

刑法二四四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——

内
海
朋
子

第一章 二四四条をめぐる最近の判例の動き

第二章 民法・刑法における親族関係

第一節 親族概念に関する民・刑の関係

第二節 二四四条における「刑法独自の観点」

第三章 親族関係の実質化

第一節 二四四条と内縁関係

第二節 二四四条と後見人

第四章 立法への期待

第一章 二四四条をめぐる最近の判例の動き

近時、親族相盗例に関して注目すべき判例が幾つか出されている。まず、最高裁判成一八年八月三〇日第二小法廷決定は、従来、高裁レベルでの判例は、否定で一致していた内縁関係に対する二四四条の適用・類推適用について、最高裁として初の判断を示した。^①

事案は、被害者が、協議離婚した元夫（被告人）を自宅に同居させたところ、元夫は被害者の不在中に鍵屋を呼んで被害者の金庫を開錠させ、中にあった現金七二五万円を数ヶ月間にわたって窃取した、というものであった。^② 第一審は、二四四条一項の「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ものと解すべきであり、犯行当時被告人と被害者が内縁関係にあったとしても、二四四条一項を適用または準用すべきではないとし、被告人を懲役二年六月に処した。^③ ところが、第二審は、二四四条一項にいう「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れないとしつつ、「（二四四条を）本件事案に準用すべきであるとも解されない」と判示したため、一般論としては二四四条の内縁に対する類推適用が許されるかのような印象が残された。そこで最高裁は、「刑法二四四条一項は、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」として、^④ 内縁の配偶者に対する二四四条の適用・類推適用を否定した。^⑤

この最高裁判決は、二四四条一項該当の親族については、民法の定めるところにしたがって画一的に決定すべ

きことを強調したと解釈しうる。ところが近時、被害者の後見人となった親族が被後見人の財産を横領したという事案において、二四四条一項、二項該当の親族であるにもかかわらず、二四四条の準用（二五五条）を否定した一連の判決が出された。すなわち、家庭裁判所によって被害者の後見人に選任され、被害者の預貯金の出納、保管などに従事していた被害者の祖母と、被害者の伯父・伯母らが、共謀の上、祖母が保管中の定額郵便貯金・普通郵便預金などからそれぞれ約六七〇万円、約八六〇万円を引き出し、横領したという事案に関する福島地裁平成一八年一〇月二五日判決^⑥、仙台高裁平成一九年五月三一日判決^⑦、最高裁平成二〇年二月一八日第一小法廷決定があるほか、秋田地裁平成一八年一〇月二五日判決^⑧、仙台高裁秋田支部平成一九年二月八日判決^⑨においても、被後見人の甥であり、自ら後見開始を申し立てて成年後見人に選任された被告人が、被後見人の財産を横領したという、後見人による横領事件が取り扱われた。

仙台高裁秋田支部は、「成年後見人が被後見人に対して犯した財産犯罪につき、国家の刑罰権の干渉を差し控えるべきであるという配慮を要するものではない」とし、二四四条が刑事政策目的によるものとしても、その要請が場合によっては後退しうる可能性を示した。さらに平成二〇年最高裁決定は、後見事務は公的性格を有するとしており、これを後見人に関しては二四四条の適用が制限されると捉えれば、内縁に関する最高裁決定の場合とは逆に、二四四条の適用される親族は、民事上の概念よりも縮小されることになる。そこで本稿では、二四四条における親族の範囲はいかに決定されるべきかを念頭に置きながら、二四四条の立法趣旨と今日における同条の意義について、考察を加えてみたい。

第二章 民法・刑法における親族関係

第一節 親族概念に関する民・刑の関係

被害者が刑法二四四条、特に一項に列挙されている親族に民法上該当する場合、一律に二四四条を適用すべきなのであろうか。親族関係については、旧刑法は第一〇章に、刑法における親族を、一〇項にわけ列挙した上、¹⁰ 祖父母、父母、子孫、兄弟姉妹、養子を定義していた。しかし、明治四〇年刑法改正政府提出案理由書において、親族の定義は民法によれば足り、刑法において特例を認める必要はないとされ、結局この規定は削除された。したがって、刑法二四四条における親族関係をどのように定めるべきかについては、現行刑法が独立の規定を持たない以上、民法によることとなる。

しかし、民法の規定は、刑法の親族相盜例の規定までを念頭において定められてはいないから、親族関係について、民法を基礎としつつも、刑法独自の観点から親族概念を修正することも考えられる。このような民・刑における親族概念の相対化は、従来全く問題とならなかったわけではない。刑法独自の観点から、親族概念を限定的に解釈したのではないかと考えられている判決も存在する。¹² また、継続的に夫婦生活を営む意思がなく、金員を騙し取る手段として婚姻届を提出した事案¹³ について、民法上、当該婚姻が無効ではなく取消になる可能性も否定できないけれども、そのような民事上の判断を待つまでもなく、刑法独自の観点から、二四四条の適用を考え¹⁴ べきではないかとの主張が存在した。あるいは、法律説を採れば、行為者と被害者の実質的な関係を念頭に置いた上で、民法上の親族概念に修正を加える余地もあるのではないかとの指摘もある。¹⁵

