

依据法益侵害准确区分“盲盒经营”与“开设赌场”



涂龙科 程嘉敏

盲盒是指一种外观包装相同、内部物品信息隐蔽,包含随机性奖励机制的商品,其经营日渐成为一种商业销售模式。然而,盲盒经营中的概率玩法在本质上是一种射幸行为,如果不加以限制,势必导致严重的非理性消费,尤其是对未成年人的危害极大。有鉴于此,我国市场监督管理总局于2023年发布《盲盒经营行为规范指引(试行)》,明确规定“盲盒经营者不得以盲盒名义从事或者变相从事赌博活动”。司法实践中,关于如何区分合法的盲盒经营与违法的开设赌场的问题往往存在较大的争议。笔者认为,赌博犯罪的社会危害性表现在赌博成瘾后给自身、家庭以及社会带来的不良影响,因此其规范目的是避免和预防赌博者的成瘾危险,从而维护公共秩序法益。为此,应当围绕赌博犯罪的法益,结合以下三方面审查准确区分盲盒经营与开设赌场:

一是审查盲盒经营者与消费者之间是否存在真实的商品交易。在盲盒经营中,消费者往往也会基于获取隐藏款或者较为贵重商品的心理反复购买,并且诉诸具备偶然性的概率玩法来达成自己的目的。可以说,消费者购买盲盒所支付的对价包括为中奖的机会下注,与赌博行为具有亲缘性。然而,如果盲盒经营者与消费者之间存在真实的商品交易,那么消费者追求并且获得的仍然是商品本身而不是获取经济利益的可能性。在此种经营模式下,由于消费者不能直接从概率游戏中收获经济利益,故不会诱发其因追逐经济利益而成瘾,因此仍然可以归入传统商品交易的范畴,不能将该经营模式认定为开设赌场。与之相反,如果盲盒经营者与消费者之间不存在实质的商品交易,例如经营者为消费者提供回购渠道,使得消费者在购



涂龙科

□赌博犯罪的社会危害性表现在赌博成瘾后给自身、家庭以及社会带来的不良影响,因此其规范目的是避免和预防赌博者的成瘾危险,从而维护公共秩序法益。

□司法机关应当根据赌博罪的不法本质,准确区分盲盒经营与开设赌场,在保障盲盒经营有序发展的同时打击赌博犯罪,有效避免和预防赌博成瘾危险。

买盲盒后可以将之折现为或虚拟或真实的货币从而继续购买盲盒,甚至消费者通过盲盒直接获得各种可以折现的虚拟物品,那么消费者实际上追求并且获得的便是商品本身而是博取大奖的机会。此种经营模式将诱发消费者产生通过概率玩法以较少的付出收获巨大利益的心理,从而促使其不断折现往复。此时,盲盒经营已经异化成为了开设赌场。此外,在司法实践中存在经营者并未向消费者提供盲盒的折现服务,但是用户自发形成了交易市场从而进行折现的情形。有观点认为,此种情形中的经营者只是向消费者提供了盲盒服务,属于中立的经营活动,在客观上不存在违法性,不应成立犯罪。笔者认为,如果经营者通过概率游戏使得其产品的流通价值远超本身价值,那么该经营模式在客观上就升高了消费者赌博成瘾的风险,由此便产生了消除该风险的义务;如果经营者明知该风险存在却怠于消除,那么盲盒经营就变性为开设赌场。

二是审查盲盒经营者是否承担正常的商业风险。在合法的经营活动中,经营者需要承担商业风险,而在非法的赌博活动中,庄家往往通过精密的计算确保自己“稳赚不赔”。因此,审查经营者是否承担正常的商业风险亦是区分盲盒经营和开设赌场的重要标准。

第一,如果经营者设置的盲盒商品价格与非盲盒销售的相同商品价格差距过大,那么该经营模式便不属于正常的商业行为,而是滥用消费者通过随机性“以小博大”偏好的非法营利行为。值得进一步明确的是,多大程度上的价格

