

住居侵入罪の保護法益について

鈴木 晃

はじめに

刑法130条前段は、「正当な理由がないのに、人の住居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは艦船に侵入し」た場合に、3年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処するとしている。この住居侵入罪の規定は、刑法体系上では社会法益に対する罪として扱われているが、これは人の住居が侵害されれば、その近隣までが不安感をもつという点が重視されたものといわれている。⁽¹⁾しかしながら、住居侵入罪は個人の住居内での自由や安全を侵害するものであり、それはプライバシーに深く関わるものであることから、現在では個人法益に対する罪であることに見解の一致がある。

ところが、この住居侵入罪の保護法益のとらえ方については、学説上対立があり、判例も明確な立場を示していないといえる。従来、通説は住居権が保護法益であると解していたが、それが封建的家族観に根ざしていたものであったため、家長のみが住居権を有するとされ、その不合理性が指摘されていた。そこで戦後は、そのような住居権を否定し、その住居に住む者が平等に保護されることを目的として、事実上の住居の平穏を保護法益とする立場が有力化した。ところが、住居侵入罪の保護法益を個人法益として純化しようとする、むしろ住居権を保護法益と

してとらえ、ただその住居に住む者が平等にこれを共有すると考えた方が合理的ではないかとの見解が表れる。現在は両説の対立状況にあるといえる。⁽²⁾

一方、判例においては、戦前は住居権説が支配的だったとされる。たとえば大判大7年12月6日刑録24輯1506頁は、夫の不在中の妻の承諾を得た姦通目的の立ち入りについて、住居権者である夫の承諾がなければ、妻の承諾は無効であると判示していた。しかし、戦後は、一転して平穩説を採用したと思われる判例が増加する。特に下級審判決においてこれは顕著であるが、最高裁も、たとえばいわゆる王子米国陸軍病院事件において、「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」(最決昭49年5月31日裁判集刑192号571頁)と判示し、平穩説を明確にした。ところが、最高裁はその後、上述の新しい住居権説が有力化しつつあるのを受けかのように、「侵入」の概念について意思侵害説を採用したのである。⁽³⁾これは必ずしも法益についての住居権説と結びつくわけではないが、「侵入」が居住者・管理者の意思に反する立ち入りであるとするなら、法益も住居権にあると考えることも可能である。このように最高裁の見解も一貫したものとはいえない状況にあるのである。

本稿では、このような判例・学説の状況をふまえ、住居侵入罪の保護法益の問題に若干の検討を加えるものである。その際、特に住居権説が、住居侵入罪の個人法益性を強調するあまり、居住者等の主観を過度に評価するものではないのか、また、被害者の承諾の問題とどのような関係にあるのかを視野に入れつつ、現代社会においてどのような法益が考えられるべきであるのかを論じたい。

1 旧住居権説から新住居権説へ

すでに述べたように、戦前の住居権説は封建的家族観からの家長的住

居権を中心に構成されていたと言える。住居権者として家長のみを認め、その承諾がない場合にはすべて住居侵入罪の成立を考えるのであるから、その帰結はむしろ明確であるともいえる。しかしながら、住居に平穩に居住し、他人の立ち入りを拒絶する自由は、家長のみにあるのではなく、住居に居住する者すべてに認められると考えるのが合理的であるから、特に、戦後、現行憲法下において批判されることになった。さらにこの説のように、住居権という権利の侵害を犯罪と考えることは、古い思想の残滓であるとも批判された⁽⁴⁾。

そこで、戦後、住居権という概念を否定し、次章で紹介検討する平穩説が登場するのであるが、住居権という発想は放棄されたわけではなく、平穩説を再批判する形で再度主張されることになった。それは、住居侵入罪が刑法典上社会法益として位置づけられていることを修正し、個人法益として再構成する理論でもあった。平穩説が地域の平穩という意味にとらえられやすく、形式上、個人法益となじまないという批判はこのことと無縁ではないといえる。このことはドイツの事情とも共通している。ドイツ刑法も住居侵入罪は体系的に「第7章公の秩序に対する犯罪行為」の下に規定され、形式上は騒擾罪に近いものとされているが、ヴェルツェルはこの体系的な位置づけを明確に否定しており⁽⁵⁾、さらに18章の人格的自由に対する犯罪行為の章に配置すべきであるとの見解もある⁽⁶⁾。つまり、住居侵入罪は個人法益だとの理解が一般的になっており、そこからさらに、住居権を保護法益とする見解が通説的地位を占めているとされる⁽⁷⁾。住居権の内容については、たとえば「一定の保護された空間的領域を事実上自由に決定する法的権限の総体」⁽⁸⁾であるとする論者や、そのような包括的な意味ではなく、他人に妨害されないという視点においてのみ理解されるべきであるとする論者もおり⁽⁹⁾、一様ではない。住居権の内容についてはさらに検討する必要があるが、ドイツでも住居侵入罪の個人法益化のために住居権が持ち出されていることは事実である。

