

住居侵入と自由

江 藤 隆 之

- I 本稿の課題と見通し
- II 議論の状況
 - (1) 判例の整理
 - (2) 学説の整理
- III 許諾権衝突の問題
- IV 消極的自由と積極的自由
 - (1) 一般的区別
 - (2) 刑法的区別
- V 自由と住居の保護
 - (1) 消極的自由と自己決定
 - (2) 単独住居の保護
 - (3) 共同住居の保護
- VI 住居以外の客体と「人の看守する」について
- VII 結語

キーワード：住居権，平穩，消極的自由，積極的自由

I 本稿の課題と見通し

正当な理由なく人の住居に侵入してはならない。ところで、それは何故なのか。ひとつの難問である。⁽¹⁾

刑法学においては居住者の住居権を侵害するからであるとする住居権説、とりわけ住居権を立ち入り許諾権と解する新住居権説（許諾権説）と住居

の平穩を害するからであるとする平穩説とが争っている⁽²⁾。許諾権侵害であるとするならば、その許諾権とは何でありどのように行使されるのかが問題となり、平穩であるとするならば平穩とはどのような概念でありどのような状態になれば害されたといえるのかが問題となる⁽³⁾。

一見すると、居住者が平穩を乱して良いと許諾していればその平穩を乱しても構わないことに鑑みると、平穩説であっても保護されるのは「許諾のない平穩侵害」のみであり結局許諾権説に帰着し⁽⁴⁾、これまでの争いは許諾の錯誤についての争いおよびポスティング等の処罰をどう見るかについての争いでしかなかったようにも思われるため、これらの問題が合理的に解決されるのであれば、許諾権説に分があるといいたくなる。しかし、そういう前にその許諾権とはいったいどのような性質のものであり、誰に与えられるものであるのか、どのように行使しうるのかを具体化しなければなお短絡の誹りを免れないだろう。また、平穩説の唱えるところの平穩概念にも本罪を理解するうえで看過しえない重要な役割があるかもしれない。そうであるならば、許諾権説的な思考方法を採用するにしても、ただちに平穩概念を捨て去るのではなく、なおそれを検討する意義があるということになる。それは、平穩説を平穩という実質的利益を保護する実質的利益説と解し、これを意思侵害説とも評される許諾権説と対立させてきた⁽⁵⁾ことが真に正しいのか、換言すれば許諾権説は実質的利益を守るものではないのかという疑問にまでいたる。

もっと強く問題提起すれば、これまでの刑法学において「自由に対する罪」といったときの「自由」の語が——積極的自由と消極的自由とを混同する形で——きわめて大雑把に使用されてきたために、自由と利益との関係を分析的に把握することが難しい状態に陥っていたのではないか。

そこで、本稿はこの課題に取り組みたいのであるが、議論の展開がやや複雑にいたりそうであるから、理解しやすさのためにあらかじめ本稿のフライングプランと着地点を簡単に見通しておきたい。

本稿は、まずこれまでの議論の状況を簡単に整理する。判例と学説を見渡すが、そこでは許諾権を具体的にどう理解するかが課題であるというこ

とが明らかにされるであろう。その後、許諾権の理解を困難ならしめる問題として許諾権衝突の問題が取り上げられ、その解決がこれまでの議論によったのではデッドロックに乗り上げてしまうことが示される。次に、そのデッドロックから抜け出して先に進むために、「自由」の概念をアイザイア・バーリンによる自由の区別を参考に、積極的自由と消極的自由に分析的に区別する。そして、刑法において保護される「自由」は消極的自由であるということを明らかにした上で、立ち入り許諾権と呼ばれてきたものは「立ち入り拒絶権」として理解されるべきであり、許諾権の行使と考えられてきたものは「拒絶権の放棄」であったということが指摘される。さらに、消極的自由の観点から、居住者が1人の場合の保護法益が導き出される。それは、単なる拒絶権というよりはもっと事実化された「居住者以外に住居に立ち入られ住居の利益を乱されないこと」という実質的利益⁽⁷⁾ではあるのだが、消極的自由の「自由内部における内容を個人に強制するものではない」という性格から「何が当該住居において守られるべき実質的利益であるのかの解釈」を居住者に委ねること、換言すれば「他者から干渉されない領域を刑法が保護する中で何を為し、何を為さないのかの決定」、もっとラディカルに表現すれば「いかなる実質的利益を追求するために自己の住居を保護（ないし不保護）してほしいのかの決定権」が居住者に存するために、結局のところ拒絶権侵害が実質的利益侵害と重なり合うということが述べられる。それからようやく共同住居における拒絶権衝突の問題を検討するが、そこでの解決指針はこれまでの検討から「干渉されない領域の保護＝消極的自由の保護」に絞られるので、その指針に沿って類型ごとに解決が示される。その後、住居以外の客体すなわち邸宅、建造物、艦船などについて、保護法益を二元的に把握しなくても実定法上の「人の看守する」との文言から管理権者の抽象的・主観的な拒絶意思侵害をもって直ちに処罰することにはならないことを述べる。なぜなら、法益を単に拒絶権としたのではなく、あくまで実質的利益とし、住居についてはその利益の決定権が居住者にあるために結論的に許諾権説と一致するにすぎないのであるから、その他の客体における実質的利益（もちろん管理

権も)を考慮する契機は、私見に内在しているからである。最後に、理論ではなく帰結の妥当性から、多くの学説に抗して、一部の判例のいうように住居の圍繞地を住居ではなく邸宅とみるべきことがきわめて控えめに主張される。すると、マンション共用部分への立ち入りやセールスマンがインターフォンを押すために玄関前まで圍繞地に立ち入ることが抽象的意思侵害の処罰から外れるなど、より妥当な不処罰範囲を——看守概念を厳密にとらえることによって——確保することになるだろう。

以上が、本稿の見通しである。かなり複雑な論述になりそうではあるが、まずは刑法学上の議論の整理からはじめていこう。

II 議論の状況

(1) 判例の整理

まず、議論の流れを時代を通して把握するために、判例の状況を整理しておこう。

大審院時代の判例が、住居侵入罪を住居権、とりわけ当時の家父長制度に適合する形で家父長の住居権を保護するものであると理解してきたことはよく知られている(旧住居権説)。たとえば、代表的な判例である大正7年12月6日の大審院判決は「被告人は他人の不在に乗じ其妻と姦通する目的を以て其住居に侵入せんとした」といういわゆる姦通事例において「住居侵入の罪は他人の住居権を侵害するを以て本質と為し住居権者の承諾ありたるとき若くは通常住居権者に於て他人が住居に入ること容認するの意思ありと推測し得べき場合に限りて其家族又は雇人の承諾ありたるときは本罪の成立せざることを疑を容れず」と住居権説の採用を明らかにするとともに、その住居権者の承諾ないし推定的承諾がある場合のみ家族・雇人の承諾が有効になる旨を判示し、家父長制度を背景にその住居権を家父長に持たせることを怠らなかった。そのうえで、夫に承諾があることは推定できないのであるから「妻が本夫に代り承諾を与うるも其承諾は固より何等其効力を生ずべきに非ず」として住居侵入(未遂)の成立を認めた

原審を支持し、被告人の上告を棄却した。このような家父長の住居権を保護法益とする裁判所の態度は、家父長制度が崩壊する戦後まで一貫して維持されたといつてよい。その証拠に、姦通事例について住居侵入を認めた同様の裁判例は、大判昭和11年10月14日⁽⁹⁾や大判昭和13年2月28日⁽¹⁰⁾、大判昭和15年2月3日⁽¹¹⁾、大判昭和15年2月6日⁽¹²⁾などによって明確に維持されている⁽¹³⁾。

日本国憲法施行後、家父長制度の否定および両性の平等原則にもとづく婚姻制度の確立に伴い判例はその見解の変更を余儀なくされることになる⁽¹⁴⁾。最高裁昭和23年5月20日判決⁽¹⁵⁾は「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」として住居権説を維持したようにみせながらも、これまでとは違い、それが家父長にあるということを明言することはなかった。最高裁昭和28年5月14日決定⁽¹⁶⁾は「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、保護法益こそ明確にしなかったもののそれが「法律上正当の権限」ではないなにものかでありうることをほのめかす態度をとった。これを受けて、最高裁昭和49年5月31日決定⁽¹⁷⁾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、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」と、最高裁昭和51年3月4日決定は、建造物の圍繞地が本罪の客体となる理由について「建造物自体への侵入若しくはこれに準ずる程度に建造物利用の平穏が害され又は脅かされることからこれを保護しようとする趣旨」であると判示し、刑法130条の罪の保護法益は平穏であると解する態度を鮮明にした⁽¹⁸⁾。いわゆる住居の平穏説である。

ところが、その後の最高裁昭和58年4月8日判決⁽¹⁹⁾は「刑法130条前段にいう『侵入し』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」と述べ、平穏説への支持を一転してトーンダウンさせている。ここでは平穏よりもむしろ「管理権者の意思」

