

1 自分のお金を賭けても罪になるのか

導入

設例M

- M：友人3人と、1人1万円ずつ現金を出し合い、トランプの勝負で、勝った人が全部もらう約束で遊んだ。全員が自分のお金を、自分の意思で賭けた
- 誰も損をさせられていない。自分のお金を自分で賭けただけ
- それでも罪になるのか。なるなら、何を守っているのか

図：設例M

前回の最後に、今回は賭博の罪、礼拝所及び墳墓に関する罪、死体損壊等の罪を見ました。前回は、被害者が1人もいなくても罪になる、という風俗に対する罪を見ましたね。今回は、その続きです。設例Mです。Mさんは、友人3人と、1人1万円ずつ現金を出し合い、トランプの勝負で、勝った人が全部もらう約束で遊びました。全員が、自分のお金を、自分の意思で賭けています。問いは二つです。罪になるのか。なるなら、何を守っているのか。答えの予告だけ先に言います。守られているのは、勤労の美風という、社会の風俗です。後半では、死体の罪も見ます。どちらも、目の前に傷つく個人がいない罪です。

2 風俗に対する罪の地図と、守る二つのもの

短答

風俗に対する罪の地図

- ①わいせつ・重婚(前回)
- ②賭博・富くじ(185～187条)=今回の前半
- ③礼拝所・墳墓・死体(188～192条)=今回の後半
- 賭博=守るもの「勤労の美風」
礼拝所・墳墓・死体(188～191条)＝「国民の宗教的感情」
192条は検視の定めと結びつく規定で、趣旨が少し違う
- 共通＝個人の被害が要件ではない

図：風俗に対する罪の地図

地図です。風俗に対する罪は、三つのまとまりでした。前回のわいせつと重婚が一つ目。今回の前半が、二つ目の、賭博と富くじの罪です。後半が、三つ目の、礼拝所、墳墓、死体に関する罪です。守るものは、それぞれ違います。賭博の罪は、勤労の美風。礼拝所、墳墓、死体の罪は、国民の宗教的感情です。共通点は、個人の被害が、条文の要件に入っていないことです。社会が大事にしているものを、守っています。次の判例で、中身を見ます。

賭博の保護法益

- ひとつの見方：
自分の財産を自分の好きなように使うだけ(自己の財産の処分)
- 判例：それでも罪。
守るのは勤労の美風(働いて財産を得るという社会の風俗)
- 害＝怠惰浪費の弊風／副次的犯罪の誘発
国民経済の障害

図：賭博の保護法益

賭博の罪には、有名な疑問があります。賭けるのは、自分のお金です。他人の財産を、奪ってはいません。自分の財産を、自分で処分しているだけではないか、という見方です。判例は、一見そう見える、としたうえで、この見方を退けました。読みます。

判例 最大判昭25・11・22 刑集4巻11号2380頁

賭博罪の保護法益 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悪と称するに足りないようにも見えるが、しかし、他面勤労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、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労の美風（憲法二七条一項参照）を害するばかりでなく、甚だしきは暴行、脅迫、殺傷、強盗盗その他の副次的犯罪を誘発し又は国民経済の機能に重大な障害を与える恐れすらあるのである。

読みどころは、しかし、の前後です。しかし、の前で、自己の財物を自分の好きに使うだけで、一見、罪悪と言えないようにも見える、と述べています。しかし、の後で、働いて得るのではなく、偶然で財産を得ようとすることは、怠惰浪費の弊風を生み、勤労の美風を害する、と述べています。さらに、暴行や強盗盗のような、別の犯罪を呼び込み、国民経済にも害が出る、とも述べています。町内の空気だとえます。町の人みんな、働いて稼ぐことを当たり前に行っているから、町が回っている。そこで、勝負の運だけで財産が動くのが日常になると、その空気が崩れる。一人の財布の問題ではなく、町の空気の問題だ、という考え方です。前回と同じで、同意して手放せるのは、その利益の持ち主だけです。守っているのが社会なので、本人の同意では、罪は消えません。一つ、確認します。競馬や宝くじは、賭博ではないのですか。