第二節 二四四条における「刑法独自の観点」

それでは、一体どのような観点からどのような修正がなされるのであろうか。

まず、二四四条は刑事政策的・恩恵的な規定であり、一項は処罰阻却事由であると考えられるならば、その適用範囲は画一的であることが望ましい。二四四条における刑事政策目的とは、いうまでもなく「法は家庭に入らない」であるが、その背後には、前近代的・東洋的思想に基づいた、天皇制を頂点とした家父長的家族制度の維持・温存という政治的意図があるといわれてきた。¹⁷⁾そこで、民法上における親族関係の維持・継続という政策的意図からこの規定が設けられたとするならば、その適用範囲は民法上のそれと一致する必要があるが、内縁が配偶者に含まれないことはいうまでもない。ただし、予防目的等を刑事政策目的に含ませ、その観点から親族の範囲に多少の変動を許すことは考えられる。

一方、二四四条は、日本古来の風習の法典化ではなく、むしろ個人的・私的生活関係への国家権力不介入の要請の表れであるとして、そのルーツをヨーロッパ圏の諸外国の類似の制度に求めることもできる。¹⁸⁾親族相盜につき、ローマ法では、傭人や客人を含む、同居の住居の構成員間では、法的な権利、義務の関係を形成することができないため、窃盜を原因とする訴訟を起こすことができないとされ、フランス法はこの規定を継受したと指摘されているが、日本における旧刑法下においても、三七七条が、一定範囲の親族間窃盜を「窃盜ヲ以テ論スルノ限ニ在ラス」としていたことから、犯罪不成立説が唱えられ、その理由が親族間の財産は共有物であつて他人の財物侵害ではない点に求められた。²⁰⁾今日の二四四条一項の法的性質に関する可罰的違法性阻却事由説もこの系譜に属すると考えられる。²¹⁾

直系血族、配偶者間において、一種の消費共同体ないし共同利用関係が形成されており、家庭内においては財

産的侵害の程度が可罰的違法性に欠けるとする可罰的違法性阻却事由説（違法減少を主張する説もある）⁽²³⁾を採ると、民法が親族間における財産関係を基礎としつつも、さらに刑法独自の観点から、消費共同体の存在を認定することが考えられる。内縁関係については、民法上、婚姻費用負担義務（民七六〇条）、日常家事債務の連帯責任（民七六一條）の規定が類推適用されることから、そして同居により経済活動をともしているという点から消費共同体を形成しているとして、配偶者に含まれるということもできそうである。夫婦については、消費共同体としての性格を強く有しており、この点に着目して、消費共同体関係に含まれる財物が対象の場合には違法性阻却事由、それ以外の場合には処罰阻却事由とする二元説も同様の結論に達する。⁽²⁴⁾

しかし、可罰的違法性阻却事由説・違法性減少説に対しては、直系血族であっても、親子が別々の世帯を営んでいるような場合もあり、このような場合に想定される消費共同体は、極めて観念的・抽象的なものとならざるをえない⁽²⁵⁾との批判がある。そもそも、民法とは異なる財産関係を、刑法が「法は家庭に入らない」の観点から構築し直したり、あるいは親族という身分により法益侵害性を相対化させることが望ましくないとすれば、消費共同体を違法レベルで議論するには問題があるように思われる。⁽²⁷⁾

そうだとすると、親族同士において消費共同体としての事実上の実体がしばしば存在することも一因となって親族間の財産については誘惑的要素が強いため反対動機の形成が困難であり、相互に窃盗罪等を行わないことが期待し得ないがゆえに責任が阻却され、あるいは減少する、とする責任阻却説・責任減少説の方が適切であるといえる。この場合には、当該親族関係（類推適用を論ずるならば内縁関係をも含む）における個別具体的事情を考慮して期待可能性の程度を論じることになる。

さらに、学説の中には、二四四条は江戸時代以来の東洋的風俗習慣の法典化であるという観点を維持しながら、

責任が阻却されると主張する見解も存在する。この見解によれば、家は、家長と配偶者、および直系卑属が中核をなしており、さらにその他の血族が同居して家を構成して、家の構成員は家長から生活を補償され保護されるという形態を採るのが江戸時代の風習であり、³⁰⁾ 国家が未だ近代化されないうちは個人の生存の保障まで手が回らないので、血縁集団である「家」にその構成員の扶養が委ねられたという点に「法は家庭に入らない」の真の意味が求められる。

