

判例研究

刑事判例研究 4

家庭裁判所から選任された未成年後見人が 未成年被後見人所有の財物を横領した場合 に刑法244条 1 項の準用が否定された事例

(最一決平成20年 2 月18日刑集62巻 2 号37頁)

刑事判例研究会
中 村 悠 人*

【事実の概要】

被告人 X は未成年者 A の母 B (平成13年 6 月に死亡) の母であり, 被告人 Y は A の伯父 (B の兄), 被告人 Z は Y の妻である (Y と Z は A と同居していない)。 X は平成13年 8 月に家庭裁判所により A の後見人に選任され, A の預貯金の出納, 保管の業務に従事していたが,

被告人 3 名は, 共謀の上, 平成13年 8 月から平成15年11月までの間, 前後 5 回にわたり, P 中央郵便局ほか 4 か所において, 被告人 3 名の用途に費消するため, X が業務上預かり保管中の A 相続にかかわる B 名義定額郵便貯金口座ほか 2 口の貯金口座から合計677万円余りの金額を引き出し,

被告人 X 及び Y は, 共謀の上, 平成14年 2 月から平成15年11月までの間, 前後 9 回にわたり, P 農業組合本店ほか 3 か所において, 被告人 X 及び Y の用途に費消するため, X が業務上預かり保管中の A 名義の普通預金口座ほか 1 口の普通貯金口座から, 合計859万円の金額を引き出して,

* なかむら・ゆうと 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

それぞれ横領したという業務上横領の各事実について起訴された。なお、被告人X及びYに対しては、新たに選任されたAの後見人(後任後見人)から告訴がなされているが、被告人Zに対しては、告訴がなされていない。

【決定要旨】

「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。」「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」であり、「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。」

【研究】

1. 本決定は、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、未成年後見人と未成年被後見人との間に刑法244条1項所定の親族関係があっても、その後見事務は公的性格を有するものであり、同条項は準用されないとした、初めての最高裁判例である¹⁾。問題となり争われたのは、244条1項の刑の免除の根拠であり、その適用範囲である。

1) 下級審については、未成年後見人の横領に244条1項の準用を否定したものとして、仙台高裁平成19年5月31日刑集62巻2号76頁(本件原審)があり、成年後見人の事案ではあるが、準用を否定したものとして、仙台高秋田支判平成19年2月8日家庭裁判月報59巻5号81頁、判タ1236号104頁がある。

2. 各裁判所の判断

(1) まず、第一審²⁾においては、被告人三者間の共謀の事実につき争われたが、いずれも弁護人の主張は排斥されている。さらに、法解釈につき弁護人から以下の主張がなされた。被告人XはAの祖母であって、Aとは直系血族の関係にあるから、刑法255条・244条1項により刑は免除されるべきである、被告人ZはAの伯母（Bの兄Yの妻）であって、Aと同居はしていないが親族関係にあるから、刑法255条・244条2項により告訴がなければ公訴提起が許されないところ、Zについては告訴はないから、同被告人に対する公訴は棄却されるべきである。

これらの主張に対し、第一審判決は、まずの親族相盗例の適用の可否について次のように述べている。「刑法255条、244条のいわゆる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つ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」り、「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。」「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の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になるのであるから、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ものである。委託物横領罪は、遺失物横領罪と異なり、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おり、本件犯行は、家庭裁判所との間の信任関係を裏切り、「家庭裁判所という親族でない第三者を巻き込んだ」のであるから、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。

この点につき、弁護人から、家庭裁判所と後見人との間には財産委託関係がなく、信任関係を破ったからといって、家庭裁判所が業務上横領の被

2) 福島地裁平成18年10月25日刑集62巻2号63頁。

害者になるわけではないとの主張があったのだが、次のように述べて排斥している。すなわち、「後見人は、後見人に選任されることによって、被後見人による委託行為を待たずして、被後見人の財産について法律上の支配を有するに至り、その後も、その管理、処分について家庭裁判所の監督を受け続けるのであるから、家庭裁判所と後見人との間の信任関係は、後見人による被後見人の財産に対する支配関係と表裏一体の関係にあり、「家庭裁判所は財産上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の適用によっても保護されるべきもの」である。「後見人は、後見人となった以上、後見制度への国民の信頼を害するような行為は行ってはならないのであって、後見制度及び同制度を運用する家庭裁判所への信頼を害さぬように行動すべきであり、親族相盗例の適用を受けないことになってもやむを得ない」。

次に、被告人Zに対する告訴の有無については、刑事訴訟法238条1項は、親告罪において共犯者の一人又は数人に対してした告訴は他の共犯者に対してもその効力が及ぶとしており、本件では、A及びその後見人から被告人X及びYに対して告訴がなされており、その告訴の効力は共犯者である被告人Zに及ぶ。本件のように、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Zにその告訴の効力が及ばないとするのは不当である、と述べ、被告人らを業務上横領で有罪とした。

(2) これに対して、弁護人は共謀についての事実誤認と法令適用の誤りで控訴したが、控訴審でも事実誤認は認められず、法令適用の誤りに関する主張も次のような理由から認められなかった。まず、親族相盗例の適用の可否については、親族相盗例は、「法は家庭に入らず」との思想の下に、「同条同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」とし、親族相盗例は「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。」

そして、未成年後見は、「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ったのではその保護ができない場合に利用される」ものであり、「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」、「政策的配慮をする必要は実質的にもない。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。」

さらに、家庭裁判所が委託者と言えるかについて、「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」とし、以上のことから、控訴を棄却した。なお、被告人Zに対する告訴の有無の点は言及されていない。

そこで、弁護人は次のように述べて上告をした。すなわち、親族が後見人である場合について親族相盗例の適用ないし準用を排除・制限する規定がないのに、後見人に対して親族相盗例の準用を排除・制限することは罪刑法定主義に反する（憲法31条違反）。親族が後見人に選任されているか否かによって親族相盗例の適用・準用が左右されるとすることは妥当でなく、後見人に選任されているか否かにかかわらず親族として等しく扱われるべきである（憲法14条違反）。親族の範囲は民法の定めるところによる

