

Title	住居侵入等罪(刑法130条)の検討： 最近の最高裁判例を手がかりにして
Sub Title	Crimes of breaking into a residence
Author	鈴木, 左斗志(Suzuki, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2016
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.35 (2016. 8) ,p.173- 203
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20160825-0173

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

住居侵入等罪(刑法 130 条)の検討

——最近の最高裁判例を手がかりにして——

鈴木 左斗志

- 1 最高裁平成 21 年 11 月 30 日判決（刑集 63 巻 9 号 1765 頁）の検討 その 1
 - 1.1 最高裁の判断と調査官解説の「枠組み」
 - 1.2 本稿の目的
- 2 最高裁平成 19 年 7 月 2 日決定（刑集 61 巻 5 号 379 頁）の検討
 - 2.1 住居侵入等罪の保護法益 その 1
 - 2.2 最高裁昭和 23 年 5 月 20 日判決（刑集 2 巻 5 号 489 頁）に対する批判の検討
 - 2.3 退去要求の判断・実行 —— 保護法益 その 2
- 3 東京高裁平成 5 年 2 月 1 日判決（判例時報 1476 号 163 頁）の検討
- 4 最高裁平成 21 年 11 月 30 日判決（刑集 63 巻 9 号 1765 頁）の検討 その 2
- 5 結語

1 最高裁平成 21 年 11 月 30 日判決の検討 その 1

1.1 最高裁の判断と調査官解説の「枠組み」

(1) 最高裁平成 21 年 11 月 30 日判決（刑集 63 巻 9 号 1765 頁。以下では「平成 21 年判決」と引用する）は、分譲マンション¹⁾の各住戸にビラ等²⁾を投かんする目的で同マンション住宅部分出入口である玄関ホールを経て廊下等共用部分に立ち入ったという事案について、刑法 130 条前段の罪（以下では「本罪」と

1) 「地上 7 階、地下 1 階建ての鉄筋コンクリート造りの分譲マンションであり、……2 階以上は 40 戸の住宅として分譲されている。1 階の店舗・事務所部分への出入口と 2 階以上の住宅部分への出入口とは完全に区分されている」（刑集 63 巻 9 号 1766 頁）。

2) 「日本共産党葛飾区議団だより、日本共産党都議会報告、日本共産党葛飾区議団作成の区民アンケート及び同アンケートの返信用封筒の 4 種」（刑集 63 巻 9 号 1768 頁）。

指示することもある）の成立を認めるにあたり、つぎのように判示した³⁾。

「玄関出入口付近の壁面には警察官立寄所のプレートが、玄関出入口のドアには、『防犯カメラ設置録画中』のステッカーがちょう付されていた。玄関ホール南側には掲示板と集合ポストが、北側には同ホールに隣接する管理人室の窓口があり、掲示板には、A4判大の白地の紙に本件マンションの管理組合（以下『本件管理組合』という。）名義で『チラシ・パンフレット等広告の投函は固く禁じます。』と黒色の文字で記載されたはり紙と、B4判大の黄色地の紙に本件管理組合名義で『当マンションの敷地内に立ち入り、パンフレットの投函、物品販売などを行うことは厳禁です。工事施工、集金などのために訪問先が特定している業者の方は、必ず管理人室で「入退館記録簿」に記帳の上、入館（退館）願います。』と黒色の文字で記載されたはり紙がちょう付されていた。これらのはり紙のちょう付されている位置は、ビラの配布を目的として玄関ホールに立ち入った者には、よく目立つ位置である」

「本件マンションの管理組合規約は、本件マンションの共用部分の保安等の業務を管理組合の業務とし、本件管理組合の理事会が同組合の業務を担当すると規定していたところ、同理事会は、チラシ、ビラ、パンフレット類の配布のための立入りに関し、葛飾区の広報に限って集合ポストへの投かんを認める一方、その余については集合ポストへの投かんを含めて禁止する旨を決定していた」

「本件マンションの構造及び管理状況、玄関ホールの状況、上記はり紙の記載内容、本件立入りの目的などからみて、本件立入り行為が本件管理組合の意思に反するものであることは明らかであり、被告人もこれを認識していたものと認められる。そして、本件マンションは分譲マンションであり、本件立入り行為の態様は玄関内東側ドアを開けて7階から3階までの本件マンションの廊下等に立ち入ったというものであることなどに照らすと、法益侵害の程度が極めて軽微なものであったということとはできず、……本件立入り行為について刑法 130

3) なお、平成 21 年判決では、「本件立入り行為をもって刑法 130 条前段の罪に問うことは、憲法 21 条 1 項に違反するものではない」という判断も示されている。しかし、この「要旨 2」に対応する部分は本稿の検討対象としない。

条前段の罪が成立するというべきである」

最高裁による上記判断では、管理組合（理事会）の意思決定内容のみならず、それを表示した「はり紙」をも明示的な根拠としてあげたうえで、「本件立入り行為が本件管理組合の意思に反するものであることは明らかである」と結論づけられている。もっとも「はり紙」については、被告人の故意を推認するための間接事実として援用されたにすぎない⁴⁾と上記判示を読むことも可能である。しかし、上記判示では、さらに「警察官立寄所のプレート」「『防犯カメラ設置録画中』のステッカー」についても認定されている。これらのプレート・ステッカーが取り上げられたのは、どのような趣旨にもとづくのだろうか。

(2)(a) 本件の第1審判決では、「はり紙」についてつぎのような理解が示されていた。「ビラ配布のためのマンションへの立入りが原則的には禁止されているとはいい難いことからすると、単にそのような意思決定がされただけでなく、立入りを禁止していることが訪問者にも分かるように明示されることによって（単に、訪問者に自制・注意を促すようなものではなく、その目的による立入りが不法侵入となることが理解できるような表示が必要であろう。）、はじめてその立入りが違法性を帯びることとなり、その明示の警告に従わずに立ち入る行為については住居侵入罪が成立するものと解することができる⁵⁾」。

この第1審判決の説示について、平成21年判決の担当調査官による解説ではつぎのように述べられている。「本件の第1審判決は、……ビラ配布のためのマンション立入りが問題になっている場合に限定してではあるが、立入禁止の意思の外部的表示の有無を違法性の有無の問題として捉えている⁶⁾」。その

4) 「被告人もこれを認識していたものと認められる」という判断との関係でのみ意味をもつにすぎない。

5) 刑集 63 卷 9 号 1876 頁参照。なお第1審判決は、本文で引用した一般論の適用として、本件の「はり紙」では「明示の警告」たりえないと判断し、本罪の成立を否定している。しかし、控訴審判決が判示するように（刑集 63 卷 9 号 1886 頁以下を参照）、第1審判決が上記判断の根拠としてあげている内容には無理があるように思われる。

うえで、つぎのような一般的⁷⁾な「枠組み⁸⁾」が提示され、上記第1審判決の説示も「〔以下の〕枠組みで違法性の問題としたと理解することもできよう⁹⁾」とされている。「昭和58年判決〔＝最判昭58・4・8刑集37巻3号215頁〕は、『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いうべきである。』と判示している。この判示部分については、昭和58年判決の担当調査官による解説が、『実体法上「侵入」の基準となる「管理権者の意思」はその表示態様による限定がないこと、事実認定上も特段の（一般的証拠規則は別として）資料制限はないことを示したものであり、昭和58年判決の原判決のように「管理権者の意思は内心に留保されるだけでは足りない」とはしていない。しかし、一般に、意思が内心に留保されるだけでは、被告人にも認識不可能であって、故意が阻却される。』旨の解説をしており、基本的に『侵入』は住居権者等の意思に反するか否かの問題、その意思の外部的な表示は故意の有無に関わる問題という整理が前提にされていると解される。確かに、住居権者等の立入禁止の意思が外部的に表示されていなくても、その意思に反した立入りは『侵入』という住居侵入罪の客観的構成要件要素に該当し、外部的表示の有無は、基本的には、故意の認定に当たっての重要な間接事実と位置付けるのが、通常の犯罪論の体系に沿ったものと考えられる。もっとも、外部的表示が明確になされていればいるほど、立入り禁止意思の強さ、意思に反した立入りによる被侵害利益の大きさが推認され、違法性判

6) 『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成21年度』544頁（注5）〔西野吾一〕。以下では、同解説を「最判解刑（平21）〔西野〕」と引用する。

7) 後出注10)に対応する本文で引用する「枠組み」は、第1審判決が「ビラ配布のためのマンション立入りが問題になっている場合に限定」（前注に対応する引用）された判断であることとの対比で、一般的なものとして提示されている。

8) 最判解刑（平21）544頁（注5）〔西野〕。

9) 最判解刑（平21）544頁（注5）〔西野〕。

断において法益間の比較衡量をする場合には、違法性肯定の方向に傾くということになり、その意味で違法性判断にも外部的表示は関連すると解される¹⁰⁾」。

(b) 上記の一般的な「枠組み」によると、たとえば〈ビラ等の配布を禁ずる表示のある戸建住宅において、居住者に趣旨を説明したうえで納得してもらえたらビラ等を渡そうと考えて、門から入り玄関にアプローチしてコンタクトをとったところ、退去を要求されたため、速やかに従った（退去を要求されたらそうするつもりだった）〉という場合は、どのように取り扱われるのだろうか¹¹⁾。住居権者の意思に反している以上は「侵入」にあたり¹²⁾、「可罰的違法性論や実質的違法性論¹³⁾」としても平成 21 年判決の事案と同じく「立入り禁止意思の強さ、意思に反した立入りによる被侵害利益の大きさが推認され、違法性判断において法益間の比較衡量をする場合には、違法性肯定の方向に傾く¹⁴⁾」結果、結論として本罪で処罰されることになるのだろうか。

