安徽金亞太律師事务所

**KING A＆P LAW FIRM**

|  |
| --- |
| 總所：合肥市阜南路168號東怡金融廣場B座37樓 郵編：230001 電話：0551-65600055  刑辯分所：合肥市北城世紀城金源大道祥徽苑寫字樓1號23層 郵編：231100 電話：0551-66391800  網址：www.ahxb.cn; www.jytlaw.com 電子郵件：jytwyl@126.com |

**关于对H市司法机关适用“刑法第三百零三条”情况进行类案监督的申请**

**安徽省人民代表大会常务委员会：**

申请人作为安徽省政协社会和法制工作委员会副主任、全国律协刑事业务委员会委员、安徽省律协刑辩委员会主任，在办理一起聚众赌博案件过程中获知，H市司法机关在适用刑法第三百零三条规定的“赌博罪”和“开设赌场罪”时，出现了类型性错误。“赌博罪”在H市几乎处于虚置状态，该市几乎将所有赌博行为以较重的罪名，开设赌场罪予以处罚。此种做法违反了刑法罪刑法定的基本原则，混淆了此罪与彼罪的概念，造成了类型化的错判。

申请人进一步通过最高人民法院“裁判文书网”进行类案检索印证了上述情况，同一类案件错误适用了法律进而会造成错判和错案。为让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义，确保司法权力的正确运行，根据《安徽省各级人民代表大会常务委员会监督司法工作的若干规定》的相关规定，特提请对H市司法机关适用“刑法三百零三条”情况进行类案监督。事实和理由如下：

1. **开展类案监督是人大贯彻落实习近平法治思想、履行司法监督职能的重要举措**

司法是社会公平正义的最后一道防线，加强和改进人大司法监督工作，不仅是贯彻落实党的十九大精神的具体实践，也是当前经济社会发展的客观要求。11月16日，习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上指出，**“公平正义是司法的灵魂和使命。要深化司法责任制综合配套改革，加强司法制约监督，健全社会公平正义法治保障制度，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。”**《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》规定，“各级人民代表大会常务委员会对本级人民政府、人民法院和人民检察院的工作实施监督，促进依法行政、公正司法”。《安徽省各级人民代表大会常务委员会监督司法工作的若干规定》第二条规定，“人民代表大会常务委员会在本级人民代表大会闭会期间，依法监督本级人民法院、人民检察院与公安机关、[司法行政机关](https://baike.sogou.com/lemma/ShowInnerLink.htm?lemmaId=269634&ss_c=ssc.citiao.link" \t "https://baike.sogou.com/_blank)的司法工作”；第六条规定，“常务委员会监督司法工作的内容：（一）本级司法机关遵守和执行宪法、法律、法规以及上级和本级人民代表大会及其常务委员会决议、决定的情况。（二）本级司法机关依法办案、公正司法的情况”。《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》和《安徽省各级人民代表大会常务委员会监督司法工作的若干规定》赋予了人大履行司法监督职能，明确了人大开展司法监督的内容和方式。开展类案监督，正是落实习近平总书记重要讲话精神、贯彻落实习近平法治思想的重要举措，也是人大强化司法监督职能，保证司法活动沿着正常的轨道运行，最终实现公平正义价值追求的重要抓手。全国人大常委会法工委副主任李飞也认为，开展类案监督，有利于更好地处理人大常委会监督与保障司法机关依法独立行使审判权、检察权的关系。人大通过对司法机关同一类型案件的监督，了解适用这类案件的司法政策是否合宪、合法，司法制度和司法工作机制是否科学合理，司法机关在处理这类案件中是否依法履行职责；了解该类型案件存在的法律问题和反映出的社会问题，督促解决司法领域中普遍性的制度和机制问题以及社会领域中的突出问题，有利于促进司法公正和维护社会公平正义。

