

《研究ノート》

不動産賃借権の無断譲渡と無断転貸の犯罪性

— 不動産侵奪罪の成否を中心として —

清野 惇

1 はじめに

他人所有の土地・建物を，所有者に無断で占拠使用する形態のうち，当該不動産の利用につき所有者となんらの契約関係にも立たない第三者が，所有者の看視の目をかすめて，これを直接的に実力支配する形態が，昭和35年法律第83号によって新設された不動産侵奪罪の適用を受けることについては問題はないが，不動産の賃借人が賃貸人（所有者）の承諾を得ないで，その賃借権を他人に譲渡したり，或いは賃借不動産を他人に転貸したりして，その使用収益を他人に行わしめる行為が，不動産侵奪罪や横領罪などの犯罪を構成するかどうかについては，これを否定するのが一般的見解といってよいであろう。その理由とするとところは，賃貸人には侵奪の対象となる占有がなく，又賃借人には，横領罪の成立に必要な処分可能な地位としての占有がないからだとする。

不動産侵奪罪（刑法 235 条の 2）は，戦後の混乱に乗じて濫発した土地の不法占拠を防止するとともに民事訴訟の遅延による権利者の保護の欠如を救済するために新しく設けられた犯罪類型であって，その主たる狙いが，不動産の「直接的占有」の侵奪を禁遏することにあることは，その制定経過からみて疑いないが，前述の如き賃借権の無断譲渡や転貸という行為によってなされる賃借物の不法占有が，同罪の対象になりえないかどうかは，いつに同罪の構成要件行為である「侵奪」の解釈如何にかかわる問題であって自明のこととはいえず，一応検討に価する問題といえよう。

不動産侵奪罪が、不動産の所有者の占有を侵害して、当該不動産の経済的価値・効用を不法に収奪するという「使用窃盗」の側面を有するものとすれば、賃貸人の承諾なしになされる賃借権の譲渡や賃借物の転貸も同様の性格をもち、而も、この場合が典型的な不動産の不法占拠の場合に比べて、その民事的救済が格別容易であるとはいえず、被害回復の困難さという点においては、必ずしも前者に劣るものでないことは実務上しばしば経験するところである。

そこで、このような賃借人の行為が、不動産侵奪罪を構成しないかどうか、更にはまた横領罪を成立せしめないかどうかを、以下において、少しく考察してみたい。

2 承諾を得ない賃借権の譲渡と賃借物の転貸についての民事的考察

民法は、継続的な債権関係としての賃貸借における賃貸人と賃借人との間の信頼関係を重視し、賃借権の譲渡や賃借物の転貸については、賃貸人の承諾を要するものと定め（民法612条）、賃借人が、これに反して、無断で譲渡・転貸したときは、賃貸人は賃貸借を解除しうるものとし（同条2項）、また賃借権の譲渡や賃借物の転貸により、賃借物に対する実力支配が譲受人（または転借人）に移行したときには、賃貸人は賃貸借を解除しなくとも、賃借人に対しては賃貸借契約に基き、また譲受人（または転借人）に対しては所有権に基いて、それぞれ賃借物の返還を請求することができ、賃借物の返還を得られないときには、賃借人に対しては契約不履行にもとづく損害賠償請求権を、譲受人（または転借人）に対しては不法行為にもとづく損害賠償請求権を選択的に行使しうると解されている（鈴木「賃借権の無断譲渡と転貸」総合判例民法⁽¹⁾68頁）。もっとも、戦後の判例は、たとえ賃借権の譲渡または転貸があっても、それが両者間の信頼関係を破るものでない限り、契約解除をなしえず、譲受人（または転借人）の地位は承諾ある賃借権譲受人（または転借人）と同様に取扱われ、その賃借物に対する占有は適法なものとなるとしている（判例多数例えば最判昭30. 9. 22民集9巻10号1294, 最昭36. 4. 28民集15巻4号1211頁）。

不動産賃借権の無断譲渡と無断転賃の犯罪性

不動産の賃借権の譲渡と転賃とは、賃借人が従来の賃貸借関係から離脱するか否かの差異はあるが、賃借物の占有使用という点においては、両者間に径庭はない。ただ、転賃の場合には賃借物の全部にわたる場合とその一部にとどまる場合とがあるだけである。いづれにしても、これらの行為は、賃貸借契約に基き賃借人に認められた賃借物の占有を、賃貸人に無断で第三者に移し、従来の占有関係を擅に変更するものであって、賃借人のかかる行為は、一面において賃貸人の賃借物に対する支配を侵害すると共に、他面において、賃貸人との間の信頼関係を毀損する性格をもつものといえることができる。

3 不動産の賃借権の無断譲渡と賃借不動産の無断転賃についての刑法的考察

不動産の賃借権の無断譲渡並びに賃借不動産の無断転賃が刑法上問題にされるとすれば、それはまず、賃借人が賃借物の占有を第三者に移す行為が、賃借物に対する賃貸人の占有の侵奪として不動産侵奪罪を構成することはないか、また賃借物の占有を第三者に移す行為が、同時に、賃借物の不法領得行為として横領罪に該当しないか、という点であろう。以下順を追って検討しよう。

