

宁波市刑事律师办理开设赌场罪案件 指引

刑事专业委员会

(二〇二四年十一月二十六日)

一、开设赌场罪的法律法规

(一) 《刑法》

第三百零三条第二款 开设赌场的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

(二) 相关主要司法解释、部门规章

1. 《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》¹
2. 《关于办理赌博违法案件适用法律若干问题的解释》²
3. 《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（一）》³
4. 《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的解释》⁴
5. 《关于办理利用赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的解释》⁵
6. 《关于〈〈关于办理赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的解释〉第七条是否适用于其他开设赌场案件的请示〉的答复意见》⁶
7. 《办理跨境赌博犯罪案件若干问题的意见》⁷
8. 《关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》⁸

(三) 浙江省地方性司法文件

1. 《关于办理“六合彩”赌博案件的若干意见》⁹

¹ (法释〔2005〕3号)，最高法、最高检，下文简称：《赌博案件解释》

² (公通字〔2005〕30号)，公安部，下文简称《赌博案件通知》

³ (公通字〔2008〕36号)，最高检、公安部

⁴ (公通字〔2010〕40号)，最高法、最高检、公安部，下文简称：《网络赌博意见》

⁵ (公通字〔2014〕17号)，最高法、最高检、公安部，下文简称：《赌博机意见》

⁶ 最高人民检察院研究室，下文简称：《赌博机意见答复》

⁷ (公通字〔2020〕14号)，最高法、最高检、公安部，下文简称：《跨境赌博意见》

⁸ (法〔2024〕132号)，最高法、最高检

⁹ (浙公发〔2004〕7号)，浙江省高院、省检察院、省公安厅

2.《关于办理跨境赌博相关刑事案件若干问题的纪要（试行）》¹⁰

3.《浙江省高级人民法院关于部分罪名定罪量刑情节及数额标准的意见》¹¹

二、开设赌场罪的构成

（一）行为人客观上具有开设赌场的行为

开设赌场罪要求行为人客观上有开设赌场的行为，具体表现为以下三个方面：

1.开设行为的组织性

主要体现为行为人对于赌场及赌博活动的管理和控制。行为人可以控制赌博活动的时间、空间、规模，能决定是否进行、何时进行、在何处进行、以何种规则进行、以多少人数进行赌博活动等；行为人对于赌场具有管理性，赌场有严密的组织层级体系和工作制度，赌博工具齐全、赌博方式多样，赌场内部人员之间具有明确的责任分工如分别实施提供望风、管理场所、结算赌资等行为。

2.赌场的开放性

指赌场对不特定人群开放的程度。可以从两方面进行判断，一是赌场通常为一定人群所知悉，具有一定知名度，地点相对固定，可以自主吸引赌客前来，而不用行为人每次通过邀请的方式进行组织；二是参赌人员的不特定性，人员往往是流动的，赌场对参赌人员没有限制，参赌人员也可以自行邀请他人加入，彼此之间并不熟识。

3.开设行为的经常性和连续性

开设赌场的行为应当能够较为稳定、持续地提供赌博服务，确保赌博活动的正常进行，偶发的或者一次性的赌博活动不应当认定为开设赌场。

（二）行为人主观上具有开设赌场的故意

开设赌场罪要求行为人主观上以营利为目的。

有观点认为由于法律没有明文规定开设赌场需要“以营利为目的”，因此开设赌场行为是否需要营利性尚不明确。但是在司法实践中，通常认为营利性也是开设赌场罪的重要特征。且若认为开设赌场罪不需要以营利为目的，则无法与正

¹⁰ 浙江省高院、省检察院、省公安厅

¹¹ （浙高法〔2012〕325号），浙江省高院

常经营棋牌室等行为相区分，因此应当认定构成开设赌场罪需要“以营利为目的”。

区分于一般的开设棋牌室等正常商业行为，开设赌场罪中的以营利为目的指的是期望获得超过正常水平的金钱收益，主要反映为收取过高的场地费、服务费，或者进行抽头渔利等。

三、开设赌场行为的主要类型

开设赌场罪根据不同的运行形式和特点，可以分为以下几种主要类型：

（一）传统实体开设赌场

所谓传统方式开设赌场，是指提供场馆、赌具、筹码等实物，设定赌博方式、规则，组织、控制赌博进行的行为。这类赌场通常是在固定场所内设立，如住宅、旅馆、酒店等地方，专门为赌博活动提供场地和服务，往往设有专门的服务人员，如收费员、记账员、发牌员等，并且可能有专门的人员负责望风。

（二）网上开设赌场

1.网上开设赌场的认定

《网络赌博意见》指出，网上开设赌场是指利用互联网、移动通讯终端等传输赌博视频、数据，组织赌博活动，具体体现为建立赌博网站并接受投注、担任代理并接受投注等行为。《网络赌博意见》列举的行为方式均与赌博网站有关，但是随着网络赌博形式的变化，该定义从字面意义上已经不能完全涵盖网上开设赌场的类型。实践中出现了一些新形式的网上开设赌场，如指导案例中出现的通过微信群开设赌场等。

结合新出现的网上开设赌场方式和《网络赌博意见》第一条中对开设赌场行为的描述，网上开设赌场可以概括为：

网上开设赌场，是指以营利为目的，利用互联网、移动通讯终端等现代信息技术手段，为赌博活动提供平台或服务的行为。包括但不限于建立赌博网站、赌博APP，或者通过社交媒体、即时通信工具等渠道组织赌博活动，接受他人投注进行赌博活动。

2.网上开设赌场的类型

网上开设赌场行为的具体类型繁多，主要的具体行为类型如下：

(1) 建立赌博网站并接受投注：行为人自行建立赌博网站，提供赌博平台，并接受赌客的投注。这是最常见的网上开设赌场行为之一。

(2) 建立赌博网站并提供给他人组织赌博：行为人不仅建立赌博网站，还将其提供给其他人用于组织赌博活动，自己则从中获取一定的利益。

(3) 为赌博网站担任代理并接受投注：行为人作为赌博网站的代理，负责接受赌客的投注，并从中获取佣金或利润分成。这种类型的行为人往往不直接参与赌博网站的运营，但通过代理的方式参与赌博活动。

(4) 参与赌博网站利润分成：行为人虽然不直接参与赌博网站的运营或代理活动，但通过向赌博网站提供必要的帮助（如技术支持、资金结算等），确保网站能够顺利运营，并从中获取利润分成。

(5) 购买或租用赌博网站、应用程序组织赌博：行为人通过购买或租用已有的赌博网站、应用程序等，组织他人进行赌博活动。

(6) 利用网络游戏开设赌场：利用网络游戏开设赌场中，行为人通过在网络游戏中设置赌博功能（如“上下分”功能），使玩家可以通过游戏进行赌博活动。

(7) 利用社交媒体开设赌场：以营利为目的，通过邀请人员加入微信群的方式招揽赌客，通过发红包等方式，设定赌博规则，利用微信群进行控制管理，在一段时间内持续组织网络赌博活动。

(8) 利用直播平台开设赌场：行为人通过雇佣主播或者自行直播的方式，在直播间内，通过在直播间嵌入赌博小游戏、组织充值抽奖活动等方式，设置赌博规则，组织赌博活动。

3.网上开设赌场共犯的认定

除了上述直接进行开设赌场的行为外，明知是赌博网站，而为其提供下列服务或者帮助的，也以开设赌场罪论处：

(1) 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；

(2) 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；

(3) 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。

(三) 利用赌博机开设赌场

1. 利用赌博机组织赌博的认定

根据《赌博机意见》，利用赌博机开设赌场是指，设置具有退币、退分、退钢珠等赌博功能的电子游戏设施设备，并以现金、有价证券等贵重款物作为奖品，或者以回购奖品方式给予他人现金、有价证券等贵重款物组织赌博活动。

2. 利用赌博机组织赌博共犯的认定

除了上述直接进行开设赌场的行为外，明知是利用赌博机开设赌场，而为其提供下列服务或者帮助的，也以开设赌场罪论处：

(1) 提供赌博机、资金、场地、技术支持、资金结算服务的；

(2) 受雇参与赌场经营管理并分成的；

(3) 为开设赌场者组织客源，收取回扣、手续费的；

(4) 参与赌场管理并领取高额固定工资的；

(5) 提供其他直接帮助的。

(四) 跨境赌博开设赌场

1. 跨境赌博犯罪中开设赌场的认定

跨境赌博犯罪中的开设赌场是指，以提供赌博场所、提供赌资、设定赌博方式等，组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博，或者以营利为目的，利用信

息网络、通讯终端等传输赌博视频、数据，组织中华人民共和国公民跨境赌博活动。

2.跨境赌博共同犯罪的认定

根据《跨境赌博意见》第三条，有下列行为的，构成开设赌场罪的共同犯罪，以开设赌场罪定罪量刑：

(1) 为赌博网站、应用程序提供软件开发、技术支持、互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、广告投放、会员发展、资金支付结算等服务的；

(2) 为赌博网站、应用程序担任代理并发展玩家、会员、下线的。

四、开设赌场罪的量刑标准

(一) 《刑法》中的量刑标准

第三百零三条第二款 开设赌场的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

量刑档次	情节一般	情节严重
开设赌场罪	五年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金	五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金

(二) 公安机关立案追诉标准

根据《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)》规定：

“第四十四条 [开设赌场案（刑法第三百零三条第二款）] 开设赌场的，应予立案追诉。

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，属于本条规定的“开设赌场”。

(三) 《关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》中的量刑标准

量刑档次	情节一般	情节严重
开设赌场罪	在二以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点	在五年至六年有期徒刑幅度内确定量刑起点

(四) 司法解释中各类开设赌场行为的量刑标准

1.网上开设赌场犯罪的量刑标准

(1) 网上开设赌场的量刑

量刑档次	情节一般	情节严重
网上开设赌场	<p>(一) 建立赌博网站并接受投注的;</p> <p>(二) 建立赌博网站并提供给他人组织赌博的;</p> <p>(三) 为赌博网站担任代理并接受投注的;</p> <p>(四) 参与赌博网站利润分成的。</p>	<p>(一) 抽头渔利数额累计达到 3 万元以上的;</p> <p>(二) 赌资数额累计达到 30 万元以上的;</p> <p>(三) 参赌人数累计达到 120 人以上的;</p> <p>(四) 建立赌博网站后通过提供给他人组织赌博, 违法所得数额在 3 万元以上的;</p> <p>(五) 参与赌博网站利润分成, 违法所得数额在 3 万元以上的;</p> <p>(六) 为赌博网站招募下级代理, 由下级代理接受投注的;</p> <p>(七) 招揽未成年人参与网络赌博的;</p> <p>(八) 其他情节严重的情形。</p>

(来源于《网络赌博意见》)

(2) 网上开设赌场共犯的量刑

量刑档次	情节一般	情节严重
网上开设赌场共同犯罪	<p>(一) 为赌博网站提供互联网接入、服务器托管、</p>	<p>(一) 为赌博网站提供互</p> <p>联网接入、服务器托管、</p>

	<p>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；</p> <p>(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；</p> <p>(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。</p>	<p>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 10 万元以上的；</p> <p>(二) 为赌博网站提供资金支付结算服务，收取服务费数额在 5 万元以上或者帮助收取赌资 100 万元以上的；</p> <p>(三) 为 50 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 500 条以上的。</p>
--	---	---

