

ポスティングと住居侵入罪

松 宮 孝 明

目 次

- 1 問題の所在
- 2 「住居」とは
- 3 「住居権侵害」とは
- 4 むすびにかえて

1 問題の所在

1 防衛庁宿舍等の集合住宅の玄関ドアポストにビラを投函する¹⁾目的で、当該集合住宅の各住居の玄関前まで階段を上がる行為は、住居侵入罪に該当するであろうか。昨年（2004年）3月19日および31日に、東京地方検察庁八王子支部の検察官は、このような行為を刑法130条の住居侵入罪に当たると解して、「自衛隊のイラク派兵反対！」等とかかれたビラを配布した被告人らを東京地方裁判所八王子支部に起訴した。しかも、当該宿舍の敷地への立入りも含めて、「住居」侵入だという。

しかし、集合住宅の玄関ドアポストまでは、新聞配達員ばかりでなく、すし屋、ピザなどの宣伝チラシや選挙ビラ等を配布する人物も、日常、個別に居住者や管理者の承諾を得ることなく立ち入ることが多い。事実、本件の被告人らもまた、本年2月27日に本件で令状逮捕されるまでは、立入り自体について抗議を受けることなく本件宿舍にポスティングをしていたのである。したがって、本件ポスティングを理由とする逮捕や起訴は、一般の市民感覚からすれば極めて唐突なことであり、事実、日本ジャーナリ

スト会議や法学者の有志等は、本件逮捕を、市民の正当な表現活動を抑圧するものとして抗議声明を挙げ、「アムネスティ・インターナショナル」は、本件被告人らを、「表現の自由を侵害され拘禁された」として、日本で初めての「良心の囚人」に認定している。

さらに、この裁判の第一審である東京地裁八王子支部は、2004年（平成16年）12月16日に、本件被告人らを受罪とする判決を言い渡した。そこでは、被告人らの「表現の自由」に配慮した判断が示されたといえる。

2 しかし、本件での逮捕や起訴に対するこのような違和感は、本件が単に「自衛隊のイラク派兵」や「表現の自由の抑圧」といった憲法上の論点を理由とするにとどまるものではない。刑法の視点では、端的に、本件被告人らのポスティングを「住居侵入罪」に当たるとする解釈そのものが、市民的感觉からみて、違和感を生ずるものなのである。したがって、住居侵入罪の構成要件該当性自体は認めてしまった本件一審判決にも、疑問が残る。

もっとも、近年の一部の学説によれば、住居侵入罪は住居権者の 内心に秘められたものをも含む 意思に反する「住居」への立入りであり、しかも、ここにいう「住居」には、垣等で囲まれた住居の敷地も含まれるという²⁾。本件の検察官の解釈も、このような理解に基づいているものと見受けられる。しかし、健全な市民の抱くこの違和感は、このような図式的な解釈論で片づけられるものではない。そうではなくて、市民の健全な法感覚を反映しないこの種の図式的な解釈論こそが、本件を契機として、その反省を迫られているのである³⁾。

3 とりわけ、他人の立入りを許可ないし禁止する権限を意味する「住居権」とその侵害という住居侵入罪の本質を巡る理解は、わが刑法学においては、まだまだ深められていない。実際、住居権者の秘められた意思に反すると推定される立入りが、常に本罪に当たるとされてきたわけではない。また、住居の付属地が「住居」に含まれるとするのは、終局裁判所の「判例」ではない。以下では、この2点を中心に、住居侵入罪の本質に関する理解を深めてみようと思う⁴⁾。

2 「住居」とは

1 冒頭に述べたように、住居の付屬地ないし圍繞地が「住居」に含まれるとするのは、終局裁判所の「判例」ではない。というのも、判例がこの種の付屬地を「建造物」に含める見解を採用したのは比較的最近のことであり⁵⁾、大審院時代には、むしろ消極説が支配的であったし、今日でも、この種の付屬地を「住居」に含める最高裁判例は存在しないからである。

「住居」とは、「人の起臥寢食に使用される場所」を意味する⁶⁾。これについて、戦前には、たとえば、大場茂馬は、「建造物なる文字中には到底その付屬地所を包含するものと解する能わざれば、我が刑法の解釈としては、これを消極に解するを相当とす」と述べており⁷⁾、判例もまた、もっぱら、圍繞地への侵入行為が「邸宅」への侵入といえる場合にだけ、刑法130条の適用を認めてきた。たとえば、大審院1932年（昭和7年）4月21日判決（刑集11巻407頁）は、社宅の圍繞地への侵入は「邸宅」への侵入でないとして130条の適用を否定し、みだりに出入りすることを禁止された場所として、当時の警察犯処罰令2条25号に該当するとした。これに対して、大審院1939年（昭和14年）9月5日判決（刑集18巻473頁）は、住居の圍繞地は「邸宅」に当たるとしてこれを肯定した。逆に最高裁では、1957年（昭和32年）4月4日判決（刑集11巻4号1327頁）は、社宅の圍繞地も「邸宅」に当たるとする不自然な解釈をして130条の適用を認めたが、しかし「建造物」に当たるとする構成は採らなかった。

