

タイトル	不正なパチンコ・パチスロ遊戯と財産犯（二・完）
著者	神元，隆賢；KANMOTO, Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，47(3/4)：367-384
発行日	2012-03-31

論 說

不正なパチンコ・パチスロ遊戯と財産犯（二・完）

神 元 隆 賢

目 次

- I はじめに
- II パチンコ玉・メダルの占有と所有
- III ゴト行為と「通常の遊戯方法」（以上、第四七卷第二号）
- IV ゴト行為による窃盜罪の被害物の範圍
- V 体感器を用いたゴト行為による窃盜罪の未遂
- VI おわりに（以上、本号）

IV ゴト行為による窃盜罪の被害物の範圍

ゴト行為により得たパチンコ玉やメダルと、通常の打ち方により得たそれが混在した場合に、混在したパチンコ玉やメダル全部について窃盜罪の成立を認めるべきであろうか。あるいは、あくまでもゴト行為により得た一部につ

いてのみ、窃盗罪の成立を認めるべきであろうか。一部成立と解したならば、ゴト行為により得たパチンコ玉やメダルの具体的な数が不明である場合には、被害物の範囲をどのように認定すべきであろうか。

財産犯の被害物とそうでない物とが混在した場合に、その全部と一部のいづれについて財産犯が成立するかは争いがある。最判昭和三〇年一〇月一四日刑集九卷一一号二一七三頁は、三万円の債権者である被告人A、B及びCが、債務者Dから六万円を喝取した事案について、「他人に対して権利を有する者が、その権利を実行することは、その権利の範囲内であり且つその方法が社会通念上一般に認容すべきものと認められる程度を超えない限り、何等違法の問題を生じないけれども、右の範囲程度を逸脱するときは違法となり、恐喝罪の成立することがあるものと解するを相当とする（昭和二六年（れ）二四八二号同一七年五月二〇日第三小法廷判決参照）。本件において、被告人等が所論債権取立のために執つた手段は、原判決の確定するところによれば、若し債務者Dにおいて被告人等の要求に応じないときは、同人の身体に危害を加えるような態度を示し、且同人に対し被告人A及び同B等は『俺達の顔を立てろ』等と申向けDをして若しその要求に応じない時は自己の身体に危害を加えられるかも知れないと畏怖せしめたというのであるから、もとより、権利行使の手段として社会通念上、一般に忍容すべきものと認められる程度を逸脱した手段であることは論なく、従つて、原判決が右の手段によりDをして金六万円を交付せしめた被告人等の行為に対し、被告人CのDに対する債権額のいかんにかかわらず、右金六万円の全額について恐喝罪の成立をみとめたのは正当であつて、所論を採用することはできない。」と判示して、六万円全額について恐喝罪の成立を認めた。

本判決については、奪取罪の保護法益をどのように解するかとの視点から議論が展開されている。すなわち、保護法益を被害者の事実上の占有と解する占有説によれば、六万円全額の占有移転が生じているから、恐喝罪も六万円全額について成立することになる。一方、被害者の占有の基礎となる本権と解する本権説、あるいは民法上適法な占有

と解する適法占有説の立場からは、権利行使にかかる債権額までの喝取であれば恐喝罪は成立しないが、これを超えた本件では、封金以外の金銭は不可分、不特定物であり、六万円の中に混在した債権額を超える三万円を特定することができないから、最高裁は六万円全額について恐喝罪の成立を認めざるを得なかったのではないかと主張がある⁵⁴⁾。すなわち、被害物の不可分性が全部成立の根拠となつていふのである。これに拠れば、喝取額が六万円ではなく三万円であつたならば、恐喝罪は成立せず、脅迫罪のみが成立することとなる⁵⁵⁾。もつとも、本判決は「権利行使の手段として社会通念上、一般に忍容すべきものと認められる程度を逸脱した手段」と認定しているから、むしろ混在した債権額の多寡にかかわらず、許容される程度を逸脱した権利行使方法による場合には、全額について財産犯が成立するとの趣旨というべきではないか。すなわち、本判決は、全部成立の根拠として、被害物の不可分性ではなく手段の不法性を重視しているように思われるのである。

