

判例研究

不動産侵奪罪における「侵奪」の意義

(最高裁平成一二年一二月一五日第二小法廷判決、刑集五四卷九号九二三頁、
判時一七三九号一四九頁、判タ一〇五四号一一二頁)

岡 本 昌 子

【事実の概要】

被告人は、東京都が所有する土地の一部、合計約一〇・七五²m²の空き地上に、無権原で、平成八年一〇月ころから、中古家庭電器製品等を置いてリサイクルショップを営み、風雨対策として商品の上にビニールシートをかけるなどしていた。当該土地は、公園予定地の一部であり、本件当時は、緊急用務などの他、日常的には南側に隣接する道の通行車両などのすれ違いなどに利用されていた。

被告人は、商品が傷むのを防止するために風雨対策をより充実させたいと考え、同年一二月中旬ころ、簡易建物の建築に着手し、当該土地の中央部分に木造ビニールシート葺平屋建簡易建物(建築面積約三七²m²)を建築、更に引き

続いて、同簡易建物西端に接続して同様の簡易建物（建築面積約二七・三²m）を増築した。同建物は、角材を土台とし、要所に角材の柱を立て、多数の角材等からなる屋根部分を接合し、周囲をビニールシート等で覆うなどしていた。

なお、同簡易建物は、その形状について翌年八月一日に検証が行われ、同年九月一日には東京都の依頼した解体業者によって解体撤去された。

【訴訟経緯】

被告人は、平成八年一月中旬ころの本件簡易建物建築行為が不動産侵奪罪の侵奪にあたるとして起訴された。

第一審判決は、⁽¹⁾「不動産侵奪に該当する行為があつたといえるのは、犯人が本件係争地上に本件簡易建物を建てることによって、所有者である東京都の占有を排除して右土地について事実上の支配を設定したといえる場合である。」と述べた上で、本件簡易建物建築以前は、「原状回復が容易であつたとみられるから、本件土地に対する東京都の直接占有は失われていなかった」が、本件簡易建物の「性状に照らすと、同建物の建築によって、東京都が本件土地を本来の目的に沿った形で利用するためには、解体工事が必要とするなど多大な困難を伴う状態に質的に変化したといえるから」、被告人らは「本件簡易建物を建築することによって、本件土地に対する東京都の占有を侵害したと認められる」と判示して、被告人に対して懲役三年二月の有罪判決を言い渡した。

これに対して、被告人は、本件簡易建物は不動産侵奪の手段足り得る性状を有しておらず、その建築によって本件

土地に対する東京都の占有が侵奪されたと評価することはできないという点、そして、本件建物の性状の詳細については検証に基づく資料しか存しないのであり、これをもって七か月以上も前の建物の性状を推認することはできないという点を主張して、控訴した。

第二審判決は、⁽²⁾「不動産侵奪罪にいう『侵奪』があつ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。」と述べた上で、前者の主張に対して、「本件簡易建物を建てたことをもって、本件土地に対する東京都の占有を排除して被告人側の占有を設定した、すなわち不動産侵奪罪にいう『侵奪行為』があつたと評価することには重大な疑問が残る」と判示し、そして、後者の主張に対しては、検察官の指摘した証拠や供述を検討しても、「平成八年二月中旬ころの本件簡易建物が、検証時のそれと構造や性状の上で本質的部分において同一であるとの立証はないことに帰着し、当時の本件簡易建物の形状は検証時のそれよりも更に規模が小さく、あるいは構造が強固でないものであつた可能性があるというべきであつて、この点からも不動産侵奪罪の成立を認めるには証拠上合理的な疑いが残る」として、原審を破棄し、不動産侵奪罪に関して被告人に無罪判決を言い渡した。

これに対して、検察官は、判例違反等を主張して上告し、これを受けて下されたのが本判決である。本判決は、上告趣意はいずれも上告理由にあたらなかつたとして、職権により以下のように判示して、原判決を破棄し、原審差戻しとした。

【判旨】

「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あたるかどうかは、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ことは、原判決の摘示するとおりである。」「本件簡易建物は、約一一〇・七五平方メートルの本件土地の中心部に、建築面積約六四・三平方メートルを占めて建築されたものであって、……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ものではなかったということができる。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、遅くとも、右検証時までには、被告人らによって侵奪されていたものというべきである。」

