

《論 説》

いわゆるデジタル万引きと犯罪の成否

水 野 正

- 一 はじめに
- 二 著作権法および窃盗罪、器物損壊罪との関係
 - 1 撮影（コピーの作成）と著作権法の関係
 - 2 デジタル万引きと窃盗罪の成否
 - 3 撮影行為と器物損壊罪の成否
- 三 デジタル万引きと建造物侵入罪の成否
 - 1 住居侵入罪の保護法益
 - 2 「侵入」の意義
 - 3 一般に（ある程度）解放された場所への立入り
- 四 判例の立場
- 五 おわりに

一 はじめに

主たる目的が通話の為の機器であった携帯電話は、近年、付加機能の充実により、通話機能が従たる機能といえるまでに変豹してしまった。その携帯電話の付加機能の一つに、デジタルカメラ機能がある。それは、携帯電話の存在するところ、デジタルカメラが存在するということを意味する。このカメラ機能も電子部品の発達とともに高精細な画像を作成し記録できるようになっている。しかも、映像を電子的に保存し再現するという技術は、現像という手間と時間のかかる作業を省き、他人の手を借りることなく撮影と同時に画像を再現、加工できるという恩恵をもたらした。他方で、このカメラの利用方法として、コンビニエンス・ストアや書店において、行為者にとって雑誌等の必要なページを撮影、記録し、雑誌等を買うこと

なく立ち去るという行為が行われるようになった。このような行為を、図書館の蔵書のコピーと同等に捉えることができるのであろうか。それとも「デジタル万引きは犯罪です」と言われるように、何らかの犯罪にあたるのであろうか。本稿は、新たな技術の普及と共に生じたいわゆるデジタル万引きと犯罪の成否について考察するものである。

二 著作権法および窃盗罪、器物損壊罪との関係

1 撮影（コピーの作成）と著作権法の関係

著作権法30条は、著作物の複製の作成を原則的に禁止するが、個人または家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用することを目的とするときは、その使用をする者は、これを複製することができるとしている（30条1項柱書）。複製を全面的に禁止しえない理由としては、私的使用の為の複製の場合には、侵害行為の発見が難しく、著作権の実効性に問題があるとか、侵害行為を発見したとしてもコストとの関係で権利行使の動機が不足するとか、権利行使を受けた者と多数の権利行使を受けなかった者との間に事実上の不公平が生ずるからであると説明されている⁽¹⁾。

一般的な私的使用の複製の場合、コピー元となる著作物は、私的使用する者が所有権ないし適法な占有権を有しているのが一般的である。つまり、図書館が所蔵する著作物を図書館から適法に借り出し、AがAの私的使用の目的の為にコピーするというのは、同法30条の私的使用に該当する。ところが、同法30条は、私的使用の為に複製を作成しようとする者がコピー元となる著作物の所有権、適法な占有権を有していることを要件とはしていない。よって、他人の所有物、占有物であっても、その著作物について所有権、占有権のない者が私的使用の目的で複製を作成することも可能である。例えば、A所有の本をAに無断でその場で（窃盗罪が成立しない範囲で）、BがBの私的使用の目的の為にコピーするような場合は、同法30条の私的使用の為に複製に該当することになり、著作権を侵害したこ

⁽²⁾
とにはならないのである。

つまり、いわゆる「デジタル万引き」と言われるような事例の場合には、私的使用の為の複製にあたり、著作権を侵害することにはならないのである。⁽³⁾
る。

2 デジタル万引きと窃盗罪の成否

デジタル万引きとは、書店やコンビニエンス・ストアでカメラ付き携帯電話（デジタルカメラ）を用いて本や雑誌の中の必要なページを撮影し画像を持ち去る行為をいう。刑法上、万引きは窃盗罪（刑法235条）の一形態であり、このような情報の持ち去りが財物の窃取と云うかには問題がある。

窃盗罪における財物の意義については、「有体性説」と「管理可能性説」がある。

有体性説によれば、財物是有体物を言うのであり、情報そのものは有体物ではないから財物に含まれないことになる。それゆえ、情報が記載された紙や情報を保存したディスク等の有体物を財物と捉えることになり、例えば、情報自体を自己のコンピュータにコピーし持ち出した場合には、財物の窃取には当たらないことになる。⁽⁴⁾情報が記録された紙やディスクである有体物の価値は、そこに記録された情報こそが意味をなすのであるから、主として記録された情報の価値により評価されることになる。裁判例においても、「医薬品製造申請用資料等が編綴されたファイルについて、情報が化体した媒体の財物性は、媒体の素材だけでなく、情報と媒体が合体したものの全体について判断すべきであり、その価値は、主として情報の価値に負うものである」⁽⁵⁾と判示されている。

管理可能説は、債権のような事務的に管理可能な権利まで財物に含まれるとする立場もあるが、刑法が「財物」と「財産上の利益」とを区別していることを理由に、自然界に存在し、物理的管理可能性のあるエネルギー⁽⁷⁾に限り、財物性を認める説が多数説である。債権のような事務管理可能な

範囲までを財物とすることは広きに失するであろう。多数説に従うならば、企業秘密をはじめとして財産的価値の高い情報というものも存在するが、情報は物理的な管理可能性がないので財物に含まれないことになる。但し、管理可能性説によれば、コンピュータ内に蔵置されているデジタル情報をLANやインターネット回線を利用してコピーする行為では、情報が物理的に管理可能か否かによりその財物性が決定されることになる。

以上のことから、情報が記載されている雑誌や本そのものは財物であるが、その雑誌に記載されている情報そのものは財物ではないことになる。よって、雑誌等に記載されている情報をデジタルカメラ等で写し撮るという場合、窃盗罪における財物たりえない情報をコピーしたに過ぎず、財物⁽⁸⁾の窃取には該当しないことになる。