とする判例に反する(判例違反³⁾)。253条, 255条, 244条1項の解釈・適用の誤り。告訴の効力に関する判断の遺漏である。

(3) これらの主張につき, 本決定は, 憲法違反をいう点は, 実質は単なる法令違反の主張であり, 判例違反をいう点は, 原判決は刑法244条所定の親族の範囲につき民法の定めるところと異なる判示をしたものではないから所論は前提を欠き, その余は単なる法令違反の主張であって刑法405条の上告理由に当たらないとしながら, なお書きにおいて, 職権で, 前記【決定要旨】のように述べた上で, 被告人Xの業務上横領罪については刑法244条1項を準用して刑の免除がなされる余地はないと判断したのである。

3. 検 討

(1) 親族相盗例の趣旨

刑法255条が準用する親族相盗例の規定である244条は, その1項で配偶者・直系血族・同居の親族が当該犯罪を行った場合に(必要的な)刑の免除の効果を定め, 2項でそれ以外の同居していない親族の場合には, 親告罪化している。さらに3項では親族ではない共犯者には適用されない旨定められている⁴⁾。

この1項の刑の免除の性格については, そもそも犯罪が成立していることを前提とするのか, それとも犯罪の成立自体を否定するのかが問題とされてきた。一般的には, 刑事訴訟法が刑の免除を無罪とは別個に規定していることから, 犯罪の成立を前提に, 同条所定の犯罪については政策的に処罰をしないという政策説(人的処罰阻却事由説ないし一身的刑罰阻却事由説)が主張され⁵⁾, それに対して, 可罰的違法阻却説ないし責任阻却説

3) 内縁の配偶者に親族相盗例の適用はないとした, 最決平成18年8月30日刑集60巻6号479頁に反するとの主張である。

4) 親族相盗例の歴史的展開については, 石堂淳「親族相盗例の系譜と根拠」法学(東北大学)50巻(1986年)607頁が詳しい。

5) この見解として, 小野清一郎『刑法講義各論』(1952年)240頁, 藤木英雄『刑法講義各論』(1976年)288頁, 香川達夫『刑法講義各論』(1982年)421頁, 団藤重光『刑法綱要

では犯罪は不成立と考えられてきたように思われる。もっとも、近年では、犯罪の成立を前提に、違法・責任のレベルで、その減少により犯罪ではあるが処罰されないとして刑の免除の根拠を説明する見解がある⁶⁾。

判例では、刑の免除の根拠について、本決定も引用する最判昭和25年12月12日刑集4巻12号2543頁において、刑法244条は「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」としており、ここから政策説をとっているといわれる。しかし、その「政策」の内容は必ずしも明確なものとされてきたわけではなく、いわゆる「法は家庭に入らず」という言葉で表されてきた。本決定もなお書きではあるが、「国家が刑罰権の行使を差し控え、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（いわゆる「法は家庭に入らず」）」を挙げている⁷⁾。

しかしながら、この「政策」というのは、「親族間の自律に委ねる方が望ましい」つまり国家刑罰権の介入に比した家庭内・親族内での自律的処理の優位性のみを表すものであるのか。とりわけ、被告人が自分の親族の所有物を非親族である友人に盗むよう教唆したような場合をも説明できるかが問題となる。さらに、もし、家庭内・親族内での自律的処理の優位性だけが政策の内容だとするならば、一部の財産犯に限る理由があるのか、一定の親族関係があれば一律に刑を免除するのが適切ではない局面もあるのではないのか、被害者に判断を委ねた方が適切ではないのか、といった疑問も挙げられ得る⁸⁾。そこで、政策説に言う「政策」の内容を明らかに

各論』（1990年）580頁以下、大塚 仁『刑法概説各論』（2005年）209頁、山口 厚『刑法各論』（2005年）206頁以下、佐久間 修『刑法各論』（2006年）178頁、前田雅英『刑法各論講義』（2007年）224頁等。

6) 後掲注26・27を参照。

7) 刑集62巻2号38頁。

8) 青木紀博「親族相盗例の適用」産大法学30巻1号（1996年）14頁以下、川口浩一「親族相盗例の人的適用範囲」奈良法学会雑誌9巻3・4号（1997年）199頁、松原芳博『犯罪概念と可罰性』（1997年）371頁以下等。

するためにも、244条1項の刑の免除を巡る議論を概観する。

さて、刑の免除の性格を巡る議論は、旧刑法⁹⁾の当時から続くものである¹⁰⁾。旧刑法は、「窃盜ヲ以テ論スルノ限ニ在ラス」として、親族間における窃盜をいわゆる不諭罪の形式で処理をしていた¹¹⁾。もっとも、総則規定では犯罪不成立の場合を定めたものとされている不諭罪¹²⁾が、各則規定における不諭罪についても犯罪不成立の場合を指すのかは争いがあったため¹³⁾、犯罪成立説¹⁴⁾と犯罪不成立説¹⁵⁾の争いがあった。ところで、現行刑法は244条1項において、不諭罪ではなく、刑の免除という規定形式を採用している。その理由は、旧刑法はローマ法に由来する家産の観念を認めて、親族間の窃盜は各人の処分権行使に過ぎないから犯罪ではないという解釈によっているが、現行刑法は家産の観念を否定し、親族間窃盜も犯罪を構成するが、親族間の平和を維持する必要から、これを処罰しないに過ぎないという解釈を採用するからであるとされている¹⁶⁾。旧刑法時代

9) 旧刑法377条は「祖父母母夫妻子孫及ヒ其配偶者又ハ同居ノ兄弟姉妹互ニ其財物ヲ窃取シタル者ハ窃盜ヲ以テ論スルノ限ニ在ラス若シ他人共ニ犯シテ財物ヲ分チタル者ハ窃盜ヲ以テ論ス」と規定していた。

10) この規定は、フランス法を継受したとされる。日本刑法草案会議筆記では、フランス刑法380条が夫婦間で窃盜を行った時はその損失を償うものとしているのは、「親族相盜ミタル者ハ其罪ヲ論セサル主意ヲ示シタ者ナリ」と理解されている(早稲田大学図書館資料叢刊1『日本刑法草案会議筆記第 分冊』(1977年)2228頁)。

