

パチスロ機の不正操作によるメダルの 取得と窃盗罪の成否について

名古屋地方裁判所平成19年8月31日刑事第3部判決の検討

本 田 稔

- 一 はじめに
- 二 事実関係と判決要旨
- 三 検 討
 - 1 過去の事案の概観
 - 2 窃盗罪における「窃取」の意義
 - 3 最高裁決定の射程範囲
 - 4 名古屋地裁平成19年8月31日判決の問題点
- 四 む す び 「窃取」概念の限縮的理解による窃盗罪の成立領域の限定の必要性

一 は じ め に

近年、「体感器付きソレノイド」や低周波治療器に改良を加えた特殊機器を利用してパチスロ機で遊技を行い、「大当たり」を多数引き当てるなどしてメダルを取得した行為について窃盗罪の成否が問題とされ、積極的な判断を示す裁判例が出されている。これまでもパチンコ店において不正な方法で当たり玉やメダルを取得した事案が窃盗罪にあたるかどうかの問題になっていたが、その手法は弾いたパチンコ玉を磁石を用いて当たり穴に誘導したり、電子機器で信号を発信させるなどしてパチスロ機を誤作動させたり、また出玉確率を制御する正規のロムを取り外して、その確率を飛躍的に上昇させる機能を備えた「裏ロム」に交換するというものであり、いずれもパチンコ機やパチスロ機に対して、パチンコ店が禁止している特殊機器を使用し、その物理的な作用を及ぼして当たり玉やメダルを取

得するという事案であった。

しかし、最近では、特殊機器を用いてはいるものの、その直接的な作用を遊技機に及ぼしたり、またそれによって遊技機を誤作動させたりしていないにもかかわらず、出玉確率を上昇させてメダルを取得したと認定され、窃盗罪の成立が認められた事案が見受けられる。この種の事案の場合、特殊機器によってパチスロ機の当選メカニズムを探知し、その「情報」を入手して出玉確率を意図的に上昇させてメダルを取得したと認定されているが、特殊機器がパチスロ機の作動に影響や作用を及ぼしているわけではなく、メダルの排出は人間の動作を媒介にして引き起こされているために、メダルを取得したことが特殊機器の使用によるのか、それとも遊技者の個人的技能によるのかが判別しにくいという問題がある。パチスロ機の当選メカニズムに関する情報を入手しているだけで、「大当たり」を引き当てたのは遊技者個人の実力によるものであるならば、それは財物の窃取にはあたらない。特殊機器の使用は一般にパチンコ店では禁止されているため、それを使用して遊技し、メダルを取得した場合、それはパチンコ店経営者の意思に反しているといえるが、特殊機器がパチスロ機に影響や作用を及ぼしていない以上、メダルを「窃取」したと認定することはできないと思われる。

小論は、特殊機器を用いてパチスロ機を不正に操作し、メダルを取得した窃盗被告事件に関して、名古屋地方裁判所が2007年8月31日に言い渡した有罪判決を検討することを目的としている。以下においては、その事実関係と判決内容を踏まえながら、パチンコ機ないしパチスロ機の不正操作によるパチンコ玉等の取得について窃盗罪の成否が問題とされた過去の事例を概観したうえで、そこにおいて窃盗罪の成立要件、とりわけ「窃取」の要件がどのように認定されているのかを具体的に確認し、さらに名古屋地裁判決において引用されている最高裁決定の射程範囲を検証することを通じて本判決の内容を検討する。

二 事実関係と判決要旨

まず、名古屋地裁は関係各証拠から「前提事実」として以下の諸事実が認められるとして、4つの事実を挙げている¹⁾。それは、次のようなものであった。

1 被告人は、2005年 月×日午後3時ころ、愛知県 郡××町のAパチンコ店(以下「本件店舗」という。)に入店した。その際、被告人は、体感器と称する電子機器(以下「本件機器」という。)のうち本体部分を左太股に巻いたサポーターに貼り付け、パイプレートを左足付け根付近に貼り付けた上、振動センサー(衝撃センサーともいう。)を右上腕部内側にテーピングで固定してサポーターを巻き、さらに衣服等により本件機器を装着していることを外見上認識できないようにしていた。

2 本件店舗では、体感器と称する本件機器のような機械の持ち込み、遊戯での使用を禁止しており、店内の掲示板により遊戯客にその旨告知していた。

3 被告人は、同日午後3時5分ころから同日午後4時36分ころまでの間、回胴式遊技機(以下「パチスロ機」という。)ヨシメネSが設置された553番台でパチスロ遊戯を行い、最終的に2118枚のメダルを保持していた。

4 本件店舗の店員は、563番台の遊戯客による不正遊戯を疑って警察官を呼び、同遊戯客を事務所に連れて行こうとした際、553番台で遊戯中の被告人がメダルが出ているにもかかわらず553番台から立ち上がったことから不審に思い、被告人を追跡した。被告人は、本件店舗を出て逃走したが、約200メートル離れたところで店員に追いつかれ、店員に警察及び家族には知らせないでほしいなどと言ったが、

本件機器の所持が発覚し、同日午後4時45分ころ、建造物侵入罪の現行犯人として逮捕された。

そして、名古屋地裁は、以上の「前提事実」に基づいて、以下のような「犯罪事実」を認定した²⁾。

被告人は、2005年 月×日午後3時5分ころから同日午後4時36分ころまでの間、本件店舗において、同所に設置されたパチスロ機内に組み込まれた、レギュラーボーナス（ジャックゲーム）時に、揃う図柄を決めるための停止ボタンを押す順番の抽選に使用されている引込抽選カウンタの周期と同一の周期を調整できる機能を有した体感器と称する電子機器を使用し、同機器の調整ボタンを操作して、同パチスロ機553番台の停止ボタンを不正に操作する方法により、同パチスロ機が予定している確率よりも極めて高い確率で当選を意図的に出現させ、同パチスロ機から同店店長の管理に係る遊技メダル2118枚（貸出価格合計4万2360円）を窃取した。

「犯罪事実」では、被告人が本件機器の周期をパチスロ機の周期と同期させて当選周期を検知し、その周期に達した時点で振動センサーが振動して当選周期を伝達するよう設定することによって、通常よりも高い確率で当選を引き当てたことが前提とされているが、被告人および弁護人は、本件機器にはパチスロ機ヨシムネSに組み込まれた引込抽選カウンタの周期と同一の周期を調整できる機能はないので「不能犯」であり、また本件機器の周期調整ボタンを押す操作はメダルの占有移転に向けられた行為ではなく、ヨシムネSの停止ボタンを押す行為は「窃取」にあたらぬので、窃盗罪の構成要件該当性を認めることはできないと主張した。また、かりに本件機器に周期調整機能があるとしても、保持されていた2,118枚のメダルは、本件機器を使用して窃取されたメダルではなく、被告人自身が購

入し、また通常の遊技方法に基づいて遊技して取得されたメダルのうちから遊技のために消費したために減少したその残りであって、そもそも被告人が本件機器を使用した結果としてメダルが得られたことは証明されていないので、周期調整を行い、当選確率を上昇させて停止ボタンを押したとことが認められても、窃盗既遂の成立は考えられず、窃盗未遂が成立するにすぎないと主張した。

