

Glücksspiel と対立する概念として Geschicklichkeitsspiel (技術的ゲーム) がある。これは結果が主にプレイヤーの肉体的精神的能力によって決定されるものであり、刑法上は不可罰である。ただ、このように分類してみても両者の区別は大変微妙である。しかしながら、後に見るように、Glücksspiel か技術的ゲームかによって刑罰のみならず行政法上の規制態様も大きく異なるのでこの区別は軽視できない。両者の区別はその内容によって判断されることは当然であるが、プレイヤーの技量によって、同じ内容の行為でも素人であれば Glücksspiel になり、熟練者であれば技術的ゲームになるはずである。しかし、参加するプレイヤーの技量によって、ゲームが1回のプレーごとに性格を変えるとは考えられていない。その場合は参加するプレイヤーの技量の平均が Glücksspiel なのか技術的ゲームなのかを決定すると解されているのである。平均の技量を有するプレイヤーが稀にしか勝てないほどの技量を要する行為は Glücksspiel であるとされている。

4 ロットリーについて

ロットリー (Lotterie あるいは Ausspielung) も Glücksspiel の一種である。しかし、ロットリーが Glücksspiel から独立して犯罪構成要件になっているのはロットリー禁止の歴史的経緯が関係しているという。それはともあれ、Glücksspiel では参加者も刑罰の対象になるが、ロットリーでは購入者は不可罰なので両者を区別する基準が必要となる。複数の参加者に利得の可能性が開かれていること、確立されたプランに従って進行することがポイントと考えられているようである。つまり、ロットリー以外の Glücksspiel では客と胴元は1対1の閉じた関係に立つこと、ゲームの進行によって客の賭け金が変わることなどの点でロットリーと区別されると解されている。結局、胴元が危険を負担しないという日本の刑法における賭博とロットリーの識別基準とそれほどの違いはないことになる。

第2 営業法による解禁

刑法によって公然の Glücksspiel が禁止されている以上、競馬、カジノ、ロットリーなどは特別法による根拠規定がなければ法的に行えないことは当然である。

刑法に対する特別法の地位に立つ法律としてはロットリー、競馬、カジノに関するものがあるが、最初に、厳密には特別法とはいえないが、マシンゲームを解禁している営業法⁷⁾ (Gewerbeordnung) を紹介したい (原文は資料2参照)。機械を利用した Glücksspiel が他の Glücksspiel と別個の扱いを受けている点が注目される。

7) 営業法は、様々の営業形態について行政法上の規制を定めたものでそれ自体が刑法に対して特別法の地位にたつものではない。

1 条文

33条 c 利得可能性のあるゲーム機

- (1) プレーの結果に影響を与える技術的装置を備えかつ利得の可能性をもたらすゲーム機 (Spielgeräte) を業として設置しようとする者は権限ある当局の許可を受けなければならない。許可はゲーム機の設置に関わるものであり、ゲーム機の仕様については連邦物理・技術施設の認可を受けなければならない。公衆、顧客、営業地並びに隣接地の住民の保護または青少年保護の利益のために必要であれば、許可に際して設置場所に関して条件を付することができる。同様の要件の下で、事後的に、条件を付加、変更及び補充することができる。
- (2) 申請者がゲーム機の設置にふさわしい資格を有していないことが証明された場合には、許可を拒否する。原則として、申請時より遡って3年間に、重罪、窃盗、横領、恐喝、盗品隠匿、詐欺、背任、賭博開帳、賭博参加あるいは青少年保護法第12条違反により有罪判決を受けた者は資格を有しないこととする。
- (3) 権限ある当局が、設置場所は第33条 f 第1項第1号に基づいて定められた実施命令に適合していると書面で承認してはじめて、営業主は本条第1項におけるゲーム機を設置できる。ゲーム機が飲食を提供する場所に設置される場合には、承認に際して、酒類販売店かレストランか宿泊施設かが明示される。ゲーム機の営業主及びゲーム機が設置される場所の営業主に対して、ゲーム機が設置される地区の権限ある当局は本条第1項第3文の措置に関する指示を発することができる。

