

住居侵入罪における「囲繞地要件」の問題について(3)・完

関 哲 夫

目 次

- 一 課題設定
- 二 囲繞地包摂の問題——前提問題に関する私見——
 - 1 はしがき
 - 2 囲繞地包摂の問題に関する私見
- 三 囲繞地要件に関する問題——「囲繞地性」の確定問題——
 - 1 はしがき
 - 2 判例の検討
 - (1) 建造物の囲繞地
 - (2) 住居(邸宅)の囲繞地
(以上、東亜大学・東亜法学論叢三号・一九九八年・一〇五頁以下)
 - (3) 「入ることを禁じた場所」(軽犯罪法第一条第三二号前段)との関係
 - (4) 小 括
(以上、東亜大学・東亜法学論叢四号・一九九九年・二二七頁以下)
- 3 学説の検討

住居侵入罪における「囲繞地要件」の問題について(3)・完(関 哲夫)

- (1) はじめに
- (2) 各論者の内容
- (3) 小括
- 4 私見
- (1) 前提認識
- (2) 囲繞地要件

四 結語

三 囲繞地要件に関する問題——「囲繞地性」の確定問題——（承前）

3 学説の検討

(1) はじめに

通説のように、刑法第一三〇条にいう「住居」、「人の看守する」邸宅」および「人の看守する」建造物」は、建物そのものだけでなくそれに隣接する囲繞地をも含むと解するなら、当然、その「囲繞地性」の要件を確定しておく必要がある。すなわち、建物に隣接する土地が当該建物の囲繞地として「住居」、「人の看守する」邸宅」あるいは「人の看守する」建造物」に包摂されるための要件は何か、を確定しておく必要があるのである。これは、一方で、「住居」、「人の看守する」邸宅」あるいは「人の看守する」建造物」に隣接する土地に立ち入る行為について、それが住居侵入罪、邸宅侵入罪あるいは建造物侵入罪としての当罰性を具備していることを確認するとともに、他方で、当罰性においてそれらと境を接する軽犯罪法第一条第三号前段違反罪との限界を画定することを意味する。

しかし、学説においては、これまで、囲繞地包摂の問題を含め、囲繞地要件の問題について十分な検討がなされてこなかった。一九七八年（昭和五三年）、佐藤文哉氏は、判例評釈の中で、「囲繞地であるための要件については、学説上これを一般に論じたものはないようである⁽²⁾」と指摘しているが、この状況は二〇年以上経った今日でも変わっていないといわざるをえない⁽³⁾。現に、刑法各論の基本書の中には、囲繞地性の要件について何の言及もなされないものがしばしば見られるのである⁽⁴⁾。

以下では、まず、囲繞地性の要件に言及した論者の論述をその保護法益とともに概観し、その後、住居侵入罪の保護法益を踏まえて学説を検討していきたい。

(2) 各論者の内容

① 事実的住居平穩説に立つ論者 藤木英雄氏は、住居侵入罪の保護法益について、「人が現に生活ないし業務の場所としていて、部外者の侵入を許さずプライバシーの享有を期待できる区画された場所内の平穩な利用の保護を目的とする⁽⁵⁾」として事実的住居平穩説に立脚することを明らかにしたうえで、囲繞地について、次のように論述しておられる。

「なお、住宅の敷地で、通常の歩行では越えられない囲壁（生け垣、堀、塀、石垣など）により囲まれた住宅と一体をなす庭などの部分（囲繞地）もまた、住居に含まれる。」「⁽⁶⁾」
「⁽⁷⁾」
「⁽⁸⁾」
通を制限された庭など構内全体が建造物である」。

福田平氏は、住居侵入罪の保護法益について、「住居侵入罪は、人の住居および看守する場所の平穩（平和・安全）に対して侵害・脅威をあたえる行為を内容とする罪」であり、「住居侵入罪は、住居等を事実上、利用、支配している状態そのものを保護するものと解し、端的に、住居における平穩を本罪の法益と解するのが妥当であろう。」とし

て、同じく、事後的住居平穩説に立脚することを明らかにしたうえで、囲繞地について、次のように論述しておられる。

住居・邸宅・建造物に「付属する囲繞地、すなわち、通常の歩行ではこえることのできない設備でかまれた土地」もそれぞれ住居・邸宅・建造物に含まれる。⁽⁹⁾

② 新住居権説に立つ論者 中山研一氏は、住居侵入罪の保護法益について、「個人の住居に関する限り、プライバシーの保護と自己決定権の尊重から、居住者の意思に反する立入りは支配・管理権の侵害として侵入罪を構成するとみるのが妥当なように思われる。このことは、住居侵入罪が居住者の私的支配領域の侵害であって、その存否はもっぱら居住者の許諾の意思（自己決定）にかかることを意味する。」そして、「公共の建造物の場合にも管理権者の意思に反する立入りを侵入であるとする統一的な基準を守りつつ、その際の許諾の意思が、個人の住居におけるプライバシー権の行使と異なり、公共の建造物の目的や機能からの制約を受けるという構成方法」を取りながら、そこに「客観化された実質的利益を考慮する可能性と必要性が位置づけられうる」としたうえで、⁽¹⁰⁾ 囲繞地について、次のように論述しておられる。

「いずれも『囲繞地』といわれるところ、つまり、建物のまわりの一定の区画、たとえば塀で囲まれておればその部分をも含むわけです。⁽¹¹⁾」

曾根威彦氏は、住居侵入罪の保護法益について、「住居等の一定の支配領域の管理・支配についての意思決定の自由」という意味での住居権であるが、「単なる意思決定の自由ではなく、住居等の一定の支配領域の管理・支配についての意思決定の自由を意味する。個人の住居が問題となる場合には、『自由』はプライベートな住居の自由な利用・管理を指しており、その意味では、本罪を、私生活ないし個人の秘密領域に対する侵害を内容とするプライバシー

ーに対する罪とみることもできる……。これに対し、公的施設である建造物が問題となる場合には、一定の場所における平穩な利用・支配を妨げられない自由が保護法益と考えられ、やはり本罪は自由に対する罪と解されることにな⁽¹²⁾る。」として新住居権説に立脚することを明らかにしたうえで、⁽¹²⁾ 囲繞地について、次のように論述しておられる。