名古屋地裁は、被告人および弁護人の主張を斥けて、以下のような理由に基づいて窃盗既遂罪の成立を認めた³⁾。

専らメダルを不正取得する目的で体感器と称する電子機器を身体に装着し、パチスロ機で遊戯をして取得したメダルについては、当該電子機器がパチスロ機に直接には不正の工作ないし影響を与えず、また、当該メダルが当該電子機器の操作の結果取得されたものでなくとも、メダル管理者の意思に反してその占有を自己の占有に移したものとして窃盗罪が成立すると解される(最高裁判所決定平成19年4月13日)。弁護人は、当該最高裁決定につき、刑法原則上明らかに誤りである、判例としての価値がないなどと主張するが、独自の見解であって採用できない。すなわち、前記2記載の各事実及び合理的に推認できる被告人の行為目的のみからして、被告人には窃盗罪が成立すると考えられる。

三 検 討

1 過去の事案の概観

これまでにも、パチンコ機ないしパチスロ機で遊技する際に不正な方法を用いてパチンコ玉ないしメダルを取得した事案に関して窃盗罪の成否が問題とされ、それを肯定する判断が示されてきた。その代表的な事案には、次のようなものがある。

パチンコ台の裏側から糸を結びつけ、これを引けば玉が出るように工夫して、客席からその糸を引いてパチンコ玉を取得した事案（最高裁昭和29年10月12日第3小法廷判決）⁴⁾。

パチンコ玉を磁石を用いて当たり穴（いわゆる「チューリップ」）に誘導して、当たり玉を取得した事案（最高裁昭和31年8月22日第2小法廷決定）⁵⁾。

パチスロ機のメダル投入口にセルロイド様器具を差し込み、パチスロ機に内蔵されている投入メダルを読み取る感知装置に異常反応を引き起こしてメダルクレジットの表示枚数を増加させ、排出ボタンを押して遊技機から1200枚以下のメダルを排出させ取得した事案（東京地裁平成3年9月17日判決）⁶⁾。

「体感器付きソレノイド」といわれる機器の周期をパチスロ機の周期と同期させて当選確率を上昇させて、ソレノイドでパチスロ機のスタートレバーを押し下げることによってメダルを取得した事案（東京高裁平成15年7月8日判決）⁷⁾。

パチスロ機のスタートレバーに左手の親指を置き、それに結びつけた釣り糸の端を「体感器付きソレノイド」に固定し、ソレノイドが動くことによって釣り糸が引っ張られ、それに合わせて左手の親指が動いてスタートレバーを機械的に押し下げることによってメダルを取得した事案（京都地裁平成16年1月9日判決）⁸⁾。

低周波治療器用パッドを腕に貼り、「体感器」からパッドに微電流を流し、それによって筋肉を刺激し、収縮した手指によってパチスロ機のスタートレバーを押してメダルを取得した事案（宮崎地裁都城支部平成16年2月5日判決）⁹⁾。

パチスロ機の通常の遊技中において絵柄が揃う当選周期を狙い打つ機能を持たないが、通常の遊技方法で「大当たり」を引き当てた場合、スタートレバーを操作した際の振動をセンサーが感知して、ジャックゲーム時の絵柄を揃えるためのドラムの押し順をバイブレーション出力で

使用者に指示し、その後の「大当たり」を意図的に連発させる機能を有する「体感器」を使用して遊技していた者が、「体感器」の機能を使用して当選を意図的に出現させたのではなく、通常予定された遊技方法により「大当たり」を引き当ててメダルを取得した事案(広島高裁平成17年6月14日判決)¹⁰⁾。

上記7つの事案のうち、と の事案においては、パチンコ台の裏側から糸を結びつける行為、磁石を用いてパチンコ玉を誘導する行為を行って、その結果としてパチンコ玉を排出させ取得している。 の事案においては、パチスロ機のメダル投入口にセルロイド様機器を差し込んでメダルを排出させているわけではないので、 の事案と同一ではないが、セルロイド様機器を用いて投入メダルの真偽や枚数を判別する感知装置に異常反応を引き起こしてクレジット表示枚数を増加させ、一定数を超過した枚数のメダルを払出口から排出させ取得している事実に着目するならば、パチスロ機に対して電子的・物理的な作用を及ぼし、それによってメダルを排出させていると解することができ、 の事案と基本的に異なるものではなく、窃盗罪の成立を認めることに問題はないであろう。

の「体感器付きソレノイド」を使用した事案に関しては、これらの事案とは内容的に異なる。そもそも「パチスロ機」(回胴式遊技機)とは、メダルを投入し、スタートレバーを押し下げると、複数の絵柄が描かれた3個のドラム(回胴)が回転し、各々のドラムに対応する停止ボタンを押してそれを停止させて絵柄を抽選するが、抽選された3つの絵柄の揃い方によって当たりはずれが決まり、また当たりにも「大当たり(ビッグボーナス)」、「小当たり(レギュラーボーナス)」、その他「子役」などの種類があり、それに応じた枚数のメダルが取得できるという遊技機である。絵柄の抽選と当たりはずれは、パチスロ機に組み込まれた電子回路の乱数周期に従って決定され、スタートレバーを押し下げるタイミング、すなわちスタートレバーを押し下げた時に発せられる信号が乱数周期の当選箇所の中した場合には「当たり」、的中しなかった場合には「はずれ」が決定

し、絵柄を揃えるために停止ボタンを押す操作は絵柄の抽選とは基本的に関係はない。従って、パチスロ機に組み込まれた電子回路の乱数周期のうちどこに当選の箇所があるかを特殊機器によって検知し、そのタイミングに合わせて当選周期に的中するようスタートレバーを押し下げることができるならば、当たりを意図的に出現させることができることになる。

では、「体感器付きソレノイド」とは何か。の事案で用いられた機器の場合、「体感器」にはパチスロ機の「大当たり」の周期（本件事案のパチスロ機の場合、その乱数周期の1周期は2.731ミリ秒であり、スタートから0.006ミリ秒の時点が「大当たり」の周期に設定されている）を検知できる機能が備わっており、それを検知すると体感器から微電流が発せられ、「ソレノイド」がそれを関知すると電磁石が動き、それに合わせてピンが動いてパチスロ機のスタートレバーを押し下げるといいう仕組みになっている。ソレノイドが微電流を関知し、スタートレバーを押し下げられるまでの間に時差が生ずることから、ソレノイドが作動するタイミングを早めたり遅らせたりできるという。

の事案に関しても、と同様に、ソレノイドをスタートレバーに接触させて使用していることから、パチスロ機に物理的な作用を及ぼして、メダルを排出させ取得しているように見えるが、使用が禁止された特殊機器でスタートレバーを押し下げているとはいっても、それを理由にパチスロ機内に管理されたメダルの位置関係を変化させ、外部に排出させたと認定することはできない。そのような認定が可能であるのは、「体感器付きソレノイド」に、糸や磁石でパチンコ玉を当たり穴に誘導し、またセルロイド様機器がメダルクレジットの表示枚数を不正に増加させたのと同様の機能と作用が認められる場合だけである。すなわち、体感器がその周期をパチスロ機の当選周期と同期できる機能を備えていること、当選周期を検知した際に微電流が発せられ、ソレノイドがそれを正確に受信し、当選周期に的中するよう電磁石が作動してスタートレバーを押し下げる作用を有していることが必要である。の事案の場合、パチスロ機は2.731ミリ秒

