

**建造物侵入罪の既遂時期**

【文献種別】 判決／仙台高等裁判所

【裁判年月日】 令和5年1月24日

【事件番号】 令和4年（う）第60号

【事件名】 建造物侵入、山形県迷惑行為防止条例違反（原審認定罪名・山形県迷惑行為防止条例違反）被告事件

【裁判結果】 原判決破棄、有罪

【参照法令】 刑法130条

【掲載誌】 判例集未登載

◆ LEX/DB 文献番号 25594356

龍谷大学教授 玄 守道

**事実の概要**

被告人は、更衣中の女性の姿態を撮影するために動画撮影機能付きスマートフォンを設置する目的で、飲食店の事務室内に設けられた女子更衣室に、その出入口ドアから侵入し、同所に置かれた段ボール箱に動画撮影機能付きスマートフォンを設置した。その際、少なくとも被告人の右足及び右手の一部は同室内に入っておらず、被告人はスマートフォン設置に必要な限度で同室内に身体を入れる意思はあったが、それを超えて身体全部を更衣室内に入れる意思はなかった。このような事実関係において、被告人は建造物侵入罪及び山形県迷惑行為防止条例違反に問われた。

原審（山形地判令4・3・15）は、山形県迷惑行為防止条例違反については認めたものの、建造物侵入罪については、その既遂時期につき、いわゆる全部説を採用したうえで、被告人の行為は未だ建造物侵入罪にいう「侵入」に当たらず、侵入を行う故意も認められないことから、建造物侵入罪を否定した。これを不服として検察側が控訴した。

**判決の要旨**

「建造物侵入罪は、建造物への『侵入』が認められればその時点で直ちに既遂に至ることから、その既遂時期を検討するにあたっては、同罪にいう『侵入』の文言解釈が必要となる。

建造物侵入罪の保護法益は、建造物の管理権者が、その建造物内を意思どおりに自由に管理支配することを内容とするものと解される。また、同

罪における『侵入』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』と解されるところ、『侵入』の文言解釈として、身体の一部が建造物内に入ることが要請されるわけではない。建造物侵入罪の既遂時期を検討するに当たっては、上記のような建造物侵入罪の保護法益を踏まえつつ、『侵入』の文言解釈をすべきである。」

「……建造物侵入罪における『侵入』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』ことをいい、その文言上、侵入があったといえるためには、行為者が、建造物内に物理的に身体を立ち入れたと評価できるほどに身体が建造物内に入ることを要するものと解される。そうすると、身体の一部、あるいは身体の重要部分が建造物内に入っていれば足りると解することは、『侵入』の文言解釈として無理があり、相当でないというべきであるが、他方、身体の一部が建造物内に入っていない場合にも、その大部分が入った場合には、建造物内に物理的に身体を立ち入れたと評価することが十分可能であるといえ、その時点で侵入があったとみて建造物侵入罪が既遂に達すると解しても、『侵入』の文言解釈として何ら不自然なところはなく、文理に適ったものといえる。

以上によれば、建造物内に身体の一部が入った場合には、建造物に『侵入』したといえ、その時点で建造物侵入罪が既遂となると解するのが相当である。そして、当該行為が『侵入』に当たるか否かについては、具体的事案に応じて、建造物の構造、行為者が建造物に入れた身体の部位、程

度及び態様、身体を入れた建造物の場所や時間の長さ等を考慮して、社会通念に従って判断すべきである。」

「明確に区画された独立の空間である女子更衣室内に、盗撮するために本件スマートフォンを設置するという目的を達するのに十分な時間といえる5秒程度、被告人の頭部、両肩、左手全部、右腰部を除く上半身、左臀部及び左足全部を少なくとも入れていたという本件においては、社会通念に照らし、身体の大部分が入ったとして、女子更衣室内に『侵入』したといえるから、建造物侵入罪の既遂に至ったと認められる。」

## 判例の解説

### 一 問題の所在

建造物（住居）侵入罪にいう「侵入」とは、本判決も述べる通り、管理権者の意思に反する立入り（最判昭58・4・8刑集37巻3号215頁）をいう。もっとも、この定義それ自体からは、侵入の既遂時点は明らかではない。それゆえ、本件のように被告人が身体の全部を室内に入れたのではない場合にも「侵入」に当たるのか、すなわち「侵入」が認められるためには身体が建造物の内部にどの程度入ることを要するかが問題となる<sup>1)</sup>。

