

刑罰権の及ぶ範囲と罪刑法定主義

専修大学法科大学院講師 稲垣 悠一

- I はじめに
- II 実体法上の刑罰（処罰）拡張規定と罪刑法定主義
- III 実体法上の刑罰（処罰）縮小規定と罪刑法定主義
- IV 訴訟法上の規定と罪刑法定主義
- V 結語

I はじめに

1 罪刑法定主義とは、犯罪と刑罰については、行為前に予め法規で定められなければ何人も処罰されないという原則である。その思想的基盤としては、2つのものが考えられる。第1に、司法に対する抑制として、何が犯罪でありそれに対してどのような刑罰を科すのかを立法府に委ねるとする「三権分立の思想」⁽¹⁾である。この思想は、成文法主義をとる大陸法系との繋がりが強く、その延長として、犯罪と刑罰は議会による形式的な意味の法律に基づいて規定される必要があるという「法律主義」(Gesetzlichkeitsprinzip)⁽²⁾が導かれる⁽³⁾。第2に、国民の行動の自由を保

(1) これは、国法学的見地からの罪刑法定主義で、「分権主義」(Teilungstheorie)とも言われている(牧野英一『罪刑法定主義と犯罪徴表説[第3版]』(有斐閣, 1924年)46, 55頁)。なお、罪刑法定主義の思想的基盤として、三権分立の思想に換えて、民主主義の観点が挙げられることがあるが、大陸法系で発達した罪刑法定主義では、裁判官を単に「法律の口」であると解するモンテスキュー流の権力分立の思想に基づき、「立法による司法の拘束」に主眼があったというべきであるので、当初の思想的基盤としては、民主主義と直結するものではなかったと思われる(川端博・山中敬一・日高義博《鼎談》「罪刑法定主義の問題状況」現代刑事法3巻11号(2001年)5~6頁[日高・川端発言])。

(2) ドイツでは、基本法20条3項に基づく法律の留保の原則(Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes)に従い、国民に負担をかける国家の一切の行為は、形式的な法律の基礎を要するとされており、法治国家原理の形式的側面として、罪刑の法定を議会に委ねることに重点が置かれている(Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1996, S.126 ff.)。罪刑法定主義の理論史については、Volker Krey, Keine Strafe

障するために、罪刑を法定して、法規範の名宛人である一般市民の行動の予測を可能ならしめるという「自由主義的思想」である。

罪刑法定主義の派生原則としては、大陸法系のものとして、①法律主義の裏返しとしての慣習法の否定、②刑罰法規不遡及の原則、③絶対的不定期刑の禁止、④類推処罰の禁止があり、英米法的なものとして、⑤明確性の原則⁽⁴⁾、⑥実体的デュー・プロセスの理論、さらに争いがあるものの、⑦判例の不遡及変更の原則が挙げられている。三権分立の思想に由来する「法律主義」という観点からは、罪刑法定主義は、司法（裁判官）に対する抑制に本来的意義があり（フォイエルバッハが提唱した「法律なければ犯罪なく刑罰なし」（„nullum crimen, nulla poena sine lege“）⁽⁵⁾）、第一次的には立法府による解決が求められる。

わが国においては、特定の刑罰法規すなわち特別構成要件をよりどころに、犯罪の成立要件を吟味する「形式的犯罪論」が浸透しており、何らの刑罰法規に依拠することなく犯罪の成否を論じるということは、基本的にはなかったといつてよい⁽⁶⁾。もっとも、上記派生原則との関係では、④の類推処罰の禁止と拡張解釈との限界や、⁽⁷⁾

ohne Gesetz : Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes „nullum crimen, nulla poena sine lege“, 1983 ; Hans-Ludwig Schreiber, Gesetz und Richter : Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, 1976.

- (3) 大野真義『罪刑法定主義』（世界思想社、1980年）256頁。なお、佐伯仁志「類推解釈の可否と限界」現代刑事法3巻11号（2001年）34頁は「法律主義は、わが国の憲法が採用する議会制民主主義と三権分立の原則に基づくものであって、歴史的に形成されてきた罪刑法定主義に固有の内容ではない。」とする。
- (4) ドイツにおいても、「刑罰法規は、その内容と限界が可能な限り厳格に法律の文言から明らかとなるように、明確に表現されたものでなければならない。」とされ、刑罰法規の明確性の原則（Bestimmtheitsgrundsatz）、あるいは明確性要請の原則（Grund für das Bestimmtheitsgebot）と呼ばれるものが罪刑法定主義の派生原則として認められるようになっている（Jescheck / Weigend a.a. O. S. 128,136f.）。
- (5) P. J. A. von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1801, §20.
- (6) これに対して、中国のように、形式的に罪刑法定主義が明示されながら（1997年中国刑法3条）、犯罪の成否を論じるに当たって実質的犯罪概念が機能しているような国においては、実質的犯罪概念の下、犯罪の成立が拡大することにもなるため、本来の意味の罪刑法定主義、および形式的犯罪論を浸透させるための方策を吟味する必要がある。中国における実質的犯罪概念の問題性については、張光雲『中国刑法における犯罪概念と犯罪の構成』（専修大学出版局、2013年）参照。
- (7) たとえば、電気が窃盗罪にいう財物に当たるかが問題となった事案（大判明治36年5月21日刑録9輯874頁〔肯定〕）、琵琶湖上の舟から湖岸に向けて発砲し、陸上の山鳥を撃った行為

⑤の刑罰法規の明確性⁽⁸⁾について、しばしば問題とされた。④の類型の場合、論ずべき犯罪の根拠として、一定の刑罰法規の存在を前提としているものの、問題となる行為が、当該刑罰法規の予定する範囲を超えていると判断される場合には、構成要件該当性が否定され、当該刑罰法規は適用されないことになる。⑤の類型の場合⁽⁹⁾、問題とされる法文が不明確で広汎なために、それ自体としては違憲の疑いがある場合であり、理論上は、漠然不明確、あるいは過度に広汎であるとして、当該法規自体を違憲とする理論もあり得る。しかし、そのような事態は極めて例外的であり、実際上は当該法規の文言を合憲限定解釈した上で、当該事案における刑罰法規適用の当否が検討される。このように、罪刑法定主義の派生原則違反の効果には、若干の相違があるが、いずれも、法律主義に基づいて規定された刑罰法規の存在を前提に、「犯罪の成立要件」の解釈場面で問題となるものであった。

2 しかしながら、犯罪の成立要件の解釈場面以外においても、罪刑法定主義の考え方を及ぼし、法律主義が満たされているか否かが問われるべき事案があるよう

が湖の水面における狩猟を禁止した滋賀県令に違反するかが問題となった事案（大判昭和9年11月17日刑集13巻1577頁〔肯定〕）、ガソリンカーが刑法129条の「汽車」に含まれるかが問題となった事案（大判昭和15年8月22日刑集19巻540頁〔肯定〕）、刃渡り15センチメートル余の短剣が銃砲刀剣類等所持取締令15条（改正前）の「15センチメートル未満のひ首又はこれに類似する刃物」にあたるか否かが問題となった事案（最判昭和31年4月10日刑集10巻4号520頁〔否定〕）、鳥獣保護及狩猟ニ関スル法律16条にいう「人家稠密ノ場合」に当たるか否かが問題になった事案（最決平成12年2月24日刑集54巻2号106頁〔肯定〕）などが挙げられる。

(8) たとえば、徳島市公安条例3条3号の「交通秩序を維持すること」という文言が明確性の原則に違反するが問題となった事案（最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁〔違反しない〕）、福島県青少年保護育成条例10条1項の「淫行」という文言が明確性の原則に違反するが問題となった事案（最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁〔違反しない〕）、食品衛生法4条2号の「有害な物質」という文言が明確性の原則に違反するが問題となった事案（最決平成10年7月10日刑集52巻5号297頁〔違反しない〕）などが挙げられる。

(9) 品田智史「特別刑法と罪刑法定主義」浅田和茂ほか編『刑事法理論の探求と発見・斉藤豊治先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2012年）29以下は、①従前の「明確性の原則」が問題となる事例は、「交通の秩序を維持すること」などといった「訴追の対象とされた公訴事実」に直接適用される条文の文言そのものの明確性が問題とされていたのに対し、②虚偽記載有価証券報告書提出罪（当時の証券取引法197条1号）の「虚偽」の解釈、および違法配当罪（当時の商法489条3号）の「法令の……の規定に違反して」の解釈において、貸出金の償却又は引当の処理を行わなかったことが「公正ナル会計慣行」（当時の商法32条2項）に該当するかが問題となった事案は、「一応明確とされた法文を解釈によって具体化した結果が明確か否か」という問題である」として、②の類型の場合は、法文の解釈の明確性の問題であるとする。本稿では、明確性の原則との関連では、主として、①の場面を想定した。

に思われる。それは、ある犯罪について例外的に刑罰が阻却される規定が実体法上に設けられたが、別の実質的理由から刑罰阻却の範囲から除外するというように、「刑罰阻却の幅」や「刑罰権が及ぶ範囲」を変更したりする場面である。例えば、親族相盗例の規定の解釈場面である。

また、上記のような問題は、通常は実体法上の規定の解釈の場面で生じるが、「刑罰権が及ぶ範囲」という観点で見ると、訴訟法上の規定の解釈上、罪刑法定主義の精神や趣旨が及ぶべき場面も存在する。とりわけ、訴訟法上の規定に実体法上の法概念が入り込み、かつその規定が「刑罰権が及ぶ範囲」に関連するような場面である。このような場面では、上記のような意味での法律主義が問題となるわけではないが、訴訟法上の規定の解釈上、実体法との連動関係を意識した法解釈が必要になり、厳格な法解釈を要求する罪刑法定主義の趣旨が及ぶように思われる。

本論文は、上記のような罪刑法定主義の趣旨が及び、法規の厳格な解釈がなされる場面を類型化し、各場面において罪刑法定主義の趣旨が具体的にどのように機能するのかを明らかにすることを目的とする。

まず、実体法上の犯罪成立要件の解釈において、罪刑法定主義の観点から、処罰拡張規定の取扱が問題となった事案を検討する（Ⅱ）。次いで、犯罪の成立要件の問題ではないが、処罰縮小規定の解釈が問題となった事案において、罪刑法定主義との関係を検討する（Ⅲ）。続いて、訴訟法の規定に刑事実体法上の法概念が用いられ、実体法上の概念との連動関係が問題となった事案について罪刑法定主義との関係を検討する（Ⅳ）。

Ⅱ 実体法上の刑罰（処罰）拡張規定と罪刑法定主義

1 問題の所在

ある犯罪の構成要件要素に関する一定の定義（A）を前提とすると、本来的には当該構成要件要素に包含されないもの（B）については、犯罪成立の前提を欠くため、特別の規定（C）がない限り、行為者を処罰することはできない。この場合、Cは、Aとの関係で、「特別・例外規定」として位置づけられ、犯罪の成立を拡張するものである場合には、刑罰（処罰）拡張規定として位置づけられる。罪刑法定主義は、犯罪の成立範囲と刑罰の及ぶ範囲を明確にして、国民の行動の自由を保障する自由主義的契機があるので、とりわけ刑罰拡張の範囲は厳格に規定する必要がある。

このような実体法上の刑罰拡張規定との関係で、その適用範囲が問題となった事案として、いわゆる森林窃盗に刑法242条が適用されるかが問われた事案がある。

2 森林窃盗と刑法242条の適用範囲（最高裁昭和52年3月25日決定）【判例1】⁽¹⁰⁾

【事実】

被告人は、自己所有名義の山林三筆につき、父死亡後の昭和33年ころ、長兄との間で所有権の帰属に関して紛争になり、同42年2月に長兄を申請人とする、「右三筆の土地に対する被告人の占有を解き、…執行官にその保管を命ずる、被告人は右土地内に立入り工作してはならない」旨の仮処分の執行を受け、本件土地が執行官の占有下に入ったことを知りながら、同47年1月8日ころ、自宅の薪にするために本件土地内の松約30本を伐採して自宅に運んだため、長兄から告訴された。

検察官は、当初、封印破棄罪（刑法96条）で被告人を起訴したが、被告人の伐採時（仮処分決定の5年後）すでに仮処分の公示札がなくなっていたことが問題となり、訴因・罰条を森林窃盗罪（森林法197条。昭和49年法律第39号による改正前のもの）に変更請求し、これが許可された。変更後の訴因は、主位的、予備的訴因があり、①主位的訴因は、山林所有権侵害（長兄の単独所有権あるいは長兄を含む8名の相続共有財産）として、②予備的訴因は、山林（被告人の単独所有）に対する執行官占有の侵害として構成された。なお、②の予備的訴因に関しては、弁護人から、森林法には刑法242条を適用する旨の規定がなく、同条を森林窃盗に適用することは罪刑法定主義に反し許されない、との主張がなされた。

第1審（千葉地裁）は、「本件山林が被告人以外の者の所有に属することについての確実な心証は得られなかつた」として主位的訴因は排斥した。これに対し、予備的訴因については、「森林法一九七条の規定は本来罪とならないものについて新たに刑罰の対象となるべきものを拡張して規定したのではなく、本来的に窃盗罪の対象となるべきものを前述のような理由によつてその刑を軽減したにすぎないのであり、これに対し窃盗罪の一般的規定である刑法二四二条を適用したとしても罪刑法定主義に反するものではない」などとして前記弁護人の主張を排斥して予備的訴因を認め、被告人を罰金2万円に処した。

これに対して、被告人が控訴した。第2審は、森林窃盗罪に刑法242条を適用することは罪刑法定主義に反し許されない、との弁護人の主張に理由があると認め、原判決を破棄し被告人を無罪とした。これに対して、検察官が判例違反などを理由として上告した。

(10) 最決昭和52年3月25日刑集31巻2号96頁。本決定の評釈等として、松本光雄「森林窃盗罪と刑法242条」『最高裁判例解説刑事篇（昭和52年度）』（法曹会、1980年）53頁以下など。

【決定要旨】

最高裁は、検察官の上告趣意のうち、判例違反をいう点は、所論引用の各判例はいずれも事案を異にするなどとして刑訴法405条の上告理由にあたらなかったが、職権により次のような判断を示した。

「刑法二四二条は、同法三六章の窃盗及び強盗の罪の処罰の範囲を拡張する例外規定であり、その適用範囲を『本章ノ罪ニ付テハ』と限定しているのであるから、森林法において右規定を準用する旨の明文の規定がないにもかかわらず、これを同法一九七条の森林窃盗罪にも適用されるものと解することは、罪刑法定主義の原則に照らし許されず、これと同旨の原判決に法令の解釈適用の誤りはない。」

【検討】

(1) 問題点

本件では、刑法各則の規定である242条が、特別法である森林窃盗罪（森林法197条）に適用されるかが問題となった。刑法総則の規定が特段の規定がない限り特別刑法に適用されることについては、刑法8条により明らかである。しかし、本件のように、刑法各則の規定が特別法に適用されるかに関する明文規定はない。この問題について本決定は、242条が「処罰の範囲を拡張する例外規定であり、その適用範囲を『本章ノ罪ニ付テハ』と限定している」ということを根拠として、同条を準用する規定を欠く森林窃盗罪に同条を適用することは、罪刑法定主義の原則に反するとし、消極説をとった。

ここで検討すべきことは、2点である。第1に、奪取罪の保護法益論の立場如何に関わらず、242条は「処罰範囲の拡張規定」（処罰拡張規定）といえるのか否かである。242条の規定は、奪取の客体が「自己の財物」であっても、それが「他人の占有」に属する場合には「他人の財物」とみなし、窃盗罪等の奪取罪の成立を認める規定である。一般に、奪取罪の保護法益に関して本権説に依拠する場合、本規定は所有権侵害のない場合にも奪取罪の成立を認めるための「例外規定」あるいは「特別規定」としての性格を有することになる。そのため、本規定を「処罰拡張規定」と評価しやすい⁽¹¹⁾。しかし、占有そのものを保護法益とする占有説（所持説）に

(11) 団藤重光編『注釈刑法（6）各則（4）』（有斐閣、1966年）133頁〔団藤重光〕は、242条が森林窃盗にも適用されるかどうかにつき、「罪刑法定主義の基本的見地から考えて消極に解するのが妥当」とだけしているが、242条の「他人の占有」につき、法律的・経済的見地における財産的利益を有するものに限定する修正本権説を採用しているため、それを前提に、同条を処罰拡張規定とする理解があったというべきであろう。

