

□ 上海七方律师事务所 赵珞宏

随着网络和通信技术的发展，原先必须有实体场所的聚众赌博已经可以借助电脑、手机和网络进行，而开设赌场罪中的“赌场”也不再限于实体场所。

那么，通过网络聚赌和“开设赌场罪”在实践中该如何区分呢？

2024年
10月29日
星期二

“聚众赌博”与“开设赌场”

赌博行为涉及违法甚至犯罪，这应该说是一个常识。

但在2006年之前，我国刑法对开设赌场的行为未作单独界定，而是将其纳入赌博罪的范畴之内，即“以营利为目的，聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金”。

后来，由于开设赌场行为相较于聚众赌博和以赌博为业，其社会危害性更为显著，原有刑罚已不足以对其更好打击。

因此，在2006年《刑法修正案（六）》中，开设赌场的行为被从赌博罪中剥离出来，单独成立“开设赌场罪”。

2021年的《刑法修正案（十一）》提升了开设赌场罪的处罚力度，其中情节严重的法定量刑已由原先的“三年以上至十年以下有期徒刑”提升至“五年以上至十年以下有期徒刑”。

因此，对于聚众赌博和开设赌场，我国《刑法》目前是这样规定的：

以营利为目的，聚众赌博或者以赌博为业的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

开设赌场的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；

情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

虽然法律规定得十分清楚，但由于聚众赌博和开设赌场在行为表现上存在极高的相似性，都涉及聚集、吸引、组织他人参与赌博的行为，因此在现实中可能发生性质认定上的争议。

在《刑法修正案（六）》实施前，对聚众赌博行为只需定赌博罪即可，然而在两次修正案后，区分“赌博罪中的聚众赌博”和“开设赌场罪”不仅会影响行为定性，更涉及量刑幅度的判定。

过去，对开设赌场与聚众赌博的行为界分并不难，一般是以赌博场所的固定性及赌场存续时间的稳定性等特征来进行认定。

然而，随着网络技术的发展及其对社会生活的影响，如今很多赌

博活动更多地活跃于网络平台，不仅使开设赌场的行为模式发生了显著变化，也使其与聚众赌博的区分特征产生了相应变动。

真实案例

2019年5月至7月期间，被告人黄某某等三人通过微信群招募参赌人员，负责收取参赌者的赌资，并借助赌博网站注册的账号为参赌者进行投注操作，从而获取赌博网站返还的9%利润。

此期间，黄某某等人累计接收投注资金共计397225元，并获取返点金额35750.25元。

一审法院审理后认为，被告人黄某某等人为赌博网站担任代理，其行为构成开设赌场罪，情节严重，故对三被告人均判处有期徒刑三年，并处罚金一万元，同时追缴违法所得并没收作案工具。

黄某某等人提出上诉，其辩护律师对一审法院的罪名定性提出异议，主张本案三被告人应构成赌博罪。

二审法院经审理后认为，现有



资料图片

证据未能充分证明黄某某等三人在赌博网站上的账号存在下级账号设置，因此不宜将其认定为赌博网站的代理，三被告人的行为更符合赌博罪的构成要件。

据此，二审法院对一审判决进行了改判，认定三被告人犯赌博罪，均判处有期徒刑两年（较一审减轻一年），并处罚金一万元，同时追缴违法所得并没收作案工具。

网络“开设赌场”的认定

开设赌场罪的关键因素在于创造了赌博空间，即提供赌博活动需要的用具、设备与场所，供他人进

网络聚赌与「开设赌场罪」如何区分

引赌博客户，接受投注。行为人多为地区代理人的下级代理人。

2010年发布的《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》（下称“《意见》”）中，认定以下四种利用网络空间赌博行为构成“开设赌场罪”：第一，直接建立赌博网站并接受投注；第二、建立网站供他人组织赌博；第三、组织赌博并参与投资分成；第四、为赌博网站担任代理并接受投注。

最后一种行为方式是网络开设赌场特有的，与聚众赌博行为界分的困难也主要集中在这种行为方式。

在网络赌博活动中，“代理”特指那些并未直接搭建赌博平台，但凭借其在赌博平台上的权限，如设定赌博对象、赔率、方式、投注额度、抽头比例，以及开设或注销参赌会员账号等，来接受他人投注的行为主体。

代理在网站的经营过程中，具有开设或注销参赌会员账号和设定赌博的赔率、返水率等权限，这些权限反映了其网络赌场管理者的身份。这种对赌场的存续、运营上的掌控力，正是“开设赌场”这一行为的本质特征。

判断是否为代理的一个关键标准在于行为人账号下是否设有下级账号。根据《意见》第三部分的明确规定：“有证据证明犯罪嫌疑人在赌博网站上的账号设置有下级账号的，应当认定其为赌博网站的代理”。然而，如果代理人在实际操作中并未发展下级参与者，且未实质性地接受他人的投注，就无法将其认定为开设赌场的实行犯。

司法机关在作为刑事审判参考的一则案例中，也明确了开设赌场行为的法律边界：“如果行为人只是充当赌博网站地区代理人的下级代理人，通过提供赌博网站的账户和密码招引赌博客户，没有再发展下级代理人的，其行为就应当认定为聚众赌博行为。”因此，聚众赌博行为与开设赌场行为的核心区别，在于行为人是否拓展了下级代理。

回到前述案例，被告人黄某某等三人共同通过微信群招募参赌人员，其行为仅限于利用赌博网站注册的账号代为投注。

根据现有证据，未能证实黄某某等三人在赌博网站上的账号设置了下级账号，因此根据法律规定，应将其行为定性为赌博罪而非开设赌场罪。

总结

对于“开设赌场”的行为，其核心在于行为人对于赌场的“控制性”与“支配性”。鉴于赌博网站的兴起，开设赌场罪的判定不再拘泥于赌场及参赌人员的固定性，而是着重于行为人对于赌博场所的实际控制能力，以及其设立赌场吸引赌徒的行为是否体现出组织性和连续性。此外，还应考量是否由行为人制定赌博规则、确定抽头方式等因素。

聚众赌博行为则往往表现出偶发性、临时起意及非连续性的特点，这与开设赌场所展现的明确分工、持续运作以及长期性的经营模式有着显著区别。

在赌博行为的性质判定上，需要根据相关法律仔细加以辨析。