1. **H市司法机关对刑法第三百零三条条规定的赌博罪和开设赌场罪适用情况**

我国1997年《刑法》第三百零三条条规定，“以营利为目的，聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。”2006年6月29日第十届全国人民代表大会常务委员会第22次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(六)》第十八条对此进行了修正，修正后的刑法第三百零三条条第一款规定，“以营利为目的，聚众赌博或者以赌博为业的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。”第二款规定，“开设赌场的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”从刑法条文的规定来看，聚众赌博型的赌博罪与开设赌场罪的行为应该是包含的关系，开设赌场的行为均属于聚众赌博的行为，但单纯的聚众赌博并不能评价为开设赌场。从理论上说，聚众赌博型的赌博罪应当比开设赌场罪发案率更高，处罚面更广，而不是相反。

2020年11月17日，申请人通过最高人民法院“裁判文书网”对H市办理的赌博类案件判决情况进行类案检索，分别以H市中级人民法院、H市下属X区、L区、D区、S县人民法院，和“赌博罪”、“开设赌场罪”等关键词在裁判文书网检索相关的裁判文书。通过检索发现，2014年以来，H市中级人民法院发布“开设赌场罪”二审判决书1篇，裁定书19篇，“赌博罪”二审裁定书1篇；X区人民法院发布“开设赌场罪”一审判决书46篇，“赌博罪”裁判文书竟为0篇。L区、D区和S县人民法院判决的“开设赌场案”和“赌博案”数字也相差悬殊。具体见下表：

表1：H市各级法院判决文书统计：

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 办案单位 | 开设赌场案 | 赌博案 |
| H市中院 | 二审判决书1篇；二审裁定书19篇 | 二审裁定书1篇 |
| X区法院 | 一审判决书46篇 | 一审判决书0篇 |
| L区法院 | 一审判决书9篇 | 一审判决书3篇 |
| D区法院 | 一审判决书4篇 | 一审判决书1篇 |
| S县法院 | 一审判决书53篇 | 一审判决书12篇 |

表2：H市涉案被告人判决情况统计：

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 办案单位 | 开设赌场罪 | | | | | | | 赌博罪 | | |
| 网络赌场 | | 赌博机赌场 | | 实体赌场 | | |
| 判决人数 | 缓刑人数 | 判决人数 | 缓刑人数 | 判决人数 | 缓刑人数 | 以赌博罪处理数 | 判决人数 | 缓刑人数 | 以开设赌场罪处理数 |
| H中院 | 6 | 1 | 9 | 2 | 41 | 9 | 0 | 2 | 0 | 0 |
| X区院 | 6 | 1 | 37 | 18 | 70 | 17 | 2起4人，缓刑2人 | 0 | 0 | 0 |
| L区院 | 0 | 0 | 8 | 5 | 9 | 3 | 0 | 11 | 9 | 0 |
| D区院 | 3 | 0 | 2 | 1 | 14 | 2 | 0 | 2 | 0 | 0 |
| S县院 | 6 | 0 | 32 | 29 | 100 | 59 | 2起3人，缓刑2人 | 24 | 17 | 1起1人（免处） |

虽然上述统计方法并不十分准确，但显然可以从一个侧面反映出有关判决的情况，从检索统计数据可以看出，H市司法机关对于“刑法第三百零三条”规定的赌博罪与开设赌场罪的查处数严重倒挂，发案数本应更多的“赌博罪”基本虚置。**自2014年以来H市两级法院以赌博罪判处了46人，其中27人的判决是由S县人民法院作出，且以开设赌场罪居然判处了343人！**

