

住居侵入罪の保護法益に関する日本の学説状況(2)

関 哲 夫

〔目次〕

一 序
一元説

(一) 旧住居権説

1 泉二新熊説

2 佐瀬昌三説、澤井種雄説

(二) 住居平安権説——植松正説——

(三) 住居平穩説

1 家族的住居平穩説——小野清一郎説——

2 事実的住居平穩説——従来の通説——（以上、國士館法学二五号）

(四) 新住居権説

1 支配自由権的住居権説

2 許諾権的住居権説

3 管理支配権的住居権説

住居侵入罪の保護法益に関する日本の学説状況(2) (関)

- (五) 総合説(以上、本号)
- (六) 小括
- 二 相対化説
 - (一) 住居平穩説からの相対化説
 - (二) 新住居権説からの相対化説
 - (三) 小括

結語

(四) 新住居権説

戦後の新しい住居権説は、「住居権」の語を用いながらも、戦前の家父長的な支配権ないし戸主権に基礎をおく住居権の観念から決別し、主として個人の自由権ないし自己決定権の観念を基礎に主張されているものである。

この説は、理念的には、新しい憲法の下で個人主義的自由主義を背景に展開された「保護法益の個人的利益への還元指向」の流れに沿うものであり、方法論的には、いわゆる「機能主義刑法学」⁽¹⁾の影響を受けた見解といふことができる。そして、具体的には、戦後通説となった住居平穩説の曖昧性を批判するとともに、旧住居権説のいう「住居権」概念を新たな視点から構成し直し、住居権の内容、帰属主体および個別事例の解決を再検討しようとするものである。

新住居権説が住居平穩説に対して行った批判は、次のように要約できる。第一に、住居等の「平穩」という概念がきわめて曖昧であるため、「家族生活の平穩」や「社会の平穩」等の抽象的な概念と結びつきやすいこと⁽²⁾、第二に、

住居侵入罪を個人的法益に対する罪としながら、「平穩」概念を持ち出して犯罪の成否を云々するのは、法益主体を曖昧にし、本罪の個人的法益に対する罪としての性格と矛盾すること⁽³⁾、第三に、そもそも住居は個人の「城」であって、その内部においてどのような生活態様で過ごすのか、したがって、住居においてどのような平穩状態で過ごすのかも個人の自由に委ねられるべきものであるのに、住居平穩説は、住居が事実上平穩であるべきことを保護法益とし、それをもとに犯罪の成否を決定するものであって、それは個人の自由に対する外部的強制であるとともに、いかに平穩な態様の立入りであってもそれを拒否できる個人の自由の保護に欠ける結果となること⁽⁴⁾、というのがそれである。

私見によれば、この新住居権説も、住居権の内容の理解および個別事例の解決における差異により、次の三つの傾向に分けることができるように思われる⁽⁵⁾。第一は、江家義男氏に代表される説であり、いわば戦後の新住居権説の嚆矢となった見解であり、「支配自由権的住居権説」と名付けておきたい。第二は、平野龍一氏に代表される新住居権説の典型的な見解であり、「許諾権的住居権説」と名付けておきたい。そして、第三は、戦前の大場茂馬氏の見解を受け継いで主張された見解であり、「管理支配権的住居権説」と名付けておきたい。

(1) 拙稿「いわゆる機能主義刑法学について」国土館法学二二号(一九九〇年)一五一頁以下、二三号(一九九一年)六七頁以下参照。

(2) 平野龍一・刑法概説(一九七七年)一八三頁、中山研一・刑法各論(一九八五年)一四〇―一四一頁、中谷瑾子・刑法講義各論上(一九八三年)一二〇頁、内田文昭・刑法各論(第二版・一九八一年)一七六頁注(11)、頃安健司「刑法二三〇条前

住居侵入罪の保護法益に関する日本の学説状況(2)(関)

段の『侵入』の意義」研修四二〇号（一九八三年）七二頁、上田寛「住居侵入の罪」生田勝義外編・刑法各論議義（一九八七年）六八頁、中森喜彦・刑法各論（一九九一年）七七頁、毛利晴光「住居ヲ侵ス罪」大コンメンタル刑法五卷（一九九〇年）二五二頁、墨谷葵「住居侵入罪の保護法益」刑法判例百選Ⅱ各論（第三版・一九九二年）三五頁、川端博「住居侵入罪」法学セミナー四五八号（一九九三年）一〇〇頁参照。

(3) 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、町野朔「被害者の承諾」西原春夫外編・判例刑法研究2（一九八一年）二二一頁、時武英男「刑法におけるプライバシーの保護」中山研一外編・現代刑法講座四卷（一九八二年）二〇（一九八二年）一三三頁、吉田敏雄「刑法における人身の自由の保護」中山研一外編・現代刑法講座四卷（一九八二年）二〇一—二〇二頁、金谷暁「大槌郵便局建造物侵入事件」法律のひろば三六卷八号（一九八三年）五四頁、須之内克彦「住居侵入罪に関する一考察」愛媛法学会雑誌一五卷三・四号（一九八九年）八頁参照。

(4) 平野龍一・注3文献・六八頁、木藤繁夫「違法なビラ貼り目的と建造物侵入罪の成否」公企労研究四三三号（一九八〇年）九八頁、木藤繁夫「刑法一三〇条前段にいう『侵入』の意義等」警察学論集三六卷七号（一九八三年）一五二頁、中村勉「建造物の管理権者による立入り拒否の意思が積極的に明示されていない場合でも建造物侵入罪は成立するか」法学セミナー三五号（一九八四年）六四頁、山口厚「刑法一三〇条前段にいう『侵入』の意義」警察研究五六卷二号（一九八五年）七八頁、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）二四五頁注（5）、林幹人「住居侵入罪」法学セミナー四〇三号（一九八八年）一一六頁参照。

