

### I. 事実の概要

5 MとSとTは三人で日頃からよく遊んでいたが、リーダー格であったTが「コンビニで万引きできたやつには今晚おごってやるよ」と言い出した。MとSは今後仲間外れにされることを恐れ、これに同意した。二人は同時に店内に入ったが、Mはかばんに入っていた封を開けていないコーヒーがあることを思い出し、Sより先にコンビニを出て、あたかも万引きしてきたかのようにTにコーヒーを見せた。

10 Sはコンビニで売っていた小さめの消しゴムをポケットに入れた後、これでは二人に馬鹿にされるかもしれないと考え、店主の目を盗んでお菓子を数点かばんの中に入れた。Sはここでコンビニを出た。

三人は知らなかったが、このコンビニでは監視カメラが設置されており、顔ははっきりとしないながらもSの万引きの様子が映されていた。店主が警察へ被害届を提出したことで、この映像がテレビで放映されるまでに至った。Tはこれを見て、そもそもは自分が言い出したことでSには申し訳ないことをしたと思い、Sを呼び出して「ほとぼりが冷めるまで家に来ないか」と提案してSを匿った。

15 M、S、Tの罪責をそれぞれ論ぜよ。

参考判例：最高裁平成19年7月2日第一小法廷

### II. 問題の所在

20 1. M及びSがコンビニに窃盗目的で立ち入っている行為について、その立ち入りの外観が一般の客のそれと異なるものでなくても、建造物等侵入罪(130条前段)が成立するか。「侵入」(130条前段)の意義が同条の保護法益と関連して問題となる。

2. 104条の成否について、専ら自己のために証拠を隠滅した場合には不可罰となる余地があるが、103条の成否についても同様の理論を用いることはできるか。103条と104条の法的性質が問題となる。

25

### III. 学説の状況

#### 1. 住居侵害罪の保護法益について

A説：旧住居権説

「家長としての夫」にのみ帰属する住居権を住居侵害罪の保護法益とする説<sup>1</sup>。

30

B説：平穏侵害説

住居の平穏な状態そのものであるとする説<sup>2</sup>。

C説：新住居権説

35 住居に誰を立ち入らせ誰の滞在を許すかを定める自由であるとする説<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> 大判大昭7・12・6刑録24輯1506頁。

<sup>2</sup> 佐久間修『刑法各論』(成文堂,2006年)121頁。

<sup>3</sup> 大谷實『刑法講義各論[新版第4版]』(成文堂,2013年)133頁参照。

## 2. 共犯者による犯人蔵匿罪の成否について

ア説：否定説

5 103 条と 104 条の同質性を指摘して、自己の利益のため共犯者を蔵匿・隠避した場合には犯人蔵匿罪の成立は否定すべきだとする見解<sup>4</sup>。

イ説：肯定説

103 条と 104 条の罪質の相違及び保護法益の相違を指摘して、共犯者による犯人蔵匿罪の成立を肯定する見解<sup>5</sup>。

10

## IV.判例の状況

最高裁昭和 58 年 4 月 8 日第二小法廷 昭和 55 年(あ)906 建造物侵入被告事件

(事実の概要)

15 労働組合員である甲と乙は、門から A 郵便局中庭に入り、土足のまま局舎内に入り、窓ガラス等にビラ約 1000 枚を添付した。A 郵便局長 B は、A 郵便局職員の多くが組合員であったことから、宿直員に対してビラ貼り拒否等の特段の指示は出していなかった。

(判旨)

20 「刑法 130 条前段にいう『侵害シ』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、同上の罪の成立は免れないというべきである。」として建造物侵入罪の成立を認めた。

25

(引用の趣旨)

本判決は、刑法 130 条における「侵入」を管理者の意思に反して立ち入ることと定義した上で、管理権者が立入り禁止の意思を明示していなくとも、立入り目的等から、管理権者が立入りを容認していないと言える場合には建造物侵入罪の成立を認めており、新住居権説に依拠した判例として引用。

