

親族相盗例の現代的課題

鋤 本 豊 博

一 はじめに

(1) 平成二〇年版犯罪白書によれば、次頁の表に見る通り、殺人については、親族関係にある被害者の割合がかなり高く、傷害については相対的に低い。この現象は、どの年においても見られる傾向であるが、家庭内の軋轢は単なる傷害事件では顕在化せず、殺人や重大な傷害事件に至って初めて認知されることを示すものといえる。

これに対し、詐欺・窃盗においては極端に少なく、その性質上面識率のかなり低い強盗は別としても、恐喝も親族関係にある被害者の割合は極めて低い。この現象も、親族による財産侵害が起こりにくいからではなく、親族相盗例（刑二四四条）が適用・準用されることの影響で顕在化しただけであると推察される。

(2) 親族間で行われる犯罪のうち、財産犯について、刑法は特別な配慮を示している。即ち、強盗罪を除く直接領得罪が、配偶者、直系血族又は同居の親族との間で犯されれば刑を免除し、その他の親族との間で犯されれば親告罪にするのとともに（刑二四四・二五一・二五五条）、盗品関与罪が、配偶者との間又は直系血族、同居の親族若しく

表 検挙件数の被害者と被疑者の関係別構成比（平成19年）

	親族等	面識あり	面識なし	その他
殺人（1,052）	48.1%	38.4%	13.0%	0.5%
傷害（21,589）	11.7%	45.2%	43.1%	0.0%
恐喝（4,143）	0.4%	52.9%	44.1%	2.6%
詐欺（27,546）	0.1%	10.5%	44.2%	45.2%
強盗（3,027）	0.5%	9.6%	79.9%	9.9%
窃盗（405,297）	0.1%	2.8%	60.8%	36.3%

注1 平成20年版犯罪白書183頁掲載の統計図に基づく。

注2 「その他」は、被害者が法人その他の団体である場合及び被害者がいない場合である。

注3（ ）内は、実数である。

はこれらの者の配偶者との間で犯された場合は、刑を免除するのである（刑二五七条）。

従前、親族相盗例は、「法は家庭に入らず」の思想によって根拠づけられ、（本犯者に利益を確保するという意味で）庇護的な考慮に基づく期待可能性の低下に根拠を求める親族盗品関与特例とは、その趣旨を異にする」と解されてきた。しかし、家父長権が強固であった旧憲法下の家族主義と同一の基盤に立つのならともかく、「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚」し（憲法二四条二項）、核家族化はもとより、新たな夫婦関係・親子関係がみられる現在の家族社会において、それだけで刑の必要的免除を根拠づけることはできない。それどころか、「児童虐待の防止等に関する法律」（通称、児童虐待防止法）をはじめ、「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」（通称、DV法）、さらには「高齢者虐待の防止、高齢者の養護者に対する支援等に関する法律」（通称、高齢者虐待防止法）が施行され、既に法は家庭に入っている現状をみる限り、この思想の存続そのものが疑わしいようにさえ思われる。

(3) このような親族相盗例をめぐる、現在、方向性を異にする二つの問題が浮上している。一つは、内縁配偶者への類推適用の可否である。即ち、夫婦別姓の実践や嫁扱いへの抵抗から、婚姻届を出さずに事実婚

を選択する夫婦がいて、一方が他方のヘソクリを見つけ使い込んだとき、（実際に処罰されるかどうかは別として）法律婚でないことを理由に常に窃盗罪で処罰すべきことになるのかといった問題であるが、高齢者の内縁の場合には切実な問題へと進展する。というのも、相続問題が絡んで親族から強く婚姻を反対され、やむなく事実婚を選択した老夫婦がいたとして、ある日突然夫が脳溢血で倒れ、その治療費及び自分達の生活費を捻出するため、内縁の妻が自らの判断で夫の財産を処分したとき、親族の告発があると、これを横領罪で処罰することになりかねないからである。

もう一つの問題は、直系血族・同居の親族への適用排除の可否である。例えば、「独り暮らしで老人が寂しがっているときに、甥が不意に現れて親切な言葉をかけてくれたので、すっかり信用して同居してもらい、財産の管理を任せ、勤められるままに別荘住まいをしていたら、その間に居住していた土地・家屋を売却され、逃げられてしまったケース」では、「警察も家族内の問題だからとして、介入するのを避けた」とされているが、親族相盗例の規定を形式適用する限り、職務怠慢との批判は当たらない。さらに深刻なのは、高齢の親に対する「経済的虐待」である。即ち、相続税対策と称し、親の「生活費・介護費・療養費だけでなく、相続人となる同居の子の日常生活費等を高齢の親の資産から支出し、子は自らの収入を預金しているという実態がある」なかで、「親の精神が脆弱化し、判断能力を喪失したことに乗じて、その資産をなしくずしに同居の子が侵害し消費する」という問題である。⁽²⁾

本稿は、以上の問題に対し、あくまで親族相盗例の解釈論として取り組み、一定の適用基準を模索しようとするものであるが、それぞれに密接に関連した刑事事件について2つの最高裁決定が出されているので、これらを考察することから始めることにする。

二 内縁配偶者窃盗事件

(1) 協議離婚後、浮浪者となって被害者宅に訪ねてきた元夫を哀れに思い同居を許したところ、これを奇貨として、約四か月の間に前後七回にわたり、被害者が自宅内の金庫に保管していた現金合計七二五万円を、被害者の不在の間に鍵の専門業者を呼んで金庫の鍵を開けさせるなどして窃取したという事案について、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」という職権判断を下した（最決平成一八・八・三〇刑集六〇巻六号四七九頁）。

本決定は、親族相盗例の内縁配偶者への類推適用の可否につき、これを否定した初めての判断である点に重要な意義がある。もつとも、その根拠づけとして、免除を受ける者の範囲の明確性を挙げるに止まっているが、これは、同特例を人的処罰阻却事由と解する立場からの形式論理を採用しているからである。人的処罰阻却事由説に立つと、刑法二四四条一項は、立法者が政策的考慮から免除対象とすべき者を抽出し、限定したものであるため、……安易に法解釈でその趣旨を他の者に拡張することは慎重であるべきであるとの考えが導かれる⁽⁴⁾からである。

