

论网络赌球的刑法规制

卢堂仪¹, 宣刚²

(1. 安徽师范大学法学院, 安徽芜湖 241000; 2. 安徽科技学院法学系, 安徽凤阳 233100)

摘要: 刑法学视角下的网络赌球是侵害社会秩序法益的跨地域、规模化并以网络为工具的团伙式新型赌博行为。法律实务中司法解释类型化缺失和共犯、罪数认定模糊问题,一定程度上影响了网络赌球犯罪行为的刑法适用。在行为刑法的立场下,运用类型化思维将网络赌球分为参与型和组织型两类,应以法益侵害和犯罪行为的三性原理规范赌博罪和开设赌场罪的法律适用问题,主张以行为共同说解决网络赌球共犯问题,按数罪并罚或择一重处对网络赌球罪数问题予以处置。

关键词: 网络赌球; 行为类型; 规制; 共同犯罪

中图分类号: G80-05

文献标志码: A

文章编号: 1008-3596 (2020) 05-0001-08

互联网技术和通讯工具的快速发展引发了赌球犯罪的新样态,也给案件侦查和刑法规制带来新问题。一方面,当下网络赌球行为突破传统点对点的犯罪模式(因为两端固定的犯罪意味着犯罪证据的固定,增加犯罪风险),转而利用网状团体犯罪,团体的每个环节各司其职,随时改变赌博动态连接点;另一方面,网络赌球过程电子化程度高,公安机关掌握全部证据难;不同地方法院对网络赌博认定情节不统一导致网络赌球犯罪存在着罪名、罪数适用不清和同案不同判的法律困境。

从理论层面来看,自2009年我国足坛反赌第一案以来,学界较多赞成“刑法介入网络赌球犯罪规制”,对网络赌球的危害性、刑事侦查特点、立法和司法困境等展开了研究,但也应该看到,现有研究对网络赌球的刑法规制基础、侵害法益和罪名罪数适用问题仍付之阙如。鉴于此,笔者在坚持刑法谦抑性的前提下,对新型网络赌球行为运作、网络赌球行为的类型化解释和适用

的罪名罪数争议问题进行规范分析,希望对相关赌博类犯罪和体育刑法研究有所助益。

1 运作模式与行为类型:网络赌球犯罪的事实特征

1.1 网络赌球的概念与特征

网络赌球是侵害社会秩序法益的跨地域、规模化并以网络为工具的团伙式新型赌博行为。实质上,网络赌球与一般赌球行为在违法以至于定罪的性质上无实质区别,只是在形式上利用网络赌博的隐蔽性与快捷性,使得赌球这一传统赌博项目传播更广。网络赌球的产生与发展改变了传统赌博犯罪的趋势,形成了参与人数众多、覆盖范围广泛,顶层庄家在国外运作服务器,层层代理,依托比赛直播或者其他信息传播的金字塔模式。

与传统的赌球行为相比,网络赌球有以下特征:①参与便捷,变现快。参与者一般通过直接点击网站或通过他人分享链接进群两种方式参

收稿日期:2020-04-18

基金项目:安徽省高校社会科学研究重点项目“安徽省‘校园足球数据库’建构研究”(SK2020A0098)

作者简介:卢堂仪(1997—),女,安徽六安人,在读硕士,研究方向为体育刑法。

通讯作者:宣刚(1980—),男,安徽凤阳人,教授,博士,研究方向为刑法学。

文本信息:卢堂仪,宣刚.论网络赌球的刑法规制[J].河北体育学院学报,2020,34(5):1-8.

与,易上手同时带来成瘾可能性更高。资金交易更快,输赢结果实现率更高。一场赌局在最终结果敲定后,能立即划账到户,一般不存在传统赌场的赊账赖账、以物抵债等情况。②赌球场所无界化。网络赌球行为可以超越时间和地点的局限性,全世界的参与者都可以集中在一个网站、一个赌局中,这种跨省、跨国作案情况很普遍。③参赌主体年轻化。参与人员大多数是青少年,赌球网站利用年轻人猎奇、贪图蝇头小利的心理,通过骚扰短信和色情网站传播网络赌球广告。④技术性犯罪成本低。利用网络后台的优势轻易搭建普通赌客看不见的另一个服务平台操控赔率,每层代理只要发展下级代理或招揽赌客就可抽成获利。⑤社交软件工具性作用突出。近几年的网络赌球行为大部分都有利用微信群、QQ群联络增加非法赌资的情形。赌博工具可以是常规理解的被非法利用的合法博彩平台或多人使用的一个非法境外账户,也可以是任何具有支付交易功能的社交软件,形成多种工具融入一个赌博类犯罪的情形。

