



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑事判例研究
Author(s)	松原, 和彦
Description	判例研究
Citation	北大法学論集, 59(1), 281-289
Issue Date	2008-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/33826
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-1_p281-289.pdf



刑事判例研究

松原和彦

内縁の配偶者による窃盗と刑法二四四条一項の適用等の可否

最高裁平成一八年八月三〇日第二小法廷決定（平成一八年

（あ）第三三四号窃盗被告事件）

刑集六〇巻六号四七九頁、判時一九四四号一六九頁、判タ一二

二〇号一一六頁

〔参照条文〕 刑法二四四条一項

【事実の概要】

被告人は、昭和四三年十二月二日に被害者と婚姻し、同五三

年二月九日に同人と協議離婚した後、平成一七年六月に本件で逮捕されるまでの約五年間、同人方で同人と同居していたものであるが、同一六年八月下旬ころから同年二月七日ころまでの間前後七回にわたり、同人方において同人所有の現金合計七二十五万円を窃取した。

第一審で弁護人は、「刑法二四四条一項の規定は内縁関係にも適用または準用」されるべきであると主張したが、第一審判決（東京地判平成一七年九月二七日刑集六〇巻六号四八二頁）は、「刑法二四四条一項の『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、仮に弁護人が主張するように本件犯行当時被告人と被害者が内縁関係にあったとしても、刑法二四四条一項を適用または準用すべきものではない」として、同項を適用または準用しなかった（懲役二年六月）。

これに対して、弁護人は第一審でと同様に主張して控訴したが、控訴審判決（東京高判平成一八年一月一八日刑集六〇巻六号四八六頁）は、「刑法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」として、控訴を棄却した。

これに対して弁護人は、刑法二四四条一項の「配偶者」には内縁の配偶者も含まれるから同項を本件に適用すべきであり、仮にそうでないとしても準用すべきであると主張して上告した。

【決定要旨】 上告棄却。

最高裁は、弁護人の上告趣意を適法な上告理由にあたらないとして棄却したが、次のような職権判断を示した。

「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」と解するのが相当である。したがって、本件に同条項の適用等をしなかった原判決の結論は正当として是認することができる。」

【評釈】

一、本決定は、刑法二四四条一項（以下、本条項ということがある）が内縁の配偶者（但し、本件で被告人と被害者が行為時、内縁関係にあったとは認定されていない）による窃盗に適用または類推適用（以下、適用等ということがある）されるかに関して、消極に解する旨判示したものである。

本決定の意義は三点あるように思われる。まず第一に、本決定が、最上級裁判所として初めて、本条項が内縁の配偶者による窃盗に適用等されるかに関して判断を示した点である。

第二に、本決定が本条項の（適用のみならず）類推適用の余地も否定した点である（本決定は類推適用の余地をほのめかした「原判決の結論は正当」（傍点引用者）とし、また本決定が事案の特殊性を考慮した形跡は存在しない。後掲・山口〔裕〕三四頁参照。なぜなら、従前の下級審裁判例の中には、その余地をほのめかす判決も存在したからである（名古屋高判昭和二十六年三月二三日判特二七号五四頁参照。もっとも、同判決は当該事案に類推適用していない。後掲・新家二八頁注〔一〕参照。また、通説も適用等を否定する。内田文昭『刑法各論』（第三版、一九九六）二六七頁、福田平『全訂刑法各論』（第三版増補、二〇〇二）二三四頁など参照。他方、適用等を肯定する見解も有力である。大谷實『刑法講義各論』（新版第二版、二〇〇七）二二三頁、斎藤信治『刑法各論』（第二版、二〇〇三）一一七頁、中森喜彦『刑法各論』（第二版、一九九六）一二六頁注〔一七〕、平川宗信『刑法各論』（一九九六）三五一頁、松原芳博『犯罪概念と可罰性』（一九九七）四一四頁参照。もっとも、本条項では適用と類推適用とで本質的な違いはない。本決定も「適用又は類推適用」として両者を峻別していない。なお、後掲・山口〔裕〕三四頁参照）。

第三に、本決定が従前の下級審裁判例とはまったく異なる理

由づけで適用等を否定した点である。本決定と（前掲・名古屋高判昭和二十六年三月二三日を除く）従前の下級審裁判例は適用等を否定するという結論で一致していることから、本決定の最も重要な意義はこの点にあると言える。

