

賭博罪と富籤罪との區別に關する一異說

植 松 正

最近、戦後の一傾向として、射幸性追求の傾向が著しくあらわれている。寶籤のようなものから、競馬、競輪を経て、ビンゴ・ゲームの類に至るまで、實に多種多様の射幸的行為が行われるに至つてゐる。これらのものうち、若干は法令によつて適法化（刑法第三五條）せられているが、さような立法措置の講ぜられるに至つていないものについては、適法視することができるとかどうかがしばしば問題になる。違法であるとしても、賭博罪の類型にはいるべきか富籤罪と見らるべきかにつき、疑問を投げかけている。そのいずれに屬するかにより、刑法第一八五條但書の「一時ノ娛樂ニ供スル物ヲ賭シタル者」として、犯罪の成立を否定される場合があるか否かが分れてくる。すなわち、普通の賭博に相當する行為ならば、この規定の適用を受けて犯罪を構成しないと見られる場合があるに對し、富籤罪に相當する行為ならば、その適用を受け得ないから、すくなくとも規定の正面からは、犯罪の成立あるものとされなければならぬようになる。現在、巷間に行われているビンゴ・ゲームその他のいわゆる射幸的遊戯について、行政の

實際は富籤説を前提としていらしい説明を當局者から聞いているが、富籤説に立ちながら、法令の特別規定もなく、あの種の行爲を營業として許可しておくことには、この刑法第一八五條但書の適用のない點からいつても、相當理論的に困難があるといわなければならない。

賭博行爲と富籤行爲との區別に關しては、わが大審院に有力な判例もあり、さらには、その判例に大きな影響を與えたであろうと思われるドイツの成書における説述もある。それが今日わが國での支配的な見解となる基礎となつてゐるものと思うが、これに對して、筆者は一つの異説を唱えてみたいと思ふのである。

富籤行爲が廣い意味での賭博行爲の一種であることについては、争う餘地がないが、わが刑法の規定は、諸外國の立法例と同様に、賭博罪の規定のほか富籤罪の規定を置いてゐるので、賭博罪と區別する意味での富籤罪が問題になる。そのおのおのの典型的な形態のものについては、常識的にも、きわめて明瞭であるようなこの區別が、おのおのの標準形態に或る程度ずつ近似したもの——いわば兩者の移行形態と見られるようなもの——については、これが問題になつてくる。その移行形態の代表的なものとしては、競馬における勝馬投票券の發賣行爲を考へることができ、競馬については、競馬法その他一定の法令にもとづいて行われるのが通例であるから、その限りにおいては、法令にもとづく行爲として、もとより犯罪を構成しないが、かような法令に準據せずに行つた場合に、それが賭博罪に問わるべきか、富籤罪を構成するものとなすべきかが問題となる。現に法令にもとづかないもので、競馬に類似するものとして、風俗營業取締法の適用に關連し、各地で問題にされてゐるものに競犬、アヒルの競走、玉ころがしなどというものがある。これらはいずれも勝馬投票券類の券を發賣して、勝敗の結果によつて豫想的な中者に賞を授與

するという方法によつてゐる。従つて、實例としては、法令にもとづくことなくして開催される競馬における勝馬投票券の發賣と賞金の授與とすることを念頭に描いて、事を考えてみればよいわけである。勿論、この場合、「發賣」とか「授與」とかいう言葉にこだわることは避けるべきで、たゞ、そういう行爲を念頭に描けばよいのであつて、その實質が「受渡」をあらわすものであることを忘れてはならない。

數次の大審院判例のうちで、もつとも精細に賭博罪と富籤罪との差異を説明し、學者のおゝむねこれに従つてゐるのは、大正三年七月二十八日の判決にかゝるものである。それは、兩名の被告人が共謀して、それぞれ番號の記入してある額面二五圓の月賦拂込商品切手というものを約一〇〇名の會員に賣り渡し、その代金を二〇回に分割拂込を行わせ、毎回の番號によつて抽籤を行い、その當籤者一名に商品またはその代價相當の金員を交付し、全回終了後には、殘餘の未當籤者全員にも右同様の交付をする契約をした行爲を富籤罪に問擬した原判決を破毀し、同罪にもまた賭博罪にも該當しないものとして無罪を言渡すに際し、賭博罪と富籤との區別を論じたものであるが、その判旨によれば、「賭博ナルモノハ偶然ノ輸贏ニ因リ財物ノ得喪ヲ決スルノ行爲ニシテ、其富籤と異ナル所ハ、(一)賭博に在リテハ抽籤ノ方法ヲ用ヒス、偶然ノ輸贏ニ因リ財物ノ得喪ヲ決スルモノナルニ、富籤ニ在リテハ抽籤ノ方法ニ依リ損益ヲ決シ、(二)賭博ニ在リテハ賭者ハ其勝敗ノ決スルマデ唯其財物ヲ提供スルニ過ギズシテ之が所有權ヲ失フモノニアラズ、其勝敗ノ定マリタルトキ始メテ勝者ハ其財物ヲ取得シ敗者ハ之ヲ喪失スルモノナルニ、富籤ニ在リテハ其醜集シタル財物ハ直ニ富籤發賣者ニ於テ之ヲ取得スベク、(三)賭博ニ在リテハ賭博ニ干與スル胴元ト賭者ノ二者共ニ危險ノ負擔ニ任ズルモノナルニ、富籤ニ在リテハ富籤發賣者ハ何等財物ヲ賭スルコトナキヲ以テ、或ハ富籤購買者豫定數ニ達