第33条 d 利得可能性のあるその他のゲーミング

- (1) 利得の可能性をもたらすその他のゲーミングを業として開設する者は権限ある当局の許可を受けなければならない。営業地あるいは隣接地の公衆、顧客あるいは住民の保護または青少年保護の利益のために必要であれば、許可に際して期限及び条件を付することができる。同様の要件の下で、事後的に、条件を付加、変更及び補充することができる。
- (2) 申請者が連邦刑事局の発行する認定証またはその写しを有している場合に限り、許可することができる。
- (3) 申請者またはゲーミングが開設されることとなる営業場所の営業主がその他のゲーミングの開設にふさわしい資格を有していないことが事実によって証明された場合には、許可は拒否される。第33条 c 第2項第2文が適用される。
- (4) 第3項に規定された事実が存在していることが許可の時点で知られていなかった場合には許可は取り消される。許可は次の場合に撤回される。
 - 1 許可を与えた後に第3項に規定された事実が生じたとき
 - 2 ゲーミングが許可の際の条件等を逸脱して開設されたとき

3 認定書が取り消された場合または撤回された場合

- (5) ゲーミングの開設に際して、許可に付された条件が遵守されていない時または青少年保護法第8条に違反するときは許可を撤回することができる

第33条 e

- (1) ゲーム機またはその複製機の型式の認可及びその他のゲーミングに対する認定証は、プレーヤーが著しい損失を蒙る虞がある場合には拒否するものとする。33条 d の意味におけるその他のゲーミングが、簡単な手段でルールまたは用具を変更することにより刑法284条の意味における賭博として開設することができる場合には、これに対する認定を拒否する。本項第2文の拒否の理由は、特に次の場合には存在するものとする。
- 1 カード、さいころまたは玉のゲームであり、刑法284条の意味における賭博から派生したもの
 - 2 審査のため申請された条件では経営的に成り立たないゲーミング
- (2) 認可及び認定証は、拒否すべきである事情が明らかになった場合、許可されたゲーム機の申請者が認可証に明記された特性を変更した場合または認定されたゲーミングを承認されていない条件で開設した場合には取り消されあるいは撤回される。
- (3) 認可及び認定証は、期間及び条件を付することができる。
- (4) 複数製作される第33条 d の意味におけるゲーミング機については、提出のあったゲーミング機に対しては認定証、その複製機については認定証の写しが付与される。

第33条 f 実施命令制定の授權

- (1) 連邦経済省は第33条 c、第33条 d、第33条 e 及び第33条 i を実施するため、連邦内務省及び家族・高齢者・女性・青少年省と共同し、また、連邦参議院の同意を得て、ゲーミング活動の規制、公衆並びにプレーヤーの保護及び青少年の利益のために命令により以下のことを定めることができる。
- 1 ゲーム機の設置あるいはゲーミングの開設を特定の店舗、営業所、施設に限定すること及び営業所に設置されるゲーム機の数あるいは開設されるその他のゲーミングの数を制限すること
 - 2 営業遂行に付随する権能と義務の範囲に関する規則を定めること
 - 3 許可または認定証の付与のために、以下の事項に関する必要基準を定めること
 - a) ゲーミングの進行方法
 - b) 利得の種類
 - c) 最大投入額と最大利得額
 - d) 勝ちゲームと負けゲームの比率
 - e) 一定数のゲームにおける投入額と利得額の比率
 - f) ゲームの最短持続時間

- g) ゲーム機の技術的仕様と識別基準
 - h) ゲーミング規則並びに利得プランの掲示及び認可証もしくはその写し、認可関係書類並びに認定証もしくはその写しの保持
- 4 ゲーム機を設置しあるいはゲーミングを開設する営業主の義務の内容についての規則を定めること
- (2) 以下についても命令によって定めることができる。
- 1 連邦経済省が内務省と共同して、連邦参議院の同意を得て、
 - a ゲーム機の仕様の検査並びに認可及び金銭以外の財物を利得する可能性のあるゲーム機で祭典、射撃祭または類似の場に設置され、その構造から統計学的検査を必要としないものの設置期間延長における連邦物理・技術施設の手続きの定め
 - b 連邦物理・技術施設の手続きに関する手数料及び費用に関する定め
 - 2 連邦内務省が連邦経済省と共同して、連邦参議院の同意を得て、
 - a 認定証の発行における連邦刑事局の手続きの定め
 - b 連邦刑事局の手続きに関する手数料及び費用に関する定め