依拠する場合は、他人占有の財物を奪取する行為には、当然に奪取罪が成立すると考えるので、同規定を「確認規定」あるいは「注意規定」に過ぎないと評価する。そのため、とりわけ所持説の立場においては、そもそも242条が「処罰拡張規定」といえるかが問題となるのである。第2に、仮に第1の点が肯定できるとした場合、本決定の考え方の射程範囲が問題となる。具体的には、本判決がいうところの「処罰拡張」の場面以外にも罪刑法定主義の趣旨が及ぶかどうかである。

(2) 刑法242条は処罰拡張規定か

まず、奪取罪の保護法益の捉え方と刑法242条の位置づけに関しては、本事案の第2審が明示的に判示している。すなわち、242条は、「本来所有権の保護を目的とする同法二三五条等の処罰の範囲を拡張し、自己の所有する財物に対しても盗罪の成立することがあることを定めた特別規定」であり、「その適用範囲を『本章ノ罪ニ付テハ』と限定しているのであるから、刑法第三六条の定める窃盗罪等に限って適用があるものと解するのが相当」とし、同規定を森林窃罪に適用することは罪刑法定主義違反としている。

この第2審判決のように、奪取罪の保護法益につき、本権説に依拠する場合には、自己所有物の奪取には本来所有権侵害が伴わないのであるから、「他人の占有」の属する場合に奪取罪の成立を認める本規定を「処罰拡張規定」と位置づけることに特に問題はない。

しかし、窃盗罪等の奪取罪の保護法益については、判例は、大審院時代は本権説に立っていたもの⁽¹²⁾、本判決が出た昭和52年当時においては、占有説に移行していたと評価されている。すなわち、①法令上担保に供することが禁止されている国鉄公傷年金証書を担保として差し入れ、金員を借り受けた後、欺罔手段を用いてこれを交付させた事案につき、最高裁は、刑法242条は「その所持者が法律上正当にこれを所持する権限を有するかどうかを問わず物の所持という事実上の状態それ自体が独立の法益として保護され、みだりに不正の手段によつて侵害することを許さないとする法意である」として、本権説を取っていた上記大審院判例を明示的に変更した⁽¹³⁾。次いで、②譲渡担保により自動車の所有権を取得した債権者が、債務者側に自動車を引き続き使用させていたところ、債務者につき会社更生手続が開始されたため、上記自動車を無断で運び去ったという事案につき、「他人の事実上の支配内

(12) 大正7年9月25日刑録24輯1219頁。

(13) 最判昭和34年8月28日刑集13巻10号2906頁。

にある本件自動車が無断で運び去つた被告人の所為を窃盗罪に当たるとした原判決の判断は相当」としている⁽¹⁴⁾。さらに、③貸金業を営んでいた貸主が、借主との間で買戻特約付自動車売買契約を締結し、借主が買戻権を喪失した直後、借主に無断で自動車を引き上げたという事案につき、「被告人が自動車を引き揚げた時点においては、自動車は借主の事実上の支配内にあつたことが明らかであるから、かりに被告人にその所有権があつたとしても、被告人の引揚行為は、刑法二四二条にいう他人の占有に属する物を窃取したも⁽¹⁵⁾として窃盗罪を構成するというべきであり、かつ、その行為は、社会通念上借主に受忍を求める限度を超えた違法なものというほかはない。」として、窃盗罪の成立を肯定している。

このような一連の最高裁判例の傾向に鑑みれば、最高裁は、昭和52年当時において、事実上の支配内にある財物の保護の方向にシフトしていたことは明らかである。このような最高裁の傾向について、調査官解説では、事実上の占有について、構成要件該当性の段階では絞りをかけず、違法性阻却の面から妥当な結論を導こうとする方向性を採用したとも評価されている⁽¹⁶⁾。

しかしながら、親族相盗例に関する判例も考慮すると、最高裁が完全に占有説の方向に舵を切ったとは言い切れないというべきである。すなわち、窃盗の罪が親族間で行われた場合、親族相盗例(244条)適用があるが、その前提となる親族関係の必要な範囲の点については、奪取罪の保護法益論との結びつきがあるとされている⁽¹⁷⁾。具体的には、①行為者と所有者との間に必要とする説は本権説、②占有者との間に必要とする説は占有説、そして③所有者だけでなく、占有者との間にも必要とする説は中間説にそれぞれ結びつく⁽¹⁸⁾とされている。この問題につき、最高裁は、窃盗犯人が、同居していない親族A保管にかかるB社所有の現金を窃取したという事案において、親族相盗例(旧刑法244条1項後段。現刑法244条2項に相当)が適用されるためには、財物の占有者(A)のみならず、所有者(B)との間にも親族関係が必要であると⁽¹⁸⁾した。このような判例の動向に照らすと、最高裁は、窃盗罪の事実上の占有だけでなく、所有権等の本権もなお窃盗罪等の保護法益として理解していると思わ

(14) 最判昭和35年4月26日刑集14巻6号748頁。

(15) 最決平成元年7月7日刑集43巻7号607頁。

(16) 香城敏磨「自動車金融により所有権を取得した貸主による自動車の引揚行為と窃盗罪の成否」『最高裁判所判例解説・刑事篇(平成元年度)』(法曹会, 1991年)227頁。

(17) 日高義博『刑法各論講義ノート[第4版]』(勁草書房, 2013年)97頁。

(18) 最決平成6年7月19日刑集48巻5号190頁。

れる。したがって、最高裁は純粋な占有説に移行したとまでは言えないであろう。

そうすると、昭和52年決定において、本権説的な理解を前提に、242条を「特別規定」と位置づけたことは、必ずしも判例の方向性と矛盾するものではないと解する。このような考えの下では、本規定を「処罰拡張規定」とすることに困難はない。

これに対して、純粋な占有説においても、刑法242条をなお「処罰拡張規定」ということができるであろうか。たしかに、(純粋)占有説の場合、窃盗犯人の占有であっても、少なくとも構成要件該当性段階においては保護しようとするのであるから、事実上の支配関係の侵害があれば、242条の規定を待たずとも、他人の占有する財物を奪取するものとして、法益侵害を肯定することができる。その意味では、占有説においては、本権説と同様の意味で242条を「処罰拡張規定」ということはできない。しかし、判例は、自己所有物に関する奪取に関して、保護法益の内容を次第に所持説の方向にシフトし、242条の「他人の占有」に該当する範囲を拡大化しつつも、自己所有物に関する奪取につき窃盗罪等を認める場合には、必ず242条を適用している⁽¹⁹⁾。つまり、刑法242条は、「自己所有物の奪取の場面において窃盗罪の成立を認める拠り所になっている」という限度で、「特別規定」ということはできるであろう。そして、そのような意味において、本規定を「処罰拡張規定」と称することも不可能ではない。

そのため、占有説の立場においても、242条の適用範囲が「本章ノ罪ニ付テハ」と限定されていることと併せて、同規定は森林法に適用できないとすることは十分可能であろう。

(3) 本決定の射程について

刑法242条が、処罰拡張規定であるとして、罪刑法定主義の趣旨が及ぶ射程範囲が問題となる。本決定の中核となる考えは、242条が「処罰拡張規定」であり、その適用範囲が「本章ノ罪ニ付テハ」(現行法は「この章の罪については」)と限定されている点にあった。では、処罰拡張規定ではないが、刑法典上、適用対象が限定されている規定の場合、本決定と同様に捉えることはできるであろうか。たとえば、親族相盗例に関する244条1項は、「第235条の罪、第235条の2の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯した者」を前提にしているので、「この章の罪については」と限定が付されている242条と同様に解することもでき、刑罰(処罰)縮小規定の場合にも、特別

(19) 前掲注(13)～(15)の判例の他、遺留品として領置され、警察署長が署内駐車場に管理中の自動車内のバッグ等が、刑法242条にいう「他人の財物」に当たるとされた事例(東京地判平成元年6月28日判タ716号247頁)がある。

の規定がない限り、明示された犯罪以外に適用することができないようにも思える。

しかし、本判決の調査官解説は、次のように本決定を解説し、罪刑法定主義違反とした本判決の根拠を、あくまで「刑罰（処罰）拡張規定」であることに求めている。すなわち、「二四四条、二五七条のように、刑罰の実体規定ではない被告人に利益な規定は、当該特別法の目的、性格等を考慮してこれに適用を認めても、解釈論として是認できる合理性がある（刑罰の範囲の縮小、刑罰の軽減に関する解釈は、罪刑法定主義とは関係がないとされている。）。しかし、刑法二四二条のように、刑罰の範囲を拡張する実体的な例外規定は、厳格、制限的に解釈適用されるべきものであって、刑法各則中の規定としては同列に配置されていても、他の法領域との関係での両者の法的性格は異質のものと考えられる。」⁽²⁰⁾というのである。

刑法典の規定を見れば、前記の親族相盗例は、適用される犯罪が明示されているが、この調査官解説によれば、本決定の判断としては、あくまで242条が実体要件の「刑罰拡張規定」であることに重点があり、「本章ノ罪ニ付テハ」という限定文言はあくまで付加的な要素に過ぎないということになる。そうすると、「刑罰縮小規定」については、罪刑法定主義の問題は一切生じないことになるのであろうか。そこで、被告人に有利に作用する刑罰縮小事由について、罪刑法定主義の趣旨が及ばないのかについて検討する必要がある。

Ⅲ 実体法上の刑罰（処罰）縮小規定と罪刑法定主義

1 問題の所在

刑罰縮小規定適用の場面において、罪刑法定主義の適用があるか否かは、被告人に有利な規定の類推解釈を許容するかどうかの問題でもある。一般に、被告人に有利に働く規定の類推適用は許容されるとされ、このことは「当然のことであって多くを論ずるに値しない」⁽²¹⁾とされている。また、類推適用が許容されることは、「刑罰阻却原由、刑罰軽減原由についても同様」⁽²²⁾ともされている。親族相盗例の規定は、通常、一身的刑罰阻却事由と解されており、「刑罰の実体規定ではない被告人に有利な規定」とされているので、「犯罪の成立範囲」には関係がない。前記解説は、このような規定については、罪刑法定主義とは関係がないとするのである。実際、森林法の犯罪について親族相盗例の適用が問題となった事案では、【判例1】

(20) 松本・前掲注(10) 57頁。

(21) 植松正「罪刑法定主義」日本刑法学会編『刑法講座（第1巻）』（有斐閣、1963年）38頁。

(22) 団藤重光編『注釈刑法（1）総則（1）』（有斐閣、1964年）11頁 [団藤重光]。

とは異なり、適用が肯定されている。森林窃盗において親族相盗例（旧刑法244条1項後段）の適用が問題となった事案（【判例2】）、および森林贓物罪において親族間の罪の特例（刑法257条）の適用が問題となった事案（【判例3】）である。

しかし、被告人に有利に働く刑罰縮小規定であれば、法解釈の厳格性を捨て去ってよいのであろうか。この点について検討すべき事案としては、内縁の配偶者が刑法244条1項の「配偶者」に含まれるか否かが問題となった事案【判例4】があるが、同事案では、被告人に有利な解釈をせず、「配偶者」の範囲を厳格に解する姿勢を見せており、罪刑法定主義の適用場面の一つとして検討する必要があるように思われる。

また、判例上は、罪刑法定主義の適用場面とは理解されていないものの、「刑罰権の及ぶ範囲」を明確にするという意味では、罪刑法定主義との関連を検討すべき事案として、親族後見人の横領行為に親族相盗例を適用すべきかが問題となった事案として、【判例5】および【判例6】がある。

そこで、刑罰縮小規定において、まず、目的論的解釈の観点から比較的ゆるやかな解釈が肯定された【判例2】、および【判例3】を検討し、次いで、厳格解釈をした【判例4】、そして、事実上、刑罰権の及ぶ範囲を解釈により変更した【判例5】および【判例6】を検討し、罪刑法定主義との関連性について考察することとする。

2 森林窃盗罪と親族相盗例（最高裁昭和33年2月4日判決）⁽²³⁾【判例2】

【事実】

被告人は、昭和29年2月19日頃、新潟県岩船郡三面村大字布部地内の山林中よりA所有の桐立木5本（価格1万円相当）、B所有の桐立木1本（価格5000円相当）を窃取するなどして、森林窃盗罪（森林法197条）などの罪で起訴された。なお、Aは被告人の叔父、Bの妻は被告人の叔母にあたる関係にあった。

第1審（新潟地裁三条支部）は、親族相盗例の点については特に言及せず、森林窃盗罪等の成立を認めた。これに対して、被告人が控訴した。控訴趣意としては、被告人とAらとの間には刑法244条1項後段の親族相盗例が適用されるべき親族関係があり、告訴を要するが、第1審はその事実を証する証拠がないにも拘らず、公訴棄却をしなかったため、法令解釈の違法があり破棄を免れない旨の主張がなされ

(23) 最判昭和33年2月4日刑集12巻2号109頁。本判決の評釈等として、高橋幹男「森林窃盗と刑法第244条」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和33年度）』（法曹会、1959年）25頁。

た。第2審（東京高裁）は、この点につき、①「森林法第一九七条所定の森林窃盗の罪については、刑法の総則規定たらざる同法第二四四条第二三五条の規定が当然に準用あるものとなすべき一般的規定な（い）」こと、②「右森林法規定による所定刑は刑法第二三五条の所定刑に比して相当軽い点」を根拠として、親族相盗例の適用を否定した。

これに対して、被告人が上告した。上告趣意としては、森林窃盗の規定は刑法の窃盗の規定の特別規定であるから、一般法に適用のあるものは特別法規にも支障のない限り適用あるものとする高等裁判所の判例と相反し、法律の解釈の違法を誤った違法があつて破棄を免れない等の主張がなされた。

【判旨】

最高裁第三小法廷は、森林窃盗罪に親族相盗例（当時の刑法244条1項後段。現244条2項に相当）の適用があるかについて、次のように述べて、適用を肯定したが、本件について適法な告訴の存することが明らかであるとして、刑法244条を適用するとしても、被告人の刑責に消長を来たすものではなく、原判決に影響を及ぼさないことが明らかであるとして上告を棄却した。

「いわゆる親族相盗の関係を定めた刑法二四四条『……二百三十五条ノ罪及ヒ其未遂罪……』とあるのは『窃盗罪及びその未遂罪』の義にほかならないから、特別法に定める窃盗罪についても格段の定めがないかぎり、その適用を除外すべき理由はない。そしてまた森林法一九七条に定める森林窃盗罪は、刑法に定める窃盗罪に比し法定刑において軽く定められているけれども、そのことをもつて直ちに右刑法二四四条の適用を否定する理由とするに足りない。されば本件被告人の森林窃盗の罪について刑法二四四条の適用がないとした原審の解釈は誤りであつて違法たるを免れず、所論掲記の判例違反の事由あるに帰する。」

【検討】

（1）問題点

最高裁は、「……二百三十五条ノ罪及ヒ其未遂罪……」とあるのを「窃盗罪及びその未遂罪」の意味に読み替えて、森林窃盗罪にも親族相盗例の適用を認めた。第2審が挙げた②の根拠については、適用否定の根拠にはならないとだけ判示している。

森林窃盗に親族相盗例を適用することについては、賛同する見解もあつたが⁽²⁴⁾、批

(24) 泉二新熊『日本刑法論下巻（各論）』（有斐閣，1924年）773頁，大場茂馬『刑法各論上巻〔第8版〕』（巖松堂書店，1917年）563頁，安平政吉『改正・刑法各論』（弘文堂，1960年）167頁等。

判も根強かった。⁽²⁵⁾その理由としては、第2審が挙げた前記①、②がある。①の点については、最高裁は上記のように読み替えて森林窃盗への適用を肯定しているが、その理由は示されていない。また反対説には、①、②以外の理由として、③森林窃盗罪は単に私人の財産権保護のために定められているものではなく、森林そのものの保護という公共性を有するものであることが指摘されている。⁽²⁶⁾本判決の調査官解説は、③に関連して、「殊に保安林の場合を思えばこの理由も相当根強いものがあるろう」⁽²⁷⁾としている。

親族相盗例の法的効果として、刑法244条1項は刑の免除、同2項は親告罪を規定し、さらに3項は親族関係のない共犯者には親族相盗例を適用しないものとしている。親族相盗例の法的性格については、主に刑の免除の場合を念頭において議論されてきたが、親告罪として処理する場合との均衡をも考慮に入れて検討する必要がある。1項の刑の免除の意義については、従来、一定の親族関係がある場合には、家庭の自律に委ねるべきという「法は家庭に入らず」との法政策に依拠して、一身的に刑罰を阻却する規定とする一身の刑罰阻却事由説（人的処罰阻却事由説）が判例⁽²⁸⁾・通説⁽²⁹⁾であった。この説では、「刑の免除」とは有罪ではあるが刑を科さない趣旨であり、その根拠を親族という身分に求める。これに対して、刑法244条の1項と2項とでは法的効果が異なることから、取扱上の不均衡を解消することを企図して、「刑の免除」を犯罪不成立の意味に解する犯罪不成立説が主張された。犯罪不成立の理由としては、消費共同体が形成されていること（可罰的違法性阻却事由説）⁽³⁰⁾、あるいは期待可能性の欠如（責任阻却事由説）⁽³¹⁾が主張された。しかし、最近では、