かりにこのような結論が行き過ぎだとして、上記の場合には本罪の成立を否定すべきだと考えたでしょう¹⁵⁾。そうすると、上記の場合と比較して、ビラ等を玄関ポストに投かんする行為は、居住者の負担としては小さく¹⁶⁾、また、滞留時間も短くなるのではないかと思われる。

以上の検討を前提にした場合、(1)で引用した判示部分における平成 21 年判

10) 最判解刑（平 21）543 頁以下〔西野〕。

11) なお、前出注 7) を参照。

12) なお、住宅の囲いよう地は 130 条の対象に含まれる。

13) 最判解刑（平 21）547 頁〔西野〕。

14) 前出注 10) に対応する引用を参照。

15) もっとも本稿の立場からは、この判断は本文 4 (2) で後述する a) b) (= 該当箇所を参照) を考慮してなされる必要がある（とくに b) は、社会状況の変化等とも関係する）。さらに後出注 24) と注 90) も参照。

16) もっとも、「ポストに入れられるビラは居住者自身がこれを手にとって処分することを事実上強いられる」（本件第 1 審判決〔刑集 63 巻 9 号 1871 頁参照〕）という負担が生じる。しかし、ここでは、直接コンタクトをとってからビラを渡す場合との比較を問題にしたい。また、かりに門の周辺にもポストが設置されているという条件が認められる場合に、そのことが本罪成否の判断にどのような影響を及ぼすかについても別論としたい。なお、上嶋一高・論究ジュリスト 5 号（2013）236 頁参照。

決の結論は、どのような事情によって裏づけられうるのだろうか。

1.2 本稿の目的

(1) 「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¹⁷⁾」。最高裁昭和 58 年 4 月 8 日判決（前記「枠組み」で「昭和 58 年判決」と引用されていた）によるこの判示以前には、「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穏であり¹⁸⁾」と判示する最高裁判例¹⁹⁾も存在した。しかし、かりにこのように保護法益を理解する立場からも、住居権者等の意思に反して住居等に立ち入れば「侵入」に該当することは認められていた²⁰⁾。そこで昭和 58 年判決の上記判示は、「保護法益についてはあえて言及することはせず、〔先行する最高裁判例の判旨〕等との抵触の議論を解消した²¹⁾」ものと理解されている。

たしかに、戸建住宅や住戸の玄関から内部に無断で立ち入るような場合を想定すると、住居権者の意思に反してさえいれば本罪は成立すると解されることになるだろう。しかし、平成 21 年判決で問われたのは、〈住居権者とコンタクトをとるために住戸玄関にアプローチする際には通過せざるをえない部分〉についての本罪の成否であった。一般に、住居権者等の意思に反する事項であったとしても、説得・交渉のために訪問することが一律に刑罰によって排斥されるべきかについては、議論の余地がありうると思われる。一般的な判断としては、説得・交渉が奏功せず退去を要求された後について、はじめて刑罰による介入を認めるべきではないかという考え方にも、傾聴するべきものがあるのではないだろうか²²⁾。

(2) 平成 21 年判決の調査官解説では、昭和 58 年判決の考え方を前提にしつ

17) 最判昭 58・4・8 刑集 37 卷 3 号 216 頁。

18) 最決昭 49・5・31 裁判集刑事 192 号 571 頁。

19) 前注に引用した判例のほか、最判昭 51・3・4 刑集 30 卷 2 号 79 頁。

20) 『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和 58 年度』69 頁以下〔森岡茂〕を参照。

21) 前注引用の判例解説 70 頁。

つ、「立入り禁止意思の強さ²³⁾」というファクターに着目されることで、上記のような問題状況までを視野に入れた一般的な判断「枠組み」が提案されていた。しかし、1.1 (2)(b)での検討を前提にして考えた場合、上記の「枠組み」は必ずしも適切な結論へと結びつかないこともありうるのではないだろうか²⁴⁾。さらに、昭和 58 年判決の考え方を前提にして判断すると、平成 21 年判決のような場合以外にも、たとえば最高裁平成 19 年 7 月 2 日決定（2.1 (1)を参照）・東京高裁平成 5 年 2 月 1 日判決（3 を参照）等のように、処罰範囲の限定につい

22) もっとも、かりに説得・交渉のための立入りであったとしても、「通路部分も含めて部外者の立入りを厳重に制限しているような、例えばオートロックのマンションや出入口で終日ガードマンが人の出入りをチェックしているような建物」については、「居住者が〔オートロックの〕ドアを開けたのに乗じて続いて入っ……たり、……警備員の注意が逸れた機会にこっそりと忍び込んだり、水道等の検針員を装うなどの欺罔的手段を用いて中に入るなど」すれば、当然に本罪の成立が認められる（以上の引用部分は、平成 21 年判決の第 1 審による説示〔刑集 63 巻 9 号 1869 頁参照〕）。そうだとすると、「オートロック方式を採用したり、管理人室に管理員を常駐させたりすることは、当該集合住宅の建設時期、構造変更の容易性、必要となる管理費の金額等と関連するのであるから、それらの方式によらない限り部外者の立入りを禁止できないというのは、居住者である区分所有者の権限を不当に制約するものである」（平成 21 年判決の原審による説示〔同刑集 1889 頁参照〕）。このような批判には根拠があるのではないだろうか（なお、本件マンションの場合、「管理組合から管理業務の委託を受けた会社が派遣した管理員が、水曜日を除く平日の午前 8 時から午後 5 時まで、水曜日と土曜日は午前 8 時から正午までの間、勤務していた」〔同刑集 1767 頁〕。しかし、第 1 審判決の認定によると、被告人が立ち入った当時〔平成 16 年 12 月 23 日午後 2 時 20 分ごろ〕、管理員は不在だった〔同刑集 1866 頁参照〕）。

しかし、さらに考えてみると、オートロック方式・管理員常駐方式では、それぞれインターフォン・管理員を介することによるコンタクトの手段が提供されている。上記に例示されている立入り態様は、これらの手段の使用をあえて拒否したものである。このような場合に対する当罰性判断から、玄関へのアプローチ以外にコンタクトの手段が提供されていないような場合についての一般的な当罰性を導き出すことはできるのだろうか（なお、原審判決の認定によると、「管理人室窓口の上部壁面には、緊急連絡先や〔管理業務委託先〕会社の電話番号が記載されたプレートと本件マンションに勤務している管理員名が記載されたプレートがそれぞれ貼付されていた」〔同刑集 1882 頁参照〕。しかし、これらのプレートの趣旨、さらに、被告人がそれを認識していたのかについては明らかにされていない）。

23) 前出注 10) に対応する引用を参照。

て検討を要する場合はありうるように思われる。これらの場合をも考慮に入れることで、より一般化された視野の下に平成 21 年判決は検討されるべきではないだろうか（4 で検討する）。

以上のような検討を重ねることで、「侵入」（刑法 130 条前段）判断の内容（あるいは「可罰的違法性論や実質的違法性論²⁵⁾」の判断内容）を解明するための手がかりを探ることが、本稿の目的である（5）。

2 最高裁平成 19 年 7 月 2 日決定の検討

2.1 住居侵入等罪の保護法益 その 1

(1)(a) 最高裁平成 19 年 7 月 2 日決定（刑集 61 巻 5 号 379 頁。以下では「平成 19 年決定」と引用する）は、本罪の成立を認めるにあたりつぎのような判断を示した。

「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入ったものであり、そのような立入りが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

24) 調査官解説で「立入り禁止意思の強さ」が重視された理由として、①「いわゆるピンクビラやピンクチラシ」（『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成 20 年度』272 頁〔山口裕之〕）と指称されるもの、あるいは、②拒絶の意思を特定の・直接的に幾度となく通告しているにもかかわらず執拗に（居住者の立場からみれば嫌がらせのように）届けられるビラなどへの対処が念頭に置かれているのかもしれない。つまり、このような場合、実効的な解決のためには公的機関による介入に頼らざるをえないとすれば、本罪の成立が認められるような「枠組み」を採用することが必要だと考えられるからである（なお、平成 21 年判決の被告人の場合には、上記②ほどまでには自己の確信・信条を他人に押しつけるような行動をとっていたわけではないように思われる。この点については第 1 審判決による認定事実を参照〔とくに刑集 63 巻 9 号 1848 頁、同 1865 頁等を参照〕）。上記①②については後出注 90) の検討を参照。

25) 前出注 13) に対応する引用を参照。

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」

平成 19 年決定では、被告人らの立入り後の行為が偽計業務妨害罪（刑法 233 条後段）にあたると認められている。しかしそれは、「現金自動預払機利用客のカードの暗証番号等を盗撮」したこと自体を対象にした判断ではなく、「あたかも出入金や振込等を行う一般の利用客のように装い、適当な操作を繰り返しながら、1 時間 30 分間以上、あるいは約 1 時間 50 分にわたって、〔盗撮した映像を受信する〕受信機等の入った紙袋を置いた現金自動預払機を占拠し続け、他の客が利用できないようにした²⁶⁾」ことを対象にしたものだった。もっともこの行為は、「盗撮した映像を受信する受信機等の入った紙袋が置いてあるのを不審に思われなくようにするとともに、盗撮用ビデオカメラを設置した〔隣の〕現金自動預払機に客を誘導する意図で」おこなわれたものであることが認定されている²⁷⁾。この認定を前提にすれば、上記の平成 19 年決定の判示は、あくまでも建造物内での犯罪実行を目的としていた場合²⁸⁾に本罪の成立を認めたものとして限定的に理解することも不可能ではないように思われる²⁹⁾。

