

麻将有罪？

——全国政协委员谈麻将娱乐与赌博的边界

本报记者 徐艳红



前不久,记者收到同学任某某咨询开棋牌室一事的信息。内容如下:老同学你好!我想咨询件事,我家饭店生意一直不错,有朋友提议,可否在我家饭店开个棋牌室。农闲时,大家也能聚在一起玩玩,这样,既有茶水喝,饿了还能有饭吃。但我担心既是棋牌室,就要提供茶水、瓜子之类的小吃,还要提供饭菜。如此一来,我自然要收费,但会不会被公安机关认定为是在开赌场呢?老同学,你知道我国法律对此是怎么规定的吗,或者你帮我问下,这件事我能干吗?

老同学的这个问题还真把记者给问住了!

麻将,是中国古代发明的一种博弈游戏,也是中国传统文化宝库中的一个重要组成部分。2017年4月,国际智力运动联盟宣布,麻将继桥牌、国际象棋、围棋、象棋和国际跳棋之后,正式成为第六个世界智力运动项目。

麻将运动在中国广大城乡十分普及,流行范围涉及社会各个阶层、各个领域,麻将运动的客观存在是当今社会任何人都无法回避的现实。

其实,麻将与赌博并没有必然联系。用好麻将,其独特价值堪称国之瑰宝。离退休的老同志,有闲暇时打上几圈,精神焕发;家庭里,逢年过节,举家团聚,打几圈麻将,洋溢着家庭的温馨与欢乐;而用不好麻将,拿它赌博,其罪恶程度几与吸毒无异。余华小说《活着》中的男主角福贵就是个因麻将赌博,将祖宗几代的心血输个精光的“败家子”。

可是,到底什么情况是小赌怡情?什么是赌博违法?什么情况下可以认定为开赌场?带着这些疑问,记者采访了几位从事法律工作的全国政协委员。

参与者构成犯罪是“开设者”构成开设赌场罪的必要前提

朱征夫(全国政协委员、中华全国律师协会副会长):麻将在我国源远流长,分为麻将娱乐和赌博。在《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》(以下简称

为《赌博解释》)第9条对麻将娱乐有明确规定,“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”。

而麻将赌博分为赌博违法和赌博犯罪两种,对赌博违法活动适用于治安管理处罚法给予行政处罚,对赌博犯罪则适用刑法303条给予刑事处罚。

刑法303条打击的是赌博犯罪。赌博犯罪分为赌博罪和开设赌场罪。赌博罪是指以营利为目的,聚众赌博或者以赌博为业。参与者构成犯罪是开设者构成开设赌场罪的必要前提。开设者提供空间或条件供参与者赌博,因为是否构成“赌博”是法律拟制的,如果法律不认为参与者的行为构成赌博,开设者提供的空间或条件就不能认定为法律意义上的“赌场”。

2006年刑法修正案(六)之前,“以营利为目的,开设赌场”的行为也定为赌博罪,但刑法修正案(六)之后,开设赌场罪从赌博罪中分离,单独设置,即“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”。也就是说,开设赌场罪的构成要件中不再需要“以营利为目的”。虽然实践中开设者一般都带营利为目的。

《赌博解释》是在刑法修正案(六)之前的2005年5月11日颁布施行的,因此,对于《赌博解释》,要结合刑法修正案

(六)及此后有关该条文的修正案来加以理解和适用。从表述的角度要采用“开设者”等中性词会更合适些,用“经营者”恐不能涵盖全部法条规定的犯罪主体。

“以营利为目的”是区别赌博罪与非罪的关键

吕红兵(全国政协委员、中华全国律师协会副会长、国浩律师事务所首席合伙人):我国刑法第303条规定了赌博犯罪的两个罪名:赌博罪和开设赌场罪。赌博罪客观上表现为聚众赌博或者以赌博为业。聚众赌博是指组织、招引多人进行赌博,本人(“赌头”)从中抽头渔利,不一定直接参加赌博。以赌博为业则是指嗜赌成性,一贯赌博,以赌博所得为其生活来源,社会上把这种人叫作“赌棍”。只要具备聚众赌博或以赌博为业的其中一种行为,即符合构成赌博罪的客观要件。

开设赌场罪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。

上述犯罪必须由行为人在主观上具备“以营利为目的”。“以营利为目的”是指行为人实施聚众赌博、开设赌场、以赌博为业的行为,是为了获取数额较大的金钱或者其他财物,行为人获取财物的方式,主要包括抽头渔利;开设赌场获取非法收益;直接聚赌获利。