(5) ただ、これら三説はいずれも「新住居権説」として一つに括ることができるとは有しており、あえて分けるほどの相違はないのではないかとの疑問も出されよう。しかし、これら三説に基本的な共通点があったとしても、個別事例の解決において差異が存在するということは、そこに何らかのアプローチの相違あるいは基本的認識の相違が存在していると考えざるをえない。詳細は、以下で検討する。

1 支配自由権的住居権説

(1) 内 容 江家義男氏は、住居侵入罪の罪質について、「住居侵入の罪(Hausfriedensbruch)は、人の占拠する一定の施設内に侵入する行為である。住居は、個人が私生活の平安を享有し得る場所であるから、住居に侵入することとは、住居という一定の場所内における自由な行動と安静、すなわち、私生活の平安を害することになる。」⁽¹⁾と論述され、さらに続けて、「住居侵入罪の保護法益は、住居における私生活の平安である」と述べられる。氏は、「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」を「住居権」と規定するのであるが、この権利の性格について次のように論述しておられる。すなわち「これを権利として観察するならば、一種の自由権であるが、この自由権は、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、住居権(Haustrecht)は、支配権と自由権との結合した特殊の権利である。この意味における住居権は、その場所に住居するすべての者がこれを有するものであって、特定の一人だけが独占的に有するものではない……。但し、住居者の身分関係や生活状態のいかんにより、その権利行使には或る程度の制約がある。例えば、夫婦の住居権は、その共同生活を害しない範囲内でこれを行使すべきであるし、未成年者の住居権は、親権者の保護監督権の範囲内においてこれを行使することができる。」⁽³⁾と。そして、当時有力であった住居平穩説を意識して、次のように注記しておられる。「最近における多くの学説は、住居侵入罪の保護法益を法的な権利ではなく住居の平安という事実状態であるとしているが……。しかし、住居において私生活の平安を享有し得ることを、住居権という権利として観察することができるのであって、あえて、その権利觀念を否定するほどのことはないと思う」と。⁽⁴⁾

このように性格づけられた住居権の帰属主体、つまり住居権者について、江家義男氏は、「住居権は、住居に対する事実上の支配と生活の平安とに基づく権利であるから、一たん適法に住居権を取得した者は、たとえ占有に対する正権原を失ったとしても、その住居権を失うものではない」し、「住居権は、住居者のすべてがこれを有するものであるから、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して解しなければならぬ⁽⁵⁾。」と述べて、住居権がすべての居住者に平等に認められることを明らかにされる。そして、「かつて、判例は、夫婦共同生活の場合においては夫だけが住居権者であって、妻は住居権を有しないから、夫の不在中に妻と姦通の目的でその住居に入った相姦者は、たとえ妻の承諾があるとしても住居侵入罪に問われるべきであるとした」が、「この判例は、住居権は往時の家長権の一作用のように考えている点に誤りがあるし、夫婦平等の権利を保障している新憲法の下では、もはや維持され得ないものといわなければならない⁽⁶⁾。」とし、姦通の目的で自らの住居権を行使するのは、「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。それで、姦通の目的で住居に立ち入るのは、妻と姦通する男についても、夫と姦通する女についても住居侵入罪を認めるべきである……。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たい場合は別論である。」と詳述される。⁽⁷⁾

(2) 特徴 江家義男説は、住居侵入罪の保護法益として「住居権」を設定し、この「住居権は、住居に対する事実上の支配と生活の平安とに基づく権利⁽⁸⁾」であり、「支配権と自由権との結合した特殊の権利」と性格づけている。このように、住居侵入罪の保護法益として住居権を設定し、その権利の性格をいち早く規定した点で戦後の新住居権

説の嚆矢となったと言えようが、しかし、江家義男氏は、自らの説を当時有力であった住居平穩説と対抗的に捉えているわけではない。むしろ、「住居侵入罪の保護法益は、住居における私生活の平安である」と記述して、当時有力であった住居平穩説の法益規定を援用しているし、また、「住居において私生活の平安を享有し得ることを、住居権という権利として観察することもできるのであって、あえて、その権利観念を否定するほどのことはないと思う⁽⁹⁾」と記述していることからもうかがえるように、江家義男説は、当時の住居平穩説が説いていた「住居の平安という事実状態」という法益内容を住居「権」として「再構成」した説と考えることができよう。

江家義男説のこうした「再構成」の重要な帰結は、住居侵入罪の保護法益としての住居権をその場所に居住するすべての者に認めた点にある。江家義男説によると、住居権はその場所に居住するすべての者が有するのであって、旧住居権説が説くように特定の一人だけが独占的に有するものではない。すなわち、夫婦平等の権利を保障している新憲法の下では、夫も妻も平等に住居権者であり、したがって、姦婦事例については「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れるべきものであるから（憲法二四条参照）、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⁽¹¹⁾」として、妻と姦通する男についても夫と姦通する女についても、均しく住居侵入罪の成立を認めるのである。ただ、江家義男説の場合、姦通事例の相姦者に住居侵入罪を肯定するに際し、他方の配偶者の住居権を侵害するという事実のほかに、自己の住居権を濫用する（権利濫用）という点も根拠として挙げており、本罪成立の理由が曖昧になっている。いずれにしても、この帰結は、戦前の住居平安権説（植松正説）との親近性をうかがわせる。⁽¹²⁾

他方、江家義男説は、「再構成」ゆえの不徹底さもあらわになっている。江家義男説によれば、「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、暴行の目的など)で侵入した場合は、その侵入は違法である。「このような場合には、侵入者に違法な目的があり、住居者の意思に反するから違法である」と考へることもできるが、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。いわゆる『押し売り』の目的で住居に入った者についても同様である。かかる者については、退去を要求して、その要求に応じないときに不退去罪が成立するに過ぎない。それで、違法の目的を有する立入りのすべてが住居侵入罪になると解すべきではなく、違法の目的が住居の平安を害する性質のものであるときにのみ、その行為は住居侵入罪になるものと解しなければならない(傍点引用者)⁽¹³⁾とされるのである。住居侵入罪の保護法益に関し新住居権説を採るのであれば、「侵入」については「住居権者の意思に反する立入り」とする意思侵害説を採るのが論理必然のはずである。江家義男氏も、「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」と論述して、基本的には意思侵害説に立脚することを明らかにされるのであるが、個別事例の解決の中で必ずしも徹底されていない。