(b) この点について平成 19 年決定の調査官解説では、上記のような事案に即した限定的理解を採用されるのではなく、「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」が「管理権者の意思に反する」ことのみによって本罪の成立が認められたものと解されている³⁰⁾。しかし、このような考え方を制限なく適用すると、従来から指摘されているように、たとえば「友

26) 刑集 61 巻 5 号 382 頁。

27) 前注。

28) なお、前注に対応する引用がそもそも「共謀の内容」でもあったと認定されている（刑集 61 巻 5 号 380 頁以下）。

29) もっとも、最高裁による判示の順序からすると、このような理解は不自然かもしれない。しかし最高裁は、被告人らによる共謀内容の認定（前注参照）を前提にしたうえで、時系列に沿った順序で判示したにすぎないと理解することも不可能ではないように思われる。

人が遊びに来たと思って招じ入れたところ、実は借金の取り立てに来たのであった³¹⁾」というような場合についてまで本罪の成立が認められてしまいかねないのではないだろうか³²⁾。

調査官解説では、「従前の（裁）判例も、……おおむね〔上記〕の論理操作に適合する考え方を示している³³⁾」とされており、この点を上記の解釈の支えにされている。しかし、そのような表面的な「論理操作」からさらに踏み込んで、そこで取り上げられている従前の大審院・最高裁判例³⁴⁾の具体的事案を見てみると、いずれも、立入りの目的が犯罪実行を内容としたもの³⁵⁾であるか、あるいは、そもそも立入りの態様自体が「侵入」と評価されうる（あるいは「侵入」であることを推認させる）内容のもの³⁶⁾であったように思われる³⁷⁾。そうだとすると、つぎのような上告趣意、「『盗撮』行為そのものは刑事的な犯罪を構成するものではない。ところが、第1審判決及び原判決は、ア・プリオ

30) 『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成19年度』226頁以下、202頁〔山口裕之〕（以下では、同解説を「最判解刑（平19）〔山口〕」と引用する）。もっとも、後述する本稿の考え方を前提にすると、かりに立入目的が犯罪実行を内容としている場合であったとしても、それを管理権者の対応（制止等）にかかわらず遂行するつもりであったとまでは認められないのであれば（この点については2.1(2)(b)・2.2(2)での検討を参照）、本罪成立のためには2.3で検討する条件の充足が必要となる。そのため、本件の場合、かりに前注に対応する本文のような限定的理解を採用したとしても、本罪成立のための条件は「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」を取り上げた場合と異ならなくなるように思われる。しかし、これはあくまでも本稿の考え方を前提にした場合の帰結であるにすぎない。そこで、以下での検討は、前注に対応する本文のような限定的理解が有効に機能する可能性を排除することなく進めることとしたい（たとえば2.3(1)冒頭の段落の問題設定は、上記の可能性に配慮したものであり、本稿の立場からは本来は不要のものである）。

31) 町野朔「被害者の承諾」芝原邦爾他編『判例刑法研究第2巻』（有斐閣、1981）216頁。この町野教授による具体例は、その後の議論に大きな影響を及ぼした。その一端を次次に垣間見ることができる。

もっともこの具体例については、そもそも住居権者に交渉を拒否する権利があるのかという点で疑問が生じうるかもしれない。このような疑問を払拭するために、たとえば、〈実は、峻拒された便宜の取扱いについて、無理を承知で何とか再考してもらった交渉のために来たのであった〉という具体例に置き換えても、趣旨は損なわれないであろう。以下では、この修正事例を「便宜的取扱事例」と引用する。

りに『盗撮』は違法だとして、かつ、そのような目的をもった立ち入りは『侵入』に該当すると論じている。しかしこれは、建造物侵入の構成要件を極めて拡大するものであって、到底、罪刑法定主義の憲法上の要請に³⁸⁾ 応えられるものではない」という上告趣意に³⁸⁾ 応対した平成 19 年決定についての調査官解説としては、上記の内容は必ずしも十分なものとは言いがたいのではないだろうか。

32) なお、『大コメンタール刑法〔第 3 版〕第 7 卷』（青林書院、2014）310 頁〔毛利晴光〕（以下では「大コメ刑法〔3 版〕（7）〔毛利〕」と引用する）では、前注に対応する本文の具体例を「友人が遊びに来たと思って立ち入りを認めたところ、実は寸借詐欺の目的で来たのであったという場合」（圏点は引用者）と変更されたうえで、それが町野教授自身による具体例であるかのように提示されている。そのうえで、このような具体例による批判にもかかわらず、「立ち入りの目的に錯誤がある承諾は無効であるという結論になっても決しておかしくない」とされる。しかし、「実は借金の取り立てに来たのであった」というオリジナルの具体例に対しても、同じように断定することはできるのだろうか（なお、同所では、町野教授の具体例に対する大谷教授のコメントとして、「承諾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」という記述が引用されており、それが上記の断定の補強根拠とされている。しかし、そこで引用指示されているテキストにあたってみると、大谷教授は、そもそも町野教授の具体例をオリジナルの内容で引用されており、しかも、「この場合は、むしろ包括的同意に含まれる場合として同意を有効と解すべきであろう」〔大谷實『刑法講義各論〔新版第 4 版〕〕〔成文堂、2013〕140 頁。これ以前の版においても同じ記述〕と述べられている）。なお、毛利判事による上記設例については後出注 81) での検討を参照。

33) 最判解刑（平 19）223 頁以下〔山口〕。

34) 最判解刑（平 19）216 頁（注 12）〔山口〕では、前注に対応する引用の記述を裏づける³⁹⁾ とされる「大審院・当審判例①～⑥」が⁴⁰⁾ 列挙されている（下線は原文）。そのほか、「⁴¹⁾ 高裁判例①～⑧」「⁴²⁾ 地裁裁判例①～⑤」（下線は原文）も⁴³⁾ 列挙されているが、これについては後出注（37）を参照。

35) 前注の大審院・当審判例①～⑥のうち、①（＝大判大 11・5・18 刑集 1 巻 5 号 319 頁）は「暴行ノ目的ヲ以テ営業所内ニ闖入」した事案、②（＝最判昭 23・5・20 刑集 2 巻 5 号 489 頁）は「強盗殺人の目的を以て他人の店舗内に侵入した」事案、④（＝最判昭 24・7・22 刑集 3 巻 8 号 1363 頁）は「強盗の意図を隠して……住居にはいつた」事案。なお、これらの判例の事案では、被告人は住居権者等の対応（制止等）にかかわらず犯罪を遂行するつもりであったと認められるように思われる（この点については 2.1 (2)(b)・2.2 (2) での検討を参照）。

36) 前々注の大審院・当審判例①～⑥のうち、③（＝最判昭24・6・16刑集3巻7号1070頁）では「警察職員の制止を排しての押し入り」であると認定されている。

⑤（＝最判昭34・7・24刑集13巻8号1176頁）は「被告人らが夜間〔税務署〕庁舎内に人糞を投込む目的をもつて同構内に立入った」という事案であるが（なお、第1審判決によれば、被告人が構内で「同署間税課事務室東側硝子窓の北隅窓硝子の下部4枚を破壊」〔同刑集1198頁参照〕したということも認定されており、暴力行為等処罰ニ関スル法律第1条第1項〔昭和39年6月24日法律第114号による改正前〕、刑法261条の成立が認められている〔同刑集1199頁参照〕）、第1審判決によれば「午後8時50分頃……税務署庁舎……の表東通用門から構内に侵入」（同刑集1198頁参照）したという事実が認定されている。さらに『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和34年度』290頁以下〔栗田正〕によると、「同税務署の敷地は、東、西、北の三方は頑丈なコンクリート塀をもつて囲まれ、南側は道路に沿い正門、東側通用門及び正門西側の一部を除き頑強な金網を張り、正門及び表東側通用門は門鍵こそ施されていないが閉めてあつた」（なお、同解説によると、「表東側通用門から間税課事務室東横通路を通り同署裏通用門を経て酒販組合事務所へ行くことができるようになっていたが、右酒販組合事務所に至る通路は別にあり間税課事務室東通路は税務署及び酒販組合の職員が税務署裏通用門を通つて昼間のみ往来するに過ぎないことが明らかである」）。

⑥（＝最判昭58・4・8刑集37巻3号215頁）は、「被告人らが、全通の春季闘争の一環として、多数のビラを貼付する目的で、……大槌郵便局局舎内に……立ち入った」という事案であるが、「夜間、多人数で土足のまま局舎内に立ち入ったことが認定されている（原審の認定によると、「被告人兩名はAほか5名の……支部組合員と共に……午後9時30分ころ、……未だ施錠されていなかった通用門と郵便発着口を通り、……土足のまま局舎内に立ち入った」〔同刑集307頁参照〕。なお、同じく原審の認定によると被告人兩名の勤務先は他局であり〔同〕、『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和58年度』64頁〔森岡茂〕によると他の6名も「いずれも大槌郵便局に勤務しない者」であった）。もっとも原審の認定によると、被告人らは局舎立入の際に「当夜の宿直員Bに『おい来たぞ』と声をかけ」ており（同刑集307頁参照）、全通大槌分会長であったBは「被告人らがビラ貼り目的で入つて来たことを十分知りながら立ち入りを認めた」（同）。しかし最高裁は、「右宿直員は管理権者から右許諾の権限を授与されていたわけではない」と判示している（当時の宿直員の地位・立場については、原審がつぎのように認定している〔同刑集309頁以下参照〕。「夜間を含む勤務時間外の局舎の看守は宿直勤務者（宿直員）によつて行われるが、その業務は、昭和35年10月14日郵政省と全通との間で調印された『郵便局における宿直勤務に関する協約』に基づくものであり、……右協約は、郵政省と全通との相当期間にわたる交渉の結果妥結するに至つたものであり、協約成立に至る経緯と労使間における相互に了解された事項によれば、……不法侵入の防止については、……組合活動として組合員が夜間に立ち入る場合の措置などについては双方で全く議論されておらず、仮に郵政省側が右協約によつて組合活動にともなう紛争を規律し、立入りを阻止する意図があつ