【研究】

I 論 点

本件は、被告人の行為が不動産侵奪罪の侵奪にあたるかどうかが争われたものである。

不動産侵奪罪の「侵奪」については、大阪高裁昭和四〇年十二月十七日判決⁽³⁾（以下、大阪高裁昭和四〇年判決という）で、「不法領得の意思をもって不動産に対する他人の意思に反し、その事実上の占有を排除し、これに自己の占有すなわち事実上の支配を設定する行為」であると定義され、そして、いかなる行為があったときに侵奪とみるかについては、「具体的事案に応じ、不動産の種類、占有侵奪の方法、態様、程度、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て社会通念にしたがって決しなければならぬ」と判示された。この判決以降、裁判所は、この一般論を踏襲して侵奪にあたるかどうかを判断してきたといえ、学説も、侵奪を同旨に解してきたといえる⁽⁴⁾。

本件においても、訴訟経緯で述べたように、第一審、第二審ともに、先の大坂高裁昭和四〇年判決が示した「侵奪」の定義などの一般論を踏襲している。しかし、第一審では有罪、第二審では無罪と全く逆の判決が下されていた。そして、最高裁も、侵奪に関する一般論については「原判決の摘示するとおりである。」と述べているにもかかわらず、再び原審の判断を覆したという点で本判決は注目に値する。

さらに、本判決は、被告人の本件行為を侵奪と認めるにあたり、その根拠の一つとして、判例がこれまで用いたこ

とのない「本件土地の有効利用は阻害され」ていたという点を挙げていることも特徴として指摘できる。果して、これは、本判決が不動産侵奪罪について従来と異なった見解に立っていることを表わしているのであるか。

そこで、本研究では、①「侵奪の定義」、および、「いかなる行為があったときに侵奪とみるか」という点について、判例を踏襲した同一の見解に立ちながら、なぜ侵奪の成否に関する判断が原審と異なったのか、そして、②本判決の不動産侵奪罪に対する見解が従来のそれと異なるのかどうか、つまり本判決の「有効利用の阻害」という部分をもどのように解すべきかという点を中心に考察して、本判決の妥当性を検討するとともに、本判決の意義を導きだすこととする。

Ⅱ 不動産侵奪罪における「侵奪」

一 侵奪に関する従来判例

(1) 被告人の行為が侵奪にあたるかどうかは、大阪高裁昭和四〇年判決が示したように、具体的事案に応じて、様々なファクターを総合的に考慮して判断するわけであるが、これまでの判例は、どのような行為を、どのような根拠で、不動産侵奪罪の侵奪にあたるとしてきたのであろうか。

侵奪にあたることとされた事例を分類してみると、(ア)他人の土地に、無断で、または無権原で、恒久的な建物を建てた行為や移築した行為⁽⁵⁾、(イ)他人の土地を無権原で埋立した行為や、造成した行為、耕した行為⁽⁶⁾、(ウ)他人の土地に大量の廃棄物や土砂を投棄した行為⁽⁷⁾、(エ)執行吏の占有する隣地を切崩し、その土を排出した行為⁽⁸⁾、(オ)他人の土地の周囲に有

刺鉄線を設けた行為⁽⁹⁾、(カ)隣地に突出して増築した行為⁽¹⁰⁾に分けられる。判例の数としては、(ア)の事例群が一番多く、本件もこの事例群に属する。なお、建物の侵奪行為としては、他人の部屋から住人を追い出し、入口に立ち入り禁止の張紙を張った行為⁽¹¹⁾などが挙げられる。

判例は、これらの行為を侵奪と認める際、その理由として、警察の警告または所有者の警告を無視して強引に建造していたこと、原状回復が困難であったこと、土地の利用価値を喪失させたこと、建築したものが小屋を遙かに超えた構造であったなど、容易に除去し得ない半永久的なまたは恒久的なものであったこと、恒久的な建物により土地を長年占有したこと、建築の規模が広範囲であったこと、当該行為により被告人が(多額の)利益を得ていたことを挙げている。これらのファクターは相互に関連しているといえるが、判例は、これらの点が認められる場合に侵奪の成立を肯定する傾向にあるといえる。

