

タイトル	不正なパチンコ・パチスロ遊戯と財産犯(一)
著者	神元, 隆賢; KANMOTO, Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究, 47(2): 227-263
発行日	2011-09-30

不正なパチンコ・パチスロ遊戯と財産犯（一）

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、本号）
- IV ゴト行為による窃盗罪の被害物の範囲
- V 体感器を用いたゴト行為による窃盗罪の未遂
- VI おわりに

I はじめに

パチンコ店舗において、磁石を用いてパチンコ玉を穴に誘導する、あるいは器具を用いてパチンコ台やパチスロ機（回胴式遊技機）を誤動作させるなど、店舗の意図しない不正な遊戯（または遊技^{〔1〕}）方法、いわゆる「ゴト行為」によっ

て、パチンコ玉やメダルを自己の占有下に移転させた場合には、パチンコ玉やメダルそれ自体を客体とする窃盗罪が成立しうる。パチンコ玉やメダルの多くは金属製で、それ自体の財物としての物質的価値はさほど高いものではないが、店内において、玉やメダル一つ一円〳数円に換算し、相当額の飲食物や衣料品、小物等の一般景品と交換することができると。従って、玉やメダルは、景品と交換する以前であっても、かかる権能の化体する相応の経済的価値を有していると考えられる⁽²⁾。風俗営業規制及び業務適正化法（風営法）第二十三条第一項は、パチンコ店舗等の営業者が、現金または有価証券を商品として提供したり（一号）、客に提供した商品を買取ること（二号）を禁止しているから、パチンコ玉やメダルをパチンコ店舗において直接に現金化することは許されない。しかし、パチンコ店舗営業者以外の者が、パチンコ店舗において提供された商品を買取することは許される。従って、現在では、遊戯者がパチンコ玉やメダルをパチンコ店舗において金商品などの特殊景品と交換したうえで、パチンコ店舗外に設置され、古物商の許可を受けた、パチンコ店舗とは異なる営業者による景品交換所において特殊景品を売却する、いわゆる三店方式によるパチンコ玉やメダルの現金化が行われている。このことから、パチンコ玉やメダルは、単なる金属片というにはとどまらない、現金に近い一定の経済的価値を備えた財物ということが出来る。

パチンコ玉やメダルを客体とした、ゴト行為による窃盗罪の成否を検討するにあたっては、以下の点が問題となる。

第一は、パチンコ玉やメダルの占有と所有が、パチンコ店舗と遊戯者のいずれに帰属するのかという点である。通常、パチンコ・パチスロ遊戯者は、まず店舗内にて、現金、事前に購入したプリペイドカードまたは残高が記録されたICカードを、遊戯台の脇に設置された「玉貸台」と呼ばれる機械に投入ないし挿入して店舗に「玉貸料」を支払うことで、パチンコ玉・パチスロメダルの占有を取得し⁽³⁾、それを元手として遊戯する。パチンコ玉やメダルの占有が

パチンコ店から遊戯者に移転しているのは疑いがないから、不正な手段でパチンコ玉やメダルを取得した場合には、占有説により窃盗罪の成立を認めることは容易である。しかし、遊戯者が所有権者ではないとするならば、窃盗罪の成立要件として要求される不法領得の意思のひとつである、所有権者（本権者）としてふるまう意思を認めうるのかが問題となる。さらに、パチンコ玉やメダルを遊戯者が店外に持ち出して領得した場合に、パチンコ玉やメダルの占有が遊戯者に、所有がパチンコ店にあるとすると横領罪が成立し、占有と所有がいずれも遊戯者にあるとすると不可罰ということになるが、これがはたして妥当かも検討する必要がある。

第二は、ゴト行為には様々な態様があるところ、パチンコ・パチスロ遊戯行為のどこまでを窃盗罪の処罰範囲に含めて良いかという点である。典型的なゴト行為の態様としては、磁石を用いてパチンコ玉を当たり穴に誘導する、⁽⁴⁾パチンコ・パチスロ機のパチンコ玉・メダル投入口に器具を差し込んで異常動作させる、⁽⁵⁾パチンコ台の機械にあらじめ細工をするなどといったものがある。判例はこれらの行為すべてについて窃盗罪の成立を認めており、学説上も格別異論がないようである。しかし近年は、窃盗罪の成立を認めるべきかについて争いのある事案が現れている。

このような事案として、まず、低周波治療器等をもとにした「体感器」ないし「体感機」と称される電子機器を用いたゴト行為が挙げられる。パチスロ機の多くには、一定の周期で大当たりを出現させる乱数生成電子回路が内蔵されているが、同電子回路の大当たり周期を知り得たならば、その遊戯者は、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ことができる。そこで、体感器を用いる遊戯者は、体感器を隠し持つて大当たりするまで遊戯し、パチスロ機の大当たりの確率の周期と体感器の振動ないし微電流動作を同期させ、大当たりのタイミングを体感して知りうるようにして当選確率を高め、大当たりを連続発生させてメダルを取得するのである。判例は、当該行為について、店の許容する「通常の遊戯方法」を逸脱するものであるとして窃盗罪の成立を認めてい

る。一方、学説上は、やはり窃盗罪の成立を認めるべきとする見解が有力であるが、「通常の遊戯方法」の内容、行為の窃取性の判断基準について激しい対立があるほか、窃盗罪の成立を否定すべきとする見解もあり、検討を要する。

次に、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る行為が挙げられる。仙台高判平成二十一年一月二七日刑集六三卷五号四七〇頁は、このような行為も窃盗の実行行為の一部というとして窃盗罪の成立を認めたが、上告審である最決平成二十一年六月二十九日刑集六三卷五号四六一頁は、共犯者がゴト行為により得たメダルについて被告人も窃盗罪の共同正犯としての罪責を負うとしたものの、被告人が自ら得たメダルについては、「通常の遊戯方法」により取得されたものであるとして窃盗罪の成立を否定した。一方、学説上は、体感器を使用した事案と同様、「通常の遊戯方法」の内容や窃取性の判断基準、窃盗罪の成否を巡って激しい対立がある。

第三は、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体について窃盗罪が認められるかという点である。ゴト行為を行う者は、通常、最初はパチンコ玉やメダルを正規の料金を支払って購入し、それを元手にゴト行為を開始する。さらに、ゴト行為の前段階あるいは合間に、ゴト行為ではない通常の遊戯を行うことで、自らのゴト行為を隠蔽しつつパチンコ玉やメダルを得ようとする者もいる。これらの者が、ゴト行為によって得たパチンコ玉やメダルを、正当な方法で得たものと同じ箱に入れるなどして混在させたところで、ゴト行為が明るみになり摘発された場合には、箱中のいずれのパチンコ玉やメダルがゴト行為によって得たものか、その具体的な数の特定が困難となってしまうのである。このようにして、正当に購入したり「通常の遊戯方法」により得たパチンコ玉やメダルと、ゴト行為により得たものが混在した事案について、判例は、全体について窃盗罪の成立を認めたものと、数を明確に示さずに一部についてのみ窃盗罪の成立を認めたも

のとに分かれており、検討を要する。また、体感器を使用したゴト行為では、遊戯者が自力で当たりを出して体感器の動作との周期あわせをしなければならず、従って、遊戯者は、周期あわせ後の体感器の動作によりメダルを取得するようになるまでに、体感器の動作とは関係なくある程度のメダルを取得することとなる。この場合に、窃盗罪の既遂時期を、周期あわせの段階でメダルを一枚でも取得した時点とするか、あるいは周期あわせ後、当たり周期と同期した体感器の動作により当たりを出してメダルを取得した時点とするかも問題となる。後者の時点と解した場合には、周期あわせ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ということになる。しかし、周期あわせの前と後に得たメダルは混ぜ合わせられ、両者を区別することは困難であるから、これをどのように処理するかは検討を要する。

第四は、体感器を使用したゴト行為における窃盗罪の未遂をどのように解するかという点である。体感器を使用したゴト行為について窃取性を認めるとした場合、その着手時期は体感器を装着してパチスロ機を動作させた時点に求められるが、体感器が正常に作動しなかったり機能を欠いていた場合に、窃盗未遂罪が成立するかは問題となる。

本稿では、パチンコ・パチスロにおけるゴト行為と窃盗罪を巡る、以上に掲げた問題について、判例の動向、学説の状況を参照して検討する。

II パチンコ玉・メダルの占有と所有

上述したように、パチンコ・パチスロ遊戯者は、まず「玉貸台」と呼ばれる機械に金員を投入するなどして「玉貸料」を支払い、パチンコ玉やメダルを得る。これにより、パチンコ玉やメダルの占有がパチンコ店から遊戯者に移転するとしても、はたして所有も移転すると解してよいのであろうか。

一 判例の動向

民事判例では、東京地判平成一八年一月三〇日(判例集未登載)は、「一般的に、パチンコ店においては、客は、パチンコ店からパチンコ玉を借り受け、遊戯」するものであるとしている。これに従えば、玉やメダルの所有権は依然として店舗が有しており、遊戯者は玉やメダルの占有者であるに過ぎないということになる。しかし、刑事判例の多くは、遊戯者がパチンコ玉やメダルを不正に得た場合には、不法領得の意思のひとつである、「所有者としてふるまう意思」があるとして窃盗罪の成立を認めている。