親族による扶養関係を中核に二四四条を理解する説明に従うと、一項における同居要件の存在をうまく説明することができる。すなわち、同居の場合は、生活共同体の形成によって、事実上の扶養関係の存在が推認され、同居しない親族よりも強い相互扶助関係が発生すると説明できるのである。配偶者、直系血族については、「同居」は要件となっていないが、親子・夫婦という親族法における法律関係モデルの最小ユニットの中では、「親族」という広いグループとは違った緊密さが想定されており、親族一般における生活扶助義務よりも重い義務、すなわち親と未成年子における扶養義務、および夫婦間における生活保持義務を負っているからだと考えられる³¹⁾。直系血族については、扶養・相続の面において他の親族関係よりも濃密な関係を認めることができ、同居という生活共同体としての外観がなくても、当然に、強い相互扶助関係があることが想定され³²⁾ると考えられるとは不可能ではないと思われる。また、配偶者間においては、同居・協力扶助義務（民七五二条）をはじめとして、婚姻費用分担義務、日常家事債務の連帯責任など、配偶者間における共同生活体の存在が建前とされており、他の親族と比較して、強い扶助協力関係が想定されている、ということが出来る。

この、扶養を中核として二四四条一項を解釈する見解は、さらに扶養のための財産が相続という形を採ることに言及しつつ³³⁾、潜在的な相続権を保有している親族間では、財産は共有されており、他人の所有する物としての

認識が極めて希薄であるとして、故意がなく、責任が阻却されるとする。しかしながら、実は、親族は消費共同体の形成を通じて相互的な扶養を行っていると考えれば、可罰的違法性阻却事由説の理解とも整合的である。さらに、処罰阻却事由説の採用も可能であろう。直系血族・同居の親族間においては親族互助の義務（民七三〇条）があり、相互に支え合う関係が存在しているところ、このような関係を維持・発展させることが重要であって、刑罰という峻厳な制裁を与えることによつて、そのような関係を破壊することは望ましくない。国家にとつても、私的扶助が原則で公的扶助はそれを補充するにすぎないから、そのような私的扶養関係を修復・温存させることに十分政策的な意義が認められる。また、「法は家庭に入らず」という考慮が財産に限定される理由について、相互扶助、扶養という観点を盛り込めば、十分説明が可能になる。

このように、扶養という実質的観点は、処罰阻却事由説、違法性阻却・減少説、責任阻却・減少説のいずれにおいても盛り込むことができる。ただし、財産関係の刑・民の相対化を避け、親族間の財産の所有・利用が共同的な態様で行われているという実態を事実問題として捉える場合には、責任阻却・減少説が採用され、さらに扶養の実態がなくても、刑罰権行使を控えることによつて扶養関係が形成しやすい状況を作出するという刑事政策的目的を認める場合には、処罰阻却事由説を採用することになろう。³⁵⁾

第三章 親族関係の実質化

第一節 二四四条と内縁関係

扶養関係を中心とした解釈を処罰阻却事由説と結合させる場合には、親族は相互に扶養すべき義務を負い、扶

養に必要な財産負担をし合う関係にあることを前提に、特別予防・一般予防の見地から扶養関係の実体がない場合であっても、これを将来構築させるべく、刑罰権の行使を刑事政策的に控えるとの理解が可能である。そこで、このように扶養という観点から内縁関係を考察し直すと、同居・協力・扶助義務（民七五二条）、婚姻費用負担義務、日常家事債務の連帯責任、夫婦別産制と帰属不明財産の共有推定（民七六二条）など、民法上、夫婦共同生活の実態があることを前提とした規定の多くが類推適用されていることに着眼しなくてはならない。社会保障分野においても、生活保護法の保護開始決定においては、内縁当事者双方の収入として合算し、遺族厚生年金や遺族基礎年金の受給権者が内縁関係に入ったときには、受給権を失ったり、母が事実上の婚姻状態にある場合には児童扶養手当が支給されなかったりする³⁶。そこで、婚姻の多くの規定が内縁関係に類推適用されることを参考にしつつ、刑法においては、相互的扶養関係の存否を基準にして、二四四条の類推適用を許す、ということが考えられるであろう³⁷。

しかし、他方において、大阪高裁昭和二八年六月三〇日判決は、内縁を含ませる場合には、その旨が法文に明示されるところ、刑法はかかる規定を持たないこと、昭和二二年の民法の一部改正において配偶者の意義を変更する改正がなされなかったことなどを挙げ、刑法上の配偶者に内縁関係の者は含まれないとした。また、刑の免除の可否が不明確かつ不確定な要素によって決定されると罪刑法定主義に抵触する点も指摘されている³⁸。刑法において民法同様、法律上の配偶者と同視すべき実質があれば二四四条一項の類推適用を許されるべきであろうとは思われるものの、内縁関係の基盤そのものは脆弱なものであって、一方当事者の背信的な行為によって内縁を根柢とする扶養関係は破壊されたと考えれば、類推適用は否定されることになる。

