

住居侵入と不退去

——そして共罰的事後行為——

江 藤 隆 之

- I 問題の所在
- II 学説の分類
 - (1) 学説分類スケールの組み立て
 - (2) 学説の状況
 - (3) スケールの修正と当てはめ
- III 学説の検討
 - (1) 検討
 - (2) 検討結果の位置づけ
- IV 侵入罪と不退去罪の規範的別罪性
- V 共罰的事後行為としての理解
 - (1) 方向性の策定
 - (2) 「不可罰的事後行為」か「共罰的事後行為」か
 - (3) 共罰的事後行為の法的性質
 - (4) 帰結
- VI 手続的問題
 - (1) 訴因
 - (2) 一事不再理効
 - (3) 公訴時効
 - (4) 適用罰条の明示
- VII 結 語

キーワード：住居侵入，不退去，犯罪の終了時期，共罰的事後行為，包括一罪

I 問題の所在

住居等侵入罪（刑法130条前段）が成立すると、その後の不退去罪（刑法130条後段）は成立しないとするのが通説・判例の立場である。最高裁は「建造物侵入罪は故なく建造物に侵入した場合に成立し退去するまで継続する犯罪であるから、同罪の成立する以上退去しない場合においても不退去罪は成立しないものと解するを相当とする⁽¹⁾」という。この見解によれば、不退去罪は、侵入罪が成立しない場合を捕捉する補充規定であるということになる⁽²⁾。

ところで、「侵入罪が成立する場合には不退去罪が成立しない」とは理論的にどのような意味なのだろうか。侵入罪が成立することが不退去罪の構成要件該当性を否定するのだろうか、それとも侵入罪が成立することが不退去罪の構成要件該当性を妨げるわけではないが、罪数処理上130条後段の適用が否定されるのだろうか。あるいは、侵入罪と不退去罪とがともに成立しつつ、科刑上の処理として侵入罪のみでの科刑が肯定されるということなのだろうか。

疑問の明確化のために、以下のような事例を考えてみよう。

【事例】

Xが単独居住者AによるA宅からの退去要求を受けたにもかかわらず退去しなかったことが証拠上明らかである。ところが、XによるA宅への立ち入りが適法であったか違法であったかについては証拠上判然としない。

本件事案を検察官が住居侵入の訴因で起訴した場合、侵入が違法であることが合理的な疑いを超えて証明できないため、裁判所は住居侵入罪で有罪判決を下すことができず、無罪とするほかない。検察官が不退去の訴因で起訴した場合にも、もし仮に違法な侵入の存在が不退去罪の構成要件該当性を否定するというのなら、「違法な侵入がなされていないこと」につ

いて検察官が挙証責任を負うことになるが、本事例では侵入の不存在を合理的な疑いを超えて証明できないから、裁判所は不退去罪⁽⁴⁾によって有罪判決を下すことができず、無罪とするほかないことになる。現に、東京高裁昭和50年12月4日判決⁽⁵⁾およびその原判決は、検察官が不退去罪を訴因として起訴した事案について、建造物侵入が成立する心証を得た際には、不退去罪を無罪とすることを認めている。この事案において、東京高裁は、不退去罪については無罪になることを前提としつつ、建造物侵入で有罪の心証を得た原裁判所は、侵入罪への訴因変更を検察官に促すべきであったとして原判決を破棄しているが、先に掲げた【事例】の場合には、立ち入りの違法性が証拠上判然としないので、訴因変更もおよそ期待できない。そのため、Xを無罪⁽⁶⁾にすることになるが、XにはAの退去要求に従わずA宅から退去しなかったという事実が証拠上認められるにもかかわらず、これを不処罰とするのは実務的に不都合であるばかりか、理論的にも奇妙な結論⁽⁷⁾であるといえよう。

この問題は、検察官であった藤永幸治によっても「通説的見解・判例によれば、不退去罪を認定するためには、不退去者の立入りが侵入罪を構成しないこと、すなわち適法にあるいは故意なくして立ち入ったことを立証しなければならず、この立証責任は検察官にある。しかし、このような立証は、実務上容易ではない場合が少なくないだけでなく、理論的には、不退去者の当初の立入りが侵入罪を構成するかどうか証拠上どうしても不明の場合には不退去罪も認定できないこととなってしまう。不退去罪の構成要件事実が明確に立証されているのに、このような結果はいかにも不合理である⁽⁸⁾」と指摘⁽⁹⁾されている。

この点、学説がどう考えているのかはいまだ明らかでない。そこで、各学説の主張しているところを詳細に分析して位置づけたうえで、侵入罪と不退去罪についてその関係を検討することにしたい。

II 学説の分類

(1) 学説分類スケールの組み立て

学説の多くは——この争点自体がさほど掘り下げられていないせいから——叙述からは読み取り切れない不明瞭な部分を残している。そのため、侵入罪と不退去罪との関係について、学説はかならずしも噛み合った議論を展開しているわけではない。そこで、学説を紹介するに先立ち、諸見解を適切な位置に置き、その当否の検討を可能にするスケールを組み立てることにする。

侵入後の不退去をどのように考えるかについて、まず重要な観点は、侵入罪を継続犯と解するか状態犯と解するかである。したがって、学説を継続犯説と状態犯説とに区別する必要がある。

さらに、その見解が侵入罪と不退去罪との関係をどのレベルで捉えているかの観点も欠かすことができない。侵入罪を継続犯と捉えるか状態犯と捉えるかとは無関係に、侵入罪と不退去罪との関係を3つの異なったレベルで考える見解が考えられうる。第1に、侵入でないことを不退去罪の成立要件とする見解であり、これは侵入罪と不退去罪との関係を不退去罪の構成要件レベルで考察する見解であるといえる（「構成要件説」と呼ぶ）。この見解によれば、侵入罪と不退去罪はそもそも競合しない択一的な関係にあることになる。第2の見解は、侵入罪が成立する場合であっても不退去罪にも該当するとしつつ、両者を罪数論のレベルで一罪とするものである（「罪数論上一罪説」と呼ぶ）。この見解は、侵入罪と不退去罪の2つの構成要件充足が当初は存在することを認めつつ、罪数処理により適用される構成要件を1つにするものである⁽¹⁰⁾。第3の見解は、侵入罪成立の場合にも不退去罪は成立すると解し、犯罪成立上の数罪と解しつつ、科刑上の一罪と捉えるものである（「科刑上一罪説」と呼ぶ）。科刑上一罪も罪数論レベルでの一罪であるが、ここでは便宜的に犯罪成立上の一罪としての罪数論上一罪説と区別しておくことにする。

以上の2つの観点をもって学説分類表を作成すると以下の通りとなり、A～Fの6通りの見解が論理的に存在しうることになる。そこで、以下のA～Fのいずれが妥当であるかが問題になるが、まず具体的な論者の叙述を分類してから検討することにしよう。

【表1】

	構成要件説	罪数論上一罪説	科刑上一罪説
継続犯説	A説	B説	C説
状態犯説	D説	E説	F説

(2) 学説の状況

上掲の分類表を参考に学説の状況を見ていくことにする。なお、学説の分類はそれぞれの論者の「叙述から読み取れる」ところを基にしている。したがって、個々の論者が——たとえば表現上の理由により——現に抱いている見解とは別の箇所に分類されていることがあるかもしれないことを断っておきたい。この問題は重要な争点として掘り下げて考えられておらず、比較的簡素であっさりとした記述がなされている場合が多いため、そのようなことが起こりえないとはいえない。また、一度ある場所に位置づけたとしても、後の詳細な検討によって位置づけに変更が加えられる可能性がありうることも断っておきたい。

i) 継続犯説×構成要件説——A説

継続犯説と構成要件説を組み合わせるA説は（おそらく）通説の立場である。数名の論者の叙述を確認しておこう。

西田典之は、侵入罪につき「本罪は、侵入して以後退去するまで犯行が継続する継続犯である⁽¹¹⁾」としたうえで、不退去について「住居権者の同意を得て住居等に入った者が、退去の要求を受けたにもかかわらず退去しない場合⁽¹²⁾」（傍点部引用者）に成立するとしている。西田の叙述は、——それが意図的であるかはわからないが——不退去罪は「住居権者の同意を得て住居等に入った者」にのみ成立する真正身分犯として理解（身分犯説）

されているように読める。この叙述からは住居侵入と不退去との関係が、不退去の構成要件レベルで理解されていると思われる。

高橋則夫は、住居侵入罪は「侵入行為の完成により既遂に達するが、住居等の自由使用が妨げられている間は犯罪が終了しない。その意味で、本罪は継続犯である」⁽¹³⁾と継続犯説をとりながら、西田と同様に「不退去罪は、住居権者の同意を得て住居等に入った者が、退去の要求を受けたにもかかわらず退去しない場合、本条後段の罪が成立する。はじめから違法に侵入して退去しない場合は、住居侵入罪と不退去罪の両罪が成立するのではなく、住居侵入罪のみが成立する」⁽¹⁴⁾(傍点部引用者)という。ここでも、不退去罪が身分犯であるように読める叙述になっている。

なお、やはりA説に立つ大塚仁および佐久間修は、不退去罪を「一種の身分犯」であると正面から認めており⁽¹⁵⁾、川端博は、不退去罪の主体について「適法に、または過失によって人の住居などに立ち入り、退去の要求を受けた者である」⁽¹⁶⁾とし、曾根威彦は「最初から住居権者の意思に反していた場合は、住居侵入罪の主体であって、本罪(引用者注：不退去罪)の主体ではない」という⁽¹⁷⁾。このように、多くの見解は、継続犯説に立ちながら、不退去罪を身分犯と捉えているような叙述をしている。ところで、本見解内部ですでに、不退去罪の主体を「同意を得て住居内に立ち入った者」に限られるのか、「過失によって立ち入った者」も含まれるのかについて表現の揺れがみられるが、このことは議論が十分に掘り下げられていないことの傍証となろう。

A説に分類される見解は、身分犯説だけではない。A説は、侵入罪を継続犯であると解しつつ、不退去罪の構成要件に「侵入罪が成立しないこと」という書かれざる構成要件要素があることを認めれば足りるので、たとえば橋本正博のように「不退去罪にいう『退去しない』とは、それ自体は住居侵入にあたらぬ立ち入り行為の後、住居権者から退去を要求されたにもかかわらず、退去しないことを意味する」⁽¹⁸⁾(傍点部引用者)と住居侵入に当たる立ち入りの後であれば不退去罪の「退去しない」に当たらない(すなわち不退去罪の構成要件的行為に当たらない)と解することで、不

退去罪の成立を不退去罪の構成要件のレベルで排除するということも可能である（行為説）。この見解は、侵入者の滞在については不退去罪の実行行為性を否定することによって、構成要件レベルで不退去罪の成立を否定しているものである。

A説は、不退去罪を身分犯であると解するにせよ、そうでないにせよ、「住居侵入でないこと」が不退去罪の書かれざる構成要件要素であると解しているのである。

以上のように、この見解は侵入罪と不退去罪とを、構成要件において排他的・択一的関係にあると解するものである。⁽¹⁹⁾

ii) 継続犯説×罪数論上一罪説——B説

継続犯説と罪数論上一罪説とを組み合わせるB説を、意識的にA説と区別して明確に主張する論者は松原芳博である。松原は、「行為者の身体と建造物との位置関係の『変化』のみを構成要件の結果としているとみれば状態犯になるが、侵入時の位置的関係の『変化』とその後の不変化とを併せて構成要件の結果としているとみれば継続犯になる」と指摘しつつ、継続犯説を採る⁽²¹⁾。そのうえで、おそらく本稿上掲【事例】のような場合を想定して、「住居への立入りに関する同意の存否が不明の場合に本罪の成立を否定するのは不合理である。したがって、住居侵入罪を継続犯とみるとしても、住居侵入罪の成立後の不退去にも本罪の成立を認めたくえて、同一の不法内容に対する重複評価を避けるために両罪を包括一罪とすべきであ⁽²²⁾」るといふ。

なお、「住居侵入罪は継続犯であるから、不退去罪の成立時まで継続している。したがって、不退去罪は、これに吸収される」(傍点部引用者)⁽²³⁾とする山中敬一もこのB説に分類されるであろう。山中の叙述によれば「不退去罪の成立」が観念されているのであり、それが罪数処理で「吸収される」と解していると思われるからである。