1 不動産侵奪罪の成否について

不動産侵奪罪の成否を論ずるにあたって、先ず問題としなければならないのは、賃借物について賃貸人が刑法上の占有を有するかどうかということであろう。

(1) 刑法における占有の観念

賃借物に対する賃借人の管理・支配は、賃借人に認められる目的物の使用収益権の前提をなすものであって、それが民法上の占有にあたることは問題がない。また賃貸人と賃借人との関係は、所謂代理占有の関係で、賃貸人は賃借人の占有を介して間接的に自らも賃借物を占有するものであることも異論がない。このように、民法上は賃貸人も賃借人も、直接・間接の違いがあっても、共に賃借物に対しそれぞれの立場から「占有」を有していることはいうまでもない。

ところで、刑法上の「占有」は、民法上の占有と異り極めて現実的な観念であって、それは物に対する事実的支配を意味するとされる。したがって、刑法においては、民法上認められる代理占有という観念は、存在しない。民法上の占有が成立するためには、所持という事実の外「自己のためにする意思」という心理状態が要求されるが、刑法上の「占有」はあくまでも事実的観念であり、物に対する事実的支配が何人のためになされるかは問題ではない。このように民法上の占有と刑法上の占有とは同じく占有という用語を使用しているが、その概念内容は異り、両者の成立範囲は必ずしも一致しない。

物を握持・監視しておれば、通常その物に対し事実的支配があるといつてよい。しかし現実には物を握持・監視していないからといって事実的支配がないとはいえないので、物の握持・監視は事実的支配の存在を示す一徴表に過ぎないといえる。物に対する事実支配があるかないか換言すれば占有を有するが否かは、結局のところ、物に対する人の態度乃至関係が、社会通念上、その人がその物を事実上支配していると認めうる状態にあるかどうかによって判定する外ない。

判例も「所持トハ一般ノ慣習ニ従ヒ事実上物ヲ支配スル関係ヲ言フモノナリトス」（大判大4・3・18刑録21,310）とし、占有が、社会的、規範的概念であることを認めている。世間一般が、彼こそその物の支配者だと認めるような関係・状態が人と物との間に存在すれば、その人はその物を「占有」しているといつてよい。

同じく物の占有といつても、動産と不動産とでは、その態様に相違がある。動産の場合は現実の所持が、占有の基本的な態様といえるのに対し、不動産の場合は現実の管理や看守がなくとも、権利者が、その存在を意識し、これを支配する意思があれば占有を認めてよい。この意味において空地、空家、遠隔地の山林、原野等についてもその所有者に占有を認めることができる。

不動産の占有につき、判例は登記簿上名義人となっている場合は当該不動産に対し支配関係があるとしているが（大判昭7・4・21刑集11,346、大判大8・7・4刑録25,832外）、これらの判例は、いずれも横領罪の要件である「自己ノ占有スル他人ノ物」について判示したものであり、窃盗罪における攻

撃の客体たる「占有」について判示したものではないことに注意しなければならない。

横領罪における「占有」は、行為主体の身分としての物的支配可能な地位換言すれば物に対する処分可能な支配関係を指すが、窃盗罪における「占有」は、窃取行為による侵害の対象としての事実的支配関係を意味し、両者は機能的に異なる。

したがって、横領罪における「占有」は、必ずしも事実上これを所持することは必要ではなく、法律上の支配関係—登記簿上名義人となっている場合—があれば占有を認めてもよいが、窃盗罪においては、かかる法律的支配を占有と認めてよいかどうかは問題であり、判例・通説はこれを否定する。

尤も、不動産については権利公示の方法として不動産登記制度が創設されているので、所有権の登記をもって事実的支配の一態様とすることも十分に考慮されてよいように思われる。大審院も「所持トハ物ニ対スル事実上ノ支配関係ヲ指称スルモノトス、而シテ其支配ノ行ハルル状態ハ物ノ自然的及ビ経済的性質ニ因リテ自ラ定マリ、必ズシモ同一ナラズ」（大判大5・5・1刑録22,673）とし、物の性質により事実支配の態様が同一ではないことを認めている。

財物に対する事実的支配者が一人の場合には、誰が占有者であるかは明確であるが、複数の者が同一財物につき、夫々支配関係を持つ場合には、誰をもって刑法上の占有者とするかは困難な問題である。

ところで、このように数人が共同して財物を所持（事実的支配）する場合には、その共同所持者相互間の関係に基き、これを「対等関係」と「上下・主従関係」に分け、上下・主従関係の場合には、下位者又は従たる者の所持を非独立的所持と解し、上位者又は主たる者についてのみ独立所持（刑法上の占有）を認めるのが判例・通説の立場である。