さらに、東京地判昭和三八年七月一五日判タ一五四号一六〇頁は、債権者が、債権額総額より少ない額の債権を回収しようとして債務者に要求した事案について、「被告人等の置かれていた当時の状況からみると、被告人等の行為にや行き過ぎの点があつたとしても、被告人等の行為が権利行使の程度を逸脱していたものとは必ずしも考えられない。」として恐喝罪の成立を否定している。これは、恐喝罪の成否において、要求額が債権額を逸脱したか否かではなく、権利行使の手段が許容される程度を逸脱したか否かという、手段の不法性が重要であることを明確に示したものであるのではないか。

それでは、パチンコ・パチスロでのゴト行為についてはどうか。ゴト行為が発覚した時点で、遊戯者の多くは数百、数千のパチンコ玉やメダルを保持しているが、この中のどれがゴト行為により得たものであるかを特定することはほぼ不可能である。ゴト行為を行う遊戯者は、ゴト行為のために玉賃料を支払って玉貸台からパチンコ玉やメダルを取

得し、それを元手にゴト行為を行って出玉を得ようとするから、少なくとも最初の元手となるパチンコ玉やメダルはゴト行為によるものではない。あるいは、元手分は遊戯中にすべて消費されてしまうであろうから、発覚時に保持していたパチンコ玉やメダルはすべてゴト行為によるものと言いうる場合もあるかもしれない。しかし、ゴト行為を行う者の多くは、ゴト行為と「通常の遊戯方法」とを織り交ぜてゴト行為の発覚を防ごうとする。さらに体感器を用いたゴト行為では、前述したように、体感器とパチスロ機の大当たり周期の同期に至るまでの遊戯は「通常の遊戯方法」による場合と同じ当たり確率でしかなく、この間の遊戯で取得したメダルについて窃盗罪の成立を認めてよいかは議論がある。

以上のように、パチンコ・パチスロにおけるゴト行為では、窃盗の被害物たるパチンコ玉やメダルとそうでない物とが混在し、そのうちだけがゴト行為により得た物であるか、具体的な数を指摘することが困難である場合が極めて多い。しかも、この場合の遊戯者の「通常の遊戯方法」についても、究極的にはゴト行為によるパチンコ玉やメダルの窃取に向けられたものと言える。これらの点から、被害物の不可分性、あるいは手段の不法性を根拠に、最判昭和三〇年一〇月一四日と同様、遊戯者が発覚時に保持していたパチンコ玉やメダル全部について窃盗罪の成立を認めることは許されるのであろうか。

一 判例の動向

判例は、ゴト行為発覚時に保持していたパチンコ玉やメダルの全部について窃盗罪の成立を認めたものと、一部についてのみ認められたものが混在している。

（一）全部について窃盗罪の成立を認めたもの

東京高判昭和四三年四月二六日東高刑報一九卷四号九三頁は、被告人がパチンコ玉を窃取した際に、窃取した玉の中に正当に入手した玉も混入した事案について、「所論は、右窃盜被害品であるパチンコ玉中には、被告人達が正当に入手したのも入っているのであるから、その全数につき窃盜罪の成立を認めた原判決は不当であるというけれども、記録によつて認められるところによれば、被告人等は当初よりパチンコ玉を窃取するために被害場所に立入つて行動したものであり、仮に右窃取場所に入場し窃取行為を実行するための手段として一部のパチンコ玉を購入して使用し、従つて所論のように窃取したとせられるパチンコ玉の中に一部右正当に入手した玉が含まれているとしても、右は一少部分であると共に、窃取行為の手段として入手したものであり、かつこれらは窃取した玉の中に混入して分別することができないのであるから、その総数につき不法性を認め、これを窃取したものと認定した原判決は誠に相当であるとして、パチンコ玉全部について窃盜罪の成立を認めた。本判決は、被告人が当初から窃盜のためにパチンコ玉を購入したという手段の不法性、及び「分別することができない」という被害物の不可分性の両者を考慮して、窃盜罪の全部成立を認めたものと思われる。

