

# 赌博犯罪的保护法益及其规范适用\*

翟 辉

【摘 要】关于赌博犯罪的保护法益，存在财产法益、秩序法益、健康法益三种不同的解释方向。刑法意义上的赌博是未经国家许可的、输赢结果具有偶然性的金钱博弈活动。赌博犯罪的保护法益是国家对金钱博弈活动的合理管控以及公众健康。赌博罪与开设赌场罪的区分应当由罪质区分说转化为罪量区分说，将规模性作为界分二者的标准。行为人诱骗他人参与赌博，但输赢结果具有偶然性的，只能成立赌博犯罪。行为人以非法手段建立对输赢结果的绝对博弈优势，并且不属于被害人自我答责的，应当成立诈骗犯罪。输赢结果具有偶然性是赌博犯罪的表面构成要件要素，行为人成立诈骗犯罪并不能否定未经国家许可的金钱博弈活动的赌博性质。

【关键词】财产法益 秩序法益 健康法益 赌博罪 开设赌场罪

【作者简介】翟辉，法学博士，中国人民公安大学警体战训学院讲师。

【中图分类号】D924.3 【文献标识码】A

【文章编号】2097-1125（2026）02-0148-22

## 一、问题的提出

《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第303条规定了赌博罪、开

\* 本文系中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“警察防卫行使限度研究”（2025JKF02SK13）的阶段性成果。

设赌场罪和组织参与国（境）外赌博罪，对赌博行为进行全方位打击。随着数字经济时代的到来，赌博犯罪呈现网络化、集团化、跨境化的特征，并容易催生其他犯罪，社会危害极大。其中，网络赌博也呈现新的形态。

然而，在刑法理论中，关于赌博犯罪的研究并不全面。赌博犯罪的保护法益究竟是什么，目前学界众说纷纭，甚至有论者对赌博犯罪的正当性存在疑问。有论者认为，赌博行为以投机为主要表现，不以具体的人为行为对象，属于典型的无被害人犯罪。<sup>①</sup> 还有论者基于此理由认为，赌博犯罪应当除罪化。<sup>②</sup> 正因如此，只有明确赌博犯罪保护的法益是什么，才能证成其立法正当性，更加有效地进行构成要件解释，明确罪与非罪的界限，精准打击相关犯罪。除此之外，1997年《刑法》只规定了赌博罪一个罪名，2006年《中华人民共和国刑法修正案（六）》将开设赌场罪独立出来，2021年《中华人民共和国刑法修正案（十一）》（以下简称《刑法修正案（十一）》）又增设了组织参与国（境）外赌博罪，这些罪名之间究竟是什么关系，学界也存在不小的争议。在法律规范变动的同时，也穿插着多个司法解释性质文件，这些文件彼此之间、这些文件与刑法条文之间是什么关系，需要仔细厘清。另外，赌博犯罪经常与诈骗犯罪交织，导致实践中存在认定困惑。例如，在实践中存在圈套型赌博与赌博型诈骗的区分争议，<sup>③</sup> 因此赌博罪的外部界限需要明确。

正因如此，笔者首先对赌博犯罪的保护法益进行分析，对财产法益、秩序法益、健康法益这三种解释方向进行评析；其次，对赌博犯罪的内部界限进行分析，提出赌博罪与开设赌场罪的区分标准，并分析组织参与国（境）外赌博罪对赌博罪名体系的影响；最后，分析赌博罪与诈骗罪的边界问题。

## 二、赌博犯罪保护法益之界定

赌博，指就偶然的输赢以财物进行赌事或者博戏的行为；赌事，指胜败完全取决于偶然因素的情况；博戏，指胜败部分取决于偶然因素、部分取决

① 参见张拓：《无被害人犯罪的刑法规制问题研究——以跨境赌博为视角》，《江西社会科学》2022年第7期，第132页。

② 参见黄京平、陈鹏展：《无被害人犯罪非犯罪化研究》，《江海学刊》2006年第4期，第133~139页。

③ 参见远桂宝：《区分“圈套型”赌博罪与“赌博型”诈骗罪的关键因素在于——欺诈手段对于赌博输赢达到何种控制程度》，《检察日报》2019年5月30日。

于当事人的能力的情况。<sup>①</sup>在赌博犯罪的保护法益上,存在财产法益、秩序法益以及健康法益三类不同的解释方向。

### (一) 财产法益的解释方向

赌博犯罪的保护法益是不明确的,我国《刑法》将该类犯罪置于“妨害社会管理秩序罪”章中的“扰乱公共秩序罪”一节,而《德国刑法典》将其置于“可罚的自利”章,具体的保护法益都难以从各自章节名中直接得出。从保护赌博者的财产出发,是一种较为常见的解释方向。具体包括以下具体解释路径。

一是避免成瘾引发的财产危险。有些人在多次赌博后会形成成瘾,导致长期反复赌博。许多人赌博时精神亢奋,不赌博时精神涣散。由于赌博具有随机性,普通玩家很难战胜庄家,在赌博过程中经历多赢少输、有赢有输、少赢多输、一直输等多个过程。长期赌博使玩家自身的财产面临遭受巨额损失的危险。根据德国学者的研究,赌博生涯往往要经历积极的开始阶段(获胜阶段)、危险的习惯阶段(损失阶段)以及成瘾阶段(绝望阶段)。而在危险的习惯阶段,玩家已经对赌博产生耐受性,因此只能通过提高赌博频率或者增加筹码进行补偿。<sup>②</sup>大量的财产损失是从小的投入开始,最终发生在病理性赌博的玩家身上,玩家的财产不断受到损失。因此,这种观点主张赌博犯罪防止玩家由于形成成瘾引发的财产危险。然而,这种观点的问题在于,玩家的赌博行为是一种自我答责行为,玩家都是自愿付出钱财的,因此刑法没有必要介入。

二是避免操控引发的财产危险。这种观点认为,刑法之所以设置赌博犯罪,主要是因为赌博活动没有公平性,往往存在操控赌局的情况。在这种情况下,参与赌博的人会不断损失自己的财产,因此赌博犯罪的规范目的在于避免操控引发的财产危险。此时,由于玩家并没有意识到自己被操控,因此自我答责与该立场并不冲突。而且刑法的诈骗罪由于证明困难,无法对赌博操控行为提供充分的财产保护,因此在诈骗罪的前端进行犯罪化处理是合理的。<sup>③</sup>然而,如果行为人操控赌局、控制输赢结果,那么应当属于诈骗罪的

<sup>①</sup> 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年版,第1414~1415页。

<sup>②</sup> 参见 Meyer Gerhard/Bachmann Meinolf: Spielsucht.Ursachen, Therapie und Prävention von glücksspielbezogenem Suchtverhalten, 4.Aufl., Berlin: Springer, 2017, S.45-48。

<sup>③</sup> 参见 Felix Johannes Osterland, Der Glückspielbegriff im Strafrecht, Berlin:Verlag Duncker & Humblot ,2022, S. 103ff。

调整范畴，没有必要单独设置赌博犯罪。另外，仅以证明困难为理由说明赌博犯罪的保护法益，显然忽视了赌博犯罪的独立价值。在刑事司法中，证明困难的情形十分常见，如间接故意的认定、未遂犯的认定等，但刑法理论都没有因为证明困难而否定此类概念的独立价值。赌博犯罪也具有独立的价值，并非因证明困难而设置的诈骗罪兜底条款。