以上のように、一方で、住居侵入罪の保護法益に関し、新憲法を念頭に置いて「住居権」概念に着目し、それを「支配権と自由権との結合した特殊の権利」として性格づけながらも、他方で、「住居平穩」概念との区別の曖昧さを残し、侵入概念において意思侵害説に徹しきれなかったこの江家義男説を「支配自由権的住居権説」と規定しておくたい。

- (1) 江家義男・刑法各論(増補版・一九六三年)二三四頁。なお、江家義男・刑法概論(各論)(第四版・一九六二年)一九三頁も同趣旨である。
- (2) 江家義男・刑法各論(増補版・一九六三年)二三四頁。
- (3) 江家義男・注2文献・二三五頁。
- (4) 江家義男・注2文献・二三五頁注(二)。
- (5) 江家義男・注2文献・二三八頁。
- (6) 江家義男・注2文献・二三八―二三九頁。
- (7) 江家義男・注2文献・二三九頁。
- (8) 江家義男・注2文献・二三八頁。
- (9) 江家義男・注2文献・二三四頁参照。
- (10) 江家義男・注2文献・二三五頁注(二)。
- (11) 江家義男・注2文献・二三九頁。
- (12) 植松正氏は、戦前、「住居平安権説」を主張された(詳細は、前述一の(二)参照)が、その基本構造は戦後も維持されている。すなわち、植松正・再訂刑法概論Ⅱ各論(一九七五年)には、次のような記述が見られる。「住居の平安を保護法益とする。……居住するという事実にとりなり権利が保護されるのである。したがって、保護法益はその居住の場所に対する支配権であるとか、住居の平安を害せられない自由であるとか説明されている。……支配権の意味をも含めて、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。」(三二〇頁)「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」(三二三頁)のであり、住居権者の同意があれば犯罪は成立しない。ただ、違法な目的を隠して平穩な方法により立ち入る行為が『侵入』に当たるとは、一つの難問である。例えば、姦通の目的をもってする侵入の場合、「夫婦の共同生活を営む住居において、夫も妻も対等の居住権を有する。夫が妻の不在中に姦婦を夫婦の共同住居に引き入れるときは、姦婦の立入行為に夫の同意」

意のあることは明からであるが、それが妻の意に反することもまた通例明白である（姦通が犯罪であるか否かは、理論上関係がない。ただ、同意の有無が問題なのである）。この場合、……妻が不在であるから、夫の同意が決定的意味を持つとの説がある。これは行為の時における住居の現実的支配ということを重視したのであるが、不当である。なぜならば、第一に、住居はその中に人の現在するときだけ住居なのではないし、第二に、留守居するものは不在者を代理することができけれども、それは不在者の意志に反しない限度であるはずだからである。なお、この説を採用するためには、目的の何であるかにもかわらず、一般に平穏な手段によって立ち入る行為は本罪にならないとの見解を採らなければ、全体との調和がとれない」（三五頁）。

植松正説が、戦前の旧住居権説と戦後の新住居説とを架橋する見解であることは、氏の戦前の記述と、戦後のこれらの記述とを比較するならば明瞭であろう。

(13) 江家義男・注2文献・二三八頁注(五)。

(14) 江家義男・注2文献・二三七頁。

2 許諾権的住居権説

(1) 内容 平野龍一氏は、住居侵入罪を「個人に対する罪」のうち「自由に対する罪」に位置づけ、「住居侵入罪の保護法益は、住居権である」とし、この権利を次のように定義されている。住居権とは、「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⁽¹⁾をいう。それは、「必ずしも民法上の権利をいうのではなく」、「自由に似た独自の法益」として、「自由の法益性」を示したものであり、それは「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。」⁽³⁾と。そして、氏が主張される新

住居権説の根拠について、次のように論述されている。姦婦事例につき「判決は、住居権は夫にあるから妻の同意があっても住居侵入罪が成立するとした（大判昭和一四・一二・二二刑集一八・五六五——括弧内引用者）」が、しかし、これは『夫』に住居権を認めた点に誤りがあるのであって、住居権が被害法益だとした点に誤りがあったのではない。⁽⁴⁾他方、住居平穏説のいう「平穏」とは「何を言うのか必ずしも明らかではない」⁽⁵⁾し、「住居者は、いかに平穏な態様のものであろうと、自己の住居に入ることを許さない自由を持つ」のである。⁽⁶⁾

また、平野龍一氏は、侵入概念について、次のように述べておられる。「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。」⁽⁷⁾すなわち、「平穏公然であっても、居住者の意思に反する場合は、住居侵入罪は成立する。」⁽⁸⁾と。そして、誰が住居権者であるのか、誰が許諾権を有するのかという問題について、氏は、「家庭の場合、家長である夫だけが許諾権を持つというのが、戦前の姦通事件についての判決の見解であった。しかし、このような家父長的な考え方は、現在では到底採りえないであろう。いうまでもなく、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……のであって、一人（幼少の子供は別として）が許諾すれば、侵入にならないとすべきである。」⁽⁹⁾とされる。この場合、住居権者のどのような「意思」が基準とされるべきか、換言すれば、住居権者の承諾は「真意に基づく承諾」でなければならぬのか、それとも「事実上の承諾」で足りるのかが問題となる。これは、住居権者が真の事情を察知していたならば承諾を与えなかったであろうという場合、特に、行為者が内心に違法な目的を有していたときに問題となる。この点につき平野龍一氏は、「住居侵入の許諾に『真意』を要求

