

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

(最決平成19年7月2日刑集61巻5号379頁,
判時1986号156頁,判夕1252号169頁)

安 達 光 治

一 事案の概要

被告人は、共犯者らと共謀の上、現金自動預払機（以下、ATM機）を利用する客のカードの暗証番号等を盗撮する目的で、行員が常駐しないA銀行支店出張所内に営業中に立ち入り、1台のATM機の広告用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機の前の床に受信機等の入った紙袋を置き、約1時間30分以上、適宜交代しながら同ATM機を占拠し続けた。その間、出入金や振込み等を行う一般の利用客のように装い、同ATM機で適当な操作を繰り返した。また、同様の共謀に基づいて、行員が常駐しないB銀行支店出張所でも、約1時間50分にわたって同様の行為に及んだ。なお、被告人らがATM機を占拠していた理由は、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くするための、盗撮用ビデオカメラを設置したATM機に客を誘導するためであった。なお、出張所内には、利用客のいない時間帯があった。

第1審（東京地裁平成18年7月28日）判決では、建造物侵入の成立は、弁護人も特に争うことなく肯定された。これに対し、偽計業務妨害罪については、盗撮の目的、銀行業務を妨害する認識および行為の存否、共犯者

らとの共謀の存否が争われたが、これらに関する弁護人の主張をいずれも排斥し、「かかる被告人らの行為は、銀行の一般の利用客に対する ATM 機による業務の提供を妨害するおそれのあるものであることは明らか」として、本罪の成立が肯定された。

控訴審（東京高裁平成18年11月21日）判決では、偽計業務妨害罪について、弁護人は、上記の点につき、再度、事実誤認の主張をしたが、いずれも排斥された。

これに対し、弁護人は上告したが、上告趣意では、大要以下のような主張がなされた。(a) 盗撮目的という内心のみで、まったく平穩、公然になされた出張所への立入りが建造物侵入罪に問擬されたこと、(b) 出張所内に複数の ATM 機が存在している場合に、1 台を長時間使っていたとしても、ただちに他の利用客に支障が生じるわけではなく、そもそも利用客が滞留していたという事実も認められないので、本件においては、銀行業務妨害の抽象的危険すらないというべきなのに、偽計業務妨害とされたことは、いずれも罪刑法定主義に違反する。

二 決定要旨

上告棄却。弁護人の上告趣意は、刑訴法405条の上告理由にはあたらないとした上で、建造物侵入罪および偽計業務妨害罪の成否に関して、以下のような職権判断を示した。

1. 建造物侵入罪の成否

上に示したような事実関係を摘示した上で、次のように判示した。「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うべきである。」

2. 偽計業務妨害罪の成否

「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い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1時間50分間にわたって、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いようにしたものであって、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、偽計常務妨害罪に当たるといふべきである。」

三 研 究

1. はじめに

本件は、他人の暗証番号を盗撮する目的で ATM 機の設置された銀行出張所内に立ち入り、1台の ATM 機に盗撮用ビデオカメラを設置し、その ATM 機に他の客を誘導する等の目的で一般客を装ってその隣の ATM 機を共犯者と交代で一定時間占拠したという、建造物侵入罪（刑法130条前段）および偽計業務妨害罪（刑法233条後段）に関する事案である。このうち、本件では、1審および控訴審において後者の偽計業務妨害罪の成否が争われたが、それは、被告人が単に他の者から渡されたメモに基づいて口座番号の確認を行っていたにすぎず、隣の ATM で盗撮が行われていることを知らなかったと主張するもので、主として事実関係に関する争いで

あった。この点については、1審および控訴審とも、被告人側の主張を退けている。これに加え、上告審では、出張所内に立ち入る行為自体は、たとえ盗撮目的を有するとしても、少なくとも外形上は平穩に行われたもので建造物侵入罪にはあたらないと主張されたが、これについて、本決定はかかる主張を排斥した。

