

住居侵入罪の保護法益に関する日本の学説状況(1)

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、本号）

(四) 新住居権説

(五) 小 括

二 相対化説

住居侵入罪の保護法益に関する日本の学説状況(1) (関)

- (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

序

(1) 住居侵入罪の保護法益に関する日本の学説状況については、拙稿「住居侵入罪の保護法益・序説」(一九八一年)^①において既に概観した。また最近、川本哲郎氏の「住居侵入罪の保護法益と『侵入』の意義(1)」(一九九一年)^②においても概括的な検討がなされている。しかし、今この時期に、改めてこの課題に取り組むべきであるとの強い欲求と必要性を感じている。そのように感じるのは、周知のように最高裁判所の昭和五八年(一九八三年)四月八日判決(刑集三七卷三号二一五頁)を契機として、学説においても住居侵入罪の保護法益に関する議論が盛んになり、その中で学説分類の新たな視点が示唆されたこと、また、私見の多元的保護法益論に対しても賛否を含め多くの御教示をいただいたことがあったからである。また、「保護法益を住居権と称するか住居の事実上の平穩と称するかという問題は、実務に影響するところは少ないと考える」^③との指摘もなされた。この指摘を、住居侵入罪の保護法益を「住居権」と呼称するか「住居平穩」と呼称するかの用語が重要なのではなく、各論者の主張する保護法益の実質的内容こそが重要である、との趣旨に解するのであれば、私見の主旨と同じであるが、そうではなく、この指摘を、住居侵入

罪の保護法益を探究しても実務に貢献するものは何もなく実務上何の意味もないとの趣旨に解するのであれば、にわかに賛同しがたい。それは、保護法益概念無用論に行きつくものだからである。

こうした指摘も踏まえ、また、示唆された新たな視点をも考慮に入れつつ、住居侵入罪の保護法益について詳細に検討することが要請されていると思われる。他方、いずれの論稿も時間系列に従った通時的な分析を主眼としており、各論者の見解を共時的に検討する手法は採られていない。本稿は、学説を並列的に検討する共時的方法を用い、学説分類の新たな視点を考慮しながら、住居侵入罪の保護法益に関する日本の学説状況を捉えなおそうとするものである。

(2) 私見によれば、住居侵入罪の保護法益に関する学説は、戦前のもも含め、大きく三つの考え方に分けることができるように思われる。第一は、各保護領域の相違にもかかわらず単一の保護法益で説明しようとする「一元説」であり、従来からの支配的な傾向である。旧住居権説、住居平安権説、住居平穩説がこれに含まれる。第二は、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ようとする「相対化説」であり、これには、住居平穩説からの相対化説と、新住居権説からの相対化説との二つの傾向が存在する。そして、第三は、各保護領域に相応した保護法益を設定するために多元的な理解を探究する「多元説」であり、私見である。

近時、住居侵入罪の各保護領域に応じて法益に相対的な契機が存在することの認識が定着しつつある。問題は、その相対的な契機を法益の次元にまで高め、法益の相違として捉えるのか、それとも、あくまでも法益は一元的に構成しつつ、「侵入」の有無の認定あるいは侵入行為の「違法性」の判断にあたって相対的な契機を考慮するにとどめる

のか、にある。私見は、基本的には前者の立場を考究するものである。

(3) 以下では、こうした視点から、まず「一元説」を扱い、①旧住居権説、②住居平安権説、③住居平穩説(家族的住居平穩説、事実的住居平穩説)、さらに、④新住居権説の順で見えていくことにしたい。次に、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ようとする「相対化説」⁽⁴⁾を扱いたい。私見の「多元説」の検討は、別稿を予定している。

- (1) 拙稿「住居侵入罪の保護法益・序説」早稲田大学法研論集二四号(一九八一年)一五四頁以下参照。
- (2) 川本哲郎「住居侵入罪の保護法益と『侵入』の意義(1)」京都学園法学六号(一九九一年)一頁参照。
- (3) 森岡茂「一 刑法一三〇条前段にいう『侵入』の意義／二 建造物の管理権者が立入り拒否の意思を積極的に明示しない場合と建造物侵入罪の成否」法曹時報三八巻七号(一九八六年)一九〇頁参照。
- (4) なお、住居侵入罪の保護法益については、論者の数だけ学説(ないし見解)が存在しているといわざるをえないほどに、それぞれ微妙な差異をもって主張されている。したがって、以下で掲げた各学説の主唱者は、該説の一翼を担う代表的な論者であるにすぎないとお考えいただきたい。

一 一元説

(一) 旧住居権説

1 泉二新熊説

(1) 内容 戦前、特に昭和十年(一九三五年)代に至るまで、「住居平穩」概念と「住居権(支配権)」概念と

は区別されることなく重疊的に用いられることが多かった。例えば、山岡萬之助『刑法原理』(一九一二年)では、「本罪ハ家宅ノ平穩ニ對抗スル罪ニシテ個人ノ有スル家宅支配權ヲ害スルヲ以テ其性質トス」⁽¹⁾と論述されているし、新保勘解人『日本刑法要論各論』(一九一四年)では、「法ガ之ヲ処罰スル所以ハ吾人ノ住居其他特定ノ場所ニ対スル平安ナル支配状態ヲ保護スルニアルト言フベク其平安ナル支配状態ハ其場所ニ対シ支配者ノ意思ガ任意ニ行ハルルニヨリテ保持セラレ之ガ妨害ヲ受クルニヨリテ破壊サラルベキガ故ニ本章ノ罪ハ究極スルトコロ寧ろ個人ノ法益ヲ侵害スルモノニシテ或特定ノ場所ニ対スル支配者ノ支配意思ヲ侵害スル点ニ於テ特異ノ性質ヲ有スルモノト解スベシ。而シテ此ノ如キ個人ノ支配權ヲ指シテ家主權(Hausrecht)ト称ス。従テ本罪ニヨリ侵害セラルル直接ノ目的物ハ家主權其モノナリト言フコトヲ得ベシ」⁽²⁾と論述されているのである。また、島田武夫氏の『刑法概論(各論)』(一九三四年、再版・一九三六年)では、次のように述べられている。住居侵入罪は「個人生活の平穩を害する罪」の一つであり、「住居その他之に準ずべき場所の平穩を害する罪」である。「われわれは、住居が他人によって侵されないことについて利益を有している。この利益を内容とする権利は、住居の支配權(Hausrecht)である」⁽³⁾(以上、傍点引用者)と。そして、「侵入」とは「住居支配者の意思に反して侵入」することであり、「住居支配者の意思に反して侵入するときには、支配者意外の者が、これを許可しても、なほ家宅侵入になる。故に他家の女中と密通する為め、または主人の妻と姦通する為め、これらの者に許容されて家宅に侵入しても、住居の支配者(主人)が、これを許容する意思を有すると推測し得られない限り、住居侵入である」⁽⁴⁾とも述べておられる。

