

早稲田大学高等学院研究年誌第六一号 抜刷  
二〇一七年三月発行

## 賭博罪の保護法益

川田泰之

# 賭博罪の保護法益

川 田 泰 之

## 一. はじめに

先に拙稿(一)において示した問題意識に基づいて、賭博罪の保護法益について論じる。

賭博罪の保護法益は社会的な利益であると考えることが、現行刑法の体系上、素直な解釈である。判例・通説もそのように解している。しかし、刑法典において賭博罪の直前に規定されている強制わいせつ罪、強姦罪等が直接的には個人的法益(個人の性的自由)に対する罪であると同様に理解されていること、わいせつ物頒布罪についてもその保護法益を個人的な利益と解する立場が少数ながら有力であること(二)、風俗それ自体を保護法益と解することには疑問の余地があること(三)等を勘案すると、賭博罪の保護法益は社会的な利益であると、当然には断定できない。そこで本稿は、関連する諸問題に言及した上で、ドイツ刑法における賭博罪に関する議論を参照しつつ、賭博罪の保護法益は社会的法益以外の利益であると解する立場も考察の対象として、検討を加える。

## 二二 関連する諸問題

### 1. 公営ギャンブル

賭博罪について論じるとき、公営ギャンブルの存在を看過できない。なぜならば、賭博は悪であると国家がいうならば、それを国家（に準じる団体）が主催することは背理となるからである（四）。

公営ギャンブルに対して肯定的な意見は次のとおりである。戦後、公営ギャンブルによつて賭博事犯が減少したように、公営ギャンブルには国民の射倖心を吸収する機能がある（五）。米國禁酒法の歴史が示しているように、全面的な禁止には弊害が多いから、公営ギャンブルを必要悪として認めるべきである（六）。特別法による厳格な規制の下で実施されていること、馬匹の改良等、社会的に有益な側面があること、国家（や地方自治体）の財政に寄与すること等から、公営ギャンブルと（私的）賭博とを同列に取扱うことはできない（七）。

しかしそのように指摘する論者も、公営ギャンブルに、国民の賭博に対する罪の意識を稀薄にさせて、倫理観を麻痺させる消極的側面があることを否定していない（八）。また競馬、競艇、競輪、オートレース等に関する多数の正当化規定の存在は、賭博を一般的に禁止することの正当性を揺るがすから、今後も包括的な賭博罪処罰の建前を維持できざるかは疑問である（九）。公営ギャンブルが優越的な政策上の利益のために例外的に受忍されているとしても、行為そのものの社会倫理的評価において、公営ギャンブルと（私的）賭博との相違は認められない（一〇）。少なくとも、公営ギャンブルが多数の国民に賭博罪処罰の正当性を疑わせていることは否定できず、その存在は賭博を禁止する必要がないことを実証しているとすら評価しうる（一一）。公営ギャンブルが合法であるというのであれば、そのことを根拠づける保護法益が提示されるべきである（一二）。

## 2. 国民の意識

かつて小谷文夫は、世論調査の結果等を参照した上で、国民の大多数は公共性を欠く非公営の賭博を罪悪視していると主張して、当時激しく議論されていた非犯罪化論についても否定的な立場を表明した<sup>(二三)</sup>。しかし、現代社会において見失いがちな主体性を回復する手段として、賭博を肯定的に捉える者は少なくない<sup>(二四)</sup>。現行法に触れるものではないが、街中には「くじに当たれば金利アップ」、「タイガースが優勝したら金利三倍」という類の広告が氾濫している<sup>(二五)</sup>。金融デリバティブ取引も盛んに行われている<sup>(二六)</sup>。学生やサラリーマンが興ずる賭け麻雀程度は、安らかな社会生活の維持に別段支障とならない<sup>(二七)</sup>。近時の統合型リゾート（IR）推進法の成立は、社会が賭博を害悪視していないことを示しているとも評価しうる<sup>(二八)</sup>。小谷の指摘が正当であるとしても、その後国民の意識は変化しているから、その変化を踏まえて保護法益を論じるべきである。

## 3. 捜査実務

賭博事犯に対する捜査実務のあり方についても、二点言及しておこう。

第一に、旧刑法において単純賭博は現行犯の場合にのみ検挙可能であったが、現行法においては非現行犯の場合であっても検挙可能となった。密行して行われる暴力団等による賭博を検挙するためであろう<sup>(二九)</sup>。現行法施行以降も捜査実務は長らく現行犯検挙を原則としてきたが、例えば東京地検は一九六四年以降、現行犯と非現行犯とを区別せずに検挙する方針へと踏み切った<sup>(三〇)</sup>。しかし、非現行犯検挙を当然視することに対しては疑問が提起されている。佐藤幸雄は、(一) 非現行犯検挙が原則であるかのように考えられること、(二) 端緒の把握が容易な事件の検挙に走

りがちなこと、(三) 日時の経過によつて記憶が薄れている供述証拠に頼らざるをえず、犯行後の工作によつて事件内容を変えられる危険性があること、(四) 時効完成前であつても、日時があまりに経過したものは、賭客はもちろん開帳者にとつても酷であることを問題点として挙げて、「あらゆる事件が、唇からの証拠を排し物証へと轉換を迫られている今日、唇だけに頼る非現行犯の検挙は早晩行き詰まらざるを得ない」と、現行犯検挙の原則へと回帰すべきであると主張する(二二)。

第二に、第一のような疑問点はあるものの、総合的に見ると、従来の捜査実務はおおむね適切であつたと思われる。組織的に行われる賭博を中心として検挙して、内輪のみによつて行われる些細な賭博には目を瞑つてきた(稀に芸能人が賭け麻雀によつて逮捕された旨の報道(二三)に接する程度である)が、法を機械的に適用せず、状況に応じて臨機応変に適用する弾力的な捜査実務は、限られた人員と予算とを考慮に入れると(二四)、評価に値する。現実を無視した建前論の形式的な解釈適用は、かえつて国民の遵法意識を鈍磨させかねないのである(二五)。しかし、弾力的な運用は悪くいえば恣意的な運用であつて、かえつて汚職等の原因となる可能性を否定できない(二六)。警察が通常は賭け麻雀等を黙認しておきながら選択的に摘発するという運用は、法の支配の見地から適切とはいひ難い(二七)。恣意的・選択的な法執行を排除するためには、保護法益を明らかにして、検挙すべき行為とそうでない行為との区別を明白に示すべきである。