が1周期で、その間に16,384のワクがあり、「大当たり」が出る確率は431回に1回というように設定されており、「体感器付きソレノイド」を使用することによってこの確率を人為的に上昇させ、その結果として当たりを引き当てて、メダルを排出させ取得したといえなければならない。判決では、「本件機器を使用すれば、30回に1回の割合で『BB』(大当たり)が出現することになる」という鑑定結果に基づいて、「体感器付きソレノイド」に「大当たり」が出る確率を飛躍的に上昇させる機能と作用があり、それをパチスロ機のスタートレバーに接触させて、スタートレバーを押して下げてメダルを排出させ取得したことが窃盗にあたり認定されているのである。従って、「体感器付きソレノイド」にこのような機能があるとはいえない場合には、結果的にメダルを取得していても窃盗にはあたらないことになる。パチンコ店が「体感器」のような特殊機器を使用して遊技すること禁止し、遊技者もそれを知りながら遊技している場合、そのような遊技はメダルの占有者の意思に反しているといえるが、「体感器付きソレノイド」にメダルの占有を侵害し、それを自己または第3者に移転させる電子的・物理的な機能と作用がない場合には、取得されたメダルは「窃取」されたものということとはできない。

の事案では、の事案のようにソレノイドをスタートレバーに接触させて使用しているわけではなく、スタートレバーに置かれているのは左手の親指であり、外形的にはパチンコ店で認められている通常の方法でパチスロ遊技を行っているように見える。しかし、釣り糸でソレノイドに結びつけられた左手の親指が、ソレノイドの物理的運動を伝達する道具のごとく機械的に動くよう細工されていることを考慮に入れるならば、左手の親指はいわばソレノイドと一体ないしその一部であると認定することができ、「体感器付きソレノイド」にメダルの占有を侵害し、それを自己または第3者に移転させる電子的・物理的な機能と作用がある場合には、メダルを取得した行為は「窃取」にあたりといえる。の事案に比べて当選を出現させる精度が低くなると思われるが、それを根拠にこの方法が「方法の不

能」にあたるとはいえないように思われる。

の事案に関しては、検討を要する。この事案で用いられた「体感器」は、肩こりなどの治療に使われる低周波治療器用パッドを利用したもので、「体感器本体部分」、「変換器部分」、「操作スイッチブロック部分」の3つの装置から構成されている。「体感器本体部分」には、その内蔵する電子回路の乱数周期をパチスロ機に組み込まれた電子回路の乱数周期と同一の周期に調整する機能があり、「変換器部分」は「体感器本体部分」から発信された信号を受信して微電流に変換し、それを低周波治療器用パッドに流す機能がある。そして、「操作スイッチブロック部分」は、「体感器本体部分」と「変換器部分」を操作する部分である。すなわち、「操作スイッチブロック部分」を操作して、「体感器本体部分」の周期をパチスロ機の周期に調整し、検知された当選周期に従って電気信号を「変換器部分」に発信する。「変換器部分」はその信号を受信して、微電流に変え、パッドに流す。パッドは腕に貼られているので、腕の筋肉が微電流で刺激されて収縮し、その反応によってスタートレバーを押し下げるといった仕組みになっている。

この「体感器」に、の事案で検討した機能、すなわちメダルの占有を侵害し、それを自己または第3者に移転させる電子的・物理的な機能があると認められたとしても、の事案のようにそれをパチスロ機のスタートレバーに接触させておらず、またの事案のようにスタートレバーを押し下げる親指を系で「体感器」に結びつけるなどの細工は施されていないので、スタートレバーを押し下げる腕や指が「体感器」の機能を機械的に伝達するような一体的な動きをしているとは必ずしもいえない。何故ならば、「交換器部分」から流される微電流が腕の神経に作用し、その作用に対する反応として生ずる筋肉の収縮によってスタートレバーが押し下げられているが、スタートレバーを押し下げる際に、腕の健康状態や反射神経の個体差が影響し、また押し下げるタイミングを把握する個人の意思や能力・技能が介在する余地があるため、「体感器」を使用しても、その機能のま

まの結果が得られるとはいいきれないからである。従って、この場合のメダルの排出と取得は、当選周期的の中するようスタートレバーを押し下げている被告人個人の意思に基づく身体的動作に起因しているということもできる。そうであるならば、スタートレバーが押し下げられ、大当たりが出てメダルが取得されても、窃取にあたる行為が行われたとはいえず、取得されたメダルは、通常の遊技方法の範囲内において取得されたものであると認定するほかない。

この点に関して、の事案の判決では、鑑定結果をもとにしながら、「体感器」を使用した場合、「当選確率は約9倍となるのであり、そのことにより通常のスロット遊技とは異なる極めて高い確率で高い当選を導くことになる」と認定され、「体感器」は「人体に微電流を流して反応させ、それによりスタートレバーを押^マするタイミングを把握するというものであるから、人体を利用することにより個人差があり、時に体感機を使用しても当選が得られないこともあり得るものの、熟達すれば本件体感機の機能のままの結果が得られるのであり、体感機を使用して当選を得た場合には、やはり不正に当選確率を高めたものといいうるから、その行為が違法性を帯びたものであることは明らかである」¹¹⁾と判断されている。つまり、「体感器」がパチスロ機の当選確率を9倍に引き上げる機能を有し、「熟達すれば本件体感機の機能のままの結果が得られる」ので、「体感器」の使用によって当選確率を不正に高め、それによってパチスロ機内に管理されたメダルを排出させ取得している以上、窃盗罪にあたるというのである。

しかし、判決は、「熟達すれば本件体感機の機能そのままの結果が得られる」と述べているだけで、被告人が「体感器」の操作に熟達し、そのような操作によって「体感器」の「機能のままの結果」を得たとは認定していない。従って、「体感器」の機能が使用者の熟達した操作を介してパチスロ機に作用していなくても、メダル占有者が禁止する機器を使用し、結果としてメダルを取得している以上、窃盗罪の成立が肯定できると認定されているような印象を受ける。このように認定されているとするならば、

それは妥当であるとはいえない。

「体感器」を使用した場合、「体感器本体部分」による周期調整、「変換器部分」からの微電流の送電、ソレノイドの作動ないし筋肉の収縮反応によるスタートレバーの押し下げ、メダルの排出・取得という因果的な経過をたどるが、「ソレノイド」を使用した場合には、それが直接または間接的にスタートレバーを押し下げているので、「体感器」の機能の「そのままの結果」を得る可能性が高いので、周期調整機能を備えた「体感器本体部分」の操作を開始した時点ないし「変換器部分」から微電流が流された時点で、メダルの占有移転を惹起する具体的な危険性が発生しているといえ、窃盗の実行の着手を肯定することができる。しかし、の事案のような低周波治療器用パッドを用いた場合には、微電流が流され、腕の筋肉の収縮反応によってスタートレバーが押し下げられるまでの間に反射神経の個体差や個人の意思や能力・技能などの個別的な事情が介在する余地があるため、「体感器」を操作しただけでは「そのままの結果」が得られるとはいえない。そのような結果を得るためには「体感器」の機能を機械的に伝達しうる程度の熟達した操作が必要である。従って、このような場合、メダルの占有移転を惹起する具体的な危険性は、スタートレバーの押し下げる熟達した操作によって初めて発生すると思われ、「体感器本体部分」の操作を開始した時点ないし「変換器部分」から微電流が流された時点では、その危険性が直ちに発生しているとはいえない。ゆえに、の事案に関しては、「体感器」の電子的・物理的な機能が、使用者の熟達した操作を介してパチスロ機に作用していないならば、窃盗の実行に着手したとはいえず、不可罰の窃盗の予備にとどまるといえよう。

