
論 説

侵入（刑法 130 条前段）と住居権者、 管理権者の意思

齊 藤 彰 子

- 一 はじめに
- 二 立ち入りの外形的態様のみに着目する見解
 1. 平野説・山口説
 2. 建物の一般的開放性に基づく制約
 3. 実質的な利益侵害と立ち入り態様の不穏性との関係
- 三 立ち入る者の客観的属性に限って考慮する見解
 1. 既知の（「顔」を知っている）特定人という属性に限定する見解
 2. 客観的属性全般を考慮する見解
 3. 主観的属性（立ち入り目的）を考慮することの是非
- 四 管理権者等の立ち入り拒否意思に規範的制約を加える見解
 1. 公共建造物について
 2. 不特定多数の者の利用が予定されている建物について
 - (1) 「公共性」に基づく制約
 - (2) 客観的な利用・管理の状況による制約
 3. 住居、集合住宅について
 - (1) 客観的な要保護性
 - (2) 「公共性」に基づく制約
 4. 建物の本来的な利用ないしは管理・支配そのものの阻害という基準
 - (1) 不退去罪の成立を認めれば十分であるという観点
 - (2) 住居等侵入罪の保護法益の侵害はいかなる場合に認められるか
- 五 「実効的な」支配を要求する見解
 1. 「心理的障壁」の存在を要求することの意味
 2. 管理権者等の立ち入り拒否意思と「心理的障壁」
 3. 心理的障壁を基礎づける社会慣習について

一 はじめに

刑法 130 条前段に規定されている住居等侵入罪における「侵入」の意義に関しては、住居権者、管理権者の意思に反する立ち入りと解したうえで、「その人」が立ち入ることを承諾した以上、その属性や立ち入りの目的等について錯誤があったとしても、本罪で問題にすべき利益（「誰を立ち入らせ、誰の滞留を許すかを決める自由」）の侵害はなく、本罪の成立は否定されるべきであるとする見解が、以前から有力に主張されている¹⁾。このような立場からは、立ち入りが住居権者等の意思に反するかどうかを判断する際には、外部からわからない立ち入りの目的等は考慮すべきではなく、外形的な立ち入りの態様のみが考慮されるべきことになる。その背後には、立ち入り目的の違法性、不当性を理由に住居権者等の意思に反することを認めると、実質的には、未だ内心にとどまっているにすぎない（犯罪）目的を根拠に処罰することになり、それ自体としては不可罰な他罪の予備段階の行為が広く処罰されることになるが、これは同罪の処罰範囲を不当に拡大するものであるとの実質的考慮が働いている²⁾。

他方、裁判所は、一貫して、現に行われた立ち入りが住居権者等の意思に反するかどうかを判断する際には、立ち入りの目的も考慮要素になるとの立場をとっており³⁾、たとえば、犯罪行為や違法な行為を行う目的での立ち入り⁴⁾、あるいは、管理権者が建物管理の必要上禁止する事項を行う

1) 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977）184 頁、同「住居侵入について—— 刑事法ノート 5」警察研究 57 巻 7 号（1986）12 頁、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報 1 号（1985）98 頁、山口厚「刑法 130 条前段にいう『侵入』の意義」警察研究 56 巻 2 号（1985）82 頁、同『問題探究刑法各論』（有斐閣、1999）75 頁、曾根威彦『刑法各論〔第 5 版〕』（弘文堂、2012）81 頁、中森喜彦『刑法各論〔第 4 版〕』（有斐閣、2015）80 頁など。

2) 平野・前掲注 1）警察研究 57 巻 7 号 14 頁、鈴木左斗志「判批」判例セレクト '95（1996、法学教室 186 号別冊付録）35 頁、中森・前掲注 1）80 頁。

3) 最判昭和 58 年 4 月 8 日（刑集 37 巻 3 号 215 頁）、最決平成 19 年 7 月 2 日（刑集 61 巻 5 号 379 頁）。

4) 最判昭和 23 年 5 月 20 日（刑集 2 巻 5 号 489 頁）、最大判昭和 24 年 7 月 22 日（刑集 3 巻 8 号 1363 頁）、東京地判昭和 44 年 9 月 1 日（刑事裁判月報 1 巻 9 号 865 頁）、大阪地判昭和 48 年 4 月 6 日（判例時報 717 号 107 頁）、東京地判平成 7 年 10 月

目的での立ち入り⁵⁾について、そのような目的での立ち入りが管理権者の意思に反することは明らかであるとして、住居等侵入罪の成立を肯定する例が多数存在する。このような裁判所の立場からは、建物の管理権者は、都合の悪い行為を目的とした立ち入りを禁止することによって、どのような行為でも犯罪化することができることになり⁶⁾、たとえば、万引き目的を秘して、一般の客を装ってデパート等に立ち入った場合にまで、理論的には同罪の成立が認められることになってしまうとの批判が、前記学説の立場から、繰り返しなされている。さらに、近時、ビラの配付といった、それ自体としては適法な行為を行う目的で、集合住宅の敷地や共用部分に立ち入った者が、住居等侵入罪に問われる事例が相次いだことから⁷⁾、立ち入り目的を考慮して、そのような目的での立ち入りが住居権者等の主観的な意思に反することを理由に、広く同罪の成立を肯定することへの批判がいつそう高まっているように思われる⁸⁾。

しかし、結論から言えば、筆者は、そのような批判には必ずしも賛成しえないと考えている。学説においては、住居権者等の主観的な意思に反する立ち入りの全てが「侵入」に該当するわけではなく、その広狭に差はあるものの、住居等侵入罪の成立を限定する様々な試みがなされている。そこで、本稿では、それらの限定が理由のあるものなのかどうかを検討することとしたい。

12 日（判例時報 1547 号 144 頁）、大阪高判平成 15 年 7 月 10 日（刑集 58 巻 2 号 178 頁）など。

- 5) 東京高判昭和 27 年 4 月 24 日（高刑集 5 巻 5 号 666 頁）、東京高判昭和 48 年 3 月 27 日（東京高等裁判所（刑事）判決時報 24 巻 3 号 41 頁）、東京地判昭和 48 年 9 月 6 日（刑事裁判月報 5 巻 9 号 1315 頁）、仙台高判平成 6 年 3 月 31 日（判時 1513 号 175 頁）など。
- 6) 佐伯仁志「住居侵入罪」法学教室 362 号（2010）104 頁。
- 7) 最判平成 20 年 4 月 11 日刑集 62 巻 5 号 1217 頁、最判平成 21 年 11 月 30 日刑集 63 巻 9 号 1765 頁。
- 8) 松宮孝明「ポスティングと住居侵入罪」立命館法学 297 号（2004）1 頁以下、同「判批」法学セミナー 627 号（2007）117 頁、同「判批」法学セミナー 639 号（2008）113 頁、同「判批」法学セミナー 643 号（2008）123 頁、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——ある事例を出発点に——」立命館法学 300・301 号（2005）1 頁以下、同「ポスティング刑事規制の刑法解釈論上の問題点——「立川事件」第一審判決の評価を中心に」法の科学 37 号（2006）168 頁以下、同「立川自衛隊宿舍反戦ビラ入れ事件」に関する小考」立命館法学 310 号（2006）1 頁以下、同「集合住宅でのポスティングは「邸宅侵入罪」か？」法学セミナー 616 号（2006）6 頁以下、同「集合住宅でのポスティングの意味と刑事規制の限界」法律時報 82 巻 9 号（2010）8 頁以下、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 55 巻 1 号（2008）144 頁以下など。

二 立入りの外見的態様のみに着目する見解

1. 平野説・山口説

既述のように、問題の立ち入りが住居権者、管理権者の意思に反するかどうかを判断する際に、外形からはわからない、立ち入る者の属性や主観的な立ち入り目的は考慮すべきではないとする見解は、住居等侵入罪が住居等への立ち入りだけを対象としていることを理由に、同罪の保護法益につき、住居等の内部において守られるべき実質的利益を含めることを拒否し、もっぱら住居等への立ち入りの許諾の自由と解する立場からの帰結である。この考え方によれば、営業時間中の店舗や駅舎、開庁時間中の庁舎など、一般の利用者に開放されている建物への立ち入りについても、その外形的態様に異常がなければ、たとえ当該立ち入る者が、かりに管理権者がそれを知ったならばその立ち入りを拒否していたであろうような行為を行う目的をもっていったという場合であっても、住居等侵入罪の成立は否定されることになる。そのような目的が外観から判明しないかぎり、管理権者が出入口において個別に立ち入り許否の判断を行っていたとしても、その人の立ち入りを許諾していたであろうと考えられることから、推定的許諾がある（ないしは包括的承諾の範囲内の立ち入りである）と解するのである⁹⁾。このような場合には、立ち入り目的が明らかになった段階で不退去罪の成否を問題とすれば足りるとされている¹⁰⁾。

しかし、このように住居等の内部において守られるべき実質的利益（への危険）を考慮することを一切拒否する立場に対しては、住居権者、管理権者としては、およそ立ち入りを認めるかどうかの二者択一的な決定しかできず、立ち入る者の属性・立ち入りの目的に関し条件をつけてもそれはいっさい法的に無意味というのでは、保護法益の内容があまりにも空虚なものとなってしまうとの批判がなされている¹¹⁾。実際にも、たとえば強盗

9) 山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010）126頁、佐伯・前掲注6）104頁、曾根・前掲注1）82頁、西田典之・橋爪隆補訂『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂、2018）114頁。

10) 平野・前掲注1）警察研究57巻7号14頁、曾根・前掲注1）82頁。

11) 只木誠・刑法判例百選Ⅱ〔第5版〕（2003）31頁、毛利晴光・大塚仁ほか『大コンメンタール刑法第7巻〔第3版〕』（青林書院、2014）275-276頁、塩見淳『刑法の道しるべ』（有斐閣、2015）151-152頁、井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、

の意図を秘し、宅配業者を装って、住居権者の許諾を得て住居に立ち入った場合、上記の見解からは、「その人」が立ち入ること自体については有効な承諾があったとして、住居等侵入罪の成立は否定されることになるだろうが、この場合、かりに住居権者がインターフォンのモニター越しに行爲者の顔や外見を確認していたとしても、住居権者はその外見を基準として立ち入りを認めたわけではなく、あくまでも宅配業者という属性があるからこそ、立ち入りを認めたものと考えられるのである。とすれば、このように一定の属性が立ち入りを許諾する前提をなしている場合には、当該属性に関する錯誤がある場合についても、やはり承諾は無効となり、住居等侵入罪が成立すると解するのが妥当なのではないだろうか¹²⁾。また、この事例で住居等侵入罪の成立を否定する立場は、同じく強盗目的で、被害者の後をつけ同人が玄関ドアを開けて中に入る際に、隙を突いて立ち入ったという場合には同罪の成立が認められることと不均衡であるとの批判を免れないように思われる¹³⁾。

