

## 判例研究

## 不退去罪の成立を否定した事例

稲田 朗子

## 【参照条文】 刑法第130条後段

（三柏園事件，昭和51年（う）第97号，昭和55年2月14日高松高裁第三部判決，原判決破棄無罪，判例集未登載，原審，高知地裁，昭和41年（わ）第386号）

## 【事実の概要】

原審が認定した事実によれば，事実の概要は以下の通りである。

昭和36年12月の高知県議会において，県立中央病院（結核病床数56床）を整備し，県立中央病院横浜分院（結核病床数130床）（通称三柏園，以下，三柏園と称する）は新県立中央病院に吸収合併させることとなった。

これに対し，被告人甲乙両名が副会長をつとめている高知県患者同盟（以下，県患者同盟又は県患同盟と称する）は，このような統合計画推進は県内における結核の実情を無視し国の医療合理化低医療費政策に迎合盲従したもので結核患者に根本的な不利益をもたらすものであるとの見地に立ち，三柏園は自然環境に恵まれ結核療養所として最適絶好の場所であるからこれを廃止するのは不当であり，あくまで存続維持してそれ自体を整備すべきこと等を主張して，県当局と交渉を重ねていたところ，県当局において，昭和40年12月頃には結核病床186床を新中央病院に設置する旨の意向を示していたのに，最終的に50床とすることを決定したため，県下の各患者会の代表等で構成する「三柏園問題対策委員会」を設置し，三柏園存続，結核病床数減少阻止，新中央病院の設備・構造の不満点改善，差額徴収病床撤廃等を主たる要求項目にかかげて，昭和41年9月24日

以降県当局並びに県中央病院当局と頻繁に交渉を重ねるようになった。

県当局は、同年9月22日に、三柏園からの転院及び移送を実施すべく準備をすすめ、当時の患者22名中、8名に当日新中央病院に移ってもらったが、残余の14名が転院に同意しなかったため、当日における完全実施は見合わせざるを得なかったものの、同年10月13日の県議会において三柏園を廃止する旨の条例が議決成立し、同年11月2日交付され、即日施行されることとなったため、県立中央病院長、三柏園長の連名で同年10月26日に、「三柏園は11月2日限りで廃止されるから、それまでに新中央病院に移ってほしい。他の病院に転院希望者は10月31日までに中央病院に申出てほしい」と旨、同月29日に「11月3日以降は、三柏園は医療法第1条の病院又は診療所に該当しなくなり、一切の医療行為ができなくなるから、至急に希望する病院等につき申し出てほしい」と旨の各文書を三柏園入院患者に送付するなど、鋭意転院移送の完遂を目指した。

ところが入院患者中8名のもは、診療内容の変更は県当局が一方的にできることではなく、三柏園で療養する契約上の権利があると主張して、交渉を県患同盟執行部に一任する旨の委任状を作成交付して、直接交渉には応じない態度を表明した。

県当局は事態の打開に苦慮し、A病院局長、B三柏園長が三柏園に赴き、残留患者を説得したが、残留患者は「県患同盟の人が同席している場でなければ話し合う余地はない」と言って応じなかった。同日午後4時頃から県庁副知事室において、副知事、A病院局長、C厚生労働部長等が処置を検討した結果、「同意を得ることができない場合は、入院患者以外の者には退去を促し、これに応じないときは、退去命令を出して、それ等の者を郊外へ排除した上で、患者との直接交渉を持つことにする。万一退去命令に従わない者がいた場合は警察官を導入して排除することもやむを得ない」との基本方針を決定し、同日夜D厚生労働部予防課長が三柏園に赴き最終的に残留患者の説得を試みたが、患者等は説得に応じなかった。そこでA病院局長以下県職員が集まり、退去命令を出す場合の処置、三柏園内における任務分担等細部の計画を立て、翌3日にそなえた。

一方、県患同盟は、患者からの前記委任に基づき、あくまで転院を拒否した上、前記諸要求を県当局と交渉すると共に、翌3日以降においても県患同盟独自で三柏園における医療行為を続行して残留患者の療養に支障のないようにする方針を固め、2日夜、副会長である被告人甲、丙事務局長、その他の事務局員約6名が三柏園東病棟2階の病室に泊まり込んで、翌3日にそなえ、同日午前7時過頃には副会長である被告人乙等も

