

传统型开设赌场罪情节严重认定标准的探析与完善

● 张金民



[摘要] 从开设赌场罪的立法渊源来看,传统型开设赌场罪的情节严重认定标准在立法上存在法定加重情节空白的情形。司法者对传统型开设赌场罪情节严重的认定存在一定争议,《刑法修正案(十一)》将开设赌场罪情节加重犯的法定量刑幅度,从三年以上提高到五年以上,易使实务中常用的认定开设赌场罪情节严重的数额标准与相对应的法定刑出现错位。法官对该类案件的法律适用存在困难,影响法律确定性价值的实现,甚至有走向刑事类推的危险。立法上可将渔利及赌资数额、参赌人数、持续时间等核心要素法律化,以统一司法裁量尺度,严密刑事法网。

[关键词] 开设赌场罪;情节严重;认定标准

赌

博从古至今在世界范围内均有发生,而对该行为罪与非罪、罪轻罪重的确定,则依不同社会文化习俗而有所不同。我国《刑法》第303条第1款规定,若要构成赌博罪,行为人客观上须为聚众赌博或以赌博为业且主观上须具备营利目的,法定刑为三年以下有期徒刑的轻刑。而该条第2款关于开设赌场罪的规定则比较简单,即开设赌场的,对应的法定刑相对较重,可判处管制、拘役乃至上限五年以下有期徒刑,并处罚金,被认定为情节严重的开设赌场罪,刑罚适用幅度可达五年以上十年以下有期徒刑。可见,开设赌场罪是行为犯且罪状描述简单。但与之匹配的法定刑档次设置较重,情节加重犯的量刑已达五至十年有期徒刑,且传统型开设赌场犯罪的加重情节至今仍存在立法空白,这就使得传统型开设赌场罪情节严重的认定标准,成为一个值得深入研究的问题。

Q 传统型开设赌场罪的内涵界定与立法渊源

(一)传统型开设赌场罪的内涵界定

《刑法》第303条第2款规定的开设赌场罪未采取叙明罪状,因此,“赌场”的认定即变得尤为关键。目前,学界对于赌场的认定主要分为两种观点:一种是实体标准说,主要从实体赌场的支配者、规模、设施、持续时间等方面予以认定。另一种是虚拟标准说,认为仅以线下常见情形来界定赌场的含义,并非赌场的本质要求,存在概念不周延的弊端。如建立微信群并设定输赢规则,继而组织他人抢发红

包从中抽头营利的情形,实体标准说就难以对其进行有效规制。因本文主要讨论的是传统型开设赌场罪的情节认定问题,针对的主要是线下实体开设赌场的情形,故采用实体标准说对传统型开设赌场罪予以界定。传统型开设赌场罪的内涵则基本可概括为,形式上区别于线上开设赌场、利用赌博机开设赌场的实体型线下赌场,组织者、管理者设定线下赌博规则,并从中抽头渔利的违法所得或赌资数额较大的聚众赌博行为。

(二)传统型开设赌场罪的立法渊源

1997年《刑法》关于赌博罪的规定要求行为人主观上以营利为目的,客观上表现形式包括聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业,开设赌场行为包含在赌博罪的规制范畴以内。2006年经由《刑法修正案(六)》的修正,赌博罪中的开设赌场行为被单独设为开设赌场罪,并规定了对应的法定刑。2023年《刑法修正案(十一)》则将开设赌场罪基本犯法定刑上限从三年以下,修改为处五年以下有期徒刑,第二档加重犯法定刑同样由三年以上十年以下有期徒刑,修改为五年以上十年以下有期徒刑。上述刑法修正有利于司法机关对开设赌场行为进行严厉打击,但在该条文的适用层面上,产生了开设赌场罪情节加重犯应如何合理妥善认定的问题。2010年出台的《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》,2014年出台的《关于办理利用赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的意见》,对两类特殊开设赌场案件的有关法律适用问题予以规定。其中有关两类案件