したがって、本決定は、第一になぜ従前の理由づけを採用しなかったのか、第二に如何に適用等を否定したのが、問題となる。

二、まず、なぜ本決定は従前の理由づけを採用しなかったのか、について検討する。

（一）多くの下級審裁判例は、本条項の「配偶者」が民事実体法上有効に婚姻の成立した者に限られるとして、適用等を否定してきた。例えば、仙台高判昭和二十七年一月二三日判特二二九号九一頁は、「刑法第二四四条第一項により窃盗の罪を犯した者が、其の刑を免除される場合は犯人と被害者との間に犯罪当時民法の規定による所定の親族関係あることを必要とする」として、適用等を否定したのである（大阪高判昭和二十八年六月三〇日判特二八号五一頁、名古屋高判昭和三十三年七月二四日高判特四卷一四一一五号三七二頁、本件第一審及び原審も同旨。なお、理由を明示しない東京高判昭和二十六年一〇月五日判特二四号一一四頁も同旨と思われる）。

確かに、「配偶者」を含む本条項の「親族」の解釈如何は民法典の規定（七二五条以下、七三一条以下参照）に従うのが通常であろう（法会上内縁の配偶者が「配偶者」と同等に扱われる場合、例えば児童虐待防止法二条四号のように、その旨括弧書きで明記される。前掲・大阪高判昭和二八年六月三〇日も参照）。しかし、そうだからといって、それは直ちに「配偶者」概念を拡張解釈して（直接）適用することを、あるいは少なくとも類推適用することを否定するものではない（もつとも、肯定するものでもない）。法令用語上「配偶者」が法律婚の配偶者を意味することは、むしろ議論の前提にすぎないのである（つまり、このことは適用等の可否を決する理由とはなり得ない。以下、「配偶者」はこの意味でのみ使用する）。

これに対して、「配偶者」が法律婚の配偶者でなければならぬことを二四四条の法的性質から基礎づけた上で適用等を否定したのが、東京高判昭和六〇年九月三〇日判例体系（第二期）刑法（二〇）七四六一である（学説では、石堂淳「親族相盗例の系譜と根拠」法學五〇巻四号（一九八六）一四二頁（適用等を肯定）が先駆的か）。同判決は、「刑法二四四条一項は、親族間の事件については、刑罰をもつて干渉することを差し控え、家庭内の自律に委ねるという刑事政策的考慮に基づくもので、人的な処罰阻却事由を定めたものと解されるところから、同項にいう配偶者とは、民

法上婚姻が有効に成立している場合に限られ」として、適用等を否定する決定的な理由を学説上のいわゆる政策説に求めたのである。

同判決が適用等を否定する上で最も重視したのは、「家庭内の自律に委ねるという刑事政策的考慮」であろう。しかし、民事判例及び民事学説上「配偶者」と法的に（ほぼ）同等に扱われている内縁の配偶者を「家庭内」にある者と評価することは（論理展開は異なるが、後掲・内海①三七頁右段、同②七六頁以下、後掲・清水二二三頁以下、後掲・箭野三二〇頁以下参照。但し、仮に本決定あるいは〔裁〕判例が政策説を前提としているとしても、それが結論を導く上で重要であるならば、本決定はそれを明示したであろう。しかし、そうしていないことに注意すべきである）、なお可能である（現に、政策説を採用する、山口厚『刑法各論』（補訂版、二〇〇五）二〇七頁（適用等は困難。但し否定するまでもないとする）と前掲・大谷二二三頁（適用等を肯定）では結論を異にしている。もつとも、これらは政策説と「配偶者」概念如何を関連づけていない）。

（二）ところで、いわゆる違法減少説や責任減少説ではどうであろうか（中谷種子＝斎藤隆「親族間の財産犯罪」西原春夫ほか編『判例刑法研究第六巻』（一九八三）一七六頁参照）。

まず、違法減少説は、「所有関係は家庭外の場合よりもいく

らかルーズである。」(平野龍一『刑法各論の諸問題』一〇「法セ」二二三号(一九七三)五三頁)として、(広義の「親族」というよりはむしろ)「同居(の親族)」にその根拠を求めているように思われる(但し、被害者の暗黙の同意を援用する、堀内捷三「親族相盗」藤木英雄「板倉宏」刑法の争点(新版、一九八七)二六二頁は、むしろ「親族」にその根拠を求めていると言えよう)。また、民事判例は当該男女関係が内縁であると認定するに当たり、当該男女が日常生活を共にしていることを一つの重要な事情としている(宮周平「事実婚の判例総合解説」(二〇〇六)二二頁以下参照)。そうすると、内縁にも違法減少があると言えるようにも思われる。