(25) 植松正『再訂刑法概説Ⅱ各論』（勁草書房、1975年）383頁等。

(26) 植松・同上。

(27) 高橋・前掲注（23）27頁。

(28) 最判昭和25年12月12日刑集4巻12号2543頁。

(29) 団藤重光『刑法綱要各論』（創文社、1990年）582頁、植松・前掲注（25）380頁、大塚仁『刑法概説各論〔第3版増補版〕』（有斐閣、2005年）209頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第4版〕』（成文堂、2013年）224頁、川端博『刑法各論講義〔第2版〕』（成文堂、2010年）325頁、前田雅英『刑法各論講義〔第5版〕』（東京大学出版会、2011年）276頁、日高・前掲注（17）98頁など。

(30) 宮本英脩『刑法大綱』（『宮本英脩著作集・第3巻』（成文堂、1984年））346頁、佐伯千仞「一身の刑罰阻却事由」『刑法における期待可能性の理論』（有斐閣、1947年、初版5刷・1970年）439頁、507頁、齊藤豊治「親族相盗例に関する考察」西原春男先生古稀祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集第三巻』（成文堂、1998年）197頁などが挙げられる。

(31) 瀧川幸辰『刑法各論』（世界思想社、1951年）113頁。なお、最近では、責任阻却説を再構成した可罰的責任阻却説も提唱されている（松原芳博「親族関係と財産犯」『刑法基本講座第

「刑の免除」を犯罪不成立として捉えることには困難であるとして、その実質的理由を犯罪論に還元させようとする違法減少説⁽³²⁾、責任減少説⁽³³⁾なども主張されるに至っている。

親族相盗例の法的性質について、判例が依拠している一身的刑罰阻却事由説においては、本事案で適用の有無が問題となった親告罪の規定（現244条2項）の場合も、「法は家庭に入らず」の法格言を体現したものと考えられている。この観点からは、「家庭内」の問題を越えて「公共性」を帯びる場合には、親族相盗例の適用が否定されるという考え方は、論理的にはありうる。この場合、親族相盗例の規定の趣旨を逸脱する場面にはその適用を排除するという理論を認めることになる。

しかし、最高裁は、この種の理論を次の【判例3】でも排斥しているので、検討する必要がある。

3 森林贓物罪と親族間の罪の特例（最高裁昭和33年7月11日判決）⁽³⁴⁾【判例3】

【事実】

被告人は、昭和29年1月中数回にわたり、その父Aが宮古市内の国有林から盗伐し同国有林内に置いた檜其の他の濶葉樹合計27石（見積価格合計5800余円相当）を、その情を知らずながら同一犯意の下に自己所有の製炭窯に運搬した。

第1審（宮古簡裁）は、「被告人の行為は森林法第九十七条に該当する一接犯たるところ刑法第二百五十七条は犯人庇護の一場合で同法第五十条と其の立法の趣旨を同じうし唐律其の他の古法に存した親族互に容隠することを不論罪とし又は刑を軽減する思想に出由するもので森林窃盗の贓物運搬の場合にも敢えて其の適用を排除しないと解する。」と判示して、刑法257条の適用を認め、被告人に対し刑を免除する旨の判決を下した。検察官が控訴し、控訴趣意としては、森林法の窃盗罪、贓物罪に関する規定は刑法の窃盗罪、贓物罪に関する規定の特別法であって、刑法総則の規定は適用されても、特別法には類推解釈は許されないから、刑法第二編の

五卷』（法学書院、1993年）323頁）。

(32) 平野龍一『刑法概説』（有斐閣、1977年）207頁、堀内捷三「親族相盗」『刑法の争点 [増補版]』（有斐閣、1984年）222頁、中森喜彦『刑法各論 [第3版]』（有斐閣、2011年）104頁以下などがある。

(33) 曾根威彦『刑法各論 [第5版]』（弘文堂、2012年）126頁、西田典之『刑法各論 [第6版]』（弘文堂、2012年）164頁などがある。

(34) 最判昭和33年7月11日刑集12巻11号2518頁。評釈等として、寺尾正二「森林贓物に関する罪と刑法第257条」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和33年度）』（法曹会、1959年）518頁以下。

各罰条は森林法に準用規定のない以上適用されないとして、刑法257条を適用した点に法令違反があること等が主張された。これに対して、第2審（仙台高裁）は、「森林窃盗罪も森林贓物罪もその本質においては窃盗罪であり贓物罪であるから、森林法の窃盗罪に関する規定、贓物罪に関する規定と牴触又は重複しない範囲においてはなおそれぞれ刑法の窃盗罪に関する規定、贓物罪に関する規定の適用があるものと解するのが相当である。」などとして控訴を棄却した。

これに対し、検察官から上告受理の申立があり、刑法244条、刑法257条の規定からして、①「刑法第二三五条の罪及び其未遂罪」または「刑法第二五六条の罪」と限定しているのであるから、規定された罪以外の特別法犯なる森林窃盗罪や森林贓物罪に類推適用することは許されない、②森林法は、国土資源としての森林の保護培養と、森林生産物の増産を図るという公益の保護を主たる目的として制定された特別公益立法であり、個人の私的法益を主たる任務とする刑法各罪における財産犯の規定は、適用ないし準用されるべきではない、③森林窃盗又は同贓物罪の法定刑が軽いことは、刑法の如き高き倫理的要素を重視しない特殊な森林政策上の技術的法規の性格を示すものとして親族相盗ないし親族容隠の思想を排除する趣旨である、等の主張がなされた。

【判旨】

最高裁第二小法廷は、以下のように判示して、本件森林贓物運搬の罪につき刑を免除した第1審判決を支持した原判決の法令違反を主張する論旨は採用できないとして、上告を棄却した。なお（1）～（3）は、筆者が付した番号であり、前記上告受理申立理由の①～③に対応する。

「（1）刑法二五七条に『前条ノ罪』とは、同二五六条の罪すなわち贓物に関する罪の義にはかならないから、特別法である森林贓物に関する罪についても、特段の定めがないかぎり、その適用を除外すべき理由はない。また、（2）森林法が森林資源の保護培養と森林生産物の増産とを図るための公益的立法であるからといつて、そのことをもつて直ちに刑法二五七条の規定の適用を特に排除せねばならぬほどの根拠とするに足りないし、（3）森林贓物に関する罪の法定刑が刑法の贓物に関する罪に比し軽く定められているからといつて、直ちに刑法二五七条の適用を否定する理由とすることもできない…。」

【検討】

（1）問題点

本件では、森林贓物罪にも刑法257条が適用されるか否かが問題となっているが、

その前提としては、同規定の「直系血族，配偶者…ノ間ニ於テ」（現257条1項は、「配偶者との間又は直系血族…との間で」）の意味につき，〔1〕本犯と贓物犯人（以下，「行為者」）との間に親族関係を要するとの立場に立っている。〔1〕説が判例であるが，これとは異なり，〔2〕本犯の被害者と行為者との間に要するとの見解もある。〔2〕説は，刑法257条の刑の免除の法的性質は，刑法244条と同様，「法は家庭に入らず」との思想に基づく一身的な刑罰阻却を規定したものだとし，本犯の被害者との間に親族関係を要求するのである。この見解の場合，本件の被害者は国であるので，特例の適用は問題にならないことになる。

しかし，通説は〔1〕説であり，〔2〕説と同様，刑法257条は一身的刑罰阻却事由を定めたものと理解しつつも，「法は家庭に入らず」の思想に基づくものではなく，「期待可能性の低減」に基づくものと理解している⁽³⁷⁾。すなわち，本犯と行為者との間の関係が親子や配偶者などの場合には，その情誼の上からも期待可能性が低減することを考慮し，犯罪は成立しているが刑を免除するという寛容の態度を示したものとするのである。盗品等の罪には，本犯を人的に庇護しようとする側面があること，盗品等の罪を犯した者と本犯の被害者との間に親族関係が認められるのは偶然の事情によることが多いことなどを考慮すると，〔1〕説が正当である⁽³⁸⁾。

この見解の場合，本件においても，特例の適用の可否が問題となる。刑法257条は，「前条の罪」，つまり刑法256条の罪について適用される旨規定されているが，本判決は，前記（1）にあるように，「前条の罪」とは，「赃物に関する罪の義にほかならない」として，同規定は，森林贓物罪（森林法201条）にも適用されるとした。また前記（2）にあるように，森林法の公益性も特例の適用を否定する理由にはならないとしている。本判決の直前に，【判例2】の判断があったこともあって，基本的な考え方は，【判例2】と同じといえるが，同判決が極めて簡単な理由で244条の適用を認めたのに対し，本判決の場合，原審である仙台高裁が詳細な判断を示し，最高裁はそれを是認しているので，原判決の判旨を確認する必要がある。

（2）刑法257条は森林贓物罪に適用されるか

原審の判断の中核は，「森林窃盗罪も森林贓物罪もその本質においては窃盗罪で

(35) 大判昭和8年3月24日刑集12巻305頁。

(36) 小野清一郎『新訂刑法講義各論』（有斐閣，1950年）284頁，植松・前掲注（25）470頁。

(37) 団藤・前掲注（29）669頁，大塚・前掲注（29）342～343頁，西田・前掲注（33）299頁など。

(38) 日高義博「親族間における財産犯」植松正他著『現代刑法論争Ⅱ〔第2版〕』（勁草書房，1997年）234頁。

あり赃物罪であるから、森林法の窃盗罪に関する規定、赃物罪に関する規定と抵触又は重複しない範囲においてはなおそれぞれ刑法の窃盗罪に関する規定、赃物罪に関する規定の適用がある」とする部分である。最高裁は、原審とほぼ同様の考えの下、刑法257条の「前条の罪」（刑法256条）は「赃物に関する罪の義にほかならない」として、特別法である森林赃物に関する罪についても、特段の定めがないかぎり、その適用を除外すべき理由はないとしたものと思われる。

それでは、森林窃盗罪および贓物罪に、親族間の罪の特例（244条、257条）を適用することは、森林法の趣旨に反する面はないのか。第2審は、これらの規定は、「親族容隠の思想ないし親族内部の非行に対する国権の干渉を避けんとする思想に由来するもの」とし、この思想を森林法が特に排除したものとは考えられないとする。その理由は、「森林法の立法目的は森林計画、保安林その他の森林に関する基本的事項及び森林所有者の協同組織の制度を定めて、森林の保続培養と森林生産力の増進とを図り、もつて国土の保全と国民経済の発展とに資するにあり、所論の如く公共の福祉を主眼としているとしても、その主たる狙いは森林経営の積極的方面にあつて、森林窃盗罪同赃物罪の規定は森林経営に対する消極的方面における一手段に過ぎず、しかも森林法が特に窃盗罪、赃物罪の規定を設けたのは森林法やその産物が一般の財物と異つている点が少なくなく、場所的にも特異である点等から、刑法の一般規定によるのを妥当としないとしたためであるとみられ、その公共性の故に親族容隠の思想を特に排除せねばならぬほどの必要があるものとは考えられないし、また森林窃盗罪、森林赃物罪は刑法の窃盗罪、赃物罪に比しその法定刑が遙かに軽いことからみても、親族容隠の思想を特に排除することは不合理」とする。そして、森林法には親族相盗例ないし親族間の赃物罪に関する規定は何等存しないので、刑法244条、257条は森林窃盗罪、および赃物罪に関する規定に何等抵触し又は重複するものでないとしている。

このような理由付けに対しては、「親族相盗例に対する正当な理解を欠き、ただドグマティックな立場に立って、法律の適用をしたのであって、明らかに立法であるといわなくてはならない。」との批判もある⁽³⁹⁾。たしかに、本事案での裁判所の解釈は、刑法典の文言を読み替えて、刑罰縮小規定である親族間の罪の特例を森林法にも適用しようとする面はあり、司法が立法の領域に足を踏み入れている面は否定できない。また、一般に、被告人に有利な解釈の場合には法規の類推適用を認めて

(39) 尾後貫莊太郎「刑事裁判と二三の問題」ジュリスト113号（1956年）14頁。

よいなどという安易な主張も散見され、具体的な理由を述べずに親族相盗例の適用を認めた【判例2】については、その種の主張と無縁とはいえないであろう。

しかし、刑罰法規の解釈において、形式的な文言の解釈を越えた、目的論的な判断が取り込まれることは認められるべきである。本判決では、第2審の判断と合わせて考察すると、被告人に有利な解釈の場合には法規の類推適用を認めてよいなどという漠然とした理由のもとに257条の適用が認められているのではない。一般法と特別法の関係にある法規において、一般法の規定は、特別法の趣旨に反しない限り、特別法にも及ぶことを認めているのである。そして、特別法たる森林法における、森林自体の保護という「公共性」をもってしても、刑法における「親族容隠の思想」を排除するには不十分とするのである。

このように、法規の形式的な解釈を越えた目的論的な解釈を展開する場合、そこには、合目的性と論理必然性が必要になると思われる⁽⁴⁰⁾。【判例1】の調査官解説は、刑罰の範囲の縮小、刑罰の軽減に関する解釈は、罪刑法定主義とは関係がないと指摘していたが、必ずしも正鵠を射ているとはいえないであろう。たとえ被告人に有利な刑罰縮小規定であっても、その適用の当否を考えるに当たっては罪刑法定主義の限界は問題となり、合目的性、論理必然性を欠く場合には、法規の予定した範囲を超えた許されない類推解釈として当該規定の適用は否定されるべきである⁽⁴¹⁾。

次に、そのことが現れたと思われる事案として、【判例4】を検討する。

4 内縁関係と親族相盗例（最高裁平成18年8月30日決定）⁽⁴²⁾【判例4】

【事実】

被告人は、平成16年8月下旬ころから同年12月7日ころまでの間、前後7回にわ

(40) 植松・前掲注(21) 38頁, Vgl., Sax, Das strafrechtliche „Analogieverbot“, S.94 ff, 142ff. Arthur Kaufmann, Analogie und Natur der Sache, 1965, S.5ff. なお、植松博士は、被告人に有利な類推は当然に許容されるとしているが、法規の目的論的な解釈をする際には、刑罰縮小規定の場合であっても、当該法規の予定する範囲かどうかを判断する上で、合目的性と論理必然性を検討する必要があるのではないかと考える。

(41) 佐伯・前掲注(3) 37頁は、被告人に有利な類推解釈については、法律主義の問題があるとして、「法律主義違反の問題を回避するためには、立法者自身が類推適用を許容していると理解する必要がある」とする。もっとも、「被告人に有利な類推解釈」としては、違法性阻却の場面が想定されている。

(42) 最決平成18年8月30日刑集60巻6号479頁。本決定の評釈等として、松宮孝明「内縁の配偶者に対する刑法244条1項（親族相盗例）の適用を否定した事例」法セ623号（2006年）120頁、内海朋子「親族相盗例と内縁の配偶者」法教318号（別冊附録判例セレクト2006年37頁）、同

たり、被害者方において、同人所有の現金合計725万円を窃取した。被告人は、被害者と内縁関係にあるので、刑法244条1項の規定を内縁関係にも適用または準用し、刑を免除すべきと主張したが、第1審（東京地裁）は、「刑法244条1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244条1項を適用または準用すべきものではない」とし、被告人を懲役2年6月に処した。第2審（東京高裁）もこれを是認した。被告人が上告し、上告趣意としては、「配偶者」には、民法上婚姻が有効に成立している場合のみならず、内縁関係ないし準婚関係も含むとするのが正しい解釈であるとして、憲法31条違反等が主張された。

【決定要旨】

最高裁第二小法廷は、弁護人の上告趣意は、違憲をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらないとして上告を棄却したが、以下の職権判断を示している。

「刑法244条1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。」

【検討】

（1）本決定の意義および問題点

【判例2】および【判例3】の場合は、一般法にあたる刑法の親族間の罪の特例が、特別法である森林窃盗罪、および贓物罪に適用されるかが問われ、特例の「法は家庭に入らず」（刑法244条の場合）、あるいは「親族容隠の思想」（刑法257条の場合）を排除する必然性がないとして、適用が肯定された。これに対し、本決定では、免除を受ける者の範囲は明確に定める必要があるとして、同規定の適用または類推適用が否定された。本件は特別法への親族相盗例の適用が問題となったのではなく、刑法244条1項の「配偶者」に、内縁の配偶者も含まれるかが問題となったのであ