11) なお、司法省案に至る前のボワソナード原案の第二案では(第三案もほぼ同旨)、一定範囲の親族間における窃盜は「刑ヲ宥恕」するとしていた。また、この時点で共犯に関する規定と親告罪の規定がおかれていた。

12) 宮城浩蔵『日本刑法講義大一冊』(1891年)543頁以下。

13) 石堂・掲掲(注5)611頁では、立法を急ぐあまり、議論を尽くさないまま不諭罪として規定されたのではないかと疑問を問うている。なお、旧刑法が不諭罪における無罪と刑の免除の区別を混同しているとの指摘としては、富井政章『刑法論綱』(1895年)160頁以下。

14) 宮城浩蔵『刑法講義第二巻』(原本1885年、復刻1998年)655頁、井上正一『日本刑法講義』(1887年)578頁以下、岡田朝太郎『日本刑法論各論之部』(1895年)928頁以下、等。

15) 親族間の財物は共有物であることから「他人物件タルコトヲ要スルノ条件ヲ缺如スルカ故ニ之ヲ無罪」としている(勝本勘三郎『刑法析義各論下巻』(1903年)311頁以下)。

16) 田中正身『改正刑法釈義下巻』(1908年)1304頁。さらに、同居の親族間の窃盜は、

の多くの学説が、親族間の平和維持の必要性を根拠にしていたことと調和しており¹⁷⁾、244条をめぐる学説も、その立法趣旨に即し、政策的根拠に基づきたいわゆる一身の刑罰阻却事由（人的処罰阻却事由）と捉えた¹⁸⁾。しかし、刑の免除と告訴との間の不権衡から、親族相盗の犯罪不成立説が主張されるようになったため¹⁹⁾、現行244条においても、そもそも犯罪が成立しているのか否かが争われるようになったのである。

さて、その指摘を受けて、刑の免除を犯罪の不成立とする見解としては主に次の見解が挙げられる。まず、可罰的違法阻却説²⁰⁾は、親族間では、一種の消費共同体が存在し、その財産について共同所有・共同占有が認められるため、領得行為の法益侵害性が軽微であるとして、ここでは本犯が成立しないとしている。しかしながら、244条3項が、親族でない者に共犯としての処罰を認めていることからすれば、244条1項に該当する窃盗

損害が親族内に止まるために公益を害する程度が低く犯罪であっても刑罰を科する実益がないので、刑が免除されるものなのであり、親族の平和維持を目的としながら同居の親族に限定する理由は、犯罪行為に対する特例としての本規定の性格に基づくものであるとされる（田中・前掲（注16）1304頁）。

- 17) 例えば、宮城浩蔵は、旧刑法377条1項は総則その他の不諭罪とは異なり、宥恕による刑の免除を規定するものであると理解していた（宮城浩蔵『刑法講義第一巻』（原本1884年、復刻1998年）534頁）。そして、刑の免除の根拠としては、親族間窃盗を罪として論じると親族間に不和を生ぜしめる結果になること、そして、親族間ではその財産の帰属が不明確であり、よって窃取の際の悪意がはなはだしいものではないこと、が挙げられる（宮城・前掲（注14）655頁）。井上正一は、親族間の平和保持（「親族ノ平和ハ即チ社会ノ平和ニシテ社会ノ平和焉ヨリ大ナルハ莫ケレハナリ」）から、刑の免除の根拠を説明している（井上・前掲（注14）578頁以下）。岡田朝太郎は、親族間における財産が共有物であるが故に、その窃取は他人の財産侵害ではないとして犯罪不成立を言う見解に対し、所有形態が共有の場合でも別産の場合でも窃盗の客体になるとして、法の実効性の喪失および一家の平和維持の必要から刑が免除されるとした（岡田・前掲（注14）928頁以下）。
- 18) 大場茂馬『刑法各論上巻』（原本1918年、復刻1994年）568頁、泉二新熊『日本刑法論下巻』（1924年）698頁等。
- 19) 牧野英一『重訂日本刑法下巻』（1933年）361頁、宮本英脩『刑法学粹』（1935年）349頁以下、612頁。
- 20) 佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想』（1961年）408頁、中義勝『刑法各論』（1975年）148頁、中山研一『新版口述刑法各論』（2005年）129頁。

行為が(可罰的違法行為である)「犯罪」でないとは言えないであろう。例えば、Aが友人のBに唆されてAの父の大切にしている壺を窃取した場合(事例),親族であるAの領得行為の法益侵害性が軽微であるとして可罰的違法性が阻却されて窃盗罪が成立しないとすると、教唆者であるBも、制限従属形式を前提とすれば窃盗の教唆も成立しないことになる。制限従属形式は、共犯が成立するには正犯に構成要件に該当する違法な行為が存在することを前提とするからである。これに対し、共犯は正犯の有責性を必要としないだけでなく、正犯の行為が完全にいずれかの犯罪の可罰的違法類型に該当することも必要ではない、つまり、共犯の成立に必要なのは正犯行為が何らかの意味で違法であるとされるだけで良いとする見解²¹⁾からは、事情が異なる。可罰的違法性が阻却されても、共犯が成立する可能性があるからである²²⁾。

次に責任阻却説²³⁾からは、親族間の相盗行為には、行為動機に対する反対動機が弱いから、期待可能性が欠けると説明される。この見解は、上の問題は回避し得るが、しかしながら、例えば、Aが友人のBにAの父の大切にしている壺を盗むよう教唆したところBが窃取した場合(事例)にも、期待可能性がないと言えるのだろうか問題になる。確かに、Aが自分の父から壺を盗んだ場合には、行為動機に対する反対動機が弱いから期待可能性が欠けると説明することは可能かもしれないが、事例のように親族ではないBを引き込んだ場合にも同じように期待可能性が欠けると言えるのであろうか、明確ではない。244条1項は、親族が共犯として関

