

## 未成年後見人による横領と親族相盗例の準用

最高裁判平成二〇年二月一八日第一小法廷決定、平成一九年(あ)第一二三〇号、  
業務上横領被告事件、刑集六二巻二号三七頁、判時一九九八号一六一頁、  
判タ一二六五号一五九頁

奥村正雄

### 【事実の概要】

被告人Xは、未成年者A(平成三年七月一日生)の母B(平成一三年六月二二日死亡)の母であって、平成一三年八月八日、家庭裁判所家事審判官によりAの後見人に選任され、Aの預貯金の出納、保管等の業務に従事していた者であり、被告人YはAの伯父(Aの母の兄)、被告人ZはYの妻である。

被告人X、Y、Zは、共謀のうえ、平成一三年八月一五日から平成一五年一月一〇日までの間、前後五回にわたり、F中央郵便局ほか四か所において、被告人らの用途に費消するためほしのままに、Xが業務上預かり保管中の日本郵政公社S貯金事務センターに開設されたA相続に係るB名義の定額郵便貯金口座ほか二口の貯金口座から合計六七万二九〇四円を引き出した。また、XとYは、共謀のうえ、平成一四年二月二七日から平成一五年一月二〇日までの間、

前後九回にわたり、F農業協同組合本店ほか三か所において、XとYの用途に費消するため、ほしのままに、Xが業務上預かり保管中の新F農業協同組合O支所に開設されたA名義の普通貯金口座ほか一口の普通貯金口座から、合計八九万円を引き出し、それぞれ横領した。

以上の事実について、Xら三名は、業務上横領罪で起訴された。なお、XとYに対しては、Aの新たな後見人から告訴がなされているが、Zに対しては告訴がなされていなかった。弁護人は、①XはAの祖母であって、Aとの間には直系血族の関係があるから、刑法二五五条、二四四条一項により親族相盗例が準用され、その刑が免除されるべきであること、②ZはAの叔母（Aの母の兄の妻）であって、Aと同居していないものの親族関係にあるから、刑法二五五条、二四四条二項により告訴がなければ公訴提起が許されないと、Zに対しては告訴がないから、Zに対する公訴は棄却されるべきであることを主張した。

一番（福島地判平成一八年一〇月二五日）は、被告人らに業務上横領罪の成立を認めたが、上記弁護人の主張について、次のような判断を示し、その主張を斥けた。①親族相盗例の趣旨は「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適用すべきではない。後見人は、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つ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。被告人は、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、親族相盗例を適用する余地はない。また、後見人は、後見人に選任されることにより、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るとすべきである。したがって、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つて保護されるべきである。

② 刑事訴訟法二三八条一項は、親告罪において共犯者の一人また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旨定めているが、本件では、被害者Aおよびその後見人によりXと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Zに及ぶことは明らかである。本件のように同居の親族である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のは不当である。

こうして一審は、Xを懲役三年（執行猶予五年）、Yを懲役三年（執行猶予五年）、Zを懲役一年六月（執行猶予三年）にそれぞれ処した。

二審（仙台高判平成一九年五月三一日）は、弁護側の事実誤認、法令解釈・適用の誤りを理由とする控訴を棄却し、親族相盗例の適用に関して、その法的性格を一審と同様に解し、次のような判断を示した。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場合において行われた場合にのみその適用がある。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のであり、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のではなく、親族だからといって法益侵害の程度が低くなる理由も、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ず、親族相盗例を適用する余地はなく、Zに告