住居等侵入罪の客体たる住居や人の看守する建造物等は、外部とは区別されたその内部が、日常生活を営む場所、あるいは一定の業務、営業活動を行う場所などといったように、一定の機能、用途を有する空間として形成され、支配・管理されているがゆえに、その機能、用途からして正当な理由のない立ち入りから保護されることとなっているものと考えられる。このように、建物内部の空間が、その有する機能、用途に合致して利用されている状態、ないしは、そのような状態を形成、維持すべく、当該空間を支配・管理する自由が、同罪の保護法益たる「住居権」の内容をなすと解されるならば¹⁴⁾、建物の機能、用途に適合する立ち入りを認めることもまた、住居権者、管理権者によってなされている、建物内部の空間の形成、支配・管理の一環をなすものということになり、そうすると、立ち入る者の属性や立ち入り目的もまた、その立ち入りが当該建物の機能、用途に適合するかどうか、したがって、管理権者等にとって立ち入りを認めるかど

2016) 150 頁、井田良・佐藤拓磨『新・論点講義シリーズ 2 刑法各論〔第 3 版〕』（弘文堂、2017）73 頁。

12) 橋爪隆「住居侵入罪をめぐる問題」法学教室 447 号（2017）100-101 頁。

13) 井田・佐藤・前掲注 11) 73 頁、井田・前掲注 11) 150 頁、只木・前掲注 11) 31 頁、同「建造物侵入罪における『侵入』概念について」井田良ほか『川端博先生古稀記念論文集下巻』（成文堂、2014）99-101 頁、塩見・前掲注 11) 161 頁。

14) 塩見・前掲注 11) 161-162 頁。

うかの判断の前提をなすものである限り、問題の立ち入りが管理権者等の意思に反するかどうかを判断する際に考慮の対象から除外すべき理由はないし、むしろ、上記法益そのものにかかわるものとして積極的に考慮の対象にすべき理由があるということになる。

このように、住居等の内部において守られるべき実質的利益（への危険）の考慮、言いかえれば、住居権者、管理権者等が、どのような理由で、どのような点を考慮して立ち入りの許否を判断したのかの考慮が必要であるのだとすれば、不特定多数の利用者に開放されている建物への立ち入りについて、その外形的態様に異常がなければ、管理権者が出入口において個別に立ち入り許否の判断を行っていた場合、その人の立ち入りを許諾していたであろうと認められるとしても、かりに管理権者がその立ち入り目的等を知ったならばその立ち入りを拒否していたであろうと認められる場合には、その許諾は無効となるので、個別の立ち入り許否の判断をしていない場合について、推定的許諾や包括的承諾を根拠に、外形的態様に異常のない立ち入りにつき一律に「侵入」該当性を否定するとの結論を導くことはできなくなる¹⁵⁾。

2. 建物の一般的開放性に基づく制約

学説の中には、一般の利用者に開放されている建物への立ち入りについて、「はじめから不特定多数の者の利用を予定しているという施設の性格」、「当該領域の一般的開放性」を根拠に、管理権者の立ち入り拒否の意思は制約されるとして、同様の結論を導く、すなわち、「侵入」に該当するかどうかは、もっぱら立ち入りの外形的態様に基づいて判断されるがゆえに、通常の態様でなされる穏当な立ち入りについては「侵入」該当性が否定されるとする見解も存在する¹⁶⁾。しかし、かりに、「はじめから不特定多数の者の利用を予定しているという施設の性格」、「当該領域の一般的開放性」の意味するところが、立ち入りの段階でその許否を個別に判断することが行われておらず、事実上誰でも立ち入ることができる状態になっていると

15) 伊藤栄二「判批」研修712号(2007)22-23頁、塩見淳・刑法判例百選Ⅱ各論〔第6版〕(2008)35頁。

16) 安達光治「判批」立命館法学319号(2008)100-103頁。

ということなのだとすれば、實際上立ち入り自体が阻止されることはない、という点では、立ち入りの外形的態様の如何による違いはないにもかかわらず、外形上異常のある立ち入りに限って「侵入」該当性が肯定されることになる根拠が明らかではないように思われる¹⁷⁾。実際の結論としても、強盗犯が、店舗の出入口ドアを通過する際には拳銃を上着のポケットに忍ばせておいて、店舗内に数歩入ったところで取り出した場合と、拳銃を外から見える形で手に持った状態でドアを通過した場合とで、前者については建造物侵入罪が成立せず、後者の場合は成立するというふうに異なる取り扱いをすることに理由があるとは思われない¹⁸⁾。建物内部の空間がその有する機能、用途に合致して利用されている状態、ないしは、そのような状態を形成、維持すべく、当該空間を支配・管理する自由という住居等侵

17) この点について、「実態に即して考察すると、管理権者は……、警備員等に対し、一見して立ち入らせることの不合理性が明らかな、たとえば凶器等を露出させて大声を出しながら立ち入ろうとするような者を除き、包括的に同意の付与を委任している」と捉える方が社会的な事実 に即している。」（小林憲太郎・西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法第2巻 各論（1）§§77～198』（有斐閣、2016）298頁）とか、「スーパーマーケットやデパートのような一般に開かれた店舗では、入店の可否を個別に判断するということが通常行わないが、これは、店側が、外形上明らかに入店拒否を要する者以外は『万引き目的の者も含めて来店者全員に包括的に建造物への立入りを許し』その上で入店者の店内での行動を監視するという戦略を選択したからだと思う。これらの店では、一般に、違法な目的が明白な場合は個別的に入店を拒否するが、そうでない入店者には特に関心を示さない。違法な目的が外形上明白でない立入りについては、そのなかに万引き目的のものがあるとかわかっていても、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んだわけである。そして、そうだとすると、それは結局、『個別判断で立入りを拒否できる自由を放棄してでも』そのような営業形態から生じるメリットの方をとったということだろう。」（専田泰孝『判例セレクト 2001-2008』（有斐閣、2010）286頁）とする見解が主張されている。出入口において個別に立ち入り許可の判断を行っていないという管理の実態から認定される管理権者の意思は、外形上明らかに入店拒否を要する者以外は建造物への立入りを許す、という内容になるということであらうか。立ち入り目的の違法性それ自体が立ち入りの「侵入」該当性を基礎づけるのではなく、立ち入り目的は、あくまでも当該立ち入りが住居権者、管理権者の意思に反するものかどうかを判断する際の考慮事情の一つであり、その違法性は、住居権者、管理権者の立ち入り拒否の意思を推測させる事情となることが事実として多いというにすぎないことからすれば、上記見解の主張するような認定が可能な場合もあろう。しかし、出入口におけるチェックがなされていない一般に開放されている建物については常に、上記のような認定がなされるべきであるとまで主張する趣旨であるならば、賛成できない。管理権者は、個別の立入り者の目的がわからなくても特定の目的を取り上げて包括的に立ち入りを承諾しないことは可能であり（塩見・前掲注11）160頁）、そのような包括的な立ち入り拒否の意思が認定できる場合もありうるからである。

18) 佐伯仁志「刑法における自由の保護」法曹時報 67 巻 9 号（2015）59 頁。

入罪の保護法益との関係では、店舗という建物の性質、用途に合致する利用と認められる余地のない強盗目的での立ち入りであることが意味を有するのであって、その立ち入りの客観的態様の如何（したがって、その立ち入り目的を立ち入りの時点で管理権者が認識可能であったかどうか）で法益侵害の有無・程度に差が生じるとは思われないのである。

したがって問題は、立ち入った者の目的や属性を（仮に立ち入りの段階で管理権者等が知っていたならば、それを）根拠に立ち入りを拒否することができるかどうかであって、拒否できる、すなわち、そのような住居権者、管理権者の立ち入り拒否の意思は住居・建造物等の内部空間を形成・支配する自由として刑法上保護に値するといえるのであれば、そのような立ち入り目的、属性を有する者が、住居権者等の目を盗んで立ち入った場合であろうと、その目的、属性に気づいた住居権者等の制止を振り切って立ち入った場合であろうと、その目的、属性を秘して住居権者等の承諾を得て立ち入った場合であろうと、法益侵害性において違いはない。その目的、属性を秘して住居権者等の承諾を得て立ち入った場合にのみ、その目的、属性が住居権者に判明して退去要求がなされるまで犯罪の成立を遅らせるべき理由はない。

建造物を一般に開放すれば、違法目的を隠して立ち入る者がいることは当然予測可能であるから、それにもかかわらず、建造物の管理権者が包括的承諾という態様の承諾をした以上は、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なのであって、そのリスクを負担したくないならば、建造物の入り口すべてに警備員を配置し、立ち入ろうとする者に違法行為を実行する目的を有しているかどうか質問し、その点について虚偽の回答をした場合に、建造物侵入罪の成立を肯定すればよいとする見解も主張されている¹⁹⁾。しかし、法益侵害が予期されるにもかかわらず、それを防止する効果的措置をとらない者は、その侵害に同意しているということはできず²⁰⁾、また、自ら法益侵害を防止する措置をとっていなければ、その要保護性が低下するないしは否定されるということも、一般にはいえないであろう。くわえて、そこで要求されている「建造物の入り口すべてに警備員を配置し、立ち入ろうとする者に違法行為を実行する目

19) 宮川基「建造物侵入罪と包括的承諾」東北学院法学 74 号 34-36 頁。

20) 山口・前掲注 1) 警察研究 56 卷 2 号 81 頁。

的を有しているかどうか質問」とするという措置は、管理者にとって過度の負担を要求するものであって非現実的であるように思われる²¹⁾。

立ち入りの対象が 130 条の客体たる「住居」あるいは「人の看守する」邸宅・建造物・艦船に該当すると認められる限り、その内部の空間は、立ち入る側に正当な理由がある場合（言いかえれば、住居権者、管理権者が立ち入りを受忍すべき場合）を除いて、当該内部空間の形成・支配にかかる住居権者、管理権者の意思に反する立ち入りから保護するに値すると認められるということを意味するのであって、住居性や看守性を超えて、望ましくない個々の立ち入りに対する実効的な備えをしていたかどうかで、「侵入」該当性が左右されるべき根拠はないように思われる。ある建物が強盗犯の立ち入りから保護するに値する（言いかえれば、当該建物の管理権者は強盗犯の立ち入りを受忍すべきいわれない、その立ち入り拒否は建物内部の空間を形成・支配する自由として刑法上保護に値する）と認められる限り、強盗犯の立ち入りがどのような態様で行われたのか（営業時間中に一般の利用者を装って立ち入ったのか、営業時間中に凶器を示しつつ立ち入ったのか、それとも、閉店後に押し入ったのか）、また、その立ち入りを阻止するための実効的な備えが講じられていたのかにかかわらず、住居等侵入罪の成立が肯定されてよい。それゆえ、外部から認識しえない立ち入り目的によって管理権者が立ち入ろうとする者を選別することは不可能であるということは、当該目的での立ち入りについて「侵入」該当性を否定する根拠とはならない。

3. 実質的な利益侵害と立ち入り態様の不穏性との関係

また、立ち入りの外形的態様に着目すべき根拠として、形式的な意思

21) 只木・前掲注 13) 102 頁注 71。また、詐欺罪に関するものであるが、最判平成 26 年 3 月 28 日（刑集 68 卷 3 号 582 頁）における小貫芳信裁判官の反対意見も参照。ゴルフクラブにおける暴力団排除のための措置に関して、「フロントにおける書面・口頭による暴力団関係者でないことの確認……については、……本件当時ほとんどのゴルフ場でフロント確認の措置までは講じられておらず、フロント確認は、顧客を不愉快な気分になせ、また相手が暴力団員である場合には混乱が生ずる事態も危惧され、ゴルフ場がこの措置を採ることに躊躇させる事情があり、それが暴力団関係者に起因する事情であることからすると、フロント確認を必須の条件とするのは相当ではないであろう。」と述べられている。