セザルガ爲メ損害ヲ蒙ルコトアルベキモ、其賭シタル財物ヲ損失スルノ危険一モ存スル所ナシ。以上ハ之賭博ト富籤トヲ區別スベキ主要ナル標準ナリトス。」とされているのである。^(三)

こゝに掲げられた標準は三つある。すなわち、(一) 抽籤の方法によるか否か、(二) 財物に對する所有權移轉の時期、(三) 危険負擔の双方的か一方的かということであるが、果してこの標準は正當なものであろうか。判例・通説の掲げるこれら三つの標徴を順次検討しつゝ、論を進めることとしよう。

(一) Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., s. 695.

(二) 大正三年七月二十八日判決、大審院刑事判決録第二〇輯一五五一頁。

二

まず、危険負擔の點であるが、この點をもつて特に賭博罪と富籤罪との區別の中心のごとくに説いている判例もある。「富籤ハ財物ヲ醜集シ抽籤ニ依リ利益ヲ僥倖セシムル行爲ニシテ、其發賣者ハ如何ナル場合ト雖モ危険ヲ負擔スルコトナシト雖モ、之ト異ナリ賭博ハ財物ヲ賭スル行爲ニシテ、胴元ト張方トノ間ニ取引ノ關係ヲ有シ兩者何レモ危険の負擔ニ當ルモノトス。」^(一)というのがその説明である。この判例では、抽籤の方法も所有權移轉の時期も取り立てて問題にしてはいない。

しかし、危険負擔が「一方的か双方的か」ということによる區別は、富籤罪に比較すべき賭博罪の行爲として、賭博者
のそれを選んだことに由來する。賭博者は互に財物得喪の危険を負擔していることはあきらかだ、その一方がいわゆ

る胴元である場合でもそうであるが、富籤の發賣者は、そもそも賭博者に比較されるべきであろうか。富籤の發賣者はむしろ賭場開張者に比較されるべきである。富籤の發賣者は富籤という廣義の賭博行為の起發者であるから、それは普通の賭博行為における起發者たる賭場開張者に丁度相當することになる。これに反して、胴元と張子との關係なるものは、要するに賭博者相互の關係にほかならないのであつて、賭博の相手方の一方が胴元と稱する一人の者であるに對し、他方が張子と稱する多數者であるに過ぎない。それは、本質的にいえば、二人の者が相互に賭博行為をして財物の得喪を争ふこととすこしも異ならないから、富籤の發賣者と比較するに値するものではない。富籤の發賣者は胴元的性格もたしかに持つてはいるが、單に賭博行為者としての役割よりは賭場開張者としての役割の方が重要である。刑事責任はその重要な面に従つて負わさるべきは當然である。富籤罪には賭博罪における胴元に比較されるような單純な賭博者としての胴元は存在しないのである。もし、判例・通説のごとく、富籤の發賣者が純然たる賭博の胴元に等しい立場にあるものとすれば、富籤行為については別に賭場開張罪の責任を負うべき者の存在が考えられなければならないことになるが、そういうものを想像することはできない。こゝに危険負擔の問題に關する判例・通説と卑見との間の根本的な出發點の相違がある。

さて、賭場の開張者と富籤の發賣者とを比較するならば、前者はかえつて後者よりも危険を負擔することがすくないといわなければならないくらいであるから、賭博罪と富籤罪との區別の標準を、危険負擔の一方的か双方向的かの點に求めることはできない。富籤の發賣者は賭博者のようにみずから偶然の結果に對して危険を負擔するものでないといふのが、判例・通説の見解であるが、富籤の發賣者にも、やはり或る程度の危険負擔はあるのである。富籤の購買

者は籤の當り外れによつて、自己の出捐についての損益があるのに對し、その發賣者はその當り外れに對して危険を負担しないというのが、その説の趣旨とするところである。なるほど、富籤の仕組からいへば、通例はそれであるが、理論上の問題としては、かならずしも發賣者に危険負擔がないとはいえない。たとへば、賣れた籤のなかにたまにたま當り籤が數多く含まれていて、外れ籤が多く賣れ残つたとすれば、發賣者が損失を招く場合を想定することができ。實際は巧妙な仕組によつて、そういうことは起り得ないのかも知れないが、理論としては稀に起り得べきものとして考えられる。従つて、富籤行爲では發賣者側に危険負擔がないとする見解は、すでにこの點において一つの過誤を犯している。