「建築物に付属して、門塀などによって外部との交通を制限された住居・邸宅・建造物の囲繞地」もまた住居・邸宅・建造物に含まれる。⁽¹³⁾

川端博氏は、住居侵入罪の保護法益について、「生活の『場』の実際の侵害は、その『場』を支配・管理していることの侵害にほかならず、それは支配意思・管理意思の侵害にほかならず、⁽¹⁴⁾ ここにおいて、「個々人のプライバシー、自己決定権が重要性をもつことになる」⁽¹⁴⁾ であり、「これを直視して法益としての確に把握している新住居権説が妥当であるとおもわれる」⁽¹⁴⁾ として新住居権説を支持したうえで、⁽¹⁵⁾ 囲繞地について、一九七六年（昭和五一年）の最高裁判所判決【9】⁽¹⁵⁾ に依拠しながら、次のように論述しておられる。

「囲繞地とは、垣根、塀、門のように建物の周囲をかこむ土地の境界を画する設備が施され、建物の付属地として建物利用に供されることが明示されている土地のことである。⁽¹⁶⁾」

また、大谷實氏は、⁽¹⁷⁾ 住居侵入罪の保護法益について、「住居を侵す罪は、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犯罪であると解すべき」であり、「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が本罪の保護法益」であり、「住居等に誰を立入らせ誰の滞留を許すかを定める自由であるとする新住居権説」が妥当であるとして、⁽¹⁸⁾ 新住居権説に立脚することを明らかにしたうえで、⁽¹⁹⁾ 囲繞地について、一九七六年（昭和五一年）の最高裁判所判決【9】⁽¹⁹⁾ に依拠しながら、次のように論述しておられる。

「囲繞地とは、垣根、塀、門のような建物の周囲をかこむ土地の境界を画する設備が施され、建物の附属地とし

て建物利用に供されることが明示されている土地をいう」のであり、住居・邸宅・建造物に附属する囲繞地もそれぞれ住居・邸宅・建造物の一部となる。⁽²⁰⁾ また、「例えば、建造物の周辺に臨時の囲壁を設置して外部との通行を遮断したにすぎない場合でも、それによって囲まれた建物の周囲の地域は建造物の一部である。⁽²¹⁾」

③ 一九七六年最高裁判決を契機とする展開 先に紹介した学説における記述からも明らかのように、一九七六年（昭和五一年）の最高裁判所判決【9】⁽²²⁾は、囲繞地性に関する学説の展開に一つの画期を与えた重要な判決と考えられる。すなわち、本判決は、学説に対し、囲繞地性の問題を再度意識させたという意味において、また、囲繞地要件の問題を顕在化させたという意味においても、重要なのである。⁽²³⁾

本判決は、建物の囲繞地を刑法第一三〇条の客体とする根拠について、「建物の囲繞地を刑法一三〇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解されるからである。」と判示するとともに、囲繞地性の要件について、「刑法二三〇条にいう『人の看守する建造物』とは、単に建物を指すばかりでなく、その囲繞地を含むものであって、……このような囲繞地であるためには、その土地が、建物に接してその周辺に存在し、かつ、管理者が外部との境界に門扉等の囲障を設置することにより、建物の付属地として、建物利用のために供されるものであることが明示されれば足りる」と判示している。

佐藤文哉氏は、本判決の評釈の中で、「本判決は、保護法益について正面から判断を示したものではない」が、「本罪の保護法益を法的な権利ではなく、事実上の住居の平穩と解する見解」を採用したとみることも可能であるとの認識を示したうえで、囲繞地について、次のような要件を提示しておられる。

「本判決は、『その土地が建物に接してその周辺に存在し、かつ、管理者が外部との境界に門扉等の囲障を設置することにより、建物の付属地として、建物利用のために供されるものであることが明示されれば足りる』としている」が、しかし、「建物と囲繞地の関係に関する客観的要件としては、『建物に接してその周辺に存在』するというだけでは足りず、その土地が建造物利用のために必要であることが客観的にも認められること（以下『客観性の要件』という）が必要ではないかと思われる」。「例えば、かなり高い山の頂にある測候所の管理者が測候所の付属地として裾野一円に囲障を設置したとしても、裾野に近い部分は、測候所の囲繞地とはいえないであろう。」「ただし、周辺の土地が建物利用のために客観的に必要かどうかは、主として建物の使用目的によって定まるから、建物が住居や邸宅である場合には、客観性の要件は余り意味を持たないと考えられる。なんとすれば、住居や邸宅の場合には、その使用目的の性質上居住者ないし管理者の主観的意図が尊重されるべきであり、例えば、ある住宅がどのように広い庭を持つとも、その庭は客観的にも建物利用のために必要なものとみなされるべきだからである。⁽²⁵⁾」

松本光雄氏は、同じく本判決の評釈の中で、建物の囲繞地と建造物侵入罪に関する一九五〇年（昭和二五年）【1】⁽²⁶⁾および一九六九年（昭和四四年）⁽²⁷⁾の最高裁判所大法廷判決を考察し、「刑法一三〇条にいう『人の看守する建造物』には建物のみでなくその囲繞地も含まれることは通説・判例の認めるところ⁽²⁸⁾」であると認識したうえで、判例における囲繞地性の要件について、次のように分析しておられる。

「①建物の付属地であること、②周囲に物的囲障設備（門・扉など）を設置して外部との交通を制限していること、をあげることができる。⁽²⁹⁾」しかし、「どのように広大な土地であっても囲障設備さえ設ければ常に『建物に接してその周辺に存在する土地』として『建物の付属地性』を肯定するといった意味合いのものではなく、建造物侵入罪の保護法益面からの内在的制約を踏まえてのものと解される。……建造物侵入罪の客体となる付属地の範