また、「住居」についても、大審院はこれに圍繞地は含まれないと解していた。たとえば、大審院1923年（大正12年）1月27日判決（刑集2巻35頁）は、被告人が住居の縁側にまで到達した場合にようやく「住居」侵入を認め、大審院1929年（昭和4年）5月21日判決（刑集8巻288頁）は、住居の邸内に侵入した行為を「邸宅」侵入に当たるとしている。

2 ところが、すでに触れたように最高裁は、1950年（昭和25年）9月27

日の大法廷判決で、突然、積極説を採用する。すなわち、「刑法130条に所謂建造物とは、単に家屋を指すばかりではなく、その圍繞地を包含するものと解するを相当とする」として、工場敷地への立ち入りを「建造物」侵入に当たると述べたのである。そしてその後は、先に述べた、塀で囲まれた社宅敷地を「邸宅」と解した1957年の最高裁判決（刑集11巻4号1327頁）を別にして、下級審に積極判例が広がっていく。「建造物」とされた例としては、会社敷地（東京高判昭和27・1・26高刑集5巻2号123頁）、駅のホーム（札幌高判昭和33・6・10裁特5巻7号271頁、福岡高判昭和41・4・9高刑集19巻3号270頁）⁸⁾などがある。さらに、最高裁レベルでも、裁判所敷地（最大判昭和44・4・2刑集23巻5号685頁）、東大地震研究所敷地（最判昭和51・3・4刑集30巻2号79頁）が、「建造物」に当たるとされている。

3 にもかかわらず、付屬地を「住居」に含めた最高裁判例は、まだない。わずかに、下級審で、店舗兼住宅の敷地（東京高判昭和30・8・16裁特2巻16=17号849頁）、寺院の境内（福岡高判昭和57・12・16判タ494号140頁）などが、「住居」に当たるとされただけである。

それどころか、先の塀で囲まれた社宅敷地を「邸宅」と解した1957年の最高裁判決（刑集11巻4号1327頁）から推論されるように、最高裁は、この点では大審院時代の判例と同じく 住居の敷地を「住居」と解していないのである。さらに、比較的近年の下級審判例でも、たとえば、広島高裁の1988年（昭和63年）12月15日の判決（判タ709号269頁）は、アパート2階外側共用通路部分とその圍繞地を「人の看守する邸宅」に当たると解している。すなわち、「現に人が住居として使用している建物に附屬する施設ではあるが住居の一部とはいえないものや右建物の圍繞地は、これを刑法130条にいう邸宅に該るものと解し得るのであるが、このことは右が単一の居住用建物に附屬する場合に限らず、アパート等の共同住宅に附屬する場合においても、施設や圍繞地が専らそこに居住する者のみが利用し、あるいはこれらの者のために利用されるべき性質のものである以

上同様である。」というのである。

つまり、「住居」の付屬地を「住居」に含める最高裁判例は存在せず、それぞれが、最高裁はこのような解釈を避けて、これを「邸宅」とする解釈を採ってきたのであり、高裁レベルの下級審判例でも、これに従うものが比較的最近も見受けられるのである。したがって、本件検察官の採用する、宿舎敷地も「住居」であるとする解釈は、かえって、従来の「判例」に反するものであるとすらいえる。

4 ところで、「住居」の付屬地をも「住居」に含める解釈を支えるのは、「邸宅」解釈とのバランス論である。つまり、人の看守する「邸宅」であればその付屬地も刑法130条で保護されるのに、「住居」の付屬地がそうならないのはアンバランスであるというのである⁹⁾。

しかしながら、学説の中にはすでに、この前提に異論を唱えるものがあった。たとえば、前野育三は、130条の「客体が異なれば、法益、行為等について説かれていることも異なるのではないだろうか」という問題を提起し¹⁰⁾、関哲夫は、「多元的保護法益論」の名の下に、「住居」についてはプライバシー保護の意味での「住居権」（「他人が一定の領域へ立ち入り、または滞留することを許容し、あるいは許容しないことを決定する自由」）を保護法益と解すると同時に、他方で、官公庁などの公共営造物では、「官公庁における個々の職員が、その営造物の利用目的に従って平穩かつ円滑に業務を遂行しうること」を保護法益とみる¹¹⁾。