が問題にされている。それならば、この判決を住居権説への復帰ないし再転換であるとみるべきであろうか。学説においては、本判決をして新住居権説に転換したの⁽²⁰⁾とする評価や、本判決は大審院以来判例は一貫して住居権説を採ってきたこと⁽²¹⁾のあらわれであるとする評価や、あくまで本判決の射程は侵入の概念であって保護法益については平穩説をなお採っている⁽²²⁾のであるとする評価など様々なものが散見され、評価が定まっているとはいいがたい。私には、判例の評価をめぐる争いにはさほど意義がないように思われる。判例は時代とともにその見解を変えてきたのであるが、それはまさに時代の流れに適合しようとするものであり、そしてそれ以上のものではないとみるべきであろう。というのも、我が国における家制度および公共とプライバシーの在り方はここ100年強の間にめまぐるしく変化してきたが、そのような状況にあつて争訟を具体的に処理する裁判所がその見解を、あえて大法廷における判例変更の形をとらずに、小法廷において時に明言を避けながら判断してきたのは、まさにその時々⁽²³⁾の柔軟な解釈適用を担保するためであったと考えるのが自然だからである。ここでは、形式的には判例変更はなされてないが、実質的には時代および事案によってその説明方法が変遷してきたことを確認し、もしかしたらこのような判例の在り方およびそれに対する評価の不一致は住居権説と平穩説との間にさほど差がないということ⁽²³⁾を暗に示唆しているのではないかという程度に受けとめておくことにしたい。

(2) 学説の整理

現在、学説において家父長制度にもとづく旧住居権説を主張する立場はすでに見られず、多数説といわれる住居の平穩説と新住居権説（許諾権説）とが対立している。現状を簡潔に描写してみよう。

平穩説に立つ佐久間修は住居侵入罪を「外部から不当に個人の生活領域を侵害する犯罪」と性格づけ、その法益を「住居の平穩（ないし安全）である」とする⁽²³⁾。佐久間は、その教科書において複数住居権者の意思が対立した場合や集合住宅に居住する人々の安心感の問題や旅行中の居住者が立

ち入りに反対し留守番が立ち入りを許諾した場合、住居権者の錯誤にもとづく許諾の場合などを例に挙げ詳細に新住居権説を批判し、新住居権説を採用できないことを論ずる。⁽²⁴⁾

前田雅英は、平穩説と新住居権説は「實際上かなり重なりあっている」⁽²⁵⁾としつつも、問題は「外形上平穩ではあるが意思に反する場合をどこまで処罰すべきかである」⁽²⁶⁾とし、紛争時の大学や郵便局への立ち入りを例にあげ「総長が『学外者立ち入り禁止』の札を立てそれを無視し平穩に立ち入った場合も侵入行為になるというのはやはり不合理であろう」⁽²⁷⁾として新住居権説を批判し、平穩説を採用している。

平穩説に対して、山口厚は鋭い批判を向けている。山口によれば平穩説は実体的には住居などの内部において守られるべき何らかの実質的な利益を保護する見解であり、実質的利益説と呼ぶことができるという。⁽²⁸⁾しかし、その実質的利益が何であるかは、なお不明確のままである。山口は「問題は、平穩説＝実質的利益説から、保護の対象となる利益の内実を限定しうるかにある」⁽²⁹⁾と述べ、それが困難であることを指摘した上で、実質的利益は無限定となりうるのであるから「平穩説＝実質的利益説からは、住居侵入罪は『侵入』という行為形態においてのみ共通する『一般的利益侵害予備罪』となり、犯罪としての独自性が見失われることになる」⁽³⁰⁾と批判する。

許諾権説は、平穩説に対する批判と、住居権者が他人の意に反する立ち入りを受忍すべき理由はないこと、⁽³¹⁾結局のところ個人的法益に対する罪として住居侵入罪を捉える限りは、侵入は居住者の意思に反するものであるため、結局のところ平穩説を採ったとしても許諾権説に帰着することなどをその主たる論拠として唱えられている。⁽³²⁾たとえば、松宮孝明は、その教科書において「住居権侵害あれば平穩侵害あり」と、平穩概念が結局のところ住居権概念に帰着することを明確な標語で表現している。⁽³³⁾

許諾権説批判には様々なものがあるが、⁽³⁴⁾とりわけ関哲夫と嘉門優からのもの⁽³⁵⁾をとりあげておきたい。

わが国における住居侵入研究の第一人者ともいえるべき関は、住居と公営建造物・社会的営造物との法益を多元的に理解すべきことを主張した上で、⁽³⁶⁾

住居についてはたしかに住居権的に理解するのではあるが、公共営造物については「外的障害によって業務遂行が乱されることがない平穏な状態」として客観化され、個々の職員に分解されえない平穏概念をその法益であると主張する⁽³⁷⁾。というのも、関によれば、家族生活が時代とともに社会的なものから私事的なものへと変化し、家族は私的自由領域としての性格が顕著となってきている⁽³⁸⁾のに対して、公共営造物はその公的な業務への国民の利用可能性・批判可能性を担保することは民主主義的要請を基礎とするものであり、これらは公的・一般的な開放性ないし公開性を前提とするため、管理者の許諾意思（自己決定）が絶対的に尊重されるべき領域ではなく、「本罪の成否をもっぱら管理者の許諾意思にかからしめることは合理的でない」という。関の構想は、社会の変化を捉えたものであり興味深く、保護法益を一元的に許諾権にかからせようとする見解に対して、とりわけ公共営造物の保護法益論についての批判となっているようにも思われる。ただし、関の見解に対しては、「官公庁の建造物といえども、公的財産の適切な管理という観点から、管理・支配権が保護されないとする理由はない⁽⁴⁰⁾」ため公的性格はあくまで管理権の制限の問題として考慮すれば足りるとする批判や、業務の遂行を保護法益とするのでは業務妨害罪と混同するものであるとの批判⁽⁴¹⁾が加えられている。

嘉門優は、意思侵害説に至る許諾権説（および意思侵害説に至りうる平穏説⁽⁴²⁾）に対して鋭い批判を加える。いわく、意思侵害説によれば「居住者の恣意的な拒否意思も保護されると解する以上、居住者が第三者の立ち入りに対し、自分に危害を加えられるのではないかという『不安感』や、相手を気に入らないといった『不快感』を抱けば、客体が『個人の住居』である以上、原則的に、『意志に反する立ち入り』として侵害に該当する⁽⁴³⁾」ことになるが、「他者に不安感・不快感を発生させることは社会生活を営む上でしばしば起きることであって、これらをすべて法的な問題として取り上げていけばきりがなく⁽⁴⁴⁾、「そもそも、このような『気に入らない』という感情や、漠然とした不安感の惹起は、『刑法』で対応されなければならぬ問題であろうか」と。嘉門は、このような感情の保護は「不快原

理」ないし「迷惑原理」によるものではあっても、「侵害原理」からは説明することは困難であると述べ、住居侵入罪の法益理解を明確化し、侵害・危殆化を要求しなければならないという⁽⁴⁶⁾。

このような嘉門の指摘には、不安感や不快感一般を刑法で保護すべきでないという点について賛同したいが、住居侵入の法益理解については疑問がある。たしかに、不安感・不快感一般は刑法の保護対象ではない。ある人の不安感・不快感の保護は、別の人の自由侵害につながるからである⁽⁴⁷⁾。しかし、一般的な社会生活上の不安感・不快感と個人の住居内における不安感・不快感はその性質をまったく異にする。前者は、嘉門の指摘のとおり、社会生活上やむをえないことであり、これを刑法の規制対象とすべきではない。ところが、後者、すなわち個人の住居内における不安感・不快感から人を保護することにはなお法益として十分な意義があるといわざるをえない。それが一般においてはどれだけ取るに足りない不快感であっても、である⁽⁴⁸⁾。個人には、単に気に入らないというだけでその人が住居に入ることを拒否する自由がある。そうでなければ、住居は住居でなくなってしまうだろう。どれだけ不合理な理由や偏見に基づこうとも、嫌いな人の立ち入りを拒否できなければそれは住居ではない。単にもうちょっと寝ていたいから、ひとりで観たい映画のDVDがあるから、お気に入りの洋服が洗濯中だから、髪型が決まらないから、といて来訪者の立ち入りを、たとえそれが日頃からの親友であってその立ち入りが社会的に穏当なものであったとしても断る自由があって初めて住居であり、その自由はそれだけで十分に保護に値する社会的実質を持っている。公的なスペースから切り離された私的領域の確保、いわば、国家・社会から離れて個人の私的生活を確保すること、換言すれば自分が許可したのでないかぎり、誰からも干渉されず、誰からも介入されない領域の確保⁽⁴⁹⁾は、個人の尊厳に直結する重要な自由（権）である。他者から強制を受けない私的領域の確保こそが自由であり、自由は個人の基本権の淵源ともなる重要な利益であり、法益として保護すべき十分な価値を有するといえるだろう⁽⁵⁰⁾。