東京高判昭和四八年九月二六日東高刑報二四卷九号一四六頁は、被告人が料金を支払いパチンコ玉七〇個を入手し、それを元手に磁石を用いたゴト行為によつてパチンコ玉を窃取したが、これにより、料金を支払い入手したパチンコ玉とゴト行為により入手したパチンコ玉が混在し区別不能となつた事案について、「被告人が……料金を支払つてパチンコ玉七〇個宛を入手したことは、所論のとおり認められるが、右各証拠によれば、右いずれの場合も、被告人は当初から、磁石を用いてパチンコ機械の当り穴から玉を取得していたものであり、また客の打つた玉は当り玉になつてもはずれ玉であつても、自動的にそのパチンコ機械から別途に店内の施設に入り、当り玉の場合には打つた玉とは別

個の景品玉が出てくるのが認められるのであるから、被告人が当初正当に入手したパチンコ玉七〇個が前記窃取したとされる玉の個数に含まれるとする論旨は、前提を欠き失当といわねばならない……。仮りに遊戯の最終時において当初の玉七〇個のうち若干が残っていたとしても、その余の、不正な方法により取得した玉数と混入しているのであるから、その個数はいくらであるかを区別することは不可能であるというべく、従ってこのような区別の不可能である本件の場合においては、全部の玉を全体として観察するのほかに、被告人が所持したパチンコ玉全部について窃盗の既遂罪が成立するものと解するのが相当である。」と判示した。本判決は、被害物の不可分性を重視して窃盗罪の全部成立を認めたもので、「被告人が当初正当に入手したパチンコ玉七〇個が前記窃取したとされる玉の個数に含まれるとする論旨は、前提を欠き失当」とした点から、手段の不法性を考慮するものではないといえよう。

前掲最決平成一九年四月一三日は、被告人が体感器を身体に隠匿装着して合計約一五二四枚のメダルを取得した事案について、被告人の遊戯は「通常の遊戯方法」の範囲を逸脱するものであるから、「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ものである」と判示している。すなわち、体感器により大当たりを出すに至っていないにもかかわらず、メダルを一枚でも取得した時点で窃盗既遂罪の成立が認められるのである。⁽⁵⁶⁾この点で、本判決は、手段の不法性を重視して窃盗罪の全部成立を認めたものと解される。

名古屋地判平成一九年八月三十一日(判例集未登載)⁽⁵⁷⁾は、被告人が体感器を身体に隠匿装着してパチンコ遊戯を行い、最終的に二一八枚のメダルを保持していた事案について、被告人らはメダル二一八枚は自ら購入し遊戯で消費した残りであるなどと主張したが、最決平成一九年四月一三日を引用してメダル二一八枚について窃盗罪の成立を認めた。

なお、最決平成一九年四月一三日は被害メダルの枚数を「約一五二四枚」として「約」を付けたのに対し、同決定を引用した名古屋地判平成一九年八月三十一日は「二一八枚」とし「約」を付けていない。これについて、最高裁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するものの、メダルの枚数を「約」とすることで、実際には取得メダルの一部についてのみ窃盗罪の成立を認めるものであり、一方、名古屋地裁は「約」を付けていないから、取得メダルの全部について窃盗罪の成立を認める趣旨で、最高裁決定から逸脱するものであるとの指摘がある⁽⁵⁸⁾。しかし、最決平成一九年四月一三日は、第一審（札幌簡判平成一七年一月一日日刑集六一巻三号三六三頁）の事実認定の段階で被告人が取得したメダル枚数が「約一五二四枚」とされ、それ以外に被告人が保持していたメダルの有無が不明であること、及び「本件機器の操作の結果取得されたものか否かを問わず」との趣旨に鑑み、やはりメダル全部について窃盗罪の成立を認めたものと解すべきであろう⁽⁵⁹⁾。

（二）一部について窃盗罪の成立を認めたもの

東京地判平成三年九月一七日判タ七八四号二六四頁は、被告人が、パチスロ機のメダル投入口に銀紙テープを貼ったセルロイド様器具を差し込み、内蔵の感知装置などに異常反応を起こさせてメダルを排出させ、不正にメダルを取得したが、最終的にメダル受け皿に残されていたメダル一二〇枚のうち、最大五〇枚、正規に購入したクレジット分のメダルが含まれており、どれだけが窃取した分であるか確定できない事案について、「客がいったん不正行為を始めれば、たとえその後正規に交換したメダルを用いてゲームをしても、パチンコ店としては不正行為によってメダルを増やしているか否かに関係なく客のゲーム続行を許容しないのが当然であるし、客としても一度不正操作をすればゲームの続行が一切許されなくなることは十分認識しているはずである。したがって、仮に不正行為開始前に正規