ここで重要なのは、このように、プライバシー保護の機能を有する「住居」や「邸宅」と同等の保護を他の建造物に認めることには多くの異論があるということである¹²⁾。プライバシー保護の必要が大きいからこそ、塀などで囲われた住居敷地に立ち入る行為を重く処罰する実質的根拠があるのであって、そのような根拠を持たない建造物敷地を住居敷地と同等の保護に値するとみるのは、悪しき形式論である。

5 階段や通路などの集合住宅の共用部分についても、判例は安定していない。たしかに、これを「住居」に含めた裁判例もある¹³⁾が、前述のよ

うに、これを否定して、「邸宅」としたものもある¹⁴⁾。したがって、共用部分を「住居」と解するのは、必ずしも「判例」とはいえないのである。しかも、このように集合住宅の共用部分と個々の居住部分の性格を分けて考えることは、次の「住居権侵害」の意味を考える上でも重要である。

3 「住居権侵害」とは

1 住居侵入罪の本質は、住居等への侵入によって「住居権」を侵害するところにある。もっとも、本罪の保護法益については争いがある。これを、住居や邸宅などの空間への他人の立ち入りを許可したり禁止したりする「住居権」¹⁵⁾と解する見解と(住居権説)、住居等の内部の事実上の平穩¹⁶⁾と解する見解(平穩説)が対立しているのである。もっとも、いずれも個人の法益と解されており、公共の平穩が本罪の保護法益となるわけではない。

この住居権説と平穩説の対立は、一般に思われているほどに大きなものではない。たしかに、戦前の判例には、住居権説に依拠しつつ、夫の不在中にその妻と姦通する目的で住居に立ち入った者は、住居権は家長である夫にしか認められないので、たとえ妻の承諾があったとしても住居権の侵害があるとして本罪の成立を認めたものがあつた¹⁷⁾。そのため、戦後の下級審判例には、類似の事案で平穩説に立って本罪の成立を否定したものがあつた¹⁸⁾。

しかし、「建造物」への侵入に関するものではあるが、最高裁は、一時期、居住者等に法律上正当な住居権があるか否かは問わないとか圍繞地も「建造物」に含まれるといった結論を導くために平穩説を採用しておきながら¹⁹⁾、その後は、住居権説に戻って、事実上の平穩侵害の有無が確定し難い事案について管理権者の意思に反するという点を強調して建造物侵入罪の成立を認めている²⁰⁾。しかも、そのために、とりたてて判例変更の手続きをとることはなかったのである。

学説では、一時期、家長にのみ住居権を認める大審院判例は男女の平等に反するとして平穩説を採用する見解が多数であったが²¹⁾、近年は、住居権を居住者に平等に認めれば、そのような不都合は生じないとして住居権説が復活しつつある²²⁾。それどころか、学説の中には、平穩説に立ちながら、夫の不在中に妻と情交する目的で立ち入る行為は住居の平穩を破るものだとしているものもあり²³⁾、同説が必然的に住居権説と異なる結論に至るものであるか否かは、必ずしも定かではない。事実、西田典之は、平穩説に対して、平穩概念が不明確であること、平穩侵害が住居者の意思に反することを意味するなら、実質的には住居権説と変わらないこと、

不退去罪では、行為態様の平穩は問題にならないことを挙げて、平穩説は住居権説に帰着すると述べている²⁴⁾。つまり、ここにいう「平穩」とは、夜間に他人の住居にこっそり入って誰にも気づかれずに出て行ったとしても侵害されるような観念的なものであり、その意味では、「住居権侵害あれば平穩侵害あり」なのである。

2 もっとも、このように解したからといっても、「住居権」の内容ないし行使が、住居権者のまったくの恣意に委ねられるわけではない。たとえば、西田は、万引き目的でのデパートへの立入りは建造物侵入に当たらないとする趣旨で、次のように述べている。すなわち、「たしかに、入場の際に違法目的を知れば、看守者は立入りを拒否するであろう。しかし、行為が、立入りの許容された時間内に通常の形態で行われている場合には、たとえ、看守者が入り口に立ってチェックしたとしても、その違法目的を知ることにはできないから、当然に立入りを許可したであろうといわざるをえないのである。したがって、一般に公開されている建物については、通常の形態での立入りである限り、それは当該建物管理者の事前の包括的同意の範囲内にあり、本罪は成立しないと解すべきであろう²⁵⁾」と。つまり、「行為が、立入りの許容された時間内に通常の形態で行われている場合には、……当然に立入りを許可したであろう」から、住居権侵害はないというのである。ここでは、「平穩侵害なければ住居権侵害なし」という命題

