

“非典型”開設賭場行為的定罪和 量刑探析

肖權東 駱菲菲 龍耀軍 許順福¹

摘 要：實體型開設賭場行為可分為“典型”開設賭場和“非典型”開設賭場行為。行為人放任他人在其經營的賭博機上進行下分獲利的“非典型”開設賭場行為，與司法解釋規定的實行行為應有實質性區別，其主觀惡性明顯相對較輕。結合我國刑法罪責刑相適應原則、寬嚴相濟的刑事政策，較典型行為相比，“非典型”開設賭場行為的入罪審查應當更審慎，量刑應更輕。

關鍵字：開設賭場 非典型 罪責刑相適應 定罪量刑

Abstract: The physical behavior of opening a casino can be divided into typical and atypical behaviors. The atypical act of allowing others to profit from the operation of gambling machines by the perpetrator is substantially different from the implementation behavior stipulated in judicial interpretations, and its subjective malice is relatively light. Based on the principle of proportionality between criminal responsibility and punishment in our country's criminal law and the criminal policy of balancing leniency and severity, compared to typical behavior, the criminalization of atypical gambling should be more cautious and the sentencing should be lighter.

Key words: Opening Casinos Atypia Corresponding Ariminal Responsibility and Punishment Conviction and sentencing

¹ 肖權東，廣州商學院教師，法學研究生，通訊地址：廣東省廣州市黃埔區知識大道300號廣州商學院，聯繫方式：15627223666；駱菲菲，廣州商學院法學院2022級本科生；龍耀軍，廣州商學院教師專任教師，法學研究生；許順福，廣州商學院專任教師，法學博士。

一、引言

賭博與開設賭場行為自古有之、各國有之。2023 年 3 月，林某某與他人合夥在廣東某地開設遊戲機室。在該遊戲機室中，一般的遊戲機僅需投入價值低廉的一塊或兩塊遊戲幣即可娛樂。林某某將其中少量遊戲機改裝為一次可投注大量遊戲幣兌換成積分的、具有退分功能的賭博機，任由賭客賭博。賭客中彩贏得大量積分後，蘭某某等玩家私自用現金購買賭客贏得的積分，但收取 10% 的手續費，然後又將購買的積分私自作價轉讓給賭客。檢察機關指控林某某、蘭某某等共犯的賭資數額合計約 80 萬元，情節嚴重。辯護人認為林某某構成開設賭場罪，但是其行為惡劣性和主觀惡性都相對較低，應當從輕或減輕處罰。法院認定林某某犯開設賭場罪，情節嚴重，判處有期徒刑五年三個月並處罰金。

二、“典型”開設賭場罪認定

我國刑法和司法解釋沒有明確規定賭場的含義以及開設賭場的方式，對於開設賭場的犯罪構成有眾多的觀點。有學者認為，開設賭場就是以開設行為人為中心，行為人可支配為他人提供的賭博場地，無論該賭場是長期性的還是臨期性的經營都構成開設賭場罪。² 這是學界比較通說的觀點，根據此觀點總結可得開設賭場罪主要包括以下兩個方面：第一，行為人須是賭場的主導者，即行為人有提供賭博場地、設定賭博方式、規則等行為，對賭場具有控制和支配作用，且該行為是國家主管部門不予許可的。第二，開設賭場的行為必須是為了抽成獲利，抽成獲利的主觀目的是與正常的棋牌娛樂活動的主要區別，也是判斷是否屬於刑法中開設賭場罪的罪與非罪的一個重要性因素。實踐中，一般以抽頭漁利數額入罪，但該行為不是唯一的定罪標準。³ 比如設置賭博機開設賭場犯罪中，利用賭博機開設賭場的賭博方式相當於賭博機主利用賭博機與玩家賭博，或贏或輸，並無抽頭漁利之說，在司法實踐中更多的為“非法獲利”之說。⁴ 常見賭博的行為方式有實體型開設賭場、網路型開設賭場和“設置賭博機”開設賭場。

“典型”的開設賭場罪有如下特點：經營性、組織性、開放性。⁵ 根據司法實踐，典型的開設賭場罪要求進行經營，往往是積極追求開設賭場牟利的直接犯罪故意。其具有“組

2 張明楷：《刑法學（第五版）》，北京：法律出版社，2016，949-951。

3 徐潔、王蓓：《實體型開設賭場罪的司法判斷》，人民檢察院 2023（S2），第 164 頁。

4 參見網址：利用賭博機開設賭場的定罪把握 _ 中華人民共和國最高人民檢察院 (spp.gov.cn)，最後訪問日，2024 年 7 月 26 日。

5 李義群：《微信紅包賭博行為的司法認定研究》，貴州民族大學，碩士論文，2023 年 6 月

織性”，有負責收錢、發牌或洗牌、記帳、望風的服務人員，有嚴密、明確的接送、放哨等分工，有人員善後、銷毀證據，人員關係和組織結構穩定，具有一定的規模性。⁶

根據 2014 年兩高一部《關於辦理利用賭博機開設賭場案件適用法律若干問題的意見》（下文稱《2014 年意見》）規定，對賭場的開設方式作了擴大解釋，對設置具有退幣、退分、退鋼珠等賭博功能的電子遊戲設施設備，並以現金、有價證券等貴重款物作為獎品，或者回購獎品方式給予他人現金、有價證券等貴重款物組織賭博活動，都認定為刑法第三百零三條第二款規定的“開設賭場”行為。由此可知，開設具有退幣、退分、退鋼珠等賭博功能的電子遊戲裝置，且以現金等貴重物品作為獎品等其他給予他人貴重物品的行為，都屬於“設置賭博機”開設賭場的行為，可認定為開設賭場罪。