1.2 网络赌球的运作模式

网络赌球的运作模式受各国立法影响,存在多种类型。纵观世界范围对赌球的立法主要有三种:一种是完全合法化,如英国。赌球在足球产生后便成为博彩业的重要部分,而在大规模的博彩业立法后,赌球逐渐合法化、公开化。在外围的技术和审计监督中,博彩公司对于每场比赛都有详细的投注和奖金清单,所有投注和奖金派发都受到博彩运营机构和审计机关的监督,随时可以调阅。二是有限合法化,如美国。如2018年具有历史意义的“墨菲诉NCAA”案^①和当年的美国联邦最高法院判决“1992年禁止商业体育博彩的联邦法律违宪”,为美国各州的体育博彩提供了自主权。非法赌球宜疏不宜堵,通过开放合法的体育博彩来减少非法赌球的参与率,也维护了部分依赖体育博彩发展的大西洋城市与球类联盟的利益。三是完全非法化,如朝鲜。朝鲜目前共有两座赌场,一座是平壤羊角岛国际饭店,一座为罗先英皇娱乐酒店,皆为外国人专用赌场,禁止朝鲜公民进入。

在法律明文禁止赌博的国家,赌博犯罪是典型的行政犯,目的在于创设或维护国家主导的社会秩序。在我国内地,中国体育彩票管理中心是得到政府授权、可以组织并且发行足球彩票的合

法机构,除此之外其他形式的赌球行为都是非法的。近年来,地下赌球由澳门、东南亚等地渗透至我国沿海地区尤其是广东省,后来主要转为网络方式运作。根据裁判文书网所载相关案例可知,我国当前常见的网络赌球模式主要有两种,第一种是固定的从赌博网站顶端开始,招揽各级代理,由下层代理再招揽普通赌客的向下延伸模式。每级代理都可以根据其发展的下线的投入赌注获利,层层抽水的营利方式也很像传销。如《杨桂洪、黄2等开设赌场一审刑事判决书》中被告人杨桂洪、黄2系该赌球网站代理账号的合伙经营者,由被告人黄2负责具体操盘,包括为下级代理发放赌球账号、记账并与上级代理及下级代理结算赌资。被告人金龙担任下级代理发展戴某、陈某1、黄某1、胡某某(均另行处理)等人参与网络赌球^[1]。第二种是指开设赌场的人从澳门、台湾或菲律宾等地,购买一个境外账户然后通过聚众赌博的方式主动参与赌球,由境外网站按投注数额给予返利费和洗码费获利的向上延伸模式。如《杨国华、周仲秋、沈贤法等开设赌场罪一审刑事判决书》中顾某1从他人处获得赌球账号1个,后被告人杨国华从顾某1的账号分出几个子账号,分别由杨国华、周仲秋等人持有并接受赌博人员投注赌球,按约分成、返利^[2]。

1.3 网络赌球的行为类型

犯罪学视野下的网络赌球存在着诸多表现形式,而对刑事犯罪和刑事处罚有意义的是类型化的网络赌球行为。适度抽象的刑法类型化思维要求“立法者从生活事实中,通过对类似行为进行归纳总结、模型化和图像式地构建,提炼出具有法律意义的部分作为构成要件。”^[3]因此,藉由类型化方法,可以将刑法上的网络赌球概括为参与型和组织型两种行为类型。

参与型网络赌球行为是指大部分人小赌怡情的方式,通过手机短信及一些网站包含的网络链接登录赌球网站,注册加入,以现金充值或其他虚拟货币作为筹码,进入赌局。赔率、实际赌注对象和玩法由赌博网站提前设定,一般赌客不能更改。以世界杯比赛为例,赌博网站根据两支球队实力设定赔率,以1份赌注10元人民币起投,赌博对象包括比分、最佳射手等通过现场直播能直观观察到的结果,一般不存在球场信息传播不畅的情况。大部分通过这种方式参与赌球的赌

