

判例における賭博罪の限定法理に関する覚書

川 田 泰 之

一．はじめに

平成以降、わが国の刑事法学は「立法の時代を迎えた」と評されている^(一)。実際に、ストーカー規制法、DV防止法、児童ポルノ処罰法などが矢継ぎ早に国会を通過し、近時もウィルス作成罪が刑法に新設される等の動きが認められる。そのいずれもが、従来は犯罪でなかった行為を犯罪化したものである。それぞれの立法に目立って不合理な点はないが、禁止される行為が増えることは、我々の自由が認められる範囲が狭くなることもある。時代の変化に対応すべく立法的措施がとられることは歓迎されてよいが、そこに過度の必罰感情が発露してはならない。

先般、統合型リゾート（IR）推進法案（一部では「カジノ解禁法案」とも称されている）が国会に議員立法として提出されて、いわゆる安保法案の審議に時間を取られたから結局成立は見送られることとなったが^(二)、非常に興味深い現象であると思われる。なぜならば同法案は、近年の刑事立法が企図している方向とは逆に、賭博行為の（部分的ながら）非犯罪化を企図しているからである。もし同法案が成立すれば、もちろんギャンブル依存症問題をはじめとする様々な負の影響をも考慮しなくてはならないが、カジノを含む大型複合施設の開設が、観光や地域振興などに大きく寄与することが期待される^(三)。

わが国の判例・通説は賭博罪の保護法益を「勤労による健全な経済的秩序」と解している。しかし、競馬・競輪などの公営ギャンブルが堂々と開催されている状況を眼にすると、その主張に対しては疑問を禁じえない。なぜならば、賭博行為が経済的秩序を乱すのであれば、国家（に準ずる団体）がそれを主催してよいはずないからである。IR推進法案についても同様の言及が可能である。経済的秩序を乱す行為を非犯罪化する法案を成立させてよいはずない。それは必要悪である、国民の射幸的営為は国家のコントロール下に置くべきである、IR推進法案の成立によつてもたらされる恩恵を手放すべきでない等の主張もなされている。しかしそう主張するのであれば、賭博罪の保護法益もそのような文脈において把握し直すべきではないか。

いま賭博罪について議論するためには、IR推進法案をめぐる議論がまさにそのものであるように、立法政策をも視野に入れなければならない、そのためにはこれまでの実務の動向を無視できない。そこで本稿は判例に着目して、特に賭博罪の成立を否定したいくつかの事案を採りあげることとする（四）。

二．判例の検討

1．代表的な判例

最初に、リーディング・ケースというほどではないが、比較的多く参照されている代表的な判例を概観しておこう。最高裁は一九五〇年、「賭博行為は、一面互に自己の財物を自己の好むところに投ずるだけであつて、他人の財産権をその意に反して侵害するものではなく、従つて、一見各人に任かされた自由行為に属し罪惡と称するに足りないようにも見えるが、しかし、他面勤勞その他正当な原因に因るのでなく、単なる偶然的事情に因り財物の獲得を饒倖せんと相争うがときは、国民をして怠惰浪費の弊風を生ぜしめ、健康で文化的な社会の基礎を成す勤勞の美風（憲法

第二七条一項參照）を害するばかりでなく、甚だしきは暴行、脅迫、殺傷、強窃盜その他の副次的犯罪を誘発し又は国民經濟の機能に重大な障害を与える恐れすらあるのである。これわが国においては一時の娛樂に供する物を賭した場合の外単なる賭博でもこれを犯罪としその他常習賭博、賭場開張等又は富籤に関する行為を罰する所以であつて、これ等の行為は畢竟公益に関する犯罪中の風俗を害する罪であり（旧刑法第二篇第六章參照）、新憲法にいわゆる公共の福祉に反するものといわなければならない（五）と、「勤勞の美風」を保護し、副次的犯罪の誘発を防止する必要があること等を理由として、賭博罪処罰は正当であり、憲法違反にあたらないと判示した。しかし判例は、常にこのような理解を徹底しているのであらうか。「勤勞の美風」を害しうる行為であつても、賭博罪の成立が否定された事案は存在するのではないか。以下において検討する。

