

第三十四回国会 衆議院 法務委員會議録 第十五号

昭和三十五年三月二十九日(火曜日)

午前十時三十四分開議

出席委員

委員長 瀬戸山三男君

理事 鍛冶 良作君 理事 小島 徹三君

理事 田中伊三次君 理事 福井 盛太君

理事 菊地義之輔君 理事 坂本 泰良君

理事 田中幾三郎君

綾部健太郎君 世耕 弘一君

高橋 禎一君 中村 梅吉君

馬場 元治君 阿部 五郎君

猪俣 浩三君 志賀 義雄君

出席政府委員

検事 (刑事局長) 竹内 壽平君

委員外の出席者

検事 (刑事局参事官) 高橋 勝好君

参事 (中央大学教授) 市川 秀雄君

参事 (二橋大学教授) 植松 正君

参事 (近畿大学教授) 前田信二郎君

参事 (明治大学教授) 安平 政吉君

参事 (門員) 小本 貞一君

三月二十九日

委員井伊誠一君辞任につき、その補欠として河野正君が議長の指名で委員に選任された。

同日

委員河野正君辞任につき、その補欠として井伊誠一君が議長の指名で委員に選任された。

三月二十六日

裁判所書記官及び調査官の勤務時間延長反対等に関する請願(井岡大治君紹介)(第一五五六号)

同(久保田鶴松君紹介)(第一七二五号)

同外一件(久保田鶴松君紹介)(第一七二六号)

同外五件(久保田鶴松君紹介)(第一七二七号)

同外一件(坂本泰良君紹介)(第一七八号)

悪質泥酔犯罪者に対する保安処分法制定促進に関する請願(河上丈太郎君紹介)(第一五五七号)

同(岡本茂君紹介)(第一六一一号)

同(山中吾郎君紹介)(第一八四六号)

法務省の登記簿、台帳一元化作業中止等に関する請願(井伊誠一君紹介)(第一七二四号)

鎌倉簡易裁判所庁舎の改築に関する請願(中村梅吉君外二名紹介)(第一八四七号)

は本委員会に付託された。

本日の会議に付した案件

刑法の一部を改正する法律案(内閣提出第八〇号)について参考人より意見聴取

○瀬戸山委員長 これより会議を開きます。

刑法の一部を改正する法律案を議題といたします。

本日は、前会の決定によりまして、参考人として、中央大学教授市川秀雄君、一橋大学教授植松正君、近畿大学教授前田信二郎君、明治大学教授安平政吉君の御出席を願っております。

この際参考人各位に一言ごあいさつを申し上げます。本日は、御多忙のところ、貴重な時間をおさき下さいまして御出席をいただき、まことにありがとうございます。

本日の御意見を承ることにによりまして、本案の審査に多大の参考になることと期待しております。ご意見を申し上げます。

各位におかれましては、忌憚のない御意見を御開陳下さるようお願い申し上げます。

御意見御開陳の順序は、最初に市川秀雄君、次に植松正君、次に前田信二郎君、次に安平政吉君の順序にお願いいたします。

時間の都合もありますので、御意見の開陳は一人一人二十分程度におまとめ下さるようお願いいたします。

参考人全部の御意見の御開陳が終わりましたあとで、委員から参考人に対し質疑がある予定でございますので、あらかじめお含みのほどをお願いいたします。

なお、念のため申し上げますが、御発言の際は、そのつど委員長の許可を得ることになっておりますから、さよう御了承願います。

それでは参考人より御意見の御開陳をお願いします。市川秀雄君からお願いたします。

○市川参考人 御指名によりまして、私から先に意見を述べさせていただきます。

不動産窃盗に関する法律を作ることがよろしいかどうかということでございますが、私といたしましては、現行刑法の二百三十五条の解釈論といたしまして、日本の刑法におきましては、不動産に対しても窃盗罪が成立し得るものと考えます。

と申し上げます。これは、日本の刑法には、不動産をもつて窃盗罪の客体となり得ないという明文はございません。窃盗罪の客体を動産、可動物件に限るといたしますのはこれは通説で、ドイツ刑法では明文がございますので、ドイツでは異論のないところでございます。

フランス刑法ではこの点について明文はございませんので、議論はございますが、フランスの通説といたしましては、やはり窃盗罪の客体は動産に限っております。こういうところに影響を受けた次第でございます。

か、日本の刑法も窃盗罪は動産に限って成立する、こういうことになっておるようでございます。これは古くから旧刑法のものとの判例からそういうことになっておまして、詐欺罪には握取、遷移の行為を要しないとして不動産に対する詐欺罪の成立は認めておりますが、不動産は、この目的たる財物の握取、遷移を犯罪行為の本質とする窃盗罪の対象とはならないとして、不動産窃盗は認められておりません。理論といたしましては、不動産は、いわゆる窃盗があったとしても所在が不明にならないし、場所が変わりませんので、権利の回復が容易であるからして、不動産窃盗は認めない、こういうのが泉二博士の説かれるところ、その前に大場博士も同じような観点に立たれておると思えます。それから小野博士の説がやはりこういう御見解に立っております。

ところが、理論としてこの奪取の觀念に対する遷移説あるいは隠匿説と申しますものは、実は日本の判例自身が一般にとっておりませんし、判例は単に所持の移転をもつて足りるとしておりますので、不動産についても、所持の侵害がある以上、それについて窃盗を認めて差しつかえない、こういうふうな考えを認めておられます。

に考えるわけでございます。この窃盗罪の客体を動産に限定いたしますのは、ローマ法に流れを引く大陸法系で、先ほど申し上げましたような理由から不動産は窃盗の対象とならない、こういうことになっていたわけでございます。

ところが、実生活上の事実について考えてみますと、不動産の所持が侵害されますと、不動産はその所在を變じないにしても、権利者は権利の実行及び回復に非常に困難を來たしておるのが実情でございます。これを民事事件にいたしますと非常に長期化いたしますし、その解決を警察に頼んでも、民事事件として警察はそれに介入しない、こういうようなことで、実は権利の実行及び回復に非常に困難である、こういうようなところからでございます。

いますか、学説として不動産窃盗を認めないし、場所が変わりませんので、権利の回復が容易であるからして、不動産窃盗は認めない、こういうのが泉二博士の説かれるところ、その前に大場博士も同じような観点に立たれておると思えます。それから小野博士の説がやはりこういう御見解に立っております。

ところが、理論としてこの奪取の觀念に対する遷移説あるいは隠匿説と申しますものは、実は日本の判例自身が一般にとっておりませんし、判例は単に所持の移転をもつて足りるとしておりますので、不動産についても、所持の侵害がある以上、それについて窃盗を認めて差しつかえない、こういうふうな考えを認めておられます。

に考えるわけでございます。この窃盗罪の客体を動産に限定いたしますのは、ローマ法に流れを引く大陸法系で、先ほど申し上げましたような理由から不動産は窃盗の対象とならない、こういうことになっていたわけでございます。

ところが、実生活上の事実について考えてみますと、不動産の所持が侵害されますと、不動産はその所在を變じないにしても、権利者は権利の実行及び回復に非常に困難を來たしておるのが実情でございます。これを民事事件にいたしますと非常に長期化いたしますし、その解決を警察に頼んでも、民事事件として警察はそれに介入しない、こういうようなことで、実は権利の実行及び回復に非常に困難である、こういうようなところからでございます。

いますか、学説として不動産窃盗を認めないし、場所が変わりませんので、権利の回復が容易であるからして、不動産窃盗は認めない、こういうのが泉二博士の説かれるところ、その前に大場博士も同じような観点に立たれておると思えます。それから小野博士の説がやはりこういう御見解に立っております。

ところが、理論としてこの奪取の觀念に対する遷移説あるいは隠匿説と申しますものは、実は日本の判例自身が一般にとっておりませんし、判例は単に所持の移転をもつて足りるとしておりますので、不動産についても、所持の侵害がある以上、それについて窃盗を認めて差しつかえない、こういうふうな考えを認めておられます。

に考えるわけでございます。この窃盗罪の客体を動産に限定いたしますのは、ローマ法に流れを引く大陸法系で、先ほど申し上げましたような理由から不動産は窃盗の対象とならない、こういうことになっていたわけでございます。

ところが、実生活上の事実について考えてみますと、不動産の所持が侵害されますと、不動産はその所在を變じないにしても、権利者は権利の実行及び回復に非常に困難を來たしておるのが実情でございます。これを民事事件にいたしますと非常に長期化いたしますし、その解決を警察に頼んでも、民事事件として警察はそれに介入しない、こういうようなことで、実は権利の実行及び回復に非常に困難である、こういうようなところからでございます。

いますか、学説として不動産窃盗を認めないし、場所が変わりませんので、権利の回復が容易であるからして、不動産窃盗は認めない、こういうのが泉二博士の説かれるところ、その前に大場博士も同じような観点に立たれておると思えます。それから小野博士の説がやはりこういう御見解に立っております。

ところが、理論としてこの奪取の觀念に対する遷移説あるいは隠匿説と申しますものは、実は日本の判例自身が一般にとっておりませんし、判例は単に所持の移転をもつて足りるとしておりますので、不動産についても、所持の侵害がある以上、それについて窃盗を認めて差しつかえない、こういうふうな考えを認めておられます。

に考えるわけでございます。この窃盗罪の客体を動産に限定いたしますのは、ローマ法に流れを引く大陸法系で、先ほど申し上げましたような理由から不動産は窃盗の対象とならない、こういうことになっていたわけでございます。

ところが、実生活上の事実について考えてみますと、不動産の所持が侵害されますと、不動産はその所在を變じないにしても、権利者は権利の実行及び回復に非常に困難を來たしておるのが実情でございます。これを民事事件にいたしますと非常に長期化いたしますし、その解決を警察に頼んでも、民事事件として警察はそれに介入しない、こういうようなことで、実は権利の実行及び回復に非常に困難である、こういうようなところからでございます。

いますか、学説として不動産窃盗を認めないし、場所が変わりませんので、権利の回復が容易であるからして、不動産窃盗は認めない、こういうのが泉二博士の説かれるところ、その前に大場博士も同じような観点に立たれておると思えます。それから小野博士の説がやはりこういう御見解に立っております。

ところが、理論としてこの奪取の觀念に対する遷移説あるいは隠匿説と申しますものは、実は日本の判例自身が一般にとっておりませんし、判例は単に所持の移転をもつて足りるとしておりますので、不動産についても、所持の侵害がある以上、それについて窃盗を認めて差しつかえない、こういうふうな考えを認めておられます。

に考えるわけでございます。この窃盗罪の客体を動産に限定いたしますのは、ローマ法に流れを引く大陸法系で、先ほど申し上げましたような理由から不動産は窃盗の対象とならない、こういうことになっていたわけでございます。

ところが、実生活上の事実について考えてみますと、不動産の所持が侵害されますと、不動産はその所在を變じないにしても、権利者は権利の実行及び回復に非常に困難を來たしておるのが実情でございます。これを民事事件にいたしますと非常に長期化いたしますし、その解決を警察に頼んでも、民事事件として警察はそれに介入しない、こういうようなことで、実は権利の実行及び回復に非常に困難である、こういうようなところからでございます。

いますか、学説として不動産窃盗を認めないし、場所が変わりませんので、権利の回復が容易であるからして、不動産窃盗は認めない、こういうのが泉二博士の説かれるところ、その前に大場博士も同じような観点に立たれておると思えます。それから小野博士の説がやはりこういう御見解に立っております。

ところが、理論としてこの奪取の觀念に対する遷移説あるいは隠匿説と申しますものは、実は日本の判例自身が一般にとっておりませんし、判例は単に所持の移転をもつて足りるとしておりますので、不動産についても、所持の侵害がある以上、それについて窃盗を認めて差しつかえない、こういうふうな考えを認めておられます。

に考えるわけでございます。この窃盗罪の客体を動産に限定いたしますのは、ローマ法に流れを引く大陸法系で、先ほど申し上げましたような理由から不動産は窃盗の対象とならない、こういうことになっていたわけでございます。

ところが、実生活上の事実について考えてみますと、不動産の所持が侵害されますと、不動産はその所在を變じないにしても、権利者は権利の実行及び回復に非常に困難を來たしておるのが実情でございます。これを民事事件にいたしますと非常に長期化いたしますし、その解決を警察に頼んでも、民事事件として警察はそれに介入しない、こういうようなことで、実は権利の実行及び回復に非常に困難である、こういうようなところからでございます。

いますか、学説として不動産窃盗を認めないし、場所が変わりませんので、権利の回復が容易であるからして、不動産窃盗は認めない、こういうのが泉二博士の説かれるところ、その前に大場博士も同じような観点に立たれておると思えます。それから小野博士の説がやはりこういう御見解に立っております。

ところが、理論としてこの奪取の觀念に対する遷移説あるいは隠匿説と申しますものは、実は日本の判例自身が一般にとっておりませんし、判例は単に所持の移転をもつて足りるとしておりますので、不動産についても、所持の侵害がある以上、それについて窃盗を認めて差しつかえない、こういうふうな考えを認めておられます。

に考えるわけでございます。この窃盗罪の客体を動産に限定いたしますのは、ローマ法に流れを引く大陸法系で、先ほど申し上げましたような理由から不動産は窃盗の対象とならない、こういうことになっていたわけでございます。

ところが、実生活上の事実について考えてみますと、不動産の所持が侵害されますと、不動産はその所在を變じないにしても、権利者は権利の実行及び回復に非常に困難を來たしておるのが実情でございます。これを民事事件にいたしますと非常に長期化いたしますし、その解決を警察に頼んでも、民事事件として警察はそれに介入しない、こういうようなことで、実は権利の実行及び回復に非常に困難である、こういうようなところからでございます。

いますか、学説として不動産窃盗を認めないし、場所が変わりませんので、権利の回復が容易であるからして、不動産窃盗は認めない、こういうのが泉二博士の説かれるところ、その前に大場博士も同じような観点に立たれておると思えます。それから小野博士の説がやはりこういう御見解に立っております。

ところが、理論としてこの奪取の觀念に対する遷移説あるいは隠匿説と申しますものは、実は日本の判例自身が一般にとっておりませんし、判例は単に所持の移転をもつて足りるとしておりますので、不動産についても、所持の侵害がある以上、それについて窃盗を認めて差しつかえない、こういうふうな考えを認めておられます。

に考えるわけでございます。この窃盗罪の客体を動産に限定いたしますのは、ローマ法に流れを引く大陸法系で、先ほど申し上げましたような理由から不動産は窃盗の対象とならない、こういうことになっていたわけでございます。

ところが、実生活上の事実について考えてみますと、不動産の所持が侵害されますと、不動産はその所在を變じないにしても、権利者は権利の実行及び回復に非常に困難を來たしておるのが実情でございます。これを民事事件にいたしますと非常に長期化いたしますし、その解決を警察に頼んでも、民事事件として警察はそれに介入しない、こういうようなことで、実は権利の実行及び回復に非常に困難である、こういうようなところからでございます。

いますか、学説として不動産窃盗を認めないし、場所が変わりませんので、権利の回復が容易であるからして、不動産窃盗は認めない、こういうのが泉二博士の説かれるところ、その前に大場博士も同じような観点に立たれておると思えます。それから小野博士の説がやはりこういう御見解に立っております。

ところが、理論としてこの奪取の觀念に対する遷移説あるいは隠匿説と申しますものは、実は日本の判例自身が一般にとっておりませんし、判例は単に所持の移転をもつて足りるとしておりますので、不動産についても、所持の侵害がある以上、それについて窃盗を認めて差しつかえない、こういうふうな考えを認めておられます。

に考えるわけでございます。この窃盗罪の客体を動産に限定いたしますのは、ローマ法に流れを引く大陸法系で、先ほど申し上げましたような理由から不動産は窃盗の対象とならない、こういうことになっていたわけでございます。

めるのが今日では通説になっておるわけでございます。この不動産窃盗の成立を現行刑法の解釈論として最も早く展開させたのは、私の師匠の牧野博士で、すでに明治四十年代からそれを説かれており、自來宮本博士それから滝川博士等がやはり不動産窃盗を認めるという立場にあられるのでございませう。小野博士は構成要件上からは不動産の窃盗を認めることに疑義を持たれておられるようでございませうが、しかし、終戦後になりまして、被害者が権利の実行及び回復に困難だということからして、不動産窃盗の成立を認められることになったと考へます。そういう次第で、学説は今日では不動産窃盗を認めるということが通説になっておりますし、なお改正刑法草案の使用窃盗の規定に「一時ノ使用ニ供スル為他人ノ財物ヲ不正ニ取去又ハ擅占シタル者」とございませうが、この改正草案にあります擅占という言葉は元來不動産についての用語だ、こういうふうにいわれております。そういうふうに考へますと、不動産も窃盗罪の客体となり得ると解釈して差しつかえないと私は考へるわけでございませう。

そこで先ほどもドイツ刑法、フランス刑法では不動産窃盗を認めないと申し上げましたが、不動産に対する窃盗を認めないので、ドイツ刑法、フランス刑法、いずれも境界変更罪を特に規定する必要があったのではないかと、私は考へるわけでございませう。

そこで、学説は、わが国におきましても、不動産窃盗を解釈論としてすでに認めておりますにかかわらず、判例は今日まで不動産窃盗を認める新しい判例を打ち出しておりません。そうし