とはいえ、許諾権説に単純に賛同できるかといえは、必ずしもそうでも

ない。許諾権がどこから発生し、それが誰によってどのように行使されるのかを検討する必要がなおあるだろう。

Ⅲ 許諾権衝突の問題

許諾権を中心に住居侵入罪の保護法益を考えようとする、許諾権者が複数人いる場合のその衝突時の処理如何が困難な問題として立ち現れる。たとえば、2人暮らしの住居に、片方が許諾し、片方が拒絶する来客があった場合の処理如何である⁽⁵⁵⁾。

ストレートに考えれば、居住者の許諾権が侵害されれば法益侵害があるといえるのだから、居住者のうちの誰か1人でも立ち入りに反対をしていれば住居侵入罪が成立するようにも思われる。たとえば、大塚仁はそのように考え、「各居住者が、夫婦や成人の家族同士のように、平等の立場にあるときは、有効な承諾は、それら全員の意思ないし推定的意思に適ったものであることが必要である⁽⁵⁶⁾」、「夫婦の一方が他方に代わってそこへの立ち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⁽⁵⁷⁾」という。しかし、居住者の1人に招き入れられた場合にも外出中の居住者の推定的意思に反するだけで住居侵入罪が成立するというのであれば、その処罰範囲はかなり広いものとなるであろう⁽⁵⁸⁾。

これに対して、山口厚は居住者の1人の許諾で不処罰に十分であるという。山口は「居住者＝許諾権者自身については、その滞留が他の居住者＝許諾権者の意思に反することになっても、住居侵入罪又は不退去罪は成立しえないが、このことは、許諾権は他の許諾権との関係で相互に制約されていることを意味する⁽⁵⁹⁾」ので「居住者＝許諾権者1人の承諾があれば、住居侵入罪は成立しないと解すべきである⁽⁶⁰⁾」という。なるほど、たとえば恋人が2人で同棲している住居において、2人が喧嘩をし、一方が他方の滞留ないし帰宅を拒んだとしても、住居侵入ないし不退去罪が成立するとは考えられない。その指摘は結論として正しい。しかし、山口の説明にはなお疑問が残らざるをえない。このような場合において住居侵入ないし不退

去罪が成立しないのは、許諾権が相互に制約されているからではなく、当該住居がそもそも他人性を欠くからではないだろうか。許諾権の有無や判断能力の程度などにかかわらず、自己の居住する住居へは誰もが帰宅することができる。となれば、このような例は「人の住居」という客体の不在に他ならず、許諾権が相互に制約をされていることの論証例とはなりえないであろう。

また、1人の許諾で不処罰に十分であるとする見解の具体的問題点を山中敬一は指摘する。いわく、「現在しない居住者のみの同意があり現在する居住者が全員反対する場合にも成立を認めないのは不合理である⁽⁶¹⁾」と。そこで山中は「現にその住居にいる居住者の一部が明示的に反対の意思表示をしているときは、同意は全体として無効であると解すべきである⁽⁶²⁾」と現在者意思優先説を主張する。なるほど、不在者の扱いについて、山中の指摘は結論としては説得的に思われる。1人の許諾で十分であるとする見解にも問題がないわけではない。

すると再び問題はデッドロックに乗り上げる。そこで、なぜこのような衝突問題が他の自由に対する罪と違って発生するののかについて、基礎的な観点から問題を照射してみたい。

IV 消極的自由と積極的自由

(1) 一般的区別

ここで、議論の深化のために、刑法において保護される自由が「消極的自由」であるということを明確にしておきたい⁽⁶⁴⁾。そのためには、自由を消極的自由と積極的自由との2つに区別することが必要となる⁽⁶⁵⁾。そこで、この自由の2つの概念すなわち“Two Concepts of Liberty”をアイザイア・バーリン⁽⁶⁶⁾によるオックスフォード大学教授就任演説（1958年）を参考にして区別しておこう⁽⁶⁷⁾。自由について考察するのならば、「自由」という術語がいかなる意味で使用されるのかについて——彼の哲学全体への賛否は別論——バーリンの分析を参考にしない手はないであろう。実際、英語圏の

哲学者の多くは、自由について考察するときには、バーリン哲学への賛否にかかわらずバーリンの分析から説き起こすことを常としている。

バーリンによれば、自由の概念は消極的自由 (negative freedom) と積極的自由 (positive freedom) に区別される。⁽⁶⁸⁾

消極的自由は、「～からの自由」であり、他人に強制的に干渉されないことを意味している。⁽⁷⁰⁾ここでは、「したいことができない」としてもそれは自由の欠如を意味しない。あくまで、手かせ・足かせのない状態、他人から強制的に介入されないことをもって、消極的自由があるというのである。我々は——消極的自由の文脈においては——10メートルを能力不足のために10秒以内で走れなくても、お金がなくてある物を買えないとしても、自由がないとはいわない。⁽⁷¹⁾不器用なためギターが上手く弾けなくても自由がないとはいわない。これに対して、誰かに体を押さえつけられているから走れない場合や、何者かが買い物を妨害するから物を買えないような場合、他人に手をつかまれているからギターが弾けない場合は、自由が侵害されているという。消極的自由は、不干渉、不侵害、強制的否定といった言葉で表現することができる状態である。強制的干渉があれば不自由、なければ自由というのが消極的自由である。ここで注目しておきたいのは、消極的自由といったときは単に不干渉の状態をいうのみであって、その不干渉の状態においてその人が何を為すのかについては何ら言及していない点である。消極的自由は、干渉や支配の及ばない自由の「範囲」を問題とするだけなのである。⁽⁷²⁾

これに対して積極的自由は、自分が自分自身の支配者でありたいという願いから生ずるものである。⁽⁷³⁾それは自己支配 (selfmastery) であり、自らの行動が自ら決定した目的にかなっているという自由である。⁽⁷⁴⁾つまりは自己実現の自由であり、目的達成の自由である。積極的自由は干渉や支配の「源泉」を問題にし、⁽⁷⁵⁾そこで「何をするか＝何を実現するのか＝何を達成するのか」の考慮が決定的に重要かつ不可避である。

これら積極的自由と消極的自由の概念は対立するものである。⁽⁷⁶⁾積極的自由には「目的」なり「実現」なりが必ず存在する。「～する自由」である

以上は、「～する」という内容がそこに含まれる。そうであるから、積極的自由は時に他者からの支援・保護を要求し、同時に他者への干渉・介入を招きうる⁽⁷⁷⁾。これが国家刑罰と結びつけば刑法的パターンリズムを際限なく正当化するものとなりえよう⁽⁷⁸⁾。これに対して、消極的自由はパターンリズムを否定する方向の自由であるのだから、両者の対立は明白である。

(2) 刑法的区別

もっと刑法の問題にひきつけて区別を明確化していこう。たとえば、我々が「刑法は性的自由を保護している」というときは、「ある者と性交しない自由＝他者に性交を強制されない自由＝性交を拒否する（消極的）自由」の保護を含意しており、それと対立する「ある者と性交する自由＝他者に性交の相手方となることを強要する自由＝性交を遂行する（積極的）自由」はまったく意味していない。性交をしない（消極的）自由は、性交をせずは何をするのかに言及しない。性交をする（積極的）自由はまさに特定の誰かと性交することに言及している。このとき両者は積極側と消極側とで合意がない限り衝突し、刑法的には消極的自由が一義的に保護され、積極的自由の同意なき行使は強姦罪を構成することになりうる。このことに異論のある者はいないだろう。すると、性的自由に対する罪において、無意識のうちに我々は自由概念を区別し、消極的自由を保護客体としてきたということがいえよう。強姦罪における「性的自由」が「ある者と性交しない自由」を意味していることは分析的に考えれば明らかなのである。

場所的移動の自由においてもまったく同様である。我々は「場所的移動の自由」という言葉で、「場所的移動を妨げられない自由」を漠然と念頭に置き、「好きな場所に好きな時に行ける自由」を漠然と排除して論じてきた。それにもかかわらず、これを「場所的移動の自由」とあたかも積極的自由であるかのように刑法学が表現してきたことには、用語法上の問題を指摘せざるをえない。実際、「場所的移動の自由」は消極的自由であるから、場所的移動を妨げられない中で本人が何をするのかについては刑法学の議論においては言及できない。それがいかに下らないものであって

も、たとえば部屋から一歩だけ廊下に出てそこで10秒間逆立ちをしてからまた部屋に戻るといった一般的には価値があると思われなようなことでも、その部屋の鍵をかけて部屋から出ることを妨害すれば監禁罪が成立するのである。もし仮に、「廊下で10秒の逆立ちのための移動であれば妨害から保護されない」というのであれば、それは明らかに不当であろう。

