

## 論 説

法益主体の「真の意思」と犯罪の成否  
——住居侵入罪を例として——

菊 地 一 樹

- 第1章 法益主体の「真の意思」と犯罪論
  - 第1節 犯罪成立を基礎づける方向での考慮
  - 第2節 犯罪成立を制限する方向での考慮
  - 第3節 小括
- 第2章 「真の意思」と住居侵入罪の成否
  - 第1節 我が国の議論
    - 第1款 立入り後の利益侵害と「真の意思」
    - 第2款 「真の意思」の不考慮
  - 第2節 ドイツの議論
    - 第1款 合意（Einverständnis）の事実的性質
    - 第2款 法益関係的錯誤の不存在
    - 第3款 訴訟法的・刑事政策的な考慮
    - 第4款 心理的な障壁の克服
  - 第3節 侵入概念の限定解釈
    - 第1款 文言による制約
    - 第2款 保護法益論からの基礎づけ
- 第3章 包括的同意と建造物侵入罪
  - 第1節 条件内容の外部的表示
  - 第2節 立入りの外観
  - 第3節 実効的な措置の発動可能性
- 第4章 おわりに

## 第 1 章 法益主体の「真の意思」と犯罪論

本稿が検討の対象とするのは、法益主体の「真の意思 (wahrer Wille)」と犯罪の成否との関係である。ここでいう「真の意思」とは、理想的な意思形成状況下において、すなわち、「もし完全に正しい情報のもとで自由に決断しえたとしたら、法益主体が形成していたであろう意思」を指すものであり、その意味で、「仮定的意思 (hypothetischer Wille)」とも換言可能な意思のことである。この「真の意思」は、法益主体が現実には抱いた「実際的心思 (tatsächlicher Wille)」と区別されなければならない。例えば、「そんな人だと知っていれば結婚をしなかったであろう」という場合、当時抱いていた「実際の (結婚するという) 意思」と、「真の意思」とは相反するものとなっている。人間の意思決定が多くの場合に、不完全な情報の下で行われるという現実を鑑みるならば、「実際的心思」と「真の意思」とはしばしば対立するものといえる。

問題は、犯罪論において、法益主体が現実には抱いた「実際的心思」の方ではなく、仮定的な「真の意思」の方を重視すべきなのはどのような場合か、その根拠や限界がどこにあるかという点である。本稿では、この問題について住居侵入罪を素材に検討を行うが、その検討に立ち入る前に、まず、この「真の意思」が、犯罪論全体の中でどのように取り扱われてきたかについて概観を行う。

### 第 1 節 犯罪成立を基礎づける方向での考慮

従来の議論では、この「真の意思」を、犯罪成立を基礎づける方向で考慮することが広く認められてきた。法益侵害に対する同意が錯誤に基づく場合に、通説とされる重大な錯誤説 (条件関係的錯誤説) によれば、錯誤との間に条件関係が認められる同意は一般に無効と評価され、犯罪の成立が肯定される<sup>(1)</sup>。ここでは、錯誤がなければ法益主体が抱いていたであろう

「真の意思」が、「実際の（承諾）意思」よりも重視されているといえる。また、このような立場は、我が国の判例においても前提とされていると考えられている。最高裁は、Xが、心中を申し出てきた恋人である女性Aに対して、その意思がないのに追死するように装い青酸ソーダを飲ませて死亡させたという事案で、「AはXの欺罔の結果Xの追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に沿わない重大な瑕疵ある意思であることは明らかである」として同意を無効と評価し、殺人罪の成立を認めているのである（最判昭和33年11月21日刑集12巻15号3519頁）。

さらに、法益主体の「仮定的意思」の保護に正面から着目し、その必要性を説く見解が監禁罪の保護法益をめぐる議論において有力に主張されている点も注目に値する（仮定的自由説<sup>(2)</sup>）。この見解は、監禁罪の保護法益を「潜在的自由」ないし「可能的自由」に求める見解を、「構成要件の実現を外部的事象の発生に委ねてしまう」ものであるとして批判しつつ、法益主体に「現実の移動意思」がない場合でも、その「仮定的意思」は保護されなければならないとして、現実的自由説よりも保護の範囲を拡大しようとするものである。例えば、意識のある状態で監禁された者が眠り込んだ場合には、眠っている間に自由剥奪の意識ないし現実的な移動の意思は認められないが、「行為者の行為がなければ」移動の意思を持ち続けていたであろうといえるから、その間も監禁罪は成立することになる。

仮定的な移動意思に着目すべき根拠として、本説の提唱者である Bloy は、被害者の自律（Autonomie）の保護を挙げている。Bloyによれば、意思形成を行うことが他者により妨害されている場合には、もはや「現実の（移動）意思」の有無は自律侵害の存否を判定するための尺度とならない。

---

(1) 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）420頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）255頁、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）324頁。

(2) 吉田敏雄「行動の自由の保護—逮捕監禁罪・略取誘拐罪」阿部純二ほか編『刑法基本講座第6巻』（法学書院、1993年）81頁、平野龍一『刑事法研究最終巻』（有斐閣、2005年）24頁以下。

この場合に基準となりうるのは、仮定的な、すなわち、自律的な意思形成が可能であったとしたら生じていたであろうと考えられる意思のみである。それゆえに、「被害者が脅迫や強制から自由に決断しえたとしたら、彼は何を欲していたであろうか」という問いこそが決定的な意味を持つと<sup>(3)</sup>考えられるとしている。

以上の説明からも明らかなように、理想的な意思形成状況下でなされるであろう「仮定的意思」を考慮して犯罪の成立を認めることは、まさにそのような意思形成過程を保護することと表裏の関係にあるといえる。もともと、「理想的な意思形成状況」としていかなる状況を想定するかにより、考慮される「仮定的意思」の範囲、ひいては犯罪の成立範囲が大きく変動しうる点には注意が必要であろう。この点で、仮定的自由説を我が国に紹介し、これを基本的に支持する平野龍一が、『『仮定的』という概念を持ち<sup>(4)</sup>込むと、限界はむしろ不明確になるおそれ』があるとの懸念を示していた点は注目に値する。「仮定的意思」を無限定に考慮してしまうと、同意が何らかの錯誤に基づいている場合には常に監禁罪の成立が認められることになりうるが、そのような帰結が妥当であるかは検討を要するところであろう。

また、あらゆる犯罪類型がこのような意思形成過程の保護を想定しているといえるかどうかについても検討を要する。重大な錯誤説のように、犯罪類型や保護法益ごとに特に区別を設けることなく、法益主体の「真の意思」を理由に広く同意を無効とし、犯罪の成立を認める見解に対しては、錯誤からの自由という意思形成の自由一般を保護することになってしまい<sup>(5)</sup>妥当ではないとする批判が向けられている。こうした問題意識に基づき、各構成要件の保護する法益に関係する錯誤が存在する場合にのみ同意が無

---

(3) René Bloy, *Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie?*, ZStW 1984, S. 712 f.

(4) 平野・前掲注(1) 28頁。

(5) 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号(1985年) 59頁。

効になると主張したのが法益関係の錯誤説に他ならない。<sup>(6)</sup>同説が、傷害罪や器物損壊罪などを含む多くの犯罪類型に関して「意思形成の自由」の保護を否定したことが妥当であったか否かについては疑問が残るところである<sup>(7)</sup>が、意思形成過程の保護が射程に含まれているかどうかをそれぞれの犯罪類型ごとに検討する必要性を示した点では、正しい問題提起であったと評することができる。

## 第2節 犯罪成立を制限する方向での考慮

近時ドイツで盛んに論争が行われている「仮定的同意(hypothetische Einwilligung)」論は、以上とは真逆のベクトル、すなわち犯罪成立を制限する方向で法益主体の「仮定的意思」を考慮することが可能か否かをめぐ<sup>(8)</sup>る議論であるといえる。この議論は主に医師の専断的治療行為の問題をめ

(6) 法益関係の錯誤説を基本的に支持するものとして、佐伯・前掲注(5)51頁以下、山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集33巻3=4=5号(1983年)271頁以下、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(法律文化社、2004年)21頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』(成文堂、2007年)207頁、小林憲太郎『刑法的帰責』(弘文堂、2007年)227頁以下、西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂、2010年)192頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016年)170頁以下等。

(7) 拙稿「法益主体の同意と規範的自律(1)」早稲田法学会誌66巻2号(2016年)177頁以下参照。法益関係の錯誤説を批判的に検討する近時の論稿として、拙稿「法益関係の錯誤概念の拡張に対する批判的検討」早稲田大学大学院法研論集156号(2015年)107頁以下、野村和彦「わが国における法益関係の錯誤説に対する疑問」日本法学80巻4号(2015年)35頁以下、同「法益関係の錯誤説に対する批判」慶應法学37号(2017年)187頁以下、鈴木左斗志「欺きによる殺人罪(刑法199条)成否の判断—法益関係の錯誤説とは何だったのか?」『西田典之先生献呈論文集』(有斐閣、2017年)91頁以下。

(8) ドイツにおける判例・学説状況については、鈴木彰雄「傷害罪における被害者の仮定的同意—クーレンの所説について—」名城ロースクール・レビュー3号(2006年)1頁以下、山中敬一「医師の説明義務と患者のいわゆる仮定的同意について」『神山敏夫先生古稀祝賀論文集 第1巻』(成文堂、2006年)253頁以下、武藤眞朗「医師の説明義務と患者の承諾—『仮定的承諾』序説—」東洋法学49巻2号(2006年)5頁以下、同「いわゆる仮定的承諾について—医師の説明義務と患者の

ぐって行われてきたものであり、その考慮を認める見解によれば、「医的侵襲に際して、医師の説明が不十分であるため患者の同意が無効となるが、仮に患者が適切な説明を受けていたとしても当該侵襲に対して同意をしていたであろうという場合には、医師の傷害罪の可罰性が否定される」と<sup>(9)</sup>とされている。ただし、その適用範囲を医事法に制限する原理が内在しているわけではないため、仮定的同意の考慮は、例えば財産犯なども含め、刑法全体に対して影響が及びうるものである点に注意が必要である。<sup>(10)</sup>

もっとも、仮定的同意の考慮を認める見解に対する批判も根強く存在している。その中には、仮定的同意の考慮が犯罪体系上そもそも理論的に根拠づけられないとする批判もあるが、本稿の関心との関係で特に注目を要するのは以下のような批判である。

まず、仮定的同意を考慮することに対しては、訴訟法的な観点からの懸念が示されている。仮定的同意を認定するに際しては、適切な説明を受けていればどのように意思形成していたであろうかという点に関する患者本人の具体的な価値観を考慮する必要があるため、患者の証言が決定的な意

---

承諾一」刑法雑誌47巻3号(2008年)1頁以下、杉本一敏「仮定的同意論の『論理構造』に対する批判的覚書」愛知学院大学宗教法制研究所紀要49号(2009年)93頁以下、島田美小妃「仮定的承諾論」中央大学大学院研究年報39号(2010年)185頁以下、塩谷毅「被害者の仮定的同意について」立命館法学327=328号(2010年)380頁以下、古川伸彦「医的侵襲行為の正当化と『仮定的同意』論」『山口厚先生献呈論文集』(成文堂、2014年)39頁以下、佐藤陽子「仮定的同意に関する序論的考察」『川端博先生古稀記念論文集 上巻』(成文堂、2014年)215頁以下、拙稿「いわゆる仮定的同意について」早稲田法学会誌67巻2号(2017年)151頁以下、富山侑美「インフォームド・コンセントにおける仮定的同意(1)(2・完)」北大法学論集68巻1号61頁以下、68巻2号45頁以下(2017年)等を参照。

(9) 仮定的同意論の代表的な支持者として、Kristian Kühl, *Strafrecht AT*, 7. Aufl., 2012, § 9 Rn. 47; Lothar Kuhlen, *Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, in: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, S. 331; Henning Rosenau, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, in: *Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, 2010, S. 687 ff.; Claus Roxin, *Strafrecht AT Bd. 1*, 4. Aufl., 2006, § 13 Rn. 119 ff.