このように、「住居平穩」概念と「住居権(支配権)」概念とを区別せず重疊的に用いる点は、泉二新熊説において

もそのまま見られる。

泉二新熊氏は、その著書『日本刑法論下巻（各論）』（訂正四四版・一九三九年⁽⁵⁾）において、住居侵入罪の罪質および保護法益について次のように述べておられる。旧刑法および多数の立法例は住居侵入罪を公の安寧に対する公共危険罪とみなしているが、本罪は「個人ノ権利ニ対スル罪⁽⁶⁾」である。大日本帝国憲法第二五条には「法律ニ定メタル場合ヲ除ク外自己ノ許諾ナクシテ其住所ニ侵入セラルルコト」のない自由が保障されており、その意味で、住居は正に「平和的ニ自由ヲ享有シ得ル不可侵的城廓」であり、本罪は、「住居平和権 (Hausfriedensrecht)」すなわち「吾人ノ享有スル住居平和権ヲ以テ直接ノ被害法益ナリト解スルコト適切ナリ。」⁽⁸⁾ 換言すれば、「此平和権ノ不法侵害ハ住居支配者ノ許諾ナキ場合ニ存スルモノナルガ故ニ或ハ之ヲ住居者ノ支配権及ビ命令権ヲ侵害スル罪ナリト為スモ可ナリ⁽⁹⁾（傍点引用者）」と。

また、侵入概念について、次のように述べておられる。「故ナク」とは「支配権者（何人ガ権利者ナルカハ事実上審査ス可キ問題ナリ）ノ明示又ハ黙示ノ許諾ナキコト」であり、「法律ニ依ル場合ヲ除ク外許諾ナク侵入スルヲ故ナキ侵入ト解スル。」したがって、「適法ノ侵入、権利者ノ意思ニ反スルモ尚ホ本罪ヲ構成セズ（例、予審判事ノ為ス家宅搜索⁽¹⁰⁾）」と。

(2) 特徴 戦前の通説の一翼を担っていた泉二新熊説は、住居侵入罪の保護法益を住居平和権とし、これは大日本帝国憲法第二五条において保障された個人の権利であるとされておられる。氏の説を分類するにあたっては、当然、その住居平和権の内容が問われなければならないが、住居は「平和的ニ自由ヲ享有シ得ル不可侵的城廓」である

という論述からもうかがえるように、住居平和権の内容の重点は「居住者が住居内で自由を享有することのできる平和的な状態」つまり「住居平和状態」にあると考えることができる。その意味で、氏の見解は、「住居平和状態」の概念に理念的な内容が盛り込まれる余地が大きいけれども、住居平穩説に近い。住居平和権という「権利」の語が使われているのは、それを大日本帝国憲法第二五条の規定と関連させようとするためであって、「権利」と規定したことにそれほどの意味はないと思われる。逆に、ここでは、「住居平穩」概念と「住居権（支配権）」概念との区別が意識されず未分化なままであることが特徴的である。

しかしながら、「(不法な) 侵入」概念を規定するに際して、泉二新熊氏は、住居平和権を「住居者の支配権及び命令権」と換言し、(不法な) 侵入とは支配権者の(明示的あるいは黙示的な) 許諾のない立入りであるとされる⁽¹¹⁾。すなわち、保護法益の次元で提示された「住居平和権」が、侵入の有無を判断する段階では「住居支配者の支配権・命令権」へと変容しているのである。これは、明らかに論理的飛躍であり、保護法益たる住居平和権を統括し主宰する権限を特定の住居支配者(つまり戸主ないし家長)に専属させるための論理的飛躍といわざるをえない。現に、泉二新熊氏は、侵入の有無を判断するにあたっては「支配権者の意思」が決定的であることを明言しておられ、「管理者(支配権者——括弧内引用者)ノ下ニ在ル者ノ同意アリト雖モ管理者ノ意ニ反スルモノト認ム可キ場合ナルトキハ故ナク侵入シタルモノト解セザル可カラズ⁽¹²⁾」としておられるのである。そして、他家の女中と密通する目的でその住居に忍び入って密会したり、他人の妻と姦通する目的で妻の承諾を得てその住居に立ち入ったりする行為は本罪を構成する⁽¹³⁾、とされるのである。こうした帰結は、例えば、大審院大正七年一月六日判決(刑録二四輯一五〇六頁)、昭

和一三年二月二八日判決（刑集一七卷一二五頁）あるいは昭和一四年一月二二日判決（刑集一八卷五六五頁）など、当時の判例の主流における帰結と同一である。

翻って、泉二新熊説と当時の判例の「主宰権説」との間に違いがあるかが問題となる。現に、泉二新熊説を「主宰権説」に分類する文献もあるからである。⁽¹⁴⁾ 泉二新熊説そのものは、保護法益段階に限って言えば、「主宰権説」へと行きつく必然性はないものと思われる。しかし、住居平和権を統括し主宰する権限を特定の住居支配者（つまり戸主ないし家長）に専属させるための論理的飛躍のための踏み台として、家父長的支配権ないし戸主権という半封建的な「家」制度的支配権を根本とする住居権の観念が用意されているように思われる。

以上のように、戦前の通説たる泉二新熊氏の見解の基本構造は、「住居平穩」概念と「住居権（支配権）」概念との未分化を背景にして、住居侵入罪の保護法益たる「住居平和権」が、侵入概念において「住居者の支配権及び命令権」として規定され、しかも、「支配権者の許諾」の意思が「（不法な）侵入」の有無を左右する決定的な要素になっているのである。これは、その当時、住居侵入罪の保護法益について「住居平穩」かそれとも「住居権（支配権）」かという二項対立的な議論が、両概念の未分化と相俟って、未だ展開されていなかったことに起因する。

しかし、「住居平穩」概念と「住居権（支配権）」概念とを重疊的に用いる未分化な状況も次第に変化する。それは、「住居平穩」概念の認識が深まったこと⁽¹⁵⁾とともに、当時の判例が採用していた住居権説（特に住居主宰権説）の問題点が指摘され、それをめぐる議論がなされてきたからである。⁽¹⁶⁾