公営競技と宝くじ

- 競馬・競輪・オートレース・競艇・宝くじ・スポーツ振興くじ
- それぞれの特別法で認められている
競馬法／自転車競技法／小型自動車競走法／
モーターボート競走法／当せん金付証票法／
スポーツ振興投票の実施等に関する法律
- 刑法35条「法令又は正当な業務による行為は、罰しない。」
→罰されない

図：公営競技が罪にならない理由

競馬、競輪、オートレース、競艇、宝くじ、スポーツ振興くじは、それぞれ、特別法で認められています。刑法35条は、法令又は正当な業務による行為は、罰しない、と定めていました。法令による行為なので、罰されません。

185条

- 原則＝賭博をした者は、罰金又は科料
(拘禁刑はない＝軽い罪)
- 賭博＝偶然の勝敗により、
財物や財産上の利益の得喪を争う行為
- ①偶然の勝敗
②財物・財産上の利益の得喪を争う

図：185条の全文

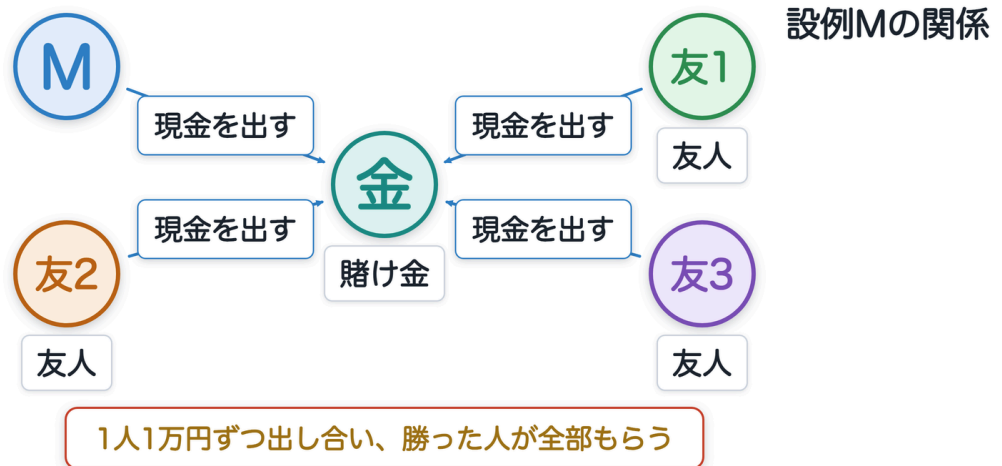
条文です。単純賭博罪です。

条文 刑法185条

刑法185条(賭博)

賭博をした者は、五十万円以下の罰金又は科料に処する。ただし、一時の娯楽に供する物を賭けたにとどまるときは、この限りでない。

刑は、罰金又は科料だけです。拘禁刑がない、軽い罪です。本文が原則で、ただし書が例外です。例外は、次に見ます。まず、賭博の意味です。賭博とは、偶然の勝敗により、財物や財産上の利益の得喪を争う行為です。分けます。一つ目は、偶然の勝敗。結果が、当事者に確実に分かっていない、ということです。二つ目は、財物や財産上の利益の得喪を争う。負けた人が失い、勝った人が得る、ということです。



図：設例Mの関係図

設例Mに当てはめます。トランプの勝ち負けは、偶然の勝敗です。1万円の取り合いは、財物の得喪を争うことです。この二つが、そろっています。そして、全員が同意していることは、関係がありません。守っているのが、社会の風俗だからです。

一時の娯楽の線

- 金銭そのものの得喪を争う
→ 少額でも成立
- その場で消費する飲食物・その対価の負担
→ 例外(一時の娯楽に供する物)
- 判例は、少額でも金銭の得喪を争えば罪になるとする

図：一時の娯楽の線引き

ただし書の例外です。一時の娯楽に供する物を賭けたにとどまるときは、罪になりません。たとえば、その場で飲み食いしてしまう飲食物や、タバコです。その場で消えてしまう物なら、守っている勤労の美風を害する程度が軽く、処罰するほどの違法性がないからだ、と説明されます。ここで、問いです。Mさんの勝負が、現金を出し合うのではなく、負けた人が全員の夕食代を払う約束だったら、賭博罪になるのでしょうか？まず、現金の場合です。判例を読みます。

