

# 親族相盗例の適用範囲

——近時の判例の動向をめぐって——

松 原 芳 博

## I はじめに

近時、親族相盗例に関して最高裁の判断が相次いでくだされた。最高裁平成20年2月18日決定（刑集62巻2号37頁）は、未成年後見人の後見の事務は公的性格を有するので、裁判所から選任された未成年後見人が業務上占有する未成年被後見人の物を横領した場合には、未成年後見人と未成年被後見人との間に親族関係があっても刑法244条1項を準用する余地はないとした。他方で、最高裁平成18年8月30日決定（刑集60巻6号479頁）は、刑の免除を受ける者の範囲は明確に定める必要があるので、刑法244条1項は内縁の配偶者には適用または類推適用されないとした。

本稿では、これらの判例を検討することで、刑の免除に関するわが国で唯一の包括的研究「刑の免除序説（一）（二）（三）」<sup>1)</sup>の中で親族相盗例の適用範囲に関する貴重な研究<sup>2)</sup>を残された大原邦英先生の学恩に感謝の意を表したい。

---

1) 法学51巻1号（1987年）67頁以下、51巻3号（1987年）56頁以下、52巻3号（1988年）40頁以下。

2) 大原邦英「刑の免除序説（三）」法学52巻3号（1988年）57頁以下。

## II 成年後見人・未成年後見人と親族相盗例

### 1 判例

(1) 前記最高裁平成20年2月18日決定に先立って、成年後見人に関するものとして仙台高裁秋田支部平成19年2月8日判決(判タ1236号104頁)がある。その事案は、Aの叔母であって、家庭裁判所によってAの成年後見人に選任されたXが、A所有の現金を横領したというものであった。

(2) 第一審の秋田地裁平成18年10月25日判決(判タ1236号342頁＝判例1)は、以下のように判示して、Aとの間に刑法255条の準用する同法244条2項所定の親族関係のあるXについて親族相盗例の適用を否定した。

「業務上横領罪に親族相盗例が準用された趣旨は、親族間内で同犯罪が行われた場合、その処理を親族内の自律的判断に委ねようとしたものと解されるところ、業務上横領罪は、他人の委託に基づき物を占有する者が、その委託の趣旨に反し、その物を不正取得して所有権その他本権を侵害する犯罪であって、委託関係違背をその行為の中核的要素とするものと理解されるから、上記自律的判断を委ねうるのは、行為者と所有者及び委託者相互の間に親族関係が存する場合に限られるというべきである」。「被告人は、秋田家庭裁判所横手支部の選任により後見人の地位に就き、同裁判所の広範な監督を受けながら、被後見人Aの財産を管理する業務に従事していたのであって、同裁判所は、前記委託者の立場にあったと認められる」ため、「行為者と所有者及び委託者相互の間に親族関係が存する場合にはあらず、本件に親族相盗例は適用されない」。

(3) 控訴審の前記仙台高裁秋田支部平成19年2月8日判決(＝判例2)<sup>3)</sup>も、以下のように判示して第一審の結論を維持した。

「親族以外の者が当該財産犯罪に係る法律関係に重要なかわりを有する場合には、その者が直接・間接に法益侵害を受けるという意味での『被害者』に

---

3) 本件につき、小池信太郎「判批」刑ジャ10号(2008年)108頁、前田雅英「判批」警論64巻2号(2011年)166頁。

は当たらないとしても、その法律関係は、既に純粹に『家庭内の人間関係』に限局されたものという性格を失っているとみざるを得ず、その意味で親族相盗例の適用ないし準用は排除される」。「業務上横領罪は、他人の委託に基づき、業務として物を占有する者が、その委託の趣旨に反し、その物を不正に取得して所有権その他の本権を侵害する犯罪であり、所有権その他の本権をその保護法益としている点で、本権を有する者がだれかということももちろん重要な犯罪要素であるが、行為の特質という面では、むしろ委託者との委託信任関係違背の点を中核的要素とするものであるから、これに親族相盗例が準用されるには、行為者と物の所有権その他の本権を有する被害者との間に親族関係が存在するだけではなく、行為者との委託信任関係を形成した者（この者は、上記の意味で当該法律関係に重要なかわりを有する者といえる。）との間にも親族関係が存在することを要する」。「成年後見人は、家庭裁判所の選任・監督という関与の下においてのみ被害者の財産を占有、管理し得る地位を保てるものというべきであるから、被害者との間に親族関係が存在したとしても、親族関係の想定できない家庭裁判所との間で上記のような委託信任関係が形成されている以上、これに違背して行われた犯罪について親族相盗例の準用はあり得ない」。

（４）一方、前記最高裁平成20年2月18日決定では、次のような事案が問題となった。未成年者Aの母Bの母であるXは、Bの死後、家庭裁判所によりAの未成年後見人に選任され、Aの預貯金の出納、保管等に従事していたが、Y（Aの伯父）およびZ（Yの妻）と共謀の上、A名義の定期郵便貯金口座および普通預金口座から、金員を引き出し横領したものである。なお、XとYに対しては、Xが解任された後に選任されたAの未成年後見人から告訴がなされているが、Zに対しては告訴はなされていない。