たとすれば、そのような協約は締結されなかつたものと考えられ（当審証人 C の公判供述）、結局本件ビラ貼り目的のような立ち入りについては、宿直員が組合員である場合には、特段の指示がない限り、これを阻止する義務を負うと解するには疑義があるといわざるを得ない」。つまり、このような地位・立場にある者によって示された「許諾」にすぎなかった）。

なお、大審院・当審判例⑤と⑥については、本文 2.3 (2) で後述する観点から理解できるように思われる。

- 37) 前出注 34) の高裁判例①～⑧、地裁裁判例①～⑤のうち、高裁判例①（＝広島高判昭 25・11・25 広島高等裁判所刑事判決集昭 25 年（其の 2）59 頁。「被告人は最初から器物を損壊する目的で〔被害者〕方家内に入つたものである」、同③（＝大阪高判昭 28・5・16 大阪高等裁判所刑事判決速報昭 28 年（其の 3）34 頁。「深夜強盗の目的で兇器を携え立入る」、同⑧（＝仙台高判平 6・3・31 判例時報 1513 号 175 頁。「国体の開会式を妨害する目的で開会式会場に一般観客を装って立ち入」った）と、地裁裁判例③（＝大阪地判昭 46・1・30 刑裁月報 3 巻 1 号 59 頁。「出展物を損壊して中華民国の威信を失墜させることを企て、……中華民国館に立ち入」った）、同④（＝東京地判昭 63・6・23 判例時報 1309 号 156 頁。「A を呼び出し同女に面会することなどを強要するため銀行の客等を人質にする目的で、……B 銀行 C 支店 1 階に同店の客を装って故なく侵入」）は、立入目的が犯罪実行を内容としたものであった（なお、これらの〔裁〕判例の事案のうち、高裁判例③・地裁裁判例④の被告人は、住居権者等の対応（制止等）にかかわらず犯罪を遂行するつもりであったと認められるように思われる〔この点については 2.1 (2)(b)・2.2 (2) での検討を参照〕。また、それ以外の〔裁〕判例についても、すくなくとも 2.3 で検討する条件の充足は認められるように思われる）。

また、高裁判例④（＝東京高判昭 31・1・30 高等裁判所刑事裁判特報 3 巻 1=2 号 24 頁。「同志二十数名と相前後して〔警察〕署に向い、少くとも同署正門附近から原判示の者等と互に意思連絡の上、……スクラムを組み一団となつて『ワツシヨ、ワツシヨ』と氣勢をあげながら、……警察署表玄関西側扉を押し開き、同庁舎に侵入し『署長を出せ、署長は何処へ行つた』等と叫び、……建造物内に不法に侵入した」）と地裁裁判例①（＝鳥取地米子支判昭 44・4・19 判例タイムズ 240 号 296 頁。「約 400 名もの多人数からなるデモ隊が『ワツシヨイ』『ワツシヨイ』の掛け声をあげながら……〔国鉄米子駅 1 番〕ホーム上を行進」したことについて、「本件ホームへの立入りは、……建造物侵入……の罪を構成する」）は、そもそも立入りの態様自体が「侵入」と評価されうる内容のものであったように思われる（なお、高裁判例④・地裁裁判例①については、本文 2.3 (2) で後述する観点から理解できるように思われる）。

これに対して、高裁判例⑥（後出注 71））と地裁裁判例②（後出注 73））・同⑤（後出注 72））については本文 2.3 (2) での検討、高裁判例②については後出注 75）での検討、高裁判例⑤については後出注 74）での検討をそれぞれ参照。さらに、高裁判例⑦については本文 3 での検討を参照。

(2)(a) 一方、学説の中には、「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を保護法益と考えるならば、ある人物を住居内に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³⁹⁾」があったとしても本罪の成立は否定されとする立場から、「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っ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、⁴⁰⁾」本罪の成立は否定されるべきだと主張する見解もある。この見解によれば、そもそも平成19年決定の事案においては、結論としても本罪の成立は否定されるべきであったと解されることになる。

たしかに、本罪は住居権者等の「意思に反して立ち入ること⁴¹⁾」を処罰対象にする犯罪であり、それは「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を保護法益⁴²⁾」にしていると言いかえることもできるだろう。しかし問題は、その「誰」をどのような基準によって判断するべきかにある。この点について上記の見解は「人の同一性⁴³⁾」を基準に判断するべきだと解する立場から、つぎの①②の事例について、

①強盗殺人犯人⁴⁴⁾が「セールスマン⁴⁵⁾」だと欺いて立ち入った事例⁴⁶⁾

38) 刑集61巻5号383頁以下。

39) 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号（1985）96頁。

40) 前注。

41) 最判昭58・4・8刑集37巻3号216頁。

42) 前出注39)に対応する引用を参照。

43) 佐伯・前出注39)97頁。

44) たとえば最判昭23・5・20刑集2巻5号489頁（「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與えたとは言いがたい」と述べて本罪の成立を認めた〔前出注34)35)の大審院・当審判例②〕。同趣旨の判例として最判昭24・7・22刑集3巻8号1363頁〔前出注34)35)の大審院・当審判例④〕）。

45) 佐伯・前出注39)96頁。

46) あるいは、「立ち入った後に行う行為について錯誤に陥っているにすぎない場合」（山口厚「法益侵害と法益主体の意思」山口厚編著『クローズアップ刑法各論』（成文堂、2007）28頁）。

②借金取り立て目的⁴⁷⁾での立入りの際に「既知のセールスマン A⁴⁸⁾」と誤信させた事例⁴⁹⁾

事例①では本罪の成立を否定するべきだが⁵⁰⁾、事例②では肯定するべきだという結論を導き出している。その理由は、「人の同一性の錯誤……とは、少なくとも一方は既知の（『顔』を知っている）2人の人の中での人格（『顔』の混同⁵¹⁾」だからだという。

(b) しかし、立ち入られることによって生じる危険性の内容からみれば、刑罰による対処の必要性が高いのはむしろ上記事例①の方⁵²⁾ではないだろうか（上記の見解に対しては、「保護法益をかなり内容に乏しいものとして考え⁵³⁾」ているという批判が向けられている）。本罪は「意思に反して立ち入ること」を処罰対象にする犯罪であるが、これは、④住居等内の利益⁵⁴⁾に対する他人の接近を阻み、また、⑤閉鎖的な空間に立ち入られることにともなう危険⁵⁵⁾を回避するための包括的な権限を刑罰によって裏づけているものと理解することができる。このような理解を前提にすると、立入り後に住居権者等の対応（制

47) 前出注 31) と注 32) の検討を参照。

48) 佐伯・前出注 39) 97 頁。

49) あるいは、「A の立入りであれば認めるつもりである者が、B に『自分は A だ』と騙されて錯誤に陥り、B の立入りを認めた場合」（山口・前出注 46) 28 頁）。

50) 佐伯・前出注 39) 96 頁以下、林美月子「錯誤に基づく同意」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』（有斐閣、1994）42 頁、山口・前出注 46) 28 頁。

51) 佐伯・前出注 39) 97 頁。同趣旨の主張として、林（美）・前出注 50) 42 頁。また、山口・前出注 46) 28 頁では、「A の立入りであれば認めるつもりである者が、B に『自分は A だ』と騙されて錯誤に陥り、B の立入りを認めた場合」は法益関係の錯誤（後出注 59) を参照）だと解されている。

52) もっとも、事例②については後出注 78) を参照。

53) 大コメ刑法〔3 版〕(7)〔毛利〕310 頁。

54) ここでは、〈一定の条件（たとえば、プライバシーが保たれていること）が充足されている状態〉をも含むものとして「利益」という言葉を使用している。

55) 閉鎖的であるために避難行動が制約を受けるといふにとどまらず、とくに自宅の場合には避難（その場の放棄）よりも対抗行動に出ることが多いと考えられるため、暴力的な事態に発展する危険性も高いと思われる。また、外部からの目（助け）が届きにくい状況であるということは、侵害行為一般について促進的に働く危険性があるように思われる。

止等）にかかわらず犯罪を遂行するつもりであった事例①のような場合には、上記③④の観点から考えて、住居権者等による退去要求（刑法 130 条後段）が有効に機能する状況ではないという判断から、本罪の成立を認めることにも合理性がありうるのではないだろうか。前記事例①に対応する最高裁昭和 23 年 5 月 20 日判決（本稿注 44）を参照）は、このような観点からその趣旨を理解することができるように思われる（そのほかの判例については、本稿注 35）末尾、注 37）第 1 段落末尾を参照）。つまり、前記の「誰⁵⁶⁾」は、むしろ上記③④を考慮して決められるべきだと解されることになる。

結局、本罪の保護法益の内容は、前記の言いかえ⁵⁷⁾から論理必然に導き出されるわけではない。「意思に反して立ち入⁵⁸⁾」ったか否かの判断を住居等内での危険から切り離してしまうことが適切なのかを正面から問うことによってのみ、答えられるべき問題である⁵⁹⁾。