囲も、建物の規模・用途、建物管理者の囲障設備により示された建物利用との関連性などの諸事情を考慮し建造物侵入罪の保護法益を指針として個々の事件ごとに決めるべきものと思われる。⁽³⁰⁾なお、「建造物周辺土地の囲障設備が、縄・ロープ、粗雑な棒ぐい、移動可能な簡易バリケードといった類いのもの場合には、当該土地管理者による区域内への立入り禁止の意思が表示されたものと評価できるとどまり（立入り禁止の制札と同価値のもの・軽犯罪法一条三二号の問題）、現実に建物の付属地への立入り禁止の機能が期待できないのみならず建物管理者による建物利用のための付属地であることの明示を欠くことになるので、建造物侵入罪の問題には至らない。」⁽³¹⁾

さらに、寺尾淳氏は、同じく本判決の評釈の中で、本判決は、「従前の判例では必ずしも明らかとなっていなかった建造物侵入罪の客体に囲繞地を含ませる実質的理由とその具体的要件を明示」した重要な判決であるとしたうえで、⁽³²⁾ 囲繞地性の具体的要件について、次のように提示しておられる。

「①その土地が建物に接してその周辺に、これに附属して存在すること、②管理者が外部との境界に門扉等の囲障（本件金網柵は通常の門扉に準ずるものとする。）を設置することにより、建物の付属地として建物利用のために供されるものであることが外観上明示されていること、③その土地への侵入が建物自体への侵入と同程度又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状況にあること、である（右要件を充足していることを要するから軽犯罪法第一条第三二号にいう単なる『入ることを禁じた場所』と明確に区別される。）⁽³³⁾」

また、河上和雄氏は、一九八〇年（昭和五五年）の論稿の中で、「最高裁の判例は、事実上の住居の平穩を、暗黙裡のうちに前提として論旨を展開しているものと思われ、現時点においては、明確に住居権を保護法益とする判例を否定していないものの、実際にはこの考え方を放棄し、住居の事実上の平穩を保護法益と解しているといつてよいで

あろう。⁽³⁴⁾」との認識を示したうえで、本判決の定立する囲繞地性の要件について、次のように論述しておられる。

「この判例の定立する囲繞地であることの要件は、(一)客観的にその土地が建物の付属地であることが明らかなこと、(二)他と囲障によって区別されていること、(三)その土地への侵入が建物の利用の平穩を害するものであることの三点にあると思われる⁽³⁵⁾。しかし、「門扉をめぐらし、内部に建造物があるからといって常にその部分が囲繞地になるものではない。例えば、広い牧草地にフェンスをめぐらし、その内部を牧場として、一部に畜舎があり、其処に人が居住していたとしても、具体的事例によっては、囲繞地になりうる場合があるとしても、多くの場合、消極に解すべきであろうし、自衛隊の演習場の中に建造物があるとしても、多くの場合、消極に解することになろう。また、例えば、公園全体に囲障をめぐらしてあるとし、その中に一部に管理人の居住する建造物があり、夜間出入を禁止しているとしても、やはり公園全体をその囲繞地と解することは困難であろう。要は、何のための囲障かであり、公園とか牧草地とか演習場といった広場、区域自体を保護することが主眼であって、建造物を保護することが主眼でない場合には、建造物の付属地としての囲繞地の概念から外れると考えるのが正しいであろう。従って、建造物が小さく、囲障に囲まれた土地がそれに比して大きくても、それが建造物のためのものである場合、例えば、別荘が大きな庭を持つような場合には、当然、囲繞地として解すべきということになる。」⁽³⁶⁾

さらに、中村雄一氏は、囲繞地性の要件に関する判例・学説を概観した後、「判例・学説において囲繞地の要件とされるものおよび要件と考えられるもの」として七つの要件があるとしたうえで、それらを検討し、自説の結論として、次のような要件を提示しておられる。

「囲繞地とは、建物の付属地として建物の周囲に存在し、通常の歩行では超えられない門扉などの囲障設備を設け、外部との交通を制限した土地」であり、囲繞地の要件としては、①「建物の付属地として建物の周囲に存在

すること」②「門塀などの囲障設備を設け外部との交通を制限すること」、および、③「通常の歩行では超えられない囲障設備があること」の三つの要件である。⁽³⁷⁾

(3) 小括

囲障地性の要件に関する各論者の内容を、二つの要件を設定する二要件説と、三つの要件を設定する三要件説とに分けて概括しておきたい。

① 二要件説の検討 まず、事理的住居平穩説に立つ藤木英雄説は、囲障地性の要件について、①建物の敷地として建物と一体をなす土地であること、②通常の歩行では越えられない囲壁により囲まれた土地であること、の二要件を提示していると解することができよう。福田平説も、①建物に付属する土地であること、②通常の歩行では越えることのできない設備で囲まれた土地であること、の二要件を提示している。①の要件について、藤木英雄説は建物と囲障地との「一体性」を強調しているのに対し、福田平説は建物に対する囲障地の「付属地性」を強調している相違がみられるけれども、実質的な相違をもたらすような表現の違いとは解されず、その趣旨は両説とも囲障地の「付属地性」を要求する点で同旨と考えられる。なお、藤木英雄説および福田平説が、囲障設備について「通常の歩行では越えられない囲障であること」を要求して、囲障設備の程度に言及している点は注目される。

新住居権説に立つ中山研一説は、囲障地性の要件という形で論述しているわけではないので明確ではないが、①建物の周辺に存在する土地であること、②塀などの囲障設備によって区画された土地であること、の二要件を提示していると解することができよう。曾根威彦説は、①建築物に付属する土地であること、②門塀などによって外部との交通を制限された土地であること、の二要件を提示していると解することができる。両説とも、囲障設備の程度に関する言及はないが、その具体的な例として「塀など」、「門塀など」をあげていることからすると、それらに相当する程

度のものを要求する趣旨であろう。なお、①の要件について、中山研一説は「建物の周辺に存在する」という表現によって囲障地のいわば場所的・位置的な側面を重視しているのに対し、曾根威彦説は「建築物に付属して」という表現によって囲障地のいわば付属地的な側面を重視しているという相違が認められるが、論者がその点を意識しているかは不明である。川端博説および大谷實説は、一九七六年（昭和五一年）の最高裁判所判決⁽³⁸⁾【9】を意識しつつ、①建物の周囲を囲む土地の境界を画する垣根、塀、門のような囲障設備が施された土地であること、②建物の付属地として建物利用に供されることが明示されている土地であること、の二要件を提示していると解することができる。両説とも、①の要件で、囲障設備に境界を施す区画的機能を求めているとともに、「垣根、塀、門」などの具体例をあげることで囲障設備の程度も示唆していると解することができる。また、②の要件では、付属地性とともに、「建物利用に供されること」の客観的明示性を要求していると解することができる。

