

判例研究

磁石を用いてパチンコ機械から
玉を取り出す行爲と領得の意志

植松 正

昭和三十一年八月二日第二小法廷決定(昭和二十九
二八一號、竊) 刑集一〇卷八號一二六〇頁
盜被告事件

〔事實〕 被告人は昭和二八年六月二日米子市東倉吉町のK
ホールでY所有のパチンコ機械を使用してパチンコ遊技をした
が、その際、打玉が当たり穴に入らずにアウト穴に入ろうとす
る瞬間に、磁石を使って、その玉を外れ玉として落下させず、
あたり穴に誘導し、勝玉として落下させる方法によって、同人
所有のパチンコ玉約一五〇個を取った。

第一審における辯護人の主張によると、被告人はパチンコ玉
を持ち歸るわけではないから、領得の意志がなく、業務妨害罪
にはなるかも知れないが、竊盜罪を構成するはずがない、とい
うのであったが、裁判所は被告人の所爲を自して「財物である
パチンコ玉に對し、他人の所持を侵しこれを自己の現實支配に
移し、もって不正に領得したもの」として、竊盜罪に問擬し
た。

これに對する辯護人の控訴趣意は、おそらく第一審における
その主張と同旨であったと察せられるが、第二審裁判所は被告
人の行爲を「パチンコ玉の經濟的價値を自由に支配する意圖の
下に、……管理者……の事實上の支配を排除して、竊かに本件
パチンコ玉を自己の支配に移したものに外ならない。」として、
いわゆる「領得の意思」の存在を認め、やはり竊盜罪を構成す
るものとした。

辯護人はさらに上告して、被告人には不法領得の意志がない
という點を強調した。すなわち、パチンコ玉は賞品引換の權利
を化體したような意味を持っているが、有價證券竊盜などの場
合と異なり、被告人にはその玉を賞品取得の手段として取得し
ようとする意志があるだけで、その玉自體を領得しようとする
意志は全く存しないから、その行爲はいわば使用竊盜のような
ものであって、取得した玉を利用して賞品と引換えようとする
段階に到って初めて詐欺の着手となるにすぎないと主張し、原
判決の理由不備を論難した。

本件に對する最高裁判所の決定はつぎの通りに判示してい
る。

〔判旨〕 一「磁石を用いて遊技場のパチンコ機械から玉を取
る所爲は、たとえ、その目的がパチンコ玉を景品交換の手段と
するものであったとしても、經營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

のといふべきもので、所論のようにいわゆる使用窃盗とみるべきではなく、パチンコ玉に對する不法領得の意思が存するものと解するのが本當である。それゆゑ原判決が被告人の本件所爲を窃盗罪にあたるとしたのは正當であつて、所論のような違法は認められない。」

〔評釋〕 この事件と同様に、磁石を使って、パチンコ機械から玉を取り出す行爲が、窃盗罪を構成するものとする見解は、從來、高等裁判所の判決で、數回反復して示されたところである(名古屋判・昭和二年一月四日、高刑集六卷二號一五二五頁)。その(仙臺高判・昭和二年二月三日、高刑集七卷三號二六八頁、その他)。その見解が最高裁判所のこの判例によつて確定したことになる。そこにいわゆる領得の意志にからむ問題の存することは、いうまでもないが、さらに進んで、事實としては、このようにして取り出した玉を景品と引き換えた場合に、それがどういふ罪になるかという問題と密接な關連のあることも注意しなければならぬ。昭和二年四月二十七日の最高裁判所の決定(刑集八五四六頁、その評釋は藤本英雄)は、「不正玉約七百個位をパチンコ遊戯に使用して景品玉を打出し取得し、之を……經營者Sに不正玉を使用して得た事實を秘し、正當に料金を支拂いたる玉で打出した景品玉のように装つて提出して欺罔し、……煙草「光」四十個……位の交付を受け」たという事實を詐欺罪に間擬した原判決を肯定した。この事案では玉を打ち出す方法に磁石を用いたのではなく、不正玉を使ったという點で、本件とは方法において相違するところはあるが、結局、不正な機械的方法で玉を打ち出すという點では、まったく同工異曲の方法によつたと