強要罪は、自由に対する罪の基本類型であるが、「権利の行使を妨害」との規定はその権利が何であるかに言及せず消極的自由の保護を端的に表現しているものであり、「義務のないことを行わせ」も、「(義務のないことに対して) 不作為でいることを妨害されない自由＝作為を強制されない自由」を意味している⁽⁷⁹⁾。すなわち、刑法上の自由に対する罪における保護法益としての自由は、すべて介入・強制されない自由すなわち消極的自由なのである⁽⁸⁰⁾。

考えてみれば、これは当然のことである。消極的自由はそれ自体中身について何もいっていない。自由を他者から強制干渉されない範囲としてとらえ、その自由をどのようなものにするかという自由の内容については各人がそれぞれに吹き込む⁽⁸¹⁾ことが期待され、許されている。つまり、国家による消極的自由の保護は、私人の自由の範囲を保護するだけであり、そこに国家による強制的契機はない。これに対して、積極的自由は内容を有する概念である。そこには、何かを実現するという具体的な目的がある。もし国家が私人のある目的実現を刑罰をもって保護し、別の目的実現を保護しないとしたり、国家が特定の目的ないし価値観の保護を刑罰をもって私人に強制することに帰着しよう⁽⁸²⁾。このようなことは、自由主義国家においては原則として許されることではない⁽⁸³⁾。個人の活動に対して自由主義国家がすべきことは、その活動の範囲を保障し、強制を排除することであって、その中身に立ち入って特定の活動を禁止したり特定の活動を後押しすることではない。阪本昌成の言葉を借りれば、「自由は、選択という人の活動とかかわっている。自由の理論体系は、人の活動全体を視野に入れたものでなければならない。そのさい、活動の目的、動機、予想される結末は、観察者の視野の外に置かれなければならない⁽⁸⁴⁾」のである。というのも、あ

る人がある機会を選択した際のコスト計算は当人の内部にしか存在しないがゆえに、「外部の観察者は、見送られた選択肢の費用を計算することができないのであ⁽⁸⁵⁾」って、当人が「自由になした選択こそ真の選択に違いない、と外部の観察者は取り扱うべき⁽⁸⁶⁾」なのである。

以上の整理から、刑法において守られる「自由」とは消極的自由、すなわち「他者による介入・他者からの妨害からの自由」であるということが浮き彫りになったと思う。同時に「他者に介入・他者を妨害する自由＝積極的自由」は守られていないどころか、その態様によっては犯罪として禁圧されていることも分明となったであろう⁽⁸⁷⁾。自由に対する罪における自由法益が自己決定によって容易にその保護を放棄することができるのも、それが消極的自由を意味しているからである。他者による意に反する介入を排除することが自由保護なのであるから、本人が受け入れる介入からは刑罰をもって保護する必要がないのである。また、消極的自由はいくら徹底しても他人の消極的自由との衝突という事態は起こらない。たとえば、Aが誰とも性交しないことを徹底しても、BがAと性交しないことやCと合意の上で性交することとの衝突は起こらない。衝突が起こるとすれば、誰かがAと性交するという積極的自由を（Aの意に反して）行使しようとした時だけなのである。このように、消極的自由は徹底して保護しても本人が自己決定によって放棄しても他者の消極的自由に影響を与えないのである。

刑法において保護されている自由が消極的自由であることを、自由に対する罪のひとつである住居侵入罪にあてはめて考えると、これまで許諾権説が論じてきたものは、その内実は許諾権でなかったというべきことに気づかされる。消極的自由が保護されるという限り、保護されているのは住居への立ち入り拒否権／拒絶権である。許諾は、「許諾権の行使」ではなく、「拒絶権の放棄」なのである。このことを明確に指摘しておきたい。

以上のことを踏まえて、まず消極的自由と自己決定の問題をみて、その後、独り暮らしの住居の保護を論じてから、住居侵入罪において消極的自由が衝突しているようにみえる共同住居の問題を解きほぐしていこう。

V 自由と住居の保護

(1) 消極的自由と自己決定

消極的自由は、人間の人格と強く結びついている。自由が、とりわけ妨害のない状態を意味する消極的自由が人間にとってなぜ重要であるのかといえば、それが人間がその幸福を追求する第一条件だからである。個人は誰もが幸福を追求することができる。しかし、幸福とはきわめて相対的であり、ある人にとっての幸福と別の人にとっての幸福は必ずしも重ならないばかりか、正反対であることすらありうる。時には他者には愚行にしか見えないような行いが本人にとって幸福な行いであるかもしれない。そこで、人が幸福になるためには、誰かから幸福や価値観を押しつけられるのではなく、何が幸福であるかを自ら考え、自ら追求することがまず許されなければならない。そのための、条件こそが強制的干渉のない状態（強制的干渉を拒絶できる状態）であり、そこで何をするかについては本人に委ねられているのである。そうであるから、原則として人格に一身専属する自由は、当該自由主体がその自由（拒絶権）を放棄するか否かを選択することができる。私的な領域について本人が自由放棄に同意しているのであれば、それはそうすることが本人の幸福追求につながるものであるから権力が刑罰によってパターンリスティックに介入保護すべきでない。刑罰によるパターンリスティックな介入保護は、かえって本人の幸福追求を害するであろう。かくして消極的自由の具体的要保護性については本人の決断に基づいて保護・不保護が決定されるべきことが導き出されるのである。このように、何が自分にとって幸福であるかを決定すること、その実現のために自分の有している消極的自由を保護するか放棄するかを決定することは、法や国家ではなく自由主体たる個人に委ねられているのである。これが個人の（他者を侵害しない範囲における）自己決定である。⁽⁸⁸⁾

もう一度まとめていおう。自由に対する罪は消極的自由を保護している。消極的自由は、積極的自由とは異なり当該自由の状態において具体的にど

のような行為を為すかについてはまったく触れていない。すなわち、消極的自由の本質は不干涉・不介入の範囲を確保して、その中でどのような実現目的を持ち、どのような活動をするかは私人に委ねる点にある。そうであるから、刑法による自由保護の枠組みの中で、法益主体はその都度自分の消極的自由が刑罰によって保護されるか保護されないかを決定することが許される。その際、その自由の中で何を為すかは刑法の知るところではない。同意する監禁はいかなる態様でいかなる時間のものであるか、同意するわいせつ行為はどの程度のものか、それを法益主体は決定できるのである。となれば、同意する侵入はいかなるものであるかは、もちろんその法益主体が決定することができるということになる。当然、住居で何をするつもりで、どのような理由で立ち入りに同意しなかったのか、そういったことは刑法の関知するところではない。むしろ関知してはならない。

(2) 単独住居の保護

ある住居に居住者が一人しかいない単独住居の場合、住居侵入罪の保護法益問題は以上の検討で十分に解決へと導きうるだろう。

単独で居住している場合、住居はその居住者にとって他者から干渉されることのない排他的領域である。したがって、その領域においてどのような状態が当人の幸福に寄与するものであるか、それは居住者が自由に決定することができる。その決定にもとづいて、ある人の立ち入りを拒絶し、またある人の立ち入りを拒絶しないのである。すると、住居の保護法益はいわゆる当人にとっての住居のあるべき姿である。そのあるべき姿、換言すれば「平穩」（実質的利益＝住居の目的）がいかなるものであるかは、その当人の消極的自由の範囲内における決定に委ねられる。⁽⁹¹⁾「平穩」がどのようなものであるかは、国家の側が決定することではない。これは自由に対する罪であるから、住居が侵害されないという消極的自由の中で、「各人が設定する利益」が保護されるべきなのである。

このように、住居侵入罪の究極の保護法益は実質的利益であり、これまでの刑法学の用語法に従えばそれを「平穩」と呼んでもかまわないが、そ

の平穩が何を意味するかを居住者が決定することができるため、拒絶権者の意に反する立ち入りが侵入として理解されるのである。

個人が排他的領域を有している場合、当人はその領域内の使用目的・方法(利益)を誰からも邪魔されずに自由に設定することができる。⁽⁹³⁾これが、拒絶権の根拠である。

(3) 共同住居の保護

ある住居に居住者が複数いる共同住居の場合、どのような保護の方法が考えられるだろうか。それをどの観点から考察すれば良いだろうか。

これまでの分析から得た知見によれば、この問題にはすでに解決のためのひとつの観点が示されている。それは、排他的領域を有する者はその領域における「実質的利益」の決定権があり、それに基づいて拒絶権が与えられているということである。となれば、これまでの許諾権衝突の問題とは、排他的領域性がそもそもない共同領域においてある居住者が設定する利益と別の居住者が設定する利益とが対立する問題であったといえよう。