(2) 確かに、内縁関係は実質的な関係であり、同様に近い内縁から事実婚、さらには重婚の内縁まで幅があり、その認定に困難が伴うことがある。しかし、親族相盗例が類推適用される内縁関係は事実婚に限定され、しかも（同特例が人的処罰阻却事由であることを前提としなければ正当化できないが）被告人側が事実婚関係にあることの举证責任を負うと解すれば、この難点は解消されるのであって、類推解釈そのものを否定する理由にはならないように思わ

れる。のみならず、かかる形式論理によると、かえって不当な結果を招くこともあり得る。かつて、金員を詐取する手段として婚姻届を提出し戸籍上の夫となつた被告人に対し、刑の免除（刑二五一・二四四条）を認めなかつた判例があるが（東京高判昭和四九・六・二七高刑集二七卷三三二九一頁）、当該事案では、被告人が複数の女性に対して同様の手口を繰り返して、継続的な婚姻関係を営む意思のないことが立証されたが故に、婚姻無効という構成で親族相盜例の適用を排除することができたが、仮に数か月に及ぶ婚姻生活の実体がある事案であつたならば、実質的な審査に入らざるを得なかつたのではなからうか。

加えて、形式論理を採る本決定が、いかなる意味で「内縁の配偶者」という表現を用いたのか理解し難いところがある。いわゆるDV法一条三項において、「この法律にいう『配偶者』には、婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含み」と規定しているように、今日、内縁配偶者というためには事実婚姻関係が前提と解されるところ、第一審の認定によると、「被害者としては、単に経済的に困窮した被告人を居候させていた」という認識であり、夫婦関係をやり直そうとして離婚前の関係に戻したり、実質的な意味での夫婦としての生活を営もうとする意思がなかつたことは明白である」（刑集六〇卷六号四八四 五頁）といつのであるから、そもそも事実婚姻関係は存在せず、従つて、内縁配偶者への類推適用の可否が問題とならない事案で、この点に言及してしまつた（その論旨からすると、法律上の婚姻関係ではないことを意味する「内縁」という表現に止めるべきであつた）ように思えるのである。

(3) これに対し、「民事で、法律上の配偶者に認められる権利等を内縁関係にまで広げて解釈している分野は、内縁の配偶者の権利保護ないし生活保護等の観点に基づくものであつたり、当事者間の合理的意思解釈の観点から導かれるような性質が多」く、親族相盜例が適用ないし類推適用される場合とはかなり局面を異にすることを理

由に、消極的に解する見解もある。⁽⁵⁾

しかし、民事における内縁への法的対応が、婚姻・生活共同体の実体を問題としたものであると捉える一方、刑法における親族相盗例も、家族社会の実体に即した規定であると解することもできるから、両者を峻別しなければならぬものではなく⁽⁶⁾、むしろ、内縁配偶者の事案において実質審査に入り、類推適用の可否を決すべであつたといふこともできる。このような観点からは、同特例における刑の必要の免除の実質的な根拠づけに取り組む必要が生じるのである。

三 親族未成年後見人横領事件

(1) 本件は、家庭裁判所審判官により孫の後見人に選任された被告人が、孫の預貯金の出納、保管等の後見業務に従事していたところ、息子夫婦(孫にとっては別居の伯父夫婦)と共謀のうえ、孫相続に係る定額郵便貯金口座や孫名義の普通貯金口座等から合計一五〇〇万円余りの金額を引き出して横領したという事案である。

主たる争点は、後見人である祖母の行った横領に、刑法二五五条の準用する親族相盗例により刑の免除が認められるかにあり、一審、控訴審、最高裁を通じて同特例の準用は否定されたが、その理論構成は異なっている。

第一審判決は、本件事案を、横領罪に親族相盗例が準用されるための人的範囲の問題と捉えたうえで、横領罪の保護法益に委託信任関係も含まれると解することにより、準用するには犯人と委託者との間にも親族関係が必要という解釈を導き、さらに、家庭裁判所は、後見人との間に直接の対等な信任関係を構築できない「被後見人に代わつ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」として、次のように判示した。即ち、被告人は、「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つ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」（刑集六一巻二号六九頁）。

しかし、これは、異論の余地のある解釈論を組み合わせた理論構成に止まっているように思われる。まず、「法は家庭に入らず」という政策的な考慮だけに基ついて二四四条の準用を否定することは、罪刑法定主義との抵触を免れず、二四四条の実質的な根拠づけに基つく限定解釈を要するであろう。のみならず、委託信任関係という精神的なものを横領罪独自の保護法益と解し得るのか、それ自体大きな問題である。確かに、占有離脱物横領罪との法定刑の違いは、委託信任関係違背の有無に求められるが、例えば、観ることを禁じられて預かったDVDを観たからといって直ちに横領になるわけではないから、それは、あくまで所有権侵害に伴う態様に過ぎず、当罰性を高めるものではあつても、独自の保護法益ではないと解することも十分可能である。さらに、家庭裁判所が横領罪における委託者といえるかにも疑問がある。「委託物横領罪における委託信任関係は、委託者と受託者との間における財産の委託をめぐる信任関係であり、両者のたんなる信頼関係を意味するものではない」ところ、「家庭裁判所と後見人との間における信任関係は、選任権者としての家庭裁判所の地位により生ずるものであり、財産上の信任関係とは異質のものといえる」からである⁽⁷⁾。

(2) 一方、控訴審判決は、親族相盗例の政策的考慮を同特例の射程を絞る根拠として用いることにより、以上の問題点を解消しようとしており、その理論構成は巧みである。即ち、親族相盗例は、その趣旨から、「当該犯罪が専ら親族間の親族関係に基つ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」としたうえで、「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いから、同特例を適用する余地はないとしたのである(刑集六一巻二号八二頁)。

確かに、親族相盗例は、専ら親族が親族の立場で犯した一定の財産犯罪に適用される特例であると解するならば、委託信任関係が横領罪の保護法益たり得るか、家庭裁判所が横領罪における委託者といえるかといった問題に触れることなく、その適用を排除することは可能なようにみえる。しかしながら、専ら親族たる立場で犯したか否かをどのように判断するのか、少しでも公的な要素が加われば公的な立場で犯したことになるのか(例えば、家庭裁判所による任意後見監督人の選任を停止条件として効力を生じる、任意後見契約に基づく任意後見人による犯行の場合など)、必ずしも明らかではない。また、親族相盗例は、所定の親族間で一定の財産罪が犯された場合に刑を免除するとして規定しておらず、被害者の親族とされれば専ら親族の立場で犯したのか公的な立場で犯したのか問うところではないとも解し得ることから、なお罪刑法定主義との抵触が解消し切れないのである。