侵害をもって直ちに「侵入」該当性を肯定すべきではなく、「実質的な利益侵害」の有無が問われるべきとの立場から、「実質的な利益を害したと評価しうるだけの『立ち入り態様の客観的不穏性』」を要求する見解が主張されている²²⁾。しかし、実質的な利益侵害の有無・程度は、もっぱら立ち入り態様の客観的不穏性によって左右されるものではないように思われる。

たとえば、嘉門優教授は、個人の住居については、その実質的な利益を人格的な利益としての「プライバシー」と解するのであれば、「社会的に許容しうる態様・程度」を超えたプライバシー侵害であると評価できるような客観的状況が必要であるとされるが²³⁾、強盗犯人が宅配業者を装い住民の許諾を得て住居内に立ち入った後に凶器を取り出したのか、それとも、住民に凶器を突きつけつつ住居内に押し入ったのかで、プライバシー侵害の態様・程度につき、社会的な許容性の観点からみて、違いがあるとは思われない。この点は、公共の建造物についても同様であろう。嘉門教授は、公共の建造物の場合には、実質的な利益を仮に「秘密領域性」と解するならば、一般の人の立入りが許容されている建造物である以上、日中に、客観的にそれらと同じ態様で立ち入れば、秘密領域性は侵されようがないとされ、他方で、武器や汚物を持ち込む行為のように、建物内での人々の平穏な利用状態の侵害・危殆化する立ち入り、あるいは、門を乗り越える、鍵を壊すといった行為を伴う立ち入りについては、「客観的な平穏侵害」ないしは「客観的に管理・支配権を害したといえるだけの内実」を認めることができるとされる。また、夜間については、秘密領域性を害すると評価しうる行為態様として、鍵がかけられている事務所の鍵を壊して忍び込む行為を挙げられている²⁴⁾。

しかし、既に指摘されているように、こっそりと武器や汚物を持ち込んだ後に、それらを取り出した場合も、立ち入り態様の客観的不穏性はないが、建物内での人々の平穏な利用状態の侵害・危殆化という点では違いはなく、住居等侵入罪の成立を否定すべき理由はないように思われる²⁵⁾。逆に、門を乗り越える、鍵を壊すといった行為を伴う立ち入りであっても、

22) 嘉門・前掲注 8) 大阪市立大学法学雑誌 55 卷 1 号 172-174 頁。

23) 嘉門・前掲注 8) 大阪市立大学法学雑誌 55 卷 1 号 172 頁。

24) 嘉門・前掲注 8) 大阪市立大学法学雑誌 55 卷 1 号 172-173 頁。

25) 佐伯・前掲注 18) 56 頁。

たとえば、授業に遅刻しそうになった学生が、ショートカットのために、キャンパスを囲繞している塀を乗り越えてその敷地内に入った場合や、官公署の庁舎に開庁時間中に正当な用務で立ち入る際、複数並んで設けられているドアの一部が何らかの理由で締切りになっているときに、当該締切りになっているドアの鍵を壊して立ち入った場合、（後者については器物損壊罪等が成立しうことは別論）立ち入り方が乱暴であるというだけで、住居等侵入罪において問題とすべき実質的な利益侵害が認められることになるのかは、疑問である。夜間における立ち入りについても、鍵を壊して立ち入ったのか、それとも、鍵がかけ忘れられたドアから立ち入ったのかで、異なる取り扱いをすべき合理性はないように思われる。

三 立ち入る者の客観的属性に限って考慮する見解

以上のように、立ち入りの「侵入」該当性を判断する際に、立ち入り行為の外形的態様の如何のみに着目し、限界を設定しようとする見解には、賛同しえない。学説の中には、立ち入る者がどういう人物なのかという属性が重要であるとの考えから、考慮に入れてよい属性とそうでないそれとを区別し、それによって「侵入」該当性が認められる場合を限定しようとする見解もある。

1. 既知の（「顔」を知っている）特定人という属性に限定する見解

たとえば、人の同一性の錯誤と属性の錯誤を区別し、ある人をある人たらしめている（人格の同一性にとって最も重要な）属性とは、その人の「顔」であることから、同一性の錯誤とは、少なくとも一方は既知の（「顔」を知っている）2人の人の中での人格（「顔」）の混同であるのに対して、属性の錯誤とは、1人の人格の中での認識と事実の食い違いであるとし、具体的には、たとえば、他人を夫と誤信して立ち入りを許可した場合は前者に該当し、住居等侵入罪が成立するのに対して、セールスマンだと思って家へ入れたら強盗だったという場合は後者に該当し、同罪は成立しないとする

見解がある²⁶⁾。

しかし、このような見解に対しては、以下のような疑問がある。すなわち、ある人をある人たらしめている（人格の同一性にとって最も重要な）属性はその人の「顔」であるというのは、日常生活を送るうえでそういう場合もあるということは否定できないが、住居等侵入罪における保護法益との関係でも、もっぱら「顔」が重要であるということすることはできないであろう。顔を知っている者でありさえすれば常に無条件に立ち入りを認めるわけではなく、親しい付き合いのある者であれば「その人」であるという一事をもって立ち入りを許諾するということもありうるが、単に近所に住んでいて会うと挨拶を交わす程度の仲であれば、顔を知っている「あの人」だというだけでは立ち入りの許否は判断できず、顔を知っている「あの人」を入れること自体には錯誤なく承諾した以上、住居等侵入罪の成立は否定される、それが嫌なら、「その人」であるという一事をもって立ち入りを許諾しうるほど親しくない者については、立ち入りを拒否するしかないというのでは、やはり、保護法益の内容として乏しすぎるのではないかとの批判を免れないように思われる。筆者はよく通信販売を利用し、宅配業者の配達員の中には顔なじみの方もいるが、配達員を装った強盗犯の立ち入りを承諾した場合に、当該顔なじみの配達員と見間違えたのか、それとも、今日はいつもととは違う配達員が来たのだと勘違いしたのかで、住居等侵入罪の成否につき異なる取り扱いをすべき合理的理由があるとは思われないのである。顔なじみの配達員と勘違いした場合の方が安心感が高くなるかもしれないが、いずれの場合も、立ち入りを許諾するうえで決定的に重要であるのは、その人が荷物の配達員であるという属性（ないしはその立ち入り目的が荷物の配達であるということ）なのであって、その人の「顔」ではない²⁷⁾。

2. 客観的属性全般を考慮する見解

そこで、学説においては、考慮してよい属性を客観的属性全般に広げる見解が主張されている。具体的には、特定人や、特定の客観的属性を有す

26) 佐伯・前掲注 1) 神戸法学年報 1 号 96-97 頁。

27) 橋爪・前掲注 12) 100-101 頁。

る者だけが内部にいる状態を作出・維持することを主たる目的として立ち入りが許諾された場合、当該特定人以外の者、当該客観的属性を有しない者の立ち入りは、侵入に該当すると解すべきであるとして、具体的には、たとえば、夫と見間違えた妻の錯誤に乗じて住居に、偽の会員証を呈示して会員制ラウンジに、女装して女湯に、それぞれ立ち入る行為については住居等侵入罪の成立を肯定すべきであるが、他方で、特定の目的（主観的属性）をもった者であると考えたからこそ立ち入りを許諾したが、実際はそのような目的を有していなかった場合にまで処罰を認めることは、結局真意を保護することになりかねず、妥当でないとする見解である²⁸⁾。

しかし、客観的属性を偽った場合と立ち入り目的を偽った場合とで、異なる取り扱いをすることに合理性があるかは疑問である。たとえば、上記見解によれば、強盗犯が宅配業者の制服を着用するなどして宅配業者になりすまして立ち入った場合には住居等侵入罪が成立するが、真に宅配業者である者が強盗目的を秘して立ち入った場合には、承諾は有効とされ、同罪は成立しないことになろう²⁹⁾。しかし、前者の立ち入りが住居等侵入罪として当罰的であるのは強盗の目的を有していたからであり、決して宅配業者を装っていたからではないであろう³⁰⁾。また、客観的属性を偽った場合よりも立ち入り目的を偽った場合の方がむしろ当罰性が高いと思われる場合も存在する。たとえば、偽の会員証を呈示して会員制ラウンジに立ち入る行為は、強盗や放火といった違法な目的を有していなくても、住居等侵入罪として処罰され、真に会員である者が強盗目的等を秘して立ち入った場合には不処罰となるが、前者の方が当罰性が高いとは必ずしもいえないのではないだろうか³¹⁾。

3. 主観的属性（立ち入り目的）を考慮することの是非

また、上記見解は、住居等侵入罪の客体たる住居や看守された建造物等は、外部とは区別されたその内部で有意義な行為を行うための領域として

28) 和田俊憲「住居侵入罪」法学教室 287 号（2004）60-61 頁。

29) 橋爪・前掲注 12）101 頁注 17。

30) 小林憲太郎「刑法判例と実務——第 44 回 住居侵入罪の周辺——」判例時報 2409 号（2019）132 頁。

31) 小林・前掲注 17）297 頁。

の社会的機能をも有しており、単に内部に立ち入られないことだけでなく、何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、一般に合理的な価値が認められるものであることからすれば、意思に反して立ち入られないことだけでなく、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、同罪で保護されていると解すべきであるとの立場を前提にしており、そうすると、同見解における住居等侵入罪の保護法益の理解は、本稿のそれ（住居や建造物等の内部の空間をその意思に基づいて形成・支配する自由）と違いはないように思われる。しかし、そのような保護法益の理解を前提とするのであれば、立ち入りを認める際に、その者が住居等の内部で何をするかは、当該空間の形成・支配という観点から重要な判断資料というべきであって³²⁾、立ち入り目的を考慮要素から一律に除外するのは妥当とは思われない。

このように、問題の立ち入りが「侵入」に該当するかどうかを判断する際に、立ち入りの段階では外見上わからない属性や立ち入り目的を考慮することに対しては、そのような立ち入りの段階では判断できない属性や目的を有する者の立ち入りを選別し、阻止することは不可能なのであるから、住居権者、管理権者による実効的な支配、および、その侵害を認めることはできず、それにもかかわらずそのような属性、目的を有する者の立ち入りが住居権者、管理権者の意思に反することを根拠に住居等侵入罪の成立を認める場合には、住居権者、管理権者の裸の意思ないし願望を保護することになりかねず、そのような意思ないし願望の侵害のみでは法益侵害の実質を有さないとの批判がなされている³³⁾。

しかし、既述のように、立ち入りの対象が130条の客体たる「住居」あるいは「人の看守する」邸宅・建造物・艦船に該当すると認められる限り、その内部の空間は、立ち入る側に正当な理由がある場合（言いかえれば、住居権者、管理権者が立ち入りを受忍すべき場合）を除いて、当該内部空間の形成・支配にかかる住居権者、管理権者等の意思に反する立ち入りから保護するに値すると認められるということの意味するのであって、個々の具体的な立ち入りを阻止しうる実効的な措置を講じていることまで要求すべき根拠は明らかではない。一定の機能、用途を有するものとして、当