（５）第一審の福島地裁平成18年10月25日判決（刑集62巻2号63頁参照＝判

例3)<sup>4)</sup>は、以下のように判示して、Aと直系血族の関係にあるXについて刑法255条による同法244条1項の準用を否定した。

「親族相盗例が規定された趣旨は、『法は家庭に入らず』との思想の下、親族間の財産的犯罪にあっては国家が刑罰権の干渉を差し控え、親族間の規律に委ねる方が望ましいという政策的配慮にあると考えられるから、そのような政策的配慮の働かない領域には同条を適用すべきではない。しかるところ、後見人は、たとえその者が被後見人の親族であるとしても、遺言あるいは家庭裁判所による選任によって初めて被後見人の財産を管理し、処分する権限を取得し、家庭裁判所の監督の下でその職務を行うこととなるのであるから、その地位は被後見人自身との間の信任関係に基づくというよりも、家庭裁判所との信任関係に基づくというべきである。すなわち、被後見人は後見人との間に直接の対等な信任関係が構築できないから、家庭裁判所がその間に入り、被後見人に代わって後見人との間の信任関係を構築して監督し、被後見人の財産の管理、処分等を委ねていると見ることができる。したがって、後見人のした被後見人の財産を横領する行為は、単に、占有する被後見人の財産を違法に処分したというだけではなく、家庭裁判所との間の信任関係によって初めて財産を占有する地位を有するに至った者が、その信任関係を破って違法行為に及んだものということができる。横領罪は、信任関係を伴わない占有離脱物横領罪と異なり、財産権の侵害に加えて信任関係の侵害をも保護法益としているところ、後見人は、上記のとおり、被後見人との間の信任関係に代わるものとしての家庭裁判所との間の信任関係を裏切って横領行為に及んだものであるから、家庭裁判所という親族でない第三者を巻き込んだことが明らかな本件犯行について、『法は家庭に入らず』との考えに基づき親族相盗例を適用して刑罰権の行使を差し控えるべき余地はないというべきである。」

なお、同判決は、Zに対する告訴がない点については、「共犯者である非親

---

4) 本件につき、林幹人「判批」『平成18年度重要判例解説』(2007年)167頁以下。

族に対する告訴はあるが、親族に対する告訴がないとき、非親族に対する告訴の効力が及ばないことは別論として、本件のごとき同居の親族である被告人Xに対する告訴がなされている以上、同居していない親族である被告人Zにその告訴の効力が及ばないとするのは不当というほかない」として、刑事訴訟法238条によってX、Yに対する告訴の効力はZにも及ぶとしている。

(6) これに対して、被告人側から、Aとの間に刑法244条1項所定の親族関係のあるXについては刑の免除が、同条2項所定の親族関係があつて告訴のないZについては公訴棄却がなされるべきとして控訴がなされたが、仙台高裁平成19年5月31日判決（刑集62巻2号76頁参照＝判例4<sup>5)</sup>）は、次のように判示して第一審の結論を維持した。

親族相盗例は、『法は家庭に入らず』との思想の下に、同条各項所定の親族間の一定の財産犯罪については国家が刑罰権の干渉を差し控え、親族間の自律に委ねるほうが望ましいという政策的な考慮に基づくものであると考えられるから、上記の法文どおり当該犯罪が専ら親族間の親族関係に基づく関係において行われた場合にのみその適用があり、そうでない場合には、その適用は排除されるというべきである。」「未成年者の後見は、未成年者の身上及び財産を保護するための制度であり、法が認めている親族間の親族関係のみによつたのではその保護ができない場合に利用されるものである。そのため、本件のように未成年者の親族から後見人の選任の請求があつた場合でも、後見人は、一定の欠格事由（民法847条）がない者の中から、親族であるか否かを問わず、適切な者が選任され、それについて原判決が説示するような手続がとられ、また、後見人となれば、財産の保護については、未成年者の財産管理等の権限を賦与されるとともに（民法859条）、例えば、委任の規定が準用され（民法869条）、また、不正な行為等をしたときは、家庭裁判所から解任されることがあり（民法846条）、さらに、いつでも、家庭裁判所の監督を、後見監督人がいる場合は

5) 本件につき、堀内捷三「判批」法教325号（2007年）12頁以下。

後見監督人の監督をも受ける（民法863条）などするのである。このように未成年者の後見人は、その地位に就くことで、専ら未成年者の保護の一環として法により未成年者の財産管理の権限を賦与されるとともに、家庭裁判所の監督を受けるなどするのであって、親族が親族間で親族関係に基づきその財産管理を委託等されているものではなく、ゆえにまた、親族だからといって法益侵害の程度が低くなる理由も、また、犯罪への誘惑が高くなる理由もなく、前記政策的配慮をする必要性は実質的にもない。したがって、後見人として被後見人である未成年者の財産を横領する行為は、たとえ後見人や共犯者が親族であっても、専ら親族間の親族関係に基づく関係で行われた場合とはいえ、親族相盗例を適用する余地はない。」「原判決が家庭裁判所による後見人の選任や後見人の監督等を強調し、また、家庭裁判所は被害者ではないとしても、その信任関係の維持は業務上横領罪の適用によっても保護されるべきとする趣旨は、後見人が親族間の親族関係の自律外のものであることをいう趣旨として理解できるし、なお、後見人となっている親族はもとより、そうでない共犯者である親族の業務上横領罪に親族相盗例が適用されないのは前記理由によるものというべきであり、被告人Zに告訴の必要はないというべきである」。

(7) 前記最高裁平成20年2月18日決定（＝判例5<sup>6)</sup>）は、次のように判示して被告人側からの上告を棄却した。

「刑法255条が準用する同法244条1項は、親族間の一定の財産犯罪については、国家が刑罰権の行使を差し控え、親族間の自律にゆだねる方が望ましいと

6) 本件につき、松宮孝明「判批」法セ647号（2008年）128頁、宮崎香織「判批」研修719号（2008年）17頁以下、久木元伸「判批」警論61巻6号（2008年）213頁以下、山口厚「判批」NBL882号（2008年）28頁以下、同「判批」刑ジャ13号（2008年）91頁以下、同『新判例から見た刑法〔第2版〕』（2008年）248頁以下、川口浩一「判批」『平成20年度重要判例解説』（2009年）192頁以下、家令和典「判解」ジュリ1358号（2008年）167頁以下、同「判解」曹時62巻10号（2010年）206頁以下、堀内捷三「未成年後見人の横領行為と刑法244条1項の準用の有無について」中央ロージャーナル5巻1号（2008年）99頁以下、照沼亮介「判批」実践成年後見26号（2008年）91頁以下、前田・前掲注3）158頁、中村悠人「判批」立命326号（2009年）481頁、内田幸隆「判批」判時2045号（2009年）173頁以下、奥村正雄「判批」同法62巻1号（2010年）207頁以下、平山幹子「判批」松原芳博編『刑法の判例・各論』（2011年）190頁以下、林幹人「判批」『判例刑法』（2011年）265頁以下等。