て従来の判例の傾向から考へますと、不動産窃盗の成立を今のところ早急に認めるということは困難な事情にあるのではないかと、こういうふうな推測するわけでございませう。しかし、私もその実社会の要求は、不動産窃盗を認めることの要求の切なるものがあること、これは皆さま方がすでに御承知のところであらうと思ひます。要するに、これは今日では一つの刑法問題を越えて社会問題ということになってきつつあるのではないかと、こういうふうな考へるわけでございませう。ところが、今申し上げましたように、今日まで判例は、正面から不動産窃盗を認めておられませんが、これを間接して回想されるべきものとして、私はフランスの冷氣窃盗事件、これは日本の電気窃盗事件とはなだ似たものでございませうが、フランスでは、電気ではなくて、冷氣の窃盗ということで事件が始まりました。この冷氣窃盗事件について、フランスでは従来の財物の觀念を支配しておりました有体性説を捨てまして、管理可能性説によつて冷氣窃盗事件を判決で解決したのでございませう。ところがその後ドイツにおいて、やはり電気窃盗事件というものが起こりましたが、ドイツではこれを罪刑法定主義の建前で、なかなか理論のやまましな国でありますので、これは判例では電気窃盗を認めなかつたのです。しかし、その後立法で電気窃盗を認めるということになり、よく調べて参りませうでしたが、たしか一九五三年の第三次のドイツの刑法改正においては、使用窃盗の規定とともに、電気窃盗を刑法の中に取り

入れる新規定を設けたと思ふのでございませう。要するに、フランスでは率直に、解釈論によつて、判例で冷氣窃盗を認めたわけでございませうが、ドイツではそれを判例で認めないで、回り道をして、立法で解決をした、こういうことになっておるわけでございませう。そういう意味で、実は不動産窃盗を認めるという実社会の要求が切なるものがあるわけでございませうが、私は、解釈論として認めることができるというのならば、判例でこれを認めていただければ、あえて立法問題としてこれを論ずる必要がないのではないかと考へるわけでございませう。しかし、不動産窃盗につきましては、実は初めから、検察庁の方で起訴されるまでにまだ至っていない、こういう実情でございませう。しかし、検察庁も勇氣を持つて起訴し、裁判所も勇氣があれば、私は解釈論として、この不動産窃盗の問題は解決ができるのではないかと考へるのでございませう。しかし、フランスの判例では、冷氣窃盗事件を管理可能性説をとつて勇敢に解決したわけですが、ドイツでは先ほど申し上げましたように、判例は電気窃盗事件を実社会の要求を無視して成立を認めなかつたので、そこで結局は回り道はいたしました。ところが、電気窃盗の成立を立法で認めた、こういうことになるので、やはり日本でも実社会の要求を無視することはできないので、立法化する要求が始まつたのではないかと、こう考へるわけでございませう。回り道でございませうが、しかし、先ほど申し上げましたように、判例が当分これを認める傾向にないというこ

とになりますと、私としては、改善の策として、やはり立法で解決するより仕方がないのではないかと、そういう意味で、立法で解決することに賛成することを惜しまない、こういうわけでございませう。

冷氣窃盗、電気窃盗事件を先ほど判例に申し上げたのでございませうが、やはり裁判官による契約の改訂権ということが実はドイツでもフランスでも民事事件の方で問題になりました。これは特に終戦後に起こりましたような貨幣価値の大変動ということと関連して、いわゆる事情変更の原則の理論と関連して、当事者のなした契約が、何人も予測することができないような大変動があった場合には、裁判官はその契約を改訂する権利があるかどうか、こういう問題、これが実は今申し上げました裁判官の契約の改訂という理論でございませう。ドイツの方では、判例で率直に裁判官が第三者として契約を改訂する権利があるということを認めたのでございませうが、フランスの方では、フランス民法には、有効に成立した合意、すなわち契約は法律と同じ効力があるのだ、こういう規定がございませうので、そこで裁判官といえども第三者として当事者が有効に合意をした契約を勝手に変更することはできない、こういういふ観点からして、私の考えに間違ひございませうけれども、フランスの行政裁判所は契約の改訂権を認めたわけですが、最高裁判所に当たりますフランスの破産院は、結局行政裁判所の判決と違つて、反対して、それを認めなかつた。こういうことでフランスでは、判例ではそういう意味で裁判官の契約の改訂権を認めなかつたわけ

でございませうが、その後立法によつて裁判官の契約の改訂権ということに認めるということ、ちょうど冷氣窃盗事件のときにおけるフランスの態度とドイツの態度と反対の現象を呈したのでございませう。私も、判例がそういうふうな実社会の要求を無視して、それを認めない場合には、おのずから立法でこれを解決するということになるのではないかと考へますが、しかし、それは先ほど申し上げましたように、私から言いますと、一つ回り道をしたことになるのではないかと、こう考へるわけでございませう。

そこで問題は、今のように判例が認めなかつたので、実社会の要求に動かされて、不動産窃盗——不動産窃盗と申しまして、この法案にございませう不動産の侵奪行為と不動産の不法占拠が主にならうかと考へますが、このようない不動産窃盗を立法化した場合に、よく実社会の要請にこたへ得られようかということが私の疑問とするところでございます。というのは、法務省のある方も、これは個人の意見として書いておられるので、役所の意見ではないということを断つてお書きになつておるのでございませうが、不動産窃盗の被害者が要求しておられるところは、將來不動産が侵奪されないというふうな將來の保障そのものよりも、既往になされたおる侵害を排除してもらふことと、権利の回復ということを非常に欲しておられるのは申すまでもないところだらうと思ひます。ところが、この罪刑法定主義、すなわち法律が既往にさかのぼらないという原則の結果、既往事件にはさかのぼりませうので、罪刑法定主義のもとでかような立法をもつて対

処することはあまり意味がないのじゃないか。むしろ民事事件としては適当な方法がございせんので、今後この種の行為に対して一般予防的な意味で役立つのだ。従って今度行なわれまう立法に先んじ、またはその立法と並んで民事上の措置を考へて、民事事件の審理の促進をはかることが急務だ、こう言っておられ、そしてさらに不動産窃盗、特に不動産の不法占拠に対する立法をしただけでは、今私が社会問題と申しましたこの問題を解決したことにほならない。これに先行し、または付随して解決しなければならぬ問題がある、こういうふうな法務省の、多分今度の立法化の立案に当たられた方ではないかと思うのですが、その方がすういうことを言っておられるわけでございます。そういうふうなところからいたしますと、私が先ほど申し上げましたように、現行刑法の解釈論で十分に不動産窃盗を認めることができると思ひますので、わざわざこれを立法に付する必要はないのではないかと、十分現行刑法の範囲内でまかなえるのではないかと、こう考へる。現行刑法で判例として認めるということになりますと、先ほどある法務省の方が言われたような罪刑法定主義を持ち出す必要もないということになるのではないかと、こう考へます。しかし、実情としてなお自分の間判例が不動産窃盗というものを容易に認めようもない、こういうことになりまうと、やはり社会の要請にこたへる意味において、不動産窃盗というものを立法化する必要があるのではないかと考へるわけでございます。そういう意味で、私は不動産窃盗

の立法化に結論的には賛成をする、こういうことになるわけでございます。ちよつと時間を五、六分超過いたしました、が、あのことは御質疑のうちに議つて、はなはだ簡単でございますが、私の意見はこの程度でとどめるとにいたしましたと思ひます。どうも御清聴ありがとうございました。(拍手)

○瀬戸山委員長 次、植松正参考人より御意見の御開陳を願ひます。

○植松参考人 財産罪の保護法益というものが、歴史の流れの中でどう変化してきたかというのを考へてみますと、所有権ということに初めは重点を置いておつたけれども、近代化するにつれて、ことに現代におきましては、所有権ということも大切でありますけれども、それにもましてと云つていろいろ、所有権よりはむしろそれを利用する権利の方に保護の目を向けなければならぬ、こういう状態になつてきていふところのところであります。専門家の方が委員諸公の中におそろひでございますので、こまかいことを申し上げる必要はもはやないと存じます。

御承知の窃盗罪についての領得の意思というところについての考へ方につきましても、御承知のように、領得の意思は必要でないという説もあるわけですが、近ごろ必要であるという説であつても、なおその領得の意思の内容がだいたい変わつてきているように考へます。主としてドイツあたりの学者の傾向でありますけれども、昔はいわゆる実質説と申しましようか、向うの言葉ではズプスタンツ・テオリでありまうが、実質説と訳してよいかと思ひます。こういう考へ方で、所有権というものを非常に重要視してきたのであ

ります。最近実質説という言葉はよくないというので、所有説、アイゲンツムス・テオリというふうにいひ直している学者もあるようでありまして、その方がよりよく実体を把握してゐると思ひます。つまり領得の意思というものは所有説というものから始まつて、所有権の内容を要するといふ考へが中心であつたのに、近ごろはそれが変化いたしました、経済的価値の排他的利用といふふうになつてきたと見ていいと思ひます。後者の方の説、私は簡単に価値説と言つていいかと思ひますが、ドイツの学者の言つておる言葉のまま申しますと、ザッハ・ヴェルト・テオリ、こういうふうに申してあります。こういうふうな学説の変化があると言つてもいいと思ひますのであります。後者の方の説によれば、今までの領得の意思は必要でないと言つた説にきつめて接近した、あるいは同じだと言つていいのではないかと思ひますが、そういうふうになつてきております。こういう点から見ますと、私、従来考へております考へ方として發表して参りましたところでは、使用窃盗といふようなもの、ローマ法などとは違つて、認めるべきであるといふ考へを持つておるわけでありまうと、きつめて輕微な他人の財物の使用が犯罪になるというのでは困るではないかといふ判例があるのに相違ないのではありませんが、こういうことにつきましては、いわゆる輕微な、零細な反法行為は違法性がないという議論、御承知の一厘事件の判例がとつた理論を根本に置くならば、不都合な結果は生じない。根本的には、使用窃盗を、ロー

マ法以来の考へにむしろ反して、これを認める方がいいのだと私は考へております。使用窃盗を窃盗として認める方がいいという考へは、何も私の發明ではございせんが、その理論づけは、ただいま申しましたように、窃盗罪その他の財産罪の保護法益についての考へ方が、所有権の内容といふことよりは、経済的価値の利用といふことに動いてきた、ここにあるのであります。経済的価値の利用といふ点に中心を置きますと、どうしても不動産窃盗といふものは処罰すべきである、こういう考へに到達せざるを得ません。法益は決して輕微ではないのであります。従つて、これを処罰するのが、社会正義の上から正当であるといふ考へを根本に私は持つております。

そこで今度の立法の問題にだんだん入つて参るわけでありまうが、ただいま市川教授があるお述べになりましたように、不動産窃盗は、私も市川教授と同様に、従来から自分の著書に書いておりましたところによりまして、窃盗罪として罰することが現行法のもとでも可能である、そうすべきだ、こう説いておるのであります。しかし、それは現行法の解釈論として私がその仲間入りをしておるというだけのことでありまして、実際の裁判はそう動くかといふと、すでに市川教授からお述べになりましたように、動いていないのであります。皆さんの御承知のように、そういうふうには動いておりません。そうならば、判例がいいと言ひましても、それは他力本願で、當てにはならない。それこそ立法の場においてこれを作るといふ必要があるんじゃないか、つまり私どもは自分の解釈論と

しては現行法でも不動産窃盗を罰し得るのだといふふうに考へておるのでありますけれども、そう私が考へたからといって、實際がそうなつていく見込みはさしたる見通し得る將來はないと考へます。そうすれば、この際立法化するのが相当である、そういう意味において不動産窃盗を処罰する立法をするに賛成であります。この不動産窃盗を罰するといふことについて、あるいは反対の意見の方もあらうと思ひます。すでに、これからお述べになる前田信二郎教授はその方の研究の専門家でありまうが、その御著書などにも、そういう意見のあることが書かれております。しかし、それは一部の意見であつて、反対の立場に立つて現行刑法を解釈する、つまり不動産窃盗は現行法のもとでは罰し得ないと思へる立場の方でも、私と同じように、むしろそういう方こそ言つた方がいいかもしれないが、私と同じように不動産窃盗処罰の必要を感じてゐる人も相当あらうと思ひますのであります。そういう意味で、現行法の解釈についてどちらの説をとらうとも、現在不動産窃盗を処罰する方向に移行することがいいと考へる考へ方は、かなり有力なものであると思ひますのであります。私もその一員としてさう考へるのであります。御承知の、有名な大阪高等裁判所は、正当防衛として、いわば不動産窃盗者に対する破壊行為を違法でないものとする判断を示したのであります。裁判長はちやうど私の友だちでもありますので、偶然学会で会つた機会などにも申しましたし、あるいは公の席などでも、その意見は発

表していたのですが、私も、それは正当防衛ではなくて、いわゆる自衛行為として解釈すべきものだと考えておるのではありません。しかし、そのいづれの解釈をとるにいたしましても、あれは違法性が無いという考え方においては一致しているわけであり、裁判所が何か、私もから見ると無理な理論構成をもって正当防衛と認めた、やや無理だと私も考えるのですが、にもかかわらず、そういうふうにしたというの、御承知のように、判例が自衛行為というものを正面から認めておりません。そこで高等裁判所としては自衛行為だということを言いにくかったのだらう。正当防衛という方をやや拡張的に解釈して入れれば、とにかくこの人を罰しないことができる。つまり罰しないことが正義にかなうという根本思想が、やや無理な理論構成をとったが、正当防衛だという判断を生んだのだと私は想像するのであります。これは裁判所でありまして、そういう方向に行つて別段弊害なく事件は解決したと思うのでありますが、世間一般の人ですと、そういう道を必ずしもとりません。御承知のごとく、こういう不動産盗ともいふべき事件にからんで、お互いに権利を主張するものが暴力に及んでおるといふことは枚挙にいとまがない次第であります。つまり法が十分な救済の道を講じなければ、社会の秩序が紊乱する、こういうことを表わす一つの例であると考えます。これを立法的に解決することによって、将来の禍根を断つべきであると思うのであります。また民事事件として解決すればいいではないかという議論があるようですが、民

事裁判がきわめて迅速に行なわれるならば、権利者の保護という点では、一応それで十分なんだろうと思ひます。権利者は、多くは人を処罰することを望むよりは、自己の財産的利益の回復の方を望んでおるのが通例かと思ひますので、それでは目的は達するかと思ひますが、これまた御承知のように、民事裁判では民衆の要求に合うように迅速化されるということは、見通し得る将来において、ちよつと考えられない。刑事裁判でこれを救済する方がよい、かように私は考えます。のみならず、民事でやれないことを刑事でやれと言ふのではないのであります。て、先ほど来申しますように、正義の要求という面から考えましても、その種の行為を犯罪として処罰することは正当であると考えますから、その意味で、この立法の方針に賛成であります。

それでは、本案はどうであるか。この政府から提出されております案は支持していかどうかという問題になります。私、せつかくこへ出てくるのですから、実は政府のちよちん持ちばかりしたくないという気持ちが内にあるわけですね。あるわけですが、昨晩つづきにこれを拝見いたしました。結論としては、全部政府案に私は賛成したい、こういう結論になったのであります。いささかその意味では張り合ひがないのですが、実際賛成であるものを不賛成というふうには無理に持つていくわけにも参りませんので、率直に申し上げると、全部この案は賛成であるという結論になります。

さてやや詳しく申し上げますと、この案の二百三十五条の二、不動産侵害

罪というものですが、侵害という言葉が問題であります。侵害という言葉は親しみが無い、今までもあまり世間に普及した言葉ではありせんけれども、これは政府の説明書にあるように大体解釈することは無理がないと思うのであります。

大事な点を上げますと三つばかりになるかと思ひますが、第一が即時犯であつて継続犯でないということ。たゞいま市川教授から法務省当局者の執筆されたものを引用されて、この法律ができる前から不法占拠している者に対する処置ができないと、あまり効果がないではないかというお話がありましたが、それらの人に対しては効果がなないかも知れませんが、それらに効果が及ぶようなやり方は、市川教授も指摘されましたように、法律不遡及の原則等のつとりまして無理であると思ひます。そして不遡及の原則そのものではなくとも、やはりそれに近いような状態、きよう法律が施行になつたからきようから不法占拠になる、犯罪になるという点も、従来の状態の継続という面から考えますと無理だと思ひます。その点から、侵害という表現によつて、即時犯であるといふことをはっきりとしたことは大へんいいんじやないか。これから先、積極的な行為によつて奪う、こういう状態の発生を要件としている点は大へんいいと思ひます。

第二に、今のと関連があるのですけれども、賃借権消滅後等における継続使用、これがいかに不法であつてもこれは侵害でないといふことが、侵害といふ言葉から読み取れると思ひます。従つて、民事上の契約期間が過ぎてな

お不法占拠しているといふのはこれに該当しないといふことは、言葉自体において読み取ることが可能であるのみならず、反対説を入れることは非常な困難であると思ひますので、おそらく法務省解釈の方向に解釈されるだらうと思ひます。

第三に、労働運動のすわり込みということが問題でありまして、これは占拠といふことにはなりましようけれども、いわゆる領得の意思というやうなことを問題にして考えますと、侵害といふことは言えないのじやないか。不当弾圧に利用されるおそれはないかといふことについては、まず私はそういう心配はないだらうと考えます。暴力によつて占拠するといふやうな場合がありますと、暴力を行使して労働運動をするといふことにおのずから制限がくると思ひますけれども、一般的にはこの心配はないであらうと考えるので、これらの三つの点に特に注目いたしまして、二百三十五条の二という立法は支持できると考えます。