- (1) 山岡萬之助・刑法原理（一九二二年）四二六頁。氏は、侵入概念について、「侵入トハ不当ニ法律上保護セラレタル場所ニ入ルヲ謂ヒ……茲ニ所謂不当トハ家宅ヲ主宰スル者ノ意思ニ反シタルヲ謂フ」（同・四二八頁）と論じられる。
- (2) 新保勘解人・日本刑法要論各論（一九一四年）九二頁。氏は、侵入概念について、「侵入トハ其場所ノ支配者即チ家主権者ノ明示又ハ黙示ノ意思ニ反シテ其場所ニ立入ルヲ云フ」（同・九五頁）と論じられる。
- (3) 島田武夫・刑法概論（各論）（一九三四年、再版・一九三六年）二二〇―二二二頁。
- (4) 島田武夫・注3文献・二二二頁。
- (5) 泉二新熊・日本刑法論下巻（各論）（訂正四四版・一九三九年）。
- (6) 泉二新熊・注5文献・一八七頁参照。
- (7) 泉二新熊・注5文献・一八八頁。
- (8) 泉二新熊・注5文献・一八八―一八九頁。
- (9) 泉二新熊・注5文献・一八八頁。なお、島田武夫・注3文献・二二〇頁以下参照。
- (10) 泉二新熊・注5文献・一九三頁。
- (11) 泉二新熊・注5文献・一八八頁参照。
- (12) 泉二新熊・注5文献・一九三頁。
- (13) 泉二新熊・注5文献・一九三―一九四頁参照。
- (14) 植松正「住居侵入罪における法益・承諾・目的」日本法学四卷六号（一九三八年）五四頁。
- (15) 小野清一郎・刑法講義各論（一九二八年）二〇四頁、宮本英脩・刑法学粹（一九三一年）六八二頁、同・刑法大綱各論（一九三四年）四一―三頁、武藤文雄「住居侵入罪」末広田中編輯・法律学辞典二卷（一九三五年）二二三―二三三頁参照。
- (16) 植松正・注14文献・五二頁以下、草野豹一郎「住居侵入罪と姦婦の承諾」同・刑事判例研究四卷（一九三九年）六二頁以下、木村亀二・刑法各論（一九三八年）七二頁以下参照。

2 佐瀬昌三説、澤井種雄説

(1) 内 容 佐瀬昌三氏は、大審院昭和十三年二月二八日判決（刑集一七卷一二五頁）の評釈において、次のように述べておられる。まず、住居侵入罪の被害法益は「住居権」（時には「住居支配権」）であるという見解に対しては、住居権の概念はその内容からして不明確であること、また、犯罪を権利侵害と解する古き思想の残滓であるとの批判が加えられるけれども、被害者の承諾による犯罪阻却の問題に関し、承諾主体はその処分権の主体と一致すべきことが原則であるので、その権利を確定しその主体を決定することは有用かつ不可欠なことである⁽¹⁾。そして、氏は、住居権の性質について、「住居侵入罪の本質は、人の生活事実の本拠たる安住所としての場所的保安を内容目的とするものである」ので、住居権は住居の占有という生活上の事実的概念のもとに成立し、必ずしも合法的な住居であることを要しないととも、論理的には法律上の無形的概念である戸主権と同一に解すべきではないし、その場屋の物的所有権と一致するものでもない⁽²⁾、と強調される。

住居権の主体について、氏の論述するところによると、確かに「非戸主たる家族や賃借人等も亦住居権者たり得るのである」が、「通常家族は其の戸主又は其の親権者、雇人は其の雇主の住居権の保護に依り、家を中心として是等従属的地位にある者各自の住居の安全をば対外的に保障されることになるものなるが故に、此等の者に対して法律上独立的な住居権を認与する必要がなく、而も此等の者は主たる者の住居権の統一的支配下に置かれる為に独立の住居権を認むべからざるの必要さへ存するのである⁽³⁾。」つまり、佐瀬昌三説によると、家族の場合、戸主以外の者（したがって、妻も）は従属的地位にあるし、主たる者の住居権の統一的支配下に置かれるので、それらの者に独立の住居権を認める必要はないというのである。例えば、一時的別居の状態にある妻あるいは離婚訴訟提起後で夫と同居しない妻には、独立した生活事実にもとづいて保安上法律的に第三者に対してはもちろん、時には夫に対してすらも独自の住居権を認めることができようが、それらはあくまでも例外的なことであって、「原則的には家の秩序を中心にして凡て構成さるべきものなるが故に、前叙の如く妻はその従属的地位に置かれて夫の住居権の内に生活すべきなるが故に、夫と同居中の妻は独立の住居権がなく、唯夫の一時的不在の為に之を代表して管理すべき権限を有するものと解すべきである⁽⁴⁾。」と論述しておられる。

「侵入」概念について、佐瀬昌三氏は、「住居の法益主体の『意思ニ反ス』ることが住居侵入行為の事実的構成要件として要求さるべき」であるとし、「本件に於ては、前叙の如く夫が住居権者にして、妻はその管理権者たるに過ぎないが故に、凡て代表の管理権者は、本人の意思の範囲内に於て行動することを是認さるべきであるを云ふ一般原則上、妻は第三者が住居に這入ることに対する承諾を夫の意思に反しては為し得ないと謂はねばならぬ⁽⁵⁾。」と述べておられる。しかも、その承諾も、その動機・目的につき「客観的社会的にその公序良俗上不正不法な行為をする為に存したる場合は、承諾として何等の効力なく、即ち違法性を阻却することを得ない⁽⁶⁾」とも付け加えておられる。

澤井種雄氏も、同じく大審院昭和十三年二月二八日判決（刑集一七卷一二五頁）の評釈において、次のように論述しておられる。「住居侵入罪の被害法益」は「住居の支配」であるが、この概念が法律上の「権利」の関係であるのかそれとも単純な「事実関係」であるのかを論じるのは、それほど意味のあることではない。なぜなら、「住居の支配」の概念が「事実関係」を基本とすることは否定できないことであるし、判例の使用する「住居権」の語は「事実

「関係」と明確に区別された「権利」と解すべきではなく、居住という「事実関係」を重要な要素とする権利と解すべきであるからである。⁽⁷⁾と。氏によれば、住居侵入罪の法益として重要なのは「住居の支配」の観念であり、誰が事実上住居の支配をなしうるのが問題である。「此の点に付ては一家の統率者としての家長の地位に鑑みるときは結局家長の意思を根本として考ふべきであつて、本件の如く家長の一時的不在の場合に止まらず、例へば出征中外遊中乃至在監中と云ふが如き不確定長期間に互る不在の場合に於ても、苟くも住居が事実上家長の支配の下に在ると観察し得る限りに於ては、家長の意思に反し又は反すると認めらるる場合は常に本罪の成立ありと解すべきである。⁽⁸⁾（傍点引用者）。」