从判决书内容还可以得知，H市司法机关对开设赌场罪的认定标准不一，随意性大。

如S县人民法院“（2018）皖06\*\*刑初29号”判决书认定：“2017年2月14日下午，被告人刘某某为谋取非法利益，在S县双堆集镇众兴宾馆租赁一房间，在该房间内由其提供赌博用具，组织多人进行赌博活动，抽头渔利约300元。”法院认定被告人刘某某以营利为目的，为他人提供赌博场所和用具，其行为已构成开设赌场罪。同样是S县人民法院，“（2014）S刑初字第00458号”判决书认定：“2012年1月至2月间，被告人关某甲、张某甲、张某乙共同计议，以开设赌场、聚众赌博的方法牟取非法利益，商议决定由关某甲负责联系赌博场地，张某甲、张某乙负责召集人员参与赌博。期间，关某甲、关余良、关某丙等人先后在燕头村村部办公室及关某甲、张某甲、张某乙等人住处，以推牌九等方式聚众赌博15场左右，单场最高赌资达13万余元，关某甲、张某甲、张某乙分别从中抽头渔利约4万元。”法院认为被告人关某甲等人以营利为目的，聚众赌博，其行为均已构成赌博罪。同一个法院，聚众赌博数十次，抽头渔利4万余元的行为，被认定为赌博罪；而仅组织一次聚众赌博，抽头渔利300元，却被认定为法定刑更高的开设赌场罪。

X区人民法院“（2015）相刑初字第00253号”判决书认定：“2014年8月份左右，被告人葛某甲、陈某甲商议在H市三马路老木材公司附近二被告人经营的棋牌室内里屋开设赌场。被告人葛某甲、陈某甲电话邀约刘某甲、李某甲等十余名参赌人员聚众赌博。截至2014年8月底，被告人葛某甲、陈某甲在换换棋牌室内采用扑克牌推牌九的方式开设赌场聚众赌博数次，每次十余人参加。二被告人每人分得5000余元。”法院认定被告人葛某甲、陈某甲以非法牟利为目的，开设赌场，抽水渔利，构成开设赌场罪。X区人民法院“（2014）相刑初字第00277号”判决书认定：“2012年10月底，被告人吕某甲、周某、宋某等人在H市X区某家属院5栋104室费某某租住房间内，以扑克牌推牌九的方式聚众赌博两次，被告人吕某甲、宋兴洲及被告人周某、宋某邀集魏某、郑某等人分别坐门参赌，抽水渔利1万余元，被吕某甲、周某、宋某等人均分。”法院认为，被告人周某、吕某甲、宋某以非法牟利为目的，聚众赌博，抽水渔利，其行为均已构成赌博罪。同样是以非法牟利为目的，聚众赌博，抽水渔利，犯罪情节、获利数额均相差无几，却被认定为赌博罪和开设赌场罪两个不同的罪名。

此外，有的判决还将最高人民法院、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》（下称《网络赌博适用法律意见》或《意见》）中关于开设网上赌博情节严重的认定标准，直接适用到开设实体赌场的开设赌场案件中。如X区人民法院“（2015）相刑初字第00042号”张长顺等人开设赌场案，判决书直接引用“网上开设赌场犯罪情节严重的定罪量刑标准”认定行为人开设赌场情节严重，对张长顺判处有期徒刑四年，并处罚金十万元。

另外从检索案例的判决情况看，H市对于赌博类犯罪采取“重刑主义”，缓刑占比极小，而在开设实体赌场犯罪案件中错误适用网络赌博犯罪司法解释，也必然导致轻罪重判。

1. **聚众赌博型的赌博罪和开设赌场罪的界分**

有人认为，我国制度之下，举国望之，澳门香港之外没有合法赌场。内地徒有（开设开办）赌场之名，而无（开设开办）赌场之实，既然不能合法开办、规模经营，则赌场均无“实质赌场”之形制规模，因此追究开设赌场罪实践中并无意义。此看法一叶障目，脱离实际。须知正是由于开设赌场罪和赌博罪是不同的犯罪形态，开设赌场使得赌博的规模和涉案金额远远高于一般的赌博，而且一些赌场容易被黑社会性质的组织所控制，诱发其他犯罪。所以，2006年6月《刑法修正案（六）》增加了开设赌场罪并设定高于赌博罪的法定刑。实践中，特别是“扫黑除恶”专项斗争以来，全国各地打掉了一大批在棋牌室、宾馆、民房、荒郊开设赌场的犯罪活动，这些赌场往往有专人接送赌客、专人服务、专人“放水”，场所固定、组织严密、规模较大、人数众多。绝不能以“打早打小”为由，把聚众赌博的犯罪行为拔高认定为开设赌场罪。