訴の必要はないと判示した。

これに対して、弁護側は、詳細な上告理由を挙げ、原判決には以下の問題点があると主張した。その骨子を示すと、①現行法上、後見人を選任された親族については親族相盜例の適用・準用を排除・制限する規定は存しないし、立法者意思からもそのような趣旨は何わけれないのに、原判決が、未成年者の身上および財産の保護を図るという後見制度の趣旨を強調して親族相盜例の適用を認めなかったことは罪刑法定主義に反し、憲法三一条違反である。②後見人を選任されているか否かを問わず、親族は親族として等しく刑法二四四条の適用ないし準用が認められるべきである点で、原判決は平等の原則を定める憲法一四条に違反する。③原判決は、民法所定の親族関係が認められる限り親族相盜例が適用・準用されるとする判例に違反する。④委託物横領罪においては、横領犯人と財物の所有者との間に親族関係があることを要するのであり（大判昭和六・一一・七刑集一〇卷六〇四頁）、財物の所有者以外の者が所有者の財物を第三者に委託したときは、その委託者は財物についてはもはや使用、収益、処分する地位を失うことになるから、所有者の財物を保護すれば足り、委託者には刑法上保護すべき利益は存しないことから、原判決が親族相盜例を適用しなかったのは、法令の解釈・適用の誤りである。⑤犯人との身分関係を考慮して親告罪と定められている相対的親告罪においては、告訴の効力は告訴の対象となつている親族だけに及び、告訴の対象になつていない親族には及ばないから、刑事訴訟法二三八条一項は相対的親告罪には適用されないと解すべきであるのに、原判決は、親族相盜例の解釈を誤つた結果、告訴の効力に関する判断を遺漏した。

以上の主張に対して、最高裁は、①、②は単なる法令違反の主張であり、③は原判決が親族相盜例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前提を欠き、④と⑤は単なる法令違反の主張であり、いずれも上告理由に当たらないとしたうえで、職権判断により、業務上横領罪の成否について以下のように判示した。

## 【決定要旨】

「刑法二五五条が準用する同法二四四条一項は、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（最高裁昭和二五年（れ）第一二八四号同年二月二日第三小法廷判決・刑集四卷一―二号二五四―三五頁参照）。

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（民法八五九条一項）、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（同法八六九条、六四四条）、家庭裁判所の監督を受ける（同法八六三条）。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（同法八四六条）。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る法律上の義務を負っていることは明らかである。

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二四四条一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ふべきである。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。」

## 【研究】

## I はじめに

刑法二四四条一項は、窃盗罪および不動産侵奪罪（未遂を含む）を配偶者、直系血族または同居の親族の間で犯した場合には、親族間の犯罪に関する特例（親族相盗例）により刑を免除する旨を規定しており、詐欺罪および恐喝罪に準用されるほか（二五一条）、横領罪にも準用される（二五五条）。本件では、被害者の直系血族に当たる被告人が、家庭裁判所から被害者の後見人として選任された「未成年後見人」でありながら、業務上占有する被後見人所有の財物を横領した場合に、親族相盗例が準用されるかが問題となった。この問題については、近時、幾つかの裁判例がみられるものの、先例が少なく、それゆえ学説上の議論もほとんどなかったが、本決定を契機に議論が高まりつつある。本決定は、刑法二五五条による親族相盗例の準用を否定した最初の最高裁判例であり、後見人による被後見人の財産の領得は後見人が被後見人の親族であつても刑の免除対象にはしないことを明言した点で大変重要な意義がある。また、親族相盗例が設けられた根拠につき、「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」に基づくとし、「法は家庭に入らず」という法格言に基づく政策説の立場を明らかにした点でも、本決定の意義がある。

所有者である被害者と所定の親族関係にある被告人が占有する財物を領得した場合に適用される親族相盗例が、本件で否定されるのはなぜなのか。この問題を解決するためには、親族相盗例により刑が免除される根拠、親族相盗例が準用される親族の範囲について検討する必要がある。

## II 親族相盜例の根拠

親族相盜例により刑が免除される根拠について、本決定は、既述のように、最判昭和二五年一月二日（刑集四卷一二号二五四三頁）<sup>①</sup>を引用し、「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のではない」と判示し、政策説の立場をとることを明言している。この点は本件一・二審判決も同様であり、一番は、親族相盜例の趣旨は「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適用すべきではないとした。二審も、同様の政策的考慮に根拠を求め、「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、親族だからといって法益侵害の程度が低くなる理由も、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性は実質的にもない。」としている。さらに、本件とほぼ同時期に出た、成年後見人が親族関係にある被後見人の財産を業務上横領した場合に、親族相盜例は適用されないと判断した秋田地判平成一八年一〇月二五日（判タ一二三六号三四二頁）およびその控訴審である仙台高裁秋田支判平成一九年二月八日（判タ一二三六号一〇四頁）が政策説に立つことを説示の冒頭で明言している。こうした法政策に基づく一身の刑罰阻却事由を定めたものとする政策説が判例の基本的立場である。