一方、侵奪を否定したものには、(キ)自宅敷地に隣接する他人所有の空き地に、これを将来買い受けることを予定して、ここにコンクリート製排水口を築造した行為⁽¹²⁾、(ク)家屋について使用貸借が終了した後も、その家屋と敷地の占有を事実上継続していた者が、敷地管理者の承諾を得ることなく、既存家屋に接続して小規模(一〇・九²mで、既存家屋の附属建物の体を成していた)の増築をした行為⁽¹³⁾、(ケ)土地所有者と賃貸借契約を締結し、土地の引渡しを受けて事務所を建設して同土地を占有していたが、賃貸借の目的を変更し、土地所有者の承諾を明確に得ないまま、他に倉庫や下水道施設、門扉などを建築施工した行為⁽¹⁴⁾などが挙げられる。これらの判例では、原状回復が容易であったこと(例えば(キ)では、半時間位で費用も一〇〇〇円位を要する簡単な作業で原状に回復するような容易なものと判示され

た。)や、所有者の被害が皆無に等しいこと、従前の占有状態を変更したにすぎず、新たな占有の奪取行為とはいえない、つまり占有を新たに設定したと認めることができな⁽¹⁵⁾いことなどを理由として、不動産侵奪罪における侵奪とはいえないとしている。

本判決は、(恒久的や半永久的という表現は用いていないもの)本件簡易建物が容易に倒壊しない骨組を有するものであったこと、そして原状回復も容易でなかったこと、所有者の警告を無視して建て、相当期間退去しなかったこと、所有者に損害を与えていたことなどを根拠として本件被告人の行為を侵奪にあたるとしており、先に述べた侵奪を肯定した判例(ア)(カ)が侵奪を認める際に根拠として挙げていた点を列挙して侵奪にあたるとしているといえる。したがって、本判決も、基本的には、判例の流れに沿った根拠づけで侵奪を認めているように思われる。しかし、ここで特筆すべきなのは、本判決が、これまでに判例が用いたことのない「有効利用の阻害」という根拠をも侵奪の成立を肯定する根拠として挙げている点である。

(2) ところで、論点で述べたように、原審も大阪高裁昭和四〇年判決の侵奪に関する一般論を踏襲して本件事案を考察している。しかし、原判決と本判決は、侵奪の成否に関して結論が異なった。

これまでの判例の中で、本判決のように不動産侵奪罪の成否に関して原審と結論が異なり原判決を破棄したものは、一時使用かそれとも侵奪かという点について判断が異なった点(一時使用の枠を超え、新たな侵奪行為といえるか、または新たな占有の設定(奪取行為)といえるかどうか)⁽¹⁶⁾について判断が異なった土地の占有について事実誤認があったために判断が異なった点、⁽¹⁶⁾同じ建造物をそのまま移築することが新たな占有の開始にあ

たるかどうかについて見解が異なった点⁽¹⁷⁾、賃貸人に無断で賃貸借の目的に反するものを建てた行為が侵奪にあたるかどうかについて見解が異なった点⁽¹⁸⁾、不法領得の意思の有無について判断が異なった点⁽¹⁹⁾に理由を見出すことができる。

本件では、不法領得の意思については第一審で認められて以降、被告人はこの点について争っておらず、また、被告人は賃借人などのような土地を利用する権利を有する者でもなかった。そして、一時使用か侵奪かという点について判断が異なったことから原判決を破棄した先述の判例では、被告人の行為に対する評価自体は原審と同じであったのに対して、本判決では、被告人の行為に対する具体的評価自体が原審と異なっていたという点で両者の間に相違が存在する。

また、原判決を破棄したこれまでの判例は、高裁レベルのものであったのに対して、本判決は、地裁と高裁で判断が異なった事案について最高裁が判断を下し、原判決を破棄したという点でこれまでにないものである。これらの点で、本判決は判例の流れにおいて特徴があるといえよう。

二 侵奪の成否に関して原審と判断が異なった理由

(1) 侵奪の成否についての判断が原判決と本判決で異なった理由を探るにあたり、まず、本判決と原判決が具体的にどのような異なっていたのかをみてみよう。

原判決は、「本件簡易建物は……土地の定着物としての面が弱いことは否めない上、その構造についてみても、……本格建築とはほど遠いものである。……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

いってよい。そして、……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言い難いところがある。……東京都側の管理状況も比較的穏やかなものであり、……この点は……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、……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、……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であるとして、侵奪を否定した。

これに対して、本判決は、「本件簡易建物は、約一一〇・七五平方メートルの本件土地の中心部に、建築面積約六四・三平方メートルを占めて建築され……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ものではなかった」とし、さらに、被告人らは、本件土地の所有者の「警告を無視して」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、本件行為を行ったとして、遅くとも「検証時までは、被告人らによって侵奪されていたものというべきである。」と判示した。