32) 塩見・前掲注15) 34頁。

33) 松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016）110頁。

該機能、用途に合致する利用がなされるよう管理・支配がなされている（＝人の看守する）建物に、当該機能、用途に合致する利用とはいえない立ち入り目的を有する者が立ち入ることによって、当該空間をその機能、用途に合致する利用がなされるように形成・支配する管理権者の自由が現に害されることになるのであるから、そのような管理権者によって現に行われている当該空間の形成・支配を害する立ち入りに対する承諾がない限り、住居等侵入罪の成立を認めたとしても、単なる内心にとどまる裸の意思・願望を保護するものであるとの批判は妥当しない。このように、当該建物の機能・用途に合致する利用とはいえない立ち入り目的を有する者が立ち入ること自体によって、すなわちその身体が管理権者等の意思に反して建物内部に存在する状態が生じれば既に、当該空間をその機能・用途に合致する利用がなされるように形成・支配する管理権者の自由は害されるのであるから、その後目的の内容が実現されたかどうかは、住居等侵入罪の成否を左右するものではない³⁴⁾。

四 管理権者等の立ち入り拒否意思に規範的制約を加える見解

以上のように、問題の立ち入りが住居権者等の意思に反するものであるかどうかを判断する際に、立ち入りの段階では外見上わからない属性や立ち入り目的等も考慮してよいのだとして、住居権者等が主観的に、一定の属性や目的を有する者の立ち入りを拒否する意思を有していたということが認定されさえすれば、常にその意思に反する立ち入りは住居等侵入罪に該当することになるのであろうか。

1. 公共建造物について

まず、官公署の庁舎、国公立の学校、図書館のような公共建造物については、管理権者による立ち入り拒否意思の効果が、建物の目的により制約

34) それゆえ、「立ち入った後強盗目的を放棄した場合にまで、住居侵入罪の成立を認めることになってしまう。」との指摘（林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会、2007）103頁）は批判として成り立たないように思われる。

を受けるということが、広く承認されている³⁵⁾。すなわち、これらの建物は、一定の行政サービスを提供したり、公的な目的を実現するために存在するのであるから、管理権者は誰の立ち入りを認め誰の立ち入りを認めないかの自由を有するといっても、それは無制限なものではありえない。むしろ、一定の行政サービスを提供したり、公的な目的を実現するという当該建物の性格、目的に合致するように、建物内部の空間を形成・支配しなければならないのであって、恣意的な立ち入り拒否は許されない。もっとも、公共建造物といえども、一定の目的、用途を有するのであるから、出入口が開いている限り、誰でも無条件に立ち入っていいというわけではなく、管理権者による立ち入りの拒否や制限が、当該建物の目的、用途に合致する利用がなされるようにその内部の空間を形成・支配するという観点から正当と認められる限り³⁶⁾、それに反する立ち入りは「侵入」に当たることになる³⁷⁾。

2. 不特定多数の者の利用が予定されている建物について

以上のような公共性に基づく制約の働かない建物についても、個々の住居権者、管理権者の主観的な意思をすべてそのまま考慮し、それに反する立ち入りを常に「侵入」に該当するとすべきではなく、何らかの限定を付

35) 山口・前掲注1) 警察研究 56 巻 2 号 79 頁、太田茂「判批」警察学論集 49 巻 5 号 (1996) 155 頁、伊東研祐『現代社会と刑法各論〔第2版〕』(成文堂、2002) 131 頁、和田・前掲注 28) 62 頁、橋爪隆・今井ほか『リーガルクエスト刑法各論』(有斐閣、2007) 73 頁、安達・前掲注 16) 102-103 頁、曾根・前掲注 1) 80 頁など。

36) 正当な理由のないクレームを付けるために官公庁等に立ち入る行為についてまで住居等侵入罪の成立を肯定するのは可罰範囲の過度の拡張ではないかとの批判があるが(小林・前掲注 17) 298 頁)、問題は、「正当な理由のない」クレームの意味するところである。官公庁は客観的に理由があると認められるクレーム以外はおおよそ対応する必要すらないわけではなかろう。官公庁の職員は、市民の問題行動、迷惑行為に対して、どこまで対応することが求められるかの個別具体的判断は難しいが、一般論としては、管理権者が目的とされる行為を受忍するのでも社会生活上やむなしと考えられる場合には、そのような目的の立ち入りを拒否することは許されず、住居等侵入罪の成立は否定されることになる(塩見・前掲注 15) 35 頁)。逆に、おおよそクレームの中身も聞かず門前払いをしてもよい、すなわち、管理権者は目的とされる行為を受忍する必要はないと認められる(極限的に例外的な)場合であるとすれば、そうした場合には、そのような目的での立ち入りを認める必要はなく、その立ち入りを拒否する管理権者の意思は正当なものとして保護に値するといつてよいように思われる。

37) 橋爪・前掲注 35) 74 頁、塩見・前掲注 11) 152-153 頁。

そうとする見解が主張されている。

（1）「公共性」に基づく制約

たとえば、デパートのように不特定多数の者の利用が予定されている建物もまた「公共空間」として位置づけ、管理権ないし管理権者の意思はその公共性を理由に一定の客観的制約を受けるとし、建造物の性質、使用目的、管理状況、管理権者の態度、立入りの目的（立入り後に予想される被害の内容、程度を含む）等に照らし、そのような公共的制約を考慮してもなお保護すべきと考えられる管理権ないし管理権者の意思が侵害されたことを要するとする見解がある³⁸⁾。しかし、ここでいわれている「公共性」を理由とする「客観的」制約の意味するところは必ずしも明らかではない。たとえば、豊田兼彦教授は、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営業中の銀行支店出張所に立ち入った行為について建造物侵入罪の成立を認めた最決平成 19 年 7 月 2 日（刑集 61 巻 5 号 379 頁）の結論は支持できるが、デパートへの万引き目的での立ち入りについては同罪の成立を否定すべきと考えられているようであるが³⁹⁾、両事例において、管理権者の立ち入り拒否の意思の要保護性の程度にどのような理由からいかなる違いが認められるのかは、明らかではない。

デパートも営利目的の商業施設であることからすれば、大型の店舗を構えて多数の客で賑わっているからといって、万引きという、当該建物の機能・用途からして正当性を認める余地の全くない行為を行う目的での立ち入りを受忍すべき理由はないであろう⁴⁰⁾。もしも立ち入りの段階でもっばら万引き目的での立ち入りか否かが判別でき、出入口のところで警備員がもっばら万引き目的で立ち入ろうとしている者を発見次第その立ち入りを阻止するということが可能であるとしても、そのような警備員の阻止を突破しての立ち入りについても建造物侵入罪の成立は否定すべきなのであろうか。この場合、同罪の成立を肯定すべきだと考えるのであれば、それは、もっばら万引き目的での立ち入りを拒否するという管理権者の意思は刑法

38) 林陽一「住居侵入罪の保護法益」『刑法の争点〔第 3 版〕』（2000、有斐閣）147 頁、豊田兼彦「判批」法学セミナー 633 号（2007）115 頁。

39) 豊田・前掲注 38）115 頁。

40) 只木・前掲注 13）96 頁。

上保護するに値すると認められるということの意味することになる。予想される法益侵害に対して自ら実効的な備えをしていない場合にはその要保護性が下がるといった（一般的には到底受け入れがたい）立場を前提とするのであれば別論、ある立ち入りを拒否する意思が実質的に保護に値するか否かは、当該立ち入りを管理権者等が現認していたか否か、当該立ち入りを阻止するための備えをしていたか否か、そのような備えを突破しての立ち入りであったのか否かによって違ってくるものではないからである。

（2）客観的な利用・管理の状況による制約

それゆえ、住居権者等の意思は、住居等においてこれまで実際に行われてきた利用・管理の客観的状況によって制約されるとする考え方⁴¹⁾、あるいは、立ち入り拒否の意思は外部に明確に表示されている必要があるとする見解⁴²⁾も、同様に疑問である。たしかに、一定の属性や立ち入り目的を有する者の立ち入りにつき、これまでは（その属性や立ち入り目的が判明した後も）何らの対応もせず黙認、放置してきたという場合には、特段の事情がない限り、当該立ち入りを許容するというのが管理権者等の現実の意思であると認定されることになろう。しかし、このように、管理権者等の意思というのは、単に同人が当該一定の属性や立ち入り目的を知っていたら立ち入りを認めませんでしたと主張すればそれを鵜呑みにして、その立ち入り拒否意思を認定するのではなくて、実際に行われてきた利用・管理の客観的状況といった客観的証拠に基づいて認定される必要があるということを超えて、実体要件として、「（看守）を超える」客観的、実効的な人的態勢、物的設備を要求する趣旨であるならば、妥当とはいえないように思われる。一般的には、自ら法益侵害を防止する措置をとっていなければ、その要保護性が低下するないしは否定されるということはいえず、住居等侵入罪についてのみそのような保護の制約が働くのであれば、その根拠を明らかにする必要があるだろう。

41) 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巻各論の諸問題』（法学書院、1993）161頁、伊東研祐「住居侵入等罪（130条）を巡る法益論と解釈論」法曹時報63巻2号（2011）20-22頁。

42) 安達・前掲注8）立命館法学300・301号16頁、関哲夫「集合住宅へのポストイング目的の立入りと住居侵入罪の成否」國士館法学39号（2007）56頁、植木淳「判批」法学セミナー増刊 新・判例解説 Watch 1号（2007）23頁、浮田徹「判批」法学セミナー増刊 新・判例解説 Watch 7号（2010）18頁。

またそもそも、管理権者が、拒否したい立ち入りの全てについて、あらかじめ外部的に意思を表示しておくことは不可能に近い⁴³⁾。管理権者にとって想定外の、当該建物の機能・用途からして正当性の認められる余地の全くない、それゆえ管理権者の許諾が得られる可能性のないことが明らかな立ち入りがなされた場合、外部への表示がなかったことを根拠に住居等侵入罪の成立を否定することに合理的な理由があるとは思えない。そのような表示の有無は、管理権者の立ち入り拒否の意思や、当該立ち入りが管理権者の意思に反することについての行為者が認識（故意）の認定において意味を有するにとどまるのであって⁴⁴⁾、認識が認められる、すなわち、管理権者の意思に反することを認識しつつ立ち入った場合に、表示がなかったことを理由に同罪の成立を否定するのは妥当とは思われないのである。

3. 住居、集合住宅について

(1) 客観的な要保護性

さらに、住居についても、立ち入り拒否の意思が実質的に保護に値することが必要とし、たとえば、妻の貞操を姦通から守ることは、今日では、保護に値する客観的利益とは言えないとする見解が主張されている⁴⁵⁾。しかし、立ち入りの客体が「住居」に該当すると認められた以上、そこはそれ自体として重要度の高い閉鎖的空間であり、それゆえ部外者による立ち入りから保護するに値するといつてよく、居住者は恣意的な立ち入り拒否の自由を有すると考えることも十分可能であるように思われる⁴⁶⁾。そして、このような考えを前提とするのであれば、集合住宅の敷地・共用部分についても、他の居住者による住居権の行使と関わりのないかぎり、個々の居住者は恣意的な立ち入り拒否の自由を有すると解すべきことになる。集合住宅であるがゆえに導き出される制約は他の居住者による住居権行使との関係で生じるのであって⁴⁷⁾、そのような制約を超えて、部外者の立ち入り

