



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	被害者の承諾（5）：各論的考察による再構成
Author(s)	佐藤，陽子
Description	論説
Citation	北大法学論集，59(3)，311-361
Issue Date	2008-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/34843
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-3_p311-361.pdf



被害者の承諾（五）

——各論的考察による再構成——

佐藤陽子

目次

序論	
第一章 国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾	
第二章 財産に対する罪と被害者の承諾	

（以上、五八卷三号）
（以上、五八卷四号）

第一節 はじめに

第二節 領得罪（窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪）

第三節 毀棄罪（器物損壊罪）

第四節 盗品等関与罪

第三章 自由に対する罪と被害者の承諾

第一節 はじめに

第二節 住居侵入罪

一 はじめに

二 住居侵入罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について

三 住居権者と合意能力について

四 住居権者が複数の場合の解決について

五 錯誤・強制に基づく合意について

六 一般的・包括的承諾について

七 まとめ

第三節 監禁罪

第四節 小括

第四章 生命・身体に対する罪と被害者の承諾

結語 ー総論的考察への示唆ー

（以上、五八号五号）

（以上、五九卷二号）

（以上、本号）

第三章 自由に対する罪と被害者の承諾

第一節 はじめに

「自由に対する罪」は憲法が保障する個人の自由を刑法上も保障するものであり、生命・身体に対する罪について重要な犯罪類型である。刑法上の自由は、①意思決定の自由（脅迫・強要罪）、②身体的移動の自由（逮捕・監禁罪）、③身体的移動の自由と身体の安全（略取誘拐罪）、④性的自己決定の自由（強制わいせつ・強姦罪）、⑤住居・建造物に誰を入れるかの自由（住居侵入罪）がある。⁽¹⁾

ただし、⑤には異論もあつて、住居侵入罪を「自由に対する罪」ではなく、「私生活の平穩に対する罪」⁽²⁾あるいは「プライバシーに対する罪」⁽³⁾に分類する見解もあるが、後述のように、ここでは「自由に対する罪」として取り扱う。なおいずれの説も本罪を個人法益に対する罪と解しており、本罪において被害者の承諾が問題となりうる点には異論がない。

上記のことから分かるように刑法は（もちろん憲法も）社会生活上のすべての人のすべての自由を保障しているわけではなく、かなり断片的に、社会生活において基本的に重要と思われる自由のみを保護している。⁽⁴⁾刑法がどのような自由をどのような形で保護し、個人はそれにどのような形で介入していくのか。まさに自由に対する罪と被害者の承諾の問題がそこにある。このような検討に貢献するのは刑法各論の分析であると思われる、本稿では住居侵入罪と監禁罪の例でもってこれをおこなう。自由に対する罪においては法益である自由の種類、構成要件が要求する行為態様が多岐にわたるため、すべての自由に対する罪と被害者の承諾の関係を明らかにすることは難しい。それゆえ少なくとも本稿で例としてあげられなかった犯罪の各論的考察を行う際にも有効となるような判断の基準を導き出したいと思う。

まず次節では住居侵入罪をテーマに、本罪において被害者の承諾がどのような役割を果たすのか、すなわち承諾の犯

罪論体系上の地位について検討し、その上で、どのような性質からもたらされる有効な承諾のための要件について検討したい。具体的には、誰が住居権者となりうるか、どのような承諾能力が必要とされているか、住居権者が複数の場合の解決、錯誤・強制に基づく承諾の有効性について、一般的・包括的に与えられた承諾の有効性について検討する。次に第三節において、監禁罪をテーマに、監禁罪における承諾の犯罪論体系上の地位について検討し、それに基づいて錯誤・強制に基づく承諾の有効性や、その他の要件についても検討する。

第二節 住居侵入罪

一 はじめに

刑法二三〇条は「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、又は要求を受けたにもかかわらずこれらの場所から退去しなかった者は、三年以下の懲役又は十万円以下の罰金に処する。」としてその前段で住居侵入罪を規定している。住居侵入罪は、⁽⁵⁾刑法典上は社会的法益に対する罪に分類されているが、個人的法益に対する罪と解するのが一般的である。

これまでの検討によれば、被害者の承諾と各論の構成要件を論じるにあたって重要となるのは、第一に構成要件メルクマールであり、第二に当該罪の法益である。住居侵入罪ではどちらについても争いがある。それゆえに、本節ではまず、住居侵入罪における被害者の承諾の法的性質について、「侵入」のメルクマールと住居侵入罪の保護法益に関する検討を通して明らかにしたい(二)。その後、住居権者と承諾能力について(三)、住居権者が複数の場合の解決につい

て（四）、そして錯誤・強制に基づく承諾について（五）、最後に一般的・包括的承諾について（六）検討したい。

二 住居侵入罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について

住居侵入罪の法益と「侵入」の意義については、相互にリンクしながらこれまで学説で争われてきた。本稿では各論の構成要件と被害者の承諾を検討するにあたっては、まず構成要件のメルクマールが、続いて法益が問題になると主張している。本節でも同様のことがいえるのであるが、住居侵入罪のこのような特徴から、以下では説明の便宜上順序を入れ替えて、まず法益論、続いて「侵入」の意義について検討していきたい。

住居侵入罪の法益に関する論争の中心は、住居権説対平穩説の構図にある。住居権説とは、住居に対する事実上の支配・管理権、すなわち誰を立ち入らせるかの自由を住居侵入罪の法益と解する立場であり、平穩説とは、居住者全員に平等に帰属する利益としての「事実上の平穩」を保護法益とする立場である。^⑦

また近年ではドイツにおいてシャルが提唱した説、つまり住居侵入罪を保護された領域の異なった重要性に基づいて区別し、それぞれ保護法益を定める機能説に依拠し、^⑧①私事性、遮断性の特徴とする狭義の住居においては立ち入りや滞在の許可の決定の自由を、②公共性、公開性の特徴とする公共営造物では、個々の職員の平穩かつ円滑な業務の遂行を、^⑨③私的業務性、開放性の特徴とする社会的営造物においては、②に加えて悪意的な処分も保護されると解する見解もある。

さらに平穩説対住居権説の枠組みを取り払い、住居侵入罪においては住居等において守られるべき利益も保護されているとする「実質的利益説」と、もっぱら住居等への立ち入りの許諾の自由が重要であるとする「許諾権説」の対立と

いう新たな構図を用いて、許諾権以外の実質的利益は問題にすべきでないとし、住居侵入罪の法益を「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」と主張する見解もある。⁽¹⁰⁾

私見によれば、まず平穩説は妥当でないように思われる。平穩説が「平穩」という概念を提起したのは、たとえば、住居権者が複数の場合の権利の対立を防ぐためであり、あるいはデパートや官舎のように多数人の出入りが許されるべき建物において住居権者による恣意的な立ち入りの制限を否定するためであったといえる。しかし、「平穩」という法益を持ち出すことでこれらの問題点が理論的にすべて解決されたかといえ、そうではないだろう。なぜならば、「平穩」という概念には解釈の余地があるからである。「平穩」概念が明らかなのは、侵入の対象が個人の住居であり、かつ居住者が一人であるときのみである。この場合は居住者の意思に反した住居への立ち入りが平穩侵害とみなされる。しかし侵入の対象が他の建造物である場合や、住居内に人が複数いる場合の「平穩」を判断する要素はなお十分に定められていないように思われるのである。このようにともすれば恣意的になりうる法益を刑法で保護することは適切ではないであろう。⁽¹²⁾ また、個人の法益でありながら、それを構成する一人一人が自由に扱うことのできない法益というのは、個人法益のあり方として不自然であるように思われるのである。

また機能説(多元的法益論)についてもやはり適切ではないと思われる。刑法一三〇条から機能侵害(業務の妨害)を導くことは、社会学的な見地はともかく、法的な見地からは困難であろう。あまりに文言から離れすぎた法益を持ち出すのは法解釈論的に適切ではないように思われるのである。会社等の機能侵害は、十分に業務妨害罪等で図ることができるだろう。

更に許諾権説も、法益の理解としては不十分であるように思われる。立ち入り許諾の自由は、刑法で保護するにはあまりに内容の少ない自由である。このような自由は、通常は住居権に付随して保護されるものであり、単独で保護する

価値はないように思われる。住居侵入罪は、住居権者が立ち入りを拒絶しているのに入ったという一時的な意思侵害を法益としているのではなく、意思に反して中に入っている状態、いわばテリトリー侵害を法益侵害として問題にしているのである。さもないければ、同条後段の不退去罪に新たな法益が要求されることになるだろう。

本稿は住居権説に依拠する。なぜなら、不退去罪に鑑みても、本罪で重要なのは誰を自分の支配スペースに立ち入らせるかあるいは立ち入らせないかの自由だからである。⁽¹³⁾ もちろん、ここでいう「立ち入り」の意味は、中に足をふみ入れるその瞬間のことを意味するのではなく、時間的な幅をもった立ち入り（その意味で「滞在」という語の方が適切かもしれない）を意味している。住居権説に対しては、住居権説を採ると住居権が誰に帰するかといった無用の争いが生じるという批判がなされているが、⁽¹⁴⁾ このような煩雑性ゆえに「平穩」という安易な法益をとることはできないだろう。このような争いを解決することこそが、この批判を回避する最も適切な手段となる。

このように住居侵入罪の法益は、住居に誰を立ち入らせるかを決める居住者の自由である。しかしこのことは住居侵入罪における被害者の承諾を検討するにあたってそれほど重要ではないように思われる。なぜならば、住居侵入罪における承諾は行為態様に係る合意の性質を持つていると考えられるからである。

「侵入」の概念は、上述の法益論に影響をうけて、それと一部リンクする形で、平穩侵害説と意思侵害説が対立している。

通説は意思侵害説であり、意思侵害説は住居権説の支持者のみならず、平穩説の支持者の一部から正当であると認められている。⁽¹⁵⁾ 平穩侵害説の支持が少ないのは、この見解によれば、開いた玄関から堂々と家に入った泥棒には住居侵入罪が成立しないということになりかねないことや平穩侵害を要求することは、本罪の規定の文言自体からはもとより、保護法益からも当然には導き出せない加重要件を課すことになってしまうからであろう。⁽¹⁷⁾

判例においてとりわけ「侵入」の意義が問われたのは、いわゆる大槌郵便局事件判決（最判昭五八年四月八日刑集三七卷三号二一五頁以下）であつた。¹⁸⁾この事件は、春闘の際に組合員がビラ貼りのために郵便局舎内へ立ち入つたというものである。第一審（盛岡地裁）は平穩侵害説に立つており、管理権者の意思は平穩を判断するための一要素に過ぎないと解していたが、原審（仙台高裁）では「刑法一三〇条にいわゆる人の看守する建造物に『侵入する』とは、立ち入ることにより当該建造物の事実上の管理支配を侵害し、もつて当該建造物内の事実上の平穩を害することにはかならないから、（中略）管理権者の意思いかんは犯罪の成否を左右する要素となり、右の意思に反する立ち入りは原則として建造物侵入罪を構成するものといえよう」として、「侵入」メルクマールの意義については意思侵害説のような説明をしている。¹⁹⁾このような状況の下で最高裁は「刑法一三〇条前段にいう『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、管理権者が予め立ち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、立ち入りの目的などからみて、現に行われた立ち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いうべきである」として、意思侵害説に立つことを明らかにした。²⁰⁾

このように現在では「侵入」の意義については意思侵害説が非常に有力となっている。そして意思侵害説の一部は、「侵入」の概念には「意思に反して」という要素が含まれているので、住居侵入罪の承諾は構成要件該当性を排除するとして、住居侵入罪における承諾の体系的地位についても言及している。²²⁾

確かに本稿で住居侵入罪における法益を住居権侵害と見る以上、それとは全く関係のない「平穩」という要素を「侵入」概念に入れることはむしろ理論的に妥当ではない。しかしだからといって意思侵害説に依拠し、かつ住居侵入罪における承諾が行為態様に係る合意であるというにはなお不十分である。なぜならば「侵入」には意思侵害の要素が全く

含まれていない可能性もあるからであり、また本稿の分類によれば行為態様に係る合意は、構成要件のメルクマールに法益侵害を超えるさらなる被害者の意思に係る要素が含まれている場合であるから、この結論に至るためには「侵入」の中に、法益放棄(住居権の放棄)を超えたさらなる被害者の意思の侵害が含まれていなければならないのである。それではまず「侵入」メルクマールにおける意思侵害的要素の有無について検討したい。日本では住居権説の立場から意思侵害説がとられることは当然のように説明されているが、実はそうではない。⁽²³⁾ 住居侵入罪の法益を住居権としつつ「侵入」の意味内容に意思侵害を含ませない可能性が、ドイツの学説を概観した時に現れてくる。⁽²⁴⁾