我が国においては、従来主張されていた住居権の内容を修正する手法

がとられた。その際、憲法的観点を自覚的に展開する見解が多い。これは「近年のプライバシー権・自己決定権重視の傾向を住居侵入罪の保護法益の理解に反映させたもの」であるとされる⁽¹⁰⁾。しかし、平穩説の立場からも、「住居に侵入する行為は、住居内にある個人の生活自由ないしプライバシーを侵害し、または危険にさらすものであるから、自由に対する罪ないし人格とくにプライバシーに対する罪と解する立場には、正しい核心があるといえよう」という評価があり⁽¹¹⁾、住居権説固有の前提であるとはいえない。しかし、プライバシーや自己決定権を法益論に純化させた場合、住居権説を居住者の許諾権の保護ととらえることになるとの主張もありうるであろう。この立場を採る平野博士によれば、「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をいう」ことになる。かつてこの説が批判されたのは、住居権それ自体に問題があったのではない。判例が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ことに誤りがあるというのである。さらに、住居権の内容としての許諾権は、「必ずしも民法上の居住権者あるいは行政上の管理権者によって与えられる必要はない。事実上管理している者によって与えられれば足りる。妻の意思には反するような場合でも、住居侵入罪が成立しないのはそのためである。」とされ、許諾権が居住者全員に認められることを示唆している。また、平穩説に対しては、「居住者は、いかに平穩な態様のものであると、自己の住居に入ることを許さない自由をもつ。したがって、平穩公然であっても、居住者の意思に反する場合は、住居侵入罪は成立する。」と論じられる⁽¹²⁾。この説では、プライバシー権を背景にはするものの、住居等への立ち入りを認めるかどうかの自由が保護法益となるのであるから、住居内での実質的利益は一応度外視されることになる。この点を指摘して、住居権説を純化する見解がある。この見解によれば、平穩説でも住居権説でも、住居内での何らかの実質的利益を考慮することは、その利益が多様であるがために、限定不可能となり、

「住居侵入罪は『侵入』という形態において括られているだけの『一般的利益侵害予備罪』となり、その犯罪としての性格はきわめて曖昧かつ茫漠としたもの」になるとしている。そこで、許諾権以外の実質的権利は問題とすべきではなく、許諾なく立ち入れば住居侵入罪は成立すると考えるのである。⁽¹⁴⁾しかしながら、これらの見解によれば、許諾の自由のみが保護法益ということになるが、それは単に意思の自由が妨げられたというだけの内容をもつ相対的に稀薄な法益ということになってしまう。しかも、「他のすべての犯罪も、意思決定の自由の侵害が問題となっているのであって、例えば、財産罪であっても意思侵害が問題となるが、意思決定の自由は保護法益ではなく、あくまでも財産が保護法益と解される」のであるから、⁽¹⁵⁾やはりこの説は「住居侵入罪という特定の種類の性質を際立たせるには不十分」である。⁽¹⁶⁾さらにこの説に従って、意思に反する住居への立ち入りを拒絶する権利の侵害すなわち住居権侵害に着目するなら、相手方の立ち入りを受忍させるという意味で強要罪と区別がつかなくなるおそれがある。強要罪が脅迫・暴行を手段とするものであることから両者を区別すると考えるにしても、平穩侵害があるような場合を考えると、やはり区別の合理的理由はない。また、意思侵害のみを強調することになれば、もともと他人の住居への侵入については承諾のないことが通常であるから、住居侵入罪が一般的に成立し、住居権者の承諾により違法性が阻却されるという構造が認められるのであれば、許諾権説は法益論ではなく被害者の承諾の論理を法益論として借用したにすぎないものといわざるをえない。これは意思侵害を法益として取り込もうとする見解に共通の問題であると思われる。

そこで、住居権説を採用するにしても、その住居内での実質的利益を考慮せざるをえないことを肯定する見解が生じる。「住居権とは、形式的には、一定の場所内に、誰を立ち入らせ、誰をとどまらせないかを決定する自由・権利であるが、それは、実質的には、住居や建造物に対する場所的支配権・管理権である」との見解がそれである。⁽¹⁷⁾もちろん、こ

の見解でも住居者等の意思は問題になるのであるが、それを絶対視することはできないことを認めている。しかし、住居者の承諾がない場合にどのような範囲で住居侵入罪が否定されるのかの検証が必要であるし、「支配権・管理権」が住居の事実上の平穏と結びつくとするなら、平穏説との差はほとんどないともいえる。

2 二つの平穏説

平穏説は、旧住居権説が封建的家族観から家長にのみ許諾権を与えていた不合理を是正し、憲法的価値観と一致するような理論構成を求めて登場した。平野博士は、「戦前『平穏』が強調されたのは、おそらく住居の不可侵ないしプライバシー - という観念が稀薄であったから」と言われるが、住居侵入罪が保護するのはそのような個人のプライバシーそのものではない。⁽¹⁸⁾ そのプライバシーを保護するための住居という枠組みの安全である。その意味で平穏説は、プライバシー保護と結びつきつつ住居侵入罪の構造を正当にとらえたものと考えられる。したがって、封建的価値観からのものでも、社会法益化された法益論でもない。