2. 立法政策

右最高裁判決は続けて、「政府乃至都道府県が自ら賭場開張図利乃至富籤罪と本質上同一の行為を為すこと自体が適法であるか否か、これを認める立法の当否は問題となり得るが現に犯罪行為と本質上同一である或る種の行為が行われているという事実並びにこれを認めている立法があるということだけから国家自身が一般に賭場開張図利乃至富籤罪を公認したものであるということはできない」（六）と、賭博行為を正当化する立法の当否を議論しようと判示した。とはいっても判例は、あくまでも「問題となり得る」と述べているにとどまるから、例えば競馬法等の法律を惡法であると考えているとまでは断言できない。結局、立法政策については踏み込んだ言及をしていないというほかない。しかしそうであるならば、IR推進法案についても、その当否を議論すること自体は否定されていないと解する余地が生じるであらう。

3. 偶然の輸贏

賭博罪の成立には、「偶然の輸贏」に関して財物を賭けることが必要である。「輸」は負けること、「贏」は勝つことを意味するから、賭博罪の成立には勝敗が偶然性に左右されることが必要であつて、偶然性が認められない場合には賭博罪の成立は否定されることとなる^(七)。

判例は、「博戲當事者ノ技倆ニ於テ優劣ノ差等アリトスルモ苟モ其博戲ニシテ一ニ技倆ノ優劣ノミニ因リ勝敗ノ自ラ定マルモノニ非サル限リハ偶然ノ輸贏ニ關シテ博戲ヲシタルモノト云フヲ妨ケス」^(八)と、勝敗が自ずから定まるほど技量の差が大きい場合には偶然性を否定するかのような含みを持たせ、さらに、「被告人横田は花札を遊ぶ技に長じ、花札を使用して勝敗を争う場合、八十パーセント以上の勝率をおさめ得る技倆を有する……。被告人の技倆が右認定の如き場合岡島、源大の如き技拙劣ないわゆる素人を相手として行ふ賭博においては、両者間には単に技倆上の巧拙の差が存するにすぎないとは謂え、相対的な技倆の巧拙と雖も其の差異極めて懸隔し勝敗の決定に偶然性の支配する要素が殆んど認められない場合には客觀的に勝敗の帰趨は明白であると謂い得る。……被告人等共謀の上、被告人横田の斯かる巧妙なる技倆を有することを秘匿隱蔽し、よつて斯かる巧者であることを知らぬ客の岡島、源大を誘引して金銭の得喪を争う賭博の形式のもとに、勝敗を決し被告人横田が偶然に勝利を勝ち取つたものゝ如く誤信させたことは詐欺罪における欺罔手段たるを失わぬ」^(九)と、技量の差が大きい場合には賭博罪ではなく詐欺罪が成立すると判示するとともに、「凡そ賭博とは、二人以上の者が相互に財物を賭け偶然の勝負によりその得喪を決める行為であることは多言を要しないところであるが、ここに勝負の偶然性は賭博に参加する当事者全員について存在しなければならぬものであり、参加者のうちに偶然性のない者の存する場合は全面的に賭博行為は成立しないものといわねばならない」^(一〇)と、偶然性は当事者全員において存在しなければならないと判示している。

また詐欺賭博について判例は、「本件詐欺は俗にモミと称する詐欺賭博によるものであつて、見物人には一の数字

を書いた紙玉を落し入れると称して金を賭けさせ、金を賭けたものが一の数字のある紙玉を拾い上げたときは賭金の三倍相当の金をやり、もし他の数字のある紙を拾うたときはその賭金は胴元の所得とするという方法であり、被告人においては一の数字のある紙玉を『数多紙玉中に落して混ぜるように見せかけ實際は混入せず巧に自分の手中で他の数字を書いた紙玉と取替え』るというのであるから、賭金した見物人には勝つ機会が全くないのに拘らず、その機会があるかのように欺罔して賭金を騙取するのである。論旨は、モミ賭博に手品が介在することは社会常識であるから詐欺にならないと主張するがかかる場合に客は手品に乘らないつもりで賭けても胴元の手品に引かかるのであるから、やはり錯誤に陥つた結果金銭を交付するのであつて詐欺の要件を具えていることはいうまでもない」(二)、「前記挙示の証拠によると、被告人らが、主文五項記載の日時場所において、同記載のように、花札を使用し、俗に『アトサキ』と称する賭博行為をしたことは認められるが、その賭博における勝敗は、金子嘉孝が隠し鏡を使用してこれを左右していたことが明らかであるから、勝敗が偶然性にかかつていたものとはいえず、被告人らに賭博罪は成立しない」(三)等と、欺罔者について詐欺罪の成立を認めるとともに、賭博罪は成立しないと判示している。もつともこの場合、賭博罪の成立を否定していることに疑いはないが、むしろ詐欺を許容すべきでないという文脈において判示がなされていることには注意を払うべきであろう。