しかし、「配偶者」が「同居(の親族)」を要件としていないのは、行為者と被害者が現に同居しているか否かに関係なく、行為者が被害者の「配偶者」でさえあればよいことを意味するから、「同居」に着目して適用等の可否を決するのは妥当でない(なお、前掲・中森二六頁注(一七)「適用等を肯定」と堀内捷三『刑法各論』(二〇〇三)二二六頁「適用等を否定」では結論を異にしている)。

次に、責任減少説は、「親族関係」に「特有」である「―ある種の『甘え』を背景とした―誘惑的な要因」が反対動機の形成を困難にする(前掲・松原三八九頁以下参照)として、広義の「親族」にその根拠を求める。同説の論者の中には明確に適用等を

否定する者がある(例えば、曾根威彦『刑法各論』(第三版補正三版、二〇〇六)一三二頁、西田典之『刑法各論』(第四版、二〇〇七)一五四頁参照)。しかし適用等を肯定することも可能であるように思われる(前掲・松原四一四頁参照(法律上の夫婦と同様の親族特有の誘惑要因が認められる)。但しこの場合、「親族関係」に「特有」というよりはむしろ、「顕著」となろう)。

このように、法的性質論は、適用等の肯定・否定いずれの結論にも至り得ることから、その可否を決する理由とはなり得ず(後掲・新家二八頁以下、後掲・林一六九頁、後掲・原口一九四頁、松原芳博「親族相盗例」西田典之ほか編『刑法の争点』(二〇〇七)一七三頁参照)、したがって、従前の理由づけはいずれも適用等の可否を決するものではない。それゆえに、本決定はそれを採用しなかったと理解することができるのである。

三．次に、本決定は如何に適用等を否定したのか、について検討する。

(一) 本決定が適用等を否定する理由を本条項の法的効果に求めていることは、判文上明らかである。しかし、適用等の可否は要件解釈如何によるというのが通常であろう。そこで、「刑の必要的免除」という法的効果は要件解釈に如何なる影響を与

えるのか、問題となる。

ところで、そもそも「刑の必要的免除」とは如何なる法的効果なのであろうか。それは次の二つの要素からなる。一つは、「刑の裁量的免除」及び「刑の必要的減免」と比較すると、最終的に付与し得る法的効果が唯一であること（後掲・谷三三頁参照）、もう一つは、それが（同様に最終的に付与し得る法的効果が唯一である「刑の必要的減軽」ではなく）「刑の免除」であることである（「刑の必要的免除」が「非常に強い効果」（後掲・谷三三頁）なのは、これらのためである）。

さて、まず前者の要素は、明らかに「刑の免除」に値する者（「配偶者」）以外へ適用等しない方向へと導く。なぜなら、例えば最終的に付与し得る法的効果が「刑の免除」と「刑の減軽」の二つある場合、仮に「刑の免除」に値し得る者に適用したとしても、最終的に「刑の減軽」にできるからである（本決定は、本条項は「刑の必要的免除を定める」（傍点引用者）と判示している）。

また、後者の要素も同様である。ここで重要なのは、「刑の免除」に刑法典上「酌量免除」規定が存在しないことである。適用等するということは、行為者と被害者の当該関係が「刑の免除」に値すると判断するからである。当然、この判断は事案個別的なものとならざるを得ない。しかし、「酌量免除」規定

の不存在は、法が事案個別的な判断による刑の宥恕を「刑の減軽」（六六条参照）に留める趣旨と理解できる。そうすると、「刑の免除」も、明らかにそれに値する者以外に適用しない方向へと導くこととなる（また、「刑の免除」は、犯罪が成立するにもかかわらず、その実質を担う科刑の可能性が存在しないという「大きな効果」（後掲・山口「裕」三四頁）でもある。「刑の減軽」と比較して、これも要件解釈に影響を及ぼさないとは言えないであろう。いずれにせよ、本決定は「免除を受ける者の範囲は明確に定める必要がある」（傍点引用者）と判示している）。

このように、「刑の必要的免除」は二つの点で要件解釈に「配偶者」以外の者を含めない方向へと影響を及ぼすと理解することができ。しかし、（以上の検討から明らかなように）「刑の必要的免除」は適用等の可能性を完全には否定することができない（要件解釈として「配偶者」以外の者が含まれる可能性はなお残る）。その意味で、それは「弱い」（後掲・林一六九頁）理由と言える。