(2) 特徴 佐瀬昌三説では、住居権は住居の占有という事実的観念のもとに成立するものであり、法律上の無形的観念である戸主権と同一に解すべきではなく、したがつて、「非戸主たる家族や賃借人等も亦住居権者たり得る」とされる。にもかかわらず、通常、家族は戸主の住居権の保護のもとで、従属的地位にある者各自の住居の安全が対外的に保障されるので、これらの者に独立した住居権を認める必要はないとされる。氏の見解では、住居侵入罪の保護法益たる住居権の性質とその帰属の確定との間に、明らかに論理の飛躍がある。その飛躍をもたらしているのは、家父長的支配権ないし戸主権という半封建的な「家」制度的支配権にもとづく住居権の観念である。「妻はその従属的地位に置かれて夫の住居権の内に生活すべきなるが故に、夫と同居中の妻は独立の住居権がなく、唯夫の一時的不在の為に之を代表して管理すべき権限を有する」場合があつても、その管理権はなお夫の住居権に従属し、住居権者の意思に反して管理権を行使することはできない、つまり、本罪の成否を決定する侵入概念の認定においても、戸主

ないし家長の意思が基準となるとされていることから、その点は明らかであろう。

佐瀬昌三説のこうした基本構造は、澤井種雄説ではより鮮明になっている。というのは、氏の見解においては、本罪の法益たる「住居の支配」の主体は「一家の統率者としての家長」であるとされ、侵入の存否の判断においても「家長の意思」が根本とされるべきことが端的に表明されているからである。

いずれにしても、両説においては、住居侵入罪の保護法益は住居権ないし住居支配権であるが、その権限は「主たる者」すなわち一家の統率者としての家長（ないし戸主）に専属し、「侵入」の有無の判断においても家長（ないし戸主）の意思が基準となる。本説は「主宰権」的住居権説と称するに相応しく、その基本構造は「(旧)住居権・意思侵害」説の範疇に分類することができる。⁽⁹⁾

- (1) 佐瀬昌三「承諾と住居侵入罪」法学志林四〇巻九号（一九三八年）七四―七五頁参照。
- (2) 佐瀬昌三・注1文献・七五―七六頁。
- (3) 佐瀬昌三・注1文献・七六頁。
- (4) 佐瀬昌三・注1文献・七七頁。
- (5) 佐瀬昌三・注1文献・七八―七九頁。
- (6) 佐瀬昌三・注1文献・八一頁。
- (7) 澤井種雄「不義なる妻の承諾と住居侵入罪の成立」刑事判例評釈集一卷（一九四一年）五三頁参照。
- (8) 澤井種雄・注7文献・五四頁。
- (9) 佐瀬昌三・刑法大意（第二分冊）（一九四〇年）二七七頁以下では、本罪の法益を住居権、住居平和権、住居支配権もし

くは看守権とする判例・学説に対して、「之は畢竟不明確に終り且つ犯罪を権利侵害と解する旧思想に出づる」のみならず、「本罪が権利の有無に拘らず事実上の平穩を侵害せんとする趣旨に反する」と批判しておられるが、複数の居住者が横の關係ではなく縦の關係にある場合、「通常は家長の如き上級者が下級者を事実上手足として法律的に住居を支配するもの」であるので、姦婦事例につき妻の承諾は有効でなく本罪が成立するとし、本文と同じ結論を維持しておられる。

この論述は、「(旧) 住居権・意思侵害」の基本構造と「住居平穩・意思侵害」のそれとの距離がそれほどないこと、換言すれば、本罪の保護法益として「住居権」を設定するか「住居平穩」を設定するかは事案解決の差異をもたらすものでないことを示している。もちろん、これは、後述するとおり、「住居権(住居支配権)」概念と「住居平穩」概念との未分化の残存とも考えられようし、ひいては犯罪認定における法益概念の地位低下の例証ともいえる。

(二) 住居平安権説——植松正説——

(1) 内容 戦前、家長権を基礎にした住居権概念を採用する判例・学説の旧住居権説の考え方を「主宰権説」と称して厳しく批判し、自らの説を「平安権説」と命名して主張したのは植松正氏である。⁽¹⁾

氏は、大審院昭和一三年二月二八日判決(刑集一七卷一二五頁)の評釈において、住居侵入罪の保護法益について、次のように論述されている。「住居侵入罪の被害法益は住居の主宰権ではない。法の保護せんとするのは『住居の平安を害せられざるの権』すなわち「住居平安権」であり、「この権利は憲法(大日本帝国憲法——括弧内引用者)第二十五条により保障される日本臣民の自由権である。」「住居不可侵権が日本臣民のすべてに対し平等に与へられてゐる以上、刑法の保護がただ主宰権者(家長あるいは戸主——括弧内引用者)に限らるべきいはれない。等しく住居の平安を害せられざるの権を有する日本臣民たる上は、夫たると妻たると、家長たるとその属員たると、進ん

では雇主たると僕婢たるとを問はず、すべて平等に刑法上の住居権を有すべきである。⁽²⁾」換言すれば、「現実⁽³⁾に当該家屋乃至房室を住居として使用する者すべて」が住居権者であり、本罪の被害者である、と。

氏によれば、侵入とは住居平安権を有する者の意思に反しかつその意図に反することを知ってその住居に立ち入ることである。⁽⁴⁾すなわち、「共同住居への侵入行為は共住者全員の住居平安権の侵害」であり、したがって、共同住居への侵入が違法性を阻却するには、「原則は飽くまでも全員の承諾を要求する。」それは、「共有物の窃盗において共有者の一人が承諾しても、それは窃盗罪の成立を妨げぬと同様」である。⁽⁵⁾この場合、共住者のうち不在の者があるときは留守居をする者の承諾があれば共住者全員の承諾がある場合と同一の効果を生ずるかという問題があるが、植松正説によれば、「住居者は不在中でもその住居権を失はぬ。従って、その意思は尊重せらるべく、不在者の意思に反して残留者が承諾の意思を表示しても不在者の承諾と同一の効果を生じない。」⁽⁶⁾ただ「生還を期せず遠く万里の外に在るといふやうな人についてまで旧居の平安を保護すべきものなりやは蓋し疑なき能はぬところである。しかし出征は逃亡や遺棄とは違ふ。失踪と同じやうに扱ふべきでない。ことがらの性質上多少長期に亘らうとも、全く帰來の見込みなき者でないと共に、住居を抛棄せる者ではないから、一時の不在と同様に扱つてよい。」⁽⁷⁾と。そして、氏は、姦婦事例につき「共住者の一人たる夫の承諾がなく且承諾を予想すべき事情もないから、妻の承諾の有無を問はず、夫の住居権を侵害した」こととなり住居侵入罪が成立する、とされるのである。⁽⁸⁾