### 三. 保護法益論

以上の諸問題を念頭に置いて賭博罪の保護法益について検討するが、先にわが国の賭博罪規定とドイツのそれとの相違を示して、争点を整理しよう。

まず、両国の規定の相違であるが（二七）、第一に、ドイツ刑法は「官庁の許可なく」賭博（および富くじ）を行つた者を処罰の対象としている。第二に、ドイツ刑法は賭博（および富くじ）罪の成立に公然性を要求している。第三に、ドイツ刑法は常習賭博罪や博徒結合罪を正面からは規定していない。第四に、ドイツ刑法は公然の賭博（および富くじ）の宣伝を処罰の対象としている。

第一については、特別法によつて公営ギャンブルや宝くじが認可されている以上、わが国の規定においても「公認されない限り」という書かれざる構成要件要素の存在を想定できるから、実質的にはドイツと同様であると評価できる（二八）。第二については、わが国においては特定少数による賭博も理論上は処罰の対象となるから、ドイツよりも処罰範囲は広いと評価できる（二九）。第三についても同様に見える。第二、第三のようになっているのは、わが国の規定が、悪質な賭博行為は密行的に行われることを、あるいは暴力的・職業的な賭博集団である博徒の弊害が大きいことを考慮したからであろう（三〇）。ただし、デリバティブのように密行性とは無縁な射倖的取引が存在すること（三一）、ドイツにおいても「団体で又は賭博を常習的に行う閉鎖的集団での賭博」は公然と行われたものとされる（二八四条二項）ことに注意を払わなくてはならない。第四については、ドイツのほうが広範な構成要件を設定していると評価できる。以上の相違に留意すれば、ドイツの議論はわが国にとつて参考となるであろう。

次に、争点を整理すると次のとおりである。わが国においては、大きく風俗犯説と財産犯説とに見解が分かれている。前者が判例・通説であるが、副次的な法益として、財産的な危険、個人の退廃、関与者の退廃、付随的犯罪等を考慮するアプローチも有力である（三一）。これに対して先進諸国においては、個人によつて意見が分かれる倫理観ではなくて、国民が健全かつ安全に遊興を楽しむことができる環境の整備、および国民の保護を重視する見解が主流である（三二）。ドイツにおいては当初、（一）賭博に対する需要を過度に刺激することを阻止する、（二）国家的コントロールによつて秩序適合的なゲームの進行を保障する、（三）私的あるいは営業上の利益を目的とする自然な賭博欲求の

利用を阻止する、(四) 公益目的の資金調達のために賭博からの収益を引き出す、という四つの保護目的が考慮されていた(三四)。これらを敷衍して、以下、諸見解を検討する。

## 1. 風俗犯説

わが国の判例・通説によれば、賭博罪の保護法益は健全な経済的秩序(勤労の美風)である。かつて最高裁は次のように判示した。

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、単なる偶然の事情に因り財物の獲得を僥倖せんと相争うがごときは、國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(憲法第二七条一項参照)を害するばかりでなく、甚だしきは暴行、脅迫、殺傷、強姦盜その他の副次的犯罪を誘発し又は國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参照)、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(傍点引用者)(三五)。

副次的犯罪の誘発防止が考慮されていることに注目すべきであるが、それはさておき、この叙述に表れている判例・

通説の立場は次のように分析されている。

たしかに、自分の財産をどのように処分しようとも、それが他人に迷惑を及ぼさないかぎり、法の干渉を受けるべきではないし、多少の賭けごとは、日常生活を活性化するものとして許容されてもよいはずのものであるが、しかし、賭博のように、偶然の勝負によつて財物を得喪することを大幅に許容すると、勤労意欲を失い正業を怠るようになり、ひいては賭金の獲得または借金の返済のために犯罪に走る原因ともなりかねない。そこで、賭博罪は、公の秩序、善良の風俗を侵害する罪、つまり、社会的法益に対する罪として把握されることになる。そして、刑法も、これを社会的法益を侵害する罪の一種として規定しているのである（三六）。

射倖本能のおもむくところ、この種の行為への耽溺は、やがて人の勤労意欲を麻痺させ、かれを頹廢の淵へと誘つてやまない。しかも、その伝播性と徒党性とは、たやすく公衆を同様の頹廢へと導き、ついには正業を抛つた多くの人々を無頼の遊民と化するにいたる。その間、殺傷賊盗など、他の犯罪を誘発するおそれも軽視できない。かくしてそれが社会の良俗を害すること甚だしく、経済社会の正常な発展にとつてゆゆしい脅威であることはいふまでもなからう。經驗的に実証しうるかような弊害に即してこそ、賭博・富籤罪の本質は理解されなければならぬ。現行法の体系的な位置づけもこの見地に副つている（三七）。

なお、ドイツにおいて経済的秩序を保護法益とする見解も、賭博が非生産的な活動であることを前提としており（三八）、蔓延する、また自制心なく追求される賭博癖によつて経済および労働道徳が危殆化されて、労働が疎遠なものとなることを問題視している（三九）。



