慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	建造物損壊罪をめぐる問題について
Sub Title	Über die Probleme der Zerstörung von Bauwerken
Author	内海, 朋子(Utsumi, Tomoko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.9 (2011. 9) ,p.357- 377
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	宮澤浩一先生追悼論文集 論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110928-0357

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

建造物損壊罪をめぐる問題について

内海朋子

一　建造物損壊罪をめぐる二つの最高裁決定
二　最高裁平成一九年三月二〇日決定の持つ意義
㈠　毀損取り外しという基準について
㈡　建造物概念をめぐる問題
㈢　建造物損壊罪における「損壊」について
三　他罪との関係
㈠　二六一条との関係
㈡　一〇八条、一〇九条との関係
㈢　一三〇条との関係
四　まとめ

一　建造物損壊罪をめぐる二つの最高裁決定

近時、建造物損壊罪に関して注目すべき二つの最高裁決定が出された。その一つはある物が損壊された場合に建造物の一部とみなされ建造物損壊罪が成立するのか、あるいは建造物の一部とはみなされず器物損壊罪が成立するにとどまるのかという問題を扱う最高裁平成一九年三月二〇日第一小法廷決定[1]である。残る一つは、毀損にはその効用の滅失が含まれるという従来の判例の立場を維持しながら、建造物の効用にはその美観が含まれることを明らかにした最高裁平成一八年一月一七日第三小法廷決定[2]である。

前者の最高裁平成一九年決定は、建造物損壊罪と器物損壊罪をいかに区別すべきかという問題の一部を扱うものであるが、二六〇条と二六一条の区別という問題は、そもそも建造物とは何なのかという建造物概念の内実に対する問いかけを含むものであるといえよう。この点、最高裁平成一九年決定は、当該物が建造物の一部としていかなる機能を有しているのかという点を考慮することを明らかにした。一方、後者の最高裁平成一八年決定は、建造物損壊罪における損壊概念を扱うもので、美観は建造物の効用に含まれるとする。そこで、この建造物の美観としての効用が、最高裁平成一九年決定において重視される建造物の機能といかなる関係に立つのかが問題となろう。

そこで本稿では、この二つの最高裁決定を契機として、建造物損壊罪をめぐる現代的課題について検討を加えたい。

二　最高裁平成一九年三月二〇日決定の持つ意義

㈠　毀損取り外しという基準について

最高裁平成一九年決定は、建造物に付属する物を損壊した場合、建造物損壊罪と器物損壊罪のいずれが成立するのかという問題につき、①建造物に取り付けられた物が建造物損壊罪の客体に当たるか否かは、当該物と建造物の接合の程度のほか、当該物の建造物における機能上の重要性を総合考慮して決すべきである、②本件ドアは、住居の玄関ドアとして外壁と接続し、外界との遮断、防犯、防風、防音等の重要な役割を果たしているから、建造物損壊罪の客体に当たるものと認められ、適切な工具を使用すれば損壊せずに同ドアの取り外しが可能であるとしても、この結論は左右されないとの判断を示した。

これは、戦後、下級審判例において、物を毀損しなければ取り外すことができない状態にあるかどうかという毀損取り外し基準だけでなく、物の構造的・機能的側面をも考慮する判決が多く見られるなど、基準の多様化がみられ、[3] さらには大阪高裁平成五年七月七日判決[4]のように「客体が構造上及び機能上、建造物と一体化し、器物としての独立性を失っていると認めるのが相当であるかどうか」という独立性の消失に着目し、毀損せずに取り外し可能かどうかは、当該物が建造物に該当するかの判断において重要な基準とはなり得ないと明言する判決が登場するなど、混乱が見られたところ、最高裁として一定の指針を示したものである。[5]

最高裁平成一九年決定が判断基準として示した、①当該物と建造物の接合の程度、②当該物の建造物における機能上の重要性という二つの要素のうち、①の要素は、戦前の判例の採用する立場とされてきた毀損取り外し説を完全に放棄することなく、この基準を改善して、程度を考慮し得る基準を採用したと考えられる。すなわち、建築技術の発達により、工場で個々の部材を作成して現場で組み立てる組立式の建築物が多くなり、これらの建築物については特殊な器具類を使用すれば建築物に取り込まれた部材の相当部分を損壊せずに取り外しすることができるようになった。[6] このような建築物に対する損壊行為についても建造物損壊罪の成立を肯定しようとして

取り外しに必要な器具や時間、取り外しの難易等にも言及する判決が増加し、取り外し基準を維持しようとする立場においてこの問題にどのように対処するか混乱が見られたのであった。

前述のように、最高裁が平成一九年決定によって毀損取り外し基準を全面的に否定したとは考えられないのであるが、それではそもそも従来毀損取り外し説がなぜ通説・判例の採用するところとなっていたのであろうか。この点につき、横内豪は、民法上の付合の理論の影響を指摘する。[7] 横内は、大正時代の大審院判決が、建て付けてあるにすぎない雨戸につき建造物の「従物」にすぎないという表現を用いていることに着目する。そして民法上、建物への付合によって建造物と一体となった物については建造物所有権の対象として保護されるということが、刑法上も建造物損壊罪の客体として保護されるという帰結を導いていたとみることができるとする。