《刑法》和最高人民法院、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》《网络赌博适用法律意见》虽未明确规定开设赌场罪构罪标准，开设赌场罪与聚众赌博型赌博罪之间也确实存在众多表面上的共性，但开设赌场罪具有与聚众赌博型赌博罪明显不同的特征。聚众赌博，是指以营利为目的，组织、招引多人进行赌博，本人从中抽头渔利的行为。开设赌场，是指开设和经营赌场，提供赌博的场所及用具，供他人在其中进行赌博，本人从中营利的行为。开设赌场其实就是经营赌场。本人人微言轻，在此引用最高人民法院司法观点对二者进行区分。最高人民法院《刑事审判参考》第58集（2007年第5集）中对聚众赌博与开设赌场的行为该如何区分提出了具体的标准：

1.聚众赌博的规模一般较小，而开设赌场的规模一般较大，其营业场所大，赌博的工具齐全，赌博方式多样，有专门为赌场服务的人员；

2.聚众赌博的场所通常具有不固定性，有时是临时租赁、借用他人的房屋或者自己家中进行，有时是临时在宾馆里开房进行的，而开设赌场的赌博场所一般具有固定的营业地点和场所；

3.聚众赌博的时间一般具有临时性、短暂性的特点，而开设赌场的时间具有持续性和稳定性特点；

4.聚众赌博一般具有隐秘性，而开设赌场一般具有半公开性；

5.聚众赌博的赌头往往会利用其人际关系和人际资源来召集、组织每一次的具体赌博活动，而开设赌场的经营者一般情况下不亲自参与召集、组织人员参与赌博；

6.聚众赌博的赌头本人有时会参与赌博，开设赌场的经营者本人一般不会参与赌博。

**四、《网络赌博适用法律意见》不能适用于开设实体赌场的犯罪**

《网络赌博适用法律意见》是为了准确认定开设网络赌场罪而作出的专门规定，开设网络赌场与开设实体赌场虽都属于开设赌场罪的表现形式，但“赌场”形式的不同必然决定二者认定标准上存在巨大差异。首先，罪刑法定原则的要义在于“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。”最高人民检察院陈国庆、韩耀元、吴峤滨发表于《人民检察》2010年第20期的《〈关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见〉理解与适用》一文中，开宗明义地指出：“《意见》根据刑法、刑事诉讼法和相关司法解释的有关规定，结合司法实践，针对利用互联网、移动通讯终端等传输赌博视频、数据，组织网络赌博等犯罪行为，进一步明确了法律适用标准。”可见，《意见》只是针对开设网络赌场犯罪的相关问题所作的适用规定，并没有涉及到开设实体赌场的情形，将其推广应用，有违罪刑法定原则。其次，就开设网络赌场和开设实体赌场而言，虽然都属于开设赌场罪的犯罪形态，但犯罪发生的空间、犯罪行为方式迥异，前者在网络空间针对不特定多数人实施的行为显然具有更大的社会危害性，因此网络赌博犯罪认定情节严重的标准必然会低于开设实体赌场犯罪标准。然而检索发现H市对于开设实体赌场的行为是否构成情节严重一律适用该《意见》，这样的判决必然因为适用法律错误而导致对行为人的重罚和重判。