するのは、住居侵入処罰の立法政策を不当に拡大するもの⁽¹⁰⁾であり、「入ること自体に承諾をした以上、入る目的に錯誤があったとしても、住居侵入罪は成立しないとすべきである。」⁽¹¹⁾として、「事実上の承諾」で足りるとされる。そして、「真意に基づく承諾」でなければならないとする説に対しては、「このような全く内心の意思を『主観的違法要素』として考慮するのは、適当と思われない。」⁽¹²⁾と批判される。

既に紹介した記述からも明らかのように、平野龍一説にあっては、住居権は「事実上の自由ないし支配」・「事実上の支配管理」の一内容としての「立入り許諾の自由」をいうのであり、「許諾は事実的なものである」という命題が個別事例の解決の前提にある⁽¹³⁾。したがって、「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」し、姦婦事例にあっても「現に夫がいて拒否しているのであれば別であるが……、許諾は事実的なものであるから、夫が不在である場合は、妻の承諾があれば侵入にはならない」⁽¹⁴⁾ということになるのである。

(2) 特徴 平野龍一説においては、住居侵入罪の保護法益について「住居その他の建造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いなかの自由」として新住居権説が主張されている。そして、この住居権概念については、住居その他の建造物の支配・管理権の一内容としての「他人の立入りを許諾するか否かの自由」と規定する。すなわち、平野龍一説においては、「支配・管理の自由」の要素そのものよりも、「立入り許諾の自由」の要素、すなわち、ドイツの通説がいう「住居に誰を立ち入らせ、誰の滞留を許すかを定める自由」の要素に重点が置かれていることに特徴がある。

また、侵入概念については、「住居平穩・平穩侵害」説への積極的な批判が展開され、「住居権者の意思に反する立入り」とする意思侵害説が支持されている。そこでは、新住居権説と住居平穩説とが対抗的に論述されているとともに、個別事例の解決においても、「新住居権」概念と個別事例の具体的結論との論理的関連性と一貫性が追求されているのである。その意味で、平野龍一説においては、「新住居権・意思侵害」説の基本シェーマが堅持されており、新住居権説の典型的な見解として支持者も多い⁽¹⁵⁾。

さらに、平野龍一説において特徴的なのは、住居権者のどのような「意思」が基準とされるべきかの問題が積極的に展開されていることである。この問題については、議論の整理のため、住居権者の承諾は「真意に基づく承諾」でなければならないという見解を『主観的真意説』と呼称し、「事実上の承諾」で足りるという見解を『事実的意思説』と呼称しておきたいが、平野龍一説においては、後者の『事実的意思説』が積極的に支持されている。私見によれば、平野龍一説のこのような帰結の背後には次のような考慮がはたらいっているものと思われる。第一に、住居権・許諾権は「事実上の自由・支配ないし管理」であるという性格規定を行った以上、その事実的な性格は、住居権者・許諾権者の意思の性格を考究するにあたっても反映されるべきであり、許諾が事実的な性格を有するのは当然である、という考慮、第二に、そもそも住居侵入罪は、立入り行為がなされる時の行為態様を住居権者の意思に反映させて問題にする犯罪であって、立入り後に生じる事態を問題にする犯罪ではないのであり、その意味で本罪の規定は住居侵入に対して「事実的」な保護を行っているにすぎない、という考慮がそれである⁽¹⁶⁾。

住居侵入罪につき、①保護法益の問題、②侵入概念の問題、そして、③住居権者の意思の問題という三つのレベルの問題を設定した場合、平野龍一説は、①保護法益の問題については「(新)住居権」説、②侵入概念の問題につ

ては「意思侵害」説、そして、③住居権者の意思の問題については「事実的意思」説の立場が、論理的関連性を有するものとして採用されているのである。

以上のように、一方で、住居権概念につき「立入許諾の自由」という要素を強調し、他方で、「新住居権・意思侵害・事実的意思」という論理連関を追求するこの平野龍一説を「許諾権的住居権説」と規定しておきたい。

- (1) 平野龍一・刑法概説（一九七七年）一八二頁。
- (2) 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）六七頁。
- (3) 平野龍一・注1文献・一八二頁。
- (4) 平野龍一・注1文献・一八三頁。
- (5) 平野龍一・注1文献・一八二頁。
- (6) 平野龍一・注2文献・六八頁。
- (7) 平野龍一・注1文献・一八四頁。
- (8) 平野龍一・注2文献・六八頁。
- (9) 平野龍一「住居侵入について——刑事法ノート5」警察研究五七巻七号（一九八六年）九一—一〇頁。
- (10) 平野龍一・注9文献・一三頁。
- (11) 平野龍一・注2文献・六八頁。
- (12) 平野龍一・注9文献・一二頁。
- (13) 平野龍一・注1文献・一八三頁、同・注9文献・一〇頁参照。
- (14) 平野龍一・注9文献・一〇頁。ただここで注目すべきなのは、姦婦事例につき、夫が在宅して相姦者の立入りを拒否している場合には、妻の承諾があっても住居侵入罪の成立しうることが留保されていることである。なお、内田文昭・刑法各

論（第二版・一九八一年）一七四頁は、「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は考えられないし、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『姦通目的での立ち入り』は、この面で住居侵入を構成することになる。」とされる。同旨、林幹人「住居侵入罪」法学セミナー四〇三号（一九八八年）一一七頁。なお、中森喜彦・刑法各論（一九九一年）八〇頁では、姦婦事例のように「居住者等が複数であるとき、その一部の者の承諾を得た立ち入りの取り扱い」に関しては、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るのが妥当であり、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。」と述べておられる。

