

浅析经营地下“六合彩”类犯罪的罪名认定

梁宇宙

(河南云冲律师事务所)

摘要:司法实践中对于经营地下“六合彩”的行为构成犯罪没有争议,但应以何罪定罪处罚存在较大争议,各地判例大相径庭,本文认为应当区分不同情况具体问题具体分析,视情况分别按开设赌场罪、非法经营罪、诈骗罪论处,不能一概而论。

一、当前司法实践对经营地下“六合彩”的定性。

当前司法判决中,各地对于地下“六合彩”犯罪行为的判决罪名并不一致,主要有开设赌场罪、赌博罪、非法经营罪三种观点的争议。

第一种判决的观点认为,地下私设投注平台利用外围“六合彩”的开奖结果作为赌注,以营利为目的,接受他人投注,属于刑法第303条第二款规定的“开设赌场”进行经营的行为,应当按照开设赌场罪定罪处罚。实践中持有此观点的判决不占少数,例如上海市崇明区人民法院(2021)沪0151刑初348号“黄某开设赌场案”、(2021)沪0151刑初314号“陆某开设赌场案”、广东省深圳市龙岗区人民法院(2021)粤0307刑初1202号“李某开设赌场案”等。

第二种判决的观点认为,以营利为目的,私设投注平台利用外围“六合彩”的开奖结果作为赌注,接受他人投注,属于刑法第303条第一款规定的“聚众赌博或者以赌博为业”的行为,应当按照赌博罪定罪处罚。实践中持有此观点的判决也极为常见,例如浙江省玉环县人民法院(2017)浙1021刑初283号“王某赌博案”、湖南省辰溪县人民法院(2021)湘1223刑初152号“欧某赌博案”、贵州省锦屏县人民法院(2021)黔2628刑初95号“杨某赌博案”等。

第三种判决的观点认为,以营利为目的,私设投注平台利用外围“六合彩”的开奖结果作为赌注,接受他人投注,属于未经国家批准,擅自发行、销售彩票的行为,按照《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》第六条规定:“未经国家批准擅自发行、销售彩票,构成犯罪的,依照刑法第二百二十五条第(四)项的规定,以非法经营罪定罪处罚”。实践中援引该司法解释作出非法经营定罪判决的案件亦不在少数,例如笔者曾代理的一起河南省巩义市人民法院(2019)豫0181刑初1066号“李某非法经营案”即持此观点。此外河南省灵宝市检察院一份调研报告显示,该院近年来以非法经营罪办理“销售非法彩票”案16件22人,其中4人被判处五年至八年不等的有期徒刑,其余18人被判处三年以下有期徒刑并宣告缓刑。

从司法实践判例来看,目前对于经营地下“六合彩”的行为应当如何定罪,争议极大,各地判决大相径庭,导致出现同一犯罪行为在不同地区和不同法院出现定罪量刑完全不一致的情形,判决社会效果不理想,不利于对该类犯罪的打击。

二、对实践中常见的经营地下“六合彩”类犯罪行为的罪名认定。

笔者认为,对于经营地下“六合彩”应当以何罪名定罪处罚,首先应当区分不同手段的经营地下“六合彩”行为,不能一概而论,然后严格依据现行刑法和司法解释的规定进行定罪处罚。

首先,对于在线下开设投注场所,利用最传统的面对面销售手段出售纸质类似“六合彩”等私彩的行为,应当按照擅自发行、销售彩票处理。虽然在线下开设投注场所,接受不特定人的投注赌博,与彩民形成对赌关系,貌似符合开设赌场罪和赌博罪的构成要件,但彩票的本质即是赌博手段的一种,赌博的概念应有广义和狭义之分,彩民购买彩票本身就是一种赌博行为,彩票即是广义的赌博表现形式之一,只是经过国家允许发行并在国家严格监管之下的彩票具有合法性。根据财政部制定的《互联网销售彩票管理暂行办法》

规定:“未经财政部批准,任何单位不得开展互联网销售彩票业务”。在我国,只有国家特许经营机构发行的彩票才是合法的,因此擅自发行、销售彩票的行为破坏了彩票管理制度和销售秩序,其侵犯的犯罪客体是国家彩票经营秩序,故应当严格按照最高人民法院、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》的规定:未经国家批准擅自发行、销售彩票,构成犯罪的,依照刑法第二百二十五条第(四)项的规定,以非法经营罪定罪处罚。

其次,对于在线上开设彩票投注平台网站,利用微信及其他互联网通讯手段销售“六合彩”的行为,应按照开设赌场罪处理。根据《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》第2条规定,以营利为目的,在计算机网络上建立赌博网站,或者为赌博网站担任代理,接受投注的,属于刑法第303条规定的“开设赌场”;《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解释》第1条也规定,利用互联网、移动通讯终端等传输赌场视频、数据,组织赌博活动,具有建立赌场网站并接受投注的,属于刑法第303条第2款规定的“开设赌场”。实践中常见的问题是何为“赌博网站”?组建微信群、QQ群的形式是否属于在计算机网络上建立赌博网站?笔者认为,此处的“赌博网站”应做广义理解,司法解释的本意是规制利用互联网而提供赌博场所的行为,通常以网站的形式出现,但随着时代的发展和通讯手段的更新换代,现在通过组建微信群、QQ群的方式所建立的线上投注平台,其本质也是利用互联网组织赌博活动,危害性与赌博网站无异,故也应当按照开设赌场罪论处,实践中大量判例已经支持该观点。

同是擅自销售彩票,在线上 and 线下不同犯罪场所的销售私彩有何不同?目前我国合法发行的中国福利彩票和中国体育彩票,均全部通过线下渠道发行销售,没有线上销售渠道。笔者认为,线上线下销售彩票借助的介质不同:线下发行销售彩票大多借助于纸质媒介,其“六合彩”彩票外在表象更接近于合法发行的彩票,社会危害性方面更倾向于破坏彩票发行管理秩序,且其影响范围相对较小,故按照非法经营罪定罪处罚为宜;而线上销售的所谓彩票,彩票的概念更加被淡化,只不过是用于赌博的一个幌子,并不存在接近于现实生活中合法彩票的介质,对于购买者而言赌博的意味远远大于彩票的感觉,基本上属于赤裸裸的纯粹赌博,外在表象和感知体验基本和彩票毫不相干,对国家的彩票发行管理秩序造不成任何影响,更加符合开设赌场罪的特征。

最后,对于打着彩票幌子,实则暗中控制盈亏的行为,应当按照诈骗罪定罪处罚。彩票虽然具有一定的赌博性质,但庄家无法控制开奖结果,开奖结果某种程度上具有一定的客观性,任何一方均不能人为控制输赢,双方仍处于一个公平的博弈环境之下,庄家仅以概率优势取胜。而实践中出现过一些情况则是,赖以论定输赢的投注结果可以被开设投注平台的庄家暗中控制,此种情况在互联网投注平台中更为常见,此时双方不在一个公平的博弈环境之中,输赢全凭庄家控制,根据不具有任何客观性。此时彩票仅仅充当一个庄家诈骗犯罪工具的角色,应当按照诈骗罪定罪处罚。