(来源于《网络赌博意见》)

2.利用赌博机开设赌场的量刑标准

量刑档次	情节一般	情节严重
利用赌博机开设赌场	<p>(一)设置赌博机 10 台以上的；</p> <p>(二)设置赌博机 2 台以上，容留未成年人赌博的；</p> <p>(三)在中小学校附近设置赌博机 2 台以上的；</p> <p>(四)违法所得累计达到 5000 元以上的；</p>	<p>(一)设置赌博机 60 台以上的；</p> <p>(二)设置赌博机 12 台以上，容留未成年人赌博的；</p> <p>(三)在中小学校附近设置赌博机 12 台以上的；</p> <p>(四)违法所得累计达到</p>

	<p>(五)赌资数额累计达到 5 万元以上的;</p> <p>(六)参赌人数累计达到 20 人以上的;</p> <p>(七)因设置赌博机被行政处罚后, 两年内再设置赌博机 5 台以上的;</p> <p>(八)因赌博、开设赌场犯罪被刑事处罚后, 五年内再设置赌博机 5 台以上的;</p> <p>(九)其他应当追究刑事责任的情形。</p>	<p>30000 元以上的;</p> <p>(五)赌资数额累计达到 30 万元以上的;</p> <p>(六)参赌人数累计达到 120 人以上的;</p> <p>(七) 因设置赌博机被行政处罚后, 两年内再设置赌博机 30 台以上的;</p> <p>(八) 因赌博、开设赌场犯罪被刑事处罚后, 五年内再设置赌博机 30 台以上的;</p> <p>(九) 其他情节严重的情形。</p>
--	--	--

3.跨境开设赌场的量刑标准

量刑档次	认定	酌定从重情节
开设赌场罪	<p>(一) 以营利为目的, 有下列情形之一的, 属于刑法第三百零三条第二款规定的“开设赌场”:</p> <p>1.境外赌场经营人、实际控制人、投资人, 组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博的;</p> <p>2.境外赌场管理人员, 组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博的;</p>	<p>1.具有国家工作人员身份的;</p> <p>2.组织国家工作人员赴境外赌博的;</p> <p>3.组织、胁迫、引诱、教唆、容留未成年人参与赌博的;</p> <p>4.组织、招揽、雇佣未成年人参与实施跨境赌博犯罪的;</p>

	<p>3.受境外赌场指派、雇佣，组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博，或者组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博，从赌场获取费用、其他利益的；</p> <p>4.在境外赌场包租赌厅、赌台，组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博的；</p> <p>5.其他在境外以提供赌博场所、提供赌资、设定赌博方式等，组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博的。</p> <p>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。</p> <p>（二）以营利为目的，利用信息网络、通讯终端等传输赌博视频、数据，组织中华人民共和国公民跨境赌博活动，有下列情形之一的，属于刑法第三百零三条第二款规定的</p>	<p>5.采用限制人身自由等手段强迫他人赌博或者结算赌资，尚不构成其他犯罪的；</p> <p>6.因赌博活动致1人以上死亡、重伤或者3人以上轻伤，或者引发其他严重后果，尚不构成其他犯罪的；</p> <p>7.组织、招揽中华人民共和国公民赴境外多个国家、地区赌博的；</p> <p>8.因赌博、开设赌场曾被追究刑事责任或者二年内曾被行政处罚的。</p>
--	---	---

	<p>“开设赌场”：</p> <p>1.建立赌博网站、应用程序并接受投注的；</p> <p>2.建立赌博网站、应用程序并提供给他人组织赌博的；</p> <p>3.购买或者租用赌博网站、应用程序，组织他人赌博的；</p> <p>4.参与赌博网站、应用程序利润分成的；</p> <p>5.担任赌博网站、应用程序代理并接受投注的；</p> <p>6.其他利用信息网络、通讯终端等传输赌博视频、数据，组织跨境赌博活动的。</p>	
--	--	--

(五) 浙江省有关开设赌场罪的量刑标准

量刑档次	三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金	三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金
开设赌场罪	<p>(1)抽头渔利数额累计在5000元以上不满5万元的；</p> <p>(2)赌资数额累计在5万元以上不满50万元的；</p> <p>(3)参赌人数累计20人以</p>	<p>(1)抽头渔利数额累计在5万元以上的；</p> <p>(2)赌资数额累计在50万元以上的；</p> <p>(3)参赌人数累计100人以上的；</p>

	<p>上不满 100 人的；</p> <p>(4)开设赌场者给参赌者提供赌资累计 5 万元以上不满 100 万元，或者获利累计 5000 元以上不满 10 万元的；</p> <p>(5)容留未成年人赌博的；</p> <p>(6)构成犯罪的其他情形。</p>	<p>(4)开设赌场者给参赌者提供赌资累计 100 万元以上，或者获利累计 10 万元以上的；</p> <p>(5)招揽未成年人赌博的；</p> <p>(6)情节严重的其他情形。</p>
--	--	---

(该表格来源于《浙江省高级人民法院关于部分罪名定罪量刑情节及数额标准的意见》)

经过《刑法修正案（十一）》修改，表格中两档量刑现应该对应“五年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金”和“五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”。

五、开设赌场罪的辩护要点

(一) 无罪辩护要点

1. 一般工作人员之辩

开设赌场人员当中也存在分工，对于领取正常工资为赌场提供劳务的工作人员，倘若均以开设赌场罪进行定罪量刑，未免过于严苛，辩护人则可以根据下列司法解释进行无罪辩护：

(1) 利用赌博机开设赌场中的一般工作人员可不追究刑事责任

根据《赌博机意见》第七条：

“办理利用赌博机开设赌场的案件，应当贯彻宽严相济刑事政策，重点打击赌场的出资者、经营者。对受雇佣为赌场从事接送参赌人员、望风看场、发牌坐庄、兑换筹码等活动的人员，除参与赌场利润分成或者领取高额固定工资的以外，

一般不追究刑事责任，可由公安机关依法给予治安管理处罚。对设置游戏机，单次换取少量奖品的娱乐活动，不以违法犯罪论处。”¹²

(2) 跨境赌博犯罪中的一般工作人员可不追究刑事责任

根据《跨境赌博意见》第三条：

“对受雇佣为赌场从事接送参赌人员、望风看场、发牌坐庄、兑换筹码、发送广告宣传等活动的人员及赌博网站、应用程序中与组织赌博活动无直接关联的一般工作人员，除参与赌场、赌博网站、应用程序利润分成或者领取高额固定工资的外，可以不追究刑事责任，由公安机关依法给予治安管理处罚。”

概言之，根据司法解释的规定，当事人的情况需满足几个条件：

(1) 所从事的工作为接送参赌人员、望风看场、发牌坐庄、兑换筹码等活动；

(2) 没有参与利润分成或者领取高额固定工资。

对于提供上述劳务，领取的报酬水平相适应的一般工作人员，辩护人可以此为辩点进行无罪辩护。

如李某、柳某等犯开设赌场罪一案中¹³，冯某甲工资 3000 元，但其工作内容为管理赌场内的账目，由于工作内容与赌博活动直接相关，最后被判处有期徒刑八个月，缓刑一年，罚金人民币 5000 元。与之相对的，该案中被告人于某说定的工资为 2000 元，工作内容为帮忙做饭、赌场关门后在赌场看屋子，最终法院认为于某无罪。

2. 主观故意之辩

(1) 主观上不以营利为目的，进行正常文娱活动之辩或正常经营行为，不构成犯罪

根据《赌博案件解释》第九条规定：

“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。”

¹² 《赌博机意见答复》注明仅适用于该类案件

¹³ (2015)长刑初字第 15 号

《赌博案件通知》第九条规定：

“不以营利为目的，亲属之间进行带有财物输赢的打麻将、玩扑克等娱乐活动，不予处罚；亲属之外的其他人之间进行带有少量财物输赢的打麻将、玩扑克等娱乐活动，不予处罚。”

根据上述两条可以得出两条结论，一是要严格区分赌博违法犯罪活动与群众正常文娱活动的界限，对于亲朋好友之间进行的带有少量输赢的娱乐活动，不能以开设赌场罪论处；二是明确开设赌场罪要求行为人主观上以营利为目的，如果行为人开设普通茶室、棋牌室，只是按照时长或者局数收取固定的场所和服务费用，而没有从赌资中抽取渔利的，其行为并不具备法律所规定的开设赌场罪的社会危害性、刑事违法性和刑事处罚必要性，一般不认为是开设赌场罪中的“以营利为目的”。辩护人可从此处着手，进行无罪辩护。

如但某飞开设赌场案中¹⁴，但某飞作为经营者，基于管理成本考虑，采取两种收费方式，一种是每个房间固定收取每小时 30 元服务费，另一种是从大厅的麻将台上每局“自摸”中收取 1 至 2 元作为服务费。上述两种收费方式是基于房内房外麻将台不同管理的需要，均跟赌资大小无关，与跟赌资大小挂钩的抽头渔利有着本质的不同，且根据生活常识，两种收费方式每张麻将台每小时收取的费用差别不大。被告人但某飞为前来打麻将的客人提供茶水、清洁等服务，还要支付店铺租金、水电费等经营成本，其收费并未明显超出合理的范畴，两种收费方式与当地其他正规棋牌娱乐场所收费大体相当。被告人但某飞的行为符合上述司法解释的规定，属于“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”，不构成开设赌场罪，最终法院判决但某飞无罪。

(2) 主观上不具有开设赌场的故意，没有以营利为目的，对于开设赌场不明知，不构成犯罪

构成共同犯罪，要求行为人对实施犯罪行为有意思上的联络，作为提供帮助行为的共犯，在提供帮助时，需要意识到自己的行为对于开设赌场有帮助作用。

司法解释中对于构成开设赌场的共犯的描述中，也均要求明知。以网上开设赌场为例，根据《网络赌博意见》第二条第一款，“明知是赌博网站，而为其提

¹⁴ (2019) 粤 0606 刑初 789 号

供下列服务或者帮助的，属于开设赌场罪的共同犯罪”，具体的行为方式包括为赌博网站提供网站技术服务、资金结算服务、投放广告等。

而根据《网络赌博意见》第二条第二款：

“实施本条第一款规定的行为，具有下列情形之一的，应当认定行为人“明知”，但是有证据证明确实不知道的除外：

（一）收到行政主管部门书面等方式的告知后，仍然实施上述行为的；

（二）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、软件开发、技术支持、资金支付结算等服务，收取服务费明显异常的；

（三）在执法人员调查时，通过销毁、修改数据、账本等方式故意规避调查或者向犯罪嫌疑人通风报信的；

（四）其他有证据证明行为人明知的。”

根据司法解释的精神进行进一步解释，即使实施了帮助行为，但是若没有收到行政机关告知、收取服务费在正常范畴内、没有规避调查或通风报信的行为，并没有其他证据能证明行为人主观明知的，则不能以开设赌场罪的共犯定罪量刑。