三是避免与财产相关的犯罪危险。还有一种常见的立场认为，刑法将赌博规定为犯罪，主要是为了避免与财产相关的犯罪危险，这其实是将赌博行为视为处罚前置的犯罪，主要包括伴随犯和后果犯。伴随犯主要指在赌博活动中可能同时发生的犯罪，如之前提到的赌博型诈骗罪，还有洗钱罪、非法获取计算机系统数据罪、信用卡诈骗罪等。后果犯则主要指赌客为了获取资金进一步实施赌博活动而实施的犯罪，如盗窃罪、诈骗罪等。防止伴随犯和后果犯是法律规制赌博的重要目的之一。德国《国家博彩条约》第1条第4项规定，制定该法的目标之一是保护玩家免受欺诈活动的侵害，避免与赌博相关的后果和伴随的犯罪。然而，这种立场存在问题。其一，刑法已经单独规定了相关伴随犯和后果犯的构成要件，因此没有必要在赌博犯罪中再进行额外的刑法保护。其二，从刑法赌博犯罪的构成要件和法定刑来说，它本身就存在独立的不法特征，根据行为刑法的原理，构成要件的设置不必考虑它可能引发其他犯罪的问题。行为人在实施赌博犯罪之后又实施其他犯罪的，应当数罪并罚。而按照上述避免财产相关的犯罪危险的理论，应当按照吸收犯处理，这显然与我国司法实践和刑法基本理论不符。其三，赌博与后续犯罪的关系仍然需要进一步研究。

## （二）秩序法益的解释方向

在秩序法益中，也存在多种解释路径。一是道德秩序说。例如，有论者指出，该罪的保护法益是社会主义风尚<sup>①</sup>或者公众健全的经济生活风俗。<sup>②</sup>德国有观点认为，赌博犯罪的保护法益是公共风俗或者工作及经济道德。<sup>③</sup>赌博活动是一种不需要努力的获取，不存在经济上的对应付出，也阻碍了有

<sup>①</sup> 参见赵秉志主编：《扰乱公共秩序罪》，中国人民公安大学出版社2003年版，第465页。

<sup>②</sup> 参见周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社2021年版，第442页。

<sup>③</sup> 参见 Felix Johannes Osterland, Der Glückspielbegriff im Strafrecht, Berlin: Verlag Duncker & Humblot, 2022, S. 86。

价值的活动或者个人努力，还会瓦解经济秩序或社会的道德基础。道德秩序说虽从道德层面看无疑是正确的，但如果从刑法规范层面看，将之确定为保护法益存在诸多问题。一方面，以少量金钱为筹码的娱乐活动并不违反道德。例如，家庭邻里之间逢年过节的打牌活动非但不会受到道德上的责难，还会被视为一种团结友善的沟通方式以及健康的娱乐活动。因此，从本质上说，打牌活动并不违反道德或者风俗。另一方面，纯粹的道德秩序无法为刑罚权的发动奠定基础，其内涵和外延的不确定性也无法成为任何犯罪的保护法益。

二是经济秩序说。有论者指出，赌博是组织、参与赌博的各方之间进行的随机财富再分配，这样的财富分配不仅不能产生价值，而且危害社会经济秩序。<sup>①</sup>然而，这种观点也存在问题：一方面，赌博犯罪规定在《刑法》第6章“妨害社会管理秩序罪”中，而非第3章“破坏社会主义市场经济秩序罪”，因此经济秩序说的立场并未获得立法上的承认；另一方面，从实质上说，经济秩序说的观点也无法说明赌博犯罪的立法正当性。危害社会经济秩序的说法并不具体，赌博犯罪是抽象危险犯，需要更加实质地说明处罚依据。

三是社会秩序说。还有论者指出，赌博犯罪侵害了社会秩序。赌博使人成瘾并不断投入财产，赌徒在赌资不足时会借高利贷或者通过违法犯罪手段获取财物，而这又会诱发贪污、盗窃、诈骗等犯罪。<sup>②</sup>如前所述，损害社会秩序只是实施赌博犯罪的可能后果，而非赌博犯罪侵害的法益本身。任何犯罪都可能引发一定的社会后果，也可能成为该项犯罪的加重情节，但无法成为证成该罪立法正当性的依据。

### （三）健康法益的解释方向

刑法理论上还有一种解释方向：赌博犯罪损害了人民群众的健康。该解释方向又可以分为个体健康说和公众健康说。

一是个体健康说。个体健康是一种个人法益。赌博犯罪不可避免会侵害个体健康，无论是生理健康还是心理健康。病理性赌博的主要特点是患者无法控制自己的赌博欲望与行为。在这种情况下，作为个人法益的个体健康受到严重侵害。在赌博罪与开设赌场罪中，参与者都可能成为被害人。病理性赌博者也是最典型的赌博犯罪被害人。病理性赌博者往往表现出赌博频率高、赌博金额

<sup>①</sup> 参见蔡颖：《经济犯罪视角下赌博犯罪的处罚根据与界限》，《政治与法律》2023年第12期，第74~88页。

<sup>②</sup> 参见黎宏：《刑法学各论》，法律出版社2025年版，第528页。

多、欺瞒自己的过度赌博行为、试图翻本、无法控制赌博冲动、明显的认知偏差等心理和行为特点。<sup>①</sup>除了这种极为严重的情况，还存在一种被称为“问题赌客”的群体，他们依然会承受社会、精神以及健康方面的影响，但程度相对较轻。我国有学者认为，刑法中的赌博犯罪旨在限制赌博机会的可获得性和可利用性、防止国民形成赌博癖好，并通过预防问题赌博有效控制赌博行为的危害性，从而维护社会共同体的平稳存续。<sup>②</sup>然而，将赌博犯罪界定为个人法益存在不小的疑问。赌博犯罪被规定在《刑法》“妨害社会管理秩序罪”章，而没有规定在“侵犯公民人身权利、民主权利罪”章，赌博犯罪的立案标准和加重情形也没有将健康损害作为其中的一个具体情形。

二是公众健康说。公众健康是一种集体法益。有观点认为，毒品犯罪侵害的法益是公众健康。<sup>③</sup>1990年，德国联邦最高法院首次对公众健康的含义做出具体描述，指出麻醉品法规定的刑事条款的受保护利益不仅且不主要是个人的生命和健康，相反，它旨在防止因广泛消费严重麻醉品而对公众造成的损害，以及由此对个人健康造成的损害。由于麻醉品对这种复杂而普遍的法律利益存在抽象的危险，而这种利益与个人无关，因此各种形式的非法处理麻醉品都会受到法律的惩罚。<sup>④</sup>公众健康不只是个体健康的总和，学校、工作单位和家庭都会为相关不法行为付出巨大代价。应当说，公众健康说具有一定的合理性，但需要结合我国刑法规定进一步明确。

#### （四）双层法益的立场

笔者认为，赌博犯罪的保护法益是国家对金钱博弈活动的监督管理秩序以及公众健康。其中，阻挡层法益是国家对金钱博弈活动的监督管理秩序，背后层法益是公众健康。阻挡层法益与背后层法益形成双层法益结构，二者之间是手段与目的关系。<sup>⑤</sup>

① 参见叶绿、马红宇、史文文等：《病理性赌博的发生机制研究综述》，《中国临床心理学杂志》2013年第4期，第623页。

② 参见王钢：《赌博犯罪的保护法益——兼论互联网娱乐平台的涉赌刑事责任》，《政治与法律》2025年第4期，第65~80页。

③ 参见张明楷：《代购毒品行为的刑法学分析》，《华东政法大学学报》2020年第1期，第9页。

④ 参见BGHSt 37, 179ff.