B説は、継続犯説を採用する点でA説と同様であるが、侵入罪成立後にも不退去罪の成立を認めたくえて、これを罪数論上の一罪と解するところ

にA説との差異がある。

なお、日本と同様に前段に侵入・後段に不退去の条文 (StGB・123)⁽²⁴⁾ を持つドイツにおける多数説もこのB説である。たとえば、不退去を住居侵入が成立しないときのための真正不作為犯であると解し、「この行為態様の侵入に対する独自の意味は、とりわけ行為者がその場所に当初は許諾を得て立ち入った場合にある。反対に、行為者が当初から違法にその場に侵入したのだとしたら、その後の不退去は、前段の行為態様との関係において補充的(subsidiär)⁽²⁵⁾である」とするのがそれである。ドイツにおいて補充関係(Subsidiarität)は、法条競合(Gesetzeskonkurrenz)のひとつであり、侵害される刑罰法規が複数あるように見えるが、理論上ひとつの罰条が適用すれば足りる場合を意味する。したがって、ドイツの多数説は、A説の場合と異なり、侵入罪と不退去罪の構成要件は構成要件要素において排他的・択一的関係に立つのではなく、見かけ上(scheinbar)あるいは不真正(unecht)であってもひとまず複数の罰条の侵害が考えられることを認めたとうえで、その法条競合によりひとつの構成要件のみが適用されると考えているのである。⁽²⁸⁾ドイツにおける多数の見解は、継続犯であることを理由に侵入後の不退去罪は成立しないとするが、それは不退去の構成要件に「侵入による立ち入りでないこと」という書かれざる構成要件要素があるからではなく、法条が競合するからであると考えている点において、法条の競合すら認めない構成要件説とは明確に区別して理解されるだろう。

iii) 継続犯説×科刑上一罪説——C説

継続犯説と科刑上一罪説とを組み合わせるC説を意識的に主張する論者は見当たらない。

ただし、「不退去罪は、立入りが侵入罪を構成しない場合にのみ成立しうる」とA説の説明を述べた後、その直後に括弧書きで「通説。正確には、侵入罪として処罰されないときにのみ、処罰されうる」と注釈を打っている斎藤信治⁽²⁹⁾が、「処罰」に着目して説明する点において、本説に立っている可能性は否定できない。斎藤はおそらくA説、B説、C説を区別してい

ないと思われるが、正確に表現をしたならこれは「犯罪成立」レベルの問題ではなく「処罰」レベルの問題であると齋藤が解しているとするならば、もしかしたらC説の立場であるといえるかもしれない。あるいは、罪数論一罪説（B説）の立場の可能性もある。断定できないので齋藤は分類しないことにしたい。

iv) 状態犯説×構成要件説——D説

状態犯説と構成要件説を組み合わせるD説は、山口厚と井田良によって主張されている。

山口厚は、侵入罪について「侵入後の滞留という事実は継続するが、『侵入』という構成要件該当事実は継続しないから、住居侵入罪を継続犯と解することには疑問があり、むしろ状態犯と解すべきではないかと思われる⁽³⁰⁾」と状態犯説を唱える。続けて山口は、「この立場からは、不退去罪は、住居侵入罪の成立しえない段階で、不法な滞留を禁止処罰するための特別な犯罪類型と解されること⁽³¹⁾になり、「不退去罪は、許諾権者の許諾を得て住居などに立ち入った者が、退去要求を受けたにもかかわらず、その場所から退去しなかった場合に成立する」⁽³²⁾（傍点部いずれも引用者）という。

井田良は、侵入罪について「法益の内容をどのようなものと捉えるにせよ、『侵入する』という行為が構成要件の内容となっており、また不退去罪が別に設けられていることから⁽³³⁾状態犯と考えられる」と状態犯説に立ちつつ。不退去罪については「不退去罪となるためには、行為者が⁽³⁴⁾（狭義の）住居侵入罪が成立しない態様で住居等に立ち入ったことが必要である」（傍点部引用者）という。これだけではなお罪数論一罪説の可能性も排除できないが、井田はこの叙述に注を打ち、大塚仁が不退去罪を「一種の身分犯」であるとしているということを否定的でなく紹介している⁽³⁵⁾。おそらく、大塚の身分犯説に異論がないという趣旨であろうから、井田もD説に分類することにする。

v) 状態犯説×罪数論上一罪説——E説

E説は、正田満三郎の見解である。

正田は、侵入罪は継続犯ではなくて状態犯であると解する。その根拠として、正田は「もし仮に、住居侵入罪が継続犯だとすると、他人の住居に侵入した上、財物を窃取したり、人を殺害したような場合、牽連犯の成立が疑わしくなってくる。しかし、そうなる⁽³⁶⁾と在来の確立された判例の態度と正面から衝突する⁽³⁷⁾」という。正田はその傍証として、銃砲刀剣類等を不法に所持し、これを用いて強盗殺人未遂を犯したとき、両罪は牽連犯を構成しないという判例⁽³⁸⁾の存在を挙げている⁽³⁹⁾。

不^レ退去罪について正田は「不^レ退去罪は他人の住居への立入りが適法であると違法であるとを問わず、故意ある侵入であると過失に基因する侵入であるとを論ぜず成立する⁽⁴⁰⁾」という。では、その侵入罪との関係はどうなっているのだろうか。正田はこれを「一般法と特別法の関係⁽⁴¹⁾」と解する。すなわち、正田は、他のあらゆる見解と異なり、侵入罪と不^レ退去罪とがともに成立すると考えられるときには、特別法たる不^レ退去罪一罪の成立を認めるのである。

vi) 状態犯説×科刑上一罪説——F説

状態犯説を採り、住居侵入罪と不^レ退去罪が競合する場合において犯罪成立上の数罪を認めた上で、両者を科刑上一罪と解していると思われるのが平野龍一である。平野は、「もし継続犯であるならば、監禁の場合を考えてみてもわかるように、被害者の意思に反して退去しないときから住居侵入罪となるはずであって、とくに形式的な退去要求をまっけて犯罪となるとする必要はないはずである。不^レ退去罪の規定があるということは、住居侵入罪が状態犯だということである⁽⁴²⁾」という。さらに、平野は、判例の状況について「戦後の判例は、住居侵入罪も継続犯だとしている」としながらも「戦前にはっきりした判決はないが、状態犯と解されていたと思われる⁽⁴³⁾」とする。

平野は、住居侵入と不^レ退去との関係について、「不法に住居に侵入した

者に対して退去を要求したとき、不退去罪は住居侵入罪に吸収されるが、不退去罪で処罰してもよいし、この場合違法な侵入者であったことが立証されても、不退去罪が無罪になるわけではない⁽⁴⁴⁾という。平野は、侵入罪と不退去罪との関係を「吸収一罪である⁽⁴⁵⁾」とするが、平野の見解によれば、吸収一罪は成立上の数罪かつ科刑上の一罪である。平野は、吸収一罪を含む包括一罪について「現実に数個の単純一罪が存在し数個の罰条が適用されうる場合⁽⁴⁶⁾」と定義し、「疑もなく数個の構成要件に該当する事実、あるいは同一構成要件に数回該当する事実が存在する⁽⁴⁷⁾」と述べたうえで、「むしろ科刑上一罪の一種である⁽⁴⁸⁾」という。平野の「違法な侵入者であったことが立証されても、不退去罪が無罪になるわけではない⁽⁴⁹⁾」という文章からは、侵入罪と不退去罪の両罪の同時成立の可能性すらほのめかされているようにも思われる。

このように、平野は住居侵入を状態犯であると解し、侵入と不退去との関係を成立上数罪・科刑上一罪の関係にあると解していると（この段階では）思われる。そのため、ここでは暫定的にF説に位置づけておこう（ただし、後に包括一罪と科刑上一罪との区別を細かく検討することによって平野は実はE説の立場であると評価を修正することになる。そのため、あくまでここでは暫定的な位置づけであるという留保をつけておく）。

vii) 判例

最高裁判所昭和31年8月22日決定は、⁽⁴⁹⁾「建造物侵入罪は故なく建造物に侵入した場合に成立し退去するまで継続する犯罪であるから、同罪の成立する以上退去しない場合においても不退去罪は成立しないものと解するを相当とする」という。継続犯説に立っているのは明らかだが、一罪の根拠が構成要件説（A説）であるのか成立上一罪説（B説）であるのかは不明である。「成立しないものと解する」という言い回しからはA説のようでもあるが、「継続する犯罪であるから」という言い回しからはB説と解する余地もある⁽⁵⁰⁾。B説に立つ松原は、判例に批判的に触れた上でB説を主張するため、おそらく判例をA説の立場と解していると思われるのに対し、⁽⁵¹⁾

「吸収」という言葉を使うためB説に分類される山中敬一や前田雅英は、自己の見解に合致するものとして本決定を紹介している。

もとより、判例が不退去罪を侵入罪の特別法として捉えていないことは明白である。判例は、A説あるいは特別法説を除くB説の立場であると考えられる。

(3) スケールの修正と当てはめ

以上の学説の状況を参考に、【表1】のうち、構成要件説を身分犯として解する見解（身分犯説）と構成要件的行為のレベルで解する見解（行為説）とを区別し、成立上一罪説を包括一罪説として解する見解と不退去罪を侵入罪の特別法として解する見解とに区別する。また、判例を位置づけるために継続犯説に構成要件説と包括一罪説とにまたがる見解を置くスペースを作る。それが以下の【表2】である。

【表2】

	構成要件説		罪数論上一罪説		科刑上一罪説
	身分犯説	行為説	包括一罪説	特別法説	
継続犯説					
状態犯説					

上記の分類表に各論者を当てはめてできるのが以下の【表3】である。

なお、通説は、判例と同様に、A説とB説とを区別しない状態でのA・B説（ただし、特別法説を除く。すなわち、最高裁決定の立場）であるが、A説とB説とのどちらが通説であるのかは「おそらくA説であろう」という以上に断定できない。これまでの学説は、A説とB説とを明確に区別してこなかったといえよう。たとえば、中森喜彦は、「不退去罪が成立するのは、立ち入りについて住居侵入罪が成立しない場合のみであり、本罪は、住居侵入罪に対して補充的関係にある⁽⁵²⁾」といい、おそらくA説の立場であ

【表3】

	構成要件説		罪数論上一罪説		科刑上一罪説
	身分犯説	行為説	包括一罪説	特別法説	
継続犯説	大塚仁 大谷實 川端博 佐久間修 曾根威彦 高橋則夫 西田典之	橋本正博	前田雅英 松原芳博 山中敬一 ドイツの多数説	不見当	不見当
	最高裁判所昭和31年8月22日決定				
状態犯説	井田良 山口厚	不見当	不見当	正田満三郎	平野龍一（暫定）

と思われるが、「補充的關係」の理解次第ではB説の可能性も否定できない⁽⁵³⁾。また、先ほど触れた通り、斎藤信治は、「不退去罪は、立入りが侵入罪を構成しない場合にのみ成立しうる」とA説の説明を述べた後、その直後に括弧書きで「通説。正確には、侵入罪として処罰されないときのみ、処罰されうる」とB説ともC説ともとれる注釈を打って通説を紹介している⁽⁵⁴⁾。

Ⅲ 学説の検討

(1) 検討

では、いずれの見解が妥当であろうか。分類表の縦横のスケールそれぞれ検討することを通じて明らかにしていこう。

i) 継続犯説の不可能性——A, B, C説の棄却

まず、侵入罪が継続犯であるか状態犯であるかを検討しよう。

継続犯とは、犯罪終了後も法益侵害事態がなお継続して構成要件に該当し続けると評価し得る犯罪をいい、状態犯とは、犯罪終了後も法益侵害状

態は続くもののそれ自体はもはや構成要件に該当しないと評価される犯罪をいう。⁽⁵⁵⁾ 継続犯においては、行為の継続の有無ではなく、⁽⁵⁶⁾ 行為によって引き起こされた事態が各則構成要件に持続的・継続的に該当し続けていると評価されるところにポイントがあり、⁽⁵⁷⁾ 状態犯においては生じた事態が犯罪終了後も残るとしてもそれ自体は構成要件に該当しないと評価されるところにポイントがある。