如果行为人主观上没有以营利为目的，并非明知他人开设赌场，或者没有与开设赌场的同案犯就开设赌场的细节存在共谋以及意思联络，则基于主客观相一致的原则，行为人主观上不存在开设赌场的故意，不宜认定为开设赌场罪。对于从主观目的入手进行的出罪辩护，要结合各种情况来加以论证，如银行流水、转账记录、聊天记录等。

如花某某开设赌场案中¹⁵，在被告人花某某所经营的酒厂中有人开设“百家乐”赌局进行赌博，但是花某某只知道有人在此处存放东西，对“百家乐”赌局何时开始、进行多久均不知情，未收取场地费用或抽头获利、招揽参赌人员，赌局开始时人亦在外地，综合全案，对于花某某本人没有开设赌场主观故意的辩解可以成立，最终法院也判决花某某无罪。

3.情节显著轻微之辩

¹⁵ (2014)辽中刑初字第417号

我国《刑事诉讼法》中规定了，“情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的”，辩护时可以从此处着手，进行无罪辩护。

(1) 可以从赌场经营时间角度，强调赌场的规模极小，可能只是临时搭建或在家中隐蔽角落进行，且经营时间极短，未形成持续、稳定的经营活动，这种小规模、短时间的经营行为，相较于大型、长期运营的赌场，其社会危害性显著较轻。

(2) 可以从赌场的规模角度，如参与人数与赌资数额等，指出实际参与赌博的人数有限，多为亲朋好友间的小范围娱乐，并未广泛吸引社会人员参与，赌资数额也较小，获利不多，均未达到法律规定的“较大”标准，进一步证明其社会影响力和经济危害性不大。

在通过此方式进行无罪辩护时，有一类犯罪较为特殊，容易被忽视，即代理型的网上开设赌场。根据《网络赌博意见》第一条，为赌博网站担任代理并接受投注的，为开设赌场行为，符合此行为方式的不需要达到一定数额即构罪，而若是只担任代理，不接受投注，这种行为应当理解为，为赌博网站提供推广服务，收取服务费两万元才构成开设赌场罪的共犯。

实务中若认为为赌博网站代理即构成开设赌场罪，转而从赌资等方面入手进行罪轻辩护，实际上是第一步选择方向已经出现问题，错过了利用情节显著轻微进行无罪辩护的机会。司法解释认为没有下级账户便不构成开设赌场，但参考指导案例人民法院案例库，吴某、樊某开设赌场案中的裁判理由¹⁶，对使用赌博网站工具、数据进行运营盈利，如果犯罪嫌疑人、被告人的行为符合赌博网站代理特征的，虽未设置下级账号仍可认定为赌博网站的代理。该指导案例与司法解释关于没有下级账户便不构成开设赌场的规定相矛盾，可以明确的是，以没有下级账户为由，提出不构成开设赌场的辩护意见，可能不再被接受。

(3) 可以从行为人的地位作用出发，指出行为人在开设赌场中的地位较低，作用较小，所从事工作对于开设赌场意义不大。

¹⁶ 一审：（2022）赣 1025 刑初 44 号，二审：（2022）赣 10 刑终 140 号

如胡某香、谢某保开设赌场案件中¹⁷，被告人林某辉主要负责帮客人换筹码、收台费，客人不够时顶脚打麻将，输赢都算别人的，下班后将账本和筹码等交给其他人。从工作内容上看，林某辉无疑参与了开设赌场，但是其受雇参与上述赌场工作，参与时间短，主观恶性小，属于犯罪情节显著轻微危害不大，不认为是犯罪，最终法院判决其无罪。

4. 追诉时效之辩

我国《刑诉法》规定，对于犯罪已过追诉时效期限的，不追究刑事责任，已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪。因此若开设赌场结束时间较久，可能已经超过追诉期限，辩护人可从此着手进行辩护。

首先需要明确，追诉期限如何计算。追诉期限，一般从犯罪成立之日起计算，但是由于开设赌场行为要求具有持续性，所以需要适用《刑法》中连续犯和继续犯追诉期限的规定，追诉时效从犯罪行为终了之日起计算，也即停止开设赌场之日起计算。

其次，应明确《刑诉法》中规定的开设赌场罪的追诉期限。参考我国《刑法》第 87 条的规定，追诉期限取决于法定最高刑，法定最高刑是根据犯罪性质和情节所确定的法定量刑幅度中的最高刑期。而开设赌场罪法定刑分为两档，五年以下和五到十年，因此在确定开设赌场罪的追诉期限时需要根据犯罪性质和情节确定法定最高刑，对应《刑法》第 87 条的规定确定。

如赵某某开设赌场案中¹⁸，赵某某开设赌场事实清楚、证据充分，其行为构成开设赌场罪，但其行为是否认定“情节严重”事实不清、证据不足，赵某某犯罪时间是 2012 年 3 月份左右，该案立案是 2018 年 2 月，如不构成“情节严重”，其犯罪行为就已经超过五年的追诉时效，因此该案事实不清、证据不足，不符合起诉条件，最终检察院作出不起诉决定。

5. 赌博机性质之辩

在利用赌博机开设赌场的案件中，如果行为人所使用的机器是否为赌博机存在争议，且不符合开设赌场罪的其他情形或者符合其他情形但未达到立案标准，

¹⁷ (2018)粤 2071 刑初 2025 号

¹⁸ 淇检公诉刑不诉〔2018〕1 号

辩护人可以从赌博机的性质角度，主张行为人所使用的机器不属于赌博机，从而达到无罪辩护的目的。

根据《赌博机意见》，利用赌博机开设赌场，赌博机应该具有以下功能：具有退币、退分、退钢珠等赌博功能的电子游戏设施设备，并以现金、有价证券等贵重款物作为奖品，或者以回购奖品方式给予他人现金、有价证券等贵重款物。如果不具备上述功能就不是刑法意义上的赌博机，相关的当事人就不应该构成开设赌场罪。

如夏某某开设赌场案中¹⁹，夏某某经营的卡卡娱乐城内的“鱼机”为赌博机，但顾客赢得的游戏分兑换为可在该娱乐城消费的游戏币不属于司法解释规定的“有价证券等贵重款物”，且顾客赢得的游戏分兑换为现金的情况只有杨某某一人，其涉嫌开设赌场罪的证据不足，不符合起诉条件，最终检察院决定对夏某某作出不起诉决定。

除了从功能上辩解所用机器不属于赌博机外，辩护人还需要对办案机关认定机器属于赌博机的证据进行审查。

根据《赌博机意见》第六条：

“对于涉案的赌博机，公安机关应当采取拍照、摄像等方式及时固定证据，并予以认定。对于是否属于赌博机难以确定的，司法机关可以委托地市级以上公安机关出具检验报告。司法机关根据检验报告，并结合案件具体情况作出认定。必要时，人民法院可以依法通知检验人员出庭作出说明。”

若涉案的机器是否属于赌博机难以确定，而办案机关在办案过程中，没有依照上述规定收集证据，认定机器属于赌博机的证据不够充足，辩护人也可以从此方面入手进行无罪辩护。

6. 证据之辩

我国《刑事诉讼法》规定了“案件事实清楚，证据确实、充分”的证明标准，以此实现诉讼中主观认识与客观事实的统一。若现有证据达不到事实清楚，证据确实、充分的条件，根据存疑时有利于被告人的原则，应当认定行为人无罪。

如果根据现有证据，公诉机关指控行为人提供赌博场所及赌具供他人进行赌博并从中渔利的证据不确实、不充分，主观上不能证明行为人具有开设赌场的故

¹⁹ 湖检公诉刑不诉〔2020〕4号

意，客观上不能证明实施了开设赌场的行为，则因事实不清、证据不足，不认为构成犯罪。前述无罪辩护角度中对于证据不足的辩护方法已经有所论及，在此不再过度展开，需要补充的一点是，在共同犯罪中，仅有同案犯的供述和指认，在没有其他证据佐证的情况下，不能认定被告人有罪。

如蔡某斗、董某阳等开设赌场案中²⁰，公诉机关指控刘某犯开设赌场罪的证据当中仅有被告人的供述和指认，属孤证，系待补强证据，必须与其他证据互相印证，才能作为定案的依据，在没有其他证据佐证的情况下，不能认定被告人有罪。

（二）罪轻辩护要点

1.此罪彼罪之辩

（1）开设赌场罪与聚众赌博罪

聚众赌博罪与开设赌场罪的量刑起点分别是3年以下和5年以下有期徒刑、拘役或者管制，实务中可以采取“行为人不构成开设赌场罪，而是构成聚众赌博罪”的辩护思路，达到罪轻辩护的效果。

开设赌场以营利为目的，会雇佣员工为赌客提供服务，行为人追求持续、稳定的获利，具有一定的规模，参赌的人员众多，赌博场所具有公开性，面向的是不特定人群，会为了吸引赌客进行宣传，内部应有严密组织和明确分工，帮助赌博行为得以顺利实施。

聚众赌博不以营利为目的，规模往往相对较小，内部人员关系松散没有明确的分工，成员相对固定、参赌范围较小、可控，新的参赌人员往往是通过熟人介绍的方式加入，聚集者也一同参与赌博，聚赌的时间和地点具有临时性。因此，如果案件中行为人虽有提供赌博场所和工具的行为，但赌博规模小、聚赌时间短、参赌人员固定、内部人员没有具体分工，则应认定构成赌博罪，不构成开设赌场罪。

概言之，与聚众赌博罪相比，开设赌场罪具有组织性、开放性和经营性和持续性的特征，实践中可通过对聚赌时间的长短、参赌人员是否具有特定性、赌博场所是否公开、人员组织是否严密等的考察，判断行为人构成此罪还是彼罪。

²⁰ (2020)新2324刑初1号)

如张某辉开设赌场案中²¹，一审法院认为张某辉犯开设赌场罪，判处有期徒刑九个月，但二审法院认为上诉人张某辉提供给他人赌博的场所为菜市场旁边一间简陋的铁皮屋，持续时间不足一个月，聚赌人数十余人，就其聚众赌博的空间、持续时间、聚集方式和参赌人数来看，上诉人聚赌行为的组织性、开放性还没有达到开设赌场的规模，其行为应以赌博论处。

需要注意的是，组织和招引他人参与赌博、提供赌博场所和赌具、抽头渔利是两罪的共同特征，而不能作为区分聚众赌博罪与开设赌场罪的标准，仅以此指控开设赌场罪的定罪证据不足，辩护人需要结合证据情况，严格依据上述特征把握开设赌场和聚众赌博的区别。

(2) 开设赌场罪与帮助信息网络犯罪活动犯罪（以下简称帮信罪）

帮信罪是指，明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

根据《网络赌博意见》和《跨境赌博意见》规定，明知是赌博网站，而提供互联网接入、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、技术支持服务、资金支付结算服务的，属于开设赌场罪共犯。

从以上信息可以看出，帮信罪和开设赌场的共犯在很多客观行为方面具有相似性，但前者的性质及量刑明显较轻，如果能有效辩护成功，同样能很大程度上降低当事人的刑期。二者最明显的区别在于主观方面。

一是主观明知的内容：

构成开设赌场罪共犯，要求行为人明知他人正在实施开设赌场的行为，并为其提供技术服务。这种明知通常涉及对赌场运营的具体了解，如赌场的经营模式、赌博方式、资金流转等。

构成帮信罪，则要求行为人明知他人利用信息网络实施犯罪，但并未要求行为人必须明确知道他人利用信息网络实施犯罪的具体类型。即，帮信罪的明知可以是概括明知，只要行为人知道被帮助对象在利用信息网络实施犯罪即可。