3 撮影行為と器物損壊罪の成否

器物損壊罪（刑法261条）における損壊の意義は、本来、物を物理的に破壊することである。損壊の意義に関しては、大きく分けて完全性毀損説と、効用毀損説がある。

完全性毀損説によれば、毀損とはその物の本来の効用を滅却、滅損させること、つまり、客体の完全性を侵害することと解される。それゆえ、雑誌をバラバラにしてコピーを撮る場合は別として、雑誌等を痛めないようにしてコピーを撮る場合や、雑誌や新聞を開きその中の1頁をカメラで撮影するような場合には、雑誌等の完全性が毀損されることはないであろう。

効用毀損説によれば、その物の効用を喪失させることであるから、雑誌や新聞を開いたからといって、その雑誌や新聞の効用が失われることはない。

いずれの説に従っても、コピーや撮影をする行為により雑誌や新聞の美観が損なわれたか否かが問題点となってくる。厚手の書籍をコピーする場合、書籍の背の部分をもめることがあるが、その場合に、「新品書籍」としての美観、価値に着目するならば、新品書籍としての効用が損なわれと

解することも可能である。書籍・雑誌等の損壊といえる美観の喪失は、その書籍の性格により違いがあると考えられる。例えば美術関係の書籍であれば、折り目一つでも美術誌としての効用が失われたと解することも可能であるが、一般的には、誰も買いたいと思わない程度に痛んだ場合には美観の喪失としての損壊と解し得るであろう。この点に関して、建造物に関する下級審の判例であるが、「同一の行為が、ある物については著しく、その美観を害し、刑法の損壊罪の対象となるが、他の物については、その美観の軽微な侵害と評価されて軽犯罪法1条33号の対象となるに過ぎない場合があることは当然であって、物には、すべて、その物の機能、価値などに応じて、それ相当の美観があると言うのは、正にこのことを指すのである⁽⁹⁾」としている。

以上の点からして、書店やコンビニエンス・ストアにおいて、雑誌等を撮影ないしコピーする場合、雑誌類を開く行為あるいは開いた状態を保たせる行為により「新品書籍」としての美観を損ねた場合には器物損壊罪が問題となるが、一般的には、美観が損なわれる程度にも至らず、器物損壊罪の成立の余地がないことになる。

三 デジタル万引きと建造物侵入罪の成否

1 住居侵入罪の保護法益

住居侵入罪（刑法130条）の保護法益に関しては以下のような見解の対立がある。

（1）住居権説は、住居侵入罪の保護法益を住居権と考える説である。「住居侵入ノ罪ハ他人ノ住居権ヲ侵害スルヲ以テ本質ト爲シ住居権者ノ意思ニ反シテ違法ニ其住居ニ侵入スルニ因リテ成立ス⁽¹⁰⁾」とする判例にみられるように、その住居に立ち入ることに対する許諾権である。従来の判例の立場である。

この住居権説に対しては批判が多い。例えば、①住居権の内容があまり

にも不明確である。②住居権という権利にこだわるのは、犯罪の本質を権利の侵害と考えた19世紀初期の古い思想の残滓である。③住居権は誰に属するのかという問題が生じ、不必要に議論が紛糾する。④住居権者は家長であるといった不合理な結論を招きかねず、現行憲法の理念に反するおそれがある。⑤住居権者だけではなく、その推定的意思によりこれに代わって住居権を守る立場にあると認められる者も、立入りの承諾を与えることができる⁽¹¹⁾と解されているので、特に居住権を保護法益とする意味はなくなってきた。などといった批判である。

住居権説は、判例から理解できるように戦前の家族制度における家父長権に基づいて住居権を定義し、住居に他人の立入りを認めるか否かの決定権を家父長の権利として捉えていたといえる。しかし、このような定義は、判示された時には適切な定義であったかもしれないが、当時は存在しなかった日本国憲法が規定する個人の尊重の理念には当然そぐわない定義といえよう。よって、戦前の家父長権に基づく住居権の定義のままでは、その住居権を現代社会の保護法益と解することは不可能である。

(2) 平穏説は、住居侵入罪の保護法益を住居の事実上の平穏と考える説である。従来、通説とされてきたこの考え方は、住居権説を批判する見解として形成されてきたといえる。⁽¹²⁾

平穏説に対しても多くの批判がある。例えば、①住居の平穏とか私生活の平穏とかいっても、その内容はかなり抽象的で漠然としている。②平穏の概念は社会の平穏と結びつきやすい。③住居侵入罪を個人的法益に対する罪としながら、平穏を云々するのは中途半端である。④住居が事実上平穏であるべきことを前提としているが、住居権は、本来、その住居において平穏に過ごすか否かの自由を有するものである。⑤不退去罪では平穏の侵害⁽¹³⁾ということは問題にならない。等の批判である。

(3) 新住居権説は、住居侵入罪の保護法益を住居に他人の立入りを認めるか否かの自由と捉える説である。近時の多数説といえる。⁽¹⁴⁾この説は、平穏説を批判する見解として説かれたものであり、基本的な考え方は住居

権説にほぼ基づいている。いわゆる住居権説が家父長⁽¹⁵⁾の意思に基づく住居権を保護法益と捉えていた点を改めたものである。新住居権説は、「個人の自由・自己決定権を重視する考え方に由来するもので、刑法各則の保護法益をなるべく個人の利益に還元しようとする自由主義的な解釈論の一つの現れである⁽¹⁶⁾」といわれている。さらに、プライバシー権に基づいた見解⁽¹⁷⁾といい得るであろう。