のメダルを入れたためにクレジット数が残っていたり、不正行為を始めた後に正規に交換したメダルを機械に投入することがあっても、不正行為開始後のゲームはいかなる手段に拠ろうが全て許されない不正な機械操作とみるべきであり、これ以降にパチスロ機から排出されたメダルは、全て不正に取得したものであるというべきであつて、法的には窃取したものと評価すべきである。そうすると、メダルの窃取枚数は、現実には不正行為を始めた後にパチスロ機から払出しをした枚数全部であると考えられるが、当初現金と交換してパチスロ機の下の方にあるメダル受皿に入れておいたメダルや、不正行為を始める時までにゲームをして正当に払出しを受けたメダルは、窃取に着手する前から自己の占有していたものであるから窃取したものとはいえない。不正行為により排出させたメダルが他のメダルと混同して区別ができなくなつたときは、パチスロ機に残っていたメダルは全て窃取したものと評価すべきであるとの見解もあるが……、単に区別ができないとかメダル窃取の目的で取得したものであるとの理由だけでは、本来は窃取したものではないメダルまでが事後的に窃取したという評価を受けるべきであるとする十分な理由にはならず、立証の困難さなどを理由に明文の根拠もなく被告人側に立証責任を転換するような右の見解は採用できない（残つたメダル一個一個についてそれが窃取されたものかどうかの区別はもとより要求されないし、正規に取得したメダル数が僅少であることが判明しているのであれば、窃取枚数を記載するには残つたメダル数に「約」を付する程度で足りることである）。……被告人がいつ不正行為を始めたのかも正確にはわからない本件では、メダル受皿に残っていたメダル（少なくとも一二〇〇枚からクレジットの最大限度五〇枚を控除し一一五〇枚は存したといえる。）のうち、どれだけが被告人の窃取したものをかを確定することはできないと言わざるを得ない。そこで、犯罪事実としては、『一二〇〇枚以下の相当数のメダル』を窃取したものと認定した次第である」として、一部についてのみ窃盗罪の成立を認めた。

前掲最決平成二二年六月二九日は、被告人が共犯者Aのゴト行為を隠蔽する目的で、「通常の遊戯方法」によりメダ

ルを取得し、そのメダルをゴト行為により取得したメダルと同じドル箱に入れて混在させた事案について、原審がドル箱内のメダル四一四枚とAの下皿内のメダル七二枚、計四八六枚のメダル全部について窃盗罪の成立を認めただのに対し、被告人が「通常の遊戯方法」により取得したメダルについては窃盗罪の成立を認めず、「本件において窃盗罪が成立する範囲は、前記下皿内のメダル七二枚のほか、前記ドル箱内のメダル四一四枚の一部にとどまるというべきである。もつとも、被告人がAによるメダルの窃盗について共同正犯としての責任を負うことは前記のとおりであり、関係証拠によれば前記ドル箱内のメダル四一四枚のうちの相当数もAが窃取したものであったと認められること及び原判決の認定判示したその余の量刑事情に照らすと、本件については、いまだ刑法四一一条を適用すべきものとは認められない。」として、メダル四八六枚中の一部（枚数不明）についてののみ窃盗罪の成立を認めたが、原判決の破棄に関する刑法第四一一条は適用せず上告を棄却した。本決定については、被告人と共犯者の共同実行にかかるゴト行為により得られたメダルについて、不可分的に全部について窃盗罪の成立を認めたものであり、最判昭和三〇年一〇月一四日や最決平成一九年四月一三日と同様の判断に基づいているとの主張がある⁽⁴⁰⁾。しかし、最判昭和三〇年一〇月一四日は被害額を「右金六万円の全額」とし、最決平成一九年四月一三日は「本件機器の操作の結果取得されたものか否かを問わず」として、占有移転した財物全部について財産犯の成立を認めただのに対し、本決定は窃盗罪の成立範囲をメダル四八六枚の「一部にとどまる」としている。本決定は、確かに被害物の枚数を具体的には示していないものの、手段の不法性あるいはメダルの不可分性を根拠に全部について窃盗罪の成立を認める趣旨ではなく、むしろ、メダルの具体的な枚数は不明ではあるものの、少なくとも全部について窃盗罪は成立しないことを明らかにしたものとみるべきではないか。