4. 財物の得喪を争うこと

賭博罪の成立には、財物を賭けてその得喪を争うことが必要である(四)。財物の得喪を争うこととは、勝者は財産を得て、敗者は財産を失うことを意味する。

判例は、「此方法ハ寅五郎ニ於テ如何ナル場合ニモ財物ノ得喪ニ付キ危険ヲ負擔セス常ニ利益ヲ取得スルノ組織ニ出テタルコト明カナリ故ニ被告等ハ一團トナリテ寅五郎ニ對シ其間取引ノ關係アルモ寅五郎ニ於テハ財物ノ得喪ニ付

キ危険ノ負擔ニ任セサルモノナレハ所論ノ如ク胴元タル寅五郎ト掛金者タル被告等各人トノ間ニ於テ輸贏ヲ爭ヒ財物ノ得喪ヲ決スルモノニアラス假リニ所論ノ如ク寅五郎ト被告等各個人トノ間ニ於テ輸贏ヲ爭フヘキ關係アリト觀察スルモ寅五郎ハ被告等各個人ト輸贏ヲ爭フニ先タチ對手者ノ持込ミタル財物ニ付キ所有權ヲ取得セルヲ以テ判示事實關係ハ賭シタル財物ノ得喪ヲ偶然ノ事情ニ繫ラシメタルモノニ非ス隨テ賭博罪構成ノ一要素ヲ具備セサルモノト謂ハサルヘカラス」(二四)と、胴元が客から金銭等を得て、その合計額の範圍内の価額の金品を勝者に与える形態の射幸行為については、金銭等の所有權が射幸行為開始前に胴元に移転しており客同士で財物の得喪を争うものとはいえず、また胴元は常に危険を負担しておらず(財物を失つておらず)客と胴元との間で財物の得喪を争うものともいえないから、財物の得喪を争うものとは認めないことが多い(二五)。

5. 一時の娯樂に供する物

刑法一八五条但書は、「一時の娯樂に供する物を賭けたにとどまるときは、この限りでない」と、一時的な娯樂のために、価額が僅少な、あるいは費消が即時的な物を賭けたにとどまる場合には、賭博罪の成立を否定する。

判例は麻雀遊戲者たちが天井を賭けた事案について、「關係者カ娯樂ノ爲即時ニ飲食スヘキ物件ヲ賭スルカ如キハ刑法第百八十五條但書ニ所謂一時ノ娯樂ニ供スル物ヲ賭シトアルニ該當スト解スルヲ相當トスル」(二六)、やはり麻雀遊戲者たちがうどん汁粉および煙草を賭けた事案について、「各判示事實ハ被告人等カ共同飲食費ヲ支拂フ爲又ハ煙草ヲ得喪ヲ目的トシテ博戲ヲ爲シタリト謂フニ歸シ正ニ前示刑法第百八十五條但書ニ該當シ其行爲ハ罪トナラサルモノトス」(二七)等と判示している。このような解釈は、賭博罪の限定的な運用のために、謙抑主義の見地からみて重要な意義を有している。

三、検討および結語

以上の判例を整理すると、次のとおりとなる。

- ・ 賭博罪の保護法益は「勤労の美風」（健全な経済的秩序）である。
- ・ 立法政策について議論することを否定していない。したがって、IR推進法案も議論の対象となりうる。
- ・ 勝敗が偶然性に左右されない場合には、賭博罪は成立しない。例えば、技量の差が大きい場合、関係者全員において偶然性が存在しない場合、詐欺賭博の場合等がそれである。
- ・ 財物の得喪を争わなければ、賭博罪は成立しない。例えば、客が賭ける金銭等の所有権が一旦胴元へと移転し、胴元は財物を失うことがない場合等がそれである。
- ・ 一時の娯楽に供する物を賭けたにとどまる場合には、賭博罪は成立しない。例えば、天井、共同飲食費や煙草を賭けたにとどまる場合等がそれである。

判例が賭博罪の保護法益を「勤労の美風」と解している以上、「勤労の美風」を害するような行為は賭博罪処罰の対象となるはずである。しかし実際の運用においては、①技量の差が大きい場合、②関係者全員において偶然性が存在しない場合、③詐欺賭博の場合、④客が賭ける金銭等の所有権が一旦胴元へと移転し、胴元は財物を失うことがない場合、⑤天井、共同飲食費や煙草を賭けたにとどまる場合には、賭博罪の成立は否定される。このうち⑤については理解できないことはない。なぜならば、天井、共同飲食費や煙草を賭けたにとどまるような場合には、賭事の勝者とはいっても彼は価額が僅少な、あるいは費消が即時的な物を入手するにすぎず、その程度で「勤労の美風」が損な