以下では、解釈論上特に問題となる建造物侵入罪を中心に、本件において問題となり得る点を考察することとする。

2. 建造物侵入罪

(1) 建造物侵入罪の客体

刑法130条前段によると、建造物侵入罪の客体は、「人の看守する建造物」と規定される。このうち、屋蓋を有し柱や壁で支えられて土地に定着し人の起居出入りに適した構造を持った工作物という判例の定義¹⁾からすると、銀行出張所が「建造物」に該当する点は問題ないであろう。

次に、「人の看守する」といういわゆる看守性であるが、これについては、本件で立入りの客体となった銀行出張所は、いずれも行員の常駐しない無人店舗であったことから、若干の検討を要すると思われる。「看守」の意義に関しては、人が事実上管理・支配することとする見解²⁾、建物等を事実上管理・支配するための人的・物的設備を施すこととする見解³⁾、および立入り禁止の意思が客観的に示されていることとする見解⁴⁾などが存在する。とりわけ、説は、説の定義に対して、「表現においては少なくとも不十分」⁵⁾とするが、これは、後に検討する「侵入」の意義に関する意思侵害説を意識したものであると考えられる。すなわち、意思侵害の標準となる許諾権者としての看守者の立入り禁止意思が客観的に見て外部に対し表示されているからこそ、「人の看守する建造物」として刑法130条の保護の対象となると考えられるのである。もっとも、これは、本来的には「侵入」の有無において問題となるものであり、この点説も、看守者の立入り禁止意思の表示の有無は客観的に判断するというの

であるから、実際には、客観的な意思表示といえるだけの設備を施す必要があるといえるであろう⁶⁾。また、説の中にも、管理人・監視人を置く、施錠、出入口などを釘付けにする、垣で囲うなど、人的・物的設備を例示するものがあるし⁷⁾、より端的に「事実上管理支配するとは、一定の場所に他人の侵入を防止する人的・物的設備を施すことをいう」とする見解もある⁸⁾。これらの見解によると、実際の内容としては、説と大差はないことになる。そして、建造物侵入罪が外部の立入り者との関係において問題となる犯罪であることに鑑みると、看守者の立入り禁止意思是、外部から認識できる形で表示されるべきである。前述のように、そのためには客観的な表示といえるだけの設備が必要であるから、看守の意義としては、人的・物的設備を施すことによって看守者の立入り禁止意思が外部に表示されることと解されることになる。そのことによって、説のいう、看守者の管理、支配という観念的事情が、事実よって裏付けられることになる。

本件銀行出張所は、たしかに無人店舗であり、少なくとも事実上は、人の出入りが制限される場所とはいえないかもしれない。しかし、客の出入り口を1箇所制限しており、しかもそこには自動ドアが設置されていたこと、また、ATM機のある銀行出張所には防犯カメラが設置されるのが通常であり、ATM機の利用等とは無関係の部外者の立入りにとって一定の心理的負担となり得ることなどからすると、看守者による部外者の立入りを拒絶する意思表示を基礎付ける設備としては、一応十分といえよう⁹⁾。

(2) 建造物侵入の意義

本件銀行支店出張所はいずれも無人の施設であり、また、自動ドアや防犯カメラが設置されていたものの、営業時間内であれば事実上誰でも立ち入ることのできる施設といえる。その意味では、デパート、駅の構外、ホテルのロビーなどといった不特定多数の一般客に対して開放された施設に近い性格を有しているともいえる。これらの場所の立入りに関して、近時

の多くの学説は、管理権者の包括的同意が存在することから、外形上問題なく行われる限りにおいて、立ち入りの目的を問うことなく、建造物の侵入にはあたらないと解している¹⁰⁾。この点が本件の中心的な論点となるので、この問題に関する主な裁判例を概観したうえで、学説につきやや詳細に検討することにする。

判例に関してみると、周知のように、近時のリーディングケースともいえる「大槌郵便局事件」判決（最判昭和58年4月8日刑集37巻3号215頁）は、侵入の意義につき「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」と定義し、その上で、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、当該建造物の性質、使用目的、管理状況、管理権者の態度、立ち入りの目的などからみて、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場合には、建造物侵入にあたると判示する。もっとも、この事件は、一般に開放されているといえない夜間の郵便局への立ち入りに関するものであるという意味において本件とは事案を異にすることに留意すべきである。これに対し、以下にみるように、下級審裁判例では、一般に開放されている（あるいは入場に関して特にその目的などはチェックされない）施設への立ち入りに関して、立ち入りの目的が管理者の許容できないような不当なものである場合には、たとえ立ち入り外形上穏当な態様であったとしても、建造物への侵入にあたるという考え方を示している。

