

刑法各論覚書(2) : 「違法目的」での立ち入りと 「住居侵入等」罪(一三〇条)

伊藤, 司
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/2076>

出版情報 : 法政研究. 63 (3/4), pp.563-602, 1997-03-21. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

刑法各論覚書(2)

——「違法目的」での立ち入りと「住居侵入等」罪（二三〇条）——

伊藤 司

一 はじめに

二 「違法目的」での立ち入りと「住居侵入等」罪

三 おわりに

一 はじめに

本稿は、「刑法各論備忘録」の第二回目として、前記テーマについて考察を加えようというものである。⁽¹⁾

論 説

(1) 本シリーズの趣旨につき、法政研究六三巻二号二頁注(1)「なお」書き参照。もっとも、本稿については、講義ノートに

相当程度の補足・修正を加える結果となった。このテーマ、あるいは本罪一般についても大著をはじめ文献が多いためであるが、締切り日との関係上この程度にとどめざるをえなかった（最終校正日一九九七年二月二四日）。

二 「違法目的」での立ち入りと「住居侵入等」罪

(1) 「違法目的」での立ち入りは、もしも「被害者」がその目的を知っていたら許諾しなかったであろうか、という形での問いがなされる点で、他の犯罪とも共通の論点を含みもつ⁽²⁾。従って、他の犯罪の場合とも論理一貫した理由づけが行われなければならないという点に留意しなければならないであろう。

(2) まず、強盗殺人ないし強盗の目的をもつて来客を装って店主ないし家人の承諾を得て立ち入った場合、住居侵入罪が成立するとした二判例がある（最一小判一九四八・五・二〇刑集二巻五号四九〇頁、最大判一九四九・七・二二刑集三巻八号一三六四頁）。本罪の場合、法文上「正当な理由がないのに」という文言が付け加えられており、「逮捕及び監禁」罪（二二〇条）の「不法に」という文言との異同が問題とされてもいる。前掲二判例はそれぞれ「故なく」とは正当な事由なくしての意であり、「住居権者の承諾ある場合は違法を阻却すること勿論である」が、「強盗殺人の目的を以て店内に入ることの承諾を与えたとは言い得ない。」とし、「外見上家人の承諾があったように見えても、真実においてはその承諾を欠くものであることは、言うまでもない」とする。ここには、故なく⁽³⁾正当な理由がないのにという文言を違法阻却事由とする捉え方及び被害者の承諾に関する最高裁の一貫した姿勢が示されているといえよう。従って、他の犯罪の場合と同様な批判が本罪に対しても寄せられることになる訳である⁽⁴⁾。このような批

判に対しては、「欺罔による心中」に関する事例(最二小判一九五八・一一・二二刑集一二卷一五号三五一九頁)について、「追死」が自殺者の自殺にとって「本質的・決定的」な意味を有していたと認定される限り、被告人がすでに追死の意思を失っていたということであれば、自殺者の「自殺意思」には重大な瑕疵があるので「自殺関与及び同意殺人」罪(二〇二条)における有効な自殺意思とは認めがたく、かつ、被告人が被害者の特に「他行為選択可能性」をほとんど失わせる状況を作り出したような場合、「殺人」罪(一九九条)の成立は免れないと考える私見からは、通常の来客だと思ったから招き入れたのであって、強盗だとわかっていれば決して入れることはなかったであろうという関係が認められる限り、住居侵入等罪の成立を否定する理由はないことになる。⁽⁵⁾

(3)① 問題は、不特定・多数人の出入りする場所についてどう説明するかである。大きなデパートや大きなホテルのロビー、大きな駅(空港)のホール・通路・階段、官公庁舎、などといった場所は営業ないし公務時間中「開放」されているのが通常であるが、窃盗(万引・スリ等)、詐欺(カード詐欺等)、恐喝などの不法な目的や、ビラ配り・ビラ貼り、その他表現活動・労働運動といった一般的には憲法上も保障された行動のために立ち入った場合、本罪の成立が認められるかである。この際、やはり逮捕及び監禁罪における議論が有益な示唆を与えてくれるように思われるのである。内田教授は、住居侵入等罪の「正当な理由がないのに、⁽⁶⁾」という文言と逮捕及び監禁罪の「不法に」という文言を構成要件該当性と違法性のレベルでいずれも同様に位置づけ、それぞれ「意思に反して」及び「違法に」と捉えられるようであるが、特に逮捕及び監禁罪についてはいわゆる社会的相当性を構成要件そのものの「しほり」に利用したことになるという側面を指摘しつつ、「バスの乗客は、自宅の前をバスが通過しても、つぎの停留所までは降りることができない。」が、「たまたま一乗客が「監禁」されたという「意識」をもって騒いだからといって、バスの運転手などに構成要件該当性を認める必要はない」という例をあげる。バスの場合、停留所でなくとも降ろすこと

が皆無とはいえないからこういう設例が成り立ちそうであるが、電車の場合であれば非常事態でもなければ通常途中停車・ドアの開閉といったことは考えられないであろうから、このような設例自体が成り立ちそうもないようにみえる。この点、バスにつき、「つぎの停留所までは降りることができない。」という「ような」「不便」は、バスを「利用」する場合に必然的に含まれている」といい、「被害者」の個人的・主観的「承諾」に対する「社会生活上」の一般的・客観的「承諾」ということになる。」と理論構成するとき、結局民法上の「附合契約」を刑事法上言い換えているということにもなる。従って、バス・電車のように、相当規模の企業が不特定・多数人を乗降させる際の定型契約関係が基本にあると行ってさしつかえないとすると、事前に包括的・一般的に承諾を与えているものとみなされることにより、個々人の具体的な意思は原則として無視されることになるが、バスの場合途中下車を強く迫った乗客の具体的意思を無視してつぎの停留所まで走行したということになると、理論的にはやはり「承諾」に反したということにもなる。しかし、たとえ承諾に反しても、それを無視してもよいという意味ではやはり構成要件不該当事由としての社会的相当性論の機能する余地が残されているといつてよいように思われる。この設例は「被害者の承諾」にかかわる問題であった訳であるが、攻守所を変えて、建物の規模・来客数・売上高等からみて相当程度大きなデパートなどの場合、窃盗などの目的で立ち入ることは「管理権者」が「承諾」しているはずはなく、その「意思」に反していることは疑いなしと思われるが、デパートメント・ストアは「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、立ち入りが社会的相当性を欠くとはいえないものと考えられているのではないかと思われる。この点をもう少し理論的に分析すると、法益とは法によって保護された利益・価値であると定義づけるとき、そこでは、「法によって保護された」という性質と「利益・価値」という保護対象を区別しう

ることになり、⁽⁹⁾「意思」に反している以上「誰に立ち入りを認めるか否かに関する自由」も侵害されているとみうると思われ、従つて、「利益・価値」は存在しかつ侵害されたのであるが、前述のような理由により「法によって保護された」という性質が、特に別異に解する理由がない限り、一般的・包括的に放棄されているものとみなされているものと解される。この意味で、社会的相当性論をもつて説明しうる一場面ではないかと考える訳である（「附合契約」的発想のデパートなどへの応用）。

もつとも、判例の中には別異に解するかにかがえるものも現にあり、⁽¹⁰⁾そこでは、「沖縄コザ市における暴動に騒擾罪が適用されたことに関し⁽¹¹⁾米国外使館に抗議し」ようという「目的のために米国外使館前をデモ行進する等他の方法が公安委員会によつて許可され」なかつたので、共同通信「会館のベランダより垂れ幕を下げ、ビラを撒布し」た行為に対し、建造物侵入罪が適用されたものようである。この「会館には社団法人共同通信社を始め銀行、飲食店、各種商店等二十数個の店舗が入居して一般人の出入が自由であり、」同会館内管理規程一八条が前述の類の行為を禁止している（そしてこの禁止事項は二二条で全館出入者に準用されているらしい）が、「その趣旨は右のような行為自体を禁ずるもので、禁止事項を目的として会館に立入ることまで禁止するものとは解されないから、…その目的で立入ることは自由であつて、管理者の意思に反しない」旨の被告人側控訴趣意に対し、東京高裁は、「会館の管理者が管理の必要上禁止した事項を行う目的で立入ることを承諾することは考えられ」ず、「禁止事項を目的に立入る者も外見上、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、控訴をしりぞけているのである。「ベランダ」などの「共同部分」における前述の類の行為はたとえ店舗等の経営者であつても許されていない旨の「管理者の意思」が、「管理規程」という形で明らかにされているという訳である。結論的にいうと、本件

会館は開放性は相当高いものと思われるが、規模からしてなおマンション類似の形態とみてさしつかえないのではあるまいか。そうだとすると、共同部分についてはマンションと同様な管理を受けることにもなる¹²⁾。

(3)② 大きな駅(空港)のホール・通路・階段そしてホームについても、周知のように判例が存在する¹³⁾。まず、東京高判一九六三・三・二七高刑集一六卷二号一九四頁は、鉄道係員の許諾を受けずに営業行為等の目的で立入ることを禁止されている国鉄上野駅構内に、旅客に座席を売る所謂所場売り及び闇切符売りの目的をもってみだりに立入った被告人を軽犯罪法一条三二号に該当するとした一審の判断(二〇一―二頁)を結論的に妥当として控訴棄却しているが、営業時間中は事実上自由に人の出入を許し制限していないのが実情であり、特に人の出入を監視したり或いはみだりに人の侵入するのを防止するための設備を設けたりしている訳ではないことを理由に―「右ホールは同駅舎屋の一部として同駅駅長が…管理しているものであり」と認めているから「建造物」であることは否定していないようであるが―「いわゆる看守があるものとはなし難い。」と判断したのである(一九六頁)。そして、「掲示をして無用者の立入を禁止している」ことを理由に軽犯罪法一条三二号にあたる¹⁴⁾とし、かつ鉄道営業法三七条とも観念的競合の関係にあるとしたのである(一九七頁)。つぎに、福岡高判一九六六・四・九高刑集一九卷三号二七〇頁は、被告人は国鉄労働組合の支部執行委員長として同支部地区組合員の春闘要求貫徹総決起大会を指導していたものであるが、午後五時四〇分頃右大会に参加した組合員約百名を三列縦隊のデモ隊に編成し、自らその先頭で同隊を指揮・誘導し、駅貨物室横出入口の扉を開かしたうえ、同駅駅長の管理する建造物たる一番ホームに故なく侵入し(二三〇条前段)、同所でデモ行進中駅構内の警戒取締に従事していた同駅助役の制止を左手で押し払ったため同人をして線路敷上に転落させ傷害を負わせ(二〇四条)、もって同人の公務の執行を妨害した(九五条一項)ものと認定した熊本地裁の判断(二九二頁以下)は結論的に妥当とみているのであるが、この際、「国鉄八代駅…ホームの大部分は屋蓋を

有しており、且つ前記駅本屋及び跨線橋と屋蓋により各ホームは連絡されており、その構内は：外部との交通を制限している囲繞地を形成しているので、本件一番ホームも右駅本屋と一体をなして駅舎を構成する」から、右八代駅構内は八代駅長の管理看守する建造物である」として、「右建造物の一部である一番ホームに不法に侵入する所為は、単に鉄道営業法第三七条に該当するのみでなく、刑法第一三〇条に該当することというを俟たない」と限定的に判示している(二七四―五頁) 点が特徴的である。さらに、最三小判一九八四・一二・一八刑集二八卷一二号三〇二六頁は、いわゆる狭山事件裁判の被告人救援活動の一環としての抗議集会への参加を呼びかける目的で、京王帝都電鉄株式会社井の頭線吉祥寺駅南口一階階段付近において同駅係員の許諾を受けずにビラを配布し又は拡声器を使用して前記狭山裁判の不当性を訴えかつ集会への参加を呼びかけるなどした所為を鉄道営業法三五条・刑法一三〇条後段に該当するとした一審(三〇三六頁以下)及びこれをほぼ容認した二審(三〇四五頁以下)の判断を、妥当として上告棄却している訳であるが、ここでは、「南口一階階段付近は、構造上同駅駅舎の一部で、：通路として使用されており、また、同駅の財産管理権を有する同駅駅長がその管理権の作用として、同駅構内への出入りを制限し若しくは禁止する権限を行使しているのであって、現に同駅南口一階階段下の支柱二本には：掲示板三枚が取り付けられているうえ、：公道との境界付近に設置されたシャッターは同駅業務の終了後閉鎖されるという」事情を理由に、鉄道営業法三五条にいう「鉄道地」にあたるとともに、刑法一三〇条にいう「人ノ看守スル建造物」にあたると判示しているのである(三〇二九頁)。