但し、住居侵入罪の保護法益を住居における管理支配の自由であるとする説⁽¹⁸⁾や、「住居等⁽¹⁹⁾、一定の空間・領域に対する支配権（領域説）⁽²⁰⁾とする見解もある。

新住居権説に対しては、平穩説から、例えば、①その法的権利としての性格が必ずしも明瞭でない⁽²¹⁾、②あまりに個人主義的に法益を考えすぎ、妥当でない⁽²²⁾。③公共の建造物についてはそのまま妥当しないなどの批判がある。

（４）保護法益の解釈は、構成要件の解釈を左右することになり、その結果は、まず刑法130条の「侵入」の解釈に現れる。「住居権説」および「新住居権説」からは、侵入を「住居権者の意思に反する立ち入り」と解釈され、「平穩説」からは、侵入を「平穩を害する態様の立ち入り」と解釈されることになる。この点については、「住居の平穩を害するような立ち入りは、ほとんど住居権者の意思に反するであろうし、また住居権者の意思に反したかどうか、住居の平穩を害したかどうかの重要な判断資料になるから、意思侵害説と平穩侵害説とでその処罰範囲は実際上かなりの部分で重なりあう⁽²³⁾」とする見解もある。しかし、「住居の平穩」を如何に捉えるかにもよるが、一見住居の平穩を害さない立ち入りが、住居権者の意思に反することもありうるものであり、「かなりの部分で重なりあう」とすることには疑問がある。

住居侵入罪を個人的法益に対する罪と捉えるか、社会的法益に対する罪と捉えるかについては、日本国憲法の下における個人の尊重とプライバシー権を前提とすれば、住居については、原則として絶対的支配権が及ぶも

のと理解すべきであり、住居侵入罪は個人的法益に対する罪と捉えるべきである。そうであるならば、新住居権説が妥当であるということになる。つまり、住居権者がその住居内に他人の立ち入りを認めるか否かの自由と捉えるべきである。このことは、侵入の意義を考察することによりさらに明らかとなる。

2 「侵入」の意義

住居侵入罪（刑法130条）における「侵入」の意義については前述のように、保護法益の捉えかたに依拠して、意思侵害説と平穩侵害説との対立がある。

（1）意思侵害説とは、保護法益に関する住居権説と新住居権説に基づく説である。意思侵害説は、侵入とは、住居者、看守者の意思に反する立ち入りと解する説である。⁽²⁴⁾ 意思侵害説によれば、「立ち入りが住居者等の意思に反するかいまいかが住居侵入罪の成否を決めるものであり、立ち入りについての住居者等の承諾の有無が決定的なポイントとなる」こととなる。⁽²⁵⁾

（2）平穩侵害説とは、保護法益に関する平穩説に基づく説である。平穩侵害説は、侵入とは、住居等の事実上の平穩を侵害する対応での立ち入りと解する説である。⁽²⁶⁾ 平穩説によれば、侵入とは、「住居者・看守者の意思（推定的意思）に反してなされたかどうか、いいかえれば、その承諾（推定的承諾）があったかどうか、判断の重要な資料となることももちろんであるが、侵入にあたるかどうかの判断の基準は、被害者の承諾の有無ではなくして、住居の平穩である」。「立ち入りが住居の平穩を害する態様のものであるかどうかは、行為が主観＝客観の全体構造をもつものであるところから、立ち入り行為の主観・客観の両面、すなわち、主観的要素と客観的要素とをあわせ考慮して判断されるべきである」と解している。⁽²⁷⁾

（3）意思侵害説と平穩侵害説で論拠に差が生じるのは以下のような場合である。一つは①住居権者の意思に反してはいないが、平穩を害する様

な態様で立ち入る場合であり、もう一つは、②住居権者の意思に反しているが、平穏を害しない態様で立ち入る場合である。

①の場合としては、例えば、警備会社とホームセキュリティ契約をし、家人が在宅中、或いは外出中に、設置されているセキュリティ機器から、住居内で異常が発生したとの情報が警備会社へ送信され、点検の為、警備員が玄関のドアなどを損壊して住居内に立ち入った場合である（このような場合、戸口などを損壊して警備員が住居内に立ち入ることに同意する契約となっている）。この場合、意思侵害説によれば、住居権者が立入り方法について同意しているのであるから、その立入りは住居権者の意思に反していないのであり、侵入には該当しないことになる。これに対し、平穏侵害説によれば、その立入り行為が平穏な立入りであるか否かがまず問題となるのであるから、警備員の立入り行為は平穏な立入り行為とは言えず、侵入ということになる。しかし、立入り方法⁽²⁸⁾に関して被害者の同意があるから侵入には該当しないことになるのである。つまり、「平穏を害するが意思に反しない場合は、平穏説からいっても不可罰となる。個人法益につき被害者の明確な同意のある場合は、侵入の意義をどう理解しようと不可罰と解されるからである⁽²⁹⁾」ということになる。

②の場合としては、ある家で、入口門扉に「訪問販売お断り」と記載されたステッカーが貼付されているにもかかわらず、それを無視し、訪問販売の目的で、門がかけられている門扉を開け、囲繞地内に立ち入った場合である。平穏侵害説によれば、「あきらかに住居者の意思に反する立入りであるが、そうだからといって、ただちに住居に「侵入」したものとはいえないであろう（もっとも、その後、退去の要求をうけて、退去しないばあいには不退去罪が成立することは別論である）。というのは、こうした立入り行為は、まだ住居の平穏を害する態様での立入りとはいえないからである⁽³⁰⁾」と解し、侵入には該当しないとする。また、「住居の平穏とは、単に入居の際に騒音等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ことをも意味する」と解し、被害