二百六十二條の二の方が第二の焦点でございまして、いわゆる境界毀損罪という方ですが、これは構成要件をつづさに読んではみますと、大体これで心配がない、この方がなおすなおに理解できるものであります。やや刑が重きに過ぎるかといふことは比較法的には考えられるのでありますが、わが国の立法の体系からいへば、その前後に規定された器物損壊罪等の刑との比較上、やはり五年以下といふやうなところがちよつと落ちつくところであるように思ひますので、これもけっこうであると思ひますし、非親告罪としたという点も、二百六十條の建造物損壊

とのバランスの上からいって、非親告罪にした方がやはりいいのだと考えます。その意味において、焦点は以上述べました二百三十五條の二と、二百六十二條の二でありまして、その他のこまかい親告罪その他の規定につきましても、ほぼ原案が妥当であると考えます。

なお、いろいろ、たとえば次に述べられる参考人の方々から、こまかい点でいろいろ私と違つた御見解、御意見があれば、私もそのこまかい点についてもう一べん考えてみて、ああ、そこはなるほど言われる通りいけないと思ふことがあるかもしれませんが、以上私が原案を拝見しました限度においては、全面的に支持して差しつかえないものと考えております。

○瀬戸山委員長 次に、前田信二郎参考人より御意見の御開陳を願ひます。

○前田参考人 今もお二人の参考人の先生方からお話のごさうでしたのですが、私は一握の土地もないプロレタリアートの立場であります。ですから、これは地主立法にならぬようにこの問題を考へておたわけなんです、やはり法史的ないしは法理的に見まして、前二人の参考人の先生方と若干違つてきております。この不動産盗といふものを概念的にとらえますと、大体窃盗罪でいけるのだ、現行刑法二百三十五條でいけるのだ、こういうことになつておるのですが、実際を見た場合に、はたして窃盗罪の運営だけで十分に行けるだらうか、私はできないと思ふのです。その証拠に、今まで牧野博士等のお説がありましたのですが、判例が全然ない、こういうことなんです。そこで実態調査を大体百件ばかり

やりましたので、その結果に基づいて私の意見を述べさせていただきます。法務省案の批判をさせていただきます。

大体不動産の窃盗と広くいわれておりますものに、いろいろな形態があるわけですね。厳密に被害法益の問題から問題を出しますと、これは所有法益と占有法益と二つございます。これが一緒にごたになりまして今まで不動産窃盗といわれておったのですが、たとえば牧野先生たちが研究されましたような土地登記簿の不実記載、これは土地所有権の侵害でございます。これは詐欺的窃盗、だまし取るというふうには私は解釈しております。それからこの案のあとに出てきます境界の侵略事件、これはまた所有権の侵害として原則的にとらえます。これは明らかに境界をごまかしまして、自己の所有地を拡大するという不法領得の意思が出てくるわけですね。それから、今社会問題になっております土地の不法占拠の場合、これは、民事上の争いでは、原状回復の訴えでございます。ですから、これは所有を侵害するのではなくて、借りた貸さぬということが民事上の立証の争いになっておりますので、無断借用という形でございますから、いわば類型的には継続的な使用窃盗になるわけですね。所有権の侵害ではございません。もう一つ別の類型が出てきます。これは山畑などで見られますあぜ堀り、あぜ道を取るんじゃないかと、あぜの下を掘って作男が自分の収穫を上げるというわけで、あぜの下を掘って斜めに土を取って、そこに豆やなんかを植える。これを類型的に地穀窃盗と申しております。これもやはり所有の

侵害になります。こういう立場から境界侵略、不法占拠、それから地穀窃盗の三つの類型を私は実態調査から出してきたのですが、大体各国の立法もこれと同様の傾向と見るのであります。

ところがこの三者の法定刑のきめ方が違っております。この法務省案とは逆に、窃盗罪と同じ重さにあるのがこの境界侵略なんです。つまり所有権及び所有権の内容をとるという行為が、不法な物上支配の完全な遂行というふうな形態ですから、境界侵略と普通の不動産の窃盗との刑の重さは同じなんです。それから不法占拠の場合、所有権を侵害しません。事実上占有の奪取でございますから、これは従来の民事的な法理から見まして、占有の方が所有よりも軽いと思われておりますので、これは量刑上若干軽くなっております。法務省案はこれと逆に、不法占拠が重くて境界侵略が軽いのでございます。それから農山村の境界侵略事件を見ますと、これもやはり財産犯罪として考えなければならぬ。法務省の案は、石を動かしたり立木を動かすということその行為自体に重点を置かれて、彼らがそれをどういう目的でするかという行為の内容については看過されております。たとえば山の毛上を、自分の所有林と同じだけに伐採しまして境界を侵略していく。だから、立木の長さ、大きさ、育ち方によって境界が遠くから目測されるのですが、遠眺しても境界が侵略されたこととはわからない。それでもって山林地の所有が侵害されるという行為がでる上がるわけですね。ですから、この案につきまして、自己の所有物の毀損とい

うふうな観念で境界侵略を考えることは、ほんとうは実体的に見て誤りではなからうか、こういうふうにするのであります。

そこで各論的に一つ一つ検討していきたいと思うのですが、そういう意味で、まず二百三十五条の二の「他人ノ不動産ヲ侵奪シタル者ハ」という表現でございいますならば、市川教授、植松教授の意見をミックスいたしますと、このようなものを作らなくても、少なくとも二百三十五条で十分やっていけるのだ、なぜこういうものを出さなければならぬかという点では、この二百三十五条の侵奪の説明が不十分であります。もう少し解説いたしますと、この不法占拠と申しますのは、ただいま申し上げますように、所有権は侵害されませんが、先行的な占有による財産的な利益が不法に領得されるということに意味があるわけですね。そうしますと、侵奪という言葉を用いるならば、これは明らかに即成犯的な観念でございいます。そうするといわゆる他人の土地に立ち入るといふ行為と一体どこで区別がつくのか、使用窃盗といふものは動産にはございせんが、不動産の場合にはその不動産の財産的利益が侵害されておるといふことは、明らかにこれは長時間を要します。イタリアの破産院の判例でも、他人の不動産の中に立ち入った、侵奪したといふふうなことは処罰の対象にはならないで、瞬間的ではない継続的な無断立ち入りというのが破産院の一九三六年十月三十日の判決で、また永久的居住を必要とするという一九三五年十二月二十五日及び一九四〇年一月二十九日の破産院の判例があります。こういうふう

うになっておりますので、不法占拠の実体と申しますのは、侵奪と申しますよりも、これは継続的な使用窃盗であるという内容なんです。所有権、たとえば先ほど申しましたように山林地の所有権確認の争いというふうな民事訴訟の内容は、すべて境界侵略というものでございいます。所有権確認の争いが境界侵略なんです。不法占拠の場合、データーもございいますように、これは原状回復の訴えでございます。ですから、自己の不動産が支配されて、その利益が領奪されるためには、一定の時間そこに入っておる。たとえば実体的にはその上に不法占拠者所有のパラックが建てられます。パラックが建てられると、これがかりに建築基準法に違反する建築であります。保存登記を申請いたしますと、登記官更はこのを受理いたします。そうすると第三者に対抗できますので、そうするとますますもって原状回復は困難になります。

原状回復が困難になるといふことは、不動産の経済的利益が侵害されていくことである。フランス等においてはこれを軽罪であるといふふうになっておりますが、はたして一坪何万円というふうなものが軽罪であるかどうか、非常に疑問に思っています。時間の関係で要点だけお話し申し上げますが、さっきのようなお話で不法領得の意思というものの認定ですが、不動産を意図的、積極的に侵奪した場合に、これは被害法益が一体何かという点で、侵奪という言葉が逆に被害法益をはっきりさせていない。むしろこれは住居等の平穩を害する行為ではないかというふうに思われるのです。そうしますと、私の意見としましては、不

法占拠の既遂時期は実体的に見まして、それは侵占した者が家作を行なった時期であるというふうな私どもは解釈しているわけでありまして、そういうわけでございまして、不法占拠の場合の法益は明らかに経済的な利益である。不動産の不法占拠という特別の類型の犯罪にすることは、保護法益がはっきりしないと書いてございいます。これは明らかに二百三十五条二項の「他人ノ不動産ヲ侵奪シタル者」というよりも、不法占拠という現実の形態から逆に保護法益をはっきりさせているのである、こういうふうに思っています。

それから、いろいろな解釈が生まれる危険性がございいます。例を申しますと、さっきも植松教授がお話しになりましたように、継続犯というふうなことにすれば、一時的使用でなくて継続的使用でありますから、これは継続的使用によって初めて法益が侵害されるのです。そういうふうな不法占拠を解釈した場合、いろいろな問題が出てくるわけですね。たとえば先ほどのすり込みはどうなるかと申しますと、これは継続犯でございせん。一時的使用でございいます。ですから、すり込みなどは、継続犯とした場合は明らかに構成要件に該当しない。それから家賃借権の消滅後の継続的使用といふものも、これは不法占拠の構成要件をはっきりした場合、構成要件の欠缺であるのではないかと思うのであります。たとえば、どういう例があるかと申しますと、不法占拠罪、これは侵占罪でも何でもけっこうですが、権原なくして他人の不動産を積極的かつ継続的に占拠する者というふうなもの

であります。それで、積極的かつ継続的に占拠をするという要件を入れますと、すわり込みや家賃貸借契約の満了後の居すわりは、これに該当しないこととなります。構成要件というものは、こういうふうな侵占という行為態様だけを掲げるよりも、その手口なり方法となるようなものを厳格に作り上げますならば、類推適用の可能性は非常に薄れて、逆に人権問題が起らないのじゃないか。ただ二百三十五条の二項の言葉だけでは、私はいろいろな解釈が出てくると思うのであります。

それから即成犯、即時犯と解釈した場合に、どういふ弊害が出てくるかと申しますと、これはさつき申しましたように、侵入罪と区別つきません。侵入罪と区別つかないといふと、一番大事な不動産盗竊としての意味の財産犯罪としての性格が全く失われてしまふ。一時使用ではまたその被害益が奪われたということになっておりません。継続的に使用するという事によつて初めて不動産が侵害されるというふうな解釈が正しいのではないかと申します。そこで、即成犯といふと、これは動産のように一時的な使用を認める立場からは、スト規制法はまだ御審議中でありまして、あの場合にもすわり込みが該当します。帯に短したすきに長して、両方とも欠陥がありまして、財産犯罪としてあくまでこれを取り扱う必要がある。もう一つ問題を出します。私は不法占拠をイタリヤ刑法と同じように親告罪にいたしまして、告訴期間は刑事訴訟法と同じように六ヶ月とし、これは即成犯というふうな考えの立場からでは救済できないところの民事くずれのような事件、まだ

だ示談の余地がある事件に警察権力が介入してくるという可能性が非常に強くなりまして、私は親告罪としたいわけでありまして。

それから重要な問題といたしまして二百六十二条の二の境界標を損壊する条文でございます。これを入れるのであつたならば、二百三十五条の二項を改正して、そのあとの三号として出していくべきである、こういうふうな思ふのであります。なぜかと申しますと、境界を侵略するといふ行為は、石などを――自分の境界石ばかりではございせん。他人の境界石でもこれを排除する。だから二百六十二条の条文の中に一緒に加えるといふことについては若干疑問があるのではないかと、他人の標識でも自分の標識でも、これは標識でございまして、背中と腹と同じ効果をもちます。ですから、これを變更したり棄損したり不明にしたりするといふ行為は、それだけでありましてなれば、あまり重要なことでないわけでありまして。つまり土地の所有を自分が横奪するといふ行為の手段としてそれが行なわれておるわけでございますから、この条文でありますならば、不動産侵害行為の所有、占有といふことを区別しない不動産侵害行為の未遂の段階で十分にかまえられるはずなのであります。ですからイタリヤ刑法等の事案を参考にいたしますと、所有の権原がない者が、それを不法領得する意思でもって境界標識を棄損したり不明にしたりするといふことが実体なのであります。自己の所有物の棄損という意味とは全く違ふのであります。ですから、私としては、農村的な、むしろ古典的な形態としての不動産盗竊

は、境界の侵略である、こう思ふのであります。これが財産犯罪から出されてこちらの方に回つていふという点に非常に不満を感じるわけでありまして。またこの法体系のつけ方にいたしましても、問題はもう少し深刻であるにかかわらず、侵奪罪との関係で刑の重さが非常に不均衡であると思ふのであります。

最後の問題になります。これは実務的な問題であります。不法占拠の実体は、不法占拠地上にバラックを建造して、容易に立ちのかないといふのでございまして。この場合に侵占罪によりまして、また私の考へていふような方法によりまして、検事が有罪と認めた場合に、果して刑の執行ができるかどうかであります。刑法十九条による任意没収をして、その建造物を取り払ふことができるかどうか。刑事訴訟法の四百九十条及び四百九十六条によつて検事が執行を行なうことになりませんが、犯罪組成物の没収撤去といふことは、こういう場合には社会保障の義務がついております。有罪を言い渡したから、それをお前は有罪なんだといふて、そのまま不法占拠地上に物件を置いておいて占拠を続けさせる、こういうことはできないのであります。結局任意没収の対象になります。刑法十九条の犯罪の組成したる物、犯罪から生じた利益、これの没収が普通なんでありまして。これは有罪判決と同時に言い渡されるわけでありまして。ところがこれは刑の執行ができないわけでありまして。どういふ方法によりまして、理論的にはちゃんといふうにでき上がつてくるわけでございますが、実務的に見まして刑罰の執行が

できない。没収刑執行不能の状態に陥ります。これが現実でございまして、そのまゝこの人間をほうり出してしまふという極限は、刑事判決にはないわけでありまして。検事は社会保障的な義務を持つております。これは法律ができたが、また人権の問題といふものも一応考えられるのだけれども、そういうわけでもって、実務的に非常に無理があるのではないかと、その点が、検察官がこれを起訴しない大きな理由であります。執行不能といふことの問題であります。

そのほかいろいろ具体的な問題や考へ方がございまして、時間の関係で御質問によつてお答えいたしたいと思ひます。

○瀬戸山委員長 次に安平政吉参考人より御意見の御陳述を願ひます。

○安平参考人 今から三十年ほど昔、私台北におりました。ところがその当時、不動産盗竊といふものが罪になるかどうかといふことを当局から聞かれました。どうしてそんなことが問題になるのかといふことを聞きますと、いやこれについては大へんな問題が起つてゐるので、今台湾全土で問題にされ、裁判されたにまでされようといふ。この種行為は有罪になるのか、無罪なのかよくわからないといふことでありまして、だんだんと聞いてみますと、当時私の調査しましたところでは、全土に不動産の不法占拠といふ場面が数多く見られたのでありまして、人数からいって、たしか何十万といふ数であつたのであります。これは皆さん御承知のことかと存じますが、あの地には当時官有林、それからこれに準ずる私有地と官有地との中間地帯、

予備地帯とも申すべきものがございまして、これらの土地は自然のままに放任されておりました。そこでこれら地帯に接近して居住する人々が、これを遊ばしておくのはもつたないといふわけで、勝手に耕したり、利用したりして相当の収入を得ていたのであります。こういう事件が当時たくさんあり、これがとうとう問題とされたのであります。当時、私はまだ若かつたのであります。刑法に對し單純に理論的解釈を試みていくという立場より割り出しまして、先ほど市川教授から言われましたような理論から割り出して、窃盗罪と認めていいのではないかと一見一種の解釈論を裁判所の方などに私見として申し上げたのであります。が、しかし結局のところ、裁判の上では採用されるに至らず、ただ、ほとんど不動産の窃盗として処罰してもいいとされるところまで来ていたのであります。ところが、とうとうそれがやはりものにならず、日本の現行法の解釈としては、そこまで踏み切るわけにはいかなないといふので、そのままあやふやに経過してしまつたのであります。こういう事実を今思い出さすのであります。その後昭和十五年内地に歸つて参りまして、そのうちに戦争が済みました。その後和歌山県の熊野神社にお参りしたのであります。その熊野神社のところへ驚きましたことは、神社の境内の中にたくさんさんの民間の住宅が建つてゐる。これはどうもおかしいと思つて、その案内の人に聞きますと、これは町に住む家のない人が神社の境内に勝手に入つてきて、家を建てて住んでおるのだといふことであつた。こんなことをどうしてはう

ておくのかと尋ねますと、いや何とかがして追っ払いたいののであるが、やはり場所が神社の境内で、神さんが住んでいられる神域に住んでいる人間さんなんだ。その人間さんには家族もあるし、子供もいるし、生活に困って、これを去って落ちつくところもない。せめて神社の境内なりと利用して神さんの恩恵に浴している。それを神主さんも追っ払うことはできないのだということでありまして、なるほどとうなずけて、そこを去ったことがあるのであります。しかし、いかに神さんの保護とは申しながら、この境内にこの様子は困ったものだというように考えて帰ったのであります。その後東京で私の厄介になって上野の寛永寺あたりの境内におさましても、これによく似たような問題が起こって参りました。そこで坊さんは、これらの建造物などを何とかして取り払いたいのもの、努力したのでありますけれども、仏の手前さういふむごい、手荒らなことでもないというので非常に困って、皆さん御承知の通り、あの跡始末には相当に問題が残され、解決は長引きました。

これは最近の問題であります。古くは、かの大正十二年の開東大震災のときにも、こういうような問題が生じたことは周知の通りでありまして、そこには一種の不動産の不法占拠、他の一面には最後の生存権の問題を生じました。人間と申すのは、法律は何であつても、いざというときには、人間の享有する生命だけはどこまでも維持していかなければならない。この人間の最後の生存権の前には、所有権は譲歩しなければならぬと主張されたのであります。人間の最後の生存権ということと、所有権制度の主張の二律背反、こういうものが衝突した場合、そのことをどう処置すべきか。先ほど前田教授も指摘されましたような、今日全国的に見て統計にも載ってありません。いろいろな場面において、あるいは所有権制度あるいは基本的人権あるいは生活権、そういうものとのあるつれきの一場面として深刻な問題を起こしているのは皆様御承知の通りであります。