“以营利为目的”是区别赌博罪与非罪的关键。行为人进行带有少量财物输赢的

娱乐活动,虽然主观上也有为了赢取少量财物的获利成分,但输赢并非追求目标,或者意义不大,主要目的是消遣、娱乐,则不属于“以营利为目的”。

另外,从实践中看,衡量赌博罪与非罪在执行上也同样不是太容易。比如赌资的累计计算、参赌人员的累计计算,到底是一次累计,还是所有累计?不少律师建议应该明确所谓的赌资累计不是多次赌资相加,而是单独一次活动中参赌人员的赌资相加。实践中的证据认定问题应当明确。

执法要有智慧,具体问题具体分析

李大进(全国政协委员、北京天达共和律师事务所主任):界定麻将娱乐和赌博违法、赌博犯罪在现实社会和司法实践中要注意三个方面概念和界限的清晰:

一是立法机关在立法中要把赌博犯罪、赌博违法用可以实操的概念和标准规定清晰,要让老百姓一目了然地知道这两种行为和生活中的麻将娱乐的区别,要让大家了解玩到什么程度是娱乐,而赌到什么程度就是违法,甚至是犯罪;

二是执法部门在法律规定如有界定不清晰、表达不太准确的情况下,要注意区别不同情况,根据情节后果、数额等实情准确到地执法,既确保法律的严肃性、权威性,也要考量社情民意。司法解释中规定的具体数额是量刑的标准,要结合个案准确适用;

三是在对赌博违法、赌博犯罪还是娱乐助兴等具体问题,要把法律和社情、亲情、友情等因素综合一起来考量;对于当事人的主观故意尤其要着重考虑,当事人聚集参与的目的究竟是什么?娱乐?赌个输赢?还是以此获取钱财?这些因主观故意不同的所为不但性质不一样,后果也会大不相同。判定的结果要合法也要合情,要让百姓和社会认同和服气。司法机关对这类案件要更多地以案释法,依法做出指引。老百姓丰衣足食,幸福感强了,居家或聚会搓麻玩牌等,呈现出来的是欢乐和安宁,带给人们的是愉悦、温馨,与赌博违法或犯罪,危害家庭及社会有着本质的区别,执法时需要做出甄别。

严厉打击赌博违法犯罪不能手软,让百姓安居乐业、快乐生活是严格执法的最终目标。

向无法“一键关闭”的电视开机广告说“不”

张学军

3月24日,由江苏省消费者权益保护委员会提起的全国首例“智能电视开机广告”消费民事公益诉讼尘埃落定。江苏高院终审驳回乐融致新电子科技(天津)有限公司(以下简称乐融公司)的上诉,维持了乐融公司侵犯消费者选择权和公平交易权应予整改的一审判决。(中国消费者报,2021年3月26日)

智能电视一开机就自动播放广告,还会通过互联网不断更新内容,且消费者无法“一键关闭”广告,这是众多消费者的共同经历。曾经,在荣耀新品发布会上,荣耀总裁赵明怒批此恶习:“消费者付费购买的硬件产品属于个人财产,强制性的电视开机广告不符合商业逻辑,无异于将电梯间的广告移到了用户家中。”

开机广告为何屡禁不止?利益驱使。乐视电视高管曾表示,仅乐视电视保有量的高开机广告一,每月收入超过1000万元。2017年乐视电视的开机广告售价甚至达到180万/天。对于厂商而言,每年电视开机广告带来的收入当以亿计。

惩罚太轻。广告法第44条规定:“利用互联网发布、发送广告,不得影响用户正常使用网络。在互联网页面以弹出等形式发布的广告,应当显著标明关闭标志,确保一键关闭。”广告法第63条规定,违反本法第44条的,责令改正,对广告主处5000元以上3万元以下的罚款。这与广告主的巨大收益相比,根本不值一提。

另外,值得关注的是,该条惩罚措施只针对广告主,而对广告经营者、广告发布者和互联网信息服务提供者等负责实施运营的主体却没有规定责任和处罚举措,如此举

措怕是难以撼动巨大利益驱使下的开机广告。

消费者权益保护法明确规定,消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受服务的真实情况的权利。很显然,智能电视开机广告无法“一键关闭”,并未事先告知,违反了广告法和消费者权益保护法,侵犯了消费者的知情权和自主选择权。

虽然,广告法第44条的规定形式上给予了消费者的自主选择权,实质上还是在给消费者及用户设置了义务,即必须手动关闭广告的义务,这客观上剥夺了用户的自主选择权,导致消费者无权绕开,无力规避,被迫接受。

为此,全国政协委员周世虹曾建议修改广告法第44条,理顺广大消费者和网络广告发布者、经营者的权利义务关系,改变广告发布和用户关闭的逻辑关系,可让广大消费者自主选择是否浏览广告。