30

## V. 学説の検討

### 1. 住居侵入罪の保護法益について

A 説：旧住居権説について

35 この説は、住居侵入罪を「他人の住居権を侵害」する犯罪として住居権説を採るが、住居権がもつぱら

<sup>4</sup> 松宮孝明『刑法各論講義[第 4 版]』(成文堂,2006 年)477 頁参照。

<sup>5</sup> 前田雅英『刑法各論講義[第 6 版]』(東京大学出版会,2015 年)462・464 頁参照。

「家長としての夫」にのみ帰属するとする説である。これは、戦前の家制度を前提としており、基本的人権の尊重を基本的理念とする現行憲法の下では、家の制度は廃止され、住居権は共同生活者の全員に認めるべきであるから妥当でない<sup>6</sup>。

したがって、検察側はこの説を採用しない。

5

#### B 説：平穩侵害説について

この説は、封建的な家長制度と結びついた旧住居権説への批判から主張されたものであるが、この説に対して以下の疑問が存在する。

10 第1に、「平穩」概念の曖昧さである。住居の平穩とは何を意味するのか、静謐という意味だとするならば、開放されたドアから入れば泥棒であっても本罪は不成立となり、プライバシーだとするならば、官公庁の建造物は客体から除外されなければならないといえる。

15 第2に、「平穩」とは居住者・管理権者の意思に反することであるとするならば、実質的に住居権説と異ならない。もし、平穩説を一貫して立ち入りの態様が平穩であるとするならば、住居権者の意思に反していても本罪の不成立があり得る。本罪を個人的法益に対する罪と位置づける以上、個人の意思や承諾の有無に関わりなく本罪が成立するとするのは、疑問がある。

第3に、不退去罪との不均衡である。不退去罪が住居権者の退去命令によって成立することとの不均衡を否定できないのである。なぜなら、不退去罪では、行為態様の平穩性ということは問題となりえないからである。この説は、退去要求に従わないことにより平穩でなくなるとするが、それでは住居権者の意思に反することと同義であり、結局のところ住居権説に帰着せざるを得ないといえる<sup>7</sup>。

20 よって、検察側はこの説を採用しない。

#### C 説：新住居権説について

25 まず前提として、本罪は個人的法益に対する罪である<sup>8</sup>。そのため、本罪の法益の帰属主体は個人であるものとして位置付けられる。その帰結として、罪の成否は住居権者個人の意思もしくは承諾の有無によって決せられるべきであると言える。また、生活の場の実際の侵害はその場を支配・管理していることの侵害であり、それは支配意思・管理意思の侵害にほかならない<sup>9</sup>。したがって、支配または管理意思を有しこれらの意思の保護を欲する者の自己決定権こそが本罪の保護法益であると言える。

30 以上より、客観的事実としての平穩の侵害又は建造物の持つ機能そのものの侵害が無い場合においても、立ち入り行為が居住者の意思に反していると合理的に認められる場合には本罪の成立を認めるべきである。

よって、検察側はこの説を採用する。

## 2. 共犯者による犯人蔵匿罪の成否について

### ア説：否定説について

<sup>6</sup> 岡野光雄『刑法要説各論[第4版]』(成文堂,2003年)70頁参照。

<sup>7</sup> 西田典之『刑法各論[第5版]』(弘文堂,2010年)95~96頁参照。

<sup>8</sup> 大谷實『刑法講義各論[新版第4版]』(成文堂,2013年)133頁。

<sup>9</sup> 川端博『刑法各論講義[第2版]』(成文堂,2010年)209頁。

この説は、「犯人が逮捕を免れる行動をとる」ことは刑事訴訟法上の防御権内の行為として認められているということを前提として、犯人が自己の刑事事件に関する証拠等を隠滅する行為は、もっぱら自己のために行われれば証拠隠滅罪を構成しないのであるから、共犯者間による犯人蔵匿罪も証拠隠滅罪と同様に成立しないとする説である。