差距才可以被认定为不承担商业风险。笔者认为,应当结合商品的生产成本和市场的供求状况,并且参考相同商品在市场上的流通价值综合认定参考价格。若盲盒商品价格与参考价格之间的差距大到足以使得社会中一般人认为有利可图并且值得不计成本地购入,则可以认定该经营模式的概率玩法跨越了合法商业行为的界限。

第二,如果经营者设置不合理的盲盒抽取概率,或者人为操纵变动盲盒抽取概率,也应当认定其不承担商业风险。在传统的商品交易中,经营者获得的利润来源于商品的进销差价,并且该利润受市场供求关系的影响而波动。但是在非法的赌博活动中,庄家的收益来源于概率的设置,只要控制好赔率与抽成之间的比例,且始终存在大量的消费者参与赌博活动,便能实现稳定的收益。有鉴于此,在盲盒经营中设置不合理的概率玩法的同时,引诱消费者多次消费、冲动消费的行为便属于通过赌博抽成而非商品销售获利。事实上,《盲盒经营行为规范指引(试行)》中明确规定,经营者有义务向消费者公示抽取盲盒的规则与概率等,并且应当建立相应的概率抽检机制自觉接受社会监督,不得通过后台操纵改变抽取结果、随意调整抽取概率等方式变相诱导消费。

三是审查盲盒经营者是否具有诱使消费者赌博成瘾的不法目的。我国刑法理论认为,成立赌博罪要求行为人具有“以营利为目的”这一主观要素。然而,在盲盒经营中通过概率玩法吸引消费者多次重复购买从而赚取经济利益是

所有经营者的共同目的,不能仅仅以此便将其认定为开设赌场。笔者认为,应当根据赌博罪的保护法益对营利目的作限缩解释。质言之,只有经营者具有通过诱使消费者赌博成瘾来营利的不法目的,才能认定其存在构成开设赌场的空间。反之,如果经营者只是希望利用概率玩法来吸引消费者购买商品,并不具有直接利用赌博活动来谋利的目的,那么即使其在客观上升高了消费者赌博成瘾的风险,也不宜认定为开设赌场。同时,在司法实践中应当根据个案中经营者的具体商业模式综合判断其是否具有不法目的。一方面,如果经营者放任消费者无限制地参与概率玩法,或者以各种形式直接或间接地从概率玩法中抽头渔利,原则上就应当推断其具有不法目的;另一方面,如果经营者积极限制消费者参与概率玩法的次数与程度,尤其是采取充分的监管措施避免消费者参与赌博活动的,原则上便不宜认定其具有不法目的。当然,上述通过经营者的客观行为来推断其主观目的的认定方式属于法律适用过程中的推定,其正当性来源于客观行为与主观目的之间的常态关联性,司法机关对此应当结合具体案情审慎判断其是否属于例外情形,同时应当允许行为人进行反驳。

盲盒经营作为一种新销售模式,同时受到了经营者和消费者的追捧,尤其在当下的互联网时代具有显著的经济活力与价值。然而,无序的盲盒经营也会带来巨大的社会危害性,其概率玩法带来的涉赌风险更令人担忧。根据社会学以及心理学的研究,长期反复地参与赌博活动容易导致赌博成瘾,使得赌博者难以限制在赌博上花费的金钱或时间,往往需要用越来越多的资金参与赌博才能获得预期的刺激,并且在尝试减少或停止赌博时会感到焦躁不安,不仅对其个人与家庭造成不良影响,也会为社会增添不稳定因素。对此,司法机关应当根据赌博罪的不法本质,准确区分盲盒经营与开设赌场,在保障盲盒经营有序发展的同时打击赌博犯罪,有效避免和预防赌博成瘾危险。

(作者分别为上海社会科学院法学研究所副所长、研究员,科研助理)



关向生

1月19日召开的全国检察长会议强调,坚持党对检察工作的绝对领导,坚持大局为重、民生为大,坚持法律监督主责主业、高质效办案本本源,树立和践行正确政绩观,深化做实高质效办好每一个案件。党的二十届四中全会明确提出“坚持党的全面领导,坚持高质量发展,以全面从严治政为根本保障,推动经济实现质的有效提升和量的合理增长”,为检察工作指明了方向。最高人民法院院长李国光强调一体抓实业务管理、案件管理、质量管理“三个管理”,正是检察机关贯彻落实全会精神、实现检察能力现代化的核心路径。各级检察机关需以政治建设为统领,以质效协同为目标,将“三个管理”贯通融合、一体推进,切实把“高质效办好每一个案件”的要求落到实处,让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