三柏園内に立入って被告人甲等と合流した。

被告人兩名は、前記のような目的で三柏園に滞留中、同月3日午前8時40分頃から、三柏園管理権者である高知県知事名により、病院局長A等が約7回余りにわたって退去命令が出たとのマイク放送をし、同趣旨のはり紙を掲示するなどして、退去を要求したのに、これに従わず、支援に駆けつけた県患同盟員約2,30名と共に三柏園内に滞留を続け、午前11時過頃、被告人兩名を含む県患同盟員等が、県当局職員等が両手を上げて立ちふさがって入棟を阻止している管理棟に押しかけて、A病院局長等に対して、入院患者の医療、給食行為の継続、退去命令の撤回、交渉の継続等を要求したり、県患同盟員等が東病棟出入口付近で集会を開いたり、午後1時頃、東病棟2階へ入院患者の説得に来た県職員E、F、G等に対して、Eの肩を突き飛ばしたり、Gが入院患者の病室へ入るのを4～5名で取りかこんで阻止したり、こもごも「何しに来たぜよ」と言ったりして、追い返したり、また病院局職員H、中央病院局長I等が残留患者丁の病室で同人を説得中、被告人甲が同所へ立入り「話をするには腕章は必要なかろう」などと言いながら、Hの左腕の腕章を切り落とし、さらに検討局の要請により午後1時50分頃、警官隊約40名余りが三柏園正面前に到着したのを知るや残留患者の病室のある東病棟2階の、中央階段登りづめの廊下に、病室の鉄製ベッドとマットレスを横倒しにしてバリケードを作り、残留患者を再度説得に来た県当局職員や警官隊の進入を阻止しようとしたが、警官隊が同日午後2時16分より「病院局長から高知県知事名の退去命令が既に出されています。退去しないと建造物侵入罪又は不退去罪になります」との警告を10数回発した後、実力行使する旨の最後の警告をなした上、右バリケードの排除にかかり、被告人兩名はその場で建造物侵入罪の現行犯として逮捕された。

被告人兩名は昭和同年11月22日刑法第130条後段違反を理由に起訴された。被告人側は、自分たちの行為は生存権の行使による正当行為であること、三柏園廃止に関する手続は、関係医療法規上の予告期間を設けていない違法無効なものであるから退去要求は違法であること、県患同盟は慣行上の団体交渉権を有しており、違法性がないこと、患者の三柏園に対する占有権、及び占有権のある患者の委任に基づく交渉権の行使であり「故なく退去しなかった」ものではないこと、住居の平穩の受益者は入院患者であり、また、県当局の支配権を完全に排除しているわけではなく、県当局に重大な損害を生ずる可能性もなく、実質的違法性を欠くこと、などを主張して争った。

昭和51年2月18日、原審である高知地方裁判所は、上述の事実を認定した上で、三柏園の統廃合ははまだ患者ないし県民の生存権を侵害するほどのものとはいえない、予告期間をおいていたかについては確たる証拠はないが、指定の辞退は高知県知事が高知県知事に対して行うものであるから、現実には何等の支障もなかった、県患同盟に交渉権団体行動権は保障されていない、昭和41年11月3日以降は医療行為を行うことは不可能となったのであり、三柏園長と中央病院長連名の昭和41年11月26日付の入院患者に対する文書は入院契約解除の意思表示を含み、入院に関する準委任契約は解除されたものであるし、また、交渉の目的が入院契約上の地位についての範囲内に無い、差額徴収病床の撤廃等を要求することを主たる目的とした不退去の態様は正当なものではない、平穩の受益者は第一次的には管理者たる県であり、患者の占有利益は従来使用していたままの状態、病室等の極く限られた一部分を使用する利益である、などとして、被告人側の主張を全て退け、被告人をそれぞれ罰金2500円に処する、その罰金を完納することができないときは、それぞれ1日、労役場に留置するとした。

被告人両名は、原審におけると同様の主張のほか、11月3日から医療行為等を停止したのは明らかに違法であること、本件起訴前県当局との間に和解が成立していたのであるから本件公訴は公訴権濫用であるなどとして、原判決宣告翌日に高松高等裁判所に控訴した。

## 【判 旨】

「主文 原判決を破棄する。被告人らはいずれも無罪。」

高松高等裁判所は、被告人らが故なく、三柏園内から退去しなかったとする点を除いて、原判決の事実認定を肯認することができるとした上で、さらに以下4点の事実を認定した。すなわち、

- 1 県議会における三柏園を廃止する旨の県条例案審議の際、県病院局長は、話し合いがつかない前に条例が発効しても、医療法によって適正に運営する趣旨の答弁をし、県知事もまた、円満に話がつくようにした上で処置したいと答弁しており、さらに厚生常任委員会は同条例の可決に際し、同条例の実施に当たって在院している患者の措置については、特に十分話し合う等最善の努力を払い円満に行われるよう配

慮すべきである旨の付帯意見をつけた。

- 2 県当局は、同条例公布施行翌日の3日午前零時限り医師看護婦を病棟から引き揚げて医療を止めたばかりでなく、給食を取り止めたのに対し、患者同盟側は2日深更独自に医師看護婦を呼んで準備したが、看護婦が病院に泊まることを県側も拒まなかった。
- 3 3日午前7時ころから病院局長ら県職員が三柏園に説得に来たが、被告人ら患者同盟側が給食投棄を交渉した結果、朝食、投棄、昼食を提供している。正午ころ被告人らは診療室において3、40分間交渉を持ったが、県当局側は退去命令が出ているから話し合いの限りでないとの態度を維持しながら、特に退去を求めることはしなかった。
- 4 控訴審で取り調べた回議書等によると、三柏園の指定医療機関及び保健医療機関辞退申出につき、法の定める30日又は1か月以上の予告期間を設けていなかったし、なお新病院に対する指定も同年11月下旬に至り同年9月23日に遡ってなされた。

