

我国赌博犯罪治理中的刑事政策分析

陈国坤

(南开大学法学院, 天津, 300350)

摘要:刑法和刑事政策的关系问题已逐步成为我国刑法学界关注的热点问题,但对这一问题的研究最终还是要通过对具体犯罪的实证加以检验。在以具体个罪为视角的微观切入中,赌博犯罪不失为较好的考察平台。就刑法的刑事政策化而言,鉴于赌博犯罪治理之当下困境,应该承认赌性的客观存在,提供合适的疏导路径,疏堵结合将体现未来赌博犯罪治理在理论上的突破。就刑事政策的刑法化而言,需要适时调整诸多刑事政策思潮对赌博犯罪刑事立法产生的影响,通过以法定犯赌博罪代替自然犯赌博罪来应对和解决治理困境。

关键词:赌博犯罪;宽严相济;刑事政策

中图分类号: D914

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2016)04-0023-09

一、问题的提出

在德日刑法理论中,就如何处理刑法教义学与刑事政策之间的关系,曾经经历了从“李斯特鸿沟”到“罗克辛贯通”的转变过程^[1],这种转变不仅契合刑法学理论发展的内在逻辑,也是针对社会现实与司法实践对刑法提出的功能性要求的一种回应。随着中国刑法学以德日刑法学为师的学术转型的深入,这一问题也引起了我国学者的关注并逐步成为理论热点。尽管目前刑法教义学在我国尚在推广构建之中,因此所谓的“李斯特鸿沟”或“罗克辛贯通”更多地体现出学理讨论的意味,但是作为刑法所要解决的社会问题是相通的,当今中国刑法学同样也面临着亟待调节整合两者关系的问题。因此,他山之石可以攻玉,借鉴已有的理论成果无疑有利于我们在解决问题时事半功倍,只是我们如今不必再重回李斯特时代,重新去跨越鸿沟,重新再去摸索如何打开区隔实现贯通。

从总体上看,我们将这个“德国问题”中国化后取得的研究成果已颇为丰硕,围绕刑事政策和刑法之间的关系而归纳出的两个命题:刑法的刑事政策化和刑事政策的刑法化,我国学者均已经做了大量深入而卓有成效的研究。但是无论是刑事政策还是刑法教义学,运用到司法实践之中最终都是以具体个案的面目

出现的,对于它们之间关系的研究最终还是要通过对具体犯罪的实证加以检验。遗憾的是,此类研究多从宏观的层面对两者关系做出系统阐释,侧重于重新审视这一问题对中国刑法学发展命运的影响,惜乎缺乏以具体个罪为视角的微观切入。笔者不揣浅陋,试以赌博犯罪为考察平台,对赌博犯罪治理中的刑事政策的刑法化和刑法的刑事政策化进行带入式考察,以期能够宏观地在国家和社会层面就刑事决策科学进行观察和研究,以方便未来用于指导个罪的刑事立法和刑事司法实践;又能够微观地就具体个罪的预防和治理过程中所涉及到的各学科协作治理的经验和对策进行总结和升华,以方便检验和完善决策科学。

二、我国赌博犯罪治理中刑法的刑事政策化

刑法的刑事政策化是指在刑法的制定和适用过程中,考虑刑事政策,并将其作为刑法的评价标准、指引和导向。^[2]它要求在刑事立法和刑事司法中贯彻落实刑事政策的内容,使刑法成为实现刑事政策的有力武器。相比较而言,刑事立法的刑事政策化更易于被理解和接受,原因在于从刑事政策自身功能和结构来看,它更易于捕捉和把握刑法实践中的现实需求,从而作为灵敏的“传感器”将现实与规范、理论与实践

收稿日期:2016-01-06;修回日期:2016-05-25

基金项目:2012年度国家社科基金后期资助项目“刑法分论争议问题比较研究”(12FFX005)

作者简介:陈国坤(1975-),男,安徽滁州人,南开大学法学院刑法学专业博士研究生,主要研究方向:中国刑法学

有效勾连。因而刑事立法的刑事政策化实质上就是将现实的价值需求进行搜集、整理和总结的过程,是通过立法形式将实质合理性转变为形式合理性的过程。这基本符合我们对于立法活动的认知和理解。但是在刑事司法中,由于罪刑法定原则具有不可撼动的崇高地位,如若将刑事政策同样作为刑事司法中的“指引”和“导向”,则难免有违反罪刑法定原则的嫌疑。然而这种担心未免过于相信刑法规范的完美无缺,更何况即便是依据罪刑法定原则所确立之法条规范也并非万世不易。事实上,法律活动总是遵循“价值先行、规范随后”的信条,因而在刑法适用中,体现价值导向的刑事政策一方面通过价值填补去修正法律规范自身固有的缺陷和漏洞,另一方面正是在潜移默化中通过价值型塑去引领对法律精神的追求,以便不断充实和提高刑法规范的科学性和合理性。

(一) 新中国刑事政策的历史发展

对于刑法刑事政策化的研究不可能脱离刑事政策的发展轨迹,由于1979年刑法典制定以前,主要还是依据党的政策进行社会治理,刑事政策的地位和作用尚未得以体现和发挥。因而我国真正意义上的刑事政策肇始于1979年刑法典所规定的惩办与宽大相结合,异化于“严打”,发展成熟于现今的宽严相济刑事政策。