わが国の現行刑法典が賭博罪を社会的法益に対する罪に分類していることからすると、風俗犯説は素直な解釈を示していると同評価できる。しかし、風俗は侵害対象としての実体が明らかでないから、刑法が保護する法益として適切であるかは疑問である<sup>(四〇)</sup>。平川宗信は、賭博罪は勤労風俗環境を保護しているが、そのような精神的社會環境は保護法益としての適格性を欠くから、個人の具体的利益の見地から賭博罪の保護法益を再構成すべきであるという<sup>(四一)</sup>。また、賭博が経済および労働道徳を危殆化することは（個別的にそう解釈できる事例はあるとしても）実証困難である<sup>(四二)</sup>。そして、賭博は下品な、非難されるべき行為であるという立場は、浮き世離れた、時代錯誤的な発想に基づいていないか<sup>(四三)</sup>。どのようにして財産を入手すべきか、入手した財産を何に、どのように使うべきか、および労働すべきかは、個人の判断に委ねられてよい<sup>(四四)</sup>。現代社会においては、株屋や相場師のように、価値を創出し、ない労働によつて収入を得ること自体は否定されていない<sup>(四五)</sup>。できるならば榮をして金を稼ぎたいと考える者は決して少なくないであろう。そのような心算は道徳的に感心できないことではあつても、刑罰をもつて対処すべきことではない。

## 2. 国家のコントロール権

ドイツにおいて、かつてRGやBGHは、人の自然な賭博欲求を経済的に搾取することから国民を保護するために、国家的なコントロールが必要であると判示した<sup>(四六)</sup>。確かに一定の説得力を有する見解である。わが国においても、公営ギャンブルには国家的なコントロールが及んでいるとしばしば指摘され、また近時のIR推進法をめぐる議論においても、カジノ等を真摯に運営しようとする地方自治体の切実な思いを看取できるから、彼らのコントロール権を尊重することには合理性が認められる。

しかし、国家のコントロール権それ自体は具体的な保護目的を示していない。Feldmann は賭博罪と環境犯罪とが類似していることを指摘した上で、環境犯罪の保護法益は国家のコントロール権ではなくてあくまでも環境であつて、保護に値する利益と官公庁による許可の有無とは無関係であるという<sup>(四七)</sup>。国家的なコントロールは、より具体的な目的を達成するための手段にすぎないのである<sup>(四八)</sup>。賭博の国家的なコントロールが重要であるとしても、それが目的としている具体的な利益を想定しなければならない。

### 3. 財産犯説

ギャンブルの国家的なコントロールによつて保護される利益として、国民の財産を挙げる事ができる。平野龍一は次のように述べる。

怠惰浪費の弊風を除き、勤労の美風を養うのは、国民教育の任務ではあつても、刑罰の本来の任務ではないのではなからうか。それだけでなく、偶然の事由によつて賞金を得ることは処罰されないものであるから、必ずしも勤労によらないで経済的利益を得る行為がすべて経済倫理に反するとして処罰されるわけではない。おそらく、射倖を望んで金を賭け、財産上の損害を受けること、あるいは他人の射倖心につけこんでその人の財産に損害を与えることを処罰するものだというべきであろう。その意味では財産に対する罪ということが出来る。しかし、このように、賭博は自分の財産に損害を与える行為あるいは同意のある他人の財産に損害を与える行為である。したがつて、現行法のようにすべての賭博を処罰するのは疑問である。賭博がそれ自体、経済倫理に反し処罰に値する行為であるならば、競馬や競輪などが、国家や地方自治団体の財政上の理由とはいえ、法律で認められて

いるのは奇妙なことだといわなければならない（四九）。

風俗犯説に認められるリーガル・モラリズムを否定する平野の主張は示唆に富んでおり、謙抑主義の見地から高く評価できる。かつてわが国の判例も、実際に財産犯的要素を考慮したことがあつた（五〇）。現行刑法典の体系との関係においていうならば、公営ギャンブルは賭博による収奪から国民の財産を守るといふ公共的公益を実現している（五一）、財産犯説とはいつても他人の財産に損害を与える行為は公衆に對する罪として補足可能である（五二）、という指摘はより注目されてよい。ドイツにおいても、操作的な方法によるプレイヤーの財産の危殆化を阻止することは一般的に承認されるとして、同様の見解が有力に主張されている（五三）。

しかし財産犯説は、少なくともプレイヤー本人の財産に着目する限り、行きすぎたパターナリズムであるという批判を免れないであろう（五四）。クレジットカードを利用した過度なショッピング、リスクがある投機取引の遂行等が許容されている以上、欲する者に損害はない（*volenti non fit iniuria*）といわれるように、自由意思による財産の危殆化を問題視すべきでない（五五）。他者の権利を侵害しない限り、意味がない財産の浪費であつても、それは不可罰でよい（五六）。また財産犯説によれば、自殺が不可罰であるにもかかわらず、なぜ自己の財産の危殆化が可罰的でなければならないのか、説明困難である（五七）。財産犯説を主張するFeldmann自身も、財産保護を重視する見解は、ゲームに操作が加えられた場合や病的な中毒の場合等、非意図的・非自由意思的な財産の損失がある場合にのみ妥当するから、秩序適合的なゲームへの自由意思による財産投入のような、自己答責的な財産の危殆化は賭博提供者の処罰を基礎づけないと述べている（五八）。自己の財産ではなくて他人の財産に損害を与える行為が問題であるとしても、その相手方の同意があるならば、自己の財産の場合と同様に、パターナリスティックな介入をすべきでない。また、公営ギャンブルも私的賭博も、どちらも財産を危殆化するという点において異なるところはない。実際に、公営ギヤ

ンブルによって財産を喪失する者は多数存在している（五九）。官公庁の許可要件それ自体は財産保護に役立たないものである（六〇）。

#### 4. 国民の健康

Mines によれば、賭博罪の保護法益は国民の健康である。彼はまず、基本法二条二項一文を引いて、住民の健康的利益を維持することは国家の義務であるから、健康保護は、営業および職務遂行の自由に対する制限を許容する正当化事由であるという。彼は次に、ドイツ刑法三二六条一項が危険な廃棄物の無許可取扱いを、三二四条が公共にとって危険な害毒を、麻薬法が麻薬を規制していることを挙げて、これらの規定は国民の健康を基礎に置いていると指摘する。そして、麻薬犯罪との対比において次のようにいう。賭博への参加は、ドラッグの消費と同様に、病理的な中毒行動を導く。確かに、賭博と麻薬とは同一でない。麻薬と比較すると、賭博によって中毒が生じる蓋然性は低い。しかし賭博は、より弱い程度には国民の健康を侵害するから、賭博中毒の抽象的危険はあらゆる潜在的なプレイヤーを脅かす。単に個々人の健康ではなく、社会それ自体を目的とする集合的法益が想定されねばならない。（非合法）賭博への参加には、個々人の自己答責性における自己危殆化の枠内に収まりきらないものがある（六一）。わが国においても類似する指摘がないわけではない。原田保は次のように述べる。