ひるがえつて、賭博罪の方を見るに、その賭博者には危険負擔があつても、その開張者には危険負擔がない。賭場開張者は、寺錢その他の名義で一定の金員を、賭博の勝者から取り立てて利を圖る仕組になつてゐるものであるから開張の經費のことを別論とすれば、常に確實に、なにほどかの利得をするのであつて、損失を招くことは、決してあり得ない。開張の經費が過大なため、時に差引損失となることはあろうけれども、これは富籤についても、全く同様のことであるから、賭博罪と富籤罪とを區別するための標徴とはなり得ない。かように見ると、判例・通説とは反對に、富籤罪の方にかへつて發賣者にも若干の危険負擔があつて、賭博罪の方には開張者に全然危険負擔というものが無いことになる。とはいへ、通例の場合についていへば、富籤發賣者にも賭場開張者にも危険負擔はなく、たゞ富籤の購買者または賭博者だけが危険を負担しているという點では、きわめて近似した性格をもつてゐる。すくなくとも、兩罪を危険負擔の點で區別することは、正當とは思えない。これは、畢竟、富籤の發賣者を判例・通説が賭博

の胴元に比しようとするに對し、卑見がこれを賭場の開張者に比すべきものとするところに由來する見解の相違である。

(一) 大正一年一〇月三日判決、大審院判決録第一八輯一一七六頁。

三

判例・通説により兩罪區別の第二の標徴とされる所有權移轉の時期の問題を検討すると、これはたしかにそれぞれの罪の典型的行爲の間に存する相違である。「寶籤」のような籤を買う場合には、その買うために出捐をすると同時に、その金員はたゞちに相手方の所有に歸してしまふが、普通の花札賭博のようなものでは、賭金はたゞちに相手方または開張者の所有に歸するのではなく、勝敗の結果を待つてはじめてその歸屬がきまるといふ仕組になつてゐる。その後の大審院判例の傾向としては、この點が相當重視されてゐるに思ふ。判例が賭博類似行爲であつて賭博ではないとする場合には、特にこの點が問題にされてゐることが目立つ。その二、三の例を拾つてみると、次のごとくである。

(一) 寅五郎という者が四八箇の紋形を表示し、その中央にこの紋形のうち一箇に符合する紋形紙片を封入したものを置き、他人に各紋形のうち任意のもの一箇について、それを買い受けたということにして金一五錢の掛金をさせ、すべての紋形に掛金が行われた後に、その總額金七圓二〇錢を寅五郎が取得し、次いで前記の封を開き、これに符合する紋形に掛金をした者に對して、同人から價格金六圓に相當する時計一箇を交付し、その他の者は掛金を損失するという方法による一種の射幸行爲について、大審院は、「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

險ヲ負擔セズ、常ニ利益ヲ取得スル組織ニ出デタルコト明カナリ。故ニ被告等(筆者註—寅五郎の相手方となつた者)ハ一團トナリテ寅五郎ニ對シ其間取引ノ關係アルモ、寅五郎に於テハ財物ノ得喪ニ付キ危險ノ負擔ニ任ゼザルモノナレバ、所論ノ如ク臈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争ヒ財物ノ得喪を決スルモノニアラズ。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争フベ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争フニ先ダチ對手者ノ持込ミタル財物ニ付き所有權を取得セルヲ以テ、判示事實關係ハ賭シタル財物ノ得喪ヲ偶然ノ事情に繋ラシメタルモノニ非ズ。隨テ賭博罪構成ノ一要素を具備セザルモノト謂ハザルベカラズ」として、結局、これを北海道廳警察犯處罰令第一條第三號にいう「賭博類似行爲」にあたるものとして同條號により處罰したのであつた。こゝでは危險負擔の點とともに所有權移轉の時期が重視された結果、この種の行爲は賭博罪になるものとは認められなかつた。この場合には賭博類似行爲に對する處罰規定が別に存在していたから、形罰はずつと輕かつたにしても、ともかくも犯罪とせられたのであつたが、もし、この種特別の規定がなかつたならば、全然不問に付するのほかはないことになるのである。しかし、所有權移轉の時期如何というような末稍のことからにより、時に罪責を全然免れしめることとなるとしたら、それでも正當な解決であるといえるであらうか。

(二) 所轄警察署の許可を受け、鹿兒島市内等に玉突または空氣銃射的の遊技場を設け、遊技一回につき一人の客に一枚三錢の遊技券を一枚限り置かせ、客の勝つたときは、遊技一回につき景品として煙草朝日一箇を呈することとしていた者が、許可制限を越えてこの遊技券を一度に多數置かせて、右景品附遊技を行わせたという行爲につき、大審院は、「右所謂遊技券ハ之ヲ判示執レカノ一區ニ置キ判示射的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ズ。單ニ遊技者タル客ノ勝ちタル場合ニ於テ客が所定の煙草ヲ取得スルノミニシテ、遊技者タル客ニ於テハ何等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ズルコトヲ得ベキモ、未ダ以テ賭博罪ノ構成要件ヲ具備スルモノト云フコトヲ得ズ。」と判示し、原判決がこれを賭博罪に問擬したことを失當として破毀し、いわゆる賭博類似行爲として、明治二七年鹿児島縣令第三號遊技場營業取締規則第九條違反として同第一二條により處罰した。^(三)