平穏説はまず、「住居侵入罪の保護法益を法的な権利ではなく、事実上の住居の平穏である」とする。それは「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穏を外部からの侵害に対して保護されるべき利益を」もっているのであるから、そのような利益の主体が共同生活者の全員であるというためには、住居権説よりも事実上の住居の平穏を保護法益とする見解がすぐれている。この点、住居権説では、その帰属をめぐって混乱が生じやすいし、一定の価値観によっては判例のように家長がその権利をもち利益を享有するという結論にもなりやすいというのである。⁽¹⁹⁾ さらに、すでに述べたように、住居侵入罪はプライバシー保護と結びつくものとはいえ、住居という一定の場所についての安全が問題となるものである。したがって、個人の権利に純化してしまうのはその法益を正しくとらえたものとは思えない。本罪は意思決定の自

由の侵害ではなく、やはり住居の事実上の平穩侵害としてとらえる方が自然である。住居権説はその意味で「あまりに個人主義的に法益を考えすぎ」であるといえる。⁽²⁰⁾ もちろん、居住者の意思のありようがなんらかの意味をもつことは否定できない。通常、個人法益であれば、その法益を処分する権限が与えられており、居住者の同意が構成要件ないしは違法性を阻却することは被害者の同意論から容易に導かれる。しかし、それを住居の平穩を超えて、法益として考慮することは、意思侵害の過剰な評価である。また、住居権説が住居侵入罪をプライバシー保護の必要から説明する場合であっても⁽²¹⁾、たとえば、住居と言っても玄関などの第三者の立ち入りが通常予定されている公共性を有するような部分や住居の付属地などがあり、意思に反する立ち入りが直接プライバシー侵害と評価するには足りない場合がある。意思に反する立ち入りだけで、住居を一括りにしてプライバシー侵害とするのは不当であり、プライバシー侵害とするためには、「立ち入った場所の性質に応じて」プライバシー侵害といえるような客観的な平穩侵害性が必要となるという批判がある。⁽²²⁾ たしかに、単なる意思に反する立ち入りが住居の態様を無視してプライバシー侵害というのであるなら、それは不当という他ない。しかし、このことは住居の平穩を考える場合でも同様の問題を生じているのである。つまり平穩侵害は必ずしも常にプライバシー侵害を生じるのではない。論者はプライバシー侵害といえるような平穩侵害性を要求するのであるが、そうであるなら意思侵害についても、同様にプライバシー侵害といえるような意思侵害を要求すれば足りることになってしまうのである。さらに、すでに述べたように、許諾権説によれば、住居内での実質的利益を排除した上での意思決定の自由の侵害を考慮すべきであるとしているのであるから、この批判は許諾権説については当たらない。しかも、平穩説についても、住居というプライバシー保護の枠組みの安全を考慮するのであるなら、プライバシー侵害が現実⁽²³⁾に生じる必要はない。その意味で住居侵入罪は、他の犯罪の予備罪のあるいは予防的側面が本質的で

あるというわけではない。ただし、だからといって住居侵入罪の法益が空虚なものになるというわけでもない。平穩説を純化すれば、プライバシーや住居の不可侵という利益の保護の前提となる住居の平穩自体が法益となるのである。

ところが、このように平穩概念を客観化して考えようとする立場とは異なり、「侵入」概念について居住者の意思を考慮する平穩説が存在する。⁽²³⁾すなわち、住居侵入罪の保護法益は「事実としての住居の平穩」としながら、「侵入」概念については「居住者・看守者の意思または推定的意思に反して、他人の住居等に立ち入ることをいう」とする説である。⁽²⁴⁾この説によれば、「侵入」が客観的な平穩侵害の態様に依存するのではなく、居住者の意思によることになるのであるから、居住者の意思に反する侵入が平穩侵害であることになり、結局、平穩概念が主観化することになって、その結果として、この説が新住居権説を前提とする意思侵害説と変わらないという批判が生じる。しかしながら、この説の論者は、居住者の同意に錯誤が生じているはずの同種事例において、異なる結論を導き出している。すなわち、強盗目的の立ち入りの場合には住居侵入罪を肯定し、詐欺・押し売り目的の場合や贈賄目的の場合には住居侵入罪を否定するのである。⁽²⁵⁾これらの場合には、「行為者が立入りへの被害者の承諾を騙取している点で」変わりがないのであるから、意思侵害という観点からすれば論理一貫しないのではあるが、実際は、その論理一貫しない点にこそ平穩侵害の判断が潜んでいると考えられるのである。⁽²⁶⁾つまり、詐欺・押し売りや贈賄目的の場合には、立入り後の平穩侵害が認められないとするのであろう。⁽²⁷⁾仮にこのように立入り後の平穩侵害を考慮するものであるならば、立入り時にそれを先取りして考えるのであるから、住居侵入罪の成否について、平穩侵害を拡大して考慮していることは事実であろう。その意味では、平穩侵害の判断は確かに曖昧になる可能性がある。⁽²⁸⁾このような平穩説への批判を考慮すれば、平穩概念を客観化し、具体的な平穩侵害の態様を明確にする努力が必要であると思

