宅侵入罪の意——括弧内引用者）は即ち成立すべく又其の侵入が邸宅内の那辺にまで及びたるやと云ふが如きことは同罪の成否に何等の消長をも及ぼすことなき」と判示しており、いずれも、住居の圍繞地は「邸宅」に当たるとして「邸宅」侵入罪の成立を検討しているのである。

このように、戦前の判例は、住居の圍繞地につき、それが「人の住居の用に供せらるる家屋に附属し主として住居者の利用に供せらるべき区劃せる場所」として「邸宅」と解されない限り、本条の保護領域とはならないと考えていた。換言すれば、建物の圍繞地については、それが「邸宅」となる場合を除いて、旧警察犯処罰令第二条第二五号の「出入を禁止したる場所」、現在の軽犯罪法第一条第三二号前段の「入ることを禁じた場所」としての保護を予定していたのである。

② 戦後の判例の状況 戦後の判例では、下級裁判所の判決ではあるが、昭和二十七年（一九五二年）の仙台高裁判決が、先の昭和七年（一九三二年）の大審院判決<sup>(7)</sup>の趣旨を継承し、「刑法第一三〇条に所謂邸宅とは人の住居の用に供せられる家屋に附属し、主として住居者の利用に供せらるべき区劃した場所」をいうとしている。また、昭和三二年（一九五七年）の最高裁判決は、社宅街構内に社宅二〇数戸があって石垣または煉瓦塀で囲まれて一般民家とは<sup>(8)</sup>

区画され、同社宅の三方に門があつていずれも木製観音開きの戸が付いて内側から門で閉めるような仕組みになつており、工場囑託が看守し、しかも各社宅の建物はそれぞれコンクリートまたは板塀で圍繞されてそれぞれある程度独立した建物の形態を備えていた社宅街構内につき、本件社宅を「社宅二〇」数個を含む一の邸宅と認めて、これに刑法一三〇条を適用したことは正当であるとし、「邸宅」侵入罪の成立を認めている。この判決は、社宅それ自体をも含む社宅街全体を一つの「邸宅」と解している点で特異な判決ではあるが、少なくとも社宅街の構内敷地を「邸宅」と解している点では戦前の判例を踏襲していると解することができる。

他方、建造物の圍繞地について、最高裁は、これを「建造物」に包摂する見解を採るようになる。たとえば、昭和二五年（一九五〇年）の最高裁大法廷判決<sup>9</sup>は、隠匿藏物資を摘発するため看守者の意思に反して工場敷地内に侵入した事案につき、「刑法一三〇条に所謂建造物とは、単に家屋を指すばかりでなく、その圍繞地を包含するものと解するを相当とする。所論本件工場敷地は、判示工場の附属地として門塀を設け、外部との交通を制限し守衛警備員等を置き、外来者が、みだりに出入することを禁止していた場所であることは、記録上明らかであるから、所論敷地は同条にいわゆる人の看守する建造物と認めなければならない」と判示して、工場敷地への立入りに「建造物」侵入罪の成立を認めている。建造物の圍繞地に関する最高裁のこの考え方は、その後、下級裁判所の判決に拡大していく。たとえば、会社敷地構内<sup>10</sup>、駅構内（ホーム）<sup>11</sup>、自動車学校練習場コース敷地<sup>12</sup>、小学校構内も「建造物」に包摂されること<sup>13</sup>が肯定され、また、最高裁自身も、裁判所構内敷地<sup>14</sup>、研究所構内敷地<sup>15</sup>、駅入口一階階段付近を「建造物」の一部に当たるとする。しかも、昭和五二年（一九七六年）の最高裁判決<sup>17</sup>は、建造物の圍繞地を「建造物」に包摂するについて、「建物の圍繞地を刑法第二三〇条の客体とするゆえんは、まさに右部分への侵入によって建造物自体への侵入若しくはこれに準ずる程度に建造物利用の平穩が害され又は脅かされることからこれを保護しようとする趣旨にほかな

らない」と判示して、事実的な住居平穩説の立場からこれを正当化するのである。この最高裁判決は、昭和二五年（一九五〇年）の札幌高裁函館支部判決<sup>(18)</sup>に始まり、昭和四五年（一九七〇年）の東京高裁判決へと続いた下級裁判所における事実的な住居平穩説の流れを追認するとともに、「住居侵入罪の保護すべき法律上の利益は、住居等の事実上の平穩であり、居住者又は看守者が法律上正当の権限を有するか否かは犯罪の成立を左右するものではない」と判示する昭和四九年（一九七四年）の最高裁決定の考え方を確認するものでもある<sup>(21)</sup>。

そして、建造物の圍繞地について、これを「建造物」に包摂する判例の傾向が固まっていくのに呼応して、下級裁判所の判決の中には、住居の圍繞地についても、これを「住居」に包摂するものがみられるようになる。たとえば、住宅兼店舗の敷地で生垣・板塀・板壁等によって圍繞された場所は「住居」の一部であるとする昭和三〇年（一九五五年）の東京高裁判決や、寺院の境内敷地は圍繞地として「住居」の一部に当たるとする昭和五七年（一九八二年）の福岡高裁判決<sup>(23)</sup>、あるいは、住居の敷地内において、園芸用の柵によって圍繞され、建物玄関に通じる通路部分を「住居」に当たるとする平成一八年（二〇〇六年）の東京高裁判決<sup>(24)</sup>がこれである。

このように、住居の圍繞地を「住居」に包摂する下級裁判所の判決は存在するけれども、しかし、住居の圍繞地を「住居」に包摂する最高裁判例は未だ存在しないのである。しかも、社宅二〇数戸があつて石垣または煉瓦塀で囲まれた社宅街構内を「邸宅」に当たるとした昭和三二年（一九五七年）の最高裁判決を念頭におくと、判例においては、今なお、住居の圍繞地を「邸宅」と解する大審院判例の考え方が維持されていると考えることができるのである。

## (2) 学説の状況

①「住居」に包摂する学説 学説においては、住居・邸宅・建造物の圍繞地はそれぞれ本条にいう「住居」・「邸

宅」「建造物」に包摂され、「邸宅」とは住居の用に供される目的で作られた建物のうち現に住居に使用されていない建物およびこれに付属する囲繞地をいうとする見解が現在の通説である。すなわち、通説によると、現に住居に使用されているか否かが「住居」と「邸宅」とを区別する要素となっている。<sup>(27)</sup>

この通説が根拠とする点は、以下の三点に要約することができる。

㊦ 解釈上の権衡論 第一点は、解釈上の権衡論である。たとえば、「住居の囲繞地を『邸宅』と解しては、『住居』と『邸宅』との区別を混乱させることになり、妥当とはいいがたい。『住居』、『邸宅』、『建造物』とも、それぞれ、その建物部分のほかその囲繞地も含むと解するのが、権衡のとれた解釈というべきである」とするのがこれである。

㊧ 刑法的要保護性論 第二点は、刑法的な要保護性論である。たとえば、「こうした囲繞地は、建物に付属して、その利用に供されるものであり、建物自体に準じて立入りを制限することについて、保護の必要性・相当性を認めることができるから、客体に含まれるのである<sup>(29)</sup>」とするのがこれである。

㊨ 可罰的同価値性論 そして第三点は、可罰的な同価値性論である。すなわち、囲繞地の囲障設備は、一方で、囲繞地への侵入が軽犯罪法第一条第三二号前段にいう「入ることを禁じた場所」への侵入とは可罰的に異なることを根拠づけるとともに、他方で、囲繞地への侵入が建物そのものへの侵入と可罰的に同価値であることを根拠づけるとするのである。たとえば、「侵入行為の面からみても、建物への侵入阻止の第一関門としての外観・機能を有する囲障設備を侵して付属地に立入ることが建造物侵入としての違法評価を受ける根拠のひとつになるように思われる。門、塀が住居、邸宅、建造物利用の平穩・安全の確保に寄与するものであることは、社会一般の意識になっているのみならず、法的にも旧刑法一七一条一号が『人の住所を侵す罪』の加重事由のひとつとして『門戸墻壁の踰越損壞』をあ

げていたこと、盗犯等の防止及処分に関する法律一条一項二号が右と同形態の侵入者に対する防止行為につき正当防衛の特則を設けていることに盛りこまれている<sup>(30)</sup>とするのがこれである。

このように、通説は、「住居」の圍繞地、「邸宅」の圍繞地および「建造物」の圍繞地のいずれについても同一の基準を用いて本条の保護領域に包摂する解釈をしている。すなわち、通説は、現に住居の用に供されている建物およびその圍繞地を「住居」に包摂し、住居の用に供される目的で建てられた建物のうち現に住居の用に供されていない建物およびその圍繞地を「邸宅」に包摂し、それ以外の建物およびその圍繞地を「建造物」に包摂するというように、同一の解釈構成を用いて、「住居」・「邸宅」・「建造物」の概念相互の重複する部分を巧妙に解消する解釈を行っている。その意味で、通説の見解は、美しい「権衡のとれた解釈」であると評することができるかもしれない。

② 「邸宅」に包摂する学説 戦前においては、大審院の判例と同じく、住居の圍繞地は本条にいう「邸宅」に包摂されると解する見解が通説であった。たとえば、「邸宅は住居と住居に附属する圍繞地とを併せて謂ふの称なり、外圍は無権利者の進入を禁止する意思を寓したる有形の設備ならざる可らず<sup>(31)</sup>」とか、「邸宅とは住居の用に供せらるべき家屋並其附属たる圍繞地を謂ふ、圍繞地は普通の歩行に依り踰越すること能わざる設備を謂ふ<sup>(32)</sup>」とするのがこれである。この点を少し詳しくみてみると、たとえば、大場茂馬氏の見解によれば、「邸宅」は「住居に使用せらるべき家屋及び圍障を有する附属地所を併称す。其家屋内は勿論其附属地所内（圍障内）は共に邸宅内」である。そして、そこに現に人が居住している場合はその建物は「住居」に当たり、そうでない場合はその家屋敷地全体が依然として「邸宅」であり、それが人によって看守されているときにはじめて刑法の保護領域となるとする<sup>(33)</sup>。

戦後においても、たとえば植松正氏は、「邸宅」とは「住居の用に供せられる家屋とそれを囲む一定の区域であつて、みだりに他人の立ち入ることを防止するに足りる設備をした場所を言う」と定義し、「工場でなく、住宅とその

囲いの中の土地ならば、全体が邸宅である<sup>(34)</sup>と論述している。植松正氏の見解によれば、現にその建物に人が居住している場合であっても、その建物に囲繞地が付属しているときには建物も含めて全体が「邸宅」であり、囲繞地が付属していないときには「住居」である。すなわち、植松正氏の見解においては、通説と異なり、現に住居の用に供せられている建物に囲繞地が付属しているか否かが「邸宅」と「住居」を分ける要素となっているのである。また、最近でも、戦後の最高裁判例および通説に疑問を提起した上で、「大審院は、文理を尊重して、『邸宅』以外では、囲繞地は二三〇条の客体に含まれないと解していたのである。これに対しては、保護のバランス論を理由とする批判が展開されたが、このバランス論の自明性に対しては、学説の中にも異論があった。そこから見れば、大審院の解釈は、プライバシー保護の機能を営む住宅囲繞地に対しては厚く、そうでない建造物に対しては薄くという形で、結果的には『多元的法益論』の趣旨にかなったものであった」のであり、「大審院判例の立場が、再評価されるべきであろう<sup>(35)</sup>」という主張もなされている。

住居の囲繞地を「邸宅」に包摂する学説が根拠とする点は、以下の二点に要約することができる。

⑦ 要保護性の区別論 第一点は、要保護性の区別論である。すなわち、住居に付属する囲繞地は、現に人が「住居」として使用している建物に付属する空間であるから「住居」と同等にプライバシー保護の必要性が高いけれども、しかし、<sup>(36)</sup> 囲繞地そのものは「住居」という建物の一部とはいえないので、住居と同一に扱うことはできないというわけである。

① 判例尊重論 第二点は、判例尊重論である。たとえば、『住居』の付属地を『住居』に含める最高裁判例は存在せず、それどころか、最高裁はこのような解釈を避けて、これを『邸宅』とする解釈を採ってきたのであり、<sup>(37)</sup> 高裁レベルの下級審判例でも、これに従うものが比較的最近も見受けられるのである」とするのがこれである。