まず、(1) 東京地判昭和44年9月1日刑月1巻9号865頁は、発煙筒をたく等の目的で皇居の一般参観会場に立ち込んだ事案につき、「一般参観者にまぎれて、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る行為は、被告人らが、一般参観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観会場に立ち込んだとしても、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穏を害する違法な立ち入り行為であると解するのが相当」とする。次に、(2) 大阪地判昭

和46年1月30日刑月3巻1号59頁は、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つても、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」とした。また、⁽³⁾ 東京地判昭和48年3月27日東京高刑時報24巻3号41頁は、ベランダより垂れ幕を下げ、ピ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つて、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ち入りであることは否定できない」とした。さらに、⁽⁴⁾ 東京高判平成5年2月1日判時1476号163頁は、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（東京地判平成4年5月21日 引用者）が、このような状況¹¹⁾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」とした。最後に、⁽⁵⁾ 仙台高判平成6年3月31日判時1513号175頁は、国民体育大会の開会式を妨害する目的で、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。

これらの裁判例において示された考え方を敷衍すると、本件のような他の利用者の暗証番号等を盗撮する目的での立入りは、管理権者に容認されないものと判断されることになり、建造物侵入罪の成立が認められることになる。その意味で、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¹²⁾。しかし、先に言及したように、本件は、一般への開放性という意味において、「大槌郵便局事件」とは事案を異にしている。また、立入りの態様の穏当さについても、大槌郵便局事件の場合には、夜間に多人数で土足のまま立ち入ったというものであるから¹³⁾、必ずしも穏当なものとはいえないのに対し、本件では、少なくとも表面上は一般客を装って出張所内に立ち入っているという意味では、穏当と評価できる(もっとも、共犯者と入れ替わり立ち代わり出張所内に立ち入る行為は、一概に穏当ともいえないように思われる)。これらの点に鑑みるなら、本決定は、「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。

そうすると、先に述べたように、近時の有力な学説が一般に開放された施設への外形上平穩な立入りに関しては、管理者の包括的な承諾が認められるので、たとえ違法な目的であっても建造物への侵入にはあたらないとすることとの関係が問題となる。ところで、建造物侵入を論じる上では、保護法益との関係が問題となるとされる。すなわち、保護法益につき、住居権説をとる立場は、住居権者(ないしは建物管理権が問題になる場合には管理権者)の立入り拒絶意思に反する立入りを侵入と解する(意思侵害説)。意思侵害説においては、本件のような場合、被告人による立入りは、少なくとも事後的に見れば、管理権者の立入り拒絶意思に反することが明らかであることから、事後的に判明した形式的な意思侵害と、立入りそのものの穏当さとの関係が問題となるであろう。これに対し、平穩説を

とる立場は、建物利用の平穩を害する立入りを侵入と解することになる（平穩侵害説）。平穩侵害説においては、本件被告人の立入りが、少なくとも外形上平穩と解される限りで、かかる立入り時の外形上の平穩性と事後に判明した不当な目的との関係が問題となる。

(i) 意思侵害説

意思侵害説は、一般に開放されている施設への立入りに関しては、管理権者の包括的承諾の問題とする。もっとも、本件のような不当な目的での立入りとの関係で、「包括的承諾」をどのように取り扱うかは、意思侵害説の論者の中でも見解が分かれる。

まず、社会通念上一般に許される範囲での立入り行為については管理権者の包括的な同意が与えられているとする見解がある¹⁴⁾。逆に、包括的な同意の範囲を超える侵入については、管理者の意思に反する立入りとされる。すなわち、社会通念上許される範囲を超える立入りに関しては、管理権者の包括的承諾を得ることができず、建造物侵入罪の成立が肯定されることになる。この見解によると、本件のような不当な目的での立ち入りは、社会通念上一般に許容される範囲を超えるものとして、管理権者の意思侵害が認められるであろう。これは、事後的に判明した不当な目的に基づく管理権者の形式的な意思侵害から、建造物侵入罪の成立を認めるものといえる。

