

组建聊天群后提供棋牌类APP 供群内成员赌博构成开设赌场罪

□田永 何谊艳

【基本案情】

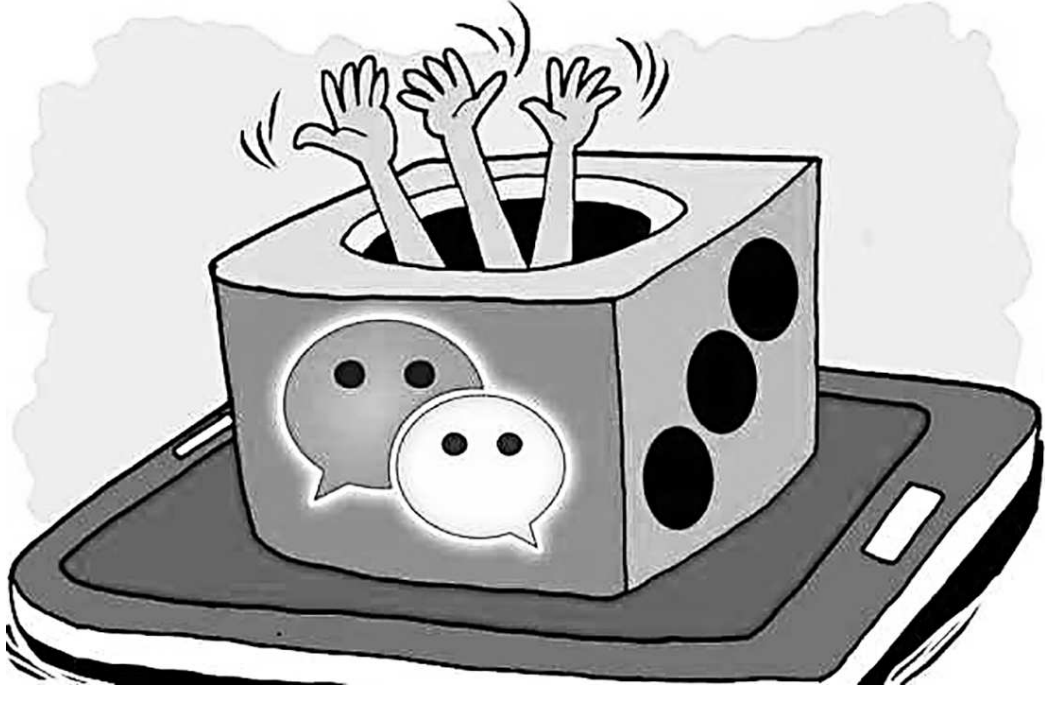
2018年5、6月份，倪某为非法牟利，在上海市青浦区利用“闲聊”交友软件建立“一元群”朋友圈，吸引100多人加入。倪某购买“一道麻将”游戏软件的“元宝”放入该聊天群，聊天群成员取用后即可链接到“一道麻将”软件打麻将，每局结束后按照输赢情况进行结算，由最大赢家付给倪某10元台费。倪某非法盈利共计数千元。

【安日】

行为人以牟利为目的招揽打牌人员建立聊天群,打牌人员在行为人担任代理的棋牌类 APP 上赌博,行为人每局向最大赢家收取台费系开设赌场行为,符合刑法第三百零三条第二款规定的,应以开设赌场定罪处罚。

【指控与证明犯罪】

下证进行重点审查：一是倪某拉人组建聊天群并进行管理的证据。倪某自己承认建立“一元群”的目的是专门用来为喜欢打麻将的人凑在一起打麻将提供方便的，采取的是类似传销的“人拉人”方式，同时几位群内参赌人员也证实他们相互之间并不认识，倪某作为群主负责管理，如果有人打牌输了不付钱倪某就会将其“踢”出群，并向其他人垫付相应钱款。二是赌博人员根据输赢情况在群内进行结算并向倪某支付台费的电子证据。根据公安机关从倪某及参赌人员手机中调