- 5       しかし、刑事訴訟法における被告人の防御権については、被告人は一方当事者として、あくまで「自分が犯人でない」として防御することまでしか許容していない。つまり、刑事訴訟法は、共犯者間における共通の犯罪における証拠隠滅行為までは防御の範囲内として認めているとはいえるものの、刑事被告事件における刑執行の客体ともなる別の者自体を蔵匿・隠避する行為によって、公権力側がその蔵匿・隠避された者を捜査・審判及び刑の執行を行うことを直接的に不能にすることは、その刑事司法作用に対する侵害の大きさから鑑みても、もはや「自分が犯人でない」という防御権の範囲を逸脱しており、法が予定しているものではないといえる。一方で、刑事手続きにおける真相解明の利益が重要であるのは自明であり、やはり、被疑者・被告人に与えられる恩典は、政策的に必要な範囲の最小限度に限られるといえる。そうであるならば、共犯者を蔵匿・隠避することによって、当該犯人に対する捜査・審判及び刑の執行を直接妨害するような行為は防護権を濫用していると考えられ、それを防御権の範囲内とすることは、
- 10
- 15       もはや法の予定するものではないといえる<sup>10</sup>。

したがって、検察側はこの説を採用しない。

#### イ説：肯定説について

- この説は、犯人蔵匿罪と証拠隠滅罪では罪質に相違があることを指摘することで、共犯関係がある場合に、期待可能性の欠如を理由として行為者を不可罰とする証拠隠滅罪の論拠を、犯人蔵匿罪において同様に適用することはできないとして、共犯者による犯人蔵匿罪の成立を肯定する見解である。
- 20

- 確かに、両罪は、共に「国の刑事司法作用」を保護法益とする点で共通しているのではないかと考えられる。しかし、犯人蔵匿・隠避罪が「犯人の適切な訴追・処罰に関する身柄の確保」を図る目的で定められていること、証拠隠滅罪が「公判における裁判官の判断の適正」を図る目的で定められていることから、その保護法益は内実において別個のものであると考えられる。また、証拠隠滅罪は、刑事被告事件に関する証拠の完全な利用を妨げる罪であって、その法益侵害性は間接的なものにとどまるのに対して、犯人蔵匿・隠避罪は、前述の通り、当該犯人に対する刑事事件の捜査・審判・刑の執行を正面から阻害する罪であって、その法益侵害性が刑事司法作用に対して直接的で甚大なものとなるのは明らかである<sup>11</sup>。
- 25

- したがって、犯人蔵匿・隠避行為と証拠隠滅行為では、犯人蔵匿・隠避行為の方が刑事司法作用を大きく損なうといえることから両罪の罪質には相違があるといえ、両罪の罪質に相違がある以上、共犯関係がある場合に、期待可能性の欠如を理由として行為者を不可罰とする証拠隠滅罪の論拠を犯人蔵匿・隠避罪において同様に適用することはできないといえる。そして、否定説の検討で述べた通り、蔵匿・隠避行為によって、当該犯人に対する捜査・審判及び刑の執行を直接妨害するような行為は、もはや防護権の濫用であるといえることから、共犯者による犯人蔵匿罪の成立を肯定することができるといえる。
- 30

- 35       したがって、検察側はこの説を採用する。

---

<sup>10</sup> 前田雅英『刑法各論講義[第6版]』（東京大学出版会,2015年）462・464頁参照。

<sup>11</sup> 同上参照。

## VI. 本問の検討

### 第一 Mの罪責について

- 5 1. Mが万引きをする目的でコンビニの店内に侵入した行為について建造物等侵入罪(130条)、窃盗未遂罪(235条、243条)が成立するか
- 2.(1) 建造物等侵入罪の構成要件は①正当な理由無く②人の看守する建造物に侵入する事である。  
(2) ①について、検察側は建造物等侵入罪の保護法益についてC説を採用するところ、「正当な理由の無い侵入」とはその建物の管理権者の明示もしくは黙示の意思に反する立ち入りであると解する。本問  
10 において、Mのコンビニにおいて万引きをする為という目的は、明らかにコンビニの管理権者である店長の黙示の意思に反する目的であるといえ、そのような目的に基づいたMのコンビニへの立ち入りは「正当な理由の無い侵入」であるといえる。  
(3) ②について、営業中のコンビニは、店員が必ず一人以上常駐し管理しているところから人の看守する建造物であるという事が出来る。
- 15 3. 本問においてMには故意(38条本文)があり、また特段の違法性・責任阻却事由もない。  
4. 一方でMはコンビニの店内に入ったが万引きの為の物色等をする事無く万引きをせずに店から出ているので、法益侵害の具体的な危険が発生しているとは言えず窃盗罪の実行の着手は認められない。  
5. よってMの行為には建造物等侵入罪(130条)が成立する。