(10) 菊地・前掲注(8)161頁以下参照。

義を持ちうる。そのため、医師により患者の証言が「買収」されてしまう可能性があることが指摘されている<sup>(11)</sup>。もっとも、この点については、被害者が証人となる大部分の場合に当てはまることであり、裁判所による適切な事実認定により対処するほかないとの反論もありうるだろう。

むしろ、より重要なのは、この法理を刑法に持ち込むことが患者の自律ないし自己決定の保護に対して不利な影響を及ぼすのではないか、という懸念である。仮定的同意の支持者によれば、以上で述べたように、仮定的同意の認定に際してその都度の患者本人の具体的な価値観が考慮されるため、仮定的同意の考慮は患者の自己決定にとって有利に働く<sup>(12)</sup>とされる。しかし、具体的な価値観を考慮するとはいえ、「もしその場で適切な説明がなされていれば」という架空の問いに対する回答は、当の患者自身もそのような状況を経験したことがない以上、常に憶測によらざるを得ない<sup>(13)</sup>。また、患者が死亡ないし証言能力を喪失しており、その具体的な価値観に関する手がかりを得ることができない場合には、「合理的な」、すなわち、自身の健康状態の改善を望む患者を目安として、仮定的な意思の存在が認定されることになろう。その結果、実施された治療行為が医学的適応性・医術的正当性を備えている場合、ほとんど常に仮定的同意の存在が認定されてしまうことになりかねない。仮定的同意に批判的な見解は、以上のように裁判官の頭の中で被害者の「真の意思」が捏造されてしまう点を危惧しているものと思われる。

---

(11) Walter Gropp, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, in: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 200.

(12) Rosenau, a.a.O. (Anm. 9), S. 697.

(13) Ingeborg Puppe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative — Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 3. März 1994 und 29. Juni 1995, GA 2003, 769 は、人間の決断に関する一般法則が存在しないために、このような架空の問いを設定すること自体が無意味であるとする。

### 第 3 節 小括

法益主体の「真の意思」を考慮することは、その理想的な意思形成過程の保護と表裏の関係にある。法益主体が最終的に抱いた意思の内容だけではなく、その形成プロセスに対しても刑法が関心を向ける必要があるとすれば、法益主体の「真の意思」と犯罪の成否とが無関係であるとはいえないであろう。ただし、こうした意思形成過程の保護が射程に含まれているかどうかは、犯罪類型ごとに個別に検討する必要がある。また、その検討を行う際には、仮定的同意をめぐる近時の議論が示しているような、仮定的意思を考慮することに付きまとう問題も十分に意識されなければならない。次章では、さしあたり、居住者が個別の立入りに対して現実的に同意を与えたという、いわば「対面型」の事例を念頭に置きつつ、住居侵入罪を素材として、法益主体の「真の意思」と犯罪の成否との関係について検討を加えることにする。

## 第 2 章 「真の意思」と住居侵入罪の成否

### 第 1 節 我が国の議論

#### 第 1 款 立入り後の利益侵害と「真の意思」

我が国の判例においては、居住者が個別の立入りに対して現実的に同意を与えていても、それが居住者の真意に基づかない場合には本罪の成立が肯定されている。最判昭和23年5月20日刑集2巻5号489頁は、顧客を装い来店した強盗犯人の申し出を信じ店内に入ることを許容した場合には、

(14) すでに筆者は、生命・身体に対する罪、財産に対する罪（拙稿「法益主体の同意と規範的自律（2・完）」早稲田法学会誌67巻1号（2016年）196頁以下）のみならず、性的自由に対する罪においても、法益主体の意思形成過程が一定の範囲で保護されるべきであることを主張した（拙稿「刑法における性的自律の保護（1）（2・完）」早稲田大学大学院法研論集158号、159号（2016年））。



強盗殺人の目的をもって店内に入ることを承諾したわけではないから、被告人の店内侵入への行為は住居侵入罪を構成すると判示した。また、最判昭和24年7月22日刑集3巻8号1363頁は、強盗の意図を秘して「今晚は」と挨拶し家人が「お入り」と答えたのに応じて住居に入った事案について、「外見上家人の承諾があったようにみえても、真実においてはその承諾を欠くものである」と判示している。これは、真意に基づかない同意を無効とする判例の考え方（前出最判昭和33年11月21日）と共通する判断であるといえよう。<sup>(15)</sup>

学説上も、以上のような判例の結論を支持する主張が、本罪の保護法益に関して「平穩説」を採る立場と「住居権説」を採る立場のいずれからもなされている。まず、平穩説からは、「侵入」の意義について、平穩を害する態様の立入りであるとする「平穩侵害説」が支持され、居住者の許諾の有無は平穩侵害性を判断するための資料にすぎないとされる。<sup>(16)</sup>そして、立入り後の住居内の安全等に対する影響を考慮すれば、強盗目的での立入り行為は住居の平穩を害する態様のものといえることから、「侵入」が認められることになる。<sup>(17)</sup>また、住居権説からは、「侵入」の意義について、

(15) もっとも、昭和24年判決の事案は、「おはいり」と頭を下げて顔を向けたときに匕首が突きつけられていたことから、そもそも同意が存在しておらず、錯誤を問題とする必要のない事案であるとの評価も有力になされている（平野龍一「刑法各論の諸問題」法学セミナー201号（1972年）68頁、吉田敏雄「刑法における人身の自由の保護」中山研一ほか編『現代刑法講座 第4巻』（成文堂、1982年）206頁注16、須之内克彦「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論〔第2版〕』（有斐閣、1984年）39頁）。

(16) 福田平「住居を侵す罪」団藤重光編『注釈刑法（3）』（有斐閣、1965年）245頁。これに対して、平穩説の立場から、「侵入」とは居住者等の（推定的）意思に反する立入りをいうとするのは、団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社）505頁、大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（有斐閣、2005年）116頁等。

(17) 福田・前掲注（16）244頁。

(18) 福田・前掲注（16）246頁。もっとも、「立入り行為それ自体」の「客観的な」平穩侵害性を重視する観点からは、許諾を得て行われる立入りの態様が穏当であることを理由に「侵入」を否定する余地もあろう。例えば、佐久間修『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2012年）130頁は、「住居の平穩説では、たとえ犯罪目的であって

居住者・管理者の意思に反する立入りであるとする「意思侵害説」が支持されるが、この見解からも、錯誤によって与えられた同意は無効であり、「意思に反する」立入りが認められるとの主張がなされている。<sup>(19)</sup>

これらの見解の背後には、住居への立入りに伴って侵害の危険にさらされる「実質的利益」を本罪で保護すべき利益として捉えるという基本的な考え方があるとの指摘も加えられている。山口厚は、従来の学説の対立図式である「平穩説 対 住居権説」が不分明であるとの問題意識から、学説の対立の背後にある「より基本的な考え方の差異」、すなわち、以上のような、①住居等の中において守られるべき利益を問題とする「実質的利益説」と、②もっぱら住居等への立入りの許諾の自由を問題とする「許諾権説」<sup>(20)</sup>との対立に着目すべきであると説いている。そして、実質的利益説によれば、単なる立入りの点のみならず、住居等の内部において保護されるべき実質的利益に対する危険についてまで許諾権者の意思が及んでいることが必要となり、その結果、立ち入る者の隠された不法な目的も実質的利益侵害の危険性を基礎づけるものである限り考慮され、その認識を許諾権者が許諾の際に欠いているのであれば、有効な許諾は存在しないことになる、と説明されている。<sup>(21)</sup> 換言すれば、そのような「実質的利益」と関係する限りで、居住者の「真の意思」が重視されることになるといえよう。

---

も、それが侵入態様から明らかでないかぎり、本罪の成立は否定される」としている。問題となるのは、この「平穩侵害性」を、立入り行為それ自体について判断すべきなのか、あるいは、立入り行為後の住居内の安全等も含めて判断すべきなのかという点、さらに、「平穩侵害性」を客観的な態様からのみ判断すべきなのか、あるいは、居住者の（推定的）意思等の主観面も考慮すべきなのかという点である。その基準や理論的根拠が不明確である点に、平穩（侵害）説の問題が示されているといえよう。

(19) 頃安健司「刑法130条前段の『侵入』の意義」研修420号（1983年）73頁、川本哲郎「住居侵入罪の保護法益と『侵入』の意義（2・完）」京都学園法学1993年2＝3号（1994年）64頁以下、塩見淳『刑法の道しるべ』（有斐閣、2015年）161頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第4版補訂版〕』（成文堂、2015年）135頁。

(20) 山口厚『問題探究 刑法各論』（有斐閣、1999年）64頁。

(21) 山口・前掲注（20）75頁。

もつとも、山口が批判しているように、実質的利益説には、「実質的利益」の内容が多様であり、不明確である点や、住居侵入罪を「侵入」という形態で括られているだけの「一般的利益侵害予備罪」に転化させ、その犯罪としての性格をきわめて曖昧かつ茫漠としたものとしてしまう点に問題が存在する<sup>(22)</sup>。もちろん、建物内の実質的利益を問題とする見解の多くは、「実質的利益」を何らかの意味で限定していると考えられる。例えば、強盗目的を秘しての立ち入りに関して、建物内の実質的利益への影響を考慮して本罪の成立を肯定していると考えられる論者においても、詐欺や押売り目的での立入りについては本罪の成立を否定するのが一般である<sup>(23)</sup>。しかし、詐欺や押売りを目的とする場合においても、建物内の実質的利益<sup>(24)</sup>（居住者の財産等）に対する侵害の危険性が存在することは否定できない。それにもかかわらず、この場合に本罪の成立を否定するのであれば、考慮の対象となる「実質的利益」を限定する基準を明らかにする必要がある。ここでは、そうした限定が恣意的なものとなっていないかどうかを問われなければならないのである。