第二節 二四四条と後見人

それでは、二四四条該当の親族の範囲を民法上認められているよりも、拡大するのではなく縮小することは、許されるのであろうか。家庭内に不和が既に生じており、法の介入が不和を悪化させる虞れはなく、むしろ、不和の解決に必要であると思われるような場合において、なおも二四四条一項を適用すべき合理的理由が存在するのであろうか。法律上の配偶者につき、別居が続くなど実質的にはその関係が破綻し、財産の管理も別々に行われているような場合、⁽⁴⁾後見人が被後見人の財産を侵害するような場合に、この問題は顕在化する。

冒頭に掲げた、仙台高裁平成一九年五月三十一日判決（福島的事案）は、後見人に選任されても祖母が実孫の直系血族であることには変わりはなく、二四四条一項を適用すべきであるのに、そのような結論を取らなかった。

そして、後見人は家庭裁判所により選任され、被見人の財産管理の権限を付与されているのであって、後見人である祖母の横領行為は親族間の親族関係にもとづく関係で行われたとはいえず、もはや「法は家庭に入らず」という思想の下で国家が刑罰権の干渉を差し控えるべきであるという政策的な考慮を払う必要性はないとしている。仙台高裁秋田支部平成一九年二月八日判決（秋田的事案）もまた、成年後見人が被後見人に対して犯した財産犯罪につき、国家の刑罰権の干渉を差し控えるという配慮は要しないとし、成人後見人による被後見人に対する財産犯罪などの不正行為については、国家が責任をもって、厳肅に対処をすべきであるとの要請こそ一段と働くとした。

これらの判断は、後見人による被後見人の財産横領行為については、法が家庭に入らずの思想が後退すること を明らかにしている。その理由は、横領行為が家庭裁判所との委託信任関係に反して行われており、もはや家庭内の問題とはいえないという点にあるが、その背後には、そもそも後見人制度は、家庭内の自主的な財産管理が

十分機能しない場合に国が介入して、被後見人の資産保全と保護を行うとするもので、後見人はいわば公的立場にある、と考えられる。¹²⁾ 最高裁平成二〇年二月一八日第一小法廷決定（福島の記事）はこの点を明快にした。最高裁は、行為者と家庭裁判所との間で形成された委託信任関係を裏切った点よりも、行為者と被害者の関係に注目し、「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」として、「未成年後見人の後見の事務は公的性格を有する」から親族間の自律に委ねる趣旨の二四四条を準用することは許されないとした。

最高裁は、「後見人」という形式的要件によって一律に二四四条の適用を除外しており、そのような画一的な判断の方が、処罰阻却事由説の立場にもなじむ。ただし、もし扶養関係の存続への期待を現実的に考慮するならば、後見人に選任された親族は家庭裁判所の委託を受けて適切な財産管理を行うよう期待されているにもかかわらず、その公的立場に反してあえて財産権侵害を行うような甚だしい信頼関係の破壊を行っているのか、そのような人間が被後見人の扶養を行うなどということははや考えられず、法は家庭に入らずの立場も放棄せざるをえない、と考えることになる。後見人以外の事案に関しては、行為態様の悪質性や、被害金額の大きさ、補償の有無等を判断材料として、扶養への信頼を破壊する程度に達していたかどうかを決定することになる。

第四章 立法への期待

後見人事例に関する諸判決において看取されるのは、二四四条が期待するのは、家庭内での紛争解決であるけ

れども、後見人の横領のように、家庭内において既にそのような解決能力が損なわれている場合には、同条の適用を排除する、という姿勢であった。しかし、もし仮に事案を個別具体的に検討して、家庭内の自律的処理をもうや期待しえない場合には、二四四条一項を適用しえないとすれば、同項が画一的に刑の免除を定めた意味そのものが疑問にさらされることになる。⁽⁴³⁾特に、処罰阻却事由説は、家族間の犯罪は家族の情愛や絆によって浄化できるといふ仮定のもとに、⁽⁴⁴⁾個別具体的な事情を考慮せずに一律に刑の免除を行うとすれば、自律的処理の不可能を理由とした刑罰の適用は、大いに疑問ということになる。したがって、冒頭に掲げた諸判決の評釈では、二四四条見直し論も少なからず見られたのである。⁽⁴⁵⁾