43) 木藤繁夫「判例研究」季刊公企労研究 43 号（1980）101 頁。

44) 木藤・前掲注 43) 101 頁、頃安健司「判例研究」研修 420 号（1983）75 頁、川口浩一「判批」刑事法ジャーナル 9 号（2007）151-152 頁、十河太朗「判批」平成 22 年度重要判例解説（2011）209 頁。

45) 林・前掲注 38) 147 頁。

46) 伊東・前掲注 35) 131 頁、和田・前掲注 28) 62 頁。

47) これは、一つの住居に複数人が居住している場合に生じる制約と同じである。

を拒否する自由の要保護性が、戸建て住宅の場合に比して引き下げられる根拠は見いだしたい⁴⁸⁾。

(2)「公共性」に基づく制約

この点につき、集合住宅の敷地や共用部分についても、多くの者の利用が予定されている領域という意味において一定の公共性を有する領域であるとの理解を前提に、立ち入り拒絶意思は平穏な利用という限度での制約を受ける、すなわち、平穏な態様でなされる限り、立ち入り拒絶意思を有する者は、許諾意思を有する者に道を譲らねばならないとする見解がある⁴⁹⁾。具体的には、自衛隊のイラク派遣に反対する旨のビラを投函する目的で陸上自衛隊宿舎の各室玄関前まで立ち入る行為につき、住居等侵入罪の成否が問題となった事例⁵⁰⁾について、住民の中には様々な意見の者が存在するはずであるから、ビラ配布を容認する（あるいは積極的に希望する）住人がいる可能性は常に存在しており、なおかつその者の意思は合理的というべきである以上、他の住民や管理権者はこれを一方的に否認することはできないというべきであるから、立ち入りそのものが正当な目的であり、かつ穏当な態様でなされている限りで、ここでの住居権者の意思解釈としては、結局、立ち入りを許容しているものと考えざるを得ないとする。他方、過激派の構成員が敵対するグループの者の動静を監視するため、一部が住居であるビルの屋上に潜んでいた場合（広島高判昭和51年4月1日高刑集29巻2号240頁）、小銃の部品を積み替えるために雑居ビルの半地下駐車場部分に立ち入った場合（東京地判平成7年10月12日判時1547号144頁）、オウム真理教を脱会しようとする信者を監視するためにマンションの外階段踊り場部分に潜んでいた場合（名古屋地判平成7年10月31日判時1552号153頁）などは、住居権者の意思を合理的に解釈する限り、その総意は立ち入りを拒絶しているものとみるべきであるから、これらは侵入にあたるとされる⁵¹⁾。

48) 複数人が同居している場合には、各人の住居権の行使は、他の居住者による住居権行使との関係で制約を受けるからといって、部外者の立ち入りを拒否する自由の要保護性自体が、一人暮らしの者よりも低いということを意味するわけではないのと同じである。

49) 安達・前掲注8) 立命館法学 310号 16-17頁。

50) 前出最判平成20年4月11日。

51) 安達・前掲注8) 立命館法学 300・301号 12-13頁、同・前掲注8) 立命館法学

しかし、立ち入り目的が適法な行為にある場合でも、住居権者、管理権者がこれに受忍義務を負わないのであれば、その立ち入りを拒否することは可能であり、住居権者、管理権者が現実に立ち入りを拒否しているにもかかわらず立ち入った場合に、住居等侵入罪の成立を否定する根拠はないように思われる⁵²⁾。また、たしかに、居住者の中にビラ配布のための立ち入りを承諾する者がいれば、当該立ち入りを承諾している居住者にビラを配付するのに必要な限りでの共用部分への立ち入りについては、住居権者の同意があり、住居等侵入罪は成立しないというべきであろう⁵³⁾。しかし、個々の居住者は、自己の居室への立ち入りに必要な限度を超えて部外者が共用部分に立ち入ることを許諾する自由は有しない⁵⁴⁾。それゆえ、集合住宅の居住者の中に一人でもビラ配布目的での立ち入りを認める者がいる可能性があれば、住居権者の意思解釈としては立ち入りを許容しているものと考えざるを得ないとして、個々の居住者の意思を問題とすることなく、共用部分の全面ないしは大部分にわたって立ち入る行為につき、「侵入」該当性を否定するのは、妥当とは思われない。とりわけ、1 階に集合ポストが設置されており、しかも、ビラ配布のための共用部分への立ち入りを禁止する掲示がなされているような場合にまで、ビラ配布を容認する居住者がいる可能性を根拠に、各居室のドアポストに投函するための立ち入りを許諾する（全）居住者の意思を擬制するかのような論は妥当とはいえない⁵⁵⁾。

4. 建物の本来的な利用ないしは管理・支配そのものの阻害という基準

注目されるのが、退去要求を待って不退去罪の成立を認めれば十分であるかどうかという観点から、たとえば、詐欺や押売り、借金の請求、贈賄、盗聴器の設置などの目的を隠して住居権者の同意を得て住居内に立ち入った者に対しては、行為者の目的が明らかになった段階で退去要求を行えば

310 号 24 頁。

52) 塩見・前掲注 15) 35 頁、同・前掲注 11) 157 頁。

53) 十河太郎「判批」刑事法ジャーナル 14 号（2009）91 頁。

54) 松尾誠紀『判例セレクト 2001-2008』（有斐閣、2010）302 頁、上嶋一高「判批」ジュリスト 1431 号（2011）162 頁。

55) 吉崎暢洋「判批」姫路ロー・ジャーナル 1/2 号（2005/2007）287 頁。

足り、立ち入り段階では住居等侵入罪の成立を否定してよいのに対して、殺人、強盗、強姦等といった建造物の本来的な利用ないし支配そのものを阻害する規模での違法目的を隠して立ち入った場合については、不退去罪による保護のみでは十分とはいえず、その一步前の段階で住居等侵入罪の成立を認めることに理由があるとする見解⁵⁶⁾、あるいは、住居等侵入罪の保護法益は、一定の立ち入りを拒否するという住居権者等の意思そのものではなく、そのような意思に基づいて住居や建造物等の内部の空間を支配・管理する自由であるということから、住居権者等が立ち入り許否の判断に際して重視した一定の属性や立ち入り目的等のうち、上記法益との関係で重要な意義が認められるものに限り、それに反する立ち入りは住居等侵入罪に該当することになるとする見解⁵⁷⁾である。後者によれば、法益との関係で重要な意義が認められるかどうかは、立ち入りの目的たる行為が、①単に建造物内部の財産的利益や業務遂行を妨げる程度のものであるか、それとも、②建造物の管理・支配それ自体に重大な支障をもたらす行為かという観点から判断され、たとえば建造物に対する放火や損壊、あるいは、内部者の生命・身体に対する重大な加害を目的とした立ち入りなどは②に該当し、住居等侵入罪が成立することになるとされており⁵⁸⁾、そうすると、両見解は、立ち入り目的が実現されれば建物の本来的な利用ないしは管理・支配そのものが不可能ないしは困難になってしまうような場合に限って、住居等侵入罪の成立を肯定するという結論においては、ほぼ一致することになろう。

(1) 不退去罪の成立を認めれば十分であるという観点

しかしまず、前者の見解に対しては、住居等侵入罪の不法は、あくまで、人の身体が意に反して住居等の内部に存在させられるところに尽きてい

56) 井田・前掲注 11) 150-152 頁、井田・佐藤・前掲注 11) 73-74 頁。

57) 橋爪・前掲注 12) 99-100 頁。

58) 橋爪・前掲注 12) 102 頁。住居等侵入罪の保護法益は、あくまでも、そこに誰を立ち入らせ、誰を立ち入らせないかを決定する権能(いわゆる許諾権)であるが、そもそも人が住居等を直接的、包括的に支配しているところから、その最も本質的な構成要素として上記許諾権が生じるのであって、あくまで保護の本丸は住居等に対する支配であるとの理解を前提に、ほぼ同様の結論を導く見解として、小林・前掲注 30) 129 頁以下。

る⁵⁹⁾のであるから、不退去罪の成立を認めれば十分であるかどうかという観点から住居等侵入罪の成否を考えるという論理の運び方には無理があるように思われる。住居権者の意思に反する立ち入り目的たる行為が行われた段階で対処すれば、住居等の内部において守られるべき実質的利益への危険の回避としては十分であるからといって、住居権者等は、その意に反する行為を行う目的での立ち入り、それゆえ、その目的を知ったならばおよそ許諾する余地のない立ち入りを受忍しなければならない理由はない。管理権者等は目的たる行為の遂行を根拠に退去を要求しえ、その退去要求に反して居座れば不退去罪が成立する、すなわち、そのような退去要求（すなわち、そのような行為を行う目的で建物内部に存在することを拒否する管理権者等の意思）は刑法上保護に値するというのであれば、もっぱら当該行為の遂行を目的とする立ち入り自体を拒否する意思もまた刑法上保護に値するというべきであろう。不退去罪の成立を認めれば十分であるというのは、住居等侵入罪の成立を認める必要はないという結論を言いかえたものにすぎず、住居等侵入罪の成立を認める必要がない理由、住居等侵入罪として問題にすべき法益侵害が認められない理由を示す必要がある。

また、住居等侵入罪の成立が否定される例として挙げられているもののうち、詐欺や盗聴器の設置を目的とした立ち入りについては、その目的たる行為が住居権者、管理権者に気づかれないように行われるものであるがゆえに、退去要求の判断あるいは実行が実効的に機能しえず、それゆえ、「不退去罪の成立を認めれば十分である」とは必ずしもいえないのではないだろうか。現に、鈴木左斗志教授は、上記学説と類似する発想に基づく論を展開されているが⁶⁰⁾、同教授は、「退去要求を待って不退去罪の成立を認めれば十分である」とはいえない場合として、強盗殺人犯人がセールスマンだと欺いて立ち入った事例のように、立ち入り目的たる犯罪を住居権者等の対応（制止等）にかかわらず遂行するつもりである場合のほか⁶¹⁾、盗撮目的での立ち入りのように、その目的たる行為が管理権者に隠れて行われる場合には、退去要求の判断あるいは実行が実効的に機能しえないこ

59) 小林・前掲注 30) 129 頁。

60) 鈴木左斗志「住居侵入等罪（刑法 130 条）の検討——最近の最高裁判例を手がかりにして——」慶應法学 35 号（2016）174 頁以下。

61) 鈴木・前掲注 60) 186-188 頁。

と⁶²⁾、また、名古屋地裁平7年10月31日(判時1552号153頁)⁶³⁾や東京地裁昭和44年9月1日判決(刑裁月報1巻9号865頁)⁶⁴⁾で問題となった事例においては、住居権者等の意思に反する行為に即応した退去要求の判断・実行ができない客観的状況の下での行為遂行が立ち入り目的とされていること⁶⁵⁾から、これらの場合にも住居等侵入罪の成立を肯定すべきとされている。