(二) まとめ

ゴト行為により得たパチンコ玉やメダルとそうでないものが混在した場合に、全部について窃盗罪が成立するのかわるいは一部成立にとどまるのかについて、上述したように判例の立場は必ずしも一本化されてはいない。東京高判昭和四三年四月二六日は、手段の不法性と被害物の不可分性の両者を考慮して窃盗罪の全部成立を認めた。東京高判昭和四八年九月二六日は、手段の不法性を考慮せず、被害物の不可分性のみにより全部成立を認めた。最決平成一九年四月一三日は手段の不法性を重視して全部成立を認めた。本決定を引用する名古屋地判平成一九年八月三十一日も同様の趣旨であろう。パチンコ・パチスロ遊戯についてではないが、前掲最判昭和三〇年一〇月一四日も手段の不法性を重視して全部成立を認めたと言ってよいであろう。以上から、下級審判例は、全部成立との結論を導くにあたって被害の不可分性を根拠の全部あるいは一部とするが、最高裁判例は手段の不法性のみを根拠とし、被害物の不可分性を考慮しないと見る余地がある。そうであるならば、全部成立とした判例は、その根拠となるべき理論についても、一本化がなされていないということになる。

一方、一部成立とした判例はどうか。東京地判平成三年九月一七日は、不正行為開始前のパチスロ遊戯によるメダルは窃盗罪の成立範囲から除外されるが、枚数を確定できない場合は「約」「〱枚以下の相当数」などと認定すればよいとしており、被害物の不可分性を強調する東京高判昭和四三年四月二六日及び東京高判昭和四八年九月二六日に対し、被害物を区別できない場合の認定の解決方法を示したものと見える。最決平成二一年六月二九日は、混在したメダルの一部についてのみ窃盗罪が成立するとして一部成立を明確に示し、被害物の範囲については、「メダル四一四枚のうち相当数」として、東京地判平成三年九月一七日を踏襲した認定を行ったと言えよう。⁶¹⁾

二 学説の状況

学説上は、体感器を装着して遊戯してメダルを取得したとしても、直ちに窃盗既遂罪の成立を認めるべきではなく、体感器が当たり周期と同期した後の当たりについてののみ窃盗罪の成立を認めるべきとする一部成立説が有力である。

ゴト行為について窃盗罪の成立を認めるには、遊戯行為が前述したように「店の意思」に反する「通常の遊戯方法」を逸脱したものでなければならぬところ、さらに当該行為と発生した結果との間の因果関係の存在もまた、当然に要求される。しかし、遊戯者が体感器を装着して遊戯したとしても、当たり周期と同期前のメダルの取得については、当たり確率は通常のままであるから因果関係を欠いているはずで、全部成立とした判例は妥当でないとするのである。⁶²このように解すると、当たり周期と同期する前の当たりや当たりによりメダルを取得する行為については、せいぜい窃盗未遂罪を認めることしかできず、⁶³そのようにして取得したメダルは窃盗罪の成立範囲から除外されることとなるが、遊戯者の占有するメダルから、ゴト行為により取得したものを特定することは極めて困難である。それ故に、東京高判昭和四三年四月二六日及び東京高判昭和四八年九月二六日は、不正な遊戯行為の前後でパチンコ玉やメダルを「分別」ないし「区別」することができないことを根拠として、窃盗罪の全部成立を認めたのであろう。⁶⁴もつとも、被害物の不可分性の問題については、「周期合わせの段階で当たりが出る回数はいくつあるか」と思われ、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）枚以下の相当数の遊技メダル』という記載をすればよい」との主張もなされている⁽⁶⁵⁾。

