

占有者の意思と窃盗罪の成否 ——条件付き合意論を手がかりに——

菊 地 一 樹

- 第1章 はじめに
- 第2章 ドイツにおける条件付き合意論
 - 第1節 判例の展開
 - 第1款 自動販売機・スロットマシン
 - 第2款 現金自動預払機（ATM）
 - 第3款 セルフ式ガソリンスタンド
 - 第4款 小 括
 - 第2節 学説状況
 - 第3節 条件付き合意論に対する批判
 - 第1款 通説の問題点
 - 第2款 占有概念に着目した解決
- 第3章 占有者の意思の要保護性
 - 第1節 窃取概念の限定解釈
 - 第2節 条件設定の客観的限界
 - 第1款 「技術的客観化」という基準
 - 第2款 設定された条件の実効性
 - 第3款 「心理的障壁」の内実
 - 第4款 小 括
- 第4章 メダルの不正取得と窃盗罪
- 第5章 結びに代えて

第 1 章 はじめに

本稿が検討の対象とするのは、窃盗罪の成否の判断において、占有者の意思がいかなる役割を果たすかという問題である。本罪の実行行為である「窃取」は、「財物の占有者の意思に反して、その占有を侵害し、自己または第三者の占有に移すこと」（大判大正 4 年 3 月 18 日刑録 21 輯 309 頁）と定義されるのが一般的であるが、占有者の事実上の意思に反してさえいれば、占有を移転させる行為が常に窃盗罪を構成すると解することには疑問がある。例えば、未成年者が自動販売機でビールを購入する場合、その占有移転は管理者の意思に反しているのが通常であろうが、このような行為にも窃盗罪の成立を当然に肯定すべきかどうかは検討の余地がある。

我が国において、この問題は、近時、メダルの不正取得をめぐる、2 つの重要な最高裁決定が相次いで登場したことで、理論的な関心が高まっている。最決平成 19 年 4 月 13 日刑集 61 卷 3 号 340 頁（以下、「平成 19 年決定」）は、パチスロ機が大当たりを連続して発生する周期と同期させることのできる体感器と称する電子機器を身体に装着して遊戯したという事案について、そのような遊戯行為自体が「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ないことは明らかである」ため、被告人が取得したメダルは「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」として、全体について窃盗罪の成立を認めた。他方で、最決平成 21 年 6 月 29 日刑集 63 卷 5 号 461 頁（以下、「平成 21 年決定」）は、パチスロ店で共犯者による針金を用いた不正な遊戯を隠蔽するための「壁役」として、その隣のパチスロ台で遊戯した者について、「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」としている。

占有者の事実上の意思に反しているか否かという点に着目する限り、平成21年決定の事案における、共犯者のゴト行為を隠蔽するための遊戯行為も、店舗側の意思に反していることは否定できない。それにもかかわらず、最高裁は、「通常の遊戯方法の範囲の逸脱」という基準を用いることにより、窃盗罪の成立範囲に一定の制約を設けている。そこで問題となるのは、このような制約を設けることの理論的根拠である。最高裁が用いた「通常の遊戯方法の範囲の逸脱」という基準の具体的な内容を明らかにするためにも、その説明は必要不可欠であろう。

窃盗罪の成否と占有者の意思との関係という問題が先鋭化するのには、以上のように、自動販売機やパチスロ機を初めとした「自動機械」を通じて財物の占有移転が行われる場合である。その特徴として、正常な利用客との間での占有移転については包括的な合意が事前に設定されている点を指摘することができる。そのような事前の包括的合意の存在にもかかわらず、後に実際になされた占有移転について「窃取」性を認めることが、いかなる範囲で認められるかが問題となる。

ドイツにおいては、この「自動機械からの窃取」の問題を、「条件付き合意 (bedingtes Einverständnis)」論という枠組みのもとで解決するのが、判例・学説において一般的である。すでに我が国においても、こうした判断枠組みの簡潔な紹介はなされているが、⁽¹⁾その展開過程や学説における議論状況の詳細な紹介は行われていない。そこで、本稿では、条件付き合意論をめぐるドイツ判例・学説の展開を整理したうえで、これに対して向けられている学説上の批判を紹介し、この問題をめぐるドイツの議論状況を明らかにする。さらに、そこから得られた示唆を踏まえて、窃盗罪の成否と占有者の意思との関係について検討を加え、具体的問題を解決するための適切な方向を示すことを試みる。

(1) 橋爪隆「窃盗罪における『窃取』の意義について」刑法54巻2号(2014年)299頁以下、深町晋也「判批」論究ジュリ13号(2015年)190頁以下等。

第 2 章 ドイツにおける条件付き合意論

ドイツにおいても、窃取 (Wegnahme) は、意思に反する占有移転として定義されており、占有者が、占有移転について「合意 (Einverständnis)⁽²⁾」する場合には、窃取性が排除されるものと理解されている。さらに、合意⁽³⁾は、事前に包括的な形で行うことも許されると考えられている⁽⁴⁾。例えば、自動販売機を通じて物品が提供される場合には、機械の設置時点において内容物の占有移転に対する包括的な合意がなされており、通常の利用客が物品を取り出す行為は、事前の合意に含まれていることから、窃取に該当しないと解されるのである。

さらに、事前の包括的合意に際して、機械設置者は合意に一定の条件を付すことが可能である (条件付き合意)。そして、当該条件に違反してなされた占有移転は、もはや事前の合意によりカヴァーされないために、その意思に反するものとして窃取性が肯定される。ここで問題となるのは、合意に付された条件の中で、いかなる条件への違反が窃取性を基礎づけるかである。学説の多くは、設置者によるあらゆる条件設定を考慮するのは不適切であるとして、窃盗罪の成否判断において考慮すべき条件の範囲に客

(2) ドイツにおいて、被害者の承諾は、構成要件該当性を阻却する「合意 (Einverständnis)」と違法性を阻却する「同意 (Einwilligung)」に区別されて論じられるのが一般的である。窃盗罪においては、占有移転を許容する意思が認められることで「窃取」という構成要件メルクマールが排除されることから、「合意」の問題であると考えられているのである。なお、近時、窃盗罪における被害者の承諾の犯罪体系上の地位について検討を加えたものとして、佐藤陽子『被害者の承諾—各論的考察による再構成—』(成文堂、2011年) 28頁以下。

(3) Wolfgang Mitsch, Strafrecht BT Teil 2 (Vermögensdelikte), 2. Aufl., 2003, § 1 Rn. 69; Andreas Hoyer, in: SK, 6. Aufl., 1999, § 242 Rn. 46; Joachim Vogel, in: LK, 12. Aufl., 2010, § 242 Rn. 106; Roland Schmitz, in: MK, 2. Aufl., 2012, § 242 Rn. 82; Albin Eser/Nikolaus Bosch, in: Sch/Schröder, 29. Aufl., 2014, § 242 Rn. 90.

(4) Mitsch, a.a.O. (Anm. 3), § 1 Rn. 76; Hoyer, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 53; Vogel, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 113; Schmitz, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 90.

観的な制約を設けているが、その具体的な範囲については後述するように争いが存在している。以下では、まず、学説の検討に先立ち、「条件付き合意論」がドイツの判例上いかに展開してきたかを概観する。

第1節 判例の展開

「自動機械からの窃取」の事例は、その問題状況に応じて、①自動販売機・スロットマシン、②現金自動預払機（ATM）、③セルフ式ガソリンスタンドの事案類型に区別されて論じられることが一般的であり、本稿もこの区別に従って判例の展開を整理する。

第1款 自動販売機・スロットマシン

自動販売機・スロットマシンの事案類型で典型的に問題となるのは、偽造硬貨などの贋金（Falschgeld）の使用による内容物の取出しである。古くは1900年に、ライヒ裁判所が、硬貨の代わりに鉄製のメダルを投入しチョコレート板を取り出した事案について窃盗罪の成立を肯定し、連邦通常裁判所も、1952年に下した判決の中で、ライヒ裁判所の先例も引き合いに出しつつ、贋金を使用しての商品の持ち去りは窃盗の構成要件を充足する、との判断を示した。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

この判決に対する評釈の中で、窃盗の成立を否定すべきとの反論を展開したのがドレーアーである。ドレーアーは、贋金を「人間の売り手」に対して用いた場合には、詐欺罪の成否が問題になることを指摘したうえで、自動販売機のような「延長された腕」が用いられる場合にも、事案の構造は異ならないとする。したがって、この場合も窃盗の成否を問題とすることは許されない。ただし、自動販売機を通じた取引においては、「人間の売り手」が存在せず「錯誤」メルクマールが欠如するために、結果的に詐欺罪も不成立となる。⁽⁷⁾

(5) RGSt 34, 45.

(6) BGH MDR 1952, 563.