一方、学説をみると、政策説は、免除が有罪判決の一種であること、二四四条二項において同居していない親族間の場合は親告罪とされていること、同三項において共犯については前二項の適用を排除していることを根拠とするもので通説<sup>②</sup>である。これに対し、法律説も有力に展開されている。法律説は、刑罰は犯罪の実質である違法と責任を根拠とす

るから刑の免除の根拠は違法か責任かを根拠にせざるを得ないとし、違法論と責任論のいずれかで解決すべきであるとする。違法論で評価する立場として、親族間における財産の所有・占有は共同利用関係があり厳格に区別されず、その侵害は一般に違法視されないことを理由に、可罰的違法性が阻却されるとする説<sup>③</sup>と違法性が減少するとする説<sup>④</sup>があり、また責任論で評価する立場として、親族関係という誘惑的要因から反対動機の形成が一般的に期待できないことを理由に、責任が阻却されるとする説<sup>⑤</sup>と責任が減少するとする説<sup>⑥</sup>があり、それぞれ対立している。このうち、可罰的違法性阻却説と責任阻却説に対しては、「刑の免除」は有罪判決の一種であること（刑訴法三三四条）に加え、包括的同意ないし推定的同意の存在を理由とする違法性阻却や、期待可能性の不存在を理由とする責任の阻却は親族相盗例がなくても考え得るのにあえて本特例が規定されていることから考えて、妥当しないとする批判<sup>⑦</sup>が可能であろう。

他方、違法減少説については、親族間において同居していない場合はむろん同居の場合にも所有・占有関係が必ずしも不明確とは限らないし、明確な場合でも親族相盗例は適用されることになるから、財産侵害の軽微性を根拠に挙げることは困難であることに加え<sup>⑧</sup>、既述のように、二四四条三項が親族ではない共犯につき前二項の適用を排除していることの説明が困難であるという問題<sup>⑨</sup>がある。責任減少説についても、類型的に期待不可能といえるかどうかは疑わしい<sup>⑩</sup>。このように、政策説が基本的に妥当であると思われるが、法律説が主張するように、財物侵害についての親族相互間における包括的同意による違法性減少や規範意識の希薄化による責任減少の要素が政策的考慮に影響を与えずにはおかない。政策説もこのこと自体は認め、それらの要素を政策的考慮の中に統合して考慮すべきであるとしている<sup>⑪</sup>。なお、本決定は、専ら政策的考慮のみに言及しており、このような統合的な考慮を前提としたものか、それとも違法・責任という犯罪の実質とは無関係に政策のみに根拠を求めているかは明らかにしていない<sup>⑫</sup>。

### III 親族関係の範囲

一 二四四条の親族相盗例の適用につき親族関係の範囲は、判例・通説によると、民法七二五条によるものとされている。<sup>13)</sup> 同条によると、本件においては、被告人と被害者は祖母と実の孫という六親等内の直系血族の関係にあるので、親族相盗例は適用されることになるはずである。もつとも、本件では、家庭裁判所が被告人を被害者の後見人として選任し、被後見人の財産管理事務につき監督する立場にあり、親族関係に介入していることから、親族相盗例の準用につきどのような影響を与えるかが問題となる。所有権侵害のみが法益侵害となる遺失物横領罪と異なり、委託物横領罪と業務上横領罪においては、所有権侵害とともに委託信任関係の侵害も法益侵害となることから、親族関係が行為者と所有者との間だけではなく、委託者との間に存在することを要するかどうか、家庭裁判所は委託者と解することができるかが問題となる。

二 この問題に関する判例の態度をみると、行為者と委託者および所有者の間に親族関係が存在することを要するとしている。<sup>14)</sup> 問題は、委託者に家庭裁判所が含まれるかである。前掲秋田地判平成一八年一〇月二五日は、家庭裁判所より、同居していない被後見人（叔母）の成年後見人として選任され、その財産管理等の業務に従事していた被告人が、保管中の被後見人所有の現金を着服横領したという業務上横領の事案について、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ものと理解されるから」、親族相盗例の準用は「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。」とした上で、被告人は家庭裁判所の選任により後見人の地位に就き、そ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から、家庭裁判所は委託者の立場にあってと認められると判示した。同判決は、家庭裁判所を委託者と断定した上で、被告人とは親族関係にないという論理を