三 私見

最決平成一九年四月一三日は、「本件機器の操作の結果取得されたものか否かを問わず」窃盗既遂罪の成立を認めるから、ゴト行為による大当たりの前の遊戯も、周期あわせにより大当たり確率を同期させる過程としての意味を持ち「通常の遊戯方法」を逸脱する行為と解して、手段の不法性を根拠に全部成立としたのであろう。一方、東京地判平成三年九月一七日は、体感器ではなく器具の直接差し込みによるメダル取得の事案であるから、差し込み前の遊戯は差し込み後の遊戯に対して因果的な影響を及ぼしていないと解して、一部成立としたのではないか。他方、最決平成二一年六月二九日では、被告人は直接にゴト行為に出たわけではなく、共犯者Aのゴト行為の隠蔽のために遊戯を行ってメダルを取得したところ、Aのゴト行為は東京地判平成三年九月一七日と同様の器具の差し込みによるものであるから、器具差し込み前の被告人の遊戯は、器具差し込み後のゴト行為に対して因果的影響を及ぼしているとは言い難い。従って、Aのゴト行為前に被告人が得たメダルは窃盗罪の成立範囲から除外されると解して、一部成立としたのではないか。

もっとも、大当たり周期と同期前の体感器の使用は、同期後のメダル取得との因果関係を認めることは可能であるものの、同期前のメダル取得との因果関係を認めることは困難である。従って、体感器使用との因果関係を欠く同期前に取得したメダルは、窃盗罪の成立範囲から除外されるべきである。最高裁が重視する手段の不法性は、体感器使用の時点で窃盗未遂罪が成立することにより評価されると解すれば足りるであらう。

広島高判平成一七年六月一四日高刑速報平成一七年三一七頁は、被告人が、乱数周期をねらい打つ機能がないため

大当たりを強制的に発生することはできないが、大当たりを引き当てた場合には、スタートレバーを操作した振動を振動センサーが感知して、スロットの「俵図柄」が揃うスロット停止ボタンの押し順をバイブレータ出力で使用者に指示して大当たりを続発させる機能を有する体感器を用いてパチスロ遊戯をし、大当たりを三回引き当ててメダルを得たものの、「俵図柄」が揃わず大当たりの連続発生はなかった事案について、原審が「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うことができ」と判示して窃盗既遂罪の成立を認めたのに対し、「被告人は、本件機械の機能を使用して大当たりを引き当てたことではないのであるから、結局、被害店に設置されている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ることを可能とする不正な方法により、遊技用メダル一二一枚を取得したとの証明はないことに帰する。…：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つて、遊技用メダルを取得したに過ぎないから、不正な方法により遊技用メダルを取得したとはいえず、原判決の説示は失当といわなければならない。」と判示し、窃盗未遂罪が成立するにとどまるとした。これも、「俵図柄」を揃える機能を有する体感器の使用と、「俵図柄」の揃わない大当たりによるメダル取得とが因果関係を有していないものの、手段の不法性は窃盗未遂として評価されるとの趣旨と言えるのではないか。

以上のようにして、手段の不法性は全部成立の決定的な根拠とはなり得ないと考える。さらに被害物の不可分性についても、上述したように、パチンコ玉やメダルの窃取数に「約」を付したり、「〇枚以下の相当数」などと認定すれば足りる。一部成立説が妥当であろう。

V 体感器を用いたゴト行為による窃盗罪の未遂

体感器を使用したゴト行為について窃盗罪の成立を認めるとした場合、その着手時期は、専らメダルの不正取得を目的として体感器と称する電子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し始めた時点と解される⁽⁶⁶⁾。判例は、窃盗罪の着手時期について、占有侵害行為の開始を必要とせず、それに密接した行為があれば足りるとし、金品物色のためタンスに近寄るなどした時点で窃盗罪の着手を認める⁽⁶⁷⁾。これに照らせば、ゴト行為による窃盗の目的物たるメダルが確実に保管されているパチスロ機の前に座って体感器の周期合わせをする行為についても、当然に窃盗罪の実行の着手を認めることができよう⁽⁶⁸⁾。もつとも、体感器が正常に作動しなかったり、大当たりの確率を高める機能を欠いていた場合にも、窃盗未遂罪の成立を認めうるかは問題となる。