(3) これに対し、最高裁決定は、「民法上、未成年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」から、「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」、親族間の一定の財産犯罪は親族間の自律に委ねる「趣旨で定められた刑法二四四条一項を準用」する余地はないとした(最決平成二〇・二一・一八刑集六一巻二号三七頁)。つまり、後見人の地位にある親族は、親族相盗例にいう親族ではないと解するのである。

このような理論構成は、本件事案の解決としてみる限り、理論的な難点が少なく適切と評価し得る(ただ、内縁配偶者窃盗事件で示された形式論理と整合性があるのか疑問なしとし得ない)が、その射程範囲はあまりに狭く、任意後見契約に関する法律に基づく任意後見人による犯行の場合はもとより、既に触れたような直系血族による「経済的

虐待」には無力である。それ故、本件と同種の事案以外においても、直系血族間ないし同居の親族間における一定の財産罪について、親族相盜例の適用されない余地があるという結論に到達できるかを検討する必要がある、そのためには、その適否の判断基準が導かれるような刑の必要的免除の實質的な根拠づけを試みなければならないのである。

四 「法は家庭に入らず」の思想

(1) 古代ローマ法においては、「家庭の内部には法が関与せず、……家族（大家族集団）は一つの団体であり、家族員の生殺与奪の権利すらも家父長に握られ……婚姻・離婚についても法ではなく、習俗によつて規律されていた」とされる一方、⁽⁸⁾そこでの親族相盜例は、親族間の関係というよりは、同一住居内の関係において適用があるとされている。⁽⁹⁾そこで、親族未成年後見人横領事件の下級審判決を始め、多くの学説も、親族相盜例は「法は家庭に入らず」の思想に由来すると理解しているが、法の支配を採用し、基本的人権の尊重を基本原理とする現行憲法下において、かかる法思想は到底そのままでは妥当し得ず、法理論的にあえて構成しようとするれば、部分社会の法理を類推して用いるほかにように思われる。

部分社会の法理とは、法秩序の多元性を根拠に、⁽¹⁰⁾「団体内部の紛争で団体の自律的な判断を尊重すべき場合には司法審査を控えるべきだとする考え」をい⁽¹¹⁾つ。最高裁も、村議会議員の出席停止の懲罰が争われた事案において、「自律的な法規範をもつ社会ないしは団体に在つては、当該法規範の実現を内部規律の問題として自治的措施に任せ、必ずしも、裁判にまつを適當としないものがある」⁽¹²⁾り、本件問題は、まさにそれに当たるとするとともに（最大判昭和三五・一〇・一九民集一四卷一一号二六三三頁）、富山大学単位不認定等違法確認訴訟では、この三五年大法院判決を引用して、大学は、「一般市民社会とは異なる特殊な部分社会を形成」し、「一般市民法秩序と直接の関係を有し

ない内部的な問題は右司法審査の対象から除かれるべきである」と判示しており(最判昭和五二・三・一五民集三一巻二号三四頁)、既に判例法理になっている。

(2) 親族未成年者後見人横領事件でも、最高裁は、刑法「二四四条一項は、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」という判断を示したが、部分社会の法理を思い起こさせるところが無いではない。憲法二四条一項は、夫婦相互の協力によって「婚姻関係を維持する自由」を保障していることに鑑み、公権力は可能な限りその自律的判断を尊重し、婚姻関係の断絶をもたらしかねない刑罰権の行使は必要最小限に止めなければならぬという意味で、婚姻関係を中核としつつ、そこから派生する親子関係と(子どもが複数誕生したときに生じる)同居の親族関係を含む家族社会は、一般市民社会とは異なるといえるからである。

しかしながら、家族社会には、家風やしきたり、家訓があるとしても、それらは地方議会や大学におけるような自律的な法規範と呼べるものではない(従って、親族間の自律にゆだねられても、対処の仕様のない場合も起こり得る)、仮に法理論として成り立つとしても、せいぜい親告罪とすることの根拠づけにしかならないであろう。自律的判断を放棄し、告訴をして刑罰権の介入を求めたとしても、現行法はなお刑を免除するからである。

のみならず、こういう刑法超越的な理論構成の最大の問題は、その適用範囲を財産罪に止めることができない反面、家族社会内部における法益侵害を覆い隠す作用も果たし得るという点にある。このことは、そのまま「法は家庭に入らず」の思想にもいえることであって、現に下級審判例の中には、「法は家庭に入らず」の趣旨を暴行事案に転用したものがあつた。即ち、被告人の母が非行を説諭して貰うために連れてきた警察官の姿を見て、自分を逮捕するために来たと考えた被告人が、逃げ出そうとした際、その前に立ち塞がった母親の顔を殴打したうえ、これを

目撃し土足のまま上がつてきた警察官と格闘し暴行を加えたという事案につき、「一般に『法律は家に入らず』、といわれるが、これはある行為が家庭員の精神的きずなど家庭の平和を破綻させ健全な親族共同生活の維持を困難にする程度のものである場合、すなわち家庭内部の事件として止めることが家族の利益に反し、しかもこれを放置することが社会共同生活の秩序と正義に悖る場合のほか、国家権力は敢て家庭内の出来事に干渉しないという趣旨であ」り、「本件のように一見暴行罪の要件をみたすようにみえる行為であつても、……右の趣旨に反しないものであれば、刑法の保護を要求する価値ある法益の侵害があつたとはいえず、この場合違法性を阻却し犯罪を構成しない」と判示されたのである（横浜地判昭和三十七年五月七日下刑集四卷五・六号四〇七頁）。

「法は家庭に入らず」の趣旨から法益の要保護性を否定するところに論理の飛躍があるという点はさておくとしても、趣旨に反するか否かという抽象的な基準で判断する思考方法では、以下のような疑問点を解消することはできず、刑法内在的に個別的に考察していかざるを得ないように思われる。