このドレーアーの反論に応える形で、今日において「条件付き合意論」と呼ばれている考え方を詳細に根拠づけたのが、1955年のバイエルン州最高裁判所の判決である。バイエルン州最高裁判所は、被告人が針金をスロットマシンのコイン投入口に挿入することでゲームを起動し、その結果得られた勝ち金を取得したという事案で、窃盗罪の成立を肯定した。その理由は次のようなものである。すなわち、自動機械の設置者は、その設置に伴って、操作指示 (Bedienungsanweisung) に従ってなされる物の持去りに対して合意をしている。これに対して、自動機械のロックが操作指示に反して解除され、内容物が持ち去られる場合には、設置者の合意が欠如していることから、窃取性が肯定される⁽⁸⁾。

これ以降、「条件付き合意論」の思考方法は裁判実務において定着し、様々な事例で適用されるに至る。例えば、コブレンツ上級地方裁判所は、ゲーム開始前に金銭返却ボタンを押すことで事前に投入した額より多額の釣銭が放出されるという機械の欠陥を利用した被告人の行為について、以下の理由から窃盗罪の成立を肯定している。すなわち、金銭の引渡しは、遊戯者が、操作の手引きに従って機械を使用する場合にのみ、機械設置者の意思に合致する。これに対して、遊戯機能をパスして、単に金銭返却メカニズムの欠陥が悪用される場合には、経営者の意思に反した占有移転がなされており、刑法242条〔窃盗罪〕の意味での窃取性が認められる⁽⁹⁾。さらに、デュッセルドルフ上級地方裁判所は、被告人がゼロハンテープ細工を施した紙幣を両替機に挿入し、これを両替金が払い出された後で再び引き抜くという方法を通じて、両替金を取得したという事案で、窃盗罪の成立を肯定している。なぜなら、自動機械の設置者は、利用者が「機序に従って機械を動かす場合にのみ、両替金の移転と引渡しに合意して」おり、

(7) Eduard Dreher, MDR 1952, 563f. このように窃盗罪も詐欺罪も成立が認められないことから、処罰の間隙を埋める目的で創設された、給付の不正入手罪 (265a 条) を適用すべきとの指摘がなされている (Ebenda, 564)。

(8) BayObLGSt 1955, 120 [121].

(9) OLG Koblenz NJW 1984, 2424.

そのような場合に当たるのは、「両替機に挿入された後も紙幣が機械の中に残り続け、利用者が紙幣を再び引き戻したりしない」場合だからである⁽¹⁰⁾。これらの事案において裁判所は、機械設置者がいかなる条件の下で占有移転に合意していると評価できるかを具体的に特定したうえで、その条件の違反を理由に窃取性を肯定する判断を導いていると考えられる。

これに対して、スロットマシンの「空プレイ (Leerspielen)」と呼ばれる事案、すなわち、事前に違法に入手したプログラムの知識を、運や偶然の要素を遮断し、高額な勝利を獲得するために利用する場合については、多くの裁判例において窃盗罪の成立が否定されている点に注意が必要である。ここでは、少なくとも外観上、スロットマシンの機序に反した操作が存在しないことを理由に、勝ち金の占有移転に対する合意の存在が肯定されている⁽¹¹⁾。連邦通常裁判所も空プレイが問題となった事案において、窃盗罪ではなく、コンピュータ詐欺罪（ドイツ刑法263a条）の成立を認めている⁽¹²⁾。⁽¹³⁾

(10) OLG Düsseldorf NJW 2000, 159 [160]. なお、本件については、一度両替機に挿入した紙幣を客体として、再度引き戻す行為に窃盗罪が成立しないかも問題となる。これを肯定する見解も存在するが (Schmitz, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 95; Hans Kudlich JuS 2001, 20ff.), デュッセルドルフ上級地方裁判所は、被告人が一度も紙幣に対する事実上の支配を失っていないことを理由にこれを否定している。なお、いずれの客体に窃盗罪の成立を認めるかによって、行為者が両替金の取得後に、紙幣の引戻しを断念しセロハンテープを剥がした場合の結論に違いが生じる点に注意が必要である。すなわち、紙幣を客体とする窃盗を認める見解によれば、この場合に窃盗既遂を認めることができないのに対して、裁判所の立場からは両替金に対する窃盗既遂が肯定されることになる (Vgl. Kudlich, a.a.O., 24.)。

(11) LG Ravensburg StV 1991, 214 [214]; OLG Celle wistra 1989, 355 [356]; LG Freiburg NJW 1990, 2635 [2636]. これに対して、窃盗を肯定するのは、LG Saarbrücken NJW 1989, 2272.

(12) 刑法263a条1項 違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的で、不正にプログラムを形成し、不正若しくは不完全なデータを使用し、権限なくデータを使用し、又はその他の方法で権限なくデータ処理の結果に影響を与え、これにより他人の財産に損害を加えた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

(13) BGHSt 40, 331. ただし、コンピュータ詐欺罪の成否についても本罪が要求す

しかし、スロットマシンの設置者の純粋に主観的な意思に着目するのであれば、空プレイ行為に対して合意が及んでいると解することは困難である。このことから、窃盗罪の成否において考慮される条件の範囲には何らかの客観的な制約が存在していることが分かる。

第 2 款 現金自動預払機 (ATM)

純粋に主観的な意思が、窃盗罪の成否を直接に左右しないことは、現金自動預払機 (Geldautomaten) をめぐるドイツ判例において顕著に認められる。この事案類型で典型的に問題となるのは、無権利者による現金の引出しである⁽¹⁴⁾。ドイツの判例の大部分は、そのような引出しが、盗難等による他人の真正なカードを用いて行われた場合と、偽造カードを用いて行われた場合のいずれについても、窃盗罪の成立を否定している⁽¹⁵⁾。

その論拠として引き合いに出されているのが、「外観 (äußere Erscheinungsbild)」基準である。これによれば、占有移転の外観が奪取 (Nehmen) である場合には、窃盗の成否が問題となるのに対して、交付 (Geben) である場合には、(コンピュータ) 詐欺の成否が問題となる。連邦通常裁判所は、無権利者である被告人が、他人のユーロチェックカード (暗証番号を入力すると自動支払機から 500 ドイツマルクまでの金額を引き出すことができる) を挿入し、他人の暗証番号を打ち込んで金銭を引き出したという事案で、「機能に適った操作 (funktionsgerechte Bedienung)」による現金の放出の外観は、銀行による交付であるとして、窃盗罪の成立を否定している⁽¹⁶⁾。その際、連邦通常裁判所は、「権限の欠如を知ったならば、

る「権限なく (unbefugt)」の解釈をめぐって争いが存在している (Vgl. Walter Perron, in: Sch/Schröder, 29. Aufl., 2014, § 263a Rn. 17.)。

(14) この事案類型をめぐるドイツ判例を網羅的に紹介したものとして、長井圓『カード犯罪対策法の最先端』(日本クレジット産業協会クレジット研究所、2000年) 109頁以下、178頁以下がある。

(15) 他人名義カードが用いられた場合について、BGHSt 35 152; OLG Stuttgart NJW 1987, 666; OLG Hamburg, NJW 1987, 366 が、偽造カードが用いられた場合について、BGHSt 38, 120 がそれぞれ窃盗罪の成立を否定している。

銀行の代理人がその支払機利用者に現金を引き渡さなかったかどうかは、重要ではない⁽¹⁷⁾としている。なぜなら、銀行は有効なチェックカードとこれに対応する暗証番号が確認されたあらゆる利用者に対して、機械の中にある金銭の占有を委ねているため、無権利者による利用であっても、自動支払機が技術的に正しく利用される限りは、金銭の占有侵害が問題とならないからである⁽¹⁸⁾。

同様の理由づけは、複製による偽造カードを用いて金銭が引き出された事案においても見られる。連邦通常裁判所によれば、現金自動預払機の審査ルーティンが予定しているのは、単に磁気ストライプに存在するデータの一致を確かめることだけであり、そのカードが真正に作成されたものかどうかの審査はそれに含まれていない。それゆえ、たとえ偽造カードを用いて金銭が引き落とされる場合であっても、現金自動預払機が機能通りに作動している点は異ならない。したがって、被告人は「自動支払機の払出口から金銭を刑法242条〔窃盗罪〕の意味で奪取しておらず、むしろ自動支払機の作用により金銭の引渡しを受けている」⁽¹⁹⁾。さらに、連邦通常裁判所は、窃盗罪の成否と占有者の意思との関係についても言及している。それによれば、現金の「占有移転が、プログラム内に含まれており、現金交付の時点で現実化する占有者の意思決定に基づく」場合には、意思に反した占有の破棄を認めることができない⁽²⁰⁾。

(16) BGHSt 35, 152. 我が国においても、松宮孝明「過剰入金と財産犯」立命館法学249号（1996年）1301頁以下は、同様の理由から「窃取」を否定すべきとする。

(17) BGHSt 35, 152 [159].

(18) BGHSt 35, 152 [160]. 本件では、被告人の所為の時点において刑法263a条が発効していなかったために、コンピュータ詐欺罪による処罰は認められず、結論的には金銭の横領罪の成立が認められている。なお、カードを客体とした窃盗の成否を別途問題とする余地はあるが、連邦通常裁判所は、現金引出し後にカードを権限者に返還する意思があることを理由として、領得の意思を否定している（BGHSt 35 152 [156ff.]）。

(19) BGHSt 38, 120 [122].

(20) 以上の理由に加えて、連邦通常裁判所は、刑法263a条の導入により、現金自動預払機の無権限使用をコンピュータ詐欺として捕捉しようとした立法者意思をも

以上のように、ドイツ判例は、現金自動預払機不正利用について、「機能に適った操作」が行われたかどうかに着目して窃盗の成否を判断している。すなわち、事前のプログラミング通りの動作により紙幣が放出される場合には、外観上「奪取」が問題とならなくなるとともに、設置者の合意が占有移転に対して及んでいと評価されているのである。ここでも判例は、窃盗罪の成否において考慮される条件設定に、一定の客観的制約⁽²¹⁾を設けていると評価できる。

第3款 セルフ式ガソリンスタンド

利用者が自ら給油を行うセルフ式ガソリンスタンド (Selbstbedienungstanken) に関しては、支払意思がないのに機械を 작동させて給油する行為が典型的に問題となる。連邦通常裁判所は、こうした事例⁽²²⁾において問題となるのは窃盗ではなく詐欺であるとする。すなわち、支払意思を欠く行為者は、給油をする際に外観上支払意思があるかのように振る舞うことで、ガソリンスタンドの経営者や従業員を錯誤に陥れ、ガソリンの注入に合意させているというのである⁽²³⁾。連邦通常裁判所は、補足的に外観基準も引き合いに出し、「自然的な観察方法によれば (bei

引き合いに出している (BGHSt 38, 120 [124])。

(21) さらに、OLG Schleswig NJW 1986, 2652 は、被告人が、銀行との契約に反して、自身の口座から限度額を超過する現金を引き出したという事案において、「占有破棄 (Gewahrsamsbruch)」が認められないことを理由に窃盗罪の成立を否定している。しかし、この事案においてもやはり、銀行側の意思に事実上反する占有移転が存在すること自体は否定できないであろう。なお、我が国では同種の事案で、窃盗罪の成立を肯定した裁判例が存在する (高松高判昭和60年5月30日高検速報426号)。

(22) BGH NJW 1983, 2827.