21) 佐伯千仞『共犯理論の源流』(1987年)168頁以下、なお114頁以下も参照。

22) もっとも、この見解からは、公務員が妻に賄賂を受け取らせた場合に、公務員が収賄の教唆、妻が収賄の従犯となるが、これは、正犯なき共犯を認めるものであり、賄賂を受け取ったことが公務員による直接正犯とも解し得るのであるから、違法従属形式をとるメリットはあまりないかもしれない。さらに、自殺関与においても、202条を要することなく説明が可能なのであり、あえて法が202条をおいた理由を説明しなければならないことになると思われる。

23) 滝川幸辰『増補刑法各論』(1968年)113頁。川口・前掲(注8)182頁。

とした場合であっても適用されるはずであり²⁴⁾、責任阻却説からそこまで説明されるものなのか検討の余地がある。

そこで、近年、犯罪の成立を前提に刑の免除の根拠を犯罪論に還元する見解が主張される。すなわち、その根拠を単なる政策的考慮に求めるのではなく、犯罪成立要件に関係させて、違法減少あるいは責任減少で説明しようとするのである。違法減少説は、近親者の間では、財物の占有も所有も合同的であって、その侵害に違法性が少ないとし²⁵⁾、責任減少説は、親族間では行為動機に対する反対動機が弱く、「親族の物を盗むな」と期待することが困難であるという理由から、責任が減少するという²⁶⁾。しかしながら、違法減少説は、先の事例のような場合に、先の可罰的違法阻却説と同様、3項が共犯に適用しないとしている理由の説明に窮する。また、先の事例においては物の移動が親族の間では収まっていないのであって、その侵害の違法性が少ないと言えるのであろうかも問題である。そして、責任減少説も、事例のように親族以外のものを引き込んでいる場合にも、同じく責任が減少しているとするのが明確にはされていない。

さらに検討の余地があるのは、両説は、あくまで違法性ないし責任の減少までしか説明していないのであって、それが刑の免除にまで至る説明をしていない点である。つまり、量刑において（裁量的に）減刑をすれば足りるのではなく、敢えて（必要的に）刑の免除まで規定をした理由には答えていないのである。244条1項が、必要的な刑の免除まで規定している以上は、これに答えるものでなければならない。

この点で、親族関係特有の誘惑的要因に動機づけられた行為は、通常の犯行ほどには反価値的な規範意識の反映とはいえず、犯行の「人格相当

24) 244条3項が「親族でない共犯については、適用しない」としている以上は、親族であれば適用されるはずであり、そうでなければ罪刑法定主義違反に思われる。

25) 平野龍一『刑法概説』（1977年）207頁、中森喜彦『刑法各論』（1996年）125頁、齋藤豊治「親族相盗例に関する考察」『西原春夫先生古稀祝賀論文集（3）』（1998年）203頁。

26) 曽根威彦『刑法各論』（2006年）125頁、西田典之『刑法各論』（2007年）154頁、林幹人『刑法各論』（2007年）203頁。

性」が希薄なため、特別予防の必要性が後退し、さらに通常の犯行ほどには、法秩序の妥当性にとって脅威となるような印象を与えないため、一般予防の必要性も後退する、として可罰的責任を阻却する見解(可罰的責任阻却説)²⁷⁾や、親族間の財産犯に関する規範の予防的意味の薄弱性ならびに家庭内紛争解決の優位性から、可罰的責任の程度が低く、それによって刑罰請求権を根拠づける程度に達せず、犯罪としては成立するが、刑罰が阻却されるとする見解(可罰的責任減少説)²⁸⁾に留意する必要がある。

前者は、特別予防と一般予防を考慮に入れることで、その必要性の程度から可罰的責任がないとして刑の免除を根拠づけている。しかし、家族の物を盗む場合に特別予防の必要性が必ずしも減少するとは限らず、そこからしばしば繰り返し盗むようになってしまうことはあり得るし、逆に特別予防の必要性があったとしても、実刑によって職を失い家族全員が路頭に迷うような場合では、むしろ刑罰を科さない方が良い場合もある。また、親族でない者を引き込む場合にも一般予防の必要性が後退するとして、必要的な刑の免除を根拠づけることができるのかは疑問である。后者は、刑罰請求権を根拠づけるのに必要な可罰的責任の程度が低いことを理由に挙げる。しかしながら、その根拠にある、親族間の財産犯に関する規範の予防的意味の薄弱性ならびに家庭内紛争解決の優位性も、親告罪ではなく刑の免除をするだけの理由となっているのか、そして、事例 のように家庭内紛争に留まらない場合にも必要的に刑の免除を根拠づけることができているのかという点で疑問である。

244条1項の刑の免除まで説明するためには、家庭内で行われた財産犯という特殊性に目を向ける必要がある。つまり、当該財産犯罪の行為者が被害者の配偶者、直系血族または同居の親族であるという点である。この

27) 松原・前掲(注8)389頁以下。証拠隠滅や盗品関与が期待可能性の減弱を法律的に類型化したように、244条でも可罰的責任阻却ないし可罰的責任類型とする(松原芳博「親族相盗例」『刑法の争点』(2000年)166頁以下も参照)。

28) 山中敬一『刑法各論』(2008年)274頁。

両者の間には、通常一つの家族的生活共同体が存在していることが多い。核家族化した現在においても、寝食を共にするだけでなく、財物の占有や使用が合同的であることは十分あり得る。そのような関係の中で、刑罰を科すことが必ずしも適当とは言えない状況が想定される。例えば、一家の大黒柱の息子が年老いた母親の貯金を盗んだところ、息子が実刑判決を受け、その結果、失業し、残された被害者の母親が生活に困る場合もあれば、あるいは、父の遺産相続を巡り兄弟でもめた時に、弟が父の金を勝手に生活費に当てていたことが明るみになり、兄が相続する上で有利に進めようと、国家の介入を望む場合もあり得る。前者では、将来の生活共同体を考えて、実際に行為者の処罰を望まないであろうし、後者では反対に望んでいる。一方で、生活共同体を共にしているが故に被害者の意思に委ねた方が良い場合もあれば、他方で、家庭内の紛争を国家刑罰権により解決しようとする中で刑事司法に過度な負担をかけることになるという嫌いもある。このような場合に、「国家は刑罰権を行使しない」と、敢えて法で類型化した理由は、家庭内の紛争には国家が干渉しない方が良いという、特別予防や一般予防には尽きない政策的判断がやはり背景にあるのではないか。そこでは、処罰による公益よりも親族間の平和維持を優先させ、その後も続く親族間の関係を考慮することに加えて、国家が家庭内の紛争に介入することによる弊害をも考慮して、刑罰を科さない必要性があると判断されているのである。