(3) そこで次項では、前記事例①に対応する最高裁昭和 23 年 5 月 20 日判決に向けられた批判の中から、本罪の保護法益を考えるうえで重要な指摘を含んでいると思われるものを取り上げて検討することにしたい。

2.2 最高裁昭和 23 年 5 月 20 日判決に対する批判の検討

(1) 2.1(2)(b)では、立入りが住居等内での犯罪実行を目的としているような場合について、そのことを理由に本罪の成立が認められることもありうると考え、そのような立場から最高裁昭和 23 年 5 月 20 日判決は支持できると解した。しかし、このような考え方に対しては理論的な批判がなげかけられている（(2)で検討する）とともに、実際上の不都合も指摘されている（(3)で検討する）。

(2) つぎのような理論的な批判がなげかけられている。「それ自体としては不可罰な他罪の予備段階の行為が広く処罰されることになり、妥当とは思われない。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

56) 前出注 42) に対応する引用と、それにつづく本文を参照。

57) 前出注 42) に対応する引用を参照。

58) 最判昭 58・4・8 刑集 37 卷 3 号 216 頁。

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⁶⁰⁾。

しかし、どのような「態様の立ち入り」を「意思に反して立ち入⁶¹⁾」ったと評価すべきかは、本罪の趣旨をどのように理解するかによって決まると思われる。すでに 2.1 (2)(b) で述べたように、①住居等内利益⁶²⁾ への接近阻止と、②閉鎖的空間への立入りにともなう危険⁶³⁾ の回避を重視する立場から考えると、住居等内での犯罪実行を目的とした立入りの場合、それを住居権者等の対応（制止等）にかかわらず遂行するつもりであれば、退去要求（刑法 130 条後段）が有効に機能する状況ではないという判断にもとづいて「本罪で問題にすべき利益侵害」が生じたと解することにも合理性がありうるのではないだろうか（このことから反対に、上記①②を考慮して不退去罪による保護を認めれば十分

59) なお、前出注 50) 51) に引用した諸見解は、「当該構成要件で保護された法益に関連する錯誤だけを重要な錯誤と解して、そのような錯誤がある場合に限って同意を無効にすべきであるという、いわゆる法益関係的錯誤説」（佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』〔有斐閣、2013〕218 頁。同所には「法益関係的錯誤説」を支持しているとされる文献が多数列挙されている）の採否が問題の焦点であり、結論を左右するという考え方にもとづいて主張されている。しかし、本罪の保護法益の内容は住居等内での危険を考慮して定められるべきだという考え方を前提にすれば、最判昭 23・5・20（前出注 44）を参照）における錯誤も「法益関係的」ということになる。そうだとすると、「法益関係的錯誤」という考え方を採用するか否かは、理論的には、最判昭 23・5・20 に対する評価にはかかわらない。問題の焦点は、本罪の保護法益そのものに対する理解にある（法益関係的錯誤説の支持者は、「法益関係的錯誤」という枠組みによる統一的解決を強く志向する。そのために、個別の問題を検討するにあたっては、統一的枠組みによって解決可能となるように問題の焦点が設定されるということが起こりやすいのではないだろうか。しかし、ここでの問題は、すでに定まっている保護法益の内容と錯誤との関係を論じれば済むという〔法益関係的錯誤説が想定している〕局面に焦点があるのではなく、そもそも保護法益の内容そのものをどのように理解するべきかにこそ焦点がある）。さらに、後出注 78) も参照。なお、法益関係的錯誤説についての上記評価は、鈴木左斗志「被害者の同意と錯誤」『西田典之先生追悼論文集（表題未定）』（有斐閣、2017 刊行予定）収録予定での検討にもとづいている。

60) 中森喜彦『刑法各論〔第 3 版〕』（有斐閣、2011）70 頁。

61) 最判昭 58・4・8 刑集 37 卷 3 号 216 頁。

62) この内容については前出注 54) を参照。

63) この内容については前出注 55) を参照。

だと判断される場合には、たとえ犯罪実行が立入目的であったとしても本罪の成立は否定されるべきだと解されることになる⁶⁴⁾。またこの場合、犯罪の実行場所として住居等内が選択されたということは、目的とされた犯罪単独の処罰（量刑）では必ずしも十分に考慮されないのではないかと思われる^{65) 66)}。その意味で、住居等内での犯罪実行を目的とした立入りについて本罪の成立を認めることには、目的とされた犯罪の処罰とは独立した意義⁶⁷⁾がありうると思われる。

64) たとえば、「頼みたいことがあるといったので招じいれたところ、贈賄の意思であったとき」（平野龍一「住居侵入について」警察研究 57 巻 7 号〔1986〕14 頁。さらに大塚仁『注解刑法〔増補第 2 版〕』（青林書院新社、1977）604 頁を参照）という事例の場合、住居権者等の対応（制止等）にかかわらない遂行が目的とされているわけではなく、また、2.3 以降で検討する条件も充足されていないため、犯罪目的ではあっても本罪の成立は否定されると解される。これに対して、「詐欺の目的で友人宅を訪問し、おだやかに応接室に入つたばあい」（団藤重光編『注釈刑法（3）』（有斐閣、1965 年）245 頁〔福田平〕。さらに大塚・上掲箇所を参照）については後出注 81）での検討を参照。

65) なお、「押込み強盗型」の強盗致傷罪について、その量刑判断の内容がつぎのように説明されている。「牽連犯としての起訴の有無を問わず、実質的には、住居侵入ないし建造物侵入を伴うもので、特に住居侵入を伴うものに関しては、被害者が安全であるべき自宅内において襲撃されたことを、被告人に不利な事情として明示的に指摘している裁判例もみられるところであり、この点は、路上強盗や、当該場所への出入り自体は公衆の自由に基本的に委ねられている店舗や公共的な建造物内における強盗よりは厳しい評価をされているといえる。店舗等に対する強盗の場合、その一般利用者の安全という別の配慮は働くにせよ、上記の見方は、実務家としてのほぼ共通の認識といえるのではないか。総合的にみると、この犯行類型に対する評価は、路上強盗型よりも重くとらえられていることはほぼ間違いなく、特に一般民家への押込み強盗については、本来最も平穏であるべき生活の場を危険に陥れたという点では、〔強盗致傷罪の〕各類型の中でも厳しい評価に値すると思われる」（樋口裕見・植野聡・三上孝浩「強盗致傷罪」『量刑実務大系第 5 巻 主要犯罪類型の量刑』（判例タイムズ社、2013）209 頁以下。圏点は引用者）。この記述は、「起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に考慮」することまでを認めるものではなく（最判昭 42・7・5 刑集 21 巻 6 号 748 頁）、余罪については「単に……犯罪の動機、目的、方法等の情状を推知するための資料として」「合理的に検討して必要な限度」（最判昭 41・7・13 刑集 20 巻 6 号 609 頁）でのみ考慮されうるにすぎないことを前提にしたものだと思われる。つまり、「起訴されていない場合であっても、……強盗の態様として一定限度で不利益な評価をされている」（上掲論文 208 頁。圏点は引用者）ことが指摘されているものと解される。

る。

(3) つぎのような実際上の不都合も指摘されている。「この考え方によれば、万引き目的でのデパートへの立入りも当然に本罪にあたることになる。たしかに、入場の際に違法目的を知れば、看守者は立入りを拒否するであろう。しかし、行為が、立入りを許容された時間内に通常の形態で行われている場合には、たとえ、看守者が入口に立ってチェックしたとしても、その違法目的を知ることとはできないから、当然に立入りを許可したであろうといわざるをえないのである。したがって、一般に公開されている建物については、通常の形態の立入りであるかぎり、それは当該建物管理者の事前の包括的同意の範囲内にあり、本罪は成立しないと解すべきであろう⁶⁸⁾」。この批判によると、たとえばデパート内での放火を目的として立ち入った場合であったとしても、それは「包括的同意の範囲内」とされることになるのであろうか。しかし、この結論については議論の余地がありうるように思われる。

上記の批判は「違法目的」一般を問題にしているようにも読める。しかし、具体例としてあげられている「万引き目的でのデパートへの立入り」について考えてみると⁶⁹⁾、そこで想定されている事例状況では、「万引き」を実行することの確定性について一定の幅が前提とされているように思われる。そして、

66) たとえば暴行目的（大判大 11・5・18 刑集 1 巻 5 号 319 頁。前出注 34) 35) の大審院・当審判例①) での住居への立入りの場合、目的とされた犯罪の法定刑（刑法 208 条）は本罪よりも低い。それにもかかわらず暴行目的であることを理由にして本罪の成立を認めうるのか。この点を疑問視する見解があるかもしれない。しかし、暴行目的で立ち入られ（て暴行を受け）たのが「本来最も平穩であるべき生活の場」（樋口・植野・三上「強盗致傷罪」前注引用部分）であったことについての評価は、本罪によってなされるべきではないだろうか。ただし、「本来最も平穩であるべき生活の場」という上記の観点は、本稿の立場からは、次注の一般的基準の下で考慮されることになる。

67) 2.3 以降に検討する本稿の考え方を前提にすると、退去要求の判断・実行の実効性に対する侵害として理解されることになる。

68) 西田典之『刑法各論〔第 6 版〕』（弘文堂、2012）100 頁。

69) ただし本稿の立場からは、この事例において本罪成立が認められる根拠は、2.3 で後述する条件の充足である。前出注 30) を参照。

たとえばウィンドウショッピングの目的も併存していて、事情によってはそれだけで終わってしまうこともありうるという程度の事例状況であったとすれば、たしかに、そのような場合にまで本罪の成立を認めるのは行き過ぎだという上記の批判にも説得力があると思われる。