では、これをどうしたらいいかという問題が起こるのであります。ここで一つ考えてみなければならぬのは、不動産の不法占拠あるいは不動産の侵害の問題であります。この問題は、学者は抽象的な言葉をもって片づけておられますけれども、この実体を掘り下げてさぐってみますと、これはその内容は千差万別でありまして、正直に申し上げますとまことにお気の毒である、無理がないというふうな、同情に値して、これを一がい犯罪あるいは不法行為として制裁をもって臨むことの困難なものもあるものであります。しかしまた、事案によりましては、正義の観念から申しまして、断じてさういふことは許すべきではない、一日といえどもさういふ不法侵害というものは看過すべきではないというふうな考えられる事案もたくさんあるものであります。

そこで私つらつら考えますに、大體におきまして、この種事案は、法律的に觀察しますれば、三つの形態に分けることができるのではないかと考えるのであります。そのうちの第一は、所有権の侵害そのものを取り締まっていきたいという考えであり、次に不法な不動産の占有有事実の支配でありまして、ある土地なら土地、建物なら建物、を不法に占拠する行為を自己を法律上許されない行為とすることであり、第三は、不動産を不法に自分の支配のもとに置き、これを利用して、不動産の経済的利用を継続して行く行為を犯罪として取り締まっていきたいとする考え方であり、いづれも不動産の窃盗と申しますのは、右の果していづれの場合をさすのであるか。右一の所有権を自己の侵害あるいはこの不法占拠をさすのであるか、それとも第三の意味における不法占拠して不動産の経済的利用を継続していく場合をさすのであるか、今次法務省において立案せられました不動産に対する侵害罪は右のいづれに当たるのでありましようか、私の見るところでは、案における侵害罪の本質は、大體右の第三の型、すなわち不動産に対する一定の意図をもつてする不法占拠及びこれによる不動産の利用あるいは経済価値取得にあるようにながめられるのであります。もしそうだといたしますならば、今日のわが社会の事情としてこのカテゴリーにおける不動産侵害を取り締まっていく必要があるのではありますまいか、私はさういふふうな考えがあるのであります。今日、不動産の所有権々々々々と言つてみましたところが、不動産に対して地上権とか何とさういふ不動産を利益する権利が他人の手に渡つておきますと、本来の不動産に対する所有権というものは、ほとんど用をなさない場合が数多く見受けられます。そこで實際上不動産について大都會におけるこの社会的機能を考へてみますと、

と、不動産に対する占有を奪ひ、かつ不動産の経済的価値を奪つていける事態が生じておきますと、今申しましたように、不動産の社会的機能は阻害されることが明白でありますから、この種違法行為を一般に犯罪として刑罰に結びつける必要があるように考えられるのであります。これが案における不動産侵害罪と考へられるのであります。でありますから、現在考へておりますいづれも不動産窃盗と申しますのは、右のような事実不法な占拠及び不動産の利用価値奪取という事実——厳格な意味の不動産窃盗罪ではないのかも知れません。大體常識から申します、窃盗すなわち盗み取ると申すのは、物を取つて持つていくこと、さういふことであります。これは見解の相違かも知れませんが、常識的に申せば窃盗と申すことは物を取り去ること、すなわち動産というものが前提に置かれることになる。ところが、不動産といふものは持ち去ること、よそへ持つていくわけにいかない。いわんや今日それは登記制度というものがあつて、完全な所有権の移転には登記を要するので、不動産の窃盗といふことは容易に是認されない。これが今までの伝統的な考え方なのであります。ここにいわゆる不動産窃盗とは、要するに不動産に対する不法な占拠によるその利用価値の奪取として理解されているのだと考へる次第であります。さういふ考えが浮かんで参りますと、不動産に対する不法占拠を自己を一般に処罰するといふ考え方は排斥されなければならぬこととなるのであります。たとへば、賃貸借契約をして、そして明渡しの時期が迫つて、催促を受

けておるにもかかわらず、ただ場所をのかないだけでは、一種の不法占拠ではあります。これをもちつて直ちに犯罪といふことにはならないと考へられるのであります。ただし、これだけで犯罪として罰せられることになり、と、刑罰権が広がっていつて、結局国民に対する人権擁護の見地からして危ぶまれることとなるのであります。そこで右のような意味で、案第二百三十五條の二という条文を置いてはどうかというの、この案第二百三十五條の二「他人ノ不動産ヲ侵害シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ処ス」という規定であるといひますならば、これはおもしろい立法と考へるのであります。ところで、この二百三十五條の二にいう不動産の侵害とは何でありましようか。いたゞいておきます理由書を拝見いたしますと、侵害といふのは、不法領得の意思を持つて、不動産に対する他人の占有を排除し、これを自己の支配下に移すことであり、実質的には、窃盗罪における窃取と同じ意味である。ここにいう不法領得の意思とは、窃盗罪の成立要件として必要とされるそれと同様に、その次が大事であります。ほしいままに権利者を排除し、他人のものを自己の所有物と同様に、この経済的用法に従ひ、これを利用して、または処分する意思を意味するとしてあります。おそろくこれは単なる不法占拠それ自体を処罰するのではなくて、そのほかに悪意を持つて不動産の実質的、経済的支配状態を侵害するといふ一種の侵害行為を取り上げて、これをもつて犯罪として起す趣旨と考へられるのであります。それは単なる不動産に対する不法占拠一般を罰するのと

七

少し違ひまして、大体におきましてこれは他人の不動産だといふことがはっきりわかつてゐるにもかかわらず、それを何とかして、必ずしも所有権まで取ろうといふのはありませんが、その事実的支配を自分の手に移し、これによって不動産利用の経済的利益を取得しようといふ行為を犯罪に取り上げてゐるのだと解せられるのであります。不動産の利用方を奪取する、そういう意味の一種の侵奪罪を新しく立法に取り上げられた、これが本条の規定と解釈いたします。

それでは今世界の国々の刑法を見まして、さういふ意味の不動産奪取といふ一種の行為をビック・アップして犯罪として規定してゐる国があるといふことを、ちやうだいしました立法資料によりまして、私少々忙しくありましたが、他の諸資料につき、よくは検討して参らなかつたのであります。検討してみますと、ドイツ刑法、フランス刑法、こういう大國の刑法中には、さういふ不動産に対する窃盗罪と申すようなものは見当たらないのであります。ただいまの案文に一番接近しておる外國の立法といひましては、ポルトガル刑法第四百四十五條の規定が右の案文に近いように見受けられるのであります。それからイタリア刑法の第六百三十三條、同第六百三十四條の規定並びにスペイン刑法第五百十七條、なおニューヨーク刑法第二百三十四條、同第二百三十六條の規定もこれに近いものにながめられるのであります。これらの諸國におきましては、右のような条文で不動産の侵奪にあらずんば、不法な經濟的利用、ときには不動産に対する不法占拠を罪とし

て処罰してゐるのを見受けるのであります。特に御注意願ひたいのであります。特に、これらのある國の立法におきましては、實質上は不法占拠、こういうような行為を犯罪として規定してゐるところもありませうけれども、少なくともたゞいま指摘しましたポルトガル刑法の第四百四十五條、イタリア刑法の第六百三十三條の条文を見ますと、まさしく日本のたゞいま法務當局において立案されておるようなこの侵奪罪に非常に近い一種の規定が見受けられるのであります。こういたしますと、この種

の立法はヨーロッパ大陸のドイツ系の國よりかむしろ南のラテン系のイタリアあるいはポルトガル、こういうところにあるといふことになるのであります。これを立法しましたところ、日本のが珍無類といふわけではありませぬ。今申しましたように、私は現在の社會の實情から見まして、この種の立法は特に惡質な不法占拠並びにこれによる不動産利用に対する不法侵奪として、社會の一般常識に訴へまして不當ではないと思料するのであります。そういう意味におきまして、私は、今度の案の不動産侵奪罪、これには賛成であります。

それから、その次に、案第四百五十六條を見ますと、これは境界標の問題であります。この立法であります。これまた、世界諸國の立法を見ますと、たとえば、ドイツ刑法第二百七十四條一項二號、あるいはフランス刑法第三百八十九條、四百五十六條、あるいはスイス刑法第二百五十六條、あるいはイタリア刑法第二百三十一條、あるいはギリシヤ刑法第二百二十三條、ポルトガル刑法第四百四十六條、スベ

イン刑法第五百十八條といふふうに、諸國においてこれに大同小異の規定を設けてゐるのであります。これは比較刑法の見地から見しても、右のようにながめると、諸國の刑法にこういう規定を設けてゐることは、やはり社會の實用性に基づくことを意味してゐるのでありますから、これまた私は賛成してゐると思つてゐます。

これは實質的にながめて、一種の不動産を侵奪する手段行為ないしはこの前提行為としての準備活動、そういうふうにながめてゐるのであります。が、こういう境界標の損壊行為等をひとまず取り上げ、これによって土地の境界を不明ならしめる行為をここに新しく犯罪行為としてビック・アップすること、も當然のことであらうと思つてゐます。かように考えますので、たゞいま拝見いたしました二つの案文、これはともに、私は、立法に賛成なのであります。いな、むしろこれが立法はおそきに過ぎたと思つてゐるのであります。かような立法は、台湾なんかで問題になりましたせめて三十年前にも、氣のきいた立法をしてあげれば、だいたいトラブルを起さずに済んだのではないかとささるうのであります。今日のわが國における不動産の窃盗と申すことは、現行刑法の解釈上から、直ちに不動産それ自体に対する窃盗罪を認めるわけにいかないであります。擴張的

な解釈は罪を肯定する方向、——刑法で有罪を解釈をしていく上では許されておられませんので、勝手に擴張解釈して、この種の窃盗罪を認め、刑罰の名によって國民を縛るといふことは、よほど考へなければなりません。裁判官でさえもそれは無理だとしてい

るのに、しかも國民の人權は極度に保障されなければならぬといふ現代において、いたずらに解釈をし、しかも擴張解釈によつて刑罰の範圍を広げていくことは考へものであります。これはちやうと無理だと思ひます。ほんとうに人權を擁護するならば、少なくとも立法によつてはつきりと条文をきめていって、そして國民に対して、今後相済みませんが、こういう行為をすれば犯罪になるのでありますと、あらかじめ法文ではつきり示して、しかる後に処罰するのでなければおさまらない。現行刑法の条文を見ても、こういう行為は罪になるのだとはつきりし、檢察官も、裁判官も、犯罪として処罰するに至るであらうと思はれるのであります。學説だけで有罪だといつてみたところ、刑事司法は容易に動くものではありますまい。私は、人權擁護の今日の時代において、單に學説の上から刑罰の範圍を擴張していかうとする考へ方の理解に苦しむ一人なのであります。社會の必要があつて取り締まりをするといふならば、まず法文の上ではつきりした条文を設けていくのが本來の取り締まりに關する本格的な姿ではないかと思つてゐます。

次に、當局のお示しになつております案文の中に、私の見をこないかも存じませんが、侵奪罪の未遂を罰する規定が見受けられるのであります。たしか案文で未遂処罰の規定が見受けられるのであります。申し上げるまでもなく、日本の立法といふのは未遂処罰がなかなか好きなのであります。何で、も犯罪を認めるという段になると、その未遂処罰ということがよく考えられるのであります。

思い浮かべる一事は、明治四十年のわが刑法改正のときに、片方は貴族院を代表しての富井政章代議士、他の方は衆議院を代表して花井卓蔵代議士の二人が、未遂の立法的処置に關し見解が対立して、それがために刑法の全部的改正が危機にさらされ、ために、ついに貴族院と衆議院との兩院協議會を開いて、やつと、一面はフランス法主義の主觀主義理論を代表される富井政章博士の見解を一部取り入れ、他方はドイツ刑法理論を代表しての花井卓蔵氏の見解を取り入れ、ここに妥協が成立して、この妥協裏になつたのが現行刑法第四十三條の未遂処罰の規定であり、これだけ未遂犯という問題は、わが刑法における深刻な問題となつておられますので、いざ刑罰立法となれば、いつも未遂犯をどうするか問題とされるのは無理のないところと思はれるのであります。それはともかくといたしまして、取り締まりの面から申せば、さしあつたて窃盗罪——現行刑法第二百三十五條の窃盗罪に未遂を認めており、しかもこれが主として動産に關するものである限り、今ここに不動産の窃盗について十年以下の刑罰を認めることになれば、これに對しても未遂罪を認めていこうとすることはむしろ當然のことと思はれるのであります。

現に、實際問題としても、トラックに材料を積んでそれを空地に持つていき、しかる後建物を建設して不動産を侵害しようとするやさに、警察官がかぎつけて、これを未遂罪として、やつとこれをとりやめさせた場面も考えられるのでありますから、処罰することは必ずしも不当ではないのであります。

ております諸外国の立法資料によりまして、いかなる国の立法を見ましても、不動産侵奪罪の未遂処罰の例は一つもないのであります。今申しました不法侵奪罪について、ポルトガル刑法の四百四十五条、イタリア刑法の六百三十三条、同六百三十四条、ニューヨーク刑法の二千三十四条、同二千三十六条、スペイン刑法の五百七十七条を見ましても――あるいは總則かどこかに規定されているのかも存じませんが、少なくとも各則のところでは、私の研究不足かもしれませんが、一つもその例を見出さないのであります。この種の未遂処罰の外国立法例が見当たらない次第なのです。もちろん、何も外国になければ立法できないということとはありません、外国をまねる必要はないのでありますから、日本だけ、合理性に訴えて、必要があるならばどうし立法していいのであります、何もそれに反対する意味ではありません。反対するわけではありませんが、どうも外国に既遂の点に例があつて、未遂にその例がちょっと見当たらない。これはだんだん考えてみますと、この罪は一種の侵奪罪という現実的結果の発生を必要とする罪でありますから、あるいはその現実的結果の発生がない未遂を処罰する合理的根拠はないと考えられたのではないかと思うのであります。ただし右は別に反対せんがためのものでありまして、ただどうも不思議に思います点を指摘したにすぎません。日本では未遂立法が好きだから、日本ではそ

以上、私は今御提案になっております当局の立法形式につきましては、むしろ日本の基準としてはまだ立法おそきに失したうらみがある。しかし、今からでも決しておそくないのでありますから、これは立法されてしかるべきであり、決して無理ではないと信じている次第であります。しかも、そこでは単なる不動産に対する不法占拠でははなく、相当にしほりがかかっておりますので、人権を侵すことにはならないと思うのであります。それからまた、ただいまいただきました資料によれば、これを立法してきたところが、既成の事実に適及するものではない、刑罰不適及の原則に従って、将来に発生することあるべき悪質な侵奪、そののみを処罰するのだというように、趣旨が大体はつきりしておるようでありますから、これを立法しても、別に既往の不正事実についてとやかく言うわけではなく、人権擁護からいっても別に危険はないと思うのであります。

ただ一言、この立法に際して御参考にしておきますが、実際問題として、はたして侵奪となかなかないかというところにありますと、すなわち本案に規定しておる侵奪という觀念になるかならないかというきわどいところになりますと、その前提としてどうしてもあるいは貸貸借とか、売ったとか買ったとかが問題となり、これは民事関係係として、まず民事的に解決しなければ、はたして不法侵奪になるかならないかというところにならなければいかと判定がつかないということになりますして、実際問題としてなかなか見

おますが、おそく、この立法にやられておるのは、そういうやこしい民事訴訟によつて、はたして権利があるかないかわからぬようなそういう場合、多くは侵奪のうちにに入れて考えられない。個々の侵奪行為は、社会常識からいっても、何人が考えてもこれはけしからぬというような、ちょうど窃盗罪と同じように、客観的に、不動産に対する一種の利用価値侵奪、それの違法な侵害、それが今日の社会観念に訴えて明確な場合に限り適用を見ることと考えている次第であります。

以上、私といたしましては、結論から申し上げますれば、今度の立案には全面的に賛成であります。

○瀬戸山委員長　これにて参考人全部の御意見の御開陳は終わりました。

これより参考人に対する質疑に入ります。坂本泰良君。

○坂本委員　本日は、四参考人におかれましては、御多忙のところおいでいただきまして、豊富な御経験と学問的結果を御報告いただきまして、われわれ議員としましてなかなかその研究ができない立場におる者は、耳から聞かしていただきまして、非常に裨益するところがありましたことをお礼を申し上げます。

時間がありませんから、ほんとうは各参考人の方々に御質問申し上げたいと思いますが、總括的に大体まとめて、三、三お伺いしたいと思います。

その第一は、大体立法の技術的問題その他からは、四参考人も賛成の上うでございします。ところがわれわれ立

りもまず先に考えるわけでありました。この刑法の改正法律案の提案理由を見ますと、こういふことがあります。「現在問題となつております不法占拠のうちには、終戦直後の社会的混乱期に、行なわれたものも少なくありませんが、国民生活もおおむね安定し、社会秩序も平常に復した現在におきまして、も、なお同種の行為が跡を絶たない事情にあります。」こういうことがあります。私たちが、先ほどお話がありましたように、関東の震災直後に、他人の不動産に對しまして、住むに家なく、着るに衣類がない場合に、やむを得ず生活の問題として東京都内に起こつたということは承知しております。さらに今回のこの敗戦によりましては、御存じのようにアメリカ軍の焼夷弾爆撃によりまして国富の半分を烏有に帰しました。そうして全国にわたり、ことに東京、大阪におきましては、家を焼夷弾によつて焼かれ、住むに家なく、着るに衣類もなく、防空壕の中に住み、さらに他人の土地にバラツクをやつて住まわなければならぬ状態が起きたわけでありました。従ひまして、家の賃借人でありまして、その焼け跡に家を建てた者は十年間の賃借権を認めるといふ臨時措置法ができて、生活の安定、居住の安定を認めて、現在に至つておるわけです。日本が初めて、戦争に負け、ことにアメリカの焼夷弾爆撃によつて都会地、ことに東京、大阪においては建物ほとんど焼き尽くされた。その終戦後の状況におきま