1979年《刑法》中曾明确规定我国的基本刑事政策是惩办和宽大相结合,然而1997年进行刑法修订时删除了该项规定,这使得我国事实上进入了刑事政策的空白期。这种缺位难免让人心生怀疑,删除该项规定是否是要刻意弱化该基本刑事政策的地位和影响,从而真的如有些学者所言“删除关于惩办和宽大相结合刑事政策的规定,主要还是为了给严打刑事政策让路”。^[3]事实上,在经历过1983年和1996年两轮“严打”以及多次运动式专项行动之后,“惩办”已经逐步成为刑事政策的主流,然而令人担忧的是社会状况却并未因此而得以好转。这种状态在进入新世纪以后愈发显得不合时宜,当构建和谐社会的理念被提出以后,客观上需要提出新思路以应对解决社会转型时期的各种矛盾,毕竟我们在“严打”的道路上已经走得太远却收效甚微。一方面我们已经太长时间没有明确的基本刑事政策的指引而渴求它的到来,另一方面我们也要正本清源,适应社会发展的需要,回归到正确的思路上去,“宽严相济的刑事政策”就是在这样的大背景下应运而生的。时至今日,学界已经基本认同“宽严相济”的刑事政策是“惩办与宽大相结合”刑事政策的继承与发展^[4],这样的定位既没有否定“宽严相济”的时代价值和创新之处,又成功地接续了两者间的历史渊源。

(二) 刑事政策指导下的赌博犯罪治理实践回顾

我国刑法的刑事政策化主要体现为“严打”刑事政策和宽严相济刑事政策对于刑法实践的指引和导向作用,以及政策转变对于刑事立法和刑事司法的影响。如果我们以赌博犯罪的刑事策略来印证检验我国刑事政策的发展轨迹的话,不仅可以追溯出我国刑事政策在定型期、空白期和转型期对赌博犯罪治理的深刻影响,还能够看出个罪治理策略对于基本刑事政策的推动与促进作用。

1979年《刑法》在第168条明确规定了赌博罪,对于聚众赌博和以赌博为业的行为最高处刑为“三年以下有期徒刑”,基本适应了“惩办”与“宽大”的要求。然而上世纪80年代以来改革开放与经济腾飞,也带来了赌博活动的迅猛发展,为遏制赌害蔓延,司法机关陆续颁布了一批严惩赌博违法犯罪行为的司法解释和条例。如1985年“两高”和公安部为了争取实现社会治安和社会风气的根本好转,在全社会推行禁赌活动,颁布了《关于严格查禁赌博活动的通知》,尽管在其中对于“惩办”和“宽大”皆有所体现,但已经表现出从严惩处的倾向,显然这是受到了“严打”刑事政策的影响。在这一时期,“严打”倾向在党的纲领性文件中也可以得以验证,其中也多次表达要严惩赌博的决心。例如1989年中共十三届四中全会以后,在全国范围内掀起的扫除“六害”统一行动中就包括打击聚众赌博,其后公安部和最高人民检察院又对此做出了具体部署。此后“坚决扫除社会丑恶现象”作为加强社会主义精神文明建设的重要内容先后被写入党十四大、十五大和十六大报告之中,作为全党的行动纲领。

即便如此,高度关注和从严惩处也并未能有效控制赌博社会危害的发展。上个世纪八九十年代,赌博犯罪的赌博形式愈发多样,参赌人员结构更趋多元,发案范围、涉赌金额和发案率均呈现出增长态势,尤其是地下赌场的发展有些已然处于“半公开化”的状态,且多与黑恶势力相勾结危害社会。在1996年新一轮“严打”仍然收效甚微的情况下,1997年《刑法》正式将“开设赌场”行为纳入到刑法调整范围,这一修改正是对当时赌博犯罪现实状况的回应。

在1997年刑法修订时,不管将刑法中曾明文规定的惩办与宽大相结合刑事政策予以删除是不是为了给现实奉行的“严打”刑事政策让路,但是就赌博犯罪而言,“严打”并未收到预期效果,赌博现象反而愈发泛滥。且不说聚众赌博、以赌为业或是开设赌场在严厉打击下的顽强增长,作为赌博犯罪新形态的跨境赌博和网络赌博也在这一时期逐步兴起,其社会危害更

甚于传统赌博犯罪形式,且由于涉及刑事管辖权问题,致使在监控治理上难度更大。正是出于对赌害的恐惧和束手无策,愈发显得“严打”刑事政策在赌博犯罪治理中的矫枉过正。因此,在2005年1月由“两高”和公安部颁布的《关于开展集中打击赌博违法犯罪活动专项行动有关工作的通知》中,率先重拾惩办与宽大相结合的刑事政策,并且首次指出要“区别对待,宽严相济”。从时间顺序来看,此处之“宽严相济”较之“宽严相济刑事政策”的提出和证成要更早,因此,赌博犯罪治理中的宽严相济应可视为宽严相济刑事政策体系的初步尝试和理论先导。

作为实现宽严相济刑事政策的具体举措,一方面通过2005年5月由“两高”和公安部颁布的《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》对法条作了进一步阐释,并且在第九条明确了“不以赌博论处”的具体情形;另一方面在2006年的《刑法修正案(六)》中鉴于开设赌场的特殊危害性而将之单列为“开设赌场罪”,从而进一步贯彻宽严相济的理念,上述实践对于2010年2月最高人民法院制定《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》无疑大有裨益。而当宽严相济刑事政策正式确立之后,在其指导之下,2014年3月由“两高”和公安部颁布的《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》在第七条更是明确重申了应当贯彻宽严相济刑事政策,对赌场出资者、经营者、受雇佣人员做出了区分和区别对待。

(三) 刑事政策指导下赌博犯罪治理之当下困境

从价值追求来看,刑事政策始终肩负着两项崇高的使命:防控犯罪和保障人权。当我们把刑事政策定位为“刑法的灵魂和核心”^[5]时,实际上就是要求在刑法中贯彻这两项使命。然而刑事政策往往“具有强烈的应世性和政治性色彩,一旦出现某种严重异己的犯罪态势就异常渴望社会的规则有序,从而丧却理性和平日温情脉脉的面孔,爆发出情绪性的甚至是歇斯底里的盲动”^[6]。遗憾的是,这一倾向使得刑事政策在应对社会失序时,往往为了防控犯罪而抛却了保障人权。这种倾向在“惩办与宽大相结合”和“宽严相济”之中表现为对重刑主义的偏好,而在“严打”等专项整治行动中则更赤裸裸地表现为漠视对人本身的尊重和关注,无视法律对于公平正义的基本价值追求,而只是功利性地强调犯罪防控的效果。然而,一种偏离公平正义原则的刑事政策尽管可能在短时间内在打击犯罪、维护社会稳定方面收到阶段性的惩治效果,但却绝非长久之策。因此,尽管从“严打”转向为宽严相济的确体现了价值定位上的科学与进步,但是如