者の意思に反していたとしても、外形上不穏な立入りでない限り侵入にあたら⁽³¹⁾ないと解すると思われる。

これに対し、意思侵害説によれば、住居権者の意思に反して立ち入ることになるから、立入り行為は侵入に該当し、住居侵入罪が成立することになる。つまり、「居住者は、いかに平穏な態様のものであろうと、自己の住居⁽³²⁾に入ることを許さない自由を持つ」ので、あるいは、「住居権者の意思に反する立ち入りを住居権者に受忍させるべき理由はなく、犯罪の成立を認めても特に不合理とはいえない⁽³³⁾」からである。このような結論に対し、平穏侵害説からは、「新居住権説は平穏侵害説より（外形上全く不穏でない態様ではあるが意思に反する場合）において処罰を拡大することにな⁽³⁴⁾る」と批判される。

しかし、住居権者（被害者）の明確な拒否がありながら、何故「平穏」ならば侵入罪とならないのであろうか。被害者は同意を与えることはできても、拒否する権利はないのであろうか。何故、見ず知らずのセールスマンが、敷地内や玄関等に立ち入るのを忍従しなければならないのか、立ち入った後に退去を要求すれば不退去罪になるとするが、何故、退去を要求するという二度手間を強いられなければならないのであろうか。

住居侵入罪の保護法益を個人的法益であると捉えるならば、その処分権も認めなければならない。今日のように、プライバシー権が強く認められる時代では、個人的支配権の及ぶ範囲には絶対的支配権が認められなければならない⁽³⁵⁾であろう。結局、住居侵入罪の「侵入」を個人的法益である「住居に他人の立入りを認めるか否かの自由」であると解するならば、オプト・インの場合にのみ電子メール広告の送信が可能であるのと同じく、事前の許諾のない立入りは「正当な理由のない」立入りであり、住居侵入罪の構成要件該当性があるということになろう。例えば、水道や電気の検針の為に、圍繞地内に立ち入る場合は、水道や電気の契約をした時点で、検針の為に立入りに承諾したとことになるが、放送受信契約締結以前のNHK放送受信料集金者の無断の立入りは、それが放送法に基づく放送受信

契約締結の為であったとしても住居侵入罪の構成要件該当性があるということになる。水道や電気の検針の為の立入りであっても、住居権者の事前の承諾の範囲内でなければならず、深夜であるとか障壁等を損壊するような形で立入りは、承諾には含まれないと解すべきである。

3 一般に（ある程度）解放された場所への立入り

（１）一般的に住居に立ち入る場合、住居権者が立入りの場において承諾を与える場合もあれば、立入りの場にはいない場合もある。官公庁や商店等、ある程度開かれた建物の場合、管理権者ないし管理権の代理者が、明示的な承諾を与える場合と、単に警備員が居るだけの場合など様々な場合がある。それが推定的承諾にあたるのか、管理権者の包括的承諾にあたるのかは明確ではない。

推定的承諾とは、「もし建造物看守者がそこに現在したと仮想した場合その立ち入りに同意したであろうと考えられることをいう」⁽³⁶⁾。他方、包括的承諾とは、立入りに対して、住居権者等の承諾がそのつど個々に行われるのではなく、あらかじめ包括的になされている承諾である。例えば、執務時間中の官公庁や営業時間中の店舗等のように多数の者が出入りする建物への立入りの場合がその例とされる。

推定的承諾と包括的承諾の違いは、推定的承諾は、立入りの禁止を前提とし、住居権者の意思に反しないと推定される場合の立入りは侵入にあたらないとするもので、包括的承諾は、立入りへの承諾を前提として、住居権者の意思に反する立入りと推定される場合は、侵入にあたると解するものである。よって、推定的承諾は、承諾の有無が問題となるのに対し、包括的承諾は、承諾の範囲内か否かが問題となることになる。

（２）包括的承諾の講壇事例としてあげられるのは、万引きの目的で、営業時間中のデパートへ通常の形態で立ち入った場合である。この点に關しては、平穩侵害説と意思侵害説の対立のほか、意思侵害説内にも、肯定説と否定説の対立がある。

意思侵害説に基づき、①「客体の性質に応じて社会通念上一般に許される範囲の立入り行為である限り、看守者によって包括的に同意が与えられている」が、「包括的な同意の範囲を超える侵入は、居住者・看守者の意思に反する立入りに当たる」とする説がある。⁽³⁷⁾ この説に従えば、万引きの目的で立ち入ることは、社会通念上許されている範囲を超えた立入りとなり、管理権者の包括的承諾を得ることができないこととなり、万引きの目的で、営業時間中のデパートへ立ち入った場合は住居侵入罪が成立することになる。⁽³⁸⁾ これに対し、意思侵害説に基づいて、②一般に公開されている建物については、立入りの許容された時間内の通常の形態での立入りである限り、当該建物管理者の事前の包括的同意の範囲内にあり、侵入にはあたらぬとする説⁽³⁹⁾（法益関係の錯誤）⁽⁴⁰⁾（41）がある。たとえ、立入りの際、看守者が入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ができず、当然立入りを許可したであろうから、それにより許された立入りは侵入ではないからであるとされる。