以上からわかるように、原判決は、被告人らによって建築された本件簡易建物の強固さ（土地の定着物としての面が弱く、本格的建造物には程遠いこと）、本件土地に対する占有侵害の態様、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、本件簡易建物の用途ないし使用状況、被告人の居住目的の有無という判断要素に従って判断

し、本判決は、土地の有効利用の阻害の有無、回復の容易性、占有侵害の態様、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、権原の有無という判断要素に従って判断している。

一見これらは、大阪高裁昭和四〇年判決の示した同じ判断要素によって侵奪の成否を検討しているようにみえる。しかし、詳細に判決文を見てみると、両判決には相違があることがわかる。原判決では「被告人の居住目的の有無」が考慮されているのに対して、本判決では、「土地の有効利用の阻害の有無」が考慮されているのである。それでは、この相違が、本判決と原判決の結論を異ならせたのであろうか。

(2) 本件について、本判決と原判決で侵奪の成否について結論が異なった理由として指摘されている点は、大きく以下の二点に集約できるであろう。第一点は、本件簡易建物の性状などに対する評価が異なったからではないかという点である。⁽²⁰⁾この点が最も大きく影響していることは間違いないであろう。原判決は、本件簡易建物の性状について、木枠があるだけの建造物にすぎないと評価しているのに対して、本判決は、容易に倒壊しない骨組を有するものであると異なった評価を下している。また、占有侵害の態様についても、原判決は、被告人らの占有侵害の態様は必ずしも高度のものとは言いがたいと評価したのに対して、本判決は、高度であったと評価している。また所有者の警告の強弱、解体の難易に関する評価も両判決で異なっている。

第二点は、異なったファクターに重点をおいて侵奪の成否を判断したからではないかという点である。つまり、原審は、被告人がどのような態様で本件土地を利用する意思であったかという点を重視したのに対して、最高裁は、従来判例が重視してきた「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⁽²¹⁾したことから侵奪の成否に関して判断が異なったのではないか、または、本判決は「権利者にとって当該建物の存在により、本件土地の利用が実質的に排除されることを根拠としたものといえよう」⁽²²⁾と指摘されている。さらに、本判決では、原判決と異なり、「東京都側の必要性の有無・程度にかかわらずなく『侵奪』が認められているように思われる」⁽²³⁾との指摘もなされている。

たしかに、本判決が、本件土地所有者の「土地の有効利用は阻害され」ていたと判示している点は、既に触れたように、これまでの判例と異なる、本判決の特徴といえる。しかし、この点から、従来の判例が不動産侵奪罪の本質を占有の移転とみていたのに対して、本判決は本罪の本質を「むしろ権利者の土地（・建物）の利用権を侵害するところに見⁽²⁴⁾」ているとする指摘には、即座には首肯しがたいように思われる。本判決文は、「本件簡易建物により土地の有効利用は阻害され、回復も決して容易なものではなかったということができるとなっており、「有効利用の阻害」を侵奪の成否を判断するファクターの一つとして考慮したとは解しても、本判決が不動産侵奪罪の本質を従来と異なつて捉えているとまで言明できるだろうか。

そこで、次に、最高裁がどのような意図で「有効利用の阻害」と述べたのかを検討する。

三 「侵奪」と「有効利用の阻害」

(1) 本判決の「有効利用の阻害」は、どのように評価すべきであろうか。本判決は、不動産侵奪罪の本質を従来の判例・学説のそれとは異なったものとして捉えているのであろうか。

これまで、学説は、不動産侵奪罪の創設の背景や、不動産侵奪罪が窃盗罪の次に規定されていること、窃盗罪と同じ法定刑で処罰すると定めていることなどを根拠として、客体が不動産であるということから生じる相違以外は、不動産侵奪罪を基本的に窃盗罪と同じ原理で理解すべきであるとしてきた⁽²⁵⁾。したがって、不動産侵奪罪の「侵奪」は窃盗罪の「窃取」と同義に解し、判例同様、不動産侵奪罪の「侵奪」とは「(不法領得の意思で)不動産に対する他人の占有を排除し、その不動産に自己または第三者の占有を設定すること」であるとの理解で定着しているといっているであろう。