対等関係とは、数人の者が対等の地位において共同で財物を占有する場合を指し、この場合は各人が「占有」者とされ、したがって、対等関係に立つ者の一人が他の者の同意を得ることなく、共同占有にかかる物を自己の単独

の占有に移すときは窃盗罪が成立すると解するのが、判例（最判昭25. 6. 9刑集46,928外）通説である。

しかしながら、対等者間の共同占有といっても二つの場合が想定されうる。即ち、甲乙両名が一体となって、その財物を占有する場合と、甲乙がそれぞれその財物全体について占有をもち、それが競合している場合とである。前者の場合は占有は単一であるが、後者の場合は占有は複数で重疊的である。

対等関係が前者であれば、占有は一個であるから、甲乙相互間に占有侵害はおこりえず、甲による当該財物の領得行為は横領にはなっても窃盗にはならないが、後者とすれば、甲乙それぞれが、その物の占有者であり、甲からみれば、その物は自己の占有する物であると同時に乙の占有する物でもあるから、これを甲が自己の単独占有に移す行為は横領であると同時に窃盗でもありうる。

判例が共同占有にかかる物を自己の単独占有に移す行為を窃盗としているのは、共同占有を後者のように解してのことかどうかわからない。

この点につき、小野博士は「甲乙二人が対等の関係において一箇の物を所持する場合に、その各々が「占有」者なのではあるまいか。然るに何故に此の場合に窃盗罪であって横領罪ではないのであろう。少なくともそれを窃盗罪として論ずると同一の権利をもって横領罪として論ぜられる筈である。これは恐らく横領罪と窃盗罪との法条競合と見るべき場合で（観念的競合ではない）、私は此の頃寧ろ横領罪の成立を認める方が事態に適合した解釈ではないかと考えている」（小野「窃盗と横領との限界点としての占有」刑評3,334）と論述し、判例の見解に問題を提起されている。

次に、上下・主従の関係による共同占有については、前述のように、判例は、「従たる地位」の者の所持についても、一応支配関係の存在を肯定したうえで、その支配は従属的支配にすぎないから刑法上の占有に該らないと解する立場（大判昭15. 11. 27刑集19,820）と「従たる地位」にある者は「主たる地位」にある者の単なる占有機関に過ぎないと解する立場（大判昭21. 11. 26刑集25・50）とに分れる。

学説としては、小野博士(前掲評釈)や木村博士(木村・各論 120頁)等は判例の見解を支持するが、これに対し、牧野博士は「従たる所持者もやはり刑法上の占有者であって、かかる重疊的に存する占有を自己にのみ独占的に移す行為が、主たる所持者の所持を侵害する意味において、窃盗とされるについて対等的共同占有の場合と異るところはない」(牧野・各論下 567頁)として反対の立場をとり、泉二博士(泉二・各論 683頁以下)や宮本博士(宮本・大綱 337頁)もこれに同調する。

中野判事は、貨物列車乗務車掌の積載貨物に対する占有関係を論じた判例(最判昭23. 7. 27刑集2・9・1004)の評釈において、他人のために物を握持し又は監視している者についても、その者が現実にもその物に対し力を及ぼすことの可能な状態にいる限り、やはり占有という関係を認めても少しも差支えないのではなからうか。…… そうだとすれば、主従の二重占有ということは、やはり認めなければならない場合があるのである。「かかる共同占有においては、下級者の領得行為は、まさしく、ある意味で上級者の占有を侵害するものではあるけれども、それはいわば複合的な占有の内部関係における侵害なのであって、外部よりする占有侵害ではなく、その本質において主占有者に対する背任的性格を主とするものである点からして、これを窃盗罪ではなく横領罪に間擬すべきだという説が成り立ちほしないかと考えるものである」(中野・刑評9・239, 警研21・6・65)と批評を加えられ、占有概念の相対的把握という新しい観点からの問題の解明を示唆されている。

また、中教授は「上下・主従関係による共同占有は本来の意味における共同占有と解すべきではなく、いずれか一方による専属的占有があると考ええる。但し、その専属的占有が常に業務上の上位者のみであって、現業に服して物を現実に握持する者にはないと決定することは形式的考察であって、この場合にも物に対する事実上の支配関係を具体的に決定した上で、その占有の帰す方を定めるべきである」(中「刑法における占有の概念」総合判例研究叢書刑法(4) 135頁)とし、上位者と下位者の重疊的占有を否定はされるが、判例、通説のように、常に上位者に占有があると解すべきではないとの立場をと

る。

また喜頭学士は、所持を独立所持と非独立所持に分け、非独立所持は刑法上の占有にはあたらないとする。同氏のいう「非独立所持」とは「他人ニ対シ從屬的關係ニ立テルカ為メニ自己ニ屬セスシテ其他人ニ屬スル事実上ノ支配ノ行使ヲ謂フ」ものとされ、かかる「他人ノ事実上ノ支配ヲ行使スル者」を占有被用人と称し、占有被用人は独立所持を有しないとするのである(喜頭「非独立所持ト窃盜」法学志林13卷7号24—27頁)。同氏は從屬的關係に基づく所持を非独立的所持と呼称しているが、同氏のいう從屬關係なるものが、身分や業務が他人の支配下に立つという意味での從屬性を意味しているのか、それとも物に対する支配關係の從屬性を指すのか、必ずしも明らかでないが、前者と理解してよいであろう。