一九七六年（昭和五一年）の最高裁判所判決⁽³⁹⁾【9】を契機に展開された学説のうち、松本光雄説は、①建物の付属地であること、②周囲に物的囲障設備（門・塀など）を設置して外部との交通を制限していること、の二要件を明確に提示している。松本光雄説にあっては、どのような広大な土地であっても囲障設備を設置しさえすれば、①の「建物の付属地性」の要件が充足されるわけではなく、保護法益の面から内在的制約があること、また、一定程度の囲障設備が設置されていない場合には、②の「交通制限性」の要件が充足されないばかりか、①の「建物の付属地性」の要件も否定されかねないことを指摘している点が注目される。すなわち、広大な土地を限定する制約機能をこれら二要件に担わせているのである。

二要件説の各論者にあっては、確かに要件提示の順序あるいは要件の重点の置き所に相違がみられる。しかしながら、二要件説の各論者の見解を敢えて最小公倍数的に要約するならば、①「当該土地が、外観上、建物に付属する形

態で隣接していること」という「建物に付属する形態での隣接性」の要件、および、②「当該土地が、それに隣接する土地または建物との間に、その限界・境界を画する門塀等の囲障設備を有し、外部との交通を制限ないし遮断していること」という「外部との交通遮断性」の二要件を要求していると解することができよう。ただ、論者の中には、①「建物に付属する形態での隣接性」の要件について、「当該土地が、場所的に建物に付属する形態で隣接するものであること」という、いわば場所的・位置的に捉えられた付属地性の意味においてだけでなく、「該土地が、機能上、建物利用のために供されるものであること」という、いわば機能的・用途的に捉えられた付属地性の意味において把握し、その客観的な明示性・明確性を要求する説があることに注意する必要がある。これは、特に、一九七六年（昭和五一年）の最高裁判所判決【9】⁴⁰を意識した川端博説および大谷實説にみられる傾向である。また、二要件説の論者の中には、「一定の区画」（中山研一説）、「土地の境界を画する設備」（川端博説、大谷實説）という論述によって、囲障設備に対し、単に境界を画する境界区画的機能を付与するにとどめ、「通常の歩行では越えられない」、「外部との交通を制限された」という交通遮断的機能を付与しないかのような表現をしている論者もみられるが、しかし、これは、囲障設備に交通遮断的機能を求めない趣旨ではないであろう。現に、そうした論者も、囲障地における囲障設備の具体例として「垣根」、「塀」、「門」などをあげている。すでに指摘したように、囲障地性の要件は、当罰性において境を接する軽犯罪法第一条第三二号前段違反罪との限界を画定する意味もあることを考慮するならば、囲障設備には区画的機能だけでなく交通遮断的機能をも求めるのが適切であろう。

② 三要件説の検討 佐藤文哉説は、①建物に接してその周辺に存在する土地であること、②建物利用のために必要であることが客観的にも認められる土地であること（「客観性の要件」）、③外部との境界に門塀等の囲障設備を設けることにより、建物の付属地として、建物利用のために供されるものであることが明示された土地であること、

の三要件を提示していると解することができよう。佐藤文哉説にあつては、広大な土地を限定する制約機能を②の「客観性の要件」に担わせている点が注目される。囲障設備の具体例として「門塀等」をあげていることからすると、囲障設備の程度にも言及していると解することができよう。寺尾淳説は、明確に、①その土地が建物に接してその周辺に、これに付属して存在すること、②外部との境界に門塀等の囲障を設置することにより、建物の付属地として、建物利用のために供されるものであることが外観上明示されていること、③その土地への侵入が建物自体への侵入と同程度又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状況にあること、の三要件を提示している。囲障設備の具体例として「門塀等」をあげていることからすると、佐藤文哉説と同様、囲障設備の程度にも言及しているものと解することができる。寺尾淳説にあつては、事後的住居平穩説の立場から③の要件が提示され、軽犯罪法第一条第三二号前段違反罪と区別する機能を担わせようと意図されている点が注目される。河上和雄説は、簡潔に、①客観的にその土地が建物の付属地であることが明らかなこと、②他と囲障によって区別されていること、③その土地への侵入が建物の利用の平穩を害するものであること、の三要件を提示している。河上和雄説にあつては、住居侵入罪は建造物を保護することが主眼であるから、区域自体を保護することが主眼となっているものは囲障地の概念には該当しないとする点が注目される。中村雄一説は、明確に囲障地性の要件の問題を意識したうえで、①建物の付属地として建物の周囲に存在すること、②門塀などの囲障設備を設け外部との交通を制限すること、③通常の歩行では超えられない囲障設備があること、の三要件を提示している。中村雄一説にあつては、囲障設備の程度について明確に言及されている点、囲障設備に区画的機能だけでなく交通遮断的機能を求めている点、および、「倉庫、事務所、工場、その他映画館などの娯楽施設や店舗のように、建物の周囲の囲障された土地が建物に付属してはいるが、建物の利用に必要とはいえない場合であっても、囲障地として刑法上保護する必要はある。」⁴¹として、「客観的にその土地が