庭调查阶段，公诉人在法庭上出示了倪某聊天记录、充完从“一道麻将”游戏软件购买“充值元宝”的后台数据，以及参赌人员证言，对倪某抽头渔利情况进行核实。经审查，倪某组建专门用于打麻将的聊天群后，从“一道麻将”游戏软件购买“充值元宝”供群内成员利用该软件赌博，每局结束后其从最大赢家处收取10元台费，其行为符合开设赌场罪的构成要件，对倪某以开设赌场罪提起公诉。

讯问时，着重讯问倪某对聊天群进

提供给群内成员赌博并收取会费等情况。随后公诉人出示了三组证据：一是参赌人员的证言；二是“一元群”的聊天记录；三是倪某购买“充值元宝”的后台数据。

意见是：倪某本人喜欢打麻将，其组建聊天群的主要目的是和其他人一起在网上打麻将，其收取的台费是其购买“充值元宝”的成本，所以倪某的行为属于聚众赌博而非开设赌场。

针对上述辩护意见，公诉人主

1. *Journal of the American Medical Association*, 1997; 277: 1039-1043.

要从以下几个方面进行回答：第一，招揽赌博人员组建聊天群属于为赌博提供场所的行为。倪某组建专门用于赌博的聊天群，其本质是借助手机终端以及闲聊软件形成的、具有一定用户指向性的网络空间。空间分为现实空间和虚拟空间，虽然表现形式不同，但实质相同，都能够成为赌场的载体。而虚拟空间并非法外之地，利用其进行犯罪活动同样要承担法律责任。第二，倪某对该赌博群有实质的管理、控制。主要体现在这几个方面：明确规定在输赢超过 150 分的情况下，才由赢

钱的人支付每局 10 元的台费；如果输钱的人赖账不付钱的话，其会将该人“踢”出群，并垫付相应金额。其作为群主有权剔除可疑人员、邀请参群人员。第三，根据倪某购买“充值元宝”的后台数据及其本人供述，其购买一个“元宝”的价格是 0.3 元，而其卖给打麻将的人是每个 0.4 元，其已经从中牟利，因此其所收取的台费属于从赌资中抽头渔利。第四，倪某所建立聊天群成员有 50 多人，具有一定的规模，参赌人员也不固定，每个人都可以拉人进群。且持续时间有一个多月，并非赌博成员临时性、偶然性聚众赌博。因此从规模、场所、时间、公开性等方面综合来看，本案更加符合开设赌场犯罪的构成要件。

【判決結果】

2018年12月5日，上海市青浦区人民法院作出一审判决，以开设赌场罪判处倪某有期徒刑一年，并处罚金人民币二万元。后倪某未提起上诉，判决生效。

【興生忌父】

近年来,随着手机、平板电脑等移动通讯工具的普及,扑克、麻将游戏类 APP 因操作方便、玩法简单受到手机用户的喜爱,但与此同时,有些犯罪分子利用网络隐蔽性强、支付方便、不受时空限制等特点开展赌博活动。面对组织人员线上赌博这种新型案件,只要抓住其犯罪本质,即利用 APP 打麻将是否为赌博活动、被告人是否提供了赌博场所、是否具有持续性、规模性等几个方面的特点就能认定。

(作者单位:上海市青浦区人民

檢察院)

非法开通并使用他人花呗行为的刑法定性分析

☐ 周印敏 表到

随着移动支付工具的不断发展和普及, 支付宝、微信支付等支付工具的违法犯罪行为日益增多, 而基于移动支付技术和金融产品的复杂性, 此类利用移动支付工具侵害他人财产权益的行为在定性上始终存在争议。近来, 有些地方发生了行为人非法获取他人支付宝账号、密码后, 开通其中“花呗”功能加以消费、提现的行为。对此, 有观点提出花呗背后的资金来源公司属于金融机构, 花呗的本质属性是金融机构发放的一种小额信用消费贷款, 因而上述情形构成贷款诈骗罪。该观点着眼于花呗本质属性的研究思路是值得肯定的, 但是, 该观点在“花呗”功能的真实内涵上存在理解偏差, 认定贷款诈骗罪将严重影响罪名体系的完整性。