既述のように、不退去罪の成立を認めれば十分であるかどうかという観点から住居等侵入罪の成否を考えるという論理の運び方は疑問であるが、鈴木教授が示されている、住居権者等の意に反する行為に即応して、退去要求の判断ないしは実効的な実行が可能かどうかという分析の視点は、当該空間をその意思に基づいて形成・支配する自由という住居等侵入罪の保護法益の侵害が認められるかどうかという観点から捉え直すことが可能であるように思われる。意に反する行為がなされてもそれを阻止し行為者に退去を要求することが不可能ないしは困難である場合というのは、言い換えれば、住居権者等にとって、当該空間をその意思に基づいて形成・支配すべく、その有する住居権、管理権を適切に行使することが妨げられることを意味し、それゆえに、当該空間をその意思に基づいて形成・支配する自由という住居等侵入罪の保護法益が侵害されているということもできよう。

(2) 住居等侵入罪の保護法益の侵害はいかなる場合に認められるか

他方、後者の見解は、住居等侵入罪の保護法益に関連づけて、住居権者等の主観的意思に反する立ち入りのうち、同罪の成立が認められる場合とそうでない場合との限界を画する基準、観点を導き出すという方法論にお

62) 鈴木・前掲注60) 193頁。

63) 「オウム真理教から脱会しようとして行方をくらました女性医師〔を〕……教団施設に連れ戻すため、同人の実家を監視する目的で、……右実家から約250m東方に位置〔する〕……共同住宅……の1階出入口からエレベータを利用して14階外階段踊り場まで繰り返し立ち入」った事例。

64) 「被告人は無政府主義者(アナーキスト)の1人であるが、Aと共謀のうえ、国民が住宅難に悩んでいるとき、豪華な新宮殿の造営に対し、批判、抗議の意思を強く行動をもって表明するため、皇居の一般参賀の会場に……発煙筒2本を携帯して立ち入り、同所においてこれを燃焼発煙させると共に、……ビラを撒布しようとして〔、〕……皇居正門を経て、……一般参加者多数の参集していた右参賀会場において、……〔Aが〕発煙筒1本に点火し、これを燃焼発煙させた」事例。

65) 鈴木・前掲注60) 193-195頁。

いて、非常に説得力を有するようになる。もっとも、住居等侵入罪の成立を、その立ち入り目的が実現されれば建造物の管理・支配そのものが不可能、ないしは困難になってしまうような場合に限定しなければならない必然性はないように思われる。一定の機能、用途を有するものとして、当該機能、用途に合致する利用がなされるよう管理・支配がなされている（＝人の看守する）建物に、当該機能、用途に合致する利用とはいえない立ち入り目的を有する者が立ち入れば、それによって、管理権者が行っている当該空間の形成・支配の一端が既に切り崩されることになるのであるから、住居等侵入罪の成立を肯定してよいのではないだろうか。

たとえば、デパートは商業施設なのであるから、もっぱら万引きの目的での立ち入りは、その機能、用途に合致する利用とはいえず、デパートの管理権者が、その真意として、もっぱら万引きを行う目的での立ち入りについても、包括的に承諾していると認められる場合は想定しがたい⁶⁶⁾。デ

66) 丸善ジュンク堂、啓文堂書店、大盛堂書店の3書店が、2019年7月30日から、渋谷区内の店舗において、万引き等（具体的には、万引きのほか、盗撮、器物損壊、暴行・傷害および公然わいせつ）の犯罪の防止を目的として、各店舗が保有する万引き等に関する被害および行為者の情報（実行日時、被害状況、行為者の特徴、関連する防犯カメラ画像および顔識別データ）を共有し、各店舗の顔認証システムに登録することによって、該当者が来店するとアラームで知らせ、店員や警備員が警戒を強化する態勢をしくとの発表が、同年6月28日、全国万引犯罪防止機構からなされた（「渋谷書店万引対策共同プロジェクト」<https://www.manboukikou.jp/shibuyapi/index.html>）。この例においては、該当者の立ち入り自体を阻止することも可能な態勢になっているにもかかわらず、そうはせずに、該当者が来店すると、店員等が万引き等を防止すべく警戒を強めるという対応がとられることになっていることから、管理者の真意として、万引き等の犯罪目的での立ち入りも含めて包括的に承諾しているというべきであるとの評価もありえよう。しかし、この場合、過去に万引き等を行ったことがある人物の立ち入りは、その立ち入り目的の如何にかかわらずおよそ拒否する（いわゆる出禁にする）意思までは有していない、という限りでは争いの余地はないであろうが、それを超えて、もっぱら万引き等の目的での立ち入りであっても、立ち入ること自体は承諾する意思であるといえるかは疑問である。もっぱら万引き等の目的での立ち入りについては、（過去に万引き等を行ったことがある人物であるか否かにかかわらず）立ち入りを拒否するというのが管理権者の真意であるが、過去に万引き等を行ったことがある人物であっても、その後の立ち入りもまたその全てがもっぱら万引き等の目的での立ち入りであるかどうか、立ち入りの段階では判断できない（という点ではその他の客と違いがない）がゆえに、立ち入りの段階で阻止するということはしていない、というだけであって、たとえ今回もまたもっぱら万引き等の目的での立ち入りであるということがわかっていても立ち入りを認めるという意思ではないであろう。なお、過去に万引き等を行ったことがあるということを理由に、それ以降の立ち入りについてはおよそ拒否する（いわゆる出禁にする）自由が認められるのかどうかは、難しい問題である。誰と取引するかは商売人の自由であるといえ、たとえば一見さんお断りのお店が存在するように、

パート側が店舗内の各所に防犯カメラを設置したり、店員を配置したりして店舗内の人の動向に目を配るといった方法で、意に反する利用を防止・阻止・排除するための備えをすることによって、その意思に基づいてデパート内の空間を形成・支配している場合において、1人や2人万引き目的の者が紛れ込んだとしても、全体としては、買い物目的の客による利用等といった、管理権者の意思にかなったやり方で建物内部の空間が利用されている状態が維持されているのであるから、およそ住居等侵入罪として処罰する必要はないとはいえないであろう。大部分は本来的な買い物目的の客であるが、なかに数名万引き目的の者が紛れ込んでいるという場合、もっぱら万引き目的で店内をうろつくことは、当該建物の機能、用途からして本来的に予定されている利用に当たらず、それゆえ、もっぱら万引き目的の者が立ち入ることによって、当該空間が、部分的にはあるが、その機能、用途からして本来的に予定される形で利用されていない状態が生じることになり、それゆえ、当該空間の機能、用途に合致する利用がなされるべく、管理権者によって現に行われている形成・支配が部分的に侵害されているということではできないのであろうか。問題の立ち入り目的たる行為が行われれば、それ自体が、当該空間がその機能、用途からして本来的に予定される形で利用されていない状態をなすことになる、というのではたりず、それにともなって、他の者による当該空間の機能、用途からして本来予定されている利用も広く害されることになる場合であることまで要する必要があるのであろうか。たしかに、建造物に対する放火や損壊、あるいは、内部者の生命・身体に対する重大な加害行為が行われた場合には、一般の買い物客による利用も妨げられることになるので、万引き目的の者

(多くの場合はそんなやり方をしていたのでは商売が成り立たないので、取引相手を限定していないだけであって) 取引の相手を一定の条件を設けて限定すること自体は、(そのお店を利用できなければ日常生活にも支障を来すといったような特段の事情がある場合のように、その利用を店側は受忍すべきと認められる場合は別論) 店舗側の自由であって、許されるであろう。実例として、近時報道された沖縄にあるラーメン店の事例を挙げることができる(沖縄タイムスプラス、2019年7月13日配信「『日本人客お断り』沖縄県石垣島のラーメン店 客の悪態が年々悪化 バイトが接客を苦に退職し店主一人で切り盛り」<https://www.okinawatimes.co.jp/articles/-/444877>)。もっとも、この事例においては、「日本人お断り」とした理由からすれば、店主の真意は、マナーの悪い日本人客お断りであって、それゆえ、日本人であることを隠して入店したとしても、マナーを守って飲食する場合は、意思に反する立ち入りには該当しないというべきであろう。

が数人紛れ込んでいるという場合に比して、管理権者の意思に基づく形成・支配が害される範囲、度合いが高く、それゆえ当罰性もより高いということができよう。しかし、住居等侵入罪の保護法益を建物内部の空間をその意思に基づいて形成・支配する自由と解する場合、両事例の違いは、法益侵害の程度の差にすぎないように思われる。

また、この見解によれば、管理権者が設定した立ち入りの条件に対する違反があれば常に住居等侵入罪が成立するわけではなくて、一定の属性・目的の者を排除しようとする管理権者の意思（＝条件設定）について、同罪の保護法益との関係で重要な意義を認めることができるか否かが、処罰の限界を画することになるので⁶⁷⁾、そうすると、たとえば駅の構内に立ち入る場合は、有効な乗車券、入場券などを所持していることが立ち入りの条件となっているが、有効な乗車券、入場券を有しないにもかかわらず、前の人にぴったりとくっついて改札を通り抜けるとか、偽造の乗車券で自動改札機を誤作動させる等の方法で駅構内に立ち入って無賃乗車をしたという場合には、そのような者がいたからといって、建造物の管理・支配それ自体に重大な支障が生じるわけではないので、建造物侵入罪の成立が否定されることになるのではないと思われる。しかし、有償による輸送サービスの提供という鉄道施設の機能、目的からして、確実に料金を徴収するとともに利用者に安全・快適なサービスを提供するべく、一定の区画については有効な乗車券、入場券を有する者に限って立ち入りを許諾するというやり方が合理的であると認められる（言い換えれば、管理権者は、有効な乗車券、入場券を有しない者の構内への立ち入りを受忍すべき理由はない）のであれば、有効な乗車券、入場券を有しない者による当該区画への立ち入りを阻止、排除するための設備を設けて、当該区画をその意思に基づいて、有効な乗車券、入場券を有する者のみが立ち入ることができる空間として形成・支配しているにもかかわらず、有効な乗車券、入場券をもたずにそこに立ち入る行為は、管理権者が行っている当該区画の形成・支配を害しており、住居等侵入罪に該当するというべきではないだろうか。

さらに、立ち入り目的たる行為が、万引きや盗撮のように、管理権者の目を盗んで行われるものであるがゆえに、建物内部の空間をその意思に基

67) 橋爪・前掲注 12) 102 頁。

づいて形成・支配するべく適切な対応を行う機会がそもそも奪われてしまう場合も、管理権者による支配・管理が害されるといってよいのではないだろうか⁶⁸⁾。建造物に対する放火や損壊、あるいは、内部者の生命・身体に対する重大な加害を目的とする場合との違いは、問題となっている立ち入りないしはその目的たる行為との関係でのみ管理権者による支配・管理が有効に機能しないにすぎないのか、それとも、目的の行為が行われれば建物内が広く混乱状態に陥り、その内部空間に対する管理権者の支配・管理が広く阻害されることになってしまうのかであり、そうすると、ここでも両者の間には、法益侵害の程度・重大性の違いが存するにすぎないように思われるのである。