賭博罪の成立を否定して縣令違反に問うた點は、先の判例と全く同工異曲であるが、この判旨では、全面的に出捐金の所有權移轉の時期に論點を置いて賭博罪の成否が論ぜられていることに注意しなければならない。出捐金の所有權移轉の時期にそんなに重大な意味を持たせなければならぬものであろうかということに、筆者は大きな疑問を持つものである。それはしばらく置くとして、この事件がそういう理由で賭博罪にならないとすれば、出捐の額がいかに多額であつたとしても、理論は同じことになるであらうから、それに對しても縣令違反程度の輕微な罪責を問ひ得るに過ぎないことになる。今日、風俗營業取締法第七條によつて處罰するとしても、最高三月の懲役にしかなし得ないから、賭場開張罪が三年以下の懲役にあたるのとは、雲泥の相違である。

卑見によれば、この種の遊技が營業として許可され得るのは、その出捐金がきわめて少額で、方法も娛樂的性質が強いことによるのであつて、所有權移轉の時期が早いとの理由によるものではない。換言すれば、出捐財物の所有權が競技の實行に先立つて主催者に移るから、賭博罪にならないのではなく、そのことが遊技場の施設利用のための損

料的性格を示すことになるから、賭博罪にも富籤罪にもならないのである。この事案で、出捐金の所有権移轉の時期が無意味だとはいわないが、副次的な意味しか持たないといふたいのである。むしろ、出捐金の損料的乃至入場料的性格をそれが示しているからにはかならず、従つて、假に、遊技の後に支拂うべきか否かがきまるものであつたとこゝろで、同じことである。出捐金にかような性格があることと、事後において交付される物品が少額のものであることと兩々相まつて、本件の賭博性が否定されると解すべきである。

(三) 社団法人福島競馬倶楽部というのが、法令に準據して正規の競馬を福島市内で施行するにあたり、その法人の理事が規定に反し、ひそかに勝馬投票引換券のみを一枚代金一圓で合計二一、七八四枚を、部下を使つて入場觀客に賣り渡し、その指定馬の的中者に對しては、一枚金九〇錢の割合により指定馬投票總數に對して算出した金額を按分し、各自に均等な景品券を取得せしめ、殘餘を倶楽部の収益としたという事實につき、原審はこれを賭博類似行爲であるとして、福島縣警察犯處罰令違反に間擬したのに對し、檢察官はこれを賭場開張罪に問うべきものとして上告したが、大審院は、「勝馬投票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倖的取引ヲ爲シタルモノト謂フコトを得ベキモ、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ザルハ明カナレバ、固ヨリ密買者相互間ニ賭錢行爲アリト論ズベカラズ。又該密買者ガ取得ヲ爭フ景品券ハ競馬開催者が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辨調製シタル一種ノ財物ニシテ、單ニ勝馬投票者ニ交付スベキモノナレバ、是亦各投票者間及ビ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ズ。」と判示して、原判旨を維持した。^(三)この判例も出捐金の所有権移轉が勝敗の決

賭博罪と富籤罪との區別に關する一異説

する前であることを理由として賭博罪の成立を否定している。

- (一) 大正六年四月三〇日判決、大審院判決録第二三輯四三八頁。
- (二) 昭和八年二月二日判決、大審院判例集第一二卷二四三—一頁。
- (三) 大正九年一〇月二六日判決、大審院判決録第二六輯七四六頁。

四

根本の問題は、出捐財物の所有権移轉の時期なるものに果してそんな大きな意味を附すべきものかということである。出捐の財物がそのまま出捐者間の得喪の目的となる場合が單純な賭博の方法であることは疑ないが、これと異り、出捐の財物が一旦主催者の有に歸したとしても、それは一の形式上の便宜によるに過ぎず、結局は、出捐者間に財物の得喪が行われるのであるならば、實質的にこれを別異に取り扱うべき理由はなない。なるほど、この形式の相違も一の相違ではあるが、それによつて刑事責任に輕重の差を設けるべき合理的な理由とはなり得ない。殊に、數次の大審院判例の判示するように、一は賭博罪として刑法上の重い責任を負擔するに對し、他は賭博類似行爲として特別法上の輕い責任を賦科されるに過ぎないとするならば、その解決の條理に合わないことはあきらかである。これらの判例で問題になつた事案は、出捐金額が少額であるとか、結果的利益として交付されるものが低額の物品類であるとか、というような理由があるから、これを賭博行爲と認めなかつたからといつて、格別不合理と感ぜざるような場合にはないけれども、それは、たまたまそういう事案であつたからに過ぎないことで、本質的には、多額の出捐と高額の賞

金とをもつて行われるものについても、同旨の論を貫かなければならぬわけであるから、單に出捐の金品に對する所有權の移轉時期が早いか遅いかで、かような刑事責任上の差を設けることは正當でない。賭博行爲と富籤行爲との兩者が、それぞれ刑法以前の既成の概念として、出捐財物の所有權移轉の時期如何によりかような區別が既定の事實となつてゐるのならば、みだりにその分界を亂すような異論をさしはさむことはできないのであるが、未ださういふ既成事實があるとはいえない。もし、既成の事實があるとすれば、むしろ籤の使用の有無にあるであらう。