以上の三判例を比較すると、東京高裁の「看守」論には若干無理があり、¹⁴⁾ 裁判官伊藤正己の補足意見(前掲刑集三八卷一二号三〇三二―三頁)で展開されている「パブリック・フォーラム」論も射程が限られているとすると、やはり「社会的相当性論」を持ち出すのが妥当であるということにもなる。大きな駅舎」の場合、多目的に使われる

ことが予想され—この点、東京高裁も「付帯施設の業務に関連する用務で出入する公衆」のほか、「事実上は…制限していないのが実情」と看破していた訳である（前掲高刑集一六卷二号一九六頁）が—直接・間接に国鉄（今日ではJR、私鉄についても同様）の業務に関連し又は有益ではなくとも、たとえば単なる待ち合わせ・バスの時間待ち・トイレの借用等といった目的のために立ち入ることが黙認されているといわざるをえないのではあるまいか。少なくとも建造物侵入罪で捕捉しうる程の違法性の強さはないであろう。この際、「附合契約」論によると、利用者が拘束されるのは利用の際だけであるのに対し、鉄道関係は幅広く不利益を蒙ることになるようにも思われるが、「潜在的な利用者」であることも多く、また不特定多数人を顧客とする大企業は社会的にみて「公的企業」といつてさしつかえないであろうから、この程度の不利益は甘受されるべきものと考えられているのではあるまいか。このような観点からすると、利用者の便宜・安全を第一義的に考える鉄道当局としてはデモでホームに立ち入るなどといったことは是非とも避けたいところであろうから、はじめから刑法一三〇条前段に該当し、利益の衝突は違法論で決せられるということになる。これに対し、いわゆるダフ屋的な行為については、それが直接国鉄乗車券のダフ行為とならざるおさら看過しがたいであろうことは推測に難くないが、外見上特に問題のない形で立ち入る限り、たとえ管理権者の意思に反するとしても直ちに刑法一三〇条前段を成立させるものとは考えられていないのではないかと思われる。もちろん、駅長室等に駅長等が待機している以上、事態に即応して対処しうる態勢になつていない訳であるから、一般的に「管理」しているというだけにとどまらず「看守」していることは疑いがないと思われる¹⁵が、事態に即応して退去要求してはじめて一三〇条後段にあたるというべきであろう。このような観点からすれば、東京高裁及び最高裁の判断は結論的に妥当であったといつてさしつかえないように思われる¹⁶。

(3) 官公庁舎への立ち入りについても著名な判例がある。最二小判一九八三・四・八刑集三七卷二号二一五頁にお

ける「公訴事実」は、被告人ら二名は六名の者と共謀のうえ午後九時三〇分ころ大槌郵便局長管理にかかる同郵便局舎内にスト権奪還などと記載されたビラ多数を貼付する目的で故なく侵入したものである、というものであり(二九四頁)、一審は、「事実上の平穩侵害説」⁽¹⁸⁾にたっており、しかも「侵入行為に該当するか否かはその行為が住居等の平穩を害する態様のものであるかによって決定されるべきもので、管理権者の意思はその判断の重要な資料にすぎない」とまで言い切っており(二九八―九頁)、いわば「純粹」平穩説とでも称すべきものであった。⁽¹⁹⁾このような見解は「個人」の住居等に関していえば不当なことはいうまでもないと思われるが、⁽²⁰⁾「官公庁」についてはなおこのような捉え方が成り立ちうるのではないかが問題とされることになろう。しかしして、一審は結局可罰的違法性なしという観点から「建造物侵入罪の構成要件に該当しないと」判断したよううかがえ(三〇四頁)、この際、「意思」のみに重点を置かない総合的判断に出ている訳で、それなりに一貫性を保ちえていると思われるが、立ち入り「目的」とも関連して、⁽²¹⁾「本件立ち入りは時間的にも勤務時間終了後で執務の妨害にもならなかった」(三〇三―四頁)という事情については、勤務時間中本件のようなビラ貼り行為に出るときは混乱を来すことは必定であろうからこの意味では妥当なのだが、勤務時間外であれ翌日以降の勤務に備え特に室内は保全しておく必要があるという反論が考えられる。もつとも、ビラ貼りについては、少なくとも軽犯罪法一条三三号によって捕捉しうる訳であり(二審三二二頁)、本罪を問題とするのは筋違いであるという再反論が考えられるが、建造物侵入罪だけを問題とした検察官公訴事実に対する判断であるから、「執務の妨害」との関連でも、間接的ではあるが建造物侵入によってもたらされた執務妨害要因とみることも不可能ではないであろう。しかしながら、そもそも業務妨害的に本罪を捉えなければならぬかについては疑問であり、論者も、官公庁舎の場合若干ニュアンスを異にしているようにはうかがえるが、結局「事実上の平穩状態が、閉鎖以後も残存している」として結論的に「住居侵入罪」の場合と同様に解されているようである。⁽²²⁾構

成要件該当性の判断に限っていえば、特に官公庁舎の場合、諸事情を十分に勘案したうえで、管理権者の意思の「恣意性」を排除し合理的な判断を行うべきことが要請されているにとどまるといってよいのではあるまいか。⁽²³⁾この点、一審が「利用者のうち、局長個人の意に沿わない者」のほか、「他局の全通組合員による職場交渉、職場内集会等を目的とする入局」を例にあげ、「これが社会的に相当な範囲の組合活動である限り、…管理権者の意思に反するから」といって、直ちに建造物侵入罪に該当するとはいえない。」と判示している（二九九頁）のは、基本的に妥当な発想を提示しているものといえる訳であり、問題はやはり「意思」の「位置づけ」ないし「重み」いかん、そして本罪の法益いかんにあつたといふべきであろう。つぎに、二審は、検察官控訴趣意を一部受け入れ、「管理権者の意思いかんは犯罪の成否を左右する要素となり、右の意思に反する立ち入りは原則として建造物侵入罪を構成する」から、「管理権者の意思は…重要な資料にすぎ」ないとして「本件立ち入りは管理権者の意思に反するものであると認定しながら、…建造物侵入罪を構成しないと判断した点には法令解釈を誤った疑いがある。」と認めた（三〇六頁）。しかし、郵政省庁舎管理規程の諸条文にかんがみ検討すると、局長が「局舎の秩序維持等をはかるためにいかなる立ち入り拒否又は禁止の措置をとったか」が重要であるとし（三〇八頁）、本件の場合、「組合員による立ち入りを半ば放任していたとみられてもやむを得ないような庁舎管理をしていた、といわざるを得ない。」（三一二頁）として、結論的に検察官の控訴を棄却した。⁽²⁵⁾

これらに対し、最高裁は、まず、「刑法一三〇条前段にいう「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」（二二六頁）と判示しており、「侵入し、」との関連で「意思」が考慮に入れられるべき旨を明らかにした。これに対し、必ずしも明らかではないが、「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」（同頁）と判示しているところから、「故ナク」＝「正

当な理由がないのに、「という文言を違法阻却事由その他犯罪阻却事由との関連で捉えているようにも思われる。つぎに、問題は、「管理権者が予め立ち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、…同条の罪の成立を免れない」(同頁)とする判示についてであるが、これは「管理権者の推定的意思を問題とし」たものとも解されようが、この点については、戦前にすでに論争がみられるのである。大判一九三九・一二・二二刑集一八巻五六五頁がそれであるが、そこで弁護士瀧川幸辰博士らは、支那事変のため出征中であることを知りながらその戸主の妻と情交の目的をもって犯意を継続し約二か月の間三回にわたり奥六畳の間又は表三畳の間に侵入したとして刑法一三〇条・五五条に該当すると判示した二審(五六六頁)に対し、上告したのであるが、大変重要かつ示唆に富む趣意を三点にわたり述べているのである。第一点、住居侵入は住居の平穩に対し侵害脅威を与える行為によって成立する犯罪であり、住居内に於ける平穩は事実関係であり直接には明治憲法二五条によって間接には刑法によって日本臣民すべてに平等に保障されるべきものであるから、長期にわたり外に居る夫をなお内地の住居の住居者とするのは住居侵入罪を認めた立法趣意に反するのは勿論常識にも反する法律解釈である(五六七頁)。第二点、夫があらかじめ不同意を表示していたとすれば本罪が成立しうるが、原判決は「夫タル住居権者カ被告人ノ住居ニ立入ルコトヲ容認スル意思アリトハ解シ得サルヲ以テ」として行為の違法性を推測して犯罪の成立を認めたのは明治憲法二三条に反する(五六八頁)。第三点、原判決は被告人の姦通目的を行為の違法性規制の要素とみて本罪の成立を認めたようであるが、これは刑法に規定する構成要件以外の要素をほいままに想定して犯罪の成立を認めた違法判決である(五六九頁)。以上の第二点目において本件と同様な問題提起がなされていたといえる訳である。⁽²⁸⁾ 大審院は、「夫ハ即チ家長トシテ一家ヲ主宰スル者ナルガ故ニ其ノ住居ニ対スル侵入又ハ搜索

ニ付テノ許諾ノ權ハ独リ夫之ヲ有スルモノト解スベク、妻之ヲ代行スル場合ト雖、夫ノ意思ニ反セザル限度ニ於テ其ノ効アルモノト謂ハザルベカラズ」という観点から、本件の場合、妻「ノ許諾ヲ得タリトノ事實ハ原判決ノ認メザル所」であつて、仮に許諾を得て侵入したとしても、「斯カル情交ノ目的ヲ以テスル住居侵入ニ対シ夫…之ヲ容認スルノ意思アリト為スガ如キハ、到底常識上許サレザル所ナリ」として、妻の許諾は侵入行為の違法性を阻却しないと判示したのである（五七〇—一頁）。最高裁では組合員たる宿直員がビラ貼り目的での立ち入りを容認した形になつており、この点でもパラレルに捉えうると思われるが、本件の場合、管理権者たる局長がビラ貼りを現認して直ちに制止及び退去命令に出ている（二一七・二九七・三〇七—八・三二二頁、前注（21）判時二一九四号一五三頁一段）点で異なるといえ、二審によつても、このような行動は「局長がビラ貼りを肯認しないし、遑つてその立ち入りを容認しない内心の意思を有していたことを推測する事情となる」（三二二—三頁）余地は認められていたのである。従つて、本件の場合、出征兵士といった場合ほどの現実的意思確定の困難さはない訳であるが、距離的・空間的な懸隔という点では今日でも国内外への長期出張などが考えられよう。大審院の事例に限つていえば、「有夫ノ婦姦通シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ処ス其相姦シタル者亦同シ」と規定し、戦後廃止された刑法典旧条文一八三条一項（二項は「前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス但本夫姦通ヲ縦容シタルトキハ告訴ノ効ナシ」と規定する）及び「妻カ姦通ヲ為シタルトキ」「離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得」と定めた民法典旧条文八一三条二号があつた訳であるから（現行民法では七七〇条一号参照）、姦通に対する夫一般の意思が法文としてあらわれていたといえるように思われる。従つて、むしろ夫の不同意が推定されていたともいえる訳で、被告人の方が夫の同意があつたことの立証責任を負うことにもなる。いずれにせよ、夫の現実具体的な事前の不同意まで要求する弁護人上告趣意は「非常識」という印象を与えたことにより、大審院判示にも揚げ足取りの表現がみられ、理論的には「事実上の平穩」という線で押し