果不是发自内心的对法律精神的追求和领会,不能真正改变对人性关怀的漠视,所谓的宽严相济也不过只是粉饰太平的幌子而已,人们止不住会去质疑刑事政策内容的可靠性,进而质疑刑事政策本身。而人们对刑事政策可靠性的怀疑与低效率的批评,最终将会引向对国家刑事政策权威性的否定。^[7]

对于赌博犯罪治理而言,世界赌博合法化浪潮的冲击、网络赌博和跨境赌博的迅猛发展显著放大了赌博的危害和影响,不断被刷新的涉案金额、涉案人员所造成的社会反响,以及赌资外流、赌害滞留对我国经济发展和社会治理的影响无疑触动了“歇斯底里的盲动”。从我们一贯的对于赌博犯罪的认知来看,无疑其社会危害性愈演愈烈,犯罪防控的形势愈发严峻。然而就在我们对赌博犯罪(尤其是开设赌场犯罪)的打击不断加码的同时,在国外开设赌场行为被合法化竟然渐趋成为一种潮流,并由此引发了一系列对于赌博行为规制的变革。这种巨大反差无疑应该引起我们的反思,我们是否在片面追求犯罪防控的道路上走得太远,而忽视了刑事政策还应该保障人权。更有甚者,如果我们所界定的赌博犯罪本来可以不作为犯罪来对待,那不仅涉及侵犯人权问题,追根溯源是在我们设置赌博犯罪时忽视了对人性的体谅和关怀。

众所周知,赌博行为源于天性的驱动,很难被扼制或完全根除,只要具备了合适的时机和土壤,必然会蓬勃发展,成为生活中常见频发的行为。然而建国后对于社会丑恶现象的扫除使得我们乐观地轻视了人性的顽固,我们习惯于通过重刑严打对初露端倪的赌博现象予以迎头痛击,且保持了传统的、一贯的高压态势。然而,严刑峻法虽然一度可以压抑人的恶性,但妄图就此消除人的恶性却是任何法律均不可能完成的使命。在改革开放之初,当赌博这潭“死水”刚起“微澜”之时,我们对于这种犯罪的社会容忍度是极低的,在尚未理性分析的基础上就将禁赌定位为“实现社会治安和社会风气的根本好转”,事实证明这并未成功。当我们正视人性中赌性的存在,希望在刑事政策上、在法律条文中就赌博犯罪中的“宽”与“严”做出界分,却发现实际执行中难度颇大:赌博行为自身可能兼具多种法律性质,从赌博娱乐到违法赌博再到赌博犯罪,是一个量变向质变转化的过程,但是对于发生转变的“度”的精准把握却绝非易事。而一旦混乱了界限,则必然引起人们质疑,例如对于那种“大学生1元一把炸金花涉赌被抓”的案件无论以怎样圆通的法理来解释都总是会与民众朴素的法律认知相背离。

历史与现实、传统与潮流的交融激荡使得我们在

赌博犯罪治理中出现了“宽严皆误”的窘境：我们试图“宽”但把握不好宽严之间的尺度，又害怕一旦“宽”之后情势汹涌而不可收拾；我们试图“严”又发现我们认为最需要严加管控的行为居然已经合法化，而自己若被动放开又顾虑重重，且一时也缺乏决断的勇气，若继续从严管控又顾忌有重蹈覆辙之嫌；我们试图“济”又总在宽严之间首鼠两端，缺乏调和、救济与结合的能力和具体举措，难以形成互相衔接、良性互动的动态平衡。简而言之，我们陷入到了“打又打不绝，放又不敢放，禁又禁不了，疏又没处疏”的尴尬境地。显然，出现这种困境的根本原因并不在于宽严相济的具体措施上存在何种失误，而是在于对赌博行为予以法律规制的价值追求上出现了偏差，对于这种南辕北辙式的错误，也许停下来就意味着前进。

三、赌博犯罪治理中的刑事政策刑法化

刑事政策的刑法化是基于刑事政策的立场，分析刑事政策在刑法的制定和运行中的转化和体现。^[8]相较而言，刑事政策比刑法对于社会变迁和现实需求有着更高的灵敏度，一些反映新兴价值理念的观点主张往往率先通过刑事政策的形式在犯罪治理策略中被提倡和运用。因而当刑事政策需要落实到具体的措施中时，刑法作为最重要的实现形式必然会首当其冲，即“刑事立法就是要将这些信息化的刑事政策的理念与主张规范化为刑法的条文，从而通过刑法的贯彻实施来实现刑事政策”^[9]。因而在刑法的制定和适用过程中无疑要受到刑事政策的影响和制约，以反映刑事政策的动态变化。从近年来刑事政策的发展动态来看，在赌博犯罪治理过程中，法益保护前置理论、刑事犯罪的祛伦理化和基于实证的功利主义思潮等一些刑事政策思潮对赌博犯罪的刑事立法均产生了一定的影响，并在一定程度上成为赌博犯罪从重处罚或赌博合法化的理论依据。

(一) 法益保护前置理论下的赌博犯罪

传统损害主义的式微与危险主义的崛起，使刑法经历了从处罚实害犯向处罚危险犯的转型，相对于实害犯来说，危险犯的设立就是法益保护的前置化。^[10]从理论上而言，赌博应该属于典型的实害犯，但是当赌博行为汹涌泛滥之时，刑事政策出于防卫社会的目的，往往会考虑将保护前置，因而寻找并赋予赌博行为以危险犯属性则可实现前置保护之目的。所以，在理论上可以假设赌博有引发“二次犯罪”的可能危险，这在于当赌徒输到山穷水尽地步后很可能会铤而走