(23) なお、給油を行う時点では支払意思が存在していたものの、給油後に支払いを行わないことを決意したという場合には、欺罔行為が欠如するため詐欺罪の成立が問題とならず、支払まで所有権の移転が留保されたガソリンに対する横領罪の成立が問題とされている (OLG Hamm NStZ 1983, 266; Vogel, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 118; Urs Kindhäuser, in: NK Bd 3, 4. Aufl., 2013, § 242 Rn. 48)。

natürlicher Betrachtungsweise)、占有破棄（刑法242条）の意味での奪取が問題となっているのではなく、欺罔に基づく交付が問題となっている」との説明を加えている。

さらに、行為者が、ガソリンスタンドの経営者や従業員に気付かれることなく給油を行った場合⁽²⁴⁾においても、窃盗罪ではなく詐欺未遂罪の成否が問題とされている。もちろん、行為者が、自身の給油を従業員等に見られていないと確信している場合には、詐欺の故意が欠如するため詐欺未遂罪の成立も認められないが、そのような事態が起こるのは例外的であるとされている。なぜなら、「今日の社会状況のもとでは、直接ないし監視設備を通じた知覚の可能性が常に考慮されるべきであり⁽²⁵⁾」、特別な場合を除けば、少なくとも詐欺の未必的故意が認められるからである。

第4款 小 括

以上、自動機械からの窃取をめぐるドイツ判例の状況について概観した。ドイツの判例は、自動機械の設置を通じた内容物の占有移転の包括的合意に、設置者が条件設定を行うことを認めつつも、その純粹主観的な留保のすべてに重要性を認めてはいない。

問題は、窃盗罪の成否の判断に影響を与える条件設定の範囲がどのように理解されているかである。現金自動預払機やセルフ式ガソリンスタンドの事案類型において窃盗罪の成立を否定した判例からは、機能的ないし技術的に正常に、すなわち、設置者によって設計・プログラミングされた通りに動作していたか否かが基準になっていると考えることができる。反対に、プログラムの内容に含まれていない設置者の主観的な意思や願望は、

(24) なお、ドイツと異なり、我が国のセルフ式ガソリンスタンドの場合には、従業員がモニターで確認した上で、給油許可のボタンを押すことによって、はじめて給油が開始されるのというシステムを採用しているのが一般的であるため、そもそも従業員に気付かれずに給油が行われるという状況が想定しがたい点に注意が必要である（橋爪隆「構成要件の符合の限界について」法教407号（2014年）108頁参照）。

(25) OLG Köln NJW 2002, 1059 [1060].

窃盗罪の成否の判断において考慮されないことになる。もっとも、このように考えた場合、判例が贖金を用いて自動販売機から商品を取り出す行為に窃盗罪の成立を認めていることとの整合性が問われる。なぜなら、後述するように、自動販売機の審査ルーティンは、機械に投入されたのが「真正な硬貨の寸法と重さを持つ物体」であるか否かをチェックするのみであり、硬貨の真正さをチェックする機能を備えていないからである。

また、判例が窃取性の判断において外観基準を引き合いに出している点も注目される。こうした基準を持ち出す背景には、窃盗と詐欺の「振り分け」という問題意識があることが推察できる。⁽²⁶⁾ すなわち、両罪が排他的に区別されることを前提に、いずれの犯罪の成否を問題視するかを決定するための基準として、占有移転の外観に照準が合せられていると考えられるのである。したがって、外観上「奪取」でないとされても不可罰になるわけではなく、詐欺罪またはコンピュータ詐欺罪（我が国と異なり、財物を客体とする場合も含む）の成否が別途問題とされる点には注意が必要である。

第 2 節 学説状況

学説においても、自動機械からの窃取事例の解決に関して「条件付き合意論」の思考枠組みは広く共有されている。自動機械の設置者が、占有移転に対して一定の条件を設定することは認められており、条件に違反してなされる占有移転は原則として、合意の欠如を理由に、窃取性を基礎づけるものとされている。

もっとも、通説的な見解は、構成要件の明確性の確保等を理由に、⁽²⁷⁾ 純粹に主観的な留保のすべてを重要視すべきでないとして、自動機械の技術的設備に客観化されており、外形的に認識可能な条件設定にのみ重要性を認めるべきであるとする。主観的な留保を窃盗罪の成否に直結させない点は、判例に見られる思考方法と共通しており、実際の事案の処理として

(26) 橋爪・前掲注(1) 300頁も同様の指摘をする。

(27) Schmitz, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 91.

も、現金自動預払機不正利用や、支払意思のない者によるセルフ式ガソリンスタンドの利用について、通説は窃盗罪の成立を否定している⁽²⁸⁾。

ところが、賈金を用いた自動販売機からの商品の取得に窃盗罪の成立が認められるかという点をめぐっては、通説的見解の内部でも争いが存在している。否定説は、ドレーアーによる批判において見られた「人間の売り手」の場合との⁽²⁹⁾パラレルな理解（第2章第1節第1款参照）に加えて、賈金が投入され商品が取り出された場合であっても、自動販売機の審査ルーティンは^{(30) (31)}機序に従って（ordnungsgemäß）正常に作動している点を強調する。先に述べたように、自動販売機の審査ルーティンは、機械に投入されたのが「真正な硬貨の寸法と重さを持つ物体」であるか否かをチェックするのみであり、硬貨の真正さまで審査する機能を備えていない。したがって、

(28) Hoyer, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 57 f.; Vogel, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 117 f.; Schmitz, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 96, 100; Eser/Bosch, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 36a; Kindhäuser, a.a.O. (Anm. 23), § 242 Rn. 46ff., 51f.

(29) Gunther Arzt/Ulrich Weber/Bernd Heinrich/Eric Hilgendorf, Strafrecht BT, 3. Aufl., 2015, § 13 Rn. 55.

(30) Vogel, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 115; Hoyer, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 55f.; Schmitz, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 94; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht: Die einzelnen Delikte, 6. Aufl., 2002, § 52 Rn. 15.

(31) 否定説に立つ場合、給付の不正入手罪（265a条）や横領罪の可罰性が問題となる。刑法265a条は、対価不払いの目的で、自動販売機の給付を不正に入手する行為を処罰の対象としている。もっとも、通説は、「自動販売機」を「給付の自動販売機（例えば、電話機、ミュージックボックス等）」と「物品の自動販売機（物品、乗車券、入場券等を提供する機械）」に区別したうえで、本罪における「自動販売機」には前者の「給付の自動販売機」だけが含まれると解している（Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 37 Aufl., 2014, Rn. 678）。このような通説を前提とする限りは、賈金を用いて物品を持ち去る行為を、本罪により処罰することは認められない。したがって、否定説に立ちつつ、処罰の間隙が生じることを防ぐためには、通説に反して、本罪の適用対象に「物品の自動販売機」も含むと理解する必要がある（現に Schmitz, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 94 は、265a条の適用範囲を「給付の自動販売機」に限定するのは狭すぎると指摘している。）。なお、財産犯に関する刑事立法論の観点から、ドイツ刑法典の給付の不正入手罪を取り上げたものとして、宮川基「財産犯と立法」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究⑧』（成文堂、2015年）83頁以下を参照。

硬貨が真正であるという条件は、技術的設備に客観化されておらず、窃取性の判断にとっての重要性を持たない。また、否定説の論者は、再び引き戻せるようにテープ細工を施した紙幣を両替機に投入することで、両替金を取得したという事案（第 2 章第 1 節第 1 款参照）についても、裁判所の判断とは異なり、窃盗罪の成立を否定すべきであるとしている。⁽³²⁾ なぜなら、ここでも、機序に従った両替機の動作は何ら妨げられていないからである。

これに対して、多数説は、贋金の使用が自動販売機の機序に反していることを理由に窃盗罪の成立を肯定すべきであると主張している。⁽³³⁾ しかし肯定説も、偽造カードを用いた金銭の引出しについては、窃盗罪の成立を否定する判例を支持しており、⁽³⁴⁾ 両者で結論を違えることが理論的な整合性を有しているかどうかについては検討の必要がある。

この点について、肯定説の論者であるキントホイザーは、次のように説明している。すなわち、現金自動預払機の事例では、カードが偽造されたものであったとしても、複製されたデータ自体は「真正な」ものであるため、窃盗罪の成立が否定される。これに対して、贋金事例では、用いられる硬貨が「真正な」ものではないため、両事例で窃盗罪の成否の結論を分けることは矛盾しない。偽造カードを用いて「真正な」データを不正に使用する事例と対応するのは、違法に（例えば盗取により）取得した「真正な」⁽³⁵⁾ 硬貨を用いて自動販売機から商品を取得するような事例である。

しかし、否定説が指摘しているように、技術的に客観化された条件に反

(32) Schmitz, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 95. なお論者によれば、両替金ではなく、一度挿入された紙幣を客体とする窃盗罪の成立が認められる（前掲注 (10) 参照）。

(33) Otfried Ranft, Grundfälle aus dem Bereich der Vermögensdelikte (1. Teil), JA 1984, 1, 6; Horst Heubel, Grundprobleme des Diebstahlsbestandes, JuS 1984, 445, 447; Wessels/Hillenkamp, a.a.O. (Anm. 31), Rn. 120; Eser/Bosch, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 36a; Kindhäuser, a.a.O. (Anm. 23), § 242 Rn. 49.