判例上は、このような場合に実行の着手を否定したものがある。徳島家決平成一九年二月二日家月五九卷六号七三頁は、少年が体感器を入手した際に、体感器を装着してテグス（釣り糸）をスタートレバーに繋いでパチスロ遊戯をすれば通常より多くのメダルを取得できる旨聞き、そのとおりに遊戯し、約二三分間でビッグボーナス二回、レギュラーボーナス二回の当たりを出してメダルを取得したが、当該体感器はパワーアンプ、アンテナ等が実装されていなかったため電波を発射する機能を欠いており、体感器がパチスロ機に当選確率の変動や誤作動の効果を及ぼすことはできなかつたであろうと認定された事案について、少年が当該遊戯において出した当たりは「通常よりは極めて高い確率ではあるが、あり得ないわけではない」と認定したうえで、「客観的にみて本件遊技機に内蔵されている遊技用メダルの占有侵害につき具体的危険を惹起させたと認めることは困難である」として、窃盗の実行の着手を認めなかつた。

一方、学説上は、鑑定の結果、体感器が正常に作動しないことが判明した場合について、行為時に一般人が認識可能な事実と行為者がとくに認識していた事実を基礎にして一般人の立場から危険性を判断する具体的危険説を前提に、『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」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」との主張がある⁶⁹。

思うに、電波発信式の体感器を使ったゴト行為（いわゆる「電波ゴト」）の態様には、電波をパチスロ機の基盤にコードレス発信し、大当たり周期に同期してスタートレバーを誤作動させるものや、強力な電波を用いてパチスロ機の基盤をリセットさせ、強制的に大当たり設定を変更させるものなどがあるところ、徳島家決平成一九年二月二日では体感器の電波発射機能の有無が問題とされていることに加え、少年がテグスをスタートレバーに繋いでいることから、少年は後者の態様の電波ゴトを意図したものと考えられる。そのうえで、徳島家裁は、当該体感器に電波発射機能がない以上、店の意図しない当選確率による大当たりでのメダル取得の具体的危険性を認めることができなから、不能犯となると解したのである。もともと、体感器を用いたゴト行為の主流は、体感器とスタートレバーをテグスで繋ぎ、体感器の動作と大当たり周期とを同期させて大当たりのタイミングでスタートレバーを操作するという、電波を用いない方法によるものである。本件事案での少年の行為は、少なくとも外観上は、従来の体感器を用いたゴト行為との区別が困難であろう⁷⁰。本件において、真に一般人基準により具体的危険を否定しうるかは疑問が残る。

VI おわりに

本稿では、パチンコ・パチスロのゴト行為を巡る、四点の問題について検討を試みた。

第一に、パチンコ玉やメダルの占有と所有については、遊戯者とパチンコ店がこれを共同占有するが、所有はパチンコ店に帰属すると解すべきとした。遊戯者がパチンコ玉やメダルの店外に持ち出して領得した場合について窃盗罪の成立を認めるには、パチンコ玉やメダルの占有は遊戯者と店の双方にあり、遊戯者がそれを店外に持ち出すことで店の占有を侵害したと解する必要がある。

第二に、体感器を装着し、パチスロ機の不当たり周期と同期させてパチスロ機が予定しているよりも極めて高い確率で大当たりを意図的に出現させるゴト行為については、学説上異論もあるものの、店の許容する「通常の遊戯方法」を逸脱する行為による占有移転の発生を根拠に、窃盗罪の成立を認めるべきとした。「通常の遊戯方法」の内容については学説上激しい対立があるところ、これは被害者の承諾する、行為者の行為の外観ないし客観面と解すべきとした。すなわち、パチンコ店は、遊戯者の遊戯行為が「通常の遊戯方法」の外観を逸脱しない限りにおいて、パチンコ玉やメダルの占有移転について包括的同意を与えており、遊戯者の主観や身分は、少なくともパチンコ玉やメダルの窃盗罪の成否に関しては問題とならないとしたのである。さらに、隣席の共犯者のゴト行為を隠蔽するために、通常の打ち方でパチンコ・パチスロ遊戯を行いパチンコ玉やメダルを得た場合には、共犯者の得たメダルについて窃盗罪の共同正犯が成立するのは当然であるものの、自らメダルを取得した点については、「通常の遊戯方法」の外観を逸脱しない遊戯であるから窃盗罪の成立を否定してよいとした。