と、親族相盜例の準用を否定した。

その控訴審である前掲仙台高裁秋田支判平成一九年二月八日は、「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みざるを得ず、その意味で親族相盜例の適用ないし準用は排除されるというべきである。」とした。その上で、業務上横領罪の行為の特質という面では、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、これに親族相盜例が準用されるためには、行為者と財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者との間にも親族関係が存在することを要するとし、「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盜例の準用はあり得ないと解するのが相当である。」と判示した。このように、同判決は、「委託信任関係を形成した者」と位置付け、そのような地位としての親族関係が行為者との間で必要であるとし、後見人としての委託信任関係の違背の点に親族相盜例の準用否定の根拠を求めている。同判決が家庭裁判所を「委託者」としなかつたのは、委託者だとすると被害者として告訴権をもつことになるが、家庭裁判所と成年後見人との間に民法上の委任関係がないため、当該業務上横領につき被害者となりえないからである。<sup>15)</sup>

一方、本件一審判決は、未成年後見人の地位は家庭裁判所との信任関係に基づくというべきであり、「後見人に選任されることにより、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る。したがって、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保護されるべきである。」等として、家庭裁判所との間の信任関係の違背を親族相盜例の準用否定の根拠とした。一審判決は家庭裁判所を委託者に当たるとしたという理解が多いが、「財産上の被害者ではない」としていることから、前掲仙台台高裁秋田支部平成一九年判決と同様、狭義の委託者以外の者に親族関係を広げているといえよう。<sup>16)</sup>

他方、本件二審判決は、「親族相盜例は、当該犯罪が専ら親族間の親族関係に基づく場合において行われた場合にのみその適用がある。」として、それ以外は適用がないとした上で、未成年後見人は「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のであり、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、親族だからといって法益侵害の程度が低くなる理由も、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。」として、親族相盜例の準用を否定した。二審判決は、親族関係が委託者との間に必要であるかの問題に言及することなく、親族相盜例は専ら当該犯罪が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いう趣旨と、後見人が被後見人の財産管理の権限を賦与され家庭裁判所の監督を受ける立場にあるという未成年後見制度の趣旨に基づき、親族相盜例の準用を否定している。

以上のように、家庭裁判所を横領罪における委託者と明言しているのは前掲秋田地裁平成一八年判決だけであり、前掲仙台台高裁秋田支部平成一九年判決や本件一審判決は狭義の委託者以外の者として家庭裁判所を位置付けているが、いずれも親族相盜例の準用範囲について、行為者と所有者および委託者との間の親族関係を判断の枠組みとしている。これに対し、本件二審判決は、そうした判断枠組みを採用せず、親族相盜例と未成年後見制度の趣旨から親族相盜例の適

用の有無を論じている。

三 横領罪における親族相盜例の人的適用範囲について、学説は、①行為者と財物の所有者との間で所定の親族関係があれば足りるとする説と、②行為者と財物の所有者だけでなく、委託者との間にも所定の親族関係が必要であると<sup>19)</sup>する説が対立する。①説は、委託物横領罪においては、財物の所有者以外の委託者は、委託後は財物について使用、収益、処分する地位を失うため、刑法上保護すべき利益はないことに根拠を求めている。①説によれば、委託物横領罪と業務上横領罪の場合は、財産の委託信任関係が必要なところ、家庭裁判所と後見人との信任関係は財産の委託を伴わない単なる信任関係という刑法上の保護に値しないものであり、後見人の選任・監督権限があることから直ちに家庭裁判所を被後見人の財産の委託者と解するのは困難であるとする<sup>20)</sup>。窃盜罪の場合には、財物の占有者も占有の利益を有している以上、刑法上保護する必要があり、行為者と所有者および占有者との間に親族関係が必要であるのが判例・通説である<sup>21)</sup>。しかし、委託物横領罪では、窃盜罪とは異なり、委託者は占有者のような被害者にはなりえないと解するのである。したがって、①説によると、家庭裁判所の介入を認めるとしても、親族相盜例の適用は排除されないことになる。