いふべきである。したがつて、この昭和二年の判例と今度の昭和三年の判例とを組み合わせると、後者は磁石による玉の取出行爲を窃盗と見ながら、前者はそのような不正手段によつて取り出した玉を景品に引き換える行爲を詐欺と見て、ということになる。こういう解決でよいかどうか、ということも考えてみなければならぬ事項である。

二 本件について、まず、被告人が使用窃盗をしたのか、という點が問題になつてゐるが、被告人はけつして使用窃盗を行つたのではない。使用窃盗といふのは、他人の所持を侵して物をいったん使用はしても、もと通りに返しておく場合についていえるにすぎないことであつて、本件のように、もと通りに返すという行爲をとまなわぬものは、もはや使用窃盗ではない。本件では、被告人は不正の方法で玉を取出したうえで、それをその經濟的用法に従つて、景品交換用を利用する意圖を持つてゐるのであるから、けつしていわゆる使用窃盗の行爲ではない。使用窃盗に似て非なるものの例として、やがて情を知らない所有者のもとに持ち歸つて同人に賣り付ける目的で、ひそかに他人の物件を持ち去る行爲を想定することが出来る(Das Diebstahlrecht, § 4 und § 5 は文辭が)。この場合にも物件は所有者に戻るけれども、いわゆる使用窃盗ではなく、通常の窃盗である。それは窃盗犯人が盗んだ物を第三者に賣るのを通例とするところを、この犯人が本来の所有者に對し、それが盗まれた物であることを知らないのに乗じて賣りつけるというだけの違ひで、一時使用してもとへ返して置くという行爲形態とは、

(91) 判例研究

まるで別のものである。本件における被告人の行爲は、丁度これと同類のもので、いわゆる使用窃盜とは性質を異にする。

三 一般にパチンコ遊技場で、正當の方法によって玉を打ち出す場合、そこに打ち出された玉の所有權は、はたして遊技者に移るのであるか。もし、その場合に遊技者の所有に移るものだとすれば、本件の場合のように、不正手段によって打ち出したときには、容易に窃盜罪の成立があると考えることができる。判旨はそういう法理に立つて、本件行爲を窃盜罪に間接したもののように思われるふしもある。そのことは、自己の所持に移った玉について、判旨が「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」と言い、そのゆえに、被告人の行爲を「みずから所有者としてふるまう意思を表現したものと斷じていることにおいてうかがい知られる。もしそうならば、これは取引の實態に添わない。遺憾ながら、判旨は被告人に領得の意志があると言いたがために、しいて取引の實情を曲げて説明したものとと思われる。もっとも、判旨には、この點かならずしも明白でないところもある。打ち出した玉の用途については、たしかに判旨のいうように、「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」からである。

その玉を再び遊技に使うか、景品と交換するかは、まさに自由なのであるが、持ち歸っても捨ててもかまわない、というものではあるまい。したがって、それだけの前提から、正當に打ち出した玉ならば、その玉の所有權が遊技者に移ったものとはいえない。と同時に、本件のように、不正に打ち出した場合に

は、「みずから所有者としてふるまう意思を表現したものと」というわけにも、いきかねるのである。判旨を全體として見れば、打ち出した玉は、再び遊技に使おうと景品に引きかえようとする自由なことから、それを打ち出す行爲は、玉の所有者としてふるまう行爲だということになる。これは、その前半は正しいが、それを前提として後半を引き出すことを、ただちに肯定するわけにはいかない。後半が結論されるためには、正當な方法により打ち出された玉が遊技者の所有に歸するという思想を前提にしなければならぬわけであるが、それは取引の實情に添わない。

パチンコ遊技場の實情を見ると、打ち出した玉を持ち歸ることを自由とする立てまえにはなっていない。契約自由の原則が支配するのであるから、これに例外がないと斷言することはできないばかりか、本件の遊技場がその例外でないともいえないが、持ち歸ることが自由だという取引形態は、あまり聞いたことがない。一、二の業者について、参考のため調べてみたところによると、顧客相手の營業のこととて、持ち歸るのを強く禁止するというほどではないが、持ち歸らないように、「景品と交換してください」という趣旨の文句を掲示している例もあるし、業者側の言い分によっても、遊技者側の理解からいって、持ち歸るべき性質のものでないとしている。換言すれば、取引の當事者の認識では、打ち出した玉は、遊技者の所有に歸するものではない、と考えられているのが實情である。