客,只要数额未达到刑法规定,一般不构成犯罪。

组织型网络赌球行为是目前实务犯罪案件中最常见的类型。由主观想要通过开设赌场营利的组织者出资得到某一境外赌球网站的代理或者注册账户,再由此组织者联络国内人员形成团体,负责转账、操盘。组织者将有意向参与的人拉入微信群,群主会给下注的人一个类似回执的凭证,赌客若是买中了,凭此回执单找群主兑付;反之,则转账给群主。每次比赛开始前,盘口消息都是由群主通过微信转发图片的方式发到群里或者私发赌客,图片上显示关于对战双方的各种各样的赌博项目,有常见的胜负平、比分、让球数、上半场比分等。又或者是组织者利用合法的体育博彩软件或网站,集体购买彩票并在等待开奖期间,再通过微信群发红包的形式增加赌注和赔率,最后以开奖结果决定输赢。玩法很多,均可自行约定。负责赌客的组织者类似代理下的职员,负责打下手,由代理付提成,从而获利。

2 出入罪之间:网络赌球犯罪的刑法规制条件

2.1 侵害法益为社会秩序法益

明确侵害法益的性质是满足犯罪和刑法规制的前提和基础。从体育犯罪的同类属性来看,有学者主张,“体育犯罪同类法益是组织性参与和观看比赛的真实性、纯洁性,体育犯罪的同类法益非专属于个人,而是社会法益的一种。因此,体育犯罪是一种针对社会法益的犯罪。”^[4]而有学者则认为,“竞技体育犯罪是指在竞技体育的运动训练或竞赛过程中发生的,严重侵害了公共利益及相对方的合法权益,扰乱了体育正常的竞赛秩序,以及其他危害社会的行为。”^[5]可见,尽管具体表述不一,但学界大多认同体育犯罪侵犯的是社会秩序法益,只是在法益主体的具体外延和个罪侧重点上略有差异。因此,本文所称网络赌球犯罪行为,侵害的是国家创设和维持的社会公共管理秩序。

具体来说,参与型和组织型网络赌球行为入罪的前提是严重危害社会公共秩序。我国刑法采用定性和定量相结合的立法模式,一方面严密法网,惩罚犯罪;另一方面明确不同制裁手段的界限,坚持罪刑法定原则。我国司法实践中,网络

赌球案件裁判中最常适用的《刑法》第303条被设置在第四章“妨害社会秩序”中,也一定程度印证了法益性质界分的合理性。这就要求网络赌球犯罪的刑法规制限于侵害社会公共秩序和严重性的双重约束,对于网络赌球的上下游犯罪(如贿赂、操纵比赛等),则由于侵害法益不同,属罪数关系问题;同时,对单纯的参与行为,基于刑法谦抑性要求,不予考虑。

2.2 满足犯罪的三个特性

结合法条规定和刑法基本原理,侵犯社会秩序法益的网络赌球行为,满足下列特性才能是真正的犯罪行为,才达到刑法规制的条件。

(1) 严重危害性。犯罪一定具有相对严重的法益侵害性,而且绝大多数人不能容忍并主张以刑法进行规制。“小赌怡情”让很多赌球的底层参与者觉得无伤大雅,也不认为是违法犯罪,这导致了参与型网络赌球行为从数量上更多并产生“不会具有严重危害性”的误解。参与型赌球与组织型赌球在这一犯罪特性上区别在于:其一,参与型的犯罪行为属于典型的自然犯,其刑事规制只有在赌注数额达到法定数额,才属于侵害严重法益。一般的国民能够容忍的越轨行为,不能用刑法规制,通过政府教导、社区矫正和一般的治安制裁手段即可解决。其二,组织型网络赌球行为在社会认知中逐渐偏向法定犯,其行为的严重危害性也从数额转向行为本身吸引他人赌球的主观恶性,属于从行为源头考量的规制,而参与型更属于结果倒置考量的规制。所以无论是上述的社会认知还是刑事立法原意都凸显了参与型赌球与组织型赌球在危害性上的差异。赌球的体育竞技性相较其他赌博种类也更能模糊人们对此类行为犯罪界限的认识,这也是近十年网络赌博案件中,赌球几乎是每个参赌人员均会涉及甚至深陷其中的重要原因。我国每年因为网络赌球流出境外的资金占网络赌博的70%,如2018年广东公安机关在案件侦查中平台资金流水十分频繁,仅在收网的前20天,平台投注额就达550亿元。