勝敗の結果を見はじめて所有權の歸屬のきまる賭博行爲の場合には、行爲者は勿論、その結果によつて出捐財物そのものを得喪することは明白である。しかし、この結果を見る前に、出捐財物の所有權が一旦主催者の有に歸する場合であつても、結局、結果を見た後には、勝者に對してだけ賞が交付され、敗者には交付されないとすれば、勝者は結果を見てから出捐財物の所有權を失わなかつたのと同様の結末となり、敗者は結果を見てから出捐財物の所有權を失つたのと同様の結末に達する。通常の事態においては、勝者は主催者の損失において利得する場合もあり、稀には拙劣な仕組のもとに行われる事態においては、勝者は主催者の損失において利得する場合もあることになる。

やり方によつては、寶籤のように、出捐者全員の出捐總額の多寡にかゝわりなく、豫定された確定額の賞金を支拂う方法をとるものもあり、また、普通に行われる競馬のように、この出捐總額の範圍内で、主催者においてその「頭をはね」た殘餘を的中者（勝者または富籤者に相當する者）に交付する仕組になつてゐるものもある。前者は富籤行爲において多く採られる方法であるが、さればといつて、この方法によるものはすべて富籤行爲であるともいえない。その理由は後段次第に説くところによつてあきらかなごとく、民事法的に、契約の一方としてならば、それが一つ

の重要な標徴となしても、刑法上の區別の重點とはなし得ないからである。そのみならず、この方法も、實際は主催者の損失をきたさないように仕組まれているから、結局は、後者のいわゆる「頭はね」の方法と實質において選ぶところがないのである。

次に後者すなわち「頭はね」の方法について検討してみることにするが、主催者が敗者の出捐財物總體のうちから「頭をはねる」という行爲が介入しても、勝敗の結果にからんで財物の得喪があるという點では、この行爲の介入しない場合となら本質的に差異あるものではない。勝敗の結果を見てから出捐財物自體の所有權の移轉の行われる普通の賭博の場合でも、「頭をはねる」行爲の介入することのあるのは、いわゆる開張者の圖利行爲として行われる「寺錢」徴收の形態においてあきらかである。それは勝者から取り立てるということになつてはいるが、勝敗の結果があきらかにされると共に、たゞちに敗者の出捐財物がすべて勝者の有に歸するとの前提に立つから、勝者から取り立てるといふ形式になるに過ぎない。先の場合において、敗者の出捐財物の總體から「頭をはねる」というのも、單に表現の問題であつて、實はもはや敗者の所有物について行われるのではないから、勝者に交付されるべき物について、その「頭をはねる」のだといつてもよいのである。

これを要するに、判例によれば、出捐財物の所有權が勝敗の結果を待つてはじめて相手方に移轉するか否かを決するものでなくては賭博行爲ではなく、事前に移轉する方法によるものは賭博類似行爲となるに過ぎないものと見られているのであり、また判例ならびに通説は、この出捐財物の所有權の事前移轉の方法によることをもつて、富籤行爲の三大標徴の一つに數えていることは、先に述べた通りである。しかし、いずれにしても、出捐財物の所有權移轉の

時期が勝敗の結果判明の前なると後なるとにより、かように刑事責任の輕重を分つべき合理的根據に乏しい。出捐にかゝる財物に對する所有權が勝敗の結果判明前に一應失われる場合においても、やがて勝者となれば、その全部または一部が戻つてくるのであるから、はじめから所有權が手もとに留保されていて、勝敗の結果によりそれを失うことのある仕組と、その實質において異なるところがない。逆にいえば、出捐財物の所有權が勝敗の結果判明に至るまでは出捐者に保たれている場合であつても、いよいよその結果が判明した時に、もし敗者となれば、結局は所有權を失うのであるから、所有權をこのわずかな期間保有し續けているということは、なんら實質的意味を持たない。出捐したということによつて、すでにその財物は、失われるか或るいは失われずにすむかという運命にさらされているのであるから、所有權を保有していても、それを保有していないがすぐ返戻を受けるかも知れないという期待權を保有していることと、實質的には逕庭がないといふべきである。そこで、出捐財物の所有權移轉の時期にこだわつて、賭博罪と富籤罪とを區別しようとする見解にも、贊意を表することはできないことになる。

(一) 豫定された賞の請求權が出捐者にあることを富籤の重要特徴と見る見解もある (Frank, StGB, § 286, I, 1.)。

五

賭博罪と富籤罪との區別につき、判例・通説が擧げる第三の標徴は籤を引くという方法の有無である。わが大審院は、前示の三標徴を同時に列擧した判例におけるをはじめとして、それよりもつと文理に忠實に解釋論を立て、富籤罪の成立には抽籤の施行だけでは足らず、「籤札」の發賣を必須の要件とする旨判示しているものもある。その事件