以政治为引领,筑牢业务管理根基。业务管理的核心在于立足政治属性、统筹质效协同,确保检察工作始终与党和国家中心工作同频共振,这就要求检察机关必须跳出“就业务谈业务”的局限,将业务管理置于服务大局的宏观视野中谋划。

把党的领导贯穿业务管理全过程。坚持“首先从政治上看”,把坚持党中央集中统一领导,与深化习近平法治思想的检察实践结合起来,理清工作思路,制订具体方案,确保党的路线方针政策在检察环节不折不扣执行,切实维护国家政治安全、社会稳定、人民安宁。严格落实“第一议题”制度,通过党组理论学习中心组学习、政治轮训等多元形式,持续强化检察人员“从政治上看”的思想自觉与行动自觉,在业务决策中同步考量政治要求与法律准绳,确保履职办案既符合业务法律规范,又体现党和人民的根本立场。

推动“粗放式管理”向“精准化管理”转型。一方面,打破单一业务壁垒,构建“业务+队伍+政务”三维协同体系,将党建工作与业务管理深度融合,通过党建业务融合品牌创建、临时党支部组建等方式,把党组织的政治优势转化为业务发展优势;另一方面,优化考核评价导向,摒弃“唯数据论”,建立高质效办案评价标准体系,重点关注案件办理的合规性、公正性与群众满意度,引导检察人员回归法律监督主责主业、回归高质效办案本本源。

压实“全员参与”管理的责任链条。明确检察长、检委会的宏观决策责任,办案部门的自我管理责任,案管部门的专门监督责任,形成“上下联动、左右协同”的管理网络。检察官作为办案第一责任人,既要提升专业素养,更要强化自我监督,主动将案件办理纳入政治考量与质效评估框架;检务督察、政工等部门需同步做好司法责任追究与干部人事管理,确保“谁办案谁负责、谁决定谁负责”机制落地见效。

以全流程为抓手,提升案件管理质效。案件管理直接关系到每一个具体案件的办理质量和效率,这就要求检察机关必须以全流程、精细化的案件管理,确保司法办案规范高效,为经济社会发展提供坚实法治保障。

全流程跟进监督,织密“闭环管理”网络。流程监控需覆盖案件从立案到结案的全生命周期,重点加强对对立案前期、涉案财物处置、信息公开等关键环节的常态化预警,及时纠正超期办案、程序瑕疵等问题。构建日常监控、重点监控、专项监控多层次体系,对类案程序性问题开展日常巡查,对敏感案件、异常数据开展重点核查,对食品药品、生态环境等重点领域开展专项督导,实现监管无盲区、无盲区。同时,推动监控成果成果转化运用,通过定期通报、回头看等机制,杜绝同类问题重复发生,切实管好每一个案件。

高质量分析研判,破解“业务症结”难题。落实最高检“一取消三不再”要求,不是弱化数据,而是要深化数据分析的深度与广度。建立“月度通报+年度研判”机制,聚焦犯罪态势、诉判不一、量刑建议调整等重点问题,结合本地经济社会发展实际,分析业务数据背后的趋势性、苗头性问题。例如,针对帮助信息网络犯罪活动案件激增的情况,需联合公安机关、法院“联合会诊”,既研究个案法律适用,更提出源头治理建议,推动“办理一案、治理一域”。同时,通过实时数据监测、动态预警,实现“抓前端、治未病”,提升业务管理的前瞻性。

一体化综合履职,释放整体效能优势。针对案件跨领域、跨部门的特点,构建“横向统筹、纵向联动”的协同机制,即横向打破部门壁垒,建立跨业务条线的协同办案团队,推动“四大检察”融合履职,如办理公益诉讼案件时,同步联动刑事、民事检察力量,实现一案多查;纵向畅通上下级院协作渠道,完善请示报告、线索移送、资源共享机制,针对重大疑难案件开展跨区域联动办案,提升监督精准性。此外,优化综合履职模式,对涉及多个业务领域的案件,整合各部门优势资源,避免单打独斗,确保案件办理全面高效。