この点について、本罪の趣旨を、住居等内の利益に対する他人の接近阻止、及び、閉鎖的な空間に立ち入られることにともなる危険の回避に求めることを前提に、本罪の成否の判断に際して、「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」か否かに着目することが有用であるとの主張も存在する<sup>(25)</sup>。具体的には、立入り後に居住者の対応（制止

---

(22) 山口・前掲注(20) 65頁以下。

(23) 福田・前掲注(16) 245頁（詐欺の目的で友人宅を訪問し、おだやかに応接室に立ち入った場合に本罪が成立するという結論が支持できないことは明らかであるとする）、井田良「住居侵入罪」法学教室215号（1998年）10頁、大塚・前掲注(16) 118頁注15（「詐欺や押売りの目的で平穩に他家の玄関に立ち入っただけでは、まだ、住居の平穩が害されたということとはできない」とする）。

(24) 只木誠「建造物侵入罪における『侵入』概念について」『川端博先生古稀記念論文集 下巻』（成文堂、2014年）99頁以下は、住居等内の実質的利益も本罪の保護法益として把握すべきであるとの立場を前提に、詐欺（交付罪）目的での立入りの場合を、盗取目的の場合と区別する理由は乏しいとする。

等)にかかわらず犯罪を遂行するつもりであった場合や、問題の行為を居住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、退去要求を行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場合には、立入後の退去要求が有効に機能する状況といえないことから、本罪の成立を認めることにも合理性があるというのである。例えば、行為者が強盗目的を秘して立入りをを行う場合は、居住者の対応にかかわらずこれを遂げることが考えられるため、本罪の成立が肯定されることになる。

もっとも、以上の見解に対しても疑問が残るように思われる。まず、この見解が「住居等内の利益」保護の観点を重要視しつつ、「退去要求の実効性」の阻害の有無に着目することで成立範囲を具体化・明確化しようと試みる点は傾聴に値するものの、両者の関係については十分明らかでない。例えば、被告人が政党のピラを投函する目的で、オートロックの設備のない分譲マンションの共用部分である階段・廊下に立ち入った「葛飾マンション事件」(最判平成21年11月30日刑集63巻9号1765頁)につき、論者は、このような立入りが認められると、「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」い、「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」と指摘したうえで、本罪の成立を認めた前記平成21年判決の判断にも合理性があると説明する。<sup>(26)</sup>しかし、退去要求があくまでも、「住居等内の利益」を保全するための一手段に過ぎないとすれば、「退去要求の実効性」を阻害したという点のみを根拠に本罪の成立を肯定することの妥当性は検討を要する。仮に「退去要求の実効性」の阻害のみに本罪の成否の基準を求めるとすれば、本罪が「退去要求の実効性を損なわせる罪」に転化してしまい、その独自性は失われてしまうであろう。最終的に「住居等内の利益」

---

(25) 鈴木左斗志「住居侵入等罪(刑法130条)の検討」慶應法学35号(2016年)187頁以下。

(26) 鈴木・前掲注(25)199頁以下。

保護の観点が重要であると考える以上は、本件においても、被告人の共用部分の滞在やその目的であるビラの投函が、マンション内のいかなる実質的利益を侵害するかについて正面から検討を加える必要がある。もっとも、本件で「実質的利益」の侵害を見出すとすれば、住人の望まない人物の滞在それ自体に見出すことになろうが、このように考える場合には、「実質的利益」の内容を限定することは極めて困難とならざるを得ないように思われる。<sup>(28)</sup>

なお、この見解も詐欺目的の立入りについては本罪の成立について消極的な態度を採るが、<sup>(29)</sup>詐欺行為もその目的を隠蔽して遂行されることが通常であり、上記の「退去要求を行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場合」に当たるのではないかと、との疑問が生じる。翻って考えれば、居住者に知られると不都合な立入りの目的は、最後まで隠蔽されることが通常であるため、以上の基準に従う限り、本罪の処罰範囲の著しい拡大を認めざるを得ないであろう。

## 第2款 「真の意思」の不考慮

他方で、居住者の「真の意思」を考慮することなく、居住者が特定人物の立入りに対して現実的に同意を与えている以上、本罪が不成立になるとする見解も有力に主張されている。山口は前述のように、①「実質的利益説」と、②もっぱら住居等への立入りの許諾の自由を問題とする「許諾権

---

(27) 鈴木・前掲注(25)199頁は、仮に居住者に把握されていない状態での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」とも指摘するが、このような事情が、被告人に本罪が成立することの根拠となるかも問題であると思われる。なお、嘉門優「住居侵入罪における侵入概念について」大阪市立大学法学雑誌55巻1号(2008年)163頁は、本罪の保護対象としての「利益侵害」を、住民が受ける「不安感」や「不快感」という主観的な利益侵害にまで過剰に拡大すると、処罰範囲の拡大に歯止めが利かなくなるとの懸念を示している。

(28) 嘉門・前掲注(27)162頁。

(29) 鈴木・前掲注(25)200頁注80参照。

説」(純化された住居権説)<sup>(30)</sup>とを対置させたが、山口自身は、後者の理解を本罪の独自の法益侵害性、当罰性を示す点で優れているとして支持したうえで、錯誤に基づく許諾の問題について以下のように説明している。すなわち、許諾権説の立場によれば、立入りを許諾した特定人についての認識があれば、その人の属性は無関係であり、それらの点についての錯誤は「法益関係的」な錯誤とはいえないことから、有効な許諾の存在に影響を持たないというのである。<sup>(31)</sup>

この主張によれば、「人(格)の同一性」の錯誤の有無が決定的な基準とされることになる。そのため、強盗目的を秘して立入りが行われた場合については、居住者が当該人物を認識しこれに対して実際に立入りの許諾を与えている以上、有効な許諾が認められ本罪の成立が否定される。これに対して、例えば、「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」には、実際に立ち入る者に対する立入りの許諾がないことから、本罪の成立が肯

(30) 江藤隆之「住居侵入と自由」桃山法学24号(2014年)15頁は、刑法で保護される自由が「積極的自由」ではなく「消極的自由」であるとの前提から、ここでいう「許諾権」を「拒絶権／拒否権」として捉え直している。もっとも、このように捉え直した場合に、立入りの目的や属性に錯誤がある事例がいかにか解決されるのかという点については検討を要する。この場合に、立入り自体は拒絶されておらず、「何を実現するか」という積極的自由のみが害されていると捉えれば、本罪の成立は否定される方向に傾くであろうが、強盗目的の行為者の立入りを拒絶するという消極的自由が害されていると捉えることも不可能ではないであろう。ここでは結局、本罪で保護される自由の範囲について実質的な検討をせざるを得ないように思われる。なお、何らかの積極的な目的のために他人を立ち入らせることにも合理的な価値が認められるとして、意思に基づき一定の目的実現のために他人を立ち入らせる自由も本罪で保護すべきであるとするのは、和田俊憲「住居侵入罪」法学教室287号(2004年)60頁以下(特定人・特定の「客観的属性」を有する者に対する許諾の自由までが保護されるとする)。

(31) 山口・前掲注(20)75頁。法益関係的錯誤説から錯誤に基づく許諾を有効と解するものとして、山中・前掲注(6)334頁以下、佐伯・前掲注(5)96頁、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年)42頁、西田典之『刑法各論〔第6版〕』(弘文堂、2012年)101頁以下等。

定される<sup>(32)</sup>としている。

この見解に対しては、なぜ「人（格）の同一性」の錯誤の有無が決定的となるかについての実質的根拠が明らかではない、との批判を向けうるであろう。この見解は、本罪の保護法益を「誰を住居内へ入れ誰を入れないか」について決定する自由に求めることを前提としたうえで、「法益関係的錯誤」の基準をあてはめて上記のような結論を導いているのであるが、問題は<sup>(33)</sup>この「誰」をどのような基準によって判断すべきかにある。居住者の許諾権の行使として保護される範囲について、「特定の人物」の立入りの許諾と考える論理的必然性はなく、例えば「一定の属性・目的を有する者」<sup>(34)</sup>の立入りの許諾と考えることも原理的には排除されない。仮にこのような許諾の自由も本罪の保護範囲に含まれるとすれば、強盗目的を秘して許諾を得た場合にも本罪の成立を否定できないことになる<sup>(35)</sup>であろう。その意味で、上記のような「許諾権説」による解決に対しても、「恣意性の克服」という課題は同様に向けられなければならないのである。

もっとも、立入りに対する「実際の許諾」が存在する場合に本罪の成立が否定されるという結論自体は、ドイツの学説においても幅広く支持を集めているところであり、この点は注目に値するものと思われる。そこで、以下ではこの問題をめぐるドイツの議論を概観したうえで、「実際の許諾」の存否に照準を合わせることに合理的な根拠を見出すことができるかどうかを検討する。

---

(32) 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年）28頁。

(33) 鈴木・前掲注（25）186頁。

(34) 松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）117頁参照。

(35) 塩見・前掲注（19）161頁は、住居空間の形成に対する居住者の意思に法益性を承認する住居権説のもとでは、立入目的についての錯誤は法益関係的錯誤に当たると述べることも可能であると指摘する。

## 第 2 節 ドイツの議論

ドイツの判例は、我が国の判例と同様に、本罪の成否を判断するにあたって居住者の「真の意思」を考慮している。例えば、潜入捜査官が客を装って麻薬取引が行われている住居に、居住者（麻薬の売人）の許諾を得て立ち入ったという事案で、ミュンヘン上級地方裁判所は、『侵入』を阻却する承諾は、その承諾が権利者の真の意思に沿うときにのみ存在するのであり、承諾が行為者の欺罔によって決定的に影響付けられたときには、それは存在しない<sup>(36)</sup>として、本罪の構成要件該当性を認めている。

しかし、ドイツにおける通説は、このような判例の立場に対して否定的な態度を採っている<sup>(37)</sup>。例えば、Otto は本判決の評釈において次のような批判を加えている。すなわち、本判決が引き合いに出している「真の意思」とは、真の目的を知っていれば承諾をしなかったであろうという「仮定的意思」にすぎないのに、なぜ「実際の意味」ではなくこのような「仮定的意思」が「侵入」を根拠づけるのか明らかではない。むしろ、本罪の成否の判断に際しては、「真の（仮定的）意思」ではなく、「実際の意味」の方を重視すべきである。したがって、居住者による実際の立入りの許諾が存在する場合には、住居侵入罪の構成要件該当性が否定されるべきである、というのである<sup>(38)</sup>。

以上のような指摘は、本稿が冒頭で掲げた問題意識にとっても重要であ

(36) OLG München, NJW 1972, 2275.

(37) Vgl. Ulrich Stein/Hans-Joachim Rudolphi, in: SK, 8. Aufl., 2001, § 123 Rn. 18b; Hans Lilie, in: LK, 12. Aufl., 2006, § 123 Rn. 50; Jürgen Schäfer, in: MüKo, 2. Aufl., 2012, § 123 Rn. 29; Heribert Ostendorf, in: NK, 4. Aufl., 2013, § 123 Rn. 30; Detlev Sternberg-Lieben, in: Sch/Schröder, 29. Aufl., 2014, § 123 Rn. 22; Gunther Arzt/ Ulrich Weber/ Bernd Heinrich/ Eric Hilgendorf, Strafrecht BT, 3. Aufl., 2015, § 8 Rn. 12; Johannes Wessels/ Michael Hettinger, Strafrecht BT Teil 1, 40. Aufl., 2016, § 13 Rn. 587.

