
種 別： 判例研究

タイトル： ATM 盗撮と建造物侵入罪・偽計業務妨害罪 の成否

著 者： 富高 彩

所 収： 『上智法学論集』第 54 卷 3-4 合併号（平成 23 年 3 月）135-149 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

判例研究

ATM 盗撮と建造物侵入罪・偽計業務妨害罪 の成否

富高 彩

最高裁平成 19 年 7 月 2 日第一小法廷決定（平成 18 年（あ）第 2664 号、建造物侵入、業務妨害被告事件）刑集 61 卷 5 号 379 頁、判時 1986 号 156 頁、判タ 1252 号 169 頁——上告棄却

【事実】

被告人は、共犯者らと、本件銀行の現金自動預払機（以下、ATM とする）を利用する客のカードの暗証番号、名義人氏名、口座番号等を盗撮する目的で、ATM が 6 台設置され、行員が常駐しない同銀行支店出張所（看守者は支店長）に営業中立ち入り、1 台の ATM のカードホルダーに盗撮用ビデオカメラを設置し、その隣の ATM の前の床に受信機等の入った紙袋を置き、1 時間 30 分以上、適宜交替しつつ、ATM の前に立ってこれを占拠し続け、その間、入出金や振込等を行う一般客を装い、ATM で適当な操作を繰り返すなどした。また、被告人らは、翌日にも、ATM が 2 台設置されており、行員が常駐しない同銀行支店出張所で、約 1 時間 50 分間にわたって、同様の行為に及んだ。なお、被告人らがそれぞれ銀行支店出張所で上記行為に及んでいた間には、被告人ら以外に他に客がいない時もあった。

第一審および第二審は、被告人が共犯者らの盗撮目的を認識していたと認定したうえで、建造物侵入罪の成立を認めた。被告人側が上告し、弁護人は上告趣意において、被告人は喧噪な状態で各出張所に立ち入ったものではなく、一般利用客と何ら異なることなく平穏・公然と立ち入ったものであり、建造物侵入罪における「侵入」にあたらぬ、また、ATM は機械にすぎず、電氣的・コンピュータ的に作動するだけであって、いかなる銀行業務を妨害するのかそ

の特定すらなされておらず、銀行業務妨害の抽象的危険すらなかつた、などと主張した。

【決定要旨】

上告棄却。弁護人の上告趣意は刑訴法405条の上告理由にあたらなかつたとして、次のような職権判断を示した。

「以上の事実関係によれば、被告人らは、現金自動預払機利用客のカードの暗証番号等を盗撮する目的で、現金自動預払機が設置された銀行支店出張所に営業中立ち入ったものであり、そのような立入りが同所の管理権者である銀行支店長の意思に反するものであることは明らかであるから、その立入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと特に異なるものでなくても、建造物侵入罪が成立するというべきである。

また、被告人らは、盗撮用ビデオカメラを設置した現金自動預払機の隣に位置する現金自動預払機の前の床にビデオカメラが盗撮した映像を受信する受信機等の入った紙袋が置いてあるのを不審に思われなかつたようにするとともに、盗撮用ビデオカメラを設置した現金自動預払機に客を誘導する意図であるのに、その情を秘し、あたかも入出金や振込等を行う一般の利用客のように装い、適当な操作を繰り返しながら、1時間30分間以上、あるいは約1時間50分間にわたつて、受信機等の入った紙袋を置いた現金自動預払機を占拠し続け、他の客が利用できなかつたようにしたものであつて、その行為は、偽計を用いて銀行が同現金自動預払機を客の利用に供して入出金や振込等をさせる業務を妨害するものとして、偽計業務妨害罪に当たるというべきである。」

【研究】

1 近年、ATMを利用した犯罪が増加傾向にあると指摘されている⁽¹⁾。このような社会状況の下、本決定は、行員が常駐しない銀行の支店出張所に、ATM利用客のカードの暗証番号等を盗撮する目的で営業時間内に立ち入った行為が、その外見上、一般の利用客と異なるものであつても、盗撮という違法目的による立入りは管理権者の意思に反することは明らかであるとして、建造物侵入罪の成立を認めたものである。実質的に立入りが制限されていない建造物への、「営業時間内」の「外見上は通常の利用客と異なる立入り」について、上告審が建造物侵入罪の成立を認めたのは、おそらく本決定が初め

(1) 鈴木朋子「判批」警察公論63巻1号122頁(2008年)。

てであり⁽²⁾、まずもってこの点が注目に値するといえる。

また、本決定は、盗撮機の設置された ATM に誘導する目的で、あたかも入出金や振込等を行う一般の利用客のように装い、適当な操作を繰り返しながら、受信機の入った紙袋を置いた ATM を占拠し続けた行為について、偽計業務妨害罪の成立を認めた点でも注目に値する。