建物の利用に必要であること」という要件を不要としている点が注目される。

三要件説の各論者の提示する三要件には、最小公倍数的に要約することが困難なほどの相違がみられる。しかし、論者の傾向として、場所的・位置的な意味において把握された付属地性の要件を提示していること、かつ、機能的・用途的な意味において把握された付属地性の要件を盛り込み、しかも、その客観的な明示性・明確性を要求していることが認められる。ただし、中村雄一説においては、機能的・用途的な意味において把握された付属地性の要件は不要であるとされている。また、表現の仕方は異なっているけれども、「当該土地が、それに隣接する土地または建物との間に、境界を画する門扉等の囲障設備を有し、外部との交通を制限ないし遮断していること」という「外部との交通遮断性」の要件が提示されていることも認めることができよう。この点は、中村雄一説においては明確である。ただし、河上和雄説にあっては、囲障設備に区画的機能のみを求め、交通遮断的機能を求める表現にはなっていない。しかし、この点の機能は、河上和雄説では、③の要件に含まれていると解することができよう。問題は、佐藤文哉説にあっては、「②建物利用のために必要であることが客観的にも認められる土地であること（「客観性の要件」）」という要件、寺尾淳説および河上和雄説にあっては、「③その土地への侵入が建物自体への侵入と同程度又はこれに準ずる程度に建物利用の平穩が害され又は脅かされる状況にあること」という要件である。佐藤文哉説の場合、②の要件は、広大な土地を「囲繞地」の範囲に限定するために提示されているのであるが、しかし、「例えば、かなり高い山の頂にある測候所の管理者が測候所の附属地として裾野一円に囲障を設置した⁽⁴²⁾」場合、囲障設備が施された内側のどの部分までが測候所の「囲繞地」であり、どの部分から「囲繞地」でなくなるのかを確定するのはきわめて困難であろう。そうだとすると、佐藤文哉説のいう「客観性の要件」は、「囲繞地」の範囲を限定する機能を十分に発揮しえないのではないだろうか。そのような場合、その広大な付属地全体を「囲繞地」とし、あとは可罰的違法性の問題

として処理することも考えられるが、むしろ、その広大な付属地全体を「囲繞地」とするのではなく、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」とする方が、実質的当罰性の点でも処理の明確性の点でも優れており妥当であろう。他方、寺尾淳説および河上和雄説の場合、③の要件は、住居侵入罪の保護法益に関する事実的住居平穩説の立場から提示されていること、また、囲繞地性の要件に実質的な程度概念を盛り込むことを可能にしていること、したがって、当罰性において境を接する軽犯罪法第一条第三二号前段違反罪と区別することを可能にしていること、に注意しておく必要がある。

③ 保護法益との関連　ここで、そもそも住居侵入罪の保護法益の相違は囲繞地性の要件にどのような相違をもたらすのかという観点から考察しておきたい。

まず、「事実上の住居等の平穩ないし私生活の平穩」という平穩概念は、構成的・実質的な性格を有していることに注意する必要がある。平穩概念は、その性格があることによって、第一に、平穩状態を侵害する「侵入」概念について、侵害の「有無」判断だけでなく侵害の「程度」判断も可能である。そうであるからこそ、平穩概念は、一九七六年（昭和五十一年）の最高裁判所判決⁽⁴³⁾【9】で明らかにになったように、建造物の囲繞地を建造物概念に包摂し刑法的保護を認める実質的根拠として援用され易いのである。第二に、平穩概念は、その性格があることによって、それ自身の中に囲繞地の範囲を限定する制約機能を有することができるのである。すなわち、平穩概念は、広大な土地に囲障設備を設けた場合であっても、その区域を合理的な「囲繞地」の範囲に限定する機能を有しているのである。それゆえ、平穩概念は、実質的当罰性の面で、軽犯罪法第一条第三二号前段違反罪と区別することを可能にするのである。この点は、松本光雄氏の論述、すなわち、「どのような広大な土地であっても囲障設備さえ設ければ常に『建物に接してその周辺に存在する土地』として『建物の付属地性』を肯定するといった意味合いのものではなく、建造物

侵入罪の保護法益面からの内在的制約を踏まえてのものと解される。⁽⁴⁴⁾ という論述にはっきりとうかがうことができる。

これに対し、「住居その他の建造物に他人の立入りを認めるか否かの自由」という住居権概念は、形式的・均質的な性格を有していることに注意する必要がある。そのため、住居権概念においては、第一に、住居権を侵害する「侵入」概念について、侵害の「有無」判断は可能であるけれども侵害の「程度」判断は困難なのである。逆にいえば、住居権概念は、その形式的性格のゆえに、「住居・事務所等々の領域的に限界づけられた圏へのあらゆる権限なき侵入あるいは滞留がそれだけで構成要件に該当する⁽⁴⁵⁾」ことを根拠づけることができるのである。第二に、住居権概念は、「住居等の内部には保護されるべき実質的利益が存在するとしても、住居侵入罪の保護法益としては、住居等への立ち入りを承諾するか否かについての自由・利益のみを問題とする⁽⁴⁶⁾」ため、その領域内にどのような利益が存在しているのかを顧慮しない。すなわち、住居権の侵害を根拠づけるために、その領域内に存在する利益（例えば、私的秘密財産、名誉など）への現実の実害や危険を挙証する必要がないのである。しかも、住居権概念の形式的・均質的性格は、囲障設備の設置によっていっそう顕著になる。確かに、建物内あるいは囲繞地内への他人の立入りを拒絶する居住者・管理者の意思は「多様」である。例えば、「特定の人の立入りは絶対に認めない」という意思や、「一定の態様以外の立入りは認めない」という意思もあれば、「立入りを強く希望する人以外の立入りは認めない」という意思もある。しかし、これらの立入拒絶の意思は、それが絶対的な拒絶であるのか相対的な拒絶であるのかという点、または、一定の態様の立入りもしくは特定類型人の立入りを拒絶するという点で「多様」なのであって、拒絶意思そのものに「強弱」が存在しているわけではない。他面、建物内あるいは囲繞地内に居住者・管理者の利害関心の強弱が存在することも否定できない。例えば、建物内あるいはこの部屋あるいはこの区域は他の部屋あるいは区域に比べて特に隠したいので、他人を立ち入らせたくないということはある。しかし、これとでも、居住者・管理者の利害関心の強弱であって、拒絶意思そのものの強弱ではないのである。百歩譲って、かりに居住者・管理者の利害関心の強弱が存在するとしても、居住者・管理者が、ひとたび建物を立入禁止にし、あるいは、建物に隣接する付属地に囲障設備を設けて立入禁止にしたならば、建物内全体あるいは囲繞地内全体が均しく住居権の要素に満たされるため、住居侵入罪との関係では、その中に濃淡の相違や強弱の程度は存在しなくなる。つまり、住居侵入罪において、立入拒絶の意思に強弱は認められないのであり、当該拒絶意思に反するか否かの判断しかありえないのである。その意味で、「立入拒絶の意思の強さには多様なものがあり、『意思侵害』の程度も多様で、ここに可罰的違法性の考え方を入れる余地があり⁽⁴⁷⁾」という論述は適切ではない。住居権概念のこうした形式的・均質的性格は、中山研一氏の論述すなわち、「この客観化された実質的利益（当該建造物の利用目的にしたがった平穏かつ円滑な業務遂行——括弧内引用者）が考慮されるべきであるとしても、法律は住居や建造物への侵入行為を形式的に処罰している⁽⁴⁸⁾」という論述においても承認されているのである。かくして、建物に隣接する非常に広大な土地に囲障設備を設置した場合、その土地の「囲繞地性」を限定して囲繞地の範囲を限定する制約機能は、住居権概念そのものからは出てこない⁽⁴⁹⁾のであり、必要ならば外在的に獲得するしかない。