聞くとところによると、東京では、遊技場營業者の玉の仕入原

價は、一個二圓まではしない(筆者の聞いた例では)が、遊技場で客に渡すには、一個二圓の割で金を受け取っているから、もしそのまま客に玉を持って行かれても、損をしないことにはなっている。損をしないのであるから、ときに持って行かれることがあっても、それを深くとがめだてはしない。しかし、持って行くこうとどうしようと自由だというたてまえではないようである。このごろは玉に店のマークが入れてあるのでも、持ち歸らせる趣旨でないことはわかる。甲の店の玉を持ち歸って、乙の店の機械にそれを使うというようなことは、契約の趣旨に反するのである。持ち歸っても、また後で同じ店で使うのなら、それをしいて拒む趣旨ではないのではあるまいかとも思うが、原則として持ち歸らせないことになっているのは、不正使用その他持ち歸りにもなる種々の弊害を防止するためであろう。

さらに、地方によっては、この玉の仕入原價よりも安く、一個一圓の割で遊技者に渡しているという事實もあるそうであるから、そういう取引形態の場合には、玉を持ち歸らせない趣旨であることは、疑いを容れる餘地がない。これらいづれの點から見ても、パチンコ遊技によって正當に打ち出した玉の所有權が遊技者に歸するものとするとはできない。そうであるとするれば、不正に玉を打ち出して、玉の所持を自己に移す行爲を、「所有者としてふるまう意思を表現した」ともいえないことになる。

四 判旨はパチンコ玉を不正手段により打ち出す行爲をもって、いわゆる「不法領得の意思」を表示する行爲であると言い

たいのである。その意志が存在し、それがそこに表示されているとすれば、このような行爲が「窃取」であるということも簡単にいえるからである。しかし、領得の意志とはなんであるか。本件は領得の意志の本質がなにかということに絡んでいるし、ひいては、窃盜罪は果して領得の意志の存在を要件とするかどうか、という根本問題にも觸れてくる。

領得の意志に關しては、所有説(ドイツでは從來はSubstanztheorie Eigentumstheorieと呼ぶ方がよいという主張)と價值説(Sachwertheorieと呼ぶのを)との對立がある。領得の意志を説明して前者は所有權の内容を行使する意志であるとすると對し、後者は物の經濟的價値を排他的に利用する意志であるとすると(たとえば、List, Schulz, v. Arnim, 17, 26, Anft., s. 617.)。いうまでもなく、前者が古典的な學說で、今でも通説となつてゐる。判例は兩説を折衷するような態度を採り、領得の意志を定義して、「權利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその經濟的用法に従いこれを利用し又は處分する意思をいう」(最判・昭和二年七月一三日、刑集五卷正四年五月二日、刑錄二二輯)といつてゐる。この判旨はかならずしも一義的に明確だとはいえないが、どちらかといえば、結局は所有説に従つたものと見てよいかと思ふ。

さて、本件についても、判旨が所有説に準據してゐることは、「所有者としてふるまう意思」という表現によつて明白である。しかし、さきに論じたように、パチンコの玉を景品と引き換えるのに使つたり、再び機械に入れるのに使つたりすることは、「所有者としてふるまう」のではあるまい。遊技場で、たと

えば金五十圓を出して、パチンコの玉を二十五個うけとるのは、玉を買うのではないし、遊技をして打ち出した玉も遊技者の所有に歸するわけではない。玉はいわば資格證券のようなものである。玉はその所持者が景品との引換を受ける権利を有する者であることを證明するにすぎない。その點は携帯品預所の預札と本質において相等しい。携帯品を預けた時に預主に渡される札が彼の所有に歸するものでないのと同じように、パチンコの玉を遊技場の入口で受け取ったり機械から打ち出したりした場合に、その所有權が遊技者に移るものではない。したがって、不正手段によって打ち出した玉についても、それを「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」としても、そのことは決して「所有者としてふるまう意思を表現したものだ」ということにはならない。

