

## 賭博罪をめぐる論点について

東京大学大学院法学政治学研究科教授

橋爪 隆

## 1. 賭博罪の成立要件

刑法 185 条は「賭博をした者は、50 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」と規定する。

「賭博」とは、2 人以上の者が、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をいう。①「偶然の勝敗」により、②「財物または財産上の利益」について、③「得喪を争うこと」が具体的な内容である。

「偶然の勝敗」とは、勝敗が偶然性に左右されること、すなわち、当事者において確実に予見できず、または自由に支配し得ない状態によって勝敗が決されることをいう。将棋やスポーツのように技量や能力が勝敗に影響を持つ場合であっても、少しでも偶然の事情により勝敗が影響される可能性があれば、これに当たる。

「財物または財産上の利益」（財物等）は、金員に限られず、一定の財産的価値を有する客体全般をいう。オンラインゲームにおけるアイテムの取得などもこれに当たり得る。

財物等の「得喪を争う」とは、勝者が財物等を得て、その反面、敗者がそれを失うことをいう。したがって、賭博に参加する複数の者が、財物等を喪失する危険を負担している関係が必要となる。たとえば福引や懸賞なども、偶然によって商品等の獲得を争う側面があるが、参加者が勝った場合に利益を得るだけであり、財産を失う危険を負担していないことから、この要件を充たさない。

185 条但書によれば、「一時の娯楽に供する物を賭けたにとどまるとき」は賭博罪の成立が否定される。これは可罰的違法性が乏しいことに基づき、処罰を否定する趣旨の規定である。判例によれば、「一時の娯楽に供する物」とは、即時娯楽のために費消するような寡少なものであり（大判昭和 4・2・18 刑集 8 巻 72 頁）、たとえば食事や煙草などを賭ける場合が典型である。金銭を賭ける行為は、その金額が少額であっても但書の適用はないとするのが判例の立場である（最判昭和 23・10・7 刑集 2 巻 11 号 1289 頁）。

## 2. NFT のパッケージ販売と賭博罪の成否

## (1) 問題の所在

複数の NFT を中身の分からないパッケージ形式にしてランダムに販売する場合、NFT の一部には、稀少性があり、高額で転売可能なものが含まれているため、高額で転売可能な NFT を取得できるか否かについて、購入者の間に「勝ち負け」が生ずることは否定できない。さらに販売者自身が二次流通市場を併せ設けている場合には、販売行為後の転売行為が

織り込み済みといえるため、なおさら「勝ち負け」が経済的な利得・損失として現実化しやすくなっている。これらの事情から、NFT のパッケージ販売について賭博罪の成立可能性を指摘する見解が散見される。

NFT をパッケージ形式で販売する場合、いかなる内容の NFT を取得できるかは偶然に左右される。また、NFT のパッケージは、対価を支払って取得する対象である以上、財産上の利益に該当する場合がほとんどである。したがって、NFT の価値が些少であって「一時の娯楽に供する物」と評価できるような例外的な場面を除き、賭博罪の成否は、財物等の「得喪を争う」という要件を充足するか否かに帰着する。

## (2) 「得喪を争う」関係の有無

賭博罪の成立を認める見解は、「得喪を争う」関係を、販売者と購入者の間に認めているのか、それとも購入者相互の関係に認めているのか、明確にしていない印象があるが、いずれにしても、「得喪を争う」関係を認めるためには、当事者の一方が失った財物等を他方が取得する関係、すなわち当事者の一方が取得した利益が、他方の経済的負担に基づくものと評価できる関係が必要になる。そして、販売者と購入者の間に上記関係を認めるためには、購入者は販売価格に見合った価値を有しない（あるいは販売価格を上回る価値を有する）NFT を取得する可能性があり、その反面として、販売者に一定の利得（または損失）が発生する可能性があることが必要である。また、購入者相互の間に「得喪を争う」関係を見出すのであれば、一部の購入者は価格相当の NFT を取得しておらず、購入行為によって経済的損失を被っており、事実上、この負担に基づいて、一部の購入者が高額なパッケージを取得できた関係が必要になる<sup>1</sup>。したがって、いずれの構成によっても、一部の購入者が購入した NFT のパッケージが、販売価格に見合った価値を有していないと評価できることが、財物等の「得喪を争う」関係を認定する上では不可欠となる。