が認められている。

たしかに、「住居権」は、当該空間への立入りの許可ないし禁止を意味する住居権者の形式的な権利であり、その許可ないし禁止の理由を問うものではない。しかし、その行使が全く住居権者の任意ないし恣意に委ねられている純粹主観的なものなら、立ち入った者に違法目的があることを知りえなくても、たとえばデパートの管理者は万引き目的での立入りを許可するはずはないから、それは「住居権侵害」に当たるといえるはずである。にもかかわらず、そのような解釈が正義に適うものでないというのであれば、それは、住居権の行使もまた、行使される相手方の法的安定性を害しないように、何らかの客観的＝標準的な制約に服さなければならないということの意味する。

そのような客観的な制約は、住居権のもつ形式的な性格から生じる。すなわち、この権利は立入りの許可ないし禁止に関する形式的な権利であって、その許可ないし禁止の理由は重要でないため、「住居権侵害」の解釈にとっては、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ないし動機によるものであるかも重要でないのである。その意味で、立入りの許可ないし禁止の意思表示は形式化＝標準化されるのであり、立入り当時に住居権者が気づくことのできなかつた事情が事後に判明したことを理由に、立入り自体が「住居権」を侵害するものであると解することは許されない²⁶⁾。

3 ところで、1983年(昭和58年)4月8日の最高裁判決(刑集37巻3号215頁)では、「刑法130条前段にいう『侵入シ』とは、他人の看守する建造物等に管理権者の意思に反して立ち入ることをいうと解すべきであるから、管理権者が予め立入り拒否の意思を積極的に明示していない場合であっても、該建造物の性質、使用目的、管理状況、管理権者の態度、立入りの目的などからみて、現に行われた立入り行為を管理権者が容認していないと合理的に判断されるときは、他に犯罪の成立を阻却すべき事情が認められない以上、同条の罪の成立を免れないというべきである。」と述べ

られている。ここでも、現に行われた立入りが管理権者の住居権を侵害したか否かは、純粹主観的に管理権者の意思を尋ねて判断されるのではなく、「該建造物の性質、使用目的、管理状況、管理権者の態度、立入りの目的」等から客観的に判断されるのである。

ここで、判断要素の中に「立入りの目的」という行為者の主観が入れられていることが注目されるかもしれない。つまり、ここでは、その目的が管理者に知られていたか否かに関係なく、住居権侵害の有無が判断されているという見解がありうるかもしれない。しかし、それは短絡的な解釈である。というのも、最高裁は、住居権侵害を認定するに当たって、次のような事情を挙げているからである。すなわち、「被告人らが、全逓の春季闘争の一環として、多数のピラを貼付する目的で、大槌郵便局局舎内に管理権者である中村局長の事前の了解を受けることなく立ち入ったものであること、局舎等におけるピラ貼りは、郵政省庁舎管理規程によると、法令等に定めのある場合のほかは、管理権者が禁止すべき事項とされていること、被告人らは、夜間、多人数で土足のまま局舎内に立ち入り、縦約25糎、横約9糎大の西洋紙に『大巾賃上げ』『スト権奪還』などとガリ版印刷をしたピラ約1000枚を局舎の各所に乱雑に貼付したものであり、被告人らの右ピラ貼りは、右庁舎管理規程に反し、前記中村局長の許諾しないものであることが明らかであること、右ピラ貼りは、その規模等からみて外形上軽犯罪法違反に該当する程度の評価が可能であり、それが組合の闘争手段としてなされたものであるとはいえ、庁舎施設の管理権を害し、組合活動の正当性を超えた疑いがあるから、管理権者としては、このような目的による立入りを受忍する義務はなく、これを拒否できるものと考えられること、組合のピラ貼りについては、東北郵政局から警戒するよう指示されていたこともあって、前記中村局長は、当夜、安部局長代理と交代で局舎に立ち寄り、局舎の外側からピラ貼りを警戒していたが、被告人らが局舎内に立ち入りピラ貼りをしているのを確認するや、右局長代理とともに局舎に入り被告人らに退去を求めたこと」が、「被告人らの本件局舎内への立

入りは管理権者である右局長の意思に反するものであ」とする結論を導いているのである。ここに指摘されている「ビラ貼りの目的」は、行為者らの内心にとどまっていたものではなく、「被告人らは、夜間、多人数で土足のまま局舎内に立ち入り、縦約25糎、横約9糎大の西洋紙に『大巾賃上げ』『スト権奪還』などとガリ版印刷をしたビラ約1000枚を局舎の各所に乱雑に貼付した」という形で客観化・現実化していたことを見過ごしてはならない。つまり、客観化・現実化した行為から、被告人らの目的が推認されているのである。