そこで、まず解決が容易な共同住居内においてもなお確立されている排他的領域部分からみていきたい。ある人の立ち入りを他の居住者の意思に反して許諾している居住者が、当該住居内に個人的な領域をすでに確立して有している場合、たとえば当該居住者が壁や扉などで明確に他の領域と区別された個室⁽⁹⁴⁾を有している場合、当該領域の平穩決定権は、当該拒絶権者に与えられると解するのが相当である。当該拒絶権者の介入されない私的領域として他の居住者の同意にもとづいて確立されているからである。この領域については、当該拒絶権者の意思および推定的意思が最優先される。当該拒絶権者が拒絶権を放棄(許諾)すれば立ち入ることができ、行使すれば立ち入ることができない。つまり、個室を割り当てられている者が不在であったとして、住居に現在する者全員が当該個室への立ち入りを許諾したとしても、外出中の個室拒絶権者の推定的意思に反する限り、現在者の許諾は有効とはいえない。⁽⁹⁵⁾

次に、上記のような確立された個室にその個室の拒絶権者から許諾を得

た者が立ち入るために通過することが必要不可欠となる領域、玄関、隣接する廊下、個室へ続く階段等については、当該個室の自由に付随する権利として単独で行使されうる。これは根源的なその領域に対する自由でなく、あくまで個室利用を妨害されない自由の一環として保護されるのである。そうしなければ、個室への自由が実効性をもたなくなってしまうからである。そうであるからこの領域への立ち入りについては、当該個室の拒絶権者が拒絶権を放棄することで十分である。もちろん、複数の居住者それぞれに個室が割り当てられ、それぞれに来客を招くことがあるだろうから、その場合を考えれば、「廊下等の個室へ向かうために立ち入ることが不可避的な部分については当該個室の独占的使用者一人の許諾で十分である」といえば足りるであろう。

トイレのように、個室へ行くためには不可避ではないが、長く滞在する場合には使用が避けられない領域についても、一人の許諾で十分であるとしよう。個室利用を妨害されない自由に付随するものであろう。

これらに対して、個室に行くのに立ち入る必要のないリビング・風呂等の共用部分やワンルームマンションの一部屋などそもそも確立した個室を持たない共同住居については、介入されない領域保護である消極的自由の本来的意義を尊重することにより、拒絶を優先させ、居住者が1人でも拒絶していれば立ち入りは許されないと解すべきである。

なぜなら、共用部分について一部の居住者がある者の立ち入りを許諾し、別の居住者が拒絶した場合にその立ち入りを認めるとしたら、拒絶者の消極的自由が侵害されることになるからである。個室への立ち入りに必要な範囲での共用部分への立ち入りであれば、それを許諾（拒絶権放棄）するのは個室管理者の消極的自由保護という明確な理由があった。人を「自室に」招き入れることを妨害されない自由であり、自室で何をするのかについては当該個室の管理者が自由に目的を設定することができる領域としての自由である。しかし、自室への立ち入りに付随しない共用部分への立ち入りについてはこのような正当化をすることができない。というのも、共用部分にはそもそもある居住者が単独で利益設定できる領域ではないから

である。拒絶者の側から換言すれば、そこで生活する者は端的に干渉を拒絶する権利があり、その侵害を甘受すべき義務はないといえる。たとえばリビングで昼寝をしていることが来訪者によって邪魔されるべきではない。住居の保護は、「排他的生活領域に干渉されない自由」の保護であるので、排他的生活領域を独占している者の許諾は、その領域に対する唯一の拒絶権の放棄であるためそれ自体有効であるが、排他的生活領域がそもそも設定されていない場合の一部の居住者による許諾は、他の拒絶権者の拒絶権を侵害するがゆえに積極的には意味をなさず、むしろ一人でも「干渉されたくない」という者がいれば、その自由が優先するのである。⁽⁹⁶⁾

留守宅の場合には、全員に許諾の推定的意思が認められる場合、たとえばたびたび訪れる親戚が合鍵を使って居間で家人の帰りを待っているような場合、住居侵入罪は成立しない。推定的意思が衝突する場合は、現在者がいる場合とパラレルに解決される。個室については個室の管理者の推定的意思が最優先であり、個室使用に不可欠な共用部分についても当該個室の管理者の推定的意思を最優先し、そうでない共用部分については1人でも拒絶者がいれば、立ち入りは許されないものと解すべきである。

Ⅵ 住居以外の客体と「人の看守する」について

以上のように、住居侵入罪を考えてきたが、130条は住居だけでなく、人の看守する邸宅、建造物、艦船もその客体とする。これらについては、とりわけ公共営造物について二元的に法益を把握する見解が主張されていることからもわかるように、ひとつの重要な問題である。本稿では、130条の保護法益を客体ごとに別様に解する必要はなく、そのようにしなくてもなお妥当な結論を導き出しうることを主張したい。それは、条文の「人の看守する」の意義の分析によって達成される。

130条の保護法益は、当該領域の「利益」である。住居については、消極的自由の主体に利益の決定権があるため、許諾権説のように——これを拒絶権と読み換えて——居住者の意思（拒絶）に反する立ち入りが侵入と

されるのであった。しかし、住居以外の客体は、そこでは日常生活の用に供しないことが前提とされており、「私生活の場」ではなく住居ほど「排他的領域」ではない⁽⁹⁸⁾。すると、当該領域について「何が利益であるか」を決定する権利は、住居のときのような単なる好みや嫌悪感を理由とした行使が必ずしも正当化されるとはいいがたくなる。というのも、それが個人による幸福追求の領域を保護するという消極的自由保護の要請は、住居に比べて極めて薄められているからである⁽⁹⁹⁾。そのことを条文において示したのが「人の看守する」である。

住居以外の客体についてそれらが看守されていることを法が明文で要求しているのは、当該領域に対しては抽象的・黙示的・主観的な意思では足りず、具体的・明示的・客観的な意思の表示がなければならないことを意味している。というのも、「人の看守する」という限定がない住居に対しては、具体的かつ明示の拒否がなかったとしても（たとえば玄関のドアが開け放たれていても）留守宅に侵入することが禁止されているのに対して、住居以外の客体について法は管理権者に「有効に拒絶したいのならば、事実上支配・管理せよ」と求めているのであり、管理権者に具体的・明示的・客観的な意思表示を求めているといえる。それゆえ、具体的な意思表示の不要である住居については、その居住者が主観的に当該領域における利益を決定することができるのに対し、そうでない建造物等については管理権者は具体的・明示的・客観的にその意思を表示しなければならないことになる。住居においては意思表示なく立ち入りを拒絶できる（拒絶権者が明示で拒絶を意思表示しなくとも内心で拒絶している住居に入れば住居侵入罪が成立する）が、建造物においては具体的・明示的・客観的に拒絶の意思表示をしなければ拒絶は有効とはならないのである。

こう解することによって、住居については原則としてその居住者の意思に反すること自体が平穩を乱すことである（居住者が当該住居にとっての利益を自由に決定することができる）と考えることができ、建造物等については管理者の抽象的・黙示的・主観的の意思に反するような場合であっても具体的・明示的・客観的の意思表示に反しない立ち入りについてはなお刑

法130条の成立を認めない余地があると解しうるのである。たとえば、一般人が包括的に出入りを許されているように外形的に見える建造物への立ち入りは、たとえ管理権者の推定的拒絶があったとしても侵入とはならないのである⁽¹⁰⁰⁾。

Ⅶ 結 語

最後にひとつだけ、いわゆる「妥当な帰結」から導き出される見解を控えめに付け加えたい。少なくない学説は住居の圍繞地は住居であるとしているが、住居の圍繞地・共同住宅の共用部分は邸宅であるとする判例がある⁽¹⁰¹⁾。この場合、後者の判例の立場を採った方が、いわゆる一般的にポストイティングが行われているマンション共有部分設置の郵便受けに対するポストイティングや「セールスお断り」と書いてあるものの一般に営業目的の来訪が行われている住宅の圍繞地への立ち入り⁽¹⁰²⁾等軽微な案件について、「人の看守する」という制限がかかるために、刑法130条の罪の成立を否定しやすくなるように思われる。その点で、私は住居の圍繞地は邸宅であるとする見解に賛同したい⁽¹⁰⁴⁾⁽¹⁰⁵⁾。

本稿の主張をまとめると以下のとおりである。

- ①刑法の「自由に対する罪」は、分析的に表現すれば「消極的自由に対する罪」である。
- ②住居侵入罪の保護法益は住居の利益であり、それをこれまでの用語法に従って「平穩」と呼んでもかまわない。
- ③住居の利益がいかなるものであるかは、刑法が消極的自由を保護している以上、当該住居の居住者が決定することができる。
- ④そのため原則として居住者の拒絶に反する立ち入りが住居侵入罪を構成する。
- ⑤複数居住者の意思が対立した場合は、それぞれの領域ごとに解決がはかれる。
- ⑥条文の文言上、住居については拒絶権侵害が即利益侵害であるが、邸宅・

建造物・艦船については管理権者の抽象的意思に反するだけではただちに利益侵害とはならず、具体的・明示的・客観的な拒絶権が侵害されなければならない。

⑦住居の囲繞地、共同住宅の共用部分は住居ではなく邸宅である。

(了)