いう政策的な考慮に基づき、その犯人の処罰につき特例を設けたにすぎず、その犯罪の成立を否定したものではない（最高裁昭和25年（れ）第1284号同年12月12日第三小法廷判決・刑集4巻12号2543頁参照）。〔原文改行〕一方、家庭裁判所から選任された未成年後見人は、未成年被後見人の財産を管理し、その財産に関する法律行為について未成年被後見人を代表するが（民法859条1項）、その権限の行使に当たっては、未成年被後見人と親族関係にあるか否かを問わず、善良な管理者の注意をもって事務を処理する義務を負い（同法869条、644条）、家庭裁判所の監督を受ける（同法863条）。また、家庭裁判所は、未成年後見人に不正な行為等後見の任務に適しない事由があるときは、職権でもこれを解任することができる（同法846条）。このように、民法上、未成年後見人は、未成年被後見人と親族関係にあるか否かの区別なく、等しく未成年被後見人のためにその財産を誠実に管理すべき法律上の義務を負っていることは明らかである。〔原文改行〕そうすると、未成年後見人の後見の事務は公的性格を有するものであって、家庭裁判所から選任された未成年後見人が、業務上占有する未成年被後見人所有の財物を横領した場合に、上記のような趣旨で定められた刑法244条1項を準用して刑法上の処罰を免れるものと解する余地はないというべきである。したがって、本件に同条項の準用はなく、被告人の刑は免除されないとした原判決の結論は、正当として是認することができる。」

（8）以上のように、被後見人の親族に当たる後見人が被後見人の物を横領した事案に関する判例は、いずれも親族相盗例の準用を否定しているが、これらのうち判例1、2、3は、その細部に相違がみられるものの、広い意味での被害者の側に目を向け、親族関係を要する相手方は誰か、という視点から結論を導くものであるのに対して、判例4、5は、行為者の側に目を向け、後見人たる地位が公的性格であることから結論を導いたものといえる。

## 2 検 討

### (1) 親族相盗例の法的性格

親族相盗例の根拠については、周知のように、①「法は家庭に入らず」という政策的目的に求める処罰阻却事由説、②消費共同体における財産の共有・合有関係に基づく法益侵害の類型的な輕微性に求める違法阻却・減少説<sup>8)</sup>、③親族関係特有の甘えに基づく期待可能性の類型的な輕微性に求める責任阻却・減少説<sup>9)</sup>の対立があるが、上記の各判例は、いずれも処罰阻却事由説を前提としている<sup>11)</sup>。最高裁は、従来から、「刑法244条は、同条所定の者の間において行われた窃盗罪及びその未遂罪に関しその犯人の処罰につき特例を設けたに過ぎないのであって、その犯罪の成立を否定したものではないから、右窃盗罪によって奪取された物は贓物たる性質を失わない」(最判昭和25年12月12日刑集4巻12号2543頁)<sup>12)</sup>などとしてきた。しかし、親族相盗例において犯罪の成立を肯定することは、違法減少説・責任減少説も同じであって、違法性や責任から切り離された政策的根拠に依拠することに直結するものではない。これに対して、**判例5**は、最高裁としてはじめて、親族相盗例の根拠は「国家が刑罰権の行使を差し控え、親族間の自律にゆだねる方が望ましいという政策的な考慮」にあるとして、「政策説」の意味での処罰阻却事由説に立つことを明示したものと

7) 大谷實『刑法講義各論〔新版第3版〕』(2009年)215頁以下、前田雅英『刑法各論講義〔第5版〕』(2011年)276頁等。

8) 平野龍一『刑法概説』(1977年)207頁以下、中森喜彦『刑法各論〔第3版〕』(2011年)104頁以下等。

9) 曾根威彦『刑法各論〔第4版〕』(2008年)123頁、西田典之『刑法各論〔第5版〕』(2010年)162頁、林幹人『刑法各論〔第2版〕』(2007年)203頁等。

10) 議論の状況につき、大原・前掲注2)54頁以下、松原芳博『犯罪概念と可罰性』(1997年)371頁以下参照。

11) なお、**判例4**は、「法は家庭に入らず」という政策的観点とともに、「法益侵害の程度」および「犯罪への誘惑」にも言及しているが、これは、政策的な理由と併せて違法減少や責任減少も刑の免除の理由となっているという趣旨とも、仮に違法減少説または責任減少説に立つとしても本件では違法減少や責任減少の前提を欠くということを補充的に述べる趣旨とも理解できよう。

12) 最判昭和24年12月26日裁判集刑事14号819頁も同旨。



いえる。<sup>13)</sup>

しかし、「法は家庭に入らず」とは、「根拠」というよりも「結論」であって、<sup>14)</sup>なぜ法は家庭に入らないのか、が問われねばならない。その理由を家制度の維持・強化に求めるなら、現代の個人主義と相容れないし、その理由を国家の介入からの家庭の平和の維持に求めるなら、家庭が介入を望む場合にまで刑を免除するのは当を得ない。

一方、違法阻却・減少説も、構成員個人の財産を家族共同体に帰属させる点で前近代的な家産制度を前提とするし、244条3項の規定している効果の一身性と調和し難いところがある。

それゆえ、244条1項の刑の免除は、親族間の犯行では、類型的にみて反価値的な規範意識の発現としての性格が希薄であるため一般予防、特別予防の必要性が低減することを考慮して、期待可能性の観点から可罰的責任が否定されるということを理由とし、2項の親告罪についても、この観点からの責任の減少が告訴を必要とする中心的な理由になっているとみるべきであろう。<sup>15)</sup>