われるとは考えられないからである。しかし、①③④については理解に苦しむところがある。なぜならば、賭事に参加する者は、技量が稚拙であつても、あるいは偶然性が存在しなくても、あるいは欺罔されていたとしても、あるいは金銭等の所有権が一旦胴元へと移転し、胴元は財物を失うことがないとしても、そのような事情をあまり意識しておらず、勤労によらずに一儲けしようと考えていることには変わりないからである。

このように判例の運用を見る限りにおいても、賭博罪の保護法益を「勤労の美風」「健全な経済的秩序」等と解することには限界がある。冒頭、指摘したように、公営ギャンブルが堂々と開催されている現状を目の当たりにして、なお賭博罪は「勤労の美風」を維持するためであると主張することにはどれほどの説得力があるであろうか。宮澤浩一はいう。「目を現実に転ずれば、そこには、あまりにも建前とは裏腹の現代風俗があるといえよう。競輪場や競艇場に通じる電車やバスの車内、それらの停留場から競技場に通じる路上にむらがる人々の異様な風体、彼らの持つ特異な雰囲気一度でも見たことのある人は、刑法一八五条とそれを支持する論理が、まるで絵空事として映ずる感を感じないであろう。地方自治体の財政をうるおわすという美名にかくれて、性格を破綻させ、家庭生活を崩壊させている現実がそこにある。八百長レースであると騒ぎ立てる群衆によつて、売上金が強奪され、施設の破壊・放火が報ぜられることもしばしばである。……地方公共団体の公認する賭博は許され、私人の賭博は禁止されるという現実を一体どう考えたらよいのであろうか」^(二六)。この点を明白に説明し、IR推進法案をめぐる議論にも貢献すべく、賭博罪の保護法益等に関する検討を今後の課題としたい。

なお本稿は、早稲田大学特定課題研究助成費（課題番号 2015B-476）による研究成果の一部である。

- (一) 川端博「序論・刑事立法時代のキーワード」『刑法雜誌』四三卷二號(二〇〇四年)二六四頁以下。
- (二) 日本經濟新聞二〇一五年九月二日朝刊二面。
- (三) 美原融「カジノ合法化を考える(上)」日本經濟新聞二〇一四年二月六日朝刊二八面。
- (四) 以下に掲げる判例の所在について、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法』(第三版、第九卷、二〇一三年)一一七頁以下〔中神正義Ⅱ高嶋智光〕。結論としては賭博罪の成立を否定していないが、限定解釈の参考となる事案も採りあげている。
- (五) 最大判昭二五・一一・二二刑集四卷一號二三八〇頁。
- (六) 最大判昭二五・一一・二二刑集四卷一號二三八〇頁。傍点は引用者による。同旨、「政府乃至都道府県が自ら賭場開帳図利若くは富籤罪と本質上同一の行為を為すこと自体が適法であるか否か又これを認める立法の当否は問題となるが……」〔最決昭二六・五・二裁判集〔刑事〕四五號一〇一頁〕。
- (七) 平成七年の刑法改正による表記平易化以前、一八五条は「偶然ノ輸贏に關シ財物ヲ以テ博戲又ハ賭事ヲ為シ……」と規定されていた。改正によって現在は単に「賭博をした者」という表現となったが、この改正は一八五条の内容に変更を加えるものではないから、賭博罪の成立には、依然、偶然の輸贏に關して財物を賭けることが必要である(中神Ⅱ高嶋・前掲一二三頁)。
- (八) 大判明四四・一一・一三刑錄一七輯一八八四頁。
- (九) 名古屋高裁金沢支部判昭三四・一一・一〇下刑集一卷二號二三三九頁。
- (一〇) 東京高判昭三三・一二・二五裁特四卷二四號六七六頁。
- (一一) 最判昭二六・五・八刑集五卷六號一〇〇四頁。同旨、「電話ニヨリ其ノ日ノ東京米穀取引所期米先物ノ大引立會相場ヲ知リナカラ之ヲ告ケスシテ右大引立會相場ノ幾何ナルヤニヨリ輸贏ヲ決スヘキ所謂合百を爲サムコトヲ申出テ相手方ヲ誤信セシメテ勝敗ヲ決シ因テ相手方ヨリ財物ヲ騙取シタル場合ハ事實の緘黙ト積極行爲トノ合體ニ因ル欺罔行為ヲ為シタルモノト認ムヘキモノトス」(大判昭一〇・一一・二八刑集一四卷一二四六頁)、「賭博ニ於テ財物ヲ賭スルトハ賭博當事者相互ノ間ニ於テ偶然ノ事實ニ因ル勝敗ノ結果トシテ敗者ヨリ勝者ニ一定ノ財物ヲ給與スヘキコトヲ約スルノ謂ニシテ賭場ニ於テ現ニ財物ヲ提出シタル者ノ外勝者ニ對シテ一定ノ支拂ヲ爲スヘキ約旨ノ下ニ博戲ヲ行フ者ノ如キモ亦同シク賭者ニ外ナラサルモノトス」(大判大一一・六・二一刑錄二七輯五五三頁)、「詐欺ノ手段ヲ用ヒ金圓ヲ騙取シタルモノナルヲ以テ之ヲ詐欺罪トシテ所斷シタル原判決ハ相當ナリ明治四十二年内務省令第二十號ハ『懸賞又ハ富籤類