本稿では、より問題が大きいと思われる建造物侵入罪の成否に重点を置いて、検討を加えることとしたい。

2 刑法 130 条前段によれば、建造物侵入罪の客体は、「人の看守する建造物」であると規定されている。この建造物の看守性については、官公庁や駅の構内など、一般に開放されている建造物・場所において問題とされてきたが、その際、同時に、当該建造物・場所への立入りが、同条における「侵入」にあたるかも争われてきたのであった。

この問題については、すでに、井の頭線吉祥寺駅南口 1 階階段付近でビラを配布していた行為について、不退去罪（刑法 130 条後段）の成否が問題となった①最判昭和 59 年 12 月 18 日⁽³⁾が、「刑法 130 条にいう『人ノ看守スル建造物』とは、人が事実上管理・支配する建造物」であるとしたうえで、同所が構造上駅舎の一部であり、利用客のための通路として利用されていること、南口 1 階階段下の支柱 2 本に駅構内での禁止事項が記載された掲示板（3 枚）が取り付けられていたこと、そして、駅業務終了後には、南口 1 階の駅敷地部分とこれに接する公道との境界付近に設置されたシャッターが閉鎖されること等から、「人の看守する建造物」にあたることは明らかであるとし、「たとえ営業時間中は一般公衆に開放され事実上人の出入りが自由であるとしても、駅長の看守内にはないとはいえない」との判断を示していた。

(2) 最判昭和 59 年 12 月 18 日刑集 38 卷 12 号 3026 頁も、通常の利用時間内における、井の頭線吉祥寺駅南口 1 階階段付近が客体であったが、本件とは異なり、同所でビラを配布していた行為について、不退去罪（刑法 130 条後段）の成否が問題とされた事案である。また、最判昭和 23 年 5 月 20 日刑集 2 卷 5 号 489 頁、および、最判昭和 58 年 4 月 8 日刑集 37 卷 3 号 215 頁《大植郵便局事件判決》も、通常の利用時間内であれば、立入りが実質的に制限されていない建造物（前者はマーケット内の店舗〔古着商〕、後者は郵便局）が客体ではあったが、これらの判決で問題となったのは、営業時間外（前者は店舗閉店後の午後 9 時 40 分頃、後者は午後 9 時半頃）の立入りであり、この点において、一般に開放された建造物とはいえない事案に関するものであった。安達光治「銀行 ATM 利用客のカード暗証番号等の盗撮と建造物侵入罪・偽計業務妨害罪」立命館法学 319 号 96 頁（2008 年）も参照。

(3) 刑集 38 卷 12 号 3026 頁。

このように、判例は、一般に開放されている建造物の看守性について、必ずしも警備員などの人的設備⁽⁴⁾は必要ではないとしており、管理権者の立入り禁止・制限の意思が客観的に推測しうる設備があればよいとしている⁽⁵⁾。

本件で問題となったのも、6台のATMが設置されただけの無人の銀行支店出張所であり、事実上、人の立入りが制限されていないと見うる状況にあったが、本件では、建造物の看守性については争点とはされていない。というのも、本件出張所に対する立入りが、事実上制限されていない状況であったとしても、営業時間外であれば同出張所内のATMは作動しないであろうし、また、無人の銀行支店出張所には、防犯カメラや非常電話等が設置されていることが通常であると思われること⁽⁶⁾、加えて、本件出張所は、出入り口が1か所に限られ、自動ドアが設置されていたことから⁽⁷⁾、判例①を踏まえれば、当然に建造物の看守性が認められると考えられたためであろう。

3 判例①は、駅構内という一般に開放された場所が客体となった事案であったが、そこで問題とされたのは、不退去罪の成否であった。一方、本件では、不退去ではなく、その前段階ともいえる立入りについて、さらにいえば、通常の利用客と異ならないような、少なくともその外観において穏当な態様の立入りについて、建造物侵入罪の成否が問題となった点で異なっている。

ところで、住居・建造物侵入罪における「侵入」の意義については、同罪の保護法益についての理解と関連して論じられてきた。この点に関して、学説では、保護法益を住居の事実上の平穏と理解する平穏説⁽⁸⁾と、住居権と理解する住居権説⁽⁹⁾とが対立してきた。

判例は、保護法益・侵入概念について、戦前から戦後にかけて複雑な変遷を

(4) 最判昭和25年9月27日刑集4巻9号1738頁。

(5) 山口厚「最近の刑事判例を追う——最一決平成19・7・2 最三決平成19・7・17 最二決平成19・7・10」NBL871号10頁(2007年)。

(6) 安達・前掲註(2)95頁。

(7) 判タ1252号170頁。

(8) 平穏説は、後に見る戦前の(旧)住居権説を批判するかたちで登場した見解である。小野清一郎『新訂刑法講義各論』208頁(有斐閣、1949年)、同「住居侵入罪と住居者の承諾」『刑事判例評釈集第8巻昭和23年度(上)』304頁(有斐閣、1950年)、団藤重光編『注釈刑法(3)』[福田平]234頁(有斐閣、1965年)、瀧川幸辰『刑法各論〔再版〕』83頁(世界思想社、1968年)、団藤重光『刑法綱要各論第3版』503頁(創文社、1990年)、大塚仁『刑法概説(各論)第3版』99頁(有斐閣、1996年)等。