## 2 建物共用部分について

### (1) 判例の状況

複数の居住者が各居室に居住する集合住宅における玄関ホール、各階の廊下、エレベーター、外階段等の建物共用部分について、下級裁判所の判決は、これを「住居」とするものと「邸宅」とするものとに分かれており、一致していない。

① 「住居」に包摂する判例 判例の中には、建物共用部分を「居室と一体をなす住居」と解するものがある。たとえば、一階が店舗・車庫、二階が事務所・居室、三階から五階までがすべて居室であるいわゆる雑居ビルの階段通路・屋上の建物共用部分は、同ビルのうち現に住居として利用されている各居室と「一体をなして刑法第一三〇条所定の『人の住居』に当たる」とする昭和五二年（一九七六年）の広島高裁判決、<sup>39</sup>会社の独身寮の廊下は「住居」の一部であるとす昭和五九年（一九八四年）の福岡高裁判決、あるいは、地下二階、地上一四階の鉄骨鉄筋コンクリート造の集合住宅のうち、一階出入口、エレベーター、外階段・踊り場などの建物共用部分は「住居」に当たるとする平成七年（一九九五年）の名古屋地裁判決、<sup>40</sup>さらに、共同宿舍の敷地は各出入口部分を除いてフェンスで囲まれて外部から明確に区画されており、また、同宿舍の敷地・通路部分は外界と各居室を結ぶ道などとして同宿舍の居住者の日常生活上不可欠なもので、専ら同人らやその関係者らの用に供されていると推認できるのであるから、同宿舍の敷地・通路部分は「いずれも同宿舍居室と一体をなして『住居』に該当する」とする平成一六年（二〇〇四年）の東京地裁八王子支部判決などがこれである。

② 「邸宅」に包摂する判例 これに対し、建物共用部分を「囲繞地とともに邸宅」に包摂する判例もある。た

たとえば、「現に人が住居として使用している建物に附属する施設ではあるが住居の一部とはいえないものや右建物の  
 囲繞地は、これを刑法二三〇条にいう邸宅に該るものと解し得るのであるが、このことは右が単一の居住用建物に附  
 属する場合に限らず、アパート等の共同住宅に附属する場合においても、施設や囲繞地が専らそこに居住する者のみ  
 が利用し、あるいはこれらの者のためにのみ利用されるべき性質のものである以上同様である」として、敷地出入口  
 に門塀等の設置されていないアパート二階の外側共用通路部分は「邸宅」に当たるとする昭和六三年（一九八八年）  
 の広島高裁判決<sup>42</sup>や、建物共用部分については、「やはり集合住宅建物の共用部分であることなどにかんがみると、敷  
 地と同様に解することが相当と考えられる」として、その囲繞地（敷地）及び建物共用部分を「邸宅」とする平成一  
 七年（二〇〇五年）の東京高裁判決<sup>43</sup>などがこれである。

## （2）学説の状況

これに対し、建物共用部分について、それが「住居」に包摂されるのか「邸宅」に包摂されるのかは、学説におい  
 ては、これまであまり分析・検討がなされてこなかったが、立川自衛隊宿舎ピラ投函事件に関する平成一六年（二〇  
 〇四年）の東京地裁八王子支部判決、平成一七年（二〇〇五年）の東京高裁判決、および亀有マンション立入事件に  
 関する平成一八年（二〇〇六年）の東京地裁判決を契機として検討されるようになった。

① 「住居」に包摂する学説　住居の囲繞地を「住居」に包摂する通説の立場からすれば、建物共用部分も当然  
 に「住居の一部」と解されることになる。現に、「建物の周辺部分ないし居室の周辺の共用部分も住居である。ア  
 パートの出入口、エレベーター、外階段踊り場等の共用部分も住居である<sup>44</sup>」とする論述がみられる。

② 「邸宅」に包摂する学説　これに対し、住居の囲繞地（敷地）を「邸宅」と解する見解は、建物共用部分に  
 ついてもこれを「邸宅」と解する傾向がある。たとえば、「住居の敷地および通路は『邸宅』と解され、それは『人

が看守する』場合にのみ刑法上の保護の客体たりうる<sup>(45)</sup>』とか、集合住宅の階段や踊り場などの建物共用部分については『起臥寝食に使用される場所』という『住居』の定義からすれば、『邸宅』とする方が自然ともいえる<sup>(46)</sup>』という論述がこれである。

### 3 本件地裁判決の立場について

#### (1) 本件地裁判決の立場

本件亀有マンション立入事件の第一審判決（東京地判平成一八年八月二八日判例集未登載。以下、「本件地裁判決」という。）は、「集合住宅においては、住戸部分だけでなく、住戸部分と不可分一体のものとして利用される共用部分についても、『住居』に当たると解するのが相当である」と判示し、集合住宅の圍繞地（敷地）および建物共用部分を一括して「住居」に包摂する立場を明らかにしている。

#### (2) 本件地裁判決の根拠

本件地裁判決は、この立場を正当化するために、次のような根拠をあげている。

① 居室との密接不可分性 本件地裁判決は、第一に、建物共用部分は、「建物内部にあり、住戸部分と建物外部との間をつなぐ部分であり、これと不可分一体のものとして利用される」限りで、「住戸部分と空間的にも極めて密接な関係」にあることを根拠にあげている。

② 対外的な閉鎖性 本件地裁判決は、第二に、建物共用部分は、「外部の道路等と異なり、居住者と無関係の者が自由に立ち入ることができる場所ではない」ことをあげている。すなわち、建物共用部分は、外部の道路のように一般人に開放された空間ではなく専ら居住者の利用に供されたものとして、ある程度閉鎖性のある空間であり、し

たがって、「居住者と無関係の者が自由に立ち入ることができる場所ではない」ことを根拠とするのである。

③ 住居権保護の必要性 本件地裁判決は、第三に、建物共用部分への「侵入により住戸に居住する者の私生活の平穩も損なわれることになるから、共用部分も、居室部分と程度の差こそあれ、なお私的空間としての性質を備えていることは否定できず、このような部分についても住居権の保護を図る必要性が認められる」ことを根拠にあげている。

④ 解釈の整合性 そして、本件地裁判決は、第四に、「同じ刑法第二三〇条の『建造物』についてはその『囲繞地』も含まれるとの解釈」との「整合性からみても」、「住居」に当たるものと解するのが相当であることを根拠にあげている。

(3) 本件地裁判決の問題点

たしかに各居室と建物共用部分がともに建物の内部にあって、建物の構造上連結されていることは考慮されなければならぬ。しかし、居室部分は純粹プライベートの空間としての性質を強くもっているため、居住者の意思決定の自由が絶対的に尊重される純粹私的な空間であるのに対し、建物共用部分は居住者の共同利用の空間としての性質を強くもっており純粹プライベートの空間ではないため、居住者の意思決定の自由はむしろ相互に制約されていると解せざるをえない。したがって、両空間には基本的性質に差異があることを意識する必要がある、両空間を一括して同一に扱うことは妥当ではない。他方で、たしかに建物共用部分と囲繞地（敷地）はともに共同利用の空間という性質を有しているけれども、しかし、両空間は物理的・空間的に区画され、建物内と建物外に隔てられているのが通常である。したがって、両空間を一括して同一に扱うことも妥当ではない。本件地裁判決は、こうした居室・建物共用部分・囲繞地の間の構造上の差異や性質上の相違等を充分に考慮し検討していない憾みがある。

以下、この点について明らかにしていきたい。

#### 4 私見

##### (1) 圍繞地(敷地)について

① 「邸宅」の一般的語義 国語辞典によると、「邸宅」とは一般に「屋敷」、「規模の大きい立派な家屋」を意味し、広義では、「家屋を構えた一区切りの地所およびその内に存在する家屋」を意味し、最広義では、「家屋を構える予定の地所」をも含むとされている。<sup>(47)</sup>

「邸宅」のこのような語義を前提にすると、本条にいう「邸宅」については、三つの意義を措定することができる。まず第一は狭義の「邸宅」で、規模の大きな家屋を意味する。しかし、立法者が家屋の規模によって刑法的保護に差異を設けたと考えるのは合理的でないし、規模の大小は具体的な数値や例示が示されない限り、基準としてきわめて不明確であり、法的概念にはなじみにくい。したがって、この狭義の「邸宅」は適当ではない。次に第二は広義の「邸宅」で、現に住居の用に供されている建物または住居の用に供される予定で建てられた建物およびそれに隣接する圍繞地を意味する。そして第三は最広義の「邸宅」で、広義の「邸宅」概念に加えて、住居の用に供される建物も建てる予定の地所をも包含する意味である。しかし、本条は、建物を建てる予定の「土地」の保護を主眼としているものではなく、建物によって形成される場所的空間の保護を主眼としている。その意味で、この最広義の「邸宅」概念も適当ではない。

② 「邸宅」の刑法的意義 結局、広義の「邸宅」概念が前提とされるべきことになる。すなわち、本条においては、現に住居の用に供されている建物または住居の用に供される予定で建てられた建物およびそれに隣接する圍繞

地を意味する広義の「邸宅」概念が前提とされるべきなのである。

この広義の「邸宅」概念は、その建物が現に住居の用に供されている場合と、住居の用に供されるために建てられたが現に（未だ）供されていない場合とを含め、家屋敷全体を意味することになる。<sup>(48)</sup>しかし、現に住居の用に供されている建物（あるいは建物の一部。以下、この意味で使用する。）は「住居」であるので、「邸宅」内の現に住居の用に供されている建物は「住居」概念と重なり合うことになる。この場合、まず前提として、「住居の用に供される建物およびそれに付属する囲繞地」という「邸宅」概念が存在しており、次に、その建物が現に住居の用に供されているときは、その建物は「住居」として抽出されることになるけれども、その囲繞地は依然として「邸宅」であることを確認する必要がある。ここで、「住居」と「邸宅」とを分けているのは、通説と同様、その建物が現に住居の用に供されているか否かであり、「邸宅」内の建物が現に住居の用に供されているときはその建物は「住居」となるが、そうでない場合には、その建物は囲繞地とともに「邸宅」なのである。つまり、住居の囲繞地は、それが「邸宅」に当たると認められない限り、本条の保護領域とはならないのである。

この見解の根拠として、以下の四点をあげることができよう。

⑦ 立法上の沿革論　まず第一に、本条の規定は、旧刑法第一七一条・第一七二条の「人の住居したる邸宅」の法文言が、現行刑法第一三〇条の「人の住居」・「人の看守する邸宅」の法文言へと改正された経緯がある。すなわち、立法沿革的には、前提として「邸宅」概念がまず存在し、次に、そこに「住居」概念が付加されたのである。したがって、「邸宅」のうち現に住居の用に供されている建物と「住居」とは必然的に重なり合うことになるのであって、この重なり合う部分は「住居」に当たると解するのが合理的である。というのは、本条は囲繞地のような土地それ自体を保護するものではなく、建物によって形成された場所的空間を保護するものであること、本条は保護領域として、

「住居」がまっ先に掲示されていること、さらに、「住居」には「人の看守」要件が付されていないが、「邸宅」には「人の看守」要件が付されており、「邸宅」と「住居」はいわば一般・特別の関係にあると考えられることなどを考慮すると、重なり合う部分は「住居」に当たると解するのが立法趣旨にも合致し、合理的だからである。

また、改正刑法草案第三〇八条は、本罪の保護領域として、「人の住居」、「人の看守する建造物」、「囲いのあるこれらの付属地」および「人の看守する船舶・航空機」を掲げている。すなわち、改正刑法草案は、現行刑法第一三〇条にいう「人の看守する邸宅」を削除し、「囲いのあるこれらの付属地」を追加している点に注目する必要がある。<sup>(49)</sup>このような草案の規定は、まず前提として「住居の用に供される建物およびそれに付属する囲繞地」という「邸宅」概念が存在し、次に、その建物が現に住居の用に供されているときにはその建物は「住居」として抽出されるけれども、その囲繞地は依然として「邸宅」であると解する立場に立つてこそ、合理的に説明できるのである。