(2) 应受刑罚惩罚性。其一,只要刑法没有对其规定刑罚就不是犯罪。网络赌球这种行为在刑法上只有赌博罪、开设赌场罪这两个罪名适用,根据罪刑法定的原则,这种立法滞后被不少学者诟病,也是中国足球假球、黑哨、球员参与赌博等丑闻频发的重要原因。罪刑法定的原则要

求我们不仅要完善刑事立法,也要对行政法上的数额、损害法益程度等具体情形加以说明。例如2019年《黑龙江省公安机关赌博违法行为治安处罚裁量指导意见》与2019年江苏省的《赌博违法案件裁量指导意见》就是很好的从地方规范性文件上完善治安处罚,更清楚划定违法犯罪界限的进步之举。其二,不是任何犯罪行为都会受到刑罚惩罚。“若以任何其它法律效果也能制止不法行为时,则应尽可能避免刑罚的使用,也即只有在其他法律效果不足以生效时,才适用刑罚。”^[6]组织型网络赌球行为的聚集性强于参与型更强于其他种类赌博,但是参与型赌球人员的行为数量多于组织型,二者在不同方面的融合使得社会秩序受到侵害,更让原本公平健康的球类竞技法益受到巨大损害。从整体上看,球类比赛只是赌桌上的“工具”,但网络赌博人员的聚集性和行为重复性让球类比赛受到严重侵害,从而对未来的体育事业发展产生不可估量的损害。从细节上看,不是每一个参与赌球的行为都是犯罪,但是一个损害球类比赛法益的个体行为同时发生成千上万次就会让体育法益付出毁灭性的代价。因而笔者认为虽然法理上不存在“法不责众”而现实生活中却似乎得到了广泛运用。群体性的违法赌球事件本身也是对法律的考验,很多时候并不是每个赌球者都会被追究刑事责任,通过《治安管理处罚法》的行政制裁手段已经足够威慑那些偶尔参与的赌球者;但对于那些网络赌球行为的组织者和重复参与者,就需利用刑法手段才能保护社会(包括体育类)法益,维护社会秩序稳定,保证国家资金安全,以及减少由赌博带来的一系列上下游犯罪行为与交叉性犯罪。

(3) 具有刑事违法性。即违反我国刑法及其他刑事法律渊源的行为。我国体育法对于网络赌球行为采用空白罪状的处理方式,网络赌球行为作为赌博占比最大的种类却没有在体育法中规定具体罪名以至于对网络赌球规制有限、体育犯罪体系理论不成熟。所以按照现有刑法三阶层理论,其一是构成要件该当性。赌博罪要求主观构成要件是直接故意并且具有获得利益的目的。这里的以营利为目的和单纯的获得蝇头小利的主观具有直接故意和间接故意的区别。比如合法的网络体育博彩行为和网络赌球的普通参与者,是抱着试一试的想法,能不能中奖、中什么类型的奖

都是“听天由命”。即对于中奖这种结果的发生,普通赌客表示弃权,而赌博罪主观上对利益是积极追求和强烈渴望的,这种迫切渴望可以通过高额投入来表现。客观要件上表现输赢不大,不以赌博为生或作为主要经济来源,或者组织者不从中获利的,不属于此罪的客观要件。开设赌场罪的主观构成要件与赌博罪相同,强调直接获利的故意,对于赌客必输的这种危害结果,参与者明知且积极追求这种危害结果的发生。其二是违法性。一般来说,行为人的主观和客观符合以上构成要件,则在刑法上具有天然违法性。从反面来看,网络赌球中的违法阻却事由只可能是法令行为和紧急避险。比如发行彩票,本是广义上的赌博行为,但国家从体育有限商业化角度考虑,规定为合法行为;警察为了调查案件进入赌球网站或相关赌球群,进行一段时间的赌球行为,也不构成犯罪。而在开设赌场或者赌博行为中,行为人的生命利益或者其他重要法益正在受到胁迫,不得已提供帮助的,属于紧急避险,不属于共同犯罪。其三是有责性。行为具有了违法性,一般推定具有有责性。所以,从反面来看,网络赌球行为的责任阻却事由可能为责任年龄和责任能力不足,对这两类人可以从轻或免于处罚。此外,赌球中对于事实认识错误的行为也可以阻却犯罪的构成,比如误以为是合法博彩网站进而参与网站中的赌球行为,但一般来说合法博彩渠道和非法赌博的赔率差别很大,实际中这种认识错误极少。