雇主と被傭者との間には、一般的には、この從屬的支配關係が認められるが、雇主と被傭者との間であっても、例外的に從屬的支配關係のない場合もありうる(例えば、店員が行商をするような場合は、雇主の実力的支配領域の外で商品を所持する訳であるから、この場合には店員の独立の所持を認むべきであろう)。

(2) 賃借物の占有者

問題となるのは、賃借物の占有關係である。賃借物の占有は、賃貸人、賃借人のいずれに有ると解すべきであろうか。賃借人が賃借物に対し所持を有することには疑問はない。

賃借人は、賃借物を所持することについて固有の利益を持ち、一方において賃借物の保管義務を負うと共に、他方においてその使用収益権を有し、賃借物の使用につき、賃貸人と対立的關係にたつから、賃借人をもって、賃貸人の単なる占有(所持)機關ないしは占有被用人とみることはできない。

民法では、賃借物の占有關係を代理占有の關係としてとらえ、賃借人に占有代理人としての地位を認め、直接占有は賃借人にあるが、賃貸人も占有代理人たる賃借人を介して、賃借物に対し間接的な占有をもつとする。

この点について、喜頭孝士は「所有物ニ或物權ヲ設定シ又ハ賃貸借、使用貸

不動産賃借権の無断譲渡と無断転貸の犯罪性

借、請負、委任、寄託等ノ債権関係カ成立シタル場合ニ物権者、賃借人、借主、請負人、受任者、受寄者ハ事実上ノ支配ヲ有ス此場合ニ於テ民法カ所有者ニモ亦占有ヲ認メタル所以ノモノハ所有者モ亦尚ホ自ら占有訴権ヲ有スルノ利益ナルヲ認メタルニヨル前者ヲ代理人ノ占有（直接占有）ト称シ後者ヲ間接占有ト云フ間接占有者ハ窃盗ノ被害者ニ非ス蓋シ事実上ノ支配ヲ有スル者ハ代理人ノミナレバナリ」（前掲論文23頁）とし、間接占有者たる賃借人には刑法上の占有はなく、刑法上の占有は直接占有者である賃借人へのみ認められるとする。

賃借物の所持について固有の利益を有し、かつ従属的支配の關係にたたない賃借人に刑法上の占有を認めることについては特に異論はないと思われる

尤も、旅館に宿泊した客に提供し使用させる丹前や浴衣等の所持に関して判示した昭和31年1月19日最高裁判決は「被告人が旅館に宿泊し、普通に旅館が旅客に提供するその所有の丹前、浴衣を着、帯をしめ下駄をはいたまま外出しても、その丹前等の所持は所有者である旅館に存するものと解するを相当とする」(刑集10・1・67)として、宿泊客に窃盗罪の成立を認めている。この多数意見に対し、齊藤悠輔裁判官は、丹前や浴衣等は被告人が旅館の承諾の下に借受け着用したものであることを理由に「かような場合には旅館に民法上の占有権は依然として存在するかも知れないが、刑法上の所持は専ら被告人に存するものと解するを相当とする」と反対意見を述べている。

この判決には2つの問題が含まれている。1つは、本判決はこれら丹前等の所持関係を占有代理人による所持の關係としてとらえているのか、それとも占有被用人による所持の關係（機関占有）として理解しているのか、そのいづれであるかの問題であり、いま1つは、仮りに前者とすれば、本判決は間接占有者に刑法上の占有を是認する趣旨と解すべきかの問題である。

第1の点については、齊藤裁判官の反対意見は、明らかに本件の丹前等の所持関係を占有代理人による占有とみて直接占有者である宿泊客に丹前等の所持を認める立場をとっているものと解されるが、これに対し中教授は「旅館側で被告人が所用のため外出することに同意したとしても、それは決して

承諾の上丹前等を貸与えた、即ち被告人にその占有を移したということの意味しない。反対に所用が終れば帰来する日常のしきたりをたのみにして肯定される旅館主人の占有が依然存すると解すべきこと、旅客が丹前を着たまま旅館附近を散歩する場合と毫も異るところはない」(中・前掲論文119頁)とし、宿泊客の地位を占有被用人と解する。

旅館が宿泊客に貸与使用させる丹前等は、客室に備えつけられた備品と同様に客室に一般的に附属する物品で宿泊の便宜上宿泊客の使用にゆだねられているもの(蒲団はこのようにみるのが妥当ではあるまいか)と考えるならば、その所持は旅館の主人にあって宿泊客にはないとみることとも可能であるが、これを宿泊契約に基いて旅館側から提供を受けるものであり、その使用については、宿泊客にも契約上の固有の利益があると解すれば、反対意見が指摘することく、宿泊客の地位を単に旅館の所持の機関(占有被用人)とみることが相当ではなく、反対意見のように宿泊客に固有の占有を認める必要がある。