判例は、「建造物侵入罪は故なく建造物に侵入した場合に成立し退去するまで継続する犯罪である」⁽⁵⁸⁾ としているところから、侵入罪を継続犯であると理解していることは明らかである。また、すでに見たように広い意味での通説（A説ないしB説）も本罪を継続犯と解している。

継続犯説は、その根拠を「本罪は、侵入行為の完成により既遂に達するが、住居等の自由使用が妨げられている間は犯罪が終了しない」⁽⁵⁹⁾ や「退去によって法益侵害状態が消滅することを考えると、侵入の場合にも『侵入している状況』の継続を考慮することができる」⁽⁶⁰⁾ などと説明する。⁽⁶¹⁾ しかし、窃盗について「窃取によって返還があるまで財物の本権行使ないし所持が妨げられている」や「本権ないし所持が害され続ける状況の継続を考慮する」として継続犯としてとらえることができないことに鑑みると、このような説明によって継続犯であると直ちに断ずることには疑問が残らざるをえない。かえって、窃盗罪が「違法状態が続くにすぎない」という意味において状態犯であるのと同様に、侵入を状態犯としてとらえることもありうる選択であるように思われる。それでは、どのような根拠によって侵入が継続犯であるか状態犯であるかを決するべきであろうか。松原は、「行為者の身体と建造物との位置関係の『変化』のみを構成要件の結果としているとみれば状態犯になるが、侵入時の位置的関係の『変化』とその後の不変化とを併せて構成要件の結果としているとみれば継続犯になる」⁽⁶²⁾ という。なるほど、結果継続を考慮する松原の見解からすると、そこがポイントになるだろう。しかし、それでもなお「変化」のみを構成要件の結果と見るべきか「変化」とその後の「不変化」とを併せて構成要件の結果と見るべきかの評価問題は一義的に解決されてはいない。窃盗罪については、

なぜ財物と行為者ないし被害者の位置関係の変化とその後の不変化とを併せて構成要件の結果としてみてみると解して継続犯と解すべきでないのかという疑問はなお残りうるのである。⁽⁶⁴⁾

この問題は、罪質の評価の問題であるから、究極には「状態犯か継続犯か」ではなく、「状態犯であると解すべきか、継続犯であると解すべきか」という解釈者の判断に帰する。となれば、継続犯と状態犯の区別は、その意義・機能および条文構造から価値的にアプローチして判断するしかない。そこで、次の4点から侵入罪をいずれに把握すべきかを考えてみたい。

第1に、従犯の成否の観点である。

監禁罪が典型的に継続犯とされ、窃盗罪が典型的に状態犯であるとされるのは、事後的に関与した従犯の成否に関連して、監禁罪の場合は被害者の監禁が継続している限り従犯が成立し、窃盗罪の場合は窃盗の従犯ではなく盗品等に関する罪の成立が問題になるにすぎないという機能的な意義がある。となれば、立ち入り後にはじめて関与した幫助者（たとえば、すでに他人の留守宅に立ち入ってそこに潜伏している者に対し、幫助の故意で外から潜伏のための食糧等を投げ入れた者）について、継続犯説は住居侵入の幫助犯を成立させ、状態犯説はその成立を否定することになる。そのいずれが妥当であるかというのが第1の観点である。

私は、このような場合には「侵入」の「幫助」として処罰することはできないと解する。すでに他人の住居内に立ち入っているものを幫助したとしても、「潜伏の幫助」にはなっても「入ることの幫助」にはならないため、その従犯を成立させることは困難であろう。というのも、侵入と潜伏とは別行為であり、別の規範が向けられていることは実定法上異論をさしはさむ余地がないほど明白だからである。軽犯罪法1条1号は、「侵入」することではなく「ひそんでい」ることを禁じている。実定法は、「侵入」と「潜伏」とを別の行為として明確に書き分けている。侵入と潜伏とを混同することは、実定法上できない。したがって、潜伏の幫助が侵入の幫助にあたることはできないだろう。⁽⁶⁵⁾

第2に不退去罪が規定されている意義の観点である。

もし住居侵入が継続犯であるなら、「滞在していること」が「侵入」の構成要件該当性ありとしてみられるということであるから、不退去もすべて住居侵入に当たることになり、不退去罪を規定した意味がなくなってしまうだろう⁽⁶⁶⁾。侵入が継続犯であるならば、本稿の【事例】のような場合でも、「当初の立ち入りが適法であったか否か」を論じて130条後段の適否を決定するまでもなく、すべて130条前段で処理すれば良いことになる⁽⁶⁷⁾。井田が「もし、継続犯（したがって、監禁罪〔220条〕と同種の犯罪）なのであれば、不退去行為も『侵入』として処罰可能なはずであるから、（監禁罪に関して不解放行為を別に処罰する必要がないように）別の犯罪として処罰の対象とする必要はないはずである⁽⁶⁸⁾」と指摘するのは正しい。

現に、不退去処罰規定を持たない軽犯罪法1条32号の田畑等侵入罪について、継続犯であることを理由に、不退去処罰規定がなくても不退去を処罰できるとする見解が主張されているが、もちろん、この見解は妥当ではない。刑法130条や刑事特別法2条があえて不退去処罰規定を置いており、軽犯罪法1条32号がこれをあえて置いていない⁽⁷⁰⁾ことに鑑みると、不退去処罰規定がなければ不退去を処罰できないと解するのが妥当である⁽⁷¹⁾。そうでなければ、130条後段や刑事特別法2条後段が死文化し、さらに軽犯罪法1条32号との規定上の差異を説明することができなくなってしまいます。したがって、軽犯罪法1条32号の「入った」は継続犯ではなく状態犯であると解されるところ、「侵入」も表現上の違いがあるのみで「入った」と同様なことから、侵入を状態犯と解すべきことが帰結される。

また、平野が指摘するように⁽⁷²⁾、住居侵入が継続犯であるならば、不退去罪の成立に退去要求が必要であることの説明に窮しよう。

第3に、違反される規範の違いの観点である。

侵入と不退去は、異なる規範に違反する行為であって、同一規範に違反するわけではないことも重要なポイントである。不退去は侵入禁止規範の単なる不作為態様による違反ではないのである。

不作為による侵入は、不退去とは別に不真正不作為犯としての侵入として観念しうる⁽⁷³⁾。たとえば、他人の工場内につながるベルトコンベアの屋外

部分の上に寝転がっていた者が、ベルトコンベアが動き出したことにより、このままでは建造物内に体が入ってしまうことを認識しながら、あえてベルトコンベアから降りない場合は、不退去ではなく、保障人的地位ないし作為義務があることを前提に、不真正不作為犯としての侵入（130条前段）が成立する。また、自律的AIによる自動移動装置に乗車して移動している者が、AIがルート上にある他人の圍繞地内に立ち入るルート（たとえば塀に囲まれた豪邸の表門から入り、裏門から出て再び公道に合流するルート）を選択して動き出したことを知りながら、あえてそのルート変更を命じることなく他人の住居の圍繞地に立ち入った場合、不真正不作為犯による侵入罪の成否が問題になるだろう。このような不作為による侵入は、侵入禁止規範に違反している。⁽⁷⁴⁾ところが、不退去は退去命令規範に違反するものであるから、両行為には質的な相違がある。そのため、不退去を侵入後の同一規範の侵害の継続として見ることは困難であり、そのため構成要件該当評価が継続しているとは解しがたいことになる。

第4に、行為の個数の観点である。

もし「侵入」が立ち入りの瞬間から退去するまで継続する行為であるのならば、明確な拒絶意思表示のある侵入の場合、たとえば「家に入らないでくれ、帰ってくれ」と当初から家人に言われ続けている立ち入りの場合、「侵入」と「不退去」は始点から終点まで同一の行為となる。そうになると、両罪はその関係上観念的競合として処理しなければならなくなり、各見解の結論——たとえば包括一罪であるとする結論や観念的競合ではない科刑上一罪であるとする結論——と相容れないことになろう。

以上のように、侵入を継続犯と見ることは困難であるというほかない。

「侵入」の語は、日常言語的には「入ること」という「場所的移動を伴う行為」がその中核的なプロトタイプの意味（コアとなる狭義の意味）をなし、広義には「入った場所に居座ること」も含むとして理解されるため、広義を採る継続犯説、狭義を採る状態犯説のいずれも言語的には不可能ではない。しかし、共犯成立の問題、不退去罪の存在、軽犯罪法1条32号の不退去規定の不存在と刑事特別法2条の不退去規定の存在、軽犯罪法1条

1号の「ひそんでいた」という規定の存在，行為の個数論等との整合的理
解をしようとするならば，狭義の「場所的移動を伴う侵入」のみを侵入と
解すべきことになるのである⁽⁷⁵⁾。

なお，先に触れたとおり正田満三郎は，「もし仮に，住居侵入罪が継続
犯だとすると，他人の住居に侵入した上，財物を窃取したり，人を殺害し
たような場合，牽連犯の成立が疑わしくなってくる。しかし，そうなると
在来の確立された判例の態度と正面から衝突する⁽⁷⁶⁾」とし，銃砲刀剣類等を
不法に所持し，これを用いて強盗殺人未遂を犯したとき，両罪は牽連犯を
構成しないという判例の存在を挙げて状態犯説を主張するが，本稿はこの
論拠には賛同しない。というのも，正田が挙げる最高裁判決は，継続犯と
他の犯罪とが牽連関係に立たないとする趣旨のものではないからである。
最高裁は判決理由において，牽連犯について「法律がこれを処断上一罪と
して取扱うこととした所以は，その数罪間にその罪質上通例その一方が他
方の手段又は結果となるという関係がある⁽⁷⁷⁾」からであって，その成立には
「犯人が主観的にその一方を他方の手段又は結果の関係において実行した
というだけではならず，その数罪間にその罪質上通例手段結果の関係が存
在すべきものたることを必要とするのである⁽⁷⁸⁾」とした上で，「銃砲等所持
禁止令違反の罪と強盗殺人未遂罪とは，必ずしもその罪質上通常手段又は
結果の関係あるべきものとは認め得ない⁽⁷⁹⁾」と述べているのである（引用内
傍点引用者⁽⁷⁹⁾）。ここで最高裁が問題としているのは，継続犯における牽連
犯の成否ではなく，両罪の手段・結果関係の「通例性」ないし「通常性」
である。この通例性・通常性が認められるならば，明らかな継続犯である
監禁罪においても「監禁を手段として人を恐喝して財物を交付せしめたと
きは，監禁と恐喝との両罪の牽連犯が成立するものと解するを相当とする⁽⁸⁰⁾」
として牽連犯が成立するとした例も——最高裁平成17年4月14日判決はこれ
を併合罪と解したが⁽⁸¹⁾——あるのである。判例は，牽連犯の成立について，
継続犯か状態犯かを問題にするものではないといえよう。

ii) 構成要件説の不当性——A, D説の棄却

次に、構成要件説の不当性を指摘しよう。

構成要件説は、侵入罪の不成立を不退去罪の構成要件要素としている。その方法としては、すでにみたように、不退去罪の主体を「最初から住居権者の意思に反していた場合は、住居侵入罪の主体であって、本罪の主体ではない⁽⁸²⁾」として限定する説明と「不退去罪にいう『退去しない』とは、それ自体は住居侵入にあたらぬ立入り行為の後、住居権者から退去を要求されたのにもかかわらず、退去しないことを意味する⁽⁸³⁾」として侵入後の滞在における不退去の実行行為性を否定する説明との2通りがある。

いずれにせよ構成要件説を採るならば、その帰結として、不退去罪の弁護は、行為者が侵入した疑いがあることを裁判官に抱かせることでも可能になる。たとえば、東京高裁昭和50年12月4日判決およびその原判決は、⁽⁸⁴⁾ 検察官が不退去罪を訴因として起訴した事案について、建造物侵入が成立する心証を得た際には、不退去罪を無罪とすることを認めているが、このような理解を前提とすれば不退去罪で起訴された被告人・弁護人は、「被告人が侵入した」という主張を法廷で展開することになろう。そして、被告人が侵入したという事実の存在が証拠上ありうる（「侵入していない」という事実が合理的疑いを超えて認定できない）のならば、不退去罪で有罪判決を下すことはできなくなるだろう。そうなれば、侵入が証拠上疑わしいが合理的疑いを超えるほどではないという【事例】のような場合、証拠上不退去であることが明らかであっても不処罰となり、処罰の間隙を正面から認めることになってしまう。

