

## 不動産侵奪罪における「侵奪」の意義

最高裁判平成12年12月15日第二小法廷判決

(平成12年(あ)第451号不動産侵奪, 恐喝被告事件)

(刑集54巻9号923頁, 判時1739号149頁, 判タ1054号112頁)

### 〈事実の概要〉

本件の原審(東京高判平成12・2・18判時1704号174頁)は, 不動産侵奪罪について, 第一審(東京地判平成11・3・30判タ1023号278頁)による有罪判決を破棄し, 被告人に無罪を言い渡している。

原審の事実認定によれば, 「本件土地は, ……都立水元公園の予定地……の中央付近に位置し, ……面積は約110.75㎡である。本件土地の用途は, 有事の際の緊急用務等のほか, 日常的には右土地に接して南側を通る区道の通行車両のすれ違い等の利用に供されていたところ, ……被告人らが本件土地上に中古電器製品等を置き, 右土地を不法に占拠してリサイクルショップを営むようになり, ……商品の電器製品等が傷むのを防止するために風雨対策〔として,〕……建築面積が約64.3㎡余りで本件土地の中央部分を占め」る本件建物を建築したものである。原審は, 「不動産侵奪罪にいう『侵奪』があったか否かについては, 具体的事案に応じて, 不動産の種類, 占有侵奪の方法, 態様, 占有期間の長短, 原状回復の難易, 占有排除及び占有設定意思の強弱, 相手方に与えた損害の有無などを総合的に判断し, 社会通念に従って決定すべきである」と一般論を述べたうえで, つぎのような判断を下した。「本件簡易建物は本件土地のコンクリート部分や土部分の上に土台として角材を置いただけのものであって, 基礎工事は全くなされていなければ, 土地の定着物としての面が弱いことは否めない上, ……屋根や壁に相当する部分にビニールシートといった耐久性に劣る素材を使用し, また材料は基本的に無償で調達してきた廃材を使うなど本格建築とはほど遠いものである。特に, 建物の組立につきほぞとほぞ穴とを使用するなどの堅固な建造物を作るための基本的手法をとっておらず, 土台の角材と柱, あるいは柱と柱との接合は板を用いて単に釘打ちをする方法でつなげているだけであり, この点でも建造物としては十分なものではないということが出来る。要するに, 本件簡易建物は, ……建物の強固さの観点からみれば, 木枠があるだけの建造物にすぎないものといえる。そして, ……本件簡易建物は, [東京都の依頼した解体業者が大きい目のハンマーなどを用いて6名で作業した結果,] 約1時間で取り壊されて殆ど跡形もなくなってしまったということも合わせ考えると, 本件簡易建物を建てたことによる被告人らの本件土地に対する占有侵害の態様は必ずしも高度のものとはい

ないところがある。……また, ……当時は東京都側の管理状況も比較的緩やかなものであり, このことは……本件簡易建物の建築前に被告人らが本件土地の占有を始めてからも, 東京都側は強い警告をしなかったことから窺われるのであって, この点は前述した不動産侵奪と評価し得るか否かの判断基準である占有排除及び占有設定意思の強弱, 相手方に与えた損害の有無の要件の検討に際して, 一定の考慮をすべきものである。次に, 本件簡易建物の用途ないし使用状況に関してみると, これは人が生活するための設備等は一切ないことが示すように, 建物の構造上も被告人らの主観面においても, 人が居住する目的はなく, 専ら風雨で電器製品等が傷むのを防止するためということであって, この点も原状回復の難易や被告人側の占有設定意思の強弱という観点からは, これを弱める方向で評価すべきものというべきである。更に, 東京都の職員らは, ……建物建築後も『不動産侵奪』ということについて指摘することなく, 従前と同様の対応をしていた事実も, 本件簡易建物の建築により必ずしも被告人らの占有態様が質的に変化したものとはまでは考えていなかったことを窺わせるものと評価することもできる。以上に検討したところを総合すると, 被告人らにおいて本件簡易建物を建てたことをもって, ……不動産侵奪罪にいう『侵奪行為』があったと評価することには重大な疑問が残るものといわざるを得ない。