それでは第2の問題点に移らう。本判決は間接占有者である旅館の主人のみ丹前等の占有を認める趣旨であらうか。

上述の如く、宿泊客にも占有を認むべきものとすれば、丹前等の所持の關係は直接占有、間接占有の關係と解さざるをえない。にも拘らず、旅館の主人に刑法上の占有があるとすることは、刑法上の占有就中窃盜罪の攻撃の客体としての「占有」が現実的観念であるとして間接占有を刑法上の占有とみることを拒否する一般的見解に背馳することにもなる。しかし、本判決はおそらく間接占有の占有性を承認する趣旨ではないであらう。そうだとすれば、旅館に占有を認める実質的論拠が何んであるかが問われなければならない。

香川教授は、占有概念の相対性にその基礎を求めるとされる(香川・前掲論文21頁)。占有概念の相対性とは、物に対する支配關係を対所有者と所有者以外の対第三者とに區別して論ずる見解で、本件についていえば、対第三者關係では、本件丹前等の占有は宿泊客にあり、対所有者關係では、その占有は所有者である旅館側にあると解する訳である。

中野判事の前掲判例評釈における所説もこの見地に立つものと解してよいであらう。

これに対して正田教授は同一財物に対する重疊的占有の存在を肯認する立場から、本件丹前等の占有は、旅館にも被告人にもあるとして、被告人の旅館からの立去逃走によって窃盗罪と横領罪とがともに既遂となると考えてよいとされる（正田「刑法における占有の概念とその機能的意味(上)」法曹時報23巻・11号38頁）。

占有を相対的に理解する見解は、刑法上の占有型態を、直接的占有と機関占有の2つに分け、個々の事案をそのいずれかに当てはめて刑法上の占有の帰属者を決定する従来の判例・通説の立場から生ずる欠陥を解決するための理論として主張されるもので、その論ずるところは極めて巧妙ではあるが、前述の如く、その所論は対所有者関係において占有者とされる所有者と、対第三者関係で占有者とされる財物の所持者との間に存在する財物の委託関係の侵害という背信的行為の面を刑法的評価の域外に放逐している点に問題が残る。

前記の事例では、丹前等に対する旅館の占有を侵害した点において窃盗罪の成立を認めると共に宿泊客に委託関係に基づくそれらの物の占有を認め横領罪の成立を肯定すべきではなからうか。所有者に対する占有侵奪のみを評価し、背信的領得行為を不問に付してよいという理由はないように思われるからである。

このように、財物に対する複数の占有の競合（重疊的占有）を、刑法上是認すべきか否かについては争いがある（学説でこれを肯定するものとしては泉二・日本刑法論（各論）683頁、草野、刑事判例研究四巻197頁以下、否定するものとして、小野、刑評三巻92事件の評釈、木村・刑法各論120頁など、判例としては、これを肯定するものとして、大判大正14・7・4刑集4・4・479、大判昭12・3・10刑集16・290、最判（3小）昭23・7・27刑集2・1004、否定するものとして、大判昭15・11・27刑集19・820など）。

通説の見解は、前述の如く重疊的に重なり合った占有者間の不法領得行為が問題となる場合には、占有関係の複数的存在を認めず、常に下位者（従た

る者)による上位者(主たる者)の占有の侵害という形で窃盗罪を論ずるか、或いは下位者に或る程度の独自の占有を認めて横領罪の成立のみを論ずるかのいずれかであるが、重疊的占有を肯定する立場をとるかぎりには、下位者の不法領得行為が上位者の占有に対する侵害として窃盗罪を成立せしめると同様に、上位者による下位占有の侵害も理論的には可能であるし(尤もこの場合には可罰的違法性を欠くことが多いであろう)また下位者の不法領得が横領罪を成立せしめるからといって、上位占有に対する侵害が不問に付されるいわれはないことになる。

このことは、賃借物の占有のように、支配関係が直接・間接の関係で重なり合っている場合にも、ひとしく妥当する。

通説的見解は、他人による所持のうち、機関占有の場合は、本人に刑法上の占有を肯定するが、間接占有の場合には、直接占有者にのみ刑法上の占有を認め間接占有者にはこれを認めない。

賃貸人と賃借人との間には、賃借物の使用をめぐって、いわゆる従属的支配(指揮・監督)の関係はなく、契約関係を通じて、賃借物に対し直接・間接の支配関係が存するだけである。したがって、従属的支配関係がある場合に比して、賃貸人(所有者)の賃借物に対する支配力は、一般的に弱いことは認めざるをえないが、だからといって、賃貸人(間接占有者)に刑法上の占有を否定するのは当をえない。