また、当初の侵入が構成要件に該当し違法であるが責任無能力の状態で行われた後、当該客体内に滞在中に責任能力を取り戻し不退去に至った場合の処理にも窮することになろう。

なお、状態犯説と構成要件説を組み合わせるD説に立てば、長期留守宅に侵入しそこに潜み続けた者が侵入から3年経過した後、帰宅した家人から退去要求を受けたが退去しなかったという場合、侵入罪については公訴時効を迎えており不処罰、不退去については構成要件要素を欠くため不処

罰となり、やはり処罰の間隙を正面から認める結論に至らざるをえなくなる。この場合、A説によれば、侵入が継続していると解する限り、侵入は公訴時効を迎えないので130条前段で処罰可能になり処罰の間隙は生じないが、やはりそうすると「家人による退去要求」は不要（何の意味も持たない）ということになって、不退去罪の存在意義がなくなるという継続犯説の問題点を抱え込むことになる。

iii) 罪数論上一罪説の検討——B, E説の検討

罪数論上一罪説には、包括一罪説と特別法説がある。まず、特別法説を取り上げよう。

正田は、「居住権者の意にそわない者は理由のあるなしにかかわらず、住居から立ち去って貰うのでなければプライバシーの保護は十分とはいえない。居住者の意思に最高の権威を認めることこそが、住居における生活の平穩を最終的に保障する道なのである⁽⁸⁵⁾」という観点から「理由を問わない退去要求に客観的な妥当性を認め⁽⁸⁶⁾」という。そこから、退去要求の保護こそが住居保護の核心であると解する。そこで、130条について「法はその前段で一般的定型を定め、その後段で住居の平穩保護の核心にふれ、特殊な形式を藉りてこれを表明したと解するのである。両者は一般法と特別法の関係であって原則規定と補充規定の関係ではない⁽⁸⁷⁾」という。

正田の見解は、居住者の意思を保護することが住居の平穩に直結すること、その保護は理由の如何を問うべきでないこと等、その出发点として妥当な方向を示している⁽⁸⁸⁾。しかし、住居侵入罪と不退去罪とを一般法・特別法の関係と見るのは妥当ではない。

というのも、——詳しくは後述するが——130条後段は「拒絶の意思表示に反して退去しない」というひとつの命令規範のみを規定しているが、同条前段は「拒絶の意思表示に反して立ち入る」ことを禁止する規範と「拒絶の機会を与えずに立ち入る」ことを禁止する規範との2つの禁止規範違反を規定しているからである⁽⁸⁹⁾。正田の理解によれば、明確な拒絶を受けながら侵入した場合、不退去罪の方が成立し、侵入罪が成立しないとい

うことになるが、無理のある解釈だろう。これでは、住居侵入罪は「拒絶の機会を与えずに立ち入る」場合、すなわち留守宅への侵入等のひそかな立ち入りの場合にしか成立しないことになるが、明確な拒絶の意思表示に反して立ち入ることを130条前段が「入るな」と禁止していることは、解釈から当然に導き出される明らかな規範であり、この禁止規範違反行為をもっぱら後段の「退去せよ」という命令規範違反として捉えてしまうことには問題がある。

侵入罪と不退去罪とを包括一罪と見る見解は、もしあらゆる包括一罪を単純に犯罪論における犯罪成立の問題に還元するのなら、構成要件説と同様の問題を抱え込むことになって妥当ではないことになる。そうでなくて、「科刑上一罪である」と正面から認めていなくとも、包括一罪のうちに複数の犯罪成立を一旦は観念しつつ「責任検討後」の「罪数処理」のレベルで包括して一罪性を認めるタイプの「科刑上一罪に近い」包括一罪の概念を承認するのであれば⁽⁹⁰⁾なおこの見解には採用可能性があるといえる。松原が、「住居侵入罪の成立後の不退去にも本罪の成立を認めたくえて、同一の不法内容に対する重複評価を避けるために両罪を包括一罪とすべきである」といえる⁽⁹¹⁾というときの包括一罪も、両罪の成立を一旦は認めるタイプの包括一罪であるといえるだろう。このような意味における包括一罪説は、構成要件説や特別法説のように実際の適用において不都合を帰結するわけではないので、直ちに棄却することができない。

ここで、「そもそも包括一罪とは何か」という大きな問いに直面する。この見解の当否を判断するには、包括一罪についての検討が求められることになるだろう。この検討は後に行うことにするため、包括一罪説は棄却せずに判断を保留しておこう。

iv) 科刑上一罪説の検討——C説、F説の検討

侵入罪と不退去罪とを科刑上一罪として見る見解は、これまで見てきた多くの問題をクリアしている。住居侵入後の成否にかかわらず不退去罪が成立するならば、処罰の間隙は生じないことになるからだ。住居侵入ある

いは不退去のいずれも成立させることができ、それが科刑上一罪の係に立つのなら、過重な処罰も防ぐことができるし、もちろん一事不再効も持たせることができる。

しかし、まったく問題点がないわけではない。通常、科刑上一罪は法律上の根拠に基づいて行われる⁽⁹²⁾のだが、侵入罪と不退去罪は法律上の科刑上一罪、いわゆる観念的競合または牽連犯の係にない⁽⁹³⁾ように思われる。となれば、超法規的な科刑上一罪がどのような根拠で認められるかが問題になる。また、超法規的な科刑上一罪が仮に認められるとして、それは具体的にどのような性質を持ち、実務の運用にどのような影響を与えるものなのかも問題になる。法律上の科刑上一罪であれば、検察官は両罪について起訴することになり、裁判所は両罪明示の上で最も重い刑の範囲での有罪判決を下すことになる。法律上の科刑上一罪がそうであるように、住居侵入罪と不退去罪の両罪での起訴を許すことになると実務慣行を大きく覆すことになるが、この点が明らかでなければ直ちに賛同することはできないだろう。

本説に対する判断もしばらく保留しておきたい。

(2) 検討結果の位置づけ

ここまでの検討結果のうち、採用できなくなった部分を分類表に網掛けして表現すると【表4】の通りである。なお、網掛けにされていない部分は、判断が保留されている見解である。

この表からは、科刑上一罪説と包括一罪説とのどちらが妥当であるかを考察する課題が残されたことが明白である。いずれも罪数に関する見解なので、罪数論を検討する必要性が示唆されている。

ただし、その前に両罪の規範係を明確しておく。そのことから、罪数論にどのように入り込んで行くべきかの道標が導出されるだろう。

【表4】

	構成要件説		罪数論上一罪説		科刑上一罪説
	身分犯説	行為説	包括一罪説	特別法説	
継続犯説	大塚仁 大谷實 川端博 佐久間修 曾根威彦 高橋則夫 西田典之	橋本正博	前田雅英 松原芳博 山中敬一 ドイツの多数説	不見当	不見当
	最高裁判所昭和31年8月22日決定				
状態犯説	井田良 山口厚	不見当	不見当	正田満三郎	平野龍一（暫定）

Ⅳ 侵入罪と不退去罪の規範的別罪性

すでに継続犯説への批判の際および特別法説の検討の際に、侵入と不退去とは行為規範が異なる別罪であることに触れたが、もう一度ここで侵入と不退去の行為規範の違いを詳細に確認しておきたい。

侵入罪の保護法益の実質は、住居権者が考える住居の平穩を確保するために住居権者に与えられている他者の立ち入りを拒絶する権利すなわち立ち入り拒絶権⁽⁹⁴⁾であるが、これには2種類の侵害態様が予定されている。第1に拒絶そのものの侵害であり、第2に拒絶選択肢の侵害である。前者は、住居権者に「立ち入るな」といわれたのにもかかわらず立ち入った場合であり、後者は典型的には留守宅への侵入等、拒絶の機会を与えなかった場合である⁽⁹⁵⁾。すなわち、侵入罪の行為規範は住居の場合は「住居権者の拒絶に反して立ち入るな」と「住居権者に拒絶する機会を与えずに立ち入るな」の2つの禁止規範⁽⁹⁶⁾である。これに対して、不退去罪には後者の態様すなわち130条後段を住居権者に気づかれずに犯す態様は存在せず、具体的に退去要求を受けた場合にしか不退去罪は成立しえない。つまり、不退去罪の

行為規範は「住居権者の拒絶に従って退去せよ」の命令規範のみである。すると、侵入と不退去の規範は、異なるものであることが明らかである。ひとつの条文に規定されていることから、「逮捕・監禁するな」や「賄賂を要求・約束・収受するな」とまとめて理解することが可能な規範とは異なり、あるいは人に対する殺意をもってした刺突後の放置行為が、刺突による殺人禁止規範違反そのものの不随行為であるために、放置の不作為は新たな規範違反行為とは理解されないのとは異なり、侵入・不退去は「侵入・不退去するな」とまとめることはできず、単なる禁止規範違反の不随行為として見ることもできない異なる規範に違反する別個の犯罪なのである。そうであるから、刑法130条を適用する場合は適用されたのがその前段であるか後段であるかを原則として明示しなければならないことになる。⁽⁹⁷⁾

以下に表にしてその違いを明確にする。

【表5】 130条の行為規範

	前 段	後 段
拒絶侵害	拒絶に反して立ち入るな	拒絶に従って退去せよ
拒絶選択肢侵害	拒絶の機会を与えずに立ち入るな	な し

* 前段と後段は、単に作為・不作為の違いがあるだけでなく、規範的に重なりあわない部分を持つ。

V 共罰的事後行為としての理解

(1) 方向性の策定

ここまでの検討で、侵入罪が状態犯であるということ、構成要件説と特別法説は採用できないことを明らかにしつつ、両罪を罪数論の地平で扱うべき示唆を得た。また、侵入罪と不退去罪は別の規範（侵入罪の場合は2つの禁止規範、不退去罪の場合は1つの命令規範）であることを明らかにした。しかしまた、侵入罪と不退去罪の侵害客体が同一であることは議論の当然の前提である。

すると、侵入罪と不退去罪は、窃盗後の器物損壊と同様の関係にあるこ

とに気づかされる。窃盗罪は状態犯であり、窃盗罪と器物損壊罪とは行為規範が異なる別の罪であり、侵害客体は同一である。そして、窃盗罪後の器物損壊罪は「処罰されない」という取り扱いがされている。もちろん、それは窃盗でないことが器物損壊罪の構成要件要素となっているからではない。

そこで、窃盗後の器物損壊が処罰されない理由とされている「不可罰的事後行為」ないし「共罰的事後行為」の性質を検討し、それが侵入罪と不退去罪との関係にも当てはまるか否かを検討することが有益となろう。共罰的事後行為の関係が侵入罪と不退去罪との関係にも当てはまることが論証できるならば、あとは共罰的事後行為の法的性質を検討し、それが包括一罪なのであればE説が、科刑上一罪なのであればF説が妥当であると結論づけることができることになるのである。

(2) 「不可罰的事後行為」か「共罰的事後行為」か

これから検討の俎上に載せる行為については「不可罰的事後行為」という呼び方と「共罰的事後行為」という呼び方が混在している。文献の中には「不可罰的事後行為（共罰的事後行為⁽⁹⁸⁾）」や「共罰的（不可罰的）事後行為⁽⁹⁹⁾」と表記するものも見受けられる。また、不可罰的事後行為か共罰的事後行為かは、「根拠を重視するか、結果を表現するかの違いであって正否の問題ではない⁽¹⁰⁰⁾」との見解もある。しかし、「不可罰的事後行為」と「共罰的事後行為」とでは意味が異なり、しかもどちらも重要である（一方の概念が採用されれば他方が排斥されるような関係ではなく、共罰的事後行為に当たる行為もあれば不可罰的事後行為に当たる行為もある）と考えられるため、本稿ではこの概念を明確に区別しておきたい。

団藤重光は「状態犯においては、犯罪完成後に違法状態が続くことがはじめから予想されている。かように当の構成要件によって予想されている違法状態に包含されるものであるかぎり、事後の行為が他の構成要件を充足するものであっても、別罪を構成しない。たとえば、窃盗犯人が盗品を損壊しても別に器物損壊罪は成立しない」として「不可罰的事後行為」を