二四四条一項は、刑の免除を定め、この場合、国家刑罰権は行使されない。したがって、被害者は、たとえ被告人に対して国家刑罰権が発動されることを望んだとしても、刑罰権は行使されないことを受忍しなければならぬ。⁽⁴⁶⁾ところが、二項では、親族間犯罪を親告罪としている。一項と二項を比較してみても、どちらがより家庭内での解決を重んじているといえるかは単純に比較ができないが、二項の場合は、刑事手続きの入り口で刑事司法の介入を拒否できるため、一項該当親族の場合よりも早い段階で国家権力の介入を阻止できる。⁽⁴⁷⁾特に、処罰阻却事由説によつた場合、一項に該当する親族に対しては公訴提起され、刑の免除判決（有罪判決）が下されるが、二項に該当する親族についてはそもそも告訴がなければ起訴されないという、一項該当親族と二項該当親族の間における扱いの不均衡の問題も生じてしまう。⁽⁴⁸⁾

そこで、一項・二項間における齟齬を、刑法の不備に帰して、新立法の必要があると考えるならば、⁽⁴⁹⁾①刑法改正準備草案三三四条や、一項該当親族も親告罪であると解釈する学説のように、⁽⁵⁰⁾親族相盗例は、親告罪として統一して、刑の免除という特典については一項該当親族のみに認められるとする、⁽⁵¹⁾②すべて親告罪とする、⁽⁵²⁾③すべ

て任意的免除（あるいは減免）とする、④二四四條を全面的に削除する、といった方法が考えられる。しかし、①、②案では、後見人事例を解決できないという問題があり、他方において④のような全面削除に抵抗があるとすれば、③案が妥当であるということになる。被害者自らは容易に告訴をなさない状況も考えられるから、任意的免除とした方がよいように思われる。

注

- (1) 刑集六〇卷六号四七九頁、判タ一二二〇号一一六頁、判時一九四四号一六九頁。
- (2) 名古屋高裁昭和二六年三月一二日判決・高刑判特二七号五四頁、東京高裁昭和二六年一〇月五日判決・高刑判特二四号一一四頁、仙台高裁昭和二七年一月二三日判決・高刑判特二二号九一頁、大阪高裁昭和二八年六月三〇日判決・高刑判特二八号五一頁、名古屋高裁昭和三二年七月二四日判決・高刑裁特四卷一四・一五号三七二頁等。
- (3) 東京地裁平成一七年九月二七日判決・刑集六〇卷六号四八二頁。
- (4) 東京高裁平成一八年一月一八日判決・刑集六〇卷六号四八六頁。
- (5) 本件の評釈として、松宮孝明「内縁の配偶者に対する刑法二四四條一項（親族相盜例）の適用を否定した事例」法セミ六二三号（二〇〇六年）一二〇頁、内海朋子「親族相盜例と内縁関係」刑事法ジャーナル七号（二〇〇七年）七三頁、親家和仁「刑法第二四四條第一項（親族相盜例の規定）は、内縁の配偶者には適用又は類推適用されることとはないとされた事例」研修七〇七号（二〇〇七年）三五三頁以下、林幹人「刑法二四四條一項（親族相盜例）の適用を否定した事例」ジュリ一三三三三号（二〇〇七年）一六七頁以下、原口伸夫「刑法二四四條一項の『配偶者』に内縁の配偶者も含まれるのか」速報判例解説一卷（二〇〇七年）一九三頁以下、清水晴生「具体的事実の錯誤・親族相盜例・不作為による関与と作為義務」白鷗法学一四卷一号（二〇〇七年）一九九頁以下、箭野章五郎「刑法二四四條一項と内縁の配偶者」法学新報一一四卷三・四号二九五頁以下。
- (6) 評釈として、豊田兼彦「横領罪への親族相盜例の準用が否定された事例」法セミ六二五号（二〇〇七年）一一〇頁、