財産罪においてだけ親族関係が問題とされるのは何故か。

同じ財産罪であつても、親族相盜例が準用される犯罪と準用されない犯罪（強盜罪、毀棄・隠匿罪）があるのは何故か。

直系血族・配偶者の場合には同居を要件とせず、別居の直系血族・配偶者との関係でも刑が免除されるのは何故か。

直系血族・配偶者・同居の親族の場合、任意的免除ではなく必要的免除とされるのは何故か。

同じ親族であつても、同居の場合は刑が免除され、別居の場合は親告罪とされるのは何故か。

親族による財産犯罪に關与した第三者について、親族相盜例が排除されるのは何故か。

親族盗品關与の特例と異なり、「直系血族と同居の親族」の配偶者との関係では刑が免除されないのは何故か。

五 刑の必要的免除の理論的根拠

(1) 親族相盗例における刑の必要的免除の根拠につき、犯罪論的理由に求めるアプローチとして、違法減少説と責任減少説がある。⁽¹²⁾ 違法減少説とは、家庭内の財産の所有および占有の關係が一般社会と異なつて家族の占有であり共同利用に属するが故に、侵害行為の違法性は通常の場合よりも軽微であり、非同居の親族による侵害の場合にも違法性の減少が認められるとする立場である。⁽¹³⁾

この説の問題点としては、まず、財産の所有關係が明確であり、かつ包括的同意や推定的同意が認められない状況であっても、なお刑が免除されることの説明に窮することが挙げられる。確かに、このような状況にあつても、親族間の領得行為には、民法八七七条の扶養義務（夫婦間および親の未成年子に対する生活保持義務と一般親族間の生活扶助義務からなるもの）に対応する扶養請求権の濫用的行使という側面があるから、親族關係にない者との共有ないし共同占有下にある物に対する領得とは異なるといえるが、すべて違法性の減少に還元することには無理がある。学説の中には、刑の免除を可罰的違法性の質の問題と捉え、立法に際し類型的に可罰的違法性が阻却されるという扱いをしたものと解する見解もあるが、⁽¹⁴⁾ 刑の免除を犯罪不成立とみることの問題性はさておくとしても、同じ法益侵害が親族という身分によって違法性の質を異ならしめるというのは結論の先取りではないかという疑問を払拭し得ない。

(2) 第二に、同居していない一般親族間における窃盗を親告罪とする二四四条二項の根拠づけが困難になるといふ問題がある。この場合、共同的な所有・占有關係という事情は認められないのが通例であるため、いかなる意味で類型的な違法減少を肯定し得るのか不明だからである。

もつとも、同条項の立法理由自体、必ずしも明らかでない。もともとは、司法省における旧刑法の編纂過程で、ボアソナード草案第一案第二条に、重き情状の一つとして、「其犯人被害者ノ婢僕手代又八常職人ナル時」が列举され、軽懲役に処すとされていたのを、日本側委員が「却て其主人ニテ婢僕ヲ懲ミ告訴セサルノ弊ヲ生セントス又其主人ニテ一時ノ怒リニ乗シ僅カ十錢位ノ小遣錢ヲ盜ミタル時ニテモ輕懲役ニ処セサルヲ得ス之レハ太タ過酷ナレハナリ」と応じたことから、当時のドイツ刑法に倣つて「被害者ノ訴ヲ待テ論スルコト」とし、その際「傍系ノ親族ノ相盜シタル時」も同じ扱いにするとともに、家主が婢僕・手代の財産を盗取した場合も同様に重く処罰するとしたことに端を発している。⁽¹⁵⁾ その後の司法省草案第二稿では、窃盜罪が親告罪になるのは、罪を論じられない親族「以外ノ親族互ニ犯シタル時」、⁽¹⁶⁾「幼者其後見人觀察人ニ對シ犯シタル時」、⁽¹⁷⁾「生徒其授業師ニ對シ犯シタル時」、そして「僕婢管店人雇工人及ヒ年期弟子其家主ニ對シ犯シタル時」とされたが、司法省草案確定稿の段階で親告罪規定は削除され、旧刑法三七七条には継承されなかつた。その理由は、⁽¹⁸⁾ において一方の者による犯行だけが親告罪になるのは偏頗であることや、告訴事件とすることによつて捜査に支障が生じること、さらには、実際に「其僕婢ノ罪ヲ其宥宿ルシ置キ他日他家ノ財物ヲ竊取スルニ至ルモ可カラス故ニ家主一人ノ痴情又八便宜ヲ顧ミテ他日公益ヲ害スルニ至ルヲ顧ミサルモ不都合」とされたからである。⁽¹⁶⁾

しかるに、明治二八年刑法草案において、直系の親族及び同家の親族以外の「親族ニ係ルトキハ被害者ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス」という規定（二九二条）となつて復活したが、これを「被害者又ハ其法定代理人ノ告訴」と一部修正した明治三三年刑法改正案二九一条の理由書には、「其他ノ親族……ト雖モ通常人ト同シク之力處分ヲ爲スハ却テ無益ニ犯人ヲ罰スルノ弊アリト認メ……親告罪ト爲シタリ」とあるだけで、⁽¹⁷⁾ 要領を得ない。明治四〇年第二三回帝國議會提出「刑法改正案」理由書でも、「現行法ハ刑ヲ免スヘキ範圍狹キニ失スルト一般ノ親族又ハ家族ニ付キ特別ノ取扱ヲ爲ササルカ爲メニ却テ無用ノ適用ヲ爲スノ弊アルヲ以テ」とするに止まつており、⁽¹⁸⁾ むしろ当時の学

説の中に、「親族相盜ムト雖一モ盜罪ノ元素ニ缺クル所ナシ。然レトモ檢察官ヲシテ家中ノ秘密ヲ公衆ニ曝露セシムルハ却ツテ一家ノ平和ヲ破ルヲ以テ宜シク告訴ヲ待ツテ其ノ罪ヲ断スルヲ正當トス」とあるのが注目されることである。⁽¹⁹⁾

戦後の学説の中にも、同じ財産犯である毀棄・隱匿罪に特別規定がない(私的で軽微な被害であることを理由とする報告罪が一部にあるに止まる)ことに着目し、この立法理由を説明しようとした見解がある。即ち、「親族間の領得罪は親族内の財産的秩序は破るけれども、これをその親族の誰かが取得して親族外へ価値的減少をきたさない、いわば家産の共同利用的要素を温存しているのに対して、親族間の毀棄・隱匿罪は、常にその全部の破壊ないし喪失を意味し、家産を失わしめるものなので、その親族にとっては害悪が極めて強いからである」というものである。⁽²⁰⁾ただし、かかる「一族における家産の共同利用」という事情が現在の親族関係に認められるか疑問があるから、これを一般予防の低下を招く「原状回復の容易さ」と捉え直したうえで、先の戦前の学説が説くように、永続的な関係に立つ者の恥を曝したくないという被害者の心情を加味して考慮された規定であると考えておけば足りるのである。⁽²¹⁾