⑤ 参见蓝学友：《规制抽象危险犯的新路径：双层法益与比例原则的融合》，《法学研究》2019年第6期，第136页。

一方面,惩治赌博犯罪保护的阻挡层法益是国家对金钱博弈活动的监督和管理。由于我国《刑法》直接采取“赌博”一词并确定了其非法性地位,因此应当注重挖掘赌博与作为合法形式的彩票的上位概念,即金钱博弈活动,这样就能发现国家惩治赌博犯罪的目的所在。金钱博弈活动,是以金钱投入为表现,以输赢具有偶然性为特征的博弈活动。金钱博弈活动根据活动目的可以分为三类。一是以公益为目的的金钱博弈活动。彩票就是这种活动的典型表现形式。《彩票管理条例》第2条第1款规定:“本条例所称彩票,是指国家为筹集社会公益资金,促进社会公益事业而特许发行、依法销售,自然人自愿购买,并按照特定规则获得中奖机会的凭证。”二是以娱乐为目的的金钱博弈活动。《最高人民法院最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《赌博解释》)第9条规定:“不以营利为目的,进行带有少量财物输赢的娱乐活动,以及提供棋牌室等娱乐场所只收取正常的场所和服务费用的经营行为等,不以赌博论处。”由此可以看出,刑法并不处罚以娱乐为目的的金钱博弈活动。三是以营利为目的的金钱博弈活动。以营利为目的的金钱博弈活动只有在国家的监督和管理之下,才属于合法行为,否则属于赌博行为,应当受到处罚。二元期权交易与普通的期权交易都属于投机活动,但前者违法,后者合法。“不同对待的原因主要在于一个是私下的约定,一个是在有序市场中的约定,而有效的市场监管‘抵消’了后者‘不法’的因素。”<sup>①</sup>由此可以发现,国家对金钱博弈活动进行严格控制,只有出于公益目的和娱乐目的才属于合法的金钱博弈活动。以营利为目的的金钱博弈活动只有在国家的管控之下才算合法活动,否则应当对其坚决打击。由此也可以得出,刑法意义上的赌博行为指未经国家许可的、输赢具有偶然性的金钱博弈活动。最高人民法院第146号指导案例的裁判要点指出,以二元期权交易的名义,在法定期货交易场所之外利用互联网招揽“投资者”,以未来某段时间外汇品种的价格走势为交易对象,按照“买涨”“买跌”确定盈亏,买对涨跌方向的“投资者”得利,买错的本金归网站(庄家)所有,盈亏结果不与价格实际涨跌幅度挂钩的,本质是“押大小、赌输赢”,是披着期权交易外衣的赌博行为。

另一方面,惩治赌博犯罪保护的背后层法益是公众健康。德国学者梅耶根据行为和赌博动机将赌博者分为下面四种类型。一是偶尔或社会赌博

<sup>①</sup> 许德风:《赌博的法律规制》,《中国社会科学》2016年第3期,第158页。

者 (Gelegenheits- bzw. soziale Spieler)。这类占据赌博者的绝大多数, 他们只是在业余时间寻求娱乐, 在轻松的氛围里投入少量金钱, 没有造成社会问题。二是专业赌博者 (Professionelle Spieler)。这一小部分群体将赌博收入作为他们的主要生活来源。这些人具有高度的控制力, 并不会对赌博上瘾, 而且只会在那些可以通过个人能力影响赌博结果的场合参与赌博。三是问题赌博者 (Problematische Spieler)。这类赌博者的赌博行为已经超出一般的娱乐性质, 引发债务、抑郁或者其他损失等问题, 距离确诊疾病仅一步之遥。四是病理性赌博者 (Pathologische Spieler)。这类赌博者的赌博行为已经导致非常严重的问题以及行为紊乱, 符合《国际疾病分类 (第 10 版)》(ICD-10) 以及《美国精神障碍诊断与统计手册 (第 5 版)》(DSM-5) 的诊断标准。<sup>①</sup> 赌博犯罪使问题赌博者和病理性赌博者大量出现, 因此惩治该类犯罪很有必要。从对彩票的监管中也可以看出国家对公众健康的保护。2020 年《财政部 民政部 体育总局关于有序退市高频快开彩票游戏有关事宜的通知》要求: “彩票发行机构要注重提高彩票游戏产品研发质量, 借鉴国际先进经验, 结合我国实际情况, 统筹做好游戏产品的总体规划与合理布局。要深入调研论证彩票游戏规则涉及的各类问题, 严格控制相关风险, 有效平衡游戏的娱乐性和博弈性, 适时推出刺激性小、沉迷性低、娱乐性强的游戏, 彰显国家彩票公益属性和社会责任, 保持彩票市场安全稳健运行, 促进国家彩票事业平稳健康发展。”<sup>②</sup> 由此可以看出, 彩票作为合法的金钱博弈活动, 受到国家的有效监管, 防止公众陷入沉迷。公众健康说与个体健康说不同, 公众健康说考量的是一种社会的整体效果, 在规范意义上比个体健康说更加丰富。个体的赌博参与者有些可能没有受到健康损害, 却并不妨碍赌博犯罪的成立。因为赌博犯罪保护的公众健康是一种整体性考量, 并不会因为某些赌博参与者的身体健康未受到损害就不构成赌博犯罪。因此, 从这一意义上说, 赌博犯罪是抽象危险犯。

公众健康说可以更好地划定刑事处罚边界。根据笔者主张的公众健康说, 可以有效实现赌博罪与非罪的区分。逢年过节, 家庭成员、邻里之间常常进

<sup>①</sup> 参见 Meyer Gerhard/Bachmann Meinolf: Spielsucht. Ursachen, Therapie und Prävention von glücksspielbezogenem Suchtverhalten, 4. Aufl., Berlin: Springer, 2017, S. 64ff.

<sup>②</sup> 《财政部 民政部 体育总局关于有序退市高频快开彩票游戏有关事宜的通知》, [https://zhs.mof.gov.cn/zhengcefabu/202010/t20201023\\_3610009.htm](https://zhs.mof.gov.cn/zhengcefabu/202010/t20201023_3610009.htm), 2020 年 10 月 10 日。

行打牌游戏，并以少量钱财为筹码。这种普通娱乐活动难以被认定为赌博罪。其实质根据在于这种娱乐活动并不具有对公众健康造成危险的可能性。参与的人员往往拥有正常的工作生活，只是在业余时间参与打牌游戏，没有造成任何社会问题，因此组织者也不应当构成聚众赌博型赌博罪。《赌博解释》第1条规定：“以营利为目的，有下列情形之一的，属于刑法第三百零三条规定的‘聚众赌博’：（一）组织3人以上赌博，抽头渔利数额累计达到5000元以上的；（二）组织3人以上赌博，赌资数额累计达到5万元以上的；（三）组织3人以上赌博，参赌人数累计达到20人以上的；（四）组织中华人民共和国公民10人以上赴境外赌博，从中收取回扣、介绍费的。”这实际上只是推定条款，如果能够证明赌博的参与者确实是偶尔或社会赌博者，即使符合上述形式要件也不构成犯罪。《赌博解释》第9条的规定实际上是第1条规定的排除条款。司法机关在判断赌博相关案件时，一定要仔细判断参与者是否属于偶尔参与，不能在行为符合《赌博解释》第1条规定的抽头渔利数额、参赌人数、赌资数额时就直接认定为赌博犯罪。与此相对，当赌博行为对公众健康具有危险性时，应当构成赌博犯罪。《刑法》第303条明文规定处罚“聚众赌博”和“以赌博为业”的行为，对这类人来说，其行为已经不是参与娱乐活动。聚众赌博的行为具有侵害公众健康的危险，而以赌博为业的行为虽在不法层面缺少聚众的特征，但行为人把赌博当成一种谋生方式，是前文提到的专业赌博者，对这类人员，刑法对其予以处罚具有合理性，因为其行为对公众健康造成了危险。很多赌博活动往往是一对一的模式，而专业赌博者具有较高的博弈优势，这类情形虽不具有聚众性，但不法程度不亚于聚众赌博，因此刑法将以赌博为业的情形与聚众赌博并列规定。