ここで注意しなければならないのは、244条においては非親族が関与する場合も当然想定されるということである²⁹⁾。先の事例でもでも等しくAが刑の免除を受けるのは、Aと被害者の関係が親子であり、244条1項で典型的に挙げられているような、その間に家族的生活共同体が存在す

29) 内海朋子は、244条1項は「一定の親密な親族関係においては、家庭内部で適切に処理されたものであれば法秩序の回復もあったと評価されること、家庭内部の処理に委ねた方が刑罰を科すよりも高い特別予防効果が期待されることなどを法文化したと考えることができる」とする（内海朋子「親族相盗例と内縁関係」刑事法ジャーナル第7号（2007年）76頁）。しかし、非親族が関与している場合を想定すれば明らかなように、必ずしも家庭内部での処理に収まるものではないのである。

るとみなされ得る関係だからであり、Bはそれが無いから当然通常の共犯の例によるのである。これは、家庭内の自律的判断の優位性ということだけでは説明できない。すなわち、処罰による公益よりも家庭内での自律的判断の優位性という政策判断は、親族間の平和維持あるいは家庭内の平穏を乱さないという政策とは異なるのである。前者が、親族間の財産犯を大家族時代の自律つまり家父長の懲戒権などの自治に委ねるという政策であるのに対して、後者は、核家族であっても依然として存する家族的生活共同体を刑罰が介入することによって破壊してしまうといった弊害を回避しようとするものであるからである。そこから、現行244条1項の解釈としては、刑の免除の根拠は、必ずしも家庭内の自律的判断の優位性ということだけでは説明できず、同居の親族までであれば一定程度、家庭的生活共同体が存在し、親族間の関係性が強い場合が多いことから、国家が刑罰によってそれを破壊してしまうといった弊害を回避しようとする政策的判断にあるように思われる³⁰⁾。しかし、そうであるならば、後述(3)のように、後見人であるからといって親族関係にあるにもかかわらず244条1項の適用をしないとした結論には疑問が残る。

(2) 親族の人的範囲

さて、本事案では、244条にいう親族関係はどの範囲にまで必要であるかについても問題になった。窃盗について、親族関係の必要な相手方の範囲は、所有者と犯人の間にあればよい(所有者説)のか³¹⁾、占有者

30) この点で、鋤本豊博「親族相盗例の現代的課題」成城法学78号(2009年)95頁は、刑罰論から親族相盗例における刑の免除を説明しようと、なかんずく、(消極的)一般予防ないし特別予防から刑罰請求権の発生を否定しようと試みるが、家庭的生活共同体を破壊してしまう弊害の回避は一般予防や特別予防に尽きるものであるのかという点は、検討の余地がある。なお、一身的刑罰阻却事由だと考えると、その錯誤につき問題とならないとするのは不都合ではないのかとの批判も考えられるが、それには、責任主義の趣旨を及ぼし、錯誤について過失もない場合には刑が免除されるとするのが妥当である(松宮孝明『刑法各論講義』(2008年)207頁)。

31) 滝川・前掲(注23)113頁

家庭裁判所から選任された未成年後見人が未成年被後見人所有の財物を横領した場合に刑法244条1項の準用が否定された事例（中村）

と犯人の間にあればよい（占有者説）のか³²⁾、所有者と占有者の双方と犯人の間に必要である（双方説）のか、がこれまで多く議論されてきた。判例では、最判昭和24年5月21日刑集3巻6号858頁³³⁾が、244条について「本条は、窃盗罪の直接被害者たる財物の占有者と犯人との関係についての規定であって、その所有権者と犯人との関係についての規定ではない」としており、最決平成6年7月19日刑集48巻5号190頁³⁴⁾が、244条が適用されるためには「同項所定の親族関係は、窃盗犯人と財物の占有者との間のみならず、所有者との間にも存することを要する」としてきた。

学説においては、親族相盗例の性質論から、「所有権者を含めた全関与者が家庭内にいなければ、家庭内での処理に任せず、通常の刑事司法システムで処理すべきである」という見解³⁵⁾や、親族相盗例の規定は、保護法益の問題とは関係ないとして、「法は家庭に入らず」という思想からは、「目的物の所有者または占有者が親族でない場合、事柄はすでに家庭外に波及しているのであるから、本条を適用すべきではない」という見解³⁶⁾がある。しかしながら、非親族が関与したら当然に親族相盗例が適用されなくなるわけではない。親族相盗例の趣旨は、行為者と被害者との関係が、家族的生活共同体が存在するとみなされ得る関係にあるが故に、国家が刑罰によってそれを破壊してしまうといった弊害を回避しようとするものである。そのため、問題なのは、被害者が誰であるのかということである。財物の所有者と占有者が異なる場合には特に、誰が被害者であるのかを明らかにする必要がある。そこから、近時の、財産犯の保護法益論からのアプローチが参考になる。例えば、XがYにAのパソコンを窃盗するよう教

32) 中・前掲（注20）148頁。

33) 窃盗犯人と所有権者との間には親族関係がある可能性があったが、占有者との間にはなかった事案である。傍論であるが、説（占有者説）をとるとの理解が多かった。下級審判例では、説をとる、東京高判昭和38年1月24日高刑集16巻1号16頁と、説（双方説）をとる札幌高判昭和36年12月25日高刑集14巻10号681頁で分かれていた。