(9) 後に見るように、現在通説的地位を得ている(新)住居権説は、戦前に主張されていた(旧)住居権説とは、住居権の帰属主体の理解が異なっている。

たどっている。戦前の判例では、(旧)住居権説が主流であったが、これは、家制度の下、住居権は戸主・家主にのみ帰属する法的権利として理解されていたためである。そして、このような住居権説の色彩がもっとも濃く現れていたのは、夫が不在中、妻の情交相手が姦通目的で妻の承諾を得て住居に立ち入った事案においてであり、そこでは、夫の住居権を侵害するとして、住居侵入罪の成立が認められていたのであった⁽¹⁰⁾。

戦後になると、新憲法制定の下、家制度の廃止に伴って民法が改正され、家長権と結び付けられた(旧)住居権説に代わり⁽¹¹⁾、平穏説的な立場を採る裁判例が徐々に現れる⁽¹²⁾。これは、戦後直後(昭和20年代)の混乱期という社会的背景に加え、同時期の裁判例に登場した所持説的な見解も、少なからず影響を与えたと推察しうる⁽¹³⁾。すなわち、物の所持や住居の平穏といった事実的な状態が、「社会秩序の維持」という観点から保護されるべきであるとされていたのである。そして、戦前の(旧)住居権説への批判から、学説において平穏説が有力になるにしたがい、戦前の判例において(旧)住居権説が色濃く現れていた事案においても、平穏説的立場から住居侵入罪の成立を否定する下級審裁判例⁽¹⁴⁾が登場し、最高裁も傍論ではあるものの、②最判昭和49年5月31日⁽¹⁵⁾、③最判昭和51年3月4日⁽¹⁶⁾において、平穏説的立場を示すに

(10) 大判大正7年12月6日刑録24輯1506頁、大判大正14年12月22日刑集(大審院)18巻565頁等。もっとも、姦通目的以外の立入りの事案では、例えば、大判昭和9年12月20日刑集13巻(大審院)1767頁は、闘争目的で日本刀を携帯して料理店に立ち入った行為について、平穏説的な立場から住居侵入罪の成立を認めている。

(11) 戦後直後の判例においては、例えば、最判昭和23年5月20日刑集2巻5号489頁(強盗目的でマーケット内の店舗に立ち入ったが、その際、店主が被告人を顧客と誤信して立入りを許可した事案)など、(旧)住居権説的な立場を示すものも未だ存在していた。また、戦前の判例において(旧)住居権説が色濃く現れていた姦通事案についても、名古屋高判昭和24年10月6日高判特1巻172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が夫と同列となつた」としつつも、「妻の承諾があつたとしても夫の承諾が無い場合に於ては夫の住居地を侵害することは自明」であるとして、住居侵入罪の成立を認めている。

(12) 例えば、東京高判昭和29年2月27日高判特40号32頁判タ39号59頁。

(13) 木村光江「住居侵入罪と住居権者・管理権者の意思」現刑57号91頁(2004年)。

(14) 尼崎簡判昭和43年2月29日下刑集10巻2号214頁は、「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平穏である」とし、夫の不在中、妻の承諾を得て穏やかにその住居に立ち入った場合は、「たとい姦通の目的があつたとしても住居侵入罪が保護しようとする事実上の住居の平穏を害する態様での立入りとはいえない」として、住居侵入罪の成立を否定した。

至った⁽¹⁷⁾。

しかしながら、④最判昭和58年4月8日⁽¹⁸⁾は、「刑法130条にいう『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」であると判示し、侵入の意義に関して意思侵害説的な立場を明確に示した。また、「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、立ち入り目的等からみて、現に行われた立ち入り行為を管理権者が容認していないと合理的に判断されるときには、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」とも判示した。

このように、最高裁は、侵入の意義について意思侵害説的立場を示し、保護法益については直接的に言及しないものの、住居権説へ「軌道修正」⁽¹⁹⁾しつつあるという評価もなされている。これは、戦前における住居権の理解を、「住居その他の建造物を管理する権利の一内容として、これに他人の立ち入りを認めるかいなかの自由」と改め、自由権やプライバシー権の保護を徹底する「新住居権説」⁽²⁰⁾が有力に主張されていたことと無関係ではないであろう⁽²¹⁾。

(15) 裁判集刑192号571頁《王子野戦病院事件判決》。最高裁は、「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」であると述べた。

(16) 刑集30巻2号79頁《東大地震研事件判決》。同判決では、建物の圍繞地が刑法130条の客体に含まれることの理由付けとして、建造物利用の平穩に対する侵害を考慮している。