### 〈判 旨〉

破棄差戻し。

「刑法235条の2の不動産侵奪罪にいう『侵奪』とは, 不法領得の意思をもって, 不動産に対する他人の占有を排除し, これを自己又は第三者の占有に移すことをいうものである。そして, 当該行為が侵奪行為に当たるかどうかは, 具体的事案に応じて, 不動産の種類, 占有侵害の方法, 態様, 占有期間の長短, 原状回復の難易, 占有排除及び占有設定の意思の強弱, 相手方に与えた損害の有無などを総合的に判断し, 社会通念に従って決定すべきものである。……しかし, ……本件簡易建物は, 約110.75㎡の本件土地の中心部に, 建築面積約64.3㎡を占めて構築されたものであって, 原判決の認定した前記構造等からすると, 容易に倒壊しない骨組みを有するものとなっており, そのため, 本件簡易建物により本件土地の有効利用は阻害され, その回復も決して容易な

のではなかったといえることができる。加えて、被告人らは、本件土地の所有者である東京都の職員の警告を無視して、本件簡易建物を構築し、相当期間退去要求にも応じなかったというのであるから、占有侵害の態様は高度で、占有排除及び占有設定の意思も強固であり、相手方に与えた損害も小さくなかったと認められる。そして、被告人らは、本件土地につき何ら権原がないのに、右行為を行ったのであるから、本件土地は、……被告人らによって侵害されていたものというべきである。

## 〈解説〉

1 不動産侵奪罪の場合にも、窃盗罪と同じく、「一時使用との関係で、或程度継続的に占有を奪う」（最決昭和42・11・2刑集21巻9号1179頁によって「原審の判断は相当である」とされた、大阪高判昭和42・5・12高刑集20巻3号291頁）ことが成立要件になる。その理由は、窃盗罪と同じく、不動産侵奪罪の場合にも、財物に対する権利者の利用可能性を実質的に侵害するという点に法益侵害の実体があるからだと考えられる。その意味で、原審判決・最高裁判決がそろって列挙している諸ファクターは、このような利用可能性に対する侵害の実質性を判断するためのものとして理解されるべきであると思われる。

このような観点から考えた場合、かなりの期間にわたって不法占拠が継続されている事案であるにもかかわらず、原審が「侵奪」を否定したのは、①被害者である東京都側に、本件土地利用の差し迫った必要性が認められないこと（「本件土地は、……都立水元公園の予定地……の一部であり、……有事の際の緊急用務等のほか、日常的には右土地に接して南側を通る区道の通行車両のすれ違い等の利用に供されて」おり、「当時〔の〕東京都側の管理状況〔は〕比較的緩やかなものであった」、②土地利用の必要性が生じた場合の原状回復は困難ではないと評価されたこと（「本件簡易建物は、……建物の強固さの観点からみれば、木枠があるだけの建造物にすぎないものといってよく、解体業者によって約1時間で取り壊されて殆ど跡形もなくなりました」）、③被告人は、東京都側に差し迫った必要性が生じた場合においてもなお、不法占拠を継続するような主観的・客観的状况にあるとまでは断定できないこと（「本件簡易建物は……本格建築とはほど遠いものであり、「建物の構造上も被告人らの主観面においても、人が居住する目的はな」かった。さらに、本件建物建築の前後を通じて「東京都側は強い警告をしなかった」などといった点に理由があるのではないかとと思われる。

2 これに対して、最高裁判決の場合、まず上記①については、東京都側の必要性の有無・程度にかかわらず「侵奪」が認められているように思われる（もっとも、本件土地の用途の1つであると認定されている「有事の際の緊急用務」が、ことからの性質上当然に突発的な事態への対処も含んでいることを重視すれば、東京都側には常に利用の必要性が存在しているとも考えられ