(34) 例えば, Eser/Bosch, a.a.O. (Anm. 3), § 242 Rn. 36a; Kindhäuser, a.a.O. (Anm. 23), § 242 Rn. 51f.

(35) Kindhäuser, a.a.O. (Anm. 23), § 242 Rn. 52.

しているか否かという点に着目する限りは、「真正な硬貨」と「真正な硬貨の寸法と重さを持つ物体」との間に有意な差を認めることが困難であるように思われる。これを認めるためには、技術的客観化とは異なる観点から、条件設定の重要性を根拠づける必要がある。肯定説がその点を十分に説明できているかどうかについては疑いが残る。

以上のように贋金事例に関しては見解の対立があるものの、考慮される条件設定の範囲に客観的な制約を設けるという点で通説的見解は一致を見ている。⁽³⁶⁾

第3節 条件付き合意論に対する批判

ドイツの判例・通説が「条件付き合意論」の思考枠組みを前提に、自動機械からの窃取の事案を解決しようとするのに対して、近時、レナウがこの枠組み自体を批判したうえで、別の新たな解決を試みている点は注目に値する。レナウによれば、条件付き合意論は、「刑事政策的に合理的であると考えられるような結論を獲得するための道具」⁽³⁷⁾のようなものである。また、そもそも圧倒的な通説が、自動機械からの窃取という特殊な事例群を、「同意論」を出発点として解決しようとすることに限界があるというのである。以下では、レナウの主張を具体的に取り上げる。

第1款 通説の問題点

ドイツの通説的な見解は、条件設定が考慮される範囲について客観的な制約を設けているが、レナウはこの点を「フィクションに基づく意思の規

(36) 通説的見解に反して、「技術的客観化の要請」を拒否し、占有者の実際の意思により直接に合意の妥当範囲を決定しようとする見解も少数であるが主張されている（Mitsch, a.a.O. (Anm. 3), § 1 Rn. 77）。この見解によれば、贋金事例はもちろん、無権利者による現金自動預払機の不正利用についても、占有者の現実の意思に反しており合意が及んでいないことを理由に、窃盗罪の成立が肯定される。

(37) Thomas Rönnau, Zur Lehre vom bedingten Einverständnis, in: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 496.

「⁽³⁸⁾ 範化」であるとして批判する。

例えば、通説によれば、スロットマシンの「空プレイ」による勝ち金の占有移転についても、設置者の合意が及んでいることを理由に窃盗罪の成立が否定される。しかし、違法にプログラムに関する知識を入手して遊戯行為に及ぶ行為が、設置者の実際の意思に反していることは明らかである。したがって、この場合には、単なるフィクションから合意の存在が擬制されているにすぎない。通説は「技術的客観化の要請」により、考慮される条件設定の範囲に制約を設けているが、設置者の「意思が技術的に客観化されていないことは、その意思の内容に何の変化ももたらさない⁽³⁹⁾」はずである。レナウによれば、このような「意思の規範化」を正当化することは困難である。なぜなら、同意という法制度は、個人の自律的で自由な活動を保障するための仕組みであり、⁽⁴⁰⁾そこでは権利者の現実の意思に重要性が認められなければならないからである。

もっとも、レナウは、窃盗罪の成立範囲に関するこうした客観的限界づけの努力自体は正当として評価している。例えば、地域の保険料が上がるという理由から、自動販売機の設置者が、糖尿病患者によるチョコレートの購入を個人的に望んでいなかったとしても、その純粋に主観的な意思に⁽⁴¹⁾反していることを根拠に窃取を肯定するという結論は妥当でない。問題は、そのような客観的限界づけを、設置者の「合意」という主観的要件に担わせる点にある。

さらにレナウは、条件付き合意論において示されている基準の不明確性についても批判を加えている。まず、判例が引き合いに出している「外観」基準は、窃盗罪の成立範囲の明確な限界づけを可能とするものではない。例えば、現金自動預払機からの占有移転についても、紙幣が取出口に

(38) Rönnau, a.a.O. (Anm. 37), S. 498f.

(39) Rönnau, a.a.O. (Anm. 37), S. 499.

(40) Rönnau, a.a.O. (Anm. 37), S. 498.

(41) Rönnau, a.a.O. (Anm. 37), S. 498.

放出されていることから、銀行による「交付」があったと評価すべきなのか、それとも、行為者が取出口から持ち出していることから「奪取」があったと評価すべきなのか一義的に明らかではない。⁽⁴²⁾

また学説上は、「技術的に客観化された条件」という基準が提示されているが、この基準も曖昧さの残るものであるとされる。現に、自動販売機に賃金を投入して商品を取得する事例をめぐっては、同様の基準を支持する通説的見解の内部でも、窃盗罪の成立を肯定する見解と否定する見解の両者が対立している⁽⁴³⁾のである。

結論として、自動機械からの窃取の問題は、合意という主観的基準を通じた解決には限界があり、通説が提示している客観化・規範化の要請は、占有者の合意と並んで窃取概念の定義の中心を占める「占有 (Gewahrsam)」要件の適切な解釈を通じて果たされるべきであると指摘している⁽⁴⁴⁾。

第2款 占有概念に着目した解決

レナウは、窃取概念の客観的要素である「占有」にフォーカスを当て、自動機械からの窃取の問題を解決すべきことを主張している。レナウによれば、占有とは、「社会的に承認された、物の人格に対する割当て (die sozial anerkannte Zuordnung einer Sache zu einer Person)」⁽⁴⁵⁾である。そして、

(42) Rönnau, a.a.O. (Anm. 37), S. 502. さらに、清掃作業に忙しい店主が、後の支払いを期待できる常連客に対して商品を棚から「持ち去ることを許容したが、実際は客に支払意思がなかったという事例について、その外観にかかわらず、詐欺罪が成立することに異論はないはずである、との指摘も付け加えられている。

また、林陽一「窃盗罪と占有の保護」研修814号（2016年）5頁は、ドイツ判例の外観基準について、「なぜ外観の異常性が被害者の承諾を無効にし、窃取行為を認めることになるのか、説明が十分でない」との疑問を提示している。

(43) Rönnau, a.a.O. (Anm. 37), S. 499f. なお、レナウは肯定説に対して、「実際のところ、技術的な設備との関連づけを放棄している」との批判を加えている。なぜなら、本文で述べたように、自動販売機の技術的な設備は、「真正な硬貨の寸法と重さを持つ物体」か否かをチェックすることしか予定していないからである（本文第2章第2節参照）。

(44) Rönnau, a.a.O. (Anm. 37), S. 503.

権利者に割り当てられた占有領域に対する第三者の干渉は、窃盗の不法に典型的な「社会的に不適切な平穩侵害 (sozial inadäquate Friedensstörung)」を引き起こす。もちろん、権利者の合意に基づいて占有の変動が起こった場合には、そのような平穩侵害は欠如する。詐欺や恐喝の行為者も占有の移動を生じさせるが、占有移転自体は合意に基づいているために、刑法 242 条の意味で窃取をしているわけではないのである。

以上のような出発点は、占有者が占有の移転に直接関与している場合、すなわち、対面的な取引の場面を念頭に置く限りで適切なものである。しかし、自動機械からの窃盗の事例では構造的な差異が存在する。というのも、設置者は、機械の操作を通じて内容物の占有を解消することを、あらゆる者に対して (an jedermann)⁽⁴⁶⁾ 要求しているからである。レナウは、この構造的差異を指摘したうえで、次のように考えるべきであると説明している。

設置者は、交付メカニズム (Ausgabemechanismus) により許容された手段を通じた物の取得に対して、占有領域を開放している。したがって、利用者が、予め設定された手順に従う限りで、タブーや平穩領域の破壊が欠如し、したがって窃取性が否定されるのである。この場合に、自動機械の設置者の合意は、それがいかなる形式でなされたものであれ、もはや問題とならない。機序に従った自動機械の利用は、それが権利者の合意によってカバーされているという理由で窃取性が否定されるのではない。むしろ、占有領域が開放されているという客観的な理由から、窃盗に典型的な平穩侵害が打ち消されるのである。⁽⁴⁷⁾

以上の理論構成から、権利者によって事前に設定された、占有解除の方法としての交付メカニズムが事案解決の出発点となりうるとされる。すなわち、交付メカニズムが行為者によって作動される限りは、それが贖金の

(45) Rönnau, a.a.O. (Anm. 37), S. 503.

(46) Rönnau, a.a.O. (Anm. 37), S. 504.

(47) Rönnau, a.a.O. (Anm. 37), S. 504.