確かに、民法上、付合に関しては毀損取り外し説と独立性消失説が対立しているところ、毀損取り外し基準を採用しない戦前の判決の中には独立性の消失に言及するものもあり、[8] そこには民法上の付合理論における独立性消失説の影響を見てとることができよう。このように、民法上の二学説に対応するかのように、建造物損壊罪と器物損壊罪の限界づけに関しても、毀損取り外しか、あるいは独立性の消失という基準が考慮されていたことから、少なくとも戦前の判例において民法上の付合理論が強い影響力を及ぼしていたと推測することは不可能ではないと思われる。そして、ある物が建造物に付加されたとき、当該物が建造物の一部として評価され、その所有権が建造物の所有権者に帰属するかどうかということは、被害の対象の範囲や被害者を確定するために重要であるから、付け加えられた物の建造物該当性が、民法上の付合理論に依拠して判断されることも不当とはいえないかもしれない。そこで、所有権の帰属を扱う民法上の付合の基準を、刑法における建造物の範囲の確定の問題に直截に反映させるべきであるとして、建造物に付属する物を損壊した場合に建造物損壊罪と器物損壊罪のいずれが成立するのかという問題を、建造物たる不動産への動産の付合と同様に理解するという考え方も妥当であるの

かもしれない。

しかしながら、民法上の付合の理論は、対象物の他人性を明らかにするという限度においてのみ、刑法上参考になるものである。民法における所有概念が刑法によってそのまま採用されるわけではなく、他人性の概念は刑法的観点から決せられるという見解も有力である。[9] 器物損壊罪に関してではあるが、民法上付合が認められる根拠はこれを分離復旧させることが事実上不可能か、社会経済上著しく不利な程度に至る点に求められるにすぎず、付合による所有権の帰属とは無関係に刑法上の保護法益としての財物たる性質ないし価値を考えるべきであるとの指摘が見られるところである。[10]

そこで、建造物に備え付けられた物が、器物としての性質を有するか、それとも建造物としての性質を有するかという問題は、所有権の帰属の問題とは切り離して論じることも許されよう。この問題に関して、民法上の所有権の帰属の問題から独立して刑法上の観点からアプローチすることが可能だとして、その際どのような観点を盛り込むべきであろうか。まず、器物損壊罪と建造物損壊罪のいずれが成立するかが問題となっていることから、両罪が別個に定められている理由を考えなければならないであろう。建造物損壊罪（二六一条）の法定刑の上限は懲役五年であり、上限が懲役三年であって三〇万円以下の罰金若しくは科料を選択することもできる器物損壊罪（二六〇条）よりも加重されている。なぜ建造物損壊罪は器物損壊罪より重く処罰されているのかという、両者における法定刑の違いの根拠に関しては、両罪を財産犯と理解し、建造物の方が財産的価値が高い点に求められることもある。確かに器物については毀損されれば廃棄して別の物を購入するなどすれば足りるが、建造物のように高価なものは、毀損された結果として廃棄に至る場合というのはよほど重大な毀損が加えられた場合に限られ、通常は毀損されたとしても修復して使用を続けざるを得ないことが多いから、[11] この点一層手厚く保護する必要があるといえそうである。[12]

しかしながら、既に指摘されている通り、時価一億円のダイヤモンドも器物であるから、そのように考えることはできない。[13] 建造物損壊罪の結果的加重犯として建造物損壊致死傷罪が定められていることからしても、建造物損壊罪は単に財産侵害を禁じるための規定なのではなく、生命・身体の保護のための規定でもあるといえる。[14] 結果的加重犯の存在を理由に生命・身体の保護規定として建造物損壊罪を理解することに対しては、建造物損壊行為をすれば常に生命・身体への具体的な危険の発生が要求されることになり、不当であるとの批判も考えられよう。しかしながら、傷害致死罪の基本犯である傷害罪においても、被害者が死亡する危険は非常に低い極めて軽微な傷害行為が捕捉されているのと同様、建造物の損壊は類型的に人の生命・身体に対する侵害の危険を有しているといえれば足り、同罪の成立に常に致死傷の具体的な危険が発生することを要求する必要はない。

以上のような理由から、私は、建造物は生命・身体を保護する役割を担っていることから、建造物損壊行為には類型的に生命・身体への危険が内在していると理解し、建造物の損壊によって生じる財産的価値の消失よりも、建造物の損壊行為による人の生命・身体への危険性に対する抑止を建造物損壊罪の本質として考慮するべきであると考えている。

㈡　建造物概念をめぐる問題

建造物には人の生命・身体を守る機能があり、建造物の損壊行為はその機能を損なうことになるので建造物損壊罪の処罰対象になるという私の立場からは、最高裁が平成一九年の決定において民法上の付合理論の影響を強く受けた取り外し基準の重視から、当該物が建造物として重要な機能を果たしているかという機能面の重視へと判断の軸足を移したことは高く評価されるべきである。特に建造物に付属する物を損壊した場合、建造物損壊罪と器物損壊罪のいずれが成立するのかという問題を、もし、ある物が建造物に該当するのか、器物に該当するの

かという、建造物と器物の限界づけを画する問題として捉え得るならば、前者を扱った最高裁平成一九年決定には、建造物とはいかなるものであるか、いかなる点において器物と異なるのかについての示唆が含まれているはずである。