ていった方が妥当であったようにも思われる。しかし實際上、大審院の結論は変わらなかったであろう。「常識」という言葉は法律、なかんずく刑法上の用語として余り似つかわしくもないといえようが、要するに「合理的に判断される」ということだとすると、法令及び内規、それらに準じた職場慣行などを抛り所としつつ、個々具体的な事案に則し判断してゆくべきであるということに他ならず、構成要件該当性の判断としては、やはり管理権者の意思の「恣意性」を排除することが問題となっているにすぎないというべきであろう。大審院の場合は刑法の姦通罪規定及び民法の旧条文が抛り所とされうるであろうし、最高裁の場合は郵政省庁舎管理規程(二一七・三〇二・三〇六・三〇八頁、前掲判時一一九四号一五三頁三段)及び「郵政省庁舎管理規程の取扱いについて」と題する通達(判時一五三頁三―四段)が抛り所とされ、「郵便局における宿直勤務に関する協約」(二審三〇九頁)は「宿直員は管理権者から右(ビラ貼り目的による局舎内への立入り―伊藤注)許諾の権限を授与されていたわけではない」(最高裁二一七頁)とされたところから基準から除外されたか、あるいは「組合活動にともなう紛争」については明示的な協約は締結されていなかったため、宿直員が組合員である場合阻止する義務はない(二審三〇九―一〇頁)かわりに、許諾について「重要事項」として「宿直員の許諾」が直ちに通用・優先する訳ではないと解されたものと考えられる。このように、本件の場合、宿直員は立ち入りについて承諾することは法令上認められておらず、かといって拒否する義務もなかった訳であるから、立ち入り許容を「事実的に」捉えたとしても、承諾権者はいなかったことになり、従って管理権者たる局長の意思が問われざるをえないものといえよう。³⁰ 論者は、「公の営造物や社会的営造物」についても「住居権説」から捉えるのは法益としての端的さに欠け、「管理権者の恣意的な立入り拒否の意思を偏重する危険が生じるとともに、軽微な不法目的の立入り行為」についても「安易に建造物侵入罪を肯定してしまう結論に至りやすい」として本件をその傾向を有する判例としてあげているが、³¹ 管理権者が法令・内規・職場慣行などを斟酌の上立

ち入りの許否を決するという意味で、制約を加えられた「覇束的な」意思決定が前提とされ、従って確かに「個人の住居」の場合の「立ち入り許容の自由」とは原則と例外が逆転しているような面があり、同じ「自由」を法益として設定するのは抵抗がありそうである。しかし、「当該公共営造物の目的・必要性ないし機能が重要なのであり、この領域における保護法益は、「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」ということができ」といい、しかも、このような「総括的な法益を確保・保全するために合理的である限り、」夜間の閉鎖措置も有効であるというとき³²、様々な考え方をもち、従って必ずしも労働運動に好意的ではない顧客もおり、官公庁が単にその職員のためにだけある訳ではないという視点が欠如しているのではあるまいか。換言すれば、「当該公共営造物の目的・必要性・機能」というとき、法令・内規・職場慣行などを前提とした正常な施設運営が原則とされるべきものであり、一般的には労働三権は憲法上の権利でさえありかつ労働組合が自ら正当と考えているからといって、その行う行動が直ちに目的・必要性・機能に入れられ、はじめから構成要件不該当となる訳のものではないというべきであろう³³。従って、本罪の法益を「自由」とし、あらゆる営造物に同様に当てはめるのは確かに無理がありそうであるが、「官公庁」の場合も完全に「裁量」がないという訳でもないとするれば、「正常な施設運営に関する覇束的な裁量」が法益として設定されることにもなる(これに対し、「個人の住居」の方は「自由な裁量」ということになる)。結局本件についていえば、管理権者たる局長が立ち入りを拒否したとしても法令に照らしあわせ恣意的とはいえずむしろ拒否する義務があるといえよう。これに対し、前掲大判一九三九・一二・二二の事案であれば、家庭生活における日常的な付き合い関係は夫も容認していたであろうし、本件の郵便局についても日常的な組合員・従業員その他友人らの出入りは容認されていたものというべきであろう(前掲判時一一九四号一五六頁三―四段・一五七頁三―四段)。以上のような最高裁判決に対し、前田教授は、「平穩説」の立場から一貫して

反論を加えられている。「本件ビラ貼り行為は従来の判例の基準からみて建造物損壊罪の成立はむしろかもしれない⁽³⁴⁾」から侵入行為自体の当罰性もかなり低いことになろうとするのであるが、少なくとも軽犯罪法違反にはなりうる」とすると、「住居の平穩とは、単に入る際に騒音がないということではなく、生命、身体、業務、財産、などの侵害の危険性が発生していないということをも意味する。」⁽³⁵⁾と定義づけた場合の「財産」侵害であることに疑いはなく、前述のように、間接的には「業務」阻害要因でもあろう。⁽³⁶⁾従って、重罪とまでいえなくとも、相応の刑事罰が科せられる可能性はないとはいえないであろう。⁽³⁷⁾

その後⁽³⁸⁾、前掲最三小判一九八四・一二・一八、本件最高裁判決、及び最一小判一九七六・三・四刑集三〇巻二号七九頁⁽³⁹⁾を先例として参照しつつ、具体的事案に則し小学校の構内を「人ノ看守スル建造物」と認めた判例として、東京高判一九九三・七・七判時一四八四号一四二頁二―三段・一四二頁一―三段がある。そこでは、弁護人控訴趣意の一般論は容認し、「もとより、管理権者の意思といってもその自然的意思を絶対視することなく、規範的にみて合理性を有すると認められる意思に反するかどうかを問題とすべきことは所論のとおりである」としつつも、弁護人主張と異なり、「小学校に実害を加えない態様での立入り」か否か「の点に限らず、行為の全体像を総合的に捉えることが必要である」と判示している(一四三頁四段)点が特徴的である。すなわち、サインとしての意思ではなく、ゾレンとしての意思に拠るべき旨が共通の了解事項とされているように思われるほか、「窃盗等の実害」はなかったことはもとより、一人の人が平穩に立ち入り潜んでいたにすぎず、小学校自体に何ら実害はなかったから管理権者の意思に反しないと評価すべきとの主張はしりぞけられた訳である。本件は、小学校構内の金網フェンス付近に潜み、ゲリラ活動の対象としていた人(当時千葉県企画部次長でいわゆる成田空港の建設・設置に携っていた者)方付近の通行状況等を調査していた(一四四頁以下)というのであるから、次長宅との関連では前田教授の「平穩説」からも本罪の

成立が認められることになるのではあるまいか。⁽⁴⁰⁾

(4) 最後に、いわゆる姦通目的で一方配偶者が不在の所に立ち入った行為が本罪を成立させるか、について検討する。(3)③です。若し若干言及しておいたように、「事実上の平穩侵害説」が唱えられるに至った有力な理由の一つとして、このような場合本罪を成立させるべきではないとする考えが根底にあったようにうかがえる。そして、「新・住居権説」と称する以上、結論が「旧・住居権説」と同じでは意味がないとする向きもある。この点、戦後においても、本罪の成立ありとする判例一件と不成立とする判決例二件がさしあたり目に付く。名古屋高判一九四九・一〇・六高判特一号一七二頁は、「憲法並に民法改正の結果男女同権が認められ妻の地位は夫と同列となった結果夫と同棲する住居に対する妻の権利も従来の従属的關係では無く互に併行して存在することは之を認め得る」として、従来の「縦型社会」から「横型社会」へと価値の転換が行われたことを正当に認めつつも、⁽⁴¹⁾「然し夫婦各独立の権利ではなく所謂共有の關係に立つものである」ことを理由に「夫の住居地を侵害することは自明の理である。」とする。ここで、姦通目的での侵入「行為は通常人の夫たる者の容認しないところであるから反証なき限り：同人の住居権を侵害したものと信ぜざるを得ない」と付加している点にも注目すべきである(以上、一七三頁)。このように、「新・住居権説」にたつても、本罪の成立は不可能とはいえないことがうかがえるが、「共有の關係」と理解すれば必然的に夫の住居権侵害となる訳のものでもなく、「変更」ないし「管理」行為と解すれば侵害となりえよう(民法二五一・二五二条本文)が、単なる「使用」ないし「保存行為」ととれば不成立となる余地もあろう⁽⁴²⁾(同二四九・二五二条但書)。しかして、「共有」類似に捉えらるるといつても、財産關係そのものを問題としている訳ではないから、⁽⁴³⁾あくまでも「たとえ」ないし「参照」であるのだが、一方配偶者不在中の姦通目的での立ち入りをどの程度「重要事項」とみるかによつて結論を異にすることも考えられよう。前述のように、戦後「姦通罪」は廃止され、単なる離婚事由となった訳

であるから、「違法」であるには違いないであろうが、相対的に地位低下したことは否めない。この点、平野博士は、「平穩を法秩序に違反することだと解すれば」、「姦通目的での立ち入りにより住居侵入罪が成立しようという理論的可能性を指摘している。⁽⁴⁾ 前田説によっても、「貞操権」の侵害と捉えれば成立しそうにもみえるが、不成立とする趣旨のようである。⁽⁴⁵⁾

不成立二判決例は、理由づけに濃淡があるものの、いずれも「事実上の住居の平穩」説にたっているようかがある。まず、福岡地小倉支判一九六二・七・四下刑集四卷七〇八号六六六頁は、当初より姦通目的で立ち入った訳ではなく、帰ろうとして夫不在中の妻にキッスをしたところ、同女が簡単に応じたので、ここにおいて肉體關係をしようとの意思を生じ、説得の上關係を結んだという事案であるが、「住居侵入罪の保護法益は、「住居権」という法的な権利ではなく、事実上の住居の平穩であるから、夫の不在中妻の承諾をえてその居室に立ち入った以上、住居の平穩を害したとはいわれないので、住居侵入罪は成立しない」と判示した。これに対し尼崎簡判一九六八・二・二九下刑集一〇卷二号二一四頁は、「夫だけが住居権をもつということは男女の本質的平等を保障する日本国憲法の基本原理と矛盾するし、承諾の有無に住居侵入罪についての決定的意義を認め承諾の効果にかかずらうことは妥当ではない。」とし、後者の理由として、「住居侵入罪の保護法益が事実上の住居の平穩であるところから住居者の承諾があれば事実上の住居の平穩が害されないと考えられ…その重点は被害者の承諾の有無ではなく事実上の住居の平穩である」からであるとする。従って、夫の出稼中の約四カ月の間その妻の承諾を得て約二五回にわたり姦通目的で同女宅へ立ち入ったとしても、「住居者である妻の承諾を得ておだやかにその住居に立ち入る行為は、…事実上の住居の平穩を害する態様での立ち入りとはいえないから住居侵入罪は成立しない」と判示した。

この二判決例はいずれも一審で確定しているが、前掲本文(3)③最一小判一九八三・四・八の一審盛岡地判一九七八・

三・二二の理論構成と同様であることを看取しうるであろう。ところがこの盛岡地裁の理論構成は、二審そして最高裁によって一層明確に否定され、またさしあたり「判例」といえるのは高裁・最高裁のそれであるとする(刑訴法四〇五条二・三号参照)、前掲名古屋高判一九四九・一〇・六はなお「判例」としてその効力をとどめているものといえよう。⁽⁴⁶⁾しかし、理論的妥当性はまた別個に検討されるべきものだという反論があるろう。この点、不成立二判決例のように、本罪の法益を全く「事実上の」ものと捉える限り、「住居権説」にたつても結論に違いはないことになる。⁽⁴⁷⁾問題は「事実上の」という文言を本罪の場合そのような趣旨に捉えるのが妥当かにある。「事実性」を問題とせざるをえないのは、政治がらみの事柄であつて国民の間でも見解の相違がみられる場合であるとか、賃貸借契約はすでに解除されているが、なお刑法上本罪で保護する必要がある場合とか、いまだ法律上の夫婦ではあるが、婚姻関係は破綻し再び同居する可能性のない状態に立ち至つており、被告人たる夫とはいわば大家・借家人的な関係にあつた場合であるとか、といった、憲法・法律関係が流動的・未確定であるため確定するまでなお保護を与える必要があるような場合や既存の法的関係を尊重する趣旨から適正手続の履行を要求し、反射的になお刑法上保護されるような場合においてであつて、姦通事例に直ちに当てはまりうるか疑問の余地があるろう。「事実上」居住していさえすればよいというのであれば、長期出張中の家庭に上り込み「事実上」他の配偶者らと生活していれば保護に値するということにもなりそうであるが、それでよいかという疑問があるろう。すなわち、単独で居住している場合、長期不在中であつても本罪による保護を受けるとすれば、一方配偶者が不在であるからといって、その者が直ちに本罪の保護を受けないとはいえないはずである。従つて、「不在中の夫より住居に対する支配、管理がより強固である妻の意思、自由(住居権)が優越するものと」構成する⁽⁴⁸⁾か、「共有」を「使用」「保存行為」的に捉え、「一人の居住者の意思が住居への立ち入りを容認するときは、他の者は利益を失うと考える」⁽⁴⁹⁾か、しなければならぬことにもなる⁽⁵⁰⁾。確か