(3) 違法減少説の第三の問題点として、共犯における違法の連帯性を前提とする限り、二四四条三項が親族でない共犯について特例を排除していることの説明が困難であることが挙げられる。⁽²¹⁾この点につき、「従属性を緩和し、可罰的違法への従属は必要でなく、一般違法への従属があれば足りると解することで、三項の説明は可能である」との反論もあるが、⁽²²⁾正犯行為に可罰性がないのに、それに関与した共犯行為が何故に突如可罰性を帯びるのが不明である。

学説の中には、「違法の一身性」という観点から説明を試みる見解もみられる。⁽²³⁾確かに、例えば、同意傷害が違

法だとして、甲が乙に頼んで自分の指を切ってもらった場合や、妊婦XがYに頼んで墮胎してもらった場合に、甲やXが傷害罪や同意墮胎罪の教唆として処罰されることはないから、違法の連帯性は自明ではない。この帰結を理論構成しようとすれば、被害者という立場が六五条二項の延長線上に想定できる「消極的身分」と捉えればよいように思われる。「妊娠中の女子」という身分も、自己傷害という被害者の側面があるが故に、同条項の(一身の違法)減輕身分と解する余地があるのである。しかし、そうだとしても、二四四条一項にいう「親族」の場合には、家族財産を共同利用するある種の権限があるというだけであり、被害者の立場にはないから、一身性を根拠づけることはできないのである。

さらに、このように解して、二四四条一項が共犯に及ばないことを説明できたとしても、同条二項が共犯に及ばないこと(同条三項)の根拠にはなり得ず、依然として違法減少説の立場からは説明し切れないことに変わりはない。

(4) 以上に対し、責任減少説とは、親族関係特有の誘惑的要因から反対動機の形成を強く期待できないため、現に刑罰を科してこれを非難するほどの有責性は認められないとする立場である。⁽²⁴⁾

この説に対しても、まず第一に、二四四条一項は同居していない直系血族の財物を窃取しても適用されるが、他人の占有する自己の財物の窃取を窃盗罪として処罰している現行法の下で、類型的に責任が減少すると評価してよいのかという疑問を提示し得る。確かに、同居の親族間の場合であれば、犯罪を犯す機会に富み、ある種の甘えに基づき罪悪感の少なさが認められ、さらには長期の介護関係にまで至っているような場合には、経済的・精神的負担の解消から親族の財産を費消したとしても、責任非難の減少を肯定することは可能である。しかし、「恐喝するなかれ」といったことまで強く期待できないとはいいい難いだけでなく、過剰防衛(三六条二項)のような任意的免

除ならまだしも、(破綻している夫婦間、敵対関係にある親子間においても) 必要的免除を肯定できるだけの理由になるとは思えない。

(5) 第二の問題点として、責任が減少するとしても、それは処罰の可否を被害者の意思に委ねる理由にはならず、同居していない親族に対する場合を親告罪とする二四四条二項の根拠を説明し難いということが挙げられる。この点は、責任減少説の論者からも、同条項を合理的に説明するには政策説を採らざるを得ないとされているが、⁽²⁶⁾ ⁽²⁵⁾ 異なる政策が念頭に置かれているかは明らかでない。

また、本稿が問題視している「横領目的で同居するに至った親族のケース」においては、責任減少の余地すら認められないが、もしこのことを理由に親族相盗例の適用を排除することになるとすれば、結論の妥当性を確保できるものの、二四四条一項を類型的な責任減少を規定したものと理解する前提とは相容れないという矛盾を抱え込むことになる。

さらに、「直系血族、配偶者および同居の親族」間において責任減少が類型的に認められるのであれば、親族盗品関与特例(刑二五七条)のように、「これらの者の配偶者」との間にも責任減少を肯定する必要があるのではなからうか。

(6) 第三に、親族の物を他人の物と誤認して窃取したというような「親族関係の消極的錯誤」の処理についても問題が生じる。

親族相盗例の法的性格をどのように解するかは、親族関係の錯誤事例の処理に影響がある。他人の物を親族の物と誤認して窃取した場合(親族関係の積極的錯誤)には、責任減少説によれば、期待可能性の錯誤の問題として処理

され、行為者の能力を發揮しても親族の物であるという認識に到達できなければ責任減少が肯定され、同特例が適用されることになるのに対し、⁽²⁷⁾ 人的処罰阻却事由によれば、親族関係が客観的に存在するか否かだけが問題となることから、その錯誤は犯罪の成否に係しないことになる。そのため、責任減少説の論者は、人的処罰阻却事由に対し、親族の物を盗むという認識しかない行為者に、他人の物であることを知りつつ盗む者と同じ責任を問うものであって三八条二項の趣旨に反すると批判するのである。⁽²⁸⁾ しかし、窃盗罪による処罰が責任主義に反するのは、実際に責任の減少が認められる親族関係に限られ、例えば破綻した夫婦関係においては親族相盜例を適用する必要はないように思われる。また、実際に責任の減少が認められる夫婦関係であれば、通例、そこには推定的同意が認められるから、推定的同意の錯誤の問題として処理することも不可能ではない。⁽²⁹⁾

むしろ、より問題なのは、親族の物を他人の物と誤信して窃取した場合（親族関係の消極的錯誤）において、人的処罰阻却事由からは、客観的に親族関係がある以上親族相盜例が適用されるが、⁽³⁰⁾ 責任減少説によれば、親族関係の認識がなければ責任減少を認める理由もなくなることから、同特例の適用が否定されるという法の意図せざる結果を招くところにある。そこで、学説の中には、親族相盜例も一個の責任減輕類型としての構成要件を規定したものと解されるとして、自己の証拠を他人の証拠とし誤信して隠滅しても無罪が帰結されるように、客観的に親族関係が認められれば同特例を適用することができるという見解も主張されている。⁽³¹⁾ 確かに、客観的に「他人の証拠」を隠滅していなければ、その認識内容からすれば責任減少が認められなくても無罪とせざるを得ないが、それは構成要件の客観面を充足していないからであって、親族相盜例という構成要件を想定し得たとしても、親族関係の認識がなければ構成要件の主観面が充足されないのであるから、やはり同特例の適用には無理がある。

六 「法は家庭に入らず」の形成原理(刑の免除の刑罰論的根拠)