この点、原審は、建造物侵入罪の性質から考えると既遂時期につき明確であることに意義があること、建造物侵入罪は他の犯罪の手段としての側面を有し、多くの場合は目的とする犯罪が成立するので、建造物侵入罪が成立しなくとも大きな不都合はないことを理由として既遂時期につき全部説を採用した。そのうえで原審は本件における被告人の行為は建造物侵入罪に当たらないとした。

それに対して、本判決は、まず、「侵入」という文言それ自体は必ずしも身体の室内への完全な立入りを意味するわけではないことを確認し、では、どの程度、身体が室内へ入っていなければならないのかにつき、建造物侵入罪の保護法益、すなわち、「建造物の管理権者が其建造物内を意思通りに自由に管理支配すること」から規定されなければならないとする。

そのうえで、本判決は、全部説によると、身体の大部分が建造物内に入っており、かつそこまでしか入れるつもりのない（全部を入れるつもりのない）場合には、故意が否定されるので、建造物侵

入罪それ自体が成立しないことになるが、これでは管理権者の自由な管理支配の保護に欠けるといわざるを得ないとする。他方で、侵入が「立ち入る」ことであるとすると、立ち入ったと評価できる程度には、身体部分が建造物内に入っていることが必要となることから、その大部分が建造物内に入ってはじめて、立ち入ったと評価できる。これらのことから、本判決は、大部分説を採用したうえで、被告人の行為は身体の大部分を更衣室内に入れたといえ、「侵入」に該当し、建造物侵入罪の既遂が認められるとしたのである。

以上のように、原審が「侵入」判断の一義性・明確性及び建造物侵入罪の手段的犯罪としての性格から全部説を採用するのに対して、本判決は、保護法益及び「侵入」の内容である「立入り」の意味から、大部分説を採用する。そこで検討されるべきは、どの時点で「侵入」が既遂に達したといえるのか、とりわけその根拠は何なのか、である。

### 二 従来裁判例

原審によれば、建造物（住居）侵入罪の既遂時点に関する裁判例は見当たらない。もっとも、函館地判平24・9・14（LEX/DB25483490）は、被告人が無施錠の掃き出し窓から自身の半身をマンション居室に入れ、財布を窃取したという事案で、窃盗罪のみを認め、住居侵入罪（未遂）につき訴因としてそもそも問題とされていない（同判決においては、被告人は同種の犯罪を複数回行っており、その際には住居侵入罪（既遂）が認められているにも拘らず、である）。これは、おそらく、自己の半身を室内へ立ち入らせた段階では未だ侵入に当たらず、またその認識しかないため、故意も認められず、それゆえ住居侵入罪がそもそも問題とならないと判断したためと思われる。この理解が正しければ、実務は、室内への身体の半身の立入りとその故意しかない場合は、そもそも住居侵入罪を問題としていないものと思われる。

### 三 学説の状況

他方、学説では、「侵入」の既遂時期につき、従来、身体の全部が建造物などの中に入った段階で既遂とする全部説<sup>2)</sup>、身体の大部分を入れることによって既遂に達するとする大部分説<sup>3)</sup>、身体の一部で足りるとする一部説<sup>4)</sup>が主張されてお

り、全部説が通説とされる<sup>5)</sup>。もっとも、いずれの見解もその根拠は特に明らかでない。

#### 四 既遂時期の検討

では、一部説、大部分説及び全部説のいずれが妥当なのか。この点、原審は、上述の通り、既遂時期の明確化及び住居侵入罪の手段的性格による結論の不都合性の回避の観点から、全部説を採用する。それに対して、本判決は、前者については条文上規定された文言を実質的に解釈しその内容を明らかにすることは最高裁も認めるところであり、明確化の点が決定的ではないこと、また、後者の点についても、このことは住居侵入罪の成否それ自体とは別の問題であるとする。そのうえで、本判決は、「立入り」という文言からの制約を踏まえつつ、法益を、管理権者の単なる立入りの許諾の自由(だけ)でなく、自由な管理支配権と実質的に捉え、この観点から、身体の大部分を立ち入れた段階で管理権者の管理支配権は侵害されるとして大部分説を採用する<sup>6)</sup>。