二是意思联络：

²¹ (2017)粤 01 刑终 1427 号

在主观犯意方面，构成帮信罪的行为人主观上是想通过提供网络技术服务获得利益，即主观上以营利为目的，放任了上游犯罪危害结果的发生，没有与上游行为人就其所实施的犯罪行为进行意思联络。

而构成开设赌场罪共犯的行为人则会于事前、事与其他共犯在开设赌场犯罪存在意思联络，认识到自己与他人互相配合共同实施犯罪。

在实践中，因为行为方式的高度相似，想要通过该方法进行罪轻辩护难度较大，对于主观方面的论证，可以根据《网络赌博犯罪意见》第二条第三款的规定、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》²²第十一条的规定，结合大量证据去判断。如结合行为人的职业、认识能力、交易方式、交易价格、交易习惯、是否逃避监管、有无受过行政或者刑事处罚等要素来综合判断行为人主观状态。

如陈某云、陈某、陈某怀等开设赌场案中²³，行为人设立公司，公司在日常经营活动中为赌博网站提供广告投放等服务，公司下设部门，商务部负责对接投放广告的客户，新媒体部负责大型网站的广告投放，运营部负责广告投放，媒介部负责联系投放广告的站点，技术部负责公司技术维护。董事长、股东、部门经理、部分受公司聘请为赌博网站投放广告的商务组业务员以营利为目的，明知是赌博网站仍结伙为赌博网站提供广告等服务并收取服务费 20 万余元，构成开设赌场罪；而媒介部小组长因明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供广告推广等帮助，构成帮助信息网络犯罪活动罪。

2. 金额之辩

开设赌场案件中，办案机关用以参考进行定罪量刑的金额，包括赌资、抽头渔利等多个方面，在进行辩护时可以从此着手进行辩护，降低金额认定以实现罪轻辩护的目的。

(1) 赌资的认定

²² 法释〔2019〕15号

²³ (2019)闽0206刑初763号

赌博犯罪中用作赌注的款物、换取筹码的款物和通过赌博赢取的款物属于赌资。办案机关在办案过程中，认定赌资数额的方式根据赌博发生在线上还是线下而有所区分。

线下开设赌场行为，如传统开设赌场、使用赌博机开设赌场等，赌资数额一般以司法人员线下实际查获的为准，赌资的认定一般通过以下方式：

①当场查获的款物：查获赌博违法犯罪行为时，通常会控制大量参赌人员、赌场负责人、管理人员以及其他工作人员，并缴获大量赌博现金、赌博筹码、赌博作案工具等，在赌博现场直接查获的用于赌博的现金、有价证券、筹码等款物，应认定为赌资；

②投注或赢取金额：若涉及查获赌博筹码、赌博机等赌博道具，则应根据每一份赌博道具实际代表的金额认定，或者按照参赌人员购买该赌博道具所需资金数额或实际支付的资金数额认定。

由于开设赌场往往具有持续性，而抓获只能查明抓获当时赌场内的赌资情况，对于过往的经营情况如果结合其他证据不能查清则往往通过推定的方式进行判断，此时就可以从此着手，尽量降低赌资金额，从而达到罪轻辩护的目的，在进行计算时可以结合当事人的供述、赌场的位置、每天的客流量、赌桌数量等证据进行综合考量。

线上开设赌场行为中，随着赌博方式的变化，对于涉案金额的计算也变得复杂。因赌博方式、资金结算方式的不同，赌资的认定存在一定的困难，可能会存在赌资计算与实际不符的情况。辩护人可以从赌资的认定入手，以达到罪轻辩护的目的。

我国出台了一系列法律规范对于网络开设赌场罪中赌资数额的认定作出了规定，结合相关司法判例，可以推知：在网络赌博情形下，只有赌客实际投入用以赌博的资金才能被认定为赌资，如果存在应当扣除而没有扣除的部分，则违背罪责刑相一致原则，可能会导致量刑不均衡。实践中，需要依据案件的实际情况对赌资进行准确的认定，辩护思路一般包括以下几个方面：

①行为人自己参与的赌资数额应当从开设赌场的赌资数额中予以扣除

如王某、黄某开设赌场案中²⁴，法院认为关于被告人王某、被告人陈某乙及被告人王某的辩护人提出的本案中被告人王某、陈某乙所开设的赌博账号中用于自己投注的部分数额应予剔除的辩护意见。网络赌博犯罪系利用互联网上的赌博网站进行赌博，为赌博网站担任代理并接受投注的行为，被告人王某、陈某乙自己投注的数额依法不能认定为犯罪数额，应予剔除。

②同一笔资金因多次投注而产生的流水在认定赌资时不应重复计算。

如王某飞、王某鹏开设赌场案中²⁵，法院认为，被告人使用了多个银行账户接受、流转赌资，且账户之间相互转入、转出的情况较为常见，公诉机关在计算赌资金额时，将各银行账户中的全部入账或收入金额进行统计，如 A 账户中首先收入数笔赌资，故而在计算 A 账户的赌资数额时已经一并计入，后 A 账户的赌资被直接转入 B 账户中，而在计算 B 账户的赌资数额时，又将该笔赌资与 B 账户实际上直接收入的赌资一并计入，出现重复计算的情形，即间接地将原属于 A 账户的赌资又统计一次，导致赌资的认定不准确，指控的赌资数额有误，法院根据查明的事实予以更正。

③行为人用于接收、流转赌资的银行账户内可以说明合法来源和正常资金往来的资金不能认定为赌资。

如林某珍、林某东、林某等开设赌场案中²⁶，法院从被冻结的款项中扣除四上诉人能说明来源的林某 1、林某 7、邓某 4、吕某的款项，余款人民币 2934848.97 元认定为非法获利数额。

④对于网络赌博中多级代理的情形，如果彼此之间没有意思联络，不构成共同犯罪，则应只对各自的涉案金额承担法律责任。

如廖某、钟某开设赌场案中²⁷，被告人刘某、赖某、刘某 2 均系利用自己持有的赌博网站的代理账号，为赌博网站担任代理，开设多个会员账号发展人员进行网络赌博，独立接受投注。本案被告人之间虽然存在上下级关系，但各级代理

²⁴ (2016)粤 5191 刑初 59 号

²⁵ (2019)桂 1021 刑初 39 号

²⁶ (2020)闽 08 刑终 277 号

²⁷ (2017)粤 0183 刑初 1845 号

都是通过赌博网站提供的服务平台，各自独立接受投注参与赌博，并不存在服务与被服务、帮助与被帮助的关系。本案各被告人应当分别按照各自的赌资数额来确定量刑幅度。

(2) 获利的认定

行为人在开设赌场行为中的获利金额，也是进行定罪量刑的重要依据，尤其是参与人数多、管理层级多的网络赌场，赌资多数都上亿，每个嫌疑人的获利更能体现在赌场中的地位和作用，可以更好地区分主犯和从犯。因此如果能够降低获利金额，可以为当事人争取更优的结果。

对于获利情况如何计算，是否应当依据抽头渔利情况计算、是否要扣除犯罪成本、是否要扣除“返水”，没有确定统一的标准，从辩护人进行罪轻辩护的角度出发，可以从两方面入手：

①对于获利情况，应当以行为人实际收入进行计算，并扣除相应的犯罪成本。

获利计算应基于赌场运营期间的实际收入与支出情况，确保计算的准确性和公正性，包括所有与赌博活动相关的直接和间接收入，以及必要的运营成本和其他费用，如场地租赁、设备购置及维护、人员工资等。综合参考，进行计算。实践中多倾向于不扣除犯罪成本，但如果不对犯罪成本进行扣除，则有过度评价犯罪行为危害性之嫌，辩护人主张对扣除成本有一定道理。

②对于返水，应当予以扣除。

“返水”“退水”或者说“返利”，是代理人将赌客赌资的一定比例返还给赌客的行为，代理人将赌博网站的返水再拿出部分返水给参赌人员，代理人实际仅获利差额返水金额。

实践中，也有根据赌客赢取金额的一定比例返还给赌客，这两种都称返水，但都不应该作为获利数额，根据赌客的投注金额的一定比例返还给赌客的情况下，返还部分的金额不应当认定为获利。返水的存在，从实质上来看，减损的是开设赌场人自己的利益，如果将已经返还的部分仍然算作获利，也有过度评价之嫌。但是由于返水的目的在于促进赌博活动的进行，代理人返水给赌客，可以直接激励赌客继续下注，让赌客多下注，所以司法实践中往往不支持将抽头渔利数额从违法所得中扣减。但在有案例支持的情况下，该辩护策略也可以进行尝试。

如陈某、张某杰、刘某镇等开设赌场案中²⁸，法院认为，对于公诉机关关于被告人刘某镇担任时时彩赌博网站非法获利金额 80000 元的指控。经查，被告人陈某等人给予被告人刘某镇赌资流水 2.9% 作为抽头渔利，被告人刘某镇再给赌博人员 2.65% 至 2.8% 不等比例的返水，从中赚取 0.1% 至 0.25% 左右的返水费差额，被告人刘某镇从中非法获利约人民币 4000 元的事实，有证人凌某、蔡某等人的证言与被告人刘某镇、陈某、张某杰的供述相互印证，足以认定，故公诉机关的此节指控缺乏依据，不予支持；被告人及辩护人关于被告人刘某镇非法获利金额的相关辩解及辩护意见，予以采信。

3. 从犯之辩

在共同犯罪中，主犯和从犯一般根据在共同犯罪中起的作用进行认定，主犯是指组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的罪犯；从犯是指在共同犯罪中起次要作用或者辅助作用的罪犯，应当从轻、减轻或者免除处罚。《赌博机意见》中还有相关的明确规定“办理利用赌博机开设赌场的案件，应当贯彻宽严相济刑事政策，重点打击赌场的出资者、经营者。对受雇佣为赌场从事接送参赌人员、望风看场、发牌坐庄、兑换筹码等活动的人员，除参与赌场利润分成或者领取高额固定工资的以外，一般不追究刑事责任，可由公安机关依法给予治安管理处罚”。辩护人可以通过主张行为人在共同犯罪中系从犯，来进行罪轻辩护。一些常见的构成从犯的情节如下：

(1) 受雇参与赌场派牌、抽水、望风、赌资记账结算或交接等工作，或者管理服务的，起次要作用，是从犯。

如陈某某、黎某某、陈某某等开设赌场罪案中²⁹，被告人成某某、黎某某等人受雇参与赌场派牌、抽水、望风等工作，明知他人开设赌场仍提供场所等帮助，起次要作用，是从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。

(2) 在共同犯罪中负责招揽赌客、组织客源，拿取佣金的，起辅助作用，应认定为从犯。

²⁸ (2019) 闽 0302 刑初 31 号

²⁹ (2021) 粤 18 刑终 87 号

如陈某某、吴某开设赌场案中³⁰，法院认为，在赌博网站开设代理账户的是上诉人陈某某，上诉人吴某为其招揽赌客，拿取佣金，在共同犯罪中起辅助作用，应认定为从犯，上诉人吴某认为其是从犯的意见予以采纳。