(17) 判例②および③に対しては、一部の学説からは、最高裁は、保護法益について実質的に平穩説を採用し、「平穩侵害説は実質上通説・判例となっていた」との評価もなされた(前田雅英「判批」『昭和58年度重要判例解説』ジュリ815号161頁〔有斐閣、1984年〕)。また、当時の実務においても、最高裁は、「明確に住居権を保護法益とする判例を否定していないものの、実際にはこの考え方を放棄し、住居の事実上の平穩を保護法益と解している」との評価もなされていた(河上和雄「建造物侵入罪・不退去罪について(1)」捜査研究339号54頁〔1980年〕)。

(18) 刑集37巻3号215頁《大槌郵便局事件判決》。

(19) 山口厚「刑法各論の基礎・5 住居侵入罪」法教204号91頁(1997年)。

(20) 新住居権説は、平野龍一博士らによって主張され、現在、学説において通説的地位を占めているものである。平野龍一『刑法概説』182頁(東京大学出版会、1977年)、同・法セ201号67頁(1972年)、町野朔「被害者の承諾」西原春夫編『判例刑法研究2 違法性』211頁以下(有斐閣、1981年)、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76頁(1985年)、同『刑法各論第2版』119頁(有斐閣、2010年)、林幹人『刑法各論第2版』98頁(東京大学出版会、2007年)、西田典之『刑法各論第5版』96頁(弘文堂、2010年)等。

(21) もっとも、保護法益に関する平穩説から、実行行為に関する意思侵害説を採用するこ

本決定も、「同所の管理権者である銀行支店長の意思に反するものであることは明らかである」として、侵入の意義に関して、意思侵害説的な立場を明示した。この限りでは、近時の最高裁判例④の立場を踏襲するものと位置付けられるであろう。

しかしながら、本件では、銀行支店出張所の営業時間内における、(違法目的であるとはいえ)外見上は通常の利用客と異ならないような、穏当な態様の立入りであったことが重要である。これに対し、判例④では、通用門が施錠されていたとはいえず、営業時間外の夜間に、宿直員に「おい来たぞ」と声をかけながら大人数が土足で立ち入った事案であり、一般には開放されていない建造物への不穏当な立入りと見うるものでもあった⁽²²⁾。そういった意味では、判例④は、意思侵害説・平穩説のいずれによっても、侵入を肯定しやすい事案ではあり⁽²³⁾、本件とは事案が異なるといわざるをえない。

4 以上のように、本決定は、侵入の意義について意思侵害説的立場を採用したものと見られるが、そのうえで、真の問題は、一般に開放された建造物への違法目的での穏当な立入りが、「管理権者の意思に反する立入り」といえるか、である。

デパートや官公庁など、一般に開放されている建造物の場合、管理権者が一定の利用客・来訪者を予想して、その場になくとも立入りを許容しているとされ、このような管理権者の事前の承諾は、包括的承諾といわれる⁽²⁴⁾。そし

とが矛盾とはいえないから、判例が、明示的に(新)住居権説に依拠しているとは断言できない。この点については、川端博「建造物侵入罪における『侵入』の意義及び偽計業務妨害罪における『妨害』の意義」研修 718 号 11 頁(2008 年)も参照。また、近時の下級審裁判例においても、例えば名古屋地判平成 7 年 10 月 31 日判時 1552 号 153 頁では、再び住居の平穩性を重視するような立場が示されている。

(22) 安達・前掲註(2) 98 頁、山口裕之「判批」法曹時報 62 卷 8 号 240 頁注 17(2010 年)は、このような立入りを「必ずしも穏当なものとはいえない」とする。一方、前田・前掲註(17) 161 頁は、このような立入り態様であっても、「一応平穩なもの」と評価しうる」とする。判例では、最判昭和 34 年 7 月 24 日刑集 13 卷 8 号 1176 頁も、被告人らが、佐賀税務署庁舎に、夜間人糞を投げ込む目的をもって同構内に立ち入った行為について、「その所為は一般に予期される正常な用務を帯びるものでなく庁舎管理者の承諾の限度を越えて故なく人の看守する建造物に侵入したものとして刑法一三〇条の罪を構成する」と判示し、通常の業務時間内における立入りと、夜間との立入りとは異なるということを前提としているようにも思われる。

(23) 本件事案と《大植郵便局事件判決》とは、事案を異にする指摘するものとして、安達・前掲註(2) 96 頁。ただし、前田・前掲註(16) 161 頁は、この点について否定的である。

て、この包括的承諾の範囲内の立入りであれば、建造物侵入罪の構成要件に該当せず、同罪は成立しないと考えられている⁽²⁵⁾。

しかしながら、包括的承諾が問題となった多くの下級審裁判例では、目的が違法であることを理由に、管理権者の意思に反する(ないしは平穩を害する)立入りであるとして、建造物侵入罪の成立が広く認められてきた。