投入を通じてであれ、針金の使用によるのであれ、窃取性を認めることができない。無権利者による現金自動預払機の利用や、支払意思のない者によるセルフ式ガソリンスタンドの利用についても、やはり窃盗罪の成立が否定されるものと結論付けられている。レナウによれば、窃盗罪の成立が認められるのは、自動機械がこじ開けられるか、あるいはその機序に反した使用がなされたために、交付メカニズムが設定どおりに機能しなかった場合のみである⁽⁴⁸⁾。

最後に、レナウは、当罰的な行為態様の捕捉は、関連する特別の規定（ドイツ刑法263a条〔コンピュータ詐欺罪〕、265a条〔自動機械からの給付の不正入手罪〕）や、横領罪の規定を通じて実現可能であり、刑事政策的に看過できないような処罰の間隙は生じないとしている⁽⁴⁹⁾。

こうして、レナウは、意思のフィクションを回避して窃取概念の客観的要素にフォーカスを当てるという出発点から、事前に設定された交付メカニズムの作動に照準を合わせて窃盗罪の成否を判断している。具体的な事案の処理の帰結としては、「条件付き合意論」の枠組みを採用しながら、条件の「技術的客観化」を厳密に要請する見解と違いはないが、このような要請を、合意という主観的要件の内部に読み込むのではなく、「占有（破棄）」という客観的要件に読み込もうとする点で、理論構成の仕方が通説とは異なっていると評価できる。

(48) Rönnau, a.a.O. (Anm. 37), S. 505. また、行為者が針金等の方法を通じて機械にショートを生じさせた場合に、交付メカニズムが依然として機能しているといえるかどうかは、事実認定の問題であるとされる。

(49) Rönnau, a.a.O. (Anm. 37), S. 505f.

第 3 章 占有者の意思の要保護性

第 1 節 窃取概念の限定解釈

前章までの検討からドイツ判例・学説においては窃盗罪の成立範囲が我が国と比較してかなり狭く捉えられていることが分かる。特に、条件付き合意論を採用しながら条件の「技術的客観化」を厳密に要請する見解や、機械のメカニズムが作動したかどうかにより占有侵奪の有無を判断するレナウの見解によれば、自動機械からの窃盗が成立するのは基本的に機械がこじ開けられた場合に限定される。このように解したとしても、ドイツ刑法⁽⁵⁰⁾においては、コンピュータ詐欺罪や自動販売機からの給付の不正入手罪を初めとする特別規定が存在しているため、処罰の間隙は生じにくい。また、前述したように、ドイツ判例の採用する外観基準も、窃盗罪で処罰するか（コンピュータ）詐欺罪で処罰するかという、単なる「振り分け」のための基準という側面が強いように思われる。⁽⁵¹⁾これに対して、以上のような特別の規定を有しない我が国の現行法では、窃盗罪の成立が否定される⁽⁵²⁾ことで基本的に不可罰の結論が導かれる。したがって、ドイツと我が国で

(50) ただし、ドイツの通説によれば、本罪の適用対象である「自動販売機」には「商品の自動販売機」が含まれないため、賈金を用いて物品を持ち去る行為を本罪で対応することもできない（前掲注（31）参照）。

(51) 第 2 章第 1 節第 4 款参照。もっとも、ドイツにおいても、コンピュータ詐欺罪の規定が施行される 1986 年以前の法状況の下では、窃取性の否定により不可罰の結論が導かれる場合があることに注意を要する。実際に、他人名義のカードを無権限使用して自動支払機から現金を取得した行為について、窃盗罪の成立が否定された結果、無罪の結論が導かれた裁判例が存在している（AG Berlin-Tiergarten, NStZ 1987, 122; OLG Hamburg, NJW 1987, 336）。改正法によるコンピュータ詐欺罪規定の導入は、まさに旧法下におけるこのような状況を踏まえて、こうした行為が処罰し得るものであることを明らかにしようとしたものである。なお、井田良「西ドイツにおけるコンピュータ犯罪処罰規定」刑雑 28 卷 4 号（1988 年）603 頁以下参照。

(52) 橋爪・前掲注（1）300 頁参照。

は、窃取概念を限定解釈することが持つ意味合いが異なるのであり、比較法的検討の際にはこの点に注意を払う必要がある。

「窃取」概念の限界づけの方法としては、①占有者の「意思に反して」の内容を限定的に理解するアプローチと、②「占有」性の要件に着目するアプローチとが考えられる。ドイツの条件付き合意論が、①のアプローチを採用するのに対して、これに批判的なレナウは、②のアプローチを採用していると整理できるが、レナウの見解には疑問も残る。

レナウは、予め設定された手順に従った機械の利用に窃取性が認められない理由を、占有領域の部分的な開放に求めている。しかし、例えば、正規の代金を支払って自動販売機から商品を購入する利用客との関係においても、随時の利用・処分可能性という意味での「占有」が移転したという事実は否定できない。この場合に窃取性が認められないのは、当該占有移転が、事前の包括的合意に含まれていると評価できるからである。このように、正規の利用者との関係でも占有移転の事実が否定できない以上、自動機械が問題となる事案における窃取概念の限定解釈は、「意思に反して」の要件を通じて行われる必要があるように思われる。まさにこのことを理由に、ドイツの条件付き合意論は、窃盗罪の成立範囲の客観的制約を「合意」の要件に担わせていると理解することができよう。レナウは、このような解釈を「フィクションに基づく意思の規範化」とであると非難するが、「合意」のような主観的要件も、犯罪の成否と関連する以上、これを純粹主観的に把握することは困難であり、刑法的な要保護性の観点を踏まえた規範的考慮が不可欠である。重要なのは、そのような規範的考慮の内実を犯罪類型や個別の事案類型ごとに明確化することであろう⁽⁵³⁾。

以上から本稿は基本的に①のアプローチを支持できると考えているが、このアプローチによる場合も、後述するように、意思の要保護性の客観的

(53) 総論的な同意論においても、客観的・法的な評価を抜きにして、同意の対象とされる「結果」の範囲を論定できないことについては、菊地一樹「法益主体の同意と規範的自律（1）」早稲田法学会誌（2016年）180頁以下参照。

な限界づけに際して窃盗罪固有の不法の内実を考慮することが必要となる点に注意が必要である。

第 2 節 条件設定の客観的限界

第 1 款 「技術的客観化」という基準

条件付き合意論の課題は、窃盗罪において考慮されるべき条件設定の範囲を明らかにすることである。占有者の純粹主観的な留保のすべてを考慮すべきでないとするれば、何らかの客観的な基準が必要となるが、そのような基準をいかなる理論的根拠から導き出すかが問われることになる。

ドイツの通説的見解は、「技術的客観化」された条件設定という客観的な基準を用いて、考慮される条件の範囲を画すことを試みるものであった。しかし、贋金事例を通じて明らかとなったようにこの基準も曖昧さを含んでいる。仮にこの基準を厳格に適用し、機械のプログラムに反映されている設置者の意思にのみ重要性を認めるとすれば、基準の内容こそ明確化されるが、窃盗罪の成立範囲が著しく限定されるという問題が生ずる。少なくとも、贋金事例について窃盗罪の成立を否定するという結論は我が国では受け入れ難い。

そもそも、窃盗罪の規定を通じて保護すべき条件設定を、機械のプログラムに反映されているものに限定する理論的根拠は存在するのだろうか。ドイツの学説は、窃盗罪の成立範囲の明確化を理由に、客観的限界づけの必要性を指摘している。しかし、成立範囲の明確化だけが問題なのであれば、立て看板等の設置を通じて外部に明示された条件に重要性を認めることに何ら障害はないように思われる。「空プレイ」についても、これを禁止する表示が店舗・施設内になされている限り、少なくとも明確性の観点からは、窃盗罪の成立を否定すべき理由は認められないであろう。

前述したように、ドイツにおいては、自動機械の不正利用を広く捕捉可能な特別の規定が整備されており、せいぜい規定の「振り分け」が問題となるにすぎないため、窃盗罪の成立を「プログラム通りに作動したか否

か」という形で、形式的に限界づけたとしても大きな問題は生じない。これに対して我が国では、窃盗罪の成立が否定されることで不可罰の結論が導かれるため、客観的限界づけの基準と理論的根拠をより厳密に検討する必要がある。

第2款 設定された条件の実効性

窃盗罪の規定を通じて保護すべき占有者の意思・条件設定を明らかにするためには、窃盗罪固有の違法性の内容を踏まえる必要がある。その内容として、林陽一は、財物の「支配・管理」手段の侵害について指摘している。

林（陽）によれば、窃盗罪の保護の対象となるべき「占有」の内容として、随時の利用・処分可能性という意味での占有に加えて、「財物の支配・管理」という意味での占有が要求される。すなわち、「種々の手段を用いて支配・管理ができているときに初めて、その物の利用・処分可能性は（窃盗罪の）法益として保護に値する、堅牢なものになる⁽⁵⁴⁾」のであり、そのような支配・管理の侵害こそが、「占有侵害」罪としての窃盗罪に特有の違法性を基礎づけるというのである。反対に、「支配・管理の手段が講じられておらず、誰でも自由に利用し、持ち去ることができる状態にある物は、遺失物としての保護しか受け⁽⁵⁵⁾ない」。

以上は、「占有」要件との関係での指摘であるが、支配・管理手段の侵害が窃盗罪の違法性を基礎づける本質的要素であるとすれば、それは「占有」だけではなく、「意思に反して」という要件の限定解釈においても意義を持ちうるであろう⁽⁵⁶⁾。結論から述べれば、本稿は、「種々の支配・管理

(54) 林（陽）・前掲注（42）9頁。

(55) 林（陽）・前掲注（42）7頁。

(56) この点で、江口和伸「パチンコ玉やメダルの不正取得と窃盗罪の成否について」『川端博先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、2014年）132頁が、「様々な『意思』のうち、窃盗罪の成立要件として考慮される『占有者の意思』とされるべきは、その内容が財産の占有移転に直接関連するものである場合に限られる」として