以上の事実認定を前提として、不除去罪の成立につき以下の通り判示した。

「刑法一三〇条後段は、適法に住居建造物に入っている者が退去の要求を受けながら、これに従わないで滞留を続けることによって、住居等の平穏な利用を侵害することを禁止処罰するものである。居住者や建造物管理者等が住居建造物等の平穏を維持しようとする意思はもとより尊重されなければならないが、何らかの交渉のために住居建造物に入っている者の持つ利益も擁護されるべきであるから、居住者等が理由もなく交渉に応ずることを拒否するために退去を要求するような専断をたやすく容認することはできないし、反面居住者等の意思に反して滞留を続けることを無制限に承認することもできない。この観点から不除去罪の成立を認めるには、行為者の滞留目的、退去要求の相当性、居住者等の意思に反する程度、不除去の間における行為者の行動、不除去状態の継続によりもたらされる法益侵害の程度等を具体的に考察して決定すべきである。

これを本件についてみると、まず、被告人らが本件当日三柏園に滞留した直接の目的は、県当局が三柏園廃止の県条例が発効したことにより三柏園は廃止されたとして、現実には未だ新中央病院へ転院することを拒んでいる患者がいるにも拘らず、三日午前零時限りで医師看護婦を引き揚げて医療を止めたばかりでなく給食もしない態度に出たため、これに対する抗議と原状回復の要求にあったと認められる。原判決は、この点につ

き、被告人らの県当局に対する交渉は差額徴収病床の撤廃、新中央病院六階全部の結核病床への開放などを主目的とした医療行政上の要求であって正当な交渉目的の範囲外であったと認めているが、三日当日における交渉経過の実態が、当面残留する入院患者に対する医療行為、給食の継続にあったと認められることに照らし、被告人らの滞留目的が従来の主張を固守するものではなく、差し当たって前記の要求を貫徹することにあつたと評価すべきである。そして、この目的を不当といえないことは勿論であるし、かつ患者から県と交渉する委任状を得ていた被告人兩名としては右要求をなし、その限りでは滞留する権限をも有していたものと言わなければならない。

次に本件の退去命令は、県当局が患者同盟が介在すれば残留患者に対し新中央病院へ転院することの同意を得ることが困難であると考え、患者同盟を排除し患者と直接交渉するため出されたものである。しかし、県立病院の廃止に伴う場合でも、結核予防法三六条四項健康保健法四三条の一一第三項に定める辞退の予告期間は適用があると解すべく、三柏園廃止条例が施行されたからといって指定医療機関の辞退に関する手続が完了しないうちに条例の効果として三柏園が従前の機能を一切停止しなければならないものとは解されない。三柏園は本件当日未だ辞退の予告期間が経過せず指定医療機関たる性格を備えていたものであるから、県当局としては患者に対し転院を説得することはもとより可能であるが、医療給食を打切ることではできなかったものといわなければならない。ただ本件のように新病院の開設による旧病院の廃止についても予告期間が必要であるかは一箇の問題であり、県当局は条例の発効により直ちに病院廃止の効果が発生したものと考えていたことは明らかであるが、その場合でも患者が入院中の病院が廃止になったからといって事実上医療行為の継続が不可能であれば別として、そうでないのに一方的に当該病院における医療行為等を打ち切ることが非常識かつ不当であることはいうまでもない。県側の意図如何は兎も角として、医療給食を絶って転院を実現しようとしたものと見られても致し方がないというべく、当日の朝食も新中央病院へ移ってから提供するといった状態で説得するといっても、それは転院の強制に外ならない。県議会における審議に際し病院局長や知事の前記発言、厚生常任委員会の付帯意見は条例の成立発効後も遵守されなければならない筋合である。従って前記被告人らの抗議及び原状回復の要求は理由があり、このような状況下にあつて、県当局が原判示のような前日の決定に従い、三日当日の現実の事態を顧慮せず性急に被告人らに対し退去命令の挙に出たのは

相当とは認められない。

そして、返去命令は原判示のとおり三日午前八時四〇分ころから出されたものであるが、そのころ、県当局は患者に対する朝食の要求に込ぜざるを得ず、また、その後も投薬給食をしているが、いずれも彌縫的なもので未だ正常な医療体制に復したものと認めることはできないが、これらは被告人らの抗議に従ったものであって、その限りにおいて県当局も被告人ら患者同盟との交渉に込じており、あくまでも返去を求める態度ではなかったと認められる。反面、前記のような状態の下で入院患者に対し効果的な説得を期待し得ないのも当然であって、県職員が患者に対し真摯な説得を試みたと認めるべき証拠にも乏しい。ただ、原判決が判示する同日午後一時ころからの患者同盟側及び被告人甲の行動が不相当であったことはいうまでもないが、これは県当局が警察の出動を求めたことに対する反応とみられ、それまで説得らしい説得もしていない県当局があたかも説得に難渋しているが如き形を整えるために行ったものと解されるのである。なお同じく原判示の午後一時五〇分ころ警官隊が到着してからの行動もまた穩当を欠くこと多言を要しないが同日午後二時三〇分過ころまでに被告人らが逮捕されて混乱状態が回復していることを考えると、この点を本件不返去罪の成否を判断するにつき重くみることはできない。