仙台高判昭和二九年二月二三日高刑集七卷三号二六八頁は、磁石を用いたゴト行為の事案について、不正に得たパチンコ玉は景品交換に供するために一時使用するに過ぎないから、不法領得の意思がなく、従って窃盗罪ではなく詐欺未遂罪が成立するに過ぎないと主張に対し、「不法領得の意思とは権利者の物に対する支配を排除し、これを自己の所有物としてその所有権の内容を実現する意思に外ならないから、たとえ目的はパチンコ玉を景品交換の用具に供するにあつたとしても、それは所有者の意思に基かず磁石を用いてパチンコ玉の所持を自己に移すものであり、しかもそのパチンコ玉を景品と交換する与否とは自由であるから、かくの如きは即ちパチンコ玉の所有者の支配を排除してその所有権の内容を実現するものというべく、これを以て所論のように所謂使用窃盗とみるべきではなく、パチンコ玉に対する不法領得の意思が存するものと解するのが相当である。」として、窃盗罪の成立を認めている。

最決昭和三十一年八月二二日刑集一〇巻八号一二六〇頁は、やはり磁石を用いたゴト行為の事案について、「磁石を用いて遊技場のパチンコ機械から玉を取る所為は、たとえ、その目的がパチンコ玉を景品交換の手段とするものであつたとしても、経営者の意思にもとづかないで、パチンコ玉の所持を自己に移すものであり、しかもこれを再び使用し、

あるいは景品と交換すると否とは自由であるからパチンコ玉につきみずから所有者としてふるまう意思を表現したものであるべきもので、所論のようにいわゆる使用窃盗とみるべきではなく、パチンコ玉に対する不法領得の意思が存するものと解するのが相当である。」として、やはり窃盗罪の成立を認めている。

仙台高秋田支判昭和二年八月二四日高刑裁特一卷四号一五七頁は、傍論ではあるものの、「遊技者が金を払つて玉を受取つた場合、特約のない限り……その玉の所有権は遊技者に帰属するものと解する。即ち遊技者は玉を買受けて遊技するのである。」として、パチンコ玉の所有権の遊戯者への移転を認めている。

このように、判例の立場は、民事と刑事で必ずしも統一されているとはいひ難いものの、少なくとも刑事判例上は、パチンコ玉やメダルを取得した遊戯者が、これらの所有権者となると解されていることになろう。

二 検討

パチンコ玉やメダルの占有と所有の帰属について、学説上は十分な検討がなされているとはいひ難い状況にあるが、パチンコ・パチスロを「店舗から有料でパチンコ玉あるいはメダルを借り受けた上、そのパチンコ玉を弾いてパチンコ機からパチンコ玉を取得し、パチスロ機の図柄をそろえることでメダルを取得するという遊技である。」と定義したうえで、「パチンコおよびパチスロ遊技者の多くは、パチンコ玉・メダルを自己の所有物としようとは考えていない。パチンコ玉・メダルは景品交換のために必要なだけであり、パチンコ玉・メダルを店外に持ち出し、自己の所有物としようと考えている者は極く少数であろう。そうすると、……店内にいる間、景品交換のために一時的に占有者として保持しようとしている場合にあたる。」として、パチンコ玉やメダルの所有権が遊戯者ではなくパチンコ店にあることを示唆するものがある^⑤。それでは、このようにしてパチンコ玉やメダルの所有がパチンコ店にあるとの前提に立つ

たうえて、ゴト行為について「ふるまう意思」を認めることは可能であろうか。

上掲の刑事判例は、パチンコ玉を景品交換に用いるか否かは自由であるから、たとえ景品交換に用いる意図であつたとしても、所有者としてふるまう意思が認められ、使用窃盗とはならないとする。これは、パチンコ玉やメダルを店外に持ち去ることと、景品交換に用いることを同価値と解していることによるのであろう。しかし、風営法第二三条第一項三号は玉やメダルのパチンコ・パチスロ店外への持ち出しを禁止しており、現在ではほとんどの店舗が、玉やメダルの店外持ち出しはもちろん、他店からの持ち込みをも禁止している。さらに、パチンコ店において用いられている「玉貸台」「玉貸料」という名称は、玉の賃貸借を連想させる。これらのことから、遊戯者は、パチンコ店との間で玉やメダルの賃貸借契約を締結してその占有を取得し遊戯をするもので、賃借権者であるに過ぎない遊戯者が退店する際には、玉やメダルを所有権者である店に返還する義務が生ずると解する余地はあろう。

もつとも、パチンコ玉やメダルの所有権がパチンコ店にあると解すると、その領得について、最決昭和三十一年八月二二日のいう「所有者としてふるまう意思」を認めることは困難となる。この点を捉えて、遊戯者のほとんどはパチンコ玉やメダルを景品交換に利用するために得ようとするのであつて、やはり不法領得の意思のひとつである利用・処分する意思を認めることは可能であつても、「所有者としてふるまう意思」を認めることは困難であり、妥当な結論を導くために、そもそも窃盗罪の成立について不法領得の意思自体を不要と解すべきであるとの主張もなされている。しかし、不法領得の意思における、本権者としてふるまう意思の「本権」は財物に対する民法上の権利を意味するから、これには所有権だけではなく賃借権、留置権、質権も含まれると解される。従つて、「所有者」としてはともかく、やはり本権者である「賃借権者としてふるまう意思」であれば、パチンコ玉やメダルの領得について認めることは可能であらう。

ところで、パチンコ玉やメダルの占有が遊戯者に、所有がパチンコ店にあると解すると、遊戯者がパチンコ玉やメダルを店外に持ち出して領得した場合には、パチンコ玉やメダルは自己の占有する店（他人）の物であるから、窃盗罪ではなく横領罪が成立することになる。この場合に窃盗罪の成立を認めるべきとする前提に立つのであれば、遊戯者は、パチンコ玉やメダルを単独占有するのではなく、パチンコ店と共同して占有する共同占有者であると考えられるところがあるまい。パチンコ店は店舗フロアをパチンコ玉やメダルの支配領域としており、遊戯者がパチンコ玉やメダルを店の支配領域外に持ち出して自己単独の占有に移すことで、共同占有者たる店の占有を害したと解して、窃盗罪の成立を認めるのである¹⁾。以上のように解すると、財産犯の保護法益について本権説を採らない限り、パチンコ玉やメダルの所有権がパチンコ店と遊戯者のいずれに帰属するかは、窃盗罪の成否を左右しないことになる。遊戯者が店内にて床に落として紛失した、いわゆる落ち玉をパチンコ店が回収して店に帰属させる法的根拠を重視するならば、パチンコ玉やメダルの所有権はパチンコ店に帰属すると解すべきであろうか。

III 「ゴト行為」と「通常の遊戯方法」

「ゴト行為」と呼ばれる不正なパチンコ・パチスロ遊戯について、従来の判例・学説は広く窃盗罪の成立を認めている。ゴト行為の手法は以前から非常に多様であったが、窃取は占有者の意思に反するものであれば足り、占有移転の方法がいかなるものかは問題とされないとの前提から、窃盗罪の成立を容易に認めていたのである。しかし近年、体感器を使用してパチスロ機の大当たりの周期を測りながら遊戯し、通常よりはるかに高い確率で大当たりを出してメダルを得た事案、そして共犯者のゴト行為を隠蔽するために格別の不正を行わずに遊戯してメダルを得た事案について、最高裁において窃盗罪の成否が立て続けに争われて注目を集めた。それにより学説上も、ゴト行為と窃盗罪の成

否を巡る議論が活発化しつつある。

一 判例の動向

(一) 体感器を使用したゴト行為

判例は、体感器を使用したゴト行為について、一貫して窃盗罪の成立を認めている。

東京高判平成一五年七月八日高刑速報平成一五年一〇一頁は、被告人が、体感器とパチスロ機の大当たり周期とを同期させ、体感器に接続されたスタートレバーを押す機械（ソレノイド）を用いて大当たりを連続発生させてメダルを得た事案について、大当たりの確率が、四三一回に一回の割合から、体感器付きソレノイドを使用することで「三〇回くらいに一回」に高められること、被害店舗がこのような道具を使用した遊戯を禁止し、掲示や店内放送で客に告知しており、被告人もその旨知っていたこと等から、窃盗罪の成立を認めた。

京都地判平成一六年一月九日（判例集未登載）は、被告人が体感機を身体に装着し着衣で隠したうえ、パチスロ機のスタートレバーに左手親指を置き、その親指に結んだ釣り糸の端をソレノイドに固定し、ソレノイドが動けば釣り糸に引つ張られて左手親指が動きスタートレバーを引き下げるという方法で遊戯をしてメダルを得た事案について、「通常の方法で遊技した場合、大当たりが出る確率は約三〇〇分の一である。しかし、……本件体感機を使用して遊技すれば、大当たりが出る確率は約四〇分の一から約一〇分の一まで高めることができるというのである。すなわち、本件体感機を使用すれば、パチスロ機で大当たりが出る確率は著しく上昇する。……このような遊技行為が、パチンコ店で予定されている遊技方法でないことはいうまでもない。現に、被告人が本件遊技行為をした判示パチンコ店でも、パチスロ台等に、体感機の使用を禁止する旨記載した張り紙をするなどの方法で、体感機を使用した遊技を禁止