以严标准为保障,守住质量管理底线。质量管理是维护司法公信力的生命线,这就需要检察机关通过严格的程序管理,规范检察权运行,确保司法办案经得起法律、人民和历史的检验。

构建“三位一体”评查体系,提升办案质效。建立“检察官自查+业务部门检查+案管部门评查”机制,将质量检查贯穿办案全过程。检察官在案件办结后开展自我检视,重点核查证据采信、法律适用等核心环节;业务部门定期组织交叉检查,针对倾向性问题开展专项评查;案管部门牵头开展全面抽查与重点评查,通过“查检通”等智能化系统筛查瑕疵,对重大案件、舆情案件启动复盘程序。同时,明确评查等次标准,将事实认定、程序规范、文书说理等作为核心指标,既“挑问题”也“造精品”,推动案件质量整体提升。

完善多维度评价机制,树立正确导向。贯彻“把‘有质量的数量’和‘有数量的质量’统筹在更加注重质量上”的要求,在准确把握履职办案特点和规律基础上,积极探索、分类构建检察机关高质效办案的规范体系,涵盖法律效果、政治效果、社会效果。在质量维度,关注当事人权益保障、类案裁判一致性;在效率维度,考量审结周期合理性、环节精简度;在效果维度,引入群众满意度调查、案件回访机制等,推动检察工作从办案合格率向群众认可度转变。

强化人才支撑与责任追究,增强履职实效。案件质量归根结底取决于检察人员的素质与担当。一方面,构建分层分类的人才培养体系,通过岗位练兵、跟岗学习培养综合型检察人员,依托“导师制”“传帮带”加速青年干警成长,与高校共建研究基地培育专家型人才;另一方面,健全“管业与管人相结合”的责任机制,将评查结果与检察官入职、晋职晋级、惩戒问责直接挂钩,对屡纠屡犯的问题,区分情节适用提醒谈话、批评教育、诫勉等措施,实现“有权必有责、有责必担当、失责必追究”,推动检察权公正、规范、高效、廉洁运行。

(作者为陕西省洛川县人民检察院检察长)

突出政治引领强化质效协同 做实『三个管理』

高质效办理倒卖文物案件的四个审查要点



罗琦 刘勐

倒卖文物罪是指以牟利为目的,倒卖国家禁止经营的文物,情节严重的行为。司法实践中,笔者发现,在办理倒卖文物案件中,存在对涉案文物来源非实质性证明程度不够、对文物鉴定评估报告实质性审查不足等问题,由此造成倒卖文物刑事犯罪与文物经营行政违法行为界限的模糊,不利于对文物交易不法行为构建层次化的打击和防范体系。

准确认定“国家禁止经营的文物”范围,强化文物来源合法性审查。2015年12月30日,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害文物管理等刑事案件适用法律若干问题的解释》第6条规定,“出售或者为出售而收购、运输、储存《中华人民共和国文物保护法》规定的‘国家禁止买卖的文物’的,应当认定为刑法第三百二十六条规定的‘倒卖国家禁止经营的文物’”。因此,司法人员对倒卖文物案件中“国家禁止经营的文物”范围的理解应结合文物保护法等前置法律规范展开。

文物保护法从两方面规定了文物“合法收藏”和“禁止买卖”的法律界限。第67条正向规定了公民、组织可以合法取得和收藏文物的5种方式,具体包括依法继承或者接受赠与,从文物销售单位购买,通过经营文物拍卖的企业购买,公民个人合法所有的文物相互交换或者依法转让,以及兜底性的第5项“国家规定以外的其他合法方式”。同时,第68条反向规定了禁止买卖的文物范围,包括国有文物,国有不可移动文物中的壁画、雕塑、建筑构件等,非国有馆藏珍贵文物,国务院有关部门通报或者公告的被盗文物,外国政府、相关国际组织按照有关国际公约通报或者公告的流失文物等5种情形。尤其需要注意的是,2024年11月8日修订文物保护法时,将“禁止买卖文物”的范围由4项调整为5项,并将原文物保护法中兜底性的第4项“来源不符合本法第五十条规定的文物”调整为与“国务院有关部门通报或者公告的被盗文物”并列规定,因此,对该兜底性规定的理解,应指文物的来源达到了与法条列举情形相当的不法程度。