従来、建造物損壊罪における「建造物」の概念について、判例・通説は、家屋その他これに類似する建築物を指し、屋根を有し壁又は柱によって支えられたものであって、土地に定着し、人の出入が可能なものと定義してきた[15]。この建造物の定義から、屋根・壁及び柱は建造物に該当することは明らかであり、屋根・壁・柱を構成する部分は建造物の本質的部分であるということができる。しかしながら、建築技術が発達した現在では、柱や壁、そしてそれらによって支えられる屋根という伝統的な建築形態を採らなくても、人の生活の拠点となるような空間を作り出すことが可能である。例えばドーム型、ピラミッド型、円錐型をした建築物や、洞窟やトンネルのような形態をした住居などを築造することが可能であろう。このように、従来の概念を覆す建造物の形態が可能であり、「屋根を有し壁又は柱によって支えられたものであって、土地に定着し、人の出入が可能なもの」とする従来の建造物の定義は変更を迫られることになろう。少なくともこの従来の定義の中で、「屋根を有し壁又は柱によって支えられたもの」という限定は不要である。そこで、最高裁平成一九年決定を参考に、建造物とはいかなる存在であるかについて、少なくとも、外界との遮断、防犯、防風、防音等の重要な役割を果たすという機能を有する物体である、と考えることは許されそうである。そして、建造物の本質が外界との遮断等の機能に求められるのだとすれば、建造物は「人の出入が可能なもの」であるという点こそが重要である。建造物は、人間がその中に存在することが可能な物体であり、人間を囲うものであって、そのことを通じて中にいる人間の安全を守るのである。そうだとすると、建造物は、中に人間が入ることのできる物体でなければならない。もっとも、電話ボックス、自動車なども人間が入れる空間を有する物体であって、風雨を妨げる役割を果たし得ると考えら

れるが、二六一条は特に生活の拠点に使われるような空間に限定して刑法的保護の対象とした、と考えられる。[16]

さて、それでは最高裁平成一九年決定のように、接合の程度と当該物の機能上の重要性を総合的に考慮するという場合に、一方の度合いが低くても他方の度合いが高いときには当該客体を「建造物」と解してよいかが問題となる。この点につき、藤井敏明は、建造物と一体をなしていて毀損することなしには取り外し得ない物であっても、機能上の重要性が非常に低い場合には、今後、建造物損壊罪の客体に当たらず器物損壊罪の客体となるとされる余地はあると指摘している。[17] 例えば屋根の上にすえつけられた装飾用の風見鶏や、外壁にはめ込まれる形で設置された装飾用の外灯などについては、たとえ毀損せずに取り外すことが不可能だとしても、この部分を損壊したり汚損したりする行為は建造物損壊罪を構成しない可能性が高い。逆に、自由に取り外しができる窓ガラスについては、接合の程度は極めて低いけれども、外界との遮断等において重要な機能を果たしているので、建造物と評価することが可能になろう。

㈢ 建造物損壊罪における「損壊」について

もっとも、以上で述べたことは、当該物の機能上の重要性として、最高裁平成一九年決定が例示列挙していた、外界との遮断、防犯、防風、防音のみを考慮する場合に当てはまるに過ぎない。もしこれらの機能以外の機能を建造物の重要な機能として取り込む場合には、建造物の範囲は広がり得る。損壊概念については効用侵害説が通説・判例であるので、例えば美観も建造物の重要な機能の一つであり、装飾用の風見鶏が美観の維持に重要な役割を果たしていたというのであれば、建造物に該当することになり、建造物損壊罪の成立範囲は広がる可能性がある。[18]

しかしながら、美観は建造物の生命・身体保護機能に直接関わるものではないため、美しく飾られた空間の中

での居心地よい生活を提供することも建造物の機能であるといい得るかどうか問題となる。この点に関し、冒頭で紹介した最高裁平成一八年決定は、建築物の外観ないし美観が社会通念に照らして著しく汚損され、その効用が減損された場合に建造物損壊罪が成立することを明らかにした。本決定は、外観、美観に相応の工夫が凝らされていた区立公園内にある公衆便所の白色外壁に、ラッカースプレー二本を用いて赤色及び黒色のペンキを吹き付け、南東側及び北東側の白色外壁部分のうち、既に落書きがされていた一部の箇所を除いてほとんどを埋め尽くすような形で、「反戦」、「戦争反対」及び「スペクタクル社会」と大書したという事案に関するものであるが、本件落書き行為は、本件建物の外観ないし美観を著しく汚損し、原状回復に相当の困難を生じさせたものであって、その効用を減損させたものというべきであるから、二六〇条前段にいう「損壊」に当たるとした。[19] その際、①落書きの文字の大きさ、形状、色彩等に照らして、本件建物が不体裁かつ異様な外観となり、美観が著しく損なわれ、その利用についても抵抗感ないし不快感を与えかねない状態となったこと、②本件落書きは、水道水や液性洗剤では消去することが不可能であり、ラッカーシンナーによっても完全に消去することはできず、壁面の再塗装により完全に消去するためには約七万円の費用を要するものであったことが指摘されている。

さらに建造物該当性と損壊の意義の両方が問題とされた事案として、広島高裁平成一九年九月一一日判決[20]を挙げることができる。本件では、他人の住居の外壁、車庫のシャッター、外塀、門灯および防犯カメラに緑色の合成樹脂塗料を吹き付けた被告人の行為が建造物損壊罪および器物損壊罪を構成するかが問題となっており、広島高裁は建造物該当性と損壊概念について以下のように判断した。

まず、建造物該当性については、最高裁平成一九年決定にしたがい、落書きのなされた外壁は、建物の一部である北側外壁ないし支柱状の外壁と全面的に接合しており、機能面においても、玄関ポーチを外界から遮断し、玄関ポーチおよび玄関アプローチの防犯、防風等の機能を果たしているのみならず、建物の出入口として、建物