4 私見

(1) 前提認識

囲繞地性の要件に関する私見を述べる前に、以下の二点を前提として確認しておきたい。

まず第一に、別稿⁽⁵⁰⁾で明らかにしたように、私見によれば、刑法第一三〇条においては、「住居の用に供される建物

およびそれに付属する「囲繞地」という意味での「邸宅」概念がまず存在し、「邸宅」内の建物が現に住居の用に供されている場合はその建物は「住居」であるが、そうでない場合にはその建物は「囲繞地」ともども「邸宅」である。そして、「住居」概念と「邸宅」概念とを分ける要素は、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にある。「住居」・「邸宅」以外の建物は「建造物」であり、それには「囲繞地」は含まれない。つまり、通説と異なり、建物の「囲繞地」はそれが「邸宅」と解されない限り、刑法第一三〇条にいう「住居」、「邸宅」および「建造物」の概念に「包摂されることはない」のであり、「囲繞地」はそれが「邸宅」と認められない限り刑法第一三〇条の保護領域とはならないのである。

さらに第二に、私見の多元的保護法益論によれば、「住居」は個人・家族の生活領域であり、人格的自由領域としての性格が強く、また、多種多様な利益を包摂したプライベートの容器である。したがって、この領域における住居侵入罪の保護法益は、「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」である。この意思決定の自由は、すでに指摘したように、形式的・均質的な性格を有している。

(2) 囲繞地要件

私見においては、「囲繞地包摂」の問題に関し、当該付属地は、それが「邸宅」と認められない限り刑法第一三〇条の保護を受けないという立場を妥当と考える。したがって、「囲繞地要件」の問題については、「建物（『住居』ないし『邸宅』としての建物）に隣接する付属地が「囲繞地」として『邸宅』概念に包摂されるための要件はどのように設定されるべきか」という問題を解明しなければならないことになる。つまり、私見においては、「邸宅」概念に包摂される「囲繞地」の要件を検討しなければならないのである。⁽⁵¹⁾

私見によれば、「邸宅」概念における「囲繞地性」の要件は、次のように設定すべきものと考ええる。

- ① 当該土地が、外観上、建物に付属する形態で隣接していること〔「建物に付属する形態での隣接性」〕。
- ② 当該土地が、それに隣接する土地または建物との間に、その限界を画する「囲障設備」を有し、外部との交通を制限していること〔「外部との境界区画性・交通遮断性」〕。
- ③ 当該「囲障設備」は、門塀等、通常の歩行では超えることが困難な程度のものであること〔「囲障設備の踰越困難性」〕。

刑法第一三〇条は建物によって形成される場所的空間の保護を主眼とするものであり、住居侵入罪は建物との領域関連性において成立する犯罪である。したがって、「囲繞地性」の要件として「場所的・位置的に捉えられた付属地性」が必要なのは当然である。①の要件はこの「場所的・位置的に捉えられた付属地性」を要求する要件であり、「囲繞地」として欠くことのできない要件である。この要件に加えて、「当該土地が、機能上、建物利用のために供されるものであること」という「機能的・用途的に捉えられた付属地性」、あるいは、「当該土地が、機能上、建物利用のために必要であることが客観的に明示されていること」という「機能的・用途的付属地性の明示性・明確性」の要件を要求するかが問題となる。例えば、佐藤文哉説は、建物の付属地として「囲障設備」を設置された広大な土地を限定して「「囲繞地」の範囲を適正なものにするため、これを「客観性の要件」として要求している。⁽⁵²⁾しかし、論者も、次のように論述して、住居の場合には、いわゆる「客観性の要件」は重要でないことを指摘している。すなわち、「建物が住居や邸宅である場合には、客観性の要件は余り意味を持たないと考えられる。なんとすれば、住居や邸宅の場合には、その使用目的の性質上居住者ないし管理者の主観的意図が尊重されるべきであり、例えば、ある住宅がどのように広い庭を持つとも、その庭は客観的にも建物利用のために必要なものとみなされるべきだからである。」⁽⁵³⁾という論述がそれである。つまり、居住領域においては居住者の意思決定の自由が絶対的に尊重されるべき領域であり、しかも、

すでに指摘したように、住居権概念は形式的・均質的な性格を有しているため、居住者が、ひとたび住居に隣接する地所に囲障設備を設けると、囲障地全体が均しく住居権の要素に満たされ、その中に濃淡の相違が存在しなくなるのである。そのため、「建造物が小さく、囲障に囲まれた土地がそれに比して大きくても、それが建造物のためのものである場合、例えば、別荘が大きな庭を持つような場合には、当然、囲障地として解すべきということになる。⁽⁵⁴⁾」のである。したがって、住居・邸宅の場合、住居・邸宅の建物が主でありその付属地は従であるという関係は必要であるが、それは①の要件に含まれており、さらにその上に、「機能的・用途的に捉えられた付属地性」および「機能的・用途的付属地性の明示性・明確性」の要件は不要であると考ええる。