そこで、領得の意志というものを「所有者としてふるまう意思」と解するかぎりは、被告人の行爲を領得の意志を表現した行爲であると認めるわけにはいかなくなる。判旨は、所有説の意味において領得の意志を窃取行爲の要件と解する立場に立ちながら、しかも窃盜罪の成立を認めようとしているので、本件の事實を無理に「所有者としてふるまう意思を表現したもの」と説明したとの非難をまぬかれぬ。所有説によって領得の意志を理解するかぎり、不正手段を用いてパチンコ玉を打ち出す行爲は、窃盜罪を構成することにはならない。それは景品引換という詐欺行爲の豫備たるにすぎないはずである。そのように見てくると、本件のような行爲は、罰することが出来ない。行

爲者がもう一步前進して、景品引換を要求する行爲にまで行かなくては、すくなくとも詐欺罪の實行に着手したものととして、捕えることはできない。

五 私はかねてから、所有説の意味において領得の意志を窃盜罪の要件とすることに反對して來ている（拙著、刑法概論六七頁の意志を要件とすべきでないとする説は、わが國では牧野英一教授等により説かれて來たものである。私はただその理論上の根據の説明においていささか工夫するところがあるに）。それには、そもそも物の所有ということとは、物の價値を離れては空虚である、とする思想が基礎になつてゐる。價値説の論者は領得の意志を定義して「物の經濟的價値に従つて、他人を排除する意圖で、物を獲得することである。」としてゐる（Frank, *Scrib.*, 18）。これは通説の意味でいうところの領得の意志ではないから、その意味での領得の意志については、それが窃盜罪の要件になるといふことを否定するものにほかならない。したがって、この意味での領得の意志を窃盜罪の要件と考へるか、反對に領得の意志というものを通説の意味において理解して、領得意志の要件性を否定するかは、用語の問題による差異に歸着する。

要するに、所有説の意味における領得の意志を、本件の場合に認めることができないことは明白であるが、價値説の意味でならば、本件もまた領得の意志をとまなう他人の物の取得行爲であるといわなければならぬ。すなわち、後説によれば本件につき窃盜罪の成立を認めることができるのであり、また、それが正當である。なぜなれば、本件の行爲は、パチンコの玉の所有權を取得したかの如くふるまおうとするのではなく、その

玉の資格證券的な經濟上の價值を利用しようとするのであるからである。

行爲者の目的とするところは、景品を取得するにあることが明らかであるから、景品取得までの行爲の全體を詐欺罪と見ようとするにも、相當の理由のあることである。しかし、そう見るとすれば、本件のように機械から玉を取り出しただけでは、なんらの欺罔行爲がなく、したがって、まだ詐欺の着手があるとはいえないから、それを不可罰的な詐欺の豫備行爲とするよりほかはないことになる。この詐欺豫備説によれば、後の景品引換行爲について面倒な議論がいらぬという簡明さはあるが、玉の取出行爲だけで發覺した場合に、これを不問に付すことが、はたして妥當な處置といえるか、という點に問題がある。聞くところによると、檢擧の實情ははじめ景品引換の場面において捕えるというやり方をしていたのであったが、しだいに業者の注意が行き届くようになり、そこまで行爲が進展しないうちに捕えるようになった、ということである。こゝで處置できる方が、すくなくとも社會的に妥當であることは疑いない。ことに、理論上これと同様の構造を持つ場合として、つぎのような場合との統一ある解釋を考へるならば、それを不問に

付することの不當は明白であろう。

携帯品預所の預札を他人のポケットから取る行爲は、まだ預所その札を品物と引き換える行爲には着手するにいたらなくとも、それ自體で窃盜罪を構成するものと見なければならぬまい。これさえも、詐欺の豫備として不問に付すことは、概念的な強辯をもって附會するものといわなければならない。他人のポケットから預札を取り出すことは、その行爲そのものの形態から見て、これが窃盜罪を構成しないではないはずはない。本件はたまたま目的物が他人のポケットのなかにあったのではなくて、他人の機械のなかに管理されていたという違いがあるだけで、ともに他人の所持を侵すことにおいて少しも異なるところはなないのである。

最後に本件のような行爲を窃盜であるとすると、あとでその玉を景品と交換する行爲が、不可罰的事後行爲となるのか、それとも別に詐欺罪を構成するのか、という問題を生ずる。さらに、詐欺罪を構成すると見る場合には、兩罪の關係をどう見るべきかということも問題になる。これらはすべて後の機會まで論述を割愛することにする。