险，实施盗窃、抢劫、诈骗等犯罪行为，而这样的推论也不难在实践中找到事实佐证。因此，我们就“逆向推理”出赌博罪对法益的侵害表现为对社会治安管理秩序或者社会公共安全造成了高度危险，从而顺利地实现了从实害犯向危险犯的转移。如果这种论证站得住脚的话，那么从刑事政策的立场考虑，似乎就有将赌博行为提前犯罪化的必要，以保护社会治安管理秩序或者社会公共安全。然而这种“逆向推理”只是一种事实的观察，我们很难在逻辑上证成赌博和“二次犯罪”之间存在必然联系。显然，我们既不能说“只要赌输了就会发生二次犯罪”，也不能说“只有赌输了才会发生二次犯罪”，更不能说“不管是否赌输都会发生二次犯罪”。易言之，它们之间不存在充分或必要条件，更遑论存在充要条件。

法益保护前置理论还试图从立法技术上将可罚性不再局限于既遂而前置到未遂阶段甚至预备阶段，或者通过实质预备犯理论将犯罪前置化。但这种理论在解释赌博犯罪侵害法益需要前置保护时同样行不通，因为即便赌博行为与“二次犯罪”之间具有高度的盖然性而有将之处罚前移的必要，我们也难以把赌博行为说成是“二次犯罪”的预备行为。因为赌徒开始赌博时肯定不会想着故意赌输以便去实施二次犯罪行为，即有意识地将赌博作为二次犯罪的预备行为来实施。^[11]再者从法益权衡角度来说，法益保护前置所要提前保护的法益一定是重大法益，一旦保护不力任其实施将导致重大法益的重大侵害。而赌博者在赌输后并不必然实施二次犯罪，也很难说二次犯罪就一定是针对重大法益的重大侵害。因此，单纯依据这种或然性将赌博犯罪的保护法益前置为本身并不明确的社会治安管理秩序或者社会公共安全并不准确。

然而，我们在德日刑法中却分明看到赌博罪法益保护前置的范例。比如在日本刑法第186条第2款中规定：开设赌场或者聚集赌徒，以图谋利的，处三个月以上五年以下惩役。单纯从该行为的字面描述来看，这一行为在我国刑法中属于预备行为，毕竟召集赌徒而尚未开赌只能算是为聚众赌博创造了条件但并未真正实施赌博行为。然而此处之“赌徒”在日本刑法中有所特指，仅指有赌博惯习或以赌博为业之人，“聚集人”也并非普通赌徒，而是能以其为中心，与被纠集的赌徒结成严格的等级关系，并能为这些赌徒在一定的势力范围内的赌博行为提供便利之人，其“以图谋利”正是利用这种身份和地位从中意图获得对价。^[12]日本刑法中之所以将此类行为规定为单独的罪名，一是因为日本刑法中规定了单纯赌博罪，如果单纯赌博行为都会受到处罚，那么此类行为在危害性上更甚于

单纯赌博，如不处罚在逻辑上会陷于矛盾。二是因为实质预备犯理论的发展，即构成要件行为形式上虽然不是其他犯罪的预备行为，但立法是因其可能成为其他犯罪的预备行为而将其规定为独立的犯罪。也就是说，欲将聚集赌徒这一貌似聚众赌博罪之预备行为予以例外处罚时，需运用法律拟制技术与抽象危险犯原理，将具有法益侵害抽象危险因而具有刑事可罚性的实质预备行为拟制为实行行为，设置新的独立的构成要件^[13]，从而得以以“聚集赌徒罪”罪名定罪处罚。

在德国刑法中，体现法益保护前置的范例是第284条第1款中提供赌博工具的行为和第4款中为公开赌博做宣传的行为。前者在于为公开举办的未经许可的赌博提供赌博工具，后者在于为其做宣传。其存在的基础均在于德国刑法中对于合法赌博和非法赌博有着明确的界分标准：是否获得正式的许可。当未获得许可的公开赌博自身已置于非法之列时，为之提供赌博工具和为其做宣传使其愈加逼近非法赌博的法益侵害危险，故而将这种具有法益侵害抽象危险且具有刑事可罚性的实质预备行为拟制为实行行为，在事实上完成了法益保护前置。

综上所述，要实现赌博犯罪的法益保护前置，必须在刑法中对于普通赌博行为有所规制(如日本之规定)或有所区分(如德国之规定)，这是将赌博预备行为予以法益保护前置的逻辑前提，在此基础上，对赌博犯罪中的实质预备行为予以类型化、个别化和法定化。这样既可以防止刑法不恰当地扩张追究预备行为的刑事责任的范围，又可以保证对确实具有法益侵害抽象危险性的预备行为进行必要的刑法干预，满足了当代刑法干预必要性和谦抑性的双重要求。^[13]而事实上，这样的逻辑前提在我国并不存在，这就意味着对于赌博犯罪而言，在我国刑法体系中以危险犯为理论依据实现法益保护前置并非可行之路。

(二) 祛伦理化趋势下的赌博犯罪

关于刑法是否应当具有伦理保障机能，历来争议颇大。随着时代精神的变迁，人们逐步廓清一种事实：刑法的存在和维持应以社会伦理为其根基，但并不意味着所有受到社会伦理谴责的行为都可以规定为犯罪。^[14]尤其在晚近以来，刑法目的观渐趋转变为法益保护，这就表明在刑事立法和司法中，当法益判断与伦理价值判断发生冲突时，将单纯违背社会伦理而没有任何外部侵害性的行为排除在犯罪之外，不失为一种明智选择。