することを店内の各所に明示している。したがって、体感機を使用して遊技することが、パチンコ店側の意思に反することは明らかであり、体感機を用いてパチスロ機からメダルを取得することは、パチンコ店側の意思に反して、メダルの占有を取得するものであるから、窃盗罪にいう『窃取』行為に該当することは明らかである。』とし、さらに、確実にメダルを取得することができるのでなければ、体感機を使用して遊戯したことにメダルを取得したこととの間に相当因果関係が認められないとの主張に対しては、『体感機は、電波を発するなどしてパチスロ機の動作に直接影響を及ぼすものでなく、あくまで通常の遊技を装って使用するものである以上、メダルを取得できるか否かが、最終的には可能性の問題に帰することは当然である。前述のように、本件体感機が、当たりの出る確率を著しく向上させる機能を有し、被告人自身、当たりが出やすくなると思って使用していたことに照らせば、体感機を使用した遊技によって通常よりも高い確率で当たりが得られることは、誰もが予想する至極当然の結果といえるべきであるから、相当因果関係があることは明らかである。』と判示して、窃盗罪の成立を認めた。なお、本判決が体感機を使用した遊戯とメダルの取得との相当因果関係を認めた点については、これはむしろ体感機を使用する遊戯と当たり確率の上昇の「合法的條件」の存否、すなわち条件関係の存否の問題であり、因果関係の「相当性」の問題ではないとの批判がある。⁽¹²⁾

宮崎地都城支判平成一六年二月五日判時一八七一号一四七頁は、体感器と接続した低周波治療器用パッドを腕に貼り、パッドから流れる微電流のタイミングをパチスロ機の大当たりの確率の周期と同期させ、同期した微電流により手指の筋肉を収縮させてパチスロ機のレバーを押し下げ大当たりを発生させてメダルを取得した事案について、『本件体感機を使用した場合、ビッグボナナスの場合、当選確率は約九倍となるのであり、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当選を導くことになる。……本件体感機は、……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下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そ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えるから、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。」と判示した。

東京高判平成一八年五月二四日高刑速報平成一八年九七頁は、振動式体感器を用い、そのバイブレータの振動とパチスロ機の大当たり周期を同期させ、その振動で大当たりのタイミングを感じしてストップボタンを押してスロットの「俵図柄」を揃えて大当たりを連続して発生させメダルを得た事案について、「体感器を使わない場合に俵図柄を八連続でそろえることができる確率は二五六分の一であり、体感器を使って判定した場合、確率は一回につき約八分の七であるというのであって、通常の確率よりも極めて高い確率で当選を導き出すことが可能であるということになる。……確かに、本件体感器には、誤作動を生じさせるなど本件遊技機自体に及ぼす直接的な影響はなく、遊技機に対して不正な方法による物理的な操作を加えるものでもない。しかしながら、前述のとおり、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、……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というものであるから、本件体感器を使用して俵図柄を八連続そろえ、大当たりの連荘を確定させることは、まさに不正な方法により、メダルの占有者である被害店の店長の意思に反して、これを取得することになるのは明らかであって、本件体感器の使用について窃盗罪が成立するという判断は相当というべきである。これまでの体感器については直接遊技機に物理的な影響や接触を必要とするものであり、本件体感器はこれらのものと前記のように異なるけれども、当選確率を著しく高くするものとしては、その本質は同じであるといわざるを得ない。(なお、仮に正当な方法であると認められる場合には、被害店の店長の意思に反していても、一種の正当行為として違法性が阻却されるというべきである。)」と判示して、窃盗罪の成立を認めた。

最決平成一九年四月一三日刑集六一巻三号三四〇頁は、被告人が、パチスロ店舗が店内への持ち込みや使用を禁止していた体感器（以下「本件機器」という。）を身体に隠匿装着して、パチスロ機「甲」五五番台において合計約一五二四枚のメダルを取得した事案について、「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』五五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ものであるべきである。したがって、被告人の取得したメダル約一五二四枚につき窃盗罪の成立を認めた原判断は、正当である。」と判示した。

このように、判例の多くは、パチスロ店舗が体感器の使用を禁止しているにもかかわらず、店の許容する「通常の遊戯方法」の範囲を逸脱した体感器を使用する遊戯をしてメダルを取得したと解して、窃盗罪の成立を認めているのである。

（二）共犯者のゴト行為を隠蔽するための遊戯

共犯者のゴト行為を隠蔽するための遊戯が窃盗罪を構成するかは、上掲最決平成二一年六月二九日において争われた。本決定の事案は次のとおりである。被告人はAらと共謀し、Aがパチスロ機に対し針金を差し込んで誤動作させる等のゴト行為を行いメダルを得、被告人が専ら店内の防犯カメラや店員による監視からAのゴト行為を隠蔽する目

的をもって、Aの左隣のバチスロ台において通常の方法により遊戯して一定の枚数のメダルを得ていた。被告人とAは、同じドル箱にそれぞれのメダルを入れていたため、両者のメダルが混在し、下皿内及びドル箱内のメダルの合計は四八六枚であったが、そのうち被告人が通常の方法により得たメダルが何枚であったかは不明であった。これについて、混在したメダル全体について窃盗罪の共同正犯が成立するかが争われ、原審である上掲仙台高判平成二十一年一月二七日は、被告人の「通常の方法」によるメダル取得はゴト行為による窃盗の一部となっているものと評することができ、被害店舗においてそのメダル取得を容認していないことが明らかであるから、被告人の取得したメダルも本件窃盗の被害品ということができるとして、四八六枚のメダル全部について窃盗罪の成立を認めた。しかし、最高裁は「Aがゴト行為により取得したメダルについて窃盗罪が成立し、被告人もその共同正犯であったということはできるものの、被告人が自ら取得したメダルについては、被害店舗が容認している通常の遊戯方法により取得したものであるから、窃盗罪が成立するとはいえない。」として、ドル箱内のメダルの一部についてのみ窃盗罪の成立を認め、原審が指摘した、被告人のメダル取得が窃盗の一部を構成しているかという点については言及しなかった¹³。

以上、最高裁は、ゴト行為を隠蔽するための遊戯であっても、店の許容する「通常の遊戯方法」となりうると解している。窃取は占有者の意思に反する財物の占有移転でなければならぬから、メダルの取得が被害店舗の意思に反するか否かで判断されるところ、原審は、ゴト行為隠蔽のための当該メダルの占有移転を被害店舗の意思に反すると認定した。しかし、最高裁は、窃取というためには占有移転の具体的な方法も占有者の意思に反するものでなければならないと考えたうえで、被告人の遊戯方法は「通常の遊戯方法」であり、それ自体は被害店舗の容認する方法であるから、それが本件犯行の一部となっているか否かにかかわらず、当該メダルの取得は「窃取」に当たらず窃盗罪は成立しないとしたのである¹⁴。

（二）まとめ

以上みたように、判例は、パチンコ・パチスロ店の許容する「通常の遊戯方法」を逸脱したパチンコ玉やメダルの占有移転が行われたか否かという、店の意思を重視した基準を用いてゴト行為の窃取性を判断している。そのうえで、体感器を使用したゴト行為については、店が許容しないとして、窃盗罪の成立を認めるのである。

例えば、PCSA（一般社団法人パチンコ・チェーンストア協会）遊技約款第三条四号は、客が「体感器、ソレノイド、電波発信機、低周波治療器、遊技機のプログラムに影響を与え、又は遊技機を誤作動させる機器、その他通常遊戯に使用しない器具（以下「体感器等器具」という。）を所持している場合」に、「遊技契約の締結に応じないことがあります。」とし、第五条三号は客が「体感器等器具の持ち込み及び体感器等器具を使用して遊技する行為」に出ることを禁止している。⁽¹⁵⁾同協会の加盟店は店頭にこの遊技約款を掲示しており、さらに遊技約款とは別個独自に、体感器の持ち込み、使用を禁止する旨の掲示をしている店も多い。このように、体感器を使用したゴト行為を店が許容しないのは明らかであり、店の意思を重視して行為の窃取性を判断する判例の基準は、体感器使用の事案については有効に機能していると言えよう。

しかし、共犯者のゴト行為を隠蔽するために遊戯してメダルを取得した事案については、店が真にこれを許容するかについて疑問もある。原審（仙台高裁）は、この点を捉えて、被告人が自ら得たメダルについて窃盗罪の成立を認めた。しかし、最高裁はこれを「被害店舗が容認している通常の遊戯方法」によるものであるとして窃盗罪の成立を否定しており、他のゴト行為の窃取性判断との整合性をどのように図るのかについて検討の余地を残すこととなった。

二 学説の状況

一方、学説の多くは、最決平成一九年四月一三日が示した、店の許容する「通常の遊戯方法」を逸脱したか否かという基準によって窃取性を判断すべきとする点で一致する。もつとも、最決平成一九年四月一三日は、「通常の遊戯方法」の範囲を逸脱する遊戯方法が具体的にどのようなものを含むかについて、必ずしも明らかに示していない。⁽¹⁶⁾さらに、本決定は「占有者の意思に反する占有移転を『通常の遊技方法の逸脱』という基準で限定的に認めたもの」で、「店の意思（許容性）」と「通常の遊戯（技）方法」という異なる要件を並列的に用いたものであるとする主張もなされているが、⁽¹⁷⁾店の禁止する遊戯方法が「通常の遊戯方法」ではないとするならば、この二つは結局は同じ要件を指すことになるとの主張もあり、⁽¹⁸⁾「店の意思」と「通常の遊戯方法」の関係は判然としない。そのため、「店の意思」と「通常の遊戯方法」の関係をどのように解するのか、「通常の遊戯方法」の具体的内容はどのようなものか、体感器を使用したり、共犯者のゴト行為を隠蔽するために通常の方法で遊戯をするなどしてパチンコ玉やメダルを得た事例について窃盗罪の成立を認めるべきかを巡って、以下の学説が激しく対立している。