(2) しかし、本判決を受けて、つまり、同じ侵奪の定義でも原審と最高裁で侵奪の成否の判断が異なったことを受けて、従来の通説・判例の見解に異議を唱える評釈がだされた。通説・判例の見解によると、場所的移動がない不動産の場合、観念的な判断を余儀なくされて犯罪の成立範囲が不明確となってしまう、侵奪を占有移転と解する判例・通説の見解は「事実上破綻している侵奪概念の伝統的理解⁽²⁶⁾」であると批判されるのである。そこで、この判例・通説の見解に代わり、侵奪を、「占有移転ではなく、所有者や正当な権原に基づく占有者等、権利者の有する不動産利用権の侵害と把握する⁽²⁷⁾」方がよいと主張され、「上告審判決は、判示には直接表われていないものの、本罪の本質をむしろ権利者の土地(・建物)の利用権を侵害するところに見⁽²⁸⁾」ていると分析される。この判例評釈は、これまでの通説・判例の侵奪の定義は事実上破綻しているという指摘、そして、本判決が侵奪の本質を従来の「占有移転」とは異なるところに見ているという興味深い指摘を含んでいる。

(3) 不動産侵奪罪では客体が不動産であり、動産の場合におけるような移転がないことから、占有の移転の有無よ

りも所有者の利用の侵害・阻害を重視する方がよいという同判例評釈の主張は、犯罪成立の範囲を明確にするという目的においては納得できる。しかし、不動産侵奪罪は、その創設経緯、趣旨等⁽²⁹⁾から、やはり不動産の窃取にあたる行為を処罰するものであり、したがって、侵奪は、不動産に対する他人の占有を排除して自己の占有を設定する行為と定義すべきであり、客体の所有者・占有者の利用が阻害されていたかどうかは、あくまで侵奪行為にあたるかどうかを判断する際に考慮されるファクターであると解するのが妥当だと考える。

そして、本判決が不動産侵奪罪の本質を従来の見解と異なるところに見ているという指摘については、以下のように考える。本件の場合、被告人らが本件土地に簡易建物を建造したことによって、東京都は本件土地を予定していた公園として利用したい時に利用することができなくなってしまった。すなわち、東京都の有効利用は阻害されていたといえる。しかし、このような場合とは異なり、客体である土地が何の利用の予定もない土地であった場合、他人が建造物を建築することにより占有を設定していたとしても、土地の「有効利用が阻害されている」と認定することは難しい。そうすると、判例・通説の見解を改め、「侵奪」を「所有者の有効利用の阻害」または「利用権の侵害」と定義したならば、この後者のような場合、つまり利用予定のない土地が客体の場合、侵奪と認められにくくなってしまふのではないだろうか。不動産に対する他人の占有を排除し自己の占有を設定しているといえるかぎり、客体が、何かに利用する予定のある場合と、何にも利用されておらずこれからも利用する予定がない場合とで、侵奪の成否の判断が変わることは妥当でないであろう。

さらに、本件事案と、土地の「有効利用の阻害」という点を侵奪を肯定する根拠として挙げていなかったこれまで

の判例の事案とを比較してみると、将来公園として利用する予定のある土地に本件簡易建物を建てたという本件事案の特徴から、最高裁は本判決で「有効利用は阻害され」ていたと述べたのではないかとも思われる。

また、こう解することは、本判決が、単なる「利用の阻害」ではなく、「有効利用の阻害」としている点とも合致する。本件土地は、将来公園として利用することが予定されていたが、本件簡易建物の建造により、いざ公園として利用しようとしたときに使えない、すなわち有効利用できないと捉えたのではないだろうか。

以上のように解すると、本判決を、従来の見解と異なって侵奪を理解したものと捉える必要はないように思われる。

Ⅲ 本判決の妥当性

(1) 最後に、本判決の妥当性について検討しておきたい。

本判決が、本件被告人の行為を侵奪にあたりと判示した点について、本件事案の程度では「占有の完全な移転が生じたとは考えにくいように思われる」⁽³⁰⁾などの批判がなされている。

そこで、この点について検討してみると、本件被告人は簡易建物を建設することにより、本来ならば土地の所有者または土地を使用する権原を有する者でしか使えないような態様で本件土地を占有して使用していたのであり、他人の占有を排除して自己の占有を設定したとみていいのではないかと思われる。