注

- (1) なお、本罪は130条という刑典中の社会的法益に対する罪に位置しているが、個人的法益に対する罪としてみるべきであることについては一致をみているといえよう（毛利晴光（大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀編）『大コンメンタル刑法』（青林書院、平成12・2000年）261頁参照）。したがって、本罪が個人的法益に対する罪か社会的法益に対する罪かという点については特に論じないこととする。ドイツ刑法123条についても同様である。Vgl. Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 332; Urs Kindhäuser, Strafrecht BT., 5. Aufl., 2012, S. 230.
- (2) 毛利・前掲注(1)261頁以下。
- (3) なお、本罪をはじめ刑法における「自由に対する罪」の法益を自由であるとする自体の見直しを迫るものとして、辰井聡子『『自由に対する罪』の保護法益——人格に対する罪としての再構成』岩瀬徹・中森喜彦・西田典之編『刑事法・医事法の新たな展開（町野古稀）』上巻（信山社、平成26・2014年）411頁以下がある。辰井の問題意識は理解できるが、それは「自由」の語を分析せず大雑把に用いてきたこれまでの議論状況に問題があるのであって、決して「自由」に問題があるのではない。刑法が保護する「自由」の中に漠然と積極的自由も含めていたことに由来する問題なのである。たとえば、辰井は「住居権者には誰を住居に入れるか入れないかを決定する権利があり、人には誰と性的行為を行うか行わないかを定める権利がある」（同412頁以下）というが、すでにここに混乱が見られる。住居権者には誰を入れるかを決定する権利はなく、人には誰と性的行為を行うかを決定する権利はない。あくまで「拒絶する権利（消極的自由の保護）」しかないのである。このことは、本稿の論述において明らかにしていく。また、佐藤陽子『被害者の承諾——各論的考察による再構成——』（成文堂、平成23・2011年）41頁以下も参照。

- (4) たとえば、団藤は「事実上の住居の平穩を保護法益とする」としながらも、侵入について「住居の平穩を害するような態様における——つまり住居者の意思または推定的意思に反する——立ち入りをいう」と述べ、続けて「住居者の真意による承諾があれば、違法な目的の立ち入りであっても、侵入とはいえない」としている(団藤重光『刑法綱要各論』(創文社、昭和39・1964年)486頁以下)。これは、平穩説を採りながらも、結局のところ許諾権説を採用していると評するべきであろう。これに対して、西田典之『刑法各論』第6版(弘文堂、平成24・2012年)98頁は鋭い批判を加えている。しかし、若干先取りすればそれでも本稿は団藤の見解(すなわち平穩を守る許諾権説)が基本的に妥当な方向を示していたという結論にいたり、その新たな根拠を提示することになるであろう。
- (5) 「正当な理由がないのに」と定める日本刑法130条や「違法に(widerrechtlich)」と定めるドイツ刑法123条に対して、スイス刑法186条は „Wer gegen den Willen des Berechtigten in ein Haus, in eine Wohnung, in einen abgeschlossenen Raum eines Hauses oder in einen unmittelbar zu einem Hause gehörenden umfriedeten Platz, Hof oder Garten oder in einen Werkplatz unrechtmässig eindringt oder, trotz der Aufforderung eines Berechtigten, sich zu entfernen, darin verweilt, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.“ と定め、「許諾者の意思に反して (gegen den Willen des Berechtigten)」と「意思侵害」を規定した例であるといえよう。
- (6) たとえば山口厚『刑法各論』第2版(有斐閣、平成22・2010年)118頁や嘉門優「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——」大阪市立大学法学雑誌第55巻第1号(2008)144頁参照。
- (7) これまでの議論の用語でいえば「平穩」と呼んでもかまわないだろう。しかし、平穩という日本語の単語でイメージされるような客観的な意味での平穩ではないことに注意を要する。あくまで当該居住者にとっての平穩なのである。極端なことを言えば、居住者が住居内がかき乱され常に混乱し続けていることをエキサイティングであると感じ、それを望むのであるならば、混乱こそがその住居にとっての「平穩」である。
- (8) 刑録24輯1506頁。引用の際は、カタカナをひらがなに開き、旧漢字を新漢字に改め、適宜句読点を打つ。以下、同。
- (9) 新聞4066号14頁。
- (10) 刑集17巻125頁。
- (11) 大審院判決全集7輯6号27頁。

- (12) 大審院判決全集7輯6号22頁。
- (13) その時代的な理由は、出征兵士の妻の姦通事案について、出征兵士の士気高揚のため妻の姦通を処罰する必要があったが、姦通罪は親告罪であるため戦地の夫が告訴しえないので、それに代えて住居侵入罪で処罰したものと説明されることがある。たとえば、山中敬一『刑法各論』第2版（成文堂、平成21・2009年）170頁の注14がそのような説明をする。
- (14) なお、戦後においても妻の姦通相手たる被告人に住居侵入罪の成立を認めた興味深い判例に名古屋高判昭和24年10月6日（高等裁判所刑事判決特報1号172頁）がある。ただし、本判決の趣旨は家父長の住居権を根拠とするものではなく、夫婦に平等に許諾権があるとしても、なお夫の許諾がないために住居侵入が成立するという許諾権者の対立におけるいわゆる全員許諾必要説を採用する趣旨であるため、結論のみをみて戦後において旧住居権説が維持されていた例であるとはいえない。
- (15) 刑集2巻5号489頁。
- (16) 刑集7巻5号1042頁。
- (17) 裁判集刑事192号571頁。
- (18) ただし、いずれも小法廷であり、公に判例変更とはされていない。
- (19) 刑集37巻3号215頁。スイスの判例であるが、住居権（Hausrecht）を保護法益として、それがBefugnisの下で理解されるとしたものとしてBGE 83 IV 156. も参照。
- (20) 前田雅英『刑法各論講義』第5版（東京大学出版会、平成23・2011年）170頁。
- (21) 頃安健司「刑法130条前段の『侵入』の意義」研修420号73頁。
- (22) 木藤繁夫「刑法130条前段にいう『侵入』の意義等」警察学論集36巻7号152頁。
- (23) 佐久間修『刑法各論』第2版（成文堂、平成24・2012年）128頁。
- (24) 佐久間・前掲注(23)129頁以下。
- (25) 前田・前掲注(20)171頁。
- (26) 前田・前掲注(20)172頁。
- (27) 前田・前掲注(20)172頁の脚注6。
- (28) 山口・前掲注(6)118頁参照。
- (29) 山口・前掲注(6)118頁以下。
- (30) 山口・前掲注(6)119頁。
- (31) 頃安・前掲注(21)72頁以下。
- (32) 西田・前掲注(4)97頁以下、山口・前掲注(6)116頁以下、大谷實

- 『刑法講義各論』新版第3版(成文堂,平成21・2009年)126頁など。
- (33) 松宮孝明『刑法各論講義』第3版(成文堂,平成24・2012年)124頁。
 - (34) たとえば,香川達夫は「住居権そのものは正権限にもとづくことが要件となろう。だが,必ずしもそうは主張されていない点で,この所説のもつ論理性の欠如がうかがわれる。加えて,居住者中の特定人に対してのみ,その権利が付与される基礎が定かでなく,したがって適切でない」(香川達夫『刑法講義〔各論〕』第3版(成文堂,平成8,1996年)453頁)と述べている。
 - (35) その他,研究ノートではあるが,鈴木晃「住居侵入罪の保護法益について」中京法学47巻3・4号(2013)(175)295頁以下も許諾権説に対する批判が詳細かつ整理して述べられている。
 - (36) 関哲夫『住居侵入罪の研究』(成文堂,平成7・1995年)370頁。このような見解に対して伊東研祐は「私的な住居に関しては新住居権説を採用する一方で,半ば公的な建造物に関しては平穩説をその抱える問題点を含めて引き継ぐものであり,区別の根拠づけや業務妨害罪との関係整理(構成要件の成立可能性の検討)を含め,なお正統化が必要な次元に止まるものといわねばならない」と批判している(伊東研祐『刑法講義各論』(日本評論社,平成23・2011年)86頁)。
 - (37) 関・前掲注(36)315頁以下。あわせて同『続・住居侵入罪の研究』(成文堂,平成13・2001年)9頁以下も参照。
 - (38) 関・前掲注(36)319頁以下。
 - (39) 関・前掲注(36)324頁以下。
 - (40) 山口厚『問題探究刑法各論』有斐閣(平成11・1999年)70頁。これに対する関からの反論が関「続」・前掲注(37)29頁以下にある。
 - (41) 高橋則夫『刑法各論』成文堂(平成23・2011年)138頁,西田・前掲注(4)98頁など。
 - (42) 団藤説(本稿注(4)参照)などが念頭に置かれている。嘉門・前掲注(6)151頁以下。
 - (43) 嘉門・前掲注(6)147頁。
 - (44) 嘉門・前掲注(6)147頁。
 - (45) 嘉門・前掲注(6)147頁。
 - (46) 嘉門・前掲注(6)165頁。
 - (47) 嘉門・前掲注(6)171頁以下。
 - (48) 曾根威彦「ポスティングと刑事制裁」『現代社会と刑法』(成文堂,平成25,2013年)144頁以下もあわせて参照。