不管怎样,商家都无权设置不可“一键关闭”的开机广告。江苏省消保委作为消费者保护组织率先提出了智能电视开机广告公益诉讼,可谓切中时弊,开风气之先。在消保委提起公益诉讼后,法院依法判决拒不纠正的生产厂家败诉。虽然只是部分地区的裁判,但在保护消费者的合法权益,倒逼智能电视行业健康有序发展方面,无疑有着典型的示范意义。未来,随着消费者维权意识越来越强,有关部门越来越重视,相信开机广告这一顽疾会得到彻底解决。



保证人追偿权那点事儿

石敏艺

保证人追偿权又称“保证人求偿权”,是指保证人在履行保证债务后,请求主债务人偿还的权利。当债务人或者金钱给付方不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时,债权人可以要求保证人承担保证责任,以确保债权人能够顺利实现债权。

案例:
当事人:法院为什么执行了我的财产?我又不是借钱人,只是替朋友做担保而已。

律师:您提供了什么担保?
当事人:我为朋友的股权转让做了连带责任的保证人,我朋友未给付全部股权转让款,法院把我列为被执行人,扣划了我的账户,并且通知我要拍卖我的房子。

律师:您提供的是连带责任保证,根据民法典第688条的规定,连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时,债权人可以请求债务人履行债务,也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。所以,虽然您不是债务人,但您提供的连带责任保证在法律上“等同于债务人”,债权人可以要求您承担相应的义务。

当事人:我已经履行了全部的义务,可怎么保护我的权利?
律师:根据法律规定,您承担了担保责任后可以在承担责任的范围内向债务人行使追偿权。首先,需要明确判决书的主文中首先有关于您对公司款项承担连带责任,以及您交付后,有权就您已交付的数额向某某追偿的判项。其次,明确您的权利主张在诉讼时效内。这样,就可以向债务人行使追偿权了。

当事人:追偿权怎么行使?是向法院起诉吗?
律师:要分两种情况,依据《最高人民法院关于经济审判庭关于生效判决的连带责任向债务人追偿问题的复函》(法经[1992]121号)的内容,“根据生效的法律文书,连带责任人代主债务人偿还了债务,或者连带责任人对外承担的责任超过了自己应承担的份额的,可以向原审人民法院请求行使追偿权。”《最高人民法院关于判决中已确定承担连带责任的一方向其他连带责任人追偿数额的可直接执行问题的复函》进一

步明确,法经[1992]121号复函所指的追偿程序,针对的是判决后连带责任人依照判决代主债务人偿还了债务或承担的连带责任超过自己应承担的份额的情况。案件涉及的生效判决所确认的某公司应承担的连带责任已在判决前履行完毕,判决书中已判定该公司向其他连带责任人追偿的数额,判决内容是明确的,可执行的。据此,可根据生效判决和该公司的申请立案执行,不必再作裁定。所以,首先您可直接申请执行,无须再提起诉讼。其次,您可直接向原审法院提起该程序。

当事人:我还承担了罚息、复利之类的,这在判决的时候还没有啊?
律师:根据最高院的复函,超过自己应承担的份额的部分仍然包含在这种程序中。

当事人:我还承担了律师费,这个可以行使追偿权吗?要是债务人“跑路了”怎么还我钱啊?
律师:一般来说,追偿权的行使内容还是以判决书的判项为主,针对不在判决书明确的范围内的损失,需要您另行起诉,是否获得法院的认可,要看双方对于律师费等相应的费用和损失的约定以及其他法律的相关规定,通过诉讼程序来认定是否支持您的请求。

律师提醒:追偿权的行使是每一个承担了保证责任的保证人“必然”要走的路。虽然最高法院通过复函对承担保证责任后追偿的问题给出了解决思路,但毕竟没有明确的法律规定,实践中还是有些差异。有些法院可直接申请执行,而有的法院要求另案起诉。对于管辖的问题,是依原审法院管辖还是依主合同管辖,不同的法院也有不同的态度。

为别人提供保证一定要非常审慎。无论是连带保证还是一般保证,即使法律规定了追偿权,也往往会遭遇债务人可能“跑路”的风险而难以收到执行款。实践中,我们发现老人、退休人员最容易为“朋友”提供保证,在审理阶段甚至到执行阶段才知道自己的账户被扣划或者房产即将被拍卖,最后的结果往往是“人财两空”。(作者系北京市盈科律师事务所中小企业法律服务中心律师)

北京四中院构建域外法律查明与适用体系

本报讯(记者 徐艳红)3月26日,北京四中院召开新闻发布会,向社会发布该院构建域外法律查明与适用体系,服务保障“两区”[即国家服务业扩大开放综合示范区、中国(北京)自由贸易试验区]建设的相关情况。该院完善相应案件域外法律查明与适用的规则,对域外法查明的原则、责任、途径、期限、标准、不能查明的情况认定以及裁判文书的撰写等内容作出了规范指引。