(1) 以上のことから、親族相盗例における刑の必要的免除の根拠を、違法性ないし責任という犯罪論的な理由に求める見解には克服し難い限界が認められる。のみならず、もともと親族の観念を無批判的に民法の規定(民七二五条)に基づいて解してきたがために、現行法における親族相盗例の適用範囲は無用に広がり、親族であっても違法性ないし責任の減少を想定し得ない場合も生じている。例えば、被害者が行為者の「またいところ」であつたとき、その存在すらも知り得ないこともあり得るから、捜査機関が効率的な捜査を心掛けようとするれば、常に戸籍を調べて親族関係にあるか否かの確認を余儀なくされる一方、「またいところ」でも被害者宅に同居するに至れば、仮令(強盗罪を除く)直接領得罪を実行し続けることが判明しても、事実上捜査を断念せざるを得ないであろう。その反面、いかに緊密な共同生活関係があり、違法性ないし責任の減少が実際に認められても、内縁の者は無条件に訴追したり、処罰することも可能という不合理が生じているのである。

かかる閉塞状態を解消するには、考察の対象を「刑の免除」そのものに向け、これを刑罰論の中に位置づけるように構成する必要がある。刑罰論は、犯罪論とともに刑法解釈学の理論的支柱であり、固有の問題領域を包蔵するのであって、刑罰論を犯罪論に還元しようとすることは、刑罰論の存在意義を見失わせるものではなからうか。

(2) まず、刑の免除は、刑を言い渡しつつも処罰の必要性を否定して、その執行を免除する「刑の執行の免除」(刑五条但書・三二条)とは異なり、犯罪を宥恕して刑の言渡しを免除するものである。現行刑法上、刑の免除事由には、必要的免除事由(八〇条・九三条但書・二四四条一項・二五七条一項)、必要的減免事由(四三条但書・二二八条の三)、任意的免除事由(一〇五条・一一三条但書・二〇一条)、及び、任意的減免事由(三六条二項・三七条一項但書)が

あるが、そこには本質的に異なる二種の性質、即ち、それがあれば初めから刑罰請求権が発生しない場合と、一旦発生した刑罰請求権が特別な事由の発生によって消滅するに至る場合とがあると考えられる。⁽³²⁾ 例えば、犯人の自首・自由に伴う免除や予備罪の免除には、犯罪の發展・被害の拡大を未然に防止しようする立法者の政策的考慮が認められるから、⁽³³⁾ の性質を有する典型といえる。この場合、被告人に有利な解釈といえども、理論的な限界づけが極めて困難であるが故に、類推ないし準用は極めて慎重にならざるを得ない。

これに対し、⁽³⁴⁾ の性質を有する免除事由の場合、刑罰請求権が発生しないとする根拠をどこに求めるかが問題となる。仮に「それらの事情が行為の違法性または責任性を完全に阻却し適法化あるいは無責任化するまでにはいかないが、それを可罰的違法性または可罰的責任性の域以下に低めるからである」と考えるならば、刑の免除の判決が犯罪の成立を前提とする有罪判決の一種と解されていることと抵触する。そこで、むしろこの判決を本質的には「無罪の判決」であると解する試みもあるが、⁽³⁵⁾ この見解では、本稿が問題視している高齡の親に対する「経済的虐待」の問題にはおよそ対処し得ず、立法論としても妥当性を欠くように思われる。⁽³⁶⁾

確かに、犯罪の成立は、刑罰権を発生させる法律要件である。しかし、刑罰の正当化根拠につき、絶対的応報刑論の立場を採るのならともかく、犯罪防止の効果がある限度でのみ刑罰が正当化されるとする相対的応報刑論ないし抑止刑論の立場からは、成立した犯罪に刑罰を科さなくても、一般の人々が犯罪に陥ることを防止する効果において支障がなく、犯罪者の社会復帰にはその方が望ましいといえる場合には、刑罰請求権の発生を否定することは可能であろう。

このように、刑の免除が、犯罪論ではなく刑罰論によって構成されるべきものであるとすれば、必要かつ任意のただけでなく、免除か減輕かも、一般予防と特別予防という二つの効果から裏付けられなければならない。結論として、一般予防効果に支障なく、特別予防効果があると類型的に認められれば、必要的免除になり、個別具体的に

判断せざるを得ないのであれば任意的免除となる一方、いずれかの効果に支障があれば減輕に止まるといふ図式を描くことができるが、問題は、そのように判断できるとする根拠をいかに示すかという点にある。犯罪論的效果をこの根拠づけの一つとして用いることは可能かつ有用である。今日、過剰防衛・過剰避難の任意的減免の根拠は、違法性ないし責任の減少に求められているが、違法性ないし責任の減少という犯罪論的效果が一般予防ないし特別予防の効果に連動するが故に、根拠たり得ると考えられるのである。

もとより、親族相隠例(刑一〇五条)が、昭和十二年の本条改正で「之ヲ罰セス」から「その刑を免除することができる」となったように、同じ事由であっても立法者の判断が直接反映する場合もあることは事実であるが、原なき立法は実体的デュープロセス(憲法三一条)に反するのであるから、予防効果に対する立法者の評価の変化を吟味し、正当化できる範囲にとどまるような解釈論の展開が期待されるのである。

(3) では、必要的免除事由である親族相盗例の場合、典型的に一般予防効果に支障がなく、かつ、特別予防効果があることを、どのように根拠づけられるのであろうか。

まず、その対象となる犯罪が直接領得罪に限定されているものの、強盗罪には準用がないことに着目すると、「原状回復の容易性」が考慮されていると考えられる。同居の親族関係(家族関係)が継続的に続く限り、子が親の財物を窃取したり騙取したりしても、別の形でその損害を埋め合わせることや、親が子の領得行為に自ら事後的な同意を与えることも十分あり得るが、反抗を抑圧するに足るだけの暴行・脅迫があつた場合には、元の鞘に納まることは極めて困難だからである。次に、同居せずとも直系血族間および配偶者間の場合には、一般に相続関係のあることが重要である。その領得行為はいわば事前に行われる相続財産の取り崩しと評価することもでき、第三者に対する領得行為とはまったく異なる側面を有するからである。このことは、内縁配偶者にも基本的に当てはまる。相続

権はないものの、受遺者ないし特別縁故者として相続財産が与えられる立場にあるからである。

さらに、従前の家族関係が将来的にも維持できるのであれば、行為者と被害者との間には宥恕的な情誼が働いているのが通例であり、このような場合に刑罰を科しても、家族関係を損なうだけでマイナス効果しかないことも根拠たり得るように思われる。被害者である家族は、事件化を契機に改心してくれることを望むだけであり、犯罪者という烙印が付けられ、社会復帰が困難になってはかえって困るのではなからうか。

