

●釣銭を窃取する目的で自動券売機の釣銭返却口に接着剤を塗布する行為が窃盗罪における実行の着手と認められた事例

東京高裁平成22年4月20日第10刑事部判決

平成22年(う)第92号 窃盗未遂(予備的訴因偽計業務妨害)被告
事件

公刊物未登載 [LLI判例秘書ID番号06520456]

小樽商科大学商学部准教授 小島 陽介

事実の概要

被告人は、本件犯行以前にも、駅に設置されている自動券売機の釣銭返却口内部に接着剤を塗布した後、後続の券売機利用客に対し払い出される釣銭用の硬貨を接着剤に付着させて捕捉した上、付着している硬貨を回収して窃取するという手口(以下、「本件手口」という)で窃盗罪を繰り返し、懲役刑に処せられたこともあった。

被告人は、平成21年6月17日昼ころ、顔見知りの者から接着剤等を入手し、本件手口で釣銭を盗もうと考えて、乗客の多いS駅に向かった。被告人は同日午後2時過ぎころS駅に到着し、改札口切符売場の券売機を利用する客を見て、「これだけ人が自動券売機を利用しているなら、釣銭返却口にボンドを塗って、ひっかかった釣銭が盗める。見つかることもないだろう」と考えた。

その後被告人は、午後2時19分ころに11番券売機の釣銭返却口等を確認し、午後2時22分ころにその隣の10番券売機の釣銭返却口に、午後2時23分ころに11番券売機の釣銭返

却口に、それぞれ左手中指の先に付けた接着剤を塗り付けた。

午後2時20分ころ、S駅の駅員Aが防犯カメラの映像で10番券売機の釣銭返却口に何かを塗っている被告人を発見した。釣銭泥棒と思ったAが急行したところ、被告人は11番券売機に右手で硬貨を投入するような素振りを見せ、左手の中指を釣銭返却口に入れ、何かを塗っていた。Aは、11番券売機の釣銭返却口に接着剤様のものが付着しているのを確認した後被告人を追及したところ、被告人が犯行を認めたので、窃盗未遂の現行犯人として逮捕した。

原判決(東京簡判平21・12・4公刊物未登載)⁽¹⁾は、窃盗罪の実行の着手は、少なくとも他人の占有する財産の占有侵害行為に直接向けられた行為であり、犯人のコントロール下にある一連の行為でなければならないとしたうえで、被告人は接着剤を塗布して罟を仕掛けた後利用客が切符を買う行為等を待つことを余儀なくされるものの、その客の行為には被告人の影響力は及ばないから、客の行為を含めて被告人のコントロール下にある一連の行為とはいえないこと、被告人の目論む窃

(1) 原判決が公刊物未登載で参照することができなかつたため、本件の事実関係および原判決の内容は、本判決の認定から構成した。

盗は、罠にかかった硬貨に対する占有侵害行為がなければ完成しないところ、被告人の罠を仕掛ける行為から占有侵害行為に至る経緯には想定可能な障害があり、接着剤塗布行為は、客観的にも、被告人の主観においても、直接占有を侵害する行為でなく、そのための準備行為と評価されることを指摘し、罠を仕掛けた段階において、被告人の意思次第で速やかに占有侵害行為の段階に移行することができたとは認められない以上、結果発生 of 具体的危険が生じたとは解されず、窃取の実行の着手と認めることはできないと判示して、本位的訴因である窃盗未遂罪の成立を否定し、予備的訴因であった偽計業務妨害罪の限度で有罪と認め、被告人を罰金刑に処した。これに対して検察官が控訴した。

判決要旨

東京高裁は原判決を破棄・自判して窃盗未遂罪の成立を認め、被告人を懲役1年2月の実刑に処した。

「窃盗罪における実行の着手は、構成要件該当行為自体の開始時点に限定されず、これに密接な行為であって、既遂に至る客観的危険が発生した時点で認められると解される。ところで、本件においては、本件接着剤を各券売機の釣銭返却口に塗布した時点において、実行の着手があったというべきである。すなわち、被告人の本件接着剤塗布行為は、券売機の釣銭等を取得するためには、最も重要かつ必要不可欠な行為であり、釣銭の占有取得に密接に結びついた行為である。また、被告人において、本件接着剤塗布行為に1回でも成功すれば、本件接着剤の効能、乗客の乗車券購入行為等による釣銭の出現の頻度、釣銭が接着剤に付着する確率等を踏まえると、券