このように被告人兩名を含む患者同盟らが当日三柏園に滞留する間において県当局が目指した患者に対する説得が有効に行われなかったについては、被告人らの妨害に基づくと認めることはできず、また、本来県立病院としてなすべき三柏園の業務である医療行為は、すでに県当局によって放棄されたものであったから、被告人兩名の滞留行為によって三柏園を管理する県として有する保護法益がどれだけ侵害されたといえるか明らかでない。」

「以上の諸点を総合考察すれば、原判決が認定する罪となるべき事実のとおり、被告人兩名が三柏園に滞留した間において、その行動中に前記のような穩当でないものがあつたとはいえ、その滞留が不返去罪を構成するものと断ずるには足りず、原審が被告人兩名を有罪と認めたのは、事実を誤認した違法があり、原判決は、その余の論旨について判断を加えるまでもなく、破棄を免れない。」

「上來說示のところから明らかなように犯罪の証明がないことに帰するので、刑訴法三三六条後段により無罪の言渡しをする。」

## 【評 釈】

### 1 不退去罪の保護法益

#### (1) 個人的法益に対する罪としての不退去罪

まず、住居侵入罪及び不退去罪の保護法益の確認から始めることとしたい。なお、本評釈を行うにあたり、敬称は省略した。

刑法は、130条<sup>1</sup>において、住居侵入罪（前段）と不退去罪（後段）の規定を置いている<sup>2</sup>。現行刑法において、「住居を侵す罪」は、「往来を妨害する罪」の後に置かれており、その位置関係から、立法者は、これを社会的法益に対する罪と捉えていたということができよう。現在の学説では、これを、個人的法益に対する罪と解することに争いはない<sup>3</sup>。かつて、社会的法益に対する罪とされていたことは、本罪が、いわゆる公安妨害の一種として理解されていたことの示唆ともいえるが<sup>4</sup>、現在では、この考え方は放棄されている。従って、「住居を侵す罪」は、個人的法益に対する罪であり、居住者等はその法益を処分し得るものであり、個人（居住者等）に基づかない法益は存在しないといえる。

#### (2) 保護法益についての従来理解

さて、本罪を個人的法益に対する罪として理解することに争いはないが、その保護法益については、見解の対立がみられる。

一つは住居権説といわれるものであり、従前判例<sup>5</sup>がとってきた立場である。住居権<sup>6</sup>の侵害行為であり、住居権者の意思に反する侵入により、本罪は成立するとみる立場である。

住居権説に対しては、その概念が曖昧であり、家長としての地位にある者がその権利を有するという結論になり易い<sup>7</sup>、「住居権の侵害という考えは犯罪を権利侵害と解する十九世紀初葉の古い思想の残滓」<sup>8</sup>である等の批判がなされ、この住居権説に対する批判として主張されたのが、平穩説である。「住居における平穩」<sup>9</sup>「事実上の住居の平穩」<sup>10</sup>を保護法益と解する見解<sup>11</sup>であり、その後の通説となった<sup>12</sup>。

戦後の学説においては、平穩説が通説の地位にあったといえようが、従前住居権説をとってきた判例にも、変化がみられた。即ち、最決昭和28年5月14日<sup>13</sup>は、「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」と判示した。団藤は、「これをもって判例の変更とみることができるかどうかは疑問の余地があるが、すくなくとも従来判例の見解に破綻を生じたことはたしかである」と述べている<sup>14</sup>。下級審レベルでは、これに先立って、平穩説の立場にたつ判例がみられた<sup>15</sup>。

平穩説は、多くの論者に支持され、判例も採用するに至ったが、この見解に異議を唱える見解が登場した。(新)住居権説である。平野は、平穩説の論者に対し、「わが国には、一方で住居侵入罪は個人に対する罪だとしながら、他方で平穩に対する罪だとする人があるが、これは矛盾、少なくとも中途半端だというほかはない」<sup>16</sup>と批判する。さらに、平穩説に対しては、『「平穩」は個人の平穩から全体の平穩、つまり住居の平穩へという形で、一般化され、拡大されやすい』点を危惧する見解も出されている<sup>17</sup>。

そして、住居侵入罪の保護法益を、住居権であるとした上で、「住居権とは、住居その他の建造物を管理する権利の一内容として、これに他人の立入りを認めるかいなかの自由をいう」<sup>18</sup>。それは、自由権の一種だといってよいが、プライバシーの権利とも密接に結びついている<sup>19</sup>と説明する。この見解に立てば、「居住者は、いかに平穩な態様のものであろうと、自己の住居に入ることを許さない自由を持つ」<sup>20</sup>との帰結が導かれる。近時では、プライバシー権・自己決定権の考え方も馴染む(新)住居権説をとる学説が多くみられる<sup>21</sup>。このように、かつての住居権説で念頭に置かれていた「住居権」の概念に、プライバシー権を持ち込む等、新たな住居権の概念を展開させた点に、(新)住居権説の特色があると思われる。