以上の ないし の事案では、いずれも窃盗の既遂が認定されているが、の事案は異なる。の事案では、被告人が使用した「体感器」は、パチスロ機の当選周期を狙い打つ機能を持たないが、通常の遊技方法で「大当たり」を引き当てた場合、スタートレバーを操作した際の振動を振動センサーが感知して、ジャックゲームの絵柄を揃えるためのドラムの押し順を

バイブレータ出力で知らせ、「大当たり」を意図的に連発させる機能を有するものであった。原審広島地裁は、被告人はこのような機能を有する「体感器」を使用して遊技し、30分の間に3回の「大当たり」を出現させて1,221枚のメダルを取得したと認定し、「通常予定された遊技方法を逸脱した、本件機械を使用しての遊技中に当選を得、遊技用メダルを取得した場合には、占有者である店長の意思に反して遊技用メダルを取得したといえることができる」と判示して窃盗既遂罪の成立を認めた。

しかし、広島高裁は、「遊戯中の被告人の背後に立って観察していた従業員の報告によると、1回目及び2回目の大当たりの際のジャックゲームにおいては、俵図柄が8連続でそろったことはなく、また、3回目の大当たりの際には、ジャックゲームが始まる前に被告人が店外に出てしまったことが認められる」ため、「被告人は『本件機械』を使用していたものの、当選を意図的に出現させたことはなく、通常予定された遊技方法によって、遊技用メダルを取得したにすぎないから、不正な方法により遊技用メダルを取得したとはいえない」として、原判決を破棄して窃盗未遂罪の成立を認めたのである。結果的に「大当たり」を引き当てることができなかつたとはいっても、ドラムの停止ボタンの押し順をバイブレータ出力で遊技者に指示し、「大当たり」を意図的に連発させる機能を有する「体感器」を使用している以上、窃盗の実行の着手を認めることができるといえる。

2 窃盗罪における「窃取」の意義

以上のように、パチンコ機ないしパチスロ機で遊技する際に不正な方法を用いてパチンコ玉ないしメダルを取得した事案を概観したが、あらためて各々の事案において窃盗罪における「窃取」の意義がどのように解されているかを検討する。「窃取」の意義は、その目的物である「他人の財物」の形状、大小、軽重、移転の容易性の程度、その保管状況などを勘案して判断されるべきものであり、パチスロ機等の不正操作の事案において「窃取」の意義がどのように認識されているかを明らかにすることは、名古屋

地裁の判決を検討するうえで重要な意味を持つと思われる。

窃盗罪とは、他人の財物を窃取する罪である。窃盗罪の行為客体は他人が占有する財物であり、実行行為は「窃取」である。「窃取」とは、「占有者の意思に反して、財物を自己または第三者の占有に移転させることをいう」と定義されているが¹²⁾、この定義に従えば、ある行為が「窃取」にあたるのは、占有者の同意に基づかずに、財物に対する占有者の事実的な支配を排除して、それを自己または第三者の事実上の支配下に移転させた場合だけである。しかも、財物を移転させるには、財物に対する占有者の支配に外部から影響を及ぼし、その位置関係を変化させる「物理的な干渉作用」が必要である。何故ならば、窃盗罪の行為客体である財物は原則的には有体物であり、電気を社会的有用性と物理的管理可能性を理由に唯一の例外としているだけであるから、有体物が物質的な形態において、また電気が物理的に管理された状態において存在していることを考慮に入れるならば、有体物および電気の占有を移転させる原因は、それらの管理状態や位置関係に変化を引き起こす物理的な干渉作用以外にはありえないからである。それゆえ、占有者の意思に反して結果として財物が保持されていようとも、それがこのような外部的で物理的な干渉作用に起因するものでない限り、「窃取」にあたる行為が行われたと判断することはできない。窃盗罪の「窃取」の意義は、このように行為客体の性質から論理的に導き出すことができる。

では、上記の7つの事例において、窃盗罪の成立要件、とりわけ「窃取」は具体的にどのように認定されているのであろうか。すでに概観したように、この事案においては、パチンコ台の裏側から糸を結びつける行為、磁石を用いてパチンコ玉を誘導する行為、メダル投入口にセルロイド様機器を挿入する行為が行われ、その結果としてパチンコ玉やメダルが取得されているので、パチンコ機ないしパチスロ機に対して外部から物理的な干渉作用を及ぼし、それを介してパチンコ玉等の管理状態や位置関係に変化を生じさせて、それを外部に排出させていることは明らかであり、

「窃取」の要件を満たしているといえる。 の事案においては、周期調整機能を備えた「体感器付きソレノイド」を使用してパチスロ機のスタートレバーに物理的な作用を及ぼして、遊技機内に管理されたメダルを外部に引き出しているの、 ないし の事案と同様に「窃取」の要件を満たしている。 の事案においても、ソレノイドと釣り糸でそれに結びつけられた左親指が一体となって「体感器」の機能をパチスロ機のスタートレバーに及ぼしているといえるので、同じように認定することができる。 の事案に関しては、「体感器」に周期調整機能が備わっており、それを熟達した操作を介してパチスロ機に及ぼして当選確率を約9倍に高めてメダルを排出したといえる場合には、 ないし と同様に「窃取」の要件を満たしているといえよう。 の事案においても、スタートレバーを操作した際の振動を振動センサーで感知するために「体感器」の操作を開始している以上、操作の不手際によって、結果的にジャックゲームの絵柄を揃えることができず、「大当たり」を引き当てることができなくても、使用された「体感器」の機能がパチスロ機に作用している事実を考慮に入れるならば、メダルの占有移転の具体的危険性は発生しており、窃盗の実行の着手を認めることができるであろう。

以上から明らかなことは、パチスロ機の不正操作の事案の場合、 の事案を概観した際に述べたように、周期調整を行ない、当選確率を不正に高める機能を持つ特殊機器がパチスロ機に電子的・物理的に作用し、その結果としてメダルの占有を移転させている場合でなければ「窃取」したとはいえないということである。パチンコやスロットにおいては、通常の遊技によってもパチンコ玉やメダルの占有を移転させるるのであるから、そのような機能や作用がないにもかかわらず、禁止されている機器を使用したという事実と占有者の意思に反してメダルが取得されたという事実だけを理由に「窃取」の要件が認定できるかのように考えてはならない。窃盗罪の行為客体である有体物が物質性を持ち、電気が物理的な管理可能性を備えている以上、「窃取」には、それらを自己または第3者に移転させる物

理的な機能と作用がなければならない。パチスロ機の不正操作によるメダルの取得が窃盗罪にあたるかどうか争われる事案においては、この「窃取」の要件が満たされているかどうか重要な争点になると思われる。