この点において、賭博罪の成立を認める見解は、NFT の客観的な価値は、実際の販売価格とは別個独立に、現実の二次流通の価格形成などに基づいて明確に算定可能であるという理解を前提にするものであろう。もっとも、NFT については、その生成段階においては、いかなる経済的価値が付与されるかは一義的ではないから、実際の販売行為における価格設定を離れて、客観的な価値や相当な価額を（販売時点において）明確に算定することは困難である。かりに人気のない NFT を含むパッケージを取得したとしても、そのことから直ちに、購入者は販売価格相当の NFT を取得することに失敗し、経済的な損失を被ったという

---

<sup>1</sup> なお、古い判例の中には、胴元が客から金品を得た上で、その合計額の範囲内の金品を勝者に与える形態の行為については、金品の所有権がいったん胴元に移転した後、客が勝った場合にその範囲で財物等が交付されるにすぎないから、賭博に該当しないと判断するものが散見される（たとえば大判大正 9・10・26 刑録 26 輯 743 頁、大判昭和 8・12・22 刑集 12 号 2417 頁など）。これを前提とすれば、NFT の代金は既に販売者に帰属する以上、少なくとも購入者相互の関係では「得喪を争う」関係は認められないことになるが、そもそもこれらの判例が、今日においても判例としての意義を有しているかについては疑問の余地がある。

評価を導くことはできないように思われる。賭博罪の成立を認めるためには、NFT の経済的な価額が明確に算定可能であり、かつ、販売者が、一定の購入者には、販売価格の価額を下回る価値しか有しない NFT を販売していることが必要になるが、これらの事実が認められるのは、ごく例外的な場合にとどまるであろう。

### (3) 二次流通市場における価格形成

販売者が二次流通市場も併設しており、当該市場による取引によって NFT の転売価格の相場が具体的に形成されている場合には、転売価格を基準として、NFT の客観的な価値が明確化されているように見える。しかしながら、二次流通市場における価格形成は、NFT を販売する際の価格設定とは別個の事情に基づいて行われるものである。また、転売価格の相場といっても、たとえば対象となるスポーツ選手の成績等の事情によって、常に変動する可能性がある。したがって、転売価格が取得時の価格を下回っているからといって、そのことから直ちに、当該 NFT の販売時の客観的価値が取得価格を下回っているという評価が導かれるわけではない。賭博罪の成立を認める見解は、NFT の販売行為と二次流通市場における転売行為を一体的に評価して、財物等の「得喪を争う」関係を認めようとするものといえるが、両者は異なる主体に基づく別個の取引であり、両者を一体的に評価する点において無理がある。

これに対して、販売者が二次流通市場を運営し、売買手数料を取得するととどまらず、自らが販売価格よりも低い価格での買い取りに応じているような場合は、販売行為と買い取り行為が一体的に行われており、これによって購入者は、購入段階において既に一定の損失を被っていると評価される余地があるため、賭博罪が成立するおそれがある。

## 3. 海外スポーツベット市場向けにデータや映像を販売する行為

### (1) 議論の前提

スポーツベッティングを運営する行為については、「賭博場を開張し……利益を図った」として、賭博場開張等図利罪（刑法 186 条 2 項）の構成要件に該当し、また、これに参加して、ベッティングを行う行為は賭博罪（同 1 項）の構成要件に該当する場合がある。したがって、ベッティングが行われることを知りながら、そのためにデータや映像を提供する行為は、これらの犯罪を容易にする行為として、幫助犯を構成する可能性がある。

賭博罪は国内犯であり、「日本国内において罪を犯したすべての者」（刑法 1 条 1 項）に限って適用がある。そして、国内で「罪を犯した」というためには、構成要件該当事実の一部が本邦の領域内で発生すればたりると解されている（いわゆる遍在説）。正犯の行為が国外で行われた場合であっても、共犯行為が日本国内で行われた場合には、共犯者は日本刑法で処罰可能である。

### (2) 海外事業者による賭博場開張等図利罪に対する幫助犯の成否

海外事業者によるスポーツベッティングの運営が海外で行われた場合、「賭博場を開張」する行為は日本国外で行われていると解するのが一般的であるが、オンライン・ベッティ

グの場合、ベッティングを運営する場所と賭客の居場所等を含む全体が「賭博場」を構成するという解釈も十分に可能である<sup>2</sup>。このような解釈を採用する場合、海外事業者の実行行為は日本国内でも行われていることになり、国内犯として日本刑法が適用可能となる。このような前提からは、データ等を提供する幫助行為についても、当然に日本刑法の処罰対象となる。