(2) 特徴 植松正説においては、住居侵入罪の保護法益たる「住居の平安を害せられざるの権」(すなわち「住居平安権」)が現実に居住する者すべてに平等に帰属し、したがって、本罪の違法性が阻却されるためには、原則と

して住居平安権を有する者全員の承諾を要する、とする点に最大の特徴がある。そして、住居者は不在中でもその住居権を失うことはないのでその意思は尊重されねばならず、不在者の意思に反して残留者が承諾の意思を表示しても不在者の承諾と同一の効果を生じない、とされる。氏の見解は「住居平安権・意思侵害」説の範疇に分類することができるが、居住者全員に等しく住居平安権を認める点および共住者全員の意思を基準にして「侵入」概念を判断する点などに鑑みると、新しい憲法の下でも維持しうる先進的な内容の見解であるといえることができる。⁽⁹⁾ その意味で、戦前の「旧住居権説」と戦後の「新住居権説」とを架橋する見解と位置づけることもできよう。⁽¹⁰⁾

- (1) 植松正「住居侵入罪における法益・承諾・目的」日本法学四卷六号（一九三八年）五二頁以下、同「訪問の形式による住居侵入」日本法学六卷二号（一九四〇年）六〇頁以下、同「違法目的を以てする住居侵入罪とその成立を否定すべき許諾」日本法学六卷四号（一九四〇年）四七頁以下参照。
- (2) 植松正「住居侵入罪における法益・承諾・目的」日本法学四卷六号（一九三八年）五五頁。なお、「刑法第三百三十条は住居にあらざる建造物等に関する規定をも包含するから、それについては所謂主宰権の保護が目踏されてゐることはいふまでもない」（同・五五頁）との指摘は、本罪の保護法益の相対化を認める記述としても注目される。
- (3) 植松正・注2文献・五六頁。
- (4) 植松正「違法目的を以てする住居侵入罪とその成立を否定すべき許諾」日本法学六卷四号（一九四〇年）五三頁参照。
- (5) 植松正・注2文献・五七頁。
- (6) 植松正・注2文献・六〇頁。
- (7) 植松正・注4文献・五三―五四頁。
- (8) 植松正・注2文献・五九頁。この植松正説に対して、草野豹一郎氏は同じ判例の評釈において、「而して所謂平安権説も、

数人の者が対等関係に於て住居を営む場合には妥当する学説たるには相違ないが、共同住居者間に上下又は主従の別が存する場合に於ては、矢張、主宰権者の承諾乃至は承諾可能を前提として、住居侵入罪の成否が考へらるべきものであるのではあるまいか」と疑問を提起され、「妻が戸主であったり、夫の父が家長であったりする場合、特殊異例の場合である」から判例の主宰権説は是認しうるとされる。草野豹一郎「住居侵入罪と姦婦の承諾」同・刑事判例研究四卷（一九三九年）七二―七三頁参照。

- (9) 現に、植松正氏は、戦前の見解を戦後においても基本的に維持しておられる。植松正・再訂刑法概論Ⅱ各論（一九七五年）三二〇頁以下参照。

- (10) 植松正氏の見解は、保護法益の受益主体の問題と、その保護法益の統括主体の問題とは、理論的に一応区別できることを我々に意識させてくれる。

(三) 住居平穩説

1 家族的住居平穩説——小野清一郎説——

(1) 内容 小野清一郎氏は、住居侵入罪の保護法益について、次のように述べておられる。すなわち、「住居の平穩といふ如き法益は一の私的法益であり、国家的又は社会的法益に対して個人的法益といつてもよいが、純粹に個人的なものではなく、寧ろ家族的法益である。⁽¹⁾」換言すれば、「住居侵入の罪は個人の生命、身体、自由等に対する犯罪とは其の趣を異にし、純粹に個人的法益に対する侵害ではなく、家族全体の法益を侵害するもの⁽²⁾」である、と。ここでいわれている「家族的な法益」ないし「家族全体の法益」の意味であるが、氏は、一方でこれが純粹個人的な法益でない点について、次のように解説しておられる。「西洋における近代の家族は夫婦の対等なる結合に基くもの

といふ觀念が強いのであるが、我が邦においては其の伝統的家族制度上、一家は親子の關係を基本とする上下一体的なものといふ觀念が本来的なものである。此は日本法理的思惟として私の特に強調せんと欲するところである。⁽³⁾と。氏の考え方によれば、住居侵入罪の保護法益は「上下一体的な親子關係」を基本とする家族生活であり、したがって、それ自体を一体的な法益として觀念しなければならず、家族の各構成員個人の利益に分解して考えることは日本の伝統的な家族觀念に反するということになる。しかし、これをもって直ちに本罪が公共的犯罪になるわけではないことについて、次のように周到に論述されている。すなわち、「従来住居侵入の罪が『公共の秩序に対する罪』と考へられたのは一般治安を害するといふ意味であつた。……だが、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へられない。わけても本件（東京控訴院判決昭和一七年一二月二四日刑集二二卷二三号付録一〇四頁——括弧内引用者）の如く一応實際上の居住者たる妻の承諾の下に立ち入ることは一般治安を害するとまでは考へられないであらう。」⁽⁴⁾と。

また、小野清一郎氏は、侵入概念について次のように論述しておられる。「住居の平穩を害するやうな仕方において立入ることが侵入」なのであつて、「『意思に反する』といふことは必ずしも重要でない。重要なのは住居の平穩を害するといふことである。」⁽⁵⁾確かに住居主の許諾あるときまたは通常の事態においては現存する家人の許諾あるときは、いづれも住居平穩を害する性質を失い「侵入」といへぬものとなるかまたは少なくとも「故なく」侵入したとはいへぬものとなるのであらうが、それはいかなる事態にも妥当することではない。「例えば家屋汚瀆の目的を以て立入ることはたとへ明示又は黙示の許諾があつたとしても住居侵入である」し、「夫の不在中其の妻と情交の目的を

以て立入るが如きは明かに家族生活の信義を破るものであり、同時に住居の平穩を破るものであつて、其の意味において『故なく人ノ住居ニ侵入シタル者』と謂はざるを得ない⁽⁶⁾（傍点引用者）。」さらに「強盜の目的で立ち入るといふやうな行為は、どう考へても故なき侵入である。」⁽⁷⁾かくして、「今や専ら家族的法益としての住居の平穩といふ如きものの保護を考ふるとすれば、たとへ其の家族の一員の許諾を得て公然立入つたとしても、其が全体としての家族生活即ち一家の生活の場としての住居の平穩を破る如き場合には、やはり侵入であると謂はなければならない。此の關係において住居侵入罪の本質觀が一般治安を害するといふ従前の考へ方から、家族生活の平穩を破るといふ考へ方に変つて来ていると思ふ。」⁽⁸⁾と。