次に、②の要件であるが、これは単に境界を画する区画的機能にとどまらず交通遮断的機能をも要求するものであり、囲障地性の要件として不可欠である。この要件は、区画的機能により、居住者が有している立入拒絶意思の範囲・限界を明らかにすべきことを要求するものであるとともに、さらに、交通遮断的機能により、居住者が有している立入拒絶意思が明確に存在すべきことを要求するものである。もちろん、これは、次の③の要件と相俟って、実質的当罰性の面で軽犯罪法第一条第三二号前段違反罪と区別することを可能にするものである。

さらに、③の要件は、侵入行為が刑法第一三〇条における当罰性を有していることを確認すると同時に、その行為が、実質的当罰性の面で軽犯罪法第一条第三二号前段違反罪とは差異があることを明確にするものであり、判例においては、「通常の歩行によって越えることのできない設備⁽⁵⁵⁾」とか、「外部との交通を阻止し得る程度の構造⁽⁵⁶⁾」という表現で言及されているものである。したがって、例えば、縄・ロープを張るとか、立入禁止の制札を立てるとか、杭を数十センチ間隔で打つとか、移動可能な簡易バリケードを置くというように、外部との境界が明示される程度の簡便な囲障設備では十分ではなく、⁽⁵⁷⁾ある程度の高さを有する塀、垣、柵などを設けるというように、通常の歩行形態では

超えることのできない程度の囲障設備を設置する必要がある。しかし、高いブロック塀や鉄柵あるいはシャッターを設置するというように、かなり高くして堅固な囲障設備を設置することまでは必要ないであろう。

- (1) 佐藤文哉「建造物侵入罪の客体となるいわゆる囲障地にあたることとされた事例」警察研究四九巻七号（一九七八年）七五頁以下。
- (2) 佐藤文哉・注1文献・七七頁。
- (3) ただ、最近（一九九八年）、中村雄一氏による論稿が公にされている。しかし、残念ながら、囲障地性の要件に関する判例の流れ、および学説の状況を概観しただけであり、住居等侵入罪の保護法益との関連、囲障地の限界等について検討はなされていない。中村雄一「住居等侵入罪における囲障地」秋田経済法科大学紀要一四巻（一九九八年）八九頁以下参照。
- (4) 中山研一・刑法各論（一九八四年）一四二頁、団藤重光・刑法綱要各論（第三版・一九九〇年）五〇三頁、大塚仁・刑法概説（各論）（第三版・一九九六年）一一三頁、香川達夫・刑法講義「各論」（第三版・一九九六年）四五五頁参照。
- (5) 藤木英雄・刑法講義各論（一九七六年）二二二頁
- (6) 藤木英雄・注5文献・二二三頁。
- (7) 藤木英雄・注5文献・二二三頁。
- (8) 福田平・全訂刑法各論（第三版・一九九六年）二〇三頁。なお、団藤重光編・注釈刑法(3)（一九六五年）一三六頁「福田平」参照。
- (9) 福田平・注8文献・二〇四～二〇五頁参照。なお、団藤重光編・注8文献・二三八頁「福田平」参照。
- (10) 中山研一「住居侵入罪の再検討——大槌事件判決を契機に——」片岡昇先生還暦記念・労働法学の理論と課題（一九八八年）二四七～二四八、二五三頁参照。
- (11) 中山研一・口述刑法各論（第三版・一九八七年）一二二頁。
- (12) 曾根威彦・刑法の重要問題「各論」（補訂版・一九九六年）八〇頁。
- (13) 曾根威彦・刑法各論（新版・一九九五年）七七～七八頁参照。

- (14) 川端博・刑法各論概要(第二版・一九九六年)九九頁。
- (15) 最判一九七六(昭和五二)・三・四刑集三〇・二・七九(東大地震研究所事件)。評釈として、松本光雄・最高裁判所判例解説刑事篇昭和五二年度三〇頁以下、村山弘義・捜査研究二九三号(一九七六年)四九頁以下、佐藤文哉・警察研究四九巻七号(一九七八年)七五頁以下、寺沢栄・ジュリスト六一七号(一九七六年)九五頁、寺尾淳・研修三六五号(一九七八年)一一三頁以下、川端博・刑法判例百選Ⅱ各論(第一版・一九七八年)一一六頁以下(第二版・一九八四年・四〇頁以下)があり、また、原審判決の評釈として、鈴木義男・研修三二四号(一九七四年)五一頁以下がある。
- (16) 川端博・注14文献・一〇〇〜一〇一頁。
- (17) 大谷實氏の見解は、すでに別の論稿(関哲夫・住居侵入罪の研究・一九九五年・一九一〜一九八頁参照。)で指摘したように、「総合説から新住居権説的傾向へ」と変遷している。そして、現在の大谷實説は、端的に「新住居権説」に分類することができる。本文は、現在の大谷實説を前提にしている。
- (18) 大谷實・刑法講義各論(第四版補訂版・一九九九年)一二三頁参照。
- (19) 最判一九七六年(昭和五二)・三・四刑集三〇・二・七九(東大地震研究所事件)。注15参照。
- (20) 大谷實・18文献・一二四〜一二五頁参照。
- (21) 大谷實・18文献・一二五〜一二六頁。
- (22) 最判一九七六(昭和五二)・三・四刑集三〇・二・七九(東大地震研究所事件)。注15参照。
- (23) 「再度意識させた」とするゆえんは、最大判一九五〇(昭和二五)・九・二七刑集四・九・一七八三がすでに存在するからである。
- (24) 佐藤文哉・注1文献・七九頁参照。佐藤文哉氏自身は事実的住居平隠説を支持されるのかは、明らかにされていない。
- (25) 佐藤文哉・注1文献・七七〜七八頁。
- (26) 最大判一九五〇(昭和二五)・九・二七刑集四・九・一七八三。
- (27) 最大判一九六九(昭和四四)・四・二刑集三三・五・六八五(全司法仙台事件)。評釈として、村瀬鎮雄・最高裁労働判例(7)——問題点とその解説(一九八七年)八三頁以下がある。
- (28) 松本光雄・注15文献・三四頁。