成立开设赌场罪情节严重的认定标准,某些条款也具有相似性。如违法所得累计达到3万元以上的、赌资数额累计达到30万元以上的、参赌人数累计达到120人以上、涉及未成年人的特殊保护等。但目前制定法层面尚未就不涉及网赌、赌博机的传统型开设赌场案件的加重量刑情节作出规定,使得实务中对该问题的处理出现不同意见:一种意见认为不可参照适用,刑法禁止类推,现有的规范性文件具有明确指向性,不能参照使用;另一种意见认为可以参照适用,但不得在法律文书中引用相关的条文。这就使得如果参照以上两意见的内容,来认定传统型开设赌场罪的情节严重,会出现判决事实上于法无据的危险状况。司法实践中,多数法官采用第一种观点对该问题予以认定,除前述理由之外,还有出于两意见数额标准与传统型开设赌场罪的现实情况不相适配的考虑。随着社会经济快速发展,线下传统型开设赌场犯罪违法所得数额,经常超过两意见确定的情节严重数额标准。有学者对2017年某地法院审结的233件传统型开设赌场案的调研分析发现,违法所得在3万元以下的案件仅有88件,占比37.77%,有62.23%案件将被认定为情节严重,这与设定开设赌场罪法定刑梯次的初衷相悖,也是法官拒绝借鉴两意见标准的现实原因。如依据两意见确立的数额标准认定传统型开设赌场罪是否情节严重,将导致过多开设赌场案件被认定为情节严重,出现开设赌场罪案件中本犯比例较低、加重犯比例过高的情况。使得传统型开设赌场罪量刑畸重,与当前我国刑法治理体系轻缓化的发展方向背道而驰。

Q 传统型开设赌场罪情节严重认定标准的确立必要性探析

(一)刑事司法层面的必要性

法官不得以法律未作明确规定而拒绝裁判,此即“禁止法官拒绝裁判”原则。该原则现已成为现代法治社会的一条通识性原则,在世界范围内得到了广泛认可。本文所讨论的问题是,司法实践中法官不能以认定开设赌场情节严重、法律规定不明确而拒绝裁判。因此,从现实的刑事司法层面上来说,法官必须对开设赌场情节严重案件予以充分合理的司法认定。对此,法官可以使用刑事司法中有关漏洞填补的规则,以尽可能达到准确认定相关犯罪情节并科以相适应法定刑的效果。

有关法律漏洞填补的方法,主要包括目的性扩张或限缩、依习惯补充、依法律原则补充等。根据当前相关法律条款对传统型开设赌场罪情节严重认定标准的规定现状,其应属于规则不周延的法律漏洞,可资使用的方式应当为目的性扩张或限缩的漏洞填补方法。即结合传统型开设赌场犯罪的具体案件的犯罪构成要素进行分析,如参赌人数、赌资

数额、违法所得等,来对情节是否严重作出实质层面上的判断。由于开设赌场罪法定刑梯次范围较为宽泛,情节严重起刑点即在五年以上有期徒刑。因此,更重要的是结合现有法定刑梯次确定与之相匹配的法定刑,这也是当下司法实践中,法官对于涉及该罪认定的司法裁判着重加以考量的裁判要点。

(二)立法层面的必要性

避免法律适用上的主观性。在刑事司法层面采取漏洞填补方式,实现罪责刑相适应的法律效果,固然有着积极的意义,但实质上仍为在现有法律射程范围内的权宜之计,漏洞填补将带来在法律适用层面上主观性的不足。法律漏洞填补是一项高难度的法律适用工作,法官有时不得不在法感和经验的指导下求助于自由心证,这将降低司法判决的可预测性。因此,从立法上对传统型开设赌场罪情节严重的加重情节予以明确规定,有利于降低法官在处理这类案件时的法律适用难度,避免法律适用主观性的不足。

明确实现法律确定性的方向。法官进行法律漏洞补足所追求的确导向,应与立法者的意图相一致。确定性是法律与生俱来的品质。在当下的司法活动中,依据法律规定寻求法律问题结果的确导向,是司法者法律适用工作的重要目的。如果法官在应对法律漏洞问题时采取超出制定法的方法,以“法官造法”创设规则裁判,将可能与立法者的意图指向相背离,模糊立法活动与司法活动的界限。故法官仍应在现行法所涵盖的规范范围内进行法律适用,法官的法律续造仍应与现行法体系的意图与取向相一致。简言之,立法者的意图和倾向,是法官在选择漏洞补充方法及相应的法律适用效果时,必须重点考量的因素。在传统型开设赌场案件情节严重的认定中,立法理应对有关认定标准的取向予以明确的指引,以畅通该问题的司法认定路径。

Q 传统型开设赌场罪情节严重认定标准的完善

(一)禁止类推解释适用

刑事司法活动中,在传统型开设赌场罪认定情节严重问题上,司法实践中不乏司法人员参照两意见的共性数额标准,对传统型开设赌场罪情节严重的情形予以认定。当下传统型开设赌场情节严重标准在规范层面存在缺失,前述做法虽能够暂时性地缓和该问题,但客观上传统型开设赌场罪与网络赌场犯罪、赌博机犯罪显然存在不同的表现形式。故在对其行为进行刑法评价时,理应与后者采取有所区别的标准,这也是贯彻罪刑法定基本原则的必然要求。参照适用两意见的做法,从某种程度上来说已经突破了禁止类推适用的刑法基本原则,长此以往会损害司法公信力,破坏法治根基。因此,应当尽快出台规范性文件明确开设赌场罪情节严重的认定标准,从而妥善解决司法适用问题。