の顔ともいうべき玄関の構えの一部を構成して、外観ないし美観の点からも一定の機能を有しているため、二六〇条前段にいう「建造物」の一部に該当する。シャッターについても、その構造に照らし、容易に取り外すことができず、建物との接合の程度は強いと認められ、居宅ないし車庫と外界との遮断、防犯、防風、防音等の重要な機能を果たしているため、刑法二六〇条前段にいう「建造物」の一部と認められる。

次に、損壊概念については、最高裁平成一八年決定にしたがい、建造物の外観ないし美観を著しく汚損し、かつ、原状回復に相当の困難を生じさせ、建造物の効用を滅却ないし減損させたといえる場合には、そのような行為は損壊に当たるとする。そして、①本件建物は、閑静な住宅街にある居宅兼車庫であって、一定の風格のある堂々とした外観を有していること、②本件物件は注文建築であり、その価格も相当高額であったこと、したがって外観ないし美観にある程度こだわって建築されたこと、③本件落書きはくっきりと目立っており、市道からよく見える状態であったこと、本件落書の箇所は、建物の正面であり、外観ないし美観の観点から、最も重要な場所ともいうべき玄関に近い門扉付近であること、④本件落書きが、本件建物の居住者である被害者らにとって、そのまま放置して居住することが心理的に耐えられない程度のものであったことなどを総合すると、本件落書きは、その範囲自体はそれほど大きいとはいえないものの、本件落書きによって、住居である本件建物が本来備えていた外観ないし美観が著しく損なわれたと評価するのが相当であるとした。さらに原状回復に相当の困難を生じさせたことにも注目して、被告人が本件落書きをした行為は、本件建物の外観ないし美観を著しく汚損し、かつ、原状回復に相当の困難を生じさせたものであると認められ、本件落書きは、本件建物の効用を減損させたものというべきであるから、二六〇条前段にいう「損壊」に当たるとする。

このように、①著しい汚損と②原状回復の困難性という二つの基準を満たした場合に損壊を認めるのが、最高裁平成一八年決定や広島高裁平成一九年判決の立場である。そして広島高裁平成一九年判決は、外壁の建造物該

当性に関して、最高裁平成一九年決定の枠組みに従うことを明らかにしつつ、建造物の機能には美観が有する機能が含まれることを明らかにしている。さてそこで、建造物損壊罪における建造物概念について、損壊された箇所における機能の重要性を考慮するという最高裁平成一九年決定に従うことを前提にしつつ、損壊概念との関係を考える場合、以下の三通りの立場を想定し得る。第一に、建造物の機能に居心地のよい空間に居住するという美観の有する機能を含ませた上で、美観を損なうことも損壊に該当するという立場である。第二に、建造物の機能としては生命・身体の保護機能のみを考慮した上で、美観を損なうことも損壊に該当するという立場である。第三に、建造物の機能として生命・身体の保護機能のみを考慮しつつ、損壊概念も生命・身体の保護機能を侵害するような態様のものに限られるとする立場である。(21)

第一の立場は、広島高裁平成一九年判決が採用した立場であるが、装飾としての機能しか有していない部分を建造物と評価することは、処罰範囲を不当に拡大するおそれがあり、賛成し得ない。最高裁平成一九年決定が建造物の機能として例示している機能も、外界からの侵害から内部にいる者を守るために特に重要なものに限定されていると思われるので、装飾としての機能を含ませる趣旨とは考えられず、おそらく第二の立場に立つものと思われる。一方、広島高裁平成一九年判決において弁護人は、二六〇条前段にいう「損壊」について、外観ないし美観を汚損することによって建造物の効用を実質的に滅却ないし減損することによって「損壊」とされる場合とは、物理的な損壊による本質的機能（雨露をしのぎ、その中で生活できる構造物であること）の侵害と価値的に同視し得るような性質の行為に限られる旨主張していた。この主張は、少なくとも損壊概念については第三の立場に近い。すなわち、美観による損壊は、損壊の程度が著しく、建造物内に居続ければ著しい精神的苦痛を伴うような場合等に限定されることになる。

三　他罪との関係

㈠　二六一条との関係

建造物損壊罪の成否に関して、損壊の程度が軽い場合には、建造物損壊罪ではなく器物損壊罪として処罰しようとする立場は、通説ではないものの有力である。まず、他の物を用いて簡単に補修できるような部分については、器物損壊罪の客体であるとする見解がある[22]（団藤説）。しかしながら、損壊の程度によって当該対象物の建造物該当性が左右されるのは不当であるなど、批判が強い[23]。建造物として重要な機能を有しているかどうかを建造物該当性の一要素と考える最高裁の立場からしても、損壊の程度によって建造物該当性を決定するのは困難であると思われる。