自2018年4月起,北京四中院集中审理北京市涉外商事案件,每年受理涉外商事案件近千件,其中依法需要适用域外法、涉及域外法查明的案件数量逐年攀升。

目前,除当事人委托或依职权委托专家查明外,该院还通过查询域外官方网站刊登的成文法律条文、公开出版的法学书籍以及本国已生效裁判文书等多种途径进行补充查明。在审理中明确了出具查明意见的法律专家除具有相应资质外,还应附有与案件当事人无利害关系声明,域外形成的专家意见还需要履行公证认证手续。法院对专家意见将从完整性、客观性、真实性及关联性方面进行审查。目前,该院已与中国政法大外国法查明研究中心等机构合作,不断拓展专业查明机构范围。

据介绍,实践中还存在因查明程序耗时长、费用高等原因对不能查明的认定较为宽泛,导致有的案件应该适用域外法律而没有适用的问题。对此,四中院秉持“充分努力原则”,告知负有域外法查明义务的当事人提交查明结果的合理期限以及法律后果。同时,案件承办法官在域外法查明中将穷尽查找途径,充分保障当事人法律适用的选择权。

此外,四中院依托今年1月在该院成立的北京法院国际商事纠纷一站式多元解纷中心,将“国际商事法庭域外法查明平台”嵌入其中,实现域外法查明申请、听证、开庭全流程线上操作,并将建立域外法律文本、案例数据库,为法官和中外当事人查明域外法提供了智能、便捷的服务。

投资理财,切勿轻视风险测评

周剑彬



购买银行理财产品前,银行都会要求进行个人风险能力测评。

风险测评是银行金融机构针对投资者的个人风险偏好和风险承受能力进行测评并综合评分,进而判断和推荐投资者个人适合的理财产品。测评结果分为保守型、稳健性、平衡型、成长型、进取型等五类,每种类型对应相应的投资理财产品。

作为投资者,应结合自身情况如实填写,如随意勾选,导致选择了与自身风险承受能力不相当的理财产品,最终的损失可能需自担。如果投资者已按要求完成了风险测评,银行仍推销与投资者风险测评等级不相符的理财产品,也可能要承担相应责任。

案例1:随意填风险测评,损失或自担

2019年5月,李某在客户经理推荐下,购买了一款理财产品,后该产品产生亏损,李某资金损失较大。李某称购买前已告知客户经理其不愿意承担高风险,就想“求稳”,故在进行风险测评时,随意勾选,最终确定为“进取型”。李某购买的是仅适合“进取型”投资者购买的理财产品,之后发生亏损,其遂诉至法院,要求确认其购买该理财产品的合同无效,银行需返还其全部理财资金损失。

银行则表示李某在购买该产品时已完成《投资者风险测评》并签字确认,对相应风险已向李某进行揭示,故购买该类型产品系李某的真实意思表示,银行对此无须承担责任。

法院认为,李某的风险测试结果为“进取型”,与案涉产品风险等级相符。合同中的约定合法有效,法院最终判决驳回了李某的诉讼请求。

案例2:推介高于风险测评的产品,银行或担责

2020年3月,张某到银行存退休金时,向客户经理咨询有无适合自己的理财产品。客户经理对张某进行了风险测评,张某的评估结果为“稳健型”。客户经理称有一款“进取型”理财产品,收益高,风险也没多大,劝说张某购买了该理财产品。后该产品出现亏损,导致张某损失12万元。张

遂将该银行诉至法院,要求银行赔偿所有理财损失。

银行辩称在购买该产品前已口头告知该产品是“进取型”,张某还是购买了,故应当自行承担投资风险和损失。

法院认为,银行在明知张某风险评估等级的情况下,仍将案涉的较高风险等级的理财产品推荐给张某,未尽到适当性义务,故判令银行赔偿张某的投资损失。

案例3:专业投资者购买高于风险承受能力产品或担责

吴某是金融从业人员且长期投资银行理财产品。其风险测评结果评定为“平衡型”。2018年7月,吴某主动申购了100万元“PR5高风险”基金理财产品,该产品申请书载明:“该产品非我行发行的理财产品……可能产生的风险,无法实现预期投资收益……投资风险由您自行承担。”该产品的风险等级明显高于吴某的风险承受能力,在吴某签署风险揭示书后,陆续收取分红6万元,在2020年申请赎回所有份额时,金额约为80万元,吴某起诉银行赔偿本金20万元及利息。

银行答辩称,吴某作为金融从业人员且长期投资银行理财,对理财产品的理解高于一般投资者,银行对相关风险已经在风险告知书明确载明,现吴某自己选择了“进取型”理财产品,故应当自行承担投资风险和损失。法院认为,案涉《资产管理合同》