以上のような親族相盗例の根拠をめぐる議論を念頭に置きつつ、後見人による横領と親族相盗例との関係をみていこう。

## (2) 親族関係を要する相手方

刑法255条が横領罪に準用する刑法244条1項は、「配偶者、直系血族又は同居の親族との間で第235条の罪、第235条の2の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯した者は、その刑を免除する」と規定し、2項は「前項に規定する親族以外の親族との間で犯した同項の規定する罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない」と規定する。そこで、誰との間の親族関係があれば「親族との間で犯した」といえるのが問題となる。

13) もっとも、大審院は、「同条〔刑法244条〕ヲ設ケタル所以ハ家族又ハ一定ノ親族間ニ於ケル一定ノ犯罪ニ付テハ一家内又ハ親族間ノ平和ヲ維持セントスル趣旨」であるとして、政策説に立つことを明らかにしていた（大判昭和8年7月8日刑集12巻1200頁）。

14) 松原・前掲注10)370頁参照

15) 詳細については、松原・前掲注10)389頁以下参照。

窃盗罪に関しては、判例は、現在、親族相盗例を適用するためには行為者が所有者と占有者の双方との間に親族関係を有していることが必要であるとの見解<sup>16)</sup>を採用している（最決平成6年7月19日刑集48巻5号190頁<sup>17)</sup>）。この「双方説」は、財産犯の保護法益に関する所持説と本権説との対立を超えて、また、親族相盗例の法的性格に関する処罰阻却事由説、違法阻却・減少説、責任阻却・減少説の対立を超えて幅広く支持されている。違法阻却・減少説および責任阻却・減少説からは、占有者と所有者の双方が窃盗罪の（実質的な）被害者であることに双方説の根拠を求めるのが一般的であるのに対して、処罰阻却事由説<sup>18)</sup>

16) かつて、最高裁は、「刑法第244条親族相盗に関する規定は、窃盗罪の直接被害者たる占有者との関係についていうものであって、…所有権者と犯人との関係について規定したものではない」としていた（最判昭和24年5月21日刑集3巻6号858頁）。もっとも、その事案は、占有者との間にも親族関係が存在せず、双方説からも同じく親族相盗例の適用が否定されることになるものであったため、下級審の判例は、占有者との間の親族関係のみを問題とする「占有者説」に立つもの（仙台高判昭和25年2月7日判特3号88頁、東京高判昭和38年1月24日高刑集16巻1号16頁）と双方説に立つもの（札幌高判昭和28年9月25日高刑集6巻8号1088頁、名古屋高金沢支判昭和28年12月3日高刑集6巻13号1854頁、札幌高判昭和36年12月25日高刑集14巻10号681頁）とに分かれていた。最高裁平成6年7月19日決定以前の判例の状況については、大原・前掲注2）57頁以下参照。

17) 本決定につき、藤田昇三「判批」公論49巻12号（1994年）50頁以下、井田良「判批」法教173号（1995年）134頁以下、日高義博「判批」『平成6年度重要判例解説』（1995年）145頁以下、町野朔「判批」ジュリ1092号（1996年）129頁以下、原口伸夫「判批」新報102巻9号（1996年）251頁、青木紀博「親族相盗例の適用」産大30巻1号（1996年）1頁以下、三枝有「親族相盗例における親族関係」中京92号（1995年）143頁以下、川口浩一「親族相盗例の人的適用範囲」奈良9巻3＝4号（1997年）171頁以下、同「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論（第4版）』（1997年）66頁以下、同「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論（第6版）』（2008年）68頁以下、今崎幸彦「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成6年度』（1996年）56頁以下、同「判解」ジュリ1067号（1995年）119頁、安田拓人「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論（第5版）』（2003年）64頁、塩見淳「判批」『判例セレクト1994』（1995年）37頁、木村光江「判批」都立36巻1号（1995年）275頁以下、高橋直哉「判批」判時1543号（1995年）249頁以下等。

18) かつては、本権説からは所有者のみが、所持説からは占有者のみが被害者であるとする理解もあった。しかし、本権説からも、権原に基づく占有は保護の対象となるから、適法な占有者は窃盗罪の法益主体であり「被害者」である。一方、所持説も、窃取の対象としての占有が適法なものに限られないとするにとどまり、占有を他人に委託した所有者を窃盗罪の被害者から排除することを意図するものではない（山口・前掲注6）刑ジャ96頁参照）。所持説が財物の事実上の利用過程を保護しようとするものであるなら、財物の窃取により、占有者の直接的利用過程のみならず、財物の占有を委託した所有者の間接的利用過程も害されたともいえる（鈴木左斗志「刑法における『占有』概念の再構成」学習院34巻2号（1999年）175頁以下参照）。それゆえ、適法な委託関係に基づいて所有者と占有者とが分離している事案に関する限り、本権説からも所持説からも、所有者と占有者の双方が窃盗罪の「被害者」に含まれ、両者との間に親族関係が必要であると解される（これに

からは、端的に「法は家庭に入らず」という観点から、すべての利害関係人が家庭内にいない限り家庭内の事件とはいえないということに双方説の根拠を求めるのが一般的である。

横領罪についても、所有者と委託者の双方との間に親族関係があることを要するとする「双方説」<sup>19)</sup>が通説であり、判例 1、2、3 も双方説を基礎としている。

まず、判例 1 は、横領罪に親族相盗例が準用されるのは「行為者と所有者及び委託者相互の間に親族関係が存する場合に限られる」として双方説を明示的に採用したうえで、家庭裁判所を「委託者」とみることによって親族相盗例の準用を否定したものであって、その論理は比較的明快である。もっとも、判例 1 は、業務上横領罪は「委託関係違背をその行為の中核的要素とする」と述べるにとどまり、委託者が「被害者」に当たるかどうかについては言及していない。