われる。

3 多元的保護法益論

住居侵入罪が個人法益であることに争いが無いことについてはすでに述べた。法益が住居内での実質的利益(たとえばプライバシー)との関係である程度限定されてくると、従来の住居権説と平穩説との争いは、それほど大きな差はないとされるのも当然であろう。平穩性は住居権者の意思と無関係ではない。侵入概念について居住者の意思侵害があれば平穩が侵害される場合が多いし、平穩が侵害されるような場合には多くの場合居住者の意思は侵害されているであろう⁽²⁹⁾。結局、両説の違いは、意思侵害と平穩侵害の強調の仕方に関わるだけのものとなる。そして侵入の客体との関係で、両説はその内部で意思侵害の側面と平穩侵害の側面を柔軟に切り替えていくことにならざるをえない。そこでは法益が客体の性質によって相対化しているのである。

このことを正面から認める説が多元的保護法益論である。従来の議論が法益の相対化を生じていることを批判し、犯罪客体(保護領域)ごとに法益を多元的に理解しようとするものである。結論的には、個人・家族の住居における保護法益を「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」とし、公共営造物における保護法益は「官公庁における個々の職員が、その営造物の利用目的に従って平穩かつ円滑に業務を遂行しうること」であるとする(社会的営造物についても同じ)⁽³⁰⁾。すなわち、個人・家族については住居権説を公共・社会的営造物については平穩説を採用するということであろう。法益自体の相対化を避けようとするのであるから、侵入概念については前者について意思侵害説、後者について客観化された平穩侵害説をとることになる。

このような説に対しては、公共営造物についての理解を前提とすると、業務妨害罪と変わりがなく、事務の遂行が行われていない場合には建造

物侵入罪が否定されることは妥当ではないとの批判がある⁽³¹⁾。しかし、多元的保護法益論者も言うように、建造物侵入罪は業務の妨害の危険そのものを保護するものではなく、その安全のための平穩を保護するものであり、立ち入り時点での犯罪の成否の判断を行うのであるから、建造物侵入罪の固有の法益性が否定されるわけではないし、その意味で予備罪的性格を直接もつわけではない。もっとも、外形的には重なる部分がないわけではないが、その部分では法条競合となるだけである。後者の批判についても、閉鎖された官公庁の建造物侵入は、閉鎖措置自体が事務の遂行と関連性を有しているのであるから、行為の態様からみて、外見上犯罪目的が明白であることが多いのであり、建造物侵入罪がすべて否定されるわけではないと反論するのである。しかし、問題は、このような多元的保護法益を認めるにしても、その範囲をどのようにして認めていくかである。生活関係は多様であり、すでに述べたように、個人の住居の中にも公共的場所がないではない。それらの生活実態を細分化していけば、法益概念は崩壊してしまう。多元的保護法益という概念を提示する以上、その歯止めはないに等しい。その意味では、生活実態を現実に忠実にとらえるよりも、ある程度規範化した上で住居侵入罪によって一括りにすることは、それほど不当とはいえないのではないかと思われる。ただ、多元的保護法益論によれば、公共営造物について、業務妨害罪とは異なる法益を認めることができる理由として、「領域関連性」を考え、立入り段階での犯罪の成否を問題とするなら、そしてまた、その構想が客観的な平穩侵害説に近似するなら、一歩進めて、論者の主張とは異なり、平穩性を純化し、建造物内での実質的利益を考慮しない法益の理解も可能ではなからうか。これは平穩説を純客観的に理解する可能性を示したものと考えられる⁽³³⁾。