第三に、ゴト行為により得たパチンコ玉やメダルと、通常の打ち方により得たそれとが混在した場合に、混在した

パチンコ玉やメダル全部について窃盗罪の成立を認めるべきかについては、判例は統一されていないものの、「通常の遊戯方法」によるパチンコ玉やメダルの取得については窃盗罪の成立を否定すべきであり、あくまでもゴト行為により取得したものに限定して窃盗罪の成立を認めるべきとした。その場合、混在したパチンコ玉やメダルのうちどれだけがゴト行為により得たものであるかが不明で、その区別は困難であるが、パチンコ玉やメダルの窃取数に「約」を付したり、「〓枚以下の相当数」などと認定すれば足りるとした。

第四に、体感器を使用したゴト行為について窃盗罪の成立を認めるとした場合、その着手時期は、専らメダルの不正取得を目的として体感器と称する電子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し始めた時点と解してよいとした。体感器が正常に作動しなかったり、当たりの確率を高める機能を欠いていた場合には、窃盗未遂罪の成立を否定した判例があり、これはおそらく不能犯とする趣旨かと思われる。しかし、機能を欠いた体感器を使用した遊戯とゴト行為との区別は困難で、具体的危険説に照らしたならば、窃盗未遂罪を認める余地もあるのではないかとした。

パチンコ・パチスロにおけるゴト行為は、従来は、針金や磁石を用いてパチンコ台やパチンコ玉に直接的に干渉し、即時的にパチンコ玉を取得する態様が主であった。しかし、近年は、体感器を使用して大当たり確率を上昇させパチンコ玉やメダルを取得する態様が主流となっており、さらに電波を用いてパチスロ機の大当たり設定を変更する、いわゆる電波ゴトの事案も散見されるようになった。パチンコ・パチスロ機の技術的進化と競うようにして、ゴト行為の態様もまた機械化・技術的進化を続けている。そのため、現在は想定し得ない態様のゴト行為も、将来的には当然に出現すると考えられる。ゴト行為における窃盗罪の成否の問題を巡っては、今後とも、ゴト行為の態様の進化にあわせて具体的な議論を進めていく必要があるだろう。

注

- (54) 林幹人『財産犯の保護法益』(一九八四年)二二六頁。
- (55) 林(幹)・前掲書二二四、二二六頁。
- (56) 江口・前掲論文三一頁、谷・前掲論文二三頁、内田(幸)・平成一九年重判一七八頁。
- (57) 名古屋地判平成一九年八月三十一日の詳細については、本田・立命館法学二九二頁以下参照。
- (58) 本田・立命館法学三一〇頁。
- (59) 林(陽)・前掲論文一八三頁も同旨。
- (60) 林(陽)・前掲論文一八三頁、木村光江「財産犯と損害額」研修七四六号(二〇一〇年)九頁。
- (61) これに対し、木村・前掲論文一一頁は「ここまで踏み出した訳ではないと解すべきである」とする。
- (62) 森住・前掲論文八四頁、林(陽)・前掲論文一八三頁、内田(幸)・平成一九年重判一七八頁。なお、本田・立命館法学三一頁は、行為時に窃盜の故意があったとしても、客観的には窃盜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以上は窃盜罪の成立を認めるべきでないとして、全部成立を認めた名古屋地判平成一九年八月三十一日を「不可罰の行為を可罰的な窃盜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」と批判する。
- (63) 内田(幸)・平成一九年重判一七八頁、山中『刑法各論』(第二版・二〇〇九年)二六一頁。
- (64) 木村・前掲論文九頁以下。
- (65) 高森・前掲論文一〇〇頁。山中・各論二六一頁以下も同旨。
- (66) 高森・前掲論文九九頁、江口・前掲論文三一頁、岡本・前掲論文二八七頁。
- (67) 大判昭和九年一〇月一九日刑集一三卷一四七三頁。
- (68) 高森・前掲論文九九頁。
- (69) 今村・前掲論文八〇頁。
- (70) 今村・前掲論文八〇頁は、「体感器が一見して玩具の域を出ず、一般人が見ても『当たり』の確率を高められる機器とは認識できないような代物であるような場合を除き、……窃盜未遂罪に該当する」とする。