最高裁は、昭和28年5月14日決定以降、保護法益を「住居の事実上の平穩」と解する判断を示していた<sup>22</sup>が、最判昭和58年4月8日<sup>23</sup>において、「刑法一三〇条前段にいう『侵入し』とは、他人の看守する建造物等に管理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」と判示した。即ち、それまでの平穩説から、(新)住居権説へと移行したのである。その後の、下級審判例も、これに続いている<sup>24</sup>。

以上みてきた通り、住居侵入罪の保護法益については、(新)住居権説が、学説においては多数説となっており、判例も、現在ではこの立場をとっているといつてよいと思われる。

### (3) (新) 住居権説とその後の理論的展開

平野によって、平穩説への批判とともに主張された(新)住居権説は、アメリカの判例に現れたプライバシー権の紹介や、学説によるその受容、あるいは、自己決定権の展開という流れのなかで、プライバシー権や自己決定権の考え方に馴染むものとして、学説上広く受け入れられ、また、判例も、平穩説からの再度の転換により、採用するに至っている。日本においても、プライバシー権、自己決定権が、憲法的価値に沿い、憲法によって根拠付けられるとする見解が、広くとられることとなった。この憲法的価値が、住居侵入罪の保護法益の議論においては、(新)住居権説として、発現したといえようか。

この、(新)住居権説に対し、客体が個人の住居等であるときは、これをよく説明できるが、公共の建造物である場合については、それらの(個人の住居等とは異なる)特殊性につき、考慮すべきではないかとの主張がなされた<sup>25</sup>。前野は、官公署の庁舎等の公の建造物が客体である場合の法益を、「官公署における個々の職員の、自由な、妨げられない職務の執行」<sup>26</sup>とし、この法益の内容は、個人の住居が客体である場合と大差はないとする。即ち、「そこに居住ないし、そこで執務する個人の、外的障害によって乱されない状態、平和であるという消極的状态が保護法益」<sup>27</sup>であるのだが、「何が外的障害によって乱されない状態であるか、という」<sup>28</sup>点について、両者に大きな違いをみるのである。個人の住居においては、住居者の意思は絶対であり、住居者が妨害であると感じるならば、私生活の平穩が乱されたといえる一方、官公署の庁舎等の「外的障害によって乱されない状態」については、被侵害者の心理状況はあまり問題とならず、そこで行われている職務の性質によって異なり、客観的に判断可能であるとみるのである。

また、客体が個人の住居であるか、公共の建造物であるかによって、保護法益を別個に解する見解も主張されている<sup>29</sup>。関は、個人の住居(狭義の住居)、公共営造物(官公庁の庁舎を典型とする)、社会的営造物(大規模営業所——デパート・百貨店などを典型とする)の三つに分け、それぞれ保護法益を異にすると解すべきとする。公共営造物のについては、「管理者の許諾意思(自己決定)が絶対的に尊重されるべき領域ではな」<sup>30</sup>く、「本罪の成否をもっぱら管理者の許諾意思にかからしめることは合理的ではない」<sup>31</sup>とした上で、その保護法益を「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」<sup>32</sup>と解し、「当該領域内における

職員等の平穩な業務遂行の侵害ないし危殆化という要素が重要なメルクマールになる』<sup>35</sup>とされている。

上述の通り、前野、関は、公共の建造物が客体である場合の特殊性を指摘した。個人の住居であれば、プライバシー権、自己決定権から、居住者の意思をその保護法益として捉えることへの支障は少ない<sup>34</sup>が、公共の建造物の場合、保護法益を管理権者の意思と捉えることには、その性質上、多くの擬制が働かざるを得ないし、形式的な判断<sup>35</sup>がなされることによる不都合も指摘される<sup>36</sup>のである。これらの不都合を乗り越えるため、容体が公共の建造物である場合に、「住居権」とは異なる法益の捉え方を試みる点で、(新)住居権説とは異なっている。

## 2 除去要求の効果

### (1) 不除去罪における除去要求

不除去罪は、除去要求を受けたにもかかわらず、その場所から除去しなかった場合に成立する、不作為犯(真正不作為犯)である。即ち、不除去罪成立には、除去要求の存在が前提となる。除去を要求できる者は、住居侵入罪における立入りに有効な承諾を与え得る者、即ち承諾権者と同じであるが、このような住居者、看守者に加えて、これらの者から除去要求の権限行使を委任された者も、その範囲内で除去の要求をなし得る<sup>37</sup>。

除去要求は、正当なものであることを要する<sup>38</sup>。不当な除去命令の場合、そもそも除去義務が生じないとして構成要件に該当しないと考えるか、除去命令が存在することで構成要件には該当し、違法性が阻却されると考えるかについては、見解が分かれる。明らかに不当な除去要求である場合には、構成要件該当性が阻却されるとの見解<sup>39</sup>も存在する。