に、「事実上の生活利益」を保護するという刑法の性質からして、支配・管理が強固であるから意思・自由が優越するという構成もわからない訳ではないが、「潜在化」しているにすぎないとすれば「利益」の本質的性質としていづれが「優越」しているという訳のものでもなく、すなわち長期不在とはいえ婚姻関係が破綻して法律関係が流動的になったからという訳でもないとすれば「利益」として十分に主張しうるものであり、反証のない限り、一方配偶者の他方配偶者に対する「貞操保持請求権」を侵害する形でその「利益」を害するような立ち入りに対する同意が優越するとはいえないのではあるまいか⁵⁴。これに対し、客に対しある居住者が同意した以上、その居住者は家屋内全体につき自己の持分に応じた使用が可能であるとし、客のいる間他の居住者の利益は失われるとする構成であるように思われる町野説については、その発想は「信書開披罪（刑一三三条）」において、信書が受信人に到達したのちは、：どちらか一方の同意があれば同罪が成立しない」という見解と同様に捉えようとするところから来ているようだが、⁵⁵はたしてこの場合と「同じ関係にあるといえる。」か疑問であろう。発信人は自分で書いたものであるから、一貫して自己の「信書の秘密についての利益」を放棄しうるであろう（但し、受信人の名誉毀損（罪）又はプライバシー侵害等に問われることがありうるのは別論である）。これに対し、受信人がその利益を放棄しうるのは自己が受け取った手紙であり、かついったん自己のもとに到達した手紙を第三者に開封してもらい、又は読んだのち第三者に見せることもありうるということを一発信人の手から離れてしまった以上一発信人も容認しているであろうという考慮に基づくものと考えられ、夫婦生活の本来の趣旨からして、別異に解する特段の事情がない限り、姦通目的での立ち入りは容認してないと解する方が妥当であろう。これに対し、ワンルーム・マンション等の場合と夫婦が個室を保有するような場合に分け、前者の場合は瀧川博士と同様に捉えつつ、⁵⁶「一方が不在の場合、不在者の住居権は在宅者のそれに対しては謂わば潜在化する」と構成するが、後者の場合、「個室に関しては相互に優越的（もしくは排他

的)支配・管理が成立し、反面、特段の取りきめが存しない限りは、非個室部分あるいは共用部分についての各々の支配・管理は相互に謂わば排他性を有しなくなる、と」構成する見解がある。⁵⁷⁾前者についてはすでに反論を加えておいたが、後者については「個室」をワンルーム・マンション的に捉え、「非個室部分あるいは共用部分」をマンションの共用部分的に捉えているものと思われるところ、今日「夫婦」といつても様々な形態がありうるであろうから、それに応じて居住形態も変容しうることは想像に難くないが、それぞれの個室は全く別個独立でありそこで何をしても相互不干渉であるというのは、「民法親族・相続法上の」夫婦というのに値せず、単なる共同生活者にすぎないであろう。⁵⁸⁾従って、姦通目的での立ち入りが本罪を成立させるかを問題とする際に我々が念頭に置いている「夫婦関係」から懸け離れたものであるから、そのような場合を不成立とすることは単なる共同生活者であれば当然といわざるをえないであろう。

わたくしも、「家庭内」のことに容易く外部の人間が干渉することは差し控えられなければならないと考えるが、姦通罪の場合は妻及びその相手方を処罰する形態であり、しかも「告訴」は「婚姻解消シ又ハ離婚ノ訴ヲ提起シタル後ニ非サレハ」できないことになっていたので(大正刑訴法二六四条)、相手方の「刑事責任」を追求しようと思えば必然的に家庭崩壊を招くことになり、「家庭内」への国家(刑罰権)の介入を許容せざるをえない形態になっていったといえよう。⁵⁹⁾これに対し、住居侵入罪は相手方の処罰にとどまり、この意味で家庭の維持・存続のための防御的機能を営むものと考えられるのであり、「家庭内」の事柄について民事法上の手続をとるか否かさえも当事者の自由に委ねられているといえるのである。すなわち、「姦通」といった「重要事項」については、「夫婦が同等の権利を有することを基本とし」「両性の本質的平等に立脚」すべしと定める憲法二四条の趣旨に鑑み、「共有物の変更」ないし「管理」的に捉えられなければならないはず、従って、立ち入りに対する両配偶者の意思の合致が必要であると解されるの

である。この際、他方配偶者の承諾は有効ではあるが立ち入りを認められる「完全な承諾」とはいえないということであり、両者の独立した「立ち入りを認めるか否かに関する自由（≠自由な裁量）」が衝突・拮抗し、行為者は一方配偶者の自由を侵害したということなのである（この意味で量刑評価は法定刑の半分が上下限となるであろうし、「自由」が問題となっているので「財産」に関する民法規定はそのままの形で適用する必要はないしまた適用してはいけないのである）。さらに両親と未成年でかつ未婚の子供の関係については、やはり「重要事項」（たとえば、民法八二〇条）にかかわるか否かによって、その子供だけの承諾で立ち入りを認められるか、両親の承諾が必要か（夫婦間で意見が割れた場合、理論上一方配偶者の「自由」侵害となりうるように思われる）、が決せられようが、二世帯同居といった場合、どの程度他の世帯にも関連したことか否かという考慮により、一世帯だけで承諾しうるか、他世帯の承諾も必要か、あるいは多数決によるか、の判断が分かれることになるであろう。⁽⁶¹⁾

(2) 前田雅英『刑法各論講義〔第2版〕』（一九九五）二九―三〇・八三―四・八六―七・一一二・一二四―六頁。

(3) この点、西原教授は、本罪と逮捕及び監禁罪の場合を別異に解し、前者の場合違法阻却事由中被害者の承諾のないもののみをさすのに対し、後者の場合被害者の承諾及び各種の違法阻却事由の不存在をさし、いずれも構成要件要素として規定したものと理解されているようである（西原春夫『犯罪各論第二版』（一九八三）一六九頁―傍点、伊藤）が、前者の場合も「各種の違法阻却事由の存する場合が…考えられる」とすると、別異に解する理由に乏しいことにもなるう。

(4) たとえば、前田・前注(2)一二六頁。もつとも、強盗殺人ないし強盗の目的をもってする立ち入りについては、「承諾は、…行為の法益侵害上の性質ないしは意味を理解した上でなされることを必要とする。」という観点から、反対説からも二判例を支持する見解が早くからみられた（中野次雄「被害者の承諾」佐伯千仞・団藤重光編『総合判例研究叢書刑法(1)』（一九五六）九九・一一〇頁）。確かに、「法益侵害性」に直面したか否かという点で、あたかも事実の錯誤と法律の錯誤の場合と同様な関係が看取されない訳ではないが、法益侵害性を一応認識していても「意思」についてなお重大な瑕疵ありという場合が考えうる

のではあるまいか。この点、前掲最一小判一九四八・五・二〇を引きつつ、「報復として暴行を加える目的」を秘匿し「錯誤」に陥れて得られた承諾は「真意」ではないとされた判例として、東京高判一九六三・二・一四高刑集一六卷一号二八頁があり、「目的」について誤認はないが、「威圧」「心理的強制」による承諾であつて「真意」に基づいていないとされた判例として、最大判一九五〇・一〇・一一刑集四卷一〇号二〇一五・一六頁・福岡高判一九五五・九・二八高裁特二卷二二号一一五〇頁、デモ隊員との口論という状況下での承諾が真の意味の承諾ではないとされた判決例として、奈良地葛城支判一九五七・八・一五判例時報一二六号二七頁二段がある。

なお、ドイツの学説状況については、関哲夫『住居侵入罪の研究』（一九九五）一〇七―八頁を参照されたいが、「真意」を問題とすると詐欺罪は成立しえずすべて窃盗罪となつてしまおうという趣旨の批判については、詐欺罪は欺罔されつつ任意に財物を交付する等の類型を特に規定したものと解されないであろうか。

(5) 関・前注(4)一八五頁、同「住居侵入罪における承諾意思の「潜在的対立」について」西原春夫・渥美東洋編集代表『刑事法学の新動向上巻―下村康正先生古稀祝賀』（一九九五）四七八―九頁は、本罪をいわば「門番」の役割を果たすものとし、住居に立ち入った者を追尾・看視する役割は担っていないという「たとえ」をあげられているが、門番が追尾・看視することが皆無とはいえないであろう。すなわち、「立ち入り目的と密着した承諾」であれば切り離しえない場合もあるであろう。この点、イギリス刑法の判例・通説も、「違法目的」での立ち入りや「錯誤に基づく承諾」の場合、「不法目的侵入罪 (Breach of the Peace)」の成立を認める傾向にあるようである（川本哲郎「住居侵入罪の保護法益と「侵入」の意義(2)・完」京都学園法学一二・一三合併号(一九九三)三四以下・四一・四二・四四以下・四五注(4)・四七頁注(27)）。もっとも、このイギリス刑法をはじめ、フランス及びアメリカ合衆国刑法の立法例においては、本罪の条文がそもそも限定的に規定される傾向にもあり、直ちに日本刑法と同視しえない側面があるが、「姦婦事例」や「錯誤に基づく承諾」の場合については、争いはあるものの、成立説の方が有力であるようにうかがえる（川本・同五一以下・五三以下・六四頁）。

なお、東京地判一九八八・六・二三判時一三〇九号一五六頁は、営業中の銀行の支店内に客を装って立ち入り、来客を人質にとつて以前交際していた女性を呼び出すこと等を要求して人質による強要行為等の処罰に関する法律一条一項のほか、建造物侵入罪に問われた事案であるが、このような「銀行の支店」といった場合、預貯金を中心とした目的以外の目的は余り考え難いとする、結論的に建造物侵入罪も認めた判断は妥当ということにならう。ちなみに、二四時間営業の「コンビニエンス・ストア」の場合どうかというと、営業時間が長いだけであり、空間・目的が限られているとすると、同様な結論にならう。

- (6) 内田文昭『刑法各論〔第三版〕』(一九九六)一一七以下・一二二以下・一七三以下・一七六注(9)・一七七頁以下。
- (7) Vgl. Hans Weizel, Das Deutsche Strafrecht-Eine systematische Darstellung, 11. Aufl. (1969) S.56.
- (8) デパートとは、「客の注文に応じ倉庫から商品をだしてきてくる帳場座売りの全廃」(国史大辞典編集委員会編『国史大辞典第十一巻』(一九九〇)一〇〇二頁四段)により商品を常時陳列しておき、いわゆる掛値なしの定価販売の形で「あらゆる種類の商品の小売販売」(『百貨店』本用語の由来につき、松田慎三・坂倉芳明『百貨店』(一九六〇)一頁参照。もつとも近時改めて専門分化が進みつつあるという反論ないし修正論がありえよう)を合理的な「部門」(『デパートメント』ごとに統一的・大規模に行う「商店」(『ストア』)と定義づけられそうである(下中邦彦編『平凡社世界大百科事典26』(一九七二初版・一九七九印刷)一三頁右、同『平凡社大百科事典12』(一九八五)六五四頁左、前掲『百貨店』三一四・二四以下・三四以下・四〇以下・五二・七七頁。もつとも、『百貨店』三七以下・七三・一六七頁、下中編『平凡社大百科事典14』(一九八五)三九二頁右参照)が、日本でもいわゆる関東大震災後に畳敷・下足取りを廃し土足のまま入場する形としたことにより客の出入りは非常に自由になったとされ(前掲『国史大辞典』、前掲『百貨店』四四頁、前掲『世界大百科事典26』一四頁中、松坂屋50年史編集委員会編『株式会社松坂屋50年史』(一九六〇)図録・本文八一頁。もつとも、前掲『百貨店』一六八頁、『松坂屋50年史』本文二二頁右―二二頁左参照)、そして特に日本のデパートの特徴として、「催物とサービス」を提供することによって、顧客に様々な便宜を図っていることがあげられており(前掲『百貨店』一七以下・九一頁以下、前掲『世界大百科事典26』一三頁中・右・一四頁右、前掲『松坂屋50年史』)、一層客等に開放された空間となりうる訳である。
- もつとも、このような歴史的・社会的経緯はともかく、今日娯楽の場は他にも多く存在することから、百貨店のサービスの側面はいわゆる老舗の場合もさほど重点はなくなっているとすると、開放度はかつてほどではないという反論がありえよう。この点、川本・前注(5)六二―三頁(さらに七一頁)では、『立ち入り時の外観からは明白でないが、事前の情報によって犯罪目的が明白な場合』や「日本刀をコートの中に隠し持つて立ち入ったとき」といった例を引き本罪成立説に賛意を表しているが、そのような情報に真に信憑性があり、かつ凶器類を携帯しているということであれば「銃砲刀剣類所持等取締法」により現行犯逮捕すら可能であろうが、外観上全く問題がないということであれば犯罪を実行した段階で捕捉せざるをえないであろうから、建造物侵入罪の成立も認めることに全く意味がないとはいわれないが、「大衆」を幅広く招き入れるに至ったデパートの在り方に今日でもそぐわない理解ではあるまいか。
- (9) 曾根威彦『刑法における正当化の理論』(一九八〇)一二二頁、阿部純二「傷害罪と承諾・再論」研修五〇二号(一九九