くわえて、「前記中村局長は、当夜、安部局長代理と交代で局舎に立ち寄り、局舎の外側からビラ貼りを警戒していたが、被告人らが局舎内に立ち入りビラ貼りを行っているのを確認するや、右局長代理とともに局舎に入り被告人らに退去を求めたこと」も重要である。ここでは、管理者の退去要求が現に明示されている。

さらに、オウム真理教の信者による鉄筋鉄骨造の共同住宅の共用部分
建物1階出入口、エレベーター、外階段踊り場等 への立入りが
130条の罪に問われた名古屋地裁の1995年(平成7年)10月31日の判決
(判時1552号153頁)²⁷⁾は、端的に、立入り態様が客観的に住居の平穩を害
するものであることを重視している。すなわち、「本件集合住宅の居住者
にとって、前記のような目的を持った不法集団に、たとえ共用部分にせよ、
また1名ずつであったとしても、真っ昼間から夜間まで10日間にわたり、
組織的・計画的に、入れ替わりたち替わり侵入されたことは、外から内を
干渉されたことであり、これにより住居の平穩が大きく害されたことは言
うまでもない。加えて侵入した不法集団が前記の目的で組織的・計画的に
監視活動をしたこと自体も、まさに内から外を干渉することに利用された
という意味で、これにより右居住者の住居の平穩が害されたことは否定で
きず、その程度も軽く見ることはできない。この結論は居住者が侵入や監
視活動を認識したと否とにかかわらず、むしろ、本件の場合のように、居
住者に気付かれぬように密かに侵入、監視活動をしたことで、なおのこ

と住居の平穩を害したとも考えられる。」というのである。これは、住居権説からみれば、犯罪の準備のための立入りであることが明らかな立入りは、平穩を侵害するがゆえに住居権を侵害するということである。つまり、「平穩侵害なければ住居権侵害なし」にくわえて、「平穩侵害あれば住居権侵害あり」なのである。

最後に、同じくオウム真理教の信者による小銃部品の積み替えを目的とする雑居ビルの駐車場への立ち入りを建造物侵入罪に当たるとした東京地裁の1995年（平成7年）10月12日判決（判時1547号14頁）の事案もまた、小銃という武器の部品の積み替えといった穏当でない作業を現に行い、かつ、積み替え作業の間、共犯者の一人が、半地下駐車場に入ろうとした他の入居会社の従業員を制止するなど、平穩を害する態様の立入りであった。

以上をまとめれば、住居侵入罪は、たしかに、住居権を侵害する罪であるが、ここにいう住居権の行使は、客観的で標準化された制約に服するのであり、その意味で、「住居権侵害」=「平穩侵害」なのである。もちろん、ここにいう「平穩侵害」とは、夜間、静かに立入る場合も含めて、現に騒がしく入るという意味ではなく、客観的にみて「不穏な」立入りを意味する。

4 翻って、本件のようなポスティングはどうであろうか。ここでは、集合住宅の各玄関ドアポストまでへの、通常の新聞配達と外見上変わらない立入りが問題とされている。たしかに、本件宿舎敷地出入口付近および各棟各階段1階出入口付近には、部外者の立入り等を禁止する表示板が設置されていたようである。しかし、この禁止は全く徹底されておらず、実際には、各玄関ドアポストには各種のビラやチラシが配布されていた²⁸⁾。したがって、客観的に推定できる住居権者の意思からは、部外者立入り禁止の表示板とは逆に、各玄関ドアポストへのポスティングは包括的に許容されていたとみることができる。というのも、玄関ドアポストは、多様な意見が渦巻く社会に開かれた居住者の「窓」だからである²⁹⁾。くわえて、本件被告人らの立入り態様は、通常のポスティングと同じく、「不穏な」も

のではなかったようである。

さらに、集合住宅の共用部分の場合、住居権の行使には、特殊な考慮が必要である。というのも、共用部分は複数の居住者が通路として用いるため、居住者のうちの誰かが特定の人物の立入りを好ましくないと考えていたとしても、他の居住者を訪問する人物の立入りを禁止することはできないからである。この点で参考になるのは、西田典之の次の指摘である。すなわち、西田は、単独の住居の場合ですら領域ごとに個別化して考えるべきであって、各々の個室には独立の住居権があると解すべきであるとする立場から、「娘が親の反対を押し切って恋人を自室に入れても本罪は成立しない。」と述べている³⁰⁾。単独の住居ですらそうなのだから、集合住宅の共用部分では、当然、各々の居住者に独立の住居権があるので、客観的・標準的にみて、平穩を害するがゆえに全員が立入りを拒否するであろうとみられる態様の立入りでない限り、その立入りは住居権侵害とはみなされない³¹⁾。