① 解釈上の文理論 住居の囲繞地を「住居」に包摂する通説は、「邸宅」や「建造物」の場合と同じ基準をもって解釈するので、一見して「権衡のとれた解釈」に思われる。しかし、通説に対しては、第一に、そうした解釈は本条においては「権衡のとれた解釈」ではあっても、他の犯罪、たとえば放火罪・浸害罪・損壊罪との関連でもなお「権衡のとれた解釈」といえるかについては大いに疑問がある。しかも第二に、通説は、建物にはその囲繞地をも含むとしており、「住居」・「邸宅」・「建造物」の一般的語義を軽視するものであり、また、本条における法文言の順序・構造を無視するものである。

② 刑法的要保護性の権衡論 通説の考え方を支えている実質的な論拠は、結局のところ、「建物の囲繞地もまた刑法的な要保護性の点では建物そのものと同価値である」ということであるが、これは、建物そのものに侵入することと建物の囲繞地に侵入することは「可罰的に同価値である」といっているにすぎない。しかし、可罰的な同値

値性を根拠とする解釈が合理性を獲得する資格を有するのは、少なくとも文理による「言葉の可能な意味」の枠内である。通説には、「言葉の可能な意味」という法文言の枠を超越した解釈であるという疑念が払拭しきれない。また、「可罰的に同価値であるから囲繞地への侵入も刑法で処罰する」という通説の論理は、「処罰の必要があるから処罰範囲に含める」という結論をいっているにすぎないのであり、それをいかに「権衡のとれた解釈」でもって装飾しようとも、合理的であるのかについては疑問がある。

⑤ 可罰性の段階論 思うに、「住居」は個人・家族などの私的生活空間であり、人格的自由空間としての性格が強い。したがって、この空間における本罪の保護法益は意思決定の自由を中核とする住居権である。この「住居」という私的生活空間は、多種多様な利益を包含した私的なプライバシーの容器であるため、その空間内に存在する利益（たとえば私的秘蔵・財産・名誉など）を顧慮することなく、居住者の意思決定の自由が絶対的に尊重されるべきである。それゆえ、居住者が、ひとたび住居に隣接する敷地に囲障設備を設けて管理・監視すると、囲繞地内全体が均しく住居権の要素で満たされ、その中に濃淡は存在しなくなる。しかし、住居という建物内の居住空間であるのか、それとも建物外の囲繞地部分であるのかは、要保護性に相違をもたらし、したがって、可罰性に段階的差違をもたらすのである。本条が保護領域として「人の看守する邸宅」を掲げているのは、まさにそうした点を考慮してのことなのである。

③ 集合住宅の敷地 個人の狭義の住居に付属する囲繞地に関する以上のような認識を前提にして、集合住宅に付属する敷地部分についてどのように解すべきか。次項で述べるように、建物共用部分が「建造物」に当たると「邸宅」に当たるとに分けて考察する必要がある。まず建物共用部分が「建造物」に当たるとは、そもそも敷地部分は、建物共用部分と物理的・空間的に区画された建物外の空間であり、かつ、居住者・外部者等多数の

人が行き来する場所であるのが一般であり、その意味で、敷地部分は「私的空間としてある程度の閉鎖性を備えた道路」というような性質を有している。しかも、建物共用部分が「建造物」に当たるとされた場合、居室部分との間に「建造物」という建物共用部分が存在しているため、敷地部分は「居室部分に隣接する付属地」という性質がきわめて稀薄になっている。それゆえ、敷地部分は「邸宅」に当たるとすることはできず、その圍繞状況・区画状況によっては軽犯罪法第一条第三号前段の「入ることを禁じた場所」に当たるとすることができるにすぎない。次に、建物共用部分が「邸宅」に当たるとされた場合であるが、建物共用部分（あるいはその一部）が敷地と物理的・空間的に区画されておらず、建物共用部分と敷地とが連続した構造になっているため居住者等が建物共用部分と敷地部分とを区別なく同じように利用されるときには、敷地部分が圍繞設備など圍繞地としての要件を具備している限りにおいて、その敷地部分は建物共用部分と一体化して「邸宅」に当たると解することができよう。しかし、そうでない場合は、敷地部分は、せいぜい軽犯罪法第一条第三号前段の「入ることを禁じた場所」に当たりうるにすぎない。

(2) 建物共用部分について

① 建物共用部分の性質 集合住宅において、それぞれが独立した区画となっている各居室部分が「住居」に当たることについては、疑問の余地がない。問題は、建物共用部分である。この点については、前に述べたように、一方で、建物共用部分は、各居室とともに建物の内部に位置し、建物の構造上各居室と連結されているが、各居室とは異なり、各居住者のプライバシーの容器としてその意思決定の自由が絶対的に尊重される純粹私的な空間とはいえないため、居室と一括して同一に扱うことは合理的でないこと、他方で、建物共用部分は、圍繞地（敷地）とともに居住者の共同利用の空間としての性質を強くもっているため純粹プライバシーの空間ではないが、両空間は物理的・空間的に区画され、建物内と建物外に隔てられているのが通常であるため、両空間を一括して同一に扱うことも合理的

でないことにも留意する必要がある。つまり、建物共用部分は、構造上は各居室と密接な関係にあるが、性質上はむしろその圍繞地<sup>(50)</sup>に近似した性質を有するのである。

② 「建造物」か「邸宅」か 広い意味での集合住宅は、もっぱら居室部分のみが存在するアパート・マンション形態のもの(以下、「マンション形態」という。)と、居室と店舗・事務所等が混在し、また階ごとに併存するいわゆる雑居ビル形態のもの(以下、「雑居ビル形態」という。)とに大別することができる。集合住宅のこうした多様な形態を考慮するならば、建物共用部分は、「住居」でも「邸宅」でもなく、原則として、これらの保護領域の「受ける保護領域」概念である「建造物」に当たると解すべきであろう。<sup>(51)</sup>この点は、例えば、ホテルの各部屋は宿泊客の「住居」と解することができるが、エントランスホール・エレベーター・階段・廊下等の建物共用部分は「住居・邸宅」とするのは妥当ではなく、むしろ「建造物」と解する方が実態に即していることを想起すれば明らかであろう。ただし、当該集合住宅がマンション形態で、建物共用部分が、構造的に居室部分とかわめて緊密な連結関係にあり、空間的にも居室部分ときわめて密接な連続関係にあるとともに、当該集合住宅の玄関ホールにオートロック式ドアが設置され、常時看守者が置かれるなど、強い閉鎖性のある空間が形成されている場合には、建物共用部分は居室部分との密接関連性を考慮して「邸宅」に当たると解することができる。従来、判例・通説は、邸宅とは「住居の用に供される目的で建てられた建物およびそれに付属する圍繞地のうち、現に住居の用に供されているものを除外したもの」を意味するとしてきた。しかし、集合住宅の多様な形態を考慮すると、邸宅とは「住居の用に供される目的で建てられた建物およびそれに付属する圍繞地・圍繞空間のうち、現に住居の用に供されている建物あるいはその一部を除外したもの」を意味するというのが妥当であろう。

このように、集合住宅における建物共用部分は、原則として「建造物」に当たり、ただ集合住宅の形態によっては

「邸宅」に当たると考え<sup>52)</sup>。私見は、集合住宅における建物共用部分については「建造物」を出発点とし、場合によっては「邸宅」に当たりうるという思考順序を採用するのである。前に述べたように、広い意味での集合住宅はマンション形態のものと雑居ビル形態のものに大別することができるが、集合住宅の形態は実に多様であり、この点、私見のような思考順序を採用することは、こうした多様な集合住宅の形態を反映した合理的な解釈方法であると考え<sup>53)</sup>える。

③ 「邸宅」に包摂する見解の問題点　これと異なり、建物共用部分は原則として囲繞地（敷地）とともに「邸宅」であるとする見解がある。この見解は、建物共用部分は現に人が住居として使用している各居室に付属する空間ではあるが、「住居」たる各居室の一部とはいえないし、区画され独立した各居室に居住する複数の居住者が、囲繞地（敷地）と同じように建物共用部分を共同利用する点を重視するものである。

たしかに、建物共用部分あるいはその一部が囲繞地と連続した構造になっているため、囲繞地と一体となって「邸宅」に当たると解するのが妥当である場合もある。しかし、通常は、建物共用部分は建物の内部に位置し、囲繞地（敷地）とは物理的・空間的に区画され、建物外と隔てられている。それゆえ、たしかに建物共用部分は囲繞地（敷地）とともに居住者の共同利用の空間という性質を有しているけれども、両空間を一括して同一に扱うことは合理的ではないのである。建物共用部分は原則として囲繞地とともに一括して「邸宅」であるとする見解は、こうした点を看過するものである。

④ 「住居」に包摂する見解の問題点　他方、建物共用部分は原則として囲繞地（敷地）とともに「住居」に当たるとする見解<sup>54)</sup>もあり、本件地裁判決はこの立場を採用。この見解は、建物共用部分は建物内部にあって、各居室部分と空間的にもきわめて密接な関係を有し、それと不可分一体のものとして利用される空間であること、外部の道路

等と異なり、居住者と無関係の者が自由に立ち入ることができない場所であること、また、居室部分とは程度の差はあるが、私的空間としての性質も備えており、居室と同じように保護する必要性が認められること、そして、「建造物」にはその圍繞地も含まれるとする解釈との整合性からいっても、建物共用部分は「住居」当たるとする見解が妥当であることを根拠とする。

たしかに建物共用部分は各居室と不可分一体のものとして利用される空間であるが、しかし、それは建物構造上そうなっているというにすぎず、共同利用の空間としての性質はむしろ圍繞地に近いし、その現実の構造や事実上の管理・支配のいかんによっては外部の道路に近い場合もありえよう。その意味で、建物共用部分は、各居室のように居住者のプライバシーの容器としてその意思決定の自由が絶対的に尊重される純粹に私的な空間ではないのである。したがって、この見解が主張するように、建物共用部分を「住居」たる居室と同一視して保護する必要があるのかについては疑問がある。

また、この見解は、建物共用部分は、居住者らによる日常生活での事実上の共同管理・共同監視の存在を当然の前提にできるので、「人の看守」を要求するまでもなく「人の住居」として保護されると解する。しかし、集合住宅においては、居住者らによる日常生活における事実上の共同管理・共同監視は通常ではなく、むしろあらためて管理人・守衛を設置するのが一般的である。この見解は、こうした事態を無視するものである。

前に述べたように、広い意味での集合住宅には、大別して、マンション形態のものと雑居ビル形態のものが存在するが、この見解は、特に後者の雑居ビル形態について、その処理に困窮するのではないかと考えられる。

(1) 大判大正二年二月二四日刑録一九輯一五二七頁。この判例は、現住建造物放火罪の事案に関するもので、校舎の一室が

宿直室となっており、宿直員を夜間宿泊させていた学校の校舎に放火した事案につき、本罪の成立を肯定したものである。

- (2) 大判大正一二年一月二七日刑集二卷三五頁。
- (3) 大判昭和四年五月二一日刑集八卷二八八頁。
- (4) 大判昭和七年四月二一日刑集一卷四〇七頁。
- (5) 大判昭和一四年九月五日刑集一八卷四七三頁。
- (6) 仙台高判昭和二七年四月二六日高等裁判所刑事判決特報二二卷一二六頁。
- (7) 大判昭和七年四月二一日刑集一卷四〇七頁。
- (8) 最判昭和三年四月四日刑集一卷四号一三二七頁。
- (9) 最大判昭和二五年九月二七日刑集四卷九号一七八三頁。
- (10) 東京高判昭和二七年一月二六日高刑集五卷二号一二三三頁。
- (11) 札幌高判昭和三年六月一〇日高等裁判所刑事裁判特報五卷七号二七二頁、福岡高判昭和四一年四月九日高刑集一九卷三号二七〇頁、判例タイムズ一九一号二〇二頁。
- (12) 広島高判昭和五二年二月一〇日体系警備判例要録四卷三三八頁。
- (13) 東京高判平成五年七月七日判例時報一四八四号一四〇頁。
- (14) 最大判昭和四四年四月二日刑集二三卷五号六八五頁。
- (15) 東大地震研究所事件・最判昭和五一年三月四日刑集三〇卷二号七九頁、判例時報八一二号四三頁、判例タイムズ三三三三三三二六頁。
- (16) 最判昭和五九年一月一八日刑集三八卷一二号三〇二六頁、判例時報一一四二二号三頁、判例タイムズ五四六号一二八頁。
- (17) 東大地震研究所事件・最判昭和五二年三月四日刑集三〇卷二号七九頁、判例時報八一二号四三頁、判例タイムズ三三三三三三二六頁。
- (18) 札幌高裁函館支部判昭和二五年一月二二日高等裁判所刑事判決特報一四卷二二二頁。
- (19) 東京高判昭和四五年一〇月二日高刑集二三卷四号六四〇頁、判例時報六一九号二八頁、判例タイムズ二五五号一〇一頁。
- (20) 王子米陸軍病院事件・最判昭和四九年五月三一日裁判集刑一九二号五七二頁。事実的な住居平穩説に立つものとして、東