3 罪名和罪数:网络赌球犯罪的法律适用

3.1 罪名适用

3.1.1 赌博罪

根据《刑法》第303条第1款的规定,行为人只是单纯地以一时娱乐为目的参加赌球,不构成赌博罪。此罪是否成立的主要争议点在于行为人主观目的和认定以赌博为业,定罪证据大部分都依靠金额以及参与者心理都包含的趋利性。有学者认为,“以赌博为业,表明行为人对自己长期从事赌博活动并从中获取生活需要是认识且意欲的。”^[7]所以按照此观点,衡量大部分人的思维,可以在实务审判中将营利为目的和实际的赌博行为联系在一起并包含于“以赌博为业”中,不可否认的是赌球行为中没有人会主动实施

不利己的行为,特别是非法赌博。即使不了解具体操作和其他成员的行为,对于该职业的营利性,行为人必定是了解的。因而营利目的的主观犯罪要求就当然地涵盖在以赌博为业中,这有利于解决赌博罪成立的证据证明力和罪名适用问题。

参与型和组织型网络赌博行为均有可能以本罪定罪处罚,但在认定赌博行为连续性上又不同于传统赌博犯罪。从实际来看,网络赌球犯罪具有伴随重大赛事的“同步性”,特别是世界杯期间及前后都是网络赌球刑事案件的频发期,根据赛期一般会持续一个多月,这对以赌博为业的事实认定造成了行为连续性困难。本文赞成将赌博为业解释为包括以赌博为事业也包括以赌博为兼业,其中对兼业的解释就很好地包含了突击性的世界杯赌球行为,让心存侥幸的短期豪赌犯罪行为也能受到刑法规制。

聚众赌博是组织型赌博行为类型的一种表现形式,在学理和实践对聚众性的认定及其与开设赌场罪的区分均有探讨的必要性。“赌场”中的“场”并不一定指赌博的物理空间性,而在于赌博活动的聚集可能性(赌博的社会空间性)。当“场”作为“场所”讲时,通常文义强调的是“所”而非“场”,是指多人聚集或者活动的“地方”。然而,“场”本身可指多人聚集^[8]。因此,网络空间可以认定为开设赌场罪中的“场”。

3.1.2 开设赌场罪

组织型网络赌球犯罪均可纳入本罪定罪量刑。根据《刑法》第303条第2款规定,开设赌场罪是以组织者为中心,在其支配下供给其他赌客赌博场所并营利的行为。就网络赌球而言,每个赌球网站的组织者是最应该惩罚的犯罪主体,应该加重处罚,即便是世界杯期间的短期赌场也不影响本罪的成立。2010年的两高解释^②就包括具体行为类型细化、情节严重的具体情况、共犯处理以及相关定罪标准的认定,可以说是应对网络化犯罪的较好解释。也基本涵盖网络赌球行为的大部分情形,就网络赌球而言,制作APP或者赌博网站是以“开设并营利”为主要意思,展现了线下赌博的传统性质。实际上,除了建立赌博网站外,还有以网络作为工具,建立其他相对私密的网络空间的经营行为,这也是赌球组织者的主要收入来源。立法及司法解释在无法涵盖具体赌场类型且不能类型化的情况下以何种行为作

为既遂标准,就具有争议。本文认为,该罪的既遂标准应建立在制作赌球网站或者其他赌球网络空间的基础上,制作赌球网络空间就足以表现组织者的主观恶性,应当受到惩罚。现有司法解释明显是在强调实际赌球的数额效果和经营方式,以客观凸显其主观恶性,但笔者认为应该将该罪的既遂标准降低,除去并列的实际运作。否则,立法仅强调开设场所并营利作为本罪的实行行为,而主动吸纳赌徒就不是该类型犯罪实行行为,那么只打起赌球网站的招牌却无人营业、无赌徒参与就不完全满足组织型赌博犯的构成要件,继而未遂。再如组织者控制网络空间从事实质赌场运营,但是免费或赠送金额,不获利,对于这样已经严重侵害社会秩序法益的行为,按照立法理论逻辑,却仍然属于未遂状态。这样的结论与实务中的法律适用不对称,无法令人接受。所以笔者更认同,开设赌场罪的既遂标准是只要开设场所并达到可能吸引赌客或赌资参与的效果即可,至于实际有无赌客加入、有无赌资注入、有无组织者营业都不应作为既遂标准。