因此,文物是否属于“国家禁止经营的文物”与文物系一般文物、珍贵文物等文物等级并无关联,而是与文物来源是否合法息息相关。由于司法实践中



罗琦

□文物保护作为一项综合性和系统性工程,司法者更应在打击文物交易不法行为中加强刑事司法与行政执法的衔接,注重发挥行政机关保护文物的主体责任,按照法益侵害程度和社会危害性的不同,精准构建对文物交易不法行为的分层惩治体系。

文物鉴定评估报告一般只对文物的真伪、年代、等级等内容进行鉴定,难以对文物是否系“出土文物”,“国家禁止买卖的文物”等事项进行鉴定,因此,涉案文物是否系“国家禁止买卖的文物”等文物来源合法性事项仍需司法者综合在案证据进行认定。具体而言,司法者应综合涉案文物交易价格、次数、场所,文物来源和外观形态等客观证据,以及行为人既往从业经历、认知状况等主观供述进行主客观相一致的认定。反之,如果司法机关未能收集证实行为入明知涉案文物系盗掘的地下文物或者公告被盗、流失等文物来源不合法的证据,则应作出有利于行为人的认定。

实质审查文物鉴定评估报告,构建文物案件证据印证链条。文物鉴定评估报告是文物鉴定评估机构组织鉴定评估人员,运用考古学、历史学等专门知识或者科学技术手段,对文物真伪、年代、等级等专门性问题进行的鉴别和评估,其在文物犯罪案件定罪量刑中发挥着关键作用。文物鉴定评估报告作为一种特殊且专业性较强的“准鉴定意见”,司法实践中亦多将其归入“鉴定意见”法定证据种类,并按鉴定意见的证据标准进行审查。但相较于其他类型的鉴定意见,文物鉴定评估报告很大程度上依赖鉴定人个体的学识储备和主观经验,易造成鉴定结论的差异化,也增加了司法审查的难度。

在此背景下,司法者首先应强化对文物鉴定评估报告的形式审查,审查涉案评估机构是否具有国家文物局指定的文物鉴定评估资质,鉴定评估人员是否具备鉴定资质,鉴定评估活动是否符合程序要求和标准规范,以解决文物鉴定评估报告的证据资格问题。另外,根据刑事诉讼法规定,“鉴定人进行鉴定后,应当写出鉴定意见,并且签名”。对于司法实践中基于保护鉴定人等原因出现的仅由鉴定评估机构法定代表人、负责人签字并加盖鉴定公章,欠缺鉴定人签名的文物鉴定评估报告,亦不应因欠缺签名等形式瑕疵而径行否定其证据资格,可通过组织当事人进行庭外查阅、核验鉴定机构鉴定人签名存档记录等方式补强证据效力。

除此之外,文物鉴定评估报告的专业性往往容易导致有的司法者放弃对该种证据的审查和甄别等司法权力,更难以对此类证据的证明力进行实质审查。笔者认为,文物鉴定评估报告只是刑事诉讼的一种证据,更非唯一证据,刑事诉讼作为一项回溯性的证明活动,司法者应将文物鉴定评估报告置于整个案件证据体系中,结合行为人供述、交易价格等其他在案证据审查其合理性,检验文物鉴定评估报告内容能否与其他证据形成互相印证的证明程度,进而形成证据锁链,确保事实认定的准确性。同时,文物鉴定评估报告的科学合理性及鉴定机构的层级高低并无必然关联,司法实践中应将文物鉴定评估报告结论及时告知当事人,以保障当事人申请补充鉴定、重新鉴定等诉讼权利,发挥诉讼程序在查明案件专业性问题上,以及提高文物鉴定评估报告采信度等方面的独特价值。