そこで、建造物該当性が認められたとしても、損害額がそれほど高額ではなく、比較的容易に補修が可能である場合など、具体的な事例における毀損の程度によっては、せいぜい器物損壊罪によって評価されるべき場合もあり得るとして、軽微なものについては建造物損壊罪の損壊に当たらないとする見解もある。この見解は、団藤説と同様の問題意識に立ちつつも、「行為の客体」ではなく、「損壊の程度」によって建造物損壊罪と器物損壊罪とを区別することを主張する[24]。ただし、この主張については、二六一条の器物損壊罪の規定は、「前三条に規定するもののほか」としているため、二六〇条と二六一条とは客体によって区別されているように解釈されがちである点が課題となる。そこで、例えば建造物等以外放火罪（刑法一一〇条）のように、「前二条に規定する物以外の物」と規定されている場合であれば、「前二条」に該当する一〇八条・一〇九条の客体である「建造物」が建造物等以外放火罪の客体から排除されているともいえるが、器物損壊罪においては、「もの」という文言が規定されていることからいって、前三条に該当する場合以外の「物」に対する「損壊行為」が行われた場合には、と

解することも可能であると解釈してこの問題点を克服しようとするのである。[25]

これは、財産的損害の多寡に着目して、財産的損害が軽微なものは器物損壊罪にするという理解に基づくものと思われる。しかしながら、その限界づけは不明確といわざるを得ないから、その際には建造物における生命・身体の保護機能が害される危険性を考慮すべきでないかと思われる。すなわち、建造物も一種の大きな器物であるが、建造物は生命・身体を保護するという特別の役割を担っていることから、その機能を害するような損壊行為は建造物損壊罪として刑を加重して処罰し、生命・身体に影響を及ぼさない程度の損壊行為は器物損壊罪にとどめるのである。

㈡　一〇八条、一〇九条との関係

現住建造物・非現住建造物放火罪における建造物概念は、建造物損壊罪における建造物と同じであると考えるのが通説的立場である。[26] しかしながら、一〇八条・一〇九条と二六〇条の間には、社会的法益に対する罪と個人的法益に対する罪という本質的な相違があり、両罪はいかなる関係にあるかについて、検討する必要がある。[27] この点、損壊概念と焼燬概念の関係が問題となった東京高裁昭和五八年一〇月一九日判決[28]が興味深い。事案は、自動車を運転していた被告人Xが、前車を追越して左側車線に進路を変更するにあたり、適宜速度を調節し、的確にハンドル操作をなすべき業務上の注意義務があるのに、時速約五〇キロメートルのまま左方に急転把した過失により、自車を左側歩道に乗り上げさせて暴走させ、Aの住宅に突入させて停車した、というものである。Xは事故の際、A宅西側外壁に設置されていたプロパンガスボンベを押し倒し、ボンベに取り付けられていたガス調整器を折損してプロパンガスをA宅内に放出させたが、衝突時の衝撃により自車のエンジンルーム内にある電気配線とその車体貫通部の鉄板との短絡が生じたため、同配線の被覆等が着火し、プロパンガスに引火してA宅は

全焼した。さらに隣接のB宅のベニヤ板壁及び天井板の各一部が焼失し、C宅の外壁部の一部も燻焼した。これらの点について、Xにつき道交法一一六条の適用が問題となった。

弁護人は、以下の理由を挙げて道交法一一六条の「損壊」は建造物を焼燬した場合を含まないと主張した。すなわち、刑法典において、「損壊」は建造物損壊罪等として、毀棄及び隠匿の罪の中に、「焼燬」は現住建造物放火罪等として、放火及び失火の罪の中にそれぞれ区別して規定されているから、規定の仕方からして「損壊」には焼燬を含まないことが明らかであり、刑法に対して特別法規の性質をもつ道交法一一六条にいう「損壊」も焼燬を含まないというのである。[29] これに対し、東京高裁は、①本来、損壊とは物の効用を害する一切の行為を言うのであるから、物理的滅失を含むことは勿論であり、その一態様である焼燬の場合を含む、②道交法一一六条が損壊の態様について何ら制限せず、同法中に他に特段の規定が設けられていない以上、同条にいう「損壊」について、別異の解釈をとるべき理由は見出し難い、③刑法上、現住建造物放火罪等において焼燬を、建造物損壊罪等における損壊とは別個に区別して規定しているのは、行為類型としての焼燬を損壊一般の中から抽出した結果ではなく、放火及び失火の罪における保護法益、換言すれば、公共に及ぼす危険性に着目したからであり、このことは、たとえば刑法一一〇条一項に当たる物を焼燬したが、公共の危険を生じなかった場合においては、同法二六一条所定の器物損壊罪が成立することからも明らかである、④道交法一一六条は、車両による損壊という特異性に着目して規定されたに過ぎず、損壊から焼燬を除いて解釈すべきいわれはないとした。

さて、ここで東京高裁が根拠に挙げている建造物等以外放火罪と器物損壊罪の関係が、現住建造物・非現住建造物放火罪と建造物損壊罪についても全く同様にあてはまるかは、なお検討の余地がある。[30] 現住・非現住を問わず、建造物に対する放火行為は、既に行為類型として建造物の損壊以上に人の生命・身体に対して非常に高い危険を有する行為であると考えることができ、だからこそ抽象的危険犯とされるのだと考える余地があるからであ

る。しかしながら他方で、本判決が「焼燬」とは対象物の損壊の結果と公共の危険の発生[31]という二種類の結果無価値的要素を含む概念であることを指摘している点で興味深い。建造物の焼損についても同様に、当該建造物の損壊であると同時に火力の利用によって当該建造物の内部・周辺に存在し得る不特定・多数人の生命・身体に対しての危険発生を伴う結果であると評価できよう。