正是在这种思潮的推动之下，许多明显带有伦理价值判断色彩的罪名逐步被取消和废除。就赌博犯罪而言，其合法化或事实上的除罪化也正是在这样的背

景下展开。一直以来，赌博入罪的理由在于其众所周知的社会危害性，但当我们以法益为标准来界定赌博罪之法益时，无论是立足于社会风尚、社会管理秩序，还是立足于国民健全的经济生活方式与秩序，抑或是立足于侵害他人财产的危险，几乎都能在其背后看到伦理价值判断的影子。我们习惯于将其作为道德犯罪来处断，但是鲜有学者能够明确地指出赌博的不道德性到底在何处，事实上我们一直以来是将对赌博的伦理谴责性当成了社会危害性，并以这样的社会危害性为基础再逆推出其不道德性，这实际上不过是循环论证。

在道德与法律高度统一的情况下，将社会危害性与不道德性相互置换有其存在合理性，因为在一元社会中，一种固定而同质的道德、宗教和阶级结构有利于使一个价值体系获得普遍接受。然而作为多元价值并存的现代社会，相互容忍的多个伦理共存可以说是其特色。对此帕克(Herbert L. Packer)曾指出：“在一个既不存在也不期求一套单一化道德规范的社会中，道德的推行会在压制(他种道德)上耗费高昂成本。社会越是多元化，道德的推行势必就越具压制性。并且，社会越是多元化，这种压制可能对社会精神特质的背离就越厉害。”^[15]

如果从这样的角度来分析，也就不难理解实证主义法学为何要极力撇清道德与法律之间的关系，他们并非要截然斩断两者的任何关联，而是时刻警惕地关注着是否出现了借道德规范之名侵入了法律所保障的自由领域的倾向。而那些打着维护公共利益或国家利益的旗帜推行的刑事政策，往往将刑法作为最后手段所理应具备的谨慎与克制抛之脑后，它倾向于在存有疑问的场合也选择积极地行动，认为即使是冒进的行动也总比无所作为要好。^[16]而这种冒进往往更多地恰恰体现为犯罪防控对保护人权的碾压，往往是挥舞着道德的大棒横加挞伐，却忽视对于人性的体谅和关怀。事实上，赌博行为作为一种道德评价色彩浓厚的犯罪形态，如果因为自己不赌博或借民众禁赌之声而以法律强制推行禁赌，则难免出现实证主义法学所担心的状况。

(三) 功利主义影响下的赌博犯罪

从刑事政策的宏观层面来说，功利主义影响的主要是国家行为，即国家会基于功利标准来衡量和评判对赌博行为控制的松紧程度。如果赌博犯罪的祛伦理性得以验证，那么国家和政府在承认对其合法化或事实上的除罪化之时，一方面要被动承受赌博现象给社会带来的冲击和危害，这显然是国家和政府不愿接受却又不得不接受的；另一方面国家和政府也会主动挖

掘和探索能否实现“化害为利”的可能,如果赌博有朝一日变得于己有利或利大于害时,其态度就可能发生转变,刑事政策必然也会实现转向。而这种转向对于赌博刑事立法而言,无疑意味着翻天覆地的变革,赌博的合法化进程就是对赌博行为从原本严厉打击转而强调要在国家和政府的控制之下实现有序运营的过程。

综观实现了赌博合法化或者事实除罪化的国家或地区何以发生这些转变的呢?早期出现的“赌场”“赌城”,因为彼时交通工具、金融技术和通信手段的落后,使得其影响力和社会危害均可以在一国的控制之下,这种封闭性使得赌博基本上还属于“独恶其身”而于他无害。然而新技术革新带来了巨大的社会进步,赌博市场的影响范围不断外扩,赌场汇聚外财的能力日趋受到重视。“哪里开赌,哪里受害”的逻辑开始失效,“自己开赌,他人受害”的新逻辑开始形成。^[17]这致使越来越多的国家为了避免赌资外流和保障本国经济安全,被迫选择开放或有限度地开放本国赌博市场,以求得至少在世界赌博市场之博弈中不至于落得被开赌国家无限剥削的境地。而从国内因素考虑,赌博行为必然要面临着社会治理成本的考量,一方面是赌徒钱财的“财务浪费成本”,另一方面是为社会制造的社会成本,如引发犯罪、治理犯罪的司法成本、时间和效率损失、破产失业、个人健康成本等等。其中社会成本绝大多数都是必然在本国内消耗的,毕竟赌输了还是要回老家的。但对于“财务浪费成本”而言则不然,在赌博尚未走出国门之前,这部分成本将继续在本国内流转,而国际化赌博造成了赌资的大量外流。如果形象地将两种成本都比作-1的话,就本国利益而言,前者中的“财务浪费成本”仍在国内,因而相互折抵后可以视为0,因此总的社会治理成本是 $0+(-1)=-1$,而后者是 $(-1)+(-1)=-2$ 。显然以功利主义的角度来看,开放赌博要比严禁赌博更为经济合理。正是基于上述考虑,各国纷纷开始权衡本国对于赌博行为的刑事政策,其直接后果就是推动了在刑事立法上调整对赌博行为的规制措施,或是直接推行赌博合法化,或是在事实上实行除罪化,也有相当一部分国家和地区划出特别经济区实施更为开放灵活的赌博行为立法。总体而言,在功利主义的权衡之下,近年来世界各国对于赌博犯罪的刑事规制呈现出从严厉走向轻缓的趋向。

作为禁赌国,中国所面临的冲击不言而喻,近年来周边国家的陆续开赌和赌场布局无疑都是以中国赌客为目标市场,觊觎中国经济发展的红利,而每年大量的赌资外流也已经成为不争的事实,这对我国经济安全构成了很大的威胁。如果说那些主动开赌的国家

其根本目的就在于“谋外财”,那么那些被动开赌的国家开放赌博并非为了赚取别国的钱,而只是为了防止自己的钱被别人赚去,即为“守国财”。显然,在对赌博犯罪治理的刑事政策价值取向方面,这种基于政策型的论证进路应该同样也能获得正当性支持,它力图表明:如果特定的计划得以实行,则共同体整体的利益将得以促进。^[16]与其对赌资外流坐视不管,在特定范围、特定层次、特定形式上赋予赌博一定的合法性,也许并不是最契合当前伦理道德规范的选择,但是它无疑是更为理性和务实的选择。