賭博罪と富籤罪との區別に關する一異説

は、いわゆる「無盡講」名義のもとに、多數人に一口一回二〇錢の掛金をさせて五〇〇組をもつて一組とし、隔日に抽籤を行つて、各回本籤當籤者一人に限り、これに三〇圓以上を交付して脱退させ、殘餘金を講元において收納するという行爲を行つたのであつたが、これにつき、「刑法第百八十七條所定當籤ノ發賣トハ其購買者ヲシテ抽籤ノ方法ニ依リ利益ヲ僥倖セシムル目的ヲ以テ或ル籤札ヲ發賣スルヲ謂フモノニシテ其籤札ハ右射倖ノ權利ヲ證明スルノ具トシテ賣買授受セラルヘキ有形ノ物體ヲ指スモノナルハ法文ノ解釋上疑ヲ容レズ而シテ原判決ノ認定事實ニ依レハ被告ハ單ニ他人ヨリ金錢ヲ賺集シ抽籤ノ方法ヲ以テ利益ヲ僥倖セシメ且其一部ヲ自己ノ利得ト爲シタルニ止リ、前示ノ如キ籤札ヲ發賣シタルモノニ非サルヲ以テ原判決カ被告ノ所爲ヲ當籤發賣ニ類似スルニ過キササルモノトシテ青森縣警察犯處罰令第一條第九號ヲ適用處斷シタルハ相當ニシテ」云々と判示してゐるのである。

この見解はきわめて素朴な文字論のようでもあるが、多分に本質的なものに觸れていることも否定し得ない事實である。結論から先にいえば、當籤罪はあえて抽籤を内容とするものでなくとも、その成立を認めるのが至當と思うが、抽籤またはこれに準ずる程度のほとんど完全な偶然性によつて窮極的な利得または損失の決せられるものでなければならぬといふたい。

このような結論が生ずるについては、當籤というものに關する素朴な、従つて起源的には由緒のある觀念も大いに關係することではあるが、現行法的理由としては、當籤罪に對する刑罰が賭博罪に對するそれよりも相當輕いということである。すなわち、當籤發賣罪に對する刑は、二年以下の懲役または三〇〇〇圓以下の罰金である（第一八七條第一項）に對し、これに對比せらるべき賭場開張罪の刑は、三月以上五年以下の懲役である（第一八六條第二項）か

ら、あきらかに前者の方が軽いし、また、この富籤發賣者または賭場開張者の企畫に應じて、富籤を買つた者および賭博行爲をした者を比較してみると、富籤購買者は三〇〇圓以下の罰金または科料に處せられる（第一八七條第三項）に過ぎないのに對し、賭博行爲者は一〇〇〇圓以下の罰金または科料に處せられる（第一八五條）ことになつてゐるから、これまた、前者が後者より刑事責任が軽くなつてゐる。かように富籤罪は賭博罪よりも刑が軽い。すくなくとも現行刑法の解釋問題としては、この事實を無視することはできない。なにゆえに、富籤罪は賭博罪よりも刑を軽くしてあるのかということをあきらかにすることが、富籤罪と賭博罪との區別の一線をどこに求めるべきかの問題に解決を與えるに、重要な據りどころとなるものといわなければならぬ。筆者はその據りどころを富籤の當落が力量の角逐に關することなく、抽籤またはこれに準すべき極端な偶然性に依存しているという特性に求むべきことを主張しようとするのである。

ついでながら、この刑の輕重問題に關連してなお一言論及する必要があると思ふのは、富籤發賣の行爲をもつて賭場開張の行爲に對比すべきものとする筆者の提言についてである。富籤發賣の行爲は賭博における胴元に類する面もたしかにあるが、それよりも多く賭場開張的行爲であり、兩者の性質を併有するかぎりには刑事責任の重い方に注目して事を論ずべきが當然である。然るに、もし判例・通説のごとく、富籤發賣行爲をもつて賭博の單なる胴元に比すべきものと見るにおいては、富籤發賣者は、實質的には結局、賭博行爲者にほかならないことになり、別に賭場開張者を考える餘地があるのでなくては、權衡がとれないから、それを第一八六條第二項による賭場開張罪の一般規定に準據せしめると考えることにでもするよりほかはないことになる。しかし、それが恐らく法の豫想してゐないところだ

あることは、何人も疑わないであろう。富籤罪というものが一般の賭博罪のほかに、獨立の犯罪類型として設けられている以上、そう解するのが自然の條理だからである。換言すれば、富籤發賣の行爲は、たとえ或る程度の場所的設備をしてこれを行つたとしても、富籤發賣罪のほかに、それよりもさらに刑事責任の重い賭場開張罪を構成しないものと解すべきである。従つて、この刑罰の輕重問題から見ても、富籤發賣の行爲は、賭博における單なる胴元の行爲に比せらるべきではなく、賭場開張の行爲に相當するものと見るのが正當である。

(一) 大正三年一月一七日判決、大審院刑事判決録第二〇輯二二三九頁。

六

富籤罪は賭博罪よりも刑事責任の輕いものとされている。その理由は、賭博行爲が勝負事に關するのに對し、富籤行爲は單なる偶然性に關するだけで、勝負事にかゝわりを持たないという點にある。賭博罪がこの勝負事に關係しているという點は各國の立法例において、かならずしもわが國のそれのごとく明瞭な文言が示されているわけではないが、富籤罪が特別に偶然性と結びついていることについては、外國の立法例や解釋例に參考とするに足るものもすくなくない。

たとえば、フランスの立法例(一八三六年五月二一日富籤禁止法第二條)やそれを受け繼いだベルジックの立法例(刑法第三〇一條)においては、富籤(*loteries*)の定義を掲げているが、それによると「籤の手段により (*par la voie de sort*) 獲得せらるべき利益への期待を生ぜしめるための公開された操作」を意味する旨があきらか