このような観点からすると、犯行後において、破綻する状態に陥っている婚姻関係や、養子縁組であれば継続し難い事由となっている親子関係、さらには、もはやその解消が求められている同居関係にある親族は、二四四条一項にいう「配偶者、直系血族又は同居親族」ではなく、刑の免除の判決を言い渡すべきではないことになる。その反面、犯行後においても、その継続が求められている内縁配偶者の場合には、同条項を類推適用することは可能と解すべきことになろう。

(4) これに対し、大審院は、妻の姦通に藉口して妻の実兄を恐喝し、その後妻とは協議離婚をしたという事案で、犯行後に親族関係が消滅しても、親告罪であることに影響はないとして、二審判決を破棄し公訴棄却とした（大正大正一三・一一・二四集三卷九〇四頁）が、破綻状態に陥った夫婦間における恐喝の奨励とさえ思えてしまうものであり、著しく不当である。

そもそも必要な免除事由のある事例における「刑の免除の判決」の有する意義は、犯行後において、なお従前の関係を維持し得るかにつき、実体審理を通じて明らかにするところにある。昭三七法律省刑事（総）秘一〇号訓令「事件事務規定」七〇条一項によれば、必要的刑の免除の場合には不起訴処分になるが、当規定は刑法二四四条一項を空文化するものではないであらう。同条項は、検察官に対し、公益の代表者としての立場から、不起訴にして

も予防効果に支障がないことが明らかな場合には不起訴処分にしてよいことを当然の前提としたうえで、明らかでない場合は起訴をさせ、実体審理で判明したことを理由に付せしめることによって（刑訴三三五条二項）、これを明らかにするものと解されるのである。

七 おわりに

(1) 「法は家庭に入らず」の思想は、現代の家族社会の実情等を考慮すれば、単なる謙抑主義の言い換えであり、そこから判断基準となり得るようなものを引き出せるものではないという意味で、法律論的な根拠にはなり得ない。しかし、このことは、親族相盗例における必要の免除規定を直ちに立法論的に不当ならしめるものではない。刑の免除を刑罰論に位置づけることにより、先に指摘した問題点は、その大半を解消する方向に向かわせるように思われるからである。即ち、原状回復の容易性の観点から、親族相盗例の対象となる犯罪は、強盗罪を除く直接領得罪に限定されなければならないし、一般的に相続権（代襲相続を含む）があるということから、直系血族と配偶者は同居の有無が問われない一方、「同居の親族」の配偶者は除外されていることが理解できる。また、同じ親族であっても、同居の場合は刑が免除されるのに対し、別居の場合は親告罪とされていることも、決して不均衡ではない。もともと不起訴処分になることを基本的には前提とした規定と解されるだけでなく、同居の場合には領得罪を犯す機会に富み、しかも罪悪感に乏しいことを考慮すれば、むしろ起訴すべき場合もあるからである。

(2) 他方、改正刑法草案三三四条は、現行法二四四条一項の規定を親告罪とし、刑の免除の対象となる親族の範囲を「直系血族又は配偶者」と限定したうえで任意的免除に改め、さらには、同居せざる親族に対する親告罪規定と親族でない共犯について適用されない旨の規定を削除している。

このうち、親告罪とした点は、ドイツ刑法二四七条が「窃盜若しくは横領により、親族、後見人若しくは保護者が被害を受け、又は、被害者が行為者とともに家庭共同体において生活するときは、行為は告訴に基づいてのみ訴追される。」と規定している³⁸⁾ことと軌を一にするように見えるが、適用の対象となる親族の範囲が限定され過ぎている。同居せざる親族とはいえ、独立した兄弟姉妹のように、なお一般的に相続や遺贈の相手方となり得るような親族関係もあるからである。また、ドイツ刑法と同じく一律に親告罪とすることには疑問がある。介護下にある老親が、子による財産侵害があつても、これを告訴するとは考えにくいからである。

これに対し、直系血族又は配偶者に対する「任意的免除」規定にした点は評価されるべきである。現行法の必要の免除規定では、その効果に見合つ親族は解釈論的に限定せざるを得ず、基準の明確さという点で曖昧さを払拭できなしいし、免除されないこともあり得ることを規定しておくことは、一般予防効果の点においても優れているからである。

現行法二四四条三項を削除した点も異論はない。その理由として、「一身的な処罰阻却事由が他の共犯に影響を及ぼすものでないことについては実務上も理論上も争いがなく、親族相盜についてののみこのような規定を置くと、他の場合について解釈の混乱をきたすおそれがあること」が挙げられているが、これは極めて適切な考慮だと思われる。³⁹⁾

- (1) 竹下史郎「老人の生活と財産管理」 唄孝・石川稔編『家族と医療』(弘文堂、平成七年)三三八頁。
- (2) 桑原洋子「老人に対する経済的虐待と親族相盜例」『民衆司法と刑事法学・庭山英雄先生古稀祝賀記念論文集』(現代人文社、一九九九年)四八七頁。
- (3) 親族未成年後見人横領事件最決平成二〇年二月一八日(刑集六二卷二号三七頁)参照。
- (4) 判例時報一九四四号一七〇頁解説。