本件において問題となったのが更衣室というプライバシー保護の必要性が極めて高い空間への立入りであったことからすれば、本判決の結論それ自体は首肯しうるところである<sup>7)</sup>。もっとも、本件のような要保護性の極めて高い空間の管理支配の場合であれば、身体の大部分でなくその一部であっても、例えば、ドアの中に足を入れ、ドアを閉めることができないようにすることによっても、当該空間の管理支配を侵害したといえる<sup>8)</sup>。また、本判決は「立入り」という文言から身体の一部を室内に入れることでは立入りと評価できないとするが、しかし身体の一部を室内に入れることで室内に立ち入ったと評価することが不可能とは思われぬし、少なくとも半身を室内に入れた場合には立ち入ったとの評価は十分可能であるように思われる。このことからすると、「立入り」という文言は、解釈につき一定の幅のある概念であり、それ自体において既遂時期を定める(限定する)ことができず、また管理支配権という意味での法益の観点を加味することで、既遂時期のより一層の前倒し(一部説)が可能となる。

以上のことから、文言それ自体や法益の観点だけでは既遂時期を適切に規定することができない。ところで、既遂時期の規定につき、学説は、放火罪における「焼損」概念におけるように、当

該問題となる条文の文言を前提に、立法趣旨や法定刑、当該犯罪の本質(法益)、未遂犯・中止犯の成立の適切な余地の確保や他の関連規定との関係・バランスなどを考慮している。したがって、ここでも以上の観点に従って、建造物侵入の既遂時期につき検討する。

まず、現行法の立法趣旨及び法定刑について確認する。立法趣旨の説明を確認する限り既遂時期については特に何も言及されていない<sup>9)</sup>。法定刑に関しては、現行の3年以下の懲役刑(拘禁刑)は旧刑法時より大幅に引き上げられている<sup>10)</sup>。

これらのことを踏まえて、次に、建造物侵入罪の本質について検討する。建造物侵入罪の本質は、上述の侵入の定義によれば、管理権者の意思に反した立入りであるが、このことは、誰を建造物の中に入れ、誰を入れないかということを管理権者が決定できる自由があるということが前提となる。もっとも、この立入り許可の自由を行使するためには、いかなる者も正当な理由なく管理権者の意思に反して建造物に立ち入ることはできないということ、その意味であらゆる者の、正当な理由のない管理権者の意思に反した立入りから建造物は防御されていることが保障されている必要がある。この保障によってはじめて管理権者は許諾の自由、さらには管理支配の自由を行使できるのである。このように、管理権者の立入り許諾の自由は、正当な理由のない第三者による立入りから防御されているということを前提とするもので、したがってこの防御権もまた建造物侵入罪において許諾権、さらには管理支配権とともに保障されているものと解される。

このように理解する場合、立入りの「許諾権」は、立入りに際しての包括的承諾や錯誤のように立入り「への自由」が問題となるのに対して、「立入り」それ自体で問題となるのが立入り「からの自由」、すなわち「防御権」である。というのも、建造物に立ち入ったということが、建造物による防御(権)が害されたということを意味するからである。では、どのような場合に、防御権が侵害されたといえるのか。この点を考えるうえで重要なのが、建造物等の内部と外部を隔てる障壁である。というのも、この障壁によって、建造物の外部から建造物内の管理支配・平穏やプライバシーなどが保護されるからである。したがって、この障壁が突破され機能しなくなったときに防御権が

侵害されたといえる。これによれば、行為者が自己の身体の一部ないしは大部分を室内に入れたとしても、未だ建造物の障壁の機能は完全に害されたとはいえない。というのも、行為者が身体の大部分を室内と入れたとしてもその段階で止まっているのであれば、その防御はわずかではあっても機能しているからである。つまり、未だ行為者は室内を自由に移動できないのである。それに対して、身体の一部を完全に室内に入れた場合は、行為者は室内を自由に移動できるため、障壁の機能はもはや完全に機能を失い、防御権は侵害される。

以上の理解を前提にすると、建造物侵入罪の既遂時期については全部説を採用すべきことになる。この理解は、建造物侵入罪の法定刑の重さや未遂犯・中止犯成立の適切な余地の確保という観点からも適切なものと思われる。