3 最高裁決定の射程範囲

以上の事案の特徴を大まかに概括すると、問題とされた行為の特徴が、パチンコ機に対して直接的な物理的作用を及ぼすという方法から、「体感器付きソレノイド」のような機器やそれと一体となった身体の一部をパチスロ機に直接的に用いる方法、さらには低周波治療器用パッドなどによって特殊機器の機能を使用者の身体的動作を介して間接的に及ぼす方法へと変化しているために、特殊機器の使用がメダル占有者の意思に反していても、特殊機器の電子的・物理的な作用を及ぼして、その結果として財物を移転させているといえるかどうかの認定が非常に困難になっているといえる。

いうまでもなく、ある行為が窃盗罪の「窃取」にあたるか否か、またそれと結果との間に因果関係が認められるかどうかは、実証可能な客観的事実に基づいて認定されなければならない。行為の当罰性や要罰性など予防主義的な政策的考慮から導かれた規範的観念に基づいて、窃盗罪の構成要件該当性の判断を行うことは回避しなければならない。構成要件該当性の判断は、ある行為が法文の文理から導き出された犯罪行為の定型にあてはまるかどうかの客観的で事実的な判断である。窃盗罪に関して言えば、「他人の財物の窃取」という文言から導き出された行為の定型は、先にも述べたように「占有者の意思に反して、財物を自己または第三者の占有に移転させること」であり、問題の行為がそのような定型性を備えていることを裏づける客観的な事実の存在が構成要件該当性判断の根拠となりうるのである。その事実を認定するうえで、特殊機器が財物の占有を移転させる電子的・物理的な機能を備え、それが作用をおよぼしていることが決定的な意味を有していることを過去の事案は示しているのである。

1) 最高裁決定の事案

しかしながら、最高裁平成19年4月13日第2小法廷決定は、従来までの判決の流れを変更し、内容的にも看過できない問題を抱えたように思われる。名古屋地裁刑事第3部が窃盗被告事件を判断するにあたって、この最高裁決定を重視し、その判決文のなかで引用していることもあって、その問題点は名古屋地裁判決にも反映しているといわなければならない。以下において、最高裁の事案とその決定の内容を検討する。

最高裁決定の元になった事案を、第1審札幌簡易裁判所は「罪となるべき事実」として次のように認定している¹³⁾。

被告人は、パチンコ店に設置されている回胴式遊技機が引込み抽選乱数を使用して、大当たりが連続して発生する場合を抽選しているのを奇貨として、この乱数周期と同期させる機能を有する、いわゆる体感器と称する電子機器を使用して、大当たりを意図的に連続して発生させ、不正に回胴式遊技機から遊技メダルを窃取する目的で、あらかじめ自己の身体に上記体感器を装着した上、平成17年 月×日午後2時57分ころ、株式会社 店長××管理の遊技メダル約1524枚(貸出価格合計約30,480円相当)を窃取した。

この事案に関して、札幌簡易裁判所は、平成17年11月16日、建造物侵入罪および窃盗罪の成立を認め、被告人に懲役1年6月・3年間の執行猶予・体感器一式の没収を言い渡した。被告人の控訴の申し立てを受けた原審札幌高等裁判所も、平成18年6月22日、第1審札幌簡易裁判所と同じ刑を言い渡した。ただし、札幌高裁は、「事実認定の補足意見」として、「関係証拠によれば、本件体感器は、本件遊技機の抽選乱数値を特定することによって、いわゆる JAC ゲーム中に俵図柄が揃う押し順を判別するという機能を有し、本件遊技機で大当たりを続発させるためのいわゆる押し目が判定できるものと認められ、このことは、本件体感器を使わない場合に

比べて極めて高い確率で当選に至ることが可能であることであり、被告人自身、当審公判廷において、係続発するのは事実ですなどと述べてこれを自認しているのである。そして、本件体感器を使用して係図柄を8連続揃え、大当たりの連チャンを確定させることは、まさに不正な方法により、メダルの占有を取得することになるのは明らかであって、窃盗罪の構成要件に該当し、その使用とメダル取得との間に因果関係があることも明らかである¹⁴⁾と述べ、本件の事案が窃盗罪の構成要件に該当することを論証するにあたって、本件体感器が「いわゆる JAC ゲーム中に係図柄が揃う押し順を判別するという機能を有し、本件遊技機で大当たりを続発させるためのいわゆる押し目が判定できる」ものであること、「体感器を使用して係図柄を8連続揃え、大当たりの連チャンを確定させ」、その結果としてメダルを取得したこととの間に因果関係が認められることに言及している。「体感器」の電子的・物理的機能に言及し、それがパチスロ機に作用し、その結果としてメダルが排出され取得された事実に基づいて窃盗既遂の構成要件該当性を認定していることから、札幌高裁の認定方法は（因果関係に関する事実認定の当否は別として）これまでの裁判例の法理を踏襲しているといえる。

2) 最高裁決定の特徴

しかし、最高裁はこの点に関して大きな転換を図ったと言わねばならない。最高裁は、「体感器」には「その乱数周期をパチスロ機の乱数周期と同期させることによって、パチスロ機の大当たりを連続して発生させる絵柄をそろえるための回胴停止ボタンの押し順を判定することができる機能」があり、被害店舗ではその種の機器を持ち込み、使用することを禁止し、被告人もこのことを認識し、「被告人は当初から本件機器を使用してメダルを不正に取得する意図のもと被害店舗に入店して本件パチスロ機『甲』55番台でパチンコ遊戯を行い、本件機器を用いて大当たりを連続して発生させる絵柄をそろえることに成功するなどし、合計約1524枚のメダルを取得した」という事実関係を前提にしなが、次のように判断した¹⁵⁾。

以上の事実関係の下において、本件機器がパチスロ機に直接には不正の工作ないし影響を与えないものであるとしても、専らメダルの不正取得を目的として上記のような機能を有する本件機器を使用する意図のもと、これを身体に装着し不正取得の機会をうかがいながらパチスロ機で遊戯すること自体、通常の遊戯方法の範囲を逸脱するものであり、パチスロ機を設置している店舗がおおよそそのような態様による遊戯を許容していないことは明らかである。そうすると、被告人が本件パチスロ機「甲」55番台で取得したメダルについては、それが本件機器の操作の結果取得されたものであるか否かを問わず、被害店舗のメダル管理者の意思に反してその占有を侵害し自己の占有に移したというべきである。したがって、被告人の取得したメダル約1524枚につき窃盗罪の成立を認めた原判決は、正当である。

最高裁は、被告人が使用した「体感器」に周期調整機能が備わっていることを前提にしながらも、「本件機器がパチスロ機に直接には不正の工作ないし影響を与えないものであるとしても」、メダルを不正に取得するために本件機器を用いてパチスロ遊技を行うこと自体が「通常の遊戯方法の範囲を逸脱するもの」であり、店側もそれを許容していないことは明らかなので、「そうすると、被告人が本件パチスロ機『甲』55番台で取得したメダルについては、それが本件機器の操作の結果取得されたものであるか否かを問わず、被害店舗のメダル管理者の意思に反してその占有を侵害し自己の占有に移したというべきである」と判断している。周期調整機能を備えた「体感器」がパチスロ機に「直接的な不正の工作ないし影響」を及ぼしていないならば、原審札幌高裁の「事実認定の補足意見」はもとより、これまでの裁判例の法理に基づいて考えるならば、窃盗罪の実行の着手を認めることはできないはずである。従って、「体感器」を用いて遊技することが「通常の遊戯方法の範囲を逸脱」し、被害店舗の意思に反していようとも、それがパチスロ機に直接的に作用しておらず、また約1,524枚の