- (5) 注4解説。
- (6) 箭野章五郎、「刑事判例研究」法学新報一—四卷三—四号三—一〇頁。
- (7) 堀内捷三、「後見人の横領行為と親族相盜例の適用の可否」法学教室三二五号—一五頁。
- (8) 床谷文雄、「序『法は家庭に入らず』の再考」民商法雑誌一二九卷四・五号四頁。
- (9) 長島敦、「親族相盜例と錯誤(その一)」研修一九二号六八頁。古代ローマ法では、「同一の住居(domus)のメンバーの間では、法的な権利、義務の関係を形成することができず、従って、窃盜を原因とする訴訟(actio furti)を起すことができなかつた。このことは、たんに同居の親族だけでなく、同居の傭人、同居の客人についても、同様であった。もつとも、これらの行為は客觀的には窃盜と觀念され、従つてその盜品は贓物と考えられた。そして、同居者以外の共犯に對しては、窃盜を原因とする訴を提起することができた。」といふ。
- (10) この点に言及したものに、最大決昭和二八・一・一六民集七卷一—二頁における田中耕太郎裁判官の少数意見がある。即ち、「國際社会は自らの法を有し又國家なる社会の中にも種々の社会……が存在し、それぞれの法秩序をもつている。……それ等の特殊の法秩序は國家法秩序即ち一般的法秩序と或る程度の關連があるものもあればないものもある。その關連をどの程度のものにするかは、國家が公共の福祉の立場から決定すべき立法政策上の問題である。従つて例えば国会、地方議會、国立や公立学校の内部の法律關係について、一般法秩序がどれだけの程度に浸透し、従つて司法權がどれだけの程度に介入するかは個々の場合に同一でない。要するに国会や議會に關しても、司法權の介入が認められない純然たる自治的に決定さるべき領域が存在することを認めるのは決して理論に反するものではない。」このよつな「法秩序の多元性」を根拠に、「裁判所が關係する法秩序は一般的のもののみに限られ、特殊のものには及ばない」といふ。
- (11) 辻村みよ子、「憲法・第2版」(日本評論社、二〇〇四年)四八七頁。
- (12) 違法ないし責任阻却説は、刑法が親族相盜を「罰しない」とはせずに、「刑を免除する」と規定している事実や、刑の免除を有罪判決の一種として扱つ刑法三三四条の存在を輕視することになる点で妥当性に欠ける。学說の中には、古くから、關係の薄い親族間の窃盜が親告罪である以上、關係の厚い親族間の窃盜を公訴の問題としないことが刑法の趣旨だとして、犯罪不成立を説く見解(牧野英一「日本刑法」(有斐閣、昭和五年)七四八—九頁)や、近時では、期待可能性の思想と可罰的責任の観点から行為者の動機形成に着目し、親族間における領得行為は一般予防・特別予防の低

- 下を招くとして、可罰的責任阻却事由と解する見解（松原芳博『犯罪概念と可罰性』（成文堂、一九九七年）三八九—九〇頁）もあるが、本稿が問題視しているケースのように、まさに一般予防の観点から公訴提起すべき場合もあることを認めなければならない。
- (13) 平野龍一「刑法各論の諸問題10」法学セミナー二二三号五三頁。町野朔「刑事判例研究」ジュリスト一〇二九号二三一頁。
- (14) 斉藤豊治「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3巻（成文堂、一九九八年）二〇四頁。
- (15) 早稲田大学図書館資料叢刊「日本刑法草案会議筆記」第 分冊（早稲田大学出版部、昭和五二年）二二四—二四三頁。その第二案では、僕婢・手代・常職人と主人間の窃盜は加重刑に処す一方（第二条）、「盜罪ヲ赦宥スル親族ヲ除クノ外親族又ハ幼者其後見人監察人……互ニ犯シタル盜罪ハ被害者ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス」という独立した条文（第一条）が設けられた。
- (16) 注15）二三八—二三七頁。
- (17) 内田文昭ほか編『刑法「明治40年」』（2）日本立法資料全集21（信山社、一九九三年）五八四頁。
- (18) 内田文昭ほか編『刑法「明治40年」』（6）日本立法資料全集26（信山社、一九九五年）三六一—三三頁。
- (19) 江木衷『現行刑法原論卷之三』（有斐閣、明治二五年）二六九—七〇頁。なお、当時の学説・判例の状況につき、石堂淳「親族相盜例の系譜と根拠」法学五〇巻四号一—一七—二〇頁参照。
- (20) 八木國之「親族關係と犯罪」日本刑法学会編集『刑法講座（6）』（有斐閣、昭和三九年）一八八頁。
- (21) 松原・前掲書注12）三七六—三七七頁。
- (22) 斉藤・前掲論文注14）二〇五頁。
- (23) 平野龍一『刑法概説』（有斐閣、一九七七年）二〇七頁、同『刑法』（有斐閣、昭和五〇年）三五八頁。
- (24) 曾根威彦『刑法の重要問題「各論」第2版』（成文堂、二〇〇六年）二五八頁。
- (25) 町野朔「刑事判例研究」ジュリスト一〇九二号—一〇九三—一〇九四頁。
- (26) 西田典之『刑法各論・第4版』（弘文堂、平成一九年）一五四頁。
- (27) 違法減少説の立場から、違法性の錯誤の問題として処理され、この場合、客観的には違法減少が認められないため同特例の適用はできないが、「準用」は可能である。

- (28) 曾根・前掲書注24(二五八)九頁。
- (29) 推定的同意のような超法規的違法阻却事由は、解釈論的に創造されるものであるから、違法阻却事由の錯誤を事実の錯誤として捉える立場においても、一種の違法性の錯誤として処理するのが適當であろう。
- (30) 違法減少説の立場からも、同特例は一種の違法減輕類型を規定したものと解することから、抽象的事実の錯誤として、三八条二項によりその適用が肯定されよう。
- (31) 曾根・前掲書注24(二五九)六〇頁。
- (32) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(有斐閣 昭和五六年)四二二頁。
- (33) 佐伯・前掲書注32(四二二頁)。
- (34) 刑の免除は、判決本文において「被告人に対し刑を免除する。」と言い渡されるのが通例であり、その「判決は有罪判決に属するが故に、其の言渡をするには、刑事訴訟法第三百三十五条第一項に則り、罪となるべき事実、証拠の標目及法令の適用を示さなければならぬ」(名古屋高判昭和二六・九・一九高等裁判所刑事判決特報二七号一四五頁)と解されている。
- (35) 松沢智「刑の免除についての一試論」司法研修所報二九号(一九六二年)一四七頁以下。
- (36) この見解によれば、改正刑法草案一四條三項の規定「前項の場合「過剰防衛」において、その行為が恐怖、驚がく、興奮又ははるるうばいのみより行なわれたもので、行為者を非難することができなるときは、これを罰しない。」も無に帰することになる。同規定は、行為の状況からみて、「他の行為に出ることの期待可能性がなかったような場合に限って、本項による責任阻却を認める趣旨であ」り、「したがって、恐怖、驚がく、興奮又ははるるうばいのみより行なわれた行為であっても、行為者を非難することがな可能な場合には、前項による刑の軽減又は免除が可能となるにすぎない」(法務省刑事事務局『改正刑法草案の解説』(昭和四九年)五二頁)からである。
- (37) 伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法「新版」第三卷』(立花書房、平成八年)五五二頁。
- (38) 法務資料第四六一号『ドイツ刑法典』法務省大臣官房司法法制部
- (39) 法務省刑事事務局・前掲書注36(三二七頁)。

(すきもと・とよひろ) 本学教授