集合住宅へのポストイング目的の立入りと住居侵入罪の成否(関 哲夫)

- 京高判昭和四四年五月二一日高刑集三二卷二号二三四頁、判例時報九四三号二二一頁、判例タイムズ三九四号一六〇頁、大阪高判昭和六一年九月五日高刑集三九卷四号三四七頁、判例時報一二一四号一三八頁、判例タイムズ六二二二二二二二頁などがある。他方、住居権説に立つものとして、最判昭和二三年五月二〇日刑集二卷五号四八九頁、名古屋高判昭和二四年一月六日高等裁判所刑事判決特報一卷一七二頁、名古屋高判昭和二六年三月三日高刑集四卷二号一四八頁、札幌高判昭和三〇年八月二三日高刑集八卷六号八四五頁などがある。
- (21) 事実的な住居平穩説に行くかにもえた判例も、昭和五八年(一九八三年)の大槌郵便局事件・最高裁判決(最判昭和五八年四月八日刑集三七卷三号二一五頁)が、住居侵入罪の保護法益に言及せずに、「刑法一三〇条前段にいう『侵入し』とは、他人の看守する建造物等に管理権者の意思に反して立ち入ることをいう」と判示したことによって、よどむことになる。すなわち、最高裁は、建造物の圍繞地を「建造物」概念に含ませる結論を事実的な住居平穩説から正当化しておきながら、侵入概念については意思侵害説ないし主観的平穩侵害説にたつことを示唆したわけである。
- (22) 東京高判昭和三〇年八月一六日高等裁判所刑事裁判特報二卷一六〇一七号八四九頁。
- (23) 福岡高判昭和五七年一月二六日判例タイムズ四九四号一四〇頁。
- (24) 東京高判平成一八年三月二三日高等裁判所刑事裁判速報平成一八年三三七二頁。
- (25) 最判昭和三二年四月四日刑集一卷四号一三二七頁。
- (26) たとえば、団藤重光編『注釈刑法(3)』(一九六五年)一三六頁「福田平」、平野龍一『刑法概説』(一九七七年)一八三頁、団藤重光『刑法綱要各論』(第三版・一九九〇年)五〇三頁以下、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第七卷』(第二版・二〇〇〇年)二七四頁以下「毛利晴光」、大塚仁『刑法概説(各論)』(第三版増補版・二〇〇五年)一一三頁、大谷實『刑法講義各論』(新版第二版・二〇〇七年)一二六頁、前田雅英『刑法各論講義』(第四版・二〇〇七年)一三六頁など。
- (27) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第七卷』(第二版・二〇〇〇年)二七八頁「毛利晴光」では、具体例として、空き家やシーズンオフの別荘があげられている。
- (28) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第七卷』(第二版・二〇〇〇年)二七四頁「毛利晴光」。「住居」に使用される家屋に付属する圍繞地を『邸宅』に含ませる解釈……もあるが、これは『住居』との区別をかえてて混乱させるものではあるまいか。(小野清一郎ほか『刑法』(第三版・一九八〇年)三二二頁〔中野次雄〕と論述するものもある。

- (29) 山口厚『刑法各論』（補訂版・二〇〇五年）一一九頁。
- (30) 松本光雄『最高裁判所判例解説刑事篇昭和五二年度』（一九八〇年）三八頁注六。
- (31) 岡田朝太郎『刑法各論』（一九二〇年）五七頁。
- (32) 吉田常次郎『日本刑法』（一九四一年）三〇八～三〇九頁。
- (33) 大場茂馬『刑法各論上巻』（第一版・一九二二年）三八八頁以下参照。
- (34) 植松正『刑法概論Ⅱ各論』（再訂版・一九七五年）三三二～三三三頁参照。
- (35) 松宮孝明「校庭への立ち入りと建造物侵入罪」立命館法学三三九号（一九九五年）一六九頁。
- (36) 松宮孝明「校庭への立ち入りと建造物侵入罪」立命館法学三三九号（一九九五年）一六六頁、松宮孝明「ポストテイングと住居侵入罪」立命館法学二九七号（二〇〇四年）四頁以下参照。
- (37) 松宮孝明「ポストテイングと住居侵入罪」立命館法学二九七号（二〇〇四年）五頁。
- (38) 広島高判昭和五一年四月一日高刑集二九卷二号二四〇頁、判例タイムズ三四五号三二四頁。
- (39) 福岡高判昭和五九年五月七日高等裁判所刑事裁判速報集昭和五九年五〇〇頁。
- (40) 名古屋地判平成七年一〇月三十一日判例時報一五五二号一五三頁。
- (41) 立川自衛隊宿舎ビラ投函事件・東京地裁八王子支部判平成一六年二月一六日判例時報一八九二号一五〇頁、判例タイムズ一七七号一三三頁。
- (42) 広島高判昭和六三年二月二五日判例タイムズ七〇九号二六九頁、高等裁判所刑事裁判速報集昭和六三年二三五頁。
- (43) 立川自衛隊宿舎ビラ投函事件・東京高判平成一七年二月九日判例時報一九四九号二六九頁、高等裁判所刑事裁判速報集平成一七年二三八頁。
- (44) 大谷實『刑法講義各論』（新版第三版・二〇〇七年）一二六頁。なお、川口浩一「政党ビラの配布と住居侵入罪の成否」刑事法ジャーナル九号（二〇〇七年）一四九頁も同旨と思われる。
- (45) 本田稔「自衛隊宿舎の敷地および通路への立ち入りと住居侵入罪の成否」法学セミナー一六〇四号（二〇〇五年）一四五頁。
- (46) 安達光治「集合住宅でのポストテイングは『邸宅侵入罪』か？」法学セミナー一六一六号（二〇〇六年）六頁。さらに松宮孝

- 明『刑法各論講義』(二〇〇六年) 二二九～一三一頁、曾根威彦「ポストインクと刑事制裁」研修七〇一頁(二〇〇六年) 五頁参照。また、敷地・建物共用部分の「公共的性格・「パブリック性」を強調するものとして、安達光治「事件の刑事法的问题点——「住居」の管理権とその限界」法学セミナー五九六号(二〇〇四年) 六六頁、安達光治「住居・建築物侵入罪における住居権者の意思侵害の意義」立命館法学三〇〇〥三〇一号(二〇〇五年) 一二頁、成澤孝人「反戦ビラ入れ刑事裁判と公共圏」法の科学三七号(二〇〇六年) 一六四頁がある。
- (47) 松村明編『大辞林』(第二版・一九九五年) 一七二八頁、二五八五頁、新村出編『広辞苑』(第五版・一九九八年) 一八一七頁、二六七九頁参照。
- (48) 旧刑法第一七一条・第一七二条は、「人の住居したる邸宅」と「人の看守したる建築物」をあげていたが、松原一雄氏は、「邸宅は家屋と云ふよりも広し。屋敷全体を云ふ。第三者の猥りに出入するを禁ずる為めの或設備(牆塀) 以内の地をさす」(松原一雄『新刑法論』(一九〇四年) 二九一頁) と説明している。
- (49) この点は、「現行法においても、住居のまわりの庭等への侵入は邸宅侵入とされ、また、建築物の周囲の区画された土地への侵入は建築物侵入にあたりと解されているが、これらの解釈は文理上多少の無理があるので、構成要件を明確にするため、判例及び通説の考え方を明文化することとしたものである。このようにしたことに伴い、邸宅を掲げる意味がなくなるので、これを削ることとしている」と説明されている。法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案附同説明書』(一九七二年) 二三八頁、法務省刑事局編『改正刑法草案の解説』(一九七五年) 三〇七～三〇八頁参照。
- (50) 私見では、敷地は圍繞設備などの圍繞状況によっては「邸宅」か「入ることを禁じた場所」に当たることになる。
- (51) 「人の住居に使用する建築物」と規定する(現住) 建築物放火罪において問題となる「建築物の一体性」およびその判断基準を、「人の住居」と規定する住居侵入罪にも適用すべきであるとする論理的必然性はないであろう。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第七卷』(第二版・二〇〇〇年) 二七三頁「毛利晴光」参照。
- (52) 私見は、「建築物」に付属する圍繞地は「建築物」には当たらず、住居の圍繞地は、それが「邸宅」に当たると認められない限り本条の保護領域とはならないという立場を妥当と考えている。したがって、本件マンションの建物共用部分を「建築物」と解した場合、「では、その『建築物』の圍繞地である敷地部分は本条の保護領域から外れてしまうのか」という疑問が提起されよう。すでに明らかにしたように、建物共用部分が「建築物」とされた場合、その敷地部分は本条ではなく、

軽犯罪法第一条第三号前段による保護の余地があるにすぎない。

(53) 広島高判昭和六三年一月二五日判例タイムズ七〇九号二六九頁、高等裁判所刑事裁判速報昭和六三年一三五頁、立川自衛隊宿舎ビラ投函事件・東京高判平成一七年一月九日判例時報一九四九号一六九頁、高等裁判所刑事裁判速報平成一七年二三八頁、本田稔「自衛隊宿舎の敷地および通路への立ち入りと住居侵入罪の成否」法学セミナー六〇四号(二〇〇五年)一四五頁、安達光治「集合住宅でのポストイキングは『邸宅侵入罪』か?」法学セミナー六一六号(二〇〇六年)六頁。なお、前注(46)参照。

(54) 広島高判昭和五一年四月一日高刑集二九卷二四〇頁、判例タイムズ三四五号三二四頁、福岡高判昭和五九年五月七日高等裁判所刑事裁判速報集昭和五九年五〇〇頁、名古屋地判平成七年一月三日判例時報一五五二号一五三頁、立川自衛隊宿舎ビラ投函事件・東京地裁八王子支部判平成一六年一月一六日判例時報一八九二号一五〇頁、判例タイムズ一一七七号一三三頁、大谷實『刑法講義各論』(新版第三版・二〇〇七年)二二六頁、川口浩一「政党ビラの配布と住居侵入罪の成否」刑事法ジャーナル九号(二〇〇七年)一四九頁。

### 三 本件マンションの建物共用部分の看守性

#### 1 「人の看守する」の意義

本件マンションの敷地(囲繞地)を「邸宅」に当たると解し、建物共用部分を「建造物」、場合によっては「邸宅」と解したとしても、それらの空間が「人の看守する」邸宅・建造物と認められない限り本条の保護領域とはならない。「人の看守する」(以下、「看守性」という。)とは、一般に、管理者が事実上管理・支配することをいうと解されている。具体的には、人の立入り・滞留について事実上の管理・支配を行うため、鍵をかけるいは施錠してその鍵・錠を保管するなどの物的設備を施したり、管理人・監視人をおくなどの人的体制を整えるとともに、現に事実上の管

理・支配の状態が存在していることをいうと解されている。

この看守性は、たとえば、執務中一般に開放されている官公署の庁舎の入口・廊下等の看守性を肯定した昭和二四年（一九四九年）の最高裁判決<sup>(1)</sup>や、一般の人が自由に通行できた税務署構内の看守性を肯定した昭和三四年（一九五九年）の最高裁判決<sup>(2)</sup>からも明らかのように、その建物が一般に開放され、一般の人たちが自由に出入りできるからといって、直ちに看守性が否定されるわけではない。しかし、みだりに人が出入りすることを防止し得るだけの人的・物的な設備・体制を整備したというだけでは充分でなく、そうした人的・物的な設備・体制が現実<sup>(3)</sup>に機能し、現に管理・支配の事実状態が存在していなければならないのである。そのため、学説においては、単に戸締まりをしただけとか立入禁止の立て札・掲示を出しただけでは、必ずしも管理・支配の実効性が担保されたとはいえず、現に事実上の管理・支配状態が存在しているとは認められないので、看守性は認められないとする見解が支配的である<sup>(3)</sup>。