ドイツ刑法において住居侵入罪は、Hausfriedensbruch(直訳で「住居の平穏を破る罪」)として規定されているが、ドイツにおいても住居侵入罪の保護法益は住居権とするのが通説的見解である。⁽²⁵⁾ ここでいう住居権とは、表現の違いはあれども、自らのテリトリーに誰が滞在を許され、誰が許されないかについて決定する自由である。⁽²⁶⁾ このような大多数の一致にもかかわらず、ドイツにおいては、構成要件メルクマール「侵入」に係るいくつかの対立点がある。

通説において「Eindringen(侵入)」は、行為者の体の少なくとも一部分が保護された領域に、(事実的あるいは推定的な)住居権者の意思に反して(gegen)入ることとされている。⁽²⁷⁾ それに対して有力説は、「意思に反して(gegen)」ではなく「意思なく(ohne)」立ち入ることを「侵入」であると解している。⁽²⁸⁾ 前者はいわば禁止止つきの留保であって、住居権者がそれを拒絶しなければ立ち入りが許容されるのに対して、後者は留保止つきの禁止であって、原則住居への立ち入りは認められないが、住居権者が許可すれば立ち入りが許されるという違いがある。⁽²⁹⁾ しかし、「意思に反して(gegen)」の場合には、通常囲いがあることや鍵が閉まっていること等で反対の意思が推定されることが多く、一方で「意思なく(ohne)」の場合においても、一般にドアが開放されていたといった事情から許容の意思が推定される場合があるので、結局両者は結論的に同じことになる。⁽³⁰⁾ それゆえに、その違いは重要でない。⁽³¹⁾むしろ本稿にとって重要なのは、近年新

たに登場した、「Eindringen」から主観的な要素を一切排除して、客観的な要素のみで構成要件該当性を決めようとする見解である。⁽³²⁾以下ではこの見解について詳細に検討したいが、その前提としてまずこの説において重要な役割を果たす住居権者の推定的な意思の意義について見ていきたい。

「Eindringen（侵入）」とは、ドイツの通説によれば上述のように意思に反する立ち入りであるが、それは言い換えると物的なバリアあるいは心的なバリアを克服することを意味している。⁽³³⁾物的なバリアの克服とは、たとえば閉まっているドアをこじ開けることや庭の塀を乗り越えることである。心的なバリアの克服とは、住居権者の対立する意思、すなわち「入ってくるな」という意思を侵害することを意味する。これらがなければ、「被害者の意思に反して」という要素が否定されることになる。

そして、通説にとつてより重要なのは、心的なバリアである。⁽³⁴⁾たとえばうっかり閉め忘れたドアから、部外者が侵入したとしても、それは「Eindringen」ということができるし、逆に2階の窓を割って部屋の中に入ったとしても、住居権者がそれを許容していればそこには「Eindringen」はない。事実にある限りは決定的なものではなく、むしろそのような囲いに表現された住居権者の意思の方が決定的であり、それゆえ住居や建造物において、客観的なバリアがたとえ功を奏していない場合であっても、住居権者の意思に反して立ち入れば「Eindringen」ということになるのである。

しかしこの心的バリアにおいては住居権者の推定的意思がかなり大きな役割を果たしている。つまり、心的バリアには二種類あり、ひとつは実際の対立する意思であり、もう一つは推定的な対立する意思である。推定的な対立する意思とは正当化事由の推定的承諾とは異なり、⁽³⁵⁾客観的に読み取ることのできる住居権者の拒絶の意思である。一般社会においては、通常ある場所（住居や建造物）にある者が立ち入ることについての許可あるいは拒絶の意思は個別具体的に提示されないことも多いから、一二三条の際にはこのようなものが重要となってくる。たとえば鍵のかかったドアや庭

をかこむ塀は部外者に入ってきて欲しくない、という住居権者の意思を推定させるものである。このような意思は容易によみとれるし、またこのような推定的意思の顧慮も住居侵入罪の成立の可否を問う判断要素として受け入れることができるだろう。

しかし、実際の意思と客観的に読み取った推定的な意思が食い違っていた場合は問題である。これは、①実際は拒絶していたが、客観的には承諾していた（ように見えた）場合と②実際は立ち入りに承諾していたが、客観的には拒絶していた（ように見えた）場合に区別することができる。

①の場合にあたるのは、たとえば開店時間が過ぎている小売店で単に換気のためだけに入り口を開放したのだが、そのために客が入ってきてしまったという場合である。店主にはまだ開店の意思がなく客の受け入れを主観的には認めていないが、それを明確にするような張り紙はなかったとする。この場合には、おそらく多くの論者が故意はもろんのこと「Eindringen」の成立を否定するだろう。なぜなら、客は本来ならば開店時間である店内に、開放されたドアから入っているからである。「Eindringen」の定義に際して、単に「意思の克服」と規定するのではなく、「認識可能な意思の克服」といったような用語を使う文献が見られるのも、これを意識してのことであろう。また、一二三条は空間的な支配領域を保護するものであって、精神的な支配領域を保護するものではないことは当然であり、それゆえに、単なる支配の意思は、「Eindringen」を可能にするような空間的な「Hausfriedens（平穏な住居）」という領域をつくることはできないという指摘も、このことを示していると思われる。重要なのは、社会的な常識（*Sozialüblichkeit*）であって、隣家のドアが開いていたとしても普通ならば「入っていい」という意思表示であるとは思わないし、開店時間直後のデパートで入り口が開放されていたのならば、「入ってもいい」と考えるだろう。これに鑑みると、少なくとも「住居侵入罪」の成立のためには、類型的な拒絶の意思、つまり見た感じ拒絶していることが分かるなんらかの要件が必要であ

ると言えるのである。⁽³⁹⁾このような類型的な拒絶の意思がよみとれない空間においては、保護に値する「領域」自体の存在が否定され、たとえ実際の意思を侵害しても「Eindringen」メルクマールが否定される。これこそがここでいう住居権者の推定的意思であり、正確に言う住居権者が実際にそのように考えているかどうかは別にした「外観から類型化された意思」である。

それでは類型的な拒絶の意思を表すためには、どのような要件が必要なのか。これは、行為客体ごとに異なっている⁽⁴⁰⁾と解することができよう。同じドアの開放であっても、住居と会社ではその意味合いが異なってくるといえる。住居であれば、それはいまだに拒絶の意思を放棄しているとは思われないし、開店時間あるいはその前後の会社であれば立ち入りの許可と解することができる。また、時間的な要素も係わつてきて、営業時間から明らかに異なる夜半に、会社のドアが開いていてもそれは立ち入りの許可ではない。重要なのは個別具体的に、常識の範囲内でその行為が「Eindringen」という用語でカバーされるかどうかなのである。⁽⁴¹⁾

その一方で②においては、多くの論者が承諾を優先する。⁽⁴²⁾なぜならば、実際に対立する意思がないのならそこには心的バリアの克服、つまりは「Eindringen」がないからである。ここでの実際の意思は、たとえ類型的な意思が住居侵入罪の保護すべき「領域性」を肯定したとしても、それに優先されることになる。

このように②の検討においては確かに実際の許容の意思と類型的な拒絶の意思は前者が優先されているが、逆に①の検討に際しては推定的な許容の意思と実際の対立の意思は、「Eindringen」という概念の中で、前者の方が優先されることが明らかになった。この点で実際の意思というのはわずかにその重要性を失っていて、客観的な（推定的）意思の重要性がそれを克服している。このような事実を鑑みて、客観的な意思を更に重要視し、「Eindringen」は住居権者の意思とは係りなく、客観的な「領域性」への立ち入りを意味しているのではないか、と考えたのがカーゲルであった。⁽⁴³⁾

カーゲルによれば、「Eindringen」のためには行為者が意思に反して空間的に保護された領域に入ったということは重要ではなく、対立している意思はむしろ「住居」とか「会社」とかの行為客体の中に、外観的に明らかな心的バリアとして類型化されているという。⁽⁴⁴⁾ それゆえ「Eindringen」は空間的に区切られた保護客体の克服を意味し、権利者が立ち入りに合意した場合には正当化されるが、構成要件に該当しないわけではないのである。⁽⁴⁵⁾ そもそも「Eindringen」という単語の言語的な意味からは、「意思に反する」といった要素を導き出すことができず、⁽⁴⁶⁾ ゆえに住居侵入罪におけるそれにも、かならずしもそのような要素を取り入れる必要がないという。

「Eindringen」には意思の侵害は必要なく、客観的に（社会一般的に）そう呼べるかどうかが重要であるとしたカーゲルの議論はここからさらに、本罪の法益は当事者の意思ではないとしてシャルと類似した機能説を採ることに⁽⁴⁷⁾なるのだが、法益論に客体の差異を取り入れることは不適切であることはすでに指摘したとおりである。だが、統一的な法益を考慮した場合であっても、カーゲルの「Eindringen」概念は十分に顧慮に値するように思われる。つまり「領域性」それ自身を、住居権者がそれを自由に使う前提として保護していると考えることができるのである。この場合、住居権者の承諾は正当化（あるいは法益放棄）の性質を有することになるだろう。

このようなカーゲルの主張は、日本刑法の「侵入」というメルクマールにとっても重要であるように思われる。なぜならば日本でも通説的には意思に反する立ち入りを「侵入」として形作っているが、推定的な意思に導かれる「領域性」も重視されているからである。住居侵入罪は監禁罪のように身体的で直接的な自由の侵害ではないために、自らが全く認識していないうちにそのような自由の侵害がなされていることがよくある（たとえば空き巣）。特定人の特定場所への立ち入りについて、適時に判断することは非常に難しいし、デパートのような一般に開放されているところではほとんど不可能に近いだろう。それゆえに、推定的な意思が重要となってくるのである。その意思は、具体的事情に基づい

て被害者の意思を判断する推定的同意とは異なつて、より抽象的に、その場所が開放されているかいないかを判断する「領域性」に係るものといえる。立ち入りを許されているように見える、あるいは許されていないように見える、という一般的な認識は住居侵入罪においては非常に重要なものである。そしてそれゆえに、首尾一貫して一般に開放されている場所、あるいは常識的にそう思われる場所に（少なくとも通常許されている方法と目的で）立ち入ることは、「侵入」とは呼べないように思われるのである。（この問題は一部、後述の一般的・包括的承諾の問題とリンクしているが、前述した小売店の事例のように、場は開かれたが、なお立ち入りに承諾していなかった場合に、固有の問題として現れてくる。）

それでは、「侵入」において推定的な意思に基づく「領域性」を重要視するとして、逆に実際の意思を「侵入」メルクマールから排除すべきなのか、あるいは排除すべきではないのか。つまり、客観的な「領域性」がある場合（客観的に許されていないように見えるとき）において、住居権者の実際の許容の意思は「侵入」メルクマールを排除することができるのだろうか。

「一般人を基準とした管理権者、住居権者の意思」を想定し、それに反すると解される立ち入りのすべてに構成要件該当性を認めると解すれば、⁽⁴⁸⁾ここでの承諾は、「侵入」メルクマールを排除するものではない。反対に客観的な「領域性」に加えて、実際の対立する意思を克服して初めて行為者の行為は「侵入」と呼ぶに十分であると解するのであれば、承諾は「侵入」メルクマールを排除しうる。

結論からいえば後者が妥当であろう。なぜなら「侵入」という用語にはやはり一般用語的に「意思に反する」という内容が含まれているように思われるからである。一階の玄関から入ろうが、二階の窓から入ろうが、家人に招き入れられた者は日常用語的に「侵入者」とはいえないであろう。また刑法一三〇条の不退去罪からもそのような帰結は導き出

せるように思われる。不退去罪においては退去命令に違反した住居権侵害が重要であるのだから、同一構成要件内の住居侵入罪においても侵入禁止命令への違反を構成要件段階で重要視すべきであると思われるのである。つまり、住居侵入罪における「侵入」とは、意思に反した領域性の侵害である。

上記のことからまた、残された問いにも答えが与えられるように思われる。侵入とは意思に反して囲いを取りはらい、一歩足の中に踏み入れることであり、住居権侵害のスタートラインである。そして侵入が成功したその瞬間に住居権は侵害され始めることになる。侵入と住居権侵害は別の物なのであり、「侵入」における意思侵害は行為者が住居内に足を踏み入れる瞬間、その外壁に張り巡らされていた心的バリアが蹴破られたことを意味しているのである。「侵入」とは事実的に存在している立ち入りの拒絶という心的バリアを克服して住居内に立ち入ることをいうのであって、被害者の意思に係属した特別な行為態様による住居権の侵害といえる。⁽⁴⁹⁾つまり、住居侵入罪における承諾は行為態様に係る合意なのである。

三 住居権者と合意能力について

二の検討によれば住居侵入罪における承諾は、構成要件メルクマールの「侵入」という行為態様に係る合意である。侵入とは住居権者の意思に反する「領域」への立ち入りを意味するから、住居侵入罪を排除するために有効な承諾は住居権者によって行われる。そのために次に問題になるのは、住居権者は誰かであろう。この点については、日本の文献よりもドイツの文献の方が詳細な研究を行っているために、まずドイツの学説を紹介したい。