(38) Harro Otto, Rechtfertigung des Hausfriedensbruchs durch Kontaktpersonen der Polizei bei Aufklärung von Rauschgifthandel, NJW 1973, 668.



るが、問題となるのは、ドイツの通説が、本罪の成否の判断に際して「真の（仮定的）意思」ではなく、「実際の意味」の方を重視していることの根拠である。冒頭で述べたように、法益主体の「真の意思」はおよそ犯罪の成否と無関係というわけではなく、意思形成プロセスを含めた保護が要請される場面では、むしろ考慮が必要となるものである。それにもかかわらず、本罪の成否の判断に際して「真の意思」の考慮を排除すべきであると主張するのであれば、その実質的な論拠が示される必要がある。ドイツの学説においてその論拠は複数提示されており、それらは併用される場合も多いが、概ね以下のように整理することができると思われる。

### 第1款 合意（Einverständnis）の事実的性質

ドイツの学説において頻繁に引き合いに出されるのは、本罪で問題となる承諾が事実的性質を有するものであるという理解である。<sup>(39)</sup>このような理解は、ドイツにおける被害者の承諾論で強い影響を有してきた Geerds の「二元説」<sup>(40)</sup>に基づくものと考えられる。

この二元説によれば、被害者の承諾には、構成要件該当性を阻却する「合意」と、違法性を阻却する「同意（Einwilligung）」という二種類のものが存在する。<sup>(41)</sup>前者は事実的性質を、後者は法的性質を有するとされ、両者は要件も異なるものと解されている。すなわち、構成要件阻却的「合意」については、法益主体の自然的・事実的な承諾意思が存在するだけで認められる<sup>(42)</sup>のに対して、違法阻却的「同意」については、欺罔や強制とい

---

(39) Wolfgang Stückemann, Der getäuschte Hausrechtsinhaber, JR 1973, 415; Klaus Geppert, Zu einigen immer wiederkehrenden Streitfragen im Rahmen des Hausfriedensbruches (§ 123 StGB), Jura 1989, 380 f.; Schäfer, a.a.O. (Anm. 37), § 123 Rn. 29; Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 37), § 123 Rn. 22.

(40) 被害者の承諾の犯罪論体系上の位置づけに関する議論を分析している近時の文献として、佐藤陽子『被害者の承諾』（成文堂、2011年）2頁以下参照。

(41) Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA, 1954, 266.

(42) Geerds, a.a.O. (Anm. 41), 266.

った瑕疵に基づくものでないことまで要求される。<sup>(43)</sup>そして、住居侵入罪における承諾は、「侵入」という構成要件メルクマールを排除する要素であることから、前者の構成要件阻却的「合意」に該当する。<sup>(44)</sup>したがって、立入りに対する事実的な承諾意思さえ存在すれば、それが欺罔に基づくものであっても、有効な合意として本罪の構成要件該当性を阻却するという帰結が導かれることになる。

しかし、このように「合意」と「同意」の要件を区別することが妥当であるかについては疑いが残る。なぜなら、法益主体の自己決定という同一の原理に基づく犯罪成立阻却事由について、その体系的地位のみならず、有効要件についてまで取扱いを一律に区別することが適切であるとは思われないためである。<sup>(45)</sup>ドイツにおいても、二元説は当初、圧倒的な支持を集め通説となったものの、その後は批判の対象とされるに至っており、現在では、被害者の承諾はすべて構成要件該当性を排除するという理解（一元説）も有力に主張されている。<sup>(46)</sup>また、そもそも我が国では、両者の体系的地位の区別を認める論者も、それが有効要件の違いに結び付くとは一般に考えておらず、<sup>(47)</sup>以上の説明を受容することはなおさら困難であるように思われる。本罪の承諾が事実的性質を有するという指摘それ自体は注目に値するものの、<sup>(48)</sup>二元説がその実質的な根拠を明らかにしているとは言えない

(43) Geerds, a.a.O. (Anm. 41), 268.

(44) Geerds, a.a.O. (Anm. 41), 265.

(45) 西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』（有斐閣、2010年）348頁〔深町晋也〕、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（日本評論社、2017年）125頁。

(46) Vgl. Dieter Kientzy, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, 1970, S. 82; Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1984, Rn. 107; Claus Roxin, Strafrecht AT I, 4 Aufl., 2006, § 13 Rn. 12.

(47) 佐藤・前掲注(40)7頁以下も、我が国において「合意」と「同意」の区別は一応の前提として認識されているが、多くの論者は両者の区別に体系的な違い以上の意義を見出しておらず、両者の犯罪阻却根拠、あるいは要件・効果を同じものと解しているため、両者の区別は実質的に無意味となっていると指摘する。

(48) 我が国でも、関哲夫『住居侵入罪の研究』（成文堂、1995年）334頁は、住居における保護法益の事実的性格を指摘し、この事実的性格は「承諾権・許諾権が保護

であろう。

## 第2款 法益関係の錯誤の不存在

また、住居侵入罪の保護法益が「形式化された (formulisiert)」許諾の自由<sup>(49)</sup>に求められるとの前提から、当該人物の立入りが許可された以上、立入りの目的について欺かれた場合であっても法益関係的な錯誤が認められず、本罪の成立が否定される、との見解も有力に主張<sup>(50)</sup>されている。

しかし、前述したように、ここでは前提とされる形式的な法益理解それ自体の合理性が問われているのであり、「法益関係の錯誤」という考え方を採用するか否かは決定的な問題ではない。現に、同じく「法益関係の錯誤」という考え方を採用する見解の中でも、本罪の保護法益を各保護領域の社会的機能の観点から具体的に捉え直そうとする立場からは、欺罔によって得られた同意による立入りが、住居の社会的機能を侵害することから、この場合にも法益関係の錯誤が認められると解<sup>(51)</sup>されている。結局、「法益関係の錯誤」の基準を持ち出すだけでは、「真の意思」を考慮すべきでないことの実質的な論拠が説明されたことにはならず、保護法益の内容そのものをどのように理解すべきかを正面から論ずる必要があるといえよう。

---

法益から派生するものである以上、承諾の効力を検討する場合にも顧慮されるべきである」としている。

(49) 松宮孝明「ポスティングと住居侵入罪」立命館法学297号(2004年)5頁、同『刑法各論講義〔第4版〕』(成文堂、2016年)132頁も住居権の「形式的な性格」について指摘し、一旦、当該人物の立入りを許可した以上、その許可がどのような理由によるものであるかは重要でないと説明している。

(50) Gunther Arzt, Heileingriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person des Arztes, in: Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag am 22. Juni 1992, 1992, S. 211.

(51) Knut Amelung/Hero Schall, Zum Einsatz von Polizeispitzeln: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis — OLG München, DVB 1 1973, 221, JuS 1975, 567. なお、Amelung/Schallの見解に対する批判として、林(美)・前掲注(31)43頁参照。

### 第 3 款 訴訟法的・刑事政策的な考慮

より実質的な根拠として、訴訟法的・刑事訴訟法的観点からの説明が挙げられる場合もある。例えば、Bernsmann は、仮定的な真の意思ではなく、実際に表示された意思を基準とすべきことの根拠を次の点に求めている<sup>(52)</sup>。

まず、他の刑法の文脈においても仮定的な真の意思の考慮は否定されている。例えば、被欺罔者が真実を知っていれば財産を処分しなかったであろうと認められ、したがってその占有を「不本意に (unwillentlich)」失ったといえる場合であっても、そのことを理由に窃盗罪が成立するわけではないのである。したがって、「窃取」性の判断においては、権利者の仮定的な意思の考慮が否定されているといえる。また、仮定的な心理状態は一方で再現することが困難であり、他方で任意に脚色が可能であるという、訴訟法的な根拠も、権利者の仮定的な意思というフィクションを持ち込むべきでないことを示している。さらに、「真の」意思の探究が最終的には、住居の平穩の保護ではなく、これとは直接関連しない「不服従な態度 (Unbotmäßigkeiten)」の犯罪化に貢献してしまうことも、仮定的な意思を基準とする見解に反対する理由となる。仮定的な意思を基準とする見解に従うと、蛇口の修理のために招かれた職人が、注文者が不在の間に新聞を読もうと最初から企てていたという場合に、(そのような職人を招くことはなかったであろうという理由で) 本罪による処罰が認められなければならないことになってしまう。しかし、このような事例は不除去罪での対応に委ねる方が、住居侵入罪の規定を一般的な意思自由に対する輪郭のない犯罪に転化させてしまうよりも、刑事政策的に支持できる、とされる。

以上の指摘は、仮定的な真の意思を考慮すべきでない実質的な根拠を示そうとする点で、参考になると思われる。特に、仮定的な意思が結局はフィクションであり、正しく認定することが困難であることを指摘する点

---

(52) Klaus Bernsmann, Tatbestandsprobleme des Hausfriedensbruchs, Jura 1981, 403 f.

は、仮定的同意の取扱いをめぐる議論（第1章第2節）とも通じるものがある。しかし、仮定的な意思の考慮が刑法のあらゆる文脈で否定されるわけではない。現に、詐欺罪の成否を論じる場面においては、行為者に欺かれなければ被欺罔者が抱いていたであろう仮定的な意思に着目している<sup>(53)</sup>はずである。確かに、「窃取」性の判断に際しては、財物の占有移転が占有者の実際の意思に反しているか否かが問題とされ、占有者の仮定的な意思が考慮されることはない。しかし、それはまさに仮定的な意思が詐欺罪の規定の方で考慮されることの裏返しであるともいう。これに対して、そのような別の規定を持たない住居侵入罪では、権利者（居住者）の仮定的な意思を考慮に入れる余地があるとの反論が成り立ちうるであろう。

また、不退去罪での対応に委ねるべきであるとの理解は我が国でも示されているが、この論拠が決定的であるとすれば、退去要求が実効性を欠く状況ではむしろ本罪を成立させるべきである、という前述した見解に至るように思われる。したがって、そのような状況に限って例外的に「真の意思」を基準とすべきであると主張するのであればともかく、常に居住者の

---

(53) なお、葛原力三「財産的損害のない詐欺罪」『山中敬一先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、2017年）234頁以下は、詐欺罪における錯誤要件を、被害者の仮定的な意思に着目して判断すると、「その立証は被害者が裁判時点で行為当時を思い返して行う単なる推測に依存することになるから、制限要件としての意味を失ってしまう」との理解に基づき、このような仮定的な意思に着目するのではなく、「あくまでも被害者個人にとっての行為当時の、あるいは当該取引に際しての関心事であった」か否かが、客観的な間接事実によって立証されなければならないとする。被害者の行為時の実際の心理状態から離れた「仮定的な意思」が、「ほぼ100%認定できる事情」であり、犯罪成立の要件としては事実上機能しないとする論者の指摘（同221頁）は注目に値するものであるが、取引時点において被害者が（例えば、想定すらしていなかったために）自覚的に関心を抱いていなかった事項についても、事後的に当該事項に関して「真実を知っていたら交付しなかったであろう」と推測される場合に、およそ詐欺（既遂）罪の成立が否定されるのだとすれば疑問が残る。この場合にも詐欺罪の成立を認める余地がなお存在するのだとすれば、錯誤要件の判断において、被害者の仮定的な意思はなお一定の意義を有すると考えざるを得ないであろう。