次に、判例 2 は、「その者が直接・間接に法益侵害を受けるという意味での『被害者』」でなくとも、「法律関係に重要なかわりを有する」者との間には親族関係が必要であるとして、親族関係を要する相手方を拡張した上で（拡張双方説）、「行為者との委託信任関係を形成した者」としての家庭裁判所との間に親族関係がないことを理由に親族相盗例の準用を否定した。さらに、判例 2 は、「財産の占有、管理につき、成年後見人と民法上の委任関係にあるのはあくまでも被後見人であり、家庭裁判所と成年後見人との間に、民法上の委任関係があるとはいえないから、成年後見人による被後見人の財産の業務上横領

---

対して、窃盗犯人の占有する盗品を第三者が窃取したような場合には、本権説からは、不適法な占有者は被害者には含まれないから、所有者との間の親族関係のみが問題となる一方、所持説からは、所有者には間接的な利用関係がないので、窃盗罪については占有者との間の親族関係のみが問題となり、別途、占有離脱物横領罪について所有者との間の親族関係が問題となるという結論に至るであろう）。

19) 委託者が親族であっても所有者が非親族のときは、親族相盗例の適用はないとしたものとして、大判昭和 6 年 11 月 17 日刑集 10 卷 604 頁。

20) 曾根・前掲注 9) 173 頁、西田・前掲注 9) 223 頁等。これに対して、堀内・前掲注 5) 15 頁は、所有者以外の委託者は物の引渡し後は物に対する使用・収益・処分する利益を失うから、所有者との親族関係のみが問題になるとする。

につき、家庭裁判所をその被害者とみることはいえない（したがって、家庭裁判所は告訴権者であるとはいえない）。」（○点は筆者）とも述べている。<sup>21)</sup>

一方、**判例 3** は、横領罪は財産権に加えて信任関係も保護法益<sup>22)</sup>とするとし、家庭裁判所との信任関係を裏切った点で親族でない第三者を巻き込んでいることを理由に親族相盗例の準用を否定している。もっとも、**判例 3** は、「家庭裁判所は財産上の被害者ではないとしても、その信任関係の維持は業務上横領罪の適用によっても保護されるべきもの」（○点は筆者）とも述べている。<sup>22)</sup>

このように「親族関係を要する相手方からのアプローチ」に立脚する各判例は、家庭裁判所が「委託者」あるいは「被害者」に当たるかについて見解を異にしているが、まず、**判例 2** が述べるように、横領罪の客体である個別の物についての民法上の委託関係は被後見人と後見人との間に存在するのであって、家庭裁判所と後見人との間に存在するわけではないから、家庭裁判所を「委託者」とみるのは困難であるように思われる。<sup>23)</sup> また、家庭裁判所は、横領行為によって何ら財産上の損害を被るものではないから、横領罪を財産罪と解する限り、その「被害者」とみるのも困難であろう。

ここで、親族相盗例の法的性格と親族関係を要する相手方との関係を整理すると、まず、違法阻却・減少説からは、行為の法益侵害性の軽微性を基礎づけるために横領罪の「被害者」との間で親族関係を有することが必要となるから、

21) 他方で、**判例 2** は、「基本的には、本人以外の親族等や検察官の請求により家庭裁判所が成年後見人を選任するものであること（民法 7、8 条、843 条 1 項）からすれば、実質的には、被後見人の財産管理を成年後見人に委託するのは成年後見人を選任・監督する家庭裁判所であるといえることができる。したがって、刑法上の業務上横領罪との関係で、家庭裁判所を、成年後見人に対し被後見人の財産の管理を委託する者と解すること自体十分な根拠・理由があるといえるべきである。」とも述べている。

22) 星景子「家庭裁判所が選任した後見人の横領行為と親族相盗例」研修 712 号（2008 年）102 頁以下は、「刑法上保護されるべき財産上の委託信任関係が認められるかという問題と、委託者自身が財産に関する直接的な利害関係を有するかどうかということとをパラレルに考える必要はなく、両者は別の次元の問題といえるのではなからうか」とする。また、小池・前掲注 3）113 頁は、委託信任関係違背を、「侵害の客体」として捉えるのではなく、所有権侵害のプロセスにおける行為者の行為の事実的寄与の高さを基礎づける「侵害の態様」として捉えるべきであると説く。

23) 堀内・前掲注 6）108 頁以下参照。

双方説の理由づけは所有者と委託者の双方がともに同罪の「被害者」であることに求められる。

これに対して、処罰阻却事由説からは、横領罪における「双方説」は、端的に、全ての利害関係人が家庭内にいる場合でない限り家庭内の事件とはいえない、ということから導かれるであろう。それゆえ、処罰阻却事由説からは、厳密な意味では「委託者」とも「被害者」ともいえない者であっても、「利害関係人」といえる限りで、親族関係を要する相手方に含まれることになりそうである（拡張双方説）。

一方、責任阻却・減少説からは、刑法が、もっぱら「親族の財産を奪うこと」に注目して責任減少を類型化したものと解するならば、違法阻却・減少説と同じく、「財産上の被害者」との間に親族関係を必要とすることになるの<sup>24)</sup>に対して、財産関係以外も視野に入れて責任減少を類型化したものと解するならば、親族関係を要する相手方を「被害者」よりも拡大する余地もある。

この後者の観点から、内田幸隆准教授は、「家庭裁判所は、厳格な観点から『委託者』であると解することができなくとも、『後見人』を選任・監督することにより、自らが他人に委託することのできない『被後見人』に代わって、その財産につき『間接的な支配』を及ぼしている」とし、「家庭裁判所が被後見人の財物に『間接的な支配』を及ぼしている事実が、家庭内・親族間において<sup>25)</sup>類型的な期待可能性の減少を認める前提を失わせている」と述べて、後見人への親族相盗例の準用を否定する判例の結論を支持している。

この見解は、責任阻却・減少説からの素直な帰結の一つとしてきわめて魅力的であるが、法律上の「類型化」という観点から、なお検討の余地がないわけではない。責任阻却・減少事由説にあっても、具体的な事情のもとでの実質的な責任を直接問題とするものではなく、法律上に類型化された責任を問題とす