しかし問題は、上記のような事例状況での本罪成立を制限するための手段として「包括的同意」という理論構成を用いることが適切なのかという点である。処罰を控えるべきだと判断される実質的理由が、かりに上記のような状況にあるのだとすれば、むしろ直截に、⑦立入りの主目的が当該行為をおこなうことであり、しかも、④その実行について一定程度以上の確度の意図をもっていたことを要件とする方が、適切に処罰範囲を限定できるのではないだろうか⁷⁰⁾。

2.3 退去要求の判断・実行 —— 保護法益 その2

(1) かりに平成19年決定の事案で、被告人らが業務妨害罪に該当するような行為をおこなうことなく盗撮を遂行するつもりで立ち入っていたとしたら、と想定してみよう（この想定事例を以下では「盗撮限定遂行事例」とする。もっとも、2.1(2)(b)・2.2(2)で示した本稿の考え方によれば、そもそも平成19年決定の事案そのものについても以下の問題は生じうる。この点については本稿注30)を参照）。その場合、本稿注31)に示した「便宜的取扱事例」について住居侵入罪の成立を否定する立場からは、当然に建造物侵入罪不成立の結論に至らざるをえないのだろうか。

70) 本文の要件は、2.1(2)(b)・2.2(2)で検討した場合と2.3で検討する場合の両者に共通して要求されるべきだと解される。

なお、最判解刑（平19）207頁（注11）〔山口〕では、「万引き目的でのスーパー、デパートへの立入り〔が〕……、従前一般に訴追されてこなかったという実務の状況」について、「立入りの時点で既に万引きの意思であったことの立証は實際上極めて困難と思われる（店内に入って商品を見ているうちに万引きを思い立ったとの弁解を排斥し難いと思われるからである。）ことが指摘できよう」と述べられている。本文で検討したような事例状況の場合についても、本罪の成立（実体的な当罰性・可罰性）自体は否定されないと解されているのであろうか。

2.1 (2)(b)・2.2 (2)では、犯罪目的での立入りについて、住居権者等による退去要求（刑法 130 条後段）が有効に機能する状況ではないことを条件に、本罪成立を認めることにも合理性がありうるのではないかと解した。このような立場から盗撮限定遂行事例について考えた場合、注目されるのは、問題の行為を管理権者に対して隠蔽したうえで遂行することが立入りの目的であるために、退去要求をおこなうべきか否かの判断とその実行のための機会が失われてしまうという点である。この点を根拠にして本罪の成立を認めることが考えられるのではないだろうか。つまり、上記のような態様での行為遂行が目的とされていた場合には、たとえ 2.1 (2)(b)・2.2 (2)で示した条件——犯罪目的での立入りであり、しかもそれを住居権者等の対応（制止等）にかかわらず遂行するつもりであること——までは充足されなかったとしても、前記④⑤（＝ 2.1 (2)(b)・2.2 (2)を参照）を考慮して、なお本罪の成立は認められうるのではないだろうか。このような理解によれば、前記便宜的取扱事例での本罪の成立は否定されることになるだろう。

(2) 以上の検討を前提にしたうえで、いくつかの下級審判例を取り上げる。

まず、広島高裁昭和 51 年 4 月 1 日判決⁷¹⁾（高刑集 29 卷 2 号 240 頁。「革マルと中核との抗争乱斗に関連し、……A 病院に入院する革マル派所属の負傷者およびそのもとに出入りする関係者らの動静をうかがうべく、……望遠レンズ付カメラを携行し、また周囲に気づかれないようにするために〔内部に潜むための〕ダンボール箱などを持つて本件ビル屋上に至り、右 A 病院入院者の動静等撮影をなしていた」）において本罪の成立が認められたことは、盗撮限定遂行事例に対する上記の理解からも了解可能だと思われる。しかし、名古屋地裁平 7 年 10 月 31 日判決⁷²⁾（判例時報 1552 号 153 頁。「オウム真理教から脱会しようとして行方をくらました女性医師〔を〕……教団施設に連れ戻すため、同人の実家を監視する目的で、

71) 最判解刑（平 19）216 頁（注 12）〔山口〕で高裁判例⑥（前出注 34）37）を参照）とされていたもの。

72) 最判解刑（平 19）216 頁（注 12）〔山口〕で地裁裁判例⑤（前出注 34）37）を参照）とされていたもの。

……右実家から約 250 メートル東方に位置〔する〕……共同住宅……の 1 階出入口からエレベータを利用して 14 階外階段踊り場まで繰り返し立ち入」った) の事案では、管理権者に対して積極的な隠蔽がおこなわれていたわけではない。さらに、東京地裁昭和 44 年 9 月 1 日判決⁷³⁾(刑裁月報 1 巻 9 号 865 頁。「被告人は無政府主義者(アナーキスト)の 1 人であるが、A と共謀のうえ、国民が住宅難に悩んでいるとき、豪華な新宮殿の造営に対し、批判、抗議の意思を強く行動をもって表明するため、皇居の一般参賀の会場に……発煙筒 2 本を携帯して立ち入り、同所においてこれを燃焼発煙させると共に、……ビラを撒布しようと企て〔、〕……皇居正門を経て、……一般参加者多数の参集していた右参賀会場において、……〔A が〕発煙筒 1 本に点火し、これを燃焼発煙させた」) の事案では、問題の行為が、むしろ管理権者に(も)わかるように実行されている⁷⁴⁾。

しかし、上記名古屋地判・東京地判の事案と便宜的取扱事例の間には、なお重要な違いが認められるように思われる。すなわち、便宜的取扱事例では、立入りの際、住居内においては〈住居権者による退去要求の判断・実行のコントロールが及びうる客観的状況下〉で行動するつもりであることが前提にされていると思われる。住居権者の意思に反する行為(便宜的取扱いについて再考することの説得・交渉)に出るときにも、それに即応して退去要求を判断・実行できる機会が住居権者に与えられることが前提にされていると考えられる。これに対して上記名古屋地判・東京地判の事案の場合には、退去要求の判断・実行

73) 最判解刑(平 19) 216 頁(注 12)〔山口〕で地裁裁判例②(前出注 34) 37) を参照)とされていたもの。なお、「発煙筒 1 本に点火し、これを燃焼発煙させた」ことは火薬類取締法 25 条 1 項本文、59 条 5 号に該当すると判示されている。これを管理権者の対応(制止等)にかかわらず遂行するつもりであったとすれば、2.1(2)(b)・2.2(2)で示した条件の充足も認めることができると思われる。

74) 東京高判昭 48・3・27 東京高等裁判所判決時報(刑事) 24 巻 3 号 41 頁(「沖縄コザ市における暴動に騒擾罪が適用されたことに関し米国大使館に抗議し、一般市民にその不当性を訴えようと〔して〕……、A 会館のペランダより垂れ幕を下げ、ビラを撒布」する目的で同会館に立ち入った)は、事実関係に不明な点があるものの、同じ類型の事案であるように思われる。なお、同判決は最判解刑(平 19) 216 頁(注 12)〔山口〕で高裁判例⑤(前出注 34) 37) を参照)とされていた。

が実効的に機能しえないような客観的状況の下で行為を遂行することが立入目的とされている⁷⁵⁾。

上記のような目的での立入りの場合には本罪の成立が認められるべきだ⁷⁶⁾という考え方を採用する場合、盗撮限定遂行事例に対する(1)での理解は、そのような考え方の1つの適用例と位置づけられることになる(2.3の本文・注で取り上げた以外の判例については、本稿注36)末尾、注37)第2段落末尾を参照)。

3 東京高裁平成5年2月1日判決の検討

(1) 東京高裁平成5年2月1日判決⁷⁷⁾(判例時報1476号163頁。以下では「東高平成5年判決」と引用する)は、原判決(=東京地判平4・5・21判例タイム

75) 東京高判昭27・4・24高刑集5巻5号666頁(「国家地方警察栃木地区警察署及び栃木市警察署共用の庁舎」に「日本共産党下都賀地区委員会名義の宣伝ビラを警察官等に配布する……目的で立ち入」った。それは、「夜間しかも署員の退庁時刻経過後」〔原審による認定。同高刑集684頁参照〕であった。さらに、「原審証人A〔巡査部長〕の供述によると、同人が被告人兩名の後を追って行つてみた時にはすでに被告人Xは庁舎南側入口より入った宿直室前廊下に立っており、被告人Yはさらに同庁舎内東奥の方にいたことが認められるのであつて、かくのごとく被告人兩名が庁舎内に立ち入るにつき最初になんびとの明示の承諾をも得なかつた」。「A〔巡査部長〕の供述によれば、同人は……被告人兩名に庁舎内で出会つた際『こんなビラなどまかずに帰つたらどうか』と申し告げたことが認められる」。「〔当夜国家地方警察栃木地区警察署の宿直責任者たる〕B巡査部長の同意があつたかどうかの点のごときは、被告人らが庁舎2階に上り各室にビラを配布して後のことであるから、本件犯罪の成否に関しては問題とならず」)の事案は、被告人らが庁舎立入り前後にどのように行動するつもりであつたのかについて不明な点もある。しかし、「夜間しかも署員の退庁時刻経過後」に「各室にビラを配布」したという行動、さらにAとの間でビラ配布についての問答がなされたのはAによる被告人兩名追跡の結果であつたことなどから推認すると、本文の考え方によって理解することは可能だと思われる。なお、同判決は最判解刑(平19)216頁(注12)〔山口〕で高裁判例②(前出注34)37)を参照)とされていた。