### 第二 Sの罪責について

- 20 1. Sが万引きをする目的でコンビニの店内に侵入し、万引きした行為について建造物等侵入罪(130条)、窃盗罪(235条)が成立するか。
2. Sの行為についてもMと同様の理由から建造物等侵入罪(130条)が成立すると解する。  
3. また窃盗罪の構成要件は①他人の財物を②窃取することであるところ、Sはコンビニの商品を数点万引きしており、Sの行為は上記構成要件に該当する行為であるといえる。
- 25 4. 本問においてSには故意(38条本文)があり、また特段の違法性・責任阻却事由もない。  
5. 以上よりSの行為には建造物等侵入罪(130条)、窃盗罪(235条)が成立し両罪は牽連犯(54条1項後段)となる。

### 第三 Tの罪責について

- 30 1. TがMとSに対してコンビニでの万引きを唆した事、そしてSの犯行後にTがSを匿った行為についてそれぞれ建造物等侵入罪(130条)、窃盗罪(235条)の教唆犯(61条1項)、犯人蔵匿罪(103条)が成立するか。
- 2.(1) 教唆犯の成立要件は①人を教唆した事②被教唆者が犯罪を実行した事である。  
(2) ①について「教唆した」とは罪を犯す意思の無い者を唆し犯罪の実行を決意させる事であると解するところ、本問においてTは「コンビニで万引き出来たやつには今晚おごってやるよ」とM、Sに言い、両者に万引きの実行を決意させているところからTはMとSを教唆しているといえる。  
35 (3) ②について、M,Sは共に万引きをするという意思を持ってコンビニに立ち入っているため、先述したようにM、Sの行為には住居等侵入罪が成立している。よってTにも両者の住居等侵入罪の教唆犯が成立する。しかしその後Sは万引きを実行したもののMは窃盗罪への実行の着手が無かったため、T

には S への窃盗罪の教唆犯のみが成立する。

(4) 本問において T には故意(38 条本文)があり、また特段の違法性・責任阻却事由もない。

5 (5) よって T の行為には S への建造物等侵入罪(130 条)、窃盗罪(235 条)の教唆犯、M への建造物等侵入罪(130 条)の教唆犯が成立し、S への建造物等侵入罪(130 条)、窃盗罪(235 条)の教唆犯(61 条 1 項)は牽連犯(54 条 1 項後段)となり、M、S への教唆犯は併合罪(45 条前段)となる。

3.(1) 犯人蔵匿罪の主体について犯人自身が自ら逃走・隠れる事について不可罰とされているところ、共犯者が実行犯を蔵匿した場合に共犯者が犯人蔵匿罪の主体になりうるかが問題となる。この点検察側はイ説を採用するところ、共犯者は犯人蔵匿罪の主体になりうると解する。

10 (2) 犯人蔵匿罪の構成要件は①罰金以上の刑にあたる罪を犯した者を②蔵匿することである。本問において T は窃盗罪を犯した S を「ほとぼりが冷めるまで家にこないか」といって S を匿い、その事によって S に対する警察の捜査を妨害している。この点 T は自らの罪責の隠滅というよりも S が犯罪を犯したことについて責任を感じて専ら S のために行動を起こしている点、期待可能性が比較的高いということが出来る。以上より T の行為は犯人蔵匿罪の構成要件を満たす。

4. 本問において T には故意(38 条本文)があり、また特段の違法性・責任阻却事由もない。

15 5. よって、T の行為には犯人蔵匿罪(103 条)が成立する。

## VII. 結論

M は建造物等侵入罪(130 条)、S は建造物等侵入罪、窃盗罪(235 条)、T は S への建造物等侵入罪、窃盗罪の教唆犯(61 条 1 項)、M への建造物等侵入罪の教唆犯、犯人蔵匿罪(103 条)がそれぞれ成立する。

20 罪数について、S の建造物等侵入罪、窃盗罪は牽連犯(54 条 1 項後段)となり、T の S への住居等侵入罪、窃盗罪の教唆犯は牽連犯、S への建造物等侵入罪、窃盗罪の教唆犯と M への建造物等侵入罪の教唆犯と犯人蔵匿罪は併合罪(45 条前段)となる。

以上