また、除去要求の正当性判断に関しては、後述の、前野の見解が存在する

### (2) 不当な除去要求

除去要求権者が、除去を要求すれば、不除去罪が直ちに成立するというものではないことには異論はみられない<sup>40</sup>。そして、行為者に、そこに止まる(除去しない)利益と必要が存在する場合には、除去要求との間に緊張関係が生ずることとなる<sup>41</sup>。本罪は、主に労働・公安事件において、成立の是非が争われてきた<sup>42</sup>が、その際この点が問題と

なった。例えば、憲法28条は、労働基本権を保障しており、正当な争議行為であれば、犯罪は成立しない。単なる市民法原理が妥当する訳ではなく、労働法原理による修正が加えられるのである<sup>43</sup>。

前野は、客体が官公署の庁舎等の場合、正当な請願や労働者の団体行動が法の許す態様で行われるときは違法性が阻却されることからすすんで、退去を要求された者の側にそのような事情がない場合であっても、退去要求に特別の理由<sup>44</sup>がなければ、その退去要求は不当であるという<sup>45</sup>。

### (3) 不退去の正当な理由

平野は、不退去罪についても、明文はないが「故なく」<sup>46</sup> 退去しないことが必要であるとする。退去要求があっても、退去しない正当な理由がある場合（団体交渉などのため退去しない場合）、不退去も違法ではなく、不退去罪は成立しない<sup>47</sup>とする。このように、退去要求が「有効か無効か」という判断様式よりも、不退去が違法か適法か（不退去に正当な理由が存在するか否か）を判断することの方が、より具体的な事情を十分に考慮できるとしている<sup>48</sup>。

## 3 検討

本判決<sup>49</sup>は、まず、不退去罪の保護法益を「住居等の平穏な利用」とした上で、本件を「居住者や建造物管理者等が住居建造物等の平穏を維持しようとする意思」と「何らかの交渉のために住居建造物に入っている者の持つ利益」が衝突した事案と捉えている。そして、行為者の滞留目的、退去要求の相当性、居住者等の意思に反する程度、不退去の間における行為者の行動、不退去状態の継続によりもたらされる法益侵害の程度等を不退去罪成立の判断要素としてあげている。

行為者の滞留目的について、本判決は、入院患者が病院内に残っているにもかかわらず、医療、給食を止めた措置に対する抗議と原状回復の要求のために滞留したもので、この目的は不当といえず、かつ患者から県と交渉する委任状を得ていた被告人兩名には、この限りで滞留する権限をも有していたと認定した。原審判決は、県患団体に、交渉権団体交渉権は保障されていないし、被告人兩名の交渉目的を、入院契約上の地位についての範囲内にはない、差額徴収病床の撤廃等であり正当ではないと判示していた。本判決

は、「交渉権団体交渉権の保障」という観点ではなく、私法上の委任が存在したことをもって、被告人両名に交渉権限を認めたのである。

続いて退去要求につき、原審は、昭和41年11月3日以降は医療行為を行うことは不可能となったのであり、入院に関する準委任契約は解除された、との、三柏園廃止条例を形式的に適用した判断を示した。これに対し、本判決は、指定医療機関の辞退に関する手続が完了しないうちに、県が医療行為等を打ち切ったことは非常識かつ不当で、3日の朝食も新中央病院に移ってから提供するといった状態での県の説得は、転院の強制に外ならず、県議会における審議に際し病院局長や知事の発言、厚生常任委員会の付帯意見も無視されており、3日当日の事態を考慮せずに被告人らに退去命令を出したことは相当とは認められないとした。本判決は、このような仕打ちに対する原状回復の要求と抗議を肯定的に捉え、この抗議に県当局が応じた（応じざるを得なかった）ことから、「あくまで退去を求める態度ではなかった」と認定したのである。

なお、本判決は、被告人らの行動に不適當あるいは不穩当なものがあつたことは認めつつも、それらが、県当局が警察の出動を求めたことによる反応であり、被告人らが逮捕されて混乱状態が回復していることから、この点を重く見ることはできないとした。

そして、三柏園の業務である医療行為が、すでに県当局によって放棄されていたことから、被告人両名の滞留行為によって三柏園を管理する県として有する保護法益がどれだけ侵害されたといえるか明らかでないとして、結論として無罪の言渡しをしている。

本判決は、平穩説をとり、また、保護法益の捉え方に、公共性のある建物が客体である場合の特色が考慮されている。この点で、先に検討した（新）住居権説以後の学説の展開との類似が見られるのである。これに対して、原判決は、同じく「平穩」の語を用いているが、その受益者は第一次的には管理者たる県であり、患者の占有利益は従来使用していたままの状態、病室等の極く限られた一部分を使用する利益である、との判断を示していたこと等、問題が多い。

まさしく、本事件の特徴は、これが病院内での出来事で、その管理権者である県と入院患者及び入院患者から県との交渉に関する委任を受けていた被告人らの利益の衝突として現れた点にある。被告人らが委任を受けていたことを前提として考えるならば、その病院に入院している入院患者の利益が一方にあつたのである。いうまでもなく、入院患者は、病院内にて生活を送っている。個人の住居程には厚く保護されないとはいしても、