売機の管理者が占有する釣銭用硬貨を十分に取得することができる状態に至った、換言すれば、硬貨の窃取に至る客観的危険性が生じたといえるといえるべきである」(2)。

評 釈

1 本判決は、鉄道駅に設置された自動券売機の釣銭返却口に接着剤を塗布して(以下、「接着剤塗布行為」という)、鉄道利用客が切符を買う際に発生する釣銭を接着剤に付着させ、利用客が自動券売機を離れた後に接着剤に付着した釣銭を窃取する(以下、「釣銭取得行為」という)という手口で行われる窃盗につき、接着剤塗布行為の時点で窃盗罪の実行の着手を肯定したものである。本件は、被告人の窃取行為が接着剤塗布行為と釣銭取得行為の2つに分かれ、その間には利用客の行動という被告人の行為とは離れた事情が介在する点にその特徴がある。

2 窃盗罪には予備罪が規定されておらず、未遂犯が成立するかどうか、すなわち実行の着手があったかどうか可罰と不可罰を分ける重要な限界点となる。実行の着手時期を巡っては、古くから主観説と客観説の対立がある。行為者の主観的側面を基準にこれを判断する主観説によると、実行の着手時期が著しく早まるほか、客観的要素の範囲が明確となり、恣意的判断を招きやすいとして(3)、同説は現在では支持を失っている。一方、客観説はさらに形式的客観説と実質的客観説に大きく分かれ、前者は構成要件該当行為の開始をもって、後者は法益侵害の現実的危険性を生じさせる行為の開始をもって、それぞれ実行の着手を認める。形式的客観説においては、実行の着手時期が遅くなりすぎるとい批判(4)が寄せられたことから、構成

(2) 本判決の評釈として、町井裕明・研修745号445頁、栗木傑・警察公論65巻10号89頁がある。

(3) 大谷實『刑法講義総論 新版第3版』369頁(成文堂・2009年)。

(4) 西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻』661頁〔和田俊憲〕(有斐閣・2010年)等。

要件実現に密接した行為の開始時点⁽⁵⁾や構成要件行為の直前に位置する行為の開始時点⁽⁶⁾へと修正する見解が有力である。一方実質的客観説も、判断基準が不明確であるとの指摘を受け、形式的基準を併用する見解が現れている⁽⁷⁾。

さらに、実行の着手時期の判断において行為者の主観面を考慮するかどうか、考慮するとした場合その内容は故意や過失に限定されるか、それとも行為者の意図や犯行計画までも含まれるかが争われているところ、完全に外形的事情のみで着手判断を行うことは困難であること等から、行為者の主観を全く考慮しない見解は少数に止まっている。

判例⁽⁸⁾は、当初はおおむね形式的客観説に拠っていた⁽⁹⁾ものの、窃盗罪の事案においては、構成要件該当行為から拡張し、それに密接する行為の開始をもって実行の着手としていたとされる。例えば、大判昭9・10・19刑集13巻1473頁は、「家宅侵入の行為は窃盗罪の構成要素に属せず単に其の遂行手段に外ならざるが故に家宅に侵入したるの一事を以て窃盗罪の着手と謂ふ能はざるは勿論なり

と雖窃盗の目的を以て家宅に侵入し他人の財物に対する事実上の支配を犯すに付密接なる行為を為したるときは窃盗罪に着手したるもの」であると述べ、家屋内に侵入した後金員を窃取するためにたんすに向かって歩き出した時点で実行の着手を認めた⁽¹⁰⁾。このような密接性の判断は、財物の性質・形状、所在場所、窃取行為の態様等によって具体的に判断される⁽¹¹⁾ものであるため、以降は、どの範囲までなら「密接なる行為」といえるかを主たる問題点として、事案ごとに裁判例が積み重ねられてきたといえる⁽¹²⁾。

またその後、下級審で実質的客観説に従ったと見られる裁判例が増加した⁽¹³⁾ことを受け、最高裁も同説の採用を明示するに至った。すなわち、強姦目的で女性をダンプカーの運転席に引きずり込み、約5.8キロメートル離れた場所で姦淫した事案において、被告人らの行為態様や意図等の事実関係を具体的に摘示したうえで、「かかる事実関係のもとにおいては、被告人が同女をダンプカーの運転席に引きずり込もうとした段階においてすでに強姦に至る客観的な危険性が明らかに認