- (15) 中谷瑾子・刑法講義各論上（一九八三年）一二〇頁、中山研一・刑法各論（一九八五年）一四〇頁、中山研一・概説刑法Ⅱ（一九九一年）七八頁、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）二四五頁以下、内田文昭・注14文献・一七一頁、町野朔「被害者の承諾」西原春夫外編・判例刑法研究2（一九八一年）二一一—二二二頁、林修三「労組員のピラ張りのための郵便局庁舎への夜間侵入と建造物侵入罪の成立」時の法令一一八一号（一九八三年）四七頁、中村勉「建造物の管理権者による立入り拒否の意思が積極的に明示されていない場合でも建造物侵入罪は成立するか」法学セミナー三五一号（一九八四年）六四頁、山口厚「刑法一三〇条前段にいう『侵入』の意義」警察研究五六巻二号（一九八五年）七八頁、林幹人・注14文献・一一六頁、上田寛「住居侵入の罪」生田勝義外編・刑法各論講義（一九八七年）六八頁、須之内克彦「住居侵入罪に関する一考察」愛媛法学会雑誌一五巻三・四号（一九八九年）八頁、曾根威彦・刑法各論（一九九〇年）七四頁、中森喜彦・注14文献・七七頁、川端博「住居侵入罪」法学セミナー四五八号（一九九三年）九八頁、四五九号（一九九三年）九三頁。

(16) 平野龍一・注2文献・六八頁、同・注9文献・九頁参照。なお、中森喜彦・注14文献・八〇頁では、「本罪は、住居等への立ち入りだけを対象としているのであるから、当該態様の立ち入りに承諾があれば本罪で問題にすべき利益侵害はなく、本罪は成立しないと解すべきであろう」と論述されている。

3 管理支配権的住居権説

(1) 内 容 以上のような平野龍一説に代表される「許諾権的住居権説」と類似した法益内容を主張するけれども、法益概念を規定する際の重点の置き所が異なり、個別事例の解決においても相違を来している見解がある。例えば、木藤繁夫氏は、大場茂馬氏の論述、すなわち、「住居ヲ侵ス罪ノ規定ニ依リ保護セラルル利益ハ、住居者カ何等ノ妨害ヲ受クルコトナク住居ニ於テ自由ニ其意思活動ヲ為スヲ得ル自由ナリ。即チ住居者カ其住居スル邸宅、建造物若クハ艦船内ニ於テ之カ自由ナル支配及ヒ管理ヲ為スヲ得ル利益ナリ」という論述を受けて、住居侵入罪の保護法益を端的に「住居等における管理支配の自由」とされる。⁽²⁾

この見解の論者は、先の許諾権的住居権説との相違を自覚的に論述しているわけではない。一方は「立入許諾の自由」、他方は「管理支配の自由」と用語は異なるが、実質においては異ならず、同じ「新住居権説」であるという認識のようである。⁽³⁾しかし、「管理支配権の「内容」としての許諾権」ないし「管理支配の自由から派生する許諾の自由」というテーゼが妥当するならば、基礎・根拠としての「管理支配」の要素とそこから生じる「許諾」の要素とは、明らかに次元を異にする。しかも、「住居等に他人の立入りを許諾するか否かの自由」という許諾の自由の侵害を強調することは、住居権者の「意思の自由」ないし「意思決定の自由」の側面を重視する傾向を持つために、「現実の意思」ないし「事実的な意思」に着目しがちなのに対し、「住居等における管理支配の自由」の侵害を強調すると、住居権者の現実の「意思」よりも現実の「管理支配状態」の方を重視する傾向を帯びるために、住居権者の「事実的」

な意思よりも「観念的」な意思に着目しがちである。現に、本説の主張者は、住居権者の承諾は「真意に基づく承諾」でなければならぬという『主観的真意説』を支持している。⁽⁴⁾ただ、姦婦事例について、論者は、「不在中の夫より住居に対する支配、管理がより強固である妻の意思、自由(住居権)が優越するものとして、住居権の侵害を否定すべき」とか、「事実上支配管理している妻の同意」があるのだからとして、許諾権的住居権説と同じく、相姦者につき住居侵入罪の成立を否定する。

(2) 特 徴 この管理支配権的住居権説の特徴は、次のようにまとめることができる。まず、住居侵入罪の保護法益につき、他の新住居権説と同じく、個人の自由ないしプライバシーの権利との関連性が意識されており、個人的法益に対する罪としての本罪の性格の理論的貫徹が追求されている。それは、例えば、「古くから、個人の『城』といわれるほど重視されているのみならず、近時ますますその重要性が認識されつつあるプライバシーの権利の重要な内容である個人の住居に対する支配、管理権(あるいは支配、管理の自由)を住居権と位置づけて、その十全の保護を図ることは、……現代的意義を有するものというべきではあるまいか。」という記述に端的に現れている。そして、この「住居権」概念については、「立入り許諾の自由」そのものよりも、その基礎にある「管理支配の自由」が摘示されており、その具体的内容については、例えば、「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」という説明がなされているのである。⁽⁸⁾

住居権者については、住居の場合はその住居に日常居住する者全員であり(事実上管理する能力を有しない幼児等は除かれる)、建造物等の場合はその建造物等を看守ないし管理する者である、⁽⁹⁾と説明されている。そして、複数の

住居権者が存在しその内の一部の者しか立入りに承諾を与えていない場合、具体的には、周知の姦婦事例の場合、相姦者につき本罪の成立が否定されている⁽¹⁰⁾。

さらに、「侵入」概念については、この管理支配権的住居権説の論者はいずれも、「住居者・看守者の意思に反する立入り行為」という意思侵害説の立場に立つことが明らかにされている。その点では、「新住居権・意思侵害」説という論理一貫した立場が自覚的に採用されている。しかし、住居権者のどのような「意思」が基準とされるべきかの問題について、本説の論者は、先に見たように、住居権者の承諾は「真意に基づく承諾」でなければならないということ、『主観的真意説』を採る傾向にある⁽¹¹⁾。

以上のように、一方で、住居権概念につき「管理支配の自由」という要素に着目し、他方で、「新住居権・意思侵害・主観的真意」という論理的傾向を有する本説を「管理支配権的住居権説」と規定しておきたい。