とくに土地、家屋などの不動産については、所有者の支配関係は、その対象が不動産であることにより、固定的かつ恒久的であり、しかも動産と異なり、直接占有者(賃借人)の占有放棄によって、賃貸人が自動的に直接占有を回復するものであることを考慮するならば、機関占有の場合に比して所有者の支配力が弱いとはいい難いから、間接占有者である賃貸人にも刑法上の占有を肯定すべきであろう。そうだとすれば、この場合にも、賃貸人と賃借人との両者の占有の重疊的競合を是認しなければならない。

多くの判例や通説的見解は、上下、主従の関係に立つ場合には、上位者(主たる者)にのみ刑法上の占有を認める訳であるが、実のところ、何をもって上位

者（主たる地位の者）といい、何をもって下位者（従たる地位の者）というのか、その規準が心ずしも明確ではない。占有の原因となった法律関係の種別や性質がこれを決定する一要因となることは勿論ではあるが、必ずしも、それらが決定的要因とはいえない。

したがって、結局のところは社会通念によって、そのどちらであるかを判定しなければならないことになるが、それよりは、むしろ、同一物に対する事実的支配の競合を素直に認めて、占有の複数的存在を承認する方がより妥当ではないであろうか。複数の占有を前提とするかぎり、刑法上の占有の択一的認定という困難な問題を回避できるし、占有の上下、主従を判断して占有の帰属を考える必要もないことになろう。

このように刑法上の占有の重疊的競合を承認するならば、重疊的に占有が競合している物の占有者の一人が他の占有者を排除してその物を自己の独占的占有に移す行為は、一面において横領罪を構成すると同時に、他面において窃盗罪を成立せしめることになる。

いづれにても、重疊的占有を肯定する以上賃借不動産については、賃借人はもとより貸貸人にも窃盗罪における攻撃の対象としての「占有」の存在を認めることができるであろう。

(3)不動産侵奪罪における「侵奪」行為

次に問題となるのは、賃貸人の承諾をえずに賃借不動産を転賃したり、その賃借権を譲渡して他人に当該不動産の占有・使用をなさしめることが、刑法235条の2にいう不動産の「侵奪」にあたるかどうかである。

不動産の「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、自己又は第三者の支配に移すことをいうと解されているが、賃借権の譲渡・転賃により他人に賃借不動産の占有をえしめる意思をもって賃貸人の占有を侵害する場合、賃借人に「不法領得の意思」ありといえるであろうか。

不動産侵奪罪が、財産犯として窃盗罪と罪質を同じくする以上、侵奪行為の主観的要件としての「不法領得の意思」は、窃盗罪における不法領得の意思とその意義内容において同一でなければならないであろう。ところで、不

法領得の意思とは、判例によれば「権利者を排除して他人の物を自己の所有物の如くにその経済的用法に従い使用または処分する意思」とされており（最判昭26・7・13集5・8・1437）、通説もこれを支持しているが、この点に関し、藤木教授は、不動産侵奪は、不動産の性質上多くの場合当該不動産を無断で使用したために、権利者の事実上の管理、支配を侵奪するけれども、本権そのものを否認しようとする意思はないのが通例であり、侵奪行為は使用窃盗と類似した構成をもっていることを理由に、これを「正当な権限なしに、権利者を排除して継続的に不動産の占有を奪い、その事実上の効用を取得する意思」と解すべきであると主張されるが（藤木「不動産侵奪罪の背景と機能」時報資料版12号7頁・藤木・刑法各論40頁）、単に表現上の問題であって、実質上の差異はないと思われる。

この点については、不動産侵奪における不法領得の意思について判示した大阪高裁昭和42年5月12日判決の次の判旨が参考となろう。「右不法領得の意思は刑法235条の動産窃盗におけると同様、権利者を排除し他人の不動産を自己の所有物と同様にその経済的用法に従い利用または処分する意思であり、他人の不動産を自己の所有物としようとする迄の意思は必要でなく、正当な権原なしに権利者を排除して不動産の占有を奪い、これを利用しようとする意思があれば足りるが、不動産については、一時使用との関係で或程度継続的に占有を奪う意思がなければ不法領得の意思があるとはいえない」（高裁刑集20, 3, 291頁）と。

上記いづれの立場からしても、賃借不動産に対する自己の直接的占有を放棄し、代って、第三者に当該不動産に対する事実的支配を獲得させて使用収益をなさしめる意図（場合によっては、使用収益に対する代価を取得する意図をも含む）をもって行なわれる賃借権の無断譲渡・転貸等の行為は、不法領得の意思に欠けることはないであろう。

また、賃借人が賃借権を無断で第三者に譲渡したり、転貸したりすることは賃借人が賃借不動産に対して有する直接的占有を放棄し（転貸の場合は、賃借人は当該不動産に対する直接的占有は失うが間接的占有は保持する）、

不動産賃借権の無断譲渡と無断転貸の犯罪性

賃貸人との間に当該不動産の占有、使用について何んらの契約関係にも立たない第三者に当該不動産の事後的支配を獲得せしめ、賃貸借契約に基き、賃借人の直接的占有を介して保持していた当該不動産に対する賃貸人の占有を排除喪失させるものであり、不動産侵奪罪の「侵奪」にあたりと解することができる。