76) ただしこの判断は、前記②③(=2.1(2)(b)・2.2(2)を参照)の考慮にもとづいて処罰に値すると評価されることが前提になる。

77) 最判解刑(平19)216頁(注12)〔山口〕で高裁判例⑦(前出注34)37)を参照)とされていたもの。

ズ 833 号 265 頁。以下では「東地平成 4 年判決」と引用する）についてつぎのように述べている。「原判決が、『争点に対する判断』において建造物侵入罪の成立を肯定した理由について説示するところは、当裁判所も正当として是認することができる」。東地平成 4 年判決は、「被告人らの参議院西通用門からの同院内への本件立ち入りは、虚偽の氏名等を記入した傍聴券を所持していたというその態様において、管理権者の意思に反するものと認められるから建造物侵入罪の成立が認められる」と結論づけるにあたり、その理由をつぎのように述べる。まず、前提として、

「違法行為に及ぶ目的をもつての立ち入りでないとしても、当該建物の性質、使用目的、管理状態、管理権者の態度などからみて、現に行われた立ち入り行為につき管理権者がこれを容認していないと合理的に判断されるならば、当該立ち入り行為が建造物侵入の罪を構成するのはもちろんである」

という判断が示されている。本件では、立入り後に参議院本会議の議事妨害がおこなわれており、そのことが威力業務妨害罪（刑法 234 条）を成立させると認定されている。しかし、「参議院への本件立ち入りに先立って被告人らが本件威力業務妨害の共謀をしていたとは認められない」し、「被告人〔各自〕……が独自に右目的を有していたとの事実もみとめられない。さらに、……被告人らにその他の違法行為に及ぶ目的があったと認めることもできない」。そのために、上記のような判断が前提として示されている。そのうえでつぎのように述べられている。

「被告人らが傍聴規則に従って傍聴券に記入した氏名、住所はいずれも虚偽であったのであり、被告人らは、このような傍聴券を携帯して参議院内へ立ち入ったのである。しかして、参議院へのかかる態様による立ち入り行為については、右認定にかかる傍聴希望者らに対する度重なる嚴重な点検、検査の状況からしても、参議院の管理権者たる参議院議長がこれを容認していないことは、

すでに明かというべきであるが、さらに、この点を国会法等法令との関係で検討〔しても、〕……関係法令の全体の趣旨からすると、傍聴規則……で傍聴券への氏名等の記入を要求している具体的な趣旨は、主として、自らの身元を明らかにさせることによる心理的強制力によって、傍聴人による議事妨害その他の院内秩序の侵害を防止しようとするものと解されるのであり、かかる趣旨に照らすと、傍聴券に記載されるべき氏名等が真実のものでなければならないことは、自明のことといえる」

(2) 東高平成 5 年判決における立入りは、院内において管理権者の意思に反する行為を遂行する目的でおこなわれたものとは認められていない。そのため、2 で検討した考え方によって本罪の成立範囲を限定しようとする立場からは、本罪の成立は否定されることになるようにも思える。

しかし、東地平成 4 年判決に示された上記判断によれば、管理権者は、被告人らに「自らの身元を明らかにさせることによる心理的強制力」が働いて「議事妨害その他の院内秩序の侵害を防止」する効果が生じている状態にあることを前提としたうえで、それに応じた退去要求判断・実行のための体制・態勢を整えていたものと解される。ところが現実の被告人らによる立入りは、上記の状態の発生を阻害しておこなわれている。そのために、院内秩序侵害行為等に対抗してなされる退去要求判断・実行のための体制・態勢は、管理権者が予定していた内容・程度の実効性を確保できていないと考えられる。

上記のような事情が認められる場合には、かりにそのような実効性の低下した状況を利用して管理権者の意思に反する行為を遂行しようとする目的が立入りの時点ですでにあったということまでは証明できなかったとしても、なお本罪の成立を肯定することが考えられるのではないだろうか。東高平成 5 年判決は、このような観点からその趣旨を理解することができるように思われる⁷⁸⁾。

(3) 学説の中には、東高平成 5 年判決について、「ニセの入場券を提示して劇場等への立入りの承諾を得た場合」の「一例」だと位置づける見解⁷⁹⁾もある。しかし、たとえば入場料支払を免れる目的で偽造入場券を提示して劇場に

立ち入ったような場合（以下では「入場料免脱事例」とする）と東高平成5年判決の事案の間には、本罪成否の判断に影響を及ぼしうる重要な違いがあるように思われる。

まず、退去要求判断・実行のための態勢の実効性について考えると、入場料を支払わずに偽造入場券で立ち入った者と正規の入場券を購入して立ち入った者それぞれに対する関係を比較した場合、実効性は一般的には異ならないのではないだろうか。そのため、入場料免脱事例における本罪の成立を前記(2)で検

78) もっとも、実効性の低下が処罰に値する程度のものであるかについては、事実関係に即した認定・評価が必要になると思われる。

なお、このような事情に着目して「侵入」の成否を判断することは、東高平成5年判決の事案を離れて考えたとしても有効でありうるように思われる。たとえば、夫だと誤信させて他人の住居に立ち入ったという事例について考えてみよう。この場合、立入目的を問わずに「侵入」にあたるかとする見解は少なくないかもしれない（法益関係の錯誤説支持者は、無条件に本罪の成立を認めるようである〔2.1(2)(a)を参照〕。しかし、この点については本注末尾の補足を参照）。かりにこのような判断に合理性がありうるとすれば、それを裏づけるのは、誤信の内容について、それが退去要求の判断・実行に備えた態勢を大きく弛緩させるようなものだとする評価なのではないだろうか（表面的には「人の同一性の錯誤」が問題であるように思えるかもしれない〔法益関係の錯誤説支持者はそのように解している。2.1(2)(a)を参照〕。しかし、「人の同一性の錯誤」がありさえすれば、その内容を問わずに常に本罪が成立するというわけではないだろう〔反対に、「人の同一性の錯誤」がなければ常に本罪不成立と解することも適切とはいえないように思われる。2.1(2)(b)を参照〕。同一性・錯誤の程度を問うとしても、その判断基準が問題にならざるをえない）。そうだとすれば、このような人違いを利用した立入りの場合に、かりに「侵入」にあたる余地を認めるのであれば、その判断にあたっては、すくなくとも退去要求の判断・実行に備えた態勢を弛緩させる程度が考慮されるべきことになるだろう（もっとも、本注の最初に例示した「夫だと誤信させた」という事例の場合、単なる「人の同一性」ということを超えて、そもそも住居権者だと誤信させている。そのため、誤信させられた者は〈基本的に立入りを拒否できない相手〉だと思い込まされ、立入り承認を強制されているという特殊性がある。そうだとすると、この事例を援用することで「人の同一性の錯誤」一般の重要性を根拠づけようとする（佐伯・前出注39）96頁以下）には、疑問の余地がありうるように思われる。さかのぼって、およそ「人の同一性の錯誤」が認められるからといって、立入目的を問わずに一律に本罪の成立が認められるべきかについても、疑問の余地がありうるのではないだろうか）。

79) 大コメ刑法〔3版〕(7) 309頁〔毛利〕。

討した観点から根拠づけることは困難だと思われる。

これに対して上記の見解は、そもそも料金を支払わずに入場することが管理権者の意思に反しているというだけで本罪成立には十分だと考えているのかもしれない。そして、たしかにこのような考え方によれば、東高平成 5 年判決の事案の場合にも、虚偽の氏名等を記入して立ち入ることは管理権者の意思に反しているからという理由で、パラレルに本罪の成立が認められうることになる。しかし、このような考え方によると、便宜的取扱事例（＝本稿注 31）を参照）での本罪成立も否定しがたいことになるのではないだろうか⁸⁰⁾。

このように検討してみると、東高平成 5 年判決については、やはり前記(2)の観点からその趣旨を理解する方が適切であるように思われる⁸¹⁾。

4 最高裁平成 21 年 11 月 30 日判決の検討 その 2

(1) 注目されるのは、最高裁によるつぎの指摘である。「本件マンションは分譲マンションであり、本件立入り行為の態様は玄関内東側ドアを開けて 7 階から 3 階までの本件マンションの廊下等に立ち入ったというものであることなどに照らすと、法益侵害の程度が極めて軽微なものであったということとはでき〔ない〕」（1.1 (1) で引用した判決文を参照）。

本件のような分譲マンションの場合、ビラ等の玄関ポストへの投かんがすべての住戸との関係で認められると、各住戸玄関へのアプローチに必要な共用部分全域について、居住者に把握されていない状態で滞留し続けうることになってしまう。このことは、それ自体としても、退去要求の判断・実行の実効性を害するものでありうる⁸²⁾。そのうえ、かりにこのような滞留を認めざるをえないということになれば、それを根拠にして立ち入ってくる不審者一般について、退去要求判断・実行の実効性が損なわれることになりかねない。

本件の「はり紙」について、すくなくとも本件当時の管理組合理事会では、

80) なお、毛利判事の見解については前出注 32) での検討を参照。

本件のような分譲マンションにともなう上記のような事情に対処する意味をもつものとして理解されていたと思われる⁸³⁾。最高裁が、「はり紙」とともに、「警察官立寄所のプレート」「『防犯カメラ設置録画中』のステッカー」について認定しているのも（1.1(1)で引用した判決文を参照）、このような趣旨を示すためだと解することもできるのではないだろうか⁸⁴⁾。