賭博行為自体は経済的自損行為であるが、これによって個人が経済的に破綻し、取引関係における法的主体としての適格性を事実上喪失してしまうことがしばしばあること、そして、賭博が容易に人を誘惑し、深入りさせてしまう性質のものであること、という点で、賭博には薬物と共通の性質がある。そうすると、生産・流通・消

費という経済過程の維持のため、人々がこの過程から逸脱することを防止することが賭博罪の趣旨であり、同罪は薬物犯罪と並んで国家・社会の健全な構成員の維持を保護法益とするものであると理解することが望ましい(六二)。

国民の健康を基礎に置く見解には説得力があるが、この見解にとつては、公営ギャンブルの存在がネックとなる。原田は続ける。

しかし、今日の状況下では右のように理解することはできない。公営賭博の存在がこれを妨げているからである。公営賭博はその規模において、従つてまたその害において、国内で行われている賭博のうち最大のものであるといえよう。このような状況下では、「賭博行為は原則的に違法であるが、公営賭博は刑法三五条により例外的に違法性が阻却される」などという議論はおよそナンセンスである。違法性の推定は「通常は違法である」ような行為についてなし得るのであるから、公営賭博も含めた賭博行為一般を賭博罪の構成要件該当行為であるとすれば、同罪の構成要件は違法行為類型たる意義を持ち得ない。刑罰執行や医療行為においては、被害者がその侵害の忍受を義務付けられ、あるいは、害を最小限にすべく配慮がなされた上でその害を上回る利益が予定されており、これが違法性阻却の根底にあるとするならば、公営賭博にはかような要素が全くなく、人々の経済的損失について違法性を阻却するに足る実態が存在しないことは明らかであろう(六三)。

公営ギャンブルには、馬匹の改良や国家財政への寄与等、社会的に有用な側面が認められるから、その害を上回る利益がまったくないかについては検討の余地があると思われるが、その点を除けば、原田の指摘は的を射ている。一方で建前としては賭博を禁止して、他方で国家が自ら賭博を主催している現状を正当化する言説は説得的でない。

自己答責的でない病的な依存症の場合等を除けば<sup>(六四)</sup>、結局、健康を重視する見解もパターンリズムに基づいているから、財産犯説と同様に、支持しがたいと思われる。また、国民の健康を基礎に置くと、賭博と同様に依存症の危険があるアルコールが処罰の対象となっていないにもかかわらず、賭博のみが処罰の対象となっている現状を説明できない<sup>(六五)</sup>。他者の健康に対する侵害が問題であるとしても、その他者の同意があるならば、やはりパターンリズムステイックな介入をすべきでないし、そもそも公営ギャンブルも私的賭博も、どちらも健康を危殆化する点において異なるところはない。賭博依存症に対して確固たる対応策とセーフティネットとを整備することは先進諸国において常識となっているが、依存症を誘発しうるわが国の公営ギャンブルにおいて、現状、対策は不十分であるといわざるをえない<sup>(六六)</sup>。特に賭博については、麻薬どころか、禁止されていないアルコールと比較しても依存症対策が遅れているから、賭博の国家的なコントロールによって健康を保護するという主張は通用しない。

## 5. 不正の防止、公正なゲーム

以上より、風俗、財産、健康は賭博罪の保護法益ではない。そもそも、賭博は風俗、財産、健康を害すると国家がいうならば、それを国家（に準じる団体）が主催することには矛盾があるから、公営ギャンブルの存在を許容する限り、風俗、財産、健康を賭博罪の保護法益と解することはできない。ドイツの国家的なLotto-Toto協会の存在を前提として、「プレイヤーの財産を二八四条の保護法益と解するならば、少なくとも現在の（そして数年来の）国家的実務は違法なものと思なされるはずである」<sup>(六七)</sup>とMintasはいうが、この叙述は、公営ギャンブルが存在するわが国において、財産だけでなく、風俗にも健康にも妥当するであろう。現行の体制を前提とする限りは、公営ギャンブルの存在と矛盾しない保護法益を想定するしかない<sup>(六八)</sup>。

ドイツの判例等が、賭博罪は「人間の自然な射倖心を不法な搾取から守る」<sup>(六九)</sup>という場合の「不法な搾取」は、主として操作的な方法、端的にいうとイカサマを示している。確かに、詐欺的手段による搾取行為の当罰性は高いから、この見解には説得力があるように見える。

しかし、詐欺賭博事件に対してわが国の判例が一貫して詐欺罪を適用していることを考慮すると<sup>(七〇)</sup>、詐欺的手段の抑止は詐欺罪の任務であつて、賭博罪の本来的任務ではないと思われる<sup>(七一)</sup>。また、イカサマ等を抑止する目的がプレイヤーの財産保護であるならば、財産犯説に対する批判がこの見解にも妥当する。さらに、イカサマは「詐欺の前哨戦における犯行 (Delikt im Vorfeld des Betrugs)」と評されるが、それを賭博罪において問題視すると、なぜ「前哨戦」を処罰する必要があるのか、刑法的保護を前置させることは予防警察的ではないか、詐欺未遂との区別が不明確とならないか、という疑問を禁じえない<sup>(七二)</sup>。