其次,赌博罪中的聚众赌博行为和开设赌场罪的区别具有较强的司法实践意义。应当看到,聚众赌博并非一个单独的罪名,实务中大部分赌博案件也不会以聚众赌博罪单独定罪,最常见的裁判如“以营利为目的,伙同他人聚众赌博,其行为已经构成赌博罪”^[9],至于网络赌球也更多地以开设赌场罪和赌博罪适用,如在某一案件中,法院认为,“上诉人刘某某以营利为目的,聚众赌博,其行为已构成赌博罪;上诉人刘某某利用赌博网站接受投注,并将赌博网站提供他人组织赌博,情节严重,其行为已构成开设赌场罪。”^[10]

一般可以从以下几个方面进行区分:一是是否能被召集者支配。网络赌球的赌场空间就是网络空间,包括赌博网站和微信群,网站和微信群创建者一般能操控该空间的赌局,因而为开设赌场罪;但聚众赌博中的赌博空间则往往不是唯组织者所操控。二是赌球的规则和对象是否固定,庄家是否抽利。开设赌场行为中一般由境外顶层实际坐庄或其安排他人坐庄,按网站既定的玩法进行赌博;而聚众赌博的参与者可以自行确定甚至创造新的赌球玩法。三是作为空间场所,一般赌客是“先聚人后寻场”还是“先设场后聚人”。

最典型的的就是网络赌球的两种方式，一种是依靠网络赌球网站开门做生意，不会随意变动，还会通过各种方式吸引不特定人群加入赌球场所；另一种就是底层赌客已经固定成群，为了营利以外的其他目的，通过熟人寻找境外彩票进行赌球。二者目的性和吸引源不同。此外，实务中将建立微信群并利用其进行控制管理认定为开设赌场，这种指导案例也对二者区分具有重大意义。

有必要指出的是，网络赌球犯罪的情节严重情形需纳入刑法或司法解释，才能严密法网。根据2010年两高解释，我国司法实践主要是通过数额来确定情节严重程度。但笔者认为在目前侦查实践只能控制低级代理和相关熟人赌客的情况下，对该罪严重情节的认定不能仅关注数额更应该从主观恶性出发，对境外试图通过赌球网络赌球营利甚至恶意流转资金的人员给出更严厉的惩罚，才能真正从顶层设计上打击罪犯，从而将力度层层传到底层。从这一点出发，如利用网络赌球的洗钱行为、行贿受贿行为等要数罪并罚，加大惩处力度。

3.2 罪数问题

3.2.1 共同犯罪

我国刑事司法实务中，网络赌球犯罪的共犯问题较为突出，难点在于如何认定组织者和参与者。近年来，我国查处的网络赌球案件主要通过微信建群、线下利用服务器运营赌场进行赌球的方式，由此带来的共同犯罪问题也是网络赌球案件争议最大的问题。一般来说，以营利为目的，主要运营、操纵微信群并从赌球网站那里获得返利和洗码费的，只要在主观责任层面不存在问题，就属于案件的组织者，一般适用开设赌场罪。对于该组织者手下只听从其指挥，未参与外围开设赌场与接受赌客赌注，仅仅起到传递工具性作用且获利较少的参与者是否属于共同犯罪、是否属于从犯争议较大。有学者认为，“建立赌博网站或者为赌博网站担任代理并且接受投注的，才属于刑法规定的开设赌场的行为。如果仅建立赌博网站或者仅为赌博网站担任代理，但不接受投注，不属于刑法规定的开设赌场的行为。”^[11]本文不认同以上观点，原因一在上文开设赌场罪的分析中可见；原因二这里只考虑了赌博网站的情形，未考虑到现实中的以网络联络空间作为赌场的状况；原因三忽略了共同犯罪是指违法形态，可不同罚的现实适用