もっとも、火力による以外の、物理的な力を行使して行う建造物の損壊により生じる生命・身体に対する危険は、破壊された部分の周辺という、比較的限定された範囲に存在する人に対してのみ及び得るのであって、いわばピンポイントで作用するだけであるのに対し、コントロールが極めて困難な、火力という手段を用いて建造物を損壊する場合には、当該建造物の内部・周辺にいる不特定・多数人の生命・身体に対し危険が及ぶものである点が大きく異なる。

㈢　一三〇条との関係

二㈡において建造物損壊罪における建造物概念について、建造物は人を囲い、外界から遮断する空間を提供する物体であるとして、生命・身体を保護する機能をその本質的要素とすべきことを主張したが、一三〇条の建造物侵入罪[32]における建造物についても同様に考えるべきか。この点、一三〇条は建造物と並んで住居や邸宅が挙げられている点で建造物損壊罪と異なる側面があるといわざるを得ず[33]、したがって、一三〇条における建造物概念は、一〇八・一〇九条や、二六〇条とは異なる建造物概念を前提としているとすべきであろう。

建造物は、人を外界から遮断することによって、内部を外部から覗かれないようにする機能を有している。つまり、建造物内部は外から覗かれないという期待を抱くことができる空間であり、一三〇条において重視されるのは、中に存在する人の平穏、あるいはプライバシーを守る空間としての建造物の機能である。敷地の中には、

所有者等によって管理されているものの、ある程度他者に対してオープンな空間（マンションの敷地の一般人への解放スペースなど）とそうでない閉じられた空間があるが、その際、囲障は、これらの空間を仕切る役割を果たし、またその境界からは他者を排除するという管理権者の意思を明示する機能を有する。そうだとすると、囲障も建造物の一部と理解することも不可能ではないと考えられる。

四　まとめ

本稿では、最高裁平成一九年三月二〇日第一小法廷決定と最高裁平成一八年一月一七日第三小法廷決定を参考にしつつ、建造物損壊罪をめぐる問題について検討を加えた。特に前者の最高裁平成一九年決定においては、建造物該当性を判断するに際して、建造物としての機能を重視するようになったことから、建造物の有する、外界からの遮断の機能、そして人の生命・身体に対する保護機能を中心として建造物概念を再構築する必要性があることを主張した。一方、建造物損壊罪における損壊概念についても、やはり建造物の生命・身体保護機能を重視すべきと考えるので、これらの機能の維持とは直接的には関係のない、美観を損なう行為を損壊と解することには謙抑的であるべきと考える。その意味で、最高裁平成一九年決定に対しては、否定的な態度を採らざるを得ない。

追記　宮澤浩一先生には大学院時代から厳しくも優しい御指導を賜り、心より感謝申し上げます。

（1）刑集六一巻二号六六頁。本件ドアは、居室の出入り口に設置された、厚さ約三・五㎝、高さ約二〇〇㎝、幅約八

七cmの金属製開き戸で、建物に固着された外枠の内側に三個の蝶番で接合されていた。懲役二年を言い渡した山口地裁下関支部平成一八年三月三一日判決を不服として、被告人側は、本件玄関ドアは損壊しなければ取り外すことができないような状態にあったとはいえず、建造物の一部とはいえないから、建造物損壊罪には該当しないと主張して控訴した。これに対し、広島高裁平成一八年九月二八日判決は、①ある客体が、建造物損壊罪の対象となる建造物の一部であるかどうかは、その客体が、構造上および機能上、建造物と一体化し、器物としての独立性を失っていると認めるのが相当であるかどうかという観点からこれを決するのが相当である、②本件ドアは、外形上も構造上も建物の外壁の一部をなし、機能上も外壁の一部として、外界との遮断、防犯、防風、防音等の役割を果たす存在である、と判示して控訴を棄却した。そこで被告人側は、①本件ドアは適切な工具を使用すれば容易に取り外しが可能であって、損壊しなければ取り外すことができないような状態にあったとはいえないから、器物損壊罪が成立するにすぎない、②独立に修繕を行うことができるドアに比較的軽微な損傷を加えただけで懲役五年以下という重い法定刑が適用されるのは不当である、③修繕費が二万五〇〇〇円と低額に留まる場合に、建造物損壊罪の規定を適用することは妥当性を欠く、と主張して上告した。

(2) 刑集六〇巻一号二九頁。

(3) 仙台地裁昭和四五年三月三〇日判決は、「刑法第二六〇条所定の損壊行為の客体が建造物の一部であるか否かは、建造物損壊罪の本質に照らし、その客体の構造、形態、機能、経済的価値および毀損しないで取り外すことの難易度、取り外しに要する技術等を総合検討し決せられるべきである」とする。また東京高裁昭和五五年六月一九日判決は、「客体が器物であるか建造物の一部であるかは、それを毀損しないで取り外すことができるか否かのほか、右の取り外しの難易、客体の機能、構造等をも総合して検討するのが相当である」としている。

(4) 高刑集四六巻二号二二〇頁。

(5) 松田俊哉「1 建造物に取り付けられた物が建造物損壊罪の客体に当たるか否かの判断基準 2 住居の玄関ドアが建造物損壊罪の客体に当たるとされた事例」ジュリ一三四二号（二〇〇七年）一八二頁等。

(6) 飯田英男「建造物等損壊及び同致死傷」大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編『大コンメンタール刑法第二版十三巻』（二〇〇〇年）五五三頁。