(一) 「店の意思」基準説

店の意思を基準とする説は、遊戯方法がパチンコ玉やメダル占有者たる被害店舗の意思に反するか否か、言い換えれば、店の意思に反するパチンコ玉やメダルの占有移転があつたか否かを基準として、窃取性を判断すべきとする。⁽¹⁹⁾判例の採る立場と解される。本説は、「店の意思」と「通常の遊戯方法」を同一視し、「通常の遊戯方法」とはすなわち「店が許容する遊戯方法」であると解することで、窃盗罪の成立範囲を拡大する主張であるといえよう。本説によ

れば、店の許容しない体感器を使用した遊戯について、窃取性を容易に肯定することができる。一方、共犯者のゴト行為を隠蔽するための遊戯については、仙台高判平成二十一年一月二七日と同様、店がそのような遊戯を許容しないとして窃盗罪の成立を認めることとなるかとも思われるが、上述したように、最決平成二十一年六月二九日は「被害店舗が容認している通常の遊戯方法」であるとして窃盗罪の成立を否定しており、「店の意思」の内容をどこまで斟酌して判断するのかについて、検討の余地を残している。

本説に対しては、被害者が許容しない占有移転すべてについて窃盗罪の成立を認めると、窃盗罪の条文が財産犯の「くずかご」構成要件になつてしまい、窃盗罪の成立範囲が拡大しすぎるとの批判がある。⁽²¹⁾パチンコ・パチスロ店のほとんどは、未成年者やいわゆるパチプロの入店を禁止している。PCSA遊技約款第三条一〇号は、客が「一八歳未満である場合」を、体感器を所持している場合等とともに「遊技契約の締結に応じないことがあります。」としている。さらに、PCSA遊技約款にはとくに記載がないものの、多くの店は「当店がプロと見なしたお客様の入場及び御遊戯をお断り致します」などと記述された看板を店頭に掲示している。従って、店は、一八歳未満の者やパチプロの入店及び遊戯を明示的に禁止していると言えるが、これらの者がたとえゴト行為に出ていなくとも、店が許容しない遊戯であるとして直ちに窃盗罪の成立を認めるのは不合理であろう。このように、店側の意思に反するメダルの取得をすべて、「通常の遊戯方法」の範囲を逸脱する占有取得として窃盗罪と解するのは妥当とは言い難い。⁽²²⁾さらに、「客がパチスロ遊戯を行った上で、払い出されたメダルを取得すること」自体は店の意思に反するものではないから、「通常予定された方法」を逸脱する場合に初めて「占有者の意思」に反することになる意義を確認する必要があるとの指摘もある。⁽²³⁾

以上のことから、学説の多くは、「遊戯方法」が店の意思に反していることは前提としても、「店の意思」のみを基

準として窃取性を判断するのは困難であるとして、窃取性を限定的に解するための「通常の遊戯方法」の判断基準の内容について、次のように主張を展開させていくのである。

（二）「物理的作用」基準説

物理的作用を基準とする説は、物理的作用ないし物理力の影響によりパチンコ玉やメダルの占有移転を惹起した場合に「通常の遊戯方法」からの逸脱を認めるべきとしたうえで、体感器の使用によるゴト行為は、磁石や糸を使ったゴト行為と異なり、パチンコ機に必ずしも物理的作用を及ぼすわけではないとして、体感器使用の窃取性を否定する。すなわち、「行為が財物に対して直接的または間接的な物理的作用を及ぼし、それによって財物の占有が移転された場合にだけ、『窃取』の要件を満たすと解すべきである」との前提に立ち、最決平成一九年四月一三日がいうように体感器が「パチンコ機に直接には不正の工作ないし影響を与えない」ものであるならば、体感器の使用が被害店舗の意思に反していようとも、窃盗罪の実行の着手を認めることはできないはずであり、加えてメダルが取得された経緯が明らかでない以上は、遊戯方法それ自体が店舗との遊戯契約に違反していたとしてもそれを窃取と認定すべきではなく、そのような方法により取得したメダルを被害店舗が回収するなどの民事的な措置を講ずる理由にはなり得ても、窃盗既遂罪の成立を認める理由にはならないと主張するのである²⁵⁾。本説によれば、体感器を使用して遊戯をし、大当たりを出してメダルを取得する行為は、窃盗罪の構成要件該当性を欠き不可罰ということとなろう。

本説に対しては、「物理力の影響」の概念が曖昧であるとの批判がある。すなわち、従来、磁石を用いてパチンコ玉を当たり穴に誘導しパチンコ玉を得る行為と、パチンコ機械裏側部品にこれを引けば玉が出るように糸を結びつけ、客席において糸を引き玉を得る行為は同列に論じられているところ、糸を用いた事例はパチンコ機のパチンコ玉管理

装置に直接操作を加えたものであるのに対し、磁石を用いた事例はパチンコ玉管理装置への攻撃ではないということになるが、両者を共通に論じて窃取性を肯定するためには、物理力という外形の基準では十分ではないかということである。²⁷確かに、糸を用いた事例と異なり、磁石を用いた事例では、磁石はパチンコ玉やパチンコ機に直接接触していない。しかし、磁石から発せられる磁力は、目には見えないものの物理力的一种であることは疑う余地がない。そうすると、物理的作用の基準に拠ったとしても、糸を用いた事例と磁石を用いた事例を共通に論じて窃取性を肯定することは可能となろう。

もつとも、体感器の使用によるゴト行為が、パチスロ機に物理的作用を及ぼしていないと解してよいかについては疑問がある。体感器の使用によるゴト行為の態様は、体感器からの振動や微電流を使用者に物理的に作用させ、それにより使用者がボタンやレバーを反射的に操作し、大当たりの確率を上げてメダルを得ようとするものである。そうすると、体感器は使用者に物理的作用を及ぼし、さらに使用者はボタン・レバー操作によってパチスロ機に物理的作用を及ぼしてメダルを得ることになるから、体感器は、行為者を介してパチスロ機に物理的作用を及ぼしているということになるのではないか。行為者が介在することで、体感器自体が直接的にパチスロ機に物理的作用を及ぼしていないから窃取性が否定されると解する余地もあるかもしれない。しかし、体感器にソレノイドを接続してゴト行為を行った場合との均衡は問題となろう。ソレノイドとは巻きコイルを使用した一種の電磁石で、これを用いたゴト行為を行う遊戯者は、ソレノイドを体感器に接続したうえで、細い糸をソレノイドとパチスロ機のレバーに結びつけ、体感器の動作周期とパチスロ機の大当たりの周期とを同期させる。これにより、体感器に反応したソレノイドに、同期した大当たりの周期にあわせて糸を引っ張らせてレバーを自動操作し、メダルを得るのである。この場合には、体感器がソレノイド、糸という付属物を介してパチスロ機に物理的作用を及ぼしているのであるが、これについてまで窃

取性を否定するのは妥当ではなからう。体感器付きソレノイドを用いたゴト行為は、体感器とソレノイド、糸が一体のものとして解されるから、窃取性が肯定されるのではないか。そうすると、体感器とパチスロ機との間に、ソレノイドと糸の代わりに遊戯者自身が介在したとしても、遊戯者が体感器の反応をパチスロ機に反射的に伝えるだけの、道具というべき役割しか果たしていない以上は、やはり窃取性を肯定すべきであろう。⁽²⁸⁾

あるいは、本説は、パチンコ・パチスロ機の正常動作を妨げる磁石や糸によるゴト行為を物理的作用と解し、正常動作を妨げない体感器の使用によるゴト行為を物理的作用と解さないことから、パチスロ機の正常動作を妨げingことを「物理的作用」と解しているのかもしれない。⁽²⁹⁾しかし、その場合には、何ををもって「正常」な動作と判断すべきかが問題となる。パチスロ機の正常動作とはすなわち、店の想定する動作と解するほかないのではないか。そうすると、結局は、客の遊戯方法を店が許容するか否かという基準により、物理的作用の有無を判断せざるを得なくなり、「店の意思」基準説と大差ない主張となってしまうであろう。

ところで、本説によれば、共犯者Aのゴト行為を隠蔽するための遊戯はどのように解されるのであろうか。本説の趣旨からすれば、とくに器具を使用して物理的作用を及ぼしたわけではないとして、窃盗罪の成立を否定することとなるようにも思われる。しかし実際には、本説の論者はこの事例を「物理的作用」の基準ではなく、別個の「民法上適法」か否かの基準を用いて処理するようである。すなわち、「被告人が通常の遊戯方法でパチスロ遊戯をしている場合、それは契約上適法な遊戯行為であり、被害店舗は被告人の犯行隠蔽目的を理由にメダルの取得を拒むことはできず、それが民法上適法な行為である以上、刑法上の窃盗罪の実行行為の一部を構成することはない」としたうえで、「被告人が被害店舗と締結した契約の条項を遵守している限り、たとえ被告人の行為がAによるメダルの移転に因果的な意味で影響を及ぼしていようと、規範的な意味で窃盗罪の実行行為の一部を構成すると認めることはできない。