4 判例の推移

住居侵入罪の保護法益について、判例は、戦前は住居権説を採用して

いた。姦通目的での住居への立ち入りに関しての前出大正7年12月6日の判例は、「住居侵入ノ罪ハ他人ノ住居権ヲ侵害スルヲ以テ本質ト爲シ住居権者ノ承諾アリタルトキ若クハ通常住居権者ニ於テ他人カ住居ニ入ルコトヲ認容スルノ意思アリト推測シ得ヘキ場合ニ限リテ其家族又ハ雇人ノ承諾アリタルトキハ本罪ノ成立セサルコト疑ヲ容レス」と判示し、明確に住居権説を採用していたのである。ただ、そこでいう住居権はもっぱら家長が享有するものとしていたので、特に戦後の現憲法下の解釈としては採用できないものとして批判されたといえる。そこで戦後は、まず下級審判決において事実上の住居の平穩を法益とする判例がみられるようになった。たとえば、尼崎簡判昭和43年2月29日下刑集10巻2号211頁は、「住居侵入罪の保護法益は『住居権』という法的な権利ではなく事実上の住居の平穩であるから夫の不在中に住居者である妻の承諾を得ておだやかにその住居に立ち入る行為はたとい姦通の目的であったとしても住居侵入罪が保護しようとする事実上の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住居侵入罪は成立しない」として、明確に住居権説を否定し、平穩説を宣言している。さらに最高裁も、最決昭和28年5月14日刑集7巻5号1042頁において、「住居侵入罪は故なく人の住居又は人の看守する邸宅、建造物等に侵入し又は要求を受けてその場所より退去しないことによつて成立するのであり、その居住者又は看守者が法律上正当の権限を以て居住し又は看守するか否かは犯罪の成立を左右するものではない。」と判示した。その後も、最高裁は、いわゆる王子米国陸軍病院事件(最判昭和49年5月31日裁判集刑192号571頁)および東大地震研事件(最決昭和51年3月4日刑集30巻2号79頁)において、平穩説を採用したといえる。団藤博士は、昭和28年判例をもって「判例の変更とみることができるかどうかは疑問の余地があるが、すくなくとも従来の判例の見解に破綻を生じたことはたしかである。」⁽³⁴⁾とされるが、その後の最高裁判例をみると、明示的に判例変更を宣言するものではないとはいえ、平穩説への移行は比較的明確であるといえる。

しかしながら、学説上、新しい住居権説が有力に主張されるようになると、判例の見解に変化が生じてきた。被告人らが、春季闘争の一環として、多数のピラを貼付する目的で、大槌郵便局舎内に管理権者である局長の事前の了解を受けることなく立ちつた事案に関する、いわゆる大槌郵便局事件において、最判昭和58年4月8日刑集37巻3号215頁は、「刑法130条前段にいう『侵入シ』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から、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つても、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、現に行われた立入り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」と判示したのである。この判例においては、管理権者の意思に反する立入りかどうかが犯罪成立に決定的な要素であることを明言しているのであるから、少なくとも「侵入」の概念については意思侵害説を採用したといえる。そこで、保護法益としても住居権説を採用したのではないかと考える余地が生じたのである。ところが本判例は本罪の保護法益については明確な判示をしていない。しかも、すでに述べたように、平穩説を採りながら、侵入概念については意思侵害説を採用する見解もある以上、判例が住居権説に移行したと判断するのは適切ではない。さらに、「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」を考慮して意思侵害を判断するというのは、平穩説との近似性も感じられるのである。さらにその後、最決平成19年7月2日刑集61巻5号379頁は、「被告人らは、現金自動預払機利用客のカードの暗証番号等を盗撮する目的で、現金自動預払機が設置された銀行支店出張所に営業中に立ちつたものであり、そのような立入りと同所の管理権者である銀行支店長の意思に反するものであることは明らかであるから、その立入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと特に異なるものでなくても、建造物侵入罪が成立するもの

というべきである。」として、侵入概念としては、管理権者の意思侵害を重視していた。しかし、いわゆる防衛庁立川宿舎ビラ配布事件（最判平成20年4月11日刑集62巻5号1217頁）では、上述大槌郵便局事件で示された侵入概念を引用しつつ、「管理権者の意思に反して立ち入ることは、管理権者の管理権を侵害するのみならず、そこで私生活を営む者の私生活の平穩を侵害するものといわざるを得ない。」と判示し、保護法益について住居権のみならず、私生活の平穩もこれに加えて判断しているのである。⁽³⁵⁾ 少なくともこの限度では、判例は侵入概念については意思侵害説を採るものの、保護法益については平穩侵害を否定するものではなく、居住者・管理権者の意思に反するような立入りは、住居の平穩を害することになるという論理で説明が可能である。ここでは平穩侵害が主観化し、かなり観念的なものとしてとらえられることになるが、判例の問題性はまさにここにあると思われる。

5 許諾についての具体的事例の検討

これまで論じてきたように、保護法益や侵入の概念をどのように考えるにしても、学説は住居侵入罪の成否について居住者等の意思を何らかの意味で考慮しているものと思われる。そこで、上述の学説との関わりの中で居住者等の意思の問題について検討する。

(1) 違法目的の立入り

立入りについて許諾をしているものの、行為者の目的について居住者が錯誤している場合には住居侵入罪が成立するのかが問題である。たとえば、強盗目的を隠して行為者が立入るような場合である。この場合、居住者は行為者の立入り目的について錯誤をしているが、これを理由として同意を無効と考えるかどうかである。許諾権説によれば、意思決定の自由が法益上重要であり、その行為者に立入りを許すという意思決定の自由それ自体は行為者の目的がどのようなものであれ侵害されてはい