「実際の意思」を基準にすべきであると主張するのであれば、この論拠はあくまでも補強的なものとして位置づける必要があるだろう。

#### 第 4 款 心理的な障壁の克服

最後に、「障壁の克服 (Überwindung eines Hindernisses)」に着目することでこの問題を解決しようとする理解も示されている。ドイツにおいて「侵入 (Eindringen)」は、空間への自由な立入りを制限する物理的・心理的な障壁の克服であると一般に定義づけられている。<sup>(54)</sup> この「障壁の克服」という点を重視する立場からは、居住者が行為者の立入りを実際に許諾している場合、立入りを制限する障壁が取り払われているため、たとえ許諾を騙取して立入りを行う場合であっても、「障壁の克服」を認めることができず、「侵入」該当性が否定されるとの主張がなされている。

本罪の構成要件メルクマールとしての「障壁」、とりわけ、「心的バリア (Willensbarriere)」の概念について分析を加えた Bohnert は、この点について以下のように説明している。<sup>(55)</sup>

まず、物理的障壁と心理的障壁との関係について、Bohnert は、本罪の

(54) Lilie, a.a.O. (Anm. 37), § 123 Rn. 45; Schäfer, a.a.O. (Anm. 37), § 123 Rn. 27f. これに対して、Walter Kargl, Rechtsgüter und Tatobjekt der Strafbestimmung gegen Hausfriedensbruch, JZ 1999, 937 f. は、構成要件の明確性を確保するためには、「侵入」概念に「意思に反する」という要素を持ち込むべきではないとし、「侵入」を「物理的な障壁の克服」に純化させるべきであるとする。この見解によれば、権利者の許諾がある場合にも、物理的な障壁の克服が存在する限り「侵入」自体は肯定され、同意の存在ゆえに彼の自律性に対する侵害が認められないという点は、違法性 (阻却) の段階で別途考慮されることになる。しかし、本罪の成立範囲を物理的障壁の突破が認められる場合に限定するのは狭すぎるであろう (佐伯仁志「刑法における自由の保護」法曹時報67巻9号 (2015年) 57頁参照)。Kargl の見解に対する批判として、Karl Heinz Gössel/ Dieter Dölling, Strafrecht BT Teil 1, 2. Aufl., 2004, § 38 Rn. 29.

(55) Joachim Bohnert, Die Willensbarriere als Tatbestandsmerkmal des Hausfriedensbruchs, GA 1983, 1 ff. Bohnert の見解については、須之内克彦『刑法における被害者の同意』(成文堂、2004年) 168頁以下も参照。

要求する「障壁」として本質的なのは後者であり、前者は副次的なものであるとする。一般的には、この障壁が「心理的な性質のものであってもよい」等と説明されており、<sup>(56)</sup>心理的障壁の方がむしろ副次的であるかのような印象が与えられているが、これは誤解を招くものであるという。なぜなら、例えば塀を乗り越える場合のように、明らかに物理的な障壁の克服が存在する場合であっても、それが居住者の意思に合致するものであれば、やはり「侵入」とはいえないのであり、そうだとすれば、物理的な障壁それ自体に本質的な意義があるとは認められないからである。<sup>(57)</sup>

そこで、心理的障壁ないし心的バリア概念の意義が問題となる。Bohnertによれば、心的バリアにとって重要となるのは権利者の意思であるが、立入りを拒絶する意思は内心に存在するだけでは足りず外部に表示されなければならない。<sup>(58)</sup>もちろん、ここでいう表示には、言語的表現のみならず、手足の動きなどの身体的表現、さらには、ドアに施錠をしたり、垣をめぐらしたりすることなどの徴表的な安全措置 (konkludenten Sicherungsmaßnahmen) を施すことも含まれる。したがって、物理的な障壁の有無も、それ自体に本質的な意義があるとは認められないものの、心理的な障壁の強さと量的に関係する要素としてはなお意義を有することになる。

続いて、Bohnertは個々の解釈論上の問題についても検討を加えている

(56) 例えば、Schäfer, a.a.O. (Anm. 37), § 123 Rn. 28 は、「心的バリア」という形式においてただ心理的に作用する障害であっても「足りる (ausreichen)」と説明している。

(57) Bohnert, a.a.O. (Anm. 55), 3 f. Gössel/Dölling, a.a.O. (Anm. 54), § 38 Rn. 36 も、実際に存在する意思のバリアの克服だけが「侵入」メルクマールの実現を決定づけるとしている。

(58) Bohnert, a.a.O. (Anm. 55), 6. これに対して、許諾の意思は表明を必要とせず内心に存在すれば足りると説明されている。権利者が内心で許諾している以上、心的バリアは存立し得ないと考えられているのであろう。なお、権利者の意思の制約としては、この①外部的表示の要請のほかにも、②公的な権利者 (öffentliche Hausberechtigte) が従うべき公法上の特定の条件、③倫理的な許容性の要求が指摘されている (この点については、須之内・前掲注 (55) 169頁も参照)。

が、特に注目に値するのは、行為者が欺罔により許諾を得て立ち入った場合に関する検討である。この場合に権利者は、もし欺罔を見抜いていれば心的バリアを取り払わなかったであろうが、実際にはこれを取り払ってしまっている。ここで問題となるのは、現実の意思 (wirklicher Wille) が錯誤に基づく場合に、それでも真実の意思 (wahrehafter Wille) が立入りを(59) 行う者に対して柵 (Schranke) を維持し続けるのかどうかである。

この点につき、Bohnert は、以下のように説明して、真実の意思は本罪の適用において重要性を持たないと主張している。すなわち、権利者は常に限界のある (endlich) 主体であり、それゆえ、彼の権利を害するかもしれないあらゆる者を遠ざけるといった「真実の」意思を、手に入れたいと望むことはできても、これを実際に手に入れることはできない。(60) 権利者が実際に抱くことができるのは、その都度形成される具体的な意思 (konkrete Willen) のみであり、この具体的な意思こそが心的なバリエードの性質を決定づけるのである。この心的なバリエードは、行為者による立入り以前に打ち立てられるとともに、立入りの時点においても継続して存在しなければならぬ。(61) したがって、権利者が欺罔により立入りを許容した場合には、行為者の心的なバリエードの克服を認めることができず、住居侵入罪の成立も否定されることになる。

### 第 3 節 侵入概念の限定解釈

最後の、「障壁の克服」に着目して本罪の成立範囲を限定するアプローチは、我が国の解釈論においても参考になろう。すでに我が国においても、「障壁の克服」に着目する見解が主張されているが、解釈論への反映のさせ方は論者により異なっている。

---

(59) Bohnert, a.a.O. (Anm. 55), 15.

(60) Bohnert, a.a.O. (Anm. 55), 19 f.

(61) Bohnert, a.a.O. (Anm. 55), 16.



## 第1款 文言による制約

まず、「侵入」という文言が「障壁の克服」という要素を特別な形で要求している<sup>(62)</sup>と理解し、たとえ住居権侵害があるとしても、住居に滞留する者が招き入れたという事実があれば、もはや「侵入」にはあたらないという解釈が考えられる。例えば、佐藤陽子によれば、「侵入」とは、事実に存在している立入りの拒絶という心的バリアを克服して住居内に立ち入るという「特別な行為態様による」住居権の侵害を指すとされ、住居侵入罪における承諾は、それが存在することで「侵入」という文言を排除する「行為態様にかかる合意」として位置づけられる<sup>(63)</sup>。ここでは、財の自律的な処分という意味での被害者の「同意」とは異なり、被害者の自律的な処分が認められるか否かは重要でないため、自己決定に基づく法益の処分としては不十分な意思であっても（瑕疵ある承諾であっても）、事実上の承諾が存在すれば「侵入」の文言が満たされなくなる、という帰結が導かれる<sup>(64)</sup>。

ただし、この見解に対しては、文理のイメージを肥大化させすぎているとの批判もなされている。罪刑法定主義が妥当する刑法の解釈に際しても、言葉の可能な意味を超えない限りは、保護法益を標準とした目的論的解釈を追求すべきであり、そうだとすれば、住居権の侵害が認められる以上、ただちに侵入にあたと解する方が望ましい<sup>(65)</sup>というのである。確かに、保護法益論と無関係に、「侵入」という言葉のイメージのみに基づきその射程を限定するという方法で、以上のような限定解釈が根拠づけられるかは疑問の余地があろう。

(62) 松村明編『大辞泉〔第2版〕』（小学館、2012年）によれば、「侵入」とは「他の領分を侵して強引に入り込むこと」である。

(63) 佐藤・前掲注(40) 58頁。

(64) 佐藤・前掲注(40) 160頁。

(65) 小林憲太郎「被害者の同意の体系的位置づけ」立教法学84号（2012年）30頁、西田典之ほか編『注釈刑法 第2巻』（有斐閣、2016年）293頁〔小林憲太郎〕。

## 第 2 款 保護法益論からの基礎づけ

もつとも、侵入概念の限定解釈は、本罪の保護法益論からも基礎づけることが可能であるように思われる。学説上多数の見解は本罪の保護法益を「住居権」に求めているが、(新)住居権説の中でも、その自由権的性格を強調する見解(「自由権説」<sup>(66)</sup>ないし「許諾権説」<sup>(67)</sup>)と、支配権的性格を強調する見解(「支配権説」ないし「領域説」<sup>(68)</sup>)が区別されるべきであるとの指摘が<sup>(69)</sup>されている。前者は、住居権の内容を、住居等に立ち入らせるか否かの許諾の自由を求める見解であると特徴づけることができるが、この見解に、侵入概念を限定解釈する根拠は内在していない。例えば、資格や属性、立入の目的等に基づく立入り者の選別を行う自由を本罪で保護することも原理的には否定できないであろう。同説が、住居内における多様な実質的利益を度外視することで、本罪独自の法益侵害性を把握しようと試みた点は正当であるが、ここで用いられている「自由」概念の内実が稀薄であるために、むしろ「住居侵入罪という特定の類型の性質を際立たせるには不十分」<sup>(70)</sup>となっている点に問題が存するといえよう。<sup>(71)</sup>

(66) 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、1977年)182頁、内田文昭『刑法各論〔第3版〕』(青林書院、1996年)170頁以下。中山研一「住居侵入罪の再検討」片岡昇先生還暦記念『労働法学の理論と課題』(有斐閣、1988年)247頁以下も、個人の住居に関する限り、居住者の私的支配領域の侵害の存否は、「もっぱら居住者の許諾の意思(自己決定)にかかるとする。