かりに「賭博場」は海外事業者の事務所等に尽きるとして、賭博場開張行為はもっぱら国外で行われていると解した場合でも、データ等を提供する共犯行為が日本国内で行われている以上、一般的な理解を前提とすれば、データ提供行為は国内犯として、同罪の幫助犯として処罰可能である。もっとも、外国の法制度で正当化されている行為については、そもそも賭博罪としての構成要件該当性が否定されると解する見解もある。そして、このような理解からは、正犯の犯罪行為自体が認められないことを理由として、幫助犯の可罰性を否定する余地もある。

### (3) 日本からの賭博行為に対する幫助犯の成否

海外の法制度において許容されているベッティングであっても、これに日本国内から参加した場合、賭博罪の成立を否定することは困難である。日本国内からベッティングに参加し、財物等の得喪を争う事態が生ずれば、日本国内において賭博罪の法益侵害が現実化していることは否定しがたいから、海外法制におけるベッティングの正当化は、日本国内からの参加者の賭博行為までを正当化するものではない。このように賭博行為について日本刑法が適用可能である以上、これを幫助する行為については当然に日本刑法が適用される。

データ等の提供は、海外事業者によるベッティングの運営を容易にする行為であり、直接的に参加者の賭博行為を幫助しているわけではない。もっとも、海外事業者による運用を容易にすることは、当該サービスを利用してベッティングに参加する者の行為を間接的に容易にしていると評価する余地がある（いわゆる間接幫助）。そして、幫助犯の故意としては正犯者を個別に特定する必要はないから、日本国内からベッティングに参加する者が一定数存在する蓋然性が高いと認められる場合に、そのことを認識、認容しながら、データ等の提供を行い、ベッティングへの参加を容易にしていれば、賭博罪の幫助犯の成立が認められる可能性がある。

## 4. e スポーツ大会における賞金の提供行為について

財物等の「得喪を争う」関係が認められるためには、参加者のうち、試合に負けた者が失った財物等が勝者に対する賞金の原資となり、実質的に移転する関係が必要となる。したがって、大会参加者から徴収される参加費がもっぱら大会の運営経費に充当され、賞金は大会主催者以外のスポンサーから直接提供される場合、参加者が失った参加費が賞金として移転するわけではないので、賭博罪は成立しない。さらに、大会主催者が、スポンサーから提

---

<sup>2</sup> このような解釈を示す裁判例として、大阪高判平成 29・2・9（高刑速（平 29）238 頁）を参照。

供を受けた広告料または自社のマーケティング用の経費を原資として、賞金を提供する場合であっても、大会参加者の支払う参加費が賞金の支払いに充当されていない場合には、同様に解することができる。

これに対して、大会参加者から徴収した参加費の一部を賞金の原資とした場合、敗者が失った参加費の一部が勝者に賞金として交付されるのであるから、参加者間で「得喪を争う」関係があることは否定できない。そのため、この場合には大会参加者には賭博罪が成立する可能性があり、また、大会主催者には賭博場開張等凶利罪が成立する可能性があるというのが、現在の一般的な理解である。

もっとも、大会主催者にも一定の収入が見込まれるべきであるから、上記の「大会の運営経費」の中には、主催者の収入となるべき事業費も含まれるはずである。そして、主催者がこれをいかなる目的で利用するかは、その経営判断に属するというべきであるから、eスポーツ大会を活性化させるために、これをマーケティング用の経費に充当し、賞金の原資の一部として利用することも許容されるべきであろう。この場合、敗者が失った参加費の一部が、結果的に勝者に流れていることは否定できないが、大会に参加するための対価として交付された金員が主催者に帰属し、それが主催者の計算において賞金として拠出されたと評価できれば、参加費の支払と賞金の交付を社会通念上、別個の事実と評価して、「得喪を争う」関係を否定する余地があるように思われる。このような理解を前提とした場合、①大会参加費が、賞金の獲得の有無と関わらず、大会に参加するための対価として合理的なものであること、②大会参加費の大半が大会の必要経費に充当されていること、③大会の内容が、かりに賞金を獲得できないとしても十分に魅力的な内容となっており、また、射倖性が抑制されていることなどの事情があれば、参加費の一部が賞金の原資となった場合であっても、賭博罪等の成立を否定する余地がある<sup>3</sup>。

---

<sup>3</sup> このような理解の詳細については、橋爪隆「賭博罪について」警察学論集 74 巻 9 号 (2021 年) 140 頁以下を参照。