この場合、当該不動産に新たに事後的支配を獲得した第三者が、賃貸人の承認をえないで賃借人が当該不動産の占有を自己に取得させるものであることを知って、賃借人より、賃借権の譲渡・転貸を受けたとすれば、その譲受人（または転借人）も不動産侵奪罪の共犯となるが、譲受人（または転借人）が、賃借人において賃貸人の承諾を得ているものと思っていたとすれば、賃借人のみが不動産侵奪罪に問われることになるであろう。また、賃借人が所有者を装って、情を知らない第三者に当該不動産を賃貸又は譲渡する行為も、不動産侵奪罪を構成することはいうまでもない。

ただ、賃貸人の承諾をえないで、不動産の賃借権を譲渡したり、賃借不動産を転貸した場合であっても、それが賃貸人と賃借人との間の信頼関係を破壊するまでのものでないときは、賃貸人の承諾があった場合と同一の効果が認められ、譲受人や転借人の当該不動産の占有は適法視されて、賃貸借契約の解除は許されないとするのが戦後の判例の傾向であるから、このような場合には、賃借人らのかかる行為は実質的違法性がないと解せられるので不動産侵奪罪の成立は否定される。

2 不動産横領罪の成否

次に検討を要するのは、賃借人に賃借物の占有を認める場合、賃借不動産の無断転貸や賃借権の無断譲渡が、賃貸人（所有者）に対する関係で横領罪を構成するかどうかである。

そのためには、まず、賃借人が賃借物に対して有する占有が、横領罪における他人の物の「占有」といえるかどうか、問題とされなければならない。横領罪における「占有」は、行為主体の身分、すなわち被害者との信頼関係に基づくところの、領得行為に利用される可能性のある物に対する支配

的地位を意味するとされており、それ故にまた、横領罪における占有の意義はその排他力にあるのではなく濫用のおそれある支配力にあるともいわれている（団藤各論363頁，小野他ポケット註釈全書(1)刑法440頁）。したがって、窃盗罪における占有とは、その性質を異にし、単なる事実的支配のみならず、法律的支配（例えば、登記簿上所有者として表示されている場合や登記簿上所有名義はなくとも不動産を法律上処分できる地位にある場合など）をも含むとするのが通説、判例である。

通常、不動産について横領罪の成否が問題となるのは、動産の横領が、事実支配による占有の場合（動産の場合は事実支配が同時に濫用のおそれある支配力と認められる）であるのに反し、その殆んどが行為主体において不動産を法律的に支配している場合であって、事実的支配による占有の事案は事例としてはきわめて少なく、むしろ事実支配による不動産の占有が逆に横領罪における「占有」といえるかどうかの問題とされるのである。

なるとなれば、財物としての不動産は、動産と違い場所的移転が不可能であり、又その権利変動の対抗要件として登記を必要とすること等から、不動産を単に事実上支配しているだけで、果して、当該不動産について領得することの可能な支配力を有しているといえるか疑問があるからである。

この点について、従来判例は、不動産を現実上使用管理するときは横領罪の占有があるとし、不動産の事実支配による占有も横領罪における「占有」にあたと解しているが(①大判昭7・4・21刑集2・346,②最判昭30・4・5(3小)刑集9・4・645,③大阪高判昭46・10・6判例タイムズ274号233頁), これらの判例の事案を些細に検討すると、①の判例は、寺院の住職が寺有土地を擅に担保に入れ抵当権を設定し登記を経由したという事案に関するものであり、②の判例は、数名共有の未登記不動産の全部の管理をまかされていた一部共有者が他の共有者を排除して、その一部共有者のみの共有にして、会社設立のため、これを現物出資した事案にかかるものであり、又③の判例は、不動産の保管を委託された不動産業者が所有権移転登記に必要な書類一切を預り所持していた事案に関するものであって、いづれも当該

不動産賃借権の無断譲渡と無断転貸の犯罪性

不動産を自由に処分しうる状態でこれを事実支配していた事案についての判示といってよい。

したがって、不動産の事実支配による占有の場合においては、単に不動産を使用管理する等して事実上支配しているだけでは充分でなく、これを自由に処分しうる地位にあると認められるような状態において事実支配をなしていることが必要であろう。

家村判事は、この点につき「不動産に関しては、横領罪の成立要件の「占有」に当る事実支配は単に不動産を占拠する等して事実上支配しているだけではならず、当該不動産をその所有権登記に必要な書類を所持するなど、その他、他からみて所有者ないしは自己の名においてそれを自由に処分しうる地位にあるものと認められるような外観を備えた状態で、事実支配をなくしているものであることを要すると解したい」(家村「新判例評釈」判例タイムズ277号70頁)と述べているが正当な見解である。