81) 以上の検討を前提にした場合、むしろ問題になるのは、入場料免脱事例において本罪成立を認める余地はあるのかという点である。

入場料免脱事例において入場後に劇場内でおこなうことが目的とされている行為（観劇等の規定のサービス提供を受けること）は、「財産上不法の利益を得」る（刑法 246 条 2 項）ことが積み重ねられていくプロセスの一環（共罰的事後行為）である。入場料免脱事例が当罰性評価において便宜的取扱事例とは異なるとすれば、その理由は上記の点に求められるのではないだろうか。そうだとすると、入場料免脱事例における本罪の成立は、かりにそれを認めるのであれば、東高平成 5 年判決とは異なり、上記の点によって根拠づけられるべきだと思われる。

しかし、さかのぼって、そもそも詐欺目的での立入りの場合に本罪の成立は認められるべきなのだろうか。毛利判事は、「友人が遊びに来たと思って立入りを認めたところ、実は寸借詐欺の目的で来たのであったという場合」（以下では「寸借詐欺事例」と引用する）について、「立入りの目的に錯誤がある承諾は無効であるという結論になっても決しておかしくない」とされる（大コメ刑法〔3 版〕(7) 310 頁〔毛利〕）。もっとも、毛利判事によるこの設例については前出注 32) での検討を参照）。しかし、この寸借詐欺事例の場合、①住居権者の対応（制止等）にかかわらない犯罪遂行が目的とされているわけではない点で、最判昭 23・5・20 の事案（2.2 を参照。そのほかの判例については本稿注 35) 末尾、注 37) 第 1 段落末尾を参照）とは異なることはもちろん、②退去要求の判断・実行が実効的に機能しえないような客観的状況下での遂行が目的とされているわけではない点で、2.3 (2) の本文と注で検討した判例の事案（そのほかの判例については本稿注 36) 末尾、注 37) 第 2 段落末尾を参照）とも異なっている。このような場合についてまで、2.1 (2)(b)・2.2 (2) で検討した④⑤（＝該当箇所を参照）にもとづいて処罰を拡張することは適切なのか、また、そのような拡張をどのように理論的に限界づけるのか、ここでは問われている。

82) もちろん居住者は、かりにこのような滞留に気づく機会があれば、退去を要求できる。しかし本件のような分譲マンションの場合、対象者が部外滞留者なのか、それとも他住戸を訪問する関係者なのかを、日常的な共用部分往來の機会だけで識別することは必ずしも容易ではないように思われる（かりに居住者間では相互に面識のない者などいないと仮定したとしても、共用部分で面識のない者を見かけた居住者は必ず誰何するべきだという前提で議論することは、必ずしも現実的ではないように思われる）。

以上のような理解によれば、本件の「はり紙」は、そこに記されている事項を目的にして立ち入ろうとする者に対して禁止を明示することにより、その立入りを阻止して退去要求の判断・実行の実効性を確保するためのものだと解することができる⁸⁵⁾。そうだとすれば、「はり紙」の内容とその上記趣旨を認識しながら⁸⁶⁾ 前記認定の「態様⁸⁷⁾」で行動することを目的として立ち入った被告人⁸⁸⁾ に対して本罪の成立を認めた平成 21 年判決の判断には、1.1(2)(b)での検討との関係で考えても、合理性を見いだせないわけではないように思われる⁸⁹⁾。

(2) 以上の検討によれば、本件「はり紙」についての平成 21 年判決の要点

83) 第 1 審判決の事実認定によると、「平成 12 年 2 月 13 日に行われた本件マンションの管理組合理事会の議事録には、『防犯のことも考え出入口 2 カ所に「警察官立寄所」看板を設置することとした。』旨記載がある。また、平成 14 年 3 月 17 日に行われた管理組合理事会の議事録には、理事会から本件マンションの管理会社に対し、防犯を考え、管理員の勤務する間で管理人室にいるときは、外から見えるようにして欲しい旨の要望があったことに関する記載や、『関係者（関係者以外の誤記と解される。）立入禁止、ご用の方は管理事務室への看板設置』、『ベニーから、亀有地区で「車上荒し」（サンバイザーの所に高速道路の回数券等を狙っている）、ピッキングが増加してきている旨の報告があった。』（ベニーとは、管理会社の略称である。）などといった記載がある。なお、本件犯行後の平成 17 年に入ってから、管理組合理事会の決議に基づいて、本件マンション 1 階玄関出入口前に関係者以外の立入りを禁じる旨表示した看板が設置された」（刑集 63 巻 9 号 1864 頁以下参照）。

84) 「警察官立寄所のプレート」については前注を参照。

85) 正確に言えば、そのように解することができる記載・範囲に限定して、後述するような効果を認めることができる。なお、最判解刑（平 21）542 頁（注 3）〔西野〕を参照。

86) 被告人が本文で述べたような意味での「はり紙」の趣旨を理解していたといえるかについては、たとえば第 1 審判決によるつぎのような認定が参考になるように思われる。「共働き世帯の増加によって昼間に留守になる世帯が増加したため、昼間であっても侵入盗の被害に遭うことが少なくなく、また、性的犯罪等を行うおそれのある不審者が侵入することもあるので、なるべく不審者等の侵入を防止したいと居住者の意識が高まってきていることは公知の事実であり、その意味で、「その目的を問わず、全くの部外者が集合住宅の共用部分に立ち入ること自体に不安感……を感じる居住者は相当数存在するものと考えられ、本件マンションにおいても当然そうした居住者が少なからず存在するものと推認される」。この点について、「被告人は、居住者と会った場合には目的を明らかにして不安感を払拭していたと供述」している（刑集 63 巻 9 号 1872 頁以下参照）。

87) 4(1)の冒頭に引用した最高裁の指摘を参照。

は、㉔立入り禁止が〈退去要求の判断・実行の実効性確保〉を趣旨・目的としているか、さらに、㉕そのような認定の合理性を裏づけるような具体的事情・状況が認められるか否かにあると解される⁹⁰⁾。そしてこのことは、それを「侵入」（刑法 130 条前段）の解釈として考慮するか、「可罰的違法性論や実質的違法性論⁹¹⁾」として考慮するかにかかわらない。

5 結語

「侵入」（刑法 130 条前段）とは住居権者等の「意思に反して立ち入ること⁹²⁾」だとすると、住居権者等が知れば立入りを拒否するであろう目的をもって住居等に立ち入った場合、そのことだけを理由にして本罪の処罰は認められるべきなのだろうか。かりにこれを無条件に肯定すると、目的にはさまざまなものがありうるため、受け入れがたい帰結が生じうる。そのため、「侵入」そのものの内容を限定するか、それとも可罰的違法性・実質的違法性否定の余地を認め

88) もっとも第 1 審判決の認定によれば、「被告人は、居住者と会った場合には目的を明らかにして……いたと供述」している（前々注を参照）。かりにそうだとすると、本文で述べた考え方からは、必ずしも当罰性が高いとはいえない場合であったようにも思われる。前出注 24) も参照。

89) なお、前出注 15) を参照。

90) なお、平成 21 年判決の調査官解説で「立入り禁止意思の強さ」が重視された理由ではないかと前出注 24) で考えた 2 つの場合のうち、㉔については、それ自体として処罰の対象とされている（風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律第 28 条 5 項 2 号が適用・準用される場合に対する同法第 53 条 2 号。そのほか、条例に罰則規定が設けられている場合もある）。これに対して㉕については、それ以前になされた立入り・退去要求と同一の機会、あるいは同一の事情・状況下での立入りと認められる範囲に限定して、例外的に本罪成立の余地を認めることは考えられないだろうか。その認定にあたっては、㉗それ以前の立入り・退去要求との時間的間隔、具体的事情・状況の違い、㉔それ以前になされた立入り・退去要求の回数と内容（具体的なやりとり）だけではなく、㉕立入り禁止意思の強さも考慮されることになると思われる。

91) 前出注 13)。

92) 最判昭 58・4・8 刑集 37 卷 3 号 216 頁。

るか、さらには包括的同意の範囲内だと解するかなど、理論構成はさまざまでありうるとしても、処罰範囲の実質的限定が必要であることに異論はないと思われる。

問題は、どのような事情が考慮されるべきかにある。そして、ここまでの判例の分析・検討を前提にすると、〈退去要求の判断・実行の実効性に対する侵害の有無・程度〉に着目することが有効となる場合もありうるのではないかと思われる⁹³⁾。*

93) 本罪による処罰を認めるべきか否かの判断に不退去罪（刑法 130 条後段）が関係しうることは、従来から指摘されていた（たとえば大コメ刑法〔3 版〕(7) 311 頁〔毛利〕では、「違法目的を隠すなど、偽って立入りの承諾を得た上で立ち入った行為を、住居侵入罪ということで処罰する必要があるとみるかどうか（必要がないとの立場では、退去要求を待って、不退去罪で処罰すれば足りると考えている）が、意見の分かれるポイントといえよう」と述べられている）。もっともこれまでの議論では、「退去要求をまって処罰するというのが、法の趣旨である」（平野・前出注 64）14 頁）という言明への賛否が二者択一として問われていたにすぎない。そして、退去要求がなされない場合の中には、その判断・実行が阻害される場合もありうることを考慮すると、上記の言明には留保を付さざるをえない。上記の言明に対して「〔本罪の〕保護法益をかなり内容に乏しいものとして考え」ている（大コメ刑法〔3 版〕(7) 310 頁〔毛利〕）という批判がなげかけられていることには、根拠があると思われる。

しかし他方で、退去要求の判断・実行の実効性に対する侵害が認められないような場合についてまで、「立入りの目的に錯誤がある承諾は無効であるという結論になっても決しておかしくない」（大コメ刑法〔3 版〕(7) 310 頁〔毛利〕）と断定できるのかについては、疑問の余地がありうると思われる（この点については前出注 32）を参照）。

* 本稿を、謹んで町野朔先生に献呈申し上げます。