(2) 特徴 以上のように、小野清一郎説は、住居侵入罪の保護法益を「住居の平穩」という「家族全体の法益」と考え、これは純粹個人的な法益でも公共的法益でもない「家族的法益」であると規定している。そして、侵入概念については、「住居の平穩を害するやうな仕方において立入ることが侵入」なのであつて、「意思に反する」ということは重要ではなく、あくまでも住居の平穩を害するという点が重要なのである、とされる。しかし、氏の説にあつては、「住居の平穩」觀念が必ずしも事実状態・事実關係を基本とするものではなく、「家族全体の法益」である点が強調されていること、および姦婦事例につき相姦者が明らかに「家族生活の信義」を破る点を重視していることかからうかがえるように、「住居の平穩」が理念的な概念として構成されている。そのため、住居の平穩は「住居者の承諾によつて処分される法益ではない」ということになる。⁽⁹⁾これは、小野説が本罪を理念的な価値を化体する伝統的家族制度を領域的に保護するものと考える立場にきわめて近いことをうかがわせるものである。⁽¹⁰⁾

いずれにしても、小野清一郎説の基本構造は、理念的な価値を化体する伝統的家族制度を基礎にする「家族的住居平穩・理念的住居平穩侵害」であるといえよう。

- (1) 小野清一郎「住居侵入と妻の承諾——主観的違法要素」刑事判例評釈集二卷(一九四二年)二七六頁。
 - (2) 小野清一郎「住居侵入罪の本質と構成要件」刑事判例評釈集五卷(一九四九年)三〇三頁。
 - (3) 小野清一郎・注2文献・三〇三頁。
 - (4) 小野清一郎・注2文献・三〇三頁。しかし、氏は次のようにも述べておられる。「この罪の保護法益は、住居の平穩といふ私的法益ではあるが、しかし、それは個人的といふよりも、家族的な法益であり、更に公共の治安にも関係のある法益である(傍点引用者)。」(同「住居侵入罪と住居者の承諾」刑事判例評釈集八卷・一九五〇年・三〇四頁)
- これは本文引用の論述と明らかに矛盾する。しかし、先の「公共の治安にも関係のある法益」の部分、住居侵入罪は「ひとり一個人ないし一家族の生活を脅すばかりなく、近隣一帯に不安を感じしめるものでもある」(同・刑法概論(増補版・一九五六年)二八九頁)という意味で捉え直すと同時に、公共の治安を現実害するのではなくただそれに関連しているにすぎないというように希薄なものとして解するのであれば矛盾はないといえようが、それだと逆に、敢えて「公共の治安にも関係のある法益である」と論述する意味が改めて問い直されることになる。
- (5) 小野清一郎・注1文献・二七七頁。
 - (6) 小野清一郎・注1文献・二七八頁。なお、小野説と同じ様に、本罪の保護法益は一定区画における市民生活の平穩であり、公共の秩序保持の利益との連繋がある、と解する見解がある。正田満三郎「住居侵入罪と不退去罪」ジュリスト四四五号(一九七〇年)一一六頁参照。
 - (7) 小野清一郎「住居侵入罪と住居者の承諾」刑事判例評釈集八卷(一九五〇年)三〇五頁。
 - (8) 小野清一郎・注2文献・三〇四頁。

(9) 小野清一郎・注7文献・三〇四頁。

(10) ただ注目すべきなのは、姦婦事例につき住居侵入罪を認めた大判大正七年二月六日刑録二四輯一五〇六頁および大判昭和十四年二月二二日刑集一八卷五六五頁について、氏は「この判例が今日そのまま妥当するものであるかどうかは疑があるであらう」(同・注7文献・三〇四—三〇五頁)とも述べておられることである。

2 事実的住居平穩説——従来の通説——

(1) 内容 住居侵入罪の保護法益を「事実上の住居の平穩ないし私生活の平穩」と解する説、つまり「事実的住居平穩説」が従来の通説であった。⁽¹⁾ 例えば、団藤重光氏は次のように論述しておられる。住居侵入罪の保護法益は「法的な権利ではなく、事実上の住居の平穩」であり、「住居については、そこで共同生活を営んでいる者の全員がその平穩を外部からの侵害に対して保護されるべき利益をもっている。それが住居侵入罪の保護法益であるとおもう。⁽²⁾」と。この説の根拠は、第一に、(住居権説のいう)住居権の内容が必ずしも明確にされていないこと、第二に、住居権者だけでなく、その推定的意思によりこれに代わって住居権を守る立場にあると認められる者も立入りにつき承諾を与えることができるものと解されているので、特に住居権を保護法益とすることに意味がなくなっていること、第三に、そもそも住居権概念にこだわり本罪を住居権の侵害と考えるのは、犯罪を権利の侵害と解する一九世紀初葉の古い思想の残滓であること、第四に、住居権概念に拘泥すると、その帰属の問題について不必要な議論に陥り、また、判例のように、家長の地位にある者がその権利を有するというような、現行憲法上不適当な議論に陥る可能性があること、そして、第五に、そもそも住居侵入罪の保護法益は事実的な概念ないし事実的な関係であるので、法的な

住居侵入罪の保護法益に関する日本の学説状況(1) (関)

権利として構成することは適當でないこと、である。⁽³⁾

住居侵入罪の保護法益を「事実上の住居の平穩ないし私生活の平穩」と解する説は、もちろん戦前においても主張されていた。瀧川幸辰氏は、『刑法各論』（一九三三年）において、住居侵入罪を「日常生活の平穩に対する罪」の章に配列し、次のように論述しておられる。「住居は各人の城廓である。各人は住居において安全に生活する保障を有する。」「住居の侵入は、住居に入ることが住居の支配者の意志に反するという意味である。住居の支配は事実関係である。法律上の権利の有無の問題ではない。」と。そして、姦婦事例につき、住居侵入罪の成立を否定される。⁽⁴⁾これは、戦後の「住居平穩・主観的平穩侵害」説に連なる見解と位置づけることができる。