例えば、⑤東京地判昭和44年9月1日⁽²⁶⁾は、皇居の一般参賀の開場に発煙筒を燃焼発煙させる等の目的で立ち入った事案について、「一般参賀者にまぎれて、ピラと共に発煙筒を携帯して皇居正門から同会場に立ち入つたとしても、当日被告人らの目的、態様による立ち入りを禁ずる旨の掲示がなされていなくても、もとより管理権者の承諾をこえ、その意思に反した場所の平穩を害する違法な立ち入り行為である」として、邸宅侵入罪の成立を認めた。また、⑥大阪地判昭和46年1月30日⁽²⁷⁾は、万博の中華民国館に、出展物を損壊する目的で、モンキーレンチ1本をダスターコートの下に隠し持って、一般客を装って立ち入ったという事案について、「一般観衆に公開されている建造物であっても、これに立ち入る際既に、管理者の承諾の予想せられないような右建造物の事実上の平穩を侵害する不法な意図を持ち、右意図を実現するための用具を隠し持つて入館するような場合にはその立ち入りは右建造物の事実上の平穩を侵害する態様における立ち入りであると解すべきであり建造物侵入罪の構成要件を充足するものである」と判示したが、それは、「右のような建造物に立ち入る者が不法な意図を秘しあたかも一般の善良な観衆の風を装い且つ意図を実現するための用具を隠し持つて入場する場合といえども、右のような意図及びこれを実現するための用具を明示しながら立ち入る場合に比し、建造物の事実上の平穩に対する脅威、侵入を与えることに差異はなく、右両者を区別する合理的な理由は全く存在しないからである」とした。さらに、⑦東京地判昭和48年9月6日⁽²⁸⁾も、衆議院本会議の議事を妨害する目的で、爆竹数個、横幕1枚等を隠し持って傍聴席に立ち入った事案につき、「被告人らがいかに

(24) 川端博 = 西田典之 = 原田國男 = 三浦守編『裁判例コンメンタール刑法第2巻 [§ 73～§ 211]』[佐々木一夫] 142頁以下(立花書房、2006年)、上嶋一高「建造物侵入の意義」西田典之 = 山口厚 = 佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論 [第6版]』37頁(有斐閣、2008年)。

(25) 佐々木・前掲註(24) 142頁以下。

(26) 刑月1巻9号865頁。

(27) 刑月3巻1号59頁。

(28) 刑月5巻9号1315頁。

一般傍聴人と共に正規の経路を経て衆議院本会議場に至つたとしても、衆議院の管理権者である衆議院議長の前記明示の意思に反したものであることが明らかであるから、被告人らの右所為は建造物侵入罪を構成する」と判示した。また、「議事妨害を目的とした被告人らの本件衆議院議場への立ち入りが、その目的において違法であることは勿論であり、また、被告人らはその際、右目的のもとに一般傍聴人を装い、爆竹等を隠し持って議場に立ち入った事実を徴すれば、右立ち入りの態様が平穩といえないことも明らかである」として、弁護人の主張を斥けている。

判例⑤～⑦で立入りが問題となったのは、一般に公開されていた場所や建造物ではある。しかしながら、判例⑥および⑦では、入場する際に入場券や傍聴券が必要であり、施設が一般に公開されている趣旨およびその限界も明確である。判例⑤が居住用の建物である「邸宅」と認定した皇居は、一般参賀など限られたときにしか一般には公開されず、通常は立入りが厳しく制限されている点で、個人の住居のように私的領域性が高く、プライバシーの保護がより求められる場所である。このような意味において、これらの場所や建造物は、「一般に公開されている」とはいうものの、その開放性・公共性について、デパートや官公庁などとは異なり、包括的承諾の範囲も狭まると考えられると思われる⁽²⁹⁾。実際にも、判例⑤は、デパートと皇居との公共性の違いについて、「デパートの場合は、皇居の場合と異なり、営業時間中は誰でも出入りできる場所として、一般的にひろく公開されて」おり、施設の性質上、「デパート内に万引き・すりを目的とする者がひそかにまぎれこむことはあり得ることとして受忍せざるを得ないと解するならば、必ずしもこれを一般的、包括的承諾を超えたものとはいえないと解する余地がある」としている⁽³⁰⁾。

しかしながら、一部の下級審裁判例は、より開放性の高い建造物への違法目的での穏当な立入りについても、同様の論理によって、建造物侵入罪の成立を

(29) 河上・前掲註(17) 57頁は、「一般に公開されている場所であっても、管理者側の公開の趣旨が明確であって、入場者に対して公開目的に合する者のみの入場を許し、それ以外の違法目的での入場を拒否していることが客観的に明白である場合には、その侵入の態様が平穩であっても違法目的のみで建造物侵入罪が成立するといえるようである」とし、デパートなど「一般に開放されていて、管理者の違法目的での侵入に対する拒否の意思が必ずしも明白ではない建造物とは一線が画されている場合」には、建造物侵入罪の成立にとって積極に解する余地があるとする。