これに対し、②説は、横領罪の保護法益は財物に対する所有権にあるとともに、副次的に委託信任関係も含める立場から主張されている<sup>22)</sup>。問題は、②説に立つ場合、家庭裁判所を委託者とみなしうるか、あるいは委託者以外の者とみなしうるかにある。

まず、家庭裁判所を委託者とみる見解は、未成年後見においても成年後見においても、親権者のいない未成年者や精神上の障害により事理弁識能力を欠く常況にある成年者は、その財産の管理処分を他人に委託する能力を欠くから、家庭裁判所は後見人を選任することにより被後見人の財産の管理処分を後見人に委ね、後見人を監督する点で、家庭裁判

所と後見人との関係は単なる信任関係にとどまらず、被後見人の財産上の委託信任関係に該当することから、言い換えると、後見人は家庭裁判所との委託信任関係に基づき財物を占有していることから、その委託信任関係は刑法上の保護に値すると主張する。これに対しては、①説が指摘するように、財産の委託がない家庭裁判所を委託者とみなすことは困難であるとの批判が可能であろう。

次に、前掲仙台台高裁判田支部平成一九年判決と本件一審判決のように、家庭裁判所を後見人と委託者以外の「委託信任関係を形成した者」として位置付ける見解は、委託信任関係違背を侵害の態様と捉え、「委託物横領が占有離脱物横領よりも重く評価される根拠を、前の占有者から物を移転して領得するという所有権侵害プロセスにおける、行為者の行為の事實的寄与の度合いの差に求めるならば」委託者の地位に積極的な保護価値は要求されないことになるから、家庭裁判所が後見人に対して選任・監督を通じて財産に間接的支配を及ぼしていることを理由に「委託者性を肯定できる」とする。これに対しては、親族相盗例の適用・準用の範囲の明確性を確保するために、行為者と親族関係が必要な者の範囲は保護されるべき利益を害される被害者に限定すべきであるところ、被害者以外の者に親族関係を問題とする見解は、行為者と親族関係に立つ必要のある者の範囲を不明確にするおそれがあるとの批判が可能であろう。<sup>(28)</sup>

以上のような判例・学説の状況の中で、本決定が出ることになった。

#### IV 本決定の意義と課題

一 本決定は、親族相盗例の趣旨につき政策説の立場をとることを最高裁として確認するとともに、親族相盗例の適用の可否については、二審判決と同様、家庭裁判所と後見人との間に委託信任関係があるか否かには言及することなく、

未成年後見制度の意義を明記した上で、親族相盗例の準用を否定する理由を以下のように挙げた。すなわち、「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（民法八五九条一項）、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（同法八六九条、六四四條）、家庭裁判所の監督を受ける（同法八六三條）。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（同法八四六條）。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る法律上の義務を負っていることは明らかである。」。こうして、本決定は、「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、上記のような趣旨で定められた刑法二四四條一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」と結論付けている。

このように、本決定は、一方で、被後見人の財産に関する法律行為について代表する権限を後見人に家庭裁判所が委託した関係にあるとみることには困難なため、家庭裁判所と後見人との委託信任関係の判断を避けるとともに、他方で、家庭裁判所から選任された未成年後見人の後見の事務は公的性格を有しており、民法上、未成年後見人は被後見人と親族関係にあるか否かに関係なく、たとえ親族関係にあっても、被後見人の財産を誠実に管理する法的義務を負うという法理を展開し、親族相盗例の適用範囲は後見事務が関わらない親族間だけで犯行が行われた場合に限定されることを明らかにした。この論理は、二審判決のそれとほぼ同様であるが、後見事務の公的性格をより強調したものになっている。

本決定の射程範囲は、家庭裁判所の後見人指定による成年後見の場合や、遺言による未成年後見人指定の場合も後見事務の公的性格は同様であるため及ぶであろう。では、成年後見における任意後見についてはどうか。この場合、被後

見人の意思により選任し、契約により被後見人の生活、療養看護および財産の管理に関する事務を委託し、その委託に関する事務につき代理権を付与すると規定されていることから（任意後見契約に関する法律二条一項）、射程は及ばないとする見解が有力である。たしかに、任意後見は被後見人によるその財産管理等に関する契約に基づいている。もつとも、任意後見は契約締結により直ちに効力が生ずるのではなく、被後見人の判断能力が低下した時点で任意後見監督人の選任を申立て、家庭裁判所がその選任を行うことによつてその効力が生ずるのであり（同法二条、四條）、家庭裁判所から選任された任意後見監督人の監督下で行われる後見人の後見事務は、委任者である被後見人の保護の観点からは、公的性格を帯びているといえるように考えられ、そうだとすると、任意後見の場合にも射程は及びぶるとの解釈の余地もあろう。