それは、適法な日常的行為の刑法上の行為性を否定する見解や違法の観念に関して刑法の民法に対する二次規範性を承認する立場にも合致し、妥当である。……本（筆者注…最高裁判平成二年六月二九日）決定が、被告人が本件窃盗のいかなる部分をAと共同実行したと認定したとして、その共同正犯性を肯定したのかを検討する必要があると思われる」として、民法上の適法性の基準により判断すべきと主張するのである。³⁰⁾Aのゴト行為を隠蔽するための被告人の遊戯は「民法上適法」であり、それはAのゴト行為が開始された後も同様であるから、被告人が窃盗罪の共同正犯としての罪責を負うとされたこと自体に疑問があるというのであろう。一方で、本説の論者は、体感器の使用については、上述したように「店舗との遊技契約に違反していたとしてもそれを窃取と認定すべきではなく、そのような方法により取得したメダルを被害店舗が回収するなどの民事的な措置を講ずる理由にはなり得ても、窃盗既遂罪の成立を認める理由にはならない」とする。³¹⁾

最決平成一九年四月一三日と最決平成二一年六月二九日を巡る本説の主張を整合的に理解するならば、本説は、「店の意思」に反するか否かの基準を「民法上適法」か否かの基準に置き換えたうえで、さらに「物理的作用」の基準を用いて窃取性を判断する主張ということになるのではない。体感器の使用は、「民法上適法」ではないが「物理的作用」がないから窃取性が否定され、共犯者隠蔽のための遊戯は、そもそも「民法上適法」であるから窃取性が否定されると解するのである。刑法の謙抑性を考慮すれば、確かに、民法上適法な行為について刑法上の違法性を認めるべきではないが、共犯者Aのゴト行為以降の、これを隠蔽するための被告人の遊戯を、真に民法上適法と解して良いかは疑問もある。被告人は、店との関係において、確かに遊戯契約に違反していないといえるかもしれないが、PCS A遊技約款第三条五号は、「遊戯に関連し、法令若しくは一般に確率された慣習に違反し、又は公の秩序若しくは善良な風俗に反する行為をするおそれがあると認められる場合」に「遊技契約の締結に応じないことがあります」と規定

している。被告人が遊戯したパチンコ店も、これと同様の遊技約款を掲げている可能性は高く、そうすると、被告人は当初から、Aのゴト行為を隠蔽する意図を秘して入店し遊戯をしたこととなるから、被告人は「契約上違法」であるように思われるのである。

あるいは、本説の論者は、体感器の使用について、店との遊戯契約に違反していたとしても窃取と認定すべきではないとするから、民法上違法であつたとしても、その違法性の程度が重くなければ窃盗罪の可罰的違法性がないとして、共犯者隠蔽目的の遊戯についても窃取と認定しないと解する余地はあるかもしれない。しかし、窃盗罪における可罰的違法性の問題は、主に、法益侵害の程度が極めて小さい場合に、客体が「財物」に当たらないと解して構成要件該当性を阻却しうるかを巡って議論されている。そうすると、最決平成二十一年六月二十九日の事案では、ゴト行為の客体であるメダル四八六枚ないしその一部は、法益侵害の程度が極めて小さいとは言い難いから「財物」に当たるといわざるを得ず、従つて可罰的違法性を構成要件段階で類型的に阻却することは困難ではないかとも思われる。さらに、例えば、甲の乙店に対する建造物侵入窃盗について、乙店警備員丙が、甲と通じて乙店の鍵の壊れた窓の位置を甲に伝え、甲がこの窓から乙店に侵入した場合には、甲とともに丙も窃盗罪の共同正犯の罪責を負うこととなる。この丙には、乙店警備員としての義務に反したことについて、確かに民法第四一五条に違反する契約上の違法があると言えようが、それ以前に、甲と共同して共同不法行為に出た点で、民法第七一九条の共同不法行為者として甲と連帯する重い民法上の違法性が肯定され、これに基づいて刑法上の違法性も肯定されることとなろう。民事判例上も、例えば、長崎地佐世保支判平成二〇年五月一日五（判例集未登載）は、窃盗における見張りも窃取行為への関与であるとして、これを共同不法行為と認定している。最決平成二十一年六月二十九日の事案における共犯者Aと被告人の共同関係は、上記事例の甲と丙の共同関係と比較しても密接なものと言えるから、被告人の遊戯は、Aのゴト行為という不

法行為の一部を共同して実行する共同不法行為として、民法第七一九条によりAと連帯する民法上の重い違法性が肯定されることになる。そうすると、被告人には、刑法上もやはりAと連帯する重い違法性を肯定せざるを得ず、少なくともAのゴト行為開始以降の被告人のメダル取得については、窃盗罪の実行行為の一部を構成すると解されることになるのではないか。

あるいは、共犯者のゴト行為を隠蔽するための遊戯を「民法上違法」と解したとしても、「物理的作用」の基準によれば、遊戯者が共犯者の眼前のパチスロ機には物理的作用を及ぼしていないと解して、窃取性を否定する余地はあるかもしれない。しかし、例えば、空き巣丁の見張りを行った戊は、上述したように窃盗罪の実行行為の一部を行ったものとして窃盗罪の共同正犯の罪責に問われるところ、戊は、自ら財物の占有について物理的作用を及ぼしたことに よるのではなく、その見張り行為が丁の行為を介して財物の占有移転との間に因果関係を有したことにより、上記の罪責を負うのである。これにつき、本説からはどのように説明されるのであろうか。あるいは、正犯者の行為が財物の占有に対し「物理的作用」を及ぼし、共犯者の行為がこの「物理的作用」と因果関係を有しているならば、窃取性が認められると解する余地もあるかもしれない。しかしそうすると、最決平成二十一年六月二十九日の事案では、Aは針金を用いて直接パチスロ機に「物理的作用」を及ぼしているから、これを隠蔽するための遊戯についても、窃盗罪の成立を認めざるを得なくなる。以上のように、行為の窃取性の有無を、因果関係より強い「物理的作用」の有無によって論ずることは、必ずしも容易ではないのではないかと思われる。

（二）「社会通念」基準説

社会通念を基準とする説は、「通常の遊戯方法」と「店が許容する遊戯方法」とは同義でないとしたうえで、社会的

相当性説を前提に、社会通念に基づく一般人基準を用いて、行為者が行った遊戯方法を社会一般が是認するか否かで判断すべきと主張する。⁽³²⁾ 本説によれば、一八歳未満の者やパチプロの遊戯は、店の意思に反するとしても、社会通念に基づく一般人基準によれば窃盗の手段とはみなされない「通常の遊戯方法」であるとして、窃取性が否定されることになる。⁽³³⁾

本説に対しては、店の意思に反する遊戯方法がすべて窃取行為とみなされるのは確かに不当であるとしても、「社会通念」という基準については、その実質的内容が明らかにされておらず不明確であるとの批判がある。⁽³⁴⁾ さらに、一八歳未満の者の遊戯が、果たして「社会通念」に照らして是認されうるかについても疑問がある。上掲したように、PCSA遊技約款第三条一〇号は、一八歳未満の者の遊戯契約の締結に応じないことがある旨規定する。さらに風営法第二二条五号は、一八歳未満の者を営業所に客として立ち入らせることを禁止している。このように、一八歳未満の者のパチンコ遊戯は、店が許容しないという以前に、そもそも法的に是認されないことは明らかであるが、それにもかかわらず社会的にはこれが是認されると解してよいのであろうか。加えて、PCSA遊技約款第三条一二号は、「自動車内に乳幼児、高齢者等の第三者の保護を必要とする者……を残置している場合」についても遊戯契約の締結に応じないことがあるとする。近年、親がパチンコ遊戯中に、車内に残された乳幼児が熱中症で死亡するという事件が社会問題化しており、この場合の親が重過失致死罪や保護責任者遺棄致死罪に問われうることを考慮すると、⁽³⁵⁾ 乳幼児等を車内に残置してのパチンコ遊戯もまた、社会的に是認されるとはいい難いのではないか。確かに、一八歳未満の者や乳幼児を車内に残置した者がパチンコ遊戯によりメダルを得る行為について、窃盗罪の成立を認めるべきではないが、社会通念を判断基準としてこの結論を導きうるかについては疑問が残る。