これに対し、近時の有力説は、一般に公開されている建物については通常の形態での立入りである限り建物管理者の包括的承諾の範囲内にあると解している¹⁵⁾。その前提は、立入りが許容された時間帯に通常の形態で行われる場合には、管理権者が入口でチェックしていたとしても、不当な目的を知ることにはできず、当然に立入りを許容したであろうといわざるをえないことである¹⁶⁾。それゆえ、この見解によると、本件の場合には、少なくとも被告人が出張所内に立ち入る際、たとえ管理権者がその場にいたとしても盗撮目的を察知できるとは通常考えられないから、建造物侵入

にはあたらないと解されることになるであろう(実際に盗撮行為に入れば当該目的は明白であるが、そのときには不退去罪が問題となるにすぎない¹⁷⁾)。

このように、意思侵害説においても、本件銀行出張所が一般に開放された施設であることを前提とするとき、管理権者の意思侵害の有無に関して結論が分かれるように思われる。特に、説が前提とする、穏当な形態での立入りの場合には管理権者も不当な目的をチェックできないという点につき、説の立場からは、「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が同意されたことを意味するものではな¹⁸⁾」、「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¹⁹⁾」と批判される。しかし、それ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には盗撮目的を知ることでは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²⁰⁾。論者はおそらく、被害者の承諾に関する「重大な錯誤説²¹⁾」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。そもそも一般に開放された施設で管理権者の包括的な承諾に依拠するのは、はじめから不特定多数の者の利用を予定しているという施設の性格による。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²²⁾、ここでは、立入り領域の性格上、そのような意思の障壁は、通常の状態では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²³⁾。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、認められないことになる。仮に本件銀行出張所がそのような領域といえるのであれば、このことが妥当するので、少なくとも営業時間内に通常の利用者と同じ形態で立ち入る限り、意思侵害説の立場からは、建造物侵入にはあたらないと解されることになる。なお、説の論者は、「大槌郵便局事件」判決の考え方を引き合いに出すが、先に述べたように、領域の性格において事案を異にしており、その考え方が一般に開放された領域に対し、直截にあてはまるとはいえないことに留意が必要と思われる。

もっとも、本件銀行出張所の性格の問題に加え、共犯者らと入れ替わり立ち代わり銀行出張所内に立入ったという本件被告人の立入りの態様が、通常の利用者のもものと異ならないと言い切れるかは異論の余地がある。そうであれば、上述のように理解される意思侵害説の立場からも、本件立入りが建造物侵入に該当しないと断定はできないであろう。

(ii) 平穏侵害説

平穏侵害説による場合、少なくとも外形上平穏な態様による立入りの場合には、建造物侵入にはあたらないと解されることになる。このような平穏侵害説の基本的な立場を前提にするなら、一般に開放された施設への立入りに関しては、社会観念上許される範囲内で立ち入る行為には包括的に看守者らの承諾があると解する見解が、平穏性と承諾の関係の問題をここでは度外視するとして一貫しているといえるであろう。これに対し、平穏を害する行為態様で立ち入る場合には、承諾の限度を超えるものとして、建造物侵入罪が成立することになる。ここで問題とされるのは、立入りの態様であるという点が重要である。実際、説の論者には、このことを前提に、前掲⁽⁵⁾判例の結論は疑問とするものもある²⁴⁾。この見解によると、本件についても、被告人の立入りの態様が外形上平穏といえる限りにおいて、建造物侵入罪の成立が否定されることになると思われる（もっとも、前述の通り、その点については留保が必要であろう）。