「親族相盗例と内縁関係」刑事法ジャーナル7号（2007年）73頁、親家と仁「刑法第244条第1項（親族相盗例の規定）は、内縁の配偶者には適用又は類推適用されることはない」とされた事例」研修707号17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」ジュリスト1332号（平成18年度重要判例解説）167頁、日高義博「親族相盗例と内縁関係」専修ロージャーナル3号（2008年）33頁、芦澤政治「刑法244条1項と内縁の配偶者」ジュリスト1358号（2008年）164頁、同「刑法244条1項と内縁の配偶者」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成18年度）』（法曹会、2009年）328頁等がある。

り、問題状況を異にしている。しかし、問われていたのは、内縁関係を法律上の婚姻関係に準じた扱いをしようとする民法の最近の動向にそった目的論的な解釈をす
るかどうかが、つまり、現実の家族関係の変動に対応するため、法規の隙間を目的論
的解釈によって補うことの当否であった。⁽⁴³⁾その意味では、【判例2】および【判例3】
と同様、法規の目的論的解釈の当否が問われた事案といえよう。この事案は、法解
釈と立法論との間における法解釈のあり方を考える上で有意義なケースとも指摘さ
れている。⁽⁴⁴⁾本決定の意義としては、刑罰権の適用が制限される被告人に有利な規定
であっても、安易に類推適用を認めず、適用範囲を厳格に制限した点にあるといえ
よう。

本件では、目的論的解釈が否定された理由がどこにあるのかが問題となる。親族
相盗例の法的性質につき、学説で主張されている犯罪不成立説の場合は、消費共同
体が形成されていること（可罰的違法性阻却説）、あるいは期待可能性の欠如（責
任阻却説）という、「家族関係の実体」から犯罪不成立の結論を導き出そうとする。
これらの立場にあっては、内縁関係にそのような実体に合致する生活実態が認めら
れる場合には、あるいは犯罪不成立の主張をすることは可能ではある。⁽⁴⁵⁾また、「刑
の免除」の実質的理由を可罰的違法性の減少、あるいは責任の減少に求める見解に
おいても、刑の免除の実質的な理由を家族関係の実体に求めることから、内縁関係
においても同様な違法減少事由、あるいは責任減少事由を見出しうるならば、内縁
関係にある者も「配偶者」に含まれるとの解釈が可能ではある。⁽⁴⁶⁾これに対し、判例
上採られている一身の刑罰阻却事由説によれば、刑法244条は、「法は家庭に入らず」
という思潮を基礎にして、政策的な観点から一身の刑罰阻却事由を定めたもので
あるので、親族相盗例は、本来なしうる刑罰権の行使を、一定の「親族関係」が認
められる場合に、画一的に控えるという性質を持つことになる。この場合、法的処
置の公平さが求められるので、被告人に有利な規定の解釈であっても、厳格解釈が

(43) 日高・同上39頁。

(44) 日高・同上。

(45) しかし、そもそも全ての近親者間において消費共同体が形成されているとはいえ、法律
上の婚姻関係にあっては破綻しているような場合には期待可能性を問題にすること自体が困難
である。その上、「刑の免除」を犯罪不成立の意味に捉えることは、解釈論としても無理があ
ると言えよう。

(46) しかし、親族相盗例における刑の免除が必要的なものであることから、家族関係の実体を
理念的な形態において擬制せざるをえないのであり、個別的な生活実態に応じて刑の免除をす
るという方法論は、犯罪不成立説と同様疑問である。

とられるということにはなろう。しかし、そのような法的性質論からの理由付けだけでなく、罪刑法定主義との関係をも検討する必要がある。

(2) 「刑罰権が及ばない一定の領域」と罪刑法定主義

罪刑法定主義とは、犯罪と刑罰について行為時にあらかじめ法律により明示しなければ何人も処罰できないという原則であるので、基本的には、犯罪構成要件が事前に提示されているかどうかの問題である。しかし、罪刑法定主義は、最終的には、行為者に刑罰権が科せられるかどうかを明示することにより、一般人の予測可能性に資することに意味がある。そうすると、「犯罪と刑罰の法定」それ自体には問題がなくても、典型的に刑罰権の適用が否定される領域においては、最終的に刑罰権が及ぶかが大きな関心事となる。本事案で問題とされている親族相盗例の適否が、まさにこの種の問題といえよう。親族相盗例は、本来なしうる刑罰権の行使を、行為者と一定の親族関係があることを理由に、画一的に控えるものであるから、「刑罰権が及ばない一定の領域」を設定することになる。行為者の行為が、この領域内のものとされる場合、行為者に国家刑罰権が及ばないことになるので、親族相盗例が適用されるかどうかは、刑罰権に対する一般人の予測可能性にとって無縁ではない⁽⁴⁷⁾。また、この領域においては、立法府が、種々の政策判断から、画一的な条件（ここでは、行為者と被害者との間に一定の親族関係があること）を満たす場合に、刑罰権の発動を控えることを認めているので、法律主義の観点も無視できない。そうであれば、親族相盗例のように、「刑罰権の及ぶ範囲」に関する規定の解釈においても、罪刑法定主義の趣旨が及ぶことを認めるべきである。

それでは、この領域で機能する罪刑法定主義の内容は、どのようなものであるか。それを検討するには、【判例2】および【判例3】と本事案との違いを示す必要があると思われる。【判例2】および【判例3】の場合、行為者と被害者との間に、特例適用の条件である親族関係があることを前提に、森林窃盗、森林贓物罪にもその適用があるのかが問題となった。つまり、【判例2】および【判例3】では、行為者の行為は、形式的には、刑法244条あるいは刑法257条が予定する「刑罰権の及

(47) もっとも、ここで指摘する予測可能性は、犯罪の成否に影響するレベルのものではない。すなわち、通説のように、親族相盗例を一身の刑罰阻却事由として理解する場合には、客観的な親族関係があるかどうかの問題であり、客観的には親族関係がなかったが、行為者が親族間の窃盗として誤認していたという親族関係の錯誤の場合、行為者の誤認は、故意の成否には影響しない。刑罰権が及ぶかどうかの予測可能性は、「自らの行為が刑罰権の及ばない一定の政策領域内にあるかどうか」を典型的に予測する程度のものであるべきであろう。

ばない政策領域」内で行われた。この前提条件が満たされていれば、あとは、特例が森林法に及ぶかどうかという抽象的な解釈に尽きることになる。この場合、親族相盗例の適用を認める解釈をとっても、法適用上の困難はない。

これに対し、本事案の場合、行為者と被害者とは、民法上の婚姻関係がないので、行為者の窃取行為は、形式的には、刑法244条1項の「配偶者」との関係でなされたものではなく、「刑罰権の及ばない政策領域」外のものである。行為者に親族相盗例の適用を認めるためには、244条1項の「配偶者」の中に、社会生活の実態を考慮に入れた「内縁の配偶者」を取り込む必要がある。しかし、この場合、「刑罰権の及ばない一定の政策領域」を拡張することに繋がる。しかも、どのような実態を備えれば内縁関係とするのかについては争いがあるため⁽⁴⁸⁾、およそ形式的に親族相盗例の適用範囲を画することはできなくなる。そうすると、「配偶者」に内縁の配偶者を取り込むことは、法適用の公平さを害するのみならず、刑罰権の及ぶ範囲を不明確にすることになるので、否定すべきである。

この場合、罪刑法定主義の内容としては、刑罰権の及ぶ領域と及ばない領域とを明確化する機能があるといえよう。とりわけ、親族相盗例のように、政策判断によって刑罰権の適用を控える規定の場合、司法の個別的判断によってその適用領域を拡張していくことは避けるべきである。司法としては、むしろ法解釈によって解決しうる限界を明確に示しておくことが大切なのである⁽⁴⁹⁾。仮に、「家庭」なるものの実体が流動化しており、内縁関係の存在を無視しえない程度の社会的状況になっていたとしても、そのような領域に政策判断を及ぼすかどうかは、立法府の判断事項だからである。本条項の適用対象者を拡張する必要があるのであれば、新たな政策判断による線引きを法改正によって行うべきである。

以上によれば、「配偶者」に内縁の配偶者が含まれないとした本決定は、正当と考える。

次に、刑罰権の及ぶ範囲を明確にするという観点からは、法律主義を徹底すべきであったと思われる事案として、被後見人等の親族である後見人による横領の事案について、親族相盗例の適用が問題となった【判例5】および【判例6】を検討する。

(48) 芦澤・前掲注(42) 最高裁判所判例解説338頁。

(49) 日高・前掲注(42) 39頁。

5 親族未成年後見人による横領と親族相盗例（最高裁平成20年2月18日決定）⁽⁵⁰⁾

【判例5】

【事実】

本件第1審（福島地裁）での罪となるべき事実は、以下のようなものである。

被告人Xは、未成年者A（平成3年7月1日生）の母B（平成13年6月12日死亡）の母であって、平成13年8月8日、福島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ものである。被告人Yは、Aの伯父（Aの母の兄）、被告人Zは被告人Yの妻である。

被告人3名は、共謀の上、平成13年8月15日から平成15年11月10日までの間、前後5回にわたり、福島市所在の福島中央郵便局ほか4か所において、被告人3名の用途に費消するため、ほしいままに、被告人Xが業務上預かり保管中の日本郵政公

(50) 最決平成20年2月18日刑集62巻2号37頁。本決定の評釈等として、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、刑法第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」研修719号（2008年）17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、刑法第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）213頁、堀内捷三「未成年後見人の横領行為と刑法244条1項の準用の有無について」中央ロー・ジャーナル5巻1号（2008年）99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244条1項の準用の有無」刑事法ジャーナル13号（2008年）91頁、松宮孝明「親族である後見人による横領と親族相盗例」法セ647号（2008年）128頁、中村悠人「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」立命館法学326号（2009年）481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」判時2045号（2009年）173頁（判例評論607号27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」ジュリスト臨時増刊1376号（平成20年度重要判例解説）192頁、奥村正雄「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62巻1号（2010年）207頁、前田雅英「『法は家庭に入らず』の変容」警察学論集64巻2号（2011年）158頁、平山幹子「親族相盗例の意義」松原芳博編『刑法の判例〔各論〕』（成文堂、2011年）190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244条1項の準用の有無」ジュリスト1358号（2008年）167頁、松澤伸「未成年後見人による横領と親族相盗例の準用」論究ジュリスト2号（2012年）263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244条1項の準用の有無」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成20年度）』（法曹会、2012年）28頁、日高義博「横領と親族相盗例」専修ロージャーナル8号（2013年）119頁等がある。第2審判決の評釈として、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325号（2007年）12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712号（2007年）99頁、第1審判決の評釈としては、林・前掲注（42）167頁がある。

社仙台貯金事務センターに開設されたA相続に係るB名義定額郵便貯金口座ほか2口の貯金口座から合計677万2904円を引き出し、もって横領した(第1事実)。

被告人X及び被告人Yは、共謀の上、平成14年2月27日から平成15年11月20日までの間、前後9回にわたり、福島市所在の新ふくしま農業協同組合本店ほか3か所において、被告人X及び被告人Yの用途に費消するため、ほしのままに、被告人Xが業務上預かり保管中の新ふくしま農業協同組合大森支所に開設されたA名義の普通貯金口座ほか1口の普通貯金口座から、859万円を引き出し、もって横領した(第2事実)。

上記犯行後、平成16年2月ころ、福島家庭裁判所調査官の調査によって本件が発覚した。Xは、同年2月17日に未成年後見人としての職務執行を停止され、同年6月2日、未成年後見人を解任された。その後、福島家庭裁判所長がX及びYを告発し、Aの未成年後見人となった弁護士が、Aの後見人として、X及びYを告訴した。

弁護士は、〔1〕XはAの祖母であって、同人との間には直系血族の関係があるから、刑法255条、244条1項によりその刑は免除されるべきである、〔2〕ZはAの叔母(母の兄の妻)であって、Aと同居はしていないものの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、被告人Zについて告訴がないから、同被告人に対する公訴は棄却されるべきであるなどと主張した。

第1審は、まず、親族相盗例の趣旨について、「『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っ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ると考えられるから、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。」とし、「横領罪は、信頼関係を伴わない占有離脱物横領罪とは異なり、財産権の侵害に加えて信頼関係の侵害をも保護法益としているところ、後見人は、…被後見人との間の信頼関係に代わるものとしての家庭裁判所との間の信頼関係を裏切っ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」と判示した。家庭裁判所は財産上の被害者ではないとしても、「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るというべき」であり、その信頼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ものであるとするのである。なお、Zへの告訴がない点については、刑訴法238条1項を根拠として、X、

Yへの告訴の効力が共犯者であるZにも及ぶことは明らかであるとしている。第1審は、このように判示して、被告人らに対して共謀による業務上横領罪の成立を認め（Xの各所為は包括して刑法60条、253条、Yの各所為およびZの第1事実の各所為はいずれも包括して同法65条1項、60条、253条にそれぞれ該当するが、Y、Zはいずれも業務上占有者の身分がないので65条2項により252条1項の刑で処断）、被告人Xを懲役3年執行猶予5年、被告人Yを懲役3年執行猶予5年、被告人Zを懲役1年6月執行猶予3年に処した。

第2審（仙台高裁）も、親族相盗例の趣旨は、第1審と同様に「法は家庭に入らず」との思想に基づく政策的配慮を示したものとするが、「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いうべきである。」とした。そして、未成年者の後見は、未成年者の身上およ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るとして、次のように判示した。すなわち、「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、前記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、親族相盗例を適用する余地はない。」というのである。

これに対して、被告人側から上告がなされた。上告趣意では、被告人Xについては親族相盗例による刑の免除（刑法255条、244条1項）がなされず、被告人Zについては親族相盗例による親告罪としての処理（刑法255条、244条2項）がなされなかったのは、憲法31条・14条に違反する等の主張がなされた。

【決定要旨】

最高裁第一小法廷は、上告趣意のうち、憲法違反をいう点は実質は単なる法令違反の主張であるなどとして、刑訴法405条の上告理由に当たらないとし、上告を棄却したが、以下のような職権判断を示している。

まず、刑法255条が準用する244条1項の親族相盗例の趣旨について、「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（最高裁昭和25年（れ）第1284号同年12月12日第三小法廷判決・刑集4巻12号2543頁参照。）との判断を示した。その上で、本件に刑法244条1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を是認した理由を、以下のように判示している。

「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859条1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869条、644条）、家庭裁判所の監督を受ける（同法863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846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べき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というべきである。」

【検討】

（1）問題点

【判例4】では、244条1項の「配偶者」の解釈において、民事の実態を踏まえた目的論的解釈により「内縁の配偶者」が含まれるという解釈をとらず、刑の免除が及ぶ範囲を明確にするという見地から、これには含まれないとした。244条の親族に該当するか否かは、民法により形式的に判断することとしたのである。しかし、本件の場合、被告人X、Y、Zが、被害者Aの親族に該当することは明らかな事案である（Xは255条、244条1項の直系尊属、YおよびZは、255条、244条2項の親族）。それにも拘らず、本決定は、親族相盗例の準用を否定した。被害者Aとの親族関係を肯定しながら、親族相盗例の準用を否定する論理としては、2つ考えられる。

1つは、本決定以前の下級審に見られる論理であり、未成年後見人を選任した家庭裁判所の地位に着目するものである。これには、①家庭裁判所は、後見人を選任・監督するので、「委託者の立場」にあるとして、後見人は、被後見人に対する所

有権侵害の他、家庭裁判所との委託信頼関係を侵害しているとする論理⁽⁵¹⁾、あるいは、
②家庭裁判所は、「被害者」ではないとしても、当該財産犯罪に係る法律関係に重要
なかかわりを有する者、すなわち行為者との「委託信頼関係を形成した者」である
ので、後見人は、家庭裁判所との間の委託信頼関係に違背しているとする論理⁽⁵²⁾があ
る。本件第1審も、前記のとおり、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る」として、その
信頼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している。これ
らの論理は、若干ニュアンスの違いはあるものの、「法は家庭に入らず」と言うため
には、「親族以外の者の法益を侵害していないこと」を前提とする理論であり、親族
関係のない後見人と家庭裁判所との間の委託信頼関係を侵害している以上、もはや
家庭内の問題に止まっていないとするものである。このような考え方は、窃盗罪に
つき親族相盗例が適用される前提として、財物の占有者のみならず、所有者との間
にも親族関係が必要であると判断した平成6年最高裁決定⁽⁵³⁾と軌を一にしている。