○) 七頁—もつとも、そこでは、論文名からもわかるように、Schönke-Schröder (Lenckner), StGB 23. Aufl. (1988) Rdn. 33 vor §32ff. を引き合いに出しつつ (24. Aufl. (1991) も同旨である)、傷害罪における違法阻却事由としての被害者の承諾が、保護されるべき利益ではなく、利益に対する法的保護を放棄することになる旨が論じられている、関・前注(4)一二以下・三二五以下・三六四頁以下。

(10) 東京高判一九七三・三・二七東高時報二四卷三号四一—二頁。

(11) 本事件の概要につき、拙稿「騷擾罪の保護法益についての一考察(二・完)——刑法における「社会」概念を視座において」北大法学論集三五卷一・二号(一九八四)二四四下段・二六二下段—二六二・二六六下段・二六七頁下段参照。

(12) もつとも、関・前注(4)二九九—三〇〇頁、大倉馨「違法目的による立入りと住居侵入罪」警察学論集三二卷七号(一九七九)一二頁、頃安健司「刑法一三〇条前段の「侵入」の意義」研修四二〇号(一九八三)七四頁によれば、本件東京高裁はデパートとの関連で論理展開しているようであるが、わたくしの入手した判決文にはそのような部分は掲載されていない。いずれにせよ、後二者は、それぞれ「違法目的の立入りをも包括的承諾の範囲に含める見解は社会通念に照らして相当でない」(二三頁)ないし「真に住居権(者)の意思に反する立入りである限り、…犯罪の成立を認めても特に不合理とは言えない」(七三頁)と述べられているので、デパートについて不成立とするにはもつと説得的な理由づけが模索されなければならぬ。訳である(デパートとの対比で、一般参賀の会場たる皇居長和殿東庭を「人の看守する邸宅」と認めた判決例として、東京地判一九六九・九・一刑月一卷九号八六九—七〇頁があり、ここでは、デパートについての「一般的、包括的承諾の範囲」ないし「社会的相当性の範囲」論が展開されているが、傍論部分でもあり詳細に論じられている訳ではない)。なお、本件と事案は相当程度異なるが、広島高判一九七六・四・一高刑集二九卷二号二四〇頁参照。

(13) 以下の叙述との関連で、上田健二「人の看守する建造物の意義——最高裁昭和五九年二月一八日第三小法廷判決」平野龍一ほか編著「別冊ジュリ117刑法判例百選II各論(第三版)」(一九九二)三六一—七頁参照。

なお、「空港」については、周知のように、「羽田空港ターミナルビルディング事件」判決(最一小判一九七五・一〇・二四刑集二九卷九号七七七頁・東京高判一九七六・六・一高刑集二九卷二号三〇一頁・最一小判一九七八・六・二九刑集三二卷四号九六七頁・東京高判一九七九・六・一四高刑集三二卷二号一四六頁・最一小決一九八〇・七・四判時九七七号四一頁)があるが、「昭和二五年東京都条例第四四号集会、集団行進及び集団示威運動に関する条例」違反を問題にしているにとどまる。

(14) 皮肉なことに本件弁護士自身が「看守」されていた旨を主張しており(前掲高刑集一六卷二号一九八頁以下)、必ずしも

「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つても、「侵入シ」にあたりとされるに至ることも後述の通りである(後掲刑集三七卷三号二一六頁)。ちなみに、「みだりに人の侵入するのを防止するための設備」(前掲高刑集一六卷二号一九六頁)として、「看守」「侵入」に共通なものとして施錠の有無等があげられよう。

(15) 「営造物に対する財産管理権に基づく管理権者の管理」と本罪の「看守」を直ちに同視しうるか(同視したと思われる判決例として、福島地判一九六一・一一・四下刑集三卷一一二二二号一〇七〇頁があり、同視しなかったと思われるものとして、山口地判一九六一・一二・二二下刑集三卷一一二二二号二四八頁があつた。これらに対し、札幌高判一九五八・六・一〇高裁特五卷七号二七二頁は結論的に旭川駅一番ホームを刑法一三〇条の「建造物」に該当すると認めしたが、「柵を施して外部との交通を制限した囲繞地」であることが前提とされているようである。この点、イギリス及びアメリカ合衆国刑法では民法上の建物の所有者・占有者と立ち入りの承諾権限者が直ちに同視されているようにもうかがえる、川本・前注(5)四三・五四―五頁)については必ずしも疑問がない訳ではないとされる見解もある(谷口正孝「判批」(前掲東京高判一九六三・三・二七につき)「判例タイムズ一七六号(一九六五)八八頁二段)ので、一考に値すると思われるが、所有権者又はその代理者が現実に管理している場合原則として同時に看守といつてさしつかえないであろう(例外は、建物及び囲繞地の面積・規模・用途とそれに伴う現実的管理態勢の態様によるであろう。この点、周知のように、比較対象される判例として、大判一九三二・四・二二刑集一一卷六号四〇七頁と最小判一九五七・四・四刑集一一卷四号一三二七頁がある、松本光雄「判批」(後注(39)本文最小判一九七六・三・四につき)「法曹時報三二卷一号(一九八〇)一三九頁(注二・三)参照)。占有権に基づき現実に管理している場合も原則として同様に捉えられるであろう(例外についても同様。参考判決例として、東京地判一九五九・三・三〇刑集一三卷一三三号一八三頁以下(いわゆる砂川事件一審判決)がある)。この場合、所有権者に対しては、刑法二四二条等の場合と近い法的関係にあるといえようし、「事実上の」居住関係の保護が争われる場合でもあるといえよう。しかし本罪においては、財産関係そのものが問題となつている訳ではない点(この点、後注(43)も参照されたいが、ドイツの学説状況については、関・前注(4)三三以下・五〇・六〇以下・六六・六九―七〇・一三四以下・一四二頁以下参照)、なかんずく「他人が占有し」または「他人が看守する」という財産関係(二四二条)と完全に同視してはいけなない場合があるのではないかという点、で異なるといえよう。換言すれば、一時居住地を離れた人が直ちに一三〇条の「人」といえなくなるか、「事実上の」居住者のみの意思が優先するか、という問題である(もつとも、財産犯の場合も、つねに「事実上の」占有が優先するという訳ではなく、共有者間の意思の合致の有無・内容、第三者との契約の内容、いかんによつては、たとえば窃盗罪は成立せず、従つて民法上の損害賠償の問題と

して解決すべき場合がありえない訳ではないことは、判例の判示するところである（大判一九二三・六・九刑集二巻五〇八以下（五一四・五一六―七頁））から、例外的な場合ないし刑法だけでは解決しえないような場合は民法規定を参照すべき事例もありうるという点では共通性を有するといえよう。さらに、後注（50）、本文（4）参照。

（16）最高裁の場合、弁護人は一審で「駅側も被告人ら以外の者に対してはピラまきを黙認している」（前掲刑集三八巻一二号三〇四四頁）旨を主張しているが、真偽の程は判決文からは明らかでなく、かつ本件被告人らは携帯用拡声器を使用していれば演説をしているのである（三〇三七頁）から、同様には論じられまい。しかし、このような事情は二三〇条前段としては考慮されていない訳である。このほか、前述の「パブリック・フォーラム」的な発想も根底にあったことであろう。

（17）もっとも、このように一三〇条前段と後段を判例が意識的に区別しているのかについては、両者のいずれをもって公訴提起するかは立証上の理由等にも左右されるところが大である旨の指摘があり（前注（10）東京高判一九七三・三・二七は、大隈講堂の占拠を違法と認めつつも検察官の訴因に依じて不退去罪の方を適用した原判決を支持している）、また判例の立場も必ずしも明快でない面もあり、すなわち、最大判一九五〇・九・二七刑集四巻九号一七八七頁は「一三〇条…前段後段は、態様を異にするだけで、何れも同じ犯罪であつて、同じ法定刑を科せられるものであるから、前段後段を区別しないで概括的に同条を適用しても、法律の適用を誤つたとはいえない。」とするのに対し、最二小決一九五六・八・二二刑集一〇巻八号一二三八頁は「建造物侵入罪は故なく建造物に侵入した場合に成立し退去するまで継続する犯罪であるから、同罪の成立する以上退去しない場合においても不退去罪は成立しない」と判示しており、前者は大法院判決でもあるから、両者を矛盾なく論理一貫して説明するためには、藤木博士が解されているように、「不退去罪も当然成立」するが、「同一人について住居侵入罪も成立しているときは、不退去と住居侵入が包括一罪になり、建造物侵入罪で訴追するときは、不退去罪を切りはなして処罰できないことにな」という趣旨「のもの」と捉えなければならぬことにもなる（藤木英雄『刑法講義各論』（一九七六）二三六頁）から、なお判例の集積が待たれるところである。

（18）前田・前注（2）一二三頁。

（19）同旨の見解として、すでに福田平「住居を侵す罪」団藤重光編著『注釈刑法（3）各則（1）』（一九六五―一刷・一九七五―一〇刷）二四三・二四五頁以下があった。

（20）このような見解に対し、平野博士が「居住者は、いかに平穏な態様のものであると、自己の住居に入することを許さない自由を持つ。」と痛烈な批判をあげせられていたところである（平野竜一「刑法各論の諸問題第三章自由に対する罪3住居侵入

罪」法学セミナー二〇一号(一九七二)六八頁三段)。

(21) ここで「目的」との関連を問題とするのは、同様に業務終了後の立ち入りとして「宿直員の友人、同僚らが立ち寄り、雑談したりすることがしばしばあり、当夜も、職員…が本件局舎を訪れ、宿直員…と雑談していた」という事情があつても、「本件立入り行為が正当なものであると錯誤したことについて、相当な理由があるとは認められ」ないと判示されるに至つた(差戻後二審、仙台高判一九八六・二・三判時一一九四号一五七頁四段—一五八頁一段〔確定〕)。もつとも、同じ主張はすでに「検察官の上告趣意書に対する弁護人の答弁書」中にみられた、前掲刑集三七卷三号二四三頁以下)ように、「目的」が違えば全く不問に付されることもありえたからである。

(22) 関・前注(4)三五九以下・三六一頁。

(23) 山口厚「判批」警察研究五六卷二号(一九八五)七九頁〔刑事判例研究会編『刑事判例評釈集』第四十四・四十五卷昭五十七年度(一九九二)二四五頁所収〕。この点、さらに最三小判一九六七・二・七刑集二二卷一号二三頁以下(一審、静岡地判一九六二・五・六

高刑集一八卷一号五九頁)参照。ちなみに、本件はいわゆる安西郵便局事件であるが、本件の場合、特定郵便局の局長が事務室内の入口近くで両手を拡げ、立ち塞がるようにして被告人ら七名の立入を阻止したところ、被告人らはその手を払いのけ、その胸を衝いて同人を押しつけながら入室したというのであるが、その行為が局長の「郵便業務の正常な運行を確保する責務」を書した公務執行妨害罪ないし威力業務妨害罪にあたり、その後も暴行・脅迫による公務執行妨害ないし威力業務妨害が続いたとすると(前掲刑集二三頁以下・高刑集五三頁以下)但し、判例は建造物侵入罪と暴力行為等処罰に関する法律一条一項〔刑法二〇八・二二二条一項〕の牽連関係を認めたとどまる〔前掲刑集二九頁〕、公務執行妨害罪ないし威力業務妨害罪と建造物侵入罪の観念的競合ということもありえたことにならう(もつとも、建造物侵入罪を「状態犯」ととれば、併合罪ということにもならうか。これに対し、後注(38)前田Ⅱ関説参照)。