(5) 植松正『再訂 刑法概論 I 総論』315頁以下(勁草書房・1974年)。

(6) 塩見淳「実行の着手について(3・完)」法学論叢121巻6号16頁以下。

(7) 平野龍一『刑法 総論 II』313頁以下(1975年・有斐閣)、井田良『刑法総論の理論構造』251頁以下(成文堂・2005年)、山口厚『刑法総論〔第2版〕』269頁(有斐閣・2007年)。

(8) 大審院以来の判例の動向については、西原春夫ほか編『判例刑法研究 第4巻』1頁以下〔大沼邦弘〕(有斐閣・1981年)参照。

(9) 例えば、大判明40・2・21刑録13輯224頁は、旧刑法の詐欺取財罪につき、「犯人が犯罪構成の要件たる欺罔の所為に着手したるときは即ち詐欺取財罪の実行に着手したるものとなる」としている。同様の立場に立つものとして、大判明36・12・21刑録9輯1905頁、大判明38・7・6刑録11輯711頁等。なお、大審院時代の判例の引用に際しては、原文のカタカナをひらがなにし、適宜濁点を打ったほか、旧字体を現在の漢字に改めたところがある。

(10) 同様の立場に立つものとして、大判大6・10・11刑録23輯1078頁。

(11) 大塚仁ほか編『新判例コンメンタール 第6巻』148頁〔岡野光雄〕(三省堂・1998年)。

(12) 窃盗罪に関するものを見ると、最判昭23・4・17刑集2巻4号399頁は、窃盗の目的で他人の養蚕室に侵入し、食料品等を物色した時点で、最決昭40・3・9刑集19巻2号69頁は、被害者方店舗内で懐中電灯を照らしたところ、電気器具類の積んであることが分かったが、なるべく金を取りたいので店内煙草売場の方に行きかけた時点で、それぞれ実行の着手があったとされている。また、土蔵や倉庫への侵入窃盗の場合には、家屋の場合とは異なり通常窃取すべき財物のみがあることを理由に、それらの建造物に侵入するための行為を開始した時点で、窃盗罪についても実行の着手が認められている。名古屋高判昭25・11・14高刑集3巻4号748頁、高松高判昭28・2・25高刑集6巻4号417頁等。

(13) 前橋地判昭37・7・13下刑集4巻7号8号680頁、高松高判昭41・8・9高刑集19巻5号520頁、宇都宮地判昭40・12・9下刑集7巻12号2189頁等。

められるから、その時点において強姦行為の着手があつたと解するのが相当である」と判示したのである⁽¹⁴⁾。

本件のように複数行為からなる犯罪の実行の着手時期については、いわゆるクロロホルム事件最高裁決定が明らかにしている⁽¹⁵⁾。同事件は、被害者Vにクロロホルムを吸引させて気絶させた(第1行為)上、車に乗せてその車ごと川(後に近くの港に変更)に転落させて溺死させる(第2行為)という計画を立てた被告人らが、Vにクロロホルムを嗅がせて失神させ、港から自動車ごと海中に転落させて殺害したところ、予期に反してVはクロロホルムを吸い込んだ時点で死亡していた可能性があった、というものである。最高裁は、「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させて死させるというものであって、第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があつたものと解するのが相当である」とした。複数行為による犯罪の場合の実行の着手時期に関して、判例は「密接性」と「危険性」という2つの観点から、行為者の犯行計画を考慮した

うえで、①第1行為の必要不可欠性、②第1行為に成功した場合の障害の不存在、③両行為の時間的場所的近接性という事情を考慮要素として挙げているといえる⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾。