説明する。⁽¹⁰²⁾しかし、先行する窃盗罪に公訴時効が成立している場合、事後行為である器物損壊罪が「不成立」というのは妥当ではないだろう。⁽¹⁰³⁾そのため、正確には、事後行為である器物損壊罪は先行行為である窃盗罪で処罰される際に、それに含めて共に処罰される「共罰的事後行為」と呼ばれるべきである。⁽¹⁰⁴⁾

これに対して、盗品等に関する罪は、先行行為たる窃盗が公訴時効にかかっている場合、本犯者を事後行為たる運搬で処罰可能であるとするのは妥当ではないと考えられる。盗品等に関する罪は、本犯を助長・促進することがその罪質の重要部分をなしていると考えられるから、本犯者自身を同罪で処罰するのは不当である。窃盗後に窃盗の本犯者が犯した盗品等に関する罪は、「不可罰的事後行為」であると解すべきであろう。⁽¹⁰⁵⁾

したがって、前犯が成立していれば後犯が不成立となるのが不可罰的事後行為、前犯が処罰されるならば後犯が独立して処罰されないのが共罰的事後行為であると解することができる。⁽¹⁰⁶⁾

本稿では、すでに学説の検討において、一旦は侵入罪と不退去罪との双方の成立を認めるタイプの包括一罪説か科刑上一罪説かしか残っておらず、住居侵入罪が成立すると不退去罪が成立しないとする見解はすべて棄却されている。したがって、住居侵入と不退去とを「不可罰的事後行為」と捉える可能性はない。そこで、本稿が取り上げるべきは侵入後の不退去を共罰的事後行為として理解することの当否である。

そこで、以下に、侵入後の不退去を侵入罪の共罰的事後行為として見ることができるかを検討する。

(3) 共罰的事後行為の法的性質

a) 包括一罪と科刑上一罪

包括一罪は、罰条適用上の一罪であるが、⁽¹⁰⁷⁾複数構成要件に該当する場合が含まれていること自体は否定されていない。その意味で、単純な犯罪成立上の一罪でなく、科刑上一罪との共通性があることを指摘する見解を採用する余地がある。⁽¹⁰⁸⁾

この点、井田が包括一罪を「罰条上一罪」という言葉で説明していることが非常に示唆に富む⁽¹⁰⁹⁾。井田によれば、罰条上一罪は「構成要件の評価としては1つの構成要件に複数回該当するか、または複数の構成要件にそれぞれ該当する事実について、1つの刑罰法規（罰条）により1回的に包括的评价がなされる場合」をいい、異質的包括を「A罪とB罪とが同一の法益を保護しており、A罪による処罰を認めることにより、同時にB罪の行為による法益侵害も余すところなく評価し尽くせる場合」と説明している⁽¹¹⁰⁾。なるほど、この説明は、複数の構成要件該当性を一旦肯定しながらも、適用罰条の1回性によって一罪性を特徴づけることに成功しているように思われる。

それでは、科刑上一罪はどのようなものなのだろうか。

科刑上一罪については、本来的に数罪であるものを法律が例外的に一罪として処断することを認めたものであり、法律の明文の根拠がなければ存在しえないものであるという理解がある⁽¹¹²⁾のに対して、平野は包括一罪を科刑上一罪の一種と解し、科刑上一罪が超法規的に存在することを認める⁽¹¹³⁾。

科刑上一罪は、複数の行為規範違反が認められるものの、国家刑罰権の発動を一回にする事由である。国家刑罰権の発動についてそれを制限する方向に働くものであれば、明文の規定がなくても罪刑法定主義に違反することはない。重要なのは、複数の規範違反行為に対して国家刑罰権の発動を一回で済ませる根拠である。

観念的競合において国家刑罰権の発動が一回で済まされる根拠は、行為の現実的一個性に基づく複数行為の評価上の一個性にある。行為規範レベルにおいては、一個の行為であっても複数の規範に違反した場合は、複数の規範違反が観念される。しかしこれを現実処罰の際には、当該一個の行為を処罰すれば足りる。一個の行為に対する一回の制裁が、違反された行為規範すべてに対応する制裁であると理解することが可能だからである。観念的競合においては、規範違反行為について、まさにそのひとつの行為が処罰されることによって、余すところなく処罰されていると評価できる。

牽連犯において国家刑罰権の発動が一回で済まされる根拠は、牽連関係の現実的通例性と法によるその想定に基づく複数行為の評価上の一個性にある。複数の行為が手段・目的、原因・結果の関係に立ち、さらにそのような関係が「通例」である場合、法はすでに一連の複数行為がなされることを予想しているといえる。たとえば、侵入の後に窃盗が行われることが「通例」であることについて法は制定の時点で知っている⁽¹⁴⁾。そしてそれが「案の定」牽連して犯された際には、法は「予想していた牽連関係にある犯罪」として評価上一個としてまとめれば足りることになる。そしてもちろん現実的には、これらの行為は「芋づる式」に発覚することがほとんどである。このように考えることは、牽連犯には「通例性」が要求されることもとも整合的である。

では、罰条上一罪として刑を吸収する異質的包括一罪と科刑上一罪との違いは何であろうか。それは、井田の叙述に示唆を受けたように、適用罰条の単複である。

包括一罪の場合、判決においてひとつの罪に関する事実認定がなされ、ひとつの罰条が示されて適用されるのに対して、科刑上一罪の場合は、それぞれの罪の事実認定を行い、それぞれの罰条を示した上で、科刑上の一罪処理が行われる。そこで、包括一罪説と科刑上一罪説との区別ラインを明確に「罰条適用の単複」に置くことができる。

となると、共罰的事後行為事例における適用罰条はひとつであるから、これを科刑上一罪とみなすことはできなくなる。そこで、共罰的事後行為を包括一罪と見るべきことになるが、それがどのような包括一罪なのかについて検討してみよう。

なお、ここで、平野龍一の位置づけを変更しなければならない。平野は、「包括的一罪」の語を用いながらも、その内実においてかなり科刑上一罪説に近い主張をしているため科刑上一罪説に暫定的に位置づけてきたが、その適用罰条については「包括的一罪の場合は、独立の事実認定および罰条の適用を必要としない」というため、罰条上の一罪を主張していると考えられるので、包括一罪説に置き直すことにする（ここまでの検討で、複

数の罰条の適用が必要なものを科刑上一罪、ひとつの罰条適用しか認められないものを包括一罪とすべきことが明らかになったからである)。

b) 犯罪上の包括一罪と制裁上の包括一罪

包括一罪は、不法・責任の重なり合いを理由とした罰条適用上の一罪であるが、近時その性質を単統一罪に近い類型と科刑上一罪に近い類型とに分けて考える見解が主張されている。⁽¹¹⁵⁾ 包括一罪を二分する結論は正当であるが、その根拠は犯罪成立の包括と制裁上の包括として理解されるべきである。

犯罪成立の包括は、いわゆる狭義の包括一罪である。1個の行為で同一の被害者に対し複数の法益侵害を惹起した場合、解釈上接続犯として認められる場合、常習犯・営業犯のような集合犯の場合である。この場合、行為規範が重なっているため、一罪の「成立」が二罪以上の「成立」を妨げる。たとえば、「常習として賭博をするな」という禁止規範に違反した行為についてひとつの常習賭博罪が成立するのなら、同一の規範違反であるとみられる別の賭博行為が明らかになっても、その賭博罪ないし常習賭博罪の成立は妨げられる。また、同一被害者に属する複数の所有物を一気に損壊した場合、全体を包括してひとつの器物損壊罪が成立するのであり、もし仮にそのうち一部の器物損壊罪のみを成立させたならば、残りの損壊について器物損壊罪が新たに成立することが妨げられる。

制裁上の包括は、いわゆる吸収一罪と呼ばれているものである。この場合、吸収される罪に対する制裁は、吸収する罪に対する制裁とともに精算されるので、一罪への「制裁」が二罪以上への「制裁」を妨げる。犯罪の性質上、法が予定している数個の罰条の侵害、とりわけ随伴行為や状態犯後の違法状態に評価されつくされる共罰的事後行為については、国家刑罰権は1回の発動で足りるのである。

このように、包括一罪には犯罪の包括(犯罪上の包括一罪)と制裁の包括(制裁上の包括一罪)があるといえる。

規範的にいえば、罰条から行為規範と制裁規範が導き出される⁽¹¹⁶⁾が、前者

が包括される場合と後者が包括される場合とがありえ、そのどちらであっても包括されれば適用罰条はひとつとなるため、まとめて包括一罪と呼ばれることになるのである。

c) 制裁上の包括一罪としての共罰的事後行為

共罰的事後行為は、結局のところ、犯罪は複数成立するものの、犯罪の性質上その不法・責任は先行行為に対する制裁で十分に精算されるため、国家刑罰権発動が一回で足りる行為であるということが出来る。共罰的事後行為に対する国家刑罰権が消滅するのは、先行行為の処罰によって事後行為も精算されたことが前提である。⁽¹¹⁷⁾

共罰的事後行為を包括一罪に含めて理解する見解は一般に主張されている。たとえば、虫明満⁽¹¹⁸⁾、山口厚⁽¹¹⁹⁾、西田典之⁽¹²⁰⁾、高橋則夫⁽¹²¹⁾、松宮孝明⁽¹²²⁾などである。これらの論者の叙述の中で注目すべきは、いずれも犯罪成立の包括ではなく、制裁の包括を主張している点である。虫明満は、「事後行為に対する構成要件の評価自体は排除されるわけではなく、事後行為も独自の可罰性を持っている」⁽¹²³⁾ことを認める。虫明は、「(引用者注：虫明は「共罰的事後行為」の場合も「不可罰的事後行為」と呼んでいる)不可罰的事後行為の事例において、先行行為が証明できないときは、事後行為が単独で処罰される」⁽¹²⁴⁾といい、「例えば、窃盗犯人が盗品を損壊したとしても、窃盗の事実が証明できないときは、器物損壊で処罰できることになる」⁽¹²⁵⁾という。⁽¹²⁶⁾山口厚も共罰的事後行為について「いずれも、犯罪としては成立している」⁽¹²⁷⁾といい、西田典之は「窃盗犯人が窃取した盗品を損壊した場合には、器物損壊罪(261条)も成立し得る」⁽¹²⁸⁾という。

すなわち、共罰的事後行為は、不法・責任の重なり合いによって犯罪の成立が排除される場合ではなく、不法・責任の重なり合いによって、より重い罪による可罰的评价により軽い罪の可罰的评价が完全に吸収されるため、重い罪に対する制裁発動をもって国家刑罰権が使い果たされる場合であるといえる。

したがって、共罰的事後行為は制裁規範上の一罪、すなわち制裁上の包

括一罪と解するのが相当である。⁽¹²⁹⁾

(4) 帰結

以上の議論を表にすると以下の通りである。包括一罪は、ひとつの罰条が適用される場合であり、それは犯罪成立上（行為規範上）の理由による場合と国家刑罰権上（制裁規範上）の理由による場合がある。共罰的事後行為は、後者の包括一罪である。

【表6】

ひとつの罰条が適用される		複数の罰条が適用される	
行為規範上一罪	制裁規範上一罪		
(成立上) 包括一罪	(制裁上) 包括一罪	科刑上一罪	
特別関係等	共罰的事後行為等	牽連犯	観念的競合

【表7】

	構成要件説		罪数論上一罪説		科刑上一罪説
	身分犯説	行為説	包括一罪説	特別法説	
継続犯説	大塚仁 大谷實 川端博 佐久間修 曾根威彦 高橋則夫 西田典之	橋本正博	前田雅英 松原芳博 山中敬一 ドイツの多数説	不見当	不見当
	最高裁判所昭和31年8月22日決定				
状態犯説	井田良 山口厚	不見当	平野龍一 江藤隆之 (制裁上の包括一罪としての共罰的事後行為)	正田満三郎	不見当 (平野龍一を包括一罪説に移動した)

そこで、学説分類表にこれまでの検討結果を当てはめてみる。先述のように、平野龍一の位置づけを科刑上一罪説から包括一罪説に変更した。また、本稿の帰結を私の名前とともに当てはめる。それが表7である。