にされており、この「籤の手段により」という文言は、文字通りに解せられ、抽籤が必須の要件とされている。^(一) イギリス・アメリカでも富籤について「籤または偶然 (lot or chance) による賞の分配」^{(二)(三)} というような定義を與え、これは抽籤には限定していないが、抽籤と本質的に異ならないような偶然性利用の方法を汎稱している。

ドイツ法では、もつばら解釋論の問題であるが、その最高裁判所 (Reichsgericht) は、これについて以前の抽籤を要件とするとの見解を捨て、今ではかならずしも抽籤を要するものでないとしてはいるが、^(四) それが全然または本質的に (anschliesslich oder wesentlich) 偶然に依存することを要件とするとの見解を持つている。^(五) これらの立法例や解釋例は、かならずしも抽籤を必須とするか否かの點で一致してはいないが、極度の偶然性を利用して財産権の得喪を決するという點に、富籤行爲の特色を置いていることにおいては、全く歩調を同じくしている。抽籤もしくはこれに準ずべき高度の偶然性の利用ということが、富籤行爲に缺くことのできない特質であると見るのは、かように、むしろきわめて自然のことなのである。

これに對し、賭博罪の方は勝負事に關する。賭博行爲が偶然性に無關係のではなく、偶然性の伴うことをその本質とすることは、いうまでもないことである。賭博行爲も富籤行爲も、共に偶然性と密接な關連を有すればこそ大まかな意味での同じ類型に屬するわけなのであるが、富籤罪が籤またはこれに準ずるところのほとんど完全な偶然性の支配にのみ従い、勝負事にかゝわるところがないのに對し、賭博罪は、偶然は偶然でも勝負にからまるものである點に、重要な特徴を有する。わが刑法において賭博行爲そのものを規定した賭博罪の基本規定 (第一八五條本文) を見ると、この點が諸外國の立法例に比し、特別に明瞭である。「偶然ノ輸贏ニ關シ」とある。「輸贏」すなわち「敗け勝

ち」に關して行われることが明白な犯罪構成要件となつてゐるのである。^(六)

卑見をもつてすれば、この勝敗に關するということが、賭博罪をして富籤罪よりも、その刑事責任を重からしむべき合理的基礎となつてゐるのである。その理由は心理的なものに求められる。抽籤のような勝敗に關しない方法は人心をそれほど極端に熱中せしめないが、勝負事に關するものは、はるかに人の心理を強く刺激するものであるということが、當然注意されなければならない。卑近の例をもつていえば、競馬・競輪で家産を傾け、家庭の破滅を招く者は珍しくないが、寶籤のようなものには、そういう事實をあまり耳にしない。

本來、賭博および富籤に關する罪なるものは、罪質による犯罪分類において、諸國の立法例も成書の記載も區々であるけれども、その本質は公共の風俗に關する罪であると思ふべきである。すなわち、人々がいたずらに射幸を事とし、正業をかえりみないにおいては、勤勞の美風は廢れ、生産は地に墜ち、世相の荒廢を招く虞があるから、その惡風を除くために、一役を擔おうとするのが、この種行爲に對する刑罰規定である。従つて、この惡風助長の傾向の著しい行爲については刑罰重く、その然く著しくない行爲については、刑罰を軽くすべきが立法政策としても當然である。この當然の事理を示したのが、賭博罪に重く、富籤罪に軽いこの刑罰體系であるといつてよい。

しかし、抽籤によつても、廣い意味では一種の勝敗を決することになるものもある。もつとも手近なのは、「丁半」の類である。これは出るべき目數の「丁」であるか「半」であるかを當てようとするもので、推量の的中するか否かにより財物の得喪があるのであるから、勝敗を争うものだといえないことはない。現に、普通、そう解することに於いて、刑事司法運用の實際は毫も疑を持つていない。まさにそれでよい。抽籤も出捐者が相對でやれば勝敗を争う行

爲たり得る。それは賭基などと違つて、きわめて技術の巧拙の關係しない、偶然性の要素の強い勝敗である。この相對で各自の推量の中するか否かを争う場合には、「發賣者」がないから富籤罪の成立する餘地がない。富籤罪成立の餘地がないことからいつても、この犯罪類型に對する上位概念たる犯罪類型としての、賭博罪一般の大きな外延のうち包含されてしまうと考えることに、なんの論理的支障も存しないのである。しかもこの相對で行う抽籤の當籤率は、相互にそれを五〇%ずつ持つてゐることになるから、それを勝敗を争う行爲の一種と見ることは、格別無理がなす。

それならば、相對でなくとも、富籤の購賣者たちは、自己の購買した富籤の番號の入賞することを推量するのであつて、その推量の中について互に勝敗を争うものであると見ることができないであらうかとの疑問を生ずるかも知れない。しかし、こゝまでくれば、程度問題でもある。社會通念はこれを勝敗の觀念をもつて見はしないであらう。たとえ、これに微弱な勝敗の意味を與えることができたとしても、それはすべての籤の當落に必然附隨する性質であつて、さむゆる勝負事ではあり得ないといわなければならぬ。

- (I) Garrand, R., et P., *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3^e ed., 1924—1935, t. VI, p. 69.
- (II) Harris, S., and Wilshere, A., *Principles and Practice of the Criminal Law*, 17. ed., 1943, p. 219.
- (III) Burdick, W. L., *The Law of Crime*, 1946, vol. III, p. 361.
- (IV) Kriegsmann, *Das Grücksspiel*, VD., Bes. Teil, VI. Band, 1907, s. 408 u. s. 410.
- (V) *Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts*, Bd. 36, s. 124.
- (六) *Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts*, Bd. 60, s. 385.