くわえて、具体的な立ち入りがいずれに該当するのかの判断、評価は、一義的になしうるものではないように思われる。たとえば、盗撮目的で女湯に立ち入る行為は、それが女装した男性によるものであろうと、女性によるものであろうと、男性であることや盗撮がバレて大騒ぎになる危険がない場合には、建造物に対する直接的、包括的な支配そのものが危殆化されるおそれまでは認められないがゆえに、住居等侵入罪の成立が否定されるという結論⁶⁹⁾には疑問がないわけではない。女湯に男性が紛れ込んでいることや盗撮が行われていることがわかれば、多くの客は利用をやめるものと考えられる。そうだとすれば、男性や盗撮犯が紛れ込んでいる女湯というのは、「実質的には適正に利用し得ない状態」⁷⁰⁾にあるといえ、仮に実際には利用客は男性が紛れ込んでいることや盗撮が行われていることに気がついておらず、それゆえ外形的には、全体としては本来予定されている利用がなされている状態が維持されているように見える場合であっても、実質的には、当該空間の機能、用途からして本来予定されているような利用そのものが害されているということも可能であるように思われる。

68) 前述のように、このような場合について、「退去要求を待って不退去罪の成立を認めれば十分であるかどうかという観点」から、住居等侵入罪の成立を認めるべきとする見解として、鈴木・前掲注 60) 193 頁がある。不退去罪の成立を認めれば十分であるかどうかという観点から住居等侵入罪の成否を考えるという論理の運び方には疑問があるが、そこにおいて示されている具体的な分析の視点は、建物内部の空間を意思に基づいて形成・支配する自由という住居等侵入罪の保護法益の侵害という観点からとらえ直すことも可能であり、非常に示唆に富むものであるように思われる。

69) 小林・前掲注 30) 133 頁。

70) 小林・前掲注 30) 134 頁。

五 「実効的な」支配を要求する見解

以上の検討から、住居等侵入罪の保護法益を、建物内部の空間が、その有する機能、用途に合致して利用されている状態、ないしは、そのような状態を形成、維持すべく、当該空間を支配・管理する自由と解する場合には、立ち入りの目的も含めて、住居権者、管理権者が立ち入り許否の判断を行う際に重視した事柄は、それが建物内部の空間の形成・支配のあり方にかかわるものである限り、立ち入りの「侵入」該当性を判断する際に考慮の対象から除外すべき理由はなく、また、一定の行政サービスを提供したり、公的な目的を実現するために存在する公共建造物を除いては、管理権者等の立ち入り拒否意思が規範的な制約を受けるべき根拠はないということが明らかになったといえよう。もっとも、学説の中には、住居等侵入罪の保護法益は住居権者等の意思それ自体ではなく、住居への立ち入りがコントロールされている状態であるということから、「侵入」といえるためには、住居権者等が主観的に、一定の属性や目的を有する者の立ち入りを拒否する意思を有していたというのでは足りず、そのような意思に基づく実効的な支配が確立していることを前提に、支配を確保するための物理的・心理的な障壁を乗り越えて、住居権者等の意思に基づく要保護空間の実効的な支配を侵害して立ち入ったことが必要であるとする見解が主張されている⁷¹⁾。

71) 松原芳博「刑法各論の考え方－8 住居侵入罪」法学セミナー 689 号（2012）105 頁以下、同・前掲注 33）110 頁以下、佐伯・前掲注 6）98 頁、同・前掲注 18）43 頁。佐伯教授は、これを信書開封罪との類比で説明されているが、佐伯教授自身が述べておられるように、信書開封罪における「封」が物理的措置に限られているのに対して、住居等侵入罪における「封」は、物理的障壁だけでなく心理的障壁も含んでおり（佐伯・前掲注 18）45 頁）、同罪の成否が実際に争われるのは主として、佐伯教授が言うところの心理的障壁の存在とその突破の有無が問題となる場合であると思われることからすれば、そもそも信書開封罪との類比は説得的ではないように思われる。たとえば、佐伯教授は、中の信書を見せるために開封すれば、見ることに同意していない人が信書を見ても信書開封罪は成立しないこととの類比で、建造物侵入罪においても、建造物を開放すれば、同意のない人が立入っても意思支配の侵害は認められないと述べておられるが（佐伯・前掲注 18）60-61 頁）、信書開封罪においては、いかなる理由に基づくものであれ開封されてしまえば、そもそも保護客体としての信書に該当しなくなるのに対して、住居等侵入罪の場合は、開店時間になって不特定多数の利用者のために出入口を開放したとしても、看守が認められる限り、130 条の客体として正当な理由のない立ち入りから保護される対象たることに変化はないのであるから、信書開封罪との類比から、住居等侵入罪の不成立を基礎づけることはできないように思

1. 「心理的障壁」の存在を要求することの意味

この見解も、住居等侵入罪の成立を基礎づけるにたる実質的な法益侵害性の内実を明らかにしようとしているという点では、これまで検討してきた多くの見解と共通している。問題は「障壁」、とりわけ心理的なそのの意味するところである。たとえば佐伯仁志教授は、囲繞地に関して、「大部分が踰越困難な囲障で囲まれていることによって、許可を得ていない者は立入りをしてはならないという心理的抵抗が生まれ、これが心理的障壁として機能する」と述べられているところからすると⁷²⁾、問題の立ち入りを行うに際して人は心理的抵抗を感じるであろうと認められる場合に、心理的障壁の存在とその突破が肯定されることになると考えられているようである。しかし既に指摘されているように、管理権者等の意思に反する立ち入りを行う場合には、原則として心理的障壁が存在するということも可能であり⁷³⁾、有効な限定基準たりうるかは疑問である。

佐伯教授は、心理的障壁は、居住権者、管理権者の意思だけで成立するわけではなく、社会慣習となっている場合、さらに、社会慣習とは言えないまでも、居住権者、管理権者によって客観的にシステム化・ルール化され、外部に明示され、実効的に実施している場合に認めることができるとされ、具体的には、ゴト行為という窃盗罪に該当する行為を行う目的でのパチンコ店への立ち入りについても、その立ち入りを禁止する管理権者の意思が実効的な入店禁止措置としてルール化・システム化されている場合に限り建造物侵入罪が成立するとされる⁷⁴⁾。さらに、その領域に入ることの本質的要素が欠けている場合にも、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認めることができるとされ、具体例として、女性用トイレに男性が立ち入る場合が挙げられている⁷⁵⁾。

社会慣習となっている場合に心理的障壁が認められるのは、立入禁止について客観的なシステム化・ルール化、外部への明示がなくても、問題の立ち入りが住居権者、管理権者の意思に反するということが社会通念上明

われる。

72) 佐伯・前掲注 18) 56 頁。

73) 橋爪・前掲注 12) 99 頁。

74) 佐伯・前掲注 18) 61 頁。

75) 佐伯・前掲注 18) 61-62 頁。

らかであるがゆえにであると考えられる。そうすると、パチンコ店における 18 歳未満の者の入店・遊戯のように、その禁止を管理権者がどの程度重視しているのが店舗ごとに異なりうる場合とは異なり、犯罪行為を行う目的での立ち入りのように、管理権者がその目的を知りつつ立ち入りを現実に許諾した場合を除いて、管理権者の意思に反することが社会通念上明らかである場合については、実効的な立入禁止措置によって住居権者、管理権者の意思がシステム化・ルール化されていなくても、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いうことも可能であるように思われる。あるいは、万引き目的での商業施設への立ち入りや、強盗目的での住居へ立ち入りなどは、立ち入り対象たる建物の性質、用途からして、「その領域に入ることの本質的要素が欠けている」ということもできよう。

2. 管理権者等の立ち入り拒否意思と「心理的障壁」

他方で、店舗ごとに対応が異なりうる 18 歳未満の者の入店・遊戯については、それに対してとられている現実の対応等の客観的事情から管理権者の意思を認定するほかに、たとえば入店の際に年齢を確認するとか、18 歳未満の者であることが発覚した場合には直ちに退店させるといった対応がとられているというような事実が認められる場合には、18 歳未満の者の入店・遊戯を拒否するというのが管理権者の意思であると認められることになろう。これに対して、18 歳未満の者の入店・遊戯の禁止する旨の掲示がなされてはいるが、18 歳未満の者の入店・遊戯を排除するための対策が全くとられておらず、実際には 18 歳未満の者であることが発覚しても放置・黙認されていたという場合には、管理権者は 18 歳未満の者の入店も許諾していたと認定されることになると思われる。

このような管理権者の意思を認定する際に重要な意味を有する事実と、佐伯教授が心理的障壁を認めるのに必要とされる、立ち入り拒否意思の客観的なシステム化・ルール化、外部への明示の有無を判断する際に重要な意味を有する事実とは、あまり変わらないのではないかとと思われる。そして、18 歳未満の者の入店・遊戯に対してこれまで実際に行われたきた対応等から、それを拒否する管理権者の意思が認定できるような場合には、18

歳未満の者が入店しようとする場合、それが管理権者の意思に反するものであることが行為者にも明らかであるがゆえに、心理的障壁が認められるということになるのではないだろうか。それゆえ、18歳未満の者が偽造の免許証を提示するなどして管理権者の許諾を得て入店した場合であっても、その立ち入り（すなわち18歳未満の者の立ち入り）が管理権者の意思に反するものであること、そして行為者自身そのことを認識していることに変わりはないのであるから、その立ち入りは心理的障壁を乗り越えての立ち入り＝「侵入」ということになる⁷⁶⁾。

佐伯教授が、立ち入りの包括的同意がある場合に、特定の利用者の立ち入りをどこまで排除できるかという問題を考える上で参考になるものとして挙げられている、暴力団関係者によるゴルフ場の利用について詐欺罪の成立を否定した最判平成26年3月28日（最高裁判所刑事判例集68巻3号582頁）および、同罪の成立を肯定した最判平成26年3月28日（最高裁判所刑事判例集68巻3号646頁）についても、同様の理解が可能である。前者では、問題のゴルフ場においては、利用細則や約款で暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨規定し、クラブハウス出入口に「暴力団関係者の立ち入りプレーはお断りします」などと記載された立看板を設置するなどしていたものの、それ以上に、利用申込みに際して暴力団関係者であるか否かを確認したり、暴力団関係者でないことを誓約させる等、暴力団関係者による利用を排除するための措置は講じられておらず、周辺のゴルフ場においても暴力団関係者の施設利用を許可、黙認する例が多数あった等の事実から、「暴力団関係者であるビジター利用客が、暴力団関係者であることを申告せずに、一般の利用客と同様に、氏名を含む所定事項を偽りなく記入した『ビジター受付表』等をフロント係の従業員に提出して施設利用を申し込む行為自体は、申込者が当該ゴルフ場の施設を通常の方法で利用し、利用後に所定の料金を支払う旨の意思を表すものではあるが、それ以上に申込者が当然に暴力団関係者でないことまで表しているとは認められない。そうすると、本件における被告人及びDによる本件各ゴルフ場の各

76) これに対して、住居権者が欺罔されて立ち入りを承諾した場合は、欺罔によって心的バリアが克服され、建物の内部に立ち入る瞬間には「侵入」を基礎づける心的バリアはもはや存在しないとして、住居等侵入罪の成立を否定する見解として、佐藤陽子『被害者の承諾——各論的考察による再構成』（成文堂、2011）160頁。