手段」によりその実効性が確保された条件設定のみが、窃盗罪の成否において考慮されるべきであると考え。そのような条件設定に反してなされた占有移転は、事前の包括的合意に含まれていると評価されないため、「意思に反した占有移転」としての窃取性が認められるのに対して、設置者の単なる裸の意思や願望は包括的合意の範囲を制限する効力を持たないために、これに反してなされる占有移転も包括的合意の範囲内であると客観的に評価され、窃取を構成しないと考えられるのである。

そこで重要となるのは、内容物の実効的な支配・管理がいかなる手段によって基礎づけられるかである。そのような手段としてまず考えられるのは、機械のプログラムを通じた物理的な管理手段であろう。機械の設置者は、この管理手段を用いることで、メカニズムに反して機械から内容物を取り出そうとする者から、財物の占有を奪われないよう防御しているのである。したがって、このような物理的な管理手段により実効性が確保された設置者の意思ないし条件設定は、窃盗罪の規定を通じて保護すべきである。機械をこじ開けるなど、物理的な管理装置を破壊・除去することで内容物を取り出す行為については、設置者の包括的合意に含まれているとは評価されず、窃盗罪の成立が当然に肯定されることになる。

問題は、支配・管理手段の内実をこの意味での「物理的な手段」に限定して理解する必要があるか否かである。機械がプログラム通りに作動したか否かに照準を合わせるドイツの見解は、そのような理解と親和的なものであろう。しかし、そのように理解する場合には、まさにドイツの学説が示しているように、窃盗罪の成立範囲が著しく限定されたものとなる。我が国においても、窃盗罪の成立に「支配・管理手段の解除」を要求する見解に対して、「このような立場からすると、他人のキャッシュカードを窃取した者がたまたま打ち込んだ暗証番号が正しかったことから、ATM から現金を引き出すことができた場合、キャッシュカードと暗証番号という

いるのは示唆に富む指摘である。「占有者の意思」の規範的限定は、窃取の本質的要素である占有概念と無関係に行うことができないのである。

ATMにおける財物の管理・支配を攻撃し、解除したとはいえ、ATMからの現金引き出し行為について窃盗罪の成立を認めることはできないことになる⁽⁵⁷⁾」が、「このような帰結は、妥当ではない」との批判が提起されている。「支配・管理手段」を物理的な管理手段の意味でのみ理解するのであれば、この批判が指摘することはもつともであろう。偽造カードが用いられる場合でさえも、機械の「プログラム通りの動作」自体は何ら阻害されていないのである。

しかし、財物の「支配・管理手段」を、物理的なものに限定する必然性は存しないように思われる。林（陽）も、支配・管理手段の内実として、物理的手段のほかに「持去りを抑制するメッセージを発して他者に働きかけるという社会システマ的な手段⁽⁵⁸⁾」について言及している。例えば、農村地帯の道沿いにある無人農産物販売所⁽⁵⁹⁾では、代金の支払いを確保するための物理的な手段が施されていないのが一般的であるが、「設定どおりの代金と交換する」という意味での農産物の利用・処分可能性を窃盗罪の規定により保護する必要性を直ちに否定することはできない。そこで、「その可能性が全くの絵空事でなく、法益保護に値するものであることを確保するため、屋根、商品台、看板などを工夫して無人販売所であることが直ちに理解できるようにし、商品をセロハン袋に入れるなど、代金を支払わずに持ち去るべきでないというメッセージが伝わるような設定⁽⁶⁰⁾」がなされている場合には、農産物に対する支配・管理が肯定され、代金を支払わずに農産物を持ち去る行為は、処分可能性と支配・管理の両面を侵害する「窃取」に当たるとされるのである。また、ATM現金払出し事例について

(57) 石井徹哉「個人的法益において侵害される利益の内実」『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015年）240頁。内田幸隆「窃盗罪における窃取行為について」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、2014年）132頁も参照。

(58) 林（陽）・前掲注（42）9頁。

(59) 事前に財物の占有移転に対する包括的な合意が行われており、その条件設定の限界が問題となる点は「自動機械からの窃取」の事案類型と共通している。

(60) 林（陽）・前掲注（42）10頁。

も、現金の支配・管理手段として銀行が採用しているのは、「ATM 装置という機械部分だけではなく、顧客に①キャッシュカードの他人への貸与禁止、②カード紛失時の即時連宅要請、③暗証番号の漏洩禁止等の指示をすることによって『当該預金口座のキャッシュカードは口座名義人本人しか所持しておらず、そのことは暗証番号と照合することによって確実に担保される』というセキュリティシステムの構築」も含まれるとしたうえで、そのような支配・管理手段の侵害を根拠に窃盗罪が成立する可能性を認めている⁽⁶¹⁾。

以上のような社会システムの手段も、財物の支配・管理を現実に基づけるものであり、このような手段によって実効性が確保された条件設定にも、窃盗罪の規定を通じた保護の必要性を認めることが可能であると思われる。換言すれば、機械のプログラムやメカニズムによって築き上げられた「物理的障壁」と並んで、社会システムの構築される「心理的障壁」も、設定された条件の実効性を基礎づけ得るのである⁽⁶²⁾。ただし、「心理的障壁」は、謂わば「目に見えない支配・管理手段」であり、物理的な手段と比較すると明確性の点では劣るため、その限界づけは、慎重に行われる必要がある。

第3款 「心理的障壁」の内実

すでに紹介したように、林（陽）は社会システムの支配・管理手段の内実を、「メッセージを発して他者に働きかける」という点に認めることで、メッセージ性の有無を重視する。この「メッセージ」は、言語によるものに限定されていない。例えば、無人農産物販売所事例における「代金の支払い」という条件設定について、林（陽）は、屋根、商品台などの工

(61) 林（陽）・前掲注（42）11頁。

(62) なお、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）200頁も、「『窃取』は、財物の実力支配を保持するために占有者が講じていた措置を乗り越えるような態様のもの、したがって住居侵入罪における『侵入』と同じく何らかの物理的ないし心理的障壁を突破するような態様のものであることを要する」としている。

夫をメッセージのための手段の例として挙げている。⁽⁶³⁾

さらに、深町晋也は、財物の取得が、当該機械のメカニズムに反しない場合にも、「当該機械の利用についてのシステムにおいて客観化された条件」に反している場合には、窃取性を肯定すべきとの主張を展開している。⁽⁶⁴⁾そして、システムにおいて客観化されているかの判断に際しては、機械の占有者が自己の関心事を、規約やルールとして「明示」していたかどうかを重視すべきであるとする。⁽⁶⁵⁾

条件内容の外部への表示は、条件に反してなされる占有移転に対する「心理的障壁」の基礎づけにおいて重要な役割を果たすものと考えられる。外部に対する表示を欠いており、行為者の心理に対する働きかけを持たないような、占有者の単なる内心の願望には、窃盗罪の成立を根拠づけるだけの要保護性を認めることができず、事前の包括的合意の範囲を制限する効力を認めえない。そのため、たとえ設置者が実際にそうした留保を内心で行っており、かつ、偶々そのことについて行為者に認識が備わっていたとしても、それに反して財物の占有を移転させる行為に窃取性を認めることはできないのである。

もっとも、個別具体的な条件の明示がない場合であっても、当該条件が機械利用の際の規約・ルールとして社会的に確立・慣習化している場合には、その遵守に向けた強いメッセージの存在を認めることが可能であり、行為者の心理に対する現実の働きかけを肯定することができるように思われる。例えば、自動販売機から商品を購入するに際して、「真正な硬貨を用いなければならない」という条件は、個別に当該掲示がなされていなくとも、社会的に確立した条件として考慮することが許されるであろう。

さらに、「心理的障壁」の基礎づけに際して、「条件内容の合理性」がい

(63) 林（陽）・前掲注（42）10頁。

(64) 深町・前掲注（1）191頁。

(65) したがって、ここでいう「システムにおける客観化」の意義は、ドイツの学説で見られるような、技術的設備（機械のメカニズムやプログラムの内容）に反映されているという意味ではなく、外観上明らかにされているという意味であろう。

かなる影響を与えるかについても検討の余地がある。まず、条件の内容が客観的な合理性を有しており、その遵守が一般に期待されるようなものである場合には、上述したように、社会慣習化を通じて行為者の心理への働きかけを強化する働きを事実上有するであろう。自動販売機で「真正な硬貨を用いなければならない」という条件も、機械設置者の営業目的の実現にとっての合理性が明らかであるために、機械利用の際のルールとして社会的に確立したものと考えられる。

反対に、経済的合理性や社会的重要性が認められない条件については、その「弱さ」を補完するだけの強度の実行措置が用意されていない限り、行為者に対する心理的な働きかけを肯定することが困難となる。例えば、ビールの自動販売機における、未成年者による購入を禁止する条件設定は、設置者の経済的な利害と直接関係するものではなく、内容の合理性を肯定することが困難であるため、この点を補うだけの強度の実行措置が存在しなければ、「心理的障壁」を肯定することができない。したがって、単なる掲示や張り紙によるけん制・警告だけでは不十分であり、例えば年齢確認システムを搭載するなど、未成年者による購入を抑制する心理的な働きかけが強く発せられていると評価できる場合に限り、そうしたチェックをかいめぐり商品を取得する行為について窃盗罪の成立を認める余地が生じる。⁽⁶⁸⁾

このように、条件内容の合理性は、行為者の心理に対する働きかけの有

(66) 非経済的な目的達成であっても、社会的に重要な目的と評価される場合には条件内容の合理性を認める余地はあるが、未成年者の飲酒禁止は、自動販売機の設営にとって重要な事実とまでは言い難いように思われる。