以上の検討により、侵入後の不退去罪は、状態犯たる侵入罪の共罰的事後行為であることが明らかになった。

VI 手続的問題

最後に、侵入後の不退去罪の現実的処罰手続のために、手続的な問題に簡潔に触れておく。

(1) 訴因

住居侵入が状態犯であり、不退去が住居侵入の共罰的事後行為なのであれば、その訴訟法的取扱いについては、窃盗罪とその事後行為となりうる罪に関する罪の取り扱いが参考になる。

毀棄罪は、窃盗罪が成立する場合は、共罰的事後行為として窃盗罪に含めて評価され、独立して処罰対象とならないが、窃盗罪が成立しないときは独立して処罰対象となる。窃盗罪か毀棄罪かが択一的状況にある場合、当初の訴因が窃盗罪であったとしても、窃盗罪が成立しないときには毀棄の訴因を追加したうえでこれを有罪とすることが実務上行われている。⁽¹³⁰⁾

このようなことが認められる以上、当初から窃盗罪の立証が困難であると検察官が判断した場合には、検察官は窃盗罪ではなく毀棄罪を訴因として起訴することももちろん許される。この関係は、侵入罪と不退去罪との間にあっても変わらない。というのも、侵入罪と不退去罪は①それぞれ同一の法益・客体に向けられた独立の犯罪であり、②それぞれの行為が行われた際には、いずれの罪も成立するが、③事前行為の罪を処罰する場合には、事後行為は共罰的事後行為として事前行為と独立に処罰されることがなくなる、という関係にあるからである。したがって、先行行為の罪によって処罰されない場合には、事後行為の罪で処罰することが可能になる。その際には、事後行為の罪について起訴がなされ、それを訴因とした審判が

可能である。⁽¹³¹⁾

そうであれば、本稿の【事例】については、検察官が当初より不退去の訴因で起訴することが認められるのはもちろん、当初は住居侵入の訴因で起訴していたが、住居侵入の成否が証拠上判然とせず、不退去の成立が明らかな場合には訴因を不退去に変更して有罪判決を下すことが許されることになろう。住居侵入が成立しないことは、不退去の書かれざる構成要件要素ではなく、住居侵入罪が成立することは不退去罪の成否とは無関係であり、単に住居侵入罪が処罰されるならば不退去罪は処罰されないというのにすぎないのだから。

なお、もちろん侵入罪と不退去罪は包括一罪の関係に立ち制裁に使えるのはひとつの罰条を1回限りなのであるから、両罪をそれぞれ起訴することは不可能である。両罪をそれぞれ起訴した場合は、二重起訴に当たり、後訴につき公訴棄却の判決が言い渡されることになる。⁽¹³²⁾

(2) 一事不再理効

一事不再理効は、当然に包括一罪の全体に及ぶ。不退去で実体判決が確定した場合、その不退去の原因となった当初の立ち入りが後に侵入である証拠が出てきたとしても起訴することはできない。仮に、そのような起訴があった場合、免訴の判決が言い渡されることになる。⁽¹³³⁾もちろん、侵入罪で実体判決が確定した場合に不退去で起訴できないことはいうまでもない。

(3) 公訴時効

成立上の包括一罪とは異なり、制裁上の包括一罪の場合、それぞれ成立上は別罪であるから、公訴時効は別に進行すると解すべきである（個別説）。たとえば、長期留守宅に侵入して滞在し3年が経過したとき、状態犯説を採る以上住居侵入罪の公訴時効は完成するが、その後帰宅した家人が行為者を発見して退去要求をしたならば、新たに不退去罪が成立する。なお、不退去罪は継続犯であるから、退去しない限り公訴時効は進行せず、退去した時点から公訴時効が進行することになる。

(4) 適用罰条の明示

適用罰条はひとつであるから、明示する罰条はひとつで足り、かつひとつでなければならない。⁽¹³⁴⁾

学説の中には、異質的包括一罪を認めるのであれば、包括一罪の場合にでも各罪の独立の事実認定と罰条の適用が必要であると主張するものもある。⁽¹³⁵⁾ たしかに、異質的包括一罪の場合、罪の吸収ではなく刑の吸収であるから、事実認定としては両方の事実にもたがる認定が必要である。一方の事実だけを認定し、他方の事実を認定せずに、その他方の事実を実質的に判決において考慮することはできない。たとえば、窃盗後の器物損壊を認定していないのに、器物損壊を量刑上考慮することはできない。ただし、最終的な適用罰条はひとつなのであるから、明示される罰条はひとつでなくてはならない。包括一罪を構成する事実、複数の罰条が適用されたならば、かえって二重処罰の禁止に反するということになる。ポイントは、異質的包括一罪は、適用罰条がひとつであるということであり、当然にその訴因事実は具体的に合理的な疑いを超えて証明される必要があるということである。

なお、侵入と不退去の場合は、原則として刑法130条前段を掲げて侵入を訴因とするか刑法130条後段を掲げて不退去を訴因とするかのいずれかであるから問題は生じないだろう。

Ⅶ 結 語

本稿の結論を箇条書きにすると以下のとおりである。

- ① 侵入罪は状態犯である。
- ② 侵入罪と不退去罪とは行為規範が異なる別個の犯罪である。
- ③ 不退去罪には「住居侵入罪が成立しないこと」という書かれざる構成要件要素はなく、侵入罪成立後の不退去も130条後段の構成要件に該当する。

- ④ 不退去罪は、侵入罪に対して共罰的事後行為の関係にある。
- ⑤ 共罰的事後行為は、先行行為との関係において制裁上の包括一罪である。そのため、侵入罪への制裁が不退去罪への制裁を妨げる。なお、不退去罪への制裁も侵入罪への制裁を妨げる
- ⑥ 包括一罪において明示される適用罰条はひとつである。
- ⑦ 検察官は侵入を訴因とすることも、不退去を訴因とすることもできるが、両者を同時に起訴することはできない。
- ⑧ 一事不再理効は侵入・不退去の全体に及ぶ。

(了)

注

- (1) 大塚仁『刑法概説・各論』第3版増補版(有斐閣, 2005年)122頁, 川端博『刑法各論講義』(成文堂, 2007年)171頁, 山口厚『刑法各論』第2版(有斐閣, 2010年)127頁, 高橋則夫『刑法各論』第2版(成文堂, 2014年)152頁, 井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣, 2016年)153頁, 前田雅英『刑法各論講義』第6版(東京大学出版会, 2015年)116頁, 曾根威彦『刑法各論』第5版(成文堂, 2012年)83頁, 中森喜彦『刑法各論』第3版(有斐閣, 2011年)71頁, 松宮孝明『刑法各論講義』第4版(成文堂, 2016年)138頁, 佐久間修『刑法各論』第2版(成文堂, 2012年)133頁, 橋本正博『刑法各論』(新世社, 2017年)138頁など。
- (2) 最判昭和31年8月22日刑集10巻8号1237頁。
- (3) 下村康正「建造物侵入罪と不退去罪との関係」警察研究31巻9号(1960年)86頁も、「現行刑法下、不退去は初め承諾を得て入つた場合にのみ罪となるのであつて、違法に侵入して退去しない場合には単に侵入罪のみが成立するに過ぎないことは当然である」という。
- (4) つまり、「被告人に住居侵入罪が成立する」という認定は、住居侵入を訴因にしているときは「被告人に不利な認定」であるが、不退去を訴因にしているときには通説的理解を前提にすれば「被告人に有利な認定」として働くことになるのである。
- (5) 判時808号109頁。
- (6) 住居侵入を継続犯と解し、130条後段の不退去が立証できない場合には、130条前段を直接適用する方法が考えられなくもないが、あまりに

も技巧的にすぎ、また不退去罪の規定の意義をないがしろにする解釈であるといえよう。この点、後注(67)参照。

- (7) 大塚・前掲注(1)122頁は、不退去罪を「一種の身分犯」としてとする。そうであれば、なおさら不退去罪の際にその「身分」を檢察官が立証しなければならないことになろう。ところが、実務における不退去罪の起訴状の公訴事実記載は、身分にも侵入にも触れないのが通例である。また、捜査においても各種令状請求書や送致書に記す犯罪事実において、身分にも侵入にも触れないのが通例である。高森高德『新刑法犯・特別法犯犯罪事実記載要領』改訂第5版(立花書房、2018年)36頁参照。
- (8) 藤永幸治「建造物侵入罪と不退去罪との関係」研修333号83頁。
- (9) なお、藤永・前掲注(8)83頁は「不退去罪の構成要件事実が明確に立証されているのに」というが、通説・判例(のうち後述する構成要件説)は論理的には、不退去罪の構成要件要素のひとつとして「当初の立ち入りが侵入罪を構成しないこと」という書かれざる構成要件要素があると解するものであるから、通説・判例(のうち後述する構成要件説)の立場からすれば、「不退去者の当初の立ち入りが侵入罪を構成するかどうか証拠上どうしても不明の場合」には「不退去罪の構成要件事実の立証に欠けるところがある」ということになるのだろう。
- (10) 罪数論は、責任判断以降に論ずべきものであるから、罪数処理の結果成立上の一罪とされてひとつの構成要件しか適用されない場合にも、当初の犯罪成立判断においては、複数の構成要件該当性が問題になっているとことができよう。罪数論の体系的な位置については、只木誠『罪数論の研究』補訂版(成文堂、2009年)176頁以下参照。
- (11) 西田典之『刑法各論』第6版(弘文堂、2012年)101頁。なお、第7版橋爪隆補訂(弘文堂、2018年)113頁も同一叙述。
- (12) 西田・前掲注(11)103頁(第7版橋爪補訂版115頁)。ただし、小林憲太郎「§130(住居侵入等)」西田典之=山口厚=佐伯仁志『注釈刑法第2巻各論(1)』(有斐閣、2016年)は、主体について「適法ないし過失により住居等に立ち入った者」としつつ、「ただし、それは、先行して住居侵入罪が成立していれば不退去罪を別途、認める実益がなく、また、両者をあわせて起訴しても包括一罪とされるというにとどまる」という。これによれば主体を「適法ないし過失により住居等に立ち入った者」と書いてあるからといって、構成要件説ではなく後述の包括一罪説の可能性もあるといえるのかもしれない。しかし、包括一罪として処理するというのであれば、構成要件該当性の問題である「主体」を

限定するような記述はミスリーディングであると批判ができよう。本稿では、西田の叙述を素直に理解し、西田の見解を構成要件説に位置づける。

- (13) 高橋・前掲注(1) 142頁。
- (14) 高橋・前掲注(1) 152頁。
- (15) 大塚・前掲注(1) 122頁, 佐久間・前掲注(1) 133頁。ただし、佐久間は「吸収」の語も使用している。
- (16) 川端・前掲注(1) 171頁。
- (17) 曾根・前掲注(1) 83頁。
- (18) 橋本・前掲注(1) 138頁。
- (19) この他、A説に立つ論者として大谷實『刑法講義各論』新版第3版(成文堂, 2009年) 131頁, 134頁以下。構成要件説に立つ論者として、須之内克彦『刑法概説各論』第2版(成文堂, 2014年) 76頁。
- (20) 松原芳博『刑法各論』(日本評論社, 2016年) 121頁注42。
- (21) 松原は、結果継続のあるものを継続犯とする。松原芳博「継続犯と状態犯」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法の争点』(有斐閣, 2007年) 28頁。
- (22) 松原『刑法各論』前掲注(20) 121頁。
- (23) 山中敬一『刑法各論』第2版(成文堂, 2009年) 173頁。さらに、「初めから不正に侵入している者に退去要求しても、既に平穏が害されている以上住居侵入罪に吸収され一罪が成立するのみである」とする前田雅英もこの見解といえよう(前田・前掲注(1) 116頁)。
- (24) StGB§123① “Wer in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitztum eines anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienst oder Verkehr bestimmt sind, widerrechtlich eindringt, oder wer, wenn er ohne Befugnis darin verweilt, auf die Aufforderung des Berechtigten sich nicht entfernt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.“

なお、スイス刑法186条後段も、日本およびドイツと同様に、“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.“と前段に侵入