ドイツの学説においては、住居権者はその住居の所有権者ではなく、実際に占有している者、すなわち居住者である

点で一致している。⁽⁵⁰⁾ただし、この場合の占有はどこかの時点で一度合法となっている必要がある、専断的な占有者はこれには数えられない。⁽⁵¹⁾

それゆえ賃借人と賃貸人の関係においては、実際に部屋を占有している賃借人が住居権者であって、住居の所有権を有する賃貸人は住居権者ではないことになる。また、住居権にとって重要なのは、賃借人に委譲された契約的な利用の権限ではなく、(一時的にせよ)合法的な占有によつて彼が独自に手に入れた事実的な支配状況についての権限であるので、賃貸借契約は住居権を制限することができない。⁽⁵²⁾賃貸人が、契約によつて賃借人の部屋に入る権限を留保していたとしても、賃借人の意思に反してそれを行うことは許されず、それは賃借人が契約に反するような部屋の利用をしていたり、賃貸借契約が満了して彼に住居の利用権がなくなったりした場合も同様である。賃貸借契約による賃借人の権利の制限は民事手続きを通して実現されるだけのものであり、住居侵入罪における住居権への影響は認められない。その一方で、ホテルの部屋の場合においては学説で見解が異なっている。短期間で一部屋だけを貸すような場合には管理権者(経営者)⁽⁵³⁾の住居権は存在したままであるので、部屋を借りている者の住居権を制限することができるというのが通説であるが、当該部屋においては居住者が唯一の住居権者であるので、他の場合と同様に、管理権者は住居権の制限を一切行うことができないという反対説もある。⁽⁵⁴⁾

ここで重要なのは当該「部屋」の支配を実質的に行っているのは誰か、ということであろう。確かにホテルの場合には、住居の賃貸借契約の場合とは異なつて、部屋を借りた者は法律上それほど保護されていない。ここでは経営者側のより恣意的な部屋の利用が可能となっているのである。しかしそれはあくまでも民事法上の話であつて、具体的にその「部屋」を支配しているのはその部屋で暮らしている者であるように思われる。同じ期間、同じように生活をしている場合であっても、アパートならば契約による制限はなく事実的な支配によつてのみ賃借人に住居権が認められ、ホテル

の部屋では契約による制限を認めて事実的な支配とは別に管理権者にも住居権を認めるのは、事実上の支配を重視する住居権の解釈としては適切ではないように思われるのである。ゆえに、ホテルの部屋を借りている者にも、単独で完全な住居権が認められるべきであろう。

また同権の住居権者が複数の場合の解決も問題であるが、これは誰が住居権者かという問題ではなくそれぞれの住居権の関係が問題であるので項を改めて検討する。

それでは、未成年の居住者は住居権者といえるのだろうか。学説の中には親と同居している未成年者については住居権者に値しないという見解がある。⁽⁵⁵⁾ 親の保護権 (Sorgerecht) に鑑みて、住居権は親にあるというのである。しかし、未成年者自身も実質的にその領域を支配していることに鑑みると、また未成年者が権利の濫用としてではなく、正当に立ち入りを拒絶したいと考えている人に対しても、立ち入り拒絶の意思が保障されないことは不当であるゆえに、たとえ親と同居していても未成年は住居権者であるとの主張もなされている。⁽⁵⁶⁾ 親の保護権は、場合によっては子の住居権の制限根拠となりうるが、子から住居権そのものを奪ってしまう根拠にはなりえないのであるから、後者が妥当といふべきだろう。

日本においても、住居権者は、その住居に日常居住する者をいうとされており、⁽⁵⁷⁾ 住居の所有権者とは異なっていることが明らかにされている。また子の住居権については、日本の判例は否定的な立場をとっているようである。最高裁は家出した少年がその五日後に仲間三人をつれて、その家に強盗に入ったという事例について家出をした少年（つまりその家の息子）にも住居侵入罪を適用した。⁽⁵⁸⁾ ここでは、五日という期間で子の住居権が喪失したと考えることもできるが、それにしては短すぎる期間である。学説の中には、「子供が成人しその住居の家賃を支払っている場合などの例外を除き、原則として子供に住居権はなく、ただ親は養育義務によって住居権が制限されていると解するべきである」

として、比較的判例に好意的な態度を示すものもあるが、家族関係は会社とは異なり上下関係のあるものではないのであって、子供にも親と平等の権利が認められるべきとの主張もなされている。⁽⁶⁰⁾ 上述のように、後者の説が妥当である。しかしそうだとすると未熟な子の保護のために、親の保護権による制限は行われることにはなるだろう。

以上のことから住居権者は、住居を実質的に占有しているすべての者ということになる。

ただし未成年が住居権者であることと、有効な合意ができるかは別問題である。なぜなら、彼らには合意能力がない場合があるからである。

住居侵入罪における合意能力をみとめるためには、住居権者が、いま問題となっているのが空間的なプライベート領域であるということと、一定の人による立ち入りであるということを理解していること、つまり各々の人が住居の中に入るということについて事実的に了解していることが必要であるとされている。⁽⁶¹⁾

このようなテーゼは適切であろう。「侵入」メルクマールで重要なのは「入るな」という意思（心的バリア）が立ち入りに対立していることであり、心的バリアを張るためにはそこが自らのテリトリーであることを認識し、「立ち入り」の許可あるいは拒絶の意思を形成できる能力が必要である。つまり、当該住居のテリトリー性と部外者の立ち入りについての事実的な認識能力と判断能力を必要としている。それに対して、立ち入りの結果として生じる利益得失といったその他の事情についての理解力・判断力までは必要がないだろう。立ち入った後の問題は住居権侵害の問題であり、「侵入」とはかわりがないからである。

以上のことから、住居を事実上管理する能力を有しない幼児、児童の合意能力が否定されることは当然である。⁽⁶²⁾

四 住居権者が複数の場合の解決について

住居侵入罪における法益である住居権は、場合によっては複数人が同じ住居に関係して有している場合がある。たとえば夫婦の住居がそれにあたるのだが、同権の住居権者が複数存在している住居の場合には、そのうち誰が立ち入りに合意をすれば、「侵入」メルクマールが排除されるかという問題が生じる。⁽⁶³⁾ 住居権は個人的な法益で、一つの住居にある一つの住居権を共同に有しているというわけではないので、各々の住居権が対立するような状況はおこりうるのである。

各々の住居権者は、お互いの住居権者にその住居権を用いることができないことはドイツの通説的な見解である。⁽⁶⁴⁾ この状況は日本においても同様であり、住居権者は他の住居権者に対して自らの住居権を用いることができないといえよう。なぜなら、住居権は外部者を領域内に入れるか入れないかについての権限であって、内部者である他の住居権者は権利行使の対象から外れるからである。また「侵入」メルクマールも、もともとその住居を支配している住居権者が住居に入ることを用いられる用語ではないように思われる。

複数の住居権の対立が問題となるのは、複数の住居権者の一部だけが第三者に立ち入りの合意をした場合に、その第三者の立ち入りがどのように評価されるのか（住居侵入罪を構成するのか）という点である。

住居権は原則的にはどの住居権者にも完全な形で与えられている。それゆえに、住居権者の一人は他の住居権者の同意なくして第三者の立ち入りに承諾することができるし、また第三者に住居への立ち入りを禁止するあるいは退去を求めることができる。しかし、住居権者の立ち入り許可の意思と立ち入り禁止の意思が対立した場合には、ドイツの通説によれば要求しうる（*zumutbar*）範囲においてのみ、後者は制限されることになる。⁽⁶⁵⁾ つまり、住居権者の一人は、他の住居権者がその立ち入りを許容した第三者の立ち入りと滞在を禁じることができないし、退去を求めることもできない。住居権は、全員の一致した行使が求められる占有権とは異なり、住居の事実的な支配が重要であるゆえに、住居権

者の一人は他の住居権者の住居権行使によりその住居権を制限されることになるのである。住居権者の住居権濫用の徴憑となる「Zumutbarkeit」の内容については、各々の説によって異なっている。⁶⁶しかし、ここでは「Zumutbarkeit」概念の曖昧さよりも、なぜ制限される住居権が立ち入りの許容ではなく立ち入りの拒絶の方なのかという事が疑問であるように思われる。それぞれが同じ住居権を持ち他の住居権者は許容できる範囲でそれを受け入れなければならないという理論は、優先されるべき住居権は「立ち入りの拒絶」の方であると解することになんの妨げとはならないはずである。⁶⁷そのためドイツの少数説は立ち入りのためには、住居権者全員の承諾が必要であると解する。なぜなら、合意した者以外の住居権者の住居権は、第三者の立ち入りあるいは滞在によって侵害されているからである。

日本においても住居権者が複数いる場合の解決については、住居権者の一人の承諾で十分とする一人許諾十分説と住居権者の全員の承諾を必要とする全員許諾必要説がある。⁶⁹また、実際に住居権者同士の意思が対立する場合は別として、少なくとも現在住居にいる人の意思を、いない人の意思よりも優先する見解もある。⁷¹かつて判例は当時の家父長制度の影響から、家族間における住居権は夫一人にあると解していた（旧住居権説）。⁷²ここでよく用いられるのは姦通目的で妻の承諾を得て住居に入った行為者に住居侵入罪の成立を認めた判例である。大審院は上記の事例において「数人共同シテ一個ノ住居ヲ構フル場合ニ在リテハ、其ノ住居タルヤ一個不可分ノ生活利益ニシテ、各人ノ共有ニ属スルモノトモ喩ウベキニ似タリ。サレバ其ノ住居ニ対スル侵入又ハ搜索ニ付テハ、住居者全員ノ許諾ヲ要スルモノト解セザルベカラザルガ如シト雖、夫婦相寄りテ子孫ト家族的生活ヲ営ム場合ニ於テハ、夫ハ即チ家長トシテ一家ヲ主宰スル者ナルガ故ニ其ノ住居ニ対スル侵入又ハ搜索ニ付テノ許諾ノ権ハ独リ夫之ヲ有スルモノト解スベク、妻之ヲ代行スル場合ト雖、夫ノ意思ニ反セザル限度ニ於テ其ノ効アルモノト謂ハザルベカラズ」と判示している。しかしここではたしかに、当時の家父長制度の影響から家族の住居権は夫にあるとされているが、傍論の中で家族の形態でない場合の住居権

の対立については「住居者全員ノ許諾ヲ要スルモノト解セザルベカラザルガ如シ」と述べている点にも注目すべきである。ただ大審院のこのような見解は後の判例によって肯定されることはなく、家父長制度の影響がなくなった戦後の判例においては、平穩説に立つことよって（住居に住む者のうち一人の）承諾に基づく住居への侵入の可罰性を判断する立場に移行し、⁽⁷³⁾住居権の争いは表に出なくなった。

日本の学説において一人許諾十分説の根拠は、ドイツのそれと同じように、住居権が他の居住者との間で共有され彼らの意思との関係で制約された利益であるゆえに、一人の居住者の意思が住居への立ち入りを容認するときは、他の者は利益を失うことに求められている。⁽⁷⁴⁾しかし、住居の利用権が住居権者同士互いに制約しあう関係にあるからといって、「許容」の意思が「拒絶」の意思に優先される必然性はない。相互に制約しあうというのであれば、「拒絶」を優先して、全員許諾必要説に立つ可能性も理論的には残されているように思われる。「許容」の意思の優先は、全員許諾必要説に立てばいやがる大学受験浪人生を教えるために親に雇われてやってきた家庭教師について住居侵入罪が成立することになつてしまふといった具体的な事例における結論の不当性が根拠となつているようだが、⁽⁷⁵⁾一人許諾十分説にたつた場合にも、たとえば夫は常に妻の浮気相手の住居への立ち入りを甘受せざるを得なくなるといった不当な帰結が導かれるのであり、帰結の不当性は決定的な根拠とはなりえないように思われるのである。

この点についてむしろ説得的なのは、住居権の制約を認めながらもそれは内部の問題であるとして、許諾権者の意思の優劣を判断しない見解である。⁽⁷⁶⁾つまり許諾権者の優劣という共同体の内部で決めるべきことに刑罰権力は介入せず、意思が対立する場合は、住居侵入罪は成立しないことになるのである。

他方で、全員許諾必要説も有力に主張されている。⁽⁷⁷⁾住居権がすべての住居者に平等に付与されている権利だとすれば、ある住居権者の承諾は他の住居権者の住居権を放棄することはできないとして、承諾者以外の者の住居権侵害を肯定す

ることは首尾一貫している。またこの見解は、平穩説に依拠する一部の論者からも「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から、夫婦の一方が他方に代わってそこへの立入りを承諾しうるのは、他方の意思に反しない場合でなければならない」ので、「妻のみの承諾によって、その住居への立入りが罪とならないのは、夫の承諾も推定される場合のほか、夫が別居中であるとか、長期間不在であつて、事実上その住居の平穩についての妻との共同の利益を欠いている場合に限られるべきである」として支持されている⁽⁷⁸⁾。