- (29) 松本光雄・注15文献・三四〜三五頁。
- (30) 松本光雄・注15文献・三七頁注三。
- (31) 松本光雄・注15文献・三六頁。
- (32) 寺尾淳・注15文献・一一四頁。
- (33) 寺尾淳・注15文献・一一四頁。
- (34) 河上和雄「建造物侵入罪・不退去罪(一)」捜査研究三三九号(一九八〇年)五四頁。
- (35) 河上和雄「建造物侵入罪・不退去罪(二)」捜査研究三四一号(一九八〇年)一八頁。
- (36) 河上和雄・注35文献・一五頁。
- (37) 中村雄一・注3文献・八九頁以下、特に一一三〜一一四頁参照。中村雄一氏は、「住居侵入罪における囲繞地の問題は、保護法益をいかに解するか、すなわち、平隠説または新住居権説を採るのか、あるいはそれ以外の見解を採るかという問題と、住居、邸宅、建造物の三者につき保護法益を同一のものと考えるか、異なるものと考えるかという問題と関連してくる。」(中村雄一・注3文献・一一六頁)というきわめて正当な指摘をしているにもかかわらず、残念ながら、住居侵入罪の保護法益について中村雄一氏自身の見解は開陳されておらず、囲繞地包摂の問題および囲繞地要件の問題が先に検討されているのである。
- (38) 最判一九七六(昭和五二)・三・四刑集三〇・二・七九(東大地震研究所事件)。注15参照。
- (39) 最判一九七六(昭和五二)・三・四刑集三〇・二・七九(東大地震研究所事件)。注15参照。
- (40) 最判一九七六(昭和五二)・三・四刑集三〇・二・七九(東大地震研究所事件)。注15参照。
- (41) 中村雄一・注3文献・一一三頁。
- (42) 佐藤文哉・注1文献・七八頁。なお、佐藤文哉氏は次のように付言する。「周辺の土地が建物利用のために客観的に必要かどうかは、主として建物の使用目的によって定まるから、建物が住居や邸宅である場合には、客観性の要件は余り意味を持たないと考えられる。なんとすれば、住居や邸宅の場合には、その使用目的の性質上居住者ないし管理者の主観的意図が尊重されるべきであり、例えば、ある住宅がどのように広い庭を持つとも、その庭は客観的にも建物利用のために必要なのと見なされるべきだからである。」(佐藤文哉・注1文献・七八頁)

- (43) 最判一九七六(昭和五一)・三・四刑集三〇・二・七九(東大地震研究所事件)。注15参照。
- (44) 松本光雄・注15文献・三七頁注三。
- (45) Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, Besonderer Teil, 13. Lieferung, 1982, § 123, Rdnr. 7.
- (46) 山口厚「住居侵入罪」法学教室二〇四号(一九九七年)九四頁。
- (47) 山口厚・注46文献・九五頁。
- (48) 中山研一・注10文献・二五二～二五三頁。
- (49) この外在的な制約機能は、具体的には囲繞地性の要件に盛り込まざるをえないことになる。
- (50) 関哲夫「住居侵入罪における『囲繞地包摂』の問題について」西原春夫先生古稀祝賀論文集第三卷(一九九八年)一二九頁以下、関哲夫「住居侵入罪における『囲繞地要件』の問題について(1)」東亜大学・東亜法学論叢第三号(一九九八年)一〇九～一一六頁参照。
- (51) すなわち、私見の場合、あくまでも「邸宅」概念に包摂される囲繞地について、その囲繞地性の要件を提示することになる。したがって、通説のように、「住居」、「邸宅」、「建造物」に共通する囲繞地要件を提示するものではない。また、囲繞地包摂の問題について、全面的に肯定する通説のような立場に立った場合であっても、多元的保護法益論にあっては、囲繞地要件も領域によって異なる可能性がある。
- (52) 佐藤文哉・注1文献・七八頁参照。
- (53) 佐藤文哉・注1文献・七八頁。
- (54) 河上和雄・注35文献・一五頁。
- (55) 東京地判一九六九(昭和四四)・九・一刑裁月報一・九・八六五、判例タイムズ二二九九・二二二七参照。
- (56) 最判一九七六(昭和五一)・三・四刑集三〇・二・七九(東大地震研究所事件)【9】判例)参照。
- (57) 松本光雄・注15文献・三六頁、寺沢栄・注15文献・九五頁参照。

四 おわりに

以上、私見を要約して、本稿を閉じたい。

住居侵入罪における囲繞地の問題については、二つの問題軸が存在する。すなわち第一に、刑法第一三〇条にいう「住居」、「邸宅」および「建造物」の概念は建物だけでなく囲繞地をも含むと解することができるのか、という「囲繞地包摂」の問題軸、そして、第二に、刑法第一三〇条にいう「住居」、「邸宅」および「建造物」の概念は建物だけでなく囲繞地をも含むと解するための要件は何か、という「囲繞地要件」の問題軸である。「囲繞地要件」の問題軸は、「囲繞地包摂」の問題軸に関する立場決定を前提としていることはいうまでもない。

私見は、通説および最近の判例の傾向とは異なり、建物の囲繞地はそれが「邸宅」と解されない限り、刑法第一三〇条の保護領域とはならない、と解している。したがって、私見においては、建物(『住居』ないし『邸宅』としての建物)に隣接する付属地が囲繞地として『邸宅』概念に包摂されるための要件を探求しなければならない。私見によれば、その囲繞地性の要件として、①当該土地が、外観上、建物に付属する形態で隣接していること「≡建物に付属する形態での隣接性」、②当該土地が、それに隣接する土地または建物との間に、その限定を画する囲障設備を有し、外部との交通を制限していること「≡外部との境界区画性・交通遮断性」、および、③当該囲障設備は、門塀等、通常の歩行では超えることが困難な程度のものであること「≡囲障設備の踰越困難性」、という三要件を設定するのが妥当であると考ええる。

すでに明らかにしたように、囲繞地性の要件については、学説においても十分に議論が尽くされたとはいいがたい

状況である。本稿が、今後の議論の礎になればと思う。

〔注記〕 本稿は、前任校・東亜大学の『東亜法学論叢』三号、四号に収載した論稿の続稿である。本務校変更の故にこうした収載の形になったものであり、読者にはご了解をお願いしたい。