### 三、赌博犯罪的内部界限：罪名区分及其适用

我国关于赌博犯罪有三个罪名，这三个罪名之间的关系存在不小的争议。下文试做分析。

#### （一）赌博罪与开设赌场罪的区分

##### 1. 现象揭示

在网络时代来临之前，赌博罪与开设赌场罪的争议并不大，二者的核心区别在于：聚众赌博具有临时性和非组织性，而开设赌场的组织性和持续性

都较高。在网络时代，两罪的区分变得愈加困难，主要原因在于“开设赌场”的含义呈现泛化趋势。

其一，“开设”含义呈现泛化趋势。“开设”的字面含义虽是建立，但在具体适用上显然包括运营他人建立的赌场。从规范性文件的立场看，“开设”的含义也呈现泛化趋势。《赌博解释》第2条规定了“为赌博网站担任代理，接受投注的”属于开设赌场。之所以将代理行为解释为开设赌场，是因为要实现网络赌博的正常运营，就必须有一批将赌博网站与散落在各地的参赌会员联系起来的角色，帮助赌博网站组织管理赌客参与赌博，实现营利的目的。<sup>①</sup>根据《最高人民法院 最高人民检察院 公安部关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》的规定，参与赌博网站利润分成的，属于开设赌场。<sup>②</sup>《最高人民法院 最高人民检察院 公安部办理跨境赌博犯罪案件若干问题的意见》（以下简称《跨境赌博意见》）规定：“在境外赌场通过开设账户、洗码等方式，为中华人民共和国公民赴境外赌博提供资金担保服务的，以‘开设赌场’论处。”<sup>③</sup>后两种情形明显不属于建立和运营赌场的行为，但也都认定开设赌场。由此可见，开设赌场的含义呈现明显的泛化趋势，根据司法解释的规定大致可以分为以下几类：组织运营型开设赌场、代理投注型开设赌场、参与利润分成型开设赌场、提供资金服务型开设赌场。正因如此，“开设”的含义愈发实质化，呈现帮助行为正犯化的特征。近年来又出现了司法解释尚未明确规定的房卡型开设赌场，即行为人利用合法的娱乐平台购买房卡，拉微信好友进亲友圈进行赌博并抽头渔利的行为，在司法实践中有判决将其认定为开设赌场罪。<sup>④</sup>

其二，“赌场”的含义也呈现泛化趋势。在实践中，关于流动赌场的认定存在不小的争议。传统的赌场往往地点是固定的，然而不少犯罪分子为了逃

① 参见熊欢：《游戏 App 代理“上下分”定性分析》，《人民检察》2024 年第 Z2 期，第 160 页。

② 参见《最高人民法院 最高人民检察院 公安部关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》，<http://gongbao.court.gov.cn/Details/168d7cfc43c995c288decba7a9fd4e.html>，2025 年 1 月 10 日。

③ 《最高人民法院 最高人民检察院 公安部办理跨境赌博犯罪案件若干问题的意见》，[https://www.jinjiang.gov.cn/ztl/jjgazi/flfg/202310/t20231031\\_2959206.htm](https://www.jinjiang.gov.cn/ztl/jjgazi/flfg/202310/t20231031_2959206.htm)，2025 年 1 月 10 日。

④ 参见河北省保定市中级人民法院（2023）冀 06 刑终 794 号刑事判决书。

避打击，频繁更换赌博地点，多次组织人员进行赌博，对此在实践中目前也认定为赌场。<sup>①</sup>此外，赌场的认定也呈现网络化的趋势，2005年《赌博解释》第2条规定在计算机网络上建立赌博网站的，也属于开设“赌场”。2014年《最高人民法院 最高人民检察院 公安部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》规定设置赌博机的行为也属于开设赌场，这说明赌场并非只能是某一场所，单独的机器也可以称为赌场。2018年最高人民法院发布第106号指导案例，其裁判要点指出，以营利为目的，通过邀请人员加入微信群，利用微信群进行控制管理，以抢红包方式进行赌博，在一段时间内持续组织赌博活动的行为，属于《刑法》第303条第2款规定的“开设赌场”。<sup>②</sup>这意味着，只要在微信群中实施组织赌博行为，那么微信群也可能被认定为赌场。还有司法实践立场认为，行为人通过互联网同时与多名赌客单线联系并组织支配赌博活动的行为属于刑法意义上的开设赌场。<sup>③</sup>由此可以看出，从司法实务的倾向看，“赌场”这一场所特征已经不具备刑法解释的限定功能。行为人只要在某一公共空间实施了组织赌博的行为，该公共空间就有可能被认定为赌场。因此，“赌场”作为构成要件行为对象，其限制作用已经式微。

其三，罪质区分说难以实现赌博罪与开设赌场罪的有效区分。经营性标准说认为，开设赌场罪与聚众赌博的核心区别在于前者具有经营性。经营性是否存在，关注的重点应是行为人对赌博场所的控制支配关系以及赌场内部的经营管理情况。<sup>④</sup>然而，经营性标准说明显与刑法规定不符合。《刑法》第303条第1款明确规定“以营利为目的”是聚众赌博的成立条件，这意味着聚众赌博同样具有经营性特征，经营性存在与否并非开设赌场罪与聚众赌博的区分标准。而且聚众赌博的组织者很多时候都对赌博场所具有控制支配关系。控制性标准说认为，聚众赌博与开设赌场的区别在于是否具有控制性。聚众赌博与开设赌场的行为从广义上看是前者涵盖后者，后者客观上也表现为赌场的经营者聚集多名赌客参赌，二者的关键区别在于行为人是否对整个赌博经营活动具有明显的控制性，此种控制性既包括行为人对赌博场所的物理控制性，也包括

① 参见贵州省织金县人民法院（2025）黔0524刑初115号刑事判决书。

② 参见《指导案例106号：谢检军、高垒、高尔樵、杨泽彬开设赌场案》，<https://www.court.gov.cn/shenpan/xiangqing/137111.html>，2025年1月20日。

③ 参见云南省昆明市西山区人民法院（2024）云0112刑初388号刑事判决书。

④ 参见周立波：《建立微信群组织他人抢红包赌博的定性分析》，《华东政法大学学报》2017年第3期，第110~115页。

行为人对赌场内部组织的组织控制性，还包括行为人对赌场营业的营业控制性。<sup>①</sup>然而，控制性标准说明显不当。聚众赌博与开设赌场相似，也是到某个场所进行赌博，因此组织者具有对场所的物理控制性；既然能将多人组织起来进行聚众赌博，也说明它具有组织控制性。如前所述，聚众赌博明文规定要以营利为目的，营利控制性同样具备。因此，控制性标准说难以实现有效区分。想象竞合说主张，在组织微信抢红包案件中，行为人应当同时构成赌博罪和开设赌场罪，属于想象竞合犯，应从一重罪以开设赌场罪处理。<sup>②</sup>然而，将其认定为想象竞合属于对行为的重复评价，虽最终处断上以一罪论处，但在规范上将行为人认定为数罪明显不当。赌博罪和开设赌场罪在保护法益和行为构造上具有一致性，应属法条竞合的特别关系，在规范上应当认定为一罪。正因如此，罪质区分说的几种立场都存在不足之处。