を、後段に不退去を定めている。侵入罪をどの程度の継続犯であると認めるかについて、学説は一般に不退去を認め一部侵入を否定するが、シュトラーターヴェルトは「むしろ常に継続犯の成立を認めるべきだろう。というのも、住居の平穏侵害はあらゆる事案において、他人の住居権のある領域から再び立ち去ってはじめて終了するのだから」という(Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht BT I, 5. Aufl., 1995, §6 Rn17.)。

- (25) Urs Kindhäuser, Strafrecht BT. Teil 1, 5. Aufl., §33 Rn. 34; ders, LP-Kommentar, 3. Aufl., §123 Rn. 27.
- (26) 住居侵入を継続犯と解することについては圧倒的通説として一致しており、継続犯の典型例として住居侵入が挙げられるのが通例である。z.B. Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S.111f; Jürgen Bauman/ Ulrich Weber/ Wolfgang Mitsch/ Jörg Eisele, Strafrecht AT., 12. Aufl., 2016, S. 873; Helmut Frister, Strafrecht AT., 6. Aufl., 2013, S.64; Kristian Kühn, Strafrecht AT., 8. Aufl., 2016, S.149; Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2. Aufl., 2013, S. 72; Johannes Wessels/ Werner Beulke/ Helmut Satzger, Strafrecht AT., 47. Aufl., 2017, Rn. 1065.
- (27) Welzel, a.a.O. (Anm.26), S. 235; Kindhäuser, Strafrecht AT., 6. Aufl., §46, Rn 8; Claus Roxin, Strafrecht AT., 4. Aufl., S. 846ff, 851ff; Bauman/ Weber/ Mitsch/ Eisele, a.a.O. (Anm.26), S. 867ff; Frister, a.a.O. (Anm. 26), S. 482; Murmann, a.a.O. (Anm. 26), S. 488f; Frank Zieschang, Strafrecht AT., 2. Aufl., 2009, 195f.
- (28) 侵入後の不退去について、侵入が継続犯であることを前提に、「二次的な意味しか持たない」とするシュテルンベルク-リーベン (Detlev Sternberg-Lieben, Schönke/Schröder/Lenckner, StGB Kommentar, 28. Aufl., § 123. Rn. 27.) や、「独立した意味を持たない」というハルトマン (Arthur Hartman, Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl., § 123 Rn. 14.) も同様の見解であろう。A説と異なり、不退去罪の構成要件的に排除しているのではなく、両罪の関係的にひとつの罰条の適用を認めているからである。
- (29) 斎藤信治『刑法各論』第4版(有斐閣, 2014年) 65頁。
- (30) 山口・前掲注(1) 119頁。
- (31) 山口・前掲注(1) 119頁。
- (32) 山口・前掲注(1) 126頁以下。
- (33) 井田・前掲注(1) 143頁。

- (34) 井田・前掲注(1) 153頁。
- (35) 井田・前掲注(1) 153頁。
- (36) 正田満三郎「住居侵入罪と不退去罪」ジュリスト445号(1970年) 118頁。ただし、正田は「即成犯(状態犯)」と表現している。
- (37) 正田・前掲注(36) 118頁。
- (38) 最判昭和24年12月21日刑集3巻12号2048頁。
- (39) 正田・前掲注(36) 118頁。
- (40) 正田・前掲注(36) 118頁。
- (41) 正田・前掲注(36) 118頁。
- (42) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』(有斐閣, 1972年) 133頁。
- (43) 平野『刑法総論Ⅰ』・前掲注(42) 133頁。
- (44) 平野『刑法総論Ⅱ』(有斐閣, 1975年) 414頁。
- (45) 平野『刑法総論Ⅱ』前掲注(44) 414頁。
- (46) 平野『刑法総論Ⅱ』前掲注(44) 411頁以下。
- (47) 平野『刑法総論Ⅱ』前掲注(44) 412頁。
- (48) 平野『刑法総論Ⅱ』前掲注(44) 413頁。
- (49) 刑集10巻8号1237頁。
- (50) 構成要件説に立つのなら、「侵入の不法が継続するから」ではなく、侵入の不法が継続しようとしまいと「侵入後の不退去は不退去罪の構成要件に該当しないから」という説明になるはずである。
- (51) 松原『刑法各論』前掲注(20) 121頁。ここで松原は判例を紹介し、「しかし、住居への立入りに関する同意の存否が不明の場合に本罪の成立を否定するのは不合理である」と評してB説の主張を展開する。
- (52) 中森・前掲注(1) 71頁。
- (53) 立法上の補充(住居侵入の構成要件では捕捉できないものを捕捉するために置かれた規定と解する)であればA説であり、適用上の補充(罪数上の補充関係)であればB説である可能性もあろう。
- (54) 斎藤・前掲注(29) 65頁。
- (55) ロクシンの定義によれば、「継続犯とは、構成要件の実現によって犯罪が終了せず、行為者によって引き起こされた違法状態がその犯意の継続を通じて維持される限り成立し続ける犯罪」であり、「これに対して、状態犯とは、特定の事態(通常は結果犯の意味における結果)の発生により終了し、行為者によって維持されるものがない犯罪をいう」ことになる(Claus Roxin, a.a.O. (Anm. 27), §10 Rn 105f.)。なお、ロクシンは住居侵入を継続犯と解している。なぜなら「すでに行為者の侵入をもつ

て既遂となるが、行為者がその保護範囲にとどまり続ける限り、所為は続く」からである (ders, § 10 Rn 105.)。この見解は, "Hausfriedensbruch" (家の平穩侵害) についてはその通りであるが, 「侵入」については必ずしも同一の結論に至るとは限らないだろう。なお, 即成犯・状態犯・継続犯の区別については, 伊藤涉「犯罪の終了時期に関する若干の考察」東洋法学54巻2号(2010年)61頁以下も参照。

- (56) 行為が継続すると考えるものに, 西田典之『刑法総論』第2版(弘文堂, 2010年)86頁, 林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学24巻2=3号(1988年)279頁など。行為継続説に対する批判として, 松原「継続犯と状態犯」前掲注(21)28頁参照。
- (57) 山口厚『刑法総論』第3版(有斐閣, 2016年)49頁。なお, 規範違反説に立つ私見からもこのように考えられることを付言しておく。継続犯・状態犯区別の規範論的意義は, 本犯の本犯者に対する性質如何にあるというよりもむしろ, 当初の実行行為後にもなお「幫助するな」の規範を向けられるかという本犯実行行為後の幫助禁止規範を認める(べき)か否かにある。構成要件に該当し続ける正犯者への幫助を規範的に禁止する以上, これを継続犯とみるべきことが導かれるのである。
- (58) 最判昭和31年8月22日刑集10巻8号1237頁。
- (59) 高橋・前掲注(1)142頁。
- (60) 橋本・前掲注(1)138頁。
- (61) その他, 継続犯説として, 曾根・前掲注(1)82頁など。
- (62) 松原『刑法各論』前掲注(20)121頁注42。
- (63) 松原「継続犯と状態犯」前掲注(21)28頁。
- (64) 「窃取」は「占有移転」が構成要件要素であるから, 窃盗終了後には「占有移転」が継続するわけではないという説明が可能であろう(たとえば山口『刑法総論』前掲注(57)50頁がそういう)が, そうすると結局「侵入」が身体の「領域内への移動」をもって構成要件要素と見るべきなのか, 「領域内への移動とその後の滞在」をもって構成要件要素と見るべきなのかの争いに帰着する。そしてこの争いは, 状態犯と継続犯区別の実益および条文の解釈からアプローチされるべきであり, アプリオリには解決される問題ではないといえよう。
- (65) なお, 住居侵入罪と軽犯罪法1項1号の潜伏罪とでは, 客体が排他的関係にあるため, 両罪は排他的関係にある。江藤隆之「立ち入りを禁じる特別刑法と刑法130条——軽犯罪法, 鉄道営業法, 新幹線特例法, 刑事特別法——」桃山法学25号(2015年)4頁以下

- (66) 伊東研祐『刑法講義各論』（日本評論社，2011年）87頁は，侵入を継続犯と解する見解によれば「侵入後の不退去も基本的に住居侵入罪で捕捉し得ることになり，不退去罪は，侵入に該らない等の理由で住居侵入罪の成立しない場合に限り成立する補充類型であることになる」という。
- (67) 岩間康夫「不退去による住居侵入罪の成立可能性」愛媛法学会雑誌19巻4号（1993年）15頁は，滞在について不作為犯としての住居侵入罪の成立を認めるならば「もはや不退去罪の存在意義はなくなってしまう」が「まったく適用の余地のない処罰規定が存続しているという事態は，一種の罪刑法定主義違反と評価されなければならない」という。また，同9頁は，不退去に不作為の住居侵入罪の成立を認めるハフトの「不退去罪規定は余計であり，独自の構成要件としての性質は認められない」との言葉を紹介している。
- (68) 井田・前掲注（1）143頁。
- (69) 大倉馨「不退去事案に対する軽犯罪法一条三二号の適用」警察学論集31巻6号（1978年）14頁。
- (70) 軽犯罪法の立法者が刑法130条を知らなかったということはおおよそ考えられない。
- (71) 江藤・前掲注（65）7頁以下。鉄道営業法37条について同旨であるものに和田俊憲「注釈鉄道営業法罰則」慶應法学40号（2018年）226頁。
- (72) 平野『刑法総論Ⅰ』前掲注（42）133頁。
- (73) なお，Heribert Ostendorf, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos-Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. § 123 Rn2 は，侵入は積極的な行為があって初めて成立するため不作為による侵入罪の不真正不作為犯の成立はないという。これに対し，Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 28) Rn 13 は，本罪が継続犯であるという理解を前提に，本罪は保護されている空間から立ち去らないときに成立するという。前者は，不作為のままでは立ち入ってしまう保障人が立ち入りへの因果を作為義務に反して阻止しないタイプの不作為の侵入を捕捉できていない点で，後者は，不退去罪の規定を無意味にしてしまう点で，いずれも不当である。
- (74) 不真正不作為犯は，不作為による禁止規範違反である。高橋則夫『刑法総論』第3版（成文堂，2016年）152頁。あわせて，江藤隆之「判批」刑事法ジャーナル vol. 47（2016年）73頁以下も参照。
- (75) たとえば，日常言語においては，同棲を解消したカップルのうち当該住居から出ていくべき方の者が「一度出て行ったが再び留守中に入ってきた」場合は「侵入された」というが，同棲解消からずっと「居座って

いる」場合「侵入されている」とは言わないのである。日常言語においては、「侵入」は「外部から内部への許可なき場所的移動」をプロトタイプ的に意味しており、その周辺に「侵入後の滞在」も含む用法があるにすぎない。日常言語的に語義に含まれる以上、広義を採用することも刑法的に禁止されてはいないが、本文で検討したとおり、広義を採用することが困難である場合には、狭義を採用すべきであるといえよう。

- (76) 正田・前掲注(36) 118頁。
- (77) 最判昭和24年12月21日刑集3巻12号2048頁。
- (78) 正田・前掲注(36) 118頁。
- (79) なお、銃砲刀剣類所持等取締法(当時は銃砲等所持禁止令)違反の凶器の所持と強盗との関係には、通例手段と結果との関係が認められるように思われる。しかし、現実的・政策的に考えるならば、銃刀法違反で有罪の確定判決を得た者につき、当該凶器を使用した強盗(殺人)が後に明らかになった時に、強盗(殺人)にも一事不再理効が及ぶとするのは不当であろう。
- (80) 東京高判昭和31年6月13日高刑特3巻12号618頁。
- (81) 刑集59巻3号283頁, 判時1897号3頁, 判タ1181号156頁。
- (82) 曾根・前掲注(1) 83頁。
- (83) 橋本・前掲注(1) 138頁。
- (84) 判時808号109頁。
- (85) 正田・前掲注(36) 118頁。
- (86) 正田・前掲注(36) 118頁。
- (87) 正田・前掲注(36) 118頁。
- (88) 江藤隆之「住居侵入と自由」桃山法学24号(2014年)16頁以下参照。
- (89) 一般法と特別法の関係の関係ではなく、まったくの別罪である。
- (90) おそらくそういう意味における包括一罪が一般に認められているように思われる。
- (91) 松原『刑法各論』前掲注(20) 121頁。
- (92) 虫明満『包括一罪の研究』(成文堂, 1992年) 18頁は、「科刑上一罪というのは、数罪としての処断の例外規定であると考えられる。つまり、法律によって一罪としての処断が根拠づけられるわけである」という。
- (93) 侵入者は一般的には家人に見つかりたくない者(万一家人に見つかりそうになったらむしろ積極的に退去する者)なので、侵入者が通例不退去を犯すとは認められないため、私は両者は牽連犯としてみることができなと考える。あるいは、それでも「侵入後の不退去は通例原因と結

