



## 用互联网发布足球博彩信息牟利行为的定性问题（周强 朱妙）

**裁判要旨：**国家规定中是否明确规定了刑事责任条款，不影响认定非法经营罪。只要行为人主观上认识到其行为违反国家规定，客观上实施了非法经营活动，情节严重，符合非法经营罪构成要件的，即使该法律规定中未明确规定刑事责任条款，也应依法定罪处罚；反之，如果行为人确实由于客观原因未认识到其行为违反国家规定，且确无牟利的目的和非法经营的故意，即使违反了含有刑事责任条款的国家规定，也不应以非法经营罪定罪处罚。

**公诉机关：**上海市宝山区人民检察院

**被告人：**龚学飞

**案由：**非法经营

**一审案号：** 2002 宝刑初字第590号

### 一、基本案情

2001年3月，被告人龚学飞以群城公司（未经工商注册登记）业务部经理名义，与在线公司7135网站达成合作协议，先后向该公司申请了118998.COM、oufifa.COM、88TIPS.COM、558558.COM四个网络域名和空间，由7135网站予以服务器代理。嗣后，龚未经电信管理机构或信息产业管理部门许可，利用这些网站分别办了3个足球博彩网站，网页上主要提供意甲、德甲、法甲、英超等足球赛事胜负分析、赔率信息及球赛即时信息等。龚在主页上宣称：“不惜血本的专人驻扎欧洲，探秘假球内幕，每月巨额的信息购买，加上具有数年实战经验的夜猫子准确的分析，达致75%以上的胜率”。并多次在足球报刊上刊登“有内幕贴士”的足球猛料网广告。龚学飞采取入会付费及收取场次费的方式，每月收取会费1860元至2880元不等，收取场次费500元至900元不等。龚为经营上述网站，以其父母、妻子和本人的身份办理了13个银行账户，供会员缴费。2001年11月至2002年4月，龚的非法经营额达100万余元，除将部分钱款用于购买博彩信息外，还为自己购置了房产等。

另查明，被告人龚学飞揭发他人有非法经营犯罪行为，经查证属实。

### 二、控辩意见

2002年9月29日，上海市宝山区人民检察院以被告人龚学飞犯非法经营罪，向宝山区人民法院提起公诉。

被告人龚学飞对公诉机关指控的犯罪事实供认不讳。

龚学飞的辩护人认为，龚学飞有立功情节，且认罪悔罪态度较好，请求对龚减轻处罚并适用缓刑。

### 三、裁判

宝山区人民法院经审理认为，被告人龚学飞违反国家规定，从事非法经营活动，扰乱市场经济秩序，情节特别严重，其行为已构成非法经营罪，依法应予以处罚。公诉机关指控龚学飞的犯罪事

实清楚，证据确实充分，罪名成立。龚学飞揭发他人犯罪行为，具有立功情节，可依法减轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百二十五条第四项、第六十八条第一款、第七十二条、第六十四条之规定，判决如下：

1. 被告人龚学飞犯非法经营罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年，罚金七十万元；
2. 违法所得依法没收；
3. 在案作案工具依法没收。

一审宣判后，在法定期限内，检察机关未提出抗诉，被告人龚学飞没有提出上诉，判决已发生法律效力。

#### 四、裁判要旨

（一）认定非法经营罪，须以行为人违反相应的国家规定为前提，但并不要求法律规定中明确规定刑事责任条款。

国务院颁布并于2000年9月25日起施行的《互联网信息服务管理办法》（以下简称《办法》）第三条规定，经营性互联网信息服务，是指通过互联网向上网用户有偿提供信息或者网页制作等服务活动。第四条规定，国家对经营性互联网信息服务实行许可制度。第七条规定，从事经营性互联网信息服务，应当向省、自治区、直辖市电信管理机构或者国务院信息产业主管部门申请办理互联网信息服务增值电信业务经营许可证。申请人取得经营许可证后，应当持经营许可证向企业登记机关办理登记手续。第十九条规定，违反本办法规定，未取得经营许可证，擅自从事经营性互联网信息服务，由省、自治区、直辖市电信管理机构责令限期改正，有违法所得的，没收违法所得，处违法所得3倍以上5倍以下罚款；情节严重的，责令关闭网站。但该《办法》并没有关于实施上述行为情节严重的应当追究刑事责任的规定。本案中，龚学飞未经电信和信息产业管理部门许可，私自设立网站，向上网用户有偿提供足球博彩信息，违反了《办法》的规定。但因《办法》中无刑事责任条款，是否影响到对被告人龚学飞的行为以非法经营罪定罪处罚？换言之，认定非法经营罪，是否须以相应的国家规定中明确规定刑事责任条款为前提。