(30) また、「一般顧客に開放されている以上、住居の平穩を害する態様の立ち入りでない限り、社会的相当性の範囲内にあるという見解も考えられる」とも判示している。

認めている。すなわち、⑧東京高判昭和27年4月24日⁽³¹⁾は、共産党のアザビラを配布する目的で警察署庁舎に立ち入った事案について、侵入とは「建造物を看守する者の意に反して建造物内に立ち入ること」であり、立入り行為が侵入でないというためには、「看守者がこれに明示もしくは黙示の同意を与えたか、又はその立ち入りにつき看守者の推定的同意が認められることを必要とする」とした上で、警察署はその公共性から、「正当な用務のために来た者に対しては予め一般的にその立入りにつき黙示の承諾が与えられている」が、アザビラ配布の目的で立ち入ることは「もとより公共の機関たる警察署を市民が利用するために立ち入る場合と同一視することはできず、建造物看守者の事前における黙示の承諾の範囲を超えるものであることは明白であるから、これをもつて黙示の同意の下に立ち入つたとしてもできない」とした。また、「その立ち入りがよしんば平穩公然になされたものであつたとしても、いやしくも看守者の意に反してなされる限り『侵入』を妨げるものではない」とも述べている⁽³²⁾。ただし、これも本件よりは厳格な管理がなされている建造物ではあろう。

5 従来の下級審裁判例において、目的の違法を理由に、管理権者の意思に反するとされているのは、行為者の違法な目的を管理権者が知っていれば、立入りを拒否していたはずであるから、このような場合における立入りの承諾(同意)は包括的承諾の範囲外にあり、建造物侵入罪の成否に影響しないということであろう⁽³³⁾。本決定が、暗証番号等の盗撮目的での立入りを、「同所の管理権者である銀行支店長の意思に反するものであることは明らかである」としているのも、このような意味に理解することができ⁽³⁴⁾、さらに、従来の下級審裁判例における見解を、より一般への開放性・公共性の高い建造物への立入りに対して敷衍するものであるといえるであろう。

しかしながら、行為者の違法な目的は、建造物への立入り時にはなく、あ

(31) 高刑集5巻5号666頁。

(32) 判例⑧と同様の立場を示す近時の下級審裁判例として、仙台高判平成6年3月31日高等裁判所刑事裁判速報集(平6)178頁判時1513号175頁(国民体育大会の開会式を妨害する意図を秘し、一般観客を装って、入場券を所持して正規の入口から平穩に同開会式が行われる陸上競技場に立ち入った行為につき、建造物侵入罪の成立を認めた)がある。

(33) 井田良「建造物侵入の意義」芝原邦爾=西田典之=山口厚編『刑法判例百選Ⅱ各論[第5版]』32頁(有斐閣、2003年)。

(34) 伊藤栄二「判批」研修712号23頁(2007年)。

くまでも事後的に判明した事情であるにすぎない。また、外見からは行為者の違法な目的を知ることができない以上、管理権者が立入り時にその場にいたとしても、立入りの承諾を与えた可能性が高い⁽³⁵⁾。(新)住居権説を支持する学説が、「住居・建造物に誰を立ち入らせるか」ということに錯誤がない(すなわち、法益関係的錯誤がない)以上、立入りに対する承諾は有効であるとして、住居・建造物侵入罪の成立を否定するのはまさにそれゆえである⁽³⁶⁾。

結局のところ、住居・建造物侵入罪の成否を分かつのは、立入り後に判明した行為者の違法な目的や、立入り後に生じる住居・建造物内での法益侵害を、立入り時にどの程度考慮しうるか、ということにあると思われる⁽³⁷⁾。

例えば、平穩説によっても、住居等侵入罪が個人的法益に対する罪として理解されていることとの関係から、「住居等の事実上の平穩」とは住居等の内部における安息・平和であるというように「法的観点から」⁽³⁸⁾捉えれば、行為者の違法目的や立入り後の法益侵害の可能性が、立入り時における平穩侵害の判断において考慮されることになるであろう⁽³⁹⁾。そして、このような理解によれば、立入り態様が客観的に平穩を害するものである必要はなく、外見上穏当な態様であっても、立入り目的が違法であれば、平穩を害する立入りであることになる。また、(新)住居権説を採用する場合でも、立入りを認める際に、行為者が住居等で何をするかは重要な判断資料であるとして、錯誤に基づく同意は無効であると理解すれば、住居等侵入罪が成立することになる⁽⁴⁰⁾。そして、このような理解によっても、立入りの客観的態様は意思侵害にとって問題にな