しかし、後見人の占有する財産の所有者は被後見人であり、家庭裁判所が財産上
の被害者になるわけではないので、後見人による被後見人の財産の業務上横領につ
き、家庭裁判所を「被害者」と同列の地位に立つなどとするのは困難である。ま
た、家庭裁判所は、後見人を選任・監督するが、選任手続の際、被後見人の全財産
状況を完全に把握した上で選任するわけではないし、財産の占有・管理⁽⁵⁴⁾につき、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、家庭裁判所と後見
人との間にあるわけではない。したがって、家庭裁判所が後見人の「委託者の立場」
にあるとすることも困難といえよう。

もう1つの論理は、被害者はあくまで被後見人とした上で、「家庭内」の問題を
越える「公共性」がある場合には、親族相盗例の適用が否定されるとの論理である。
本決定は、この理論を採用した。つまり、後見事務の「公的性格」を根拠として、
「法は家庭に入らず」という親族相盗例の趣旨が及ばないとの理論命題を提示した。
これに類似する論理が従前から示されていたことは、【判例2】および【判例3】

(51) 秋田地判平成18年10月25日判タ1236号342頁。事案は、家裁により、叔母Aの成年後見人に
選任されて、その財産管理等の業務に就いていた被告人が、保管中のA所有の現金827万1759円
を着服横領したというものであり、刑法255条、244条2項の適用の有無が問題となった。

(52) 仙台高裁秋田支判平成19年2月8日判タ1236号104頁（上記秋田地判の控訴審）。

(53) 前掲注（18）参照。

(54) 堀内・前掲注（50）中央ロー・ジャーナル109頁。

の箇所でも指摘したところである。しかし、これらの事案では、森林法という「法律自体の公共的性格」を根拠に、親族相盗例の適用を排除すべきとの主張がなされていたのに対し、本決定の場合は、横領行為をした「後見人の事務の公的性格」に着目している点が、異なっている。

本決定後、成年被後見人の実父である成年後見人が被後見人の財産を横領した事案につき、最高裁は、本決定と同様、「後見の事務が公的性格を有する」ことを理由として、「成年後見人と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、同条項を準用して刑法上の処罰を免除することができないことはもとより、その量刑に当たりこの関係を酌むべき事情として考慮するのも相当ではない」と判断している⁽⁵⁵⁾【判例6】。また、公刊物未搭載ではあるが、被告人が同居していない伯母（刑法255条、244条2項の親族）の成年後見人に選任され、預貯金等の管理をしていたところ、伯母の預貯金口座から現金の払戻しを受けて着服したという業務上横領の事案において、第1審、第2審が告訴のないままXを有罪とし、最高裁も、親族相盗例の準用を求めた上告を棄却したものもある⁽⁵⁶⁾。後見事務の公的性格を根拠に親族相盗例の準用を否定する理論命題に賛同する見解もある⁽⁵⁷⁾。

（2）「公的性格」を理由に親族相盗例の準用を否定することの当否

しかし、後見事務の「公的性格」に着目して親族相盗例の準用を否定する論理は、正当とはいえない。その理由は2つある。

1つ目は、罪刑法定主義との関連の問題である。親族相盗例は、一身的刑罰阻却事由であり、最終的には国の刑罰権の発動を止めるものである。その適用・準用は、行為者と被害者との間の一定の親族関係の存在に着目して「法は家庭に入らず」と

(55) 最決平成24年10月9日刑集66巻10号981頁。本決定の評釈等として、内田幸隆「成年後見人による横領と親族相盗例」ジュリスト臨時増刊1453号（平成24年度重要判例解説）161頁、萩野貴史「成年後見人による横領といわゆる親族相盗例の準用」刑事法ジャーナル36号（2013年）102頁、坂元文彦「家庭裁判所から選任された成年後見人がその養子である成年被後見人の所有する物を横領した場合について、刑法第244条1項の準用を否定するとともに、成年後見人と成年被後見人との親族関係を量刑上酌むべき事情として考慮することが相当でない」とされた事例」研修781号（2013年）3頁、井上宜裕「家庭裁判所から選任された成年後見人による業務上横領と親族相盗例」新・判例解説watch12号（2013年）159頁、岡上雅美「家庭裁判所から選任された成年後見人による横領と刑法244条1項の準用」法教401号（別冊附録判例セレクト2013年36頁）、清水晴生「成年後見関係上の横領における親族関係考慮の可否」判時2208号（2014年）173頁（判例評論661号34頁）などがある。

(56) 最決平成25年3月5日公刊物未搭載。

(57) 久木元・前掲注(50)222頁、奥村・前掲注(50)222～223頁、前田・前掲注(50)165頁など。

いう思想の下、なされるものであるが、未成年後見人等の公的性格は、事務の業務性を基礎づけるものではあっても、行為者と被害者との間の親族関係を消失させる機能を有するものではない⁽⁵⁸⁾。後見人等に選任されることにより親族関係を消失させる機能がないとするならば、前記の判例の論理は、親族関係の存在を根拠に、政策判断によって刑罰権の発動が止められている領域について、法解釈によって刑罰権の発動領域に引き戻すことになる。そこで、近時の有力な学説は、このような場合は、「事実上、犯罪の成立範囲を設定し直すもの」であり、「いわば犯罪領域の設定に繋がっていることから、刑罰阻却の幅に関するものではあっても、なお罪刑法定主義が機能しうる領域とみななければならない」として、立法による解決を提示している⁽⁵⁹⁾。この見解は、基本的に正当と考えるが、刑法244条2項との関係をも考慮すると、「刑罰阻却の幅に関するもの」だけではなく、「事実上刑罰権の及ぶ範囲」を変更するような規定についても、罪刑法定主義の趣旨が及ぶと理解すべきである⁽⁶⁰⁾。

すなわち親族相盗例は、現行法上、法益侵害の被害者と行為者との間に所定の親族関係がある場合には、形式的、一律的に適用される。そして、その効果として、刑法244条1項の親族関係がある場合には刑が免除され、同条2項の親族関係がある場合には、刑罰権の発動を告訴権者の告訴に委ね、これを欠いた公訴は棄却される（刑訴法338条4号）。つまり、一定の親族関係がある場合には、起訴されても刑罰権を科さないこと、あるいは告訴なき公訴が棄却されることが宣言されている。もちろん、親告罪における告訴は、訴訟条件であり、刑罰権の存否に直結するものではない。しかし、親告罪の場合、告訴期間があり、これを徒過した場合、もはや行為者を処罰することはできないので、実質的には、刑罰権の発動を制限することに関係しているといえよう。

したがって、後見人と被後見人との間に刑法244条1項の親族関係があるにも拘らず、後見人を処罰とするとすれば、一旦、政策判断によって刑罰権の発動が止められている領域について、法解釈によって刑罰権の発動領域に引き戻すことになり、「刑罰阻却の幅」を変更することになってしまう。また、同条2項の親族関係があ

(58) 日高・前掲注(50)129頁。

(59) 日高・同上130頁。同旨のものとして、松宮・前掲注(50)128頁。

(60) 後見事務の「公的性格」に着目するアプローチについて、結論において罪刑法定主義違反を主張する論者として、堀内・前掲注(50)中央ロー・ジャーナル110頁、内田・前掲注(55)161頁、井上・前掲注(55)161頁。なお、山口・前掲注(50)97頁は、「【判例5】の実務上の意義を指摘しつつも、「罪刑法定主義上の疑義が全くないわけではない。」とされている。

る場合、告訴権者の告訴なくして処罰すれば、「事実上、刑罰権の及ぶ範囲」を変更することにもなる。このように、いずれの場合も、刑罰権が適用される範囲が不明確になる。そのため、一定の親族関係がある後見人を処罰するためには、法律主義の見地から除外規定（たとえば、後見人が横領行為などをした場合には、親族相盗例を適用しない旨の除外規定）を設けることが必要になるといふべきである。こうすることで、刑罰権の及ぶ範囲を明確にすることができ、罪刑法定主義の趣旨に適うといふべきである。

2つ目の問題は、本決定の射程に関わることである。つまり、本決定の論理では、被害者と親族関係にある行為者に、どの程度の「公的性格」があれば、親族相盗例の準用が除外されるのかが明確でないことである。本決定は、「後見事務の公的性格」を根拠に、未成年後見人の横領行為に親族相盗例の趣旨が及ばないとしたものではあるが、「公的性格」がある故に親族相盗例の趣旨が及ばないという理論命題には、一般性がある。実際、成年後見人の横領に関わる【判例6】でも本決定と同様の論理により、親族相盗例の準用が否定されている。それゆえ、他の制限行為能力者制度が用いられる場合も、本決定の理論射程に入ってくる余地がある。

そこで、たとえば、親族関係にある被保佐人と保佐人（民法12条）との間、あるいは被補助人と補助人（同法16条）との間の財産犯についても、保佐人らの事務に「公的性格」があるとして、親族相盗例の適用・準用が否定されるのであろうか。しかし、保佐人や補助人は、包括代理権は有しておらず、一定の行為について代理権を付与する旨の審判がある場合に被保佐人等に対して善管注意義務を負い（保佐人につき同法876条の5第2項、644条。補助人につき同法876条の10第1項、644条）、その限度で家庭裁判所の監督を受けるに過ぎない（保佐人につき同法876条の5第2項、863条。補助人につき876条の10第1項、863条）。このように保佐人や補助人は、成年後見人や未成年後見人に比してその「公的性格」に相違があるが、これらの場合にも親族相盗例の適用・準用は否定されるのであろうか。さらに、不在者の親族が不在者財産管理人に選任された場合（民法25条1項）、任意後見契約に基づいて委任者の親族が任意後見受任者となり、その者が任意後見人の地位に就いた場合（任意後見契約に関する法4条1項、2条4号⁽⁶¹⁾）は、どうなるのであろうか。

要するに、判例理論によると、親族相盗例の適用・準用範囲が明確に判断し得な

(61) 家令・前掲注(50) 最高裁判例解説43～44頁、堀内・前掲注(50) 中央ロー・ジャーナル 110頁は、任意後見人の場合には本決定の趣旨は及ばないとするが、奥村・前掲注(50) 221頁および松澤・前掲注(50) 268頁は、及びうとする。

いのである。親族相盗例が適用されるかどうかは、個別具体的に判断すべきことではなく、「被害者と行為者との間に一定の親族関係があるか否か」という形式的な観点から判断できなければならない。このような要請は、244条1項により刑の免除を受ける場合でも、2項により告訴を要する場合も同様にあるというべきである。また、刑法244条は、窃盗の罪や横領の罪だけではなく、詐欺、背任、恐喝の場合にも準用されるので（刑法251条）、これらの罪の行為者が被害者との間に親族関係があり、かつ後見人等に選任されていた場合にも、同様の問題が生じ得るのである。

（3）刑事立法の時代における法律主義

以上のように、行為者と被害者との間に刑法244条所定の親族関係がありながら、行為者の地位の「公的性格」を根拠として、親族相盗例の適用・準用を否定する判例理論は、罪刑法定主義との関係で疑義がある上、上記の類似領域において、明確な基準を提供し得ない。

わが国においては、立法府が柔軟に社会現象に対処する立法を行ってこなかったことから、司法が当罰性のある行為を法解釈の中で処理しようとする傾向が強かったが⁽⁶²⁾、近時は、「立法による解決」の時代⁽⁶³⁾、あるいは「刑事立法の時代」⁽⁶⁴⁾とも言われており、罪刑法定主義の出発点である法律主義が活性化している。【判例4】では、内縁関係にある者が刑法244条1項の「配偶者」にあたるか否かは、「明確に定める必要がある」として、民事上の親族関係の規定に従って形式的に判断すべく、解釈論による限界が示された。ここでは、内縁関係にある者に配偶者と同様の生活実態があったとしても、そのような実質的要素をもって親族相盗例の適用範囲を拡張することは拒否されている⁽⁶⁵⁾。これは、司法の解釈論による解決の限界を示すと

(62) 川端ほか・前掲注（1）8頁〔日高発言〕・21頁〔山中・日高発言〕。

(63) 川端ほか・同上21頁〔川端発言〕。

(64) 近時の刑事立法の動向については、亀井源太郎『刑事立法と刑事法学』（弘文堂、2010年）参照。

(65) 被告人が、戸籍簿上妻となっている女性2名に対して、詐欺行為をして金員を騙取したという詐欺罪の事案について、刑法251条、244条の適用を否定した事例（東京高判昭和49年6月27日高刑集27巻3号291頁）はある。しかし、この事案は、「婚姻届を提出するというのは、専ら同女らをして、被告人と正式な婚姻関係にあり継続的に夫婦生活を営むことができるものと信用させ、その信用関係に乗じ、同女らを欺罔して金員を騙取するための手段となされた」ものであり、「右両女と婚姻の意思のなかつたことはもとより、同女らにおいても被告人の真意を知つたならば被告人といずれも婚姻する意思はなかつたもので、婚姻はいずれも無効」として、親族相盗例の適用を否定したにすぎない。つまり、親族相盗例適用の前提となる親族関係が存在しない事案であった。

もに、立法による解決を促す面も有している。これに対し、前述のように、後見人等の「公的性格」に着目する判例理論は、後見制度以外の制限行為能力者制度等が利用された場合にも適用される余地があり、【判例4】の場合以上に、広範な問題領域を抱えている。このような広汎な問題領域について刑罰権の及ぶ範囲を明確にすることは、個別事案の処理を任務とする司法の職責ではなく、まさに立法府の職責⁽⁶⁶⁾というべきである。もともと、刑法典の親族相盗例については、244条1項と2項の不均衡の問題があり、不均衡解消のために、現行244条2項と同様、すべて親告罪化すべきという立法論が提示されているが、本来立法で解決すべきことについて、司法が法解釈によって対処してしまうと、これらの関連問題の立法的解決も遠のいてしまうのではなかろうか。

以上により、本決定の結論には反対であり、前述のように、立法による解決を図るべきと考える。

IV 訴訟法の規定と罪刑法定主義

1 問題の所在

前章までは、実体法上の刑罰拡張規定、刑罰縮小規定について、罪刑法定主義がどのように及ぶのかについて検討してきた。罪刑法定主義は、罪刑について予め法規によって規定することに主眼があるが、「刑罰阻却の幅」、あるいは「事実上、刑罰権の及ぶ範囲」を変更するような場合についても、その趣旨を及ぼすべきとの結論を示した。

これに対して、訴訟法の規定は、犯罪の成否、刑罰権の存否について規定するものではないので、基本的には罪刑法定主義の趣旨が及ばないといえる。しかし、前章で検討したように、「刑罰権の及ぶ範囲を明確にする」という観点で訴訟法上の規定を見てみると、訴訟法上の規定であっても、実体法上の規定・概念との連動関係が見られ、刑罰権の及ぶ範囲と関連する場面がある。そのような場面においては、罪刑法定主義との関連があるのではなかろうか。

訴訟法の規定の解釈において、罪刑法定主義の趣旨が取り込まれたものとして、
①犯罪後に法定刑の変更がなされた場合に、当該犯罪の公訴時効期間を行為時法、

(66) 松宮・前掲注(50)128頁は、「後見制度を悪用して横領等を行う親族に刑を免除すべきでないという政策が妥当であったとしても、それを現行法の解釈でまかなうのは、立法権の侵害である」とする。

(67) 日高義博「親族相盗例の問題点」専修法学論集75号(1999年)17頁以下。

裁判時法のいずれを基準とするのが問題となった事案（【判例7】）がある。また、②訴訟法上の規定に実体法上の概念が取り込まれ、厳格な解釈がされた例としては、いわゆる明石歩道橋事件について、刑訴法254条2項の「共犯」の意義が問題となった事案（【判例8】）がある。そこで、以下、これらの事案と罪刑法定主義の関係について検討する。

2 犯罪後の法定刑の変更と公訴時効期間算定の基準法について（最高裁昭和42年5月19日決定）⁽⁶⁸⁾【判例7】

【事実】

被疑者は、法定の除外事由がないのに、Aと共謀のうえ、昭和38年2月25日ごろ神戸市内の被疑者の自宅において、22口径ロスコー回転弾倉式けん銃10丁および火薬類であるけん銃用実包200発位を所持したとして、銃砲刀剣類所持等取締法違反および火薬類取締法違反の嫌疑で逮捕勾留された。行為から勾留に至るまでは、おおむね、①昭和38年2月25日ごろ、けん銃およびけん銃用実包所持、②昭和40年7月15日、改正銃砲刀剣類所持等取締法（昭和四〇年法律第四七号）が施行（犯罪後の法律により刑の変更）、③昭和41年12月17日、上記被疑事実について勾留、という経緯を辿った。

