

■本期嘉宾

- 李翔 华东政法大学教授、博士生导师
陈兵 上海市第一中级人民法院刑庭法官
胡智强 嘉定区人民检察院副检察长
钱叶六 华东师范大学教授、博士生导师

近年来,赌博犯罪呈现蔓延发展态势,严重妨碍社会管理秩序,引发关联犯罪,直接危害我国经济安全和社会稳定。特别是在互联网领域黑灰产业催化下,新型跨境网络赌博违法犯罪活动日益猖獗,严重威胁人民群众人身财产安全和社会公共安全,也给司法实践带来巨大挑战。

赌博犯罪
的本质与规制

李翔:赌博主要存在三种情形:一是法律不加以管制的,即娱乐性赌博;二是进入治安管理处罚法规制范围的赌博;三是进入刑法规制范围的,即赌博罪。可见,只有危害重大的非法赌博行为才是刑法的处罚对象,故刑法打击的更多是赌博中的组织行为,如构成聚众赌博型赌博罪要求“组织三人以上”。从赌博罪在刑法分则中所处章节也能得出这一结论,赌博罪保护的法益是社会管理秩序,而非财产性法益。

陈兵:娱乐性赌博与赌博罪的区分主要有:一是从赌博人员之间的关系看,是否存在亲友或长期交往关系;二是从召集人主观目的看,召集者是否有从中牟利的意图;三是从组织规模看,判断赌资数额相对于参赌人员的收入水平,是否属于娱乐活动。

同时,认定“以赌博为业”可以从行为人的主要收入来源进行判断,但应当明确为主要收入来源之一,毕竟个体收入来源存在一定的差异。因此,需要进一步明确“以赌博为业”的判断标准。

开设赌场的
罪与非罪

陈兵:从最高人民法院指导性案例和网络赌博司法解释看,开设赌场罪包含以下五个特征:

一是有专门用以赌博的场所;

二是对不特定人开放,根据是否具有长期交往关系来判断是否具有开放性;

三是设定赌博规则;

四是提供资金结算服务;

五是具有较为固定的营利方式。

其中,后两项是充分条件,前三项是必要条件。

相比之下,聚众赌博型赌博罪的行为人是从赌博行为中直接获利,而开设赌场罪行为人则是从组织赌博行为中获

利,其对于赌场具有经营性和控制性,其中经营性就是要求行为人的行为具有持续性和营利目的。

胡智强:从实务办案的情况看,三类赌博犯罪中,开设赌场罪大约占九成,赌博罪仅占一成左右,而认定为以赌博为业型赌博罪的案件更是微乎其微。原因就在于“以赌博为业”没有相应的客观标准,如果以“在一定时间范围内参与赌博所累计的赌资数额”作为认定依据,可能会导致实际办案中证明难度提升,操作层面不太可行。

建议以行为人因赌博受行政处罚或者刑事处罚的次数等相对客观的标准进行认定。

赌博犯罪刑法适用中的
疑难问题

资料图片

组织参与国(境)外赌博
的罪与非罪

钱叶六:《刑法修正案(十一)》增加了组织参与国(境)外赌博罪,其中,“参与国(境)外赌博”是否仅限于身赴国(境)外赌博?“组织”是否意味着对象必须达到三人以上?对此我认为,一方面,根据以前司法解释的规定,组织、招揽中华人民共和国公民赴国(境)外赌博的行为,可能认定为赌博罪或开设赌场罪。但如果组织的对象不足三人又涉及金额特别巨大,就很难认定,会导致处罚上的漏洞。另一方面,近几年国(境)外招赌的现象特别严重,造成资金的大量外流,危害我国的经济安全。

在“出境”理解方面,由于线上赌场的涉案人数、金额远多于线下赌场,其社会危害性更大,故解释上应将国(境)外线上赌场包含在内。在“组织”理解方面,作为组织者,可以是一人组织,也可以是多人组织,在组织对象上也不要求多人,组织一人出境也可构成本罪。

李翔:刑法中不同罪名对“组织”存在不同理解,有的“组织”要求对被

组织人员具有一定的控制性,有的“组织”可以理解为提议、帮助。我认为组织参与国(境)外赌博罪中的“组织”对象在人数上不应当有过多限制,否则该罪名就失去了独立的适用空间及存在价值,故需要做扩大解释,不限于三人以上,“组织”一人且数额巨大或情节严重也可构成该罪。

同时,由于本罪保护法益涉及防止资金外流,因此,对于本罪适用上的限制,不应从人的角度,而是要从资金的角度来加以限制,该条中的“参与”不应限定为人的参与,而应是资金的进入。

陈兵:从客体角度看,该罪侵犯的是复杂客体,即社会管理秩序和外汇管理秩序。实践中,国外网站代理人通过网站特殊通道或者视频招募我国公民参与赌博,这种情形虽然没有出入国境,但显然有导致资金外流的危害或实害,应当适用该罪。至于“组织”的内涵,从文义解释看,“组织”是指使原来分散的、无序的活动或者人变得有秩序,故本罪对于人数应当要求三人以上。

从体系解释看,组织卖淫罪的司法解释也将“组织”解释为三人以上,故将组织的对象限制为三人以上可能更为妥当。

(召集人:上海市人民检察院法律政策研究室副主任 陈超然;发言整理:上海市人民检察院 王晗 普陀区人民检察院 张亚娟 松江区人民检察院 金麟 王晶)