(35) 塩谷毅「ATM盗撮と建造物侵入罪・業務妨害罪の成否」『平成19年度重要判例解説』ジュリ1354号176頁(有斐閣、2008年)。他方、伊藤・前掲註(34)22頁以下は、違法目的であることがわかっていたらその立入りは拒否されていたはずであるから、違法目的での立入りが同意されたことを意味しないとし、一般的・包括的同意の範囲外であるとする。

(36) 平野・前掲註(20)184頁、町野・前掲註(20)216頁、山口厚『問題探究刑法各論』74頁(有斐閣、1999年)、西田・前掲註(20)頁等。

(37) 井田・前掲註(33)33頁。

(38) 塩見淳「住居侵入罪の保護法益」前掲註(24)34頁。

(39) このように、法益としての住居の事実上の平穩を実質的に捉える見解は、一部の学説から「実質的利益説」と呼ばれている。山口・前掲註(36)64頁以下。

(40) 法益について住居権説を採用しつつも、このような結論を採用のものとして、塩見淳「住居侵入罪の保護法益」前掲註(24)34頁、大谷實『新版刑法講義各論〔追補版〕』134頁以下(成文堂、2002年)。伊藤・前掲註(34)23頁も、立入り時点で判明していた事情に限定すべき必然性はないとする。また、豊田彦彦「判批」法セ633号115頁(2007年)も参照。

らないことになるであろう。というのも、立入りの態様からは行為者の違法な目的が判明しないからこそ、立入りの承諾に錯誤が生じるからである。本決定が、「その立入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと特に異なるものでなくても」としているのは、このような意味に理解することができると思われる。

これらの見解の背景には、立入り後に生じた法益侵害が(例えば、殺人、強盗、強姦など)重大なものであった場合、いったん承諾を得て住居等の内部に立ち込んだ後であるからとして不退去罪で保護するのでは、法益保護にとって十分ではないという考慮がある⁽⁴¹⁾。本件も、盗撮によって得られたカードの情報によって不正なカードが作られ、それを悪用されれば被害は深刻なものになり、すでにカードの情報が盗撮されてしまった後では、不退去罪による保護では十分とはいえないともいうる。

住居・建造物侵入罪の成否は、本来、立入り時に判断されるはずではあるが、確かに、個人の住居のように、私的領域性・プライバシーの保護性が高く、住居者の意思が絶対的であるという建物の場合には、立入り時における平穩侵害ないしは意思侵害の判断において、立入り後に判明した行為者の違法目的や立入り後に生じうる法益侵害を、ある程度考慮する余地もありうるように思われる⁽⁴²⁾。しかしながら、デパートや官公庁など、一般に開放された建造物に関しては、その開放性・公共性の高さから、立入り時における平穩侵害な

(41) 井田・前掲註(33)33頁、同「住居侵入罪」法教215号10頁(1998年)。また、山口厚『新判例から見た刑法第2版』130頁(有斐閣、2008年)も、本件のような場合に不退去罪で対処することは困難であるとする。もっとも、「不退去罪で対応することを認めるのであれば、住居権説の立場からは、この考慮を『前倒し』して、立入りの時点で建造物侵入罪の成立を肯定することも認めるべきだとの議論も可能」であるとする。

(42) 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頁14頁(2005年)も、「個人が排他的に支配する領域においては、住居侵入罪はその領域におけるプライバシーを保護するものと考えべきであり、そこでは、原則的に居住権者の主観的意思によって侵入の有無が判断される」とする。また、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78頁(1968年)以下も参照。

(43) 山口(裕)・前掲註(22)222頁(注11)は、万引き目的でのスーパーやデパートへの立入りが、従前一般に訴追されてこなかったことについて、立入りの時点ですでに万引きの意思があったことの立証が実際上極めて困難であること(店内に入って商品を見ているうちに万引きを思い立ったとの弁解を訴斥し難いこと)を指摘する。また、前掲判例⑤も、「すり・万引きのためにデパート内に立ち入る行為が建造物侵入罪にあたるか否かは暫くおき」としており、判例は、このような立入りについて直ちに建造物侵入

いし意思侵害について、このような判断を行うことは、制約を受けざるをえないであろう。そうでなければ、買い物客を装って万引き目的でデパートに立ち入った行為にも、建造物侵入罪が成立することになるが、実務ではこのような場合に、立入り行為を建造物侵入罪で立件したものはない⁽⁴³⁾。

このように考えると、一般に開放されている建造物に関しては、たとえ違法目的——さらにいえば、本決定が業務妨害目的ではなくあえて盗撮目的というものは、刑法上の違法までは要求されていないとも理解できる——であったとしても、その立入りが通常の利用客と異なるものであるかぎり、管理権者の包括的同意の範囲内にあるといわざるをえないと思われる。本件出張所も、すでに見たように、営業時間内であれば誰でも立ち入ることができ、事実上立入りが制限されていない一般に開放された建造物であるから、目的の違法や立入り後の法益侵害の可能性を理由に、建造物侵入罪の成立を認めることはできない。以上のことから、建造物侵入罪の成立を認めた本決定の結論には、疑問がある。