34) 被告人が、同居していない親族AがBから預かり保管していた現金を窃取した事案。

35) 前田・前掲（注5）213頁。

36) 川端 博『刑法各論概要』（2003年）176頁。

唆し、Yが窃取したところ、実はそのパソコンはXの父のBから借りていたものだった場合、Xは所有者Bとの関係では親族関係があるが、Aとの関係ではない。所有者との間には親族関係があるが、占有者との間にはない場合、Aの占有が正当な権利によって裏付けられているか、すなわち、Aの占有も窃盗罪の保護対象に当たるかが問題になる。本権説からは、所有権以外の権利に基づく占有も保護対象とするので、占有者が無権限である場合を除けば、説(双方説)の結論もあり得ることになり³⁷⁾、占有説でも、財物の事実上の利用過程が保護されていると解するならば、窃取によって直接占有者の利用過程のみならず、占有を委ねた背後者の間接的な利用過程も害されることになるから、背後の委託者が所有者である限り、説の結論をとり得る³⁸⁾。もっとも、窃盗犯人Bの占有する盗品をAが窃取したような場合には、本権説からは説(所有者説)の、占有説からは説(占有者説)の結論となる。本権説と占有説とは、占有者が被害者であるといえるかが変わるからである。

横領においては、所有者との間だけでなく、財産の委託者との間にも親族関係が必要であるかが問題となる。この点に関する判例として、大判昭和6年11月17日刑集10巻604頁がある。この判決は、委託者は親族であるが、所有者が非親族であるという事案で、「親族又八家族ノ委託ニ基キ占有スル物ヲ横領シタル場合ト雖其ノ物ノ所有者力親族又八家族ニ非サル者ナルトキ八刑法第二百五十五條條第二百四十四條ヲ適用スヘキモノニ非ス」としている。もっとも、所有者が非親族であるために親族相盗例の準用を否定したにすぎないことに注意すべきである。

この点で、近年下級審では財産の委託者についても親族関係を要求するような立場を示したような判決がみられる。まさに、本件第一審判決がそうであるが、それ以外にも、成年後見人の事例で、被後見人の甥であり成

37) 松原・前掲(注8)173頁。

38) 鈴木左斗志「刑法における『占有』概念の再構成」学習院大学法学会雑誌34巻2号(1999年)175頁。

年後見人となった被告人が横領をした事案である，秋田地判平成18年10月25日³⁹⁾がある。そこでは次のように述べられている。「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在する場合に限られるというべきである」。家庭裁判所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，被後見人の財産を管理する業務に従事していたのであって，家庭裁判所は委託者の立場にあった。したがって，委託者は親族でないことになるから，親族相盗例の準用が否定されるとされたのである⁴⁰⁾。

その控訴審である，仙台高秋田支判平成19年2月8日⁴¹⁾は，親族相盗例は刑事政策的に設けられた規定であるとした上で，「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見ざるを得」ないとし，「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なく，行為者との委託信任関係を形成したものと間にも親族関係が存在することを要する」として，行為者と物の所有権その他の本権を有する被害者と

39) 家庭裁判月報59巻5号89頁，判タ1236号342頁。

40) 量刑理由にて，「被後見人の財産を横領する意図に基づき，家庭裁判所を利用して成年後見人に就任し，敢行されたものであって，成年後見制度の信頼の根幹を揺るがすものといえ，社会に与えた影響は深刻である」とする（判タ・前掲（注39）344頁）。

41) 家庭裁判月報59巻5号81頁，判タ1236号104頁。

の間に親族関係があるだけでなく、委託関係を形成したものととの間にも親族関係がなければならぬとした。この点で、「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、後見人を選任した家庭裁判所は委託者ではなく⁴²⁾、被害者には当たらないとしてもとしながらも、「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委託信任関係が形成されている以上は、親族相盗例の準用はないとした。

学説では、委託者との間にも親族関係が存しなければならぬかにつき、不要説として「物の所有者との間にあれば足りるとする見解⁴³⁾」、必要説として「委託関係が法益であるかは切り離して、親族相盗例の趣旨に関する政策説および委託信任関係の違背が横領罪の本質的要素であることから基礎づけるもの⁴⁴⁾、そして、「委託関係も横領罪の(副次的)保護法益であるとの理解を前提に、委託者も同罪の保護法益の主体(被害者)たりうるとするもの⁴⁵⁾がある⁴⁶⁾。秋田地裁は、業務上横領罪の本質を、「委託関係違背をその行為の中核的要素とする」としており、の立場に立っているようであり、その控訴審も同様に、の立場であろう。この点で、本件第一審判決は、委託物横領罪は、遺失物横領罪と異なり、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、と言及しており、

42) もっとも、「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」としている。

43) 内田文昭『刑法各論』(1996年)375頁、堀内捷三「後見人の横領行為と親族相盗例の適用の可否」法学教室325号(2007年)15頁。

44) 団藤・前掲(注5)647頁、大谷實『刑法講義各論』(2007年)283頁等。

45) 曾根・前掲(注26)182頁、中森・前掲(注25)158頁、山口・前掲(注5)285頁等。

46) この分類は、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10巻(2008年)108頁に従った。

の立場とも思えるが、「財産的被害者ではないとしても」とし、「家庭裁判所と後見人との間の信頼関係」を強調して親族相盗例を準用しないとしていることから の立場であるように思われる。

もっとも、家庭裁判所を委託者といえるかについては違いがある。秋田地裁は、家庭裁判所を委託者としているが、その控訴審判決では、家庭裁判所との間で委託信頼関係が形成されているとはいうものの、家庭裁判所が委託者、被害者であることは否定している。ここでは「行為者との委託信頼関係を形成した者」という微妙な言い回しを用いている⁴⁷⁾。本件第一審判決も、家庭裁判所が後見人を選任することで、家庭裁判所との間の信頼関係が構築されるとしていることから、家庭裁判所を委託者としているようにも読めるが⁴⁸⁾、「家庭裁判所と後見人との間の信頼関係は、後見人による被後見人の財産に対する支配関係と表裏一体の関係にあ」り、「家庭裁判所は財産上被害者ではないとしても、その信頼関係の維持は業務上横領の適用によっても保護されるべきものである⁴⁹⁾」としていることには注意を要する。