（7）横内豪「建造物損壊罪における『建造物』」上智法学論集五二巻三号（二〇〇九年）一七五頁以下。

（8）例えば大審院昭和七年九月二一日判決（刑集一一巻一三四二頁）は、建造物損壊罪は建造物の全部もしくは一部を損壊することによって成立するもので、瓦は家屋に付着して家屋と一体をなし別個の存在を有していないので、家屋の一部を構成しているとし、家屋と一体をなしているかを基準とする。また大審院明治三五年三月一七日判決（刑録八輯三巻三七頁）は、家屋の表入口敷居の上に建ててある雨戸は、取り外すことができるかどうかを問わず、家屋の一部をなし、これを毀壊する行為は建造物毀壊罪（旧刑法四一七条一項）を構成すると判示し、毀損された構造物が建造物の構成部分であるかどうかを基準とする。さらに近時では、大阪高裁平成五年七月七日判決が、「ある客体が、建造物損壊罪の対象となる建造物の一部であるかどうかは、器物損壊罪とは別に建造物損壊罪が設けられている趣旨を考慮し、第一次的に、その客体が構造上及び機能上、建造物と一体化し、器物としての独立性を失っていると認めるのが相当であるかどうかの観点から、これを決するのが相当である」としたのが注目される。最高裁平成一九年決定の原判決もこれに近い構造を採っている。民法学説の対立については、松尾弘・古積健三郎『物権・担保物権第二版』（二〇〇八年）三四四頁以下等参照。

（9）前田雅英『刑法各論講義第四版』（二〇〇七年）三五五頁、佐久間修『刑法各論』（二〇〇六年）二四三頁。否定的なのは、林幹人『刑法各論第二版』（二〇〇七年）一七〇頁以下、今井猛嘉・小林憲太郎・島田聡一郎・橋爪隆『刑法各論』（二〇〇七年）二四四頁、松宮孝明『刑法各論講義第二版』（二〇〇八年）三〇〇頁以下。

（10）瀧賢太郎・名取俊也「器物損壊等」大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編『大コンメンタール刑法第二版十三巻』（二〇〇〇年）五六七頁。

（11）藤井敏明「公園内の公衆便所の外壁にラッカースプレーでペンキを吹き付け『反戦』等と大書きした行為が刑法二六〇条前段にいう建造物の『損壊』に当たるとされた事例」法時五九巻五号（二〇〇七年）一七六二頁。

（12）大阪高裁平成五年七月七日判決が、建物に取り付けられた物について、「老巧化や破損の場合以外は取り外しや取り替えを予定しない存在」であることを指摘している点も、建造物の特殊性を指摘する記述と捉えることが可能であろう。

（13）大谷實・前田雅英『エキサイティング刑法各論』（二〇〇二年）二一四頁以下。

(14) 山口厚『刑法各論第二版』(二〇一〇年)三五六頁。

(15) 大審院大正三年六月二〇日判決(刑録二〇輯一三〇〇頁)。

(16) 二六一条の「艦船」に、運航能力を失っている艦船が含まれるかについては、否定するのが通説である。しかし、例えば空母をカジノに改装し、転用するなどして、恒常的に人が中に出入りする生活空間が作出されているような場合、建造物として評価することも考えられる。なお、放火罪に関して、伊東研祐『現代社会と刑法各論第二版』(二〇〇二年)三〇七頁も、現代建築技術等の発展状況に照らし合わせて建造物概念を再定義する必要があることを説く。

(17) 藤井「公園内の公衆便所の外壁にラッカースプレーでペンキを吹き付け『反戦』等と大書きした行為が刑法二六〇条前段にいう建造物の『損壊』に当たるとされた事例」(前掲注(11))一七五二頁。

(18) 城下裕二「住居の玄関ドアが建造物損壊罪の客体に当たるとされた事例」平成一九年度重判解一八四頁。

(19) 本決定について、その結論を支持する理由は論者により若干異なる。落書きにより利用が困難になったことを理由にするのは、十河太朗「公園内の公衆便所の外壁への落書きが建造物の『損壊』に当たるとされた事例」受験新報六六六号(二〇〇六年)二〇頁、岡本昌子「落書きと建造物損壊罪」『刑法判例百選Ⅱ第六版』(二〇〇八年)一六一頁、感情上の抵抗により使用が阻害されることに加え、汚損が著しく原状回復が困難であることを理由にするのは、鎮目征樹「落書きと建造物損壊罪の成否」法教三一一号(二〇〇六年)一二四頁、外観そのものを価値として捉え、本件では原状回復が困難であることから損壊の程度が大きいと判断するのは、橋本正博「公園内の公衆便所の外壁にラッカースプレーでペンキを吹き付け『戦争反対』等と大書した行為が、刑法二六〇条前段にいう建造物の『損壊』に当たるとされた事例」刑事法ジャーナル七号(二〇〇七年)五七頁。

(20) 公刊物未登載。門田成人「外壁の落書きによる建造物損壊罪」法セミ六三八号(二〇〇八年)一二四頁参照。

(21) 松尾誠紀「公衆便所の外壁への落書きが建造物損壊にあたるとされた事例」ジュリ一三八五号(二〇〇九年)一二九頁は、建造物の機能を建造物内部の活動を支える「内部活動保護機能」と外部にその姿を提示する「外部提示機能」とに分ける。そして建造物損壊罪の損壊概念において外観を効用の内容に含めない見解は、保護対象を前者に限定する見解だとする。この立場のように建造物の重要性は、人の活動の基盤を形成していることにあるとする見解は、この第三の立場に含めてよいように思われる。