林幹人(前掲注5) 一六七頁以下。

- (7) 評釈として、堀内捷三「後見人の横領行為と親族相盗例の適用の可否」法教三二五号(二〇〇七年)一二二頁以下。
- (8) 家庭裁判月報五九卷五号八九頁、判タ一二三六号四三二頁。
- (9) 家庭裁判月報五九卷五号八一頁、判タ一二三六号一〇四頁。評釈として、小池信太郎「成年後見人が親族関係にある成年被後見人の財産を横領した場合について、親族相盗例の準用が否定された事例」刑事法ジャーナル一〇号(二〇〇八年)一〇八頁以下。
- (10) 小早川欣吾『明治法制史公法之部下卷(訂正再版)』(一九四四年)一〇一五頁によれば、この規定は、「此ノ刑法書ニテ親族ト稱スルハ血族及ヒ姻族ノ尊屬卑屬ノ親ヲ云フ即チ實父母養父母實子養育父母夫婦兄弟姉妹及ヒ兄弟ノ姉妹ヲ夫婦ヲ約シタル者皆之レナリ」と定めていた、中国法制度の影響を受けたという。しかし、ドイツにも類似規定があったとしている。
- (11) 松尾浩也編『増補刑法沿革綜覧』(一九九〇年)二二一九頁。なお、田中正身編『改正刑法釋義下卷(日本立法資料全集別巻)』(復刻版・一九九四年)一三〇一頁以下。
- (12) 福岡高裁昭和二九年五月二一日判決(尊属殺人事件)は、刑法二〇〇条(尊属殺規定削除以前)の直系尊属とは、生存配偶者の直系尊属のみをいい、配偶者が死亡して配偶関係の存在しない場合は含まないとした。昭和二二年の民法改正以前は、姻族関係は夫婦の一方が死亡した場合にも消滅しなかったが、改正後の民法七二八条は夫婦の一方の死亡後、生存配偶者が姻族関係終了の意思表示をするまでは、姻族関係はなお継続することとした。本件では被告人が生存配偶者でありながら姻族関係終了の意思表示をしていなかったから、民法上は姻族関係が存続していたことになる。
- (13) 東京高裁昭和四九年六月二七日判決・高刑集二七卷三号二九一頁。
- (14) 内田文昭「妻に対する詐欺罪に親族相盗例(刑の免除)が適用されない場合があるか」時の法令九二〇号(一九七六年)二三三頁。
- (15) 中谷瑾子・斎藤隆「親族間の財産犯罪」『判例刑法研究六』(一九八三年)一七四頁以下。
- (16) 団藤重光『刑法綱要各論(第三版)』(一九九〇年)五八〇頁以下、川端博『刑法各論概要(第三版)』(二〇〇三年)

- 一五八頁、岡野光雄『刑法要説各論(第四版)』(二〇〇三年)一二七頁、川崎一夫『刑法各論(増訂版)』(二〇〇四年)一七五頁、大塚仁『刑法概説各論(第三版増補版)』(二〇〇五年)二〇九頁、山口厚『刑法各論(補訂版)』(二〇〇五年)二〇六頁以下、松宮孝明『刑法各論講義(第二版)』(二〇〇八年)二〇七頁、佐久間修『刑法各論』(二〇〇六年)一七八頁、前田雅英『刑法各論講義(第四版)』(二〇〇七年)一二四頁等、通説・判例の立場。
- (17) 熊倉武『日本刑法各論(上)』(一九七〇年)四三九頁、佐伯千仞『刑法改正の總括的批判』(一九七五年)一〇三頁。
- (18) 旧刑法における編纂過程等については、石堂淳『親族相盜例の系譜と根拠』法学(東北大学)五〇卷(一九八六年)六〇八頁以下、林美月子『親族間の財産犯罪』『内田文昭先生古稀祝賀論文集』(二〇〇二年)三三三頁以下参照。また、旧刑法改正当時の諸外国の制度については、田中編(前掲注11)一二三頁以下で知ることができる。近時のヨーロッパ諸国の規定については、川口浩一『親族相盜例の人的適用範囲』奈良法学会雑誌九卷三・四号(一九九七年)一七二頁以下、濱邦久『大コンメンタル刑法第一二卷(第二版)』(二〇〇三年)四三七頁以下参照。
- (19) 長島敦『親族相盜例と錯誤(その一)』研修一九二号(一九六四年)六八頁、日本法との関係では日高義博『親族相盜例の問題点』専修法學論集七五号(一九九九年)二頁も参照。フランス刑法制定当時においては、親族相盜行為の不可罰根拠を家族の集団的存在に着目して、家族の所有する財物は家族構成員の財物であり、家族構成員相互間で盜まれた財物は他人の財物とはいえない、とする見解が主張されたという。森下忠『親族相盜例』法セミ四六号(一九六〇年)五一頁参照。
- (20) 勝本勘三郎『刑法析義各論下卷(第四版)』(一九〇三年)三一頁以下。もつとも、親族間における所有形態は共有、別産の混合であるが、いずれの場合にも窃盜罪は成立し、ただ刑が免除されるだけだとする、犯罪成立説も主張された。岡田朝太郎『日本刑法論各論之部』(一九九五年)九二八頁以下、井上操『刑法(明治一三年)述義第三編(上)』(日本立法資料全集 別巻)(復刻版・一九九九年)四八〇頁以下。
- (21) 佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想(第三版)』(一九六一年)四〇八頁、中山研一『新版口述刑法各論(補訂二版)』(二〇〇六年)一三〇頁、生田勝義・上田寛・名和鐵郎・内田博文『刑法各論講義(第三版改訂版)』(二〇〇五年)一一七頁。
- (22) 石堂(前掲注18)六一四頁。