2013年2月21日，《人民法院报》刊载了上海市第二中级人民法院法官王明森《开设网络赌场“情节严重”的标准是否适用于实体赌场犯罪》的文章，文章指出，“在罪刑法定原则要求‘法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚’，其基本含义是行为人的行为构成犯罪和给予刑罚，必须以刑法的明文规定为前提。行为人的行为构成犯罪后应依法接受刑事处罚，其刑罚种类和刑罚严厉度应以刑法明文规定为前提，这也是罪刑法定原则应有之意。《意见》开宗明义，规定‘为依法惩治网络赌博犯罪活动……现就办理网络赌博犯罪案件适用法律的若干问题，提出如下意见’，其立法的目的是为了适应网络赌博活动这一新形式和特点，旨在通过刑法严厉打击肆意泛滥的网络赌博行为。据此可见，《意见》具有明确的目标指向性和适用范围局限性，即仅规制与网络赌博犯罪有关的犯罪行为，开设实体赌场的行为不在其中。若将开设实体赌场行为依照《意见》中的‘情节严重’标准而量刑处罚，则无形地扩大了《意见》的适用范围，扰乱司法解释的目的指向性，这是有违罪刑法定原则的。故而，《意见》中对于‘情节严重’的认定标准不能适用到开设实体赌场的犯罪情节评价中。”2017年第20期《人民司法》刊载重庆市第二中级人民法院陈峰法官的文章《开设赌场罪情节严重的司法认定》，同样坚持了上述观点。

**五、赌博行为无明确的被害人，对该行为定罪量刑应坚持谦抑性的原则**

从上世纪开始，理论界和实务界就开始了“刑法的去道德化”，认为许多仅仅是涉及社会风尚而无明确受害人的行为不能认定为犯罪。在英国，以沃尔夫丹(Wolfendan)1957年的报告的发表为契机，他指出，维护道德不应当成为刑法的目的。在美国，美国学者埃德温·舒尔首次提出了“无被害人犯罪”的概念，主张无被害人犯罪的行为无罪。甚至模范刑法典草案就已经从刑法的去伦理化的观念出发，主张同性恋、卖淫及通奸罪等无罪。发展到现在，不少州已经将赌博行为合法化。在德国，1966年的刑法修正案就提出了“摆脱道德束缚”的主张，1975年新刑法典对道德领域的许多犯罪，实现了非罪化。

上述“单纯道德行为无罪化”并非空穴来风，而是基于现代社会中逐渐达成共识的新的刑法观。现代刑法的首要价值已经发生从“惩罚犯罪”到“保障人权”的倾斜，充分尊重人作为人所应当享有的最大范围的自由，而非动辄通过“家长主义”乃至“冒犯原则”轻易越过私权的边界。一般认为，聚众赌博所侵犯的法益为“良好的社会风范”，但赌博行为是比较典型的行为人自我伤害的道德行为，法律当然有理由加以禁止和引导，但是基于刑罚的残酷性，对赌博行为适用刑罚还需慎之又慎。从总的趋势来看，我国对赌博的认定条件是在逐步放宽，诸次修法均为轻罪轻刑。**以“打早打小”为由，违反罪刑法定原则拔高定罪的案件同样是错案。没有罚当其罪的判决会严重影响司法公信力，与刑罚的目的背道而驰。**

习近平总书记指出：**“我们要懂得100-1的道理。一个错案的负面影响，足以摧毁九十九个公正裁判积累起来的良好形象。执法中万分之一的失误，对当事人就是百分之百的伤害”。“要推进严格规范公正文明执法，提高司法公信力”。**让每一起案件都经得起历史的考验，让每一个司法案件都能让人民群众感受到公平正义，不仅是各级司法机关的职责要求，也是人大履行司法监督职能的目的所在。

刑事诉讼的目的不仅要打击犯罪也需要保护人权，为确保司法公正，保证法律的正确适用，特申请省人大常委会对H市司法机关适用刑法第303条的情况进行类案监督。

申请人：王亚林

2020年12月17日

附件：

1、H市各级法院赌博罪及开设赌场罪案件判决检索统计；

2、X区法院（2014）X刑初字第00277号吕某甲等人开设赌场案判决书；

3、X区法院（2015）X刑初字第00253号葛某甲等人开设赌场案判决书；

4、X区法院（2015）X刑初字第00042号张长顺等人开设赌场案判决书；

5、S县法院（2018）皖0621刑初29号刘某开设赌场案判决书；

6、S县法院（2014）S刑初字第00458号关某甲等9人赌博罪判决书。