住居侵入罪の保護法益を同じように「事実上の住居の平穩ないし私生活の平穩」と解する事後的住居平穩説に立ちながらも、「侵入」概念をどのように解するかについては、今日、見解が分かれている。第一は、「主観的平穩侵害説」とでも称すべき見解で、侵入とは住居者の意思または推定的意思に反する立入りをいうとするものである。⁽⁵⁾この見解によると、住居の平穩とは住居等の住居者または管理者の自由な意思によって支配がなされている状態をいい、住居者等の意思または推定的意思に反して立ち入る行為は平穩を害する行為であり、それ自体「侵入」であるということになる。これに対して第二は、「客観的平穩侵害説」とでも称すべき見解で、侵入とは住居の平穩を害するような態様での立入りをいうとするものである。⁽⁶⁾この見解によると、侵入の有無は立入り行為の主観的要素と客観的要素とを総合的に考慮して判断すべきであり、したがって、住居者等の意思または推定的意思に反してなされたかどうかは、住居の平穩を害する態様かどうかを判断する際の重要な資料ではあるが本質的・決定的な要素ではなく、あくま

でも事実上の住居の平穩を害しあるいは脅かすかどうかによって決められなければならないということになる。

(2) 特徴 以上のように、住居侵入罪の保護法益を「事実上の住居の平穩ないし私生活の平穩」と解する本説は、住居の平穩概念が事実関係・事実状態にもとづくものであることを強調する。しかし、侵入概念をどのように解するかについて見解が分かれていることに対応して、その法益の性格も異なっている。侵入とは住居者等の意思または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」の立場は、現実の住居者等の事実的支配・管理意思を重視するために平穩概念が主観化しており、人格的な自由領域を保護法益と解する「新住居権・意思侵害」説の立場に近いものとなっている。ただ、この立場においても、例えば、強盗の目的で顧客を装って店内に入るのは、被害者がこれを顧客と誤信して立入りを承諾したとしても、その承諾は有効ではないという理由で本罪の成立が肯定されるのに対し、詐欺や押売りの目的で玄関に立ち入ったり、贈賄の目的で他家を訪問したりするのは、居住者の承諾があるかぎり侵入とはいえないとされ、また、夫の留守宅に妻の承諾のもとに姦通目的で立ち入る行為も本罪が成立しないとされる。⁽⁷⁾しかし、行為者が、立入りへの被害者の承諾を騙取している点では、強盗目的の場合であろうと詐欺目的の場合であろうと変わらないはずである。それにもかかわらず、前者では住居侵入罪を認め、後者では否定するのは一貫しないといわねばならない。これは、本説が、目的の違法性そのものではなく、侵入者が侵入後に行おうとしている違法行為の外形的な平穩侵害の態様を、「居住者・看守者の承諾の意思」を媒介にして考慮しているからであると考えざるをえない。その意味で、「主観的平穩侵害説」の立場は、現実の住居者等の事実的支配・管理意思だけを重視して侵入概念を構成する「意思侵害説」ではなく、依然として「平穩侵害説」であるといえよう。⁽⁸⁾しかし、

後に検討するように、その点にこそ本説の最大の問題点が存在しているのである。

これに対し、侵入とは住居の平穩を害するような態様での立ち入りをいうとする「客観的平穩侵害説」の立場によると、住居者等の意思または推定的意思に反してなされたかどうかは、住居の平穩を害する態様かどうかを判断する際の重要な資料ではあるが本質的・決定的な要素ではなく、あくまでも事実上の住居の平穩を害しあるいは脅かすかどうかによって決められることになる。例えば、ある家で入口に「セールスマン、保険その外の外交員の訪問お断わり」の看板を掲げておいたのに、ある保険外交員がその掲示を認識した上で入口のベルを鳴らし玄関内に入った場合、「これは、あきらかに住居者の意思に反する立ち入りであるが、そうだからといって、ただちに住居に『侵入』したものとはいえないであろう……。というのは、こうした立ち入り行為は、まだ住居の平穩を害する態様での立ち入りとはいえないからである」とされ、また、姦婦事例につき、「住居者である妻の承諾をえて、おだやかにその住居に立ち入る行為は、住居侵入罪が保護しようとする住居の平穩を害する態様での立ち入りとはいえないから、このばあい、住居侵入罪は成立しないと解すべきであろう」とされる。⁽⁹⁾ その点では、平穩概念の主観化は回避されているようである。現に、「事実上の平穩侵害の有無は客観的に判定すべきであり、また行為者の主観の重視は平穩侵害説と論理的に直接結びつくものでもない。」⁽¹⁰⁾ として、その点を強調する論述もみられる。しかし、「侵入にあたるかどうかの判断の基準は、被害者の承諾の有無ではなくして、住居の平穩である」と論述しておきながら、「立ち入りが住居の平穩を害する態様のものであるかどうかは、行為が主観客観の全体構造をもつものであるところから、立ち入り行為の主観・客観の両面、すなわち、主観的要素と客観的要素とをあわせて考慮して判断されるべきである」⁽¹¹⁾ (傍点引

用者)」という論述をみると、先の「主観的平穩侵害説」との距離もそれほど遠くないと考えざるをえないし、「住居・建造物の内で、殺人・傷害・脅迫・暴行・放火・強窃盗を犯すことは、それぞれの法益を侵すと共に、住居等の平穩を害するものであるから、かかる目的を持つ立入は、違法性があると判断されよう。しかし、詐欺・賭博・贈収賄・選挙運動としての戸別訪問は犯罪であり、姦通は不法行為であるが、これらは住居の平穩を害するものではないから、それを目的とすると云うだけでは立入の違法性を肯定することはできないと思う。」⁽¹²⁾ という論述にいたっては、「平穩侵害」の区別が恣意的で、結論の先取りといわざるをえない。

- (1) 瀧川幸辰・刑法各論(再版・一九五二年)八三頁、木村亀二・刑法各論(復刊・一九五九年)七二頁、熊倉武・日本刑法各論上巻(一九六〇年)三〇二頁以下、団藤重光・刑法綱要各論(第三版・一九九〇年)五〇二頁、小野中野植松伊達・刑法(第三版)(一九八〇年)三〇八頁以下(中野次雄)、西原春夫・犯罪各論(第二版・一九八三年)一六四頁、福田平・注釈刑法(三)(一九七四年)二二二頁以下、大塚仁・刑法概説(各論)(改訂版・一九八七年)一〇七頁以下、香川達夫・刑法講義(各論)(第二版・一九八九年)三九一頁、藤木英雄・刑法講義各論(一九七六年)二二二頁、岡野光雄・刑法要説各論(第二版・一九八九年)五一頁、前田雅英・刑法各論講義(一九八九年)一三五頁以下、鈴木義男「建造物の囲繞地への侵入と建造物侵入罪」研修三一四号(一九七四年)五一頁以下、西山富夫「住居侵入の問題点」刑法講座五卷(一九六四年)一八二頁以下、同「住居侵入及び不退去罪の意義——刑法的要保護理念の研究の一助として——」名城大学創立三十周年記念論文集法学篇(一九七八年)四二頁、中義勝「住居侵入罪——住居者の承諾」福田大塚編・演習刑法各論(一九八三年)二六九頁。