この点、山中敬一は、賭博罪の趣旨は賭博行為を国家のコントロール下に置いて、不正な運営の印象を防止して、公認された賭博制度に対する公共の信頼を保護することであるという<sup>(七三)</sup>。この見解は、公共の信頼を保護法益と解することによつて、わが国の現行刑法典の体系と矛盾がない理解を示している。しかし、「信頼」なる概念がどこから、どのようにして導出されるのか、説明が不十分である。また、確かに国家による運営は公正であると一般的にはいえるが、公営ギャンブルであつても八百長等を仕込むことは不可能ではない<sup>(七四)</sup>。さらに、公正なゲームを望むのであれば、むしろ運営を民間の競争に委ねたほうが、不正な主催者は自然淘汰されるから、信頼は増すのではないか。ギャンブルは悪であるという考えはもはや時代錯誤的であるから、(もちろん然るべき制約の下で) 自由な競争によつてレジャー産業を発展させるほうが、今日においてはかえつて健全である<sup>(七五)</sup>。



## 6. 付随的犯罪や組織犯罪の抑止

賭博は、例えば暴行や資金洗浄のような、付随的犯罪や組織犯罪を誘発することが多いから、それらを抑止するところが賭博罪の任務であると考えられる（七六）。わが国においても、先に引いた判例が、副次的ながらこれらの点を考慮していた（七七）。暴力団の資金源の相当の部分は賭博によるものであつて、これを絶つことに賭博罪の今日的存在理由があるとも指摘されている（七八）。

しかし付随的犯罪については、それと賭博とのつながりはあくまで間接的なものにすぎない（七九）。麻薬犯罪においても同様の議論が展開されているが、付随的犯罪の抑止は適切な法益を示していない（八〇）。例えば暴行を抑止することは暴行罪の任務であつて、賭博罪の本来的な任務ではない。自己答責性原理は、ある犯行とそれ以外の犯行との不可避的な結合と対立するのである（八一）。また、賭博が組織犯罪の典型であるかについては疑問の余地があるし、賭博罪において組織犯罪が問題となるとしても、賭博罪が組織犯罪から何を保護しているかを具体的に示さなくてはならないであろう（八二）。賭博が暴力団の資金源となることが問題であるとしても、米国禁酒法が地下組織に巨額の富を与えた歴史を顧みれば、禁止によつてむしろ利益を独占させる側面すらある（八三）。付随的犯罪や組織犯罪の抑止を保護法益と解することはできない。

## 7. 国家財政

以上で検討した諸見解を採りえないとすれば、原田による次の指摘は正鵠を射ていると思われる。



かようにして、公営賭博の原則の「原則」である現状に鑑みれば、賭博罪において経済過程の維持が考慮されているとは認められず、国家・自治体は「賭博開帳権」を独占的に有しており、賭博罪はこの独占を侵害する私的賭博を処罰対象とするものであると解するのが、現在の状況の法的説明として適切である。即ち、賭博罪の保護法益は国家・自治体の賭博開帳権であつて、同罪は社会的法益に対する罪と呼び得るものではない（八四）。

保護法益は賭博開帳権であるというのみでは、保護法益は国家のコントロール権であるというに等しいから、賭博開帳権を独占する目的を示すべきであろう。それは、国家の財政、国家の徴税権を確保するためではないか（八五）。ここで萩野寛雄の研究に依拠して、わが国の公営ギャンブル（特に競馬）の歴史を概観しよう。

戦後、戦災復興、食糧増産等のために国家財政が困窮したことから、新財源としての公営ギャンブルが芽吹くが、ギャンブルを税源外の財源として利用する仕組みは、戦前から存在する競馬事業を雛型としていた。競馬は、わが国においては永らく十分には定着しなかったが、政府は帝国主義時代、軍事目的からこれを振興する。馬匹の水準は陸軍力に直結するからである。その後、競馬事業は戦時体制への移行を通じてその性格を変容させる。昭和四（一九二九）年、昭和六（一九三一）年に相次いで競馬法は改正されて、馬券の売上にかける政府納付率が引き上げられた。その後、さらなる効率化を達成するために、民間において自治的に経営されていた八つの競馬倶楽部は一つの「日本競馬会」に再編成されて、さらに政府納付率は引き上げられた。そして昭和十七（一九四二）年の馬券税法によつて、財源獲得ツールとしての競馬事業が完成する。戦後、軍事上の必要性が低下したこと、道具としての馬はほぼ姿を消したことから、馬の競走を公的に行う名目は形骸化していると思われるが、競馬が公営（地方競馬）および半公営（中央競馬）によつて運営されている現状を認めるに、ギャンブルの財源利用システムは現在もなお継続していると評価できる（八六）。

明治二三（一八九〇）年の改正刑法草案は、「公ノ場所ニ於ける賭博行為の現行犯」を刑事規制の対象としており、説明書によれば、「相互ノ契約ヲ以テ自己ノ財産ヲ處分スルニ過キサルモノ」云々の記載があつた（八七）。この草案が採用されなかつたことから、現行法は風俗犯説に立脚していると解しうるが、それは公営ギャンブルが導入される以前の話である。繰り返し指摘しているように、公営ギャンブルの存在と、賭博は風俗等を乱すという主張とは両立しない。財源として競馬事業を利用したときから、端的に国家財政のために私的賭博を処罰するようになったと理解することが自然である。そのとき、一般的な賭博罪処罰の建前は崩れた、あるいは建前と本音とが食い違つたのである。そのことが恣意的な法執行を生む一因となつてゐることも否めない。

賭博を一般的に禁止するならば、諸事業の財源は税によつて確保すべきであつて、賭博によつて賄うべきでないといふ批判されるであろう（八八）。そのとおりであるが、残念ながらわが国は財源獲得のために公営ギャンブルを運営してゐるのである。また、賭博それ自体は国家財政を侵害しないから、なぜ私的賭博によつて国家財政が危殆化されるかが明らかでないといふ批判もあるであろう（八九）。しかし私的賭博は、本来であれば国庫に入つたであろう収益を失わせてゐる。現在の賭博罪はまさにそのことを問題視してゐるのである。

なお、この見地から「一時の娯楽に供する物」の意義を考えると、国家財政にさしたる影響を与えない少額の私的な賭博を許容するために設置された但書であると解することができるから、賭されたものが金銭であるか否かを問ふ必要はないこととなる反面、国家財政に影響を与えうる多額の金銭を賭する場合や、内輪にとどまらず組織的に実施されて、結果的に多額の金銭が投入される賭博の場合には、当該行為は可罰的となるであろう（九〇）。