（四）「管理・支配手段への攻撃」基準説

管理・支配手段への攻撃の有無を基準とする説は、窃盗罪は占有者の財物管理・支配手段たる占有に対する攻撃を内容とする側面を有するから、「通常の遊戯方法」も管理・支配手段の攻撃・解除という視点から判断すべきであるとする。そして、パチンコ玉やメダルの管理者である店は、自ら定めた一定の条件が適うときにパチンコ玉やメダルの占有移転を許すところ、その前提として占有移転の際には当該条件の充足を確認する管理手段を採用しており、パチスロ機の場合には、人が通常は感知することのできない周期の発生などの電子的制御方法により、設定した当たり率が出るようにコントロールすることでメダルの管理・支配を行っているとする。そのうえで、体感器を用いて当該電子的制御方法を悪用したり、パチスロ機に直接針金を差し込んで誤動作させることによりメダルを取得する行為については、設定した当たり率にしたがってメダルの引渡しを行う管理・支配メカニズムを解除する行為であるから、窃取性が認められるとする。これに対し、「パチプロお断り」などの掲示をする行為は、それを実効的ならしめる管理手段がとられていないから、これに違反したからといって窃取とは評価し得ないとする。さらに、体感器ではなく通常の時計を用いて大当たりのタイミングを合わせた場合や、体感器を用いて指の動きを予め訓練したうえでパチスロ店に来店して遊戯をした場合についても、電子制御を破る精度にもよるが窃取とはいえない難いであろうとする。³⁶⁾

本説によれば、共犯者のゴト行為を隠蔽するための遊戯についても、ゴト行為者を隠蔽すること自体が店のメダルに対する管理・支配手段の解除に当たり「通常の遊戯方法」を逸脱するものであるとして、窃盗罪を認定することが可能であるようにも思われる。しかし、このような遊戯が「通常の遊戯方法」を逸脱するのにかについて、本説の論者は格別言及していない。

本説は、財物の占有について「実効的」な管理・支配手段が講じられている場合に、その管理・支配を打ち破る行

為がなされたならば、窃盗罪の成立を認めて良いとするものである。窃盗罪の保護する占有は排他的支配を意味するから、「実効的」な管理・支配手段が講じられている場合には「排他的」支配が確立していると解して、その支配に対する攻撃について窃盗罪の成立を認めるのは合理性があるようにも思われる。しかし、本説が「実効的ならしめる管理手段がとられていない」として窃取性を否定するパチプロの遊戯について、店が「パチプロお断り」の掲示をするにとどまらず、パチプロの顔写真一覧との照合を行う等して排除する措置を講じていた場合には、メダルの「実効的」な管理・支配のための手段がとられていることになるのではないか。そうすると、パチプロが変装したり顔を隠すなどして、パチプロ顔写真と照合して排除しようとする店の管理・支配手段に挑戦しつつ遊戯し、パチンコ玉やメダルを取得した場合には、窃盗罪の成立を認めざるを得なくなってしまうようにも思われる。

(五) 「財産的損害」基準説

財産的損害の危険の惹起を基準とする説は、行為の窃取性の有無の判断においては、単に財物の占有移転を図ること自体が問題となるのではなく、財物の占有移転を通じて「財産的損害」の危険を惹起することが問題となるとする。そして、体感器の使用は、それにより大当たり確率が大幅に高まることで、パチンコ店が予定していた収益を上げることができず「財産的損害」が生じるから、窃取性を肯定しようとする³⁷⁾。本説によれば、店が入店を禁止する一八歳未満の者の遊戯は「財産的損害」を惹起するものではないから、窃取性を容易に否定することができる。さらに、仮に店が客の健康を考慮して片目をつぶってパチスロ遊戯することを禁止しているにもかかわらず、片目をつぶって遊戯したり、店がパチスロ機に何かを貼り付けることを禁止しているにもかかわらず、縁起をかついでお札をパチスロ機に貼り付けて遊戯して、大当たりを出しメダルを取得した場合にも、当該遊戯方法は「通常予定された方法」を

逸脱するものではあるが、「財産的損害」の危険は惹起しないから窃取性を否定すべきとする⁽³⁸⁾。

本説は、行為と「財産的損害」の結果との因果関係を重視する観点から、妥当な処罰範囲を導こうとするものであるといえる。しかし、それでもなお、処罰範囲を限定しきれているかについては疑問もある。上述したように、パチンコ・パチスロ店の多くは、パチプロの遊戯、入店を禁止している。パチプロの遊戯が店の意思に反するからといって、同遊戯の窃取性を認めてよいとするのは不合理である⁽³⁹⁾。これにつき、「社会通念」の基準によれば、パチプロの遊戯について一般人は窃盗罪と考えないから、店の意思に反したとしても窃取性を否定することができる⁽⁴⁰⁾。しかし、本説のいう「財産的損害」の危険の基準によればどうか。店は、パチプロの遊戯がまさに「財産的損害」の危険を惹起するからこそ、これを許容しないのであろう。そうすると、パチプロの遊戯については、「財産的損害」の危険、ひいては行為の窃取性を否定することが困難となってしまうのではなからうか。同様に、指の動きをあらかじめ体感器を用いてパチスロ店に来る前に訓練しておき、パチスロ店では体感器を使用せずに遊戯した場合についても、遊戯者は訓練によってあらかじめ技能を磨いたに過ぎないから、メダルを不正に取得したとは言い難いが⁽⁴¹⁾、「財産的損害」の危険の惹起自体は肯定せざるを得ないようにも思われる⁽⁴²⁾。

三 私見

以上のように、「店の意思」基準に加えて何らかの基準を用いてパチンコ・パチスロ遊戯行為の窃取性を限定的に判断し、具体的事例について妥当な結論を導こうとする試みは、いずれも必ずしも成功しているとは言い難い。しかし、従来は、行為の窃取性を認定するには「占有者の意思」に反する財物の占有移転があれば足り、窃取の手段・方法は問われないと解されていたはずである⁽⁴³⁾。何故、パチンコ・パチスロ遊戯行為において、「店の意思」基準に加えて、因

果関係以上に限定的な新たな基準を用いて窃取性の有無を判断しなければならないのか、その理論的根拠については疑問が向けられてしかるべきであろう。⁽⁴⁴⁾さらに、「占有者（店）の意思」の基準と別個の新たな基準を創出したとして、その基準を一般的な基準とし、パチンコ・パチスロ遊戯行為にとどまらない、すべての行為の窃取性判断に用いて妥当な結論を導くことができるのかについても、慎重な検討が要求されるであろう。⁽⁴⁵⁾

あるいは、実行の着手について、結果発生の実質的危険を惹起する行為を行うことと解する実質的客観説によれば、構成要件を実現する現実的危険性を有する行為が開始されたかどうかは、個々の場合にその具体的な犯罪態様を考慮して決定されるから、ゴト行為についても、窃盗罪の着手たるべき行為の窃取性を認めるには、「店の意思」に反する態様の遊戯であることに加えて、パチンコ玉やメダル取得という「財産的損害」の現実的危険の惹起が必要であると解する余地はあるかもしれない。⁽⁴⁶⁾しかし、実行の着手に関する議論は、予備・陰謀罪と未遂犯との区別の基準を巡るものである。ここで問題とされるゴト行為については、窃盗罪の既遂時期及び被害物の範囲については後述するように議論があるものの、現実にはパチンコ玉やメダルの占有移転という結果が発生しており、体感器を装着するなどして遊戯を開始した時点という着手時期についても格別の異論はない。現実には結果が発生しているにもかかわらず、危険が現実的であったか否かを論じて窃取性の有無を判断するというのは、本末転倒であろう。

思うに、店がパチンコ玉やメダルの占有移転を許容するか否かという「店の意思」基準説は、被害者の承諾の法理にその根拠を求めることができよう。店がパチンコ玉やメダルの占有移転に承諾していれば、そこには「窃取」がないと言えるから、構成要件該当性が阻却される。⁽⁴⁷⁾そして店は、客の遊戯行為によるパチンコ玉やメダルの占有移転について、それが「通常の遊戯方法」の範囲内で行われるものである限りにおいて包括的同意を与えるから、「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窃取性が否定される。そうすると、「通常の遊戯方法」は、パチン

コ店の与える包括的同意の限界を画する、店の許容する遊戯行為の外観ないし客観面の内容と見ることができるとはでないか。すなわち、客観的にみて「通常の遊戯方法」の範囲内の遊戯によるパチンコ玉やメダルの占有移転について、店は客に包括的同意を与えており、遊戯行為の客観的な態様が「通常の遊戯方法」を逸脱した場合には包括的同意に反するから、遊戯行為の窃取性が肯定される。これに対し、客が主観的には共犯者のゴト行為隠蔽等の意図を有していたとしても、「通常の遊戯方法」を客観的に逸脱するものでなければ、その遊戯行為によるパチンコ玉やメダルの取得は包括的同意の範囲内であるから、窃取性が否定されると解するのである。

このように考えるならば、さらに、包括的同意の範囲を画する「通常の遊戯方法」の内容をどのように解するかが問題となるが、これについては、遊戯者が入店時に認識することとなる、被害者たる店の意思の事前表明として揭示される遊技約款等を参照すべきであろう。遊技約款は、遊戯機の部品交換、部品取り付け、体感器等の器具の持ち込みや使用等を禁止するから、このような禁止行為に該当する遊戯は「通常の遊戯方法」を逸脱するものとして、窃取性を認めることができる。一方、同じく遊技約款において遊戯契約の締結に応じないことがある旨規定される、客が一八歳未満であったり、乳幼児等を車内に残置している場合や、遊技約款に記載がなくとも店の多くが入店・遊戯を禁止するパチプロなどが通常の遊戯を行った場合にも、「店の意思」に反するとして窃盗罪が成立するのは問題となる。しかし、「通常の遊戯方法」は、「遊戯方法」すなわち行為態様についての店の承諾であって、「遊戯者」すなわち行為者についての承諾ではない。パチンコ店は、遊技約款や店独自の入店・遊戯禁止項目の掲示により、行為としての「遊戯方法」及び行為者としての「遊戯者」についての禁止・制限を行うが、窃盗罪の成立は、行為についての承諾である「通常の遊戯方法」を逸脱した場合に限られる。従って、一八歳未満の者や乳幼児を残置した者、パチプロの遊戯については、行為者についての承諾を逸脱するものの遊戯自体は「通常の遊戯方法」とどまるものとして、