(3) 为赌博网站提供技术支持，主观上是明知的，可以认定为开设赌场罪的从犯。

如陈某某、陈某某等开设赌场、赌博案中³¹被告人陈某某、陈某某、陈某某奇为非法获利，在明知“991 游戏”“乐博电玩城”等平台为赌博网站的情况下，仍为该网站提供技术支持，其行为均已构成开设赌场罪。被告人姜某为非法获利，在明知“991 游戏”平台为赌博网站的情况下，仍在该网站担任客服，其行为已构成开设赌场罪。公诉机关指控的罪名成立，本院予以确认。四被告人在共同犯罪中起次要辅助作用，属从犯，应依法从轻或减轻处罚。

(4) 向他人提供赌博网站的链接不接受投注，属于为赌博网站提供服务的帮助行为，可认定为从犯

如陈某某、王某开设赌场案中³²，被告人陈某某、王某以营利为目的，明知“中福在线”系非法赌博网站，仍为该网站投放广告、推送链接，为赌博网站发展会员，其行为构成开设赌场罪，且情节严重，系共同犯罪，公诉机关指控的罪名成立。但二被告人既不是赌博网站的投资者或参股者，也没有为赌博网站担任代理并接受投注，而是为赌博网站投放广告、发展会员，属于为赌博网站提供服务、收取服务费的帮助行为，因此，虽然二被告人构成开设赌场罪的共同犯罪，但并未直接实施开设赌场的犯罪行为，且二被告人对参与赌博的会员所投注的赌资没有所有权、支配权，仅仅是向赌博网站领取服务费，即二被告人不是开设赌场的实行犯，而是帮助犯，他们在开设赌场共同犯罪活动罪处于次要地位，系从犯，依法对二被告人减轻处罚。二被告人归案后能如实供述犯罪事实，具有坦白情节，依法从轻处罚。被告人陈振宝退缴了违法所得，酌情从轻处罚。

(5) 不负责管理、经营事务的股东可认定为从犯。

如张某某、蒯某某等开设赌场案中³³，关于被告人张某某、蒯某某的辩护人所提其二人应认定为从犯的意见，法院认为，现有证据证明：被告人张某某虽经

³⁰ (2020) 粤 03 刑终 387 号

³¹ (2022) 鲁 1427 刑初 20 号

³² (2017) 赣 1102 刑初 493 号

³³ (2015) 松刑初字第 1776 号

人介绍，欲以 3%或 5%的股份入股经营该电玩城，但在案发时尚未正式入股，不能正式认定其为电玩城的股东，被告人张某丙受雇负责该电玩城的账目计收、工资发放等财务工作，未参与分成和领取高额工资，可作为开设赌场罪的共犯，以从犯定处为妥。被告人蒯某某作为“A8 电玩城”股东占 5%股份，所占比例较少，且该股份系电玩城老板“大刚”欠其借款无力偿还而以入股形式还款，其系被动入股，案发时尚未分成，被告人蒯某某平时并不参与经营管理，故根据上述具体情节，被告人蒯某某亦以开设赌场罪的从犯定处为妥。故二位辩护人提被告人张某丙、蒯某某系从犯的意见，予以采纳。

从上述构成从犯的案例中，可以推知在判断开设赌场罪的从犯时可以参考的一些因素，如在开设赌场行为中是否发挥组织、策划、决策功能，是否为具有管理、控制地位的关键岗位和重要人员，是否参与开设赌场的利润分配以及参与分配的比例，所从事工作的内容、作用、可替代性等等。由于开设赌场罪的行为方式不断更新，因此对于共同犯罪中的主从犯身份，需要结合案件事实进行综合分析，判断行为人在整个共同犯罪中所起作用的大小从而区分为主从犯。

4.参赌人数之辩

参赌人数作为判断开设赌场犯罪中社会危害性大小的重要指标，是开设赌场罪中，对犯罪嫌疑人是否适用情节严重的加重法定刑的主要参考因素。通过降低参赌人数实现罪轻辩护的情况多见于网络开设赌场，由于网上开设赌场的特殊性，认定开设赌场参赌人数存在一定的困难。而网上开设赌场当中，账号数量并不能直接等同于参赌人数，一方面可能存在一人使用多个账号以及仅仅开通账号而未使用账号进行赌博的僵尸账号，另一方面，由于账号使用者的身份核实可能存在困难，参赌人数会因此存疑。因此，辩护人可以通过降低参赌人数的认定进行罪轻辩护。

根据《网络赌博意见》第三条，认定参赌人数可以从两个方面进行：

(1) 会员账号数：赌博网站的会员账号数可以认定为参赌人数，如果查实一个账号多人使用或者多个账号一人使用的，应当按照实际使用的人数计算参赌人数。

(2) 银行账户数：向开设赌场犯罪中用于接收、流转赌资的银行账户转入、转出资金的银行账户数量可以认定为参赌人数。如果查实一个账户多人使用或多个账户一人使用的，应当按照实际使用的人数计算参赌人数。

如张某红、汪某锋等开设赌场案中³⁴，法院认为该案中，五名被告人的供述及相关证人证言均证实在参赌过程中存在多个账号一人使用的情况，而赌博平台是以注册的账号统计各团队人数，故不能以赌博平台显示的团队人数认定各被告人实际发展的团队成员人数，对被告人张某红提出的该辩护意见予以采纳。

5.其他从轻、减轻情节之辩

根据《刑法》第 67 条、第 68 条，行为人具有法定或酌定情节时，可以从轻或减轻处罚。在构成开设赌场罪的情况下，可以考虑自首、坦白、立功，认罪认罚、初犯、退赃悔罪等量刑情节对行为人进行罪轻辩护。如果行为人系初犯，自动投案，如实供述自己的罪行，系自首，可以从轻或减轻处罚；到案后，自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实，愿意接受法律处罚的，可以依法从宽处罚。行为人参与的犯罪金额较小，赌场开设时间短，且能够积极退赃退赔，可以综合考虑原审被告人的犯罪事实、性质、情节及其认罪悔罪态度、主观恶性及其行为的社会危害性等裁量刑罚，依法予以从宽处理。

如廉某飞开设赌场案中³⁵，法院认为，被告人廉某飞利用微信群开设赌场，赌资数额累计达 30 万元以上，情节严重，其行为已构成开设赌场罪。被告人廉某飞揭发他人犯罪行为，查证属实，系立功，依法可以减轻处罚；廉某飞到案后如实供述自己的罪行，系坦白，依法可以从轻处罚；廉鹏飞承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚，可以依法从宽处理；廉某飞主动退出违法所得，可以酌情从轻处罚。辩护人关于廉某飞具有坦白、认罪认罚、立功、自愿退赃量刑情节，依法减轻处罚的辩护意见成立，最终法院对其适用缓刑，判处有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金人民币六千元。

6.法律效力之辩

³⁴ (2022)鄂 0281 刑初 700 号

³⁵ (2022)豫 0611 刑初 227 号

我国法律中对于开设赌场的规定几经演变，2021年《刑法修正案十一》生效，将法定刑提升到五年以下和五到十年两档，若开设赌场行为发生在此之前，辩护人则可以主张依据从旧兼从轻原则，依照之前的定罪量刑标准进行处罚。

如章某开设赌场案中³⁶，法院认为，本案犯罪行为从2021年2月初持续至2021年4月初，《中华人民共和国刑法修正案（十一）》于2021年3月1日施行，考虑本案跨越新旧刑法经营时间基本等同，根据刑法从旧兼从轻和有利于被告人原则，适用《中华人民共和国刑法修正案（六）》修正的《中华人民共和国刑法》的相关规定予以定罪处罚更为适宜。最后判处被告人章某犯开设赌场罪，判处有期徒刑三年二个月，并处罚金人民币三万元。

7. 赌博机性质之辩

对于利用赌博机开设赌场的情形，有时从赌博机个数等方面定罪量刑可能和参照赌资、参赌人数的量刑不同，若优先参照赌博机数量可能导致量刑过重，辩护人可以从赌博机的性质下手，通过论证开设赌场所使用的机器不属于赌博机，来达到罪轻辩护的目的。具体方式参考无罪辩护部分赌博机性质之辩，此不赘述。

³⁶ (2021)皖 1024 刑初 123 号

附件一：人民法院案例库开设赌场罪案例裁判要旨整理

指导案例部分：

案例一：指导性案例 105 号：洪小强、洪礼沃、洪清泉、李志荣开设赌场案

裁判要点：以营利为目的，通过邀请人员加入微信群的方式招揽赌客，根据竞猜游戏网站的开奖结果等方式进行赌博，设定赌博规则，利用微信群进行控制管理，在一段时间内持续组织网络赌博活动的，属于刑法第三百零三条第二款规定的“开设赌场”。

相关法条：《中华人民共和国刑法》第 303 条第 2 款

案例二：指导性案例 106 号：谢检军、高垒、高尔樵、杨泽彬开设赌场案

裁判要点：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，属于刑法第三百零三条第二款规定的“开设赌场”。

相关法条：《中华人民共和国刑法》第 303 条第 2 款

案例三：

指导性案例 146 号：陈庆豪、陈淑娟、赵延海开设赌场案

裁判要点：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。对相关网站应当认定为赌博网站。

相关法条：《中华人民共和国刑法》第 303 条

参考案例部分：

案例一：

王某等开设赌场案——建立赌博网站并接受投注或为赌博网站担任代理并接受投注的，属于“开设赌场”行为

裁判要旨:

1.利用互联网、移动通讯终端等传输赌博视频、数据,组织赌博活动,建立赌博网站并接受投注的、建立赌博网站并提供给他人组织赌博的、为赌博网站担任代理并接受投注的、参与赌博网站利润分成的,属于开设赌场行为。

2.明知是赌博网站,而为其提供互联网接入、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,属于开设赌场的共同犯罪,应当依照刑法第三百零三条第二款的规定处罚。

关联索引:《中华人民共和国刑法》第303条第2款

一审:山东省滨州市沾化区人民法院(2022)鲁1603刑初161号(2022年11月22日)

二审:山东省滨州市中级人民法院(2023)鲁16刑终9号(2023年3月6日)

案例二:

夏某华等人开设赌场案——利用微信群抢红包等方式进行赌博的,能否以开设赌场罪定罪处罚

裁判要旨:

1.开设微信赌博群,利用抢红包等方式进行赌博的,可以开设赌场罪定罪处罚。在微信红包赌博中,通常由发起者建立赌博微信群,并制定赌博游戏规则,通过分工合作对群成员参与赌博实施严格控制。发起微信红包赌博且对赌博群施以严格控制的行为,符合开设赌场罪的犯罪构成。

2.组织微信群赌博的“情节严重”如何适用法律呢?我们认为,由于组建微信群赌博,无论是人员规模、公开程度、获利途径和方式、专业化程度,都与网络赌博中的开设赌场具有高度的一致性,因此,可以参照适用《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》来认定开设赌场罪的“情节严重”。

3.凡为赌博目的而投入的资金，均应认定为赌资。对于开设赌场犯罪中用于接收、流转赌资的银行账户内的资金，不能说明合法来源的，可以认定为赌资。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条