6 最後に、偽計業務妨害罪の成否について検討する。

本決定では、ATMの前の床に受信機等の入った紙袋が置かれているのを不審に思われなくするための、また、盗撮機の設置されたATMに利用客を誘導する意図を秘して、一般の利用客のように装ったことが「偽計」にあたることとされている。

学説において、偽計とは、「人を欺罔し、または人の不知、錯誤を利用すること」とされているが⁽⁴⁴⁾、判例⁽⁴⁵⁾では、このような「人の意思への働きかけ」という要素は希薄化されているといえる⁽⁴⁶⁾。偽計についての一般的定義を示した数少ない下級審裁判例では、偽計とは「社会生活上受容できる限度を

罪の成否を問題とすることに、一定の距離を置いているといえる。

(44) 多数説である。西田・前掲註(20)126頁等。

(45) 偽計の一般的定義を示す上告審判例はなく、本決定もまた、この点については明示していない。

(46) 山口・前掲註(20)164頁、新村繁文「しじみ畜養場において、夜陰に乗じ、6名の作業員を動員して、漁業権者が畜養し採捕することとしていたしじみ約38キログラムを密漁した事案について、刑法233条の偽計業務妨害罪が成立するとされた事例」判時1743号224頁(2001年)。

(47) 東京高判昭和48年8月7日高刑集26巻2号322頁。ほかには、大阪高判昭和29年11月12日高刑集7巻11号1670頁。

(48) 例えば、青森地弘前支判平成11年3月30日判時1694号157頁は、夜間、外見からは容易に窺い知れないようなかたちで、被害者が漁業権を有する漁場に障害物を沈め、

越え、不当に相手方を困惑させるような手段術策を用いる場合も含む」⁽⁴⁷⁾として学説よりも広く捉えられ、外見からは容易に窺い知れないようなかたちで、相手方にそのような障害の存在事実をことさらに秘匿し、その不知錯誤に乗じた場合においても、偽計業務妨害罪が肯定されている⁽⁴⁸⁾。なお、このような偽計は、必ずしも業務主体に向けられる必要はない⁽⁴⁹⁾。

もっとも、判例が、非公然と行われる業務妨害のすべてを、偽計業務妨害罪で処罰するという姿勢であるとはまではいえないであろう。本決定においても、「あたかも入出金や振込等を行う一般の利用客のように装」ったということを捉えて、本罪の成立が認められているからである⁽⁵⁰⁾。このような、一般の利用客を装った外観が存在したからこそ、利用客らは盗撮機が設置されたATMを利用せざるをえず、その意味では、人の意思への働きかけがかりうじて認められるともいいうるのである。

さらに、本決定は、一般の利用客を装った被告人らが、適当な操作を繰り返しながら相当時間ATMを占拠し続けた行為につき、その間、被告人ら以外にまったく利用客が存在しなかった時間があったものの、占拠し続けたすべての時間において、ATMを客の利用に供して入出金や振込等をさせる業務を妨害したとして、業務妨害の存在を認めた。本罪を危険犯とする判例⁽⁵¹⁾からすれば、問題はないであろう。

他方、学説では、業務の妨害を要求する法文の文理から、本罪を侵害犯と位置づけ、業務が妨害され、業務遂行に支障が生じたことを要求する見解が有力に主張されており⁽⁵²⁾、さらに、近時は、「業務の外形的妨害」を要求することで、成立範囲を限定することも試みられている⁽⁵³⁾。このような見解によれば、ATMの利用客がまったく存在しなかった時間には、ATMの利用には何らの支障もないのであるから、業務妨害は存在しないという理解もありうる。しかし、銀行が占拠されている当該ATMを客の利用に供しえないことが結果だと考えれば、それは、そのような時間帯にも存在していたから、侵害犯説からも

被害者の魚網を破損させて漁業不能に陥らせた事案につき、偽計業務妨害罪の成立を認めている。

(49) 最決昭和59年4月27日刑集38巻6号2584頁等。

(50) 鎮目征樹「偽計業務妨害罪の成否」前掲註(33)50頁。

(51) 大判昭和11年5月7日刑集(大審院)15巻573頁。このような見解を踏襲する下級審裁判例として、広島高松江支判昭和30年2月28日高刑集8巻2号126頁がある。

(52) 西田・前掲註(20)121頁、山口・前掲註(20)168頁、林・前掲註(20)127頁。

(53) 中森喜彦『刑法各論第2版』72頁(有斐閣、1996年)、西田・前掲註(20)165頁。

結果を肯定することは可能であろう。以上のように考えると、本決定が偽計業務妨害罪の成立を認めたことは、妥当であると思われる。

(本学法学研究科特別研究員)