二 本決定の評釈をみると、後見人による被後見人の財産の領得行為に当罰性があること自体は一樣に認めている。そして、未成年者である被後見人の保護の観点から、親族である未成年後見人によつて「食い物になる」ことを防ぐという意味で本決定は極めて重要な判断であり、これにより被後見人の財産を横領した親族である後見人が訴追されるようになることは判例の実際的意義が高いとする評価がある。もつとも、本決定が親族相盗例の準用を否定した法理については、課題を指摘するものや批判的なものが少なくない。

その一つは、本決定にはその結論の正当性があるが、家庭裁判所の位置付けを明確にしていなとする批判である。それによると、たとえば後見人に選任された親族とそれ以外の親族が共同して被後見人の財産を横領したような場合、本決定の法理からは、後見人に選任されていない親族には親族相盗例が適用される余地があることになり、この結論を避けるためには、家庭裁判所を後見人の選任・監督により被後見人の財産につき「間接的な支配」を及ぼしている地位にあると位置付け、「間接的な支配」の侵害の点に後見人に選任されていない親族にも特例の準用は認められないと解

すべきであるとする。この見解は、家庭裁判所と後見人との間の委託信任関係を問題とし家庭裁判所の委託者性を肯定するものであるが、既述のように、これを肯定することは困難なように思われる。むしろ、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らうか。

もう一つは、親族相盗例の適用範囲は親族が親族としての立場で犯した罪についての特例であると限定的解釈をするのは罪刑法定主義に違反するという批判<sup>30)</sup>である。それによると、家庭裁判所と後見者との間には財産上の委託信任関係がないのに選任・監督行為に基づく信任関係があること、また後見人の後見事務に公的性格があることを理由に親族相盗例の準用を排除できない、なぜなら、後見人に選任されても依然として被後見人との親族関係は存在し、財産の所有・占有関係が変わるわけではなく、親族相盗例の適用を否定する理由にならないからであるとする。そこで、法定後見・任意後見を問わず、後見人が親族である被後見人の財産を領得する行為を処罰するために、親族相盗例の適用・準用を除外する旨の規定を設ける立法的解決が必要であると主張している<sup>31)</sup>。

たしかに、親族は後見人に選任されても依然として親族関係があり、財産の所有・占有関係に変化がない以上、親族相盗例の適用・準用を除外する理由がないようにもみえる。しかし、親族相盗例の趣旨が親族間の一定の私的な財産上の紛争については「法は家庭に入らず」処罰を控えるという政策的考慮にあることが前提となつているところ、後見制度の介入により、もはや親族間での私的な財産上の紛争ではなくなることから、親族関係が存在しても、そのような政策的考慮を働かせる余地がなくなるため、親族相盗例の適用・準用の対象外と解することは、罪刑法定主義に反すると

まではいえないように思われる。親族である未成年後見人から未成年被後見人を保護する後見制度の観点から、以上のような親族相盗例の限定解釈を行った本決定の先例としての意義は大きい。

〈本決定の評釈〉

内田 幸隆 「未成年後見人による横領と親族相盗例の準用」判例評論六〇七号（二〇〇八年）二七頁

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所有の財物を横領した場合と刑法二四四条

一項の準用の有無」ジュリスト一三五八号（二〇〇八年）一六七頁

川口 浩一 「未成年者後見人による横領と親族相盗例の準用」ジュリスト一三七六号（二〇〇八年）一九二頁

久木元 伸 「判批」警察学論集六一巻六号（二〇〇八年）二一三頁

照沼 亮介 「後見人の横領行為と親族相盗例」実践成年後見二六号（二〇〇八年）九一頁

堀内 捷三 「未成年後見人の横領行為と刑法二四四条一項の準用の有無について」中央ロー・ジャーナル五巻一号

（二〇〇八年）九九頁

松宮 孝明 「親族である後見人による横領と親族相盗例」法学セミナー六四七号（二〇〇八年）一二八頁

宮崎 香織 「判批」研修七一九号（二〇〇八年）一七頁

山口 厚 「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と刑法二四四条

一項の準用の有無」刑事法ジャーナル一三三号（二〇〇八年）九一頁

同 「後見人による横領といわゆる親族相盗例」NBL八八二号（二〇〇八年）三六頁

（1） 最判昭和三十五年二月二日は、「刑法二四四条は、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關しその犯人の初倍につ