一审：浙江省江山市人民法院 (2018) 浙 0881 刑初 276 号刑事判决 (2018 年 10 月 23 日)

案例三：

翁某某开设赌场案——利用网络棋牌平台开设赌场中“变相牟利”行为的认定

裁判要旨：利用网络应用开展棋牌活动并收取费用的行为是否属于开设赌场变相牟利的行为，应结合行为人主观认知和客观行为综合考量。行为人明知参赌人员系为赌博利用游戏应用，仍为其建立微信群并设定赌博规则，在一定时间内持续组织、管理不特定多数人，通过网络棋牌游戏软件进行赌博，并以限定群内人员虚拟游戏币购买渠道、消耗规则、现金兑换规则等方式变相收取参赌人员费用而非法获利的，属于变相牟利，应视为以营利为目的开设赌场行为。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条第 2 款

一审：上海市金山区人民法院 (2021) 沪 0116 刑初 248 号刑事判决 (2021 年 5 月 20 日)

二审：上海市第一中级人民法院 (2021) 沪 01 刑终 957 号刑事裁定 (2021 年 6 月 29 日)

案例四：

邵某等人开设赌场案——“百家乐”网络赌博犯罪中可以使用洗码量认定赌资数额

裁判要旨：在“百家乐”赌场平台中，洗码量是赌博平台与下级代理之间进行利益分配的基础性数据，可以客观地反映被告人在开设赌场期间操纵参与“百家乐”网络赌博的真实交易量，同时根据行规，账号使用人亦根据洗码量与平台

结算。故对于此类案件，应以涉案赌博账号中的洗码量而非最初投入额作为赌资数额及构成“情节严重”的认定依据。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条第 2 款

一审：上海市杨浦区人民法院 (2019) 沪 0110 刑初 759 号刑事判决 (2019 年 8 月 29 日)

二审：上海市第二中级人民法院 (2019) 沪 02 刑终 1358 号刑事裁定 (2019 年 12 月 12 日)

案例五：

唐某等开设赌场案——建立聊天群组织他人利用棋牌软件赌博的，构成开设赌场罪

裁判要旨：开设赌场罪必须以赌场为依托从事营利性活动，赌场一般具有专门场所、面向不特定人群、专设赌博项目、提供资金结算、固定盈利方式等要素。行为人是否构成犯罪，不应片面适用“赌资数额”“渔利数额”的单一入罪标准，应综合考虑抽头渔利数额、赌资数额、参赌人数和社会影响等客观情况；当构成开设赌场罪时，还应综合考量上述日均数额、运营时长等，审慎认定“情节严重”，正确量刑。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条

一审：上海市浦东新区人民法院 (2020) 沪 0115 刑初 923 号刑事判决 (2020 年 9 月 23 日)

二审：上海市第一中级人民法院 (2020) 沪 01 刑终 1701 号刑事裁定 (2021 年 6 月 29 日)

案例六：

梁某甲、陈某甲等开设赌场案——开设赌场罪主犯的认定

裁判要旨：被告人为境外赌博网站提供资金结算服务，虽然该行为在开设赌场犯罪过程中起到帮助作用，但其在共同犯罪中却起到组织、领导作用，可以认定为主犯。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条第 2 款

一审：江西省瑞昌市人民法院（2019）赣 0481 刑初 40 号刑事判决（2019 年 3 月 26 日）

二审：江西省九江市中级人民法院（2019）赣 04 刑终 210 号之一刑事裁定（2019 年 7 月 25 日）

案例七：

汪某某开设赌场案——为赌博网站提供资金支付结算服务行为的定性

裁判要旨：明知是赌博网站，为赌博网站提供资金结算服务，收取的服务费或帮助收取赌资数额达到相关法律规定的，属开设赌场罪的共犯，应当以开设赌场罪定罪处罚。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条

《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》第 2 条第 1 款第 2 项

一审：辽宁省沈阳市铁西区人民法院（2021）辽 0106 刑初 498 号刑事判决（2021 年 9 月 24 日）

案例八：

于某开设赌场案——为赌博网站担任代理并接受投注，情节严重的，构成开设赌场罪

裁判要旨：2010 年《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》将为赌博网站担任代理并接受投注，利用互联网、移动通讯终端等传输赌博视频、数据，组织赌博活动，明确认定为开设赌场行为。故利用掌握的赌博网站会员账号行使代理权，聚集多人长期在相对固定的微信群内进行赌博，组织多人并使用同一会员账号在赌博网站投注的，系开设赌场行为，情节严重的，以开设赌场罪定罪处罚。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条

《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》

一审：辽宁省沈阳市苏家屯区人民法院 (2021) 辽 0111 刑初 412 号刑事判决 (2021 年 12 月 29 日)

二审：辽宁省沈阳市中级人民法院 (2022) 辽 01 刑终 82 号刑事裁定 (2022 年 5 月 16 日)

案例九：

辛某某、郑某某等开设赌场案——通过虚假宣传引诱客户参与竞猜赌博行为的司法认定

裁判要旨：行为人运用以销售商品为名的网络平台，通过虚假宣传的方式引诱客户参与平台购物升级活动，实际上是以营利为目的，吸引社会公众参与竞猜赌博，以购物升级的方式变相接受社会公众投注，以开设赌场罪定罪处罚。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条第 2 款

一审：江苏省靖江市人民法院 (2019) 苏 1282 刑初 701 号刑事判决 (2022 年 7 月 7 日)

案例十：

张某、裴某某等开设赌场罪案——跨境网络赌博犯罪案件的证据审查

裁判要旨：在办理网络犯罪案件中，一一对应的证据收集标准确实难以达到。确因客观条件限制无法逐一收集相关言词证据的，人民法院可以根据记录被害人、被侵害的计算机信息系统数量、涉案资金数额等犯罪事实的电子数据、书证等证据材料，在审查被告人及其辩护人所提辩解、辩护意见的基础上，综合全案证据材料，对相关事实作出认定。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条

一审：山东省威海经济技术开发区人民法院 (2022) 鲁 1092 刑初 9 号刑事判决 (2022 年 3 月 30 日)

二审：山东省威海市中级人民法院 (2022) 鲁 10 刑终 46 号刑事裁定 (2022 年 6 月 7 日)

案例十一：

刘某琼等开设赌场案——利用网站彩票开奖信息作为判断赌博输赢标准，以销售彩票为幌子建立电脑系统接受投注的，属开设赌场行为

裁判要旨：借助正规彩票的信息，为个人赌博提供一个获取非法所得的平台，其行为本质是招引人员竞赌，不具有非法经营、销售的特点。从侵害的法益上看，其违法行为不是扰乱市场交易管理秩序，而是侵害了正常的社会管理秩序，符合开设赌场罪的构成要件。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 203 条第 2 款

一审：四川省成都市双流区人民法院 (2016) 川 0116 刑初 1445 号刑事判决书 (2017 年 1 月 19 日)

二审：四川省成都市中级人民法院 (2017) 川 01 刑终 291 号刑事裁定书 (2017 年 4 月 20 日)

案例十二：

宣某某等开设赌场案——为赌博网站提供资金结算服务的，可认定为开设赌场行为

裁判要旨：开设“网络赌场”一般是指组建赌博网站接受投注、提供给他人组织赌博、代理赌博网站并接受投注以及参与赌博网站利润分成等行为。明知系赌博网站的赌资，仍然为其提供资金结算服务，收取服务费的，依法以开设赌场罪定罪处罚。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条第 2 款

《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 2 条第 1 款第 (二) 项

一审：河南省罗山县人民法院 (2020) 豫 1521 刑初 305 号刑事判决 (2021 年 2 月 9 日)

案例十三：

吴某、樊某开设赌场案——对使用赌博网站工具、数据进行运营盈利，虽未设置下级账号仍可认定为赌博网站的代理

裁判要旨：在实践中，许多涉及开设网络赌场的案件都存在被告人通过向上线购买赌博网站运营工具、数据并在赌博网站进行运营盈利，但其并未发展下一级账号的情况。该类被告人未设置下级账号，但通过其购买的运营工具和数据进行运营并从中利用差价和网站奖励或提成而获利，虽然《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》作了“设置下级账号的，应当认定其为赌博网站的代理”的规定，但并未规定认定赌博网站的代理必须设有下级账号。也就是说，如果犯罪嫌疑人、被告人的行为符合赌博网站代理特征的，即使没有设置下级账号，同样可以认定为赌博网站的代理。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条第 2 款

《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》第 2 条第 1 款第 2 项、第 2 款

一审：江西省乐安县人民法院（2022）赣 1025 刑初 44 号刑事判决（2022 年 8 月 25 日）

二审：江西省抚州市中级人民法院（2022）赣 10 刑终 140 号刑事裁定（2022 年 10 月 11 日）

案例十四：

郑某某、彭某、羊某某开设赌场案——网络赌博的赌资数额计算

裁判要旨：实践中，网络赌博对赌资累计的认定应坚持“罪责刑相适应”“主客观一致”的原则，不能机械地将其中“实际支付资金数额”扩大理解为“每次转账上分就视为实际支付了一次资金数额”，并以此作为“《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》第一条第二款第二项中，赌资数额累计的一次资金数额”，更不能将其中“实际支付资金数额”缩小理解为“实际赌本作为赌资数额”，并以此作为“赌资数额累计的资金数额”。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条

一审：四川省绵阳经济技术开发区人民法院 (2021) 川 0793 刑初 10 号刑事判决 (2022 年 2 月 14 日)

二审：四川省绵阳市中级人民法院 (2022) 川 07 刑终 85 号刑事判决 (2022 年 5 月 20 日)

案例十五：

陈某福、易某福等 34 人开设赌场一案——开设赌场型犯罪团伙的司法认定

裁判要旨：单纯为牟取不法经济利益而开设赌场，没有采取暴力、威胁或者其他手段实施违法犯罪活动，不具有为非作恶、欺压百姓特征的，不应作为恶势力案件处理。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条第 2 款、第 25 条第 1 款、第 26 条、第 27 条

《中华人民共和国反有组织犯罪法》第 2 条

《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》第 14 条、第 15 条、第 16 条

《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见》第 4 条、第 5 条、第 6 条、第 7 条、第 8 条、第 9 条、第 10 条、第 11 条

一审：重庆市九龙坡区人民法院 (2018) 渝 0107 刑初 1054 号刑事判决 (2019 年 8 月 30 日)

二审：重庆市第五中级人民法院 (2019) 渝 05 刑终 1118 号刑事判决 (2019 年 1 月 20 日)

案例十六：

郭某峰等开设赌场案——准确区分开设赌场行为与诈骗行为

裁判要旨：应准确区分开设赌场与诈骗行为，注重从参与人主观是否陷入错误认识进而处分财物进行判断。两罪在犯罪构成上有本质区别。从主观方面看，参与赌博人员明知赌博活动规则，其处分自己财物时未产生错误认识，交付财物时明知处置后果；而诈骗犯罪的被害人对活动规则或内容并不了解，其在处分财物时产生了错误认识，导致主动交付财物给犯罪分子，且有时并不了解处置后果。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条第 2 款

一审：安徽省合肥市中级人民法院 (2019) 皖 01 刑初 57 号刑事判决 (2021 年 12 月 22 日)