24) 山口・前掲注6) 刑ジャ96頁参照。

25) 内田・前掲注6) 176頁。同「現代社会における刑罰の限界——財産犯の成否をめぐる——」法論83巻2=3号(2011年)22頁以下も参照。

る以上、法の文言および類型化の趣旨から自由ではない。<sup>26)</sup>そこで、横領罪に対する親族相盗例の準用の可否は、「親族との間で横領罪を犯した」といえるかという枠組みで検討されることになるが、ここで親族関係が要求される相手は横領罪の構成要件において典型的に予定されている人物に限られるべきであつて、<sup>27)</sup>横領罪の構成要件に登場しない人物との親族関係を問題とし、その欠如を理由に親族相盗例の適用を拒むのは法律による類型化の趣旨を逸脱する。保護観察中の行為者が親族の物を横領した場合に、行為者が保護観察所および保護司の指導・監督を受けていることから犯行を思いとどまることを高度に期待されたとしても、横領罪の構成要件に登場しない保護観察所および保護司との親族関係の欠如を理由に親族相盗例の適用を否定することができないのは当然であるし、物の所有者の債権者<sup>28)</sup>や物を借りる予定であった者との親族関係も問題とすべきではない。

ところで、横領罪の構成要件において典型的に予定されている人物は、行為者のほか所有者と委託者であるが、内田准教授の見解は、家庭裁判所を、物に対して「間接的な支配」を及ぼしている点で（本来の意味での）委託者と同質のものとみることによって、横領罪の構成要件が典型的に予定する人物に組み込もうとしたものといえる。しかし、家庭裁判所を横領罪における（本来の意味での）委託者とみることが困難であったのは、横領罪の構成要件が典型的に予定する物の間接的支配というものが財産権の行使としての間接的支配を意味するからなのではないだろうか。そうすると、後見人の選任・監督という方法による家庭裁判所の間接的支配は、やはり横領罪が典型的に予定する間接的支配には含まれないように思われる。<sup>29)</sup>親族相盗例は、他の領得罪にも等しく適用

26) 警察官の職にある者が親族の財物を盗んだという場合に、行為者に高度の規範意識が期待されるからといって、このような法律上に類型化されていない事情を理由に親族相盗例の適用を否定することは許されない。

27) 小池・前掲注3)111頁参照。

28) 佐伯仁志＝道垣内弘人『刑法と民法の対話』（2001年）341頁〔佐伯〕参照。

29) 家庭裁判所が被後見人に代わって物に対して間接的支配を及ぼしているというのも、利益の帰属主体が被後見人であることを示すものといえよう。

ないし準用されることにも示されるように、「親族の財産を奪うこと」の期待可能性の輕微性を類型化したものと解される。したがって、横領罪に親族相盗例を準用するに当たっても、「財産上の被害者」との間の親族関係を問題とすべきであって、その物に関して固有の財産上の利益を有しない家庭裁判所は親族関係を要する相手方には含まれないと解すべきように思われる。

### （３） 後見人の地位

判例 5 は、「未成年後見人の後見の事務は公的性格を有する」ということを理由に後見人の横領に対する親族相盗例の準用を否定した。また、判例 4 も、親族相盗例は「犯罪が専ら親族間の親族関係に基づく関係において行われた場合」にのみ適用されるとする前提に立って、未成年後見人は「未成年者の保護の一環として法により未成年者の財産管理の権限を賦与されるとともに、家庭裁判所の監督を受ける」ことなどから、その財産の委託管理は親族関係に基づくものではないとして親族相盗例の適用を否定した。判例 4 は、家庭裁判所にも言及しているが、家庭裁判所を横領行為の相手方とみるのではなく、未成年後見人の地位や委託関係の性格を基礎づけるものとして家庭裁判所を持ち出しているにすぎない。このような「後見人の地位からのアプローチ」は、「親族関係を要する相手方からのアプローチ」において生じた、家庭裁判所を「委託者」や「被害者」とみることの難点を回避し、よりシンプルな論理で親族相盗例の準用を否定しようとしたものといえよう。

「後見人の地位からのアプローチ」による場合には、まず、後見人に選任された親族と他の親族とが共犯として被後見人の財産を横領した事案において、後見人たる地位が行為者に対して一身的に作用し、他の親族については親族相盗例が適用されるのか、それとも共犯者にも連帶的に作用し、他の親族につい

---

30) もちろん、刑法上の全ての親族間の特例が被害者との関係に注目しているわけではない。刑法105条や同法257条は、行為者と「犯人」や「本犯者」との間の親族関係に基づく庇護的心情に注目した責任減少事由といえる。この「犯人」および「本犯者」も、前提となる犯人藏匿罪（刑法103条）、証拠隠滅罪（同法104条）および盗品関与罪（同法156条）の構成要件が典型的に予定している人物にほかならない。

ても親族相盗例の適用を排除するの<sup>31)</sup>かという問題が生ずる<sup>32)</sup>。

判例5の評釈では、「本決定の法理に従えば、後見制度の下における後見人の後見事務の公的性格から、家庭裁判所により選任されその管理・監督下に置かれた後見人が被後見人の財産につき誠実な管理事務を負うという点を強調していることを考慮すれば、後見人として選任された親族とそうでない親族が被後見人の財産の領得を共犯として犯すことも親族相盗例の対象外ということになるのではなかろうか<sup>33)</sup>」とする理解が示されている。また、判例4は、「後見人として被後見人である未成年者の財産を横領する行為は、たとえ後見人や共犯者が親族であっても、専ら親族間の親族関係に基づく関係で行われた場合とはいえ、親族相盗例を適用する余地はない」（圏点は筆者）とし、「後見人となっている親族はもとより、そうでない共犯者である親族の業務上横領罪に親族相盗例が適用されないのは前記理由〔専ら親族間の親族関係に基づく関係で行われたとはいえないこと〕によるものというべきであり、被告人Zに告訴の必要はないというべきである」（圏点および亀甲括弧内は筆者）としていることから、後者の連帯的な効果を予定しているものといえる。