この②説の通常の形態での立入りである場合には管理権者は行為者の真の目的を知ることができないという指摘に対し、「違法な目的を持った立入りであっても、それが外観上分からない場合には、その立入りの段階で拒否されることはないであろう。しかし、それは、違法な目的での立入り⁽⁴²⁾が同意されたことを意味するものではない」く、「管理者の意思がそのような違法目的による立入りを許さないというものである場合、その立入りの時点において、当該違法目的であることが分かっていたなら、その立入りは拒否されていたはずである⁽⁴³⁾」とする批判がある。これに対し②説は、「違法目的があることが分かっていたなら」とするのは、「あくまで仮定の話であり、現実にはたとえ管理権者がその場にいたとしても立入り時」の「目的を知ることができなかったことが前提であるから、やはり立入りは許容されていたはずである」。「被害者の承諾に関する「重大な錯誤説」を前提に、「目的を知ったとしたら立ち入りを許容したであろうか」という立入り時の管理権者の仮定的意思を問題にしていると思われるが、結局そ

れは、事後に判明した立入り目的の不当さから構成された形式的な意思侵害を言い換えているにすぎない」。「意思侵害説が住居権者ないしは管理権者の意思侵害をもって「侵入」を定義するのは、立入り行為者が彼らの意思によって構築された仮想的な障壁を突き破って保護領域に入ることによるといえるが」、一般に開放された施設では、「立入り領域の性格上、そのような意思の障壁は、通常の形態でなされる穏当な立入りに関しては基本的に設けられていない」。「それゆえ、一般に開放された施設の場合、事後的な形式的意思侵害を援用することは、その領域の性格上、認められない⁽⁴⁴⁾ことになる」。と批判を返す。また、「推定的承諾においては、現実⁽⁴⁵⁾にその場に住居者等がいて、行為者の立入り行為を見たなら同意を与えたかいなか⁽⁴⁵⁾が問題なのであり、その場についても認識しえない行為者の主観的目的を基準として被害者の拒絶意思を推定すべきではない」との批判もある。

しかし、この点に関して、「包括的承諾の範囲内かいかを判断するにあって、立入りの目的を考慮に入れるのは、包括的承諾というものの性格上、当然一定の目的による限定がそこにはある」。「立入りの目的は承諾にあたって考慮すべきではないというのは、推定的承諾（個別的承諾）において問題となるのであって、包括的承諾においてこれを考慮することは何も矛盾するものではない⁽⁴⁶⁾」のであり、意思侵害説に従うならば、管理権者の意思に反する立ち入りは侵入に当たることになる。

平穏侵害説によれば、基本的に不穏な立入りでなければ侵入に該当しないとする。さらに、「外形上全く不穏でない場合であるが」居住者・管理権者の「意思に反する場合」もまた侵入にはあたらないと解することになるから、万引きの目的で、通常の形態でデパートに立ち入った場合には侵入にあたらないことになる。ところが、「議会を妨害する目的で偽名を使って傍聴席に入る行為も、態様によっては不穏なものと解する余地はある」。「一般観客を装って国体開会式を妨害する目的で陸上競技場に立ち入った行為も、建造物侵入罪に該当するとされるが、それは外形的に妨害目的が明らかになっているからであり、その意味で平穏を害した立入りだか

らである」⁽⁴⁸⁾として、住居侵入罪の成立を肯定する。しかし、例えば、覆面をし、武器を持って銀行に立ち入った場合はその態様から不当な立入りであると言える可能性はあるが、だからといって、大きな空のバッグを持って書店に立ち入ったならば、その態様から不当な立入り目的（例えば万引き）を含めた平穩侵害の有無が外形上判別可能であり、立ち入った時点で侵入に該当するのであろうか。結局、管理権者の意に反した目的が明らかになった時点で、立入り態様の不穩が明確になるのであり、立ち入る時点で「そのような平穩侵害の有無は外形上判別可能」となるわけではないであろう。

四 判例の立場

（１）一般に開放された場所へ立ち入った場合に関する判例としては以下のものがある。

①東京地判昭和44年9月1日刑月1巻9号865頁

発煙筒をたく等の目的で皇居の一般参賀会場に立ち入った事案につき、「一般参賀者にまぎれて、ビ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る行為は、被告人らが、一般参賀者と共に一定の日時、順路に従い、係員の誘導整理に服して参賀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、もとより管理者の承諾の範囲をこえ、その意思に反してその場所の平穩を害する違法な立ち入り行為であると解するのが相当」と判示した。

②大阪地判昭和46年1月30日刑月3巻1号59頁

一〇
―
一
出展物を損壊する目的でモンキーレンチを隠し持って万博会場内のパビリオンに立ち入った事案につき、「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（平穩侵害説に基づくとと思われる）。

③東京地判昭和48年3月27日東京高刑時報24巻3号41頁

ベランダより垂れ幕を下げ、ビラを配布する目的で共同通信会館（銀行や商店などもテナントとして入っていた）に立ち入った事案につき、「一般人の出入りが自由であるということは、同会館内に在る事務所銀行、商店等にそれぞれの用務を果す目的で出入することは管理者が殊更に承諾の意を表明しなくとも承諾し、または承諾を推認し得るから、一々検問等しないということであって、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」と判示した。

④東京高判平成5年2月1日判時1476号163頁

議事を妨害する目的で、虚偽の氏名、住所を記載した公衆傍聴券を虚偽であることを秘して提示し参議院へ立ち入り、実際にサンダルを投げつけるなどして議事を妨害した事案につき、「原判決が、このような状況に照らして、参議院の管理者である参議院議長が内容虚偽の傍聴券を携帯した傍聴人の立ち入りを容認していないことは明らかである旨判示している点は正当」である判示とした。

⑤東京高判平成5年7月7日判時1484号140頁

住民らがジョギングするため夜間例外的に認められていた小学校の構内（校庭）に、近接する住宅の警備状況を調査する目的で立ち入った事案について、「本件構内への夜間における一般人の正当な理由のない立入りにつき管理権者の包括的承諾があったものと認めることはできない」と判示した。