(24) この点についても、福田・前注(19)二四二頁のほか、同「社会的相当性」日本刑法学会編『刑法講座第2巻』(一九六三—一刷・一九七六—一六刷)一二三—四頁参照もつとも、そこであげられているセールス・マン等の事例については、今日庭付き一戸建ての場合門の所にチャイム及びインターホンが付いていることが多いとすると、門内に立ち入ること自体が理論的には本罪を成立させうるというべきであろう。マンション等の場合は、門ないし玄関の開放性によって左右されるように思われる。なお、関・前注(4)三三五頁以下も参照。

(25) というのも、二審は基本的に「いわゆる人の看守する建造物に「侵入する」とは、立ち入ることにより当該建造物の事実

上の管理支配を侵害し、もつて当該建造物内の事実上の平穩を害することにほかならない」(三〇六頁)と考えており、そのため「意思は外部に表明されていることを要する」としたと解される。(安枝英紳「労働組合のビラ貼りと建造物侵入罪—岩手大槌郵便局事件最高裁判決をめぐって—」ジュリ七九四号(一九八三)三八頁三段)とすると、「無罪の重点が、管理者の意思に関する法令解釈にあるのか、管理者の意思の事実認定にあるのかが必ずしも明らかでない。」(森岡茂「判批」ジュリ七九五号(一九八三)六一頁三段)というよりも、法益の捉え方がそもそも違っていたことにならう(この点、大谷實「判批」判例評論二九八号(一九八三)五〇頁中段も参照)。それだけに、最高裁は明確に「意思」説を打ち出さざるをえなかつたともいえよう。

(26) 山口・前注(23)八一頁(同二四八頁)。なお、推定的承諾の有無の判断の仕方についても、錯誤による承諾の判例理論(前注(2)本文以下)とパラレルに捉えうるとの指摘がなされることがある(大塚仁ほか編「毛利晴光」『大コンメンタール刑法第五卷』(一九九〇)二七七—八頁、井上大「住居侵入罪の問題点」阿部純二ほか編著『刑法基本講座第6卷』(一九九三)一五四頁)。

(27) そこでは、二三条の中でも「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ処罰ヲ受クルコトナシ」という条項部分が引き合いに出されておられ、日本国憲法では三一条ということにもなり、要するに実体的デュー・プロセス違反の主張ということにならう。妻の同意があり、夫があらかじめ不同意を表明していない以上違法性が阻却されるべきところ、夫の不同意を推測して違法性を認めたのは明治憲法二三条に反するという訳である。

(28) この他の「姦婦事例」としては、大判一九一八・一一・六刑録二四輯一五四頁、朝鮮高等法院判一九二八・一一・八法律評論一七卷刑法三二六頁(但し、夫を殺害するため情夫を招き入れた事例)、大判一九三八・二・二八刑集一七卷一二五頁、本件、そして東京控判一九四二・二・二四刑集二二卷二三号附録一〇四頁などがある(その他類似の事例も含めて、関・前注(4)三六七頁以下参照)が、前三者が明示的に「意思の推測」を問題としているのに対し(ドイツの判例としては、Urt. v. 17. 3. 1896, RGSt. Bd. 28, S. 270 [本判決の紹介として、草野豹一郎「住居侵入罪と姦婦の承諾」法学新報四八巻八号(一九三八)一四頁以下(同「刑事判例研究第四卷」(一九三九)六五頁以下所収)があるが、この評釈は直接には前掲大判一九三八・二・二八に関するものである)がある。その他さらに、Urt. v. 16. 4. 1885, RGSt. Bd. 12, S. 134参照)、本件及び東京控判は少なくとも明示的には「推測」という言葉を避けており、実は最一小判一九八三・四・八も「合理的に判断されるときは、」と判示しているにとどまる。この点、大判一九三八・二・二八の評釈として、植松検事(当時)が興味深いことを述べておられる(植松正「住

居侵入罪における法益・承諾・目的」日本法学四卷六号(一九三八)五七頁以下)。すなわち、妻の明示の承諾以外に夫の少なくとも暗黙の承諾が必要であるところ、その承諾を予想すべき事情がない以上夫は承諾していなかったといえそうであるが、それはどこまでも「推測」にすぎないので現実的な暗黙の承諾の有無が要件とされるが、これは事実認定の問題であり、反証なきかぎり、稀有の例外を認定することを避けて原則的事実を認めてさしつかえない、「承諾なしと認定(推測ではない)することは吾人の実験則である。」とするのである。これは実体刑法上はあくまでも承諾の「有無」を要件としつつ、刑事手続法上のテクニクの問題として、「推測・推定」ではなく、事実として「認定」する形にせよと述べているものと思われ、刑事法解釈論としての妥当な在り方を提示しようとしたものといえようが、実質的には推測・推定であることに違ひはないので、少なくとも法令等の根拠を引きつつ説得的な理由づけを付けるのが妥当ではないかと考える。

(29) この点、「通達」(国鉄文一七八号通達と労働関係事務取扱基準規程)に反して締結された駅長らと組合のビラ貼りに関する協定は法的拘束力を有せず、そのような申し合わせによって確認された「慣行」も直ちにビラ貼りを適法ならしめる訳ではないとする判例として、広島高松江支判一九七五・四・九判時七八一号一五頁三段がある。これに対し、関哲夫氏は、本件の場合看守者たる宿直員の承諾があつた点を重視するようである。文字通り「事実的な」捉え方を徹底する趣旨にうかがえる(後掲付記※の場での答弁による。もつとも、一般論としては前注(22)本文参照)。

(30) 理論的には、局長も承諾した場合をどう解するかが問われようが、明白な犯罪行為とは異なり組合活動として容認しうる範囲内かもしれないと考え、それが客観的・事後的には法令に反していても局長権限としては許容しうる事項であつたとすれば、裁量の誤りに対する行政処分の問題はともかく、建造物侵入に対する承諾は有効ではないかと思われる。この意味で、前注(29)広島高松江支判は、「許可」があればビラ貼り等の行為も容認される場合があることを看過している嫌いがありはしないであろうか。これに対し、たとえ代表取締役社長が立ち入りを許諾したとしても、株主総会を流会させるといふ目的の場合、会社の合理的な運営に反するという意味で「会社ノ意思ニ反スル」といつてさしつかえないであろう(大判一九三四・一〇・二九刑集一三卷一三八〇(一四〇〇)頁)。

(31) 関・前注(4)二二三以下・二二七・二一八以下・二二三注(9)、二三六頁以下。

(32) 関・前注(4)三二七、三六〇―一頁。

(33) 本件の場合、窓ガラス・備品等局舎の至るところに約一〇〇〇枚のビラを糊をもって極めて乱雑に貼付したようである(一審二九六―八頁)が、備品として組合員が日常使用することを許されているロッカー約三〇〇個に各一枚ないし二枚のビラを

セロテープないし紙粘着テープで貼付し上司のはがすようにとの指示に従わなかった等の行為が「戒告処分」とされた事案として、最三小判一九七九・一〇・三〇民集三三卷六号六四七頁があり、関・前注(4)二三八・二四〇注(19)・三〇九頁は、「住居権説」が管理権者の恣意的な管理権限行使を制約する原理として機能することがほとんど期待できないことを示す判例傾向の一つとしてあげているが、管理権者として法令上所定の掲示板以外に掲示させてはいけないという点を厳守するならばビラ貼りを止めざるをえない訳で、そこに管理権者の意思の「恣意性」があらわれているとはいえない難いものではあるまいか。従って、問題は、組合活動としての正当性いかんにかからしめられることにならう。この意味で、この事案の二審の発想は妥当であるように思われる、七〇五頁以下。この点、下井隆史・西谷敏・渡辺章「(鼎談)ビラ貼りと企業秩序・施設管理権―最高裁昭和五四年一〇月三〇日判決をめぐって―」ジュリ七〇九号(一九八〇)七九頁四段・八七頁二段・八七頁四段、中山和久「判批」萩澤清彦編著「別冊ジュリ101号労働判例百選(第五版)」(一九八九)二四七頁二二三段、安枝英紳「便宜供与―池上通信機事件」山口浩一郎ほか編著「労働判例百選(第六版)」(一九九五)二四一頁三段参照。もっとも、ビラの「配布」については最高裁も比較的柔軟な姿勢をみせてもいる、最二小判一九七九・一二・一四判時九五六号一一四頁、最三小判一九八三・一一・一判時一一〇〇号一五一頁。

(34) 前田雅英「判批」ジュリ八一五号昭和五八年度重要判例解説(一九八四)一六二頁三段。同「可罰的違法性論の研究」(一九八二)四八九頁以下。

(35) 前田・前注(2)一二四頁。

(36) 業務妨害の面については、争議行為として行われた単なる郵便不取扱いは刑法上不問に付される可能性が高いとする(最大判一九六六・一〇・二六刑集二〇卷八号九〇二頁、最大判一九七七・五・四刑集三一卷三号一八二頁)、このような全くの怠業でも処罰されないならば、若干業務に支障を生じた程度では問題とする必要はないという反論が考えられよう。この点、その時々都市や社会の発達度ないし成熟度に応じて結論を異にするであろうが、今日では営業活動に際して「美観」も重要な要素となるに至っていると考えられ、また業務の能率的運営に物理的・心理的に何がしかの支障を与えることも疑いなく、速やかにビラを取り除くとなると臨時休業をしたり、夜間職員や業者の人に頼んで清掃してもらおうといった措置をとらざるをえず、それでも跡が残ることも考えられ、以上の事情は怠業より悪影響となるといふ評価も可能であろう(正当な組合活動であるとはいえないことを理由に、ビラ貼り行動に対しはじめて損害賠償責任を認めた判決例として、東京地判一九七五・七・一五判時七八四号二五以下(二九頁四段以下)、秋田成就「判批」判評二〇三号(一九七六)二八頁上段、横井芳弘「判批」労働判

例二三三号(一九七五)一〇頁二段・一二頁三四段、竹下英男「判批」ジュリ五九五号(一九七五)四一頁一段がある。

(37) 差戻後の二審は罰金八〇〇〇円に処した(前注(21)判時一九四号一五一頁二段)。

(38) 官公庁舎に関する比較的古い判例としては、最一小判一九四九・六・一六刑集三巻七号一〇七〇頁(拙稿・前注(11)二五七頁参照)、最一小判一九五九・七・二四刑集二三巻八号一一七六頁、などがある。いずれも出入口及び廊下又は構内が一般の通路・道路に準ずるものではなく、庁舎管理者の看守内にあることを確認しつつ、一般に予期せられる正常な用務を帯びての立ち入りではないと認められた事案である。前者は、大阪府庁の一階から五階に到る各廊下及び階段の大部分を占拠したといえる程の数千名の者が立ち入り喧噪を極め器物損壊・公務執行妨害・傷害等を行ったため、「府庁内勤務員をして、或は扉を閉じて警戒に当らしめた」というものであり(一〇七一・一〇七五頁)、このような場合「建造物侵入罪と威力業務妨害罪は：法条競合の関係にある。」(前田・前注(2)一二五頁、関・前注(4)三五九頁)とするのかもしれないが、立ち入りに必然的にこのような事態を伴うとはいえず、別個の評価をすることが可能である以上、他の諸犯罪についてと同様個々具体的に威力業務妨害罪を認定してゆく方が妥当であろう(もつとも、威力業務妨害罪に至らない程度の喧噪を理由に軽犯罪法一条一四号や条例違反に問い、又は建造物侵入罪の量刑事情として考慮に入れることは可能であろう)。後者は、夜間税務署庁舎内に人糞を投込む目的で同構内に立入った事例であるが、同税務署裏手に酒販組合事務所があり、同署表東側通用門から構内を通過して道路に出て組合事務所へ通行する人々等の通路となっていたようである(一一七八・一一九〇頁)。すなわち、「人々が同構内を自由に通行していた」(一一七八頁)ということであり、本判決では「庁舎管理者の承諾の限度を越えて」いる(一一七九頁)と付加されているが、門扉や管理人等の有無・状態が気にかかるところではある。「看守」の実が示されていなかったとすると軽犯罪法一条三二号の適用いかんが問われよう(もつとも、大判一九三九・九・五刑集一八巻四七三頁、瀧川幸辰「判批」公法雑誌六巻三号(一九四〇)一一〇頁参照)が、「看守」されていたらとすると、本件の場合、同署事務室の窓硝子の下部四枚を破壊したというものであるから(一一九八頁)、前田教授の「平穩説」(前注(35))によっても建造物侵入罪の成立は認められることになるのではあるまいか。