(67) 深町・前掲注(1) 191頁以下参照。

(68) 未成年者の利用を禁止する機械のメカニズムに反していることに着目して(深町・前掲注(1) 192頁参照)、「物理的障壁」により保障された条件の違反を認めるという構成も考えられる。しかし、例えば、偽造した運転免許証を用いてシステムをかいぐる場合にも、機械のプログラム自体は事前の設定に従って動いている点からすれば、「物理的障壁」ではなく、「心理的障壁」の方に着目すべきであろう。

無や程度に事実上の影響を及ぼすものであるが、心理的障壁を基礎づけるための不可欠の要件であるとは言えない。すなわち、客観的には不合理な内容の条件設定であっても、機械の設置者が当該条件に関心を抱き、単なるけん制・警告以上の強度の実行措置を用いて、条件遵守を要求する強い心理的働きかけを発している場合、少なくとも心理的障壁という観点から当該条件設定の要保護性を否定することはできないのである。⁽⁶⁹⁾

第4款 小 括

財物の占有移転が事前の包括的合意に含まれていると評価される場合、窃取性を肯定することはできない。自動機械の設置者は条件を設定することで合意の範囲を制限することができるが、単なる主観的な留保や裸の願望によるのでは不十分であり、そこには客観的な限界が存在する。

そのような客観的限界づけとして、ドイツの学説では「技術的客観化」という基準が示されているが、このような基準は、「自動機械からの窃盗」の成立範囲を極めて限定してしまう点で問題がある。また、窃盗罪の成否において考慮されるべき条件設定を技術的に客観化されたものに限定する理論的根拠も十分明らかではない。確かに、機械の設置を通じて取引を実行しようとする場合、設置者は機械のプログラムを通じて、自己の関心に合致した取引が行われるような技術的工夫を施すことが通常⁽⁷⁰⁾である。しか

(69) ただし、心理的障壁とは別個の観点から、条件内容の合理性も窃盗罪の成立に不可欠な要件として構成する余地は残される。例えば、窃盗罪の財産犯的性格を重視するという前提から、財産の移転が実質的な「財産的損害」を生じさせる場合、すなわち、条件内容が経済的な合理性を有する場合に限って窃取性を肯定する見解（内田・前掲注（57）133頁）などがこれに属する。

(70) 自動改札を利用したキセル乗車について電子計算機詐欺罪の成否が問題となった事案で、弁護人が、本件は電子計算機の事務処理システムの欠陥に由来するものであり、被告人らを処罰することによりこのような欠陥を補完するのは許されないと主張したのに対し、東京地判平成24年6月25日判タ1384号363頁は、旅客がその欠陥を悪用しないという被害者側の信頼は保護に値すると論じて本罪の成立を肯定している。本件は窃盗罪の成否が直接に問題となったものではないが、技術的設備の限界とその答責性の所在という視点が持ち出されている点は示唆的である。

し、そのような工夫が功を奏しない場合に、条件設定の要保護性を一律に否定することは、窃盗罪に代わる特別規定を持たない我が国において、不当な結論を導いてしまうであろう。

本稿は、窃盗罪固有の違法性の内容を、財物の支配・管理の侵害に求める学説を参考に、実効性が確保されていると評価可能な条件設定にのみ要保護性を肯定すべきとの主張を展開した。そして、条件の実効性を確保するための手段には、以上のような狭い意味での技術的・物理的障壁だけではなく、「条件遵守のメッセージを通じた他者の心理への働きかけ」を内実とする心理的障壁も含まれると理解される。この心理的障壁の存否は、①条件の個別具体的な表示の有無、②条件内容の客観的合理性、③確認・実行措置の強度等により総合的に判断されなければならない。

レナウが挙げている「糖尿病事例」(第2章第3節第1款参照)で窃盗の成立が否定されるのは、糖尿病患者による購入の禁止という、機械設置者の主観的な留保が、物理的障壁にも心理的障壁にも反映されておらず、その実効性が欠ける点に求められる。この事例で、仮に掲示や張り紙によるけん制・警告がなされていたとしても、糖尿病患者であるか否かを確認するシステムなどの実行措置が導入されていない場合には、行為者の心理への十分な働きかけを認めることができないであろう。この場合にも、随時の利用・処分可能性という意味での占有が移転したという事実は否定できないが、設置者の主観的な留保が条件設定として考慮されないために、当該占有移転が事前の包括的合意に含まれていると理解され、窃取性が否定されるという帰結が導かれるのである。

第4章 メダルの不正取得と窃盗罪

パチスロ機からメダルを不正取得する行為としては、従来、パチスロ機のメダル投入口にセルロイド機器具を差し込んで同機に内蔵された感知装置を異常作動させるという方法(東京地判平成3年9月17日判時1417号141

(71) 頁)等が問題とされてきた。この事案のように、パチスロ機に誤動作が生じており、機械のメカニズムの正常な作動が阻害されている場合には、窃取性を容易に肯定することができる⁽⁷²⁾だろう。

問題は、パチスロ機自体に誤動作が生じていない場合に、いかなる範囲で窃取性を肯定することが可能かである。平成19年決定⁽⁷³⁾の事案で問題となった、「体感器」は、大当たりを連発させるためのボタンの押し順を判定する機能を有しているが、パチスロ機自体に対して干渉や影響を及ぼすものではない。この点につき、平成19年決定は、体感器が「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」、このような機器を装着して遊戯をすること自体が通常の遊戯方法の範囲を逸脱するとして、窃盗罪の成立を認めている。

前章までで明らかにしたように、機械に誤作動を生じさせることが窃盗罪⁽⁷⁴⁾の成立を認めるために常に必要であるとはいえ、事前のプログラムど

(71) この判決に対する評釈として、山中敬一「判批」法セミ453号（1992年）127頁、小島吉晴「判批」研修532号（1992年）23頁以下、野口元郎「判批」研修575号（1996年）71頁以下を参照。

(72) 行為者が被害店舗の中にいるため、店舗側から行為者側への占有の移転が認められないのではないか、また、景品と交換するという意味での返還意思があるため、不法領得の意思が認められないのではないか、という点は問題となりうるものの、実務上は、行為者がメダルを景品と交換するか再び遊戯に使用するかを自由に選択できるようになった点でその占有を取得したといえ、また、景品と交換する意思は、その交換価値の消耗を内容とする点で権利者排除意思といえとされている（小島・前掲注（71）26頁以下参照）。これに対して、行為者側の占有の確立に疑問を呈するのは、森住信人「判批」専修法学論集103号（2008年）81頁。

(73) 本決定に対する評釈としては、本田稔「判批」法セミ632号（2007年）119頁、江口和伸「判批」研修709号（2007年）23頁以下、谷直之「判批」受験新報677号（2007年）22頁以下、内田幸隆「判批」刑ジャ10号（2008年）122頁以下、岡本昌子「判批」法教330号別冊判例セレクト2007（2008年）32頁、清水晴生「判批」白鷗法学15巻1号（2008年）149頁以下、森住・前掲注（72）77頁以下、関根徹「判批」速報判例解説2号（2008年）191頁以下等を参照。

(74) 学説上は、「外部的で物理的な干渉作用」があつてはじめて窃取性が認められるという前提から、平成19年決定を批判する主張も展開されている（本田稔「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316号

おりに動作している場合にも、条件違反を理由に窃取性を肯定する余地は⁽⁷⁵⁾ある。しかし、店舗側が設定した条件のすべてに要保護性を認めることはできないため、いかなる条件違反が窃取性を基礎づけるのかを客観的に限界づける必要がある。「通常の遊戯方法の範囲からの逸脱」は、その1つの基準を示したものとして理解できるが⁽⁷⁷⁾、この基準の根拠や具体的な内容は必ずしも明らかではない⁽⁷⁸⁾。

機械自体が正常に作動している場合、物理的障壁の突破を認めることはできない。したがって、本稿の主張によれば、条件の実現が心理的障壁により担保されていると評価できるか否かによって、条件設定の要保護性が判断される。本決定の事案で問題となった店舗では、体感器などの機器の店内への持込みやこれを使用した遊戯を禁止する旨が店内掲示や遊戯機自体への表示によって明確にされているため⁽⁷⁹⁾、心理的障壁の存在を肯定する

(2008年) 303頁、同「特殊機器を用いた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」季刊刑事弁護55号(2008年) 98頁、同「判批」判例評論602号(2009年) 48頁)。この「外部的で物理的な干渉作用」を、機械に誤作動を生じさせるようなものに限定するならば狭すぎるし(内田・前掲注(57) 120頁の批判も参照)、ボタン・レバーを操作してメダルを排出させるという意味での「物理的な干渉作用」と解するならば、それはあらゆる事案で肯定できてしまうであろう。結局、そうした「物理的な干渉作用」のうち、どのような行為が、要保護性のある条件設定に反すると評価できるかを検討する必要があると思われる。

(75) 機械が事前に設定されたプログラムどおりに作動しているという点で、体感機利用の事案は、盗取するなど不正に入手したカードによりATMを操作して現金を取得する事案と共通の構造を有している(この点を適切に指摘するのは、葛原力三「演習刑法」法教360号(2010年) 154頁)。したがって、機械自体に誤作動を生じさせていない点のみを根拠に本罪の成立を否定するのであれば、ATMから現金を取得する行為についても窃盗罪の成立を否定しなければ一貫しないであろう。

(76) 丸山雅夫「被害者の意思と犯罪の成否—パチスロ遊技の『体感機』事案を素材として—」南山法学32巻3=4号(2009年) 93頁以下も、窃盗罪の成否を被害者の意思内容だけに関与させる「純粹意思説」は、窃盗罪の成立範囲を無限定なものとする点で問題があると指摘する。谷・前掲注(73) 23頁も参照。