同じことは、宿舍の管理権者にも妥当する。管理権者にとって好ましくない人物であったとしても、居住者が招いた以上、共用部分への立入りを禁止するような住居権行使は許されない。そして、住居権侵害とはみなされない立入りは、1983年の最高裁判決が述べているように、そもそも本罪の構成要件要素である「侵入」に当たらないのである。したがって、本件のように平穩を害しない単なる立入りを「侵入」と同視してはならない。

5 もっとも、平穩な立入りでも、それが、居住者の総意を汲んで、その代表者ないし管理権者が退去要求をした場合には、事情は異なる。具体的な明示の退去要求があるにもかかわらず退去しないで居座る場合には、すでに事態は「不穩」なものに発展している。したがって、この場合には、

形式的な退去要求に反することだけで本罪は成立し、平穩侵害は不要であるというのではなく 退去要求に応じないという態度が、平穩侵害を意味するのである³²⁾。実際、1984年(昭和59年)12月18日の最高裁判決(刑集38巻12号3026頁)は、配布・宣伝等の行為を目的とする立入りを禁

止した標示に反してビラ配布等の宣伝目的で駅構内に立入った被告人らに対し、侵入罪ではなく、現実の退去要求に応じなかったことを理由とする不退去罪を認めている。したがって、侵入の際に住居権侵害がなかったからといっても、個別具体的に明示の退去要求がある場合にまで、不退去罪が成立しないというわけではない。

4 むすびにかえて

1 以上の検討から明らかになったのは、次の事柄である。すなわち、(1) 住居の敷地・付属地をも「住居」に含まれるとする最高裁判例は存在せず、それどころか、これはせいぜい「邸宅」の一部であるとするのが大審院以来の「判例」であり、また、下級審においても見解は分かれているのであって、その意味で、本件のような宿舍の敷地を当然に「住居」に含まれると解するのは「判例」ではないこと、(2) 集合住宅の共用部分についても、これを「住居」に含まれると明言する最高裁判例はなく、下級審でも、これを「邸宅」の一部と解するものがあること、(3) 130条の本質である「住居権侵害」は、住居権者の恣意を許すものではなく、客観化・標準化された住居権行使を前提とするものであり、その限りで、立入り態様の平穏性ないし「不穏性」が住居権侵害の判断の基準となること、その意味で、「住居権侵害」=「平穏侵害」であること、(4) 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こと、(5) その際、「部外者立入り禁止」等の一般的な表示は、客観化・標準化された住居権行使からみれば、必ずしも当該立入りが「住居権侵害」に当たることを意味しないこと、(6) 集合住宅の場合には、その共用部分への平穏な立入りを一般的に拒否するのは、客観化・標準化された住居権行使からみて許されないこと、(7) 包括的な同意が認められる場合でも、住居権者の個別具体的な明

示の退去要求があれば、不退去罪の成立はありうること、である。

2 これを本件についてみるならば、(1) 被告人らの立入った住居共用部分についても、これを「住居」への立入りだと即断することはできない、(2) ましてや、本件宿舎敷地が「住居」だとするのは、大審院以来の終局裁判所の判例にはない解釈である、(3) 被告人らの本件立入りは「不穩」なものとはいえないので、それが住居権を侵害したとはいえない、(4) それは、とりわけ、被告人らが、玄関ドアポストという社会に開かれた「窓」へのアクセスを意図していたがゆえに、客観化・標準化された住居権行使からみれば、包括的な同意の範囲内のものである、(5) 本件の「部外者立入り禁止」等の一般的な表示は、客観化・標準化された住居権行使からみれば、住居権侵害の根拠とならない、(6) 集合住宅の管理権者といえども、客観化・標準化された住居権行使からみて、居住者の総意を代表しない場合には、共用部分への通常の態様の立入りを禁止できないので、管理者の内心的意思に反することを理由として、本件被告人らの立入りを「侵入」とみなすことはできない、(7) 被告人らは、住居権者の個別具体的な明示の退去要求を受けつつ退去しなかったわけではないので、本件では不退去罪も成立しない、という結論が導かれる。

3 冒頭に述べたように、住居侵入罪は住居権者の 内心に秘められたものをも含む 意思に反する「住居」への立入りであり、しかも、ここにいう「住居」には、垣等で囲まれた住居の敷地も含まれるので、本件被告人らには住居侵入罪が成立するとするのは、市民的法感覚とかけ離れた図式的な解釈である。余談であるが、このような図式的な解釈が検察実務家の間でも唱えられるようになった責任の一端は、現行司法試験の合格のみを目標とした 「予備校的」 受験勉強にある。そうではなくて、本来の学問は、このような図式的解釈では把握できない市民の法感覚を実際の法適用に生かそうと努力するものでなければならない。法科大学院を中心とする法曹養成制度の改革もまた、このような姿勢をもつ法律家の養成を目指すことによって、法が真に社会生活の中に生きているという市民