メダルが取得された経緯が明らかでない以上、メダルを取得した被告人の行為が窃盗既遂罪にあたと認定することは理論的に不可能であるといわなければならない。最高裁決定のような立場からは、メダルの占有移転という結果が行為者の態度に帰属することが証明されなくても、遊技方法それ自体が遊技契約に違反し、メダルが取得されていることだけを根拠に「窃取」の要件が認定できることになってしまうが、それは、「窃取」の概念を弛緩させ、遊技契約違反の行為を可罰的な窃盗既遂へと格上げする類推解釈でしかない。これを正当化するために被害者の被害意識や行為者の悪しき心情が引き合いに出されているが、それは厳罰主義的な意思刑法といわねばならない¹⁶⁾。

確かに、被告人は「体感器」を店舗に持ち込むことや、それを使用して遊技することが禁止されているのを認識し、その遵守事項を守らずに遊技し、結果として約1,524枚のメダルを取得したのであるが、メダルの占有侵害が被告人の態度に因果的に帰属し、その態度が「窃取」に該当していることが証明されない限り、そのような遊技方法の不正は、被害店舗の経営者が遊技客からメダルを回収するなどの民事的な措置を講ずる理由になりえても、窃盗既遂罪の成立を認める理由にはならない。

4 名古屋地裁平成19年8月31日判決の問題点

最高裁決定の以上のような問題は、名古屋地裁判決にどのように反映したのだろうか。名古屋地裁は、最高裁決定を「専らメダルを不正取得する目的で体感器と称する電子機器を身体に装着し、パチスロ機で遊戯をして取得したメダルについては、当該電子機器がパチスロ機に直接には不正の工作ないし影響を与えず、また、当該メダルが当該電子機器の操作の結果取得されたものでなくとも、メダル管理者の意思に反してその占有を自己の占有に移したのとして窃盗罪が成立する」という意味において解している。同じ問題を抱えることになったといえる。そして、「当該最高裁決定につき、刑法原則上明らかに誤りであり、「判例としての価値が

ない」と主張した弁護人の見解を「独自の見解であって採用できない」として斥け、「前記2記載の各事実及び合理的に推認できる被告人の行為目的のみからして、被告人には窃盗罪が成立すると考えられ」と判断したのである。

名古屋地裁が窃盗罪の成立根拠として挙げた「前記2記載の各事実」とは、「前提事実」のことである。判決では、それに基づいて「犯罪事実」が認定されているのであるが、「犯罪事実」においては、最高裁決定が前提にしていた「体感器」に周期調整し、メダルの占有を移転させる機能が備わっている事実、さらに遊技機が予定している確率よりも極めて高い確率で当選を意図的に出現させた事実が踏まえられているが、「前提事実」においては、それについての言及はない。従って、名古屋地裁が窃盗罪の成否を判断するにあたって、「体感器」がパチスロ機に直接的な不正の工作ないし影響を与えていることを要しないと考えているだけなのか、それとも「体感器」に周期調整機能やメダル移転機能が備わっていることも必要ではないと考えているのかが判然としない。もし、これらの機能を要しないと考えているならば、名古屋地裁が窃盗既遂罪の成立を認めた理由は、被告人が禁止機器を使用してパチスロ遊技をしていた事実と「合理的に推認できる被告人の行為目的」、すなわち被告人が不正な方法でメダルを取得する意思を持っていた事実だけである。しかし、そのような認定の方法は名古屋地裁が援用した最高裁決定の趣旨とは異質なものであり、その射程範囲を逸脱しているといわねばならない。

名古屋地裁判決の問題は、これだけではない。最高裁決定では、取得されたメダルが「体感器」の操作の結果取得されたものであるか否かは問題ではないとしているが、事実認定においては「本件機器を用いて大当たりを連続して発生させる絵柄をそろえることに成功するなどし、合計約1524枚のメダルを取得した」¹⁷⁾ことが確認されている。つまり、最高裁は被告人が保持していたメダルのうち一定の枚数のメダルを不正に取得したことを認定しつつも、それが何枚であったのかを確定することができなかった

ために、被害メダルの枚数を「約1524枚のメダル」と概算で表記するしかなかったのである。しかし、名古屋地裁判決では、「被告人が本件店舗のパチスロ機553番台で最終的に保持していたメダル2118枚については、それが本件機器の操作の結果取得されたものであるか否かを問わず、メダル管理者の意思に反してその占有を被告人に移したものである」と述べて、2,118枚のメダルの全てにつき窃盗罪が成立すると判断されている。「2118枚」という数字（「約2118枚」ではない）は、検察官の論告要旨に「553番台に出玉として出ていたコインを計算機にかけて2,118枚であることを確認した」（6頁）と記載されているように、パチスロ機のメダル受皿にたまっていたメダルの枚数であると思われるが、被告人が不正操作を始める前に遊技して正当に取得したメダルがその中に混入している可能性が否定できない以上、被害メダルの枚数を「2118枚」と断定することはできないはずである。この点に関しても、名古屋地裁の判決は、これまでの裁判例や最高裁決定から逸脱しているといわねばならない¹⁸⁾。

このような名古屋地裁の判決をどのように評価すべきであろうか。最高裁が要件としていた「体感器」の機能がなくても、また「体感器」の操作の結果メダルが取得された事実がなくても、メダル受皿にたまっていた「2118枚」のメダル全てについて窃盗罪が成立するという判断をどのように理解すべきであろうか。推論するに、そのような判断が成り立つためには、被告人が本件機器を用いてパチスロ遊技を行い、それが通常の遊技方法の範囲を逸脱しているという事実と 本件機器の操作の結果取得されたか否かはともかく、「2118枚」のメダルを保持していたという事実を「合理的に推認できる被告人の行為目的」によって結びつけて、「2118枚」のメダル全てに関して窃盗罪が成立すると論証する方法を採用する以外にはないであろう。それは、客観的には窃盗罪の構成要件に該当する行為が行われたと判断できないにもかかわらず、「合理的に推認できる被告人の行為目的」を引き合いに出して、窃盗罪を成立させる論法である。しかし、被告人に窃盗の故意があったことが「合理的」に推認できようとも、それ

を理由に窃盗罪を成立させる方法は、不可罰の行為を可罰的な窃盗へと変質させる本質直観的な主観主義的犯罪論の方法であるといわねばならない。それは歴史的に断罪された類推解釈の典型的な手法である¹⁹⁾。

四 む す び

「窃取」概念の限縮的理解による窃盗罪の成立領域の限定の必要性

パチスロ機の不正操作によるメダルの取得が窃盗罪を構成するか否かを判断するにあたって、占有者の意思に反した財物の取得という結果や行為者の主観、すなわち窃盗の故意が要件として必要であることはいうまでもない。しかし、その結果は窃盗罪の実行行為によって惹起されたものでなければならぬ。パチスロ機の不正操作にそのような結果を発生させる物理的な機能と作用が備えられていないならば、被告人のいかなる態度も窃盗罪の実行行為にはなりえないし、実行行為たりえない行為者の態度が悪しき主観的目的によって実行行為性を帯びることもありえない。犯罪の実行行為は、法文の解釈によって導き出された構成要件的行為である。この行為の定型にあてはまらない限り、実行行為性を認定することはできない。構成要件は、法益侵害結果の側面からだけでなく、実行行為の側面からも犯罪の成立領域を限定する。それは、刑罰権の濫用や恣意的発動から被疑者・被告人の権利を防御し、適正な事実認定と法令適用を要請する近代刑法の根本思想、すなわち罪刑法定主義を理論的に具体化したものである。国家や社会に相応しくない思想と行動を警察的に監視・抑圧したナチスドイツにおいて、その刑法理論から構成要件論が駆逐され、刑法典から罪刑法定主義が削除された。その結果、「健全な民族感情」に基づいて要罰性ありと判断された行為に刑罰権が行使され、治癒不可能な甚大人権侵害が法の名の下で引き起こされた。この国の刑法理論と刑事実務は、このような歴史的経験を他山の石とせねばならない²⁰⁾。