果との関係にあるので牽連犯として見ることができる」といえるのだろうか。そういえるなら大変興味深いことになるが、家人が立ち入りを拒絶している住居侵入の場合に、常に両罪の訴因で同時に起訴し、明示的に130条前段および後段を示して科刑上一罪として処理することになり、実務慣行とあまりにも乖離してしまうばかりか、理論的にも（制裁規範の一回性違反としての二重起訴の問題など）疑問があるので、本稿では両者は牽連関係にないと仮定して議論を進めたい。それに、牽連関係は、あまり広く認めるべきでないというのは、一定の含意があるものといえるだろう。只木誠「観念的競合・牽連犯」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法の争点』（有斐閣、2007年）124頁は、「牽連犯とされる事例は、判例において漸次縮減〔立法論としては削除〕の方向にある」という。

- (94) 江藤「住居侵入と自由」前掲注(88)1頁以下。
- (95) 拒絶権と拒絶選択肢の違いを自由の観点から考察したものととして、江藤隆之「『自由に対する罪』を擁護する」桃山法学28号(2017年)1頁以下参照。なお、拒絶行為侵害、拒絶選択肢(拒絶行為の機会)侵害は、意思侵害とは異なる。留守宅に住居権者の諾否を問い合わせずに立ち入ったが住居権者は内心では立ち入りに同意する意思を有していたという場合には、意思侵害は観念されないが、拒絶選択肢侵害は認められる。本罪の規範は、「意に反して立ち入るな」ではなく、「拒絶に反して立ち入るな」および「拒絶する機会を与えずに立ち入るな」だからである。強制性交等罪の規範は「拒絶に反して性交等を行うな」であり、準強制性交等罪の規範は「拒絶する機会を与えずに性交等を行うな」であるが、住居に関しては便宜上それがひとつの文言にまとめられているのである。
- (96) 対象が建造物等の場合は、それが公共的性質を帯びれば帯びるほど、私的領域としての要保護性が相対化され減少していくので、「選択肢侵害」はほとんど禁止されない。このことは、実定法上は、建造物等が「看守」されている必要があること、すなわち拒絶が明確にされている場合に限定されていることによって表現されている。江藤「住居侵入と自由」前掲注(88)20頁参照。
- (97) したがって、130条について「所論のように二つの罪名を規定したのではなく、その前段後段は、態様を異にするだけで、何れも同じ犯罪であつて、同じ法定刑を科せられるものであるから、前段後段を区別しないで概括的に同条を適用しても、法律の適用を誤つたとはいえない」とした最高裁昭和25年9月27日判決(刑集4巻9号1783頁)は不当である。なお、下村・前掲注(3)87頁は、本判決について、別罪性は肯定

しないものの、「法を適用する裁判所としては、出来るだけ正確に法の適用を示すべきであり、この点からすれば、前述のように、本件は、前段・後段を区別して適用し得べき事案だった」としている。

130条前段・後段のいずれかに当たることは確実であるが、そのいずれであるかについて合理的疑いを超えない事案については、刑訴法上の択一認定の問題となろう。まったく異なる構成要件間における択一認定(狭義の択一認定)は許されないと考えるが、130条前段・後段との間の択一認定がすべて許されないのか否かについては、現段階では見解の表明を留保したい。

- (98) 川端博『刑法総論講義』第3版(成文堂, 2013年)112頁。
- (99) 平野『刑法総論Ⅱ』前掲注(44)416頁。
- (100) 山中敬一『刑法総論』第3版(成文堂, 2015年)1054頁。山中の理解は、不可罰的事後行為と共罰的事後行為とは同じ現象を示すものであり、「ともに処罰されるから」という根拠を重視すれば「共罰的」、「不可罰になる」という結果を表現すれば「不可罰的」ということであろう。しかし、不可罰的事後行為と共罰的事後行為とでは、根拠(犯罪成立レベルの根拠か制裁レベルの根拠か)も結果(犯罪不成立か犯罪は理論上成立するが処罰されないのか)も異なるのであるから、この理解は妥当ではない。
- (101) 不可罰的事後行為と共罰的事後行為との違いを意識している論者として、高橋『刑法総論』前掲注(74)515頁、伊東研祐『刑法講義総論』(日本評論社, 2010年)400頁、西田『刑法総論』前掲注(56)416頁以下など。いずれも、「共罰的事後行為」という用語を使いながら、遺失物横領後の器物損壊行為を例に挙げて、この場合には「不可罰的事後行為」であるとしている(西田は他にも多くの例を挙げて自覚的に共罰的事後行為と不可罰的事後行為とを区別している)。
- (102) 団藤重光『刑法綱要総論』第3版(創文社, 1990年)446頁。
- (103) 松宮孝明「不可罰的・共罰的事後行為」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法の争点』(有斐閣, 2007年)126頁。先行行為不処罰後の事後行為が処罰されるか否かについて、学説を整理したものとして虫明・前掲注(92)266頁以下参照。
- (104) 平野『刑法総論Ⅱ』前掲注(44)414頁以下、山口『刑法総論』前掲注(57)401頁、松宮「不可罰的・共罰的事後行為」前掲注(103)126頁、井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣, 2008年)104頁、高橋『刑法総論』前掲注(74)514頁、松原芳博『刑法総論』第2版(日本評論社,

- 2017年) 474頁。横領行為後の横領について「犯罪不成立」ではなく「不処罰」であるとして「共罰的事後行為」とするものとして、寺崎嘉博「いわゆる『一罪の一部起訴』について」『野村稔先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2015年) 643頁以下。なお、鈴木左斗志「横領物の横領と共罰的事後行為——最高裁平成15年4月23日大法廷判決の検討——」判例タイムズ1207号(2006年) 45頁以下も参照。
- (105) 高橋『刑法各論』前掲注(1) 424頁。反対に共罰的事後行為とするものに、山口『刑法各論』前掲注(1) 349頁。
- (106) なお、伊藤渉は「不可罰的事後行為」の例として窃盗罪と盗品等に関する罪を挙げた上で、「後の行為についても独立に構成要件を充足することは認められるのであって、これらの行為を一体として評価するところの包括一罪である」としてこれらは「共罰的事後行為」であるというが、両者を区別しない見解であろうか(伊藤渉「法条競合をめぐる若干の考察」『刑事法・医事法の新たな展開・上巻』町野古稀(信山社、2014年) 316頁以下)。
- (107) 山口『刑法総論』前掲注(57) 399頁は、「包括一罪を構成する個別の法益侵害事実はそれ自体として構成要件に該当し、犯罪として処罰の対象となるもので、複数の法益侵害事実とともに処罰する場合に全体が一罪として扱われるだけだから、そのうち一つの法益侵害事実を取り出し、他は処罰せずにそれだけを処罰の対象とすることも可能だと解される」という。
- (108) 高橋『刑法総論』前掲注(74) 513頁は、「包括一罪を構成する個別の事実はそれ自体犯罪として成立しているから、包括一罪は、単純一罪ではなく、科刑上一罪に類似した性質を有する」といい、山口『刑法総論』前掲注(57) 399頁は、「包括一罪は単純一罪ではなく、科刑上一罪に近い性質をもつものといえる」という。なお、虫明・前掲注(92) 227頁以下は、包括一罪は本来の一罪であり、科刑上一罪として見るべきでないと主張する。包括一罪が科刑上一罪であるか否かについて、只木・前掲注(10) 169頁以下参照。
- (109) 井田『講義刑法学・総論』前掲注(104) 526頁以下。
- (110) 井田『講義刑法学・総論』前掲注(104) 526頁以下。
- (111) 井田『講義刑法学・総論』前掲注(104) 528頁以下。なお、その例として、共罰的事後行為が挙げられている。
- (112) 虫明・前掲注(92) 18頁。
- (113) 平野『刑法総論Ⅱ』前掲注(44) 414頁。さらに平野は、旧連続犯も

科刑上一罪と解する(同420頁)。

- (114) 「通例性」により、社会現象の文脈上は行為に一個性が認められるのである。法律の規定を細かく知らない者の中には、強盗が強盗罪として定められているように、侵入盗が一罪の侵入盗罪として定められていると思っている者もいないわけではないだろう。そして、仮にそのような規定があっても不当でもないくらいに、侵入盗は社会現象としてはありふれたひとつの犯罪現象であるといえるだろう。
- (115) 小林充「包括的一罪について」判時1724号(2000年)49頁以下、佐伯仁志「連続的包括一罪について」『現代刑事法の諸問題1巻』植村古稀(立花書房, 2011年)42頁など参照。
- (116) 江藤隆之「刑罰法規の意味としての行為規範」桃山法学17号(2011年)1頁以下。
- (117) BGHSt 38, 366 (369); Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht AT., 2. Aufl. 1975, S. 734.
- (118) 虫明・前掲注(92)98頁。虫明は、従来不可罰的事後行為とされてきた事例について、包括一罪の場合と単純一罪の場合があるとするが、単純一罪の場合は、そもそも競合問題が生じないので、罪数論として意義があるのは包括一罪の場合のみであるという。
- (119) 山口『刑法総論』前掲注(57)401頁。
- (120) 西田『刑法総論』前掲注(56)416頁以下。
- (121) 高橋『刑法総論』前掲注(74)514頁以下。
- (122) 松宮孝明『刑法総論講義』第5版(成文堂, 2017年)332頁。
- (123) 虫明・前掲注(92)98頁。
- (124) 虫明・前掲注(92)283頁。
- (125) 虫明・前掲注(92)283頁。
- (126) ただし、虫明は包括一罪の科刑上一罪性を否定し本来の一罪性を志向する論者であるから、このような結論がストレートに導き出されるのかにはなお疑問が残るが。
- (127) 山口『刑法総論』前掲注(57)401頁。
- (128) 西田『刑法総論』前掲注(56)416頁。
- (129) きわめて卑近なたとえとして大学入試の例を挙げてみたい。A大学とB大学の受験日程が重なっているため、あるいは出願資格が専願であるため、どちらか一校しか受験できず結果として当然に一校しか合格可能性がない場合が、受験上の択一関係である(住居侵入罪と不退去罪の関係をこのように捉えるのが構成要件説である。合格した大学にしか入学

できず、得られる学籍は1つである)。A大学とB大学の併願受験が可能であり、両方に合格可能性があるが、最終的に入学するのは一校であると考えるのが、受験・合格上の複数性、入学上の一校性を認める立場である(住居侵入罪と不退去罪の関係をこのように捉えるのが制裁上の包括一罪説である。どちらの大学に入学しても構わないが、両方に入学することは許されず、得られる学籍は1つである)。A大学とB大学の併願受験が可能であり、両方に合格可能であり、ダブルスクールも可能であるが、二人分の学問的成長ができるわけもなく、当該学生一人分の成長が見込めるにすぎないという立場もある(住居侵入罪と不退去罪の関係をこのように捉えるのが科刑上一罪説である。学籍は2つ得られるが、学問の修得は一人分である)。

- (130) 東京地判昭和58年9月30日判時1091号159頁は、主位的訴因が窃盗罪であったが、不法領得の意思が欠けるとした裁判所が、予備的訴因として追加された毀棄罪を認定したものである。
- (131) それぞれに犯罪が成立するのであれば(つまり成立上の本来の一罪でないのであれば)、それぞれ検察官の審判対象設定権にかかるのは当然であろう。寺崎・前掲注(104)635頁以下参照。
- (132) 刑訴338条3号。
- (133) 刑訴337条1号。
- (134) 城下裕二「混合的包括一罪の再検討」『刑事法・医事法の新たな展開上巻』町野古稀(信山社, 2014年)332頁。前田雅英『刑法総論講義』第6版(東京大学出版会, 2015年)393頁は、「科刑上一罪は、独立に評価を示す必要のあるものであり、包括一罪はその必要のないものである」という。
- (135) 只木『罪数論の研究』前掲注(10)171頁以下。