## 2 本件マンションの看守性

### (1) 本件マンションの管理状況

本件マンションは、本件地裁判決の認定によれば、「一階部分六戸は店舗・事務所、二階以上の四〇戸はすべて住宅として分譲されている」もので、階によって区分されているとはいえ、居室と店舗・事務所等が併存するいわゆる雑居ビル形態の分譲マンションである。本件マンション一階西側部分のほぼ北側には居室部分につながるガラス製ドアの玄関出入口があり、そこを入った玄関ホール<sup>(4)</sup>の南側の壁には掲示板と集合郵便受けが設置され、その奥のガラス製ドアの手前北側には管理人室が置かれている。これら二つのドアおよび建物東側ドアも、いずれも常に無施錠であった。また、本件地裁判決の認定によれば、管理組合から業務委託を受けた管理会社が管理人を派遣し、管理人室で

業務を行うこととなっていたが、「その業務内容には、警備は含まれず、週四日は午前八時から午後五時まで、水曜日と土曜日は午前中のみが勤務時間であり、日曜日・祝日は休みである。したがって、夜間や休日等は管理員が不在であるほか、管理員は、勤務時間内でも点検作業業務、共用部分の清掃業務等もあり、常に管理人室に待機しているわけではない。」また、本件マンションの集合郵便受けや各居室玄関ドアポストには、政治的な表現内容のビラだけでなく、宗教のパンフレットや、ピザ屋・不動産屋・リフォーム工事等の商業的な宣伝チラシ等も投函されており、月に一回くらい割合で投函されていた月もあった。

このように、管理組合から業務委託を受けた管理会社の業務内容に警備は含まれていなかったこと、また、チラシ等の投函目的の立入行為に限ってみても、本件マンションでは、みだりに人が出入りすることを防止し得るだけの人的・物的な設備・体制が整備されていたかについて疑問があり、かりにそれが肯定されるとしても、本件マンションの看守性については、そうした人的・物的な設備・体制が現実に機能し、現に管理・支配の事実状態が存在していたかという観点から、あらためて精確な認定が必要である。

## (2) 張り紙の表示内容

本件マンションの一階玄関ホール南側掲示板には、マンション管理組合名義で「チラシ・パンフレット等広告の投函は固く禁じます。」と記載された張り紙(以下、「張り紙A」という。)、同組合名義で「当マンションの敷地内に立ち入り、パンフレットの投函、物品販売などを行うことは厳禁です。工事施工、集金などのために訪問先が特定している業者の方は、必ず管理人室で『入退館記録簿』に記載の上、入館(退館)願います。」と記載された張り紙(以下、「張り紙B」という。)、亀有警察署・亀有防犯協会名義で「不審な人を見かけたら、一一〇番しましょう」と記載された張り紙(以下、「張り紙C」という。)、同名義で「近隣マンション多発!!緊急速報かわら版 最近マンション

ンの玄関ドアを破壊して室内に侵入する荒手の泥棒が急増しています」などと記載された張り紙（以下、「張り紙D」という。）が貼られていた。

こうした張り紙のうち、張り紙Aは、主に商業的な宣伝チラシを念頭において、集合郵便受け・各居室玄関ドアポストにそうしたチラシを投函しようとする者に対して一般的な警告を発する趣旨のものと解される。また、張り紙Bは、商業的な宣伝パンフレットの投函行為や商業的な営業行為を行おうとする者に対して一般的な警告を発するとともに、業者に対して入退館記録簿への記帳を要請する趣旨のものと解される（ただし、入退館記録簿は平成一五年（二〇〇三年）一〇月にはすでになかったことが判明している。）。さらに、張り紙C・Dは、その作成名義人及び張り紙Dのイラストからも明らかなように、防犯対策として、いずれも近隣で発生しているいわゆるピッキング犯罪について居住者の注意を喚起し、警告を発する趣旨のものと解される。

このように、本件マンションの玄関ホールに貼られた張り紙はいずれも、商業的な宣伝チラシ・パンフレットの投函行為、商業的な営業活動に対して一般的な警告を発する趣旨のもの、あるいは、防犯対策として居住者の注意を喚起し、警告を発する趣旨のものと解される。したがって、それらの張り紙が、本件被告人のように、政治的な表現内容を含んだチラシ・パンフレット等を投函する目的で本件マンションに立ち入った者をも対象にしているのかについては大いに疑問がある。ましてや、前に述べたように、学説においては、単に立入禁止の掲示を出しただけでは必ずしも管理・支配の実効性が担保されたとはいえないので、現に事実上の管理・支配状態が存在しているとは認められず、したがって、看守性は認められないとする見解が支配的であることにかんがみると、張り紙の趣旨が、かりに被告人のような政治的な表現内容を含んだチラシ・パンフレット等を投函する目的で本件マンションに立ち入った者をも対象にしているとしても、その張り紙によって直ちに看守性が認められるとするのには疑問がある。

以上のように、本件マンションの管理状況、張り紙の表示状況・表示内容など、本件における事実関係の下で、「管理・支配の実効性が存在すると認めるのが相当といえる程度に、現に事実上の管理・支配状態が存在していた」といえるかという観点から、本件マンションにおける建物共用部分の看守性について、より精確に考察し、慎重に判断する必要があるのである。

- (1) 最判昭和二十四年六月一日刑集三卷七号一〇七〇頁。
- (2) 最判昭和三十四年七月二四日刑集一三卷八号一一七六頁。
- (3) たとえば、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第七卷』（第二版・二〇〇〇年）二七六頁「毛利晴光」、大塚仁『刑法概説〔各論〕』（第三版増補版・二〇〇五年）一一五頁、曾根威彦『刑法各論』（第三版補正三版・二〇〇六年）八六頁、大谷實『刑法講義各論』（新版第二版・二〇〇七年）一二七頁、西田典之『刑法各論』（第四版・二〇〇七年）九五頁など。

#### 四 本件立入行為は「侵入」に当たるか

##### 1 建物共用部分における「侵入」

##### (1) 本罪の保護法益と「侵入」概念

周知のように、本罪の保護法益に関する学説については、大別して、本罪における各保護領域の相違にもかかわらず、「事実上の住居等の平穏ないし私生活の平穏」（住居平穏説）という単一の保護法益、あるいは「住居その他の建築物を管理する権利の内容として、これに他人の立入りを認めるか否かの自由」（新住居権説）という単一の保護法益をもって説明しようとする一元説と、単一の保護法益を設定しながらもそこに相対的な契機を看取し、侵入概念

を相対的に把握する相対化説（住居平穩説からの相対化説と、新住居權説からの相対化説）、そして、本罪における各保護領域の相違に相応して保護法益を個別的・多元的に把握する多元説という三つの見解が存在している。<sup>(1)</sup>

(2) 「侵入」の意義

ここでは、そうした学説の詳細に立ち入ることは控えたいが、侵入概念に関する学説・判例についてみると、大別して、住居平穩説から、侵入とは周囲の状況からみて居住者・看守者の（推定的）意思に反する立入りをいうとする主観的平穩侵害説<sup>(2)</sup>と、侵入とは住居等の事実上の平穩状態を害するような態様での立入りをいうとする客観的平穩侵害説<sup>(3)</sup>とが主張されている。これに対し、新住居權説からは、侵入とは住居權者の意思に反する立入りをいうとする意思侵害説<sup>(4)</sup>が主張されている。しかし、昭和五八年（一九八三年）の最高裁判決が、住居侵入罪の保護法益に直接言及することなく、「刑法一三〇条前段にいう『侵入し』とは、他人の看守する建造物等に管理權者の意思に反して立ち入ることをいう」と判示したこともあって、学説においても意思侵害説が有力となりつつある。

2 建物共用部分の性格

前に述べたように、本件被告人が立ち入った建物共用部分については、一方で、各居室とともに建物の内部に位置し、建物の構造上各居室と連結されているが、各居室とは異なり、各居住者のプライバシーの容器としてその意思決定の自由が絶対的に尊重される純粹私的な空間とはいえないため、居室と一括して同一に扱うことができないこと、他方で、建物共用部分は、圍繞地（敷地）と同様、居住者の共同利用の空間としての性質を強くもっているため純粹プライバシーの空間ではないが、両空間は物理的・空間的に区画され、建物内と建物外に隔てられているのが通常であるため、両空間を一括して同一に扱うことができないことにも留意する必要がある。つまり、建物共用部分は、構

造上は各居室と密接な関係にあるが、性質上はむしろその圍繞地（敷地）に近似した性質を有するのである。

この点、本件地裁判決は、建物共用部分は、一方で「個々の居住者にとっては決して純粹に私的な空間とはいえない」が、他方で、「プライベートな空間の延長として利用されている面もあり、建物外の道路のようなパブリックなスペースとして意識されていないことも明らかであり、各住戸は、その玄関ドアによって完全にパブリックな空間とプライベートな空間とに隔てられていると見ることもできないのであって、通路部分は、いわば両者の中間的な性格を有するスペースであると考えざるを得ない」との認識を示している。

本件地裁判決のこの認識は基本的に妥当であると考えるが、より厳密に言えば、一方の端に「閉鎖された純粹私的な空間としての各居室（ア）」があり、他方の端に「開放された公的な空間としての道路（エ）」があり、その中間に、居住者の共用空間として、建物の内部に位置して建物の構造上各居室と連結されているが「純粹私的な空間とはいえない建物共用部分（イ）」と、公的な空間としての道路に接してはいるが「純粹公的な空間とはいえない開放的な圍繞地（敷地）（ウ）」が存在し、「アーイーウエ」と順番に並んでいることになる。その意味で、建物共用部分（イ）は、居室部分（ア）の延長にある建物内の空間であると同時に、建物内の居室部分（ア）と建物外の屋外空間（ウ・エ）との橋渡しをする空間である。換言すれば、建物共用部分（イ）は、「閉鎖された純粹私的な空間」としての居室部分（ア）と「開放的な私的な空間」としての圍繞地（ウ）との中間に位置しており、いわば「半開放的な私的な空間」としての性格を有しているのである。この場合、集合住宅の各居室玄関ドアは、閉鎖的な純粹私的な空間（居室部分）と半開放的な私的な空間（建物共用部分）とを区切る装置の役目をしている。そして、各居室玄関ドアのポストは、多種多様な情報・意見が渦巻いている社会に向けて開放された各居室の「窓」であるということもできる。<sup>6)</sup>したがって、本件被告人の建物共用部分への立入行為が本罪の「侵入」に当たるか否かを判断する際には、こうした建物共用

部分の性格を念頭におく必要がある。

### 3 建物共用部分における意思関係

#### (1) 居住者の意思と管理者の意思

また、本件建物共用部分においては、居住者・管理者の意思が二重に競合していることに注意する必要がある。すなわち、第一に、居住者間の意思が競合しており、これは「ヨコの意思関係」と称することができよう。そして第二に、居住者・管理者間の意思が競合しており、これは「タテの意思関係」と称することができよう。

学説においては、通常の住居における居住者間の承諾意思に関する「ヨコの意思関係」についての分析は進んでいるが、集合住宅における居住者間の「ヨコの意思関係」や、居住者・管理者間の「タテの意思関係」についての分析は進んでいないのが現状である。

#### (2) タテの意思関係

まず、居住者・管理者間の「タテの意思関係」についてであるが、管理者の管理権限は居住者（区分所有者）の住居権にその基盤があり、管理者の管理権限の行使は少なくとも居住者の総体的意思の制約下にある。その限りで、本罪成否の基準となるのは管理者の意思ではなく居住者の意思である。したがって、集合郵便受けや各居室玄関ドアポストへのチラシ・パンフレット等の投函物により個々の居住者が広く社会から情報を受領する行為を禁じるために、その自由な情報伝達のための「窓」を閉鎖するような特別な管理措置を執るには、居住者の総体的な意思決定が必要となる。<sup>(8)</sup>