#### 四、結論

法益論に関する概括的な検討、および経済刑法・環境刑法等との関係を意識した十分な検討には至らなかったが、筆者の主張の主たる部分を列挙して、本稿を閉じる。

- ・ 公営ギャンブルが存在している以上、賭博罪の保護法益を風俗、財産、健康と解することはできない。賭博は風俗、財産、健康を害すると国家がいうならば、国家（に準じる団体）が賭博を主催することは背理となる。
- ・ 保護法益を国家のコントロール権と解することはできない。国家的なコントロールが重要であるとしても、何のために賭博をコントロールするかという具体的な目的を提示しなければならない。
- ・ 保護法益を公正なゲームと解することはできない。詐欺賭博の抑止は賭博罪ではなくて詐欺罪の任務であり、また、公正なゲームの目的がプレイヤーの財産保護であるならば、財産犯説に対する批判がこの見解にも妥当する。
- ・ 保護法益を付随的犯罪の抑止と解することはできない。例えば暴行の抑止は賭博罪ではなくて暴行罪の任務であるように、付随的犯罪はそれに対応する固有の構成要件によって抑止されるべきである。
- ・ 保護法益を組織犯罪の抑止と解することはできない。組織犯罪が問題であるとしても、何のために組織犯罪を抑止するのかという具体的な目的を提示しなければならない。賭博が暴力団の資金源となることが問題であるとしても、米国禁酒法の歴史を顧みれば、その禁止が確実に有効な手段であるとは限らない。
- ・ 公営ギャンブルを財源獲得ツールとして運営している現状からすると、矛盾が生じない解釈は「国家の財政」しかない。国家財政にさしたる影響を与えない、少額を賭すにとどまる賭事は、「一時の娯楽に供する物」に該当するから、賭博罪を構成しない。

なお本稿は、二〇一六年度科学研究費補助金（課題番号16H0283）による研究成果の一部である。また間接的ながら、二〇一六年度早稲田大学特定課題研究助成費（課題番号2016K-349）による研究結果も反映されている。

- (一) 拙稿「判例における賭博罪の限定法理に関する覚書」本誌六〇号（二〇一六年）八一頁以下。なお本稿においては、原則として刑法一八五条の構成要件に該当する行為を「賭博」と称するが、文脈によって徹底できていない箇所もある。
- (二) 例えば、内田文昭・長井圓「性表現と刑法」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系 第四卷 社会生活と刑罰』（一九八二年）二五七頁以下。
- (三) Vgl. Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 52.
- (四) 松原芳博『刑法各論』（二〇一六年）五一〇頁。
- (五) 小暮得雄「賭博及び富籤に関する罪」団藤重光編『注釈刑法（4）各則（2）』（一九六五年）三二七頁。同「現代における賭博罪の意味をめぐって」『ジュリスト』四五三号（一九七〇年）五三頁。
- (六) 谷岡一郎「スポーツを対象とする違法賭博」『法学研究』八四卷九号（宮澤追悼、二〇一一年）五二二頁。ただし谷岡は、ギャンブルそのものの解禁を志向しているようである。またこの点、賭博癖が多かれ少なかれ人の射倖本能に属する限り、単純賭博の処罰に実効性があるかは疑問であり、むしろより多くのものを失うことが懸念される（小暮・前掲ジュリ 五五頁）。
- (七) 小谷文夫「ギャンブルと刑法」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系 第四卷 社会生活と刑罰』（一九八二年）二四八頁。
- (八) 小暮・前掲注釈刑法三二七頁、同・前掲ジュリ五三頁。なお、墨谷葵「賭博罪」西原春夫ほか編『刑法学6《各論の重要問題Ⅲ》』（一九七八年）二〇四頁。
- (九) 山口厚『刑法各論』（第二版、二〇一〇年）五六六頁、中森喜彦『刑法各論』（第四版、二〇一五年）二五〇頁。
- (一〇) 山中敬一『刑法総論』（第三版、二〇一五年）五九九頁。
- (一一) 曾根威彦「賭博（一八五条）」『法学教室』一四〇号（一九九二年）三五頁、松原・前掲五〇九―五一〇頁。
- (一二) 林幹人『刑法各論』（第二版、二〇〇七年）四一三頁。
- (一三) 小谷・前掲二四二―二四三頁、二四七頁。

- (二四) 宮澤浩一「賭博及び富くじに関する罪」平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究2 各則』(一九七三年)二七八頁。
- (二五) 谷岡・前掲五四〇―五四一頁。
- (二六) 金融「デリバティブ取引と賭博罪との関係について、佐久間修『最先端法領域の刑事規制』(二〇〇三年)二五四頁以下。
- (二七) 齋藤信治『刑法各論』(第四版、二〇一四年)二七八―二七九頁。
- (二八) 松原・前掲五一〇頁。ただし、IR候補地の住民等からは相応の反発が生じているから、同法成立の一事のみをもって、実際の社会が賭博を許容していると断定できない。
- (二九) 小谷・前掲二二七―二三八頁。
- (三〇) 佐藤幸雄「賭博犯罪の現状と周辺の諸問題」『法律のひろば』二四卷九号(一九七一年)一六頁。
- (三一) 佐藤・前掲一六一―一七頁。
- (三二) 例えば、朝日新聞一九九八年二月二日夕刊。漫画家・タレントの蛭子能収が現行犯逮捕された事件。ただし本件において、警察は暴力団関係者が関与している旨の情報を入手していたという。
- (三三) 小谷・前掲二四九頁。
- (三四) 墨谷・前掲二〇四頁。
- (三五) 須藤純正「デリバティブと賭博罪の成否(3)」『法学志林』一一〇卷三号(二〇一三年)一九頁。
- (三六) 松原・前掲五一〇頁。ただし、恣意的な運用が許容されないことは当然であるが、例えばスピード違反の取締りがそうであるように、すべての違法行為を検挙することは現実的に不可能である。
- (三七) 便宜のためにドイツ刑法の条文を掲げる。