（二）そこで、にもかかわらず、なぜ本決定は適用等を否定したのかが問題となる。明確には言及されていないものの、「刑の必要的免除」といういわば形式的な理由の背後には、適用等を否定する実質的な理由があるように思われる。

例えば、八〇条の法的効果は本条項と同様に「刑の必要的免

除」であるが、そのことから直ちに、明らかに「刑の免除」に値する者（例えば、虚偽事実を一切含めず¹⁰に犯罪事実を告げた者）だけに同条を適用すべきとまでは言えないであろう。というのも、同条の意義が、行為者にとって最も魅力的な法的効果を予定することによって、行為者を法益侵害結果惹起の回避へと誘導する点にあるからである。言い換えると、八〇条の「刑の必要の免除」だから適用範囲を限定すべきでないとも言えるのである（九三条但書も同様である）。

そうすると、本決定が適用等を否定した理由は、二四四条一項の「刑の必要の免除」だからと限定的に理解すべきこととなる。では、それは如何なる意味で適用等を否定する実質的な理由となるのであろうか（なお、二五七条一項との関係につき、前掲・中谷＝斎藤一七七頁参照）。

二四四条一項と二項では、科刑の可能性の有無で決定的に異なる（それゆえ、両項間に法的な不均衡は存在しない。林幹人『刑法各論』〔第三版、二〇〇七〕二〇四頁参照）。この差異は、規定の構造上、単純化すれば、「同居」に基づくものである。また、それは、従前の下級審裁判例によれば、「事実上居を同じくして日常生活を共にすること」と定義される（名古屋高判昭和二十七年一〇月二三日高刑集五卷二二号二二五八頁、札幌高判昭和二十八年八月二四日高刑集

六卷七号九四七頁、東京高判昭和三十三年九月二日高刑特四卷一九号五〇四頁、札幌高判昭和五十四年四月二七日高刑集三三卷一〇二〇頁参照。その他、東京高判昭和二十六年一〇月三日高刑集四卷二二号一五九〇頁、同判決の上告審である最決昭和二十七年二月二六日裁判集刑七一号九五一頁、東京地判昭和三十四年一月二〇日東高集一〇卷一〇二四二五頁も参照。学説も同様である。これに対して、二五七条一項の「同居」を「同一の場所で日常生活を共にすること」と定義して、結果同項の適用を否定した原判決に対し、最決昭和三十三年一月一九日刑集一一卷二二号三〇九二頁は括弧書きで、「なお本件を刑法二五七条一項の場合に当たらないとした原判決は正当である。」とした。同決定が上記定義をも是認したかは定かでないが、二四四条一項の「同居」とは定義からして異なり得るため、その意義もまた異なり得るのである。なお同決定の評釈である、木村健助「判批」民商四〇巻一号（一九五九）一七三頁参照。併せて、後述の二五七条一項に関する叙述箇所参照。これは、①居を同じくすること（形式的側面）と、②日常生活を共にすること（実質的側面）の二つの要素に分けて考えられる。

そこで、これらの意義が問題となるが、「同居」の理論的重要性に鑑みれば、なお慎重な検討を要するものの、それは次のように理解することができるように思われる（なお以下では、本条項の典型である住居内の財物を念頭に置く）。

結論から言えば、上記二つの要素はいずれも、不特定または多数の被害者の、財物に対する窃盗等による危険性が(二重に)類型的に減少することを意味すると理解できる。まず①に関して、被害者と「居」を同じくすることで、単に一時的な滞在と比較して、行為者が被害者の財物へ接触する機会が多くなるからである(行為者が被害者方に一時宿泊したに留まる事案で「同居」を否定した、前掲・札幌高判昭和二八年八月二四日〔学説上も異論がない〕参照。これによって、行為者は特定かつ少数の被害者の、財物に対する窃盗等へと、まず方向付けられる。

また②に関して、被害者は、行為者と「日常生活」を共にすると、それとある程度多くの財物を共用することになり、それゆえ自身の財物に関する所有観念が希薄化するからである(行為者が被害者方の一室に居住していたものの、被害者の部屋とは区画され、被害者と起臥寝食を共にしなかった事案で「同居」を否定した、前掲・東京高判昭和二六年一〇月三日〔学説上も異論がない〕参照。これによって、行為者は特定かつ少数の被害者の、財物に対する窃盗等へと、さらに方向付けられる。