判例 最判昭23・10・7 刑集2巻11号1289頁

少額でも金銭を賭ければ 本件賭博は仮りに所論の縷述するような賭金の少額なこと等の事情があるとしても、骨牌を使用し偶然のゆえいに関し金銭の得喪を争ったものであることは、判文上明らかなところであつて、単に一時の娯楽のためにしたもので罪となるべきものでないとはいえない。

骨牌は、カルタやトランプのこと、ゆえいは、勝ち負けのことです。読みどころは、賭金の少額なこと等の事情があるとしても、の部分です。額が小さい、という主張を、受け入れていません。金銭の得喪を争ったのだから、一時の娯楽のためにただけで罪にならない、とは言えない、としています。まとめると、判例は、金銭そのものの得喪を争う賭博は、賭金が少額でも罪になる、としています。なぜ少額でもよいのか。お金は、その場で消えずに、勝った人の財産として残ります。偶然の勝ち負けで財産が移ること自体が、勤労の美風を害するので、額の大小では線が引かれません。設例Mです。Mさんが賭けたのは、現金そのものです。勝てば、全員分の現金が移ります。だから、ただし書に当たらず、185条の単純賭博罪です。冒頭の問いの答えは、罪になる、です。守っているのは、勤労の美風です。次に、変形です。負けた人が全員の夕食代を払う、という約束だと、賭けたのは、お金そのものに移ることはありません。その場で飲み食いする物の、代金を負担する、ということです。敗者に、一時の娯楽に供する物の対価を負担させるために、金額を決めたにすぎないときは、賭博罪にならない、とした大審院の判決があります。ですから、一時の娯楽に供する物を賭けたにとどまるとして、罪にならないことがあります。ただし、事案ごとの判断なので、必ず罪にならない、とまでは言えません。覚える線は、二行です。金銭そのものを賭ける場合は、少額でも成立する。その場で消費する飲食物や、その対価の負担は、例外になりうる。

6 186条と187条——常習賭博・賭博場開張・富くじ

短答

賭博の罪の整理

条	行為・刑	ポイント
185条 単純賭博	賭博をした 50万円以下の罰金又は科料	一時の娯楽の例外
186条1項 常習賭博	常習として賭博をした 3年以下の拘禁刑	常習性＝身分 (不真正身分犯)
186条2項 賭博場開張等図利	賭博場を開張し、又は博徒を結合して利益を図った 3月以上5年以下の拘禁刑	自ら主催者・目的犯 (利益を得る目的が要る。現実の取得は不要)
187条 富くじ	1項発売＝2年以下の拘禁刑又は150万円以下の罰金 2項取次ぎ＝1年以下の拘禁刑又は100万円以下の罰金 3項授受＝20万円以下の罰金又は科料	刑は発売＞取次ぎ＞授受の順に軽い 宝くじがその例

賭博の罪の一覧

図：賭博の罪の整理

次は、186条と187条です。先に、前の回の復習の問いです。常習性のように、ある人だけにある身分があるとき、身分のない共犯者には、65条の何項が働くのでしたか？2項で、通常の刑、でした。前に、常習賭博罪を、不真正身分犯の例として見ました。身分がなくても185条の賭博罪は成立し、身分があると刑が重くなる。加減的身分です。常習性のない共犯者には、65条2項で、普通の賭博罪の刑が科されます。処理は、前の回のとおりです。条文です。186条は、1項が常習賭博、2項が賭博場開張等凶利です。

条文 刑法186条

刑法186条(常習賭博及び賭博場開張等凶利)