**第二八四条(賭博の無許可開催)** ① 官庁の許可なく、公然と賭博を行い若しくは主催し又はそのための設備を用意

した者は、二年以下の自由刑又は罰金に処する。

② 団体で又は賭博を常習的に行う閉鎖的集団での賭博も、公然と行われたものとする。

③ 第一項の場合に、

1 業として、又は

2 これらの行為を継続的に行うために結成された集団の構成員として行為を行なった者は、三月以上五年以下の

自由刑に処する。

④ 公然の賭博（第一項及び第二項）の宣伝をした者は、一年以下の自由刑又は罰金に処する。

第二八五条（無許可賭博への関与） 公然の賭博（第二八四条）に関与した者は、六月以下の自由刑又は一八〇日以下の罰金に処する。

第二八六条（資産刑、拡大収奪及び没収） ① 第二八四条第三項第二号の場合に、第四三条 a、第七三条 d が適用されるものとする。第二八四条第三項第一号の場合にも、第七三条 d が適用されるものとする。

② 第二八四条及び第二八五条の場合に、賭博のための設備、及び、賭博台の上又は胴元にあつた金銭は、これらが判決時に正犯又は共犯に属するときは、没収される。その他の場合は、物を没収することができる。第七四条 a が適用されるものとする。

第二八七条（金銭又は物を賭けた富くじの無許可開催） ① 官庁の許可なく、公然の金銭富くじ又は動産若しくは不動産の富くじを開催した者、特に公然の金銭若しくは物を賭けた富くじの賭博契約の締結を申し込み、又は、賭博契約の締結に向けた申込みを承諾した者は、二年以下の自由刑又は罰金に処する。

② 金銭又は物を賭けた公然の富くじ（第一項）の宣伝をした者は、一年以下の自由刑又は罰金に処する。

翻訳は、法務省大臣官房司法法制部司法法制課『ドイツ刑法典（法務資料四六一号）』（二〇〇七年）による。なお二八六条一項一文について、四三条 a は二〇〇二年三月二〇日、基本法一〇三条二項との関係において、連邦憲法裁判所から違憲無効判決を受けている (BVerfGE 105, 135)。

(二八) 山中敬一『刑法各論』（第三版、二〇一五年）七〇九頁。なお山中は公営ギャンブルについて、法令行為として違法性が阻却されるとどまるものでなく、すでに構成要件該当性が否定されると解する。

(二九) 林弘正『改正刑法假案成立過程の研究』（二〇〇三年）三七六一―三七七頁によれば、明治二三（一八九〇）年の改正刑法草案においては、「公の場所における賭博行為の現行犯」が問題とされていた。

(三〇) 小谷・前掲二三三―二三四頁。

(三一) 須藤・前掲二〇頁。

(三二) 小暮・前掲ジュリ五四頁。後掲注（三五）の最高裁判例も参照。

- (三三) 美原融「カジノ合法化を考える④」日本経済新聞二〇一四年一月六日朝刊。近時、IR推進法をめぐって頻繁に議論の俎上に載せられているカジノについても、それは成人個人の責任の下で為す遊興であって、確実な制度、規制があれば、犯罪とは無縁の健全な社会的エンターテイメントであるという。
- (三四) Bf-Drucksache 13/8587, S.67. 可罰的な Glücksspiel と不可罰的な Wette との相違について、佐久間・前掲二五七頁。
- (三五) 最大判昭二五・一一・三二刑集四卷一一号二三八〇頁。
- (三六) 川端博『風俗犯論』(二〇〇九年)一七〇頁。ただし同書においては、「風俗と制度」という画期的な構想が示されている(はしがき一頁)。
- (三七) 小暮・前掲注釈刑法三二八頁。
- (三八) Laila Mintas, Glücksspiel im Internet, 2009, S.91. ただし Mintas は風俗犯説に立脚していない。
- (三九) Heinz Gerd Goldmann, Die behördliche Genehmigung als Rechtfertigungsgrund, 1967, S.200ff. ドイツの賭博罪は経済秩序を乱す罪であるとするのは、佐久間・前掲二五九―二六〇頁。
- (四〇) Hefendehl, a.a.O., S.52.
- (四一) 平川宗信『刑法各論』(一九九五年)二八一頁以下(特に二九一頁、三〇二頁)。さらに平川は、軽犯罪法一条四号「生計の途がないのに、働く能力がありながら職業に就く意思を有せず、且つ、一定の住居を持たない者で諸方をうろついたもの」、同二三号「つじぎをし、又はこじぎをさせた者」についても言及する。これらの罪の保護法益が賭博罪と同一であるかは興味深い。
- (四二) Moritz Feldmann, Die Strafbarkeit privater Sportwettenanbieter gemäß §284 StGB, 2010, S.38.
- (四三) Feldmann, a.a.O., S.38.
- (四四) 林幹人・前掲四一二頁。
- (四五) Mintas, a.a.O., S.92.
- (四六) RGSt 65, 194; BGHSt 11, 209. Vgl. Andreas Volkhubel / Christian Bunke, Rechtsfragen der Sportwette, 2002, S.16.
- (四七) Feldmann, a.a.O., S.41.
- (四八) Mintas, a.a.O., S.96.
- (四九) 平野龍一『刑法概説』(一九七七年)二五〇―二五一頁。