合理区分倒卖文物罪既遂未遂,实现打击文物犯罪与保护文物并重。倒卖文物并非“倒”和“卖”的机械累加,而是由修饰语“倒”和中心语“卖”组成的偏正结构,“倒”是指倒手,强调交易的转折过程,而“卖”是指出售,强调交易的牟利目的,倒手只是出售的一个前置环节或步骤。立法者使用“倒卖”这一略含贬义而非中性的“买卖”或者“交易”等词语,也体现了对倒手出售文物的一方而非买卖双方否定性评价,通过打击后端倒卖文物行为,降低利益驱动下文物盗掘、盗窃等前端违法犯罪行为,进而实现保护文物的目的。因此,倒卖的核心要义仍需考察行为人是否具有出售牟利等主观目的,但行为入最终牟利目的是否实现不影响该罪成立,出售或者为出售而收购、运输、储存国家禁止经营的文物,均属于倒卖文物罪的犯罪表现,行为人以出租、抵押、质押等为名行倒卖之实,将文物置于流失的风险之中,亦可认定为倒卖行为。

倒卖文物的过程必然包含对文物的收购、运输、储存等前期流转或者预备行为,但行为人在倒卖未开阶段实施的不同行为对文物管理秩序法益侵害的程度是不同的。忽视倒卖文物不同发展阶段的行为对文物管理秩序法益所造成的

现实、紧迫危险的区别,也容易反向诱导行为入认为,既然出售与否均认定为犯罪既遂,则不如在收购文物后将文物及时出售牟利,不仅不利于涉案文物的追缴保护,也无法体现法律的正向引导价值。因此,司法者应综合考量行为入具体倒卖行为所处不同阶段对文物管理秩序法益侵害的程度,合理认定倒卖文物犯罪形态。对于倒卖文物犯罪未遂者,综合行为入犯罪手段、涉案文物追缴、认罪认罚等因素因素对行为入是否从轻、减轻以及具体的从轻、减轻幅度,实现罪刑相适应,从而将惩治倒卖文物犯罪与追缴保护涉案文物有机结合,更好实现文物犯罪的立法目的。

分层惩治文物交易不法行为,形成行政与司法保护文物合力。文物具有特定的历史、艺术和文化价值,属于不可再生的文化资源,文物亦属于具有较高商业流通价值的特殊商品,我国对文物交易进行严格管理和限制经营,而非绝对的禁止流通。文物保护法第66条规定“国家鼓励公民、组织合法收藏,加强对民间收藏活动的指导、管理和服务”。国家尊重公民对文物的私人所有权,对于公民传承有序、合法收藏的文物,其依法转让流通亦受法律保护,但禁止买卖国家禁止交易的文物。而公民个体之间文物的“依法转让”,既包括无偿赠与、继承等方式,也包含有偿的出让、售卖等行为,不应因行为入具有牟利目的就认定其属于倒卖文物违法犯罪行为。但我国对于文物商业性经营行为实施许可制度,文物保护法第70条规定“文物销售单位应当取得省、自治区、直辖市人民政府文物行政主管部门颁发的文物销售许可证”,第89条还专门规定了对于“未经许可擅自从事文物商业经营活动”的相关行政处罚措施。因此,对于行为入未经许可从事国家限制买卖的文物交易等商业经营活动的,可由文物行政部门依法给予行政处罚,扰乱市场秩序,情节严重的,还可通过非法经营罪进行刑事规制。

总之,对倒卖文物的打击重点在于通过惩治以非法手段取得文物后的交易行为,进而达到遏制上游盗掘、盗窃文物犯罪等目的,而一般文物交易不法行为则是针对现有文物交易管理制度等行政秩序的违反。文物保护作为一项综合性和系统性工程,司法者更应在打击文物交易不法行为中加强刑事司法与行政执法的衔接,注重发挥行政机关保护文物的主体责任,按照法益侵害程度和社会危害性的不同,精准构建对文物交易不法行为的分层惩治体系。

(作者分别为江苏省南京市秦淮区人民法院检察长、二级高级检察官,第二检察部副主任)