日常生活を送っている以上、平穩説でいうところの「住居等の平穩な利用」や（新）住居権説でいうところの「プライバシー権」といった保護法益は、入院患者のものでもあるのである。原審判決が示した、「平穩」の受益者は第一次的には管理者たる県であり、患者の占有利益は従来使用していたままの状態、病室等の極く限られた一部分を使用する利益にとどまる<sup>50</sup>との理解には、大きな問題を孕むものである。管理者たる県にとっての病院は、「公生活という合理的な部分」<sup>51</sup>を行うことにとどまるのである。これに対して、本判決は、先にも述べたように、公共の建造物における公務の執行について、本件では、県当局が医療行為を放棄していたことから、法益侵害が明らかでないとしている。この点で、前野の視点に類似したものが、本判決には見出されよう。

さらに、入院患者には、憲法25条により、健康権、療養権が保障されているにもかかわらず、県当局が、条例の発効という形式要件のみで、医療、給食を打ち切った事実をもって、原審判決が、昭和41年11月3日以降は医療行為を行うことは不可能となったのであり、入院に関する準委任契約は解除されたと理解することにも、大きな問題がある。これに対して本判決は、先にも述べた通り、病院側が医療給食を停止したことを「非常識かつ不当」「転院の強制」と断じた上で、「退去命令を相当とは認められない」としている。そもそも、現に入院患者がいる病院において、医療、給食を止めることで転院を迫るような態度は、およそ憲法が保障する人権の思想とは相容れないこと明らかである。そもそも三柏園を廃止することから、憲法に抵触すると主張する等、弁護側の主張の力点は、憲法論にあったのであるが、本判決は、正面から憲法判断をすることはなかった。

だからといって、本判決が、憲法的価値を考慮していないとの評価はあたらないであろう。むしろ、患者の視点から、事件自体を捉え直したことで、原審判決と反対の結論が出たといえるのではないか。退去命令の相当性判断も、被告人らが滞留した正当性判断も、そのような事実に基づいて行われていることが認められる。原審判決が見落とした事実の数々は、管理者の視点からは見落としがちで、むしろ「管理運営」上、障害となるものと評価できる。その意味で、本判決は、諸々の事実を統合して判断する中で、その判断の中に「患者の権利」の思想の萌芽を見出すことも可能であろう。

原審判決は、存在した事実を重視することなく、形式的な「規範」論をすることで、本事件を有罪とした。本事件は、不退去罪が、治安刑法として使われた場面であると評価することも可能である。法解釈の基本に、「患者の権利」という憲法的価値を持たな

い原審判決は、これに無力だったといえよう。

#### 4 おわりに

以上、三柏園事件控訴審無罪判決について、刑法上の不退去罪成立の可否について検討してきた。繰り返しになるが、本判決は、憲法的価値を考慮していないとの評価も成り立ち得るであろうが、むしろ、患者の視点から、事件自体を捉え直したことで、原審判決と反対の結論が出たと言うべきであろう。もっとも、そのことが、いわゆる「患者の権利」との関係で、如何なる意味を持ち、如何なる影響を及ぼす可能性を有しているのかが問われねばならない。換言すれば、本判決の患者の権利運動における位置付けという課題である。この課題こそ筆者の関心の最たるものであるが、本稿では、便宜上、その前提作業として、不退去罪成立の可否という論点のみに検討対象を限定することとした。上記の課題については、稿を改めて検討を行うこととしたい。

- 1 第2編第12章「住居を侵す罪」は、本条と132条にこの未遂罪を置いている。
- 2 前段住居侵入罪と後段不退去罪を併せて、住居侵入罪ということもある。
- 3 刑法改正準備草案、改正刑法仮案、改正刑法準備草案、改正刑法草案は、これを個人的法益に対する罪として編別している。
- 4 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」『法経論集』17巻1号（1968年）76頁。
- 5 大判大正7年12月6日（刑録24巻1506頁）等。
- 6 ドイツの学説にみられる「Hausrecht」がこれにあたるとされる。
- 7 団藤重光『刑法綱要各論第三版』（創文社、1990年）501頁。
- 8 福田平「住居侵入罪」日本刑法学会編『刑事法講座』第4巻（有斐閣、1952年）704頁。
- 9 小野清一郎『新訂 刑法講義 各論』（有斐閣、1949年）208頁、福田・（注8）704頁。
- 10 団藤・（注7）501頁。
- 11 中山は、「平穩説にも、新旧の二つの考え方があるといってよい」として、古い平穩説に対応する学説が小野であり、新しい平穩説に対応する学説が団藤であるとしている。中山研一「住居侵入罪の再検討」前田達男／萬井隆角／西谷敏編『労働法学の理論と課題』（有斐閣、1988年）242頁。戦後、通説とされ、判例もとることとなった平穩説は、団藤以降の、新しい平穩説である。
- 12 大塚仁『刑法概説（各論）〔第三版〕』（有斐閣、1996年）110頁以下。