犯罪が増加し、「体感治安」が揺らいでいる社会情勢のなかで、様々な

形態で行われる現代的な犯罪や違反行為に対処する必要があると声高に叫ばれているが、それを理由に伝統的に継承されてきた罪刑法定主義や刑罰の謙抑性原理の意義が弱められるようなことがあってはならない。法の番人たる裁判所が歴史的に築かれてきた裁判実務とその法理から逸脱して判決を言い渡すようなことがあってはならない。名古屋地裁は本件事案に関して窃盗罪の有罪判決を言い渡したが、法と良心に基づいて判断することの重要性が問われていたといわねばならない。その判断を理論的に支えるのは、現実の社会に深く根を張っている近代刑法の刑法原理とそれが求める事実認定の法的論理だけである。本件の控訴審において、そのような論理に基づく刑法解釈と適用がなされ、正当な判断がくだされることが期待されている。

- 1) 名古屋地方裁判所平成19年8月31日刑事第3部判決（判例集未登載）3頁以下参照。パチスロ機の不正操作が窃盗罪に問われた事案で使用された特殊機器の種類と性能は多種多様である。大まかに分類すると、ソレノイド型、低周波治療器電流刺激型、衝撃センサー振動伝達型に分けることができる。本件名古屋地裁の事案は、衝撃センサー振動伝達型である。
- 2) 前掲名古屋地裁判決（注1）1頁以下参照。
- 3) 前掲名古屋地裁判決（注1）3頁参照。
- 4) 最3小判昭29・10・12刑集8巻10号1591頁。
- 5) 最2小決昭31・8・22刑集10巻8号1260頁。
- 6) 東京地判平3・9・17判時1417号141頁。その評釈として、山中敬一「パチスロ遊技機の感知装置に異常反応を起こさせてメダルを排出させ取得する行為と窃盗罪」法学セミナー453号127頁、山川治「いわゆるパチスロ機からメダルを不正取得した場合における窃盗罪の実行着手の時期、既遂時期及び窃取枚数について判示した事例」捜査研究49巻10号51頁以下、野口元郎「窃盗の実行の着手時期・既遂時期等いわゆるパチスロ機からのメダル不正取得事案」研修575号71頁以下、小島吉晴「いわゆるパチスロ機の感知装置に異常反応を起こさせてメダルを取得する行為と窃盗罪の成否、着手時期及び既遂時期」研修532号23頁以下参照。同種の事案として、神戸地裁判平14年11月13日 <http://courtsdomino.2.courts.go.jp> 参照。

東京地判平3・9・17の事案では、被告人は、パチスロ機のメダル投入口にセルロイド様機器を差し込んで、メダル読み取り感知装置に異常反応を起こし、メダルのクレジット表示枚数を増加させ、排出ボタンを押して表示枚数通りのメダルを取得したが、パチスロ機のメダル投入口にセルロイド様機具を差し込んだ時点で窃盗の実行の着手が認定されている。一般に判例は、「物色行為」に密接に関連する行為が開始された場合に窃盗の実行

の着手を肯定している(大判昭9・10・19刑集13巻1473頁),本判決もそれに沿っていると思われるが,メダルがパチスロ機の内部に管理され,そこから直接的に窃取することが容易でないことを考慮に入れるならば,パチスロ機に近づくとか,あるいはそのメダル投入口にセルロイド様機具を差し込むような「物色行為」が行われても,メダル読み取り感知装置に異常反応を引き起し,クレジット表示枚数を増加させない限り,占有移転の具体的な危険性が発生したとはいえず,窃盗の実行の着手を認めることはできないように思われる。セルロイド様機器をメダル投入口に差し込んで,感知装置に異常反応が引き起こされない場合もあるので,メダル投入口にセルロイド様機器を差し込むだけでは窃盗の実行の着手を認定することには問題があろう。

- 7) 東京高判平 15・7・8 判時1843号157頁。原審宇都宮地裁平成15年3月24日判決については, <http://courtsdomino2.courts.go.jp> 参照。
- 8) 京都地判平 16・1・9 <http://www.courts.go.jp>。
- 9) 宮崎地都城支部判平 16・2・5 判時1871号147頁。その評釈として,山中敬一「いわゆる低周波治療器型体感機を使用してスロットマシンからメダルを取得する行為が窃盗罪に当たるとされた事例」判例評論573号42頁以下(判例時報1940号212頁以下),今村智仁「いわゆる『体感器』を用い,電気信号により引き起こされる指先の反射運動を用いてパチスロ機を操作して遊技用メダルを取得した行為が窃盗にあたる」とされた事例」警察公論60巻4号76頁以下参照。
- 10) 広島高判平 17・6・14 広島高等裁判所刑事判決速報(平成17年4月号)1頁。本件事案のパチスロ機は,本稿が検討対象にしている名古屋地裁の事案のパチスロ機と同じ機種の「ヨシムネS」である。「ヨシムネS」の場合,通常の遊技方法で「大当たり」を引き当て,「ジャックゲーム」に入ると,引込抽選カウンタの周期(0ないし4095)が「0ないし2047」になっている場合,3個の停止ボタンのうち左・中・右の順で押せば「リプレイ図柄」,右・中・左の順で押せば「俵図柄」が揃い,「2048ないし4095」になっている場合,左・中・右の順で押せば「俵図柄」,右・中・左の順で押せば「リプレイ図柄」が揃うように制御されており,ジャックゲームで「俵図柄」が8回連続で揃えば,ジャックゲーム終了後再び「ビッグボーナス」(いわゆる「連チャン」)に入ることができるという。
- 11) 前掲宮崎地裁都城支部判決(注9)150頁以下参照。
- 12) 大判大4・3・16 刑録21・309参照。
- 13) 札幌簡裁判平 17・11・16 刑集61巻3号363頁以下。なお,弁護人の上告趣意書(同判例集355頁)によれば,本件事案は名古屋地裁判決の事案と同様に「衝撃センサー振動伝達型」である。
- 14) 札幌高判平 18・6・22 刑集61巻3号366頁以下。
- 15) 最2小決平 19・4・13 刑集61巻3号341頁以下。
- 16) 本決定の問題性に関しては,拙稿「パチスロ機に直接的な影響を与えない行為と窃盗罪における『窃取』の成否」法学セミナー632号119頁を参照されたい。

今村・前掲論文(注9)78頁では,「体感器のような機械を用いてパチスロ機を動作させて遊技用コイン取得することが何故に窃盗罪になるのであろうか」という問題を設定し,「パチンコやパチスロは,遊技者が自己の手を用い,遊技者個人の技能の範囲内で遊技機