る）。この点、被害者に与える侵害の程度がもっとも高度になるのは、被害者側に差し迫った利用の必要が存在する場合であろう。しかし、だからといって、不動産侵奪罪の成立をこのような場合に限定してしまうことには、疑問がある。とりわけ、本件の事案のように、被害者側が具体的に退去を求めているような場合については、たとえ客観的には差し迫った利用の必要性が存在しない場合であっても、不動産侵奪罪の成立は肯定されるべきであると思われる。財物に対する管理行為（たとえば、いつでもスムーズに利用できる状態を確保するためになされるもの、あるいは、本件土地のような公有地の場合には、公平・公正の見地からなされるものなど）は、それ自体、財物利用の一形態として理解されるべきであると思われるからである（もっとも、この場合の可罰的違法性判断は、差し迫った必要性が存在する場合に比べれば、緩やかなものになるであろう）。その意味で、最高裁による前記①の点に対する判断は支持できると思われる。

つぎに、前記②に関して、最高裁は、原状回復の難易という点よりも、むしろ「本件簡易建物によ〔る〕本件土地の有効利用〔の〕阻害」という点を重視しているように思われる。そして、結論としてこの「阻害」を認めた最高裁の判断に影響を与えたのは、「被告人らは、本件土地の所有者である東京都の職員の警告を無視して、本件簡易建物を構築し、相当期間退去要求にも応じなかった」という点のではないと思われる。つまり、上述の前記①に対する最高裁の判断を前提にするならば、このような「態様」「意思」による不法占拠である以上、たとえ建物の構造自体は前記②のようなものであったとしても「阻害」を認めるには十分であると判断されたのではないかとと思われるのである。

3 (1) 土地に対する「侵奪」の成否が問題になった従来の裁判例では、たとえば、「容易に除去しえない半永久的な工作物」を築造したこと（前出最決昭和42・11・2によって「原審の判断は相当である」とされた前出大阪高判昭和42・5・12〔高さ2.75mのコンクリートブロック塀を土地の周囲に築造した事案〕）「容易に原状回復をすることができないようにし」たこと（最決平成11・12・9刑集53巻9号1117頁〔約8600㎡の廃棄物を高さ約13mにわたって土地に堆積させた事案〕）といった点を決定的な理由にして、不動産侵奪罪の成立が認められてきた。たしかに、客体が不動産である場合には、動産の場合と異なって、持ち去られて所在不明になるといったことは起こらない。そのため、上記の裁判例は、一見すると、不動産侵奪罪における利用可能性侵害について、窃盗罪の場合に対応するような加重された内容を要求したものとして理解できるようにも思える。そして、このような観点からすると、本件建物の構造は、「侵奪」を認めるには不十分なものであるようにも思える。

しかしながら、そもそも窃盗罪については、従来から、たとえ持ち去りの時点で財物を被害者に返還する意思があり、しかも実際に返還した場合であっ

ても犯罪が成立し得ることが承認されてきた(たとえば、最決昭和43・9・17判時534号85頁)。つまり、窃盗罪における利用可能性侵害の内容は、〈財物が持ち去られて所在不明になってしまう〉という場合に限定されていたわけではないのである。そうであるとするれば、不動産侵奪罪における利用可能性侵害についても、前記のような加重された内容を必須のものとして要求するべき合理的理由は存在しない、ということになるであろう。