二审：安徽省高级人民法院 (2022) 皖刑终 48 号刑事判决 (2023 年 7 月 3 日)

案例十七：

李某某等开设赌场案——在赌场内不参与决策及投资分红的赌场服务人员的处理

裁判要旨：在赌场内不参与决策及投资分红，仅获得普通劳务性报酬的赌场劳务、服务人员，根据案件具体情节的，依法可不认定为开设赌场罪。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条第 2 款

一审：江苏省镇江市经济开发区人民法院 (2011) 镇经刑初字第 0056 号刑事判决 (2012 年 7 月 27 日)

案例十八：

王某某等人开设赌场案——平台设立盲盒游戏构成开设赌场罪的认定

裁判要旨：经营者设立盲盒网站，通过开盲盒获取价值大小不等游戏道具的抽奖活动，实际上是向玩家提供以小博大的中奖机会，博取中奖结果由偶然性决定，属于射幸行为，具有赌博性质。玩家在平台能实现“付费投入-随机抽取-放弃奖品获得折价虚拟货币-再次抽盒”的方式，属于赌博行为。平台运营者为赌博行为提供平台，从网站平台中营利，行为构成开设赌场罪。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条第 2 款

一审：浙江省松阳县人民法院 (2023) 浙 1124 刑初 156 号刑事判决 (2023 年 12 月 11 日)

案例十九：

尉某平、贾某珍开设赌场宣告无罪案——无证经营棋牌室，仅收取服务费而未抽头渔利行为的定性

裁判要旨：对于聚众赌博、开设赌场等刑事案件的办理，应当严格把握赌博犯罪与群众文娱活动的界限。根据有关司法解释的规定，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。鉴此，对于无证经营棋牌室，仅收取正常服务费、未抽头渔利的行为，不应以赌博犯罪论处。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条

一审：河北省石家庄市长安区人民法院 (2023) 冀 0102 刑初 466 号刑事裁定 (2023 年 12 月 22 日)

案例二十：

谷某霖开设赌场案——为赌博网站担任代理并发展会员参赌行为的定罪量刑

裁判要旨：

1.对于为赌博网站担任代理并发展会员参赌的，依法认定为开设赌博罪的共犯。

2.对于上述行为，在决定应否追究刑事责任以及如何裁量刑罚时，不仅应当考虑涉案赌资数额，还应当考虑违法所得数额、所起作用大小、犯罪后表现等情节，综合评估社会危害性，确保罪责刑相适应。

关联索引：《中华人民共和国刑法》第 303 条

一审：河北省石家庄市长安区人民法院 (2023) 冀 0102 刑初 466 号刑事裁定 (2023 年 12 月 22 日)

江苏省盐城市亭湖区人民法院 (2023) 苏 0902 刑初 40 号刑事判决 (2023
年 6 月 15 日)

附件二：最高人民法院跨境赌博及其关联犯罪典型案例

案例一

被告人张某宁、钟某新等 34 人开设赌场、非法经营案

——从严惩处跨境赌博集团犯罪

一、基本案情

2007 年以来，澳门某博彩公司股东、董事周某华（已另案判刑）在澳门等地赌场承包赌厅，2015 年以来在菲律宾等地先后开设多个网络赌博平台招赌。为牟取巨额利益，周某华招募他人担任赌场代理，逐步形成以周某华为首，以被告人张某宁、钟某新等股东级代理为骨干，成员固定、层级明确、人数众多的跨境赌博集团。通过代理组织中国内地公民前往澳门赌博或参与跨境网络赌博；在内地成立资产管理公司帮助换取赌博授信或筹码并追讨赌债；利用地下钱庄等第三方结算赌资；设立或通过内地技术服务公司提供技术支持。截至 2021 年 11 月，该跨境赌博集团共发展股东级代理 480 余人（其中中国籍 280 余人），发展普通代理 6 万余人（其中中国籍 3.8 万余人），发展境内参赌人员会员 6 万余人。至案发，查明涉案跨境网络赌博平台非法赢取境内参赌人员赌资 89 亿余元。

为替跨境赌博集团牟取非法利益，2018 年 9 月至 2020 年 4 月，被告人张某宁在周某华的指使下虚构投资合作协议等，利用所控制的多个代持公司银行账号，多次进行资金跨境兑付，金额共计 11.5 亿余元，非法获利 1700 余万元。

二、裁判结果

本案经浙江省温州市中级人民法院一审，浙江省高级人民法院二审，现已发生法律效力。

人民法院认为，被告人张某宁等受周某华指使在中国境内成立公司，接收跨境赌博集团的赌资、赌债并运营管理；被告人钟某新等入股参加跨境赌博集团，组织、招揽境内公民赴境外赌博、参与跨境网络赌博，上述被告人的行为均已构成开设赌场罪，且属情节严重。张某宁还违反国家规定，非法买卖外汇，扰乱金融市场秩序，其行为又构成非法经营罪，且属情节特别严重。在跨境赌博犯罪集

团中，张某宁、钟某新等是骨干成员，在共同犯罪中系主犯；在非法经营共同犯罪中，张某宁系从犯，可依法减轻处罚。张某宁等归案后主动坦白犯罪事实并认罪认罚，分别予以从轻或者减轻处罚。综上，对被告人张某宁以开设赌场罪判处有期徒刑四年六个月，并处罚金人民币五十万元，以非法经营罪判处有期徒刑四年，并处罚金人民币三十万元，决定执行有期徒刑七年，并处罚金人民币八十万元；对被告人钟某新以开设赌场罪判处有期徒刑六年九个月，并处罚金人民币三百万元；对其他被告人以开设赌场罪分别判处有期徒刑三年二个月至一年三个月，并处罚金人民币三百万元至五万元不等。追缴、没收各被告人供犯罪所用财物、赌资、违法所得及其收益、孳息。

三、典型意义

近年来，部分跨境赌博犯罪集团为牟取不法利益，招募境内人员担任代理，组织、招揽我国公民出境赌博，开发赌博平台及 APP 招揽我国公民进行网络赌博，并在境内成立资产管理公司接收管理赌资赌债、买卖外汇进行非法经营。此类跨境赌博集团一般实行公司化专业经营，内部层级明确，分工细致，招揽赌博人数众多，与境内“地下钱庄”配合，致使境内巨额资金流出，社会危害极大。

本案参与人员众多，涉案金额甚巨，社会影响恶劣。被告人张某宁还违反国家规定，非法买卖外汇，扰乱金融市场秩序，情节特别严重。人民法院对跨境赌博犯罪集团首要分子、骨干成员从严惩处，充分发挥了刑罚的震慑作用。同时，考虑张某宁到案后如实供述自己和共同作案人的犯罪事实，协助公安机关调查梳理大量证据材料，人民法院依法予以较大幅度的从宽处罚。

案例二

被告人虞某荣等 66 人组织、领导、参加黑社会性质组织、开设赌场、组织他人偷越国（边）境、非法拘禁等案

——从严惩处“以黑护赌”“以赌养黑”犯罪

一、基本案情

1995 年至 2018 年间，以被告人虞某荣等为组织者、领导者的黑社会性质组织，实施开设赌场、寻衅滋事、非法买卖枪支、组织他人偷越国（边）境、故意伤害、非法拘禁等一系列违法犯罪行为 170 余起。其中 2012 年底至 2017 年

间，先后组织数百名参赌人员从我国境内偷渡到老挝波乔省金三角经济特区某赌场赌博，按参赌人员赌资流水提取“洗码”佣金，或者以参赌人员在赌场内所输金额按比例收取提成，后在赌场中承包赌厅，还网络直播赌博活动，组织参赌人员实时线上观看并远程下注，赌资流水共计 30 亿元以上，非法获利 5000 万元以上。为获取非法利益，虞某荣还指使组织成员采取非法拘禁、上门发传单、喷油漆、挂横幅等违法犯罪手段对参赌人员非法催债讨债，致使多名参赌人员倾家荡产、外逃躲避。

二、裁判结果

本案经浙江省金华市中级人民法院一审，浙江省高级人民法院二审，现已发生法律效力。

人民法院认为，被告人虞某荣等人的行为已构成组织、领导黑社会性质组织罪。虞某荣作为黑社会性质组织的组织者、领导者，应对其组织、领导该组织所犯的全部罪行承担刑事责任。对被告人虞某荣以组织、领导黑社会性质组织、开设赌场、组织他人偷越国（边）境、偷越国（边）境、敲诈勒索、非法拘禁等 26 个罪名数罪并罚，决定执行无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。对其他 65 名被告人亦处以无期徒刑等相应刑罚。

三、典型意义

近年来，黑社会性质组织实施跨境赌博犯罪时有发生，往往“以黑护赌”“以赌养黑”。此类黑社会性质组织通过有组织地开设赌场等违法犯罪活动获取非法经济利益，组织大量人员出境赌博，以暴力、威胁或者其他手段对回国赌客催讨赌债，为非作恶，欺压、残害群众，在一定区域或者行业内形成非法控制或者重大影响。黑社会性质组织与赌博产业相勾连，严重威胁社会稳定和人民群众生命财产安全。

被告人虞某荣等为组织者、领导者的黑社会性质组织长期在境外赌场承包赌厅，招揽境内人员出国赌博以及进行网络赌博，以“洗码”赚取佣金或抽头等方式赚取巨额非法利益，仅查明的赌资流水共计 30 亿元以上，非法获利高达 5000 万元以上。人民法院对虞某荣等人的判决，有力打击了涉赌黑社会性质犯罪集团的嚣张气焰，有力震慑了犯罪分子，实现政治效果、社会效果、法律效果的统一。

案例三

被告人郑某、刘某开设赌场案

——依法惩处利用网络主播身份招赌犯罪

一、基本案情

被告人郑某、刘某为牟取非法利益，为菲律宾某赌博网站担任代理，由郑某负责对接赌博网站“专员”以获取链接及结算佣金，刘某利用其担任某知名体育网络直播平台主播的身份向粉丝发送赌博链接，为赌博网站发展玩家、下线会员。2019年4月至2020年12月17日，郑某、刘某通过上述方式招赌，共发展下线会员635名，收取赌博网站代理佣金145万余元。

二、裁判结果

本案经广东省佛山市禅城区人民法院一审，佛山市中级人民法院二审，现已发生法律效力。

人民法院认为，被告人郑某、刘某以营利为目的，为赌博网站担任代理并发展下线会员，从中收取佣金，其行为均已构成开设赌场罪。二被告人长期担任赌博网站代理，招揽参赌人数多，违法所得金额大，犯罪情节严重，且在共同犯罪中均系主犯。郑某、刘某归案后如实供述罪行，自愿认罪认罚，依法从轻处罚。综上，以开设赌场罪分别判处被告人郑某、刘某有期徒刑五年一个月，并处罚金人民币八十万元。

三、典型意义

当前，跨境赌博犯罪手段不断翻新。随着网络直播的兴起和快速发展，个别主播为了“引流吸粉”，借着“直播带货”的商机实施“直播带赌”的非法活动，诱骗粉丝投注，参加网上赌博活动。