四、对我国赌博犯罪治理的未来展望

尽管刑法与刑事政策关系的命题在当下中国已然受到了关注,但是从目前的理论研究来看,规范刑法学与刑事政策之间的疏离状态并未得以根本改观。究其原因,并不在于在宏观层面上缺乏对于两者关系的论证和整合。事实上,大凡关注如何将刑事政策与规范刑法学(尤其是犯罪论)的研究相结合问题的学者,其根本目的都是要将刑事政策引入规范刑法学的研究之中,以求在研究范式上推动两者的整合与发展,因此对于两者关系这样重大的理论枢纽问题绝不可能置若罔闻。然而这种宏观层面的探讨和研究只是在理论上论证了两者关系的应然状态,并不代表在刑法实践中(尤其在具体罪刑规范层面)规范刑法学与刑事政策之间已然有机整合。申而言之,要想真正实现刑法的刑事政策化和刑事政策的刑法化,必须将理论研究的应然转化为刑法实践的实然,通过具体个罪的验证和调整,逐步丰富和完善刑法与刑事政策关系命题的理论内涵。

从我国刑法实践对刑事政策的引入历程以及刑事政策对刑法实践的影响这两方面来看,赌博犯罪均不失为考察刑法与刑事政策关系命题的绝佳范本:一方面,赌博犯罪的治理进程能够全面集中地反映刑法和刑事政策的互动关系;另一方面,赌博犯罪在实践这种互动关系时也推动和促进了刑事政策理论的发展,对准确定位刑法与刑事政策关系进行了积极的理论探索。当然,从赌博犯罪治理的未来趋向来看,鉴于赌博犯罪治理中刑法的刑事政策化尚有亟待解决的现实困境,以及诸多刑事政策思潮对刑事政策刑法化造成的冲击和困扰,因而针对刑法的刑事政策化,必须坚持在宽严相济刑事政策的指导下,在“轻轻”和“重重”两个层面扎实推进,确立疏堵结合的刑事策略不

失为契合当前实际情况的最佳选择。而针对刑事政策刑法化,实现从自然犯赌博罪向法定犯赌博罪的转变,既是对当下赌博犯罪治理困境的现实把握,也是直面社会发展需求的明智之举。

(一) 疏堵结合：刑法的刑事政策化之目标定位

我们通常都会在宏观层面关注和强调刑事政策对于个罪适用的指导作用,但往往忽视具体个罪适用中的探索和实践同样对刑事政策的完善也有着推动与促进作用。如前所述,对于宽严相济刑事政策理论而言,赌博犯罪治理一直走在理论尝试和刑法实践的前列。作为一种预见性论断其提出时间先于宽严相济作为基本刑事政策的确立时间,同时在“宽”“严”两个方向上的具体措施也体现了有重点、有策略的分化瓦解犯罪分子,震慑犯罪,打防并举的禁赌思路。这被有些学者认为体现了禁赌思维的重大转变,即从全面封杀、“一刀切”的简单禁止模式向分层分类、抓大放小的思路转变。事实上,所谓的“抓大放小”体现的价值取向与西方“轻轻重重”的两极化刑事政策并没有本质上的差别。尽管我国并未像西方国家那样将犯罪区分为重罪、轻罪和违警罪,但是“轻轻重重”的刑事政策还是有一套较为成型的适用规则可资借鉴。简而言之,“轻轻重重”的刑事政策就是对轻者和重者加以区分,然后对轻者与重者采取不同的刑事措施。^[1]显然这种区别对待的思路并算不得什么全新理论,我们在实践中奉为圭臬的“具体问题具体分析”的方法论实际上也是以承认差别为前提的。正如我国学者陈兴良教授所指出:“区别对待是任何政策的基础,没有区别就没有政策,因此宽严相济是以区别对待或者差别待遇为根本内容的。”^[2]因此,所谓“抓大放小”的禁赌性思维充其量不过是宽严相济刑事政策在赌博犯罪治理中的具体策略运用,并未在刑法的刑事政策化方面取得理论上的突破。

笔者认为,无论是宽严相济还是抓大放小,都是以承认传统的、完整的赌博罪为前提而在政策或策略上做出的调整。然而及至近现代以来,随着社会观念和人文思想的变迁,出于对自由价值和个人理性判断的推崇,赌博行为受到越来越多的自我原谅,其道德非难色彩渐趋褪去,继续将其作为一种犯罪予以围追堵截严厉打击的推动力正在衰减。同时赌性作为人类天性之一,会为人类的赌博行为提供不竭的动力,这就决定了赌博犯罪治理的刑事政策目标应该定位于协调和解决这种矛盾,而非继续在原有框架体系内相互妥协以求得平衡。申而言之,赌性如水,一味地堵截无论如何的相济调和、大小分流都不能从根本上解决问题,只有掘沟泄洪、疏导引流才能事半功倍,这实

际意味着我们必须为部分赌博行为提供合法的实现路径。当然,“疏”并非一概否决“堵”的价值,“疏”所开掘出来的赌性宣泄并非随意的平面涌流,而必须在既定通道约束之下宣泄。与全面禁赌时代不同的是,全面禁赌是截流禁锢,而疏堵结合是引入海,降低因禁锢蓄势所带来的冲击性危害。