我们认为，国家规定中是否明确规定了刑事责任条款，不影响认定非法经营罪。刑法第二百二十五条规定，非法经营罪以行为人违反国家规定为必要条件，国家规定包括全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。其中有的规定了刑事责任条款，有的没有规定刑事责任条款。国家规定中规定刑事责任条款并不是构成非法经营罪的必备要件。从非法经营罪的构成要件看，只要行为人主观上明知其行为违反国家规定，就表明其明知行为的违法性，对一般人而言，违法行为对社会具有危害是一种常识，行为人明知行为会产生危害社会的后果，仍希望或放任危害结果发生，就具备了非法经营罪的主观故意。因此，只要行为人主观上认识到其行为违反国家规定，客观上实施了非法经营活动，情节严重，符合非法经营罪构成要件的，即使该国家规定中未明确规定刑事责任条款，也应依法定罪处罚；反之，如果行为人确实由于客观原因未认识到其行为违反国家规定，且确无牟利的目的和非法经营的故意，即使违反了含有刑事责任条款的国家规定，也不应以非法经营罪定罪处罚。

（二）对龚学飞利用互联网发布足球博彩信息牟利的行为，应以非法经营罪定罪处罚。

审理中，对于龚学飞的行为如何定罪处罚存在三种意见：一种意见认为，其行为构成赌博罪。另一种意见认为，龚学飞的行为构成偷税罪。第三种意见认为，被告人的行为构成非法经营罪。我们认为，首先，龚学飞的行为不构成赌博罪。从客观要件看，龚学飞发布的足球博彩信息中既有让球等赌博的内容，也有其他信息，仅凭这些信息并不足以组织赌博活动。事实上，多数会员获取信息后用于参与足球彩票竞猜而未从事赌博活动，因此，现有证据不足以证明龚学飞实施了组织或帮助他人赌球的行为。从主观要件看，现有证据也不足以认定龚学飞明知他人有聚众赌博的行为，而以收取入会费和场次费、提供赌球信息的方法帮助他人聚众赌球的故意，龚学飞的行为不符合赌博罪的特征。其次，龚学飞的行为也不构成偷税罪。根据我国刑法的规定，偷税罪的主体是纳税人，

即法律、法规规定的负有纳税义务和扣缴义务的单位和个人。龚学飞未经工商管理部门许可，私设网站进行营利活动，属非法经营的性质，在法律上不负有纳税义务，不符合刑法规定的偷税罪主体资格的要求，依法不能以偷税罪论处。再次，龚学飞的行为符合非法经营罪的特征。第一，龚利用互联网有偿向上网用户提供足球博彩信息牟利，是一种典型的经营行为；第二，根据规定，从事经营性互联网信息服务，应当办理经营许可证及登记手续并取得营业执照副本（网络版），龚未经有关管理部门许可，擅自提供经营性互联网信息服务，违反了《办法》的有关规定，属非法经营性质；第三，龚学飞未经有关部门许可，利用私设的网站有偿向上网用户提供足球博彩信息，经营额达100万余元，情节特别严重，严重扰乱了足球彩票市场的正常管理秩序，属于刑法第二百二十五条第四项规定的其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。虽然《办法》对违反规定情节严重的行为没有规定追究刑事责任，但这并不影响刑法规定自身的效力，原审法院对龚学飞以非法经营罪定罪处罚是正确的。

来源：华东司法研究网  
阅读：524次  
日期：2005-3-24

【双击滚屏】 【推荐朋友】 【评论】 【收藏】 【打印】 【关闭】 【字体：大 中 小】

上一篇：游伟在上海法官培训中心作职务经济犯罪主题讲座

下一篇：挪用由职工筹集的双退职工福利基金、双退职工互助储蓄金行为如何定罪（满京伟）

>> 相关文章

没有相关文章。

发表评论



- 尊重网上道德，遵守中华人民共和国的各项有关法律法规
- 承担一切因您的行为而直接或间接导致的民事或刑事法律责任
- 本站管理人员有权保留或删除其管辖留言中的任意内容
- 本站有权在网站内转载或引用您的评论
- 参与本评论即表明您已经阅读并接受上述条款

点 评：  
用户 名： 密 码： 发表