この点は、本件マンション管理組合名義の平成十一年（一九九九年）一月付の「管理規約」によっても明らかであ

る。すなわち、同管理規約によると、本件マンションの管理権限を有するのは管理組合および同組合から日常業務の管理権限を委ねられた理事会である（同規約第十九条・第三七条）。そして、同規約は、管理組合の業務として、「管理組合が管理する敷地及び共用部分等……の保安」（同規約第三〇条第一号）および「風紀・秩序及び安全の維持に関する業務」（同条第八号）を定めているが、これらは一般的な日常業務についてであり、管理組合の管理権限につき通常の範囲内と考えられる日常の業務内容を定めているにすぎない。そのため、同規約は、管理権限の通常の範囲を超える「特別の管理」を実施するについては、管理組合総会の決議を経なければならないと定めている（同規約第四五条第一号・第二二五条第二項第四号参照）。すなわち、集合郵便受けや各居室玄関ドアポストへのチラシ・パンフレット等の投函行為を一律に禁止する措置は、「日常の業務に関する事項」を超えるものであるため、管理権限の通常の範囲を超える「特別の管理」事項に当たると解される。しかも、本件のビラ投函行為は表現の自由・知る権利にも関わっているがゆえに、本件マンションの管理者・管理人が、管理規約・管理委託契約上の権限を基にして、建物管理上の安全・便益を理由に居住者の基本的人権を一律に制限するような管理を行うことができるのは妥当ではないのである。

この点について、本件地裁判決は、「部外者の立入りの制限は、居住者自身の共用部分の利用を制約するものではなく、現実に個々に承諾を与えることで部外者の立入りを許容することを妨げるものではないことからすると、本件マンションの管理組合から意思決定権限を付与された管理組合理事会の日常の業務に関する事項に当たると解される」との判断を示しているが、「日常の業務に関する事項」の解釈を誤ったものといわざるを得ない。

### (3) ヨコの意味関係

次に、居住者間の「ヨコの意味関係」についてであるが、本件建物共用部分は各別に独立して居住する複数の居住

者が共同利用する空間であるので、そこには、相互に制約しあった利益が存在していることに留意する必要がある。この点は、次項で考察することとする。

#### 4 相互に制約しあった利益

##### (1) 相互に制約しあった利益の意味

本件の建物共用部分（囲繞地（敷地）もまたそうであるが）は、各別に独立した居室に居住する複数の居住者が共用する空間であり、そこには、居住者間の「ヨコの意思関係」につき、相互に制約しあった利益が存在している。

##### (2) 相互に制約しあった利益の効果

相互に制約しあった利益が存在するということは、居住者の一人が共用部分への立入りを承諾するときは、原則として、他の居住者が拒絶したとしても本罪は成立しないということを意味する。したがって、外部の第三者が居住者から個別に承諾を得たのであれば、その居住者は共用部分について使用権限を有しているがゆえに、承諾を得た第三者の共用部分への立入りは当然に許容され、それは居住者の多数決によっても原則的には排除できないのである。<sup>9)</sup>

本件地裁判決は、この点をさらに進めて、「いかなる者の出入りを許すかは、マンションの各住戸の専有部分の利権を害さない限り（すなわち、各住戸に用事がある者の出入りを禁止せず、それ以外の第三者の出入りを制限するにとどめる限り）、各マンションの管理権限を有する機関において自由に決められる事項であるから、マンション管理の一環として、部外者の立入りを禁ずる旨決定することは可能である」と判示する。すなわち、本件地裁判決は、本件マンションの管理権限を有する機関が建物共用部分についての「立入禁止措置」を自由に決定できるとする。

前に述べたように、建物共用部分はいわば半開放的な「私的な空間」としての性格を有しているので、対第三者と

の関係につき、住居権を有する居住者の総意として建物共用部分への「立入禁止措置」を自由に決定することができる。しかし、そうした決定は、相互に制約しあった利益の存在を前提にした空間におけるものなので、常に、その決定に反する居住者の承諾意思を容認せざるを得ない「脆弱で限定的な決定」にすぎないことも認識しておく必要がある。つまり、そうした決定がなされたとしても、居住者の一人が、その決定に反して共用部分への立入りを承諾するときは、対内的にその居住者になんらかの制裁措置を採ることが可能である点は別にして、その立入行為自体は、原則として本罪を構成しない。換言すれば、共用部分（建物共用部分と敷地部分の双方を含む）への第三者の立入りについて居住者間で意思が対立した場合、そこには、相互に制約しあった利益が存在しているため、一人の居住者の承諾があれば、他の居住者が立入りを拒絶しても、本罪は成立しないのである。それは、一つの居住空間に複数の居住者が共住する家族の場合と同じように、複数存在する居住者の対内的な意思の齟齬を本罪の成立を根拠づける形で対外的に援用するのは、本罪の射程範囲を超えるものだからである。その限りで、「意思の対立は本罪を根拠づけない」という表現が妥当することになる。

## 5 居住者等の意思の客観化・規範化

### (1) 居住者等の意思の基準性

侵入とは住居等の事実上の平穏状態を害するような態様での立入りをいうとする客観的平穏侵害説を採るのであれば別であるが、居住者等の（推定的）意思を重視して平穏侵害の有無を判断する主観的平穏侵害説や、居住者等の（推定的）意思を基準にして意思侵害の有無を判断する意思侵害説においては、いずれも、居住者等の（推定的）意思を「侵入」の有無を判断する際の重要な要素と解していることに留意する必要がある。しかも、これが現在の学説

における支配的な傾向である。

最高裁も、「刑法二三〇条前段にいう『侵入し』とは、他人の看守する建造物等に管理権者の意思に反して立ち入ることをいうと解すべきである」としており、支配的な学説の傾向と軌を一にする。

(2) 居住者等の意思の客観化・規範化

ただ、近時、学説において、平穩侵害説と意思侵害説の対立を超えて、「侵入」の判断における居住者等の意思の認定につき「いわば歩み寄り」がなされていることに注目する必要がある。すなわち、「侵入」の判断において、立入行為に対する「居住者等の生の主観的意思」がダイレクトに基準となっていないわけではなく、いわば「客観化・規範化された居住者等の合理的な意思」が基準となっていることに注目する必要があるのである。たとえば、ある論者は、万引き目的でのデパートへの立入りの場合、立入りの際に違法目的を知れば、管理者は当然に立入りを拒否するはずであるから、管理者の生の主観的意思を基準とすれば本罪が成立することになる。しかし、立入り「行為が、立入りの許容された時間内に通常の形態で行われている場合には、たとえ、看守者が入口に立ってチェックしたとしても、その違法目的を知ることとはできないから、当然に立入りを許可したであろうといわざるをえない」とする。ここでは、「通常の平穩な形態での立入りは居住者等の承諾の範囲内であり、住居権・管理権の侵害は認められない」という結論が承認されているだけでなく、同時に、「住居権者・管理権者の意思は当該建物の性質・利用目的・管理状況などにより事實的・規範的に制限される」というテーゼが承認されていると考えられるのである。<sup>(1)</sup>

この点は、判例においてもうかがうことができ、先の昭和五八年（一九八三年）の最高裁判決が、「管理権者が予め立入り拒否の意思を積極的に明示していない場合であっても、該建造物の性質、使用目的、管理状況、管理権者の態度、立入りの目的などからみて、現に行われた立入行為を管理権者が容認していないと合理的に判断されるときは、

他に犯罪の成立を阻却すべき事情が認められない以上、同条の罪の成立を免れないというべきである」と判示しているのがこれである。

その点で、検察官が、本件事件の控訴に当たって、この昭和五八年（一九八三年）の最高裁決定は「当該建造物の管理権者の意思に反する立入りか否かのみを構成要件該当性の判断基準としているのであって、それ以外の判断基準は一切設けていない」と主張するのは、管理者の生の主観的意思のみを基準にして本罪の成否を判断すべきであるとする立場を表明するもので、昭和五八年（一九八三年）の最高裁決定の射程範囲を限定的に解しようとする姿勢の表れといわざるをえない。これに対し、本件地裁判決は、「集合住宅の管理の形態・設備・立入りの目的・態様等に照らし、その時の社会通念を基準として、法秩序全体の見地からみて社会通念上容認されざる行為といえるのか否かによって、一般的・規範的に推定的承諾の有無を判断するほかはない」と判示しており、昭和五八年（一九八三年）の最高裁決定に近似した思考方法を採用ものと評することができよう。

これを本件にあてはめると、「本件マンションの建物共用部分の性質・使用目的・管理状況、住居権者・管理権者の態度、立入りの目的などからみて、現に行われた立入行為を住居権者・管理権者が容認していないと合理的に判断されるか否か」を判断すべきことになる。

(9) 本件立入禁止意思の客観化・規範化

このような「客観化・規範化された居住者・看守者の合理的な意思」を判断するに当たっては、本件マンションの玄関ホールに貼られた張り紙（以下、「本件張り紙」という。）が重要な判断資料となることは疑問の余地がない。

本件では、はたして葛飾区の広報紙を除いて第三者がビラ配布等のため本件マンションの建物共用部分に立ち入ることを禁じる旨の決定が、本件マンション管理組合から意思決定権限を付与された管理組合理事会において決議され

たのかについては、検察官側と被告人・弁護人側とで認識に対立がある。この点、本件地裁判決は、「本件マンションの居住者全体の構成する団体（管理組合）から立入りの許否を決する権限を委ねられた機関（理事会）において、部外者の立入りを禁じる意思が形成されたものといえる」と認定している。かりにそうした決議がなされ、本件マンション共用部分への第三者の立入りを禁止する意思が形成されたとの事実の存在を認めることができるとしても、それが第三者向けの対外的なものである以上、その意思内容は客観的に明確となっていなければならない。すなわち、本件地裁判決が判示するように、「その立入禁止の意思決定が外部に的確に表示」され、「そのような意思表示が本件立入時に来訪者に伝わるような実効的な措置が執られて」いることが必要なのである。この点、検察官は、控訴趣意において、本件地裁判決を批判して、「本来明確であるべき構成要件該当性の判断基準に、住居権者の意思の外部的表示の有無、方法、内容といった極めて不明確な要素を持ち込むこととなり、刑法の解釈論としても甚だ不適切というほかない」と論難する。しかし、検察官の主張は、一方で、本件の建物共用部分は各別に独立した居室に居住する複数の居住者が共用する空間であるため、そこには、対内的に相互に制約しあった利益が存在していること、他方で、本件の建物共用部分への第三者の立入りを禁止する意思決定は「半開放的な」私的な空間に関するものであるため、対外的に明確に表示される必要があることを充分に考慮しておらず、妥当でない。

本件張り紙は、前に述べたように、商業的な宣伝チラシ・パンフレットの投函行為、商業的な営業活動に対して一般的な警告を発する趣旨のもの、あるいは、防犯対策として居住者の注意を喚起し、警告を発する趣旨のものと解される。後者の、防犯対策として居住者の注意を喚起し、警告を発する趣旨である点を別にすれば、そうした張り紙は、一般の住居の玄関等に掲示される「セールスマンお断り」の看板・プレートと同じく、居住者等の意思表示として、およそあらゆる商業的な宣伝チラシ・パンフレットの投函行為や商業的な営業活動に対して一律に妥当するほどに広

範囲で確定的な意思表示であるとは考えられない。それは、せいぜい「悪質な宣伝チラシ・パンフレットや強引な営業活動に煩わされたくない」とか、「悪質な宣伝チラシ・パンフレットや営業活動に伴って生じるトラブルに巻き込まれたくない」ので、予め受け取り拒否の意思を一般的に表示しておく」という程度の意思表示と解するのが実態に即している。つまり、居住者等の意思は、あらゆる商業的な宣伝チラシ・パンフレットの投函行為や商業的な営業活動（近所のご用聞きを含めて）を一律に拒絶する広範かつ確定的なものとは考えられないのである。ましてや、本件被告人は、商業的な宣伝チラシ・パンフレットの投函行為や商業的な営業活動をする目的ではなく、政治的な表現内容・情報を伝達する目的で本件マンションに立ち入ったのであり、本件立入行為が本件張り紙の規制したい行為の対象であったのかについては疑問があるのである。

(1) 本罪の保護法益に関する学説の詳細については、関哲夫『住居侵入罪の研究』（一九九五年）一五一頁以下、関哲夫『続・住居侵入罪の研究』（二〇〇一年）七頁以下参照。