もっとも、全部説に対しては、大部分説を採る本判決より、全部説によると身体の一部ないし大部分しか室内に入れるつもりがない場合には、建造物侵入罪の故意が欠け、建造物侵入罪の未遂すら否定されるという不合理な帰結に至るとの批判がなされている。しかし、この批判は、一部説を採らない限り妥当なもので、それゆえ、大部分説の根拠となるものではない。また、管理支配権の保護に欠けるとする点もまた一部説を採らない限り、程度の差はあれ、大部分説にも妥当する。結局、本判決の全部説に対する批判は、一部説以外の見解に妥当するものであり、一部説を採らないのであれば、その帰結は甘受すべきものである。現に、上述の函館地判平成 24 年は住居侵入罪をそもそも問題としていないし、原審も全部説を採用することによる不都合が従来の裁判例において見出されていないとする。

最後に、一部説についてであるが、これは住居侵入罪の未遂処罰がなく、しかも法定刑が 1 年以下の自由刑というドイツにおける議論であり、未遂さらには中止の余地を残すためには不相当である<sup>11)</sup>。加えて、上述の理論的観点や法定刑の重さと整合せず、函館地判平成 24 年において示された実務の考えとも矛盾する。

以上の検討から、建造物（住居）侵入罪の既遂時期につき全部説が妥当であり、それゆえ、本件において建造物侵入罪は無罪とされるべきであった。

## 五 本判決の意義と射程

本判決は、建造物侵入の既遂時期につき裁判例として初めて大部分説を採用することを明示し、その際の考慮要素をも併せて示した点で先例的な意義がある。また建造物内の一室もまた独立した建造物であることを示し、建造物侵入罪を認めた点でも意義を有する<sup>12)</sup>。もっとも、本件が更衣室というその要保護性が極めて高い建造物に関する事案であったことから、本判決の射程はその種の建造物に限定され、その他の種の建造物や住居などには及ばないものと解すべきである。

### ●—注

- 1) 本判決に関する評釈類で知り得たものとして、溝内克信「判解」研修 900 号 129 頁、中野浩一「判研」警論 76 巻 7 号 223 頁、和田俊憲「判解」法教 515 号 121 頁など。
- 2) 松宮孝明『刑法各論講義〔第 5 版〕』（成文堂、2018 年）137 頁、山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』（有斐閣、2010 年）123 頁、井田良『講義刑法学・各論〔第 2 版〕』（有斐閣、2020 年）173 頁、山中敬一『刑法各論〔第 2 版〕』（成文堂、2009 年）165 頁など。
- 3) 植松正『全訂刑法概論Ⅱ各論』（勁草書房、1974 年）327 頁、江家義男『増補刑法各論』（青林書院、1963 年）240 頁など。
- 4) 柏木千秋『刑法各論』（有斐閣、1960 年）390 頁。
- 5) 例えば、井田・前掲注 2）173 頁など。
- 6) 佐伯仁志「住居侵入罪」法教 362 号 104 頁以下は、全部説に対する問題点と大部分説の結論の妥当性を示唆していた。
- 7) 和田・前掲注 1）121 頁は、性犯罪的な行為を目的としてトイレの個室などに立ち入ることを考えると、本罪で法益保護の必要性を優先させることにも相当の合理性があるとする。
- 8) 現に、中野・前掲注 1）223 頁の注 26 は、管理権侵害を一部説の根拠として挙げている。さらに、同 221 頁も参照。
- 9) 田中正身『改正刑法釈義下巻』（信山社、1994 年）414 頁以下参照。
- 10) 田中・前掲注 9）414 頁参照。
- 11) 植松・前掲注 3）327 頁。
- 12) 自己の勤める学校の女子更衣室に盗撮目的でカメラを設置したという事案で、建造物侵入罪の成否が争点とされており、熊本地判令 5・6・27（LEX/DB25595765）がある。他方で建造物内の共用部分の立入りを認められていた者が、立入りの禁じられた事務室に立ち入った事案で、建造物侵入罪を認めた裁判例として、東京高判昭 39・9・22 高裁集 17 巻 6 号 563 頁がある。