被告人の犯行当時、実包所持は、最高1年以下の懲役であり公訴時効期間は3年であった。これに対して、けん銃所持の場合は、行為時法と裁判時法とで法定刑が異なった。まず、①行為時法の場合、最高3年以下の懲役で公訴時効期間は3年となり、実包所持とともに、勾留請求時には、公訴時効が完成していることになる。逆に、②裁判時法の場合、最高5年以下の懲役となり、公訴時効期間は5年となる。そして、けん銃所持と実包所持とは、観念的競合の関係に立つので、いわゆる一体⁽⁶⁹⁾説により、重いけん銃所持の公訴時効期間に従うことになり、勾留請求時に公訴時

(68) 最決昭和42年5月19日刑集21巻4号494頁。本決定の評釈等として、松尾浩也「犯罪後の法律による刑の変更と公訴時効の期間」判時495号（1967年）144頁（判例評論107号46頁）、松本時夫「犯罪後の法律による刑の変更と公訴時効の期間」警察研究39巻11号（1968年）153頁、羽淵清司「犯罪後の法律による刑の変更と公訴時効の期間」法学研究42巻8号（1969年）119頁、鴨良弼「犯罪後の法律による刑の変更と公訴時効の期間」ジュリスト増刊（昭和42年度重要判例解説）240頁、堀江一夫「犯罪後の法律による刑の変更と公訴時効の期間」ジュリスト376号（1967年）88頁、同「犯罪後の法律による刑の変更と公訴時効の期間」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和42年度）』（法曹会、1968年）93頁、横井大三「法定刑の変更と公訴の時効期間」『公判—刑事裁判例ノート（4）』（有斐閣、1972年）17頁等がある。

(69) 最判昭和41年4月21日刑集20巻4号275頁。

効は完成していないことになる。

そこで、勾留決定後、被疑者の弁護人から準抗告の申立てがあり、⁽⁷⁰⁾けん銃所持の点につき、改正前の法定刑を基準とした公訴時効期間は3年であり、勾留請求当時すでに公訴時効が完成していたと主張された。準抗告審（大阪地裁）は、準抗告の申立に理由があるとして原裁判を取り消し、検察官の勾留請求を却下した。これに対して、検察官が判例違反を理由に最高裁に特別抗告を提起した。

【決定要旨】 抗告棄却

「検察官は、公訴の時効は訴訟法上の制度であるから、前記判例の示すように、犯罪後の法律により法定刑が変更されて、その刑を標準とすれば、その罪に対する時効期間が変わる場合には、裁判時施行されている法律によつて、その期間を定めるべきであると主張する。しかし、公訴の時効は、訴訟手続を規制する訴訟条件であるから、裁判時の手続法によるべきであるとしても、その時効期間が、犯罪に対する刑の軽重に応じて定められているのであるから、その手続法の内容をなす実体法（刑罰法規）をはなれて決定できるものではない。従つて、公訴の時効が訴訟法上の制度であることを理由として、時効期間について、すべて裁判時の法律を適用すべきであるとするのは相当でない。そして、犯罪後の法律により刑の変更があつた場合における公訴時効の期間は、法律の規定により当該犯罪事実に応用すべき罰条の法定刑によつて定まるものと解するのが相当である。」

【検討】

（1）問題点

本来、訴訟法上の規定の改正等があつた場合、裁判時には、最新の法である「裁判時法」が適用されるのが原則である。検察官の主張も公訴時効制度が訴訟法上の制度であることを理由としており、この原則に沿った主張といえる。しかし、本決定は、犯罪後の法律により法定刑が変更された場合における公訴時効の期間は実体法（刑罰法規）と離れて決定できないとして、その事件に応用すべき罰条の法定刑、すなわち「行為時法」を適用した。ここには、訴訟法上の規定を解釈するに当たって、実体法との連動関係が見られ、その反面として罪刑法定主義の規制がか

(70) なお、Aについても勾留状が発せられ、その弁護人から本件被疑者と同様の理由で準抗告の申立てがあり、本件被疑者とは異なる準抗告裁判所に係属したが、こちらの準抗告は棄却されている。これに対し、弁護人が特別抗告をしたが、Aについては不起訴処分となり、すでに釈放されており、裁判をする実益がないとして、特別抗告は棄却されている（最決昭和42年5月19日集刑163号173頁）。

かっている。ここにおいては、いかなる意味で罪刑法定主義が機能しているのかを検討する必要がある。

(2) 実体法規と密接に関連する訴訟法の規定と罪刑法定主義

本事案で機能している罪刑法定主義の内容は、改正法の遡及適用禁止である。そのことは、本決定の是認する原審（準抗告審）が、端的に「事後立法による遡及処罰を禁ずる罪刑法定主義の精神」と表現している。しかし、この抗告審の表現に対しては、当初から批判があった。たとえば、次のようなものである。すなわち、「罪刑法定主義の精神というものを持ち出しているが、それでは十分でないと思う。もし罪刑法定主義の精神をそこまで拡張すると、時効期間自体が変わった場合ばかりでなく、その他刑事手続き上の取扱いが被告人に不利益に変更された場合にまでその考えが及ぶように思われるのである。したがって、もし今回の最高裁の決定の基礎に右のような罪刑法定主義の精神に沿うという考えがあるならば、最高裁がこの拡がりやすい考えをどこまで拡げて行くのかを注目しなければならないと思う。」⁽⁷¹⁾ というものが挙げられる。

たしかに、訴訟法上の規定の改正があり、その内容が被告人に不利益なものである場合に、「罪刑法定主義の精神」が及ぶというのであれば、上記批判は当てはまる。しかし、原審および本決定は、そこまで漠然としたものではない。

まず、原審を見てみると、公訴時効に関する規定が、公訴権を実行する条件に関する手続法であり、手続法が原則として裁判時法によるべきとしつつも、「公訴の時効は犯罪の軽重によってその期間が定まるものである」として、「実体法（刑罰規定）をはなれて決定できるものではない」として、「手続法の内容をなす実体法」については、当然に裁判時法によるべきであるとはいえないとする。つまり、原審は、訴訟法の規定すべてを対象としているのではなく、実体法と関係がある規定に限定している。最高裁もまた、「手続法の内容をなす実体法（刑罰法規）をはなれて決定できるものではない」としていることから、原審と同様の理解といえよう。

さらに、原審は、公訴時効制度自体の特殊性についても次のように指摘している。すなわち、「手続規定とはいえ、公訴の時効は、刑罰権の消滅を理由として公訴権を消滅させ訴訟の追行を許さないとする実体的訴訟条件であつて、被告人（被疑者）の権利に関する、実体法的色彩の濃い制度であるから、基準となる刑をきめるにあつても、被告人（被疑者）の権利に直接影響のない純手続的、形式的な手続にお

(71) 横井・前掲注(68) 29頁。

けるような便宜的画一的な取り扱いは許されるべきではない。」というのである。このように述べた上で原審は、「公訴時効の期間を定めている刑事訴訟法二五〇条は、事件（訴因に明示されている犯罪事実）に適用すべき罰条の法定刑の軽重によつて期間を定めているものと解すべきであるから、本件では、前記改正法附則五項『この法律の施行前にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による』旨の経過規定によつて本件犯罪事実⁽⁷²⁾に適用すべき改正前の罰条の法定刑によつて時効期間は定まるものというべき」とする。

このようなことから、判例は、訴訟法上の規定全般ではなく、①実体法規との密接な関係があり、②「刑罰権の及ぶ範囲」に係る訴訟法の規定に限定して、その解釈にあたり罪刑法定主義の精神を及ぼしていると理解するべきである。本件の場合、問題とされているのは、刑訴法250条の公訴時効期間の規定と行為者に適用される実体法の法定刑部分の関係である。実体法の法定刑部分は行為後に改正されているが、行為者の罪責を問う場合には、罪刑法定主義の「遡及処罰禁止の原則」の当然の帰結として、行為時法が適用される。⁽⁷²⁾この実体法の規定は、時効期間を規定する刑訴法250条の内容をなしているのである。そのため、①刑訴法250条と法定刑を規定した実体法規とは密接な関係がある。そして、②公訴時効期間が経過している場合には、起訴されたとしても、刑罰権の消滅等を理由とする公訴時効が完成しているとして、免訴判決（刑訴法337条4号）がなされるので、「刑罰権の及ぶ範囲」に密接に関わっている。

以上のように、訴訟法上の規定であっても、①、②の要件を満たしている場合には、罪刑法定主義の精神を及ぼしたとしても、不当な広がりがあるとはいえないであろう。もっとも、この場合の罪刑法定主義の精神が及ぶ帰結としては、時効期間の算定にあたって、行為後の改正法ではなく、行為時の実体法の法定刑を基準とするというものであり、前記の実体法上の規定の場面で要請される「法律主義の貫徹」とは次元を異にしていることに注意を要する。⁽⁷³⁾

(72) これは、刑法6条の問題でもある。

(73) 本事案とは状況を異にするが、訴訟法の公訴時効期間が廃止・延長された場合に、罪刑法定主義に抵触するかという問題があったが、「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律」（平成22年4月27日法律第26号）により刑事訴訟法250条が改正され、「人を死亡させた罪」のうち、死刑に当たるものについては時効期間が撤廃され、禁錮以上の刑に当たるものについては時効期間が延長された。今回の改正法は、施行前に犯した罪であっても、その施行の際、時効が完成していない場合には、遡及適用されることになった。公訴時効がすでに完成した事件には公訴時効を延長する法を適用できないが、未完成の事件については、その遡及適用が許されると

次に、やはり公訴時効の成否に関わる問題として、刑訴法254条2項の「共犯」の意義が問題となった事案があるので、その検討をすることとする。

3 「共犯」に対する公訴時効停止効について（大阪高裁平成26年4月23日判決）⁽⁷⁴⁾

【判例8】

【事実】

(1) 本件は、いわゆる明石歩道橋事故と呼ばれるものである。

平成13年7月21日午後8時40分ころから50分ころの間、兵庫県明石市内に所在する歩道橋において、多数の参集者が集中して過密な滞留状態となり、また、歩道橋北側に位置する駅から南側に位置する公園へ向かう参集者と公園から駅方面へ向かう参集者とが押し合うことなどにより、強度の群衆圧力が生じ、多数の参集者が折り重なって転倒する群衆なだれが発生し、11人が全身圧迫による呼吸窮迫症候群（圧死）等により死亡し、183人が傷害を負うという事故が発生した。

(2) 本件事故について、神戸地検は、平成14年12月26日、兵庫県明石警察署の地域官であったA（以下、「A地域官」）、警備会社の大阪支社長であったP、および明石市の職員らを業務上過失致死傷により起訴した。これに対し、本件事件当時同署の署長であったB（以下、「B署長」）、および同署の副所長であった被告人については、以下の経緯をたどって、最終的に被告人のみが、檢察審査会法41条の10に基づいて、いわゆる強制起訴された。

1) 神戸地検検察官は、平成14年12月26日、被告人およびB署長を被疑者とする本件事故にかかる業務上過失致死傷被疑事件について不起訴処分とした。これに対し、神戸檢察審査会は、同不起訴処分について申立てにより審査を行い、平成16年4月14日、同不起訴処分は不当であり起訴を相当とする旨の議決をした（以下「第1議決」）。

2) また、同地検検察官は、平成16年9月28日、本件事故にかかる同被疑事件について、再び被告人らを不起訴処分としたが、同檢察審査会は、この不起訴処分について申立てにより審査を行い、平成17年12月14日、不起訴処分は不当であり起訴

する見解として、松尾・前掲注(68)146頁。

(74) 大阪高判平成26年4月23日LEX/DB【文献番号】25503829。本判決の評釈として、松宮孝明「明石歩道橋事故強制起訴事件控訴審判決」新・判例解説Watch刑法No.80がある。なお、第1審判決の評釈としては、松宮孝明「公訴時効停止要件としての『共犯』の意味」法セ707号(2013年)117頁。

を相当とする旨の議決をした（以下「第2議決」）。

3）さらに、同地検検察官は、平成18年6月22日、本件事故にかかる同被疑事件について、被告人を不起訴処分とした。神戸第二検察審査会は、平成21年7月15日、この不起訴処分について申立てにより審査を行い、同不起訴処分は不当であり起訴を相当とする旨の議決をした（以下「第3議決」）。

4）そして、同地検検察官は、平成21年9月30日、第3議決を受け、本件事故にかかる同被疑事件について、被告人を不起訴処分としたところ、同検察審査会は、この不起訴処分について職権で審査を行い、平成22年1月27日、起訴すべき旨の議決（以下「本件起訴議決」という。）をした。

5）そこで、指定弁護士らは、本件起訴議決に基づき、平成22年4月20日、被告人に対し、本件公訴を提起した。公訴事実としては、本位的訴因（事件当日の雑踏事故防止義務違反）と予備的訴因（警備計画段階の雑踏事故防止体制構築義務違反）があるが、いずれについてもA地域官と被告人との過失共同正犯、あるいはA地域官と被告人の過失の競合という構成が示されている。

なお、強制起訴は、改正検察審査会法（平成16年5月28日法律第62号）により設けられた制度で、① 検察官の公訴を提起しない処分、② ①の処分に対する検察審査会の起訴相当議決（同法39条の5第1項1号）、③ 検察官の再度の不起訴処分（同法41条1項、3項）、④ ③を受けた検察審査会による再審査（同法41条の2）、⑤ 起訴議決（同法41条の6第1項）という過程を経て、指定弁護士により提起されるものである（同法41条の9、10）。改正法は、平成21年5月21日に施行されているので、本件強制起訴との関係で意味をもつ検察審査会の議決は、平成21年7月15日の「第3議決」と平成22年1月27日の「本件起訴議決」である。

（3）本件起訴は、被害者が最後に死亡した平成13年7月28日から、本件事故当時の業務上過致死傷罪の公訴時効期間である5年（刑事訴訟法施行法6条、平成16年法律第156号による改正前の刑事訴訟法250条4号）が経過した後になされているため、公訴時効完成の有無等が問題となった。

公訴時効完成の有無の点について、指定弁護士は、A地域官が平成14年12月26日に業務上過失致死傷罪で起訴され、平成22年6月18日に同人に対する有罪判決が確定しているところ、被告人にはA地域官と業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立し、仮に、共同正犯が成立しないとしても、A地域官の過失と密接な関係にある被告人の過失が競合して本件事故が発生したのであるから、刑事訴訟法254条2項により、A地域官に対する公訴の提起によって時効が停止し、同人に対する裁判の確定に

よってその進行を始めることになり、公訴時効は完成していないと主張した。

第1審（神戸地裁）は、公訴時効制度の趣旨については、「長期にわたって起訴されない状況が続いた事実状態を尊重し、時の経過により刑罰権行使の必要性が減少したり消滅したりすることを考慮するとともに、証拠の散逸によって生ずる誤判を防止し、併せて犯人の立場にある者の法的安定性や捜査機関及び裁判所の負担軽減を図るため、法が特に訴追を許さないとした制度である」とし、さらに公訴時効の停止については、「時の経過による刑罰権行使の必要性の減少消滅や証拠の散逸による誤判の防止などの公訴時効の存在理由からみて、共犯を一律に取り扱うことが相当であり、また、そのことによって処罰の公平性が図られるからである」として、刑事訴訟法254条2項の「共犯」の意味内容について次のように述べた。すなわち、「同項にいう『共犯』には、共同正犯、教唆犯、幫助犯などの刑法総則上の共犯のみならず、いわゆる必要的共犯も含まれるが、単に犯罪が同時に行われたというだけで、法律上も共犯の例によるとされていない場合は、たとえこれらの犯罪に密接な関係があるとしても、同項の『共犯』に含まれないと解するのが相当である。」というのである。その上で、本位的訴因および予備的訴因のいずれについても、指定弁護士の主張するような被告人の過失、ひいては過失の共同正犯も成立しないとして、結局、公訴時効の完成を理由に被告人を免訴とした。

これに対して、指定弁護人が控訴した。控訴趣意は、①原判決が、本位的訴因および予備的訴因のいずれについても被告人に業務上過失致死傷罪は成立せず、A地域官との共同正犯は成立しないから公訴時効が完成しているとして被告人を免訴としたのは、被告人に業務上過失致死傷罪が成立しないとした点で、事実の誤認（予備的訴因については更に法令適用の誤り）がある、②刑訴法254条2項にいう共犯が共同正犯、教唆犯、幫助犯および必要的共犯の場合に限定されると解釈した点で、法令の解釈適用を誤っている、というものである。

【判旨】

大阪高裁は、原審が本位的訴因の業務上過失致死傷罪が成立しないと判断したのは正当であり、予備的訴因の業務上過失致死傷罪が成立しないと判断したことも、結論として正当であるとして、免訴判決をした原審の判断を是認し、控訴を棄却した（指定弁護人上告）。刑訴法254条2項の解釈の点については、次のように判示している。