(67) 山口・前掲注(20)60頁。

(68) 林幹人『刑法各論〔第2版〕』(東京大学出版会、2007年)100頁。

(69) 日高義博「住居侵入罪の保護法益」植松正ほか編『現代刑法論争Ⅱ〔第2版〕』(勁草書房、1997年)84頁以下、井上大「住居侵入罪の問題点」阿部純二ほか編『刑法基本講座第6巻』(法学書院、1993年)160頁以下。なお、伊東研祐「住居侵入等罪(刑130条)を巡る法益論と解釈論」法曹時報63巻2号(2011年)282頁注5は、両者の見解を併せて「新住居権説」と呼ぶ分類に対して、「両説の視座の相違、したがって、新住居権説の視座の独自性を把握し得ていない、あるいは、意図的に無視する分類」であると批判する。

(70) 伊東研祐『現代社会と刑法各論〔第2版〕』(成文堂、2002年)130頁。

(71) 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年)299頁は、許諾権説を「法益論ではなく被害者の承諾の論理を法益論として借用し

単なる裸の意思ないし願望の侵害に尽きない、本罪に独自の法益侵害性を示すためには、住居権を空間領域に対する支配という意味での支配権（あるいは、この支配権と結合した自由権<sup>(72)</sup>）として理解し、こうした支配に裏打ちされている限度で住居権者の意思が保護されると解すべきである。このような法益理解によれば、本罪の「侵入」も、空間領域に対する支配を侵害する行為であると考えることができる。すなわち、「侵入」を認めるためには、空間領域への自由な立入りを制限する障壁の克服が要求されると解されることになる。このような解釈は文言との関係でも自然に導かれるものであるが、保護法益を標準とした解釈からも十分根拠づけることが可能である<sup>(75)</sup>。

以上の解釈からの具体的帰結として、住居権者が立入りを実際に許諾している以上は、立入りを制限する心的バリアが取り払われており、障壁の克服としての「侵入」が否定されると考えることが可能である。したがっ

たにすぎないもの」と評価している。許諾権説に対する批判を整理したものとして、佐伯・前掲注（54）40頁以下も参照。

(72) 江家義男『刑法各論〔増補版〕』（青林書院、1963年）235頁は、個人が住居において私生活の平安を享有し得ることは一種の自由権であるとしつつ、「この自由権は、住居という一定の場所に対する事実上の支配と結びついたものであるから、住居権（Hausrecht）は、支配権と自由権との結合した特殊の権利である」とする。なお、曾根威彦『刑法の重要問題 各論〔第2版〕』（成文堂、2006年）84頁は、新住居権説の中で、支配権的性格を強調する見解と、住居権を支配権と自由権の結合した権利とみる見解を区別して整理しているが、前者の見解も、自由権としての性格を一切否定するものではなく、支配権と結合する限りで自由権的性格を認めていると考えられるため（井上・前掲注（69）160頁参照）、両者を別の見解と捉える必要はないように思われる。

(73) 日高・前掲注（69）85頁、伊東・前掲注（70）130頁、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2015年）180頁以下。

(74) 松原・前掲注（34）114頁、同「法益侵害と意思侵害」生田勝義先生古稀祝賀論文集『自由と安全の刑事法学』（法律文化社、2014年）52頁、佐伯・前掲注（54）57頁。

(75) さらに、こうした保護法益の理解からは、保護客体、看守性、圍繞地性の要件に関しても、「要保護空間の実効的な支配を十分に基礎づけるか否か」という観点から解釈されることになる。佐伯・前掲注（54）46頁以下参照。

て、強盗目的を秘して立入りが行われた場合についても、当該人物の立入りとの関係で障壁が取り払われている以上、本罪の成立を認めるべきではない。このような説明に対しては、仮に「障壁の克服」を要求するとしても、行為者が欺罔によって住居の心的バリアを破壊して立ち入っている以上は、障壁の克服があったと認めるべきであるとの反論<sup>(76)</sup>も考えられる。しかし、欺罔によって心的バリアが破壊されるのは立入り以前であって、立入り時ではない<sup>(77)</sup>。Bohnert が指摘するように、心的バリアが「立入り以前に打ち立てられるとともに、立入りの時点においても継続して存在しなければならない」のだとすれば、この場合にはやはり「侵入」を認めるべきでないように思われる。

また、立入り時の「障壁の克服」を要求するとしても、強盗を目的とする行為者との関係では、なおその立入りを拒絶する心的バリアが残っているとの反論もありうるであろう。しかし、障壁性の要求をこのように希薄化する場合には、「障壁の克服」を要求する解釈論上の意義が乏しいものとならざるを得ず、本罪の成立範囲を限定する視点もほとんど失われてしまう。このような処罰範囲の無限定な拡大という問題に加えて、一定の範囲では不退去罪により対応することが可能である<sup>(78)</sup>という点を考慮するのであれば、正しく情報を得ていれば形成していたであろう「真の意思」ではなく、当該人物の立入りを許諾するか否かという「実際<sup>(78)</sup>の意思」のみが心的バリアを基礎づけると解することが妥当であるように思われる。

以上のような理解を徹底する場合、障壁の除去のためには立入りを行おうとしている「その人」への許諾があれば十分であり、「特定の人物」へ

---

(76) Karl Schäfer, in: LK, 10. Aufl., 1978, § 123 Rn. 27 も、侵入に「障壁の克服」が必要であるという通説と同様の前提を採りながら、許諾の騙取も行為者に認識可能な障害の克服という形式の 1 つであるとして、侵入の存在を肯定できるとしている。

(77) 佐藤・前掲注 (40) 160 頁。

(78) Bernsmann, a.a.O. (Anm. 52), 404; Lilie, a.a.O. (Anm. 37), § 123 Rn. 50; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O. (Anm. 37), § 8 Rn. 12.

の許諾も不要であると考えるのが一貫すると思われる。したがって、「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」という事例についても、(Aを装って立入りを行おうとしているBという)「その人」への許諾が実際に存在する以上、「その人」の立入りは侵入を構成しないことになる。<sup>(79)</sup>これに対して、この事例で本罪の成立を認めるとすれば、「実際の意思」が「特定の人物」の立入りをカバーしている必要があると理解し、Aの立入りに向けた許諾は、Bの立入りとの関係での心的バリアを取り払わないと解するか、あるいは、「人格の取り違え」の場合に限り、例外的に権利者の「真の意思」を考慮することが許容されると解する必要があるが、このような理解が正当化できるかは慎重な検討を要するであろう。

なお、心理的障壁にとって重要なのはあくまでも法益主体である住居権者の意思である。したがって、住居権者ではないが、実際に住居に滞留している者が立入りに許諾をしたとしても、ただちに侵入に該当しなくなると考えることはできない。確かに、この場合にも感覚的には「侵入」という言葉のニュアンスから外れるようにも思えるが、それだけで本罪の成立を否定するとすれば、まさに「文理のイメージの肥大化」であるとの批判が当たってしまうように思われる。そのような者の許諾が住居権者の指示によるものである場合、あるいは、そのような事情を行為者が誤信してい

(79) 松原・前掲注(34)117頁は、人違いによる拒否も有効であることから、その裏面である立入りの許諾においても、その理由を問題とせず、人違いによる許諾も有効と考えるべきであるとし、「その人」の立入りに対する許諾が存在する限り、人違いがあっても本罪の成立を否定すべきであるとする。

(80) このような誤信が存在する場合に、心理的障壁が欠落し「侵入」がそもそも成立しないと解するべきなのか、あるいは、「侵入」を肯定したうえで、故意を否定すべきなのかはなお検討を要する。「心理的障壁」を行為者側の「心理的抵抗」として理解する場合には、前者のような解釈もあり得るが、居住者側の意思による「パリケード」として理解する場合には、行為者の認識に関わらず、そのような「パリケード」自体は成立しているとも考えられることから、故意の問題として理解することも可能であろう。

る場合はともかく、住居権者の意思とは無関係になされた許諾は、本罪の成否を判断するにあたり重視すべきではないだろう。<sup>(81)</sup>

### 第 3 章 包括的同意と建造物侵入罪

前章では、居住者が個別の立入りに対して現実的に同意を与えたという、いわば「対面型」の事例を念頭に検討を加えたが、他方で、管理者が一般人や顧客の立入りを事前に包括的に認めており、これらの者に対して事実上開放されている建造物への立入りが問題となる事例に関しては、別途検討が必要である。

判例は、こうした建物への立入りが問題となる場合についても、管理者の「真の意思」に反することを根拠に広く本罪の成立を肯定している。例えば、最決平成19年7月2日刑集61巻5号379頁は、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行為について、同所の管理者である銀行支店長の意思に反することが明らかであるとして、建造物侵入罪の成立を肯定している。また、最決平成19年4月13日刑集61巻3号340頁は、体感器と称する電子機器を身体に装着してパチスロ機からメダルを不正に取得する目的でパチンコ店に立ち入った行為についても、建造物侵入罪の成立を肯定している。

これに対して、学説上は、管理者が立入りに対して「包括的同意」を与えていることを根拠に、建造物侵入罪の成立が否定されるとする見解も有<sup>(82)</sup>

(81) 郵便局員である被告人らが春闘におけるピラ貼りのため営業時間外の郵便局舎内に立ち入った大槌郵便局事件でも、最高裁は「局舎の宿直員が被告人らの立ち入りを許諾したことがあるとしても、右宿直員は管理権者から右許諾の権限を授与されたわけではない」（最判昭和58年4月8日刑集37巻3号215頁）として、宿直員の許諾が無効であることを示している。ただし、現実には建造物を監視している者が立入りを許諾したという事実は、後述する「実効的な措置の発動可能性」（第3章第3節）の認定に影響を及ぼしうるのであろう。

(82) 西田・前掲注(31)102頁、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂、2012年）

力に主張されている。確かに、前章での検討を踏まえば、事前になされた「実際の許諾」が及んでいる範囲での立入りに対しては、心的バリア性が失われ、「侵入」の成立が認められる前提が欠けるということができらるだろう。しかし、ここで検討を要するのは、この「実際の許諾」がいかなる範囲での立入りに対してまで及んでいると評価できるのかという点である。事実上開放された建造物であっても、文字通りあらゆる者の立入りが認められるわけではなく、管理者は立入りが認められる者の範囲に関して条件を設定することが通常である。したがって、設定された条件に違反してなされる立入りに対しては、なお心的バリアの突破としての「侵入」を認める余地が存すると解される。ただし、この「心的バリア」が、空間領域に対する実効的支配という見地から要求されるのだとすれば、管理者が設定したあらゆる条件に効力を認めることはできず、<sup>(83)</sup> そのような実効的支配に裏打ちされた「条件設定」にのみ、「実際の許諾」の及ぶ範囲を制限する効力を認めるべきであろう。<sup>(84)</sup> 以下では、「心的バリア」の実効性を検討する際に問題となるいくつかの観点についてそれぞれ検討を加える。