⑥仙台高判平成6年3月31日判時1513号175頁

国民体育大会の開会식을妨害する目的で、正規の入口から入場券を提示

して立ち入り、実際に発煙筒を投げつけるなどして妨害を図った事案につき、「他人の看守する建造物に管理権者の意思に反して立ち入ることは、その建造物管理権の侵害に当たることはもとより、一般に、管理権者の意思に反する立入り行為は、たとえそれが平穩、公然に行われた場合においても、建物利用の平穩を害するものといえることができるから、本件について建造物侵入罪の保護法益の侵害はない旨の所論は採用できない」と判示した。

⑦最判第二昭和34年7月24日刑集 第13巻8号1176頁

夜間税務署庁舎内に人糞を投込む目的で税務署構内に立ち入った事案について、「佐賀税務署構内は同税務署に用事のない者がみだりに立入ることを許さない場所であるから、たとえ同税務署裏手に酒販組合事務所があつて、人々が同構内を自由に通行していたとしてもやはり同税務署の庁舎管理者の看守内にあること明白であり」、「被告人らが夜間同庁舎内に人糞を投込む目的をもつて同構内に立入つた以上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」と判示した。

⑧最判第二昭和58年4月8日刑集第37巻3号215頁（大槌郵便局事件）

春闘の一環として、多数のビラを貼付する目的で、管理権者である局長の事前の了解を受けることなく立入りビラ約1000枚を局舎に乱雑に貼付した事案について、「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つても、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」と判示した。

⑨最決平成19年7月2日刑集第61巻5号379頁

キャッシュカードの暗証番号を盗撮する目的で、銀行 ATM 機が設置された銀行員の常駐しない建造物内に立ち入った事案に対して、「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に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ものといふべきである」と判示した。

⑩岡高判第三民事部平成19年3月30日未登載（最高裁 HP 裁判例情報参照）

刑事事件判決ではないが、建造物侵入・窃盗で起訴されたが無罪判決が確定したため、国家賠償法に基づき損害賠償を請求した事件の控訴審判決において、立ち入りについて論じたものがある。

体感器（スロットマシンに装着して、不正にメダルを得るための電子機器）を衣服の下に装着して、パチンコ店に行き、遊技をしていたところ、監視カメラで手の動きを見ていた店員に、体感器を使用していると疑われて現行犯逮捕されたが、店員の供述通りでは押収された装置から犯行を行うことができないことが明らかになり、無罪判決が言い渡され確定した。この無罪判決に基づいて損害賠償請求が行われた事案について、「体感器を装着して本件パチンコ店に立ち入ったという「建造物侵入」の訴因については殆ど言及されないまま、全部無罪の結論が導かれている感があるところ、これは、おそらく刑法130条の「正当な理由がないのに」の要件を「電子機器を用いて不正に遊技機を作動させてメダルを窃取する目的で」と特定したことによるものと考えられる。しかしながら、Xが体感器を装着して入店している以上、そのような不正な目的を有していたものと強く推認されるところであるし、そもそも同罪は、他人の看守する建造物に管理者の意思に反して立ち入ることによって成立するものと解すべきところ、前提事実（2）に明らかのように、本件パチンコ店の管理者は、およそ体感器

の持ち込み（これを装着しての入店）自体を禁じていたのであるから、果たしてXが建造物侵入の点についても無罪とされるべきであったのかは多少に疑問が残るところである」としている。

（2）これらの判例を検討してみると、判例は、いずれにしても管理権者の意思に反する目的での立入り場合には、侵入を肯定している。また、他の犯罪を実行するという目的で立ち入ることを要件としているわけではない。

但し、最高裁と下級審の判例には多少違いがみられる。下級審の判示では、管理者の拒否の意思を一般的基準から評価するということはない。これに対し、最高裁（第二小）昭和58年4月8日判決（⑧）は、侵入の意義に関し、管理権者の意思に反する立入りの評価基準を示したものとして評価されている。この判決の中で最高裁は、「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、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」として、単なる管理者の立入りを拒否する意思が存在したというのではなく、記載されているような具体的な要件から合理的に容認していないことが判断されなければならないとしている。これより先の、最高裁（第二小）昭和34年7月24日判決（⑦）においても、「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」として、単に管理者の主観的な拒否の意思を基準とするものではないことを判示していた。いわゆる、大槌郵便局事件判決（⑧）の後に示された最高裁決定平成19年7月2日（⑨）では、「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」として、「合理的に判断される」や「一般に予期される」という文言は用いていない。

（3）最高裁（第二小）昭和58年4月8日判決（⑧）を詳細に検討し、

「具体的な管理権者の主観的な意思でなく、客観的事情から合理的に推論されるいわば「一般的な管理者」の意思に反することが、侵入を根拠付けるとされたものと評価してよいように思われる」と評価する見解がある⁽⁴⁹⁾。さらに、判例がいう「意思侵害」という点については、単に管理権者の意思に反する立ち入りというのではなく、立ち入りの目的や態様などから合理的に解釈された、いわば「一般的な管理者」の意思に反することと理解すべきである⁽⁵⁰⁾と解せられるとしている。

さらに、最高裁平成19年07月02日決定（⑨）に関しては、以下の様に評価している。本決定が「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に立ち入ったものであり、そのような立ち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、その立ち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」としているが、「大槌郵便局事件」判決において示された考え方を、一般への開放性が認められる施設にまで押し広げた裁判例と評価するのが適切であろう⁽⁵¹⁾し、本決定はこれまでの判例の考え方の延長上にあるものともいえるとしている⁽⁵²⁾。