もつとも、このように解しても、近年の廃棄物投棄の事例などと比べると、先の批判にも表われているように、本

件被告人の行為を侵奪というにはその程度が低いのではないかという点が懸念されるが、本件において被告人が簡易建物を建てた経緯（地面に直に商品を置いてリサイクル・ショップを営んでいた状態から、さらに商売を継続する意思で、今度は建物を建築したという経緯）、そして土地の中央に過半数を占めて容易に倒壊しない骨組みの建物を建築していたこと、土地所有者の警告を無視して構築し相当期間退去要求にも応じず占有しつづけたことなどから、事案を総合的に考察した上で、占有者の意思に反して他人の不動産の占有を排除しその不動産に自己の占有を設定していたとみられる限りは、不動産侵奪罪の成立を認めても不都合はないだろう。むしろ、Ⅱで述べた、侵奪の成立を否定した判例が掲げてきた理由を根拠として本件について侵奪の成立を否定する方が無理な判断を行っているように思われる。

(2) 本件を、いわゆる占有先行型の事例として考察したとしても、侵奪は認められると思われる。不動産侵奪罪の事例は、被告人が起訴の対象となった侵奪行為を行う前から一時使用などにより占有を既に開始していたものと、そうでないものと大きく分けることができる。本件は、東京都の所有する当該土地に簡易建物を建築する前からその地上に商品を置いて占有しており、前者の事例に属する。

この種の事例⁽³¹⁾に対して、判例は、「それまでの占有状態から新たな占有の取得とみられる占有の質的態様の变化があったかどうか」を基準として侵奪の成否を判断し、そう認められる場合に不動産侵奪罪の成立を認めてきたと一般に解されている。本件第一審判決は、この判例の流れに沿って判断し、本件簡易建物を建てたことにより被告人の占有が「質的に変化したといえる」と判示して、同罪の成立を認めている。また、第一審とは逆の判断を下した第二審

判決も、被告人が本件簡易建物を建築した後も東京都側が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を挙げて、「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」として、この「占有の質的变化」という点に留意して判示している。しかし、本判決は、占有の質的变化があつたかどうかという観点から不動産侵奪罪の成否を判断しておらず、あくまでも被告人の本件行為が侵奪にあたるかどうかという観点から判示している。

侵奪を他人の占有を排除して自己または第三者の占有を設定することと解する通説・判例の立場からは、どのような事案においても、つまり一時使用などにより占有が先行している事案（占有先行型）でも、先行していない事案でも、侵奪の成否は、他人の占有を排除して自己の占有を設定したといえるかどうかによって判断すべきである。したがって、占有先行型の場合は、「占有を新たに設定したといえるかどうか」を判断することとなり、必ずしも質的变化が必須の判断基準となるわけではない。ただ、この占有先行型の場合、實際上、従前の占有状態を質的に変化させた場合には侵奪にあたるといえるというだけにすぎないのである。⁽³²⁾

以上のように解すると、本判決のように、あくまで被告人の本件行為が新たに他人の占有を排除し自己の占有を設定するものであつたかどうかを判断すればよいのである。

この占有先行型の事例について、学説は、判例と同じように不動産侵奪罪の成否を問う見解と、不動産侵奪罪ではなく横領罪の成否を問うべきであるとする見解とに分かれている。後者の見解は、「占有がすでに一時使用の開始時に被告人に移転したと解されるならば、……あくまでも自己の占有する他人の物に対する領得に当たり、横領罪の成

否が問題となるにすぎ⁽³³⁾ないと主張する⁽³⁴⁾。しかし、占有先行型の場合も不動産侵奪罪の成否を問うとする前者の見解の方が多数説である。この見解は、新たな占有の設定といえる場合⁽³⁵⁾や、占有が従前から侵奪へと質的变化を遂げた場合⁽³⁶⁾、当該行為以前に先行する占有が一旦失われたといえる場合⁽³⁷⁾などに不動産侵奪罪の成立を認めると解している。

本件の場合、不法に本件土地を占拠して商品を地上に置いて商売していたという状態から、新たに建物を建築して土地を占有したという事案の経緯から、占有を新たに設定したといえるであろう。

IV 本判決の意義

本判決は、数少ない不動産侵奪罪に関する判例の中でも、特に数の少ない最高裁判決であった。本判決は、基本的には、大阪高裁昭和四〇年判決以降の判例の見解を踏襲して侵奪の成否を判断したものと見える。しかし、本判決は、本件土地に対する土地所有者の有効利用が阻害されていたという点をも根拠としている点に特徴があった。これまでの不動産侵奪罪に関する判例では、この「有効利用の阻害」という点は示されたことがなかったことから、本判決を評釈するにあたり、この「有効利用の阻害」という点をどのように解するかが焦点となった。