## 第1節 条件内容の外部的表示

立入りに際しての条件内容の外部的表示の存在は、条件違反の立入りに

81頁、山中・前掲注(73)191頁等。

(83) 従来の意思侵害説においても、公共建造物については、管理者の意思が恣意的なものであってはならず、一定の制約があるとの認識は共有されていたものといえる（平川宗信『刑法各論』（有斐閣、1995年）248頁、伊東・前掲注(70)131頁以下、安達光治「住居・建造物侵入罪における住居権者の意思侵害の意義」立命館法学300=301号（2006年）16頁等を参照）。

(84) こうした問題は、自動販売機やパチスロ機のような「自動機械」を通じた財物の占有移転が、占有者の意思に反するか否かを検討するに際しても同様に生ずるものである。窃盗罪における条件設定論については、拙稿「占有者の意思と窃盗罪の成否」早稲田法学92巻2号（2017年）81頁以下、橋爪隆「窃盗罪における『窃取』の意義について」刑法54巻2号（2014年）299頁以下、深町晋也「判批」論究ジュリ13号（2015年）190頁以下、山内竜太「詐欺罪および窃盗罪における被害者の確認措置の規範的意義」法政論究111号（2016年）252頁以下等を参照。

対する心理的障壁を強める点で、「侵入」を基礎づける方向に作用するものと考えられる<sup>(85)</sup>。

この外部的表示に関しては、立入りが管理者の意思に反することの故意を認定するための重要な間接事実にすぎないという理解もありうる。例えば、大槌郵便局事件判決（最判昭和58年4月8日刑集37卷3号215頁）の調査官解説では、「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<sup>(86)</sup>」との説明がされており、意思の外部的表示が基本的には故意の有無にかかわる問題であるという整理が前提にされていると考えられる。

しかし、本稿のように、「侵入」を単に管理者の意思に反しているか否かの問題とするのではなく、心理的障壁の突破の有無という観点を重視する立場からは、外部的表示の有無は「侵入」の成否、さらには本罪の客観的な不法とも関連すると考えられる。すなわち、条件内容の外部的表示により、条件に反する立入りへの心理的な抵抗が呼び起こされ、心理的障壁が強化されると理解できるものと思われる。したがって、仮に行為者がたまたま管理者の立入り拒否の意思を知っていたとしても、それが外部に表示されておらず、心理的障壁性が十分に根拠づけられない場合には、本罪の成立が否定されることもありうると思われべきである。近時でも、葛飾マンション事件の第1審判決（東京地判平成18年8月28日刑集63卷9号1846頁）が、「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。）、

---

(85) 江藤・前掲注(30)21頁は、建造物につき、具体的・明示的・客観的な拒絶の意思表示がなければ拒絶が有効とならないとし、その根拠を「人の看守する」要件の存在に求めている。

(86) 森岡茂「判解」最判解刑事篇昭和58年度（法曹会、1987年）74頁。



はじめてその立入りが違法性を帯びることとなる」との理解を示している<sup>(87)</sup>。また、同事件の最高裁判決（最判平成20年4月11日刑集62巻5号1217頁）の調査官解説も、「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<sup>(88)</sup>」としている。

ただし、心理的障壁性の判断に際して外部的表示の有無を絶対視することはできないであろう。条件内容の外部的表示を欠いている場合であっても、そのような条件が確立した社会慣習となっている場合には、心理的障壁性を肯定する余地があるように思われる。その限りで、前出最判昭和58年4月8日が、「建造物の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」にも建造物侵入罪が成立すると判示している点は一般論として支持できる。ただし、積極的な

---

(87) このような理解に基づき第一審は、本件マンションにおいては葛飾区の公報紙を除いて部外者がビラ配布等のため共用部分に立ち入ることを禁じる意思が来訪者に伝わるような実効的な措置が執られていたとはいえないから、被告人の立入り行為につき「正当な理由」のないものと認めることはできない旨説示して、本罪の成立を否定している。これに対して、控訴審（東京高判平成19年12月11日刑集63巻9号1880頁）は、政治ビラも掲示板のはり紙で禁止している「チラシ・パンフレット等広告」に含まれることは明らかであり、さらに、「管理人室の前を経て玄関内東側ドアを開けて進まなければ住戸部分に至らない構造となっているのであるから、少なくとも玄関内東側ドアより先への立入りが禁止されていることを来訪者に伝えるための実効的な措置が執られていなかったとはいえない」として本罪の成立を肯定している。このように、第一審と控訴審で結論が分かれたのは、本件マンションで立入禁止の実効的な措置が執られていたかどうかという評価の違いに基づくものであり、はり紙等を含めた立入禁止の措置が実効的なものであることを要求する点では共通の理解に基づいていると考えられる。

(88) 西野吾一「判解」最判解刑事篇平成21年度（法曹会、2013年）544頁。

明示を欠いている分だけ、心理的障壁性が十分に基礎づけられているかどうかについてはより慎重な検討が必要となろう。

反対に、外部的表示が存在する場合であっても、それだけで心理的障壁性が根拠づけられるとはいえない。例えば、「ピラの投函は禁じます。」等の表示は存在するものの、それが訪問者に自制・注意を促すようなものによらず、単なる一般的・抽象的な注意勧告として受け止められているというのが実態である<sup>(89)</sup>という場合には、ピラ配布のための立入りに対する心理的障壁が十分に根拠づけられているか疑わしいといえるだろう。いずれにせよ、外部的表示の有無は、それ自体に本罪の成否を左右する決定的な意義があると解すべきではなく、空間領域に対する実効的支配の観点から、事案ごとにその意義を慎重に検討する必要がある。

## 第 2 節 立入りの外観

さらに、行為者の「立入りの外観」の異常性を重視すべきであるとする見解も有力に主張されている。ドイツの通説は、立入りの外観 (äußere Erscheinungsbild) が、許された行為態様から著しく逸脱された場合のみ本罪が成立するとしている。例えば、万引きの目的を秘して店に立ち入る場合には、本罪の成立が否定されるのに対して、銀行強盗が、銃器を手にしたり、あるいはマスクをかぶったりして営業時間中に銀行に押し入る場合には、本罪の成立が認められると解されている<sup>(91)</sup>。また、我が国におい

(89) 関哲夫『続々・住居侵入罪の研究』(成文堂、2012年)198頁は、葛飾マンション事件におけるはり紙について、『『悪質なパンフレット・チラシ等にわずらわされたくない』とか、『詐欺まがいの内容のパンフレット・チラシ等は投函されたくない』、『パンフレット・チラシ等に関わるトラブルを避けたいので、あらかじめ一般的に拒否する意思表示しておく』という程度の一般的・抽象的な内容の意思表示と考えるのが実態に即している」と指摘している。

(90) Geppert, a.a.O. (Anm. 39), 381; Lilie, a.a.O. (Anm. 37), § 123 Rn. 54; Schäfer, a.a.O. (Anm. 37), § 123 Rn. 33; Ostendorf, a.a.O. (Anm. 37), § 123 Rn. 32; Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 37), § 123 Rn. 26.

(91) Lilie, a.a.O. (Anm. 37), § 123 Rn. 52; Ostendorf, a.a.O. (Anm. 37), § 123 Rn.

ても、外観上判断可能な属性についての錯誤に限って、管理者の（包括的）同意を無効にするとして、例えば、偽造の入場券や会員証を提示して立ち入る行為は「侵入」に該当する一方、正規の入場券や会員証を有する者が違法目的を隠して立ち入ったとしても同意は有効であり、本罪は成立しないとの理解が示されている<sup>(92)</sup>。

このように立入りの外観を重視することの根拠は、従来の学説において以下のように説明されてきた。すなわち、違法目的が外観から判明しない場合には、看守者が現場で個別にチェックを行ったとしても、当該人物の立入りを許可していたであろうことから、外観に異常のない通常の形態での立入りに対しては、包括的同意ないし有効な推定的許諾が及んでいる<sup>(93)</sup>というのである。

また、管理者による「リスクの考慮」に着目してこれを説明する見解も主張されている<sup>(94)</sup>。例えば、専田泰孝は、スーパーマーケットやデパートが、入店の可否を個別に判断せずに、来店者全員に包括的に建造物への立入りを許しているのは、顧客の便宜やコストの節約を考え、「個別判断を行わないで包括的に入店を許す」という営業形態を選択したからであると

29; Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm. 37), § 123 Rn. 26; Wessels/Hettinger, § 13 Rn. 591. これに対して、Bernd Steinmetz, Forum: Hausfriedensbruch bei Räumen mit genereller Zutrittslaubnis, JuS 1985, 95 は、銃器の取り出しやマスクの装着が立入り時点でなされていたか、立入り後になされたかという偶然により本罪の成立が左右されるのは不当であると批判する。同様の批判として、川本・前掲注(19) 63頁、佐伯・前掲注(54) 59頁も参照。

(92) 伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、2007年）108頁〔齊藤彰子〕、高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2014年）150頁以下。

(93) 町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究 第2巻』（有斐閣、1981年）219頁以下、山口・前掲注(20) 74頁、同『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）126頁。これに対して、包括的同意と推定的同意は異質の法形象であり、両者を並べて援用するのはミスリーディングであるとするのは、小林・前掲注(65) 299頁。

(94) 井田良「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論〔第5版〕』（有斐閣、2003年）33頁、専田泰孝「判批」法学教室330号別冊判例セレクト2007（2008年）31頁、宮川基「建造物侵入罪と包括的承諾」東北学院法学74号（2013年）34頁以下。

分析したうえで、違法目的の行為者の立入りだけを取り出せばマイナスである場合であっても、包括的に立入りを認める営業形態全体で考えれば、そのなかで当該行為者の立入りが認められたとみる余地があると説明して<sup>(95)</sup>いる。また、宮川基も、立入りの外観が重視される根拠について、「建造物の管理者が、その建造物へ一般人や顧客が立入ることを承諾した場合、一般人や顧客を装って、違法目的で立ち入る者が出て来ることは予見可能である。それにもかかわらず、包括的承諾をした以上は、そのような者が立ち入ることのリスクは建造物の管理者が負担すべきである。立入りの外観が、一般に許容されている形態であるならば、たとえ立ち入った者が違法目的を有していたとしても、建造物侵入罪を否定すべきである<sup>(96)</sup>」との説明を行っている。これらの説明においては、建造物の管理者が個別の審査・確認を放棄しており、違法目的での立入りが行われる危険を理解していることが重視されているといえよう。

しかし、「危険の理解」を「同意」と同視することはできないはずであり、そうであるとすれば、なぜ「危険の理解」が本罪の成立を否定することに結びつくのかについて、更なる説明が必要であろう。また、このような「危険の理解」は、例えば万引き目的の立入りに対してだけでなく、万引き自体に対しても及んでいることから、建造物侵入罪のみならず、窃盗罪の成立までも否定されてしまわないかが問題となる<sup>(97)</sup>。宮川は自説の適用範囲を建造物侵入罪にとどめることでこの問題を回避している<sup>(98)</sup>が、こ