さらに一人許諾十分説と全員許諾必要説を、事例ごとに使い分ける見解もある。たとえば明示的な拒否が合理的な利益に基づく場合、あるいは合理的な立ち入り拒否が推定される場合には、住居権者の一人の承諾があつても住居侵入罪を成立させようとする見解がそれである。⁽⁷⁹⁾ここでは許容の意思ではなくて、拒絶の意思の合理性が求められていることに鑑みれば一人許諾十分説に近く、それに例外を付与したものであるだろう。ドイツにおける「Zunutbarkeit」の基準のようなものである。さらに、より具体的に事象を区別して、「例えば、夫婦二人の住居に関しては、抽象的・一般的レヴェルでは、両者は共に、全く恣意的な立ち入り拒否さえ正当と認められる極めて高度の保護の与えられる住居権を有している。従つて、この住居権がそのまま現実にも住居の全範囲にわたり均一に及ぶとすれば、一方が同意したが他方が拒否する立ち入りは『侵入』に該るといわざるを得ない」としつつ、「夫婦がそれぞれ文字通りの個室を保有するような場合、それぞれの個室に関しては相互に優越的（もしくは排他的）支配・管理が成立し、反面、特段の取りきめが存しない限りは、非個室部分あるいは共用部分についての各々の支配・管理は相互に謂わば排他性を有しなくなる⁽⁸⁰⁾」とする見解がある。この見解は、全員許諾必要説を前提としているが、それぞれ独立した住居スペースをもっている場合には、民法二一〇条の通行権のようにその部屋に行くための通路となる場所やトイレ等の基本的な生活を構成する部分への立ち入りを認めようとしているように思われる。あるいは共同住宅のロビーのような構成かもしれないが、

いずれにせよ独立の住居権（あるいは優越的な住居権）がひとつの住居にいくつか存在していることが前提となっている。しかし、このような前提は容易に受け入れることができないように思われる。住居自体が異なっているならば話は別だが、同じ住居内で各自の部屋に関して排他的な住居権を有するというのであれば、夫の部屋に勝手に入った妻の行為が住居侵入罪を構成することになってしまうし、そうでなくとも家族という共同体の理解としては適切ではないように思われるからである。家族の住居権は、住居すべてに平等に及んでい应考虑すべきだろう。

また、住居権は単なる抽象的な権利ではなく、事実上の支配を内容とするものであるという理由で、第一次的には現実に支配している者の意思が優先的に保護されとする見解には、留守宅に侵入しても住居侵入罪は成立しうるから、不在者の意思も保護に値することは当然であるという批判があてはまるように思われる。⁽⁸²⁾ また、「許諾権者の意思とは独立した事実上の状態を問題にすること自体妥当でないし、また、留守宅に侵入するよりも現在者による拒否を無視して侵入した方が重い違法評価を与えられると考えるべきでもない」のであるから、「常に現在者の意思が優先するとする理由はない」と解すべきだろう。⁽⁸³⁾

本稿においては、住居権者の合意は住居権の放棄ではなく「侵入」メルクマールを排除するための事実的な意思と解している。しかしそのことから直接なんらかの帰結を導き出すことはできない。なぜならば、「侵入」メルクマールにとって重要なのは住居権者の拒絶の意思、つまり心的バリアを破って領域に立ち入ったことであって、一人の合意によって心的バリアが排除されたというためには他の住居権者の心的バリアがそれによって取り除かれたといえなければならぬからである。たとえば窓を閉め忘れて外出した場合であっても住居権者の合意なくしてそこから侵入した者は住居侵入罪であって、同じことが一人の住居権者が他の住居権者の意思に反して扉を開放した場合にも当てはまる可能性は残されている。そのため、やはり複数住居権者同士の意思の優劣の問題は避けることができないのである。

それでは、立ち入りの許容と立ち入りの拒絶どちらの意思が優先されるべきか。ここでまず重要なことは、現在者に不在者の権限が委譲されている場合はともかくとして、そうでない場合には不在者の立ち入り拒絶の意思も現在者のそれと同様に重要視されるべきであるということである。明示的にせよ黙示的にせよ拒絶の意思が明らかな場合には、それは心的バリアであつて、不在者のそれが現在者のそれに劣る理由は存在しない。住居にいてもいなくても、領域を自由に扱う権利は彼に完全な形で保障されているものである。ゆえに現在者ゆえあるいは不在者ゆえといった区別は用いることができないだろう。

これまでの被害者の承諾の総論的考察によれば、権利の放棄はすべての権利者の承諾がなければ不可能であるし、また窃盗罪の場合においても財物が共有状態にあるときには、すべての占有者の合意がなければ窃盗罪の成立は妨げられないとされている。これに鑑みれば全員許諾必要説には説得力があるだろう。しかしここで問題なのは保護法益の放棄ではなく「侵入」メルクマールであるし、住居権は民法の共有の規定の適用を受けない。ドイツの少数説のように、住居権者の一人が承諾しても他の住居権は侵害されるという理解に基づいても（実際に法益としての住居権は個々人に完全な形で保障されているとみるべきだから、承諾を拒絶する住居権者の住居権はその者の立ち入りによって侵害されているとみるべきであろう）、「侵入」メルクマールの充足に必要な心的バリアがその住居に居住している人の数だけあるのではなく、その住居の数（つまりは一つ）しかないと考えるのであれば、その一枚の心的バリアの排除のために一人の許諾で十分であるという帰結は起こりうるように思われる。そして「侵入」という行為が客観的な構成要件の問題であつて、純粹に主観によって誰かにとって「侵入」で誰かにとっては「侵入」にならないような性質ではないことに鑑みれば、ここで一つの住居には一枚の心的バリアしかないと考えることができないのではないだろうか。

それでは、一枚しかない心的バリアを排除するためには一人の許諾で十分か、あるいは全員の許諾が必要か。結論的

には一人の許諾で十分であるように思われる。なぜならこのような住居ごとに一つしかない心的バリアを打ち立てるか否かという問題は、住居権者の間で決定すべきものだからである。第三者の立ち入りを許容する意思と拒絶する意思の対立は、共同体の内部で解決すべき問題であろう。⁽⁸⁴⁾そして、これらが対立している場合には刑法は介入すべきではないように思われるのである。これを「法は家庭に入らず」という言葉で表現できるかどうかは定かではないが、構成要件の明確性を保つためにも結果的には住居権者のうちの一人の承諾で十分であるというべきであろう。またここでは立ち入りを望まない居住者の権利が完全に無に帰す恐れはなく、第三者が住居に立ち入っている間でも彼の住居権は失われることなく残っているから、つまり退去要求の権限は残っているから、この点で全員許諾の必要性が薄いようにも思われるのである。

五 錯誤・強制に基づく合意について

「侵入」への承諾は真意になされたものでなければならぬことは、判例によつてすでに認められている。⁽⁸⁶⁾前章では法益侵害性に係る合意は自己決定を根拠とする法益の放棄であるので、真意でなければそこには犯罪阻却の根拠は存在しないと主張したが、⁽⁸⁷⁾同じことが「侵入」メルクマールに係る合意にもあてはまる。なぜなら、あざむれや冗談でなされた承諾には、立ち入りに対する反対の意思がなお存在しているからである。ただし、そのような外見上の承諾が住居あるいは建造物の「領域性」を奪うような場合は別である。

「立ち入り」の許容が、住居権者が実際の事情を知っていたならば承諾しなかったであろうというような状況下で与えられた場合、日本の判例においては、それは被害者の欺罔（あるいは錯誤）にもとづく承諾の解決というよりは、違法

目的を隠した立ち入りが許されるのか、ひいては住居侵入罪において承諾の意思は行為のみならず目的についても及んでいなければならないのかという視点から分析されているようである。⁽⁸⁸⁾たとえば、強盗の意図を隠して顧客を装い、閉店後の店舗へと入った事例においては「住居侵入罪の『故なく』とは正当の事由なくしての意であるから、強盗殺人の目的を以て他人の店舗内に侵入したのは、すなわち、故なくこれに侵入したものに外ならない。そして住居権者の承諾ある場合は違法を阻却すること勿論であるけれども、被害者において顧客を装い来店した犯人の申出を信じ店内に入ることを許容したからと言って、強盗殺人の目的を以て店内に入ることの承諾を与えたとは言いがたい。果たして然らば被告人等の本件店屋内の侵入行為が住居侵入罪を構成すること言うまでもない」として、また、強盗の意図を隠して「こんばんは」と挨拶したところ、家人が「おはいり」と答えたのに乗じて住居に入ったという事例においては「外見上家人の承諾があつたように見えても、真実においてはその承諾を欠く」として住居侵入罪の成立を認めている。⁽⁹⁰⁾

しかし、目的にまで承諾が及んでいなければ承諾は無効であるとする判例の立場は、「友人が遊びに来たと思つて招じ入れたところ実は借金を取り立てに来たという場合にも、承諾が存在しないのであるから、住居侵入罪が成立してしまふ」として、批判される⁽⁹¹⁾ところである。住居侵入罪の保護法益を「平穩」とし、「侵入」の意義についても平穩侵害説に立つのであれば、行為者の内面をも合わせてその立ち入り行為が平穩かどうかで判断することになるが、本稿は住居権説・意思侵害説の立場であるのでこのような考えに立つこともできない。ここではやはり、行為者は自らの目的を欺罔して立ち入りの許可を得た、という形で欺罔によって得られた合意の有効性の問題として検討すべきだろう。

日本においては、住居侵入罪における錯誤に基づく承諾は、総論的な検討であわせて行う見解と各論的な検討にそれを譲り総論テーマを適用しない見解に分かれている。

前者の立場は更に二つあって、一つは決定に重要なあらゆる欺罔に基づく承諾は無効であるとする通説的立場からの

検討であり、他方は有力説である法益関係の錯誤説からの検討である。これらは住居侵入罪の承諾を行為態様に係る合意と解する本稿の立場とは異なり、自律的な自己決定による法益放棄（法的保護の放棄）の理論から分析した見解といえよう。

総論的考察の通説的立場、つまり目的を欺罔あるいは秘匿した立ち入りは、無効な承諾ゆえに住居侵入罪が成立すると解する立場は、判例の結論を支持することになる。なぜなら、「居住者は、およそ立ち入りを認めるかどうかの二者択一的な決定しかできず、人の属性・立ち入りの目的に関し条件をつけてもそれはいっさい法的に無意味である」と考えることは、保護法益の内容をあまりにも空虚なものとするものであろう」と考えるからである。⁽⁹³⁾ 被害者にとり、黙ってひそかに立ち入ろうとする行為からは保護されるが、巧妙に偽装された行為からは保護されないというのは理由ある区別とはいえない。また以下で紹介する諸説においては、広義の住居侵入罪には不退去罪があるから、立ち入り段階では欺罔に基づく承諾を有効にしてもよいという考え方をすることが多いが、この説によれば、行為者が殺人、強盗、強姦等の目的を隠して立ち入った場合については、退去要求は無力であり、ひとたび住居に入られたからには、不退去罪による保護があるといっても慰めにもならないのだから、このような考え方は適切ではないと批判されることになる。しかしこの主張に対しては、⁽⁹⁴⁾ 通常成立可能な不退去罪よりも処罰を前倒しにすること自体にどれほど意味があるのか疑問であるとの反論もなされている。なぜなら一旦住居に入られると、不退去罪による保護があるといっても慰めにもならないというが、すでに住居侵入罪が成立しています、といっても同じだからである。結局、内部での利益侵害は正にそれを捉えた犯罪類型の既遂・未遂・予備で処罰するか、真の目的が判明した時点で退去を要求し、従わない場合に不退去罪を成立させれば足りることになる。

この見解を読み解くにあたって、まず注意しなければならないことは、本稿の立場によれば、住居侵入罪の保護法益

は住居権であり、それは誰を住居に入れるか入れないかを決定する権利であるので、たとえ欺罔に基づく承諾を有効だと解しても、「およそ立入りを認めるかどうかの二者択一的な決定しかできず、人の属性・立入りの目的に関し条件をつけてもそれはいつさい法的に無意味である」という事態にはならない。ここでは、誰の立ち入りを、いつ、どの範囲で認めるのかという点までも保護法益であるので立ち入りに付けられた条件を守らなかった人物は住居権を侵害していることになる。そしてそこに住居権侵害の行為態様の一つである「侵入」メルクマールが備わっていれば、住居侵入罪が成立することになる。法益放棄の問題と構成要件メルクマールの充足が別であると解する本稿の利点はここにあるといえるだろう。欺罔に基づく承諾が有効だとしても、法益が空虚だということにはならず、処罰される行為が構成要件によつて限定されているにすぎない。次に、狭義の住居侵入罪に代わる不退去罪の成立が有効か否かという議論についてだが、これは侵入行為者にとつて目的を隠し持つて入る時点で住居侵入罪が成立するという事実が立ち入り行為を抑止する動機となり被害者にとつて住居内より安全な状況が保てることになるのか、という一般予防効果の問題であるように思われる。しかし強盜の意図を有している者に対して「住居侵入罪が成立しますよ」という呼びかけが犯意を失わせるものかは疑問であろう。刑法規範に反して強盜の意図を有した者が、住居侵入罪の威嚇におびえるとは思われないからである。また強盜犯が住居内での犯行を選択した場合には、住居のブラインド効果が彼らの犯罪、つまりは強盜にとつてメリットがあると考へた場合が通常であるから、住居侵入罪の成立を回避するよりもより安全な強盜手段を選択するのではないだろうか。これらのことに鑑みれば法的保護の放棄として特徴付けられた承諾理論の通説に依拠しなければ、とりわけ耐えられないような結果が生じるわけでもないように思われるのである。