しかし、このような連帯的效果は、244条3項の規定する親族相盗例の一身的效果と整合しうるものであろうか。刑の免除等を基礎づける「親族たる地位」は一身的に作用し、非親族と共犯関係に立つ親族にも親族相盗例の適用があるものとしながら、「親族たる地位」に伴う効果を排除する「後見人たる地位」は連帯的に作用し、後見人ではない親族からも刑の免除等の効果を剥奪すると解するのは、論理的に一貫しないのではないだろうか。刑法244条3項が「前2項の規定は、親族でない共犯については、適用しない」と規定していることから、非親族と共犯関係に立つ親族についても当然に親族相盗例は適用され、

31) この問題を指摘したものとして、内田・前掲注6)176頁、同・前掲注25)22頁参照。

32) これに対して、「親族関係を要する相手方からのアプローチ」では、横領行為の相手方が家庭裁判所となるから、関与した全ての親族について親族相盗例の適用が排除される結果となる。

33) 奥村・前掲注6)222頁。



たとえば第三者が父親の物を横領するのを幫助した息子も刑の免除を受けるものと解されている。<sup>34)</sup>ところが、判例 4 の論理からすると、この事案は「犯罪が専ら親族間の親族関係に基づく関係において行われた場合」ではないから、この息子は横領罪の共犯として罰せられることにはしないであろうか。判例 4、5 は、横領罪における物の占有者たる地位と後見人たる地位とを結びつけているともみられるが、後見人としての占有に基づく横領事件で共犯者も含めて親族相盗例の適用が排除されるのであれば、非親族としての占有に基づく横領事件でも共犯者も含めて親族相盗例の適用が排除されるということになるはずである。<sup>35)</sup>

一方、「後見人としての地位」を一身的な効果をもつ事情と解するならば、<sup>36)</sup>後見人以外の者の占有する被後見人の物の横領に加担した親族たる後見人についても親族相盗例の適用から除外されるであろうが、それは判例 4、5 の意図するところではないであろう。<sup>37)</sup>

また、「後見人の地位からのアプローチ」では、「親族関係を要する相手方からのアプローチ」以上に、罪刑法定主義との抵触<sup>38)</sup>が顕在化する。「親族関係を要する相手方からのアプローチ」は、形式的には「親族との間で犯した」という文言の枠内で解決しようとするものであった。これに対して、「後見人の地位からのアプローチ」では、244条 1 項、2 項の「親族」を「公的地位にな

34) 窃盗罪についてであるが、名古屋高裁金沢支部昭和29年6月19日判決（判特33号188頁）は、当時の244条 2 項（現在の 3 項）の趣旨について、「親族でない者が、共犯者である場合、斯る共犯者、すなわち、親族でない者については、前項の例によらないと言うに止まり、親族でない者が共犯者中に存在する場合、親族である其の共犯者についても、親族でない共犯者と等しく、前項の例によらず、これを処罰すると言う趣旨では決してない」とする。

35) そもそも、処罰阻却事由説の「法は家庭に入らず」という政策からは、共犯者が親族でない場合、特に実行正犯者が親族でない場合には、事件そのものが家庭内にとどまらないため、事件全体が親族相盗例の対象から除外されるという帰結になりそうであるが、この帰結は244条 3 項がまさに否定するところである（中村・前掲注 6）493頁参照）。

36) 内田・前掲注 6）176頁、同・前掲注25）22頁参照。

37) 「後見人の地位からのアプローチ」は、親族たる後見人が被後見人の財物を窃取した場合に親族相盗例の適用を否定するものでもないであろう。

38) 松宮・前掲注 6）128頁、川口・前掲注 6）193頁参照。

い親族」というふうに限定して解釈するか、「親族との間で」を「もっぱら親族たる地位に基づいて」と読み替えるかするほかないであろう。しかし、前者は、被告人に不利益な方向で法文の語義を逸脱するものであって罪刑法定主義に反する。罪刑法定主義は、法の文言による処罰範囲の明示を意味するものであるから、構成要件要素のみならず、違法阻却事由、責任阻却事由、処罰阻却事由といった実体法上の刑罰発動要件全体に及ぶものといわねばならない。一方、後者の読み方も、解釈としてかなり無理があるだけでなく、前述のように、非親族による父親の物の横領に加担した息子、さらには非親族による父親の物の窃取に加担した息子についても親族相盗例の適用を否定するという帰結に至り、3項との整合性が失われるおそれがある。

最後に、「後見人の地位からのアプローチ」では、親族相盗例の適用から除外される「公的地位」の範囲も問題となろう。「親族関係を要する相手方からのアプローチ」によるなら、任意後見においては家庭裁判所の関与が希薄であり、後見人を「委託者」とみて親族相盗例の適用を否定することに困難があるのに対して、「後見人の地位からのアプローチ」によるなら、任意後見においても、後見人の公的な地位を理由に親族相盗例の適用を容易に排除しうるかもしれない。さらに、親権者も、法律に基づいて子の財産を管理し、その財産に関する法律行為についてその子を代表し（民法824条）、親権の濫用や著しい不行跡があったときは、家庭裁判所はその親権の喪失を宣言することができ（同法834条）、その管理が失当であったため子の財産を危うくしたときは、家庭裁判所はその管理権の喪失を宣言することができる（同法835条）のであって、その職責と後見人の職責との間に質的な違いはないともいえる。しかし、親権者の横領行為一般を親族相盗例の対象から除外するのは、親の子に対する横領を親族相盗例の対象に含めている刑法255条、同法244条の解釈としては受け入れ難い。

### 3 小 括

以上のように、罪刑法定主義の枠内で後見人の被後見人に対する横領について親族相盗例の適用を否定しようとするなら、「親族関係を要する相手方からのアプローチ」を採った上で、責任減少説の見地から行為者が家庭裁判所の間接的支配を破っている点を理由とするのが最も説得的であると思われるが、この見解も、なお刑法255条、同法244条の予定していない事情を考慮する点で現行法の解釈を超えるのではないかという疑いを拭えない。