ないため、許諾の有効性には影響しないことになる。したがって、住居侵入罪は成立しない。これは「行為客体の侵害の大きさおよび種類に関する錯誤及び欺罔は承諾を無効にする⁽³⁶⁾」という法益関係の錯誤の考え方によるものである。この考え方によって平穩説の帰結を考慮すると、平穩説の背景にあるプライバシー保護を重視するとするならば、違法目的の立入りは法益関係的な錯誤であり、同意は無効とされ、住居侵入罪が成立することになる。しかし、これでは処罰範囲が広がりすぎる危険があるし、公共施設の場合には不合理である。この結論は同意は真意のものでなければならないとする見解にも共通の問題として存在する。そこで平穩説からは、すでに述べたように、立入り後の平穩を考慮に入れ、住居内の利益侵害の重大性を問題にし、強盗目的の場合には同意を無効とし住居侵入罪を成立させ、詐欺や贈賄目的の場合には同意を有効とするのである。しかしながら、その区別の曖昧さや判断材料の多様性を考えると、この見解にはなお検討すべき問題があると思われる。

結論だけを検討すれば、許諾権説に合理性がある。この結論は形式にすぎるという批判もあるが⁽³⁸⁾、住居侵入罪が保護しようとするのが許諾自体であるとするならば、論理は一貫している。しかし、問題は許諾権説そのものにある。仮にこの説のいうところの許諾権の内容が被害者の承諾と同じだとするならば、つまり被害者の承諾それ自体を法益化しているのだとするならば（許諾権が住居に立ち入らせるか否かの居住者の意思決定の自由そのものであるとするならば、それは住居への立ち入りを認める意思決定である被害者の承諾そのものだと思われるのだが）、被害者の承諾（つまり立入ることの同意）は、法益である許諾権の放棄を意味することになる。許諾権に実質的利益を考慮しないのであるならば、許諾権そのものが放棄される以上、住居への立ち入りの意思決定の自由が放棄されるのであるから、被害者の承諾そのものが否定されてしまうことになる。つまり同意は無効となるはずである。この論理と結論は全く不合理である。住居侵入罪においては被害者が同意していないことについては

構成要件的な前提条件であると考えられるが、そうであるなら被害者の同意は構成要件阻却として考えられることになる。ロクシンによれば、住居侵入罪はすでに構成要件上被害者の同意のないことを前提条件としており、住居権者が同意を与えるなら、「住居侵入罪の構成要件が前提としている侵入 (Eindringen) が欠けることになる。⁽³⁹⁾」ここでは、瑕疵ある意思 (Willensmängel) は問題とならない。したがって、錯誤により同意を与えても、その同意は有効であり、住居侵入罪は成立しないと述べて、⁽⁴⁰⁾ 犯罪目的での住居への立ち入りを許したとしても、その立ち入りは住居侵入罪を構成しないことになるとしている⁽⁴¹⁾。しかし、類型的判断としてそのような結論を導くとしても、その実質的な判断が許諾権の放棄にあるとするなら、問題は残されたままである。実質的に許諾権が放棄されていたら、類型的にも被害者の同意は同意権そのものの放棄を意味することになると思われる。

平穩説によれば実質的利益を考えざるをえないから、行為者の目的を錯誤した場合には同意は法益関係の錯誤であり、同意が無効となると、特に住居以外の建造物 (たとえばデパートなど) の侵入の場合、不当であるとの批判があることはすでに述べた。しかし、その前提は正しいであろうか。換言すれば、平穩説の純化はおよそ不可能であろうか。私見では、許諾権 (すなわち意思決定) はつねに何かについての許諾であり、その意味では関係的概念である。許諾権を純化することが可能であるなら、平穩についても可能である。住居侵入罪は住居の不可侵やプライバシー保護を目的として、その予防的意味あるいは予備罪の意味から、「保護の枠組みの安全」を特別に取り出して、それを平穩として法益化したものと理解することが可能であるなら、まさに許諾権説が許諾を独立して保護法益としたのと同様に、その平穩自体が保護されることに法益としての固有の領域を見いだすことができる。そうであるなら、違法目的の立入りについて居住者が錯誤していた場合であっても、平穩な侵入である限り法益関係の錯誤とはいえ、同意は有効である。

(2) 複数の許諾

戦前の住居権説とは異なり、現在主張されている住居権説は、そこに居住している者の居住権をすべて平等に認める。しかし問題は居住者の許諾に対立がある場合である。立入りを許す者と許さない者が存在している場合、どのように処理すればいいのであろうか。学説上は、法益をどのように考えるのかとは別に、様々な見解が対立しているように思える。⁽⁴²⁾たとえば、立入り許諾について対立する許諾権者が住居内に現実に存在している場合には住居侵入罪を認めるが(本罪を否定するには全員の許諾が必要であるとする)、不在者が許諾していない場合には現在者の許諾が優先するという見解がある。⁽⁴³⁾また、共有部分については個々人の支配・管理が相互に排他性を有しないが、個室部分については排他性がおよぶとする見解もある。この見解では、一方が不在の場合、共有部分については在宅者の同意が有効となり、不在者の住居権は潜在化⁽⁴⁴⁾している。また、プライバシーの利益は他の居住者との間で共有されその意思との関係で制限された利益であるとし、対立者が在宅・不在に関わらず、一人の許諾があれば他の者は利益を失うという見解もある。⁽⁴⁵⁾