他方でそれとは反対に、法益関係の錯誤説に依拠すること、欺罔に基づく承諾をより広い範囲で有効にしようとする見解がある⁽⁹⁵⁾。しかし、このような見解も、結論においては一枚岩ではない。その差異をもたらししているのは、住居

侵入罪の法益の内容についての見解の相違である。

たとえば、住居侵入罪の保護法益を形式的な許諾の権利だと解する許諾権説あるいは立ち入りそのものを重視する住居権説によれば、立ち入りを許諾した特定人についての認識があれば、その人の属性は無関係であり、それらの点についての錯誤は有効な許諾の存在に影響をもたないことになる。⁽⁹⁶⁾立ち入る者の隠された不法目的などは無関係であり、さらにたとえば暗かったので夫だと思ってドアの外に立っていた者を入れたが実は夫ではなかったという場合でも、立ち入りを認めた特定人について錯誤がない以上は許諾は有効であるという。

それに対して、形式的な許諾以上に実質的な利益を住居侵入罪の法益に含ませれば、同じ法益関係的錯誤説であつても異なる帰結が導かれる。それによれば住居や看守された建造物等は、外部とは区別されたその内部で有意義な行為を行うための領域としての社会的機能をも有しており、単に内部に立ち入られないことだけでなく何等かの積極的な目的のために他人を立ち入らせることにも一般的に合理的な価値が認められるものであるので、意思に反して立ち入られないこと⁽⁹⁷⁾だけでなく意思に基づく一定の目的実現のために他人を立ち入らせることも保護が目指されるべきであるということになる。したがって、特定人や特定の客観的属性を有する者だけが内部にいる状態を作出・維持することを主たる目的として立ち入りが許容された場合、当該特定人以外の者、当該客観的属性を有しない者の立ち入りは侵入に該当するということになる。この場合においては、このような特定人性、客観的属性を錯誤した立ち入りの許容は無効ということになるだろう。

また、住居侵入罪の保護法益を、誰を住居内へ入れ誰を入れないかについて決定する権利だと考え、ある人物を住居内へ入れるということについて承諾していれば、それ以外の事情についての錯誤は法益関係的でないとする見解もある。⁽⁹⁸⁾したがって、他人を夫と誤信して立ち入りを許可した場合には、法益関係的錯誤であり、錯誤に基づく許可は無効とな

る。これに対してある人物の属性、目的に錯誤がある場合、例えばセールスマンだと思つて家に入れたら強盗だったという場合には、特定の人を家へ入れること自体には錯誤なく承諾しているので承諾は有効ということになる。この点で人の同一性の錯誤と属性の錯誤の区別の困難性が生じるのだが、これについて前者はいわば「顔」の取り違えで、後者は「衣服」の取り違えであると解されることになる。つまり同一性の錯誤は、少なくとも一方は既知の二人の人の間での人格（「顔」）の混同であつて、属性の錯誤とは、一人の人格の中での認識と事実の食い違いであるという。

これらの見解はいずれも違法な目的を秘して侵入した場合においては法益関係的ではないとして住居侵入罪の成立を否定する点で共通しているが、それ以外では同じ法益関係的錯誤説でありながら様々な帰結が導かれている。

このように住居侵入罪における被害者の承諾と総論的に議論された承諾論とをパラレルに扱う見解に対して、一部の文献は、住居侵入罪における承諾が「侵入」の行為態様に係るものであることを重視し、総論的な錯誤の問題とは別に議論を行っている。それによれば、「刑法は、住居侵入罪で『侵入』というメルクマールをつかつて、住居に居住する人はその住居にだれかがはいつてきてもよいかどうかだけを決めることができることにしている」ので、たとえ強盗の意思を隠して承諾を得て家の中に入ったとしてもその承諾は有効ということになる。⁽⁹⁹⁾このような見解はドイツにおける通説と同様である。

ドイツにおいては、「侵入」メルクマールの機能から、錯誤はそれが欺罔に由来するかどうかに係りなく合意の有効性とは関係ないとするのが通説的見解である。⁽¹⁰⁰⁾明白に表明された権利者の意思でもって部屋に立ち入った者は、その意思に反して振舞つていない。ここで重要なのは、あらゆる事情を理解した住居権者の真の意思ではなくて、立ち入りを許容するという事実的な意思である。なぜなら立法者は、住居権の背後にある多様な利益の刑法的保護を、それが個々の事例に存在するそのような利益とは関係なしに、一定の領域の中に入ることを処罰するという方法で規定したからである。⁽¹⁰¹⁾

住居権者の決定の動機は、類型的に人的な属性（Eigenschaft）だとか訪問者の立ち入りの意図に、したがって住居権の背後にある利益に係関係した状況に係しているのだから、住居権者の決定が錯誤なく成立していることに左右させてしまつと、法的な基本決定がたくみに隠されてしまうことになるというのである。これらの見解によれば違法な目的が隠された立ち入りは、不退去罪による処罰で十分なので、刑事政策的に狭義の住居侵入罪の成立を認める必要もないことになる。⁽¹⁰⁸⁾

なお、このようなドイツの通説に依拠する論者の中でも、事前に明示的に特定人物に対する排除の意思が表明されている場合においては、事情が異なるとする見解もある。⁽¹⁰⁹⁾ なぜならば、ここでは「その人」の立ち入りを拒否するという意思は、欺罔によつて立ち入りの許可が得られた後にも存在しているからである。そのために、「侵入」メルクマーの心的バリアが肯定されるのである。

他方で、ドイツの判例はドイツの通説のようには考えていないようである。ミュンヘン上級地方裁判所は、潜入捜査官が客を装つて麻薬売買が行われている住居に、居住者（麻薬の売人）の承諾を得て立ち入ったという事例について、この立ち入りの許可は住居侵入罪の構成要件を排除しないと解した。⁽¹¹⁰⁾ なぜならば「『侵入』を阻却する同意は、その同意が権限者の真意に沿うときにのみ存在するのであつて、同意が行為者の欺罔によつて決定的に影響付けられた時には、それは存在しない」からである。この点は立ち入りの目的をも重視する日本の判例と立場を同じくしているといえるだろう。

また、このような判例の立場に与する学説も少数ながら存在する。⁽¹¹¹⁾ それによれば、住居のような領域における住居権は、単に立ち入りないしは排除について決定するための権限に汲み尽くされるものではなく、望ましくない第三者の認識（Einblick）と行為の見込み（Verhaltenserwartung）に対して閉鎖的なままであるべき、従つてどんな他者決定か

らも免れるべき個人の固有の領域を保護しているという。それゆえ欺罔によって不正に得られた侵入への合意は常に法益関係的な欺罔があるということになる。そして、「侵入」メルクマールに関しては、同意が不正に得られた際には、行為者は彼が認識可能な抵抗を、彼が権利者を欺罔することによって克服しているので、充足されると考えるのである。⁽¹⁰⁸⁾

本稿の立場によれば、ここで重要なのは「侵入」メルクマールである。それゆえ、何が法益関係的な錯誤であるか、何が他者決定であるか（つまりは自己決定とみなされない決定か）という問題とは一線を画する議論を行うことができるであろう。ここでの問題は、「侵入」メルクマールを充足する際に侵害される意思是「事実的な意思」であるのか、あるいは「真の意思」であるのかということであり、また換言すれば、ここで形成されている立ち入り拒絶の心的バリアは、欺罔の手段によっても「侵入」を意味する程度に克服されたといえるのか、という問題である。

結論から言えば重要なのは事実的な意思であるように思われる。住居権者が欺罔に基づいて立ち入りに合意した場合、たしかに欺罔によって当該住居の心的バリアは（行為者によって）たくみに排除（破壊）されているが、領域に立ち入る瞬間にはそこには立ち入り許可の意思があるのであって、事実上、「侵入」を構成する心的バリアは存在していないのではないだろうか。欺罔によって心的バリアが克服されるのは侵入よりも前であって、侵入時ではない。これに鑑みれば、「侵入」メルクマールのために重要なのは、事実上の意思と解するべきである。従って欺罔に基づく合意であったとしても、住居侵入罪の成立はない。一定の要件、たとえば入場券を持つことや、一定の人的グループに属していることが立ち入りの許容にとつて重要な場合においても、裏口から入るなどそのようなルールを全く無視した時は別として、要件を充たしていることを欺罔した場合には、事実的な立ち入りへの合意は存在するというべきである。また、ドイツの多数説が錯誤に基づく合意の有効性を認めない、特定人に向けた立ち入り禁止の場合においても同様のことが言えるように思われる。事前の禁止がどのような形式であろうとも、立ち入りの時点ではその人には立ち入りの許

容が与えられているのであり、いわば客体の錯誤の場合のように、許可を与えた住居権者がその人物の特定に失敗していたとしても、「その人」に向けられた許容は有効であると解するべきである。ここではドイツの多数説とは異なつて、「侵入」メルクマールは充足されないといえるだろう。また「侵入」とは領域に入るといふ行為であつて、仮に後になつて行為者の違法の意思が露見し、住居権の侵害が明らかになつた場合でも、作為の侵入はもろろん、不作為の侵入も成立しない。⁽¹⁰⁾ たしかに、住居権者の意思に反して住居に留まっているということは、住居権者の住居権侵害ということができるが、立ち入り時に立ち入りの権限を有していたあるいは承諾を与えられていた者は、「侵入」をしてはいないし、立ち入った後に滞在している状態を「侵入」という語で評価することはできないだろう。なぜなら「侵入」とは、立ち入りの瞬間に限定された表現であり、さもないれば不退去罪の存在意義がなくなるからである。このような場合には、不退去罪で対応すべきであらう。⁽¹¹⁾

強制に基づく承諾については、承諾の有効性は排除されるのが通説である。⁽¹²⁾ なぜなら、強制の際には欺罔の際とは異なつて、被強制者はすでに行為者による立ち入りの際に、対立する意思を現実化していて、強制という手段によってその心的バリアが克服されるからである。最高裁も同様の立場に立つ。⁽¹³⁾

しかし、反対の見解も存在する。ここでは、住居権者がその対立する意思を放棄することなしに、領域への立ち入りを甘受しただけなのか、あるいはやむを得ずであつても許容したかに左右されたり⁽¹⁴⁾、強制の場合には普通は有効な同意はないとしつつ、強制者の立ち入りが住居権者次第である場合には例外であるとする。⁽¹⁵⁾ これらの見解は、心的バリアをより具体的に解し、立ち入りの際に無理やりであつたのか、強制されたとはいえ許容したのかによつて区別している。

「侵入」を事実的な心的バリアの克服であるとするのであれば、後者の見解が適切であらう。強制による承諾は必ず

しもすべて無効ではなく、侵入の瞬間の実際の住居権者の心的状態に左右されるべきである。

六 一般的・包括的承諾について

これまで、個別具体的に与えられた立ち入りの合意について中心に検討してきたのだが、住居侵入罪においてはとりわけ包括的な承諾が重要な役割を果たしている。包括的な承諾は主にデパートや市役所など、一般に開放されている場所で行われることになる。本稿では、一般に開放されている場所などは「領域性」に欠ける場合があるという立場に立っているが、このような場合であっても包括的承諾の問題は重要なままである。なぜなら、「領域性」が排除されるのは、門扉が開放されているからという理由だけではなく、そこから一般的に立ち入りの許可が与えられていることが客観的に推定できるからである。門扉が開いていることが一律に「領域性」を排除するのでなく、そこから推定的な承諾が見出されるからこそ「領域性」がなくなるのである。包括的な承諾に基づいて門扉が開放されている場合においても、「包括的承諾」の範囲外の開放はなされていないと類型的にもみなされるべきであって、それゆえ包括的承諾の限界について論じる必要が生じるのである。

デパートや市役所といった領域は、特別な条件なくして誰でも中に立ち入ることが許されている場所である。この場合に問題となるのは、このような承諾は本当にすべての人に対して向けられているのかということである。つまり、明らかに住居権者がその立ち入りを受け入れたがらないであろう人、たとえば万引き目的でデパートに入った人、あるいは強盗目的で銀行に入った人にまで、その承諾は有効とみなされるのかということである。