そもそも、家庭裁判所は、被後見人の財産を自ら把握・管理している財産的地位を占めるものではないのであるから、当該財産の委託者とはいえないのではないが⁵⁰⁾。所有者以外の委託者については、委託後、物について使用・収益・処分する地位を失うから、委託者には刑法上保護すべき利益は存しない⁵¹⁾。この点で、本件の原審と最高裁決定では、財産の委託者にも親族関係が必要かについての判断をしていない点に注意するべきである。すなわち、本件の原審では、未成年後見は、「親族が親族間で親族関

47) 小池・前掲（注46）110頁以下も参照。

48) 豊田兼彦「横領罪への親族相盗例の準用が否定された事例」法学セミナー625巻（2007年）110頁。

49) 刑集62巻2号68頁。

50) 堀内・前掲（注43）14頁以下。

51) そこから、親族関係は不要とする（堀内・前掲（43）15頁）。これに対しては、「不適切な者への委託によって所有者に不利益が生じることもあり、それについて配慮する委託者にとっては、適切な者に委託すること自体が利益だともいえる」として、親族関係を要するという見解がある（山口厚『新判例から見た刑法』（2008年）261頁）。

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」、後見人は「親族間の親族関係の自律外」のものであるとしており、親族相盗例は「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」としている。そして、本決定では、「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は、「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」以上、244条1項を準用する余地はないというのである。原審が、後見人は「親族間の親族関係の自律外」といって、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」とは言えないとして準用を否定し、本決定が、未成年後見人の「公的性格」を強調して準用を否定している点で、両者とも、家庭裁判所を委託者としてみなすことが困難であると考えたために、あくまでも親族が親族としての立場で犯した場合でなければ親族相盗例は準用されない、としている様に思われる⁵²⁾。

(3) 未成年後見人と親族関係

原審も本決定も、家庭裁判所が後見人を選任することで、親族関係に家庭裁判所が介入することになり、そこでなされた領得行為はもはや家庭内の出来事とは認められないとして、そうである以上、国家が刑罰を控え、家庭内での自律的解決に委ねるべきではないという判断をしている。後見人の地位に就いたということだけで、被告人の領得行為がもはや親族間の親族関係に基づく犯罪とはいえないとしているようである。しかし、(1)で前述したように、244条は非親族の関与を予定している条文であって、

52) 家令和典「家庭裁判所から選任された未成年後見人が未成年被後見人の財物を横領した場合と刑法244条1項の準用の有無」ジュリスト1358号(2008年)168頁、山口・前掲(注51)260頁。

家庭内の出来事の場合に限ってだけ適用されるようなものではない。244条1項で刑の免除がなされる根拠は、そこに規定されている親族関係であれば、家庭生活共同体が存在し、親族間の関係性が強い場合が多いことから、家庭内や親族内の平和維持のために、典型的に、国家が刑罰によってそれを破壊してしまうといった弊害を回避しようとする政策的判断にあった。そうであるならば、本来、親族関係が否定されない以上は、244条1項はそのまま適用されるはずである。そもそも、未成年後見人とは、親族関係をなかつたことにしてしまうような制度であるのか。

未成年後見人制度の趣旨（民法838条1号）は、親権の補充である⁵³⁾。すなわち、未成年者の監護ないし財産管理が不適当な場合には、子の面倒をみるべき者を未成年後見という形で法定し、この未成年後見人に対する家庭裁判所の監督を加えることによって、欠点を補おうとしている⁵⁴⁾。確かに、公的に未成年者を保護していく（未成年被後見人の福祉のために家庭裁判所が積極的に未成年後見監督をする）必要性はもちろんあるが、現行法上、未成年後見について、家庭裁判所が職権により後見人を選任することは認められておらず、家庭裁判所は、未成年被後見人又はその親族その他の利害関係人の請求（民法840条）を受けて未成年後見人の選任を行うに過ぎない。それ故に、あくまで、未成年後見人の性格は一身専属的なものであって、親の子に対する養育監護の関係から出てくる権利義務関係であるところの親権の延長線上にあり、それを補完するものである以上、公的な性格があるとしても、親族間で未成年後見人が選任された場合に、親族関係が否定されることはない。

それにもかかわらず、244条1項の適用・準用を否定するのは、非親族が関与している場合でも、1項で類型化されている関係にあれば、親族間の関係性が強い場合が多いことから、親族内の平和維持のために、その後

53) 遠藤ほか編『民法（8）親族』（2000年）279頁。

54) 乾昭三ほか編『新民法講義5 家族法』（1993年）133頁以下、大村敦志『家族法』（2004年）96頁以下、二宮周平『家族法』（2005年）234頁以下も参照。

も続く親族関係のために一律に刑を免除すべきであるという政策説の前提と矛盾する。むしろ、その前提に反して、家庭のいざこざを公権力で解決し、それによって家族的生活共同体を壊すことにつながる恐れがある⁵⁵⁾。例えば、一度未成年後見人になれば親族関係が解消されるといった規定や、家庭裁判所に報告をしなかったとして、その報告義務違反に対する処罰を刑法で規定している社会であるならいざ知らず、よしんば、後見制度を悪用して横領行為をした親族に刑を免除すべきではないという政策が妥当であったとしても、244条1項では、「配偶者、直系血族又は同居の親族」については刑の免除を明言している以上、現行法の解釈として、親族である未成年後見人を排除することは、244条1項の適用・準用を不当に制限しており、罪刑法定主義に抵触している。例えば、警察官であるAが同居している叔父から現金を盗んだとして、Aが警察官の公的性格から叔父との間の親族関係が解消され、窃盗で処罰されるというのだろうか。裁判所が関与していることに特殊性を見るにしても、家庭裁判所と後見人の間の信任関係ないし後見人の公的性格は財産犯によって保護すべきものであるのか。しかも、本件の被害者A自身が被告人らの罪は問わずに早く一緒に暮らしたいと言っているように⁵⁶⁾、被害者が処罰を望まない場合にも、である。この点で、244条1項の配偶者に内縁関係の者は含まないと形式的に判断した、最二小決平成18年8月30日刑集60巻6号479頁⁵⁷⁾ときわめて対照的である。