窃盗罪の成立を否定することができる。

なお、「店の意思」に反する「通常の遊戯方法」を逸脱する行為がなされたとしても、それがパチンコ玉やメダルの取得ないしその現実的危険という結果と因果関係を有していなければ、窃盗既遂罪ないし未遂罪の成立を認めることは許されない。「財産的損害」基準説は、上述したように、店がパチンコ機に何かを貼り付けることを禁止しているにもかかわらず、縁起をかついでお札をパチンコ機に貼り付けて遊戯して、大当たりを出しメダルを取得した場合について言及する。この場合は、「店の意思」に反する、「通常の遊戯方法」を客観的に逸脱する行為があったと言えるかもしれないが、お札の貼り付け自体はメダルの取得と因果関係を有していないから、窃盗既遂罪ないし未遂罪は成立しないというべきであろう。

もつとも、一八歳未満の者等のパチンコ店への立ち入り自体については、建造物侵入罪の成立を認める余地がある。建造物侵入罪の保護法益を「誰を立ち入らせ誰を立ち入らせないか」であると解する住居権説によれば、店に立ち入る行為者が何者であるかは重要である⁽²¹⁾。従って、店が事前に誰の立ち入りを許さないかを遊技約款等の掲示により明示している以上、これに該当する者の立ち入りについては、建造物侵入罪の成立を認めることができる。窃盗罪における「通常の遊戯方法」による占有移転の承諾は遊戯行為の外観についてなされるが、住居・建造物侵入罪における立ち入りの承諾は、立ち入り行為の外観及び立ち入る行為者自身についてなされるものと解するのである⁽²²⁾。さらに、一八歳未満の者等が遊戯契約に反して遊戯をし、出玉をパチンコ店において景品と交換する行為についても、景品を客体とする一項詐欺罪の成立を認める余地がある。PCSA遊技約款第九条但書は、「お客様の責に帰すべき事由により遊技契約が解約された場合又はお客様がこの約款に違反した場合は、当該商品の全部又は一部を提供しないことができます」とする。店としては、遊戯者が一八歳未満である等、遊技約款に違反しているかは重要な問題で

あるから、遊戯者は、遊技約款に違反して遊戯した事実を店に告知する義務を負うべきである。従って、一八歳未満である等の事実を秘して店に出玉と景品の交換を要求する行為については、一項詐欺罪の成立を認めてよいのではないか。

これに対し、ゴト行為により取得したパチンコ玉やメダルを景品交換する行為について、一項詐欺罪の成立を認めてよいかは検討を要する。前掲仙台高秋田支判昭和二十九年八月二十四日は、「不正手段によつて得た玉を景品と交換した場合を考えると、それは正当な手段によつて得た玉であるように装うて経営者をだまし、景品をとつたことになるのであるがこの行為は窃盗により得た玉の事後処分であ」とする。本判決に従えば、ゴト行為により取得したことを秘して出玉と景品を交換したことによる一項詐欺は、ゴト行為による窃盗罪に共罰的事後行為として吸収され、窃盗罪のみが成立することになる。ゴト行為により取得した出玉を景品交換するのであるから、パチンコ店が負う財産的損害の实体は、窃盗と一項詐欺とで共通している。さらに、かつては窃盗罪(第二三五条)も一項詐欺罪(第二四六条第一項)も科刑が「一〇年以下の懲役」であつたから、先に成立する窃盗罪一罪で処断することに合理性も認められた。しかし、平成一八年改正により、窃盗罪の科刑は罰金刑が選択刑として導入され、「一〇年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金」に変更された。この改正は、頻発する万引き行為に対し、安易に起訴猶予で対応するのではなく、罰金刑をもつて対応することで一定の抑止力を確保しようとするもので、必ずしも窃盗罪の科刑を軽く運用しようとの趣旨ではないが、科刑の幅だけを見れば、窃盗罪は一項詐欺罪と比べ刑の下限が明らかに軽くなった。そうすると、一項詐欺を窃盗罪の共罰的事後行為として処理するというのは、軽い窃盗罪に重い一項詐欺罪を吸収させるということであるから、今日ではもはや妥当とは言い難い。ここではむしろ、ゴト行為による窃盗が、景品交換による一項詐欺罪に共罰的事前行為として吸収され、重い一項詐欺罪のみが成立すると解すべきであろう。

以上のようにして、被害者たる店の入店・遊戯についての承諾の対象を「行為の外観」と「行為者」とに分け、「通常の遊戯方法」は店の許容する「遊戯行為の外観」の限界を画する、「店の意思」の内容にかかる基準であると解すべきである。そのうえで、体感器の使用については、遊戯行為の外観が「通常の遊戯方法」を逸脱し「店の意思」に反したと解して、窃盗罪の成立を肯定すべきである。これに対し、一八歳未満の者や乳幼児を残置した者、パチプロの遊戯、共犯者のゴト行為隠蔽のための通常の遊戯は、遊戯者、あるいは遊戯行為の主観面において「店の意思」に反するものの、客観面においては、「行為の外観」に対する承諾である「通常の遊戯方法」の範囲内であるから「店の意思」に反しないと解して、窃盗罪の成立を否定すべきである。このように考えれば、パチンコ・パチスロ遊戯行為と「通常の遊戯方法」を巡る上掲の諸事例に関して、「店の意思」基準説のみにより妥当な結論を導くことができよう。

注

(1) パチンコ・パチスロ「ゆうぎ」の漢字表記について、「遊戯」と「遊技」のいずれを用いるかは、個々の判例及び論者により異なっており統一されていない。本稿では、最決平成一九年四月一三日刑集六一巻三号三四〇頁及び最決平成二一年六月二九日刑集六三巻五号四六一頁が「遊戯」の表記を用いていることに鑑み、「遊技」の表記が用いられている引用部分、パチスロ機の正式名称である「回胴式遊技機」及び「遊技約款」を除き、「遊戯」の表記で統一する。

(2) 名古屋高判昭和二八年一〇月一四日高刑集六巻一一号一五二五頁は、「パチンコ遊戯により取得したパチンコ玉は更にその後の遊戯に使用し得るほか、これを遊戯店に提出して一個金貳円の割合に相当する商品との交換を請求し得る権能を有するものであつて、この権能はパチンコ玉の所持に随伴するものであることが推認し得るところであるが故に商品と交換する以前においても、かかる権能の化体するパチンコ玉はそれ自体右割合相応の経済的価値を有し財産的評価の対象となり得るものであること一般取引の通念に照らし疑なきところであり、従つて右パチンコ玉は明らかに独立して財産権の目的となるに適するものであると謂わねばならない。」とする。

- (3) 従って、偽造プリペイドカードを使用して玉やメダルを取得した場合には、偽造プリペイドカード使用について偽造有価証券行使罪、玉やメダルの取得について窃盗罪が成立する。なお、両罪の罪数関係については争いがある。観念的競合とするものとして、広島地判平成七年七月一八日判時一五四九号一四五頁。牽連犯とするものとして、東京地判平成八年三月一九日判時一六一一号一五一頁。
- (4) 浦和地判昭和二八年八月二一日判時八号一九頁、仙台高秋田支判昭和二九年八月二四日高刑裁特一卷四号一五七頁、名古屋高判昭和二八年一〇月一四日高刑集六卷一一号一五二五頁、仙台高判昭和二九年二月二三日高刑集七卷三三二六八頁、福岡高宮崎支判昭和三〇年五月二五日高刑特報二卷一〇号四九四頁、最決昭和三十一年八月二二日刑集一〇卷八号一二六〇頁、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など。
- (5) 東京地判平成三年九月一七日判タ七八四号二六四頁、神戸地判平成一四年一月一三日（最高裁判所ウェブサイト掲載）。
- (6) 東京高判昭和二九年五月二七日東高刑報五卷五号二〇〇頁（パチンコ機械前面のガラス板を押し上げ、銀紙を巻いたパチンコ玉を入れてアウト穴を塞ぎ、無駄玉を積み重ねて当り穴に入るようにして玉を領得、最判昭和二九年一〇月一二日刑集八卷一〇号一五九一頁（パチンコ機械裏側部品に、これを引けば玉が出るように糸を結びつけ、客席において糸を引き玉を領得）など）。
- (7) 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「警察公論六〇巻四号（二〇〇五年）八〇頁。
- (8) 森住信人「パチスロ機からの不正な手段によるメダルの取得と窃盗罪の成否」専修法学論集一〇三号（二〇〇八年）七九頁。
- (9) 森住・前掲論文八〇頁。
- (10) 平野龍一『刑法概説』（一九七七年）二〇七頁、内田文昭『刑法各論』（第三版・一九九六年）二五〇頁。
- (11) 共同占有者の一人による領得について窃盗罪を認めたものとして、大判大正八年四月五日刑録二五輯四八九頁、最判昭和二五年六月六日刑集四卷六号九二八頁。
- (12) 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」判時一九四〇号（判評五七三号）（二〇〇六年）一二二頁（四二頁）。
- (13) 本田「通常の遊戯方法で行われたパチスロ遊戯と窃盗罪の実行行為との関係」法学セミナー六六〇号（二〇〇九年）一二七頁。
- (14) 豊田兼彦「共同正犯の形態で遂行された窃盗罪の成立範囲」法学教室三五三三号別冊判例セレクト二〇〇九（二〇一〇年）三〇頁。
- (15) PCSA遊技約款については、以下のURLを参照。<http://www.pcsa.jp/book.htm#ugiyakram>