「本位的訴因についても予備的訴因についても、被告人に過失が認定できず、業務上過失致死傷罪は成立しないのであるから、原判決の刑訴法254条2項について

の解釈の当否について検討するまでもなく、A地域官に対する公訴の提起が被告人についての公訴時効の進行を停止させることはなく、被告人については公訴時効が完成しているので、免訴を言い渡すべきことになる。したがって、刑訴法254条2項の解釈について法令適用の誤りがあるという論旨は、判決に影響を及ぼさない。」

【検討】

(1) 本件の意義および問題点

本件では、「共犯の一人に対してした公訴の提起による時効の停止は、他の共犯に対してその効力を有する。」とした刑訴法254条2項の「共犯」の意義が問題となった⁽⁷⁵⁾。第1審は、同規定の「共犯」の意義につき、共同正犯、教唆犯、幫助犯などの刑法総則上の共犯と必要的共犯に限定されるとの初判断⁽⁷⁶⁾を示したが、本判決は、被告人には本件事故について過失が認められないという実体判断を理由として、刑訴法254条2項に関する原審の解釈の当否には踏み込まなかった。このような判断の仕方には後述するように問題があるが、本判決は、同規定の「共犯」の意義に関する第1審の判断を覆したわけではないので、第1審の判断と合わせてではあるが、「共犯」の意義が初めて示されたという点で一定の意義があろう。

明石歩道橋事故では、先行して事故関係者の一人（A地域官）が起訴されているが⁽⁷⁷⁾、本件被告人が強制起訴された段階（平成22年4月20日）においては、既に犯罪終了時（平成13年7月28日）から業務上過失死傷罪の公訴時効相当期間（5年）が

(75) 土本武司「雑踏警備における過失責任—明石花火大会歩道橋事故上告審決定」判時2114号（2011年）185頁（判例評論630号39頁）は、第1審判決以前に、同規定の「共犯」には過失犯の共犯は含まれないとして、A地域官への起訴によって被告人の公訴時効が停止するとはいえない旨主張されていた。

(76) 旧刑事訴訟法下の判例であるが、公訴時効の起算点に関する旧刑訴法284条2項（現行法253条2項に相当）の「共犯」に必要的共犯が含まれることを前提に判断したものはある（大判昭和13年6月16日刑集17巻455頁）。

(77) A地域官は、平成14年12月26日、Pや明石市の職員らとともに、本件事故当日、配下警察官を指揮して、人の分断と迂回路への誘導等、歩道橋への流入規制を実施し、雑踏事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があるのに、これを怠り本件事故を発生させたとして、業務上過失致死傷罪で起訴され、過失がなかったなどと主張してこれを争ったが、平成16年12月17日、神戸地方裁判所において禁錮2年6月に処せられ（刑集64巻4号501頁）、控訴、上告したものの、平成19年4月6日に大阪高裁により控訴棄却判決（刑集64巻4号623頁）、平成22年5月31日に上告棄却決定の各裁判を受け（刑集64巻4号447頁）、同年6月18日、その裁判は確定している。

(78) これは、刑訴法253条1項の「犯罪行為」には刑法各本条の結果も含まれること、および結果の発生時期を異にする観念的競合事件の場合には、全部を一体として観察して最終の結果が

経過している。A地域官と被告人とが同法254条2項の「共犯」にあたる場合には、A地域官に対する起訴による時効停止効が被告人に及び（平成14年12月26日からA地域官の裁判確定の平成22年6月18日まで時効停止）、公訴時効は完成していないことになるのに対し、「共犯」にあたらぬ場合には、刑罰権の消滅等を根拠として公訴時効が完成し、免訴判決（同法337条4号）が下されることになる。

その意味で、同規定の「共犯」の意義は、実質的に見て刑罰権が及ぶ範囲に関わるといえる。これは、直接的には手続法である刑訴法254条2項の「共犯」の意味内容の解釈ではあるが、第1審判決は、実体法上の共犯概念と連動させて、時効停止効が及ぶ「共犯」の範囲を一時的・限定的に規定した点が特徴的である。ここには、訴訟法と実体法とのリンクが見られるのみならず、最終的には実体法上の概念によって刑罰権の及ぶ範囲を限定化しようとする思考が見られ、反面において、罪刑法定主義との関連があるように思われる。

第1審判決は、公訴時効制度の趣旨から、時効停止効の及ぶ「共犯」を実体法上の共犯に限定しているが、まず、このような限定化が、公訴時効制度の趣旨から論理的・必然的に導き出され得るのかについて検討する必要がある（後記（2））。仮にそのような論理・必然関係がないとするならば、次に、いかなる根拠に基づいて時効停止効の及ぶ「共犯」と実体法上の共犯概念とをリンクさせるのかが問題となる。ここにおいては、「刑罰権の及ぶ範囲」に関わる規定と罪刑法定主義との関係について検討する（後記（3））。最後に、同規定の「共犯」が実体法上の共犯に限定されたとした場合に、本事案において、被告人とA地域官とが「共犯」関係に立ちうるのかについて検討する。ここにおいては、実体法上の問題として、過失の共同正犯が認められるか否かが問題となるが、被告人の単独過失の有無を先行して判断した控訴審の判断の仕方の当否も検討する（後記（4））。

（2）公訴時効制度および公訴時効停止効の趣旨と「共犯」の関係

公訴時効制度の趣旨としては、①時間の経過によって被害感情・応報感情が薄れ、犯罪の社会的影響力が弱くなり、これによって確定前の刑罰権が消滅するとする見解（実体法説⁽⁷⁹⁾）、②時間の経過によって証拠等が散逸し、適正な裁判の実現が困難になるとする見解（訴訟法説⁽⁸⁰⁾）、③①および②の考え方を総合して、可罰性の

生じたときから公訴時効期間を起算することを前提にしている（最決昭和63年2月29日刑集42卷2号314頁〔熊本水俣病事件〕参照）。

(79) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔7訂版〕』（創文社、1967年）376頁など。

(80) 井上正治『判例学説刑事訴訟法〔改訂版〕』（酒井書店、1966年）140頁。

減少と証拠の散逸とを根拠とする見解（競合説）⁽⁸¹⁾、④ 犯人が一定の期間訴追されないという事実状態を尊重して、国家の訴追権行使を限定して個人を保護する制度だとする見解（新訴訟法説）⁽⁸²⁾に分かれる。⁽⁸³⁾

第1審判決は、「時の経過による刑罰権行使の必要性の減少消滅や証拠の散逸による誤判の防止」を公訴時効の存在理由としていることから、③の競合説に依拠していると思われる。第1審判決は、判旨の上では、このような公訴時効制度の存在理由との関連で刑法254条2項の「共犯」の範囲を導き出している。

しかし、公訴時効制度の存在理由と公訴時効の停止効の及ぶ「共犯」の範囲との論理関係は、必ずしも明確ではない。従前の訴訟法学説においては、刑法254条2項の「共犯」とは、同法253条2項の「共犯」と同様であり、共同正犯、教唆犯、従犯などの刑法総則の共犯のみならず、いわゆる必要的共犯も含むが、関連事件との関係で「共に犯したもの」と見なされる場合（刑法9条2項）は含まれないとされ⁽⁸⁴⁾、第1審判決で示されたのとはほぼ同様の概念であるとされていた。そして、その理由としては、共犯間の不公平を避けるためという説明がなされている⁽⁸⁵⁾。

公訴時効の起算点については刑法253条が定め、それに引き続く254条は、進行した時効期間が公訴提起によって停止する旨を規定しているため、両規定の論理関係を把握することは必要である。すなわち、公訴時効は、原則として、「犯罪行為の終わった時」から個々の行為者ごとに進行するとされ（同法253条1項）、共犯については、例外的に「最終の行為が終わった時」から進行する（同法253条2項）。こ

(81) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）53頁。

(82) 坂口裕英「公訴の時効」鴨良彌編『法学演習講座刑事訴訟法』（法学書院、1971年）259頁、佐々木史朗『刑事訴訟と訴訟指揮』（日本評論社、1976年）133頁、田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣、1996年）224頁、田口守一『刑事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2012年）188頁など。

(83) なお、公訴時効制度の存在理由とその効果・機能とは別であるとして、存在理由として、実体法的側面、訴訟法的側面が考慮されているか否かにより学説を分類し、効果の面では特段の分類せずに、時効完成により消滅する権利が何なのかという観点から学説を整理する見解（原田和往「公訴時効制度の歴史的考察」早稲田法学会誌54巻（2004年）165頁以下）もある。

(84) 曾我部正実「公訴の提起」団藤重光編『法律実務講座・刑事編・第4巻・捜査及び公訴（2）』（有斐閣、1954年）754頁、小野清一郎・栗本一夫・横川敏雄・横井大三著『刑事訴訟法（上）（新版）（ポケット注釈全書）』（有斐閣、1986年）591頁、平場安治・高田卓爾・中武靖夫・鈴木茂嗣著『注解・刑事訴訟法・中巻〔全訂新版〕』（青林書院新社、1982年）273・278頁〔鈴木茂嗣〕、松本時夫・土本武司・池田修・酒巻匡編『条解・刑事訴訟法〔第4版〕』（弘文堂、2009年）503・505頁、河上和雄・古田佑紀・原田國男・中山善房・河村博編『大コンメンタール刑事訴訟法・第5巻〔第247条～第281条の6〕』（青林書院、2013年）135頁〔吉田博視〕など。

(85) 平場・同上278頁、松本・同上505頁。

のように「共犯」の場合の時効期間を例外的に共通に考えることは、時効の存在理由を犯罪の社会的な忘却としても、証拠の散逸としても、別個に考える必要がないからであり、その根本として共犯者間の処罰の公平性が挙げられている⁽⁸⁶⁾。そして、公訴提起の効果は、原則として、起訴された被告人にしか及ばないが(同法249条)、共犯者間で公訴時効の起算点を共通にする反面、進行した時効期間の停止効についても、「共犯」のひとりに対する公訴提起をもって「共犯」全員に及ぼすとしたといえるのである(同法254条2項)。

これは、競合説の立場から刑訴法253条2項および254条2項の「共犯」概念を統一的に説明するものである。しかし、この説明では、253条2項および254条2項の「共犯」が同一の意味内容であり、「共犯」とされる者について一律的な扱いをすべきことの説明にはなっても、「共犯」の中身が如何なる内容となるのかについては、直ちに導かれられないように思われる。

近時は、公訴時効の存在根拠については新訴訟法説が有力であるが、この説の論者は、「再起訴の可能性のある管轄違または公訴棄却となった事件について再起訴の期間制限を前起訴の公訴時効期間残余分とすることが政策的にみて合理的であり、公訴時効停止はそのための制度である」として、「公訴時効停止の制度は、公訴時効の本質ないし根拠を新訴訟法説に立って捉えた場合に初めてよく説明し得る政策的な制度」とする⁽⁸⁷⁾。しかし、新訴訟法説を採用した場合に、時効停止効の及ぶ「共犯」の範囲が競合説と異なるものになるのかについては、判然としない。

これに対し、近時の訴訟法学説においては、競合説の立場に立ちながらも、刑訴法254条2項の「共犯」とは、「同一の法益侵害を発生させる事実状態を同一の機会に作り出すことに寄与した者であって、社会通念に照らして見たときに、一緒に法益を侵害したとみるのが相当な関係にある複数の関与者を言う。」として、刑訴法独自の「共犯」として理解すれば十分だとする見解が現れている⁽⁸⁸⁾。この見解は、実体法上の共犯に限らず、両罰規定における事業主と行為者の関係、同時傷害の特例(刑法207条)の適用がある場合、過失競合事例の場合などが、いずれも「共に犯罪を犯した者」としての刑訴法254条2項の「共犯」に当たるとしており、刑訴法254条2項の「共犯」概念が拡張されている。この見解は、公訴時効の起算点に関する

(86) 青柳文雄『刑事訴訟法通論(上巻)[5訂版]』(立花書房、1976年)521頁。

(87) 小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法(上)―争点編』(有斐閣、1983年)112頁。

(88) 渡辺修「公訴時効と刑訴法254条2項『共犯』の実質解釈について——明石歩道橋事故に寄せて——」甲南法務研究第8巻(2012年)53頁。

253条と停止効に関する254条の相互関係をどのように捉えているか不明であるが、時効停止効が及ぶ「共犯」に関する限り、実体法上の共犯概念と切り離された訴訟法独自の「共犯」概念を提示しようとするものである。

このような議論動向を見ると、公訴時効の趣旨・存在根拠の捉え方如何によって、時効停止効の及ぶ「共犯」の範囲が必然的に決定されるわけではなく、「共犯」の意味内容を確定するには、公訴時効の趣旨以外の実質的な根拠づけが必要になるように思われる。

(3) 公訴時効停止効の主体的範囲と罪刑法定主義との関係

罪刑法定主義とは、犯罪と刑罰について行為時にあらかじめ法律により明示しなければ何人も処罰できないという原則であるので、基本的には、犯罪構成要件が事前に提示されているかどうかの問題である。しかし、犯罪と刑罰の法定それ自体には問題がなくても、「刑罰阻却の幅」、「刑罰権の及ぶ範囲」に影響を及ぼす場面には、実質的に罪刑法定主義の適用があるというべきである。このように「刑罰権の及ぶ範囲」に関連する「実体法上」の場面としては、【判例5】および【判例6】の横領と親族相盗例の問題があった。

これに対して、刑事訴訟法上の法概念については、基本的には手続法の側面から解釈すれば足りる。しかし、【判例7】の検討の箇所でも示したように、訴訟法において実体法上の法概念が用いられている場合には、実体法上との連動を意識する必要がある。そのことは、「共犯」に関する公訴時効の起算点や停止効の規定についても同様であろう。そして、実体法上の法概念との連動がある場合に重要なことは、法概念の形式的な統一ということ以上に、かかる規定が、「刑罰権の及ぶ範囲」に関連する規定であるかどうかということである。これに関連する場合は、罪刑法定主義との実質的な関係があるというべきである。その基準としては、前述のように、訴訟法の規定が実体法規と密接に関連する場合だけでなく、①手続法に実体法上の法概念が用いられ、かつ②それが「刑罰権の及ぶ範囲」に係る規定であることである。

公訴時効停止効が「共犯」に及ぶとする刑訴法254条2項は、実体法上の場面で「刑罰阻却の幅」に関連するものあるいは、「刑罰阻却の幅」に関連する規定ではないが、「訴訟法上」の場面で、「刑罰権の及ぶ範囲」に関連する規定と理解すべきである。すなわち、公訴時効は、原則として、各犯罪の性質に応じ「犯罪行為の終わった時」から進行するが、「共犯」の場合には、例外的に「最終の行為が終了した時」から進行する。そして、時効の停止については、公訴提起の付随的効果であるので「当該事件」に関与した被告人自身にだけ及ぶのが原則であるが（254条1

項)、「共犯」の場合には、公訴時効の起算点を共通とすることの反面として、例外的に停止効が拡張される。そして、前述したように、先行して事件関係者の一人が起訴され、その後、その他の事件関係者が起訴された段階において、すでに犯罪終了後から公訴時効相当期間が経過しているという場合、これらの事件関係者が254条2項の「共犯」にあたるか否かにより、後に起訴された者について、公訴時効の完成を理由とする免訴判決の当否が左右される。もともと公訴時効の趣旨として、競合説の立場に立つのであれば、公訴時効が完成する場合においては、実体法上の刑罰権の消滅の側面があるので、それを制限しようとする時効停止効の問題は、刑罰権の存否とは密接な関係がある。したがって、254条2項の「共犯」の意義は、実質的に見て「刑罰権が及ぶ範囲」に関わるといえる。

このように、①手続法に実体法上の法概念が用いられ、②その法概念が「刑罰権の及ぶ範囲」に関係する規定である場合、刑罰権の及ぶ範囲を明確にするために、罪刑法定主義の実質的な適用があるというべきである。そのため、かかる規定の解釈に際しては、実体法上の概念を訴訟法的観点から安易に拡張して解釈すべきではなく、実体法上の概念との厳密なリンクが必要になるものと考えられる。こう解釈することで、253条2項および254条2項の「共犯」の範囲を実体法上のものに限定する実質的な理由も説明できると考える。