本件に関する評釈でも、家庭裁判所が財産の委託者とすることに疑問が残ることが多く指摘されており⁵⁸⁾、かといって委託者以外の者との親族関

55) 未成年後見人の利益相反行為については、後見監督人が被後見人に代わり(860条, 854条), 被後見人の取消権(866条)など被後見人の財産を保全するための規定がある(856条, 854条等)ことにも注意すべきである。

56) 刑集62巻2号72頁。

57) もっとも、この事案では、実際に内縁関係にあったとはいえない可能性が残っている。

58) 堀内・前掲(注43)15頁, 家令・前掲(注52)168頁, 久木元伸「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、刑法244条第1項を準用して刑法上の処罰を免れる余地はないとされた事例」警察学論集61巻6号(2008年)221頁等。逆に、後見人と家庭裁判所の間に被後見人の財産上の委託信

係を問題とするのは、親族相盗例の適用要件の明確性という点で問題があることから、「後見の事務」の「公的性格」を強調したとするものがある⁵⁹⁾。そこから、本決定の射程を、成年後見人にまで及ぼす評釈があるが⁶⁰⁾、同様に疑問が残る⁶¹⁾。少なくとも、本件では、未成年後見であり、その趣旨が親権の補充であって、親族が未成年後見人に選任されても親族関係が否定されることはない以上、後見人による被後見人の財産の横領が未成年後見の趣旨に反するとしても、そこから即ち、親族である後見人に対して244条の準用がないとするのは、244条1項の適用可能性を不当に制限することになり得るという点には注意しなければならない。もっとも、近年増加しているという後見人の横領、さらに、障害年金などを本人以外に費消する家族が増えてきているという事情からすれば、244条1項の刑の免除自体を見直す必要性はある⁶²⁾。一律に刑の免除が規定されている以上、解釈論としてはその通りに適用されるべきであるが、必ずしも一律の刑の免除が妥当ではない場合もあるのであり、立法論としては親告罪とするのが良い。もっとも、後見事務費用や後見人報酬を巡って争いが生じる

任関係が成り立っていると指摘するのは、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（2007年）103頁、内田幸隆「未成年後見人による横領と親族相盗例の準用」判例時報2045号（2009年）173頁。林 幹人「刑法244条1項（親族相盗例）の適用を否定した事例」『平成18年度重要判例解説』ジュリスト1332号（2007年）169頁も参照。

- 59) 家令・前掲（注52）168頁、久木・前掲（注58）220頁参照。
- 60) 家令・前掲（注52）168頁、宮崎香織「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、刑法244条1項を準用して刑法上の処罰を免れる余地はないとされた事例」研修719号（2008年）28頁。
- 61) 平成12年から施行されている任意後見契約に関する法律にある後見人については、法定後見を開始させるかは、自己決定の尊重上、原則として任意後見契約による保護を優先させ（10条1項、4条1項2号）、家庭裁判所が本人の利益のため、特に利益があると認めるときに限って、法定後見開始の審判等をなすうとしている（10条1項）ため、公的性格を強調しにくいことから、射程が及ばないとする見解が多いように思われる（家令・前掲（注52）168頁、宮崎・前掲（注60）28頁等参照）。
- 62) 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』（2002年）339頁。川口・前掲（注8）180頁も参照。

場合には、告訴が濫用されたり親族関係が修復不可能な程度に破壊されたりする恐れがある。その点で、家庭裁判所などの告発を要件として244条の適用を排除するという案が注目に値する⁶³⁾。

(4) 告訴の範囲

最後に、第一審では言及のあった告訴の範囲について述べる。244条2項で公訴の提起に際しては告訴を要するが、刑法238条1項は、「親告罪について共犯の一人又は数人に対して告訴又はその取消は、他の共犯に対しても、その効力を生ずる」としている。本件では、被告人Zに対しては告訴がなされていないにもかかわらず、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Zにその告訴の効力が及ばないとするのは不当であることから、告訴の効力が及ぶとしている。

親告罪については、犯罪事実との関係で、告訴そのものが訴訟条件と定められている類型としての絶対的親告罪と、犯罪事実との関係よりも、むしろ、その犯人との身分関係を考慮して親告罪と定められている類型としての相対的親告罪がある。前者が、プライバシーの保護の観点、あるいは謙抑性の原則から親告罪として定められており、被害者がいったん犯罪事実を申告し、訴追・処罰の意思を表明した以上は、その効力は犯罪の全体に及び、犯人の全てに及ぶ(告訴の不可分)とするのに対し⁶⁴⁾、後者は、親族相盗例に代表されるように、被害者と犯人の身分関係を考慮し、政策的観点から親告罪と定められたものであり、相対的親告罪は、(主観的)告訴不可分の例外となる。

63) 松宮孝明「親族である後見人による横領と親族相盗例」法学セミナー647号(2008年)128頁。川口浩一「未成年後見人による横領と親族相盗例の準用」『平成20年度重要判例解説』ジュリスト1376号(2009年)193頁も参照。

64) 主観的告訴不可分の原則の根拠は、告訴が犯罪事実に対するものであって特定の犯人に対するものではない、あるいは、告訴権者の恣意ないし感情によって共犯者間に不当な差別、不公平が生じるのを避けるためであるとされる(白取祐司『刑事訴訟法』(2008年)96頁)。

この点で、共犯者全員が身分関係を有する時には、相対的親告罪においても告訴不可分の原則が妥当とする見解もあるが⁶⁵⁾、相対的親告罪においては、告訴の重点は犯罪事実の申告というより、誰に対して訴追あるいは処罰を求めるかの意思表示にあるから、たとえ共犯者全員が親族であっても、告訴の効力は告訴の対象になっている親族にだけ及ぶべきである⁶⁶⁾。原審・最高裁ともこの点には触れられていないのは、未成年後見人の公的性格を強調することで、被告人らに対する親族相盗例の適用自体が否定されたためであろうが、それは親告罪の趣旨を没却する可能性がある。

65) 伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法第三巻』〔佐藤道夫〕(1996年)300頁以下、藤永幸治ほか『大コンメンタール刑事訴訟法第三巻』(1996年)〔今崎幸彦〕726頁以下を参照。

66) 堀内・前掲(注43)16頁。