と申しますが、使用するという状態が起きたのは周知の事実であります。従つてその間、不当な者がこの機に乗じまして、將來繁華街になることを見越してそれを安く買い受けるとか、あるいは不法占拠をして非常な問題になつた。前田教授の本に出ておりますいわゆる梅田村事件というのもこれの一つの現われた、こういうふうに思うわけです。ところが十五年を経過しました現在においては、社会秩序も平常状態に復してゐるわけであります。そこで「なお同種の行為が跡を絶たない実情にあります。」と提案理由にあります。が、法務省から提出いたしております資料には、なお現在同種の行為が跡を絶たないという資料は一つもないわけです。いずれも現在から前の、過去の事例をあげてあるわけです。それでわれわれは過去の事例の、そういう不都合な他人の土地を侵奪した、侵略した、こういうもののあつたことは認めるのであります。社会秩序も平常に復した現在においても絶無ではない、それはあるでしょうが、同種の行為が跡を絶たない実情にあるということは申せないと申すのです。またこの刑法改正ができましたも、以前の問題については、これは法の不遡及の原則によつて適用できませんが、今後こういう問題が起きた場合に適用されるわけであります。そういうしますと、もちろん今後起きた問題は、民事訴訟法の促進も叫ばれておりますし、また過去の問題も、やり方によつては原状回復の仮処分、それから原状回復の訴えによつ

て相当救済されております。今後起きる問題については、現在の民事訴訟法をフルに活用いたしまして、一晩でパラックを建てたようなものは一カ月後に取りこわしてあげるとか、断行仮処分とわれわれ弁護士も言っておるわけですが、そういうような救済方法があるから、今後起こる問題について、特にこの二つの刑法の条文を作つて、国民をいたずらに処罰をする、犯罪者にするというふうな必要はないのではなからうか、これは私たち立法者の立場として考えるわけでありませう。今後の審議にあたりまして、政府側に「同種の行為が断を絶たない実情にありませう」というのでしたら、それでは昭和三十一年の一月からどういう実情にあるわけでありませう。昭和三十四年度もあわせていいのですが、そういう事案はあることはあるけれども、刑法改正までしてそれを処罰しなければならぬという必要はないのではなからうか。何度も申し上げますが、断行仮処分その他民事訴訟法の方法によって十分権利者の擁護はできるのではないかと、こういうふうに見えるわけでありませうから、その点について一つ四先生の御意見を承りたいと思ひます。

それから次は二百三十五條の二について、植松参考人と前田参考人が不法占拠の場合の例をあげられまして、植松参考人は領得の意思がないから、この場合はこの刑法の適用は受けない、こういうふうな御意見であつたように存じます。前田参考人の御意見では、これは一時使用であるから構成要件から離れる。従つて、居すわること適用されない、こういう御意見があつ

たと思ひます。やはり適法な労働運動やすわり込み等については、このよきな解釈で刑事責任を問うわけにはいかないと思つておられます。なお私たちが心配いたしておりますのは、アメリカ資本によつて日本の独占資本が強化をいたしました。現在中小企業が非常に不況に陥りまして、中小商工業に対する問題が非常にふえておるわけですね。東京、大阪の小さい百人以下の工場においては、ストライキその他で非常な問題が起きておるわけでありませう。

従つてその中には、今後あつても思われませうが、もう企業者はどうせもうからない、労働者をこのままかかえては困るからというので、企業を投げ出すわけですね。そうすると当然そこに生産管理の問題が起きますと、労働組合がやはりその生産に参加いたしまして、このメーカーはいいいメーカーであるから生産をやろうじゃないかというので、経営者と話し合ひの上でうまくいっているところもあるわけですが、それがうまくいかない場合がある場合に、生産管理と同様な行為が現在行なわれておるわけでありませう。その場合にこの法律ができませんと、企業者は労働組合を過つ払うためにこの法律を適用してやることになるわけでありませう。そういたしますと、検察庁にまでくればいいですが、警察の段階においても、二百三十五條の二の、新しいこの法律の侵奪だ、これは不動産の侵奪だといつてこれを排除する、こういうことになりませうと、結局労働組合に対する不当弾圧の理由づけになる。現在行なわれております不当弾圧というものが犯罪になるかならぬかは第二にして、

当面の問題を解決して、ストライキを解決すればいい、メトロ自動車の問題にいたしまして、主婦と生活社の問題にいたしまして、その他の問題にいたしまして、そういう傾向があるわけでありませう。従つてこういうような場合に、この法律を適用して、将来裁判になつて有罪、無罪になるかは第二にして、乱用するおそれがあることを非常に心配をいたすわけでありませう。こういうような点について法務省側の答弁は、不動産を侵奪といつても、不法領得の意思がなければならぬから、そういう場合は問題ない、こういうことを言われますが、二百三十五條の一の場合は「他人ノ財物ヲ竊取」とありますから、一般法律知識のない者でも領得するといふことが考えられます。この場合は「他人ノ不動産ヲ侵奪シタル者」といふことで、侵奪といへば、先ほど詳しく御説明を聞きましたが、普通の者が他人の不動産を略奪する、侵害をする、それだけでも犯罪になるのじゃないか。下部警察官なんかは、そういうふうには解して、これを乱用するのではないかと、こういう点が考えられますから、それをほつきりするためには、他人の不動産を不法領得の意思を持って侵害した者はこれこれといふふうには、不法領得の意思が必要だといふことを表す必要があるのじゃないか、こういうふうには私たちが考えます。その点もあわせて前田先生、植松先生に御意見を承りたい、こういうふうには考えられるわけでありませう。

それから次は二百六十二條の二の問題ですが、立法者として考えますときに、前田参考人の先ほどのお話のよう

に、御調査によれば、あぜの下を掘つて侵奪をする、そういうようなことを言われましたが、そういうようなのは二百三十五條の二の方に入るわけでありませう、今さらこの法律を作る必要はないじゃないか、こう思つておられます。現在境界標が明瞭になつておらず、すの、鉄道の沿線にはある距離を置いてちゃんと境界標が立つておるので、それ以外には、民間地の境界においては、境界標といふのは立つておるところもあると思ひますが、それは非常に少なく、境界標といふのは大がいに木を植える。山の境は境界木といひまして、両方の所有者が切らない。大きい木が境界になつておるわけですね。それを神様だなどと言つて、いなかの人はあがめて、その木は切らない。その木を切るとう腹痛を起すと言つておるのですが、先祖代々から山の境はこの木であるといふことでやつておるのです。従つて、作爲的な境界標といふのは鉄道の沿線くらいであつて、実際は少ない。今一番問題になりますのは、日本のアメリカ軍の基地、これに境界が立つておられます。戦前は連隊がありまして、民間地と連隊の演習場、そういうところには境界標が立つておりました。現在ではこの昔の連隊にかわつてアメリカ軍が日本を占領しておるわけですね。そこに境界標が立つておる。戦前においてはこの連隊、いわゆる兵舎と演習地並びに民間地の境には境界標がありました。しかし、この境界標の損壊といふことは問題が起きなかつた。それで現在問題になりますのは、米軍基地と民間地の境、これに境界標が立つておるわけですね。ですからこの二百六十二條の二の規定は、従来起

ていなかった問題に対してあらためてここに刑法を加えるといふことで、立法者の立場からいいますと、これはアメリカ軍の日本占領を擁護するためにこの規定を作るのじゃないか。従つて、この規定ができましたならば、アメリカ軍の境界地に入つた場合にはほとんどこの規定を——境界標を損壊したり移動したり、移動は少ないでしょうが、除去する、こういうような行為が軍事基地反対闘争の場合においては起るわけですね。そういう場合に、この刑法の規定を乱用するのじゃないか。それでなければ、そのほかにこの法律の適用されることはないと思ひます。この境界標の損壊とか移動もしくは除去とかいふ問題は民間人同士に起きた場合には、これこそ私は断行仮処分とかあるいは原状回復の訴えとかいふ民事事件で解決されるのじゃないか。従つて、われわれが想像することは、アメリカ軍の基地の擁護のためにこの法律を作るのじゃないか、こういうふうには立法者として考えるわけでありませう。参考人の方々にそのまでの政治について御意見を承るのは無理かとも思ひますが、やはり権威のある学者の方々がせつかく法務委員会においてになりましてから伺いたい。できた法律を学問的研究において、あるいは諸外国の立法例をとつて解釈され、正しい人民に対する法の適用を指導されるその立場は、これはもう今後の問題でありませうが、この法律を作る際に、作らぬ方がいふ必要のない法律は、ほど安んずる参考人から未遂罪の問題で、独法系と民法系が日本の国会で問題になりまして、そして現行の刑法ができ

たということを初めて私なんか承って承知したわけなんです、ただ未遂だけの問題でなくて、今刑法修正案が審議されてきておる現段階において、私たちはこの刑法の改正の促進をはかり、そうしてより正確な刑法を作るといふのはもちろん賛成でございますが、今この二つの刑法の条文を作ること、特に労働組合運動に対する弾圧の手段に使われるのじゃないか、こういうふうな心配するわけです。それは、暴力行為等処罰ニ関スル法律というのがございます。これは私たちがまだ政治家になる前の、ずっと戦前の古い何年ですかにできたわけですが、これは当時暴力団が人民の住居あるいは財産権を侵害するというので、現行刑法の暴行罪、脅迫罪あるいは傷害罪等で処罰するのは、なかなか立証等も困難であるから、この暴力団取り締まりのために一つの法律ができたということを承知しているわけです。ところが、この法律が現在何に使われているかと思ひますと、現在の警察の無力の点もございまして、暴力団の勃興に対してはこの法律を使わずに、労働運動にこの刑法を使っておるわけです。従いまして、われわれの解釈といたしましては、合法的なストライキであり、経営者側に対する大衆的希望の要望だ、こういうふうな考えられる点も、やはりこれは多量の威力をもってやったんだというので労働組合員を警察官が大量に逮捕して、そうしてせつかく交渉がまとまりかけるのもまたならない場合もあるし、また経営者の悪らつな者は、そういう点を見越して、警察官の発動を見越して、横着をきめて、真に労使双方の打開をはからないという点

が現れておるわけですね。われわれはこの弁護に立っておるんですが、この暴力行為等処罰ニ関スル法律で、労働運動の少しの行き過ぎを直ちに起訴する。特に暴行して全治二日間の傷を負わせたものであるという、われわれにすれば、けつまずいてかすり傷を負うた程度でも、やはり暴力行為等処罰ニ関スル法律で起訴をいたしまして、そうして長年のいわゆる法廷闘争と申しますか、裁判をしていくわけなんです。暴力団を取り締まる法律が、現段階では労働組合の運動に対して、労使双方の労働問題に対してこの法律を乱用しておる。従って、この法律を乱用しますから、警察ファッショとか検察ファッショとかいふことがいわれておるわけでありまして、法の制定当時はまことに善意でありまして、一たんその法がございまして、その法の解釈によつてあらゆる社会問題に対してこれが適用されておるといふのをわれわれは目の前に見ておるわけでありまして、そういうことを考えますと、二百六十二条の二の境界標の問題は、これは今のところアメリカ軍基地と民間の基地の境界標だけしかない。国鉄の鉄道の沿線の境は、これを損壊して処罰されたというようなことは、われわれは今まで聞いておりません。人民はやらぬ。しかしながら、アメリカ軍の占領につきましては、今全国的に軍事基地反対闘争を展開いたしておるわけでありまして、このいゝ悪いは砂川事件以来大きい問題でありますし、われわれはこの問題に対して今後やっていかなければならない、そういう場合にこれが適用されるのじゃないか、この心配があるわけでありまして、二百

三十五条の二の場合は、重ねて申し上げて恐縮ですが、生産管理とかすわり込みあるいはすわり込みからもう少し進んだ程度までに至つた場合に、この法律が適用になる場合に乱用されるのじゃないか、こういう立法者としての心配があるわけでありまして、この点について法の研究は、単なる現行法の解釈だけでなくて、ことに立法に際しては、学者の諸先生も、この法律ができたならば、社会的にどういふような関連をしておるかという点についても一つ御見解を披瀝していただきたい、こういうふうな考えるわけでありまして、以上、おもな三つの点について御見解を承りたいと思ひます。

○瀬戸山委員長 御答弁を願う前に、委員長からちょっと坂本委員に申し上げますが、今の御発言中、アメリカ軍が日本を占領しておるといふ御発言があったのですが、ちょっと適当でないと思ひますので……

○坂本委員 それは安保条約をわれわれは認めておりませんから、占領という言葉を使つてもよいと思ひます。安保条約は違憲であつて、認めてはいない。従つてアメリカ軍が日本を占領しておる、一般大衆もまたそう考へておると思ひます。

○榎本参考人 実態につきましては前田参考人が特によくお調べでございまして、そこから詳しくお答えがいたされると思ひますが、まずただいま坂本委員から御質問のありました点は、要点は二つかと思ひますので、それを取り上げて申し上げます、第一が生産管理という問題なんです、これは結局限度の問題だと思ひます。ある限度までは労働争議権の範囲というこ

とで、すわり込みがあつても、この犯罪になるものではないかと考えます。その限度をどう考えるかは、今までの学者の見解は、労働法学者はかなりゆるく考えるようでありまして、刑法学者はややきびしくいふか、すわり込みをする人たちに不利な考え方が多いかと思ひます。そこいらは説のいろいろ争ひもありまして、実際的には判例の持つておる線で考えるよりははかなかるうかと思ひますが、それは限度の問題であつて、ある限度までは争議権の範囲と考えていいものと思ひます。卑近な例で申しますと、たとえば人のうちへ借金の催促に行った、催促される方が、お前帰れと言つた、すぐ帰らなければ不退去罪になるといふような解釈は現行刑法のもとにおいてもできないわけでありまして、同様にこれも限度の問題である、こう考えるのであります。

それから、それに関連しまして裁判所の問題としては、今申し上げたごとくで、侵奪と窃取という言葉についての問題を述べた。これは不法領得の意思というのを表面にうたつたらどうかという御意見ですが、うたえば一そうはつきりするといふことはわかりませんが、窃取についてもうたつてないし、その他の場合についてもうたつてありません。のみならず、不法領得の意思を有するか有しないかについては、判例は有するといふ見解をとつております。実際的には有するがよいのでありますけれども、学説としては両説あるもので、どうも片方だけに割り切つてしまつて、はたしていいかというこがいつも立法のときに問題になるのであつて、そこに表現することにはなお問題

があると思ひます。のみならず、不法領得の意思の解釈が、先ほど私が冒頭で申しましたように、やや動いてきております。私も実は不法領得の意思といふことを言う必要はないのだといふ考えを持つておるのですが、最近比較的有力になつてきたいわゆる価値説という考えでいへば、不法領得の意思がなくても犯罪になるという考え方が相当できるわけでありまして、これは窃取についても言えることですが、窃取と侵奪と言葉が違ふから、では侵奪の方にだけ必要かといふと、窃取は御承知のごとく、文字解釈としては「ひそかに取る」のでございまして、侵奪は「侵し奪う」奪うといふことと「取る」といふことは、その観点ではきわめて似ておるのです。ただ「侵す」といふのが、本来の字の意味から言つて急激にくるのではないの意味を意味している。「侵す」といふのは徐々にくるのを意味しているようですが、そういう文字の末にこだわらなくても、大体「侵奪」といふ言葉と「窃取」といふ言葉が、特に一方には領得の意思という表現が必要だといふことに私は考えません。ほかの、たとえば前田さんから述べた御意見があるかも知れませんが、私はさように考えます。そうして先ほどの坂本委員の御質問にも、生産管理についての労働争議権の問題は、理論としては必ずしも私の言うことに御反対であるように思ひませんが、運用上心配があるんじゃないか、こういう御意見かと思ひますが、運用上のはたして法務当局に一つ国会で十分の御注文をなすつていただいて、法務当局の指導よろしきを得るよう願うよ

りほかはないのではないかと思うのであります。どうも一方の味方をするというような運用がときにあるかもしれない。それはしかしながら傷害罪とかあるいは殺人罪とかいう規定でも、御承知のように檢察官が起訴の専権を持つております以上は、あるいは一方的な運用をしようと思えばできないことではない。法律の規定をそう乱用されないようにというのでむやみにしぼってしまふわけにもいかない。あまり放漫しておくことはできないが、この程度であれば、ちょうど傷害罪や殺人罪の規定と同様の意味において、悪用しようと思えばできるかもしれないけれども、これは法政上の監督よろしきを得るよう御指導願いたい。ことに立法院において国政調査権等もあるわけですから、十分御監督を願う、あるいは檢察審査会等もあるわけですから、そういう方面の規制によって足りるのではないか、かように考えるわけであります。