ところが、平穩説の論者の中には、外形的に妨害目的が明らかな場合には平穩な立入りといえないことを前提に、前掲⁽⁵⁾判例の事案についても平穩を害した立ち入りとするものがある²⁵⁾。たしかに、この事件では、被告人が着用していたワイシャツの背に「国体粉碎」などと書かれていたことが認定されており、立入り時にこれを見た者は、あるいは国体の開催を妨害するという立入り目的を推測できたかもしれない。この点は事実認定の問題なので、これ以上立ち入ることは避けるが、ここでは、少なくとも不当な立入り目的が外形上判別できないことが前提である。論者は、不当な立入り目的も含めた「そのような平穩侵害の有無は外形上判別可能である」²⁶⁾とするが、前掲⁽⁵⁾判例の事案は措くとしても、本件も含め、すべての事案についてそのように断じることはできないであろう。それゆえ、説は、理論としてみた場合には、平穩説の当然の前提を述べているにすぎない²⁷⁾。平穩説の立場からは、少なくとも一般に開放された施設への立入りに関しては、立入りの態様の平穩性が決定的な基準となると考えられる。

このようにみると、一般に開放された建造物への立入りに関しては、立入りの穏当さ（許された時間内に通常の状態で行入ることを指す）が基準となる点では、意思侵害説と平穩侵害説の理論上の差異はそれほど大きくないように思われる²⁸⁾。これに対し、本決定は、「建造物侵入罪の成立には、立入り後の建造物内において、行為の外観が異常なものであるという意味で外形的な平穩が害される（すなわち、立入りは、建造物内での外形的な平穩を害する目的、あるいは、そのような危険性を伴うものである）ことも必要ないという判断を示したということができ」²⁹⁾、立入りの態様ではなく、事後的に判明した事情から判断される管理権者の形式的な意思侵害を問題とする点で、説に沿うものと考えられる。しかし、特定多数の者の出入りが予定されているという意味で公共的な建造物について、管理権者の形式的な意思侵害を問題にすることは適切ではない。むしろ、この

ような建造物については、次の2つの意味で、管理権者の意思は制約を受けるといふべきである。

1つは、恣意的な立入り拒絶意思は原則的に考慮すべきでないという制約である。これは、当該領域の持つ「公共性」という性格からもたらされる制約である³⁰⁾。もっとも、本件で恣意的な管理権の行使が問題となるというわけではないので、この制約に関しては、特に論じる必要はないであろう。いま1つは、(i)で述べた当該領域の一般的開放性からもたらされる制約である³¹⁾。これは、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）。

さらに、このような考え方を裏付けるための、説ないしは本決定が前提とする見解に対する実際の方向からの批判として、(a) 不可罰な他罪の予備行為が広く処罰されることになる点³²⁾、あるいは (b) 許諾権者が現場にいないことによってかえって住居侵入罪による保護が厚くなるというのは奇妙であり理由ない点³³⁾を挙げることができるであろう。

3. 偽計業務妨害罪

(1) 本罪の性格

判例および多数説は、本罪を抽象的危険犯と解し³⁴⁾、具体的に業務が妨害される必要はなく、業務が妨害されるような行為に出た時点で本罪の成立が認められるとする。これによると、本件でも、銀行の具体的業務の如何にかかわらず、本罪の成立が肯定されることになるであろう。しかし、刑法233条は「業務を妨害した」と規定していることからすると、業務に全く何の支障がなかった場合についてまで本罪の成立を認めることには、文言との関係で問題がある。そこで、本罪を侵害犯と解する見解

は、業務遂行に多少とも外形の混乱・支障を生じたことを必要とする³⁵⁾。

説を前提に、出張所内に全く利用客が来店しなかったとしたら、本罪の成立は否定されることになるとの見方もありうる³⁶⁾。しかし、外形の混乱、支障の範囲は必ずしも明確ではなく、そもそもこの点を利用客による混乱との関係だけ論じること自体、暗証番号等の盗撮という行為に鑑みると妥当とは思われない(たとえば、利用客が散発的にしか来なかった場合にも同様に支障は生じないといえるが、その場合にも本罪の成立は否定するかは必ずしも明らかではない)。そゆえ、説に立つとしても、本件で銀行の業務はどのような範囲において保護されるのかをみておく必要があると思われる。