(2) たとえば、学説では、団藤重光『刑法綱要各論』（第三版・一九九〇年）五〇五頁、西原春夫『犯罪各論』（訂補準備版・一九九一年）一八四頁、香川達夫『刑法講義（各論）』（第三版・一九九六年）四五六頁、大塚仁『刑法概説（各論）』（第三版増補版・二〇〇五年）一六六頁、佐久間修『刑法各論』（二〇〇六年）二四四頁、齊藤信宰『刑法講義（各論）』（新版・二〇〇七年）一四〇頁などが、判例では、東京高判昭和二年二月二七日高裁刑事判決特報四〇卷三三二頁、判例タイムズ三九号五九頁、仙台高判昭和五年三月一八日刑集三七卷三三〇四頁、判例時報九七九号一三〇頁などがある。

(3) たとえば、学説では、団藤重光編『注釈刑法(3)』（一九六五年）二四二頁・二四五頁（福田平）、福田平『全訂刑法各論』（第三版・一九九六年）二〇五頁、前田雅英『刑法各論講義』（第四版・二〇〇七年）一三八頁などが、判例では、尼崎簡判昭和四三年二月二九日下刑集一〇卷二二二頁、東京高判昭和四五年一月二日高刑集三卷四号六四〇頁、判例時報六一九号二八頁、判例タイムズ二五五号一〇一頁、盛岡地判昭和五年三月二二日日刑集三七卷三二九四頁などがある。

(4) たとえば、学説では、平野龍一『刑法概説』（一九七七年）一八二頁、中谷瑾子『刑法講義各論上』（一九八三年）一一〇

頁、中森喜彦『刑法各論』（第二版・一九九六年）七六頁、内田文昭『刑法各論』（第三版・一九九六年）一七〇頁以下、中村勉『刑法各論要義Ⅰ』（一九九八年）四一四頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第七卷』（第二版・二〇〇〇年）二六六頁「毛利晴光」、川端博『刑法各論概要』（第三版・二〇〇三年）九二頁、曾根威彦『刑法各論』（第三版補正三版・二〇〇六年）八六頁、西田典之『刑法各論』（第四版・二〇〇七年）九六頁、大谷實『刑法講義各論』（新版第二版・二〇〇七年）一二八頁など多数説であり、判例では、最判昭和三年五月二〇日刑集二卷五号四八九頁、名古屋高判昭和二年一月六日高裁刑事判決特報一卷一七二頁などがある。

(5) 大槌郵便局事件・最判昭和五八年四月八日刑集三七卷三号二一五頁、判例時報一〇七八号一五三頁、判例タイムズ四九七号一二二頁。

(6) 松宮孝明「ポスティングと住居侵入罪」立命館法学二九七号（二〇〇四年）一一頁、松宮孝明『刑法各論講義』（二〇〇六年）一一一頁。同旨、曾根威彦「ポスティングと刑事制裁」研修七〇一号（二〇〇六年）一二頁注七参照。なお、狭義の住居における玄関は「半開放的な私的な空間」であることについて、関哲夫『住居侵入罪の研究』（一九九五年）三三七頁参照。

(7) 関哲夫『続・住居侵入罪の研究』（二〇〇一年）一七九頁以下およびそこで引用されている文献参照。

(8) ただ、居住者の総体的な意思決定になじまない事項もあるのでないかと考えられる。たとえば、「良からぬ意図をもって」た者が新聞配達・荷物宅配・郵便物配達等を装ってマンション内に立ち入り、各居室・事務所等を見下すという不安があるので、現に新聞配達・荷物宅配・郵便物配達等を目的とする者の立ち入りも一律に禁止する」という意思決定や、「居住者が知人・友人を居室内に招き入れて良からぬ行為や嫌悪すべき行為をするおそれがあるので、非居住者の立ち入りを一切禁止する」という意思決定は、それが管理組合総会の決議をもってなされたとしても、許容されないのではないかと考えられる。

(9) この点は、本件地裁判決も同旨と思われる。

(10) 西田典之『刑法各論』（第四版・二〇〇七年）九七頁。曾根威彦『刑法各論』（第三版補正三版・二〇〇六年）八八頁、山口厚『刑法各論』（補訂版・二〇〇五年）一二四頁も同旨である。

(11) 大槌郵便局事件・最判昭和五八年四月八日刑集三七卷三号二一五頁、判例時報一〇七八号一五三頁、判例タイムズ四九七号一二二頁。

(12) 関哲夫『住居侵入罪の研究』(一九九五年)三三五頁以下参照。

## 五 本件被告人の立入行為は実質的違法性を具備するか

### 1 居住者等の不安感について

本件のような立入行為につき、「居住者のプライバシー侵害の程度は軽微とは決していない」として本罪の成立が主張される際に、居住者の不安感・不快感が根拠の一つとして持ち出されることがある。現に、検察官側も、管理組合は、部外者の立入りやビラの投函等に対して不快感を抱き、そのため、葛飾区発行の公報紙以外のビラの投函のための立入を禁止し、玄関ホールの掲示板等に無断立入禁止の張り紙等を掲示するなどの対策を講じていたという事実を指摘したり、また、個人のプライバシー意識や個人情報保護に対する意識がきわめて敏感になっていることに加えて、住居侵入・窃盗事案や集合住宅の共用部分に立ち入ったのわいせつ事案等が後を絶たないばかりか、集合住宅の共用部分に立ち入って児童を階下に投げ落とした殺人事件まで発生しており、集合住宅居住者の部外者に対する不安感、不審感は益々増大しているのが現状である点を指摘し、さらに、「部外者には二枚目の扉の奥には絶対に立ち入ってこないだろうという安心感もありました」とか、「今後政治ビラの配布目的だということでも部外者が住民の承諾を得ずに勝手に各住居の玄関ドア前の廊下にまで自由に立ち入るようになってしまふことは目に見えており、我々住民は到底安心して暮らすことができなくなってしまいます」という、本件マンションの住民の供述を控訴趣意で援用している。

検察官も指摘するように、生命・身体・自由・財産やプライバシー等の利益に対する市民の安全意識が高まってい

ることは肯認できよう。しかし、居住者や近隣の市民の安全欲求・安心感情を毀損し不安感を惹起したことを刑法的な可罰性の根拠として持ち出すとしたら、それは妥当ではないであろう。たしかに、本罪の規定が「公共の秩序に対する罪」に配列されていることもあって、従来、本罪が犯されることによって、近隣の人々までも日常生活上の不安を感じるようになるので、本罪は社会的な広がりをもった犯罪であり、公共の秩序に対する罪であると考えられていたが、これは一般治安を害するという意味であった。しかし、「近代国家における一般治安状態の下において最早その意味において公益に対する罪、即ち国家又は社会の法益に関するものとは考えられない」。また、たしかに、住居・建造物は共同社会と連関して存在しているのであるから、本罪が犯されることによって居住者だけでなく近隣の人々までもが不安を感じるという側面があることも否定できない。しかし、居住者・近隣の人々の感じる脅威や不安感といった抽象的で付随的な利害感情が、直ちに本罪を公共の秩序ないし社会的利益に対する罪と特徴づける実質的な根拠となりうるものなのか、ましてや本罪の可罰性を根拠づける保護法益となりうるものなのか、はなはだ疑問である。<sup>(2)</sup>

結局のところ、本罪は社会的法益ではなく個人的法益に対する犯罪であると解する点で、現在、判例・学説は一致している。そして、学説において、一般市民の不安感・脅威感を刑法的な可罰性の根拠として持ち出すのは処罰感情を優先させる議論であるとして警戒されており、その意味で、先のような主張は、すでに克服された議論となっているのである。

この点、本件地裁判決は、「居住者の抱く不安感や不快感を根拠に、本件における被告人の立入行為が直ちに社会通念上容認されざる行為に当たるといい得るかとなると、集合住宅の共用部分に部外者が立ち入る行為はその目的を問わず差し控えるべきであるとの考え方が強くなってきたのはさほど古いことではないことにかんがみて、このよう

な考え方が一般化、規範化しているか否かをなお慎重に検討する必要がある」ところ、「現時点では、各住戸のドアポストに配布する目的で、昼間に一般の居住用マンションの通路や階段等に短時間立ち入ることが明らかに許容されない違法な侵入行為であるとするところについての社会的な合意が未だ確立しているとは言い難く、立ち入らないことが社会の規範の一部となつているとまでは認められない」とする。本件地裁判決が、本件立入行為は「居住者の不安感・不快感」を惹起したがゆえに、直ちに「社会通念上容認されざる行為」であり、「許容されない違法な侵入行為」に当たると解しているのであれば、それは明らかに不当であるが、本件立入行為は「居住者の不安感・不快感」を惹起したとしても、直ちに「社会通念上容認されざる行為」に当たるわけではなく、ましてや「可罰的に違法な侵入行為」となるものでもないとして解しているのであれば、それは妥当なものといえよう。

## 2 「正当な理由がないのに」の位置づけについて

### (1) 学説の状況

本条にいう「正当な理由がないのに」は、周知のように、改正前は「故なく」という文言だったのであるが、この要素の体系的位置づけについては、これを構成要件要素とする学説と、違法要素とする学説が存在する。

① 構成要件要素説 「正当な理由がないのに」(「故なく」)の要素を構成要件要素とする学説として、たとえば、「これを違法性阻却事由と区別するためには、むしろはっきりと、居住者の『意思に反する』立入りを構成要件的行為としたものと理解するのが適当なように思われる」<sup>3)</sup>とか、「外見上同種の行為が社会生活において正常に行われることがありうるので、違法なばあいにかぎって犯罪定型とみとめる趣旨を明らかにしたもの」<sup>4)</sup>という論述をあげることができる。

これは、定型的・類型的な判断である構成要件該当性の判断においても一定程度の質・量の可罰的違法性が要求されることを前提にして、「正当な理由がないのに」（「故なく」）の要素を定型的・類型的な構成要件該当性の判断に位置づけるものである。

② 違法要素説 これに対し、「正当な理由がないのに」（「故なく」）の要素を違法要素とする学説として、たとえば、「これは、違法性の原則を表現したものにほかならず、ただ他人の住居に入るばあいには違法でないばあいが多いので、いわば当然のことを、とくに明記したものであるとするのが通説である」とか、「『正当な理由がないのに』とは、違法阻却事由のないことをいう。正当な理由のあるときは、住居権者の意思に反していても本罪は成立しない」という論述をあげることができる。<sup>(6)</sup>

これは、本罪の成立要件である違法性について、住居等への立入りは日常頻繁に行われる行為であることもあり、適法であることも多いので、実質的違法性が要求されることを前提にして、「正当な理由がないのに」（「故なく」）の要素を具体的・実質的な違法性の判断に位置づけるものである。

(2) 本件地裁判決の判断と検察官の主張

① 本件地裁判決の判断 本件地裁判決は、いわゆる本件マンションのような民間の集合住宅にある各居室の玄関ドアポストにビラ等を投函する目的で、昼間に集合住宅の建物共用部分に短時間立ち入る行為は、「明らかに許容されない違法な侵入行為であるとする」としての社会的な合意」や、「刑事上の処罰の対象とする違法な行為とすることに於いての社会通念」が「未だ確立している」とは言い難く、「正当な理由のない」立入行為であると解することもできないので、被告人のした立入行為がたとえ本件マンションの管理者の意思に反していても、結局は、「住居侵入罪を構成する違法な行為である」とは認められないのであって、本罪の構成要件に該当しないと判

示した。

本件地裁判決は、第一に、本条にいう「正当な理由がなく」の法文言に重要な意味をもたせている点、第二に、構成要件要素とするか、違法要素とするかの違いにかかわらず、実質的には「犯罪の成否を検討する上で考慮すべき要素」である限りで「特に異ならない」とはするが、「正当な理由がない」立入りと解することができない立入りは本罪の構成要件に該当しないとすることで注目される。すなわち、本件地裁判決は、「正当な理由がないのに」(「故なく」)の要素を構成要件要素と解する見解に立つものといえる。