常習として賭博をした者は、三年以下の拘禁刑に処する。

2 賭博場を開張し、又は博徒を結合して利益を図った者は、三月以上五年以下の拘禁刑に処する。

186条1項、常習賭博罪は、常習として賭博をした者を、3年以下の拘禁刑にします。常習性とは、賭博を反覆累行する習癖のことで、判決の言葉です。賭博を繰り返す癖がある人、ということです。185条の賭博に、この常習性という身分が加わって、刑が重くなる。不真正身分犯です。常習性が、なぜ刑を重くする身分なのかは、違法を重くすると、責任を重くすると読めて、判定が難しい、と前に見ました。常習者が何度賭博をしても、全体で包括一罪と解されています。186条2項は、賭博場を開張し、又は博徒を結合して利益を図った者を、3月以上5年以下の拘禁刑にします。賭博場を開張するとは、自分が胴元になって、賭博ができる場を用意することです。博徒とは、賭博を生業のように繰り返す人です。結合して利益を図る、とは、そうした人たちを手下のようにまとめ、商売の区域で賭博をする便宜を与えて、見返りを得ようとすることです。

判例は、自ら財物を失う危険を負わず、専ら他人の賭博を開催して利を図るものだから、と述べています。この罪は目的犯です。利益を得る目的が要りますが、現実には利益を得たことは要りません。187条は、富くじです。富くじとは、あらかじめ番号札を売ってお金を集め、後に抽選などの偶然の方法で、買った人の間に、不平等に利益を分けることです。宝くじがその例です。1項が発売、2項が発売の取次ぎ、3項が授受で、刑は、発売、取次ぎ、授受の順に、軽くなります。ただし、特別法で認められた宝くじは、さきほどの法令による行為で、罪になりません。

7 礼拝所及び墳墓に関する罪の地図

短答・論文共通

礼拝所及び墳墓に関する罪

条	客体	行為	刑
188条1項 礼拝所不敬	神祠、仏堂、墓所等の礼拝所	公然と不敬な行為	6月以下の拘禁刑／10万円以下の罰金
188条2項 説教等妨害	説教、礼拝、葬式	妨害	1年以下の拘禁刑／10万円以下の罰金
189条 墳墓発掘	墳墓	発掘	2年以下の拘禁刑
190条 死体損壊等	死体、遺骨、遺髪、棺に納めてある物	損壊・遺棄・領得	3年以下の拘禁刑
191条 墳墓発掘 死体損壊等	同上	189条の罪＋損壊・遺棄・領得	3月以上5年以下の拘禁刑
192条 変死者密葬	変死者	検視を経ないで葬った	10万円以下の罰金／科料

図：礼拝所及び墳墓に関する罪の一覧

後半です。まず、地図です。礼拝所及び墳墓に関する罪が守るのは、国民の宗教的感情、つまり、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情です。死者を敬う、社会の気持ちです。この保護法益は、論文で論点になりうる所です。表で、条文を並べます。188条1項は、神社やお寺などの礼拝所に、公然と不敬な行為をする罪。2項は、説教、礼拝、葬式の妨害です。189条は、墳墓を発掘する罪。190条が、今回の主役の、死体損壊等罪です。191条は、189条の発掘をして、さらに死体などを損壊、遺棄、領得した場合で、190条より重くなります。192条は、検視を経ないで変死者を葬る罪です。

判例は、墳墓の覆土、つまり遺体や遺骨の上にかぶせてある土の、全部又は一部を取り除くことや、墓石などを壊して、墳墓を損壊すること、発掘としています。棺や遺骨を外に出すことまでは、要りません。192条だけ、少し毛色が違います。刑事訴訟法は、変死者や、変死の疑いのある死体があるときは、検察官が検視をしなければならない、と定めています。192条は、この検視の定めと結びつく規定で、他の条とは趣旨が違うとされます。188、189、191、192条は、この表で足ります。深掘りするのは、190条です。

190条

- 客体＝死体・遺骨・遺髪・棺に納めてある物
- 行為＝損壊・遺棄・領得 刑＝3年以下の拘禁刑
特に重要なのは「遺棄」
- 遺棄＝習俗上の埋葬等とは認められない態様で、死体等を放棄し又は隠匿すること

図：190条の全文

条文です。

条文 刑法190条

刑法190条(死体損壊等)