## 2. 罪量区分说立场

笔者主张罪量区分说，即淡化赌博罪与开设赌场罪构成要件的差别，强调两罪之间主要是罪量差别。对赌博罪和开设赌场罪应当予以一体化的判断。聚众赌博型赌博罪属于轻微的开设赌场罪，开设赌场罪属于严重的聚众赌博罪。在面对具体的赌博案件时，司法机关有三种选择：一是认定为赌博罪，处三年以下有期徒刑、管制或者拘役；二是认定为开设赌场罪，处五年以下有期徒刑、管制或者拘役；三是认定为开设赌场罪情节严重的情形，处五年以上十年以下有期徒刑。司法机关应当根据不同案件的罪量差别进行区分认定。笔者主张罪量区分说有以下依据。

一是从保护法益的角度看，两罪对保护法益的侵害危险程度不同。如前所述，赌博犯罪的背后层法益是公众健康。相比普通赌博来说，开设赌场对公众健康法益的侵害更严重，其人员的组织性、场所的固定性、时间的持续性都高于普通赌博。基于罪刑均衡的需要，应当将两罪理解为递进式关系。随着信息网络社会的发展，聚众赌博与开设赌场的界限日益变得不清晰是一种正常现象。在传统社会和人们的一般理解中，聚众赌博是几个人聚在一起进行赌博，而赌场是一种特定的线下物理空间，界限较为清晰，而且赌场的规模巨大、有较强的组织性以及稳定的持续时间。而在赌博犯罪网络化后，

<sup>①</sup> 参见宋君华、邢宏伟、陈启辉：《开设赌场罪与聚众赌博罪之区分应重点判断行为人对赌博活动的控制性》，《中国检察官》2012年第24期，第61~63页。

<sup>②</sup> 参见罗开卷、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》，《中国检察官》2016年第18期，第11~12页。

赌场由线下转到线上，赌场的含义无限扩张。从理论上说，在网络空间中，既可以聚众赌博，也可以开设赌场。对二者的区分标准应当主要是侵害法益的危险程度差别，这种区分方式能够涵盖线下和线上两种模式。

二是从构成要件要素的角度来说，聚众赌博与开设赌场难以区分。如前所述，“开设”和“赌场”的含义呈现泛化趋势，因此很难从构成要件要素上对二者做出明确的区分。可以说，开设赌场实际上是大型的聚众赌博，而聚众赌博是小型的开设赌场。二者之间只是规模的差别，而非质的差别。通过规模进行整体判断可以使处理结论更具实质合理性。单纯根据一个因素判断会带来不合理的结论。例如，行为人赌博活动的组织性很严密，但时间持续很短或者参赌数额很小，那么根据组织标准说，就会认定为开设赌场罪；而倘若赌博活动的组织性较为松散，但时间持续很长或者参赌数额巨大，根据上述同一标准只能认定为赌博罪，这与人们的一般正义观点相违背。采取其他单一标准说也会面临相同的问题。只有采取规模标准，在规模标准之下参考多个因素，才能得出合理的结论。

三是从具体判断上，规模可以参考诸多因素。最高人民法院106号指导性案例的裁判要点实质上采取了规模区分的立场。<sup>①</sup>在规模之下，可以参考诸多要素。在这一问题上，笔者主张借鉴民法学上的动态系统论进行思考。动态系统分析论由奥地利学者维尔伯格在20世纪40年代提出，其基本观点是：调整特定领域法律关系的法律规范包含诸多构成要素，但在具体的法律关系中，相应规范需要因素的数量和强度有所不同。<sup>②</sup>因此，在具体法律关系中，应当通过动态的因素考量认定责任。<sup>③</sup>在赌博罪与开设赌场罪的区分中，也可以借鉴此方法，在规模性之下综合判断赌博犯罪的组织程度、场所的开放程度、时间的持续程度，确定是否符合开设赌场罪的规模要求。

### 3. 具体认定

第一，单一主体型赌博犯罪的认定。这主要涉及利用合法娱乐平台组织

<sup>①</sup> 参见《指导案例106号：谢检军、高垒、高尔樵、杨泽彬开设赌场案》，<https://www.court.gov.cn/shenpan/xiangqing/137111.html>，2025年1月20日。

<sup>②</sup> 参见[日]山本敬三：《民法中的动态系统论——有关法评价及方法的绪论性考察》，解亘译，梁慧星主编：《民商法论丛》总第23卷，金桥文化出版有限公司2002年版，第213页。

<sup>③</sup> 参见[奥]海尔穆特·库奇奥：《损害赔偿法的重新构建：欧洲经验与欧洲趋势》，朱岩译，《法学家》2009年第3期，第4页。

赌博的行为，典型案件是：行为人利用社交软件建立群聊并担任群主或管理员，邀请他人进入群聊；被告人在棋牌软件上注册账号，与该软件签订代理协议，以优惠的价格购买参与每局赌博需要的费用，然后在棋牌软件上创建群组，邀请前述群聊成员加入棋牌软件的群组，开房并邀请成员在其中赌博，每局赢钱最多的人将每局需要的房费以正常价格在群聊软件中支付给被告人，被告人赚取其中差价。<sup>①</sup> 在此类案件中，娱乐软件本身是合法的，而行为人从中赚取差价牟利的行为应被认定为赌博罪还是开设赌场罪存在争议。笔者认为，单纯对“开设”或者“赌场”的含义进行界定实际上并不可能，正确的做法是考虑赌博活动的规模，即参赌人数、赌资数额以及行为人获利数额予以综合判断。在司法实践中也有判决认为，从犯罪构成看，赌博罪与开设赌场罪的主要区别在于客观方面的表现不同，即主要在组织赌博的规模、持续时间长短、场地稳固程度、对赌博活动的支配程度、开放程度等方面表现不同，与赌博罪相比，开设赌场的赌博规模较大，内部有明确的分工，参赌人员众多，提供有固定的场所和赌具，事先设定赌博的方式、规则，对赌博活动的支配能力较强，营业时间持久、稳定，通常具有半公开性。<sup>②</sup>

第二，多层主体型赌博犯罪的认定。在网络赌博中，大型赌博网站的经营者毫无疑问应当认定构成开设赌场罪。对不同层级的人应当做出不同处理，不应将层级低的人认定为开设赌场罪的共犯。如前所述，赌博罪和开设赌场罪应当采取罪量区分说的立场，在共同犯罪的场域也应当实现正犯与共犯的分配，将部分开设赌场罪的共犯认定为赌博罪具有合理性。对规模性程度较高的情形，应当认定为开设赌场罪。在最高人民法院第146号指导案例中，裁判要点指出，陈某某、赵某某面向社会公众招揽赌客参加赌博，属于为赌博网站担任代理并接受投注行为，并且行为具有组织性、持续性、开放性，构成开设赌场罪且达到“情节严重”，而一审法院仅认定为赌博罪，应当予以纠正。<sup>③</sup> 反之，如果上述行为人面向社会公众招揽赌客的行为并不严重，规模不大，即使其行为属于为赌博网站担任代理并接受投注的行为，也应当仅认定为赌博罪。