未成年後見人による横領と親族相盗例の準用

同志社法学 六二巻二号 二二四 (二二四)

き特例を設けたにすぎないのであって、その処罰の成立を否定したのではないから、右窃盗罪によつて奪取された物は赃物たる性質を失わない」と判示しており、親族相盗例の趣旨につき政策説にたつていているものと解されるが、本決定のように、政策的考慮に基づくことを明言しているわけではない。最判昭和二年一月二六日(裁判集〔刑事〕一四号八一九頁も参照。濱邦久『大コンメンタール刑法第二版』(大塚仁ほか編)(青林書院、二〇〇三)四四五頁)。

- (2) 大塚に『刑法概説(各論)(第三版増補版)』(有斐閣、二〇〇五年)二〇九頁、大谷實『刑法講義各論(新版第三版)(成文堂、二〇〇九年)二一四頁、川端博『刑法各論講義(第二版)』(成文堂、二〇一〇年)三三三頁、前田雅英『刑法各論講義(第四版)』(東京大学出版会、二〇〇七年)二二四頁、山口厚『刑法各論(第二版)』(有斐閣、二〇一〇年)二〇八頁等。政策説に対する批判として、青木紀博「親族相盗例の適用」産大法学三〇巻一号(一九九六年)一四頁以下、松原芳博「犯罪概念と可罰性」(成文堂、一九九七年)三七〇頁以下、川口浩一「親族相盗例の人的適用範囲」奈良法学会雑誌九巻三〇四号(一九九七年)一七八頁以下等。
- (3) 中山研一『刑法各論』(成文堂、一九八四年)二三四頁、齊藤豊治「親族相盗例に関する考察」西原春夫先生古稀祝賀論文集(第三巻)〔成文堂、一九九八年〕二〇三頁以下等。
- (4) 平野龍一『刑法概説(有斐閣、一九七七年)二〇七頁、中森喜彦『刑法各論(第二版)』(有斐閣、一九九六年)二二五頁等。
- (5) 松原・前注(2)三九六頁以下。
- (6) 林幹人『刑法各論(第二版)』(東京大学出版会、二〇〇七年)二〇三頁、曾根威彦『刑法各論(第四版)』(弘文堂、二〇〇八年)一三三頁、山中敬一『刑法各論(第二版)』(成文堂、二〇〇九年)二七四頁、西田典之『刑法各論(第五版)』(弘文堂、二〇一〇年)一六一頁、内田幸隆「未成年後見人による横領と親族相盗例の準用」判例評論六〇七号(二〇〇九年)二九頁等。
- (7) 山口厚「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と刑法二四四条一項の準用の有無」刑事法ジャーナル二二号(二〇〇八年)九四頁。
- (8) 山口・前注(7)九四頁。なお、内田・前注(6)二九頁。
- (9) 林・前注(6)二〇二頁。
- (10) 大谷・前注(2)二二五頁、山口・前注(2)二〇九頁。
- (11) 山口・前注(7)九五頁。
- (12) 堀内教授は、「政策説は政策的違法減少説か政策的責任減少説かのいずれかに帰着するのであるから、たんに政策説を再確認したにすぎない

い本決定には、この点においてなお問題を残している。」と批判される。堀内捷三「未成年後見人の横領行為と刑法二四四条一項の準用の有無について」中央ロー・ジャーナル五巻一号（二〇〇八年）一〇六頁。

(13) 最二小決平成一八・八・三〇刑集六〇巻六号四七九頁は、「二四四条一項は、内縁の配偶者に適用または類推適用されない。」としている。芦澤政治「刑法二四四条一項と内縁の配偶者」ジュリスト一三五八号（二〇〇八年）一六四頁。これに対し、大谷・前注（2）二二六頁は、内縁の配偶者にも親族相盗例の適用・準用を認めるべきであるとする。