(二)立法确立合理标准

在人民法院案例库检索开设赌场情节严重相关案例,发现唐某等开设赌场一案的裁判要旨,对开设赌场罪的犯罪特征及情节严重的认定标准,给出了具有指导性的意见。根据该参考案例的裁判要旨,开设赌场罪必须以赌场为依托从事营利性活动,赌场一般具有专门场所、面向不特定人群、专设赌博项目、提供资金结算等要素。行为人是否构成犯罪,不应片面适用“赌资数额”“渔利数额”的单一入罪标准,应综合考虑抽头渔利数额、赌资数额、参赌人数和社会影响等客观情况。当构成开设赌场罪时,还应综合考量上述日均数额、运营时长等,审慎认定“情节严重”,正确量刑。出于法律体系一致性的要求,在对传统型开设赌场罪情节严重认定标准的立法活动中,应当与上述裁判要旨精神相一致。即可从数额标准、参赌人数、持续时间三个方面,来综合把握传统型开设赌场犯罪情节严重的认定标准,并将相关标准上升为实体法规范。

一是数额标准的确立。先应立足于我国近年来社会经济不断发展的现实情况,适度提高传统型开设赌场罪加重情节数额标准。此外,前述裁判要旨中提及的日均数额认定,也是一种可操作的情节严重认定标准,易于通过量化标准衡量行为人开设赌场的社会危害程度,可通过立法使之在法规范中予以体现。

二是参赌人数的标准。根据两意见关于赌场参赌人数的共性规定,在网赌、赌博机案件中,认定情节严重的标准之一是参赌人数累计达到120人以上,该标准具有合理性。此外,关于参赌的人员,因赌博行为本身属玩乐性质且易于成瘾,加之未成年人心智仍未成熟。因此,容易被赌博活动吸引而荒废学业,并产生其他恶劣后果。故在传统型开设赌场罪的认定标准中,应当加入招揽未成年人赌博的情形并适当降低入罪门槛,以彰显对未成年人的特殊保护。

三是持续时间的标准。在时间层面,传统型开设赌场罪情节严重的认定标准之一,应当包括要求赌场的经营活动具有持续的一段时间,即赌场经营的持续性。因赌场经营场所的隐蔽性特点,司法实践中可能会出现抽头渔利、赌资数额不大,但赌场经营时间相当持久的情况,抑或相反的情形。对此,法官需要同时考虑到抽头渔利及赌资数额、参赌人数等其他因素,对行为进行整体评价。故在认定开设

赌场情节严重时,不能仅以时间因素作为单一标准,在规范层面对时间的要求应留有裁量余地,但应当将该要素以法条形式纳入法官进行司法适用的过程之中。

(三)审慎规范使用自由裁量权

在具体的开设赌场案件中,赌资及抽头渔利的数额要素、参赌人员要素,以及赌场持续时间要素之间互相独立但又存在内在联系。即某一要素的“超标”可能导致整个犯罪情节上升至“情节严重”程度,但也可能通过另外两个要素的平衡,使得整个犯罪情节低于“情节严重”程度。因此,在情节的认定上,法官的自由裁量是必然会用到的法律方法。对于开设赌场行为人的行为是否构成情节严重,应当在查明事实基础上,综合考量多个要素加以具体判断,规避以片面要素标准认定开设赌场行为人情节严重的结果,避免矫枉过正的不良法律后果。

参考文献

- [1]章惠萍.论我国赌博行为的刑法规制[J].法学评论,2006(03):116-122.
- [2]罗开卷,赵拥军.组织他人抢发微信红包并抽头营利的应以开设赌场罪论处[J].中国检察官,2016(18):11-13.
- [3]孙敏笛.现有规定适用于认定开设实体赌场之“情节严重”[N].检察日报,2018-12-17(003).
- [4]刘萌,尚明登.关于开设赌场罪“情节严重”的认定问题的思考[N].河南法制报,2021-11-05(011).
- [5]陈峰.开设赌场罪情节严重的司法认定[J].人民司法(案例),2017(20):40-42.
- [6]韦冉,曹磊.法律漏洞补充规则及其拟制[J].中国政法大学学报,2022(06):28-38.
- [7]王明森.开设网络赌场“情节严重”的标准是否适用于实体赌场犯罪[N].人民法院报,2013-02-21(007).

基金项目:

2024年度河南省社会科学院基本科研费项目,项目名称:平安河南建设的法治路径,项目编号:24E166。

作者简介:

张金民(1996—),男,汉族,河南新乡人,硕士,研究实习员,河南省社会科学院,研究方向:法学理论。