3 (1) 本件では、原判決、本判決ともに、基本的な判断枠組みは前述したような判例のそれに沿っていると解される。すなわち、両者は実行の着手が認められるために「結果発生 of 具体的危険」ないし「既遂に至る客観的危険性」を要するとして共に実質的客観説に与している。そのうえで判断が分かれたのは、被告人による接着剤塗布行為から釣銭の窃取という結果が発生することについての確実性ないし蓋然性に対する評価の差によるものである。原判決は、接着剤塗布行為と釣銭取得行為との間には、1)必ずしも釣銭が生じ、それが接着剤に付着するとは限らず、また、乗客自身や後続の乗客が気付いて釣銭を取ることがありうる、2)S駅では駅員等が1日2、3回接着剤等の付着の有無を点検している、3)塗布後15分程度経過すると接着剤の効能が低下するため、被告人は通常約20分毎に接着剤を上塗りしなければならない、という3つの障害があることから、接着剤塗布行為を準備行為と評価し、窃盗罪の実行の着手とはいえないとした⁽¹⁸⁾。一方本判決は、1)本件で使用された接着剤には十分な効果があり、また乗客は一般的に釣銭の額を確認しないまま立ち去る実態があること、2)被告人の窃取行為は、接着剤塗布後、2分から10分くらいで券売機に戻り、硬貨付着の有無を確かめるといふものであり、駅員等による点検とはサイクルが質的に異なること、3)接着剤の重ね塗りはより多くの硬貨を確実に

(14) 最決昭45・7・28刑集24巻7号585頁。同様の立場を示すその後の裁判例として、東京高判昭57・9・21判タ489号130頁、横浜地判昭58・7・20判時1108号138頁。同様の判断枠組みを採用しながら、具体的危険の発生を否定したものに、大阪地判平15・4・11判タ1126号284頁、千葉地判平16・5・25判タ1188号347頁がある。

(15) 最決平16・3・22刑集58巻3号187頁。

(16) 平木正洋・最判解刑事篇平成16年度163頁以下、成瀬幸典ほか編『判例プラクティス刑法I総論』286頁〔佐藤拓磨〕(信山社・2010年)。

(17) 同様の考慮要素を指摘した裁判例として、名古屋高判平19・2・16判タ1247号342頁。

得るための行動であり、接着剤塗布行為の効能が低いためではないことを指摘して、原判決摘示の各事情が被告人による窃盗の障害とはなっていないと述べたうえで、「被告人の行為により、財物の占有侵害の客観的危険性が高まっているにもかかわらず、被告人の意思により速やかに占有侵害行為に移行できないとの一事をもって、実行の着手を否定するのは、狭きに失する法解釈であり、賛同することはできない」と原判決を批判している。

(2) 硬貨の窃取に至る確実性を左右する要素は、本件の事実関係から2つ見出される。一つは、釣銭が接着剤に付着して釣銭返却口内に残る可能性であり、もう一つは、窃盗の成否が券売機利用客の行動を前提としているという点である⁽¹⁹⁾。

前者は、捜査機関が行った実験において90%以上の確率(31回中28回)で硬貨の付着があり、また後続の硬貨の衝突により付着した硬貨ははがれ落ちることもなかったことからすると、接着剤塗布行為後に自動券売機の利用があれば(S駅の1日の利用客は約51万人であり、この部分も確実視することができる)、硬貨の付着はほぼ確実に発生するといえる。

後者は、原判決が接着剤塗布行為を準備行為と評価する根幹部分と解されるものの、本件では機械による釣銭の払い出しという点に注目する必要がある。本判決が指摘するように、利用客は返却口に払い出された釣銭には間違いがないものと信頼し、正しい金額か確かめることもないまま財布やポケットに入れるのが一般的である。つまり本件では、接着剤を塗布した自動券売機を誰かが利用し、その後一時的にでも誰も利用していない状態(行列が途切れた状態)になるまで待たなければならないという意味では被告人の両行為の間にはクッションがあるものの、それは被告人によるコントロールないし被告人の行為を起点とした結果発生 of 確実性を失わせる事情とは評価できないと思われる。硬貨付着の確実性と併せ考えれば、被告人による接着剤塗布行為の時点において、釣銭が返却口内に残存し、それを被告人が取得することのできる可能性は極めて高いものになっているといえる。原判決は「被告人のコントロール下にある一連の行為」であることを要求したが、本件の事実関係からはそれを肯定することは十分可能であり、そのような事例であったから

(18) なお、窃取の対象となる財物に関し、原判決が罨にかかった硬貨であって券売機中に存在する釣銭用の硬貨ではないと認定したのに対して、本判決は券売機内に既に在中している釣銭用硬貨であってその占有は駅管理者に存すると判示している。原判決を参照することができず、本判決も特段の理由を示さず原判決の評価を否定したに止まるため、その趣旨を正確に把握することは困難であるものの、原判決は窃盗の被害者を券売機利用客と構成することで、まさに硬貨を取得しようとする時点まで実行の着手を遅らせる論拠の一つとしたものと推察される。