第33条 g 許可を受ける義務の制限と拡大

連邦経済省は連邦内務省及び家族・高齢者・女性・青少年省と共同し、また、連邦参議院の同意を得て、命令により以下のことを定めることができる。

- 1 第33条 d 第1項第1文の意味におけるその他のゲーミングの開設に対し、当該ゲーミングが主に娯楽の用に供されるものであり、許可を得る義務を課する公益が存在しない場合には、許可を必要としないこと
- 2 第33条 c 及び第33条 d の規定は、結社あるいは閉鎖的団体の内部における、業としてではないゲーム機の設置及び業としてではないその他のゲーミングの開設にも適用されること。ただし、それらが日常的に行われている場合であり、かつ、そのような制限を課する公益が存在する場合に限る。

第33条 h カジノ、ロトリー、賭博

第33条 c から第33条 g までの規定は次の場合には適用されない。

- 1 カジノの許可及び営業
- 2 ロトリーの開設（祭典、射撃祭及び類似の場で業として行われ、高価でない物を利得とするロトリーを除く）
- 3 第33条 d 第1項第1文の意味におけるその他のゲーミングでありかつ刑法第284条の意味における賭博に当たるゲーミングの開設

第33条 i ゲームセンター及び類似の事業

- (1) ゲームセンターまたは類似の事業（第33条 c 第1項第1文または第33条 d 第1項第1文の意味における、ゲーム機の設置、その他のゲーミングの開設もしくは利得の可能

性のない娯楽の開設を業として専ら行いまたは主に行う事業)を行おうとする者は、権限ある当局の許可を受けなければならない。公衆、顧客、営業地並びに隣接地の住民または青少年を危険、相当の損害または相当の負担から保護するため必要であれば、期限と条件を付することができる。同様の要件の下で、事後的に条件を付加、変更、補充することができる。

(2) 許可は次の場合には拒否される。

- 1 第33条 c 第 2 項または 第33条 d 第 3 項に規定された拒否の理由が存する場合
- 2 営業の場所が、その性質または状況のゆえに警察的必要条件を満たさない場合
- 3 営業が、青少年を危険にさらすこと、ゲーミングへの耽溺及び連邦環境保護法の意味における環境に対する悪影響または公衆、住人あるいは公益に係わる施設への受忍限度を超えた負担が懸念される場合

2 概要

営業法は Glücksspiel のうち、ゲーム機 (Spielgeräte) について業として設置する場合には当局の許可を条件としてこれを認めている。また、Glücksspiel でなくとも (つまり技術性のゲームであっても) 業としてこれを開設する場合には許可を要としている (刑法上は技術性のゲームの開設は犯罪ではないことを想起されたい)。

そこで、最初に、Glücksspiel たるゲーム機の設置をどのような条件で認めているのか見てみる。

まず、ゲーム機自体について「連邦物理・技術施設」の許可を得なければならない。33条 e には、プレーヤーが著しい損失を蒙る虞がある場合には許可しないと書かれているが、その他にも、命令によって細かい条件が定められている。例えば、1 回ごとのプレーの間隔は15秒以上であること、1 回のプレーの賭け金は最大0.4マルク (1 マルクは約60円) であること、1 回のプレーに対する利得は最大 4 マルクであること、戻し率は60%以上であること、プレーヤーが勝つ事象が 3 万 4 千回に少なくとも 1 回生じなければならないことなどである。

なお、金銭以外の財物の利得可能性があるゲーム機 (Warenspielgeräte) も金銭の利得可能性があるゲーム機 (Geldspielgeräte) もほぼ同様の規制に服するが、祭典、射撃祭などの特別の場における Warenspielgeräte は 1 回のプレーにおける利得額 (当然ながら財物を金銭に換算した額である) は最大80マルクとする、また、プレーヤーとゲーム機の勝ちの比率は 1 対 4 以上でなければならないなどの点で違いがある。

設置場所については命令 (33条 f による授權) が許可できる場所を列挙している。基本的に飲食を提供する施設が許可を受け得る場所であるが、主に青少年がかかわる場所には設置できない。なお、Warenspielgeräte は祭典等の行なわれる場所にも設置できるが、Geld-