(2) 業務として保護される範囲

この点につき本決定は、ATM機によるサービスの提供と規定している。しかし、被告人は単にATM機を占拠したのではなく、少なくとも裁判所の認定では、その間、他の利用客の暗証番号等の盗撮に加担していたのである。ここで、「ATM利用客のカード情報が盗撮され、その情報を基にカードが正当な所持人の意思に反して悪用されるようなことがあれば、カードを発行して利用客の利便に供している銀行の業務に多大な障害が生ずることは明らか³⁷⁾」であることに鑑みると、むしろ盗撮そのものを「妨害」と捉える方が適切であろう。そしてこの点は、本罪の性格につき、物理的な業務の妨害ないしはその危険ではなく経営基盤を危殆化する罪と解する見解³⁸⁾によってよりよく捉えられるように思われる。その場合、本件で認められたように盗撮に失敗したり、あるいは盗撮したもののデータを廃棄した場合の処理が問題となるが、上記の点に鑑みると、盗撮そのものが経営基盤の危殆化を意味するというべきであろう。

- 1) 大判大正3年6月20日刑録20巻1300頁(建造物損壊罪に関する事案)、大判大正13年5月31日刑集3巻459頁(非現住建造物放火罪に関する事案)。
- 2) 最判昭和59年12月18日刑集38巻12号3026頁、大塚仁『刑法概説(各論)』(第3版増補)

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（安達）

- 版)』（2005年）115頁，曾根威彦『刑法各論〔第3版補正2版〕』（2005年）86頁，前田雅英『刑法各論講義〔第4版〕』（2007年）137頁，松宮孝明『刑法各論講義〔第2版〕』（2008年）127頁等。
- 3) 山口厚『刑法各論〔補訂版〕』（2005年）119頁，大谷實『刑法講義各論〔新版第2版〕』（2007年）127頁，西田典之『刑法各論〔第4版〕』（2007年）95頁。
 - 4) 中森喜彦『刑法各論〔第2版〕』（1996年）77頁。
 - 5) 中森・前掲(注4)77頁。
 - 6) 中森・前掲(注4)77頁が引用する，平野龍一『刑法概説』（1977年）183頁は，「その付属地自体，垣などによって立入りを許さない意思が客観的に示されていることが必要」とする。
 - 7) 松宮・前掲(注2)127頁。
 - 8) 山中敬一『刑法各論』（2004年）159頁。
 - 9) 山口厚「判批」NBL 871号（2007年）10頁。
 - 10) 平野・前掲(注6)184頁，山中・前掲(注8)163頁，曾根・前掲(注2)87頁，山口・前掲(注3)123頁以下，大谷・前掲(注3)130頁，西田・前掲(注3)97頁，松宮・前掲(注2)124頁以下等。
 - 11) 西通用門で白紙の傍聴券での入門が許されるという取扱いにつき，原判決が，後に記帳台で真実の氏名等が記入されることを予定したものであって，参議院傍聴規則上，虚偽の氏名等を記載した傍聴券所持者の立入りまで許容されるものではないことを指す。
 - 12) 伊藤栄二「判批」研修712号（2007年）22頁参照。
 - 13) 刑集37巻3号217頁参照。
 - 14) 大谷・前掲(注3)130頁。伊藤・前掲(注12)も同旨と思われる。
 - 15) 曾根・前掲(注2)88頁，中森・前掲(注4)79頁，西田・前掲(注3)97頁以下，松宮・前掲(注2)124頁以下，山中・前掲(注8)163頁，山口・前掲(注3)123頁以下，塩谷毅「判批」ジュリスト1354号（平成19年度重要判例解説）(2008年) 176頁等。
 - 16) 西田・前掲(注3)97頁（若干の表現を本稿の言葉遣いに即して改めた）。
 - 17) 建造物侵入罪は通説的には継続犯と解されることから，立入り継続中，盗撮行為に入った段階から建造物侵入罪が成立するという考え方もありうるが，立入り時にそれが許容されたのであれば，少なくともその継続中は許容されるというべきであろう。立入り継続中に発生した管理権者の拒絶意思は，不退去罪によって保護される。もっとも，建造物侵入罪を状態犯と解する場合には（このように解するものとして，山口・前掲(注3)116頁），立入り時の許諾のみが問題となるので，私見はこのような状態犯説による方がよりよく根拠付けられるといえるのかもかもしれないが，この点の検討に関しては，他日を期したい。
 - 18) 伊藤・前掲(注12)22頁。
 - 19) 伊藤・前掲(注12)23頁。これに対し，鈴木朋子「判批」警察公論63巻1号（2008年）126頁は，「大槌郵便局事件」判決に倣い，立入り目的だけでなく，建物の性質，利用目的，管理状況，管理者の態度なども総合考慮するとする。
 - 20) 塩谷・前掲(注15)176頁参照。
 - 21) 最判昭和33年11月21日刑集12巻15号3519頁参照。