---

(95) 専田・前掲注 (94) 31頁参照。なお、伊藤司「刑法各論覚書(2)」法政研究(九州大学) 63巻3=4号(1997年) 1026頁は、デパートメント・ストアが『百貨店』として『オープン・マーケット』システムを眼目として売り上げを伸ばし今日の繁栄を築き上げたといつてさしつかえないとすると、歴史的・社会的にみて、外見上問題のない形で立ち入る限り、立入が社会的相当性を欠くとはいえないとしている。

(96) 宮川・前掲注 (94) 34頁。

(97) 斎藤信治『刑法各論〔第4版〕』(有斐閣、2014年) 64頁、松原・前掲注 (34) 115頁注23参照。

(98) 宮川・前掲注 (94) 36頁以下。

のような適用範囲の限定がいかなる理由で正当化されるのかも十分明らかではない。

本稿の立場によれば、本罪の成否との関係で立入りの外観が有する意義に関しても、「侵入」を基礎づける心理的障壁性の観点から理解される。すなわち、違法目的が外観から明らかであるなど、立入りの態様が異常な場合には、当該立入りを阻止する実効的な対応・措置が発動される可能性があり、このような可能性の存在が、立入りに対する心理的障壁を基礎づけると考えられるのに対して、違法目的が内心にとどまっている場合には、そのような可能性が認められないため、空間領域に対する実効的支配が欠けており、心理的障壁が基礎づけられないと考えられるのである。<sup>(99)</sup>「包括的同意」や「危険の理解」という説明は、管理者の主観面にのみ着目しているかのような印象を与えるものであるが、その実体は、このような客観的状态の主観的反映であると理解すべきである。<sup>(100)</sup>前出最決平成19年7月2日は、カード暗証番号等を盗撮する目的で銀行支店出張所に立ち入ることが銀行支店長の意思に反するものであることを強調し、「その立入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと特に異なるものでなくても、建造物侵入罪が成立する」とした。本決定は、一般に客等の立入りが許容されているような場所への公然な立入りについて、最高裁が初めて本罪の成立を認めたものであるが、<sup>(101)</sup>同事件で心理的障壁が十分に基礎づけら

---

(99) Lilie, a.a.O. (Anm. 37), § 123 Rn. 54 は、商店という「半開放的な (halböffentlich)」領域に窃盗目的で立ち入る者は、心理的な柵を乗り越える必要がなく、ただ、権利者が全ての人に一般に立入りを許していることに乗じるだけである、とする。Amelung/Schall, a.a.O. (Anm. 51), 567 も参照。

(100) 松原・前掲注 (34) 115頁参照。

(101) 山口裕之「判解」最判解刑事事篇平成19年度（法曹会、2011年）225頁参照。下級審判例としては、日本共産党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警察署庁舎に立ち入る行為について、建造物看守者の意に反して建造物に入った以上、その立入りが平穩公然になされたものであっても本罪が成立するとした東京高判昭和27年4月24日高刑集5巻5号666頁、共同通信会館にビラの配布等建物管理者の定めた禁止事項を行う目的で入る行為について、「禁止事項を目的に立入者も外見上、それと明らかに認め得ない限り一般人と識別することは不可能で

れているといえるかは、なお検討の余地があるように思われる。<sup>(102)</sup>

### 第 3 節 実効的な措置の発動可能性

もっとも、この「実効的な措置の発動可能性」をどこまで具体的に要求できるかという点についてはさらなる検討が必要である。例えば、偽造の入場券や会員証を提示することで、係員の許諾を受けて立ち入る行為については、「立入りの外観」を重視する見解においても本罪の成立が肯定されているが、このケースで、仮に偽造が精巧であったため、実際に係員が偽造を見抜いて立入りを阻止できる可能性がほとんど皆無であったという場合には、「実効的な措置の発動可能性」が認められないとして、本罪の成立が否定されるべきであろうか。あるいは、見抜けないような女装をして盗撮目的で女性用トイレに入る行為についても、同様の問題が生ずるであろう。これらの場合に本罪の成立を否定することに対しては異論もあり得るところである。<sup>(103)</sup>

そこで、このような実効的な措置の発動可能性を、心理的障壁の必要条

---

あり、事実上その立入りを阻止することはできないが、管理者の意思に反する立入りであることは否定できない」として本罪の成立を認めた東京高判昭和48年3月27日判タ239号227頁がある。

(102) なお、「立入りの外観の異常性」や「実効的な措置の発動可能性」は、事実上開放された建物における心理的障壁を基礎づけるために考慮が必要となるのであり、「侵入」の判断において常に重要となるわけではない。したがって、事実上の開放があるとはいえない「住居」への立入りについて、「立入りの外観が平穏だから居住者の意思に反しても侵入でない」とすることが不当である（塩見・前掲注(19) 155頁）のは当然である。

(103) 齊藤・前掲注(92) 108頁、高橋・前掲注(92) 150頁。なお、虚偽の氏名を記載した傍聴券を提示して参議院に立ち入る行為に本罪の成立を認めたものとして、東京高判平成5年2月1日判時1476号163頁がある。

(104) 勝亦藤彦「自由に対する罪」曾根威彦＝松原芳博『重点課題 刑法各論』（成文堂、2008年）59頁注47は、立入り段階で被害者にとって錯誤が回避可能な場合には刑法上の保護を認めるが、逆に、被害者にとって錯誤が回避不可能な場合に刑法上の保護を否定することは、「被害者の答責性の程度と被害者へのリスク配分の関係にバランスを欠く」と指摘している。

件と解するのではなく、あくまでもこれを基礎づけるための諸ファクターの1つに過ぎないという理解をすることも考えられる。すなわち、立入り阻止の実効的な措置の発動可能性が存在しない場合であっても、例えば、条件内容の外部的表示のような、これを補完する別の要素が存在すれば、諸要素の総合判断を通じて心理的障壁を基礎づけることも可能であると考えるのである。このような理解によれば、精巧に偽造された入場券や会員証を提示して立ち入る場合においても、そのようなチェックシステムの存在自体から、管理者の条件設定に対する「真剣さ」が表明されていると評価できるため、心理的障壁の突破を認める余地があることになる。しかし、このような理解は、本罪の成立範囲を柔軟に判断することを可能とする一方で、「総合判断」の名の下に、恣意的に結論を左右するという問題を抱えている。

また、盗撮目的で女性用トイレに入る行為については、「入ってはいけない」というルールが心理的障壁として成立していると考えて、その突破を認めることができるという説明も試みられている<sup>(105)</sup>。しかし、このように考える場合には、「心理的障壁」概念が過度に抽象化・観念化され、その解釈論上の意義が損なわれてしまうように思われる。この説明によれば、女性が盗撮目的で女性用トイレに入る場合にも、同様に「(盗撮目的で)入ってはいけない」というルールが心理的障壁として成立しているとも考えうる<sup>(106)</sup>。あるいは、万引き目的で商店に立ち入る事例についても、「(万引き

(105) 佐伯・前掲注(54)62頁。

(106) 和田・前掲注(30)59頁以下は、立入り目的に錯誤があっても、許諾は有効であり、真の立入り目的を把握した上で立入りを許諾する自由は本罪の保護法益に含まれないと解すべきであるとしつつ、「意思に基づき一定の目的実現のために他人を立ち入らせることも、保護が目指されるべきである」として、「客観的な属性」を偽った場合には本罪の成立が肯定されるべきであるとす。しかし、住居権者・管理権者の目的実現の保護という観点から、客観的な属性と主観的な目的を異なると扱う理論的な根拠があるかは疑問である(小林・前掲注(65)297頁参照)。両者を区別する意義を見出すとすれば、客観的な属性は、立入りの際のチェックを通じて判断が可能な場合があり「実効的な措置の発動可能性」が生じうるという点に求

目的で「入ってはいけない」というルール突破があるとして、建造物侵入罪の成立が認められることにもなりかねないであろう。ここでは結局、立入りに際しての違法な目的が本罪の成立を基礎づけており、「心理的障壁」概念はほとんど解釈論上の機能を失っているとわざるを得ない。

このような過度の抽象化・観念化を避けるためには、やはり「実効的な措置の発動可能性」の存在という事実的な基盤を、心理的障壁を基礎づけるための必要条件として要求すべきであろう。もちろん、実効的な措置の確実な発動までは要求しえないが、その発動が現実的にありうる場合に限って、心理的障壁の存在が認められると解すべきである。その可能性が実際にどの程度要求されるかは、心理的障壁性を基礎づける他の要素の強弱との関係で変動する余地があるが（その限りでは「総合判断」とならざるを得ない）、およそ立入りを阻止する実効的な措置の発動可能性が認められない場合には、上記の各事例においても本罪の成立が否定されるべきである。

## 第 4 章 おわりに

本稿では、住居侵入罪を素材として、法益主体の「真の意思」と犯罪の成否との関係について検討を加えた。

本罪の保護法益を空間領域に対する支配権として理解する本稿の立場からは、「侵入」を認めるために、空間領域への自由な立入りを制限する心理的障壁の克服が必要とされる。正しい情報を与えられていれば形成していたであろう仮定的な「真の意思」は、この「心理的障壁」を基礎づけることができないため、本罪の成否において考慮すべきではない。むしろ、「心理的障壁」の性質を決定づけるのは、その都度形成される居住者の「実際的意思」であり、この観点からは、居住者が当該人物の立入りを実際に許諾していたかどうかが決定的となるのである。このような障壁性の

---

めざるを得ないように思われる。



観点は、居住者間の意思が一致しない「意思の対立」の事例や、「強制に基づく立入り」<sup>(107)</sup>の事例の解決にも資するであろう。

また、管理者が一般人や顧客の立入りを事前に包括的に認めており、これらの者に対して事実上開放されている建造物への立入りが問題となる場合についても、この「心理的障壁」の突破の有無という観点が重要となる。管理者は立入りが認められる者の範囲に関して条件を設定することができるが、管理者の裸の願望の全てを建造物侵入罪で保護することはできない。障壁の克服として本罪を理解する立場からは、条件に反する立入りに対する障壁性が十分に基礎づけられていると評価可能な範囲でのみ、条件設定に効力を認めるべきである。この障壁性を判断する観点として、本稿では、①条件内容の外部的表示、②立入りの外観、③実効的な措置の発動可能性について検討を試みたが、「心理的障壁」概念の過度な抽象化・観念化を避けるためには、少なくとも「実効的な措置の発動可能性」の存在は必須の要件とすべきである。

---

(107) 居住者の抵抗を押し切って住居に無理やり立ち入るような「絶対的強制」の場合には、障壁の突破を容易に認めることができるであろう。これに対して、居住者の利益状況を支配して立入りを許容させる「心理的強制」の場合には、立入りの時点で拒絶の意思が放棄させられているため、障壁の突破の有無についてなお検討の余地があろう。心的バリアを具体的に解し、後者のような「やむを得ずであっても許容した」といえる場合には、本罪の成立を否定すべきであるとするのは、佐藤・前掲注(40)162頁。