三、“非典型”開設賭場罪的認定

林某某用於經營的、經過相關部門同意且頒佈營業證的電子遊戲裝置是合法的，擁有合法的營業證說明林某某並沒有開設賭場的主觀故意，但這也並不說明該行為一定不會構成開設賭場罪，只是能證明相比於直接犯罪故意，該主觀惡性相對較低，在這一類型事前擁有合法的營業證以及無主觀故意的開設賭場罪中，需要考慮的是行為人是否積極招攬賭客、放任賭客進行賭博。故當林某某把電子遊戲裝置改裝為具有部分賭博功能的賭博機並放任其他賭客進行賭博時便已經構成違法行為，且涉案賭博機超過一定數量、具有組織性的經營的特點等，符合《2014 年意見》中適用賭博機的開設賭場罪的認定。

但是，不同于前文所述的典型開設賭場行為，林某某設置賭博機為他人提供賭場的行為，屬於“非典型”行為。在客觀方面，其不具有“典型”開設賭場罪的組織性特徵，無專門負責收費、記帳、發牌或洗牌、望風的服務人員，無明確的諸如接送、放哨等分工，亦無組織架構、人員關係的嚴密性、規模性。因其主觀惡性更低，沒有直接開設賭場的行為，如果沒有蘭某某等私自購買賭客的積分，則林某某無法構成開設賭場罪的全部要件，至少很難認定為開設賭場罪的既遂形態。

四、“非典型”開設賭場罪的量刑

根據《刑法》第 303 條第二款規定，開設賭場的，一般行為判處五年以下有期徒刑、

6 李春風：《賭博與開設賭場、跨境賭博罪的法律適用問題研究》，《黑龍江省政法管理幹部學院學報》2024 年第 1 期

拘役或者管制，並處罰金；情節嚴重的處五年以上十年以下有期徒刑並處罰金。《2014 年意見》明確規定了賭博機開設賭場情節嚴重行為包括：設置 60 台以上的賭博機、12 台以上容留未成年人賭博的、賭資及參賭人數達到 30 萬和 180 人的等，情節嚴重的被判處五年以上十年以下有期徒刑並處罰金。《2014 年意見》對“情節嚴重”的認定，認定的因素可總結為以下方面：賭博機數量、參賭人數、違法所得、是否慣犯等，由此可見司法解釋的規定是一種全盤考慮的、綜合性的評價。

開設賭場行為人的量刑，需要嚴格按照刑法的罪刑法定原則來處理，但是也要符合罪責刑相適應原則。罪責刑相適應原則，是指刑罰的輕重應當與犯罪分子所犯罪行和承擔的刑事責任相適應，即需要考慮罪犯的認罪認罰從寬情節，更要考慮其所犯罪行的輕重、社會危險性的大小、應負刑事責任，依照法律規定予以準確量其刑罰，確保罪行與刑罰是相一致的，避免量刑過輕或者量刑過重的情形，罰不當其罪。⁷“罪責刑相適應原則”中的“罪行”包含了行為客觀面和主觀面的綜合整體，它不僅包括行為外在的舉動與導致的後果，還包括行為人行為時所具有的內心態度。在“罪行”中，並不是簡單的把主觀與客觀直接分割成兩半，而是兩者在地位上是各自發揮作用、相互聯繫的。客觀行為的發生是由主觀思想所引領的，所以在犯罪行為中，客觀行為發生固然重要，但是主觀方面更應該占主導地位，所以在考慮刑罰時，更應當適當地側重于考慮行為人的主觀惡意在行為結果中的作用占比⁸。

在開設賭場犯罪中，“賭場”的認定是“明知”的規範構成要件，是否持有合法的經營執照是判斷賭場的標準之一。林某某事前得到了有關部門的合法許可，然後再改裝成賭博機，使得其行為達到法定數量標準，構成“為他人提供賭場”中“賭場”的擴大解釋的認定。規範的構成要件要素作為“明知”的內容，對“故意”的成立具有基礎性作用，這不僅是罪責原則的必然要求，也是“故意”作為違法評價物件的當然結論⁹。故對“明知”的認定和判斷是基準量刑的關鍵性要件，在認定本罪的“明知”時，需要充分考慮到行為人開設賭場的性質、時間與人員流動，綜合判斷行為人所造成的法益損害後果。¹⁰