- (49) ある人の不快感・不安感を強制力をもってなくすためには、その原因となっている別の人の行動を強制的に制御する他ないが、それが「侵害原理」から許されない制御であることは明らかである。ただし、私見は、侵害原理がそもそも自由保護のための原理であることに鑑みれば、立法段階では侵害原理が重要（国家機関による私人の自由制限には侵害原理は欠かせない）ではあるものの、具体的適用段階では——侵害原理にもとづく立法を前提として——「危殆化原理（危険行為の禁止）」にもとづく行為規範違反（法益を危殆化する行為を禁圧する規範の事前提示とその違反）で処罰に十分であると解する。が、いずれにせよ、不快感・不快感の刑法による保護は正当化されない。
- (50) たとえば、嫌煙家が、一般に設置されている喫煙スペース・喫煙所に不快感を抱いたとしても、その不快感は保護に値しない。しかし、タバコの臭いのする者の自宅への立ち入りを拒絶することを保護することはなお意味がある。そうでなければ、「他人の家に誰でも入れる」ということになってしまうであろう。
- (51) 逆に、その立ち入りがどんなに不穏当な態様であろうとも、居住者から立ち入りを許諾されているならば、それは侵入ではない。住居侵入罪の保護法益を自由に結び付けて理解する佐藤陽子が『『侵入』という用語には、やはり『意思に反する』という要素が含まれている』と述べたうえで、「一階の玄関から立入ろうが、二階の窓から立入ろうが、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」とするのは正当である（佐藤陽子・前掲注(3)52頁）。
- (52) 伊東は住居および建造物のミニマムな機能を「その内部に居る時点時点における天候を含めた様々な外部的影響からの物理的及び精神的シェルター・干渉排除施設」であると確認し、これを「私的空間を支配する自由」と表現している（伊東・前掲注(36)86頁）。「支配」というと積極的自由を思わせるので若干の語弊が生じる危惧を感じるものの、その主張の内実は正当である。表現としては、「私的空間を他者に支配されない自由」の範囲の確保と表現し、居住者による住居支配の目的・態様について刑法が関与する余地を排除しておくべきであろう。
- (53) この点、阪本昌成『憲法2 基本権クラシック』第4版（有信堂、平成23・2011年）17頁以下、とりわけ20頁以下参照。
- (54) 私は嘉門が決してこの点を無視していると主張するものではない。嘉門は住居と公共建造物の違いについては必ずしも明確ではないがその違いを意識している（嘉門・前掲注(6)173頁）。しかし、嘉門は意思侵害

について「社会的に許容しうる態様、程度」を超えないと実質的利益侵害・客観的な平穩侵害がないと述べている（同174頁）以上、私が本文で加えたような批判は当たるとであろう。

- (55) ドイツでの議論状況について、Vgl. Herbert Tröndle/Thomas Fischer, StGB, 54. Aufl., 2007, § 123, Rn. 4.
- (56) 大塚仁『刑法概説〔各論〕』第3版（有斐閣，平成8・1996年）118頁。
- (57) 大塚・前掲注(56)119頁。
- (58) なお、高橋・前掲注(41)144頁は、「1人でも反対すればつねに住居侵入罪が成立すると解することは、同意している居住者の保護をまったく無視することになり、妥当ではない」というが、この批判は当たらない。許諾権説で保護されるのはあくまで拒絶権であり、住居への「招き入れ権」ではない。通常の場合でも、許諾したからといって、相手が実際に立ち入るか否かは立ち入る者の行為にかかっているから、立ち入りを許諾したが何らかの理由で立ち入らせることができなかったとしても、そのこと自体は保護するに当たらない。
- (59) 山口・前掲注(6)125頁。
- (60) 山口・前掲注(6)125頁。
- (61) 山中・前掲注(13)170頁。
- (62) 山中・前掲注(13)170頁。なお、山中は「明示的な」反対というが、これは推定の拒否を含まないという趣旨であろう。ただ、現在者に限っていえば、反対は明示的に行われるものであって、黙示的な反対というのはおよそ考えられないがゆえに、この「明示的な」はほとんど意味のない限定であろう。現在している者の表明が不快感の表明等にとどまり、明示的に反対しなかった場合は、しぶしぶ容認したという状況であり、そもそも反対していないのである。
- (63) たとえば、AがBとの性交に同意しようとも拒否しようとも、他者CがBとの性交を拒否する自由には何の影響も与えない。DがEによる監禁に同意しようとも拒否しようとも、FがEによる監禁を拒否する自由には何の影響も与えない。
- (64) 私はすでに監禁罪に関する論稿の中でこのことに言及している。江藤隆之「監禁罪の保護法益について」『桃山法学』第23号（平成26・2014年）45頁以下。
- (65) この区別は、イエリネク国法学の分類にも対応しうるが（Vgl. Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905 (Nd. 1964), S. 86f, 94ff.），イエリネクにおいては積極的自由については国家

への権利要求といったものと結びついており適用範囲が狭く、より根源的かつ国際的に広く議論されるのはバーリンによるものであるので、ここではバーリンの区別・用語法による。

- (66) バーリンについては定評のある入門書であるジョン・グレイ〔河合秀和訳〕『バーリンの政治哲学入門』（岩波書店、平成21・2009年）や濱真一郎『バーリンの自由論』（勁草書房、平成20・2008年）がある。これにくわえて、とりわけ近年の出色の作品として上森亮『アイザイア・バーリン多元主義の政治哲学』（春秋社、平成22・2010年）を挙げておきたい。
- (67) 本稿のバーリン引用は、Isiah Berlin, *Liberty, Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1968 および Isiah Berlin, Edited by Henry Hardy, Oxford University Press, 2002 を元に訳出した。以下、引用・参照箇所は2002年版のページ数を示す。邦訳としては、アイザイア・バーリン〔小川晃一・小池銈・福田歛一・生松敬三訳〕『自由論』新装版（みすず書房、昭和54・1979年）295頁以下を参照した。なお、バーリンは *freedom* と *liberty* については区別しておらず、本稿でも区別の必要性を感じないので、自由は *freedom/liberty* どちらも互換可能な概念として理解する。亀本も *liberty* の語を使用するか *freedom* の語を使用するかは「慣用、好み、文脈あるいは修辞学上の問題であり、本質的なものではない」とする。亀本洋『法哲学』（成文堂、平成23・2011年）557頁。
- (68) *Ibid.*, p. 169. なお、このバーリンの自由概念の整理について、消極的自由を必ずしも擁護しないマッカラム、テイラー、マクファーソンらから批判が加えられ（概略は濱真一郎『バーリンの自由論』（勁草書房、平成20・2008年）58頁以下参照）、反対に消極的自由の擁護を強く支持する自由主義経済学者ロスバードからも自己所有権論にもとづく鋭い指摘（マリー・ロスバード『自由の倫理学』森村進＝森村環＝鳥澤円訳（勁草書房、平成15・2003年）256頁以下参照）があるが、刑法における自由保護に限定する本稿の議論には影響がないので、ここでは詳細に検討しない。なお、古典的リベラリズムの立場からの整理として、阪本昌成『法の支配』（勁草書房、平成18・2006年）128頁以下参照。
- (69) バーリンの政治哲学および自由主義哲学の文脈では、この「他人」は「政府＝国家」を主に表すことが多いが、ここではもう少し広く（そうすることは決して消極的自由の概念や自由主義理解を歪めるものではない）一般的用語法における「他人」として理解しておこう。
- (70) *Ibid.*, p. 170.