- (1) 大場茂馬・刑法各論上巻(第一版・一九二二年)三七六―三七七頁
- (2) 木藤繁夫「違法なビラ貼り目的と建造物侵入罪の成否」公企労研究四三号(一九八〇年)九八頁、木藤繁夫「刑法一三〇条前段にいう『侵入』の意義等」警察学論集三六卷七号(一九八三年)一五二頁参照。さらに、金谷暁「大槌郵便局建造物侵入事件」法律のひろば三六卷八号(一九八三年)五三頁、頃安健司「刑法一三〇条前段の『侵入』の意義」研修四二〇号(一九八三年)七二頁以下、毛利晴光「住居ヲ侵入罪」大コンメンタル刑法五卷(一九九〇年)二五二頁、墨谷葵「住居侵入罪の保護法益」刑法判例百選Ⅱ各論(第三版・一九九二年)三五頁参照。
- (3) 木藤繁夫・注2文献・公企労研究四三号九七頁、毛利晴光・注2文献・二四九頁参照。

- (4) 木藤繁夫・注2文献・公企労研究四三号一〇二頁、頃安健司・注2文献・七三―七四頁参照。
- (5) 頃安健司・注2文献・七三頁、毛利晴光・注2文献・二七三頁参照。
- (6) 墨谷葵・注2文献・三五頁参照。
- (7) 頃安健司・注2文献・七二頁。
- (8) 毛利晴光・注2文献・二五二頁。
- (9) 毛利晴光・注2文献・二七二頁以下、墨谷葵・注2文献・三五頁参照。
- (10) なお、夫婦双方が在宅していて、一方の配偶者が相姦者に立入拒否の意思を明示したにもかかわらず、その相姦者が、他方の配偶者によって立入許諾がなされたのを奇貨として立ち入った場合には、「立入りの目的を考えると」、立入拒否を明示した配偶者の利益を優先させるべき事案であり、住居侵入罪の成立が認められる、という結論を明らかにする論者がいる。毛利晴光・注2文献・二七五頁。

(11) 木藤繁夫・注2文献・公企労研究四三号一〇二頁、頃安健司・注2文献・七三―七四頁参照。なお、毛利晴光・注2文献・二七六―二七七頁では、立場決定は留保されている。

住居侵入罪の保護法益の問題と、住居権者の承諾意思の性格の問題との論理的関連性については、慎重な検討が必要である。私見によれば、純理論的な意味では、「新住居権説」からは「主観的真意説」にも「事実的意思説」にも行き得るけれども、本文で述べたように、「住居等における管理支配の自由」の侵害を強調すると、住居権者の「現実の意思」よりも、むしろ「住居権者の意思に投影された管理支配状態」を重視する傾向を帯びるために、住居権者の「事実的な意思」よりも「観念的な意思」に着目しがちな傾向があるように思われる。その限りでの「論理的関連性」は存在すると考えられる。この点は、次に紹介する「総合説」の具体的帰結を確認すれば、さらに明らかとなる。

(五) 総合説

(1) 内容 本説は、住居平穩説と新住居権説の総合を志向する見解である。この見解の代表的な論者として、大谷實氏の見解⁽¹⁾を紹介したい。

氏は、次のように述べておられる。住居侵入罪は「個人が生活または業務の場所として管理・支配している一定の区画された場所の平穩な利用・支配を保護するための犯罪」であり、したがって、「住居を侵す罪の保護法益は自己の住居または看守する場所の平穩な利用・支配権と解すべき」⁽²⁾であり、この「一定の区画された場所を平穩に利用・支配している状態を住居権という。住居権は、一定の場所を管理・支配しているという事実を前提として生ずる。その管理・支配している状態を他人に侵害させないことによって私生活ないし業務の平穩を保護しようとするのである。」⁽³⁾と。

大谷實氏は、本罪の保護法益を「事実上の住居等の平穩」と解する、いわゆる「事後的住居平穩説」を次のように批判しておられる。「この見解は、第一に、住居等一定の場所における平穩という法益を共同生活者全員のものとして把握し、これを法益主体である個人の意思から分離している点で適當でなく、第二に、私生活の平穩を享有しうることも法的な権利であることの洞察に欠けるうらみがある。」⁽⁴⁾と。すなわち、「本罪は、住居内での私生活の平穩だけでなく、一定の区画された場所に対する管理・使用の平穩をも保護法益とするものでありますから、たしかに住居内での私生活の平穩を保護するためのものであることは疑いなしにしても、より基本的なものは個人が一定の場所を管理または使用する権利それ自体ではないのだろうか。個人が、住居として使用したり、業務のために使用する権利そ

れ自体が保護すべき利益であり、それを越えた家庭の平和、安全感というものを導入するのは、本罪を社会的法益に対する罪とする発想の延長のように思えるのです。したがって、個人を越えた家庭全体の平穩ではなく、個々の構成員が住居として平穩に利用したり、業務のために平穩に管理・使用する権利が害されたかどうかを基準にして『侵入』の内容を構成すべきだと考えるわけです。」⁽⁵⁾と。

他方、本罪の保護法益を「住居に誰に立ち入らせ、誰の滞留を許すかを定める自由」と解する、いわゆる「許諾権的住居権説」の問題点を、氏は、次のように指摘している。これは本罪を「自由権の侵害」とする見解であり、基本的には正しいと思われるが、「ただ、住居に立ち入らせるか拒否するかの自由の背後に、あるいはその自由の根拠として住居等の管理・使用权があり、だからこそ立入り許諾権という自由があるのだということに留意し」なければならぬ⁽⁶⁾。その意味で、「この見解は、本罪を意思の自由の侵害と明確に区別できていないふしがある。すなわち住居等における自由権は、住居等の一定の場所に対する事実上の支配の上に成立しうる権利であり、したがって立ち入り許諾権の侵害がただちに本罪の成立をもたらすのではなく、侵入者によって住居等の平穩な利用・支配が害されるところに本罪の本質があると解すべきであるから、本罪の保護法益は、『支配権と自由権の結合した特殊の権利』（江家・各論二三五頁）とするのがもっとも適切である。」⁽⁷⁾と。