② 検察官の主張　こうした特徴を有する本件地裁判決に対して、検察官は、控訴趣意において、「このような原判決の論法は、『正当な理由』の有無の判断という類型的・形式的な判断が要求されるべき構成要件該当性の問題について、実質的な評価を介してはじめて認識されうる『社会的な合意』や『社会通念』という曖昧かつ抽象的な概念を用いて判断しているのであって、法令の解釈を誤っており、到底容認し得るものではない」と論難する。つまり、検察官は、「正当な理由」の有無の判断は類型的・形式的な構成要件該当性レベルの判断であって、そこに実質的な評価概念である「社会的な合意」・「社会通念」という曖昧で抽象的な概念を導入するのは不当であると批判するのである。換言すれば、検察官は、類型的・形式的な構成要件該当性の判断に「社会的な合意」・「社会通念」という曖昧で抽象的な概念を導入する点で本件地裁判決を批判するのであるが、本件地裁判決と同じく、「正当な理由がないのに」(「故なく」)の要素を構成要件要素と解する見解に立つものと考えられる。

### (3) 私見

本条にいう「正当な理由がないのに」の要素については、これまで、学説は、これは「違法であることが本罪の成立要件であるという、いわば当然のことを条文上念のため明記したものである」という認識が支配的であったことも

あって、この文言にそれほど重要な意義を与えてこなかった。<sup>(8)</sup>

しかし、こうした通説とは異なり、「正当な理由がないのに」の要素に積極的な意義をもたせて本罪の構成要件要素とする見解にも、それなりの理論的合理性があると考えられる。というのは、第一に、法律の規定の中に、ある文言が使われているということは、使われていない場合と比較したとき、立法者はその文言に何らかの意味をもたせようとしたと考えるのが素直な法解釈であるし、少なくともその文言に何らかの意味を持たせるように解釈するのが文理解に忠実な解釈といふべきだからである。また第二に、本件ビラ等の投函行為自体は憲法第二一条第一項の保障する政治的表現活動の一類型であって、民主主義社会における政治的意見表明あるいは政治的情報伝達の基盤をなす表現活動として、憲法第二二条第一項によって保障される商業的な営業活動の一類型である商業的宣伝ビラの投函行為に比べ、より強く保護されるべきであり、「正当な理由がないのに」の要素はそうした趣旨を含めて解釈することに合理性があるからである。しかも第三に、本条は、「不法な理由で」「不法に」という文言ではなく、「正当な理由がないのに」「故なく」という文言を用いており、明らかに「正当な理由」のある立入りについては本罪の構成要件該当性を否定し、できるだけ早期に刑法的判断の対象から外そうとしている趣旨であるとも解しうるからである。したがって、「正当な理由がないのに」の要素に積極的な意味をもたせるべく構成要件要素とすることにも合理性があるのである。

### 3 本件被告人の立入行為の実質的違法性について

本件については、①被告人が本件マンションの建物共用部分に立ち入った目的は、各居室の玄関ドアポストに政治的意見表明・政治的情報を含んだ本件ビラ等を投函するという正当な目的にあったのであり、そもそも「正当な理由

がないのに」に該当しないこと、②被告人が本件マンションに立ち入った頻度は、本件立入行為のあった平成一六年の春および夏の二回にすぎず、それほど高い頻度ではなかったこと、③被告人の投函行為も単独で、昼間の時間帯に行われており、早朝や夜間にことさらに居住者や管理員の目を盗んで立ち入ったということもなく、穏やかな態度であったこと、④被告人は、フェンスを乗り越えるなどの強硬な手段を用いたり、電気・水道等の検針員を装ったり、居住者のように装ったりなどの欺罔的な手段を用いたりして本件建物共用部分に立ち入ったわけではないこと（現に、被告人は本件マンションに隣接するマンションには、玄関ホールにオートロック式のドアが設置されていたため、欺罔的な手段によって立ち入ることをしないで、そのドアの手前にある集合郵便受けに本件ビラを投函した）、⑤被告人は、現に本件での居住者Nのように本件ビラ等の投函を明確に拒否する居住者がいた場合には、その者の居室には今後ビラ等を投函することをしないとという柔軟な姿勢で投函行為をしていたこと、⑥被告人は、各居室の玄関ドアポストの呼び鈴やチャイムを鳴らしたり、居室内に声を掛けたりしたわけではなく、各居室玄関ドアの外からドアポストに本件ビラ等を投函していただけであり、上記の立入り目的と関連性のない行為を一切行うことなくその場を立ち去っていること、また、⑦被告人が本件マンションに滞在した時間はせいぜい七分ないし八分で、長時間にわたることがなかったこと、⑧その間、立ち入った建物共用部分において、その平穏・静謐を害するような言動はまったく行っていないこと、しかも、⑨被告人が立ち入った建物共用部分は、各居室とともに建物の内部に位置し、建物の構造上各居室と連結されているが、各居室とは異なり、各居住者のプライバシーの容器としてその意思決定の自由が絶対的に尊重される純粹私的な空間とはいえない、いわば「半開放的な私的な空間」としての性格を強くもっていること、そして、⑩本件建物共用部分では、郵便配達員や宅配便業者の従業員の配達行為のための立入行為だけでなく、宗教のパンフレット、ピザ屋・不動産屋・リフォーム工事等の商業的な宣伝チラシ等の投函行為のための立入り

為も居住者になんら咎められることなくなされておき、被告人の本件ビラ等の投函行為もそれらとなんら変わらない態様の行為であることなどの事情が認められる。

以上の事情に照らせば、かりに被告人が立ち入った本件マンションの建物共用部分が「人の看守する建造物」・「人の看守する邸宅」に当たり、また、かりに被告人の立入行為が居住者の客観化・規範化された総体的な意思に反していたとしても、被告人の立入行為が居住者のプライバシーを侵害する程度はきわめて軽微であるとともに、居室部分に居住する者の私生活の平穩を害する程度も相当に低いといえる。したがって、被告人の本件立入行為は、「正当な理由がない」立入りと認めることができないばかりか、実質的違法性の程度もきわめて軽微であり、「端的な可罰的違法性」を欠如する行為として、本罪の構成要件には該当しないと解することが相当である。

- (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）三〇三頁。
- (2) 団藤重光『刑法綱要各論』（第三版・一九九〇年）四九九頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第七卷』（第二版・二〇〇〇年）二六一頁「毛利晴光」参照。
- (3) 中山研一『刑法各論』（一九八五年）一四三頁。
- (4) 団藤重光『刑法綱要総論』（第三版・一九九〇年）二〇〇頁。
- (5) 団藤重光編『注釈刑法③』（一九六五年）二二九頁（福田平）。
- (6) 西田典之『刑法各論』（第四版・二〇〇七年）九六頁。
- (7) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第七卷』（第二版・二〇〇〇年）二九八頁（毛利晴光）。
- (8) 現に、「正当な理由がないのに」の法文言について、まったく言及しない基本書さえみられる。たとえば、山口厚『刑法各論』（補訂版・二〇〇五年）二二〇頁。

## 六 おわりに

以上によれば、本件マンションの建物共用部分は、「住居」でもなく「邸宅」でもなく、原則として、「建造物」に当たると解すべきところ、本件マンションの管理状況、張り紙の表示状況・表示内容など、本件における事実関係の下では、「管理・支配の実効性が存在すると認めるのが相当といえる程度に、現に事実上の管理・支配状態が存在していた」という保守性について、より精確に考察し、慎重に判断する必要がある。また、本件地裁判決の認定のように、かりに、本件マンションの管理組合から立入りの許否を決する権限を委ねられた理事会において、第三者の立入りを禁じる決議がなされ、本件マンションの建物共用部分への第三者の立入りを禁止する意思が形成された事実が認められるとしても、それが第三者向けの対外的なものである以上、その意思内容は客観的に明確となっていなければならぬところ、本件張り紙は、商業的な宣伝チラシ・パンフレットの投函行為、商業的な営業活動に対して一般的な警告を発する趣旨のもの、あるいは、防犯対策として居住者の注意を喚起し、警告を発する趣旨のものと解され、せいぜい「悪質な宣伝チラシ・パンフレットや強引な営業活動に煩わされたくない」とか、「悪質な宣伝チラシ・パンフレットや営業活動に伴って生じるトラブルに巻き込まれたくないので、予め受け取り拒否の意思を一般的に表示しておく」という程度の意思表示にすぎないのであり、あらゆる商業的な宣伝チラシ・パンフレットの投函行為や商業的な営業活動（近所のご用聞きを含めて）を一律に拒絶する広範かつ確定的なものとは考えられないし、ましてや、被告人の本件立入行為が本件張り紙の規制したい行為の対象であったのかについても大いに疑問がある。さらに、本件における事情に照らせば、かりに被告人が立ち入った本件マンションの建物共用部分が「人の看守する建造物」・

「人の看守する邸宅」に当たり、また、かりに被告人の立入行為が居住者の客観化・規範化された総体的な意思に反するとしても、被告人の本件立入行為が居住者のプライバシーを侵害する程度はきわめて軽微であり、居室部分に居住する者の私生活の平穩を害する程度も相当に微弱であるといえるので、被告人の本件立入行為は「正当な理由がない」立入りと認めることができないばかりか、実質的違法性の程度もきわめて軽微であり、本罪の構成要件に該当しない。

プライバシー意識・防犯意識の高まりとともに、集合住宅の居住者が、集合住宅の共用部分（敷地及び建物共用部分）に第三者が立ち入ることはその目的の如何を問わず差し控えて欲しいという意識が強くなっていることは容易に推測できることである。防犯カメラの設置だけでなく、オートロック式ドアや建物入口の玄関ホールにおける宅配ボストの設置などは、できる限り第三者を建物内部に入れないような工夫のあらわれでもあろう。しかし、そうであっても、政治的な表現内容・情報を伝達するビラを投函する目的で穏やかな態様で短時間、集合住宅に立ち入った行為が、これに対して刑罰をもって臨まなければならない程度の実質的違法性を具備した行為であるのかについては、慎重な認定を要するところである。というのは、本件マンションの建物共用部分は「建造物」（場合によっては「邸宅」と解されるところ、その看守性については精確で慎重な判断が要請されること、また、本件マンションの建物共用部分への第三者の立入りを禁止する意思が形成されていたかについても当事者間に争いがあり、微妙な争点となつているところ、被告人の本件立入行為が居住者の客観化・規範化された総体的意思に反するものであったのかについては疑問があるからである。

本件が住居侵入事件として、被告人に対して逮捕手続・捜査手続が履踐され、公訴提起がなされることとなったのは、本件マンションの居住者の一人が被告人の立入行為に対して過剰なまでの反応をしたことが契機となっている。

しかし、政治的な表現内容・情報を伝達する目的で本件ビラ等を投函する行為は憲法第二一条第一項の保障する政治的表現活動の一類型であって、民主主義社会の基盤をなす表現活動であると解されるところ、たとえ思想・信条を異にしているとしても、それらの表現活動をすべて遮断するような立入禁止措置を執ることまで必要ではないと考える居住者も当然に存在しうると考えられる。にもかかわらず、「ビラによる政治的意見の表明が言論の自由により保障されるとしても、これを投函するために、管理権者の意思に反して邸宅、建造物等に立ち入ってよいということにはならない」<sup>(1)</sup>の<sup>(1)</sup>であり、「何人も、他人が管理する場所に無断で侵入して勝手に自己の政治的意見等を発表する権利はないというべきである」として、被告人の本件立入行為について本条を適用してこれを処罰しようとすることは、特定の政党に反感を抱いている居住者の過剰なまでの反応を追認するだけでなく、本罪を政治的な思想・信条の対立・抗争の場にしてしまうのではないかという「不安感」に駆られてしまう。それは、意識すると否とにかかわらずなく、裁判所を政治的な思想・信条の対立・抗争の場に引きずり込み、裁判所を一方の政治的イデオロギーを支援する公的装置にしてしまうおそれがある。それを回避するためには、本条の法文言を厳格に解釈し、本罪の保護領域の射程範囲を厳密に画定し、本罪の構成要件に該当しているかを綿密に認定し、本件事案における諸事情を過剰なまでに精確に検討して、被告人の本件立入行為が処罰に値する実質的違法の質・量を具備するものであるかを慎重に認定していくしかないのである。

(1) 立川自衛隊宿舎ビラ投函事件・東京高判平成一七年二月九日判例時報一九四九号二六九頁、高等裁判所刑事裁判速報集平成一七年二三八頁。