（４）この決定（⑨）では、確かに、「合理的に判断される」や「一般に予期される」という表現は用いていないが、「意思に反するものであることは明らかであるから」という文言から、具体的、一般的な判断基準の要件を不要としたと捉え得るか否かは判断しがたいと思われる。キャッシュカード等の暗証番号の秘密保持が重要であることは社会通念上明らかであり⁽⁵³⁾、それからすれば、あえて「具体的、一般的基準から判断して」という文言を使用しなかったとしても、金融機関の管理権者の意に反することは当初から明らかであると言いうるのではなかろうか。以上の様に、判例は一貫して、住居権者ないし管理権者の意思に反する立ち入りの場合、建造物侵入罪（刑法130条）の成立を認めているのである。判例の具体的、一般的な判断基準に則して理解するという立場は妥当であると思われる。

五 おわりに

立ち入る領域に関しては、公共性と開放された領域と私的領域とが区別されることは当然であるが、一般に解放された領域であっても領域の持つ性格と管理権者の意思に基づく制約が存在し得るはずである。その制約は管理権者の意思とその領域の性格とを合わせて客観的・合理的に判断される制約であり、その制約が「一般的な管理者の意思」と解され、この意思が立入り拒絶の障壁と言えるのではなかろうか。⁽⁵⁴⁾ 銀行 ATM の設置場所に盗撮カメラを設置する目的で立ち入ることの為に銀行や設置場所が解放されているとは到底考えられないのである。

本屋に販売目的で陳列されている本を買う意思を有せず、もっぱら自らにとって価値のある情報が掲載されている部分をカメラでコピーし持ち去る場合に関し、窃盗罪、器物損壊罪が成立しないのは前述のとおりである。昔から、様々なメディアで描かれてきたように、本屋で、いわゆる「立ち読み」をしていると、はたきで追い払われたように（退去要求とも解しうるが）、本屋は立ち読みを認めているのではない。本屋である程度書物を読めるのは購入するか否かを決定する確認作業のためであって、その書物を立ち読みしてよいという意味ではないことは明らかであろう。ある雑誌の中に記載されている情報の中から、例えば電話番号だけを覚えて店外に出る程度であれば、人間の記憶力からして許されることもありうる。ところが、今日では、誰もが持っている携帯電話のカメラ機能を利用すれば簡単に情報をコピーすることができてしまうのである。更に、コンビニエンス・ストアの場合、コピー機が設置されている店舗がほとんどであるが、一部400円～500円程度する競馬新聞をコンビニの棚から持ち出し、必要なページのみを店内でコピーして帰る者までいるといわれている。

書店の「一般的な管理権者の意思」は、昔から「立ち読みお断り」⁽⁵⁵⁾なのであって、一般的開放性からいかなる目的を持った立入りも認めていると

いうことではないのでなかろうか。このような場合に退去要求による不退去罪の成立を論じればたりるとする批判もできようが、商品の万引きと異なり、窃盗罪（刑法235条）が成立するわけではない以上、撮影を終えた後で退去を要求したとしても、行為者は要求に応じて退去すれば不退去罪（刑法130条）が成立する余地もないのである。前述の検討を踏まえ、意思侵害説及び判例の基準に従うならば、いわゆるデジタル万引き意思で書店等に立ち入った場合は、管理権者の意思に反する立入りであり、建造物侵入罪（刑法130条）が成立するものといえるであろう。

- (1) 渋谷達紀「知的財産法講義Ⅱ」2004年有斐閣 136頁参照。
- (2) 文化審議会著作権分科会議事録（平成21年4月）9頁参照。遠山委員の発言「本屋さんに行って自分の好きなページだけ自分の携帯電話でばしっと撮って、本は買わない。これは雑誌協会の方々が相当頭を悩ませて、著作権法の30条があるから、どうもそれに対しては著作権侵害だと言えない。」
http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/kihon/h21_04/pdf/giji_naiyou.pdf
- (3) 映画に関しては、映画の盗撮の防止に関する法律4条により著作権法30条1項柱書が適用されない。
- (4) 東京地判昭60・3・6判時1147・162参照。
- (5) 東京地裁昭59・6・28判時1126・3参照。
- (6) 牧野英一「刑法各論」下巻 昭30 有斐閣 548頁、614頁以下、瀧川幸辰 昭28「刑法各論」世界思想社 106頁以下等。
- (7) 団藤重光「刑法綱要各論」改訂版 昭60 創文社 529頁以下、大塚仁「刑法概説」各論 改訂版 1987年 有斐閣 172頁
- (8) なお、不正競争防止法21条1項1号は、「不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的で、管理侵害行為により（施設への侵入）により、企業秘密を取得した者」、また、同法同条同項3号ロは、「営業秘密記録媒体等の記載若しくは記録について、又は営業秘密が化体された物件について、その複製を作成すること」を処罰（十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金）する旨を規定する。この場合は、書面をデジタルカメラで写し撮る場合も該当することになる。しかし同法の規定は、企業秘密の持つ高度な価値を保護する目的からであり、刑法上の一般的な財物の概念の解釈に応用することはできない。
- (9) 名古屋高金沢支判昭42・3・25下集9・3・191参照。