死体、遺骨、遺髪又は棺に納めてある物を損壊し、遺棄し、又は領得した者は、三年以下の拘禁刑に処する。

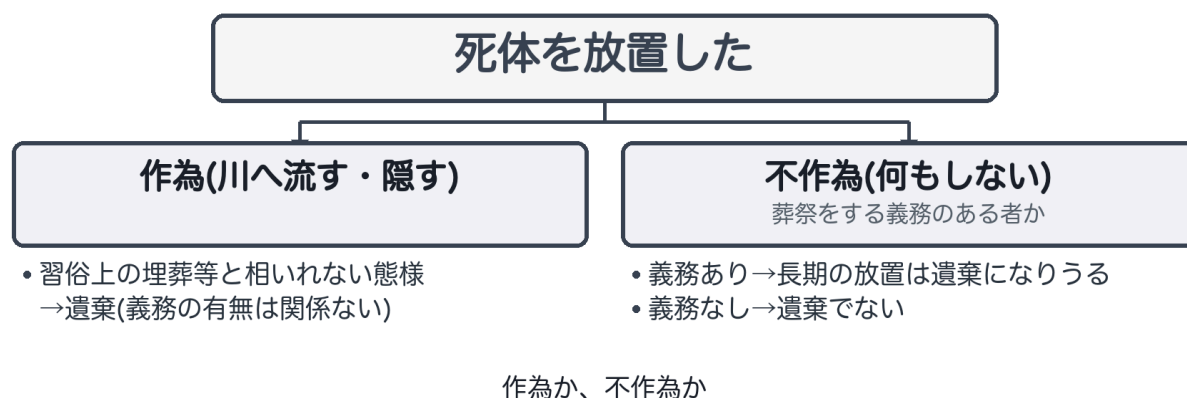
客体は、死体、遺骨、遺髪、棺に納めてある物です。行為は、損壊、遺棄、領得です。試験で特に重要なのは、遺棄です。判例を読みます。保護法益と、遺棄の意味を示した判決です。

判例 最判令5・3・24 刑集77巻3号41頁

遺棄の意義 刑法190条は、社会的な習俗に従って死体の埋葬等が行われることにより、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情が保護されるべきことを前提に、死体等を損壊し、遺棄し又は領得する行為を処罰することとしたものと解される。したがって、習俗上の埋葬等とは認められない態様で死体等を放棄し又は隠匿する行為が死体遺棄罪の「遺棄」に当たると解するのが相当である。

読みどころは二つです。一つ目は、第1文の、宗教的感情や敬けん感情。さきほど見た、保護法益です。二つ目は、第2文の、したがって、です。守るものが、習俗に従った埋葬で保たれる感情だから、遺棄とは、習俗上の埋葬等とは認められない態様で、放棄し又は隠匿する行為だ、と決まります。隠匿も入っている点を、落とさないでください。たとえば、死体を袋に詰めて、川に流す。人目につかない空き地に埋める。これは、習俗上の埋葬とは認められない態様の放棄です。場所を移さなくても、とむらいの作法と相いれないやり方で隠せば、隠匿で、遺棄です。ただし、一点あります。他の人が死体を見つけにくい状況をつくっただけでは、足りません。判決は、その態様自体が、習俗上の埋葬等と相いれない処置といえるか、という観点から検討する必要がある、としています。見つけにくくしたかどうかだけでなく、やり方そのものが、とむらいの作法と相いれないか、で決まります。たとえば、場所を移さずに、見つけにくい状態にただけで、その態様が習俗上の埋葬等と相いれないとまでは言えなければ、遺棄には当たりません。判決は、この観点から検討して、遺棄に当たらないと判断しました。