本案被告人郑某、刘某借助刘某作为知名体育网络主播的特殊身份，向大量的粉丝群体发送个人微信，再利用微信单向联系粉丝并发送赌博链接，发展下线会员累计600余人参与赌博，从中获取巨额佣金，社会危害大。网络空间并非法外之地，更不能成为违法犯罪的温床。人民法院依法惩处利用网络主播身份招赌犯罪行为，警示网络媒体从业者要秉持职业操守，守牢法律底线，共同营造积极向上、健康有序、和谐清朗的网络空间。同时，也提醒广大网友，网络赌博“新

招”频出，套路重重，“十赌十骗”“十赌十输”，应自觉抵制招赌诱惑，切勿以身试法，后悔莫及。

案例四

被告人唐某芬等 11 人开设赌场案

——对具有自首、立功情节的涉赌被告人依法从宽处罚

一、基本案情

被告人唐某芬于 2018 年 3 月代理境外某赌博网站，同年四五月间转移到菲律宾马尼拉市盈城大楼继续实施代理行为，聘请被告人叶某养等多名人员担任管理人员及客服人员，通过打电话、发微信、QQ 聊天等手段招揽境内的参赌人员进行网络赌博，并聘请技术人员负责“养微信”及提供技术支持。唐某芬获利 700 万余元并支付其他人员的报酬。2019 年 5 月案发后，公安机关冻结涉案银行账户 27 个，涉案资金共计 141 万余元。唐某芬到案后，协助规劝 5 名同案被告人回国投案。

二、裁判结果

本案经湖北省荆门市掇刀区人民法院审理，现已发生法律效力。

人民法院认为，被告人唐某芬等 11 人的行为构成开设赌场罪。对于公安机关冻结的 27 个涉案银行账户及其资金，因上述账户主要用于接收、流转赌资，且被告人不能说明合法来源，故依法认定上述账户内的冻结资金 141 万余元为赌资，予以追缴。唐某芬到案后协助规劝 5 名同案被告人回国投案，有立功表现，依法减轻处罚；被告人叶某养等人案发后从国外主动回国投案，并如实供述罪行，系自首，依法分别从轻或减轻处罚。唐某芬等 11 人到案后能退清全部赃款并自愿认罪认罚，依法从轻处罚。综上，对被告人唐某芬、叶某养等以开设赌场罪分别判处有期徒刑三年至一年不等，均适用缓刑，并处罚金人民币三十万元至一万五千元不等。

三、典型意义

人民法院在坚持总体从严惩处跨境赌博犯罪的同时，也注重贯彻宽严相济刑事政策，做到区别对待，宽以济严，罚当其罪。对于具有自首、立功、从犯、退赃等法定、酌定从宽情节的犯罪分子充分兑现政策，鼓励境外赌博犯罪分子把握机会，悬崖勒马，主动回国投案，如实供述犯罪事实，争取宽大处理。

本案中，被告人唐某芬到案后协助规劝5名同案被告人回国投案，有立功表现；被告人叶某养等人案发后从国外主动回国投案，并如实供述罪行，系自首。上述行为体现了被告人的认罪、悔罪态度，节约了司法资源。结合全案被告人退清全部赃款并自愿认罪认罚的情况，人民法院依法均予以从轻或者减轻处罚，并适用缓刑。

案例五

被告人罗某掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益案

——依法惩处掩饰、隐瞒跨境赌博犯罪所得犯罪

一、基本案情

胡某伟（另案处理）在柬埔寨从事网络赌博等犯罪，并将犯罪所得及收益12亿元在国内投资使用。2018年至2019年间，被告人罗某明知胡某伟从事跨境赌博犯罪，仍听从胡某伟安排，为其注册成立公司以方便转移、处理犯罪所得。罗某担任法定代表人、总经理，负责该公司的实际管理与运营工作，通过购买资产、出借资金、转账汇款等方式，积极协助胡某伟掩饰、隐瞒跨境赌博的犯罪所得及收益。

二、裁判结果

本案经北京市海淀区人民法院审理，现已发生法律效力。

人民法院认为，被告人罗某明知是犯罪所得及其产生的收益而予以使用，掩饰、隐瞒钱款性质，其行为已构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪，且情节严重，应依法惩处。鉴于罗某当庭认罪，有悔过表现，酌情从轻处罚。对被告人罗某以掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪判处有期徒刑五年，并处罚金。

三、典型意义

随着开设赌场等犯罪的多发，为赌博犯罪分子提供掩饰、隐瞒犯罪所得及收益的犯罪行为也随之增加。一些人员通过转账等方式为赌博犯罪提供帮助，犯罪手段隐蔽、形式多样，妨碍了司法机关及时查处赌博犯罪。此类犯罪涉案金额往

往较大,常通过线上或线下方式转移犯罪所得及收益出境,还扰乱金融市场秩序,加剧金融风险。

本案被告人罗某明知胡某伟从事赌博犯罪活动,却虚设公司,假借购买资产、出借资金等,为赌博犯罪转移赃款,涉案金额高达12亿元。人民法院认定被告人罗某犯掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪并依法判处刑罚,体现对赌博关联犯罪全链条惩处的态度。

案例六

犯罪嫌疑人胡某鑫没收违法所得案

——依法没收跨境赌博犯罪违法所得

一、基本案情

犯罪嫌疑人胡某鑫(已死亡)系黑社会性质组织的领导者之一。2008年以来,孙某程(已另案判刑)、胡某鑫等人共同出资1000万元,带领史某和、涂某辉(均已另案判刑)等人到澳门赌场开设账户,从事“洗码”业务,并多次邀集江西商人徐某平、何某强等人赴澳门赌厅赌博,场均输赢数百万元,从中攫取巨额经济利益。2014年胡某鑫死亡,孙某程等人通过史某和的澳门“洗码”账户,向胡某鑫妻子陶某英的银行账户转账共计1500万元,分配澳门“洗码”业务的违法所得。案发后,公安机关冻结陶某英银行账户。

二、裁判结果

本案经江西省九江市中级人民法院审理,现已发生法律效力。

人民法院认为,胡某鑫、孙某程等人在澳门赌场通过开设账户、“洗码”等方式,组织中国内地公民赴澳门赌博,并提供赌博资金帮助,按比例获取赌场返利,其行为均构成开设赌场罪。胡某鑫已死亡,公安机关所冻结的胡某鑫妻子陶某英银行账户中的1500万元,经查明系黑社会性质组织通过实施赌博犯罪活动获取的非法利益的一部分,应当对其违法所得及产生的孳息、投资收益予以没收。

三、典型意义

获取非法利益是涉赌黑社会性质犯罪组织由弱到强、做大成势的经济基础。人民法院在对黑社会性质组织实施的赌博犯罪依法定罪量刑的同时,还注重查明

黑社会性质组织及其成员财产状况并依法作出处理，实行“打财断血”，有效打击黑恶犯罪。

本案犯罪嫌疑人胡某鑫领导的黑社会性质组织以境外赌场为依托，通过开设账户、“洗码”等方式，组织内地公民跨境赌博并提供资金担保服务，从赌场获取暴利。虽然胡某鑫在本案进入司法程序前已死亡，但相关违法所得仍应通过没收违法所得特别程序依法予以追缴。人民法院依法没收已死亡犯罪嫌疑人的违法所得，有力惩治了赌博犯罪违法敛财行为，是摧毁涉赌博犯罪组织和犯罪分子经济基础的生动实践。

附件三：刑事审判参考案例开设赌场罪案例裁判要旨整理

第 351 号 陈宝林等赌博案——网络赌博中“开设赌场”的行为及相关共犯的认定

裁判要旨：

（一）开设赌场的犯罪中不参与“分红”，仅领取报酬而实施帮助行为的人应当构成赌博罪的共犯；

（二）网络赌博中“开设赌场”的认定。在网络赌博犯罪中所谓“开设赌场”是指以营利为目的，在计算机网络上建立赌博网站，招引赌博客户或通过发展网络赌博代理人招引赌博客户，接受投注的；或者为赌博网站充当地区代理人招引赌博客户或通过发展下级代理人招引赌博客户，接受投注的；或者充当赌博网站地区代理人的下级代理人通过发展下级代理人招引赌博客户或同时招引赌博客户，接受投注的。

第 804 号 萧俊伟开设赌场案——对明知是赌博网站仍为其提供资金结算便利的行为，如何定性；如果构成开设赌场罪的共犯，其在共犯中的地位如何认定

裁判要旨：

（一）明知是赌博网站而提供资金支付结算便利的行为构成开设赌场罪

（二）为赌博网站提供资金支付结算便利的行为应当认定为从犯。

第 1347 号 夏永华等人开设赌场案——利用微信群抢红包等方式进行赌博的，能否以开设赌场罪定罪处罚

裁判要旨：

（一）开设微信赌博群，利用抢红包等方式进行赌博的，可以开设赌场罪定罪处罚；

（二）关于利用微信赌博群开设赌场的事实认定和法律适用的有关问题

1. 组建微信群赌博，可以参照适用《网络赌博意见》来认定开设赌场罪的“情节严重”。

2. 关于赌资数额的认定：赌资的计算方法可以参考《网络赌博意见》；开设赌场为吸引他人参赌而自己投入的资金应认定为赌资，凡为赌博目的而投入的资金，均应认定为赌资。

第 1426 号 陈庆豪开设赌场案——借助网络招揽会员经营二元期权行为的司法认定

裁判要旨：二元期权的实质是创造风险供风险投资者进行投机，与“押大小、赌输赢”的赌博行为本质上相同，实为网络平台与投资者之前的对赌。因此，经营二元期权类交易网站，应当认定为开设赌场。

第 1461 号 陈枝滨等人开设赌场案——新型网络抽奖式销售经营行为性质的认定

裁判要旨：在认定抽奖式销售行为性质时，应当着重从抽奖式销售行为的实质、网络平台运营管理的性质以及行为人的主观故意三个方面进行审查。（1）审查抽奖式销售行为的实质，首先看抽奖式销售是否真实，如行为人以抽奖式销售为名，通过操控中奖结果、虚假抽奖等方式骗取参与人财物，应考虑构成诈骗罪；相反，如属真实抽奖式销售，则可能涉及赌博类犯罪。其次，看抽奖式销售是否为主要经营内容及营利手段，如果纯粹或者主要以抽奖式销售为经营内容，且主要依靠无实物销售的折价、抽成等方式营利，应认定为赌博类犯罪；相反，如果抽奖式销售仅服务于正常商品销售经营，则不宜作为犯罪处理。（2）审查网络平台运营管理的性质，对以营利为目的，在网络上提供较稳定场所（包括网站、微信群等）组织用户参与赌博，并对“场所”持续管理、运营、维护的行为，应认定为开设赌场。仅借助网络平台或者其他网络手段，在较小范围内召集人员参与较为隐秘的短期赌博的行为，可考虑定性为聚众赌博型的赌博罪。（3）审查行为人的主观故意，构成赌博类犯罪，涉案行为人应以营利为目的，同时应明知其使用的经营模式涉嫌或者可能涉嫌违规甚至违法。在涉及多层级人员参与网站或企业运营的案件中，对参与网站或企业运营的人员是否构成共犯，应重点审查其主观故意，即对经营行为实质是否知情。对部分仅参与经营某些环节，且确有证据证实对经营行为的营利方式、违规性质等均不知情的人员，不应以犯罪处理。