この問題の核心は、住居内に居住する者が形成する1つの共同体内部の問題をどのように考えるかである。すなわち、不在者と在宅者間であろうと在宅者間の問題であろうと、許諾について対立がある場合、立入りを許さない者の意思を優先して、行為者を処罰することが家庭ないし居住している者の共同体への権力の不当な介入にならないのかということである。家庭内での許諾の対立は家庭内の問題であって、その問題を国家が刑罰を背景にして全員の一致が必要であるとか、そうでなくとも本質論的に個々人の許諾権が何らかの意味で制約されていると考えるべきではない。⁽⁴⁶⁾居住者のうち一人が許諾していれば、刑罰の介入を控えることが謙抑性の観点から要求されているのである。なお、許諾について対立状況があるにしても、純化された平穩説から考えれば、客観的に平

穏な侵入であれば法益侵害はないのであるから、住居侵入罪が成立しないのは当然である。

まとめ

居住者に平等に住居権を認める住居権説が現在有力に主張されている。本稿で示したように、住居権説を純化した許諾権説までが主張されるにいたっている。このような状況はどのような意味をもっているのであろうか。住居侵入罪の法益に居住者(被害者)の意思を混入させ、侵入の意義も意思侵害ととらえる立場は、住居侵入罪が他の犯罪の予備罪的なものとして利用されることを回避するとともに、法益を自由権侵害として個人法益の側面から徹底してとらえようとしたものとして評価される。しかし、後者については、住居侵入罪が個人法益として異論なく考えられるようになった現在では、その意義を見いだすことは困難である。また、前者についても、結論的にいえば、その法益としての内容の稀薄性から、居住者の意思の重視によって、他の犯罪では可罰的違法性のないような行為を住居侵入罪で処罰するという結果を生じやすい(上述した最高裁の平成20年4月11日判決に顕著である)。また、許諾権を内容とする住居権説では、被害者の承諾との関係が不明である。このような問題意識から、本稿では住居権説を批判的に検討してきた。

確かに、平穩説にはその平穩内容の曖昧性の問題が依然として残る。純粹に外見的な不穩さを徹底して問題とすべきなのか。それとも一部の学説が主張するように、外見的には平穩でも居住者の意思に反する立入りをなお平穩侵害と考えるべきなのか。平穩説は、「平穩」を「事実上の住居の平穩」として定義するのが一般的であるが、侵入概念をどのようにとらえるかによって、かなり觀念化あるいは規範化しているようにもみえる。法益として住居の平穩を考慮することには、本来、単なる意思決定を法益とすることによる処罰の拡大を、客観的な観点から制約しようとする側面が認められる。この意味を放棄するような觀念化・規範

化はすべきではない。「平穩」概念はできるかぎり客觀的に構成されるべきであろう。住居侵入罪は、住居内の様々な実質的利益を保護するための客觀的枠組みとしての住居の平穩を独立して保護しようとするものである。したがって、犯罪目的を隠して立入るような場合、客觀的な平穩についての錯誤がない以上、居住者の同意は有効であり、住居侵入罪は成立しない。住居内での利益が直接平穩概念と結びついているわけではないのである。また、犯罪目的があるからといって、それが直ちに平穩性を害していることにはならない(犯罪目的が行為態様に客觀的に表れるような場合は別である)。平穩性は客觀的に考えられねばならないからである。他の法益保護のために住居侵入罪が処罰されるわけではないから、生命・身体・業務・財産などの侵害の危険性を平穩侵害とするわけにはいかない。平穩説がプライバシーなどの実質的利益の侵害を实体とするものであるとすると、「人が住んでいないマンションの部屋に無関係の者が立ち入ることを同室の売り主が拒絶できない⁽⁴⁷⁾」ことになるという批判がある。しかし、自分のものでもない部屋に立ち入ることは、立ち入りが拒絶されている以上、客觀的な平穩侵害である。「静かに」入ったとしてもそれは平穩ではない。事後的な客觀的判断がここでは要求されている。いずれにしても、平穩概念の客觀化とその帰結についての詳細な検討が今後の課題であるといえる。

- (1) 大塚仁『刑法概説(各論)[第三版]』(1966年)109-110頁。
- (2) 学説状況については、関哲夫『住居侵入罪の研究』(1995年)151頁以下を参照。
- (3) 判例の推移については、川本哲郎「住居侵入罪の保護法益と『侵入』の意義(1)」京都学園法学第2号(1991年)15-6頁。
- (4) 須之内克彦「住居侵入罪に関する一考察」愛媛法学会雑誌15巻3・4合併号(1989年)7頁。
- (5) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Auflage, 1969, S.332. ヴェルツェルは、住居権を法益と明言し、それが人格的自由や占有権と類