以上の考察によれば、刑訴法253条2項および254条2項の「共犯」は、両規定の論理関係および罪刑法定主義の実質的な趣旨の観点から、いずれも実体法上の共犯に限定されると理解すべきである。具体的には、刑法総則の共犯(教唆犯、従犯、共同正犯)はもとより、必要的共犯も含まれると考える。しかし、第1審判決が指摘する同時傷害の特例(刑法207条)が適用される場合に、同時犯が上記「共犯」に含まれるとするのは疑問である。なぜなら、同時傷害の特例は、因果関係立証の困難を回避するために設けられ、例外的に因果関係の推定を認めた規定に過ぎず、⁽⁸⁹⁾実体法上の共同正犯の成立自体を認めたものではないからである。

そうすると、第1審判決は、254条2項の「共犯」に実体法上の共犯が含まれるとする結論命題の限度では正当と考えるが、同時傷害の特例の場合も含まれるとする点については、正当でないと考えられる。

(4) 過失の共同正犯について

刑訴法254条2項の「共犯」関係の存否は、現に審判の対象となっている事件の

(89) 日高・前掲注(16)16頁。

裁判所が決定する。⁽⁹⁰⁾第1審判決は、被告人と先行して起訴され有罪となったA地域官との間に「共犯」、すなわち、過失の共同正犯が成立するかにつき、本位的訴因、および予備的訴因双方について検討している。その結果、いずれについても過失の共同正犯の成立を否定し、時効停止効が被告人には及ばないとして、公訴時効の完成を理由に被告人を免訴としている。免訴の法的性質については、実体審理を許さない形式裁判なのか否かにつき争いがあるが、⁽⁹¹⁾本件においては、公訴時効停止効の及ぶ「共犯」として、過失の共同正犯に該当するかどうかが問題になっており、過失の存否の判断と切り離すことができないこともあって、実体関係に踏み込んだ審理がなされている。⁽⁹²⁾

まず、本位的訴因については、A地域官の過失として事故直前の過失（直近過失）⁽⁹³⁾が認定され、この過失と同種の過失が被告人にあるのかが検討されたが、被告人には事故の予見可能性がないという理由でこれは否定されている。次に、予備的訴因については、雑踏警備計画段階での過失（雑踏事故防止体制構築義務違反）が問題とされ、この計画が不十分であったことが指摘されているものの、雑踏警備計画段階で予想できた事情は抽象的な危惧感に過ぎず、本件事故の予見可能性がなかったなどして、被告人の過失は否定されている。

これに対し、本判決は、「共犯」の意義には触れずに、時系列に沿って、まずは予備的訴因における被告人の過失の有無、次いで本位的訴因における過失の有無という順序で検討し、いずれの訴因についても被告人の過失を否定し、⁽⁹⁴⁾⁽⁹⁵⁾公訴時効の完

(90) 小野ほか・前掲注(84) 591頁。なお、福岡高裁宮崎支判昭和31年4月4日高集9巻6号559頁。

(91) 免訴事由がある場合には、実体判断（事実認定）をすることなく直ちに免訴判決を言い渡し、被告人の無罪の主張も認めない、という意味で形式裁判であるのが通説・判例（最大判昭和23年5月26日刑集2巻6号529頁【大赦に関するプラカード事件】参照）とされている（田口・前掲注(82) 427頁）。

(92) 免訴に関する実体関係的形式裁判説（団藤・前掲注(79) 159頁以下）は別として、前掲注(91)の通説・判例の立場からは、本件のように免訴事由の存否に先行して実体審理をすることの当否が問題となるように思われる。

(93) A地域官の注意義務の内容は、「午後8時ころの時点において、直ちに、Q警部ら配下警察官を指揮するとともに、B署長を介し又は直接に機動隊の出動を要請することにより、歩道橋内への流入規制等を実現して雑踏事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務」と認定されている。

(94) 予備的訴因については、原審は①「予見可能性が危惧感程度しかなかった」、②「因果関係が欠けていた」として被告の過失を否定していた。しかし、第2審は、「本件結果の具体的な予見可能性がなかったということはできない」（①について）、「臨機に機動隊を動かす必要が生じた場合に、第一次的にはA地域官の判断で直接これを行うのか、それとも明石署内に設置

成を認め免訴判決をした原審の判断を正当としている。しかし、第2審の判断手法には、疑問がある。結論として、「免訴」とするのであれば、254条2項の「共犯」の意義を明らかにすべきである。なぜなら、「共犯」が実定法上の共犯に限定されるのであれば、本件の場合、単なる「過失競合」の検討は排斥され、(その当否につき争いがあるものの)「過失の共同正犯」の成否だけが問題となる。第1審は、第2審と同様、結論としては被告人の過失が認められないとして「過失の共同正犯」の当否に言及するに至っていないが、この結論は、「共犯」が実定法上の共犯に限られるとして過失競合の検討を排斥した上で、「過失の共同正犯」の成否の検討の中で導かれたものである。このように、本件の場合には、「共犯」をどのように解するかによって、「過失競合」の成否を検討すれば足りるのか、それとも実定法上の「共同正犯」(60条)の成否まで検討する必要があるのか、という形で検討すべき課題が異なってくるのであるから、第2審は、「共犯」の意義を明らかにすべきであったと思われる。事案解決にとって無用な法解釈は避けるべきではあるが、検討課題の選択に直結する規定の解釈は避けるべきではなかろう。

なお、第1審判決および本判決は、上記のように、ともかく被告人には過失がなかったとして、過失の共同正犯の成立を否定しているもので、どのような場合に過失の共同正犯が成立するののかについては論じるに至っていない。実定法上の問題としては、仮に過失の共同正犯を認めるとしても、どのような範囲で認めるのかについては、なお課題として残されている。従前の裁判例において、過失の共同正犯を認

された署本部の指示によることを原則としてA地域官は署本部に状況報告の上で指示を仰いだり意見を具申するのとか等、機動隊の投入等の決定方法に関する現地警備本部…と署本部との役割等について、事前の計画で明確に確認されていれば、A地域官が署本部に意見具申した可能性もないとはいえないのであり、A地域官が本件当日の警備の際にとるべき行動に出なかったことによって、警備計画の不備と事故発生の結果との間の因果関係が否定されるべきではない。」(②について)として、原審と異なる判断をした。しかし、本件警備計画策定の実態につき、「被告人に実際に求められていた役割は、策定作業の責任者であるA地域官やその下で作業に従事していたD係長らへの助言等なのであり、被告人がそれ以上に本件警備計画の企画・立案を掌理する責任者の立場にあったとはいえない」などとして、刑法上の義務違反といえるほどの権限不行使があったと評価することは困難として、被告人に過失(結果回避義務違反)はないとしている。

(95) 本位的訴因については、「原判決が、警察による結果回避措置の必要性が生じた時間を8時頃と判断した点」に誤りはないとし、被告人が入手していた情報(A地域官は、警察官による観客の流入規制措置について、警備会社責任者から打診されるとともに部下からも意見具申されたが、A地域官は、この情報を被告人には伝えていなかった)を前提とすると、「8時頃の時点で被告人が本件事故の発生を予見できたと認めることは困難」であると判示している。

めた事案は存在するが、いずれも「対等な立場の者」が負う注意義務違反の共同といえるものであった。⁽⁹⁶⁾ 本事案の場合、被告人とA地域官とはおよそ対等の地位にあるとはいえないし、双方とも現場の実動部隊との関係では、監督者的な地位に立つ者であったので、監督者と被監督者との間の注意義務の共同、⁽⁹⁷⁾あるいは複数の監督者相互間の注意義務の共同のような類型も認め得るのかという問題があろう。

(5) 結論

第1審判決は、刑訴法254条2項の「共犯」の意義につき、実体法上の共犯およびこれと同視されるものに限られる旨の命題を示した。同時傷害の特例の場合も含めている点は正当とはいえないが、訴訟法的観点から共犯概念を導くのではなく、

(96) 最高裁レベルのものとしては、①飲食店を共同経営していた被告人兩名が、出所不確かな液体がメタノールを含有するかどうかを十分検査しないで、法定除外量以上のメタノールを含有しないものと軽信して、これを客に販売した事案につき、有毒飲食物等取締令4条1項後段の罪（過失犯）の共同正犯の成立を認めたものがある（最判昭和28年1月23日刑集7巻1号30頁）。下級審レベルでは、②被告人兩名が共同して素焼きコンロを使用して煮炊きした後、消火措置を講じないで帰宅したため建物を焼燬した事案につき、失火罪の共同正犯を認めたもの（名古屋高判昭和31年10月22日高刑裁特3巻21号1007頁）、③船舶運航の技能、経験のない被告人兩名が共同して繋留中の観光船を運航し、座礁させた事案につき、過失往来妨害の共同正犯を認めたもの（佐世保簡裁略式命令判昭和36年8月3日下刑集3巻7・8号816頁）、④二人制踏切警手である被告人兩名が列車接近の確認を怠り、遮断機を閉鎖しなかったため生じた列車と自動車との衝突事故につき、業務上過失致死罪の成立を認めたもの（京都地判昭和40年5月10日下刑集7巻5号855頁）、⑤溶接工である被告人兩名が、建物増築現場で電気溶接機を用いて鋼材の溶接作業を行うに当たり、右溶接に際して発生する輻射熱又は火花（スパッタ）が溶接箇所周辺にある可燃物に達しないようあらかじめ遮へい措置を講ぜず作業をしたため火を失して建物を焼燬した事案につき、業務上失火の共同正犯を認めたもの（名古屋高判昭和61年9月30日高刑集39巻4号371頁）、⑥洞道内でトーチランプを使用して解鉛作業を共同で行っていた被告人兩名が、作業を中断して現場から立ち去るに当たり、各使用した2個のトーチランプの火が完全に消火しているか否かにつき相互の確認をすることなく、トーチランプを防護シートに近接する位置に置いたまま共にその場を立ち去ったために火を失して電話ケーブル等を焼燬した事案につき、業務上失火の共同正犯を認めたものがある（東京地判平成4年1月23日判時1419号133頁）。

(97) 監督者である被告人と従業員2名が、屋根の葺替作業中にいずれも喫煙し、そのうちの誰かの吸殻から発火して建物を焼燬したという事案につき、監督者と被監督者間の過失の共同正犯が問題となったものがある。過失の共同正犯が成立するとの検察官の主張に対し、裁判所は「喫煙については、たんに時と場所を同じくしたという偶然な関係があるにすぎなく、これらの者が喫煙について意思を通じ合ったとか、共同の目的で喫煙をしたというような関係があつたとみつことはできな（い）」としてこれを排斥し、被告人の監督義務違反の限度で重失火罪の成立を認めたものがある（秋田地判昭和40年3月31日下刑集7巻3号536頁）。

実体法上の共犯に限定しようとした点は正当と考える。⁽⁹⁸⁾

同規定の「共犯」が、実体法上の共犯に限定される実質的な理由は、先行して起訴された者と後に起訴された者とが、刑訴法254条2項の「共犯」といえるか否かにより、最終的に、刑罰権の消滅等を理由とする免訴の当否に影響するため、同規定が、後者にとって「事実上、刑罰権の及ぶ範囲」を決定する規定といえ、罪刑法定主義の実質的な適用場面といえるからである。

V 結語

1 以上、罪刑法定主義との問題が生じうる実体法上の規定、訴訟法上の規定について、罪刑法定主義がどのように機能するのかについて検討してきた。

罪刑法定主義の本来的な適用場面は、犯罪と刑罰の内容について、事前に法規によって定めなければならないというものであり、ある行為について特定の刑罰法規が適用できないのであれば、特別の定めがない限り、行為者を処罰することはできない。これは法律主義の帰結であり、【判例1】の刑法242条のように、刑罰拡張規定の解釈に関わる場合に見られるものである。

これに対し、刑罰縮小規定の場合には、被告人にとって有利な規定であることから、直ちに刑罰拡張規定と同様の厳格解釈が要請されるわけではない。しかし、被告人に有利だからという理由だけで、広く類推解釈が許容されるというわけでもない。罪体に関するものではないが、「刑罰阻却の幅」あるいは「事実上、刑罰権の及ぶ範囲」に関わる規定の場合、目的論的な解釈の見地から、合目的性と論理必然性を基本的な判断基準として、適用対象が、法規の予定する範囲内に属するか否かによって判断することになるのである。【判例2】および【判例3】において、刑法の親族間の罪の特例（刑法244条、257条）が、特別法である森林窃盗罪、森林贓物罪に適用されるとしたのは、前者の趣旨（「法は家庭に入らず」、「親族容隠」の思想）が、後者の法規に矛盾抵触するものではなく、法規の予定する範囲内に止まると判断されたものと評価しうる。これは、一般法と特別法の関係を合目的に解

(98) なお、前掲注(73)に記したとおり、公訴時効期間の廃止・延長の法改正で、「人を死亡させた罪」のうち、死刑に当たるものについては時効期間が撤廃され、禁錮以上の刑に当たるものについては時効期間が伸長された。後者については、過失犯の場合にも当てはまるので、業務上過失致死罪の場合、10年間は時効が完成しないことになる（改正刑訴法250条1項3号）。強制起訴制度が設けられたこともあり、本件事件のように、検察官の処分に市民が不満を持つ事案において、10年間に亘り起訴がなされず、刑訴法254条2項による時効停止効が問題となるような事態が生じることは少なくなるであろうが、皆無になるとまでは言えないであろう。

釈し、また論理必然関係もあるといえる。また、法適用の範囲が不明確になるという事情も見当たらない

しかし、このような目的論的な解釈が取り得ない場面も存在した。刑法244条1項の「配偶者」に内縁の配偶者が含まれないとした【判例4】がそれである。親族相盗例につき、「法は家庭に入らず」という思想の下、政策的な観点から一身的に刑罰が阻却されると解する場合、親族相盗例は、本来なしうる刑罰権の行使を、一定の「親族関係」が認められる場面においては画一的に控えるという性質を持つことになるので、法政策による刑の免除の範囲を明確にする必要があるのである。これは、法律主義に基づいて立法府が設定した政策領域については、司法の法解釈によってみだりに拡張できないことも意味する。

そうであれば、一旦立法府によって刑罰権の及ばないものと設定された政策領域については、「刑罰阻却の幅」や「事実上、刑罰権の及ぶ範囲」を、解釈によりみだりに変更することは許されない。【判例5】および【判例6】では、判例は、行為者と被害者との間に刑法244条1項の親族関係があるにも拘らず、後見事務の「公的性格」を根拠として、親族相盗例の趣旨が及ばないとの理論命題を提示したが、後見事務の「公的性格」は、後見事務の業務性を肯定する根拠にはなっても、行為者と被害者との「親族関係」の存否に影響を与えない。そうであれば、親族関係の存在を根拠として設定された「法は家庭に入らず」との政策領域は、なお生きていると解すべきである。この政策領域を解釈によって変更することは、犯罪成立の範囲そのものを変更するものではないが、「刑罰阻却の幅」、あるいは「事実上、刑罰権の及ぶ範囲」を変更することになる。しかし、このような政策領域の変更は、本来司法が行うことではなく、法律主義の観点から、立法によりなされるべきである。

2 これに対して、訴訟法上の規定の場合、訴訟法上の規定全般ではなく、①それが実体法規との密接な関連があり、あるいは訴訟法上の規定に実体法上の法概念が組み込まれ、②「刑罰権の及ぶ範囲」に関係する場合には、その解釈にあたり罪刑法定主義の精神が及ぶと理解するべきである。【判例7】のように、行為者の犯行後、法定刑の変更があり、それに応じて公訴時効期間が長くなった場合、①公訴時効期間の規定に関する規定（刑訴法250条）は、法定刑が定められている実体法の規定と密接な関係がある。そして、②公訴時効は、訴訟法上の観点だけではなく、最終的には確定前の刑罰権の消滅にも関わるので、公訴時効が完成するかどうかは、「刑罰権の及ぶ範囲」に影響するといえる。この場合、罪刑法定主義の「遡及適用

禁止の原則」の当然の帰結として、行為時法が適用されることになる。

また、公訴時効停止効の及ぶ刑訴法254条2項の「共犯」の解釈においても、①訴訟法上の規定に実体法上の共犯概念が組み込まれている。そして、②公訴時効の趣旨として競合説の立場に立つのであれば、公訴時効が完成する場合には、実体法上の刑罰権の消滅の側面があるため、刑罰権の存否とは無縁ではなく、同規程の「共犯」に当たるかどうかにより、公訴時効完成を停止するかに関わり、最終的には刑罰権の消滅等を理由とする免訴判決の当否に影響がある。そのため、254条2項の「共犯」の意義は、実質的に見て「刑罰権が及ぶ範囲」に関わっている。

したがって、刑訴法254条2項の「共犯」の解釈にあたり、訴訟法独自の観点からその意義を確定することはできず、実体法上の共犯概念と厳密なリンクを図り、厳格解釈が及ぶという意味で、罪刑法定主義の実質的な適用があるものというべきである。