① 参见韩玲：《利用娱乐软件聚众涉赌刑事案件的定性分析》，《西部学刊》2021年第6期，第74页。

② 参见新疆维吾尔自治区阿勒泰市中级人民法院（2024）新4301刑初109号刑事判决书。

③ 参见《指导案例146号：陈庆豪、陈淑娟、赵延海开设赌场案》，<https://www.court.gov.cn/shenpan/xiangqing/283901.html>，2025年1月20日。

## （二）组织参与国（境）外赌博罪对赌博罪名体系的影响

《刑法修正案（十一）》增设了组织参与国（境）外赌博罪，这势必对赌博罪名体系产生影响。在司法实践中，值得思考的是《刑法》第303条第2款开设赌场罪和第3款组织参与国（境）外赌博罪的关系。对此，学术界存在法条竞合说和想象竞合说的争论。争议的缘起在于，《跨境赌博意见》规定境外赌场经营人、实际控制人、投资人、管理人员，以及受境外赌场指派、雇佣的人员，组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博的行为，以开设赌场罪论处。有论者认为，组织参与公民赴境外赌博的行为是开设赌场的部分构成要件行为，开设赌场罪是组织参与国（境）外赌博罪的特别法条。<sup>①</sup>还有论者指出，《刑法》第303条第1款、第2款与第3款之间存在普通法条与特别法条之间的竞合关系，在行为人实施组织中国公民跨境赌博行为且数额巨大或者有其他严重情节时，应排斥赌博罪与开设赌场罪（普通法条），选择适用组织参与国（境）外赌博罪（特别法条）。<sup>②</sup>还有论者认为，两罪之间是想象竞合关系。<sup>③</sup>笔者主张，应当对两罪之间的界限进行严格区分，不应当将其理解为想象竞合关系。

第一，境外赌场经营人、实际控制人、投资人、管理人员实施组织中国公民参与国（境）外赌博的行为，应当构成开设赌场罪的正犯，不应单独认定为组织参与国（境）外赌博罪。《跨境赌博意见》出台于2020年，当时并没有专门条文对组织参与国（境）外赌博的行为进行规制。开设赌场中的“开设”包括建立和运营两个行为，这两个行为都是开设赌场行为。有论者主张，组织赌徒至自己担任代理的境外网站参与赌博活动，并接受赌徒投注的，同时构成组织参与国（境）外赌博罪和开设赌场罪，由于组织、参与国（境）外赌博的行为与开设赌场的行为具有吸收关系，应以开设赌场罪论处。<sup>④</sup>然

① 参见王华伟：《网络赌博犯罪的罪名体系与法律适用》，《法治研究》2023年第6期，第135页。

② 参见曾粤兴、孙道镭：《跨境赌博犯罪多元治理路径研究》，《公安学研究》2022年第4期，第46页。

③ 参见张明楷：《论组织参与国（境）外赌博罪》，《现代法学》2025年第2期，第60页。

④ 参见钱叶六、李鉴振：《组织参与国（境）外赌博罪的教义学分析与司法适用——关于刑法修正案（十一）增设相关罪名的评析》，《人民检察》2021年第17期，第4页。

而，行为人组织赌徒的行为是自己运营赌博网站行为的一部分，具有行为的交叠性，而且并没有侵犯新的独立法益，因此其行为难以认定为两个行为，也就不存在成立吸收犯的前提条件。

第二，《跨境赌博意见》中规定的境外赌场经营人、实际控制人、投资人、管理人员，即使他们没有实施组织参与国（境）外赌博的行为，也应当构成开设赌场罪的正犯。而组织参与国（境）外赌博的行为只是作为一个从重的量刑情节。有论者主张，“在刑法修正案（十一）生效后，上述行为可直接认定为组织参与国（境）外赌博罪”。<sup>①</sup>然而，组织参与国（境）外赌博罪相比开设赌场罪并不具有优先性，上述行为仍然应当构成开设赌场罪。真正存在的争议在于，是否应当对上述行为以开设赌场罪与组织参与国（境）外赌博罪数罪并罚。笔者主张，境外赌场经营人、实际控制人、投资人、管理人员实施组织中国公民参与国（境）外赌博的行为，应当构成开设赌场罪从重处罚，不能单独认定为组织参与国（境）外赌博罪。

第三，未受境外赌场指派、雇佣的人员组织中国公民到境外赌博的行为，构成组织参与国（境）外赌博罪的正犯。有论者认为，从形式上看，组织参与国（境）外赌博罪将帮助行为正犯化，但从犯罪支配的角度看，组织、招揽行为对境外赌博机构的生存发展具有决定性意义，可以认为该罪的组织行为就是对开设赌场具有犯罪支配性的行为，只不过刑法对其单独设立罪名而已。<sup>②</sup>这样一来，组织参与国（境）外赌博罪实际上是开设赌场罪的一种特殊行为类型，组织参与国（境）外赌博罪和开设赌场罪应当构成特别法条与一般法条的法条竞合关系，原则上优先适用前者。<sup>③</sup>然而，虽刑法条文采取了“组织”的表述，但实质上，该行为既非开设赌场的支配性行为，也并非刑法传统意义上的组织犯。按照上述立场，单纯招募人员到境外赌博而与境外赌场无意思联络的行为就不构成犯罪，这种解释无疑会明显缩小范围。

第四，受境外赌场指派、雇佣的人员组织中国公民到境外赌博的行为，同时构成开设赌场罪的共犯和组织参与国（境）外赌博罪的正犯。这是因为，受境外赌场指派、雇佣意味着组织者与赌场经营者之间形成了较强的意思联

① 曹坚：《运用一体化思路界定组织参与国（境）外赌博犯罪》，《检察日报》2022年1月25日。

② 参见周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社2021年版，第445页。

③ 参见王志英：《组织参与国（境）外赌博罪的司法适用》，《法律适用》2022年第12期，第134页。

络，对开设赌场行为具有明确的认知，因此行为人的组织招募行为应当同时构成开设赌场罪的共犯。与此同时，行为人也构成组织参与国（境）外赌博罪的正犯。在这种情况下，应当优先适用哪个罪名存在疑问。或许有人认为，应当从一重罪处断。然而，组织参与国（境）外赌博罪适用的是开设赌场罪的法定刑，因此两罪之间并不存在比较的空间。可能还有观点认为，正犯应当优先于共犯，应当优先适用组织参与国（境）外赌博罪。然而，如果受境外赌场指派、雇佣的人员还实施了其他帮助行为，则无法实现全面评价。

因此，笔者主张，应当在确保对行为全面评价的基础上，对罪名进行精准的评价。这主要包括两种情形。一是受境外赌场指派、雇佣的人员单独实施了组织中国公民到境外赌博的行为，此时应当认定为组织参与国（境）外赌博罪。《刑法修正案（十一）》既然增加了单独的组织参与国（境）外赌博罪，就应当积极予以适用，这样既可以实现罪名的精准评价与积极的一般预防，也不存在遗漏评价的情况。二是受境外赌场指派、雇佣的人员不仅实施了组织中国公民到境外赌博的行为，而且实施了其他开设赌场的帮助行为，此时应当认定为开设赌场罪的共犯。在这种情况下，组织参与国（境）外赌博罪无法实现对行为人犯罪行为的全面评价，因此应当认定为开设赌场罪的共犯。