なお包括的承諾の前提として、市役所など公的機関の場合においては、立ち入りの許諾は完全に住居権者の恣意には

委ねられないということに注意しなければならない。⁽¹⁵⁾ 官公庁の場合には住居権者の住居権は、公法上の特別な要件、あるいは公共性ゆえの一定の制約の下におかれることになる。また、一般に公開されているような場所も、法の制約をうけることになるだろう。⁽¹⁶⁾ 「有色人種お断り」といったような憲法に反するような建造物の管理者の恣意は保護に値しないことになるので、ここでも一定の制約をおかれているといってもいいように思われる。⁽¹⁷⁾ 恣意的な立ち入りの拒絶が法によって制限されていないかどうか、ここでは分岐点となっているのである。

それではこのような制限に抵触しない包括的な承諾は、どのような場合に有効でどのような場合に無効だと認められることになるのか。

日本の判例は違法な目的での立ち入りの場合に、承諾の無効性を認めているようである。飲食店の営業時間中に単に暴行の目的で立ち入った事例⁽¹⁸⁾、大衆の威力でもって当局者を脅迫して朝鮮人学校閉鎖命令を撤回させる意図で大阪府庁舎正門玄関から庁舎内に入った事例⁽¹⁹⁾、吉田内閣打倒市民大会に際し、吉田首相が列車で旭川駅に到着するか否かを調査するために同駅のホームに立ち入った場合、住民らがジョギングをするため夜間の立ち入りを例外的に認めた小学校の構内に、近接する住宅の警備状況を調査するために立ち入った事例⁽²⁰⁾、一般観客を装い国体の開会式を妨害する目的を秘して陸上競技場に立ち入った事例⁽²¹⁾がそうである。

このような判例の立場に与する学説によれば、「立ち入りにつきあらかじめ包括的に承諾がなされていると認められる営業中の店舗、官公署、企業等であっても、それは当然正当な用務のためにする立ち入りについて承諾がなされているにすぎない」ので、「その他の目的での立ち入りについては、たとえそれが正当な目的であっても、包括的な承諾の範囲内とは通常いえない」ということになる。⁽²²⁾ ただし包括的な承諾の範囲外であっても、推定的承諾があれば住居侵入罪を構成しないと解するのであれば、⁽²³⁾ それは以下で詳述する外観に基づき有効性を定める見解と結論的には同じものに

なる。

しかし行為者の内心の目的によって包括的承諾を制限する方法は、個別的な合意の場合において、欺罔がその目的に關係している時に合意を無効としない見解からすれば矛盾である。それゆえにこれらの見解によれば、包括的承諾の場合においても、合意の有効性は目的の違法性に左右されないことになる。⁽¹²⁵⁾そして立ち入りの外観が包括的承諾の範囲内かによって、合意の有効性が決定することになる。つまりここで重要なのは、許諾権者がその場にいたら許諾していたか否かであって、それゆえに外見的に異常な立ち入りについては、包括的承諾の有効性が否定されることになる。

ドイツにおける通説も、このような見解をとっている。⁽¹²⁷⁾欺罔によって不正に得られた合意の有効性を肯定するのであれば、包括的な承諾の場合においても通常の客と変らないような方法で立ち入った者に対する承諾の有効性を認めるべきだからである。包括的承諾の有効性が否定されるのは覆面をしている場合や、武装している場合といった明らかにその立ち入りを住居権者が認めないような場合となる。ただし個別具体的に住居権者が違うことを決定することは許されるため、個別具体的に特定人に侵入拒否の意思を呈した時はその者の立ち入りは「侵入」であるし、逆に防犯訓練の際のように、武装した者が銀行内に入ることを許容した場合は「侵入」は排除されることになる。

ドイツの判例も同様の立場に立っている。デュッセルドルフ地方上級裁判所は、都市開発計画局(Stadtplanungsaamt)の職場に、敷地内にばら撒くために石くずの入ったバスタブ(Zinkbadewannen)をもって立ち入った者に対して、立ち入りの一般的な許容の効力はすでに立ち入りの外観が許容された振る舞いから本質的に逸脱している時には欠けるとして、住居侵入罪の成立を認めた。⁽¹²⁸⁾ここでは立ち入った者の違法な目的は権利者の承諾が存在していたのか、そしてそれが行為者に認識されていたかの証拠の徴憑として用いることが許されるとしながらも、包括的な承諾の場合には立ち入りの「外観」が本質的に許された行為を逸脱している時のみそのような事態は受け入れられるとした。つまりは

個別的な合意の場合における立ち入り目的の錯誤について合意を無効とする可能性を残しながらも、包括的な承諾の場合においては立ち入りの外観が重要であると考えたのである。そして本件においては、石のつまったバスタブを持って入るという立ち入り行為の異常性から、包括的承諾の有効性は否定されたのである。

日本の判例・通説やドイツの通説のように、包括的承諾の有効性と個別的に（欺罔によって）与えられた合意の有効性の解決をリンクさせる方法は適切であるように思われる。なぜならば、包括的承諾も個別的な合意も、そのような承諾が向けられている人が多数か特定かという点に違いがあるだけで、それ以外は同じものであると考えられるからである。両者の間に質的な違いはなく、あるのは量的な違いだけである。

住居権は前述のように（法的に許される範囲で）恣意的な立ち入りの自由を許すものであるから、包括的な承諾は様々な条件に基づきうる。それは一定のグループに対する立ち入りの許容であったり、あるいは潜在的な客という意味で一般人に対する立ち入りの許容であったりするだろう。このように承諾に付けられた要件は有効であり、このような要件を満たさない者の立ち入りは住居権を侵害する。しかし住居侵入罪は「侵入」という手段による住居権侵害を処罰するものであり、立ち入りの際に住居権者が立ち入り拒絶の意思を有していなければ、そこには構成要件該当行為がないといえる。ここで重要なのは立ち入りの際に住居権者がその人物の立ち入りをどう解するかであって、包括的承諾の範囲内か否かの判断は住居権者が立ち入りの際にそれを許したか否かに基づいて判断されるべきである。ゆえにたとえ万引きの意図を有していても、立ち入りの際に通常の客と変らない振る舞いで立ち入った者は、「侵入」メルクマールを充足していないといえるだろう。包括的承諾は行為者の立ち入りの態様が、住居権者が許容した者のそれから逸脱していない場合に認められることになる。

しかし、ここでさらに問題となるのは特定人に向けられた立ち入りの拒絶である。おそらく住居権者が入り口でそれ

を観察していた際に、このような者の立ち入りは拒絶されるであろう。これに鑑みれば、個人的な立ち入り禁止を命じられていた者に対しては、包括的承諾は無効とみることもできそうである。実際、ドイツの通説はこのように解している。しかし欺罔に基づいてこのような立ち入りの拒絶を排除した場合に承諾の有効性を肯定する本稿の立場によれば、この帰結は矛盾であるように思われる。入り口でアイデンティティー・コントロールを行ってない以上、このような立ち入りの拒絶は、包括的承諾においては特別な意味をなさないというべきであろう。

七 まとめ

住居侵入罪における被害者の承諾は行為態様に係る合意である。構成要件メルクマールである「侵入」は、領域性の侵害と心的バリアの克服を意味しており、心的バリアとは事実的な拒絶の意思である。ゆえに被害者の承諾は自己決定の問題ではなく、立ち入り時に被害者が事実的に立ち入りを拒絶しているか否かが重要となった。住居侵入罪における住居権者は実際にその場所を占有している者であり、合意能力は事実的に当該領域の性質（個人のテリトリーであること）と部外者の立ち入りについて認識・判断できる能力で十分である。また瑕疵に基づく合意は有効で、包括的な承諾の有効性は立ち入りの外観によってのみ左右されることになる。さらに、住居権者が複数で、その中の一部だけが第三者の立ち入りに合意した場合には、確かに第三者の立ち入りに承諾をしていない者の住居権は侵害されているが、それは「侵入」メルクマールを充足しないということが刑法の謙抑性の原則から導かれた。ただし、すべての住居権者には退去要求の権限は残されたままである。

それ以外にも住居侵入罪における承諾の事実的な性質から、他の要件が導き出せる。表明の必要性については、心的

バリアが被害者の事実的な拒絶の意思を意味していることに鑑みれば、表明がない場合であっても合意の有効性は認められるべきである。条件付の合意については、同時に放棄した法益が住居権という恣意的に用いることのできる法益であることから認めることができるように思われるが、このような条件を欺罔によって充足したように見せかけた場合は、欺罔によって与えられた合意は有効であるので「侵入」のメルクマールは排除されることになる。心的バリアは立ち入りの際に重要なので、住居権者の合意は少なくとも立ち入りの時に与えられていなければならず、事後の合意は無効である。住居への立ち入りの合意が契約に基づいてなされていた場合にはその有効性が問題になるが、住居権はその場に事実的に居住する者に固有のものとして与えられる権利であるので、契約はもとより関係がなく、住居権を制限することができない。^(四) 契約の問題は「侵入」メルクマールとは別に立ち入りの「正当性」の問題として顧慮すべきであろう。正確に言えば、契約に基づくだけの立ち入りは住居権者の実際の立ち入り許容の意思がない限り、立ち入りの瞬間に心的バリアを克服しているということができるし、住居権も侵害している。しかしそのような住居権侵害の権利が契約によって与えられている場合には立ち入りの違法性が排除されるのである。

(1) 西田典之『刑法各論』(第四版、二〇〇七、弘文堂) 六二頁。また木村光江『刑法』(第二版、二〇〇四、東京大学出版会) 二二〇頁参照。

(2) 大塚仁『刑法概説各論』(第三版増補版、二〇〇五、有斐閣) 一〇九頁、岡野光雄『刑法要説各論』(第四版、二〇〇三、成文堂) 七〇頁、斎藤信治『刑法各論』(第二版、二〇〇三、有斐閣) 六〇頁、中森喜彦『刑法各論』(第二版、一九九六、有斐閣) 七六頁、団藤重光『刑法綱要各論』(第三版、一九九〇、創文社) 四九九頁。

(3) 川端博『刑法各論概要』(第三版、二〇〇三、成文堂) 八七頁、曾根威彦『刑法各論』(第三版補正版、二〇〇三、弘文

堂) 八三頁。

(4) 西田・前掲書(注(1)) 六二頁。

(5) 大谷實『刑法講義各論』(新版第二版、二〇〇七、成文堂) 一一三頁、前田雅英『刑法各論講義』(第四版、二〇〇七、東京出版会) 一三四頁、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、青林書院) 二六〇頁以下〔毛利晴光〕、団藤重光編『注釈刑法(3)』(一九六五、有斐閣) 二二三頁〔福田平〕、西田・前掲書(注(1)) 九三頁、木村・前掲書(注(1)) 二五五頁、団藤・前掲書(注(2)) 四九九頁。

(6) 松宮孝明『刑法各論講義』(第二版、二〇〇八、成文堂) 一二四頁、林幹人『刑法各論』(一九九九、東京大学出版会) 一〇二頁、日高義博『住居侵入罪の保護法益』植松正ほか著『現代刑法論争Ⅱ』(第二版、一九九七、勁草書房) 八四頁以下、井上大『住居侵入罪の問題点』阿部純二ほか編『刑法基本講座第六卷 各論の諸問題』(一九九三、法学書院) 一五九頁、大谷実『判批』判例時報一〇九一号(一九八三) 二二二頁以下、町野朔『被害者の承諾』西原春夫ほか編『判例刑法研究第二卷』(一九八一、有斐閣) 二二一頁以下、西田・前掲書(注(1)) 九四頁、中森・前掲書(注(2)) 七六頁、川端・前掲書(注(3)) 八八頁以下、大谷・前掲書(注(5)) 一二九頁以下、毛利・前掲書(注(5)) 二六六頁。また、最判昭五八年四月八日刑集三七・三・二一五頁参照。

(7) 只木誠『判批』芝原邦爾『刑法判例百選Ⅱ』(第五版、二〇〇三、有斐閣) 三二頁、井田良『住居侵入罪』法学教室二一五号(一九九八) 九頁以下、熊谷直之助『住居侵入罪の構成要件』判例タイムズ一〇・三(一九五九) 二二八頁以下、小野清一郎『判批』警察研究二二巻六号(一九五〇) 六一頁、大塚・前掲書(注(2)) 一一一頁、岡野・前掲書(注(2)) 七〇頁、団藤・前掲書(注(2)) 五〇一頁、前田・前掲書(注(5)) 一三五頁。また、最判昭四九年五月三十一日集刑一九二・五七一、最判昭五一年三月四日刑集三〇・二・七九頁参照。

(8) *Hero Schall, Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen den Hausfriedensbruch*, 1974, 131 ff.