- (五〇) 大判昭四・二・一八法律新聞二九七〇号九頁。
- (五一) 佐久間・前掲二五九頁。
- (五二) 平野・前掲二三九頁。なお墨谷・前掲二〇三頁。
- (五三) Feldmann, a.a.O., S.40; Wolfgang Mitsch, Strafrecht BTr2, 2001, S.416f.
- (五四) 松原・前掲五〇九頁、山中・前掲各論七〇八頁等。
- (五五) Mintas, a.a.O., S.89.
- (五六) Feldmann, a.a.O., S.43. パターナリズムを重視するとしても、財産の自己加害行為までをも処罰する合理的根拠は乏しい(西田典之『刑法各論』「第五版、二〇一〇年」三八九頁)、行為の個人的側面に着目するならば、賭博は自由な処分意思によって自己の財産を処分する行為であるから、財産犯を構成するというよりも、むしろ犯罪を構成しないとも解しうる(川崎一夫『刑法各論』「増訂版、二〇〇四年」三八八頁)等とも批判されている。
- (五七) Mintas, a.a.O., S.89.
- (五八) Feldmann, a.a.O., S.40f.
- (五九) なお賭博においては、長期的には胴元が損失を被ることがないようにゲームがコントロールされているといわれるが、特定の下では期待値が一〇〇%を超えることがある以上(谷岡一郎「ギャンブルの情報学」『情報処理』五三巻二号「二〇一二年」一二一―一二二頁)、賭博によって必ずプレイヤーが損をするとはいえない。またドイツを念頭に置いた話題となるが、通常の賭博提供者の行為はあくまでも提供であつて、固有の意味における搾取とは異なるから、職業の自由が保障する範囲内であれば、それは許容されるといわれる(BVerfGE 115, 276. Vgl. Feldmann, a.a.O., S.38)。
- (六〇) Mintas, a.a.O., S.90は、「許可された賭博と無許可賭博とに異なるところはない」という。
- (六一) Mintas, a.a.O., S.106ff. さらに彼は、ドイツのスポーツ投票において、一二%の少年が中毒行動を示しており、うち三〇%が一〇ユーロまで、一三%が二〇ユーロまでの金銭を、毎週Oddsetに投入しているというデータを示して、青少年の健康保護についても配慮を払う。Vgl. BVerfGE 90, 145.
- (六二) 原田保『刑法における超個人的法益の保護』(一九九一年)二五〇頁。
- (六三) 原田・前掲二五〇―二五一頁。



(六四) 林幹人・前掲四一二頁は、賭博癮を持つ者を精神障害者と同一視できないと述べる。ただし、病的な賭博中毒については、自己答責的な財産の危殆化とはいえない場合があるから、この限りではないであろう。

(六五) 須藤・前掲二三頁。

(六六) 美原・前掲新聞記事。確かに、公営ギャンブルには国家的なコントロールが及んでいるが、わが国における依存症対策等はおお不十分である。多くのプレイヤーはレジャーとして、ささやかな息抜きのために、決して多くはない小遣いの範囲内でギャンブルに興じているが、競馬場へ行くと、目を血走らせた尋常でない様子のギャンブラーを容易に見てできる。この点、IR推進法案は、十条一項八号において、依存症対策に必要な措置を講ずると明記しているから、その限りでは高く評価できる。競馬法をはじめとする多数の正当化規定も同様の配慮を払うようになれば、健康説は支持を広げるであろう。なお依存症問題は、賭博罪を非犯罪化したからといって解消するわけではないことに注意を払うべきである。

(六七) *Mintas, a.a.O., S.90.*

(六八) 林幹人・前掲四一三頁は、私的な賭博は詐欺賭博、暴力団の資金源、脱税等の温床であるとして、賭博に関連する公正な社会秩序が法益であるとする。社会秩序を法益とすることによって体系上の問題は解消される。以下で検討するように、脱税について考慮することは正当である。

(六九) *Byerlye 28, 119.* わが国においても、谷岡・前掲宮澤追悼五三七頁は、賭博罪が非犯罪化された場合を前提として、不正を定義して刑罰を設定する必要があると指摘する(ただし、谷岡自身が現行賭博罪の保護法益を不正の防止と考えているわけではないであろう)。

(七〇) 例えば、「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実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乗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

金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」(最判昭二六・五・八刑集五卷六号一〇〇四頁)。同旨、大判昭一〇・一一・二八刑集二四卷一二四六頁、大判大一〇・六・一一刑録二七輯五五三頁、大判大一二・一一・二七刑集二卷八〇五頁。甲府地判昭四六・六・二五刑裁月報三卷六号八二〇頁も参照。ただし、すべてのイカサマが詐欺罪を構成するとは限らない(松宮・前掲四二六頁)。

- (七一) Mintas, a.a.O., S.89.
- (七二) Mintas, a.a.O., S.99.
- (七三) 山中・前掲各論七〇九頁。
- (七四) 古川岳志「競輪」谷岡一郎・宮塚利雄編『日本のギャンブル「公営・合法編」』(二〇〇二年)六八頁。
- (七五) 確かに私的賭博は信頼に値しないと一般的にはいいうるが、そうであるならば、私的賭博が蔓延すればするほど、公営ギャンブルに対する信頼は増すこととなるのではないか。また、非公認の賭博といつても、むしろ国家のお墨付きがないからこそ信頼が命であると考えられるのではないか。
- (七六) OLG Hamm JR 2004, 478; BVerfGE 114, 92.
- (七七) 前掲注(三五)の最高裁判例。
- (七八) 小谷・前掲二二七頁。
- (七九) 松原・前掲五〇九頁。
- (八〇) Feldmann, a.a.O., S.39; Wolfgang Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte, 2000, S.197.
- (八一) Schönte / Schröder - Eser / Heine, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, §284, Rn. 2b.
- (八二) Feldmann, a.a.O., S.39.
- (八三) 松原・前掲七〇九頁。
- (八四) 原田・前掲二五一頁。
- (八五) BVerfGE 28, 119 等において、収益は公益目的に使用するというとき、収益を得ることが重要な目的とされている。
- (八六) 萩野寛雄「競馬」谷岡一郎・宮塚利雄編『日本のギャンブル「公営・合法編」』(二〇〇二年)一一一七頁。
- (八七) 林弘正・前掲三七八頁。

(八八) 松原・前掲五一〇頁。

(八九) Mintas, a.a.O., S.94.

(九〇) 平野・前掲二五二頁、松宮・前掲四二四―四二五頁等も、結論としては「時の娯楽に供するもの」を、少額であれば使途が特定されていなくてもよいと解する。