では、「刑の必要的免除」はかように理解される「同居」によって正当化されるか。二四四条一項が適用されるために必要な親族関係は、当該財物の帰属を巡って利害対立する行為者と被害

者(所有者及び占有者)との間であるから(最決平成六年七月一九日刑集四八巻五号一九〇頁参照。また本条二項参照。これに対して、二五七条一項は、当該財物(赃物)の帰属を巡る利害対立しない行為者と本犯者との間に親族関係が必要とする。最決昭和三八年一月八日刑集一七巻一 一五三七頁参照〔親告罪規定がないことに注意〕。したがって、同項では以下で述べる問題は生じない)、犯罪成立ないし有罪の中核を担う科刑の可能性を排除するには、比較的強い根拠が必要であるように思われる。

しかし、「同居」がそれを提供するかには、疑問の余地がある。なぜなら、本条項が真価を発揮する場面は、質的または量的に、日常生活に必要な財物であるとは必ずしも言い得ない財物の窃盗等であると解されるところ、被害者の所有に係る財物のすべてが②のように理解できるとは言い得ないように思われるからである(つまり、日常生活に必要な財物であれば、利害対立状況は緩和されると言い得るが、そうでない場合依然として当該財物を巡る利害対立状況は緩和されないままなのである)。

したがって、「同居」は「刑の必要的免除」を十分には正当化し得ないように思われ、その意味で、二四四条一項の法的効果が合理的であるとは言い難いと見えよう(このことは、「刑の必要的免除」を基礎づける従前の学説が必ずしも成功してこなかったことに、

如実に表れているように思われる。近時、本条を一律親告罪とすべきとの立法論的な批判・提案をする見解が有力である。例えば、日高義博「親族相盗例の問題点」[専法七五号(一九九九)一二頁、佐伯仁志「道垣内弘人」刑法と民法の対話」(二〇〇二)三四三頁下段「道垣内発言」、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)三五一頁以下、松宮孝明「刑法各論講義」(補訂版、二〇〇六)二〇五頁参照。それゆえに、本決定は二四四条一項の「刑の必要的免除」だからこそ適用等を否定したものと理解することができるし(この点は、本決定が「刑法二四四条一項は」とその「刑の必要的免除」に限定するかのように判示している点に見出されるべきである)、また、そう解すべきであるように思われる。

四、最後に、(以上の検討から明らかではあるが)本決定の射程を簡単に確認しておく。まず、本条項を準用する二五一条及び二五五条にも及ぶことは、明らかである(後掲・原口一九四頁)。しかし、一〇五条には及ばない。なぜなら、その法的効果がそもそも「刑の必要的免除」ではないからである(同条の法的効果は「刑の裁量の免除」である)。また、二五七条にも及ばないと解すべきである。なぜなら、その法的効果が二四四条一項の「刑の必要的免除」ではないからである(なお、本決定は東京高判昭和四九年六

月二七日高刑集二七卷三二九一頁と事案を異にする。本決定は「配偶者」でないことが前提であるが、同判決はその前提に関して判断しているからである。後掲・林二六八頁参照。

評者の知り得た、本決定の解説として、判時一九四四号一六九頁、判タ一二二〇号一六頁、山口裕之・判時一九八二号二二頁(特に三頁以下)が、評釈として、内海朋子①・セレクト二〇〇六(法教三八号別冊付録)三七頁、同②・刑事法ジャーナル七号七三頁、清水晴生・白鷗一四卷一四九頁(特に二四頁以下)、親家・研修七〇七号一七頁、箭野章五郎・新報一一四卷三二四号二九五頁、谷直之・受験新報六七二号二二頁、林幹人・平成一八年度重判解ジュリ一三三三二号一六七頁、原口伸夫・速報判例解説一四九三頁、前田雅英・最新重要判例二五〇「刑法」(第六版)一七二頁、松宮孝明・法セミ六二三号一二〇頁がある(以上、五十音順)。

※脱稿(平成二〇年二月五日)後、①本決定の評釈として、日高義博・専修大学ロージャーナル三三三三頁に、また②未成年後見人による未成年被後見人所有の財物の横領に二四四条一項を適用しない旨判示した、最決平成二〇年二月一八日裁時一四五四号一四頁に、それぞれ接した。