(9) いわゆる多元的法益論。この見解については、関哲夫『住居侵入罪の研究』(一九九五、成文堂) 三六六頁以下。また、高橋則夫『住居侵入罪・監禁罪及び財産犯の問題』現代刑事法五巻七号(二〇〇三) 九四頁も参照。なお、多元的法益論からシャルの機能説への批判は、関・前掲書一四七頁以下。

シャルの説に対しては、会社や公共の建造物においては住居侵入罪成立のために「侵入」以外にも業務の妨害を必要と

- する点で文言違反であるとの批判 (Lenchner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Auflage, 2006, § 123, Rdn. 2; Hans Lilié, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 2001, § 123, Rdn. 7; *Anelung*, Der Hausfriedensbruch als Mißachtung physisch gesicherter Territorialität, ZStW98, 359; *Wilbert Engeln*, Das Hausrecht und die Berechtigung zu seiner Ausübung, 1989, S. 36) がある。また日本のいわゆる多元的法益論に対しては、②や③において住居侵入罪と業務妨害罪の区別がつかなくなるとの批判がなされている (伊東研祐『現代社会と刑法各論』(第二版, 二〇〇二、成文堂) 一三七頁、山口厚「判批」警察研究五六卷二号(一九八五)七八頁以下、西田・前掲書(注(一))九四頁、毛利・前掲書(注(五))一二六頁、井上・前掲書(注(6))一六二頁)。多元的法益論からの反論は、関哲夫「住居侵入罪の保護法益」西田典之ほか編『刑法の争点』(二〇〇七、有斐閣) 一五一頁参照。
- (10) 山口厚『問題探求刑法各論』(二〇〇一、有斐閣) 六六頁以下、また、和田俊憲「住居侵入罪」法学教室二八七号(二〇〇四)五八頁以下は「実質的利益」と「許諾権」の関係をカズイステイックに検討し、形式的「許諾権」に加えて実質的な利益の中でも特定人・特定の客観的属性の人に対する立ち入り許諾の自由までが保護法益に含まれると解している。なお山口説に対しては、実質的な利益を全く捨象した単なる許諾の自由というものを保護法益とするのは、あまりに法益として内容に乏しく、純化しすぎであるとの批判がなされている (毛利・前掲書(注(5))一二六七頁)。
- (11) 団藤・前掲書(注(2))五〇一頁、前田・前掲書(注(5))一〇五頁、福田・前掲書(注(5))二三四頁参照。
- (12) なお不退去罪は住居権者の退去命令に違反して滞留していれば不穏な状況の存否にかかわらず成立するから、本罪の保護法益は住居権であるとの批判が住居権説から平穩説に向けなされているが (木藤繁夫「判批」警察学論集三六卷七号(一九八三)一五三頁、大谷・前掲論文(注(6))一二二頁)、この批判は不退去罪の成立のためには法益である「平穩」の侵害が必要であると解することで回避可能である。
- (13) ただし、ここでいう住居権はプライバシー権とは別であり、そのような権利の前提としての場所的な支配権ということができるだろう。
- (14) 注(11) 参照。
- (15) 団藤・前掲書(注(2))五〇五頁、福田・前掲書(注(5))二四〇頁以下。
- (16) 山口・前掲論文(注(9))七八頁。

(17) 森岡茂「判評」法曹時報三八卷七号(一九八六)一九〇頁以下。

(18) 本判決についての評釈は、川井健次「判批」中京法学二一卷一号(一九八六)一二九頁以下、吉田宣之「判批」法学新報九一卷一一・一二号(一九八五)一一七頁以下、大谷・前掲論文(注(6))二一〇頁以下、山口・前掲論文(注(9))七一頁以下、木藤・前掲論文(注(12))一四三頁以下、森岡・前掲論文(注(17))一八一頁以下を参照。

(19) 仙台高裁はその上で、管理権者の意思は少なくとも黙示的に外部に表明されていなければならず、本件ではそのような表明がなされていなかったとして、第一審と同じように住居侵入罪の成立を否定した。

(20) なお最高裁は、原審と同様に、管理権者の意思は少なくとも黙示的に外部に表明されていなければならないとしつつ、黙示的な表明の存否を判断する際に原審のような厳格な基準を用いず、結果として原審とは反対に住居侵入罪の成立を認めた。

(21) 本判決以後の裁判例も、意思侵害説に立つものが目立っている。東京高判平五年二月一日判時一四七六号一六三頁等を参照。

(22) 川端博「住居侵入罪」『刑法理論の現代的展開・各論』(一九九六、日本評論社)九一頁。また日高・前掲書(注(6))八五頁参照。

(23) 山口・前掲論文(注(9))六八頁、川端・前掲書(注(22))一一一頁。

(24) ドイツ刑法一二三条「住居、建造物(Geschäftsäume)」、他人の囲繞地(das befriedete Besitztum)又は公務や交通のために用いることに決められている閉鎖された領域に「違法に侵入した者(eindringt)」、若しくは「そにに権限なくして留まっているときに」、権利者の要求に応じて退去しなかった者は、「一年以下の自由刑又は罰金に処する。」

(25) Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Auflage, 2008, § 123, Rdn. 2; Laetner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, 2007, § 123, Rdn. 1; Rudolph/Stein, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Auflage, 2004, § 123, Rdn. 1; Mannach/Schneider/Matwald, Strafrecht Besonderer Teil 1, 9. Auflage, 2003, § 30, Rdn. 2; Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil 11 Lehrbuch, 2000, § 8, Rdn. 7; Lenckner/Sterberg-Lieben, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 1; Lüke, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 3.

(26) Abw. Schall, a.a.O. (Anm. (8)), 131 ff. (法益は保護された領域の機能とに決定する); Amelung, a.a.O. (Anm. (9)), 403 ff.

- (物的に保障されたテリトリー性); *Engelm*, a.a.O. (Anm. (9)), 42 ff. (住居権によりそして一定の方法で物的な制限によつて保護された特別な潜在的な自由としての機能における占有)
- (27) *Ludwig/Lange*, *Mutmaßliche Einwilligung und willensbezogene Delikte—Gibt es ein mutmaßliches Einverständnis?*, JuS2000, 447; *Joachim Bohnert*, *Die Willensbarriere als Tatbestandsmerkmal des Hausfriedensbruchs*, GA83, 10; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 11; *Lilie*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 45; *Fischer*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 16; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 5.
- (28) *Rudolphi/Stein*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 12.
- (29) *Ludwig/Lange*, a.a.O. (Anm. (27)), 447.
- (30) *Jürgen Seier*, *Problemfälle des § 123 StGB*, JA1978, 622; *Lilie*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 47; *Rudolphi/Stein*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 13; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (25)), § 8, Rdn. 9.
- (31) Abw. *Ludwig/Lange*, a.a.O. (Anm. (27)), 449; *Bohnert*, a.a.O. (Anm. (27))), 3.
- (32) *Walter Kargl*, *Rechtsgüter und Tatobjekte der Strafbestimmung gegen Hausfriedensbruch*, JZ1999, 930 ff.
- (33) *Lilie*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 45.
- (34) *Klaus Geppert*, *Zu einigen immer wiederkehrenden Streitfragen im Rahmen des Hausfriedensbruches (§ 123 StGB)*, Jura1989, 378; *Bohnert*, a.a.O. (Anm. (27)), 3; *Seier*, a.a.O. (Anm. (30)), 622.
- (35) *Lenckner/Sternberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 14 f; *Ludwig/Lange*, a.a.O. (Anm. (27)), 450; *Bohnert*, a.a.O. (Anm. (27)), 16.
- (36) *Lilie*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 45; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (25)), § 30, Rdn. 9.
- (37) *Fischer*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 15.
- (38) *Fischer*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 18.
- (39) Vgl. *Bohnert*, a.a.O. (Anm. (27)), 19.
- (40) ボーナートは、住居と店舗の違いは、専ら立ち入りが許されている人の数に鑑みて量的なものに関係していて、質的な違いはないと主張するが (*Bohnert*, a.a.O. (Anm. (27)), 4)、「開放」によつて読みとられる推定的な意思に関する限りでは、

質的にも住居と建造物の「開放」の意味は異なるべきであろう。この点についてシルトは、シャルの機能説の基準を応用する。たとえば住居においては、住居権者の合意がない限り常に「Eindringen」であり、また会社の場合には、普通は禁止されるような外観で立ち入った場合には「Eindringen」となる。ただし、注意すべきは、人間の法益は統一的なもので、客体ごとに異なるのは「Eindringen」の意義のみである。(Schild, „Eindringen“ (§ 123 I StGB) bei individuellem Betretungsverbot, NStZ1986, 349 f.)

(41) Vgl. Schild, a.a.O. (Anm. (40)), 348.

(42) Lilie, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 45; Fischer, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 16; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Anm. (25)), § 30, Rdn. 16.

(43) Kargl, a.a.O. (Anm. (32)), 930 f.

(44) Kargl, a.a.O. (Anm. (32)), 930.

(45) Abw. Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Anm. (25)), § 30, Rdn. 8.

(46) Kargl, a.a.O. (Anm. (32)), 932. 「Eindringen」は「keine Luft dringt in die Stube ein (りの部屋には風が入らない)」といった用い方もされ、そこには意思に反してという要素は必ずしも存在しないという。

(47) Kargl, a.a.O. (Anm. (32)), 934 f.

(48) 木村光江「住居侵入罪と住居権者・管理権者の意思」現代刑事法六巻一号(二〇〇四)九五頁。

(49) もちろん推定的な意思が立ち入りを許容しているような領域では、実際に心的バリアが存在していただとしてもそれを張り巡らせることのできる領域がないので、住居侵入罪は成立しないことになる。

(50) Bernd Heinrich, Der Umfang der Ausübung des Hausrechts in einer Wohnung bei mehreren Berechtigten im Rahmen des § 123 StGB, JR1997, 89; Klaus Bernsmann, Tatbestandsprobleme des Hausfriedensbruchs, Jura81, 342; Lenckner/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 16; Lilie, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 27; Fischer, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 3; Rudolphi/Stein, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 14.

(51) Lenckner/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 16; Bernsmann, a.a.O. (Anm. (50)), 342.

(52) Amelung/Schall, Zum Einsatz von Polizeispitzeln: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht

- und Durchsuchungsbefugnis—OLG München DVBl 1973, 221, JuS1975, 566; *Schall*, a.a.O. (Anm. (8)), S. 137; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 17; *Lilie*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 27; *Engeln*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 107; *Fischer*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 3; *Rudolphi/Stein*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 15; *Heinrich*, a.a.O. (Anm. (50)), 89; *Bernsmann*, a.a.O. (Anm. (50)) 342.
- (53) *Lenckner/Sternberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 17; *Fischer*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 3; *Rudolphi/Stein*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 15.
- (54) *Schall*, a.a.O. (Anm. (8)), S. 141; *Lilie*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 31; *Heinrich*, a.a.O. (Anm. (50)), 91.
- (55) *Rudolphi/Stein*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 14.
- (56) *Fischer*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 4; *Bernsmann*, a.a.O. (Anm. (50)), 345. また大谷・前掲書 (注 (5)) 1110頁も参照。
- (57) 毛利・前掲書 (注 (5)) 1189頁。
- (58) 最判昭三三年十一月二五日刑集二・一一・一六四九。
- (59) 林幹人「住居侵入罪」法学セミナー四〇三号 (一九八八) 一一七頁。ただし、親の住居権を制限すること、子への不退去罪の成立や子の友人の立ち入りを親が専断的に禁止することを妨げられるので、子の権利は一定の範囲で守られることになる。
- (60) 町野・前掲書 (注 (7)) 1113頁以下、山口・前掲書 (注 (10)) 七二頁。
- (61) *Rudolphi/Stein*, a.a.O. (Anm. (25)) § 123, Rdn. 18.
- (62) 毛利・前掲書 (脚注 (5)) 1189頁、山口・前掲書 (注 (10)) 七二頁。
- (63) なお、公的建造物の場合、「そもそも許諾権者は一人であるか、仮に複数人いてもヒエラルキーが明確に確立しており、意思の優劣は明らかである」といえるだろう (和田・前掲論文 (注 (10)) 六三頁。また林陽一「住居侵入罪の保護法益」西田典之ほか編『刑法の争点』(第三版、二〇〇〇、有斐閣) 一四七頁参照)。
- (64) *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 87; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 18; *Lilie*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 2; *Engeln*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 93; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm.