それから、境界標の問題ですが、これは私もよく実情にうといのであります。知人の家やわれわれ個人の土地などにつきましても、やはり境界標はおおむねあるのではないかと思つておるのです。これは後ほどほかにも實情に詳しい方から伺いたいのですが、たとえば私のうちもわずかながらの土地があらつて、隣の境は花崗岩の境界標が埋まつております。必ずしも露出はいたしておりませんが、少し上の土をどければわかる程度になつておりますし、ほかにも私の知つておる場所には、離れておる所ですが、やはりさうな状態になつておる親類のうちの事情も知つておりますので、必ずしもこ

れはアメリカ軍の基地とか鉄道とかいうことに限定されないものであらうと実情を認識しておる次第であります。それから、これは御質問とちよつと離れますけれども、御質問の中に出ておりました、また安平参考人から先ほどお話のあつた未遂の問題です。これはやはり形態として考えますと、未遂まで置いておいた方がいゝのではないだろうか。と思うのは、土地を占拠しよう、境界を動かそうとかいう侵害罪の場合ですが、侵害罪の場合に、建物を建てようとして測量をしておるといふ状態のとき、なおこれは国家権力によつて阻止できるというところの方がいいのではないか。あくまでもでき上つてしまふなければいけないというのでなくともいいだろ。それは窃盗罪に未遂を設けたというやうな意味において、これにも未遂の形態においてとらえなければならぬやうな場合が考えられると存じますので、未遂の規定を置くことに私は賛成であります。

○前田参考人 今の坂本委員の御質問は、非常によくわかるわけであります。私も私ももちろんさういうことを十分に考慮しておりました、まず最初の侵害罪に関する問題、これは、この侵害という言葉だけでは非常に不明確であつて、類推適用の可能性が非常に多い。ですから明瞭な行為態様を規定した構成要件を入れて、不法占拠という実態が社会問題化しておるといふこの内容があくまでも住民の居住権との関係において発生しているのだ、大阪などの日本一といわれる恵美地区の不法占拠を見ますと、これはとうてい刑法によつて解決できない不法占拠の実態であります。これはむしろ社会問題

として他の立法の問題に関連するのじゃないかと思ひます。実際問題として、不法占拠が処罰されるという可能性のある事件は、事実上非常にまれでございます。たとえば梅田村事件というやうな、地主あるいは商売をやつておられます人々による侵害という行為がこの問題に上るわけであります。また緊急な居住の場合に、不法占拠を認めるにいたしても、これはやはりその不法占拠する数の大きさ、ジェーン台風とか伊勢湾台風によつて起こつた膨大な数の不法占拠、これはこの法一条一項の規定をもつてしては解決できないのではないか、こゝういふふうに思われるのです。ですからこの二百三十五條の二項として、実はその内容が新たに不法占拠を処罰するといふならば、もっと明確な構成要件をきめていく、あるいは領得の目的をもつて他人の不動産を積極的かつ継続的に不法占拠するのだといふやうなことをきめませんか、今おっしゃいましたやうなすり込みのやうな問題は、先ほどつまずき私がこの本質を継続的使用犯と申しましたのですが、一時的な不法占拠に該当する、こゝういふやうなおそれが出るのであります。

それから生産管理の問題でございしても、侵害罪という名前を私はあまり好きではございません。侵害罪の方がいいのでございしますが、構成要件を今のように定めると、生産管理が全く財産犯罪として土地所有、土地保有に対する侵略、占有の侵略、侵害といふやうな形になる問題でございすから、これは明らかに生産管理の内容とは離れてくるのだという判断が生ずるのではないかと思ひますので、で

すから、技術的な問題としまして、そこが重要なのでございしますが、拡張解釈ができないやうに、類推適用ができませんやうに、構成要件の厳格な構成と申しますか、それが必要でないかと思ひますのであります。ですから私は二百三十五條の二の「他人ノ不動産ヲ侵害シタル者」といふ表現には反対でございす。

それから基地問題でございしますが、境界侵略の場合は、坂本委員がお出しになつたのと違ひまして、私も私は裏日本から九州の北、ずっと奥の方を回ります、おおよそ百件ばかり山林地所有権確認の訴えの民事事件の法律要件の上から刑事事件の法律要件を引き出して、これが古典的、農村的な不動産窃盗だといふやうに考えまして、さういふやうな立法を要求したわけでありす。米軍の基地問題も実は研究討議などをしておるときに盛んに出てきた問題であります。アメリカの基地といふのは、私自身は不法占拠罪ではないかと思つております。それからこの事件は若干違ひますが、さっきの梅田村事件と同じやうなケースであります、これに對し勸導大衆が自執行を、正当防衛を行なう可能性が残つてゐるんじゃないか、さういふやうな印象を受けるわけですが、これもやはり植松教授が今おっしゃつたやうに、はつきりと境界侵略といふ概念を立てていきまして、さういふ問題とは関係ないんだといふやうな、できれば構成要件の中にこれをはめていこうといふ努力が必要なのであります。今の御質問の中で、米軍基地だけだとおっしゃいましたが、実際農山村に行きますと、ずいぶんたくさん境界侵

略がございまして、大木を切りまして株を置いてある事例は少なく、小さな石ころを置いたり小さい木を植ゑまして、それに荷作りなわを張つたりしまして、非常に幼稚なんです。賢い人はその下に穴を掘つて、コルタルや石炭などを入れまして、山どろぼうが境界を侵略したのだといふことを立証する手段とする。前にあつた境界はこゝだったといふことが、コルタルや石炭は腐りませんので立証できるわけですね。さういふことが非常にたくさんございまして、これは地主相互間の争いでございす。山林地主の胸欲なつらの皮の争いでございす。これが非常に古典的なケースでございす。

さういふわけで、私の言いたいこととしましては、非常に社会的な問題になつておる土地問題は、このやうな条文ではまだまだ足りないんだ、少なくともこれが地主立法だと階級立法と言われないうちに、構成要件の厳格な規定が必要だと思ひます。それから、私自身は、何度も申しすように、二百六十二條の条文にも反対でございす、それから、二百三十五條も、いづれも実体的でない、類推適用の可能性があると意味でこゝういふ立法には反対なのであります。

○市川参考人 先ほど坂本委員から二百六十二條の二の規定、これは置く必要がないのではないか、こゝういふ御質問だと思つたのですが、私が先ほどの説明の中でも申し上げましたやうに、ドイツ刑法、フランス刑法では、窃盗罪の規定の中に不動産を入れておりません。しかし、文書偽造罪の規定として境界標損壊、移動、除去等を処罰す

それからもう一つ。第一の御質問でございしますが、日本の刑法ばかりではございませんが、今までの刑法は、要するに市民法的な刑法として、私どもが市民生活においていろいろなトラブルが起こつた場合を予想して作つてございます。決して現代のような、社会的な、個人的生活以外のいろいろな社会運動その他を目標として作つたものでございせん。その意味で、私はこれは個人法的な刑法あるいは市民法的な刑法だ、こう考えるわけでございします。しかし個人法的な刑法を直ちに、そういうような社会運動あるいは大衆運動のような場合に、構成要件をそのまま適用するということは考えものではないか、そういう場合は、個人的刑法を社会法的刑法に妥当するように解釈し直さなければならぬのではないかと、こういうことを実は主張しておりまゝするので、このことは前田教授が御

ういうふうな解釈し直してくれなければしょうがないじゃないかという御意見があるかもしれないが、しかし、ある事件について、今ちょっとどこでこの裁判所でしたかを申し上げるのには手控えも何もございませんが、ある下級審で私の申し立てるような立場から、たしか暴行事件だと思いましたが、そういうのを、直ちに従来の市民法的な考え方で、——はつきりそう申してはおりませんが、特殊なそういうものにそのまま昔の概念を持って適用するのは妥当ではないのだという判決をいたしてあります。これはその判例批評をその後私が講演をいたしましたから、警察大学で出しております警察学論集の刑事法判例研究会でありますから、それでその判例の批評をしておりますので、徐々にそういうような機運が裁判所でも動いてきておる。今のところ、まだ初歩にすぎませんが、まあ情勢はそういうふうな動いてきつつつある、こういうことを御参考までに申し上げておきます。

○坂本委員　現在の市民法的刑法の解釈について市川教授の御意見を承りまして非常にわれわれも賛成ですが、なかなか裁判所というのは一番の判決はかならずしも進歩してありますが、高裁はその進歩をさえぎり、さらに最高裁はそれをさえぎるということで、具体的問題が起きました場合に非常に困難なんです。が、権威ある学者の方々でそういう議論が出てきたことは、これは今後非常に裁判判例においても影響すると思うわけであります。

それで前田教授にちょっとお伺いしたいのですが、先ほどの御発言の中に二百六十二条の二は二百三十五条の三

にむしろ持つていくべきである、こういう御発言がありました。私もちょっと見まして、やはりこれを領得罪の一種として、かかる際にはそっちの方に持つてきた方がいいじゃないかと思えます。これは本日の参考人の発言によって今後いろいろこの二百三十五条の二の構成要件についても学者の方の御意見が発表されることを私たち期待していたしております。そういたしましたて、二百三十五条の二を、単に不動産侵奪といえは領得の意思は要らぬじゃないかというふうに、一般人民は非常に誤解しやすいような関係がありますから、私はまだはっきりした考えを持ちませんが、この構成要件の点について条文上もって考えなければならぬのじゃないかと、そうして二百六十二条の二を二百三十五条の三に持つてきますと、領得罪の範囲がわかってくるから、その方がいいと思うのです。そうしますと、私が一番心配しております二百六十二条の二の適用について、米軍基地なんかにについての心配が立法上なくなってくるのではないかと、こういうふうにも考えるわけです。その点について二百三十五条の三に持つてきた方がいいじゃないかという点についての御意見をもう少し伺っておきたいと思えます。

○前田参考人 私はこの問題を中心に、して今まで研究をしたのであります。今の御質問のありました通りに、境界侵略事件と申しますのは、何と申しますともこれは所有の侵奪なんです。それをただ行為の方法である境界の石をやるがしたり、荷作りなわを取り払うという方法だけでもって問題を出して

いか、こういうふうな錯覚があるのであります。だから安平先生のおっしゃいましたように、未遂の問題はこれは取り上げなくてもいいので、両方の未遂は他の犯罪を構成すると思ひます。侵入罪の構成のものであつたり、あるいは器物毀損ないしはドイッのような文書の偽造ではなくて、変造罪を構成したりいたしますので、他の構成要件に該当するような可能性のあるものまで未遂という名によつてこの中に入つてくるということは、私は了解できません。ドイッの文書偽造罪は、未遂はございます。しかし、これはドイッのゲルマン法以来、実はドイッにも昔のドイッ普通法、ゲベールといふものがあつて、不動産の問題にも関連してゐるのですが、これは民法だけに追ひやつてしまつて、刑法はゲベールといふ物權表示、物上の支配の問題に追ひやりました。イタリアではボセシオといふものがございまして、これがローマ法以來あるのです。小野先生などは、ローマ法時代には不動産の侵奪といふものは犯罪にはならなかつたとおっしゃつていますが、実はプロキニールス派といふのがございまして、これがボセシオを中心にして、現在のイタリア刑法の不動産窃盜の根本をなしております。ですから、イタリアでは不動産窃盜、つまり暴力的な方法を用いる不動産窃盜の中に、インパジオーネとユスウルパジオーネを入れておまして、決してこれはほかの犯罪ではなくて、財産犯罪、しかも窃盜罪の同種類型なんだといふふうに規定しております。この点やはりローマのボセシオ以來の思想としまして、私はイタリア刑法のあり方が一番

いいんじゃないか。また日本のいろいろな現状から考へてみまして、このイタリアの破毀院などの例を見ますと、非常に妥当性があるのじゃないか。ですからそういう点を裁判官、檢察官にしっかりと理解していただいて、あたふた労働問題などもその中に一種託生に巻き込んでくるというような危懼を起さないように、これは財産犯罪なんだぞといふことを明確にする必要があるのではないか、そういう意味では法務省の案に対しては非常に不満でございまして、疑問があるわけでございます。

○瀬戸山委員長 志賀義雄君。

○志賀(義)委員 刑事局長はどこへ行かれたのですか。私に三十分ばかり用があると言われて出て行かれたのです。が、委員長に連絡がありませんでした。

○瀬戸山委員長 刑事局長は一時からどうしても用がありまして、それで参りました。

○志賀(義)委員 参考人の先生方に申し上げますが、実はこの間法務委員会、ここに立法例として文書が先生方にも参つておるかと思ひますが、侵奪といふ言葉について、これは一体どこから来たかといふと、実はイタリア刑法のなから来た、こういうことなんです。これはウスルパチオーネの方に侵奪といふことが書いてございまして、あとの六百三十三条のインパチオーネの方に於いては、はなはだあいまいな占領といふような言葉を使つております。つまりオキニバ、日本語で言う普通占領といふようなことについては占拠とそこに書いてある。第三人称で、動詞の現在形が使つてあるわけ

あります。が、そういうことで、どうしてそれを一緒にしたかと聞いたら、これを統一して侵奪といふことを今度の刑法改正の一部に入れた、こういうことです。これは委員会のあとで、どうも訳が不適当と思うから、ほんとうにイタリア原文からやつて下さい、そういう問答のうちに、実はドイッ語の翻訳からの孫引きであるということがはつきりました。早稲田大学の齊藤教授から意見書というのできよう出ております。それを見ましても、どうも植松先生のおっしゃる通りに、坂本委員の質問に対して、法律の適用のことは裁判官の方で適当にやればいいと言われるのでございまして、そもそも立法の方法に、こういうふうな両方一緒くたにしたつてあまいなことややつておかれる。そしてイタリア刑法には、はつきり未遂罪のことは規定がございせん。また被告の告訴を待つてといふふうにはつきりあるものも省いてあります。そうしますと、これは非常に暴行行為等取締法の問題で坂本委員も言われましたが、現に戦後のこの法務委員会が鉄道公安官の権限についての法律を作つたときにも、きようは来ておられませんが、猪俣浩三委員は、まさかそんなことはあるまいと思つて作つてみたところが、それが労働争議を鎮圧するのに、国鉄の主要道具になつた。そういうこともありますので、何も適用のことについて参考人の先生方にあれこれと申し上げて注文をつけるような質問をするのはございせんが、立法の初めにあたつて、先生方に來ていただいた以上は、あいまいな解釈を許すような、それから言葉

にしても、あれとこれとを一つにくつつけて侵奪といふようなものにしたといふようなあいまいなことでやられたら、結果はおそろべきものがあるのでは、はつきりと伺いたないのでございまして、侵奪といふ用語を、窃盜に関する刑法二百三十五條の二に侵奪といふ字でむづろさに入れた意味が、私ども非常に危懼を感じるのです。他人の財物を窃取した者といふのが動産の窃盜であるならば、不動産の窃盜についても少しはつきり規定しておきまさんと、もう立法の過程で、刑事局から出される原案そのものについても、今のようないまいなことが起こるわけでありまして。市川先生でございましたか、電氣の窃盜の問題ですね。これはイタリア刑法にははつきりと、電氣及びその他經濟價值を有するエネルギーはこれを動産とみなすという規定がございまして、こういう場合はこういうふうにはつきり規定すればわかるのであります。が、不動産の場合に侵奪といふことであまい言葉を使つておられますと、あとでとんでもないことになつたと思ひます。ことに前田先生はイタリア刑法にだいた御造詣の深い方でありまして、例の問題になりましたウスルパチオーネとインパチオーネの問題などについて、これをいきなりむづろさと一緒にして、しかも他人の財物を窃取するといふことと同じように不動産窃盜といふ概念で表わして、しかも解釈が動産窃盜の場合と違つて、状況証拠なんかも非常に複雑になつてくる不動産窃盜の場合に、こういう規定で間違ひはないものかどうか、先生自身多分に疑念を出しておられます。類推解釈、拡大解釈は安平先生もおつ

しゃつておられました。が、そういう点でもう少しはつきり御意見を聞きたいと思ひます。これが第一。それから「各都市における不動産不法侵害の実情について」といふ文書がございまして、政府の提案説明には、「現在問題となつております不法占拠のうちには、終戦直後の社会的混乱期に行われたものも少なくありませんが、国民生活もおおむね安定し、社会秩序も平常に復した現在におきまして、なお同種の行為が跡を絶たない実情にあります。」と書いてあります。こういうことを書く以上は、刑事局は実例をあげるについて、戦争直後の問題をあげなければいけないわけなんです。ところがそういうものが一つもないので、横濱、名古屋、大阪、京都みんな戦争のあとでバラックを建てて、その問題はかりがここに出ておるんですよ。京都の例は若干違ひます。二例は別の例があげられております。一つは引揚者で、住む家がないから、明治維新前後からよく使われたあの鴨川の橋の下の川敷を使つた例であり、それからもう一つは、結核患者で入院しておる者が建てた家、こういう特異な例しかあげてありません。あとはみんな戦争直後のトタン屋根のバラックから起つておる問題です。今に至るまで跡を絶たないという例は一つもありません。こういうことでもつてこういう実情の例をあげてきて、戦争直後のそういうやむを得ない安平先生の言われる最後の生存権の問題のところを引つぱつてきて、参考書類に出しておいて、実際にはその実例は一つもあがつ

ていないというのが刑事局のやり方なんです。先生方はいろいろなかに行くと、農村なんかで土地に対してこういう不動産窃盗に類することが多いというのを言われました。それならそれでそういう場合を対象として、民間の貸借問題のこじれとか、あるいは不法領得の意思を持って土地を占有するとか、こういう場合のことをはっきり規定しなせんと、こういう実例をあげてきて、こういうあいまいなイタリア語をごまかしたようなことで立法をやられた日には、とんでもないことになると思います。そう、そういうことですから、先生方も刑事局のこういう文書をごらんになるときは、今後十分御注意下さらないと、うっかりだまされることがしばしばある。その実例を今私は申し上げたわけでありすが、明らかにそうなっておりま