## Ⅲ 内縁関係と親族相盗例

### 1 判 例

本稿の冒頭に掲げた最高裁平成18年8月30日決定では、Aが協議離婚した元夫Xを自宅に同居させたところ、XはAの不在中に鍵屋を呼んでAの金庫を開けさせ、中にあった現金を数ヶ月にわたって窃取したという事案が問題となった。

第一審の東京地裁平成17年9月27日判決（刑集60巻6号482頁参照）は、「刑法244条1項の『配偶者』とは民法上婚姻が有効に成立している場合に限られ、いわゆる内縁関係ないし準婚関係を含まない」として被告人を懲役2年6月に処した。

控訴審の東京高裁平成18年1月18日判決（刑集60巻6号486頁参照）は、「刑法244条1項にいう『配偶者』とは民法上婚姻の成立している者をいうのであって内縁関係は含まないと解されるし、これを本件事案に準用すべきであるとも解されない」とした。この判示の後段部分からは、事案によっては親族相盗例の（類推適用の意味での）準用の余地があることを認めたものと読めなくもない。

前記最高裁平成18年8月30日決定<sup>39)</sup>は、これに対する被告人側の上告を不適法なものとして棄却したが、職権により、「刑法244条1項は、刑の必要的免除を定めるものであって、免除を受ける者の範囲は明確に定める必要があることなどからして、内縁の配偶者に適用又は類推適用されることはない」と解するのが相当である」との判断を示した。

## 2 検 討

本決定は、最高裁としてはじめて内縁関係には親族相盗例の適用ないし類推適用がない旨を明示したものである。<sup>40)</sup>

後見人の横領への親族相盗例の準用をめぐることは、被告人に不利益な方向での「親族」の縮小解釈が問題となったのに対して、内縁関係への親族相盗例の適用ないし類推適用をめぐることは、被告人に有利な方向での「配偶者」の拡張解釈が問題となっている。それゆえ、内縁関係への親族相盗例の適用ないし類推適用に当たっては、罪刑法定主義の自由主義的な要請に由来する法律の文言による厳格な拘束は免れ、<sup>41)</sup>もっぱら親族相盗例の類型化の趣旨ないし立法理由との整合性が問われることになる。

たしかに、親族相盗例、とりわけ配偶者、直系血族または同居の親族の間での窃盗等について一律に刑の免除という効果を付与する244条1項は、現代の

---

39) 本件につき、松宮孝明「判批」法セ623号(2006年)120頁、内海朋子「判批」刑ジャ7号(2007年)73頁以下、同「判批」『判例セレクト2006』(2007年)37頁、親家と仁「判批」研修707号(2007年)17頁以下、原口伸夫「判批」『速報判例解説1巻』(2007年)193頁、清水晴生「判批」白鷗14巻1号(2007年)199頁、芦澤政治「判解」ジュリ1358号(2008年)164頁、同「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成18年度』(2009年)328頁以下、松原和彦「判批」北大59巻1号(2008年)281頁、箭野章五郎「判批」新報114巻3=4号(2007年)295頁以下、日高義博「判批」専修大学ロージャーナル3号(2008年)33頁以下、林・前掲注4)167頁以下、同・前掲注6)265頁以下。

40) 内縁関係について親族相盗例の適用はないとした下級審の判決として、名古屋高判昭和26年3月12日判特27号54頁、東京高判昭和26年10月5日判特24号114頁、大阪高判昭和28年6月30日判特28号51頁等。

41) いずれにせよ、内縁の妻または夫が「配偶者」の可能な語義に入ることは、最高裁自身が「内縁の配偶者」という言葉を用いていることに示されているとおりである。

個人主義の見地から見て不合理な面を含むことから、内縁関係を「配偶者」から除外することによって、その適用範囲を縮小していくべきだとする価値判断<sup>42)</sup>も理解できないではない。しかし、親族相盗例の存在を前提とする以上は、その類型化の趣旨が法律上の婚姻関係と同じ程度に当てはまるような内縁関係については、親族相盗例の適用または類推適用を肯定するのが、法の下での平等に適う法解釈のあり方といえるのではないだろうか。

そこで、「親族の財産を侵害すること」の期待可能性の低さに注目する責任阻却・減少説からすると、同居・協力・扶養義務（民法752条）、婚姻費用分担義務（同法760条）、日常債務の連帯責任（同法761条）、帰属不明財産の共有推定（同法762条2項）といった規定が類推適用されるような形態の内縁関係については、刑法244条の「配偶者」に含まれるとするか、もしくは、その類推適用<sup>43)</sup>を認めるべきではないだろうか。<sup>44)</sup>もとより、親族相盗例の適用または類推適用の可否を決するに当たっては、その実態が法律上の夫婦と同等といえるかどうかのみを基準とすべきであって、2人の人的関係以外の事情を考慮することは刑法244条の類型化の趣旨を逸脱するといわねばならない。この点に留意しつつ前記の範囲の「内縁関係」に限定して親族相盗例の適用または類推適用を認めることは、必ずしも法的安定性を害するものではないように思われる。<sup>45)</sup>

なお、前記最高裁平成18年8月30日決定の事案は、その財産関係に関して民法上の効果が付与されるような内縁関係に当たらず、親族相盗例の適用ないし類推適用の対象とはならないものと考えられる。

42) 林・前掲注4)169頁参照。

43) 内縁の妻または夫が「配偶者」の可能な語義に含まれるとするなら、244条を「適用」するほうが明快であろう。

44) 箭野・前掲注39)307頁以下、内海朋子「刑法244条の法的性質と最近の判例の動向——内縁・後見人事例を中心として——」亜細亜43巻1号（2008年）27頁参照。

45) 判例も、詐欺の手段として婚姻届を出した場合には婚姻は無効であるから親族相盗例は適用されないとしており（東京高判昭和49年6月27日高刑集27巻3号291頁）、その限りでは実質的な検討に立ち入らざるをえない（松宮・前掲注39)120頁参照）。