- (25)), § 8, Rdn. 11.
- (65) *Schall*, aa.O. (Anm. (8)), S. 139; *Lencher/Stenberg-Lieben*, aa.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 18; *Lite*, aa.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 33 f.; *Fischer*, aa.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 4; *Lackner/Kühl*, aa.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 2; *Heinrich*, aa.O. (Anm. (50)), 92 f.
- 判例もこれに従う。 *OLG Hamm*, NJW1955, 761; *OLG Hamm*, NJW1965, 2067.
- また *Rudolph/Stein*, aa.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 14 は「Zumutbarkeit」の問題は民事的に解決すべきだとして、一人の住居権者にほとんど完全な住居権、すなわち立ち入り許可の権利を与えている。ただし、そのような許可が他の住居権者の権限の剥奪となる場合は別である。
- (66) たとえば夫婦の住居において相手方の不倫相手の立ち入りが問題となっている場合 (*Lite*, aa.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 33; *Heinrich*, aa.O. (Anm. (50)), 93) 以前の滞在の際に著しい法益侵害を犯した場合 (*Fischer*, aa.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 4; *Heinrich*, aa.O. (Anm. (50)), 93) 等が挙げられている。また *OLG Hamm*, NJW1955, 761 は「その基準として訪問者の人格 (Persönlichkeit) や訪問の時間、訪問時の振る舞い等を挙げている」。
- (67) *Engeln*, aa.O. (Anm. (9)), S. 96; *Arzt/Weber*, aa.O. (Anm. (25)), § 8, Rdn. 11; *Bernsmann*, aa.O. (Anm. (50)), 344 f. (ただし、エンゲルンは住居権を占有と同視するので、共同占有の規則を適用させることになる)。
- (68) 須之内克彦『刑法における被害者の同意』(二〇〇四、成文堂) 一七五頁、関哲夫「続・住居侵入罪の研究」(二〇〇一、成文堂) 二二〇頁以下、町野・前掲書(注(6))二二三頁、山口・前掲書(注(10))七三頁、和田・前掲論文(注(10))六二頁以下。
- (69) 大塚・前掲書(注(2))一一九頁、斎藤・前掲書(注(2))六六頁、毛利・前掲書(注(5))二八九頁以下、伊東・前掲書(注(9))一三三頁。
- (70) 本稿では住居侵入罪の保護法益を住居権とし、「侵入」メルクマールについては意思侵害説に立つので、平穩説の見解はひとまず置いておきたい。平穩説によれば、ここでは住居権の対立ではなくて、一人の住居権者の承諾を得た立ち入りの「平穩性」が争われることになる(岡野・前掲書(注(2))七三頁、福田・前掲書(注(5))二四四頁参照)。
- (71) 西田・前掲書(注(1))九六頁、中森・前掲書(注(2))七九頁、曾根・前掲書(注(3))八六頁、毛利・前掲書(注

- (5) 二九〇頁、日高・前掲書(注(6)) 八八頁、井上・前掲書(注(6)) 一六二頁、伊東・前掲書(注(9)) 一二三頁、川端・前掲書(注(22)) 一一四頁。
- (72) 大判昭一四年一月二二日刑集一八・五六五。
- (73) 尼崎簡裁判昭四三年二月二九日下刑集一〇・二・二二一。
- (74) 町野・前掲書(注(6)) 二三三頁、山口・前掲書(注(10)) 七三頁、関・前掲書(注(68)) 二二〇頁以下。
- (75) 山口・前掲書(注(10)) 七三頁。
- (76) 和田・前掲論文(注(10)) 六三頁。また関・前掲書(注(68)) 二二三頁参照。
- (77) 注(69) 参照。
- (78) 大塚・前掲書(注(2)) 一一九頁。
- (79) 高橋・前掲論文(注(9)) 九五頁、林・前掲論文(注(63)) 一四七頁。
- (80) 伊東・前掲書(注(9)) 一三二頁。
- (81) 大谷・前掲書(注(5)) 一三二頁、川端・前掲書(注(22)) 一一五頁。また毛利・前掲書(注(5)) 二九〇頁、松宮・前掲書(注(6)) 一二九頁、日高・前掲書(注(6)) 八八頁、伊東・前掲書(注(9)) 一三二頁参照。
- (82) 和田・前掲論文(注(10)) 六二頁参照。なおこれは、平穏性を根拠に現在者と不在者の優劣を導き出した見解に対しての批判である。
- (83) 和田・前掲論文(注(10)) 六二頁。また斎藤・前掲書(注(2)) 六七頁も同様である。
- (84) 和田・前掲論文(注(10)) 六三頁参照。
- (85) 関・前掲書(注(68)) 一二三頁参照。
- (86) 奈良地葛城支判昭三三年八月一日判時一二六・二五。住居権者である息子が、押しかけてきたデモ隊に父親がいるだろうとしつこく迫られたので、売り言葉に買い言葉で「いると思うなら探してみよ」といった事例。ここでは住居への立ち入りの許諾の意思はないとされた。
- (87) 拙稿「被害者の承諾(4)―各論的考察による再構成―」北大法学論集五九卷二号(二〇〇八) 二二六頁参照。
- (88) 町野・前掲書(注(6)) 二二六頁参照。

- (89) 最判昭二三年五月二〇日刑集二・五・四八九。
- (90) 最判昭二四年七月二二日刑集三・八・一三六三。
- (91) 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報第一号(一九八五)九九頁、町野・前掲書(注(6))二二六頁以下。また中森・前掲書(注(2))七九頁、井上・前掲書(注(6))一六三頁も参照。
- (92) 福田・前掲書(注(5))二四二頁、井田・前掲論文(注(7))一一頁、小野・前掲論文(注(7))六一頁。
- (93) 井田・前掲論文(注(7))一〇頁。平穩説からの主張であるが、井田良「被害者の同意」現代刑事法一四号(二〇〇〇)九三頁においても、被害者の承諾の議論として同様のことが論じられている。
- (94) 和田・前掲論文(注(10))六〇頁。
- (95) 反対は斎藤・前掲書(注(2))六三頁。
- (96) 西田・前掲書(注(1))九七頁、山口・前掲書(注(10))七四頁以下。小林憲太郎「いわゆる『法益関係的錯誤』の意義と限界」立教法学六八号(二〇〇五)三五頁以下は、同じく許諾権説にたちながら、「そのような外見の人を立ち入らせること」が許諾権の内容だとしている。
- (97) 和田・前掲論文(注(10))六〇頁。
- (98) 佐伯・前掲論文(注(91))九六頁。
- (99) 山口・前掲書(注(10))七四頁以下、佐伯・前掲論文(注(91))九八頁以下。また、山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集三三巻三・四・五号(一九八三)三三四頁、須之内・前掲書(注(68))一七二頁以下参照。
- (100) 齊藤誠二「欺罔にもとづく承諾」吉川経夫先生古稀祝賀論文集『刑事法学の歴史と課題』(一九九四、法律文化社)一八二頁。
- (101) *Lenchner/Stemberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 22; *Lilie*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 50; *Fischer*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 23; *Lachner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 5; *Rudolphi/Stein*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 18b; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (25)), § 8, Rdn. 12; *Bohnert*, a.a.O. (Anm. (27)), 11; *Bernsmann*, a.a.O. (Anm. (50)), 403.
- (102) *Rudolphi/Stein*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 18b.

- (103) *Lilie*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 50; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (25)), § 8, Rdn. 12; *Bernsmann*, a.a.O. (Anm. (50)), 404.
- (104) *Lenckner/Sternberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 22; *Lilie*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 50; *Fischer*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 23; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 5; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (25)), § 8, Rdn. 12.
- (105) OLG München, NJW1972, 2275. ただし、超法規的緊急避難が認められるとして違法性は阻却した。
- (106) *Schall*, a.a.O. (Anm. (8)), S. 143 ff; *Amelung/Schall*, a.a.O. (Anm. (52)), 567. Vgl. *Heinz Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, S. 16.
- (107) ハヤルは機能説に基づいて、客体の差異を重視しており、それゆえ、何れの事情は住居にのみあてはまることになる。
- (108) *Amelung/Schall*, a.a.O. (Anm. (52)), 567.
- (109) *Mitsch*, Strafbare Überlistung eines Geldspielautomaten—OLG Celle, NJW1997, 1518, JuS1998, 308; *Lilie*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 50; *Rudolphi/Stein*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 19a; *Bernsmann*, a.a.O. (Anm. (50)), 405.
 ただし、通説は不作為による住居侵入罪を認める (Vgl. *Lenckner/Sternberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 13)°。不作為犯成立の可否についての詳細は、岩間康夫「不退去による住居侵入罪の成立可能性—継続犯における先行行為に基づく保障人的義務との関連で—」愛媛法学会雑誌一九巻四号（一九九三）一頁以下参照。
- (110) なお、不退去罪の退去要求は黙示のものでも足りると解するべきである (和田・前掲論文 (注 (10)) 六〇頁)
- (111) 福田・前掲書 (注 (5)) 一四一頁、町野・前掲書 (注 (6)) 一五頁°。 *Lilie*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 55; *Fischer*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 23; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 5; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (25)), § 8, Rdn. 12; *Bernsmann*, a.a.O. (Anm. (50)), 404.
- (112) 最大判昭二五年一〇月一一日刑集四・一〇・一〇一一°
- (113) *Lenckner/Sternberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 22.
- (114) *Rudolphi/Stein*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 18b.
- (115) 山口・前掲書 (注 (10)) 七〇頁、和田・前掲論文 (注 (10)) 六二頁、須之内・前掲書 (注 (8)) 一六九頁。
Lenckner/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 20; *Lilie*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 39; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 8; *Rudolphi/Stein*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 31; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (25)), § 8, Rdn. 7;

Bernsamm, a.a.O. (Anm. (50)), 467.

(116) *Lenkner/Stenberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 19.

(117) 須之内・前掲書(注(68))一六九頁参照。ただし私人の住居の場合は、立ち入りの許諾は完全に住居権者の自由によねられ、このような憲法的な制約はなされないもので、差別的な立ち入りの拒絶も認められることになる(Bernsamm, a.a.O. (Anm. (50)), 409 f. 和田・前掲論文(注(10))六二頁も参照)。

(118) 大判大一年五月一八日刑集一・三一九。

(119) 最判昭二四年六月一六日刑集三・七・一〇七〇。

(120) 札幌高判昭三三年六月一〇日裁特五・七・二七一。

(121) 東京高判平五年七月七日判時一四八四号一四〇頁。

(122) 仙台高判平六年三月三十一日判時一五二三号一七五頁。

(123) 中野次雄「被害者の承諾」佐伯千似ほか編『総合判例研究叢書刑法(1)』(一九五六、有斐閣)一〇六頁、毛利・前掲書(注(5))一九五頁。また、平穩説にたてば住居侵入罪が成立するためには平穩侵害が重要であるので、包括的な意思に反しているか否かよりも、その立ち入り行為が平穩を害するものか否かに左右されることになる。この判断に際しては、行為者の違法な意図も考慮に入れられることになり、事例ごとに平穩を害する性質か否かが決定されることになる(福田・前掲書(注(5))二四一頁以下、井田・前掲論文(注(7))一一頁以下)。

(124) 毛利・前掲書(注(5))二九五頁。「例えば、万引の目的でデパートに立ち入った行為は、その目的からいって、デパート管理者の包括的承諾の範囲外であるといえるが、立入りの態様が通常の買い物客となら変りないとすれば、立入りにあたり管理者がその場にいたとしたら承諾するであろう場合であって、前述の立入りの目的を考慮に入れない考え方からは推定的承諾が認めうる事案」ということになる。しかし、推定的承諾は客観的全事情を基礎にして許諾者の意思が推定される場合であって、むしろこの場合には推定的承諾の方が認められないといえるだろう(和田・前掲論文(注(10))五八頁参照)。

(125) 西田・前掲書(注(1))九七頁以下、井上・前掲書(注(6))一六三頁以下、町野・前掲書(注(6))二二六頁以下、山口・前掲書(注(10))七五頁、和田・前掲論文(注(10))五九頁以下、林・前掲論文(注(59))一一七頁。

(126) 町野・前掲書（注（6））二一九頁以下、和田・前掲論文（注（10））五九頁。

(127) *Heribert Ostendorf*, *Strafrecht: Der unliebsame Testkäufer*, *JuS* 1980, 666; *Schall*, a.a.O. (Anm. (8)), S. 155; *Lencker/Stemberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 26; *Lille*, a.a.O. (Anm. (9)), § 123, Rdn. 58; *Fischer*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 18; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 7; *Rudolphi/Stein*, a.a.O. (Anm. (25)), § 123, Rdn. 26 f.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (25)), § 30, Rdn. 14; *Seier*, a.a.O. (Anm. (30)), 623 f.; *Bernsmann*, a.a.O. (Anm. (50)), 407; *Misch*, a.a.O. (Anm. (109)), 308 f.

(128) *OLG Düsseldorf*, *NJW* 1982, 2678 ff.

(129) *H. D. Weber*, *Die zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht*, 1986, S. 49 ff.

なおウェーバーは、住居内は常に住居権者の支配領域であるので、契約による正当化は認められないとして、「XとXの妻は、クリスマスディナーに予約をしていた。コース料理が始まった後に、レストランの支配人のYが、Xが先日Yを飲酒運転で捕まえた警察官であることに気が付き、レストランから出て行くように要求した。しかし、Xはディナーが終わるまで出て行かないと主張した」といったような場合においても、Xの行為は不退去罪を構成するとした（S. 161）。しかし、このような恣意的な立ち入りの拒絶は、その実行が法的に許されるか否かに左右されるべきであろう。

〔付記〕

本稿は北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇七年三月二三日授与）「被害者の承諾と各論的考察」に補筆したものである。