さらに、本判決は、不動産侵奪罪について、初めて高裁の判決を破棄したものであった。本件では、第一審から大阪高裁昭和四〇年判決が示した侵奪に関する一般論に立って被告人の行為が不動産侵奪罪という侵奪にあたるかどうかを検討したにもかかわらず、有罪、無罪、原判決破棄と上訴される度に判断が異なった。このことから、侵奪につ

いての通説・判例の見解は破綻しており、占有の移転よりも権利者の利用権の侵害と捉える方がよいとする主張や、本判決は不動産侵奪罪の本質を従来とは異なって解しているとの指摘がなされた。

以上の論点について本稿で検討したが、これらの論点は、不動産侵奪罪の本質をどのように捉えるかということに帰着するといえるであろう。そして、本判決は、同じ判断基準に立っても、侵奪の成否について異なった結論へと導かれ得るという点を認識させた点でも、事例判例とはいえ、判例としての価値は十分に存在するといえよう。

- (1) 東京地判平成一一年三月三〇日。
- (2) 東京高判平成一二年二月一八日。
- (3) 高刑集一八巻七号八七七頁。
- (4) 大谷實『新版刑法講義各論』(成文堂、二〇〇〇年)二二四頁、林幹人『刑法各論』(東京大学出版会、一九九九年)二〇八頁、岡野光雄「不動産侵奪罪」大塚仁・川端博編『新・判例コンメンタール刑法六 罪(三)』(三省堂、一九九八年)一八二頁、齋藤信宰『刑法講義〔各論〕』(成文堂、第二版、一九九七年)一七七頁、佐久間修『刑法講義〔各論〕』(成文堂、一九九二年)一一六頁、大塚仁『刑法概説〔各論〕』(有斐閣、改訂版、一九九〇年)二〇〇頁他。
- (5) 福岡高判昭和三七年七月二三日高刑集一五巻五号三八七頁、東京地判昭和四〇年二月二四日判タ一七四号一六八頁、最決昭和四二年一月二〇日判時四七四号一五三頁、最決四二年一月二日刑集二二巻九号一一七九頁、大阪地判昭和四四年四月八日判時五七五号九六頁、広島高判昭和四四年六月二六日判時五七五号九四頁、最決平成一二年二月一五日刑集五四巻九号一〇四九頁など。
- (6) 新潟地裁相川支判昭和三九年一月一〇日下刑集六巻一・二号二五頁、大阪高判昭和四一年八月一九日判タ一九六号一八八頁、高松地判昭和四六年八月一七日刑報三巻八号一一一五頁、東京高判昭和五〇年八月七日高刑集二八巻三号二八二頁、松

江地裁米子支判昭和五五年三月二五日判時一〇〇五号一八一頁など。

- (7) 大阪高判昭和五八年八月二六日判時一一〇二号一五五頁、最決平成一一年二月九日刑集五三卷九号一一一七頁。
- (8) 東京高判昭和四五年六月三〇日高刑集二三卷三号四四一頁。
- (9) 前掲東京地判昭和四〇年二月二四日。
- (10) 大阪地判昭和四三年一月一五日判タ二三五号二八〇頁。
- (11) 大阪地判昭和四五年一月二六日判タ二六三号三四八頁、東京高判平成一一年八月二七日判タ一〇四九号三二六頁。
- (12) 大阪高判昭和四〇年一月一七日判時四四二号五六頁。
- (13) 大阪高判昭和四一年八月九日高刑集一九卷五号五三五頁。
- (14) 東京高判昭和五三年三月二九日高刑集三一卷一号四八頁。
- (15) 前掲福岡高判昭和三七年七月二三日、前掲大阪高判昭和四〇年一月二七日、前掲大阪高判昭和四一年八月九日。
- (16) 前掲東京高判昭和五〇年八月七日。
- (17) 前掲広島高判昭和四四年六月二六日。
- (18) 前掲東京高判昭和五三年三月二九日。
- (19) 前掲東京高判昭和五〇年八月七日。
- (20) 福崎伸一郎「判解」ジュリスト一二二八号(二〇〇二年)一三三頁、岩間康夫「判批」現代刑事法三五号(二〇〇二年)八八頁。
- (21) 鈴木左斗志「判批」ジュリスト一二二〇二号(平成二二年度重要判例解説)(二〇〇一年)一五八頁。
- (22) 伊藤渉「判批」判例セレクト'01(二〇〇一年)三三三頁。
- (23) 鈴木・前掲注(21)一五八頁。
- (24) 岩間・前掲注(20)八八頁。
- (25) 団藤重光『刑法綱要各論』(創文社、第三版、一九九〇年)五八四頁、大谷・前掲注(4)一一六頁、川端博『刑法各論