施設利用申込み行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為には当たらないというべきである。」として、詐欺罪の成立が否定され、他方、後者では、問題のゴルフ場が暴力団員およびこれと交友関係のある者の入会を認めず、入会の際には「暴力団または暴力団員との交友関係がありますか」という項目を含むアンケートへの回答を求めるとともに、「私は、暴力団等とは一切関係ありません。また、暴力団関係者等を同伴・紹介して貴倶楽部に迷惑をお掛けするようなことはいたしません」と記載された誓約書に署名押印させていたほか、長野県防犯協議会事務局から提供される他の加盟ゴルフ場による暴力団排除情報をデータベース化した上、予約時又は受付時に利用客の氏名がそのデータベースに登録されていないか確認するなど、暴力団関係者による利用を排除するための措置が講じられていたことから、「入会の際に暴力団関係者の同伴、紹介をしない旨誓約していた本件ゴルフ倶楽部の会員である A が同伴者の施設利用を申し込むこと自体、その同伴者が暴力団関係者でないことを保証する旨の意思を表している上、利用客が暴力団関係者かどうかは、本件ゴルフ倶楽部の従業員において施設利用の許否の判断の基礎となる重要な事項であるから、同伴者が暴力団関係者であるのにこれを申告せずに施設利用を申し込む行為は、その同伴者が暴力団関係者でないことを従業員に誤信させようとするものであり、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかなら」ないとして、詐欺罪の成立が肯定されている。

佐伯教授は、詐欺罪で無罪とした前者の事例において、暴力団関係者のゴルフ場への立ち入りは管理権者の意思に反しているから建造物侵入罪に当たるとするのは妥当でないであろうとされる。しかし、同判決に付された小貫芳信裁判官の反対意見において述べられているように、暴力団関係者によるゴルフ場の利用については、料金を支払い、他の利用客の迷惑になるような行為をすることなくゴルフ場の施設を通常の方法で利用する限りは、拒否しないという経営方針も現実にあるのであって、判決文中において詐欺罪の成立を否定する理由として挙げられている事実からすれば、問題のゴルフ場の管理者は暴力団関係者の施設利用を拒絶する意思を有していなかったとして、そもそも意思に反する立ち入りが否定されることになるのではないと思われる。

3. 心理的障壁を基礎づける社会慣習について

以上は、不特定多数の者による利用がその本来的な用途である建造物についての検討である。これに対して、集合住宅の敷地や共用部分は、そもそも不特定多数の者による利用がその本来的な用途として予定されている場所ではなく、当該集合住宅の居住者がその居宅を住居として使用するのにともない利用することが予定されている場所である。それゆえ、これまで検討してきたところとは、いわば原則と例外が逆転することになる。つまり、郵便、宅配便あるいは新聞等の配達員や電気、ガス、水道の検針員の立ち入りのように一般的、定型的に許諾があると認められる場合や、立ち入りがなされた当時の社会慣習として一般に許容されていると認められる立ち入りを除き、部外者が無断で立ち入る場合には、当該立ち入りを許諾する住居権者、管理権者の意思を認めうるような特段の事情が存在しない限り、許可を得ていない者は立ち入ってはならないという心理的抵抗が生まれ、心理的障壁が認められるということになるのではないだろうか。

具体的にどのような立ち入りが、その当時の社会慣習として一般に許容されていると認められるのかは、立ち入りの対象たる集合住宅の構造、管理の形態・設備（出入口がオートロックになっているとか警備員が常駐しているようなマンションなのか、それとも、古い2階建てのアパートで集合郵便受けや出入口ドアもない建物なのか等）、立ち入りの目的・態様等に照らして判断されることになるが⁷⁷⁾、とりわけ問題となるのが、最判平成21年11月30日（刑集63巻9号1765頁）で問題となった、オートロック式のマンションと古い2階建てアパートとの中間的な構造のマンションへの、ビラ配布といった、それ自体として正当な目的での無断立ち入りである。

第1審判決（東京地判平18・8・28刑集63巻9号1846頁）は、共用部分は、建物外の道路のようなパブリックな空間とプライベートな空間とのいわば中間的な性格を有するスペースであるとの理解を前提に、集合郵便受けが設置されているのにもかかわらず各居室のドアポストにビラ、チラシ類を投函する行為は、プライバシー侵害の程度が高くなることや、近時ブ

77) 東京地判平成18年8月28日（刑集63巻9号1846頁）。

ライバシー保護の意識や防犯意識が高まっていることを考慮しても、現時点ではなお、政治ビラ投函の目的で昼間に短時間立ち入ることが明らかに許容されない違法な侵入行為であるとするについての社会的な合意が未だ確立しているとはい言難く、立ち入らないことが社会の規範の一部となっているとまでは認められないがゆえに、直ちに住居等侵入罪に当たると解することはできないけれども、いかなる者の出入りを許すかは、マンションの各住戸の専有部分の利用を害さない限り、各マンションの管理権限を有する機関において自由に決められる事項であるから、マンション管理の一環として部外者の立ち入りを禁ずる旨を決定したうえで、その立入禁止の意思が訪問者にもわかるように明示されている場合には、それに反して立ち入る行為については住居侵入罪が成立すると解されるが、本件では、「チラシ・パンフレット等広告の投函は固く禁じます。」あるいは「当マンションの敷地内に立入り、パンフレットの投函、物品販売などを行うことは厳禁です。工事施行、集金などのために訪問先が特定している業者の方は、必ず管理人室で『入退館記録簿』に記帳の上、入館（退館）願います。」と書かれた張り紙がなされていたものの、「広告」「物品販売」「業者」等の文言からは、本件で問題となった政治ビラの投函も含めて一切のビラを禁じる趣旨であることが明らかではなく、また、管理員が滞在しない時間帯が多く存在し、記録簿による入退館の管理は全く有名無実化していたなどの事情から、政治ビラの配布目的も含めて、マンションの共用部分への立ち入りを禁じる意思が本件立ち入り時に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として、結論として住居等侵入罪の成立を否定した。これに対して、控訴審（東京高判平 19・12・11 刑集 63 巻 9 号 1880 頁）は、集合住宅で用件のない部外者の立ち入りが広く認められているような社会情勢にあるとはいえず、本件マンションは、1 階の店舗・事務所と 2 階以上の住戸とで出入口を異にしており、玄関出入口からは住戸にしか出入りできない構造になっており、玄関出入口から玄関ホールに入ると、右手には掲示板と集合ポストが、左手には管理人室がそれぞれ設置されており、掲示板には部外者の立ち入り等を禁止する旨の 2 種類の張り紙が掲示され、管理人室には平日の日中（水曜日と土曜日の午後を除く。）に管理員が滞在しており、管理人室窓口付近の壁面には管理会社の連絡先等を記載した各プレートが貼付されていること、玄関出入口

から住戸に行くには、玄関出入口を開けて玄関ホールに入り、これらの掲示板、集合ポスト、管理人室の前を経て、更に玄関内東側ドアを開けて1階廊下を通り、防犯カメラの設置されたエレベーターで2階以上に上がることが主に想定されているといった、本件マンションの構造、管理および利用の状況等に照らせば、玄関出入口と玄関内東側ドアに挟まれた空間である玄関ホールには、郵便等の配達や管理員に立ち入りの許否を確認しようなどとする部外者の立ち入りを許容する一方で、玄関内東側ドアより先は、工事の施工や集金等のために訪問先が特定している者を除き、部外者の立ち入りは予定されておらず、各住戸のドアポストへのビラの配布を目的とする者がこれらの立ち入りを予定された者に含まれないことは明らかであるとして、住居等侵入罪の成立を肯定した。また、最高裁も、本件で被告人が立ち入った場所は、マンションの住人らが私生活を営む場所である住宅の共用部分であり、その所有者によって構成される管理組合がそのような場所として管理していたもので、一般に人が自由に出入りすることのできる場所ではなく、本件マンションの構造及び管理状況、玄関ホール内の状況、はり紙の記載内容、立ち入りの目的などからみて、本件立ち入り行為が管理組合の意思に反するものであることは明らかであり、被告人もこれを認識していたものと認められるとして、控訴審の結論を支持した。

第1審は、本件で問題となったような目的、態様での立ち入り（具体的には、政治ビラ投函の目的で昼間に短時間立ち入る行為）は、なお一般的には許容されているものであるとしたうえで、そのような立ち入りが「侵入」に該当するためには、単にそれが管理権者の主観的意思に反するというだけでは足りず、その意思が訪問者にもわかるように明示されていることを要するとしたのに対して、控訴審および最高裁は、本件マンションのような構造の集合住宅については、たとえ政治ビラの投函といった正当な目的であったとしても、部外者が自由に立ち入ることができる場所とは認められず、また、被告人の立ち入りを許諾する住居権者、管理権者の意思を肯定しうるような特段の事情も認められないとしたのである。

他方、学説においても、住居の玄関ドアポストは、多様な意見が渦巻く社会に開かれた「窓」であり、それゆえ、ビラ入れ等の目的でのドアポストへのアクセスは、客観化・標準化された住居権行使からみれば、包括的

に許容されたものとみられる⁷⁸⁾ことから、このような一般には社会通念上許容されている立ち入りが「侵入」に該当するといえるためには、その立ち入りを禁止する管理権者等の意思が来訪者に表示されていることが必要である⁷⁹⁾が、「チラシ・パンフレット配布お断り」といった張り紙だけでは、およそあらゆるチラシ・パンフレットの投函行為や営業活動を一律に拒絶する広範かつ確定的な意思を示しているものとは受け止められない⁸⁰⁾とする見解と、誰でも投函できる集合ポストへの投函であれば、禁止事項の掲示があっても、他者と広く社会的に接触するために、望ましくない目的で立ち入る者を選別し排除することを住居権者が断念していると解釈できるがゆえに住居等侵入罪には当たらず、個別に不退去罪が成立しうるにとどまるのに対して、エントランスの奥の居室が並ぶ廊下等への立入は、その間に居住者によるロック解除を要するドア等の物理的な障害がなかったとしても、侵入に当たるとする見解⁸¹⁾が主張されている。筆者の肌感覚としては、後者の方が社会の現状に合致しているように思われる。

六 おわりに

以上、住居権者等の主観的意思に反する立ち入りのうち、住居等侵入罪に該当するものを限定しようとする見解の根拠および限定の基準を検討してきたが、同罪の保護法益を、建物内部の空間が、その有する機能、用途に合致して利用されている状態、ないしは、そのような状態を形成、維持すべく、当該空間を支配・管理する自由と解する立場を前提とする限り、同罪の成立を限定することの必要性・妥当性（言いかえれば、限定しない場合の不当性）を主張する論には賛同しえず、また、いずれの限定基準も、「侵入」該当性が認められる場合とそうでない場合の限界を画する基準として合理性を有しているとは思われないのである。とりわけ、少なからぬ限定論の背後に存在すると見うけられる、法益侵害（意思に反する立ち入

78) 松宮・前掲注 8) 立命館法学 297 号 13 頁。同じく、ポスティング目的での共用部分への立ち入りが住居侵入罪に該当するとするのは「社会の実情に合わない」とするものとして、嘉門・前掲注 8) 大阪市立大学法学雑誌 55 巻 1 号 166-167 頁。

79) 松宮・前掲注 8) 法学セミナー 627 号 117 頁。

80) 松宮・前掲注 8) 法学セミナー 639 号 113 頁。同様の主張として、関・前掲注 42) 56-57 頁。

81) 塩見・前掲注 11) 161-162 頁。

り) に対する実効的な備えをしていることを保護の前提として要求する考え方は、住居等侵入罪にとどまらない射程を有しうるものであり、慎重な検討を要するように思われる。