(39) 本件は、東京大学地震研究所の囲繞地が「人の看守する建造物」にあたるかが問われた事案であり、臨時の金網柵の性質などをめぐって鋭く争われたものである。そこでは、検察官上告趣意を実質的に受け入れ、「囲繞地を刑法一三〇条の客体とするゆえんは、まさに右部分への侵入によって建造物自体への侵入若しくはこれに準ずる程度に建造物利用の平穩が害され又は脅かされることからこれを保護しようとする趣旨にほかならないと解される」(八三頁)という形で根拠付けがみられる。

このように、「住居等の事実上の平穩」をもって本罪を根拠づける捉え方は判例上有力であったのであり、良くいうといずれにも平等に保障されていることになり（横型社会）、悪くいうと事実状態にのみ着目した横並びの保障に墮する面があったといえよう。たとえば、最一小決一九五三・五・一四刑集七卷五号一〇四二頁は、いわゆる警察予備隊（保安隊）の構内に故なく侵入したという事件であるが、憲法判断を加えることなく、「居住者又は看守者が法律上正当の権限を以て居住し又は看守するか否かは犯罪の成立を左右するものではない。」（一〇四三頁）として上告をしりぞけている。これに対し、日米安保条約に根拠をもつ「キャンプ王子米国陸軍病院」への立ち入りが問題となった最一小決一九七四・五・三一裁判集刑事一九二・五七一頁（本件コピーは福岡地裁資料課より頂いた。記して謝意を表したい。なお、本事件はベトナム戦争へのアメリカ合衆国の介入の誤りが顕著となった頃に起ったもので、当病院には戦争の傷病兵が運び込まれていたようである、株式会社講談社編『昭和二万日の全記録第14巻』（一九九〇）三八・四二・四六・四八・四九・五〇・六二・六三頁、西井一夫編『昭和史全記録』（一九八九）八一・八二・八四・八五頁参照）では、「住居侵入罪の保護すべき法律上の利益は、住居等の事実上の平穩であり、」と付加することによって事実上の保障を理論的に明確に決定文上根拠づけているものと解される。

(40) 前田雅英『最新重要判例の刑法』（一九九六）一四四頁四段参照。これに対し、松宮孝明「校庭への立ち入りと建造物侵入罪」立命館法学二三九号（一九九五）一六二頁以下は、「建造物」に囲繞地を含めて捉えること自体に批判的であり、結論的に軽犯罪法一条三二号の罪が成立するにすぎないと解される。「建造物損壊罪」（刑法二六〇条）の「建造物」概念との比較、プライバシー保護の機能を有する「住居」や「邸宅」との違い、などを主な理由とするが、二六〇条の「建造物」概念は二三〇条のそれより広い概念であり、一三〇条の「建造物」等については別個に独自に捉える余地がない訳ではないであろうこと（もつとも、松宮教授自身このことを認めるので結論的に一三〇条「建造物」概念の特殊性を主張するのであるが）、しかるところ「損壊」と「侵入」というそれぞれの行為態様の違い、建物には囲繞地がある方がむしろ一般的であろうこと（従って、「不動産侵奪」罪（二三三条の二）や「境界損壊」罪（二六二条の二）等にあたりえず、かついかにも「損壊」とみうるような行為態様の場合、逆に囲繞地に対してであっても「建造物損壊」罪とみうるケースもありうるのではないかと考える）、住居・邸宅ほどではなくても建造物の囲繞地も一三〇条の保護に値しうるように思われ、問題は「人の看守する」の意義いかににかかっているのではないかと考える（もつとも、などからして、住居・邸宅・建造物いずれについても囲繞地も含めて捉える近時の有力説は基本的に妥当ではないかと考える（もつとも、そうすると邸宅に別荘だけを別個に規定しておく必然性はなくなるので、改正刑法草案三〇八条は邸宅を削除するに至っているが、「付属地」についても明文上疑義を回避している、法制審議会刑事法

特別部会『改正刑法草案附同説明書』(一九七二)六九・二三八頁上段)。ちなみに、日本刑法では「公務所」その他の公的機関であれ、民間の事業体であれ、すべて「建造物」中に入れられているが、ドイツ刑法では「住居」「事業所 (Geschäfts-räume)」「囲繞地 (befriedete Besitztum)」のほか、「公共の用途又は公共交通の用に供せられる遮断された構内 (abgeschlossene Räume)」が行為客体として掲げられており(二二三・二二四条)、「囲繞地」との関連では「垣をめぐらせた」ないし「遮断された」が決め手とされているのではないかと思われる (Schönke-Schröder [Lenckner] (Anm.9) 24. Aufl., §123 Rdn. 4ff.; Hans-Joachim Rudolph, u.a.m. [Rudolph], Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. II (3. Aufl. 1987) §123 Rdn. 10)。なお、関・前注(4)六〇以下・一一七頁以下。

このほか、公衆傍聴券に虚偽の氏名・住所を記載して、参議院西通用門を通過し同院に立ち入り同院本会議場傍聴席まで至った行為を、故なく人の看守する建造物に侵入したと認められた判例として、東京高判一九九三・二・一判時一四七六号一六三頁(一六六頁二―三段)がある。本件は二審で控訴棄却・確定しているが、一審認定によれば、「本件立ち入りに先立って被告人らが本件威力業務妨害の共謀をしていたとは認められ」ず、「独自に右目的を有していたとの事実も認められ」ず、「その他の違法行為に及ぶ目的があったと認めることもできない。」(以上、一六七頁四段―一六八頁一段)ほか、傍聴券への虚偽記入の共謀も認定されていない(一六九頁二段)ので、連れ立っては来たが、それぞれ独自の意思で虚偽記入するとともに、立ち入った後共謀して威力業務妨害行為(首相が議員の質疑に対する答弁を行っている演壇に向かってスニーカーの両方又は片方を投げつけた行為―一六六頁四段)を行ったということになる(もつとも、このような「国家的業務」は「公務執行妨害罪」の成立のみ認められるべきであるという有力反対説がある、内田・前注(6)一八四―五・一八六頁注(14)。虚偽記入をたまたま発見し「議長において取締上必要があると認めた」場合、傍聴を禁ずることは可能と思われる(衆議院規則二二五条、一六八頁三段)が、あらかじめ違法な目的を有していなかったとなると、単に虚偽記入だけで本罪の成立ありとするのは、「両議院の会議は、公開とする。」と定め、何人であるかを問わず不特定多数人に開くことが予定されさしあたり匿名でもかまわないように思われる日本国憲法五七条一項本文(さらには、前文・一五条など)からして、たとえ参議院の管理権者たる参議院議長が容認しなかったであろうとしても―テレビ・新聞等のマスコミによる代替手段があるとはいえ―直接傍聴する意義も憲法上軽視しがたいたとすると、憲法的視座からして議院内の管理・秩序維持利益を上回りうることも考えられよう(なお、軽犯罪法一条一七号、旅館業法一二条参照)。従って、「単に、名前を秘匿して傍聴した行為を、建造物侵入罪で処罰する必要はないであろう。」とする前田教授の指摘(前注(2)一二五頁注8)。さらに、同・前掲最新250一四五頁三段も参照)は結論的に妥当であるように

思われる。なお、本件一番は明示的には参照していないが、前掲最一小判一九八三・四・八を先例として受け入れつつ具体的適用をしているようにうかがえる（一六八頁）。

(41) この点、小野博士が、前注(28)東京控判一九四二・二二・二四の評釈中で、「縦型社会」的家族が「日本法理的思维」に合致するものとして特に強調されていたことを参照されたい（小野清一郎「住居侵入罪の本質と構成要件」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集 第五卷 昭和十七年度』（一九四九）三〇三頁）。

(42) この点、前掲本文(3)③大判一九三九・一二・二二は、「日本臣民各人ハ平等ニ住居ノ安全ヲ侵害セラザルノ利益ヲ有スルコト寔ニ所論ノ如シト」認め、従つて、「共有」類似の捉え方だと侵入・搜索について「住居者全員ノ許諾ヲ要スルモノト解セザルベカラザルガ如シト」して理論的な可能性を示しつつも、「其ノ利益ヲ有スルノ故ヲ以テ各人ニ侵入又ハ搜索ニ付テノ許諾ノ權アルモノト即断スベカラズ。」と判示しているので、姦通目的での立ち入りといった「重要事項」については「共有関係」は排除され家長Ⅱ一家の主宰者たる夫に許諾権があると解しているのであろう（共有的關係を認めるとしても、このような事項は「変更」ないし「管理」行為にあたるという位置づけがなされることにならう）。

(43) 植松博士はつとに、「共有物の窃取」の場合「と同様に、共同住居への侵入は、共住者の一人の承諾によりたゞちに違法性を阻却するものでない。」という帰結を導き出していた（植松・前注(28)五七頁。今日では、大塚仁博士がこのような捉え方をされているものと理解する論者もいる、関・前注(5)下村古稀四七三頁）が、「侵入」Ⅱ「自由」侵害が問題となっているのであり、「窃取」Ⅱ「財産」侵害と直ちに同視して捉えるのは必ずしも適当とはいえないのではあるまいか。

(44) 平野龍一『刑法概説』（一九七七―初版・一九七九―六刷）一八三頁。

(45) 前田・前注(2)一二四・一二六頁のほか、同・前注(40)最新250―四二頁四段も参照。

(46) 「判例」についての一般論として、拙稿「判例による法形成―「水俣病事件」の場合―」法政研究五八巻二号（一九九二）四二頁以下参照。

(47) 平野・前注(44)一八三頁はこの観点からのものである。

(48) 前注(39)最一小判一九五三・五・一四、最二小決一九七四・五・三一参照。

(49) 前注(4)福岡高判一九五五・九・二八のほか、すでに大判一九二八・二・一四法律新聞二八六六号―二頁があった。

(50) 東京高判一九八三・一・二〇判時一〇八八号―四七頁四段以下。本件夫は本件家屋の所有権を有し、保存登記も夫名義でなされていたということであるから、妻がいかなる権利により家屋に居住していたかが問題とならうが、「黙示の使用貸借関係」

による「利用権」があり(この点後注(61)参照)、「占有」していたことにより、「立ち入り許容の自由」を有していたとすると、本件事例は刑法二四二条等の場合とほぼ同様に捉えうるということにもなる(この点、前注(15)参照)。もっとも、離婚訴訟中であり、財産分与との関係で家屋の所有関係も未確定の状態にあつたとすると、やはり法律関係が流動的な事案ということになる(所有権の帰属に関し争いがあつて民事訴訟提起中の事件として、札幌高函館支判一九五〇・一一・二二高判特一四号二二二頁がある)。これに対し、家出六日ほどのちに三名の者と共謀して実父方に強盗の目的を以て侵入した事例(最一小判一九四八・一一・二五刑集二巻一〇二号一六五一以下・一六五三頁以下)については、実父方居住者が「事実上」居住していた訳ではないであろうから、あくまでも息子が住居侵入罪に問われるかの問題である。この点、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』(一九八二)二二四頁は、「数日後の侵入の時点で」はなお「居住者であり彼には住居侵入罪は成立しない」という観点を打ち出されているが、イギリス刑法では、父親が無限定の承諾を与えていたとしても「不法侵入者」になりうると解されているようである(川本・前注(5)三八・四一頁)。「無限定」とはいつでも自ずと制約がありうるはずという理解から判例が支持されているようであるが、「窃盗目的」であつても少なくとも立ち入りに関しては承諾しうるはずであるから、承諾があれば息子との関係では反対の見解が妥当であるように思われる(川本・四〇―一・四三頁)。

(51) 頃安・前注(12)七三頁。

(52) 町野・前注(50)二二二頁。

(53) このほかの不成立説も取り上げつつまとめとして、関・前注(4)三四―二頁は、「不在者の推定された意思は現在者の現実の意思に譲歩しなければならない」こと(Ⅱ「事實は推定より強し」と「家庭内・家族内の問題として処理すれば十分である」こと(Ⅱ「刑」法は、家庭に入らず)を理由にあげる。さらに、関・前注(5)下村古稀四八〇頁も参照。

(54) 類似の見解として、江家義男『刑法各論』(一九五六)二二九頁がある。ちなみに、親と同居中の未成年者の部屋への立ち入りがその親の「監護教育権」に対する侵害になるようなときも理論上同様に考えられるように思われる(この点、川本・前注(5)五八頁参照)。