大谷實氏は、侵入概念について「住居・邸宅・建造物・艦船の住居者、管理者の意思に反して侵入の場所に立ち入る行為」⁽⁸⁾と論述され、「したがって第一に、任意の承諾にもとづく立ち入りは、たとえば贈賄、姦通、強盗などの不法な目的のためであっても『侵入』ではない」し、「第二に、適法な目的のためであっても、住居者等が立ち入りを

拒否しているのに侵入したときは、法令上の根拠を有する立入権の行使でないかぎり違法な侵入である。」⁽⁹⁾と述べられる。そして、錯誤に基づく承諾による立入り行為について、「行為者の意図・目的を知ったならば居住者が同意しなかったといえる限り、それを隠して同意を得た以上、その同意は無効であって、住居侵入罪の構成要件該当性は否定できず、あとは違法性の存否・程度の問題とすべきである。」⁽¹⁰⁾とされる。

また、大谷實氏は住居権の主体について、「事実上の管理・使用が認められる以上は、たとえば住居に居住している家族全員が平等に住居権を享有することになる」⁽¹¹⁾が、「共同生活の態様や身分関係などによりまして、実際に住居権を行使する際には一定の制約がともなう」と説明されている。そして、妻の同意を得て姦通の目的で相姦者がその住居に立ち入る姦婦事例について、「妻も独立の住居権を有しているのであるから、夫の推定的同意が得られるかどうかにかかわらず有効な同意を与えらるべきであって、その限りでは消極説が妥当である。しかし、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、夫が在留している住居に、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あたると解すべきである。」⁽¹²⁾とされる。

(2) 特徴 大谷實説は、住居侵入罪の保護法益を「一定の区画された場所を平穩に利用・支配している状態」とし、江家義男氏の記述を受けて、これを「支配権と自由権の結合した特殊の権利」と規定している。

そこでの特徴は、第一に、新住居権説を基本的に妥当としながら、平野龍一氏の許諾権的住居権説の問題点を指摘し、住居権の管理支配権としての側面を強調していることである。この「許諾権」と「管理支配権」との関係について、平野龍一説においては、「住居その他の建造物を管理する一内容として」という表現からもうかがえるように、

「管理（支配）権の内容をなす許諾権」という構造が承認されている。しかし、そうであるからこそ「管理支配権」と「許諾権」とは明からに次元の異なる概念であるというのが、この総合説の論者の認識である。すなわち、「住居に立ち入らせるか拒否するかかの自由の背後に、あるいはその自由の根拠として住居等の管理・使用権があり、だからこそ立入り許諾権という自由があるのだ」という大谷實氏の指摘、そして、「住居等に他人の立ち入りを認めるか否かの自由を保護すると解することは、居住者の許諾権の侵害があれば直ちに住居侵入罪が成立すると解することになりかねない。ここでの自由の侵害は、意志の自由の侵害として捉えられるべきではない。ここでの自由権は、住居等の一定の場所に対する事実的支配が確立している場合にはじめて成立するものであり、その侵害は、住居等の平穩な利用・管理の侵害として捉えられるべきである。」⁽¹³⁾という日高義博氏の指摘がその点を明らかにしている。

さらに、総合説の第二の特徴は、本罪の法益概念を規定するに際し、住居権概念と平穩概念との総合が志向されていると考えられることである。すなわち、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」という法益概念が提示されていると考えられるのである。この場合、単純に「住居等の利用・管理権」としないで「住居等の平穩な利用・管理権」と定義したことの意味について、大谷實説は明確な説明を行っていない。逆に、大谷實説は、侵入概念を、「住宅・邸宅・建造物・艦船の居住者、管理者の意思に反して侵入の場所に立ち入る行為」⁽¹⁴⁾ないし「住宅・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」⁽¹⁵⁾と規定し、意思侵害説を採っている。しかし、同じく総合説に立っていると思われる川本哲郎氏

は、最高裁判所の昭和五八年四月八日判決⁽¹⁶⁾の評釈において、「本判決によって、立ち入り目的は、居住者・管理権者の意思を認定する一要因にすぎないということが明らかにされたと考えられる。したがって、万引き目的でのデパートへの立ち入り、ホテル内で殺人の謀議をする目的での立ち入り等の場合は、たとえ目的が不法であったとしても、その侵入態様が平穩である限り、建造物の性質、使用目的、管理状況等からみて、管理権者の推定的承諾があるのみなされることになるであろう(傍点引用者)。⁽¹⁷⁾」として、侵入態様の平穩さが居住権者の(推定的)承諾の有無に関連することを認めているし、さらに「本件において侵入とは、居住者の意思に反する立ち入りをいうとされたのであるが、そのような立ち入りがすべて住居侵入罪に問われるとすれば疑問がないわけではない。⁽¹⁸⁾」として、住居権者の意思に反する立ち入りであっても直ちに本罪が成立するわけではないことが容認されているのである。⁽¹⁹⁾また、日高義博氏も、「違法目的であっても贈賄や姦通の目的を隠して承諾の上立ち入るような場合には、承諾には任意性が残されており、かつ立ち入り自体がそのまま住居の平穩な利用・管理の侵害に結びつくものではないので、住居侵入罪は成立しないと考えるべきである(傍点引用者)。⁽²⁰⁾」と説明しており、侵入の判断に際して利用・管理の「平穩状態」の要素が考慮されることを認めているのである。