概要』(成文堂、第二版、一九九七年)一七五頁。なお、中山研一「不動産侵奪罪の成立を否定した事例」判評九四号(判時四五三号)三二頁参照。

(26) 岩間・前掲注(20)九〇頁。

(27) 岩間・前掲注(20)九〇頁。岩間康夫教授は、「しかも判例の具体的判断過程に忠実な不動産侵奪罪の理解」であるとして、この見解を主張されている。

(28) 岩間・前掲注(20)八八頁。

(29) 白井滋夫「不動産侵奪罪」中川善之助・兼子一監修『不動産法大系第六卷』(青林書院、改訂版、一九七五年)五二九頁、栗野友介「不動産侵奪罪(中)」警察公論三九卷五号(一九八四年)一〇二頁、白井滋夫「不動産侵奪罪等の新設について」ジュリスト二〇四号(一九六〇年)二七頁、河上和雄「不動産侵奪罪」大塚仁・河上和雄・佐藤文哉編『大コンメンタール刑法第九卷』(青林書院、一九八八年)二九〇頁、小松進「不動産侵奪罪」西原春夫・宮澤浩一・阿部純二・板倉宏・大谷實・芝原邦爾編『判例刑法研究第六卷』(有斐閣、一九八三年)九九頁など。

(30) 岩間・前掲注(20)八八頁。

(31) 前掲大阪高判昭和四一年八月九日、前掲最決定昭和四二年一月二日、前掲広島高判昭和四四年六月二六日、前掲最決平成一二年一月一日。

(32) 占有先行型の事案に対する判例を考察すると、「侵奪へと質的に変化を遂げたかどうか」を基準として侵奪の成否を判断したものだけでなく、「新たに(所有者の)占有を排除したといえるか」、または「新たな占有に該当するか」を判断基準としているものも見受けられるのである。

(33) 齊藤豊治「不動産侵奪罪」刑法判例百選Ⅱ各論(有斐閣、第四版、一九九七年)六七頁。他に、横領罪説を主張するものとして、町野朔「不動産侵奪罪」刑法判例百選Ⅱ各論(有斐閣、第三版、一九八四年)七〇頁が挙げられる。

(34) 同見解について、鈴木左斗志「判批」ジュリスト一一九六号(二〇〇一年)一三九頁、塩見淳「判批」法教二五〇号(二〇〇一年)一一一頁参照。

- (35) 大谷・前掲注(4)二二五頁、前田雅英『刑法各論講義』(東京大学出版会、第三版、一九九九年)一八四頁。
- (36) 曾根威彦『刑法各論』(弘文堂、新版、一九九九年)一一〇頁。
- (37) 中森喜彦『刑法各論』(有斐閣、第二版、一九九六年)一二四頁、林・前掲注(4)二〇九頁。

【本判決評釈】本判決の評釈として、鈴木左斗志「不動産侵奪罪における『侵奪』の意義」ジュリスト二二〇二号(平成二二年度重要判例解説)(二〇〇一)一五七頁、伊藤涉「公園予定地の一部に無権原で簡易建物を構築する行為と不動産の侵奪」判例セレクト'01(二〇〇一)三三頁、松宮孝明「不動産侵奪罪における『侵奪』の意義」法学セミナー五六三号(二〇〇一)一〇六頁、永野義一「不動産侵奪罪の成否」民法法情報一七六号(二〇〇一)六一頁、岩間康夫「最新重要判例評釈(63)公園予定地の一部に無権原で簡易建物を構築するなどした行為が不動産の侵奪に当たるとされた事例」現代刑事法三五号(二〇〇二)八六頁、福崎伸一郎「時の判例 公園予定地の一部に無権原で簡易建物を構築するなどした行為が不動産の侵奪に当たるとされた事例」ジュリスト二二二八号(二〇〇二)一三一頁がある。