就具体实践路径而言,对于“疏”,首先可以考虑在一定范围内将一定形式的赌博行为合法化。例如在我国已经存在多年的彩票业自身就兼具了赌博性和公益性这两种属性。既然我们可以通过法益衡量的观点认为公益性大过赌博性而排除其犯罪性质,那么我们也可以论证出公民个人的自由在价值上高于社会风尚的建立,从而也排除或至少弱化其犯罪性质。因而在一定范围内、一定形式的赌博行为合法化并不是什么值得舆论哗然的颠覆性论断。其次,要重视彩票业的作用,使之既能成为赌性疏导的有效渠道,又能发挥好其公益性效能。以彩制赌是许多国家赌博犯罪治理的成功经验,而我国彩票市场发行费用高、返奖比例低、信息透明度差的乱象使得其疏导性功能大为降低,非但没能“制赌”反而致使地下彩、私彩更加猖獗。其次,应当重视澳门赌业在赌博犯罪治理中的地位和作用,由于澳门的主要赌资金来源还是大陆,而澳门的财政又是一个独立的财政体系,因此与中国大陆必然会产生经济利益上的对立。如何使澳门既能成为大陆赌客疏导赌性的首选之地,又能妥善解决经济利益上的对立,为中国大陆实现从世界赌市场的套利提供机会,这恐非刑事政策所能解决,还要寄望于政治抉择和经济博弈。最后,疏导之途应该多管齐下,即便在一定范围内、一定形式上实现了合法化,也要力求在经营范围、经营层次上做到分散,避免出现垄断经营而尾大不掉,从而导致监管上的困境。

对于“堵”而言,如果能够实现一定范围、一定形式的赌博合法化,那么首先更要对非法赌博予以严厉打击,从而保证合法赌博的生存空间。因此对于地下六合彩、地下足彩以及地下赌场等必须依法取缔和制裁,否则混淆了合法与非法的界限,最终必然导致非法赌博碾压过合法赌博,丧失了予以合法化的意义。其次,要堵截赌资外流,尤其是通过网络赌博和赌博借贷而导致的赌资外流。前者因为其自助性、隐蔽性和结算方式便捷性成为赌资外流的巨大“黑洞”,后者主要是因为跨境赌博不仅将随身携带的赌资输得精光而且还通过透支威胁了尚在国内的资金的安全。因此赌资外流对于国家的经济安全有着不可估量的威胁。再次,要堵截职务犯罪所得用于赌博,赌博合法化的一个很重要的缘由在于行为人对自己所拥有的财产进

行占有、使用、收益和处分是符合物权原则的,而通过职务犯罪所得之财物本身已经丧失了正当性的基础,若纵容犯罪所得用于赌博,则势必为职务犯罪推波助澜。最后,还要堵截赌博犯罪与其他犯罪形式的结合。赌博的贪利性本质使之往往更容易与有组织犯罪、洗钱犯罪、赌博诈骗等形态的犯罪相结合,因此堵截好赌博犯罪在一定程度上也会有利于对上述其他犯罪形式的分离和打击。

(二) 法定犯赌博罪: 刑事政策刑法化之实现路径

自然犯和法定犯这一对学理概念尽管最初是基于犯罪学立场而提出,但是却为刑法学的研究拓展了一个全新的视野。在我们的传统观念中,赌博犯罪被理所当然地归属于自然犯,都是将之视为违反了社会伦理道德而应受社会伦理非难的犯罪行为,如谚语所云:赌近盗,奸近杀。然而刑事政策思潮中的法伦理化趋势却动摇了这一根基,在自然犯赌博罪中,原有的据以立罪的道德伦理规范在价值观多元的情形之下逐步受到了冲击,人们逐渐否定和扬弃以道德标杆来调整生活,而承认和接受在道德底线之上的法律行动自由,因而诸如赌博犯罪这样的自然犯要么面临着被非犯罪化,要么实现从自然犯向法定犯的转变。

出于历史传统和现实状况的考虑,尽管将赌博犯罪予以非罪化的呼声也很高,但是在实践中基本不具备可行性。因此当赌博罪面临法律规定与社会现实存在严重脱节,其作为自然犯的道德犯罪属性逐步被质疑和消解的情况下,要想在刑法中继续保留赌博罪罪名,并以之来解决赌博合法化也不能解决的问题以及由赌博合法化而引发的法律问题时,赋予赌博罪法定犯属性则势在必行。

首先,法定犯赌博罪在立法依据上不再以伦理道德为根基,这符合当前确定犯罪的法伦理化趋势。但是法定犯的确立有着合目的性的要求,这表明法定犯赌博罪的确立也必须找寻到一个合理的目的作为立罪的基础,而且这一目的必须确有动用刑法予以保护的必要。因此当国家基于现实国情,考察特定时代和社会的需求,有选择性地对于赌博行为实行犯罪化或者非犯罪化,这就意味着对于赌博行为在犯罪圈划定上是可以从属于“一定的目的”而非伦理道德。而在刑法视域中,无论是“一定的目的”还是伦理道德最终都表现为某种形式的刑法法益。因此,申而言之,如果实行赌博行为的非犯罪化则表明立法者认为赌博行为中没有值得保护的法益;而如果保留赌博罪罪名并以法定犯赌博罪的形式存在则表明保护法益已经从伦理道德转向某种“一定的目的”。一般而言,这种“一定的目的”主要表现为国家为了维护良好的市场经济

秩序或社会管理秩序,就法定犯赌博罪来说,就是要实现赌博行为在国家监管之下的有序运行,而这也正是开设赌场合法化得以萌发的土壤。

其次,功利主义对于法定犯赌博罪的最大影响体现在营赌合法化。无论是出于自愿还是被迫,营赌合法化的的确确在一定范围内颠覆了我们对于赌博犯罪的认识。事实上,在聚众赌博、以赌博为业和开设赌场这几种赌博犯罪表现形态中,论及社会危害性显然以开设赌场为最,但是由于赌场可以通过企业化管理和产业化经营,可以将赌徒引导驱赶到政府开设的赌场中去赌博,而这样做显然要比应对和管理社会中杂乱无序的自由聚赌更为便捷高效。如果再从国家或政府利益角度考虑,由政府主导和管理的赌场在发展模式上自然从属于政府的利益动机,因此它必然选择最能保证实现税收利益的最大化的模式。如果从税收的角度将政府看作是博彩行业的“大股东”,那么赌资内流与赌资外流之间的顺差或逆差才是其最关心的环节。当然,政府也不可能只考虑税收收益和管理的便捷就完全抹杀赌博所造成的社会成本,事实上在实现营赌合法化的国家和地区,税收收益的绝大部分还都是用来偿付赌博造成的社会成本,相信绝大多数国家的政府也都曾在放弃和坚守之间反复权衡过,开放赌禁往往都是不得已的最佳选择。