このように利用・管理の「平穩状態」という要素を考慮すると、住居権者の「現実の意思」よりもむしろ「平穩な利用・管理状態を念頭に置いた観念的な住居権者の意思」に着目しがちであるために、住居権者の承諾は真意に基づく承諾でなければならぬとする『主観的真意説』を採る傾向を有する。例えば、錯誤に基づく承諾による立ち入り行為について、大谷實説は、「行為者の意図・目的を知ったならば居住者が同意しなかったといえる限り、それを隠し

て同意を得た以上、その同意は無効⁽²¹⁾」であると明言されているし、日高義博説は、「Aは、強盗を行う意図で一人住いのX宅に行った。玄関先で『今晚は。』と言うと、家の中からXが『どうぞおはいり』と答えた。そこでAは、X宅に入ってXを縛り上げて、金品を強奪した。」という事例について、「強盗をしようとする者が立ち入るとは思わずにXは承諾したものであり、この点の錯誤は住居の平穩にとって重大な影響を及ぼすため、その承諾は錯誤に基づく無効なものと解すべきである(最判昭和二四・七・二二刑集三・八・一三六参照)。もし、強盗だということを知っていれば、XはAの立ち入り自体を許諾しなかったと考えられるので、Xの承諾は真意に基づくものではないと言える。この場合は、無言で玄関から静かに立ち入り、寝ているXを縛り上げて強盗を行った場合と同様なものとして捉えることができ、その立ち入りは住居の平穩な利用・管理を侵害しているものである(傍点引用者)。⁽²²⁾」と論述されており、いずれも『主観的真意説』が支持されているのである。

複数いる住居権者のうち立ち入りに承諾する者と承諾しない者がいる場合について、具体的には例の姦婦事例について、大谷實説は、既に紹介したように「妻も独立の住居権を有している」から、「有効な同意を与えうるとすべきであって、その限りでは消極説が妥当である。」が、夫が在宅している住居に、夫の意思に反して妻が姦夫を招き入れる場合には、夫の住居権の侵害となるから住居侵入にあたる。⁽²³⁾とされるし、日高義博説は、夫の不在中は妻が住居の支配・管理を現実に行っていることを重視し、妻の承諾がある以上、夫の推定的承諾に反するとしても住居侵入罪は成立しないと解すべきであろうとされて、⁽²⁴⁾いずれも原則として相姦者について住居侵入罪の成立を否定される。

以上のように、一方で、本罪の保護法益について「立入許諾の自由」と区別された「住居等の平穩な利用・管理の

自由」とし、他方で、「管理支配の自由」と住居等の利用・管理の「平穏な状態」との総合を志向するものとして「住居等の平穏な利用・管理権」という法益概念を提示する本説を「総合説」と規定しておきたい。

(1) 大谷實氏の見解を精確に検討していくと、明らかに変遷の跡が見て取れる。結論をいえば、「総合説的傾向から新住居権説への純化」とでも言えようか。それは、氏の教科書、大谷實・刑法各論上(一九八二年)一三四頁以下、大谷實・刑法講義各論(第二版・一九八九年)一一一頁以下、および、大谷實・刑法講義各論(第三版・一九九〇年)一二〇頁以下、大谷實・刑法講義各論(第四版・一九九四年)一二二頁以下の記述を検討すれば明らかとなる。しかし、ここでは、論者の見解の変遷をたどることが目的ではなく、当該学説の代表的な論者の見解を検討するのが目的であるので、「総合説」の特徴が端的に表れている氏の一九八〇年代初頭の論稿の内容を中心に紹介することにする。

なお、「この総合説」に立脚すると思われる論者として、川本哲郎「刑法一三〇条前段にいう『侵入』の意義」同志社法学一八三号(一九八四年)一九九頁以下、日高義博「住居侵入罪の保護法益」植松正外編・現代刑法論争Ⅱ(一九八五年)八一頁以下。

(2) 大谷實・刑法各論上(一九八二年)一三四頁。

(3) 大谷實・注2文献・一三五頁。なお、大谷實・刑法各論の重要問題(上)(一九八二年)一六三―一六四頁、一六七頁参照(本著は、氏がLaw Schoolに連載した「刑法各論の重要問題」を収録したものである。以下、本稿を引用する場合は、本著による)。

(4) 大谷實・注2文献・一三五頁。なお、大谷實・刑法講義各論(第四版・一九九四年)一二三頁も参照。

(5) 大谷實・注3文献・一六六頁。

(6) 大谷實・注3文献・一六七頁。

(7) 大谷實・注2文献・一三五頁。

(8) 大谷實・注2文献・一三八頁。なお、同・注4文献・一二五―一二六頁では、次のように論述されている。「『侵入』とは、住居・邸宅・建造物・艦船の管理支配者、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。

(9) 大谷實・注2文献・一三九頁。

(10) 大谷實・注4文献・一二七頁。なお、同・注2文献・一三九頁参照。

(11) 大谷實・注3文献・一七〇頁。

(12) 大谷實・注4文献・一二八頁。なお、同・注2文献・一三六頁参照。

(13) 日高義博・注1文献・八五頁。

(14) 大谷實・注2文献・一三八頁。

(15) 大谷實・注4文献・一二五―一二六頁。

(16) 最判昭和五八・四・八刑集三七・三・二七七。

(17) 川本哲郎・注1文献・二〇四頁。

(18) 川本哲郎・注1文献・二〇五頁。

(19) 川本哲郎「住居侵入罪の保護法益と『侵入』の意義(1)(2)」京都学園法学一九九一年二号二頁以下、一九九三年二・三号三二頁以下、特に、一九九三年二・三号五六頁以下参照。

(20) 日高義博・注1文献・八六頁。

(21) 大谷實・注4文献・一二七頁。

(22) 日高義博・注1文献・八六頁。なお、川本哲郎・注19文献・一九九三年二・三号六三頁以下も同じ結論である。

(23) 大谷實・注4文献・一二八頁。なお、川本哲郎・注19文献・一九九三年二・三号五六頁以下も同じ結論である。

(24) 日高義博・注1文献・八八頁。

(未完)