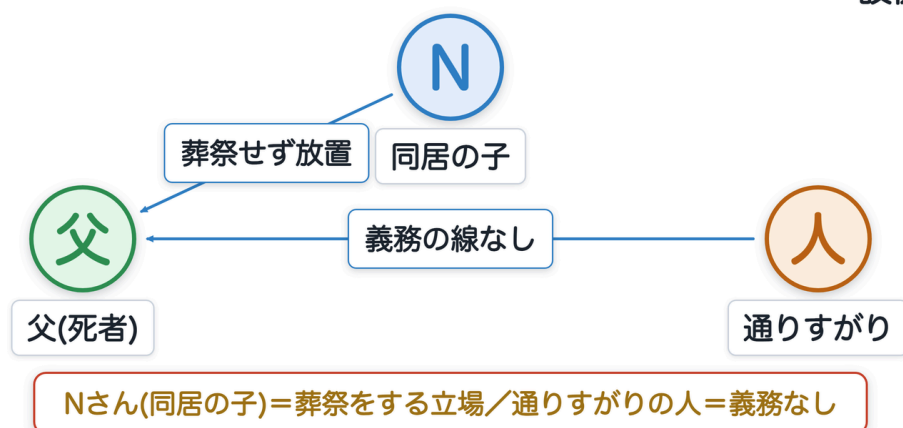
遺棄の判断の流れ



図：遺棄の判断の流れ

前に、不真正不作為犯は、作為義務のある者だけが処罰される、と見ました。それが、ここで使えます。設例Nです。Nさんは、同居していた父が病気で亡くなったのに、誰にも知らせず、葬儀もせず、そのまま部屋に置いて、数か月暮らし続けました。父の体には、一切、手を触れていません。

設例Nの関係



図：設例Nの関係図

ここで、問いです。何も触っていないのに、遺棄になるのでしょうか？判例は、遺棄は、作為だけでなく、不作為でもできる、と解しています。ただし、不作為による遺棄は、葬祭をする義務のある者に限られます。葬祭をする義務のある者が、葬祭をせずに、場所を移さず死体を放置することも、遺棄になりうる、とされています。設例Nです。この義務は、前に見た作為義務の発生原因のうち、法令や慣習から出てきます。亡くなった人を弔うのは、まず一緒に暮らしていた家族だ、と考えられています。Nさんは、同居の子として、葬祭をする立場にあります。その義務があるのに、葬祭の意思なく、数か月、放置し続けています。だから、不作為による遺棄が成立しうる、と考えられます。

守っているのは、死者本人ではありません。死者を敬う、社会の宗教的感情です。弔わずに放っておかれる状態は、その感情を傷つけます。だから、何もしなくても、葬祭をする立場の者が、放置し続ければ、遺棄になりうるのです。対比を二つ、置きます。一つ目は、葬祭の義務のない人が、何もしない場合です。たまたま死体を見つけた通行人が、通報しなかった、というときは、不作為による遺棄ではありません。義務がないからです。交通事故で他人を死なせた運転者が、遺体をその場に残して立ち去った、というだけの場合も、不作為による遺棄にはなりません。前に、先行行為からも作為義務が生じうる、と見ました。でも、葬祭の義務は、法令や慣習で、家族など弔う立場の人に割り当てられる義務です。死なせた、という事実から、弔う立場が生まれるわけではないので、葬祭の義務は生じません。ただし、親族など、葬祭をする立場にある人は別です。二つ目は、袋に詰めて川に流した場合です。これは作為による遺棄で、義務の有無と、関係がありません。覚える線は、遺棄は作為も不作為もできる。不作為は、葬祭義務者に限る、です。作為義務の認定は、論文で論点になりうる所です。賭博と同じで、目の前に傷つく個人がいなくても、守るものを先に決めると、罪の範囲が決まります。

他の罪との関係

- 殺人(傷害致死)の犯人が、死体について190条の罪も犯した
→併合罪(判例)
- ①守るものが違う(生命 | 死者に対する宗教的感情)
②殺人の後に当然続く行為ではない→牽連犯でなく併合罪
刑の上限は各罪の長期の合計まで(20年+3年なら23年)
- 217～219条＝生きている人の生命・身体
190条＝死体に対する宗教的感情
同じ「遺棄」でも、守るものと客体が違う

図：罪数と遺棄の罪との違い

罪数です。殺人罪や傷害致死罪の犯人が、その死体について、190条の罪も犯したとき、判例は、併合罪としています。理由は二つです。一つ目は、守るものが違うことです。殺人は生命、死体損壊等は、死者に対する宗教的感情です。二つ目は、殺人の後に、当然続く行為ではないことです。人を殺しても、死体を損壊したり、遺棄したりするとは限りません。科刑上一罪の回で見た牽連犯は、手段と目的、原因と結果の関係にある罪を、一番重い刑一つで処断するものでした。殺人と死体遺棄は、この関係にないので、牽連犯ではなく、併合罪です。併合罪は、前に見ました。たとえば、人を殺した後、別の機会に、死体を袋に詰めて海に沈めた場合です。殺人罪と死体遺棄罪が、併合罪になり、刑は併合罪の加重を受けます。有期拘禁刑にするなら、一番重い罪の刑の上限に、その半分を足したものが、新しい上限になる、という扱いでした。ただし、それぞれの罪の上限の合計は超えられません。殺人罪の上限は20年で、その1.5倍は30年です。でも、190条の上限は3年なので、合計の23年が上限になります。