(14) 大判昭和六・一一・一七刑集一〇巻六〇四頁。

(15) 仙台高裁秋田支判平成一九年二月八日判タ一二三六号一〇七頁。もっとも、同判決は、「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」として、「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・理由があるというべきであるとする。

(16) 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所有の財物を横領した場合と刑法二四四条一項の準用の有無」ジュリスト一三五八号（二〇〇八年）一六七頁、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」研修七二二号（二〇〇七年）一〇一頁、久木元伸「判批」警察学論集六一巻六号（二〇〇八年）二二九頁、宮崎香織「判批」研修七一九号（二〇〇八年）二二頁以下。

(17) 山口・前注（7）九六頁。

(18) 内田文明『刑法各論（第三版）』青林書院、一九九六年）三七五頁、堀内捷三「後見人の横領行為と親族相盗例の適用の可否」法学教室三二五号（二〇〇七年）一五頁。

(19) 大塚・前注（2）二八一頁、大谷・前注（2）二八七頁、川端・前注（2）三二六頁、西田・前注（6）二二三頁、山口・前注（2）二九〇頁等。

(20) 堀内・前注（12）一〇九頁。

(21) 最二小決平成六・七・一九刑集四八巻五号一九〇頁。

(22) なお、大谷・前注（2）二九七頁、前田・前注（2）三二〇頁は、窃盗犯人から盗品の処分を委託された者がその盗品または処分代金を領得すれば、窃盗犯人との間で委託信任関係違背を理由に横領罪の成立を認める。この場合、委託者である窃盗犯人は横領罪の関係では被害者となることになろう。しかし、窃盗犯人との委託信任関係まで刑法上の保護を与えることには批判が強い。西田・前注（6）二二六頁、山口・前注（2）三〇四頁等。

未成年後見人による横領と親族相盗例の準用

同志社法学 六二巻二号 二二六 (二二六)

(23) 星・前注(16) 九九頁以下。

(24) 小池信太郎「判批」刑事法ジャーナル一〇号(二〇〇八年)一一二頁以下。

(25) さもないと、「たとえば、親族が所有・占有する物について単なる債権者の地位を非親族が有するというだけで、非親族が関係しているとして親族相盗例の適用を排除することも可能となってしまうからである。」山口・前注(7) 九六―九七頁。もっとも、小池・前注(23) 一四頁も、被害者以外の者を親族関係の範囲に取り込むことには制約があるとする。

(26) 家庭裁判所の指定による未成年後見人の公的地位については、豊田「横領罪への親族相盗例の準用が否定された事例」法学セミナー六二五号(二〇〇七年)一一〇頁が既に指摘している。

(27) 家令・前注(16) 一六八頁は、任意後見契約に関する法律八条が、家庭裁判所が職権で任意後見人を解任することを認めないことを挙げている。堀内・前注(12) 一一〇頁。

(28) 山口・前注(7) 九七頁。家令・前注(16) 一六八頁、久木元・前注(16) 二二二頁、宮崎・前注(16) 二八頁も同旨か。

(29) 内田・前注(6) 一七六頁。なお、照沼亮介「後見人の横領行為と親族相盗例」成年後見二六号(二〇〇八年) 九三頁以下。

(30) 堀内・前注(12) 一〇七―一〇八頁、松宮孝明「親族である後見人による横領と親族相盗例」法学セミナー六四七号(二〇〇八年) 一二八頁、川口浩一「未成年者後見人による横領と親族相盗例の準用」ジュリスト一三七六号(二〇〇九年) 一九三頁。なお、松宮教授は、民法制定当時から未成年後見制度は存在したが、後見人には二四四条一項を適用しないと明記した規定はなかったのに、後見制度の悪用防止の政策を現行法の解釈でまかなうのは立法権の侵害であると指摘される。また、川口教授は、親族相盗例による刑の免除要件の文言を超えて適用範囲を縮小することは類推解釈の禁止に当たると批判される。

(31) 山口教授は、本決定の結論を高く評価しつつも、そのような限定解釈が罪刑法定主義の疑いが全くないとはいえず、最高裁の解釈を立法上明確にすることが望ましいとされている。山口・前注(7) 九七頁。