(22) 団藤重光『刑法綱要各論第三版』（一九九〇年）六七四頁以下、大谷實『刑法講義各論新版第三版』（二〇〇九年）三四五頁。

(23) 井上宏「建造物損壊に当たるとされた一事例」研修五五五号（一九九四年）二一〇四頁以下。

(24) 内田幸隆「建造物損壊罪と器物損壊罪」三原憲三・津田重憲・関哲夫編『刑法ゼミナール各論』（二〇〇六年）一四一頁、渡邊卓也「住居の玄関ドアが建造物損壊罪の客体にあたるとされた事例」姫路法学四八号（二〇〇八年）一二七頁。山中敬一『刑法各論第二版』（二〇〇九年）四四四頁も、容易に補修可能な軽微な毀損は損壊ではないとする。

(25) 渡邊「住居の玄関ドアが建造物損壊罪の客体にあたるとされた事例」（前掲注(24)）一二七頁。

(26) 箭野章五郎「刑事判例研究（2）一 建造物に取り付けられた物が建造物損壊罪の客体に当たるか否かの判断基準 二 住居の玄関ドアが建造物損壊罪の客体に当たるとされた事例」法学新報一一五巻一・二号（二〇〇八年）二一五頁は、建造物損壊罪における建造物概念について放火罪の事案（最高裁昭和二五年一二月一四日判決・刑集四巻一二号二五四八頁）が引用されること、公共の危険がない場合に現住建造物放火罪でなく建造物損壊罪が成立するにとどまると説明されることをその根拠として挙げる。また、横内「建造物損壊罪における『建造物』」（前掲注(7)）一七九頁は、物の建造物との物理的結合、その機能との関係から放火罪における建造物の範囲を論定する最高裁の態度は、建造物損壊罪の建造物概念に関する最高裁平成一九年決定の趣旨と共通するものがあるとする。ただし横内は、放火罪特有の問題として延焼可能性の判断があると指摘する。

(27) 松田俊哉「最高裁判所判例解説 一 建造物に取り付けられた物が建造物損壊罪の客体に当たるか否かの判断基準 二 住居の玄関ドアが建造物損壊罪の客体に当たるとされた事例」法曹時報六一巻四号（二〇〇九年）一四三五頁以下注三部分、明照博章「建造物損壊罪の客体の一個性（1）」松山大学論集一九巻六号（二〇〇八年）一四八頁等参照。

(28) 高刑集三六巻三号二七九頁。なお、道交法一一六条は以下の通りである。「車両等の運転者が業務上必要な注意を怠り、又は重大な過失により他人の建造物を損壊したときは、六月以下の禁錮又は十万円以下の罰金に処する。」

(29) このほか、弁護人は、道交法一一六条の損壊に焼燬を含むとすると、同条は失火罪（刑法一一六条）あるいは業

務上失火罪（刑法一一七条の二）と刑の権衡を失することになるが、立法上失火罪等との調整に配慮した形跡のない以上、道交法一一六条には建造物を焼燬した場合を含まないと解するのが相当であると主張した。この点につき、東京高裁は、自動車は、建造物との衝突により、物理的破壊をもたらすのみならず、ガソリン等を燃料とする内燃機関や種々の電気設備を有することから、これに火災を発生させる危険度の高いものであって、自動車運転者は運転方法について種々の規制を受け、安全な運行を要求されるため、自らの不注意な運転により自車を建造物に衝突させ、その結果同建造物を焼燬し、損壊するに至った場合には、何ら格別の規制を受ける立場にない一般人が過失により建造物を焼燬した場合と比較して、より重い刑責を問われるのであって、道交法一一六条が、刑法上の失火罪の刑罰に比較して、より重い六月以下の禁錮又は五万円以下の罰金を定めているからといって、刑の権衡を失しているとは言えないとする。また、刑法上の業務上失火罪が道交法一一六条の刑罰よりさらに重い刑を定めているのは、業務上失火罪の主体が、職務上極めて引火性の高い危険物を取り扱う者とか、火気の使用を直接職務の内容とする者など、火災発生防止の義務を有する者であることに照らせば、両者の刑の権衡に問題があるともいえない、としている。

(30) 一〇八条・一〇九条と建造物以外放火罪における法定刑の差は、単に放火の対象となる財物の財産的価値が類型的に高いというだけでなく、人の居住が可能であるという建物の機能それ自体、つまり居住空間としての建造物の機能を保護しているのではないかと考えられる。

(31) 伊藤渉・小林憲太郎・齊藤章子・鎮目征樹・島田聡一郎・成瀬幸典・安田拓人『アクチュアル刑法各論』（二〇〇七年）三二四頁は、制御困難な火力の発生によって、放火された物以外の客体をも焼損する危険であるとする。もっとも、周知の通り、「公共の危険」の内容については争いがある。深町晋也「放火罪」山口厚ほか『クローズアップ刑法各論』（二〇〇七年）二七六頁は、不特定多数人の財産への危険を「公共の危険」から除く。

(32) 囲繞地や囲障は建造物に準ずるものなのか、あるいは建造物そのものとして、一三〇条における建造物概念に含ませることができるかという点に関連して、一三〇条における建造物概念が問題となろう。

(33) 明照「建造物損壊罪の客体の一個性（1）」（前掲注(27)）一四八頁は、住居等への侵入行為は、平穏に対して侵害・脅威を与える犯罪であって、客体となる建造物の効用を減却させる点に重点があるわけではないとする。