(2) もっとも、以上のような考え方を前提にすると、窃盗罪の場合と同じく、〈一時使用の可罰性の限界をどのように判断するのか〉という問題に直面せざるをえなくなる。この点、窃盗罪については、一方で、処罰に値する程度の利用可能性侵害があったか否かを客観的にのみ判断すべきだと考える見解がある(たとえば、前田雅英・刑法各論講義〔第3版〕161頁)。しかしながら、このような見解によると、強固な「占有排除及び占有設定の意思」をもっている行為者についてまで、客観的に処罰に値する程度の利用可能性侵害が生じなければ、たとえすでに占有は移転していたとしても犯罪の成立(既遂)は認められないということになってしまう(なお、芝原邦爾「不法領得の意思」法セミ336号117頁を参照)。そして、このような見解によれば、不動産侵奪罪についても、行為者が権利者による原状回復を妨害しようと考えて待機しているような場合についてまで(第一審の認定によれば、本件の被告人は、区道を隔てて本件土地の向かいにあるアパートに住んでいた)、客観的にすでに生じている利用可能性侵害の程度だけを基準にして犯罪の成立が否定されてしまうことにもなりかねないのである。そこで、他方では、「窃盗の成立に権利者排除の或程度の持続が必要だとする限り、不法領得意思を要求しなければ既遂時期が遅れかつ不明確になる」(中森喜彦・刑法各論〔第2版〕120頁)という理由から、占有取得によって窃盗罪は既遂になるということをも前提にしつつ、占有取得時に権利者排除意思がなければ犯罪の成立を否定する、という考え方を採用する見解もある。つまり、「占有取得……によって既遂を認める限り、一時使用・返還というその後の事情が犯罪の成否を左右すること〔は、〕……理論的には正当化され得ないから」(中森喜彦「不法領得の意思」芝原邦爾ほか編・刑法理論の現代的展開 各論180頁。もっとも、西田典之・刑法各論151頁、林幹人・刑法各論202頁)、「占有奪取後の利用可能性の侵害の程度を可罰的評価の対象として考慮するという見地に立ちつつ、それを行為時に繰り上げて、それに向けられた意思として、つまり排除意思として考慮しようとする」(山口厚・問題探究 刑法各論118頁)のである。しかしながら、このような見解によると、占有取得後に権利者排除意思をもつに至ったような場合については、窃盗罪の成立が否定されてしまうことにならざるをえない。そして、このような見解によれば、不動産侵奪罪についても、占有取得後に強固な「占有排除及び占有設定の意

思」をもつに至ったような場合については(本件の事実認定では、占有取得時における被告人の意思内容は明確にされていない)、犯罪の成立を肯定できなくなってしまうのである(以上のような一時使用をめぐる従来の見解の問題点について、くわしくは、鈴木左斗志「詐欺罪における『交付』について—『財産犯の保護法益』論に関する一考察」松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻576頁以下における検討を参照)。

以上のような問題が従来の見解に生じてしまった原因は、どこにあるのであろうか。その原因をつきつめていくと、結局、そもそも一時使用の場合に犯罪の成立を否定する根拠が必ずしも明確にされていない、という点に行き着くのではないだろうか。そして、この点については、つぎのように考えるべきではないかと思われる。すなわち、たとえ財物の占有を被害者から奪取した場合であっても、被害者が財物を利用しようとした時には、④速やかに原状回復して利用を妨げない(あるいは、被害者による速やかな原状回復・利用を妨げない)という意思があり、しかも、⑤そのような速やかな原状回復をおこなえる客観的状況(被害者による利用の意図・必要性をリアルタイムで把握できる範囲内にとどまっていることも含む)にあること(なお、ここでいう「利用」には、本稿2前半部で検討した内容も含まれる。また、⑥⑦は、財物の種類・性質・状況や被害者による利用の必要性・緊急性等に応じて内容に幅があり得る)、このような主観的・客観的状況が充足されている場合には、被害者が受ける損害の程度から考えて、窃盗罪・不動産侵奪罪によって処罰すべきほどの可罰的違法性は認められない。以上のような理由によってこそ、一時使用の場合の犯罪不成立は合理的に根拠づけられるのではないかと思われるのである(反対に言えば、上記④⑥のいずれかが充足されなくなった時点で、可罰的違法性が認められることになる。以上の点について、くわしくは、鈴木・前掲論文580頁以下を参照)。

以上のような理解によれば、一時使用の可罰性判断は、客観的な利用可能性侵害の程度のみに基づいておこなわれるべきではなく、また、占有取得時における行為者の意思内容のみに基づいておこなわれるべきでもない。あくまでも上記のような行為者の主観面・客観面の総合的判断に基づいておこなわれなければならない、ということになる。そして、このような考え方を前提にするならば、最高裁が、「本件簡易建物によ〔る〕本件土地の有効利用〔の〕阻害」を判断するにあたって、「原状回復の難易」のみならず「占有侵害の態様」「占有排除及び占有設定の意思」「相手方と与えた損害」を総合的に考慮し、その結果として「侵奪」を認定したことは、支持できるように思われる。

#### 〈参考文献〉

本文中に掲げたもの

すずき さとし  
(鈴木左斗志 学習院大学教授)