パチスロ機の不正操作によるメダルの取得と窃盗罪の成否について（本田）

を操作することにより、『当たり』を得て出球やコインを取得することが予定された遊技であり、その結果は偶然性に支配されている。それ故に、遊技者が結果の偶然性に影響を与える機械を用いて『当たり』を出すという行為は本来予定されていない形の遊技行為なのであって、そのような行為によって客が『当たり』を出して出球やコインの占有を得るということは店側の意思に反する占有の移転であり、また、かかる行為は社会通念上も違法な遊技行為であることは明らかであることから『窃盗』と評価されるのである」と答えている。パチスロ機の不正操作の事案が窃盗罪にあたるためには、今村検事が指摘しているように、店側が使用を認めていない「体感器のような機械を用いてパチスロ機を作動させて」、「『当たり』を出して出球やコインの占有を得る」という因果的経過が必要であり、このような行為のみが「社会通念」からも窃盗と評価されるのである。そうであるならば、今村検事の立場からは、最高裁決定は認めがたいものになるに違いない。

17) 前掲最高裁決定（注15）341頁参照。

18) パチスロ機で遊技する場合、一般に例えば1000円で50枚の遊技用メダルを購入ないし賃借し、メダル投入口に入れて遊技するが、メダル50枚まではクレジットとして遊技機内に蓄えられることになっており、当たりが続いて50枚を超えれば、超過分の枚数が払出口から排出され、メダル受皿にたまり、途中で遊技を止めるために払出ボタンを押すと、クレジットの表示枚数分のメダルが払出口から排出される仕組みになっている。パチスロ機の不正操作の事案では、最初に一定枚数の遊技用メダルを購入するなどし、周期調整のために通常の遊技方法の範囲内で遊技し、途中から「体感器」を使用してメダルを取得するケースが一般的であり、周期調整のために通常の遊技方法で遊技している途中でメダルを取得する場合もあるので、クレジットとしてパチスロ機内に蓄えられたメダル、通常の遊技方法で取得されたメダル、不正な方法で取得されたメダルのうち被害メダルは何枚なのか問題となる。

被害メダルの枚数問題に関して、高森高徳「電子機器（いわゆる体感器）を使用して胴式遊技機（いわゆるパチスロ機）から遊技メダルを不正取得する行為について窃盗罪の成否が問題となった事例」研修673号99頁以下は、「周期合わせの段階で当たりが出る回数はせいぜい数回であると思われる、その段階で当たりを出して遊技メダルを取得したとしても、最終的に取得した遊技メダルの総数が多ければこれに比してわずかな枚数であろうから、多くは公訴事実の窃取枚数に『約』を付する程度で足りると考えられるし、総数との比較で周期合わせの段階で出した遊技メダルの枚数がわずかであるといえなければ、窃取枚数を具体的に特定せず、『（総数）枚以下の相当数のメダル』という記載をすればよい（前記東京地判平3・9・17）のであるから、それほど実益のある議論ではない」と、被害メダルの枚数に関する起訴状の書き方を論じている。高森検事が引用している東京地裁平成3年9月17日判決の事案では、受け皿に残されていたメダルの枚数とクレジットとして表示されていた枚数とを合計した「1,200枚のメダル」を窃取したとして起訴されたのであるが、判決では、不正行為の結果クレジットの表示枚数を増加させただけでは、「パチンコ店の管理するパチスロ機の中にメダルがある限りはパチンコ店のメダルに対する占有を完全に排除したとは言えず」、「いったん不正行為で表示枚数を増やしても、そのままゲームを続けて表示枚数が減れば客はメダルを手元に取得できずに終わるから、窃盗

罪の客体たる特定の財物の占有を取得したと解することはできない」ので、被害メダル枚数からクレジットとして表示されていた枚数分を除外し、さらにメダル受皿にためられていたメダルの中には、不正行為を始める前に遊技して正当に取得したメダルが混入している可能性が否定できず、被告人が窃取したメダルが何枚であるかを確定することができなかったため、窃取にかかるメダルの枚数を「1,200枚以下の相当数のメダル」と認定したのである。この認定方法は最高裁判定において踏襲されているが、名古屋地裁では異なる。

- 19) 今村・前掲論文(注9)80頁は、「鑑定の結果、体感器が正常に作動しない代物であったということが判明するというケースも考えられなくはない」ので、「体感器の能力に疑問がある場合にどのような処理をすればよいのか」という問題が出てくるが、「一般に、客観的には結果の発生が困難な手段によって犯罪を行おうとしていた場合については『行為当時、行為者が特に認識した事情および一般人に認識可能な事情を基礎とし、客観的な事後予測として犯罪の実現される危険性の有無を判断し、それが肯定されるときは具体的危険が認められるとして未遂犯とするが、否定されるときは具体的危険がないとして不能犯である』とする立場が通説的見解と思われる」ので、「体感器」が正常に作動しなくても、「行為者も含め一般人は『体感器を用いれば『当たり前』の出る確率が高くなる。』と認識しており、社会通念として犯罪の実現される危険性が十分に認められるので、かかる場合には窃盗罪の実行行為性は肯定される。ただし、体感器の性能に問題がある以上、体感器の使用と結果の発生に因果関係を認めることは困難であろうから、罪責は窃盗未遂罪にとどまるものと考えられる」と論じている。しかし、このような理解に立てば、「体感器」に周期調整機能やメダルの占有移転機能がなくても、使用者がそれがあると認識している以上、常に実行の着手が肯定されることになる。「体感器」に機能がなくても、行為者の主観的認識を根拠に窃盗罪の実行の着手を認める点では、名古屋地裁判決の論理と共通しているが、メダル取得との因果関係を否定する点では異なる。
- 20) ナチス時代において刑罰法規の類推解釈を可能にした法学方法論は、シュミットの「具体的秩序思想」やラレンツの「具体的普遍概念論」であった。いずれも、制定法から導かれた規範的意味に拘束されず、現実に胎動しつつある民族の運動、それを支える理念や指導者の意思を「法源」ないし「規範」として受け容れ、それを制定法に吹き込むこと(einlegen)こそが法解釈であると主張したのである。時代が異なろうとも、制定法の規範的意味による拘束から逃避しようとする傾向に対しては理論的な警戒が必要である。なお、ナチズムにおける法解釈方法論の現代的意義を批判的に考察するものとして、Bernd Ruthers, Die Ideologie des Nationalsozialismus in der Entwicklung des deutschen Rechts von 1933 bis 1945, in: Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus- Ringvorlesung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, 1992, S. 17ff.

* 本稿は、2008年1月4日に名古屋高等裁判所に提出した窃盗被告事件(平成17年(わ)第2225号)に関する意見書を補正・加筆したものである。担当弁護士である秋田光治弁護士と村山智子弁護士からは、本件事案の事実関係と争点と

パチスロ機の不正操作によるメダルの取得と窃盗罪の成否について（本田）

なる理論問題に関して貴重な助言をいただいた。また、「わが国の刑法の危機的状況に対応するために、是非、絶大なるご支援をお願い申し上げます」と記された秋田弁護士の手紙からは、危機に立たされている刑事被告人の擁護者たろうとする弁護士の熱意と刑事裁判の困難な状況を切り開く実践的理論の必要性を痛感させられた。全面的に協力することを決意する。