- (16) 江口和伸「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、同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、当該メダルが同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として窃盗罪が成立するとされた事例」研修七〇九号（二〇〇七年）三〇頁。
- (17) 山口厚『刑法各論』（第二版・二〇一〇年）一九四頁。
- (18) 森住・前掲論文八二頁。
- (19) 西田典之『刑法各論』（第五版・二〇一〇年）一四五頁、川端博『刑法各論講義』（第二版・二〇一〇年）三一七頁、須之内克彦『刑法概説各論』（二〇一一年）一二四頁。なお、山口・前掲書一九四頁。
- (20) 内田幸隆「体感器と称する電子機器を身体に装着してパチスロ機で遊戯する行為と窃盗罪の成否」平成一九年度重要判例解説・ジュリスト一三五四号（二〇〇八年）一七八頁。
- (21) 佐久間修「最近の判例における窃盗罪と詐欺罪の限界——電子マネーの不正取得と自動機械からの窃取を素材として——」法曹時報六〇巻一〇号（二〇〇八年）三〇六九頁。
- (22) 谷直之「いわゆる『体感機』を使用したパチスロメダルの取得と窃盗罪」受験新報六七七号（二〇〇七年）二三頁、内田（幸）・平成一九年重判一七八頁、森住・前掲論文八三頁。
- (23) 内田（幸）「専らメダルを不正取得する目的でいわゆる体感器を身体に装着し、パチスロ機で遊戯して取得したメダルにつき、窃盗罪の成立が認められた事例」刑事法ジャーナル一〇号（二〇〇八年）一二四頁。
- (24) 本田稔「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」法学セミナー六三二号（二〇〇七年）一一九頁。なお、内田（幸）・平成一九年重判一七八頁は「下級審判決にあっても、窃取行為において、その作用が目的物に及ぶかかという『客観的限界付け』は意義を有しておらず、『占有者の意思』に反する、『通常の方法』を逸脱した占有移転という点が問題とされたとみることができる」とする。
- (25) 本田「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」立命館法学三一六号（二〇〇八年）三〇八頁。
- (26) 最判昭和一九年一〇月一二日刑集八巻一〇号一五九二頁。
- (27) 林陽一「パチスロ不正遊戯行為に窃盗罪が成立する客体の範囲」ジュリスト一三九八号（二〇一〇年）一八四頁。
- (28) 高森高德「電子器具（いわゆる体感器）を使用して回胴式遊技機（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」研修六七三号（二〇〇四年）九七頁は、大当たり周期のタイミングをとるという、レバーを操作する核心部分を機械に拠っている以上は、機械とパチスロ機との間に人間の操作が介在したとしても、機械による「不正操作」と評価できるとする。

(29) 林（陽）・前掲論文一八四頁は、糸を用いてパチンコ機を操作する行為はパチンコ玉管理装置への攻撃であるものの、磁石を用いてパチンコ玉を操作する行為はパチンコ玉管理装置への攻撃ではないとする。しかし、パチンコ遊戯者がパチンコ機に投入することで所有及び占有をパチンコ店に譲渡したパチンコ玉が、パチンコ機の入賞口に入った場合に出玉を出すというパチンコのシステムからすると、パチンコ機に投入された後のパチンコ玉はもはや、パチンコ玉管理装置と一体と見るべきであるようにも思われる。このように考えると、磁石を用いた事例も、糸を用いた事例と同様にパチンコ玉管理装置への攻撃と解されよう。

(30) 本田・法学セミナー六六〇号一二七頁。

(31) 本田・立命館法学三〇八頁。

(32) 高森・前掲論文九六頁、江口・前掲論文三〇頁。

(33) 高森・前掲論文九六頁、内田（幸）・平成一九年重判一七八頁。

(34) 内田（幸）・刑事法ジャーナル一二五頁、佐久間・前掲論文三〇七一頁注四九。

(35) 車内に乳児を残置したままパチンコ遊戯を行い乳児を熱中症により死亡させた親について重過失致死罪の成立を認めたものとして、名古屋地判平成一九年七月九日（判例集未登載）。

(36) 林（陽）・前掲論文一八四頁。

(37) 内田（幸）・平成一九年重判一七八頁、同・刑事法ジャーナル一二五頁。

(38) 内田（幸）・刑事法ジャーナル一二四、一二五頁。

(39) 森住・前掲論文八三頁。

(40) 高森・前掲論文九六頁。

(41) 山中・前掲論文二一六頁（四六頁）、林（陽）・前掲論文一八四頁。なお、山中・前掲論文二一五頁（四五頁）は、直接の遊技者が体感器を装着するのではなく補助者がそれを用い、その指の痙攣を隣に見て見て周期をあわせるよう調整した場合や、メトロノームを目前に置いてタイミングを計り調整した場合は、「店側の意思に反する」とする。

(42) もっとも、店が入店・遊戯を許容しないパチプロ以外の者がこれを行った場合には、当該行為はそもそも店が許容する範囲内であ

るとして、「財産的損害」の基準を用いる以前に、その前提となる「店の意思」に反しないことから窃取性を否定することも可能であろう。

(43) 内田(文)・前掲書二五三頁、大塚仁『刑法概説(各論)』(第三版・二〇〇五年)一九一頁、香川達夫『刑法講義(各論)』(第三版・一九九六年)五一頁、川端・各論三七頁、須之内・前掲書一二四頁、中山研一『刑法各論』(一九八四年)二二三頁、西田・前掲書一四五頁、平川宗信『刑法各論』(一九九五年)三四九頁など。

(44) 内田(幸)・刑事法ジャーナル一二四頁は、「物理的作用」基準説に対し、「このように窃取行為を限定する根拠を見いだすことができるのかという疑問」を指摘する。

(45) 伊東研祐『刑法講義各論』(二〇一一年)一五三頁は、グト行為に関する判例を参照したうえで、窃取性の「判断基準の具体化の必要性は否定しようもない。また、占有の取得の性格・態様等が財産犯各類型の重要な区別基準とされていることに鑑みれば、……基本的に手段・方法を問わない、という見解自体が再検討される必要があるようにも思われる」とする。

(46) 福田平『刑法総論』(全訂第五版・二〇一一年)二二九頁、大谷實『刑法講義総論』(新版第三版・二〇〇九年)三七〇頁、川端『刑法総論講義』(第二版・二〇〇六年)四五〇頁。

(47) 福田・前掲書二三二頁注四。行為の窃取性判断についてこれを言及するものとして、中山・前掲書二一四頁。

(48) 岡本昌子「パチスロ機で遊戯するに際し体感器を装着していた場合における窃盗罪の成否」法学教室編集室編『判例セレクト二〇〇一—二〇〇八』(二〇一〇年)二八七頁参照。

(49) 内田(文)・前掲書二五三頁、佐藤陽子「被害者の承諾——各論的考察による再構成——」(二〇一一年)三〇頁。

(50) 被害者の承諾の対象が結果と行為のいずれかについては争いがある。これにつき、振津隆行「被害者の承諾」芝原邦爾他編『刑法理論の現代的展開——総論I』(一九八八年)一六五頁は、「被害者が法益侵害の結果を無条件に肯定するものではない限り、承諾の対象は結果発生のみならず、その具体的な危殆化行為にも及びうるものとしてよいだろう」とする。パチンコ・パチスロ遊戯では、店はパチンコ玉やメダルの占有移転という結果の発生を無条件に肯定しておらず、まさにその具体的な危殆化行為が「通常の遊戯方法」である場合のみ肯定するものといえるのではないか。

(51) 西田・前掲書九六頁参照。

(52) このように解すれば、違法な目的を秘して住居権者の承諾を得て住居・建造物に立ち入ったが、目的を實現しないまま立ち去った場合についても、「通常の立ち入り方法」を逸脱しないとして、住居権説に依拠したうえで住居侵入罪の成立を否定し得るであろう。

西田・前掲書一〇〇頁は、万引き目的でのデパート立ち入りについて、行為者が違法目的を有していたとしても、「通常の形態の立ち入り」である限りは、建物管理者の事前の包括的同意の範囲内にあり建造物侵入罪が成立しないとする。もつとも、最決平成一九年七月二日刑集六一巻五号三七九頁は、銀行顧客のキャッシュカードの暗証番号等を盗撮する目的で無人のＡＴＭ出張所に立ち入った事案について、「そのような立ち入りが同所の管理権者である銀行支店長の意思に反するものであることは明らかであるから、その立ち入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと特に異なるものでなくとも、建造物侵入罪が成立するものというべきである。」と判示している。

（53） 西田・前掲書一三六頁。