(55) 町野教授は、発信人はつねに「信書ノ秘密ニ対スル権利」をもち告訴権者となり、到達後は受信人もこの権利をもち告訴権者となると解している大判一九三六・三・二四刑集一五卷三一―一頁を参照して、到達後は「発信人も受信人も信書の秘密についての利益を有する」としつつ、木村・刑法各論一〇五頁、所・注釈刑法(3)二五八頁を参照して、「どちらか一方の同意があれば同罪が成立しない」と結論づけている訳である(町野・前注(50)二二三頁)が、この点確かに所一彦「秘密を侵す罪」団藤重光

編著『注釈刑法(3)各則(1)』(一九六五—一刷・一九七五—一〇刷)二五八頁は、発送・到達の前後を問わず、発信人または受信人の承諾を得た第三者も開披の権限をもつとされているが、木村亀二『刑法各論』(一九五七—復刊初刷・一九五八—同八刷)九五頁は、到達後は受信人それ以前は発信人が被害者であるが、被害者たる発信人又は受信人の承諾又は推定的承諾によって違法性が阻却されると解されているにとどまる。判例自体、受信人は被告人の養子であったため告訴せず又は告訴権をもたなかったため(三〇八頁)、発信人が告訴したものであり、むしろ受信人が承諾しても発信人は独自に告訴するという趣旨のものであるようにうかがえる。

(56) 前掲本文(3)③大判一九三九・一二・二二弁護人瀧川幸辰博士ら上告趣意第二点参照。

(57) 伊東研祐『現代社会と刑法各論第一分冊』(一九八九)一一七—八頁。

(58) なお、関・前注(4)三一九頁以下参照。

(59) 若干視点を異にするが、瀧川幸辰「姦通罪の運命」初出一九四七、底本『刑法学周辺』一九四九(団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集第五巻』(一九八一)一六四—五頁所収)参照。

(60) この点、前注(54)を参照されたいが、「共有物の管理」(民法二五二条)的に捉えれば「過半数」で決せられるということにもなり、また「未成年者の婚姻」(同七三七条二項)に関する規定からも同様な結論になりそうであるが、「対内的な」利益の保護を重視するとき、「共有物の変更」(同二五一条)的に捉えられることになるのではあるまいか。

(61) この点、東京高判一九八二・五・二六判時一〇六〇号一四六頁は、別荘地の所有権はもたないが建物は所有していた被害者(母親)が内容証明郵便により被告人の立ち入りを拒絶していた場合につき、土地の共有権者の一人が別棟に居住していた息子は犯行当時現在していれば本件敷地への立ち入りを許容していたとしても、「一部の者が特定の個人に対して住居への立ち入りを許容したとしても、それによりその立ち入りを拒否する者の利益が害されて良いとする理由は全くない」から、本件敷地についても被害者の意思に反する立ち入り行為は被害者との関係で住居侵入罪に当たりうる余地を認めており(一四八頁三段)。このような結論は、母親に対し「黙示の使用貸借関係」による「本件敷地の利用権」を認めた点が大きく作用したものと見えよう、一四八頁一段)、日常生活上の立ち入りとは異なり、労働組合の労(被告人)組合委員長(使(被害者))交渉をめぐって起った事件で、しかも直接交渉相手とされたのは被害者であり、息子はさしあたり間接的な交渉相手にすぎなかったとすると(一四九頁一段)、当該事件との関連では主に被害者の承諾が問題となり、息子だけの承諾で立ち入りを認めてもよいか疑問であるから、判決は結論的に妥当であるように思われる。また、被告人の立ち入りは団体交渉のための準備的行為として

違法阻却しうる余地を認めつつ破棄差し戻している(一五二頁二段以下)のも妥当であろう。

三 おわりに

本稿は、「違法目的」で住居等に立ち入った場合、「住居侵入等」罪⁽⁶²⁾(一三〇条)が成立するか、という、いわば古典的なテーマにつき考察を加えた訳であるが、他の犯罪の場合とも論理一貫した結論を導き出すため、行為者の「違法目的」が被害者の承諾に対し「本質的・決定的」な影響を及ぼしうるものであったかという観点から(二(1)(2)、強盗殺人ないし強盗等の目的の場合(二(2))、不特定・多数人が出入りするのが通常の場合(二(3)①②③)、いわゆる姦通目的等の場合(二(4))、といった具体例を取り上げたが、民事法上の「附合契約」的発想を刑事法上デパートなどへ応用するという観点からの「社会的相当性の理論」による被害者の承諾の修正が妥当と考えられる場合があり(二(3)①②)、法令等の根拠に基づきないし民法の「共有」規定を参照しつつ看守者の合理的な意思(「裁量」の程度)を追求すべき場合がある(二(3)③、(4))、という結論が得られた。

(62) 周知のように、現行刑法典の体系上住居侵入等罪はむしろ「社会的法益に対する罪」として位置づけられているように思われるが、今日「個人的法益に対する罪」の一種と捉えるのが一般的といえよう(前田・前注(2)一一九頁、内田・前注(6)一七〇―一頁、井上・前注(26)一五一頁、団藤重光『刑法綱要各論第三版』(一九九〇)四九九頁、などを参照)。これに対し、平野博士は、「家庭」という社会に対する罪」と捉えることよって、現行刑法典の体系の正当化の可能性を示唆している(平野・前注(20)六七頁三―四段。さらに、本論文も含めて、川端博「住居侵入罪」芝原邦爾ほか編著『刑法理論の現代的展開各

論』(一九九六)一〇三頁以下参照)。このような見解にもうかがえるように、特に接点においては「數」的に「個人」と「社会」は極めて密着しかつ相対的・流動的な存在としてあらわれざるをえないものといえよう。この点、私見によれば、「凶器準備集合及び結集」罪(二〇八条の二)及び「現住建造物等放火」罪(二〇八条)の二罪(前者については、拙稿「凶器準備集合罪と集団犯・騒擾・内乱との比較」内田文昭編著「争点ノート刑法II〔各論〕」(一九九二・初版三刷)二五―六頁において簡単に言及しておいたが、後者についても拙稿「放火罪の処罰根拠」同一四四頁「争点3」の改訂版〔未刊〕において検討を加えてみた)、それから「名誉毀損」罪(二三〇条)・「侮辱」罪(二三一条)、「公然わいせつ」罪(二七四条)・「わいせつ物頒布等」罪(一七五条第一文後段)、「礼拝所不敬及び説教等妨害」罪(一八八条一項)における「公然」概念についても、同様な視座から捉えることが可能ではないかと考えている。

詳細はまた機会があれば展開したいが、最後の罪については、拙稿「刑法における宗教感情に関する一考察―特に一八八条一項をめぐって―」九州大学教養部社会科学論集第二七集(一九八七)三一四・五―六頁注(6)において、「視覚」か「聴覚」かという観点から検討を加えておいた。そこでの叙述を補足・修正しておく、わいせつ物公然陳列罪については「聴覚」だけを通じた場合が問題となっており、近時の判決例として大阪地判一九九一・一二・二判時一四一―号二二八頁がある(山中敬一「判批」法セミ四五一号(一九九二)一三五頁三・四段、山本輝之「判批」法学教室二四六号(一九九二)九〇頁四段・九一頁一・三段、本田守弘「判批」法律のひろば四五巻三号(一九九二)四九頁上段)。本件では、「デジタル信号としてわいせつな音声」を記憶させた録音再生機(二一九頁二段)それ自体を「わいせつな物」(二七五条第一文)とみてよいか否か、が争点となっており、「電話をかける」という比較的容易に顕在化する手段によってわいせつな音声を発するので(山中・前掲一三五頁四段)ないし「狼麩情報の顕在化の容易性」(塩見淳「狼麩物と狼麩情報」判タ八七五号(一九九五)六二頁三段・六〇頁三―四段)という観点から判(決)例を説明する見解がある一方、「機械自体は、本来、「わいせつ」性を帯びるものでない。」「送信用の機器をすべて陳列狼麩物にあたる」とみる態度には、疑問があろう。(佐久間修「わいせつ」情報の頒布、販売、公然陳列について(一)―ビデオテープの複写と通信回線を利用した情報授受の罪責―産大法学二七巻二号(一九九三)一二・一三頁)ないし「ビデオテープもカセットテープも「物」とはいえるが、…「わいせつ物」とはいえない。」から、「本件デジタル録音再生機自体」もわいせつ物とはいえず、「また、音声は無形のものであるから、これを「物」とすることもできない。」(山本・前掲九一頁一・二段)とし、あるいは、「陳列」は「視覚」の場合のみに限られる(山本・九一頁三―四段)ないし「録音再生機が「陳列」されたというのも、強引さを認めない。」(山中・前掲一三五頁四段)という消極論も散見される。確かに、「陳

列」の国語上の語義はさしあたり「視覚」に限られるように思われるが、現行刑法典さえも基本的には「健全人」を念頭に置いていたのではないかということ(この点、削除された四一条参照)、「凶画」はともかく「文書」の場合「点字」ということもありうるであろうこと、直接的・外見的な性欲の興奮・刺激の必要性の主張についても、確かにそのような場合であれば文句なしであろうが、「文書」の場合も相当程度の読解力という知的媒体を経てはじめてそれ自体わいせつとはいえない本と区別されることに鑑み、かつ、ビデオテープ・カセットテープそして録音再生機も様々な内容を録音させることは可能であるとはいえ、少なくとも本件のような用途に使用されていた期間中は、「音声」が録音固定されているもの」という観点から(本田・前掲四九頁上—中段。なお、カセットテープについての先例として、東京高判一九七一・一二・二三高刑集二四卷四号七九三頁がある)、それ自体「わいせつ物」とみたとしても、「文書」の場合と質的に違ふとまではいえないであろうこと、パソコン通信等によってプリントアウトした場合は販売・頒布罪で、ディスプレイ上に表示しただけであれば陳列罪であるという見解(大塚仁ほか編著〔新庄一郎〕『大コンメンタル刑法第七卷』(一九九二)五一頁)が「便宜的な解決といわざるを得ない。」(佐久間・前掲二二—三頁)という批判についても、行為者も受信者も利用形態として予想の範囲内であろうこと、などからして、「陳列」は「聴覚」も含むとする解釈は可能であり、「類推」とまではいえないのではないかと思われる。このほか、名誉毀損罪の場合は勿論、公然わいせつ罪についても「聴覚」だけを通じた場合が想定しえない訳ではないであろう(瀧川幸辰『刑法各論』(一九五二)〔団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集第二卷』(一九八二)所収三七四頁)、瀧川春雄・竹内正『刑法各論講義』(一九六五—一刷・一九八一—九刷)三三九頁)。これに対し、「わいせつなことをしゃべっても公然わいせつ罪にあたらぬい」(山本・前掲九一頁四段)という主張は、刑法解釈論上は、可罰的違法性ないし社会的相当性論等の問題として捉えられるのではないかと思われる(この点、植松正「猥褻、姦淫および重婚に関する罪」日本刑法学会編『刑事法講座第七卷補巻』(一九五三)一五三四頁参照)、より根本的には、一七四・一七五条は処罰が無限定すぎるといふ観点から、憲法三一条Ⅱ実体的デュー・プロセス違反として立法論の問題として展開されるべき事柄であると考える。しかし、礼拝所不敬罪については不敬が「聴覚」的にも直ちに看取されるような状況が必要であろう。

※ 本稿で検討を加えた『住居侵入罪の研究』等の著者関哲夫氏(東亜大学)が、一九九六年一月九日、刑法学会九州部会第七一回例会(於、鹿児島大)において「住居侵入罪の保護法益」と題し報告した。氏は、年来の主張である「多元的保護法益論」を再

論し、わたくしも、本罪の法益の「事実性」をいかに捉えるか、具体的には「姦婦事例」をどう解すべきか、などについて質問したが、ギリギリのところ「見解の相違」ということにもなりそうである（この点、内田博文教授（九州大学）は、「自宅をいつも仕事場に使っていた場合をどう解されるか」、すなわち、住居（私宅）と事務所の混合形態の場合をどう解されるか、という例を引き合いに出示されていたようであるが、本来の事務所を日常生活の場としても使用していた場合「住居」に（も）あたるかという議論や、もともと私宅であるが仕事客が多数訪れ「事務所」化していたといった場合ならばともかく、私宅で仕事をしていることを理由にその場所の刑法上の性質が「建造物」なりその他公的な場所に変容し、何人の立ち入りも認められるような場所に変化するのではないかという趣旨であるとすれば、「事実性」の不当な援用であるといわざるをえないように思われる）。