の信頼を勝ち取るものでなければならないのである。

- 1) 以下、玄関ドアポスト等へのピラ入れをポスティングと呼ぶ。
- 2) 一見すると、このような「住居権説」を採用し、かつ、住居の付属地も「住居」に含まれるとしているように読める見解として、大谷實『新版刑法講義各論〔追補版〕』（2002年）129頁以下、西田典之『刑法各論（第2版）』（2002年）98頁以下等がある。しかし、これらの学説を、このように表面的に受け取ることには問題があるし、「判例」の読み方も浅いと思われる。後にみるように、住居の付属地をも「住居」に含まれるとする解釈は、終局裁判所の「判例」ではなく、また、住居権者の秘められた意思に反すると推定される立入りが、常に住居侵入罪にされてきたわけでもないからである。
- 3) 刑法学の市民感覚からの乖離という現象は、本件のような事例において、住居侵入罪の成立を疑わないことによって、一層、拡大されることになる。
- 4) 現行刑法の提案理由では、130条について、次のように述べられている。すなわち、
「本章の規定は、旧刑法第2編第3章第7節に少し修正を加えたもので、旧刑法の規定は狭隘に失し、住所の安寧を十分に保護するに足らないので、その規定を補充し、刑の範囲を拡張した結果、旧刑法のような加重の情状を列挙する必要が減ったので、全部これを削除した。本条は、旧刑法171条と172条を合わせ修正を加えたもので、侵入が夜間か昼間かによって刑の軽重を認める必要はないと考えたので、この区別を削除した。また、同条には、人の住居したる邸宅云々とあるため、従来、往々にして狭くその意義を解し、人の住居として借り受けた室内に侵入した場合は罪とならないという者がなかった。本案においては、人の住居と改め、また、従来、艦船内に侵入する罪を規定していなかったため実際上不便を感じたことが一度ならずあったので、新たに、艦船を加えた。なお、旧刑法では単に侵入の行為を罰するだけで、たとえ正当に入った者といえども要求を受けて退去しなかった場合の規定を欠いていたため、實際上、極めて不備を感じたので、本案においては、新たに、その規定を設けた。第132条は、旧刑法173条と同一の趣旨の規定である。第133条（未遂）は、その必要を認めこれを設けた。」というものである（倉富勇三郎ほか編、松尾浩也増補解題『増補刑法沿革綜覧』（1990年）2177頁以下参照。旧仮名使いは現代風に改めた）。

なお、旧刑法の関連規定は次のようなものであった。

171条 昼間故なく人の住居したる邸宅又は人の看守したる建造物に入りたる者は、11日以上6月以下の重禁錮に処す。

若し左に記載したる所為ある時は一等を加ふ。

- 一 門戸牆壁を踰越損壊し又は鎖鑰を開きて入りたる時
- 二 兇器その他犯罪の用に供す可き物品を携帯して入りたる時
- 三 暴行を為して入りたる時
- 四 二人以上にて入りたる時