(77) 内田・前掲注(57) 128頁以下参照。

(78) 本基準の曖昧さを問題視するものとして、飯島暢「判批」刑ジャ20号(2010年) 84頁、森住・前掲注(72) 82頁以下等。

ことは可能であると思われる。⁽⁸⁰⁾ また、体感器の使用によりメダルの排出率を人為的に高めることは店舗側に経済的な損失を与えるため、これを禁止することは合理的である。⁽⁸¹⁾ こうした「条件内容の合理性」に関する事情も、心理的障壁を強める働きを事実上有するであろう。

本決定が、体感器を使用する以前の「試し打ち」段階の行為に窃取性を認めた点に対しては、この時点では店舗側にいかなる経済的損失も生じていないとして批判的な見解も主張されている。⁽⁸²⁾ しかし、心理的障壁という観点に限れば、体感器のように「専らパチスロ遊戯において不正にメダルを取得する目的に使用される機器」を身体に装着して遊戯行為に及ぶ行為については、これを抑止する心理的な働きかけが現実に作用していたと評価することが許されるであろう。⁽⁸³⁾ この点で、単に磁石や針金のような汎用性がある器具を携帯して遊戯を行う場合とは異なると考えられる。⁽⁸⁴⁾ 窃盗罪

(79) 入江猛「判解」最判解刑事篇平成19年度（法曹会、2011年）141頁も表示による明確化を重視して「窃取」該当性を判断している。なお、論者によれば、窃取の有無は「占有者の意思が明示されていれば、基本的にはその意思に反しているか否かにより、占有者の意思が必ずしも明示されていない場合にあっては、窃盗罪の構成要件は行為規範としての機能も有することから、一般人を基準として当該占有者の意思を合理的に解釈し、その意思に反しているといえるか否かで判断すべきものと解される」という（同139頁）。

(80) もっとも、仮に店舗内で個別具体的な掲示がなされていなくとも、このような規約・ルールは社会的に慣習化したものとして考慮することが許されるであろう。

(81) 三浦透「判解」最判解刑事篇平成21年度（法曹会、2013年）152頁。

(82) 現実に体感機の操作によって取得したメダルに限って、窃盗罪の成立を認めるべきとするのは、林幹人「判批」ジュリ1402号（2010年）149頁、松原・前掲注（62）204頁注32、内田・前掲注（73）126頁以下、同・前掲注（57）135頁。清水・前掲注（73）160頁以下も、たんに体感器を携帯しながら遊戯に及ぶ行為は、有効な包括的同意の範囲内であるとして、窃盗罪の成立を否定すべきであるとする。

(83) なお、同一人が体感器を用いて不正にメダルを取得する目的で行う一連の行為であることから、全体が不可分であるとして操作以前の占有移転についても窃取性を認めるべきであるとするのは、西田眞基「メダルの不正取得と窃盗罪」池田修＝金山薫『新実例刑法 [各論]』（青林書院、2011年）9頁。

(84) 入江・前掲注（79）148頁以下も参照。

の成立要件として、「財産的損害」ないし「経済的損失」をさらに必要とするかは別途検討の必要があるが、少なくとも「条件の実効性」という視点から、「試し打ち」段階の行為について、窃盗の成立を否定すべき理由は認められない。

次に、平成21年決定⁽⁸⁵⁾では、被告人がパチスロ店で共犯者 A のゴト行為を隠蔽するための「壁役」として、その隣のパチスロ台で遊戯する行為の窃取性が問題となった。原判決（仙台高判平成21年1月27日刑集63巻5号470頁）は、「壁役」として遊戯する行為も本件犯行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として、すべてのメダルについて窃取性を肯定している。これに対して、最高裁は、A が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として罪責を負うものの、「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」としている。

以上のような最高裁の結論は、本稿の判断枠組みからも支持できる。なぜなら、ゴト行為それ自体とは異なり、ゴト行為の共犯的関与には様々な類型がありうるため、そうした諸類型を一括に禁じるのは、当該機械の利用に関するルールとして極めて広範かつ不明確なものとなってしまうから⁽⁸⁶⁾である。禁止の対象が明確に特定されていなければ、メッセージを通じた心理的働きかけの存在を認めることが困難となろう。したがって、ゴト行為の「壁役」として遊戯することの禁止が客観的に明確化されていないという事情のもとでは、被告人が自ら取得したメダルについて「窃取」性を

(85) 本決定に対する評釈としては、飯島・前掲注(78)79頁以下、本田稔「判批」法セミ660号(2009年)127頁、林陽一「判批」『平成21年度重要判例解説』(有斐閣、2010年)183頁以下、豊田兼彦「判批」法教353号別冊判例セレクト2009(2010年)30頁、内田幸隆「判批」判評648号(2013年)30頁以下、松原芳博「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論〔第7版〕』(有斐閣、2014年)62頁以下、深町・前掲注(1)188頁以下等を参照。

(86) 深町・前掲注(1)191頁。

⁽⁸⁷⁾
認めることができない。

同様の問題は、「パチプロお断り」という条件設定についても生じる。この場合にも、「パチプロお断り」との掲示によって想定される禁止の対象、すなわち、「パチプロ」の定義や範囲が曖昧であり、条件違反を抑制する心理的障壁が十分に基礎づけられないために、当該条件設定の要保護性が否定されるものと解されるのである。これに対して、例えば、パチプロのブラックリストを作成し、これを排除するための実行措置を講じているような場合には、⁽⁸⁸⁾窃盗罪の成立を認める余地があると考えられる。^{(89) (90)}

(87) なお、被告人の行為が自身のパチスロ遊戯の当選確率に何ら影響を与えておらず、店側に「財産的損害」をもたらす危険がないことを理由に窃取性を否定すべきとするのは、内田・前掲注(85) 163頁、飯島・前掲注(78) 84頁。

(88) 深町・前掲注(1) 191頁、江口・前掲注(56) 151頁参照。林(陽)・前掲注(42) 11頁も、「店舗内に『パチプロお断り』の張り紙をただけでは、パチンコ玉に対する支配・管理が客観的、具体的な手段の形をとっていないから『占有』が保護の対象として不十分であり」、窃取性が認められないとする。結論は妥当であるが、店舗側のパチンコ玉に対する「占有」自体を否定することは困難であろう。実効的な手段の有無は、条件設定の要保護性の問題として考慮すべきである。

(89) 石井・前掲注(57) 242頁以下、深町・前掲注(1) 191頁参照。ただし、パチプロによる遊戯は、体感機が使用される場合等と異なり、あくまでも店舗側の設定した当選確率の枠内には収まっているため、「財産的損害」の発生を必要とする見解からは、窃盗罪の成否についてさらなる検討が必要となろう。内田・前掲注(57) 134頁参照。

(90) これに対して、神元隆賢「不正なパチンコ・パチスロ遊戯と財産犯(1)」北海学園大学法学研究47巻2号(2011年) 253頁以下は、「行為の外観」と「行為者の属性」を区別したうえで、包括的同意を限界づけるのは「行為の外観」のみであり、「行為者の属性」は承諾の対象外であるとの見解を示している。この見解によれば、パチプロが遊戯を行う場合も、「行為の外観」が包括的同意の範囲内に収まっている限り、窃盗罪の成立は否定されることになろう(同255頁以下参照)。しかし、「行為の外観」と「行為者の属性」とをこのように区別することの理論的な根拠は十分明らかでない。

第 5 章 結びに代えて

ドイツの条件付き合意論が指摘するように、財物の占有者は占有移転の包括的合意に際して条件設定を行うことが可能であるが、本人の主観的な留保のすべてに重要性を認めることはできない。本稿の理解によれば、窃盗罪の成否にとって重要なのは、物理的ないし心理的障壁の存在により、その実効性が確保されていると評価される占有者の意思に限られる。中でも心理的障壁は、「条件遵守のメッセージを通じた他者の心理への働きかけ」を内実とするものであり、その存否は、①条件の個別具体的な表示の有無、②条件内容の客観的合理性、③確認・実行措置の強度等により総合的に判断されることになる。

本稿は窃盗罪に固有の不法を明らかにするという観点から、意思の要保護性を基礎づける支配・管理手段の内実の具体化を試みたが、以上のような思考枠組みは、詐欺罪の議論でも用いることが可能であると思われる。⁽⁹¹⁾ また、包括的合意に対する個別の条件設定の意義・限界は、特に開放された建物を客体とする建造物侵入罪の成否をめぐる同様に問題となろう。ここでも、建物管理者の裸の意思や願望のすべてに重要性を認めるのではなく、支配・管理性に裏付けられた条件設定にのみ、「侵入」概念との関係で重要性を認めることが可能であると思われる。「侵入」概念についても「窃取」と同様に、物理的障壁の突破（塀の乗り越え、ドアの鍵や窓の損壊等）を常に要求できないとすれば、心理的障壁の突破をこれに含めて理解する必要があるが、その具体的な限界については更なる検討が必要となろう。本稿でなされた検討が、以上のような他罪に関する議論に対して具

(91) 詐欺罪の「人を欺く行為」の判断においても条件設定論が意味を持つと指摘するのは、深町・前掲注(1)192頁。これに対して、三浦・前掲注(81)154頁は、「窃盗罪においては、交付行為や個別の承諾等が想定されないため、より客観的な観点からの合理的な認定が求められる」として、窃盗罪の独自性を強調している。

(92) 佐伯仁志「刑法における自由の保護」曹時67巻9号(2015年)57頁参照。

体的にいかなる影響を及ぼすかについては今後の課題である。

【付記】

校正段階で、山内竜太「詐欺罪および窃盗罪における被害者の確認措置の規範的意義」法政論究111号（2016年）239頁以下に接した。