從主觀方面來看，林某某主觀惡性低，並非直接故意。蘭某某等玩家既是招攬賭客的

7 潘文博：《罪責刑相適應原則的功能考察與規則重述》，《江西社會科學》，2024 年第 6 期

8 潘文博，〈罪責刑相適應原則的功能考察與規則重述〉，《江西社會科學》2024, 44 (06)，第 130 頁。

9 高巍，〈論規範的構成要件要素之主觀明知〉，《法律科學》西北政法大學學刊 2011 (03)，第 89 頁。

10 鄧義偉：《開設賭場罪的司法擴張與理論限縮》，《法學理論研究》2024 (02)，第 89-97 頁。

源頭，也是負責下分回購的人員，蘭某某等明確知道自己在實行開設賭場的行為，是直接故意。蘭某某等繞過遊戲廳直接從其他參賭人員處以收手續費的方式回購分值，而林某某並無從上下分退款、回購中抽頭漁利的利潤中直接獲利。蘭某某等實施上下分以及退分兌換行為是其各自的個人行為，而非林某某僱傭、安排組織，事先無意思聯絡，更是與上下分的其他人員不認識，即林某某無教唆行為和組織行為，林某某與蘭某某等無傳統的共同犯意，而是在蘭某某等人事後進行的招攬賭客、實行上下分的過程中形成了開設賭場的放任態度所形成的事實共同犯意。林某某放任他人利用遊戲廳開設賭場的行為，屬於犯罪的間接故意，其主觀惡性明顯低於直接故意。因對於蘭某某等玩家的行為，林某某具有刑法上的制止義務，即林某某具有制止蘭某某等玩家的作為義務，刑法上的作為義務是指危險源對法益對象產生了危險，刑法要求行為人去阻斷危險流、保護法益對象。林某某應當制止蘭某某等玩家在其所經營的賭場進行違法犯罪的行為。行為人作為實質根據有兩種：一是對危險源的監管義務；二是對法益對象的保護義務。¹¹ 蘭某某等開設賭場的違法行為會危害其他公民的合法權益，擾亂社會秩序，無論是基於對遊戲廳的監管義務還是對法益對象的保護義務，林某某應當對蘭某某等的行為予以制止。遊戲廳前臺不可有下分和換幣退款服務，張貼了“禁止賭博”的警示語，安裝了監控，事發後也未銷毀，林某某只是系因其法律意識淡薄而默許、放任蘭某某等玩家開設賭場的行為，主觀惡意較小。

林某某與蘭某某等玩家構成運用具有賭博功能的電子遊戲裝置的“非典型”開設賭場罪的共同犯罪。根據我國開設賭場罪主犯從犯認定案例裁判要旨來看，占股、分紅的多少，以及行為人在開設賭場中的地位 and 職務，是否屬於固定分紅的股東等，都是量刑應當考量的因素。占股比例少，僅負責租賃場地，看場維護秩序，放高利貸等的無固定高額工資的人員，以及被動入股，由債權轉為股份的人員，沒有參加賭場賭博行為的實際經營管理、招呼客源的人員，在量刑上都應當予以從輕或減輕處罰。在司法實踐中，對於賭博機開設賭場的共同犯罪，法院應當綜合考慮行為人的主觀故意、行為的性質、情節的嚴重性以及對社會的影響，來做出公正合理的判決。經法院查實，蘭某某等玩家在前臺充值後用計分卡為賭客上下分，並收取退分手續費，而上述在前臺充值的款項則作為該遊戲廳的營業額，後林某某將該營業額作為賭資進行分紅營利，違法所得較少。林某某在蘭某某等的違法犯罪行為中未直接分紅、主觀惡性較小，應當認定為從犯。

寬嚴相濟的刑事政策要求量刑適當。寬嚴相濟是我國的基本刑事政策。刑罰的實施要

11 曾雪、李強：《“非典型”網路開設賭場行為的定性分析——以“六海茶館”案為例》，《西部學刊》2022（07），第95-98頁。

兼顧懲治與預防，確保從嚴監管更具有適當性、必要性、相當性。寬嚴相濟刑事政策總體的政策要求，在法律規定的要求範圍內，根據犯罪情況的變化，適時調整從寬和從嚴的物件、範圍和力度。從行為的客觀危險性和行為人的主觀惡性兩大方面考慮，充分結合動機和目的、是否初犯偶犯以及認罪悔罪表現等因素來認定、量刑¹²。結合林某某在案件中的放任行為來看，可給予林某某相對較輕的刑罰。

結語

開設賭場罪容易出現情節相對輕微但卻過分苛責的情況，如此則對觸犯本罪的行為人的打擊，難以形成良性的社會導向作用。行為人的主觀惡意、行為方式等方面與現行刑法、司法解釋規定相比較，存在可以或應當從輕或減輕處罰情節的，主觀惡性相對較小的，在定罪和量刑上應更加審慎、更加有利於行為人。

¹² 劉豔紅：《輕罪時代我國應該進行非犯罪化刑事立法——寫在《刑法修正案（十二）》頒佈之際》，《比較法研究》，2024 年第 1 期