賭博罪と富籤罪との區別に關する一異説

(八)「凡攻戰博筭、勝日贏負日輸」(正字通)

七

すでに卑見の主軸は述べ終つたが、賭博罪と富籤罪との區別に關する問題で、なお觸れて置かなければならないものが若干残つている。

まず第一に、富籤罪は一人の富籤發賣者に對し、相手方となる購買者の多數存在することが要件であるかという問題がある。これは要件でないとする者もあるが、わが刑法の解釋としては、「發賣」という表現がなされている以上、この行爲は相手方が多數なことを豫想して行われるものでなければならぬであらう。現實には購買者が一人しかなくつたような場合であつても差支ないが、不特定または多數の購買者を豫想して行われるものたるを要すると見るべきである。そうすると、事實もそうであるように、通例は一人の發賣者が多數の購買者を相手にするということが富籤行爲の典型的形態となつてくる。このような形態を考え、もし、購買者が多數であることが富籤罪を賭博罪とは別に設けるに至らしめた理由であるとするならば、それはかえつて富籤罪の刑を賭博罪の刑より重く定めるべき理由にこそなれ、決して現行法のごとく、前者を後者より軽く定める理由にはならない。そのゆえに、現行法の規定を不當だといふならば、それまでのことであるが、これはあえてわが刑法だけのことではないから、單に現行規定を非難することによつて解決を得ようとすることは不當である。

富籤罪においては相手方が多數であるといふことは、それだけをとりえれば、むしろそれに對する刑を一層重から

しめる理由があるのに、それにもかゝらず、逆に賭場開張罪に對するよりも刑が軽くされていることは、もつと大きな理由が他に存しなくては、説明のできない問題である。富籤行爲が多數の購買者の存在を豫想するものであるということは、たしかに富籤行爲の一つの特徴であるけれども、それが兩罪區別の根本基準となるのではない。

第二に、賭博罪においては、出捐者相互間において出捐財物そのものの得喪が行われるに對し、富籤罪においては、出捐財物とは別箇の一定の財物が出捐者中の或る者に交付されるという點に、本質的相違があるのではないかという問題がある。この問題をもう少し分析すると、出捐者相互間に直接の授受があるか、それが第三者たる主催者（富籤發賣者または賭場開張者と見られるべき者）の手を通じて行われるかという區別は、すでに論定済みのことであるし、出捐財物の所有権が一應主催者に歸屬するかどうかということも、全く同一の問題を表現を變えていゝあらわしただけのことである。そうすると、出捐財物自體が直接に利得すべき者（勝負事についていえば勝者）に與えられる場合が賭博行爲で、別に豫定された物が與えられるのが富籤行爲であるということになるのではないかというのがこの問題の中核である。しかし、出捐も賞も共に金圓その他同種の代替物である場合には、かような區別を立てることは全然意味がないし、それが別の不代替物または異種の代替物について行われる場合であつても、そのゆえに、刑に相當大きな輕重の差のある兩罪區別の標準とするに十分な理由とはならない。例をもつていえば、或る者が出捐した金圓を主催者の手により寶石に替え、これを他の者に賞の形式で交付する方法によつたとしても、その行爲は賭博罪を構成するものといわなければならない。もし、これを富籤行爲の類型に屬するものであるとするならば、發賣ということのないかぎり、富籤罪も賭博罪も構成する餘地がないことになり、不條理なことはあきらかである。まして、この

逆に、寶石を出捐して金圓を賞とする場合を想定してみれば、その不條理はさらにはなはだしくなる。

このほか、富籤契約とは、當る者の一方が出捐することにより、他方が偶然の出來事の實現のあつた後に一定の給付をなすべき義務を負う契約である^(二)とか、富籤契約は一人の主催者が多數の相手方から成る一團との間に定型化された一定の契約を結ぶところに特質がある^(三)とかいうような趣旨を強調する見解もある。これらがいずれも富籤契約というものをその典型的な形態においてよくとらえていることは否定できない。しかし、そのとらえ方は、およそ民事法的である。刑法上の問題解決の方途としては、富籤罪と賭博罪との間に存する刑の輕重の相違をなんらか理由づけるものがあきらかにされなければならない。

これらが契約としての通常の富籤を説明し得ていることは十分認められるけれども、刑法上富籤罪と賭博罪との限界を劃すべき標徴をこれに求めることはできない。限界事例は典型ではなくて移行型だからである。そこに刑法學の自律的な解決が必要となるのである。あえてこゝに「異説」として所見の一端を述べ、むしろ奇説たるのそしりを受けることを覺悟して叱正を乞う次第である。

(一) Kriegsmann, Op. cit., s. 410.

(二) ebenda.

(三) Kriegsmann, Op. cit., s. 411.