(19) 本件は自動券売機利用客を利用した間接正犯ないし離隔犯の事例であるともいえる。それらの事例に関しては実行の着手時期に激しい争いがあるが、利用者基準説(発送時説)ないし個別化説からは本判決の結論は容易に首肯できるものと思われる。一方、判例は被利用者基準説(到達時説)を採っているとされるので、本判決の位置付けが問題となりうる。しかし判例も、郵便局員が郵便物在中の財物を窃取するためにそれら郵便物の宛名を書き換えて郵便物区分棚に差し置き、その一部を自己に配達させた事案に関する東京高判昭42・3・24高刑弁20巻3号229頁において、被告人が郵便物を区分棚に差し置いた時点で窃盗罪の実行の着手を認めている。同判決に対しては、すでに被害者領域への侵入を伴い、郵便物に対する郵便局長の占有を現実に危殆化するものといえる(松原芳博『刑法判例百選I総論[第6版]』132頁)と、被利用者基準説の立場からも説明しうるとされる。また、郵便物が配達されればそれを窃取したことになり窃盗既遂が成立するのであって、発送時点での危険の具体性ないし結果発生への近接性の程度は同じく郵便を利用した殺人の場合(大判大正7・11・16刑録24輯1352頁)とは異なるとも指摘されている(西田ほか編・前掲注(4)667頁〔和田〕、成瀬ほか編・前掲注(16)301頁〔佐藤〕)。このことからすると、本判決の結論も必ずしも判例の立場と矛盾するとはいえないであろう。なお、東京高判と同旨の判例として、最判昭27・11・11裁判集刑事69号175頁、大阪高判昭27・4・28高刑集5巻5号714頁がある。

こそ釣銭取得へと至る危険性が肯定されると考えるべきである⁽²⁰⁾。

(3) 実行の着手時期の判断における行為者の主観的要素の考慮に関しては、原判決が被告人の計画を前提に接着剤塗布行為を準備行為と位置付け実行の着手を否定したのが明らかであるのに対して、本判決は、少なくとも明示的には被告人の犯行計画に言及していない。もっとも、接着剤塗布行為は、その後の釣銭取得行為まで至る被告人の計画を前提として初めて、窃盗行為の一部として重要性を獲得することからすると、本判決の「券売機の釣銭等を取得するためには」ないし「被告人において、本件接着剤塗布行為に1回でも成功すれば……券売機の管理者が占有する釣銭用硬貨を十分に取得することができる状態に至った」という表現は、このような被告人の計画を斟酌したものと解される。本判決も、これまでの判例の傾向に沿って被告人の行為計画を含めて実行の着手時期の判断をしているのであり、この点も妥当な判示である。

4 本判決は、従来の判例が提示した考慮要素に照らして、接着剤塗布行為と釣銭取得

行為という2つの行為からなる窃盗につき、被告人の行為計画を踏まえて、後者に対する前者の必要不可欠性から導かれる両行為の密接性、並びに、原判決が指摘した各障害を否定することにより導かれる法益侵害発生の危険性という観点から、第1行為である接着剤塗布行為をもって窃盗罪の実行の着手を認めたものであり、近時の判例の流れを踏襲した事例判例としての意義を有するものと解される。本件では被告人の両行為の間に他者の行動という要因が介入しており、準備行為とも目される被告人の第1行為を未遂犯に問うものであって、かなり早い段階で実行の着手を認めた事例ではあるものの、硬貨が釣銭返却口内に接着されることがほぼ確実であるほか、券売機利用者の一般的な行動に鑑みれば、被告人によるコントロールは失われていないと解されることから、その点を指摘して被告人の2つの行為の密接性や法益侵害へと至る具体的危険性が失われないと判示した本判決の結論は支持できると解される。

なお、被告人が本判決を不服として上告しており、最高裁の判断が注目される。

(こじま・ようすけ)

(20) 行為経過ないし結果発生に至る経過の「確実性」ないし「自動性」にも着目して実行の着手時期を判断する塩見・前掲注(6)17頁以下、井田・前掲注(7)252頁以下、西田ほか編・前掲注(4)667頁〔和田〕によっても、同旨の帰結に至るものと思われる。