172条 夜間故なく人の住居したる邸宅又は人の看守したる建造物に入りたる者は、1月以上1年以下の重禁錮に処す。

若し前条に記載したる加重す可き所為ある時は一等を加ふ。

- 5) 最大判昭和25・9・27刑集4巻9号1783頁が、そのリーディング・ケースとされている。
- 6) 大判大正2・12・24刑録19輯1517頁。これは、放火罪に関する判例で、校舎の一室が宿直室になっている学校への放火が現住建造物放火罪に当たるとしたものである。
- 7) 大場茂馬『刑法各論上巻・増訂四版』(1911年)401頁。もっとも、学説には、勝本勘三郎や牧野英一のように、積極説も存在した。勝本については大場・前掲書401頁参照。牧野については、『改訂増補・刑法通義』(1910年)212頁参照。ただし、勝本は、文理解釈では囲繞地を含まないとみていたようである。
- 8) もっとも、山口地判昭和36・12・21下刑集3巻11=12号1229頁は、囲障のない駅構内は「建造物」に当たらないとしている。
- 9) たとえば、団藤重光『刑法綱要各論(第3版)』(1990年)504頁は、「邸宅との権衡上」を理由に挙げる。
- 10) 前野育三「客体が公の建造物である場合における住居侵入罪・不退去罪の特殊性について」静岡大学法経研究17巻1号(1968年)76頁参照。
- 11) 関哲夫『住居侵入罪の研究』(1995年)327頁参照。
- 12) 「住居権説」を支持する山口厚も、官公庁の建物については、住居の場合と異なり、住居権の行使が建物の目的等により事実上または法的に制約されることを認める点で、同等の保護を否定する見解とみられる。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年)79頁参照。
- 13) 広島高判昭和51・4・1高判集29巻2号240頁、東京高判昭和54・5・21判時943号121頁、名古屋高判平成8・3・5判時1575号148頁。
- 14) 前述の広島高判昭和63・12・15判タ709号269頁。
- 15) 「住居権」は、ドイツ語の Hausrecht の訳語である。「居住する権利」の意味ではなく、一定の空間への立入りを許可しまたは禁止する権利のことである。
- 16) 「住居の平穩」は、ドイツ語の Hausfriede の訳語である。
- 17) 大判大正7・12・6刑録24輯1506頁、大判昭和14・12・22刑集18巻565頁が、よく知られている。
- 18) 尼崎簡判昭和43・2・29下刑集10巻2号211頁。
- 19) 被告人の侵入した警察予備隊施設や駐留米軍の病院は憲法違反の存在であるとする主張をしりぞけた最判昭和28・5・14刑集7巻5号1042頁、最判昭和49・5・31最集刑192号571頁や、囲繞地への侵入も建造物利用の平穩を害するから「建造物侵入」に当たるとした最判昭和51・3・4刑集30巻2号79頁がある。
- 20) 最判昭和58・4・8刑集37巻3号215頁、最判昭和59・12・18刑集38巻12号3026頁。
- 21) 団藤重光『刑法綱要各論(第3版)』(1990年)501頁、大塚仁『刑法概説各論(第3版)』(1996年)110頁、福田平『全訂刑法各論(第3版)』(1996年)203頁、前田雅英『刑法各論講義(第3版)』(1999年)124頁等。
- 22) 平野龍一『刑法概説』(1977年)182頁、中山研一『刑法各論』(1984年)140頁、西田・前掲注(2)98頁、山口厚『刑法各論』(2003年)116頁等。これは、「新住居権説」とも呼ばれることがある。
- 23) 小野清一郎『刑事判例評釈集2巻278頁、大塚・前掲注(21)119頁参照。

ポスティングと住居侵入罪（松宮）

- 24) 西田・前掲注(2)97頁以下参照。同旨、山口・前掲注(22)115頁。
- 25) 西田・前掲注(2)101頁以下。同旨、平野・前掲注(22)184頁、内田文昭『刑法各論（第3版）』（1996年）174頁、曾根威彦『刑法各論（第3版）』（2001年）82頁、山口・前掲注(22)123頁以下。
- 26) そうでなければ、デパートへの万引き目的での立入りや鉄道・バス等への不正乗車もまた、建造物侵入罪に問われてしかるべきであろう。しかし、わが社会では、そのような実務はないのである。
- 27) 控訴審は名古屋高判平成8・3・5判時1575号148頁（控訴棄却・確定）である。ここでは、主として可罰的違法性、誤想避難、量刑不当が争われた。
- 28) 後述するように、このような一般的な立入り禁止の表示だけでは、これに反する立入りを「住居権侵害」=「侵入」とみなさないというのは、最高裁の判例でもある。というのも、最判昭和59・12・18刑集38巻12号3026頁は、この種の表示に反してビラ配布等の宣伝目的で駅構内に立入った被告人らに対し、現実の退去要求に応じなかったことを理由とする不退去罪しか認めていないからである。
- 29) したがって、たとえば、このような「窓」をもたない大学研究棟の中の個別研究室へのビラ入れについては、同じことは妥当しない。
- 30) 西田・前掲注(2)100頁参照。同旨、平野・前掲注(22)10頁。
- 31) 安達光治『『ポスティング』は犯罪か？ 憲法・刑事法の視点から』法学セミナー596号（2004年）66頁以下も、共用部分は、もはや各居住者の完全にプライベートな領域ではなく、むしろパブリックな領域であるとして、「このスペースへの立ち入りに関しては、個々の居住者の主観的な承諾意思は問題とならず、居住者の立ち入りの承諾意思は、管理権者の管理権に代表されることになる。」と述べつつ、管理権の内在的制約として、「本件のような平穏な態様の表現活動に対しては、管理権侵害は問題とならない」とする。もっとも、管理権者が、その権限に基づいて、個別具体的に退去要求をすることまで否定されるとはいえないように思われる。
- 32) その点で、西田・前掲注(2)98頁が「不退去罪では、行為態様の平穏性は問題となりえない」とまで述べるのは、行き過ぎである。というのも、それは、西田自身が、「行為が、立入りの許容された時間内に通常の形態で行われている場合には、……当然に立入りを許可したであろう」（西田・前掲注(2)102頁）と述べて、住居権侵害の有無の判断の際に行為の平穏性を問題にしていることと矛盾するからである。言い換えれば、西田が平穏説を批判する際にイメージしている「平穏」概念は、事実に・物理的なものに矮小化されているのである。