217条から219条は、生きている人の、生命や身体を守る罪でした。190条は、死んだ人、死体に対する、宗教的感情を守る罪です。同じ遺棄でも、客体と守るものが違います。もう一つ、違いがあります。217条の遺棄は、動かす移置に限られ、置き去りという不作為は、保護する責任のある者の218条だけでした。190条の遺棄は、葬祭をする義務のある者なら、不作為でも成り立ちます。義務のある者だけが、何もしないことで問われる、という形は、218条と同じです。

11 弁別ミニ事例——第17章の締め

短答・論文共通

4つの罪の弁別

	わいせつ(174・175条)	賭博(185・186条)	死体(190条)	遺棄の罪(217～219条)
守るもの	社会の性風俗	勤労の美風	死者に対する宗教的感情	生きている人の生命・身体
客体	わいせつな行為・物・記録	財物・財産上の利益	死体等	助けが必要な生きている人
行為	公然わいせつ・頒布・公然陳列等	賭博・常習・賭博場開張	損壊・遺棄・領得	遺棄・生存に必要な保護をしない
刑の重さ	174条は軽い・175条はやや重い	185条は軽い(罰金・科料)	3年以下の拘禁刑	217条1年以下・218条3月以上5年以下の拘禁刑
被害者の要否	いなくてよい	いなくてよい	いなくてよい(死者のみ)	生きている被害者がいる

図：弁別表

第17章の締めです。事例を四つ、条文と、守るものを選んでください。事例1。わいせつな動画を、有償サイトで、会員にダウンロードさせた。事例1は、データを広めて人の目に触れる状態をつくるので、175条です。見た人が納得していても成り立つ、被害者がいなくてよい、型です。事例2。友人と現金を出し合って、トランプの勝負をした。事例2は、現金の得喪を偶然の勝ち負けで争うので、185条です。事例3。親族の死体を、袋に詰めて、川に流した。事例3は、とむらいの作法と相いれないやり方で死体を手放したので、190条です。事例4。病気で倒れた老親を、扶養する責任のある子が、助けずに放置した。老親は、まだ生きています。

事例4は、客体がまだ生きている人なので、190条ではなく、生命と身体を守る遺棄の罪の側です。選ぶときの目印は三つです。客体が、生きている人なのか、死体なのか。守るものが、生命、身体か、宗教的感情か、社会の風俗か。そして、被害者が要る罪かどうか。個人的法益か、社会的法益か、です。保護法益、遺棄の意義、作為義務、併合罪は、論文で論点になりうる所です。

今日の整理

- 賭博＝勤労の美風。185条
金銭そのものを賭ける→少額でも成立／飲食物の対価→例外になりうる
- 186条＝常習(身分)・賭博場開張(目的犯)
187条＝富くじ
- 死体＝宗教的感情。190条
遺棄＝習俗上の埋葬等と認められない態様で放棄し又は隠匿
不作為は葬祭義務者に限る
- 設例M＝185条の単純賭博罪／設例N＝不作為による190条の遺棄
殺人と死体遺棄＝併合罪(上限は各罪の長期の合計まで)

図：今日の整理

まとめます。賭博の罪が守るのは、勤労の美風、死体の罪が守るのは、宗教的感情です。どちらも、目の前に傷つく個人がいません。だから、守るものを先に決めると、成立の範囲と、他の罪との関係が決まります。設例Mです。Mさんは、185条の単純賭博罪です。現金そのものを賭けたので、少額でも、一時の娯楽に供する物にはなりません。設例Nです。Nさんは、葬祭をする立場の者が、数か月放置したのですから、不作為による、190条の遺棄になりえます。殺人と死体遺棄は、併合罪です。