此外，赌博网站和应用程序的建立者、购买者、租用者、参与利润分成者、接受投注的代理者、组织中国公民跨境赌博的，《跨境赌博意见》均认定为开设赌场罪的正犯。笔者认为，这一规定其实也是一种扩张，需要区分哪些是典型的正犯，哪些是狭义共犯。在增设组织参与国（境）外赌博罪后，对单纯参与利润分成者、接受投注的代理者、组织中国公民跨境赌博的，应当认定为组织参与国（境）外赌博罪。而对赌博网站和应用程序的建立者、购买者、租用者，仍然应当认定为开设赌场罪。

#### 四、赌博犯罪与关联犯罪的界限：与诈骗罪之区分

在弄清赌博罪内部体系关系之后，接下来需要思考的是它与外部关联犯罪的关系。例如，赌博存在输赢结果具有偶然性的性质，但赌博活动很多时候是人为操纵的，如何将其与诈骗罪进行有效区分，需要仔细思考。

##### （一）赌博操纵行为的理论与实践

我国早期司法实践的立场认为，赌博操纵行为可能构成赌博罪。1991年

3月12日,《最高人民法院研究室关于设置圈套诱骗他人参赌获取钱财的案件应如何定罪问题的电话答复》指出:“对于行为人以营利为目的,设置圈套,诱骗他人参赌的行为,需要追究刑事责任的,应以赌博罪论处。”1995年11月6日,《最高人民法院关于对设置圈套诱骗他人参赌又向索还钱财的受骗者施以暴力或暴力威胁的行为应如何定罪问题的批复》明确规定行为人设置圈套引诱他人参赌获取钱财的,属于赌博行为;构成犯罪的,应当以赌博罪定罪处罚。有观点质疑上述司法解释,认为设置圈套诱骗他人参赌获取钱财的,不符合赌博的特征(因为输赢不具有偶然性),相反它完全符合诈骗罪的构成。<sup>①</sup>而从司法实践看,诱骗他人参赌的,也有认定为诈骗罪的情况。例如,2020年5月至6月,被告人周某某伙同他人(均另案处理),在苏州工业园区钟南街地铁2号口旁路边等地设置“大鹏展翅”或“红方无象版马跃檀溪”两种象棋残局,采用熟记残局棋谱、假装对弈互有输赢、隐瞒破解残局真实难度、伪装路人起哄等手段,诱骗路人参与破局,法院认定被告人构成诈骗罪。<sup>②</sup>还有观点主张控制程度说的立场,认为赌博型诈骗罪与圈套型赌博罪的关键区别是赌博型诈骗罪中的欺诈手段能够控制赌博的输赢,相应的主观目的是非法占有;圈套型赌博罪的欺诈是诱骗他人参与赌博或者在赌博过程中通过欺诈增加赢的概率,而非控制赌局的输赢,营利是其主观目的。<sup>③</sup>还有论者主张采取规则视角取代偶然性视角解释赌博诈骗问题,认为赌博诈骗可以更合理地概括为“行为人隐瞒了自己违反规则从而使得结果无效的事实,使相对人陷入结果有效的错误认识而处分财物”。<sup>④</sup>

笔者认为,上述观点存在如下问题。一是将在赌博过程中使用诈术的行为一概认定为赌博罪的观点不具有实质正当性。赌博虽是一种违法犯罪行为,但当行为人利用这一手段实施更严重的犯罪时,应当以更加严重的犯罪论处。诈骗数额特别巨大的,最高可以判处无期徒刑;而按照赌博罪,最高只能判处三年有期徒刑;按照开设赌场罪,最高也只能判处十年有期徒刑。因此,当行为人利用赌博手段侵犯他人财产法益时,将其一律认定为赌博罪,明显

① 参见张明楷:《诈骗犯罪论》,法律出版社2021年版,第320页。

② 参见江苏省苏州市工业园区人民法院(2020)苏0591刑初671号刑事判决书。

③ 参见远桂宝:《区分“圈套型”赌博罪与“赌博型”诈骗罪的关键因素在于——欺诈手段对于赌博输赢达到何种控制程度》,《检察日报》2019年5月30日;远桂宝:《识别“诈术”区分诈赌犯罪类型》,《检察日报》2021年6月23日。

④ 杜治晗:《论赌博诈骗认定中的规则视角》,《太原理工大学学报》(社会科学版)2017年第2期,第53页。

违反罪刑相适应原则。在这类案件中，输赢已经失去偶然性，形式意义上的赌博已经转换为实质意义上的诈骗。正因如此，司法实践很早就将部分赌博情形抽取出来，以诈骗罪论处。<sup>①</sup>申言之，不能盲目照搬司法解释的规定，应当结合具体情形予以认定。

二是将在赌博过程中使用诈术的行为一概认定为诈骗罪的观点也不具有合理性。一刀切的做法并不可取，如果在赌博中有一点诈术就认定为诈骗，会导致打击面过宽，不符合刑事政策的要求。在赌博活动中，很多赌博技巧也都有诈术的性质，将此类行为都认定为诈骗罪并不具有合理性。在被害人存在认识或者模糊认识的情况下，并不能将责任完全归于行为人。

三是控制程度说和规则视角说的观点不具有明确性，难以有效区分赌博罪与诈骗罪。一方面，非法占有目的和营利目的的区分难以起到独立判断作用，只是对客观要素进行区分判断后的自然结果。另一方面，控制赌博的输赢与在赌博过程中通过欺诈增加赢的概率实际上也难以区分。如果完全控制赌博的输赢，意味着赌局的输赢完全丧失偶然性，将其认定为诈骗罪没有疑问。通过欺诈增加赢的概率仅认定为赌博犯罪则存在疑问。这种增加赢的概率究竟以多少为限度，没有一个明确的标准。如果通过欺诈使赢的概率达到95%，那么由于赌局输赢没有完全丧失偶然性，就应当认定为赌博犯罪。然而这种立场并不具有明确性。例如，一场赌局有十轮，在完全具有偶然性的场合，双方应该各赢五轮，但行为人通过欺诈手段使他赢得赌局的概率从50%提高到80%，这是否属于控制赌博的输赢，按照控制程度说的观点其实并不明确。另外，规则视角说也难以区分赌博罪与诈骗罪。赌博与诈骗的区分主要是程度问题，而非规则问题。论者将偶然性视角的问题转换为规则性视角，并没有解决实质问题。采取偶然性视角，解决的争议问题在于当结果具有相对偶然性时，如何区分赌博罪与诈骗罪。因此，将这一问题转换为规则视角同样存在。如果采取规则视角的分析思路，仍需要判断行为人究竟将规则破坏到何种程度，赌博罪才会转换为诈骗罪。