似其ノ他射倅方法ヲ用キンコトヲ提供シ」云云トアリテ詐欺ノ方法ヲ用ヒサル場合ノ規定ニシテ又富籤罪賭博罪モ孰レモ詐欺手段ノ伴ハサル場合ノ規定ナルヲ以テ本件ノ如キ詐欺手段ノ加ハル場合ニハ之等法條ヲ適用スヘキモノニ非ス」(大判大正二・一一・一七刑集二卷八〇五頁)。

(二二) 甲府地判昭四六・六・二五刑裁月報三卷六号八二〇頁。

(二三) 平成七年の刑法改正による表記平易化以前、一八五条は「偶然ノ輸贏に關シ財物ヲ以テ博戲又ハ賭事ヲ為シ……」と規定されていた。改正によつて現在は単に「賭博をした者」という表現となつたが、この改正は一八五条の内容に変更を加えるものではないから、賭博罪の成立には、依然、財物の得喪を争うことが必要である(中神高嶋・前掲一二七頁)。

(二四) 大判大六・四・三〇刑錄二三輯四三六頁。同旨、「勝馬投票引換券ノ密買者ハ其代金ヲ出捐シテ競馬ノ結果ナル偶然ノ事情ニ依リテ景品券ヲ取得スルヤ否ヤヲ決スル射倅的契約ヲ爲シタルモノト謂フヘキモ右引換券ノ代金ハ支拂ト同時ニ賣渡人ノ所得ニ歸シ各密買者間ニ得喪ノ目的トナル賭金タラサルハ明カナレハ固ヨリ密買者相互間ニ賭錢行爲アリト論スヘカラサルモノトス……如上ノ場合ニ於テ該密買者力取得ヲ争フ景品券ハ競馬開催者力勝馬投票引換券ノ賣渡ニ因リテ得タル代金ノ範圍内ヲ以テ支辯調製シタル一種ノ財物ニシテ單ニ勝馬投票者ニ交付スヘキモノナル力故ニ是亦各投票者間及ヒ競馬開催者間相互ニ得喪ノ目的トシテ賭シタル財物ナリト謂フヲ得サルモノトス」(大判大九・一〇・二六刑錄二六輯七四三頁)。「右所謂遊技券ハ之ヲ判示孰レカノ一區ニ置キ判示射倅的行爲ヲ爲ストキハ夫々右遊技場ノ營業者タル被告人等ノ所得ニ歸シ遊技者及營業者タル被告人等相互間ニ得喪ノ目的トシテ賭シタル財物ナリト云フコトヲ得ス單ニ遊技者タル客ノ勝チタル場合ニ於テ客力所定ノ煙草ヲ取得スルノミニシテ遊技者タル客ニ於テハ何等財物ヲ賭シタル事實ナキヲ以テ原判決ニ認定セル右行爲ハ孰レモ賭博類似行爲ヲ以テ論スルコトヲ得ヘキモ未タ以テ賭博罪ノ構成要件ヲ具備スルモノト云フコトヲ得ス」(大判昭八・一二・二二刑集一二卷二四一七頁)。

(二五) 中神高嶋・前掲一二九—一三〇頁。

(二六) 大判昭九・二・七裁判例八卷刑法二頁。

(二七) 大判昭一二・六・二三判決全集四輯一二号四二頁。

(二八) 宮澤浩一「賭博及び富くじに關する罪」平場安治『平野龍一編『改正刑法の研究』各則 改正草案の批判的検討』(一九七三年)二七七頁。