从合同内容上看, 一方面, 花

的资金提供者是重庆阿里小微小额贷款有限公司（简称蚂蚁小微小贷）与商融（上海）商业保理有限公司（简称商融保理），由蚂蚁小微小贷向用户提供仅限于日常消费用途的融资服务及分期功能，由商融保理为用户提供分期服务。两家公司的业务范围均有信贷业务且股

小贷)为蚂蚁金服业务集团(简称蚂蚁金服),根据相关法律法规规定,蚂蚁小微小贷及商融保理应被定义为“其他金融机构”。另一方面,根据蚂蚁金服的介绍,蚂蚁花呗是其推出的一款消费信贷产品,用户经由蚂蚁金服经过综合评估后被授信透支额度,开通成功后,本月消费金额下月付清。在具体操作上,用户付款时选择“花呗支付”并输入支付密码,即出现开通花呗页面,用户点击“确定并付款”即完成支付和花呗签约。也就是说,花呗实际是以支付宝为载体,在对用户网购情况、支付习惯、信用风险等综合考虑,通过大数据运算,结合风控模型,授予用户5000-50000元不等的消费额度。因此,花呗可以视为具有透支功能的信用产品。

呗的行为属于贷款诈骗不具有合理性,主要集中在,若认为通过花呗所得资金系通过签订贷款合同所获取的信贷资金,必然会造成刑法中贷款类罪名适用上的混乱。众所周知,为了规制滥用贷款的行为,我国刑法先后设立了高利转贷罪和骗取贷款罪,前者是指银行以以转贷牟利为目的,套取银行等金融机构的信贷资金;后者是指以欺骗手段取得银行或者其他金融机构的贷



法意义上金融机构贷款制度的侵害,那么势必会导致现实中高利转贷和骗取贷款行为的大量存在。也就是说,倘若花呗的使用者在获得花呗使用额度后,以高于花呗还款利率的利率将该笔数额转借给他人使用,违法所得数额较大的,应当以高利转贷罪追究刑事责任。同理,如果行为人的经济状况等因素

然,“欺骗”支付宝软件通过授信评估,获取花呗使用额度,情节严重的应当以骗取贷款罪追究刑事责任。显然,这两种行为的认定是不合理的,花呗的透支消费功能更接近于信用卡的一般功能。

实际上,盗用、冒用花呗的行

为应认定为利用支付宝侵犯财产的行为类型之一，可能构成信用卡诈

账户。花呗作为使用支付宝进行支付时可能采用的一种支付方式,与支付宝账户余额、余额宝资金、绑定银行卡资金等方式相并列,是支付宝支付功能得以实现的途径之一。而支付宝作为第三方支付平台,其内部所存储的资金本质来源和最终归属都与信用卡(包括借记卡)紧密相联,此时,支付宝可以视为一个金融账户。同时,侵犯支付宝内资金的过程都会涉及冒用账号和密码,如冒用、盗用花呗时,需要登录他人支付宝并输入支付密码,这一点又与信用卡账户高度相似。在移动支付环境下,应当对信用卡的实质内涵进行扩大解释,即应当包含具有特定关系的金融账户在内。所以,利用支付宝实施的侵权行为与利用信用卡实施侵权行为具有相似性,可以认定为非法获取他人信用卡资料并使用的信用卡诈骗罪。

综上所述,花呗应视为其他金融

机构以支付宝为载体推出的信贷产品，内嵌于支付宝软件内，是支付宝的支付方式之一。因而，盗用、冒用他人花呗的行为，应整体地视为利用支付宝实施的侵权行为，以信用卡诈骗罪统一适用为宜。

（作者信息：周伟敏，上海市长宁区人民法院庭庭长；袁野，华东政法大学刑法学博士研究生、上海市长宁区人民法院刑庭法官助理。）