## （二）分阶段判断法

在司法实践中出现非常多以赌博为名、行诈骗之实的情况，对这类案件

<sup>①</sup> 参见卢志坚、麻慧斐、卢叶青：《诈赌案，只赢不输无异于诈骗》，《检察日报》2009年7月1日。

应当仔细甄别，不能一律以赌博犯罪论处。对此，需要结合被害人自我答责的原则予以判断。笔者根据欺骗的时点将其区分为事前、事中、事后的欺诈行为，分别予以判断。

首先，事前欺诈的情形，不能认定为诈骗罪。诱骗他人参与赌博，但在赌博过程中输赢结果具有偶然性的，应当认定为赌博犯罪，而不能认定为诈骗犯罪。例如，“象棋残局”案件的特征是：一方面，在对弈的过程中，行为人在对弈过程中不作弊，因而输赢结果真实；另一方面，行为人通过对棋谱的研究能掌控棋局的输赢。<sup>①</sup> 行为人使用的手段包括熟记残局棋谱、假装对弈互有输赢、隐瞒破解残局真实难度、伪装路人起哄等，通过这类方式诱骗路人参与破局，而在残局进行过程中输赢结果具有偶然性。对这些情形，应当认定为赌博犯罪而非诈骗犯罪，因为上述手段并没有虚构事实。例如，熟记残局棋谱是以合理的方式获取博弈优势，而伪装路人起哄只是利用了赌博者顾及颜面的心理，因此都难以认定为刑法意义上的欺骗行为。在这类案件中，行为人往往是团伙作案，呈现“多对一”的赌博局面，因此并不属于聚众赌博，但属于以赌博为业的情形，应当构成赌博罪。根据笔者立场，在规模巨大的场合，这类案件可以构成开设赌场罪。

其次，事中欺诈的情形，需要区分情形认定为赌博犯罪或者诈骗犯罪。在赌博过程中设置圈套的，需要根据行为人是否具有绝对的博弈优势进行判断，同时建立绝对的博弈优势必须具有非法性。例如，赌博集团经常通过人为操控后台修改胜率，先给新会员一点甜头引诱其上钩，让新会员先赢钱，等其投入大额资金时就把钱尽数套走。对这类情形，赌博集团可以说具有绝对的博弈优势，应当认定为诈骗罪。与之相对，在赌博双方的博弈优势相差不大的场合，只能认定为赌博犯罪。另外，被害人的自我答责也可能导致诈骗罪并不成立。近年来，已经有学者强调运用客观归责理论解决财产犯罪的归责问题，以确保定罪结论更加可靠。<sup>②</sup> 具体到诈骗罪层面，诈骗罪的构造是：行为人实施欺骗行为，被害人基于错误认识处分财产，行为人获取财产，被害人受到财产损失。在被害人对被骗的事实存在认识的情况下，其处分财物造成的财产减损就不能认定为财产损失。“当被害人完全估计到自己

<sup>①</sup> 远桂宝：《识别“诈术”区分诈赌犯罪类型》，《检察日报》2021年6月23日。

<sup>②</sup> 参见周光权：《客观归责论在财产犯罪案件中的运用》，《比较法研究》2018年第3期，第34~45页。

的行为将会给自己造成危险，却轻率地实施该危险行为，以致给自己造成损害结果的，就要由被害人自己负责。”<sup>①</sup>很多时候，设置圈套的行为人具有绝对的博弈优势，而被设置圈套的参赌人员对此有充分的认识，但由于赌博成瘾、顾及自身颜面等因素仍然自愿参赌的，应当属于被害人的自我答责，因而财产损失并不存在，行为人不成立诈骗罪，而参赌人员均构成赌博犯罪。

最后，事后欺诈的情形，应当认定为诈骗犯罪。例如，在赌博结果之外设置高提现门槛的行为，应当认定为诈骗罪。网络时代，赌博活动经常在线上进行，其运行模式为充值、赌博以及提现三个阶段。在赌博阶段，赌博者具有获胜机会，赌博结果也具有偶然性。但在提现阶段，赌博集团常限制赌客必须达到一定的金额才能提现，从而延长赌博时间、增加赌博次数，最终耗尽赌客全部资金。对这类情况，应当认定为诈骗罪。此时，行为人的非法占有目的在赌博参与者充值之前就已经形成，属于虚构事实，促使被害人通过充值的方式处分自己的财产，充值后行为人取得财产，使赌博参与者遭受财产损失。这种情况属于典型的以赌博之名、行诈骗之实的情形。对这种情形，应当认定为诈骗罪，而非赌博犯罪。

### （三）赌博罪与诈骗罪的关系

还需要分析赌博罪与诈骗罪的关系。传统的立场一般认为两罪是互斥关系。如此一来，将行为性质认定为赌博还是诈骗显得至关重要。从对涉案财物处置的角度看，如果认定为赌博，意味着涉案财物属于赌资，赌博者交付的财物属于不法原因给付，并不具有返还请求权；如果认定为诈骗，意味着交付财物的人属于被害人，被害人具有返还请求权。

笔者认为，不应将赌博罪与诈骗罪完全对立起来，而应当将两罪理解为补充适用的关系。只要参与者实施的行为具有赌博性质，就应当认为涉案财物属于赌资，即使行为人最终被认定为诈骗罪，参与者也不具有返还财物请求权。例如，甲通过在赌博网站充值参与赌博，赌博网站经营者乙操控赌局，导致甲事实上根本不具有获胜可能。根据前文观点，乙应当构成诈骗罪。而甲并没有返还充值财物的请求权，因为其行为属于赌博性质，涉案财物属于赌资。而乙的行为实际上也具有赌博性质，但它还符合诈骗的性质，因此应当构成诈骗罪。还有论者主张，诈赌行为属于牵连犯，属于以赌博手段实施

<sup>①</sup> 冯军：《刑法中的自我答责》，《中国法学》2006年第3期，第101页。

诈骗行为，同时构成赌博罪与诈骗罪，应当从一重罪处断，以诈骗罪论处。<sup>①</sup> 笔者不赞同这种观点。成立牵连犯的前提是行为人实施了两个行为，但在诈骗案件中行为人仅实施了一个行为，因此不能构成牵连犯。

由此可以得出结论，输赢结果具有偶然性只是赌博犯罪的表面构成要件要素，并不是表征赌博犯罪不法性和有责性的要素。从实体法的角度而言，表面的构成要件要素不是成立犯罪必须具备的要素；从诉讼法的角度而言，表面的构成要件要素是不需要证明的要素。<sup>②</sup> 表征赌博罪不法性和有责性要素的只是行为人实施了未经国家许可的金钱博弈活动。在输赢结果不具有偶然性时，行为人符合诈骗罪中欺骗行为的要素，可能构成诈骗罪，但不能据此否定其行为仍然属于赌博性质。在无法证明输赢结果是否具有偶然性时，可以按照赌博犯罪处理。因此，上述涉案财物处置的争议问题迎刃而解。

## 五、结语

赌博犯罪的保护法益是国家对金钱博弈活动的有效管理和控制以及公众健康，因此具有刑事立法的正当性。赌博罪与开设赌场罪在构成要件层面的界限已经越发模糊，因此应当由罪质区分转化为罪量区分，规模性是二者之间的实质区别。组织参与国（境）外赌博罪的引入对既有司法解释形成冲击，司法解释也应当与时俱进，实现与刑法条文的协调。赌博罪与诈骗罪的界限需要进一步明确，对控制赌博输赢的情形，应当根据行为人是否具有绝对的博弈优势和被害人是否构成自我答责进行双重分析，进而判断对行为人是否应当以诈骗罪论处。输赢结果具有偶然性是赌博犯罪的表面构成要件要素，并不为赌博犯罪的违法性和有责性提供根据，在输赢结果不具有偶然性、行为人构成诈骗罪的场合，不能否定其赌博性质。

（责任编辑：方 军）

---

① 参见何德辉：《设置赌局“诈赌”如何处理》，《人民检察》2011年第6期，第48页。

② 参见张明楷：《论表面的构成要件要素》，《中国法学》2009年第2期，第93页。