不動産の事実支配を、このように解すれば、不動産賃借人のように、外観上(登記簿上の名義をも含めて)所有者の明確な不動産を事実上占有使用しているに過ぎない者は、当該不動産について法律上の処分権限を有しないから「占有」者ということとはできないであろう(同旨、註釈刑法(6)399頁大塚、家村前掲評釈)。したがって、事実上の管理者である賃借人らが、その占有・使用する不動産を擅に第三者に対し処分したとしても、横領罪は成立せず、処分権限をいつわった点において詐欺罪の成否が問題とされるに止まると解すべきである。

これに反し、不動産の使用管理者に法律上の処分権限があるため、事実支配による不動産の「占有」が認められる場合には、これを自己に領得する行為が横領罪を構成することはいうまでもない。この場合当該不動産に対し所有者も事実支配(窃盗罪における占有)を有するとすれば、当該領得行為は同時に所有者の占有を侵奪するものとして窃盗罪をも構成し、両者の関係は観念的競合になると解すべきである(正田・「刑法における占有の概念とその機能的意味(上)」法曹時報23・10・29頁以下、小野博士は、前掲判例評釈に

において、両者の関係は法条競合と解せられるようであるが（小野・刑評三巻377頁）占有の競合乃至重疊を承認する以上横領と窃盗が一個の行為によって各別に成立するとみるべきではなからうか）。

4 まとめ

以上賃貸人の承諾をえないでなされた不動産の賃借権の無断譲渡ならびに賃借不動産の無断転貸を不動産侵奪罪並びに横領罪の成否の観点から考察した。その結論として、賃借人の上記行為は賃貸人の賃借不動産に対する占有を排除して第三者の新たな占有を設定するものとして不動産侵奪罪を構成するが、賃借人の有する事実上の占有は当該不動産についての法律的処分の可能な地位を表象するものではないので、横領罪の要件である他人の物の「占有」には該当せず、したがって賃借人の上記行為は横領罪にはならないと解せられる。

上記の如く、賃貸人の承諾のない賃借権の譲渡や賃借物の転貸は、その目的物が不動産であれば、原則として不動産侵奪罪に該当することになるが、フランス民法（同法1717条）は禁止の特約がない限り賃借権の譲渡・転貸の自由をみとめ、その特約があっても賃貸人の恣意的な同意拒絶を権利の濫用とし、またスイス債務法（同法264条）は賃貸人に不利益を変更を生じさせない条件でこれを自由とする。またドイツ借家人保護法は貸主が重要な事由なしに転貸の承諾を拒むときは借主は官庁の許可をえて転貸できることを規定する（同法29条1項）。但し賃借権の譲渡には承諾代行はない。このようにヨーロッパ諸国の立法の趨勢は、賃借権の譲渡・転貸の自由化の方向にあることは否定できない。我が国においても、昭和41年法律第93号により借地権の譲渡・転貸の承諾に代わる許可の裁判の制度を設け、地主が承諾を拒んだ場合に裁判所が非訴事件手続により承諾に代わる許可の裁判をなしうることにした（借地非訴手続）。

これらの動向を考慮するならば、不動産の賃借権の無断譲渡や無断転貸は必ずしも反社会性が強いとはいえない面がある。殊に無断転貸の方は、それが自己の有する賃借権の範囲内換言すれば認容された物の利用範囲内で他人

不動産賃借権の無断譲渡と無断転賃の犯罪性

に利用させるものであるだけに、その反社会性はより低いとも考えられないこともない。しかしながら、そもそも不動産侵奪罪は、その罪質が窃盗類同様の性格をもつとはいえ、不動産の特質上、動産と異り、その所在が転々とするのがなく、また登記という権利公示の制度も整っていて、加害者、被害者の認知も、動産の場合にくらべて遙に可能であって、被害の回復は本来極めて容易な筈であるのに、民事訴訟の遅延等により、実際には、その権利救済が必ずしも容易でないため、この民事救済の欠陥を補完する趣旨で新設されたもので、元来その行為の違法性の度合が動産窃盗と同程度に当罰的で放置しがたいことを理由に新たに犯罪とされたものではないだけに、その適用範囲については同罪の可罰的違法性をどう理解すべきかの問題ともからんで確かに疑問が少くない。例えば、本罪は不動産そのものの侵奪についてのみ適用されるか、それとも登記簿上の登記名義についても適用があるかの問題や、「侵奪」の予定する行為態様は単なる事実的支配の直接的侵害のみに限られるかの問題など)。

本罪は、改正刑法草案においてもそのまま存置されているが、本罪制定当時と比べて、訴訟の遅延も可成り改善され、民事的救済もより容易になってきていることを理由に、本罪を廃止し、かかる行為は民事的救済に委ねるべきであるとする主張の強いことを考慮するならば、不動産侵奪罪の成立範囲を典型的な不法占拠（不動産の直接的占有の侵奪）に限ることに充分理由がある。

しかしながら、重畳占有を否認するのならともかく、これを積極的に是認する立場からは、賃借人の前記のような背信的行為による占有侵奪を同罪の構成要件から除外することはできないように思われる。

粗雑な論述であるが、問題提起の機縁ともなれば幸いである。