(2) 団藤重光・注1文献・五〇〇頁。

(3) 瀧川幸辰・注1文献・八四頁、熊倉武・注1文献・三〇四頁以下、団藤重光・注1文献・五〇〇頁、福田平・注1文献・

二三四頁以下、大塚仁・注1文献・一〇八頁以下参照。

- (4) 瀧川幸辰・刑法各論(一九三三年)瀧川幸辰刑法著作集一卷(一九八一年)四七九頁。なお、瀧川幸辰「門構のみありて戸扉なき門構と住居侵入」公法雑誌六卷三号(一九四〇年)一〇九頁、武藤文雄「住居侵入罪」末弘田中編輯・法律学辞典二卷(一九三五年)一二二三頁参照。瀧川幸辰氏は、戦後も『刑法各論』(一九五一年)八四頁において、次のように論述してその立場を堅持しておられる。すなわち、「住居の侵入は、住居の支配者の意志に反して、住居に入ること、退去しないことをいう。住居の支配は事実関係である。法上の権利の有無の問題ではない。」と。そして、姦婦事例につき住居侵入罪の成立を否定され、本罪を肯定する判例に対しては、「夫の留守中に、妻が他の男と通ずることは、住居で行われると外部で行われるとを問わず、是認せらるべき事柄ではない。しかし、これを住居侵入罪とするのは、法の解釈ではない。住居の支配は事実関係であって、家長権というような法上の権利とは別問題である。判例は、この点の理解を誤っていると思う」と批判される。また、「家人が留守番を残して外出したときは、留守番が支配者であるから、留守番の同意をえて住居に入ること、住居侵入罪にはならない」とも述べておられる。

- (5) 瀧川幸辰・注1文献・八四頁、熊倉武・注1文献・三一〇―三一三頁、団藤重光・注1文献・五〇五頁、西原春夫・注1文献・一六九頁、大塚仁・注1文献・一一三頁、香川達夫・注1文献・三九四頁、藤木英雄・注1文献・二三三―二三四頁、小野中野植松伊達・注1文献・三一三頁、木村亀二・新刑法讀本(一九六〇年)七七―七八頁、大倉馨「違法目的による立入りと住居侵入罪」警察学論集三二卷七号(一九七九年)四頁、西山富夫「刑法各論解釈の新考察(上)——住居侵入罪を一例として——」名城法学一三卷三―四号(一九六四年)一八頁参照。この立場では、姦婦事例につき、現実の支配者・管理者たる妻の承諾がある以上本罪の成立が否定されることになるが、夫婦の「共同管理」である点を根拠に本罪の成立を肯定する見解(大倉説)もある。

- (6) 福田平・注1文献・二四五頁、岡野光雄・注1文献・五二頁、前田雅英・注1文献・一三九頁、熊谷直之助「住居侵入罪の構成要件」判例タイムズ八八号(一九五九年)二二九頁、桜井浩「住居侵入罪が成立するとされた事例」法学研究四三巻四号(一九七〇年)一〇〇頁参照。この立場では、姦婦事例につき、現実の支配者・管理者たる妻の承諾を得て穏やかに立

ち入る行為は住居の平穩を害しないがゆえに本罪の成立が否定されることになる。

姦婦事例につき、その他、一義的に判断するのではなく具体的状況により決定すべきであるとする立場(柏木千秋・刑法各論下(一九六一年)三九一―三九二頁、八木国之「住居侵入罪」下村八木編・刑法各論(第三版・一九七五年)八二頁)、あるいは、姦通目的であるので公序良俗に反し本罪が成立するとする立場(吉田常次郎・刑事法判例研究(一九五六年)二二二頁)などがある。

- (7) 例えば、団藤重光・注1文献・五〇五頁、大塚仁・注1文献・一一四―一一五頁参照。但し、大塚仁氏は、姦婦事例につき見解を改め、「夫婦の共同生活の場である住居の平穩は、夫婦に共同のものである」ところ、「他人が妻と姦通する目的で立ち入る行為については、夫の承諾は得られないのが一般である」から、「通常、住居侵入罪を構成するとみるのが妥当である」とされる。大塚仁・注1文献・一一六頁参照。

- (8) 「それゆえ、住居侵入罪の成否については、違法な目的とともに、その立入り行為の態様が、社会観念上、住居の平穩を害する形態のものかどうかをも併せ考慮して論定すべきである」(大塚仁・注1文献・一一五頁注(一五))という論述が、正にこの点を端的に表している。いずれにしても、本説では、行為者の目的の違法性が「居住者等の真意の承諾」の有無を介して本罪の成否に影響するのかが、それとも、直接に「平穩の侵害」の存否を左右するのか、明確でない。

- (9) 福田平・注1文献・二四二、二四七頁。さらに、福田平「住居侵入罪」刑事法講座四巻(一九五二年)七〇三頁以下、同・刑法各論(一九五四年)二〇一頁以下、同「住居侵入」総合判例研究叢書刑法(四)(一九六四年)一一一頁以下参照。

- (10) 前田雅英・注1文献・一四〇頁。
- (11) 福田平・注1文献・二四五頁、桜井浩・注6文献・一〇〇頁参照。なお、岡野光雄・注1文献・五三頁は、基本的には、行為の主観・客観の両面を考慮して判断する立場が正当であり、「判断基準の主たるものは行為の客観面にあると解すべきである」と述べておられる。これが現在の客観的平穩侵害説の一般的傾向であろうと思われる。瀧川幸辰「家宅侵入罪と目的の違法」同・刑事法判決批評一卷(一九三七年)七五頁以下、熊谷直之助・注6文献・二三三頁以下参照。

- (12) 熊谷直之助・注6文献・二二九頁。なお、瀧川幸辰氏は(既述のように)主観的平穩侵害説の立場であるが、次のように

住居侵入罪の保護法益に関する日本の学説状況(1)(関)

述べて、脅迫目的での立入りにつき住居侵入罪不成立の余地を認めておられる。「例えば、戸締のある住居に無断で立入ることは、それが窃盗の目的であらうが電気のメーターを検査するためであらうが、同じく違法である。これに反し我国の通常の慣例では、訪問または行商のためにせよ、寄付の強制または脅迫のためにせよ、とにかく戸締のない玄関に入ることは許された行為である(傍点引用者)。」(瀧川幸辰・注11文献・七九頁)と。

(未完)