似したものとしている。

- (6) Hans Lilie, Leipziger Kommentar, 12. Auflage, Band 5, S. 159.
- (7) Schönke/Schröder/Lenckner, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, 2001, S.1164.
- (8) Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Auflage, 2007, S.846.
- (9) Schönke/Schröder/Lenckner, Anm. 7, S.1164.
- (10) 平川宗信『刑法各論』(1995年) 245頁。
- (11) 大塚・前掲(注1) 110頁。
- (12) 以上の平野博士の見解については、平野龍一『刑法概説』(1977年) 182-3頁。
- (13) 平野龍一「刑法各論の諸問題」法学セミナー201号(1972年) 68頁。
- (14) 山口厚『問題探求刑法各論』(1999年) 66頁。
- (15) 嘉門優「住居侵入罪における侵入概念について 意思侵害説の批判的検討」法学雑誌55巻1号(2008年) 166頁。
- (16) 伊東研祐『現代社会と刑法各論第二版』(2002年) 130頁。
- (17) 山中敬一『刑法各論[第2版]』(2009年) 160-1頁。
- (18) 平野・前掲(注12) 184頁。
- (19) 団藤重光『刑法綱要各論第3版』(1990年) 501頁。
- (20) 前田雅英『刑法各論講義[第4版]』(2007年) 135頁。
- (21) たとえば、林幹人『刑法各論』(1999年) 102頁は、「個人のプライバシー・自己決定権を重視するもの」としている。また、曾根威彦『刑法の重要問題[各論]補訂版』(1996年) 82頁も、(新)住居権説では、「プライバシーの保護と自己決定権尊重の視点から、居住者の意思に反する立ち入りは支配・管理権の侵害として住居侵入罪を構成することになる。」とする。
- (22) 嘉門・前掲(注15) 168-9頁, 172頁。
- (23) 関・前掲(注2) 169頁は、これを「主観的平穩説」と呼んでいる。
- (24) 大塚・前掲(注1) 116頁。
- (25) 大塚・前掲(注1) 117-8頁。
- (26) 関・前掲(注2) 170頁, 209-210頁。
- (27) 関・前掲(注2) 210頁, 安達光治「住居・建造物侵入罪における住居権者の意思侵害の意義 ある事例を出発点に」立命館法学300・301号合併号(2005年) 6頁。
- (28) 西田典之『刑法各論第三版』(2005年) 88-9頁は、平穩説に対して、住居の平穩の概念が不明確であるし、居住者の意思に反することであるとす

るなら住居権説と変わらないと批判する。

- (29) 参照, 和田俊憲「住居侵入罪」法学教室287号 (2004年) 58頁。
- (30) 関・前掲 (注2) 370-1頁。
- (31) 山口厚「刑法130条前段にいう『侵入』の意義」警察研究56巻2号 (1985年) 78-9頁, 井上大「住居侵入罪の問題点」阿部他編『刑法基本講座第6巻』(1993年) 161頁。
- (32) 以下の反論については, 関哲夫『続・住居侵入罪の研究』(2001年) 38-40頁, 43-4頁。
- (33) 関・前掲 (注32) 38頁は, 官公庁等の建造物については「実質的利益説」の立場であることを認める。
- (34) 団藤重光・前掲 (注19) 502頁。
- (35) 山下貴司「集合住宅における政治ピラ配布のための立入りと住居侵入罪の成否」研修742号 (2010年) 25頁。
- (36) この帰結自体は一貫したものであるが, 問題であるのは, ここでは被害者の同意論がそのまま許諾の効力すなわち法益論そのものに同化してしまっている点である。
- (37) Hans-Heinrich Jescheck und Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996, S. 383; Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, 2006, S. 581.
- (38) 大塚・前掲 (注1) 117頁。
- (39) Roxin, Anm.37, S. 540.
- (40) Roxin, Anm.37, S. 542.
- (41) Roxin, Anm.37, S. 543.
- (42) 関・前掲 (注2) 338-346頁。
- (43) 井田良「住居侵入罪」法学教室215号 (1998年) 11頁。なお, 井田教授は, 対立居住者が住居内に現実にいる場合に全員の許諾が必要ではないことを認めるのは, 反個人主義的立場であるとするが, 家庭や住居内の問題について, 個人主義を徹底するのは行きすぎであると思える。
- (44) 伊東・前掲 (注16) 132-3頁。
- (45) 町野朔「被害者の承諾」西原春夫他編『判例刑法研究(2) 違法性』(1981年) 212頁。
- (46) 参照, 関・前掲 (注2) 342頁, 345-6頁, 平川・前掲 (注10) 248頁, 和田・前掲 (注29) 63頁。
- (47) 前田・前掲 (注20) 139頁は, これらの危険性の存在を住居の平穏を害するものとするが, 侵入時においてそれが行為に顕現している場合に限定すべきである。そうでなければ「平穏」の概念は著しく拡大することにな

り、限定の契機をそこに見出すことができなくなる。前田説でも、「外形上判別可能」であることを要件としていると思える。

(48) 山口・前掲(注14)67頁。