- 13 刑集7巻5号1042頁。
- 14 団藤・(注7) 502頁。
- 15 大塚仁／河上和雄／佐藤文哉／古田佑紀編『大コンメンタル刑法 第二版』第7巻(青林書院, 2000年)(毛利晴光執筆部分) 263頁以下。
- 16 平野龍一「刑法各論の諸問題」『法学セミナー』(日本評論社, 1972年9月号) 68頁。
- 17 中山研一『刑法各論』(成文堂, 1984年) 141頁。
- 18 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会, 1977年) 182頁。中山も、この見解を妥当とする。中山・(注17) 140頁。
- 19 平野・(注18) 182頁。
- 20 平野・(注16)。
- 21 平野, 中山の他, 町野朔「被害者の承諾」西原春夫／宮沢浩一／阿部純二／板倉宏／大谷實／芝原邦爾編『判例刑法研究』第2巻(有斐閣, 1981年) 211頁等。
- 22 最判昭和51年3月4日(刑集30巻2号79頁)等。
- 23 刑集30巻2号79頁。いわゆる大槌事件判決である。中山・(注11)等参照。
- 24 毛利・(注15) 265頁。毛利的紹介にもある通り, 東京高判平成5年7月7日(判時1484号140頁)は、「本罪の保護法益については, 管理権者が当該建造物をその意思に基づいて自由に管理支配し得ることであると解するのが相当である」と判示している。
- 25 前野・(注4)。
- 26 前野・(注4) 78頁。
- 27 前野・(注4) 78頁。
- 28 前野・(注4) 78頁。
- 29 関哲夫『住居侵入罪の研究』(成文堂, 1995年) 323頁。
- 30 関・(注29) 325頁。
- 31 関・(注29) 325頁。
- 32 関・(注29) 327頁。これは, 業務の平穏な遂行を中心内容とする点で「事実的平穏説」に近いという。
- 33 関・(注29) 328頁。
- 34 もっとも, 個人の住居であっても, そこに複数人が住む場合等, 許諾権者は誰かという問題はでてくる。
- 35 山口は, 「平穏説 対 住居権説」の対立図式ではなく, 「より基本的な考え方の差異」に着目し, 「住居等において守られるべき利益を問題とする『実質的利益説』」と「もっぱら住居等への立ち入りの許諾の自由を問題とする『許諾権説』」との対立として, 捉え直す。その上で, 「許諾権説」を支持するとしている。「実質的利益説は, 正当な理由もなく, かつ許諾なく立ち入った場合に不可罰の余地を認めようとするものであるが, その点がまさに妥当ではないと思われる」と述べる通



- り、より形式的な判断を目指すものといえる。山口厚『問題探究 刑法各論』（有斐閣、1999年）64頁以下。
- 36 大塚は、「単に建物等への立入りを認める否かという形式的観点のみから問題を捉えようとしている不都合」を指摘する。大塚・(注12) 111頁以下。また、本罪の処罰範囲拡大に、(新)住居権説の形式的性格が働いていることを指摘するものとして、松宮孝明「校庭への立ち入りと建造物侵入罪」『立命館法学』239号(1995年)。
- 37 毛利・(注15) 313頁。
- 38 毛利・(注15) 314頁。大塚は、「居住者・看守者でも、社会通念上、合理性を認めがたい程度にまで除去の要求をすることはできない」としている。大塚・(注12) 123頁。
- 39 毛利・(注15) 315頁。中山は、除去要求の不当性の程度によっては、構成要件該当性にも影響することもありうるとする。中山・(注17) 145頁以下。
- 40 中山・(注17) 145頁以下、大塚・(注12) 123頁、藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂、1976年）235頁等。
- 41 中山・(注17) 145頁。
- 42 最高裁昭和43年7月12日判決（刑集22巻7号659頁）等。
- 43 内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986年）480頁以下。しかし、最高裁は、全農林事件最高裁判決以降、下級審の無罪判決をつぎつぎと破棄し、有罪としていることをも同書は指摘する。
- 44 「除去を要求しうるのは、立ち入りの時点にくらべて、客観的に相当な事情の変化があり、そのために滞留が反社会的となった場合に限られ」とする。前野・(注4) 86頁。
- 45 前野・(注4) 84頁以下。
- 46 1995（平成7）年改正により、「故ナク」は、「正当な理由がないのに」との語に改正された。正当の理由なく、即ち違法にという意味であり、違法であることが本罪の成立要件であるという、いわば当然のことを条文上念のため明記したものであると解するのが通説とされている。毛利・(注15) 298頁。
- 47 平野龍一「交渉要求中の組合員に対する除去命令と不除去の違法性」『犯罪論の諸問題（下）』（有斐閣、1982年）304頁。
- 48 平野・(注47) 304以下。
- 49 本事件に関する文献として、三柏園事件記録編纂委員会『碧海のサナトリウムでなにが』（労働旬報社、1982年）。
- 50 もっとも、患者にも利益があることは、否定まではしていない点にも注意する必要がある。
- 51 前野・(注4) 87頁。