でございませう。なお、本罪の構成要件としては、不動産の不法占拠という特別の類型の犯罪にすることも一つの考え方として検討されたのであるが、そのうするとその保護法益がはっきりしないだけでなく、処罰の範囲が広くなりすぎて、土地家屋に関する賃借権消滅後の継続使用や、いわゆる「坐り込み」などにも適用される余地が生じ、また、継続犯と解される結果、改正法施行前からの不法占拠についてまで本罪の適用をみることとなり、このようなことは立法政策上妥当でないと考えられたので、採用しなかつたのである。このように書いてあります。不動産の不法占拠と書くから問題が起るの、不法領得の意思を持つ不動産の窃盗ということも少しはつきりするのです。こういうふうな説き起こし方をして、こう読んでいきますと、最後に――何々組の連中が喜んでいて、私は現在知っている。これではおれたちのやったことは処罰の対象にならないといつて、今までずっと継続犯云々でやってもめてきた人間は今喜んでいて。そうなつてくると、この立法、改正案をここへ出すまでに約一年余り刑事局はPRをやつてきております。肝心のそのPRで言われた者は網からのがれて、かえつてすわり込みを含まざる者がやられてしまふ。それから安平先生の言われる最後の生存権で、いまだにどうにもならない人の方

たならば、お伺いしたいと思うのです。それからもう一つは、諸外国の立法例を見ましたが、今のようイタリアも何かはつきり未遂罪を規定してございませんし、被害者の告訴を待つてというふうなことがあります。これは植松先生がおっしゃいましたが、比較法學上他の国に比べれば重いようだけれども、日本の他の法律の体系上のつり合

上の懲役というのを、二年以上の懲役、三カ月以上の懲役と訳しているのです。こうなつてくると、刑事局には何とかして懲役十年以下というのを正当化しようという魂胆があるというふうな疑われても、これは痛くない腹を探られたと聞き直るだけの資格がないと思うのです。そういうわけで、とにかく正確な翻訳をよこしていただきたい、こういうふうに言つて、きょうここに配られているわけでございます。実にどうも立法の意図について明確な欠点が多々あるものであります。

ことですから、とんでもない問題が起る。(笑声)――お笑いになりますけれども、そういうことは必ず起こりますよ。そういう意味からして、これをもう少しはつきりほんとうに今のよくない連中をやる範囲に限定して、善良な人々に、ことに社会運動に影響を及ぼさないようにするには、どうはつきりしたいかという点を伺いたいでございませう。

うわけで動機は至って優秀でございます。

それから志賀委員のおっしゃいました中で重要なのは、われわれが継続犯か即成犯かを非常に問題にしているのに、法務当局がこの問題を一条でしか触れておられないということでありまして、イタリア刑法を中心にして考え、ローマ法のボセシオの原理を考えたら、これはどうしたって継続犯にならざるを得ないのですが、そこまで討議しておらず、一般の窃盗犯という認識が頭にあつて侵奪犯という言葉をお使いになつたと思ひます。

それから刑事罰をやつてみるという場合に、私はお伺ひしたいのは、先ほど申しましたように、不法占拠の実態といふのは先生も御存じだと思ひますが、非常にものすごい、数千件の不法占拠が行なわれております。これはもちろんプロレタリアートによる群生階層の実態でありますけれども、これはかりに一戸建てといつても、とにかくさつき申しましたように、とにかく地上に建築物を建てております。これが裸で地面の上にあぐらをかいておられるというような不法占拠者はおりません、いろいろな事例をあげておきませんが、必ずその地区の地域ボスと、それから不動産の悪徳ブローカーと不良な材木屋が広大な不法占拠地の中に巣食つておられて、そこにバタヤ、ニコヨンなどに家を建てて借しておるのです。だから私は不法占拠の中でひどい指摘するのは、そういうような常習的な営利犯であつて、緊急的な居住者ではないのです。またそういう場合ですと立証が非常に容易であります。壁一枚千円で貸しておるといふ

ような事例もたくさんございます。パルク建てが四坪くらいで賃金が十万円というふうなものがござります。こういうような事例を見ますと、そういうような地域ボス、悪徳土建屋というふうな共犯関係、職業犯罪人というものをとらえるのが不法占拠の眼目であつて、かりに一戸建てのものとしてしまつても、これは先ほど申しましたように不法占拠者の所有家屋なんです、この所有家屋を、いかに有罪であつても、どういふふうにして刑法第十九条の任意没収で取り上げるか。つまり結論から申しますと、即成犯にしろ継続犯にしろ、検事が没収を執行するにあつたつて、詐欺名義と同じような方法でできないのです。イタリアではこの方法をどうしておるか、考えておるのです

が、そこまでまだいきませんが、おそらく土地に対するこつちの事情が非常に違ひまして、土地商売の大手筋が万能の経済王であり、土地を対象とする資本の集中がインフレを促進し、異常な景気をおこすことは欧米諸国には見られないのでござります。これが行なわれているのはおそらく日本だけだと思ひます。それで昭和二十六年後半の一般物価指数の七倍半というのが現状でございます。ますますもつてこの不法占拠の立法ができるというふうなこと、さつき大阪の地主連中が、これは土地の値段が高騰すると言つておられますが、これは実はそうは参りません。これは刑の執行がでないのです。没収刑の執行不能なんです。そういう点まで考えますと、つまり大体百五十件に上るこの不法占拠罪というものの実態から判断いたしますと、結局梅田村事件とか、山林の侵略

とか、それから地主の侵略とかいうのだけが一定立証できるものでありまして、あとの問題は、ニコヨン、バタヤ等による不法占拠は、刑事政策上考えましても、犯罪社会学的に考えましても、これは実は刑法の対象でなくて、社会保障とか住宅の問題の対象なのであります。だから、これを起訴するだけの勇氣は検事にござりません。おそれないと思ひます。大阪の座談会でも、この点を検察官に問うたのです。「あなた、できるか」と言つたら、

やはりそういうふうな没収の刑の執行の場合、不動産が対象になつた場合は、これは必ずほかの土地にその家を建ててやらなければならぬ、だから検事としては、そういう社会保障の義務がありますから、これは執行できない、あなたの言われる通り、立法はできても、こいつはできませんというのが検察官の意向でございます。

それから最後の問題でございますが、十年といふのは、これはおそらくはイギリス中世のエリザベス時代の救貧法からの影響ではないかと思ひます。窃盗と浮浪者が増大したという時代の面影でございまして、これが実際には一番多い犯罪です。一番多い犯罪にこういう重い刑罰を課するといふのは、私はいつも刑法各論のときに言うのですが、処罰できないものを処罰する、これはおかしい法律だといふふうな思ひでおられます。大体志賀先生の御質問に對しまして、以上お答え申し上げます。

○植松参考人 私の前に申し上げましたことで大体尽きていると思つたところを省きましてお答えするとすれば、二つかと思ひます。一つは、十年の懲役

という問題であります。これは十年の方も五年の方も同じような問題があるわけですが、一応十年の方を例に上げて申しますと、動産の窃盗は十年といふことが現行法上規定されております。ですから、これに對して、不動産の、より重大な法益の侵害になるところのものがそれより軽いのはおかしいだらう、こういう意味で、私はこの立法に何も関与しておりませんが、そういう意味でこれを見ますときに理解できると思ひます。もともと窃盗の十年は重過ぎるという御意見が今あります。これはかなりごもつともなことと思ひます。しかし、そのごもつともといふことを私が言うまでもなく、運用している裁判所なり検察官なりが同じように考えているであらうと思ひます。それは、実際に言い渡される刑は、御承知のごとく、一年前後が初犯については通例であります。しかも検察官の起訴の状況を見ますと、窃盗罪といふのは、犯罪の中では、おそらく一番起訴率の低い犯罪の一つだと思ひます。最低かどうかはわかりませんが、非常に低い。簡単な比較を言えば、賭博——このごろはあまり検挙がないようですが、戦前ですと、賭博もずいぶん検挙になつておりましたので、検挙率のところで見ると、賭博の方が窃盗より大いに少なかった。しかし、起訴されて裁判所の対象になつていゝものを見ると、賭博の方が多くなつていゝ。これは賭博のような軽い刑の犯罪はほとんど起訴するが、窃盗のように重い刑の犯罪は起訴しない。つまり気の毒な事情の者がいるといふことを検察官が認識してやつてゐるからそうなつてゐるのだらう、こう思つてゐるの

です。そこで刑が重過ぎるかもしれないが、現行刑法の一部改正といふことになれば、窃盗罪との對照上、どうもここいらにおさまるんじゃないか、どうか、こう思つてゐるのです。

それともう一つは、これは日本の刑法全体について言えることであります。法定刑の幅が非常に広いものですから、非常に重いような形態に對しては重い刑を課する。しかし、ゆるやかなもの、まあ犯情の悪くないものには軽い刑を課する、こういう運用を今までもやつてきておるし、そういう関係で非常に重い形態を考慮に入れて上限を十年に押えるといふようなことが明治四十年の立法の際に行なわれたものと推察されるのであります。

それからもう一つ、継続犯にしないといふことについて、私はしない方がいいじゃないかと思ひます。これは、法といふものは現状を変更するといふことには一般に非常に保守的なものであります。不法に占拠したかもしれないが、それで長年の間ほうつておかれた犯罪とされないのであるといふ状態が、今までできたわけですね。これは中には、目に余る何々組という非常によくないものもあるだらうと思ひます。そういうものもあると考へての話をなんでもう一方をひくるめて考へての話なんです、そういう右向きとか左向きとかいふことと全然無関係に、ただ形態それ自体をとらえますと、何年かの間安定した状態できておるのを、今度新たに犯罪にするといふような法律が施行になると、その目からいきなりつかまえられるという形に持つていくのは少し酷ではないかと思ひます。それで、継続犯にするよりは、今後新たにいわ

ゆる侵奪行為のようなことをやった者を罰すれば足りるんではなからうか、かように考えて賛成した次第です。

○志賀(義)委員 今の侵奪のことと窃盗のことについて、これはあそこ一項、二項と並列することは非常に困りはないかという問題を私はお伺いしたのです。

○市川(参)考人 十年の点について私からも意見を述べさせていただきます。私どもは、実はちょっとラディカルな主張なんです。刑法の規定に何年の懲役とございますが、あれは実は、私どもの考え方からいいますと、全部とってしまった方がいいんじゃないか、こういう考えでございます。

○田中(参)考人 今度の法律で犯罪の客体が動産であつたのを不動産にして、そして窃取というかわりに侵奪という言葉を、独立して実質的に不動産の窃盗罪、これができたわけなんです。ところが今度の法律には、ただ二百三十五条に対応する不動産の侵奪罪ができただけでございまして、暴行、脅迫のいわゆる強盗に匹敵する規定はないと思ひます。先日刑事局長に、暴行、脅迫をもつて不動産を侵奪した場合、一体何の犯罪になるかというところを質問しましたところ、二百三十六条の強盗罪の二項で処罰するのだ、つまりこの犯罪は、それでまかなえるというわけなんです。そこで今問題になっているのは、犯罪の本質もしくは体系的に認めるならば、やはり私は法の建前として、二百三十六条に匹敵する不動産の強盗罪を別に一条目立てるべきではないか、そうでないと、この不動産の侵奪罪ができたのに、端的に強盗

罪を認めずに二百三十六条の二項にあるのになかすということになると、何だか今の、それでなくても不動産の侵奪罪という、いわゆる侵奪という言葉からいって、犯罪の本質というものは非常にあいまいといふべきで、不明確になつてくる。ですから、はっきりと不動産の強盗罪を認めるならば、強盗罪に匹敵する規定も並べて作るべきではないか、そうしないと今のようない不動産の侵奪罪がはたして独立してできるものであるか、できぬのであるかというやうな幾らかの疑惑を生んでくるし、また罪質論として一体はつきりとそれができるのかという疑問を持つてくるわけなんです。ですから私は一条立てて、不動産の強盗罪の規定を今度のこの規定に置くか、二百三十五条の二の次にそれを置くか、さもないければ二百三十五条の次に、あるいはそれを變えて、他人の財物というかわりに動産、不動産もしくはその他の財物を窃取もしくは侵奪したる者は、窃盗といひますか何々の罪とするかということに、この一條で動産、不動産をまかなつてしまへば、その次の二百三十六条の強盗罪の規定は、その一條でまかなつていけるのではないかと思ひます。ですから、条文の整備といひますか、犯罪の構成した方がすっきりするのではないかと、いふふうに私は考えておりますが、その一点をお伺ひしたい。

○田中(参)考人 今度の法律で犯罪の客体が動産であつたのを不動産にして、そして窃取というかわりに侵奪という言葉を、独立して実質的に不動産の窃盗罪、これができたわけなんです。ところが今度の法律には、ただ二百三十五条に対応する不動産の侵奪罪ができただけでございまして、暴行、脅迫のいわゆる強盗に匹敵する規定はないと思ひます。先日刑事局長に、暴行、脅迫をもつて不動産を侵奪した場合、一体何の犯罪になるかというところを質問しましたところ、二百三十六条の強盗罪の二項で処罰するのだ、つまりこの犯罪は、それでまかなえるというわけなんです。そこで今問題になっているのは、犯罪の本質もしくは体系的に認めるならば、やはり私は法の建前として、二百三十六条に匹敵する不動産の強盗罪を別に一条目立てるべきではないか、そうでないと、この不動産の侵奪罪ができたのに、端的に強盗

罪を認めずに二百三十六条の二項にあるのになかすということになると、何だか今の、それでなくても不動産の侵奪罪という、いわゆる侵奪という言葉からいって、犯罪の本質というものは非常にあいまいといふべきで、不明確になつてくる。ですから、はっきりと不動産の強盗罪を認めるならば、強盗罪に匹敵する規定も並べて作るべきではないか、そうしないと今のようない不動産の侵奪罪がはたして独立してできるものであるか、できぬのであるかというやうな幾らかの疑惑を生んでくるし、また罪質論として一体はつきりとそれができるのかという疑問を持つてくるわけなんです。ですから私は一条立てて、不動産の強盗罪の規定を今度のこの規定に置くか、二百三十五条の二の次にそれを置くか、さもないければ二百三十五条の次に、あるいはそれを變えて、他人の財物というかわりに動産、不動産もしくはその他の財物を窃取もしくは侵奪したる者は、窃盗といひますか何々の罪とするかということに、この一條で動産、不動産をまかなつてしまへば、その次の二百三十六条の強盗罪の規定は、その一條でまかなつていけるのではないかと思ひます。ですから、条文の整備といひますか、犯罪の構成した方がすっきりするのではないかと、いふふうに私は考えておりますが、その一点をお伺ひしたい。

○市川(参)考人 十年の点について私からも意見を述べさせていただきます。私どもは、実はちょっとラディカルな主張なんです。刑法の規定に何年の懲役とございますが、あれは実は、私どもの考え方からいいますと、全部とってしまった方がいいんじゃないか、こういう考えでございます。○田中(参)考人 今度の法律で犯罪の客体が動産であつたのを不動産にして、そして窃取というかわりに侵奪という言葉を、独立して実質的に不動産の窃盗罪、これができたわけなんです。ところが今度の法律には、ただ二百三十五条に対応する不動産の侵奪罪ができただけでございまして、暴行、脅迫のいわゆる強盗に匹敵する規定はないと思ひます。先日刑事局長に、暴行、脅迫をもつて不動産を侵奪した場合、一体何の犯罪になるかというところを質問しましたところ、二百三十六条の強盗罪の二項で処罰するのだ、つまりこの犯罪は、それでまかなえるというわけなんです。そこで今問題になっているのは、犯罪の本質もしくは体系的に認めるならば、やはり私は法の建前として、二百三十六条に匹敵する不動産の強盗罪を別に一条目立てるべきではないか、そうでないと、この不動産の侵奪罪ができたのに、端的に強盗

もはそういうふうな刑に境界をつけることは実は反対で、これは全部とつてしまつた方がいいんじゃないか、あくまでも犯人の悪性に依つて適宜に処罰すればよろしい、こういう主張を従来私はやっております。一九五六年でございませうか、グリーンランドに新しく刑法典ができました。これを見ますと、これは私に早く紹介したのでございませうが、刑というものが全然書いてないんです。ですから、それは刑法典という名前をつけておきませんで、犯罪法典という名称です。要するに裁判官は悪性に依つて適宜な処罰をするというところで、刑のワケは何も書いてない。こういうことは、私が主張するだけでなしに、イタリヤで今法律哲学では最高峯といわれておるデル・ヴェッキョ教授が、すでに刑のワケをきめることは不合理ではないか、こういうことを書かれておられて、私の論文を読まれて、私がやはりそう言つておることに自分は全面的に賛成する、こういうやうな手紙も実はデル・ヴェッキョ教授からいただいております。私どもはそういう意味で、まず窃盗罪を二百三十五条の刑が十年の懲役としたことと自体が要するに便宜の規定で、合理的な根拠のない規定だと思ひます。そこでやはりそれをもとにして、不動産のあれの刑のワケをきめることになりまして、やはり不合理で、つり合ひを考へて十年ということになりますので、そういうことになりまして、根本的にもつと刑のワケをつけるかつかないかというのを考え直してみることがあるのじゃないか。現に今申し上げましたやうに、グリーンランドの刑法はそういうことをやっております