最后,法益保护前置化的主要原因在于防范和应对风险社会中那些不确定的法益侵害因素,而法定犯赌博罪则会尽可能地降低这些风险因素。一方面,国家的确保护公民财产处分自由,但是因赌博而处分财产不能拖累家庭(包括赌博者自己的家庭和其他参赌者的家庭)、危害社会,这就为财产处分的自由加上了控制阀。更重要的是为了避免上述情况的发生,赌博行为要在国家的监管之下,避免赌博受到赌场老板或其员工的操纵而致使行为人财产受损的情况出现。另一方面,法定犯赌博罪的确立就意味着存在合法赌博与非法赌博的区分,因此不仅要对非法赌博予以严厉打击,对于可能造成非法赌博法益侵害危险的实质预备行为,同样可以借鉴德国刑法中的有关规定,从而实现法益前置保护。

五、结语

从现代刑法发展的现实图景来看,引入和接受刑事政策的解读视角,代表着刑法理论研究范式的发展趋向,但是刑事政策本身作为政治的产物,其政策性和法律性的内在紧张关系始终存在。因而,对其法

治边界的扩张与收缩，必须关注对犯罪反应的正当性和有效性。^[18]正是在这个意义上，尽管在赌博犯罪治理中实现刑法的刑事政策化有其合理性与必要性，但一旦超越合理限度对于刑事法治而言无异于一场灾难。惩办与宽大相结合刑事政策执行中的重惩办、轻宽大的偏好，历次“严打”所体现出的重刑主义倾向都已在赌博犯罪治理的当下困境中暴露无遗。同样，刑事政策的刑法化也应该慎之又慎，作为社会规范中最为严厉的手段，刑法在应对纷至沓来的刑事政策之理念和主张时，还是应该保持相对中庸同时也更为务实的立场，谨慎应对因为法益保护前置理论、刑事犯罪的祛伦理化和功利主义思潮对赌博犯罪刑事立法带来的冲击。

参考文献：

- [1] 陈兴良. 刑法教义学与刑事政策的关系：从李斯特鸿沟到罗克辛贯通[J]. 中外法学, 2013(5): 974-1005.
- [2] 黎宏. 论“刑法的刑事政策化”思想及其实现[J]. 清华大学学报(哲学社会科学版), 2004(5): 42-48.
- [3] 陈兴良. 宽严相济刑事政策研究[J]. 法学杂志, 2006(1): 17-25.
- [4] 马克昌. 论宽严相济刑事政策的定位[J]. 中国法学, 2007(4): 117-122.
- [5] 陈兴良. 刑法的人性基础[M]. 北京：中国方正出版社, 1996: 388.
- [6] 董文惠. 也论刑事政策与刑法的关系——对“刑事政策是刑法的灵魂”论的质疑[J]. 云南大学学报(法学版), 2004(1): 66-69.
- [7] 姜涛. 刑事政策的价值回归：从过度功利到人性关怀[J]. 贵州社会科学, 2006(2): 92-96.
- [8] 张永红. 刑法的刑事政策化论纲[J]. 法律科学(西北政法学院学报), 2004(6): 62-70.
- [9] 邹兵建. 跨越李斯特鸿沟：一场误会[J]. 环球法律评论, 2014(2): 123-142.
- [10] 姚贝, 王拓. 法益保护前置化问题研究[J]. 中国刑事法杂志, 2012(1): 27-33.
- [11] 贾学胜. 赌博罪的法益求证[J]. 法治论坛, 2007(3): 82-88.
- [12] 西田典之. 日本刑法各论[M]. 刘明祥, 王昭武译. 武汉：武汉大学出版社, 2005: 280.
- [13] 梁根林. 预备犯普遍处罚原则的困境与突围[J]. 中国法学, 2011(2): 156-176.
- [14] 郑泽善. 刑法总论争议问题比较研究 I [M]. 北京：人民出版社, 2008: 100.
- [15] 哈伯特 L. 帕克. 刑事制裁的界限[M]. 梁根林, 等译. 北京：法律出版社, 2008: 261.
- [16] 劳东燕. 罪刑规范的刑事政策分析——一个规范刑法学意义上的解读[J]. 中国法学, 2011(1): 122-140.
- [17] 王五一. 博彩经济学[M]. 北京：人民出版社, 2011: 4.
- [18] 刘慧明. 冲突与平衡：和谐视野中刑事政策的法治边界[J]. 兰州交通大学学报, 2009(5): 79-82.

Analysis of criminal policy in the governance of gambling crimes in China

CHEN Guokun

(School of Law, Nankai University, Tianjin 300350, China)

Abstract: The relationship between criminal law and criminal policy has gradually become a hot issue among scholars of criminal law in China. But research on this issue eventually needs to be inspected by specific crimes. In the micro perspective of a specific crime, gambling crimes can be a good platform for investigation. In terms of the criminal policy of criminal law and in view of the current predicament in the governance of gambling crimes, we should recognize the objective existence of gambling, provide appropriate counseling path, and combine guidance with prohibition, which will reflect a theoretical breakthrough in the future governance of gambling crimes. As far as criminal policy of criminal law is concerned, proper adjustment should be made in criminal policies and thoughts which will exert impact on the occurrence of criminal legislation of gambling so as to cope with and solve the governance predicament through statutory crime of gambling instead of natural crime of gambling.

Key Words: gambling crime; temper justice with mercy; criminal policy

[编辑：苏慧]