- (10) 大審院大正7年12月6日録24輯1506頁
- (11) 福田平 団藤編「注釈刑法」(3) 有斐閣 昭和40年 234頁、大塚 前掲書 109頁、団藤 前掲書 484頁等。
- (12) 福田 前掲「注釈刑法」(3) 235頁、大塚 前掲書 109頁、団藤 前掲書 484頁、前田雅英「刑法各論講義」第4版 東京大学出版会 2007年 135頁等。
- (13) 平野龍一「刑法各論の諸問題」『法学セミナー』201号 68頁、木藤繁夫「刑法130条前段にいう「侵入」の意義等」警察学論集36巻7号 152頁、毛利晴光「大コンメンタール刑法」大塚・河上・佐藤・古田 編 第7巻 第2版 2000年 第12章『住居を侵す罪』欄外番号21 262頁参照。
- (14) 平野龍一「刑法概説」1977年 東京大学出版会 182頁、内田文昭「刑法各論」第2版 昭59 青林書院新社 171頁、大谷實「刑法講義各論」新版 第2版 2007年 成文堂 124頁、川端博「刑法各論講義」第2版 成文堂 平22年 209頁、西田典之「刑法各論」第4版 平19 弘文堂 94頁、町野朔「被害者の承諾」『判例刑法研究』2巻 有斐閣 昭56年 211頁、山口厚「刑法各論」平15 有斐閣 120頁等。
- (15) 毛利 前掲書 欄外番号22 262頁
- (16) 木藤 前掲論文 150頁
- (17) 大谷 前掲書 124頁
- (18) 林幹人「刑法各論」第2版 2007年 東京大学出版会 100頁
- (19) 関哲夫「住居侵入罪の研究」1995年 弘文堂 213頁、218頁。立入り承諾の自由ととらえる説を許諾権的住居権説、管理支配の自由ととらえる説を管理支配権的住居権説と分類する。
- (20) 福田平「刑法各論」全訂第3版増補 平14年 有斐閣 203頁
- (21) 前田 前掲書 135頁
- (22) 前田 前掲書 140頁
- (23) 林幹人「住居侵入罪」『法学セミナー』403号 116頁。
- (24) 平野 前掲「刑法概説」184頁、内田 前掲書 170頁以下、大谷 前掲書 128頁、西田 前掲書 96頁、山口 前掲書 120頁等。
- (25) 毛利 前掲書 285頁
- (26) 小野清一郎「住居侵入と妻の承諾—主観的違法要素」刑事判例評釈集 2巻 刑事判例研究会 編 有斐閣 昭37 277頁、福田 前掲「刑法各論」205頁、前田 前掲書 138頁等。
- (27) 福田 前掲「注釈刑法」(3) 235頁
- (28) 福田 前掲「注釈刑法」(3) 241頁、前田 前掲書 138頁
- (29) 前田 前掲書 134頁以下。

- (30) 団藤 前掲書 505頁 福田 前掲「注釈刑法」(3) 242頁以下。
- (31) 前田 前掲書 138頁以下。
- (32) 平野 前掲論文 68頁
- (33) 頃安健司 「侵入の意義」『研修』420号 73頁
- (34) 前田 前掲書 138頁
- (35) 家族による児童虐待の蓋然性が高い場合に、児童相談所の職員や警察官等公務員が立ち入る場合、または、家族の立ち入り拒否の意に反して立ち入る場合は、保護しようとする児童の権利と住居権との比較考量により、住居権の乱用と捉えることもできるであろう。現実には児童に危害が加えられている場合は、正当業務行為、正当防衛、緊急避難が成立することになる。
- (36) 東京高判昭27・4・24高集5・5・666
- (37) 大谷 前掲書 130頁
- (38) 大谷 前掲書 130頁参照。デパートへの立ち入りについて侵入罪の成立を肯定するかは明確ではない。
- (39) 西田 前掲書 97頁以下、平野 前掲「刑法概説」184頁、内田 前掲書174頁以下、曽根威彦 「刑法各論」第4版 平20 弘文堂 80頁、山口前掲書 122頁
- (40) この点に関し、ドイツの学説もほぼ同様である。Arthur Hartmann, Dölling/Duttge/Rössner, „Gesamtense Strafrecht“, 2.Aufl., 2011, § 123 Rn.18.; Christian Fahl, Satzger/Schmitt/Widmaier, „StGB“ Kommentar, 1.Aufl. 2009, § 123 Rn.7.; Lenckner/Sternberg Lieben, Schönlke/Schröder „StGB“ Kommentar, 28.Aufl. 2010, § 123 Rn.24/25.; Schäfer, Joecks/Miebach „Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch“ Band 2/2, 1. Aufl., 2005, § 123 Rn.33.; Thomas Fischer, „Strafgesetzbuch und Nebengesetze“ 56. Aufl., 2009, § 123 Rn.18.
- (41) 批判的な見解として Schäfer, „Leipziger Kommentar“ Band 4, 10. Aufl., 1988 Rn.34.
- (42) 伊藤栄二 「判例研究」 研修712号 2007年 22頁
- (43) 伊藤 前掲論文 23頁
- (44) 安達光治 「判例研究 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 2008年 100頁
- (45) 町野 前掲論文 224頁
- (46) 毛利 前掲書 欄外番号77 295頁
- (47) 前田 前掲書 138頁
- (48) 前田 前掲書 139頁
- (49) 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

- る事例を出発点に一」 立命館法学300・301号 2005年2・3号 8頁
- (50) 安達 前掲論文「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一」 13頁
- (51) 安達 前掲論文「判例研究 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」 98頁
- (52) 安達 前掲論文「判例研究 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」 103頁。但し、「管理権者が、決められた時間に通常の形態で立ち入る者に対し当該領域を開放しているという事実からもたらされる制約といえよう。すなわち、不特定多数のこれらの者に対して立入り拒絶意思という障壁を設けず、実際に立入りを認めた以上、後から障壁を持ち出してきても、建造物への「侵入」としては意味がないということである（不退去罪の成否は別論である）」として、結論には反対している。
- (53) 銀行口座番号と暗証番号は、不正アクセス禁止法2条2項にいう識別符号の一部に該当する場合がある。
- (54) 竹内稔 「コンビニのレジから見た日本人」 2008年 商業界 参照。
- (55) 竹内 前掲書 90頁以下。