- 22) Vgl. J. Bohnert, Die Willensbarriere als Tatbestandsmerkmal des Hausfriedensbruchs, GA 1983, Iff.
- 23) この点に関連して、専田泰孝「判批」法学教室・判例セレクト2007年31頁は、「スーパーマーケットやデパートのような一般に開かれた店舗では、入店の可否を個別に判断するというのを通常行わないが、これは、店側が、外形上明らかに入店拒否を要する者以外は『万引き目的の者も含めて来店者全員に包括的に建造物への立入りを許し』その上で入店者の店内での行動を監視するという戦略を選択したからだと思われる」とする。たしかに、顧客として入店する者に対し、管理権者の意思の障壁を取り払う背景には、そのような「戦略」もある。しかし、侵入を根拠付けるのは、障壁そのものであって、しばしば主観的なものとして内部に留保される「戦略」ではない。そして、「障壁」というためには、その意思が何らかの形で実効性のあるものとして外部的に認識できるようにしておく必要があるのである。
- 24) 大塚・前掲(注2)118頁。
- 25) 前田・前掲(注2)139頁。
- 26) 前田・前掲(注2)139頁。
- 27) もっとも、前田雅英「最近の住居侵入罪の判例と圍繞地」研修717号(2008年)12頁では、「実際には『不法目的を隠した侵入行為』それだけで処罰される事態は考えにくい。その意味では、侵入後の行為で広い意味での被害者の『平穩』が害された場合に限り構成要件該当性を認めるという説と、最決平成19年7月2日(本決定 引用者注)はほとんど差がないといえよう」とされるので、平穩侵害は、立ち入り後の行為を前倒しして含め、事後的に判断されることになる。しかしそれでは、建造物侵入罪による侵害法益は立入り後の犯罪行為による侵害法益に混交され、実質上、その独立性を失うであろう。
- 28) 意思侵害説と平穩侵害説の理論的な重なり合いを指摘するものとして、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」立命館法学300・301号(2006年)1頁以下も参照。
- 29) 上嶋一高「建造物侵入罪の意義」『刑法判例百選 各論〔第6版〕』(2008年)37頁。
- 30) この点に関し、関哲夫『住居侵入罪の研究』(1995年)325頁は、「公共的営造物は、多種多様な利益を包摂したプライベートの容器というよりは、むしろ労働の場所ないし職務の場所として、一定の目的に資する公的な領域としての性格が強いのである。そのため、その領域の支配・管理あるいは処分を管理者の自由な意思決定に委ねることはできない」と述べる。
- 31) 塩谷・前掲(注15)176頁は、「本件のように一般に開放されている社会的営造物の立入りについては、管理権者の立入り拒絶意思も一定の客観的な制約を受けるとする立場が学説上有力である」と述べる。なお、豊田兼彦「判批」法学セミナー633号(2007年)115頁は、「公共空間については、管理者ないし管理権者の意思は公共性を理由に一定の客観的制約を受けると述べるが、これは本来的には前者の制約について妥当することである。
- 32) 中森・前掲(注4)79頁。
- 33) 山口・前掲(注3)124頁。
- 34) たとえば、大判昭和11年5月7日刑集15巻573頁。

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（安達）

- 35) 西田・前掲(注3)121頁等。
- 36) 塩谷・前掲(注15)176頁。
- 37) 判時1986号157頁・匿名解説。
- 38) 松宮・前掲(注2)169頁。