が、これはつい最近できたばかりの法律でございませうから、今後はたしてそれが全面的に承認されて——できてから五年目に検討して、またそういう点は改正するといふことがグリーンランドの刑法に書いてございませうが、五年後にどうなつたか、私実は資料を手にしておきませんので、わかりませんが、とにかく傾向としては、実際にそういう立法もある。そういうことになりまして、繰り返して申し上げますと、今の不動産の侵奪が十年というところも、要するに常識的な範囲を出ないものだらう、こう考えるわけでございます。

○市川(参)考人 十年の点について私からも意見を述べさせていただきます。私どもは、実はちょっとラディカルな主張なんです。刑法の規定に何年の懲役とございますが、あれは実は、私どもの考え方からいいますと、全部とってしまった方がいいんじゃないか、こういう考えでございます。○田中(参)考人 今度の法律で犯罪の客体が動産であつたのを不動産にして、そして窃取というかわりに侵奪という言葉を、独立して実質的に不動産の窃盗罪、これができたわけなんです。ところが今度の法律には、ただ二百三十五条に対応する不動産の侵奪罪ができただけでございまして、暴行、脅迫のいわゆる強盗に匹敵する規定はないと思ひます。先日刑事局長に、暴行、脅迫をもつて不動産を侵奪した場合、一体何の犯罪になるかというところを質問しましたところ、二百三十六条の強盗罪の二項で処罰するのだ、つまりこの犯罪は、それでまかなえるというわけなんです。そこで今問題になっているのは、犯罪の本質もしくは体系的に認めるならば、やはり私は法の建前として、二百三十六条に匹敵する不動産の強盗罪を別に一条目立てるべきではないか、そうでないと、この不動産の侵奪罪ができたのに、端的に強盗

罪を認めずに二百三十六条の二項にあるのになかすということになると、何だか今の、それでなくても不動産の侵奪罪という、いわゆる侵奪という言葉からいって、犯罪の本質というものは非常にあいまいといふべきで、不明確になつてくる。ですから、はっきりと不動産の強盗罪を認めるならば、強盗罪に匹敵する規定も並べて作るべきではないか、そうしないと今のようない不動産の侵奪罪がはたして独立してできるものであるか、できぬのであるかというやうな幾らかの疑惑を生んでくるし、また罪質論として一体はつきりとそれができるのかという疑問を持つてくるわけなんです。ですから私は一条立てて、不動産の強盗罪の規定を今度のこの規定に置くか、二百三十五条の二の次にそれを置くか、さもないければ二百三十五条の次に、あるいはそれを變えて、他人の財物というかわりに動産、不動産もしくはその他の財物を窃取もしくは侵奪したる者は、窃盗といひますか何々の罪とするかということに、この一條で動産、不動産をまかなつてしまへば、その次の二百三十六条の強盗罪の規定は、その一條でまかなつていけるのではないかと思ひます。ですから、条文の整備といひますか、犯罪の構成した方がすっきりするのではないかと、いふふうに私は考えておりますが、その一点をお伺ひしたい。

○市川(参)考人 十年の点について私からも意見を述べさせていただきます。私どもは、実はちょっとラディカルな主張なんです。刑法の規定に何年の懲役とございますが、あれは実は、私どもの考え方からいいますと、全部とってしまった方がいいんじゃないか、こういう考えでございます。○田中(参)考人 今度の法律で犯罪の客体が動産であつたのを不動産にして、そして窃取というかわりに侵奪という言葉を、独立して実質的に不動産の窃盗罪、これができたわけなんです。ところが今度の法律には、ただ二百三十五条に対応する不動産の侵奪罪ができただけでございまして、暴行、脅迫のいわゆる強盗に匹敵する規定はないと思ひます。先日刑事局長に、暴行、脅迫をもつて不動産を侵奪した場合、一体何の犯罪になるかというところを質問しましたところ、二百三十六条の強盗罪の二項で処罰するのだ、つまりこの犯罪は、それでまかなえるというわけなんです。そこで今問題になっているのは、犯罪の本質もしくは体系的に認めるならば、やはり私は法の建前として、二百三十六条に匹敵する不動産の強盗罪を別に一条目立てるべきではないか、そうでないと、この不動産の侵奪罪ができたのに、端的に強盗

ら、私は、この犯意というものは、自分が領得するという意思でなくして、境界が不明確になるという、いわゆる犯意のうちにはそれがなければ本来は成立しないのではないかと思う。しかし、それが書いてない以上は、単純に標識を取り扱ったという結果、境界が不明確になった、これでもっていわゆる犯意、悪性があろうがなからうが、こういう非常にきびしい刑罰を受けるなければならぬということは、私は犯罪の本質としてもまた処罰として、非常にきびし過ぎるのではないかというふうに考えるわけです。その点に關する御意見を伺いたい。

○志賀(義)委員 関連しまして。――私が先ほど伺ったのは、類推解釈し、拡大解釈をしないためには、立法措置をどうしたらいいかということも含めて伺いたのですが、今田中委員の質問の第一点に關連して、あわせてお答え願えればよろしいと思います。また別に質問に立ちますと時間がかりますから……。

○安平(参考)人 ただいま御質問の第一点であります。不動産侵害の場合に、他の意思を抑圧する暴行、脅迫という手段をとってした場合にどうなるか、これは不動産の強盗ではないか。だが現行法はそれを一体どう扱っておるかという問題であります。これは私個人の意見でおそれ入りますけれども、たとえば不動産登記との関係で少し考えてもよくわかるのであります。短刀を突きつけて、どうだ、あの土地をおれによこせ、よこさないといふのだぞと言われて、その所有権を移す証文を書き、これによって不動産所有権移転の登記をしたような場合は、登記面を

通じての不動産支配の利益を取得したものでありますから、刑法第二百三十六條第二項の財産的の利益に対する強盗罪が成立しようと思ふのであります。わが刑法では、強盗罪の場合と異なり、刑法の第二百三十六條第二項という規定があり、財産上の利益というものが被害の客体の中に入っておりますから、登記面を通じての不動産支配といふことになれば、一種の財産上の利益強取として不動産に対する強盗罪と見ていいのではないかと。刑法第二百三十六條第一項の方は財物でありますから、そしてかりにこの財物を有体動産としますならば、右のような意味における不動産に対する利益取得は、まさしく前記法条二項の財産上の利益に対する強盗罪ではないかと思ふのであります。ただ一國の刑罰立法技術として、何も強盗と強盗とをこのように区別しなくともいいのではないかと、これは一つの形式に改めた方がよいという考え方は、一個の考え方として成り立つ。だが、ともかく右のように現行刑法がなっております以上、これで不動産強盗は十分に取り締まることができると申すべく、あえてこの点の立法を今しなくても事は足りると思ふのであります。今申し上げたのは不動産登記上の名義を取得する場合でありますから、そうでなく、土地なら土地という不動産を強奪する場合も、右のような刑法第二百四十六條第二項の罪として処罰することもできようと思ふのであります。ともあれ、右は立法技術の問題であります。私は今の法律のままを取り締まれる、こう思つておる次第であります。

それから第二の、二百六十二條の二

であります。これはもし領得の意思を持って二百六十二條の二、こういうことにいたしました。途中で発見して問題にされた場合、これはまさしく前記案第二百三十五條の二の未遂罪であり、案二百六十二條の二ではなからうと私は考へるのであります。不動産の侵奪罪二百三十五條の二の未遂になるのではないかと。この案におきましては、不法領得の意思を必ずしも予定してはいないと思ふのであります。読んで字のごとく、結局平たく申しますれば、物をただ毀損する意味で毀損する、ただしその結果として土地の境界を認識することができないようにしたとき、これを処罰する趣旨と考へるのであります。この案第二百六十二條の二の規定は、御質問の御趣旨の通り、案第二百三十五條の二の罪の未遂としての侵奪罪とは、直接關係がないと考へている次第であります。ここは一種の物件毀棄罪に相當する別の規定に当たるものではないかと思ふのであります。

例をあげて申し上げますと、私はいなか育ちであります。子供のときを今でも思い出すのであります。ちよとど郷里の生まれた村から一里ほど北の山道を登つていきました。そこに小野尻坂峠というのがあります。それは播州の北の国境と丹波の南の国境との国境になって、今から五十年ほど前には、郡の界標みたいなものが立っていたのであります。それを人通りの少ないとき、丹波の人が通りかかって播州の方へおりてくるときに、いたずら半分に自分の丹波の領域が広がるように、小さい標なのでこれを抜いて

動かし、またこれを見て、反対に播州の方から丹波の方に向かふとすると、きには、逆に動かし播州の方を広くするといふようなこともあり、そういうことを耳にしたこともあるのであります。それからこれは私、既往において、不動産、土地といふものをいじりまして、いささか体験した事柄であります。実際に日本の所有権といふもの、実体を掘り下げて検討してみますと、不動産登記簿上の権利証書や、また必ずしも現実としての土地そのものではなく、実際に土地所有権の範圍いかんは、土地台帳に付属している不動産登記簿付属土地図面といふものがありまして、これが最後にもものを言うことを知つたのですが、さてそれでは図面の境界が現実としてどこかといふことになりまして、それは結局境界をしるしづけるくらいなら、石なら石で、これが實際として境界標として、不動産なら不動産の支配権の限度を示すこととなるのであります。この意味におきまして、界標のごときは、不動産所有権の限界をきめる上におきまして、大切なものはないのであります。それから財産問題のごときも、不動産といふ土地の問題になりますと、これは同時に人間の感情となるのであります。それは深刻な争いになるわけでありまして、現にわれわれ毎日東京都内においても見られます道路建設の問題にいたしましても、往々にして十幾間もあるようなところを切り開き、石垣を築いて道を作っているようなところがあります。そのがけを築くところを見ますと、断崖からあと一寸足らずのところに家が建たれておる

動かし、またこれを見て、反対に播州の方から丹波の方に向かふとすると、きには、逆に動かし播州の方を広くするといふようなこともあり、そういうことを耳にしたこともあるのであります。それからこれは私、既往において、不動産、土地といふものをいじりまして、いささか体験した事柄であります。実際に日本の所有権といふもの、実体を掘り下げて検討してみますと、不動産登記簿上の権利証書や、また必ずしも現実としての土地そのものではなく、実際に土地所有権の範圍いかんは、土地台帳に付属している不動産登記簿付属土地図面といふものがありまして、これが最後にもものを言うことを知つたのですが、さてそれでは図面の境界が現実としてどこかといふことになりまして、それは結局境界をしるしづけるくらいなら、石なら石で、これが實際として境界標として、不動産なら不動産の支配権の限度を示すこととなるのであります。この意味におきまして、界標のごときは、不動産所有権の限界をきめる上におきまして、大切なものはないのであります。それから財産問題のごときも、不動産といふ土地の問題になりますと、これは同時に人間の感情となるのであります。それは深刻な争いになるわけでありまして、現にわれわれ毎日東京都内においても見られます道路建設の問題にいたしましても、往々にして十幾間もあるようなところを切り開き、石垣を築いて道を作っているようなところがあります。そのがけを築くところを見ますと、断崖からあと一寸足らずのところに家が建たれておる

ようなのを見受けるのであります。これははたから見ますと、残された家は危険千万で、いつひつくり返るかと思ひますけれども、やはりこれは所有権の境界のしからしめるところで、権利がないと、これはどうすることもできないのであります。たまたま人の土地に少しばかり侵入して家でも建てておきますと、いざ道路にとられるようなことになれば罰はつきりして、こゝういふ危険な状態となるのであります。道路がついて公用徴収といふことになりまして、徴収金の支払額などは正確に登記簿通りの面積に従つて支払われるためでありましょうか、家ははみ出しておるまま取り残され、賠償はしてもらえないといふような事態もひんびんとして発生しているものであります。

これらを考へてみますと、人間の生活が多く一番安定するのは、土地に対する所有権制度の確立であり、われわれの大事な生活を保障してくれま土地に対する所有権に關する境界の範圍を明確にいたします境界標のごときは、社会的に重要な機能を演ずるものであり、それを自體保護の要があり、そのものを取るということは、危険として、別個に保護する要があると思ふのであります。こゝういふものが、容赦なく動いていき、これが放任されるということになれば、民主主義の生活の上におきまして多くのトラブルを生ぜしめる。そこでこれがみだりに動かされ、棄損されないよう立法的技術を要するのではないかと思ふのであります。幸いに諸國の立法におきましては、この種の行為を取り締まる型が相當数多く見出されるのであります。

といふことだけで境界石を盗んだりあるいはおもしろ半分にマツタケ山などに行つて荷作りなわを引きちぎるといふようなことも、解釈としましては、この法務省の案に該当するのでございませう。また類推適用をすれば、今までのような住居を標示します名札の類のようなものを取つても、あるいはそうなるかも知れない。そういう行為に關しまして、あるいはまた労働運動にもこれは關連してくると思ふのです。たとえば、労働争議で、経営者側がくいむを打ち込んだところに、それを侵略しないで、くいだけを抜き取るというふうなだけでも罪になると思ふのであります。ですからいろいろな特殊事情は別にして、現在境界領得、境界侵略といふ犯罪が何のためにあるのかといふことを各国の刑法及び日本の実情から考へて、この法及び日本國境

に拘束せしめ、或はこれに相当の要
を領得する方法ないしは目的として、土地
に対する所有を標示する標識を損壊、
移動、除去またはその他の方法によつて
境界を損壊したものとしようふに盡
かなければいけないと思うのです。特
殊のケースとしましては、ほとんど意
味のない兇獣に類するような境界標識
の破損とか隠匿とか、いうようなもの
の、つまり土地を領得するという意思
のない目的のない、行為を処罰するとい
うことは、私は刑法の目的、むしろ
刑法の本質を毀損するものだと思つた
のです。刑法はもっと大きな目的があり
まして、たとえば刑罰というものがあ
りますならば、これはやはり教育とい
う目的がございます。構成要件だけ
を考えまして犯罪の問題を考えないと
いうような立法は、これはもう意味が

ないと思うのであります。ですから、安平先生の御意見には不賛成なんでしょうが、やはり不法占拠罪か、あるいは不動産侵害罪としての明瞭な占有侵害というのをうたう罪名と、それからそれに対しては法務省の案とは違って、不法領得の意思によって他人の財産に対して積極的に占拠するものというふうな明瞭な構成要件を置く必要があると思うのであります。それから境界侵略の方は、境界を侵略して、その土地を領得するというものが刑事立法の対象であって、石をどうするか、こうするかということはこれは手段でございます。ですから、はっきりとその点で他有地の不法領得の方法としてその石を動かすということが罰すべき行為であり、単に石だけを動かす、これを毀損するというようなことは一塊の石にどれだけの経済的価値があるか。器物毀損罪にしても、器物毀損というものは物の効用をなくすることなんです。ほとんど意味のない石炭がらや、わらくず、灌木を毀損したかというのを器物損壊罪にするということはおかしいと思うのです。ですから、そういうふうないまいな条文を作らないで、ギリシャ刑法ではゆるく罰しているのですが、それは要らないのであります。はっきりとした不動産立法の趣旨、目的を考えまして、私は明確な立法が必要であると考えております。これはむしろ法務省の方にお願いをしたいと思うのであります。

○権松参考人 ただいま田中委員から御質問の点、ちょっと私の見解と違うところがありますので申し上げますが、強盗については安平参考人の先ほ

どお答への通りと私は考えます。強盗罪は二項があるから特に規定を設けなくともいい。それから一カ条でまかしたたらどうかという御意見です。窃盗と侵奪罪を一カ条で、これはそれでいいかと思ひます。極端なことを言います。それからその次に、今の二百六十二条であります。これは目的罪の形態をとって規定するののも一つの方法であります。私は目的罪の形をとらない方がいいと思ひます。というのは、現在の刑法にも目的罪の形をとったものがありますけれども、刑事訴訟法の改正等に伴ひまして、主観的な行為者の意思にかかつているものは非常に証明が困難であります。無理に証明しようとする、自由強要という形に追い込むおそれがある、こういう点で相なるべくは目的罪でなくとらえたいと私は考えます。

それから田中委員の一番御心配な点は、「能ハザルニ至ラシメ」云々というので、初めそういうふうにならうと思ひなかつたのだが、結果的になつてしまつた場合に罰せられるのではないかというところにあらうかと思ひます。だから、前田参考人も同じようなお考えであるかに伺つたのであります。私はこれは「能ハザルニ至ラシメ」というところまでが故意犯であるので、それまでの認識がなければ本罪にならないものと解釈すべきものと思ひます。そうでなく、反対解釈が出てくるおそれがあるという御心配があらうならば、もう少し言葉を変えようという道はあらうと思ひます。たとえば「能ハザルニ至ラシメ」というのは、いかにも単に結果的であるように聞えるかと

思ひますので「能ハザラシメ」としてもいいのではないか。御承知のように強盗致死につきましては「死ニ致シタルトキ」という文句になつておりまして、これが一体故意に人を殺す者まで入っているかどうかということにつきましては、学説上争ひのあることは御承知のごとくであります。通説並びに判例は一応故意に人を殺した者までも含むという解釈に踏み切つております。それと同じ意味で「能ハザラシメ」とやれば一そうこの点が明瞭になるのではないか、田中委員の御心配の点はそういうふうになつてしまつて目的を達するのではないかと思ひます。

○瀬戸山委員長 これにて参考人に対する質疑は終了いたします。

参考人には、御多忙のところを長時間にわたり御意見の御開陳をいただき、まことにありがとうございます。これにてお引き取りをお願いいたします。

本日はこれにて散会いたします。

午後二時二十一分散会