- (23) 堀内捷三「親族相盜」藤木英雄・板倉宏編『刑法の争点(新版)』(一九八七年)二六〇頁以下、町野朔「いわゆる親族相盜例における親族関係」ジュリ一〇九二号(一九九六年)一三二頁、中森喜彦『刑法各論(第二版)』(一九九六年)一二五頁、齊藤豊治「親族相盜例に関する考察」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第三卷』(一九九八年)二〇三頁。
- (24) 八木国之「親族関係と犯罪」『刑法講座六卷』(一九六四年)一七七頁以下。
- (25) 常に消費共同体が存在しているとの前提に立つのは困難とするのは、日高(前掲注19)七頁。山口(前掲注16)二〇六頁も同居していない場合の違法性減少を問題視する。
- (26) 二元説に対しても日高(前掲注19)九頁。
- (27) 瀧川幸辰「親族相盜例の適用範囲」『瀧川幸辰刑法著作集第三卷』(一九八一年)四三三頁、木村光江「親族相盜例の人的適用範囲」『東京立大学法学会雑誌三六卷一号』(一九九五年)二七七頁等参照。
- (28) 滝川幸辰『増補刑法各論』(一九六八年)一一三頁、同(前掲注27)四三三頁以下。
- (29) 曾根威彦『刑法の重要問題各論(第二版)』(二〇〇六年)二五七頁以下、同『刑法各論(第三版補正三版)』(二〇〇六年)一三一頁、林幹人『刑法各論』(一九九九年)二一〇頁、山中敬一『刑法総論(第二版)』(二〇〇八年)六八八頁、西田典之『刑法各論(第四版)』(二〇〇七年)一五四頁、伊藤渉・小林憲太郎・齊藤彰子・鎮目征樹・島田聡一郎・成瀬幸典・安田拓人『アクチュアル刑法各論』(二〇〇七年)一七八頁。ただし山中は、刑事政策的根拠を法律說的観点に還元したとして、「可罰的責任減少説」を採る。ここでは、可罰的責任減少を基礎付けるものとして、規範的予防的意味の薄弱性と家庭内紛争解決の優位性が考慮される。また、親族相盜例における一般予防と特別予防の低下が責任を阻却する、と解するのは、松原芳博「親族関係と財産犯」『刑法基本講座五卷』(一九九三年)三三二頁以下、同「親族相盜例」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法の争点』(二〇〇〇年)一七二頁以下。
- (30) この点につき、仮刑律では別居の親族のみが処罰されており、同居の親族については、家長の制裁に委ねられていたことが根拠として挙げられている。松沢智「親族相盜例の現代的意義」司法研修所創立二〇周年記念論文集第三卷(一九六七年)一五五頁以下参照。
- (31) 内田貴『民法Ⅳ 親族・相続(補訂版)』(二〇〇四年)二九頁。

- (32) ただし、直系血族すべてについてこのようにいえるかは、現在では争いもあり得よう。桑原洋子「老人に対する経済的虐待と親族相盗例」『民衆司法と刑事法学・庭山英雄先生古稀祝賀記念論文集』（一九九九年）四八六頁以下参照。
- (33) 松沢（前掲注30）一六〇頁以下。
- (34) 「法は家庭に入らず」の思想を身体侵害に対しても及ぼそうという発想は、決して存在しなかったわけではない。編著者不明『刑法改正ノ綱領・大正十五年十月十五日總會決議』（一九二六年）一五四頁以下では、親族間、師弟間における生命、身体、自由、名誉、財産に対する犯罪は、加重減輕を自由に行うべきであるとし、卑属の尊属に対する犯罪は情状如何にかかわらず厳しくし、尊属の卑属に対する犯罪も、倫理道德を貫徹するため厳罰に処する道を開くべきであるとされている（この綱領については、佐伯千仞「刑法改正と親族関係」自由と正義一一卷七号（一九六〇年）七頁以下も参照）。昭和に入っても、似たような立法提案がなされている。法曹会編『改正刑法假案』（一九四〇年）五頁参照。また、二四四条の存在を根拠の一つとして、暴行罪に「法は家庭に入らない」の思想を及ぼしたとされる横浜地裁昭和三七年五月七日判決（下刑集四卷五・六号四〇七頁）について、松沢（前掲注30）一六四頁以下参照。
- (35) 青木紀博「親族相盗例の適用」産大法学三〇卷一号（一九九六年）一六頁以下は、共同体的な形態が存在して、違法性・責任が阻却されるような実体があれば、二四四条とは独立に無罪判決を言渡し、そのような実体がない場合に二四四条の適用が考えられるべきであるとする。三枝有「親族相盗例における親族関係」中京法学三〇卷三号（一九九五年）一四九頁も、事案を個別具体的に検討することなく、類型的に一律免除とするところに処罰阻却事由説の特色を見出す。さらに、処罰阻却事由の中にも、違法性や責任の減少による可罰的実体の欠如がありうるとし、そうでない場合と区別するのは、小林憲太郎「事例で学ぶ刑法 事例九」法教三一七号（二〇〇七年）六四頁以下。
- (36) 二宮周平『事実婚』（二〇〇二年）二二八頁。
- (37) 適用・類推適用賛成説として、松宮（前掲注5）一二〇頁等。反対説として、松原「親族相盗例」（前掲注29）一七三頁等参照。
- (38) 高刑判特二八号五一頁。
- (39) 我妻栄「戦後における民法改正の経過」（一九五六年）一九九頁以下。