- (71) 上森の説明を参照した。上森・前掲注(66)144頁。
- (72) 特に、上森・前掲注(66)143頁以下参照。この表現での対比は同書の281頁以下を参照した。
- (73) Ibid., p. 178.
- (74) Ibid., pp. 178-181.
- (75) 注(71)と同様に上森・前掲注(66)143頁以下および281頁以下を参照した。
- (76) Ibid., pp. 178-179.
- (77) 阪本昌成は正当にも「消極的自由は、だれに対しても配分されうるのに対して、ある種の積極的自由はそうではなく、誰かの自由を減殺してはじめて実現できる」と述べている。阪本昌成『リベラリズム／デモクラシー』第2版(有信堂, 平成16・2004年)85頁。
- (78) Mathias Mahlmann, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 2. Aufl., 2012, S. 307.
- (79) 辰井・前掲注(3)413頁は、自由に対する罪について「特定の事項についての決定権が害された場合に犯罪の成立を認めるに止まり、包括的に『意思の自由』や『自己決定権』を保護するものではない」と述べるが、強要罪は消極的自由を守る包括的規定である(辰井がここで「自己決定権」の語を積極的自由の意味で使用しているのならば異論はない)。消極的自由の保護のための干渉は、ミルの時代から暴力等による自由侵害の場合に限定されているように(John Stuart Mill, On Liberty, 1859, Chapter V “Applications”), 暴行や脅迫ひいては権力によって権利の行使を妨害されたり、義務のないことを行わされたりすることを防ぐというのが、消極的自由の根源的かつ包括的な保護の仕方である。自由に対する罪は強要罪および公務員職権濫用罪を典型的な犯罪類型とし、その他特別な態様を別途規定する構造を有している。江藤・前掲注(64)56頁参照。
- (80) 自由に対する罪において消極的自由の範囲内における自己決定を否定する見解はおおよそ主張されていないように思われるし、仮にそのような見解があったとしても不当であろう。
- (81) 阪本昌成の表現を借りた。阪本『リベラリズム／デモクラシー』前掲注(77)85頁参照。
- (82) ここでは、「刑罰をもって」という限定を厳密に付しておきたい。刑罰強制以外の方法で特定の目的実現を支援する余地については、なお残しておこうと思う。消極的自由と積極的自由の区別は社会生活全般を対

象とする場合には困難をとまなう（実際に政治哲学上の議論が積み重ねられている）が、刑法における自由に限定する限り、本稿の議論は通用するであろう。

- (83) 自由主義にとって重要なことは「選択肢の非制限（non-restrictions of options）」であると、それが積極的自由の要素を含むとしてもなおこれを消極的自由概念の範疇に含ませようと論ずるものに、ジョン・グレイ〔山本貴之訳〕『自由主義論』（ミネルヴァ書房、平成13・2001年）63頁以下がある。
- (84) 阪本『リベラリズム／デモクラシー』前掲注(77)86頁。
- (85) 阪本『リベラリズム／デモクラシー』前掲注(77)86頁。
- (86) 阪本『リベラリズム／デモクラシー』前掲注(77)86頁。
- (87) もちろん、積極的自由の行使がすべて禁止されているというわけではない。態様によっては、依頼、懇願、要求、申込などとして当然に適法に行うことができる。
- (88) ミルは「個人の幸福に最大の関心をもっているのは本人である」としたうえで「他人の助言や警告を無視して本人が間違いをおかすことがあっても、他人が本人のためだと考えることを強制するのを許容した場合の方が、はるかに大きな害悪をもたらす」と指摘する。これが刑罰による強制の話であればなおさらであろう。Mill, op. cit, Chapter IV. 引用には山岡洋一訳（ジョン・スチュアート・ミル〔山岡洋一訳〕『自由論』（日経BPクラシックス、平成23・2011年）168頁および169頁）を引いた。
- (89) その意味で自己決定は積極的なものではなく、消極的自由の範囲内において行使される限定的なものである。「他者侵害をする自己決定」があり得ないことを想起せよ。自己決定は常に、「他者を侵害せず、他者から侵害されない範囲で、何かを決定すること」である。
- (90) たとえば、先ほど例に挙げた「部屋の外の廊下で逆立ちを10秒間だけしたい」という一般的には価値のあると思えない動機であっても、部屋の外に出ることを扉の鍵をかけて妨害すれば監禁罪は成立し、部屋の外の廊下からさらに家の外に出る鍵をかけたとしてもそれを被監禁者が「廊下で逆立ちをする邪魔にはならないから鍵を外からかけておいてもいいよ」と同意していれば監禁罪は成立しない。
- (91) これを「私生活の領域に介入されない利益」とする辰井の指摘（辰井・前掲注(3)429頁）は正しいが、これをして「自由に対する罪」というよりは「人格に対する罪」という辰井の議論（ないし用語法）には賛同できない。そもそも介入されない利益を「自由」と呼ぶのであるから。

もちろん、自由は人格の範囲を保障するものであるから、人格と密接に関連している。人格およびその実現の場を形式的かつ領域的に保護する利益が自由である。だが、一足とびに人格という具体的なものに保護法益をシフトさせることは、刑法が個人の人格に関与することになり不当である。自由という呼称が刑法学の議論に混乱を引き起こしてきたというのはその通りであるが、それは「積極的自由は刑法の保護対象ではない」と明確に主張することによって、十分に解決されうる問題である。

- (92) ただし、注(7)参照。
- (93) 言うまでもないことだが、刑法が禁圧している法益侵害・法益侵害の危険をとまなう行為をする(積極的)自由は住居の中であっても——消極的自由の範疇を踏み越えるため——許されない。端的に表現すれば「住居内であっても犯罪行為は放任されない」のである。
- (94) 他領域と区別される領域であっても、他領域とあわせてひとつの住居を構成していること、換言すれば当該領域は住居の部分であることが前提である。そうであるから、個室の許諾権者の意に反する立ち入りであっても当該住居の居住者の立ち入りは他人性を欠くので刑法130条の罪を構成しない。
- (95) 大塚・前掲注(56)118頁以下。
- (96) それではなぜ、共有スペースへの共同居住者の立ち入り(干渉)が許されるように見えるのかといえば、——前注(94)の個室への立ち入りの場合と同様——それは許諾権の問題ではなく住居の他人性がないからである。実は、ある居住者は共同居住者に対しても干渉拒絶権(自由)を有しているのであるが、共同居住者による拒絶権侵害を刑法は犯罪としては禁圧していないというだけである。
- (97) 関・前掲注(36)全体がこのような主張をするものである。あわせて同「住居侵入罪の保護法益」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法の争点』(有斐閣、平成19・2007年)150頁以下参照。
- (98) たとえ艦船であっても、それが日常生活の用に供されているのであれば、それは住居であると主張したい。ここで客体とされる人の看守する艦船は、日常生活に供されない艦船である。
- (99) 建造物等についても「消極的自由として保護すべき領域がない」とまでは言えない。たとえば、法人が有するオフィスであれば、その法人の排他的領域に対して介入されない自由は——個人の私生活領域の自由ほど明確ではなくとも——あるといわなければならない。
- (100) もちろん、具体的・明示的・客観的に管理者の拒絶意思が表示されて

いる場合（たとえばある店舗についてトラブルを起こした客に対して管理権者が明示的に出入り禁止を告げて拒絶している場合）は、その意思に反する立ち入りは建造物侵入罪を成立させる。すると、公共営造物に対する立ち入りもおおく禁止されるのではないかという疑問も生じようが、①当該営造物が国や地方公共団体による公の管理にかかっている場合には具体的な拒絶意思表示が不合理・差別的なものであれば憲法違反であり拒絶意思表示自体が無効となるため立ち入りは可能であり、②当該営造物が私営である場合（私営鉄道の駅舎や私立学校の校舎など）にはなお当該営造物の管理権を保護する必要がある——公序良俗に反するような無効の意思表示でないかぎり——結論として不当ではないというべきであろう。

- (101) 団藤・前掲注(4)486頁, 大塚・前掲注(56)113頁, 大谷・前掲注(32)128頁, 前田・前掲注(20)176頁, 佐久間・前掲注(23)131頁など。
- (102) 最判昭和32・4・4刑集11巻4号1327頁, 最判平成20・4・11刑集62巻5号1217頁（立川自衛隊宿舎事件）など。ただし、立川自衛隊宿舎事件判決では、きわめて単純に管理権者の意思に反し平穩を害するとして邸宅侵入罪を認めているが不当である。住居部分については、私生活が営まれているため当該居住者の意思に反する立ち入りは許されないが、邸宅部分については——本件客体が公営（国営）の邸宅であることもあり——立ち入りの拒絶は慎重かつ限定的に解されるべきであった。とりわけ、他のポスティングが許容されている状態の公営邸宅において、態様の異なる特定のポスティングだけが拒絶されるというのは不合理であるといえるであろう。曾根・前掲注(48)145頁も参照。
- (103) なお、囲繞地内部に設置されているインターフォンを鳴らして（あるいはインターフォンがない場合に玄関扉をノックして）セールスの可否を居住者に尋ねるために囲繞地へ立ち入った場合は、居住者の具体的意思の確認作業をするものにすぎないのであるから、一般的に許されると解すべきであろう。
- (104) 曾根・前掲注(48)145頁。
- (105) なお、松宮孝明「校庭への立ち入りと建造物侵害罪」『立命館法学』239号（平成7・1995年）169頁のように建造物の囲繞地を客体から排除する見解もある。この見解にとりわけ罪刑法定主義の観点から強い説得力を感じるので建造物については従いたい。

ただし、住居および邸宅の囲繞地は邸宅である。塀に囲まれた一戸建ての庭を含めて邸宅と呼んだり、マンション共用部分（すなわち建物の

内部) を客体に含めることには問題がないからである。建造物の外側の
塀に囲まれた土地を建造物と呼ぶことはできないので、この部分につい
てだけ130条の客体から外したいと思う。