状况。

本文认为，按照行为共同说，开设赌场罪中组织者只要客观实行行为部分相同，主观只需有意思联络即可构成共同犯罪。一方面，从刑法理论来看，共同犯罪仅指客观违法层面，至于责任层面是完全有可能不同罚的。即使是工具性作用也是指对另一方的违法行为提供了物理性作用且这一行为对开设赌场的营利违法行为的成功与否具有重要影响，而且有着与操纵者相同的想通过开设赌场获利的主观想法，所以明知操纵者意思，但继续听从指挥，说明对操纵者的违法行为是有意意思联络的。按照这种理论，网络赌球犯罪组织者手下的各类职工在违法层面都属于共同犯罪，但可以定不同罪名。另一方面，从我国司法解释规定来看，也能够得出相同的结论。2010年两高解释主要强调一方明知^③（除非提出证据证明不知，否则都属于明知）。所以在明知情况下，基本有物理性或心理性帮助行为的都属于违法层面的共同犯罪。这体现了司法解释也采用了行为共同说，只需双方主观意思联络即可。

3.2.2 一罪与数罪

网络赌球犯罪往往夹杂着多种其他犯罪行为，司法实务中需要对罪数问题予以厘清。

第一，网络赌球犯罪与洗钱犯罪应数罪并罚。由于网络赌球最大的危害就是大量资金外流，逐渐成为其他犯罪的非法财产洗白的重要方式。首先洗钱犯罪和网络赌球犯罪侵犯的是两种不同的法益，前者损害的是社会主义市场经济秩序，后者损害的是社会管理秩序。两种法益看似不易区分，但从法定性来说，不管形式上还是实质上完全符合数个犯罪构成，为数罪。如果要形成牵连关系，两种行为必须具有客观上的通常性的牵连关系，主观上行为人在实施洗钱行为时要具有牵连意思，但是洗钱犯罪与网络赌球犯罪不符合牵连犯通常性、类型化的构成条件，不是牵连犯，所以应当数罪并罚。

第二，网络赌球犯罪与操纵比赛犯罪。网络赌球一旦赌注数额加大或者组织者积累了足够多的资本也有可能滑向操纵体育比赛犯罪，这里操纵比赛犯罪是广义概念上的，“包括刑事违法操纵体育比赛行为，所以有学者提出对于此种操纵行为应增设操纵体育罪。”^[12]比如2016年足协杯第3轮广州吴昕1比7负于天津泰达的比赛中，

毛彪上演了帽子戏法和空门不进的谜之假球行为被国内外诟病,这种运动员或裁判操纵比赛达到赌局获利的行为肯定不属于网络赌球犯罪。所以对这种侵犯比赛公平性和观众知情权新体育法益的行为,就应新增罪名,严厉处罚。

第三,网络赌球犯罪与受贿罪。球员本人或家属收到来自俱乐部甚至足协官员的贿赂,通过在地上踢假球或者“被害人承诺式”伤害达到行贿人要求的效果就是网络赌球犯罪行为 and 侵害其他法益类犯罪行为为交织和重叠的新类型化犯罪。有学者认为,“如因贿赂而操纵体育比赛的行为,应依据数行为构成数犯罪,量刑时应数罪并罚,运动员通过使用兴奋剂达到改变比赛的效果,应与操纵比赛罪数罪并罚。”^[13]但笔者认为,操纵比赛犯罪包括整场比赛的各种犯罪行为,本身就包括运动员参与赌球踢假球、裁判收受贿赂吹黑哨等行为。球员、裁判因受贿而作假在意志上是完全自由的行为,即使他们的行为在整个幕后赌博中起到了重要作用,也不属于赌博类犯罪,应该以非国家人员受贿罪论处。

4 结语

在网络赌球的行为中,应坚持行为刑法规制的立场,把错综复杂的客观事实类型化,在规范层面寻找与之对应的罪名类型,以满足现有犯罪构成要件的框架要求。而类型化的网络赌球行为与赌博类罪名规制之间却无法找到合适的对应关系。因此,需以类型化行为的刑法解释为视角,强调对社会管理秩序和体育法益的全面保护,明晰出入罪界限,达到刑事惩罚和犯罪预防对症下药的目的。同时,新型网络赌球利用社交工具多样化的行为决定了刑法罪名类型规制的解释难度更大,与其他罪名交叉复杂的局面更凸显。因而明晰网络赌球的具体类型和罪名罪数不仅有利于刑事司法对网络赌博领域的规制,更有利于减少地下赌博对体育法益的伤害。

注释:

① 在美国联邦最高法院的网站上,标号为16-476的案件名为“墨菲诉NCAA”(Murphy v. National Collegiate Athletic Assn,墨菲是新泽西州州长的名字)。2011年,新泽西州投票通过了州宪法修正案,支持体育博彩合法化。2014年,新泽西州立法机关废除了原有的禁止体育博彩的法案。根据《职业及业余体

育保护法》(PASPA,或称《布拉德利法案》),北美四大联盟及NCAA向美国联邦法院提起诉讼,联邦低级法院和巡回法院均判新泽西州败诉。为了振兴区域内诸如大西洋城这种主要依赖博彩收入的地区,新泽西州将此案一路上诉至美国最高法院。最终,美国最高法院以6比3的投票结果,支持新泽西州的诉求,判定PASPA违宪。

- ② 2010年两高解释“开设赌场”的情形包括:(一)建立赌博网站并接受投注的;(二)建立赌博网站并提供给他人组织赌博的;(三)为赌博网站担任代理并接受投注的;(四)参与赌博网站利润分成的。
- ③ 明知是赌博网站,而为其提供下列服务或者帮助的,属于开设赌场罪的共同犯罪,依照刑法第303条第二款的规定处罚:(一)为赌博网站提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、投放广告、发展会员、软件开发、技术支持等服务,收取服务费数额在2万元以上的;(二)为赌博网站提供资金支付结算服务,收取服务费数额在1万元以上或者帮助收取赌资20万元以上的;(三)为10个以上赌博网站投放与网址、赔率等信息有关的广告或者为赌博网站投放广告累计100条以上的。

参考文献:

- [1] 杨桂洪、黄2等开设赌场一审刑事判决书:上海市松江区人民法院(2018)沪0117刑初1903号[A],2018-12-29.
- [2] 杨国华、周仲秋、沈贤法等开设赌场罪一审刑事判决书:杭州市临安区人民法院(2019)浙0185刑初232号[A],2019-08-23.
- [3] 陈伟,蔡荣.刑法立法的类型化表述及其提倡[J].法制与社会发展,2018,(2):115.
- [4] 贾健,刘红建.论体育犯罪所侵犯的同类法益[J].体育与科学,2012(6):35.
- [5] 夏婧,李丹.我国竞技体育中的犯罪预防与惩处研究[J].理论月刊,2008(1):113.
- [6] 王建经.现代刑法的基本问题[M].台南:台湾地区汉林出版社,1981:153.
- [7] 陈山.和谐社会的刑法现实问题[M].北京:中国人民公安大学出版社,2007:1664.
- [8] 刘艳红.网络犯罪的刑法解释的空间向度研究[J].中国法学,2019(6):202.
- [9] 徐金全、曹立勇、夏力权等走私、贩卖、运输、制造毒品罪二审刑事裁定书:浙江省高级人民法院(2018)浙刑终173号[A],2018-06-11.
- [10] 刘志强赌博、开设赌场二审刑事裁定书:江西省九江市中级人民法院(2019)赣04刑终552号[A],2019-11-21.
- [11] 高贵君,张明,吴光侠,等.《关于办理网络赌博犯

- 罪案件适用法律若干问题的意见》的理解与适用 [J]. 首都体育学院学报, 2014(6):547.
- [J]. 人民司法, 2010(21):23. [13] 宣刚, 贾健. 论类型化行为与体育犯罪的刑法规制 [J]. 天津体育学院学报, 2013(4):335.
- [12] 王庆国, 贾健. 论操纵体育比赛行为的刑法规制

On the Criminal Regulation of Online Football Gambling

LU Tangyi¹, XUAN Gang²

- (1. School of Law, Anhui Normal University, Wuhu 241000, China;
2. Anhui Science and Technology University, Fengyang 233100, China)

Abstract: From the perspective of criminal law, online football gambling is a new type of gang gambling behavior that infringes on the legal interests of social order in a cross regional and large-scale way. In the legal practice, the lack of judicial interpretation and the ambiguity of the number of accomplices and crimes affect the application of criminal law to the crime of online football gambling. Online football gambling can be divided into participation and organization from the perspective of behavioral criminal law. The three principles of infringement of legal interests and criminal behavior should be used to regulate the legal application of gambling and casino crimes. It is suggested that the problem of accomplice in online gambling should be solved by Common Behavior Theory, and the number of online gambling crimes should be dealt with according to the combination of several crimes or the most serious punishment.

Key words: online football gambling; behavior type; regulation; joint crime