- (40) 親家(前掲注5) 三五五二頁。
- (41) 親家(前掲注5) 三五五二頁以下は適用を認める。松宮(前掲注5) 一一〇頁は否定的。
- (42) 井田良『新・論点講義シリーズ刑法各論』(二〇〇七年) 一三七頁。
- (43) 松宮(前掲注5) 一一〇頁。
- (44) 日高(前掲注19) 一二頁。
- (45) 後見人は除外する旨の新たな立法による解決が必要だとするのは、堀内(前掲注7) 一六頁。小池(前掲注9) 一四頁も立法の道を示唆する。内縁に関する最高裁判決についても、松宮(前掲注5) 一一〇頁。
- (46) 特に法律説を採り、一律に犯罪不成立とした場合には、被害者の財産権を刑法上全く保護しないことになり、不当だとするものに、青木(前掲注35) 一五頁。
- (47) そもそも、一項と二項におけるこのような「法は家庭に入らない」の表れ方の違いは、そもそも刑事訴訟法改正の過程で、刑法との調整が十分に行われなかった結果、生じた矛盾との指摘もある。筑間正泰「親族間の犯罪に関する特例について―いわゆる親族相盗例―」『日本刑事法の理論と展望上巻(佐藤司先生古稀祝賀)』(二〇〇二年) 四八一頁以下によれば、明治刑事訴訟法においては、刑の必要的免除の場合には予審免訴事由かつ公判免訴事由になるとされていた。ところが、大正刑事訴訟法では、刑の免除は引き続き予審免訴事由となったものの、公判免訴事由からは外され、判決をもってその言渡しをなすべきとされたため、二四四条一項・二項間における矛盾が生じたという。そこで、同論文は、刑の免除に当たる場合には、予審判事としての役割も兼ねている検察官は、不起訴処分とすべきであり、誤って起訴された場合は、公訴棄却とすべき、と主張する。
- (48) ただし、一項は必ず刑の免除になるが、二項では告訴の有無によって処罰の可能性があるため、不均衡は生じないとする見解もある。佐久間(前掲注16) 一七九頁。曾根『刑法各論(第三版補正三版)』(前掲注29) 一三二頁も参照。
- (49) 家制度的な発想の名残があるとしつつも、現状維持を主張するのは、青木(前掲注35) 二頁以下。ただし、一項における刑の一律免除に対しては強い疑問を投げかける。同論文二五頁以下参照。
- (50) 三四四条は、一項において、「直系血族、配偶者又は同居の親族の間で、第三二〇条から三二三条までの罪又はこれらの罪の未遂罪を犯した者は、告訴を待ってその罪を論ずる」とし、二項では、「直系血族又は配偶者の間で、前

項に記載した罪を犯した者は、その刑を免除することができる」とする。現行法よりも刑の免除の対象となる親族の範囲が限縮され、刑の必要的免除が裁量的免除に改められているが、これは現代社会における家族関係を考慮してのことである。法務省編『刑法改正資料(六) 法制審議会 改正刑法草案』(一九七四年)二五八頁以下参照。なお、親族でない共犯について適用を除外する旨の規定を削除したのは、一身的処罰阻却事由が他の共犯に影響しないのは争いが無いため、とされている。二四四条は、戦前の家長を中心とした家族制度を基礎としているとの理解に立ち、その要請が現在では弱まっているとの主張については、佐伯『刑法改正の総括的批判』(前掲注17)一〇三頁、前田(前掲注16)二二四頁を参照。また、親告罪化につき、家庭内に紛争の種をまくとの批判については、平場安治「窃盗及び強盗の罪」平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究二各則』(一九七三年)三八四頁。

(51) しかし、日高(前掲注19)六頁等が指摘するように、この主張は、解釈論として無理があるとの批判を免れない。そうだとするなら、西田(前掲注29)一五六頁の指摘する通り、やはり立法による解決を図らなければならない。

(52) 松宮(前掲注5)一一〇頁、同『刑法各論講義』(前掲注16)二〇七頁、日高(前掲注19)一九頁。親告罪化の根拠として、家族という私的領域への絶対視への批判があるとするとともに、今井猛嘉・小林憲太郎・島田聡一郎・橋爪隆『刑法各論』(二〇〇七年)一三五頁。