

# 赌博时从中“抽红”获利的行为如何定性?

**双河讯** 近日,家住呼和浩特市托克托县的郭某某得知朋友王某某家中有人在打牌,于是便来到王某某家。同时孙某某、胡某某、梁某某等人也来到王某某家中,以“推对子”的方式进行赌博,参赌人员每次可押50元至上不封顶的赌资,郭某某以每玩两次的方式,从赌桌上“抽红”50元。第二天,参赌人员将赌博场所迁至郭某某家中,继续以“推对子”的方式赌博,郭某某还是以每两盘的方式,从赌

桌上“抽红”50元。郭某某两次共从中抽取红利3000余元。

## 分歧意见:

对郭某某利用他人赌博从中抽红获利的行为应如何定性,存在以下分歧意见:

第一种意见认为,郭某某以营利为目的,聚众赌博以抽红的方式从中营利,应认定为开设赌场罪。

第二种意见认为,郭某某在他人赌博过

程中,以抽红的方式从中营利,应认定为赌博罪。

## 检察官说法:

二者的区别主要在于:赌场就是专供赌博的场所,具有专门性、稳定性的特点,因营业的需要,一般具有较为固定的地点和场所,该地点和场所在短时间内不会变化。而且对赌场而言,即使暂时没有赌博活动,仍不改变其赌场的性质。

对于聚众赌博的场所,则具有随意性、随机性、临时性的特点,是参赌者为进行赌博活动而临时选择的地方。有的是在临时租赁、借用他人的房屋或者自己的家中进行,有的是临时在宾馆里开房间进行,有的甚至在公共场所进行,即酒店、旅馆、宿舍等都可以成为赌博的场所。赌博活动结束后,其仍是一般的场所。

由此可以看出,本案中郭某某的行为应认定为赌博罪。(计德宝)

## 法官提示

### 未签订书面劳动合同 是否存在事实劳动关系?

**薛家湾讯** 近日,鄂尔多斯市准格尔旗人民法院审监庭成功化解了一起劳动合同纠纷案件,经过办案法官耐心细致的调解,双方当事人达成和解协议。

张某甲、张某乙系死者张某的父母,2017年,张某在去某化工公司上班途中遭遇交通事故死亡。之后,张某甲、张某乙将某化工公司诉至法院。据二原告陈述,其子张某在被告某化工厂区内设置的加油机上负责加油工作,未与被告某化工公司签订书面劳动合同,仅工作10日,未领取过工资,被告某化工公司对雇佣张某的事实不予认可。

办案法官详细了解事实经过后,明确了本案的主要争议焦点为劳动合同关系是否成立。本案中,张某未与被告某化工公司签订书面劳动合同,应审查是否存在事实劳动关系,参照《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发[2005]12号)第一条规定:用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同,但同时具备下列情形的,劳动关系成立。(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳

动;(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。二原告提供的证据无法证明张某系被告某化工公司安排从事劳动,受被告某化工公司统一管理,其工作内容亦不属于被告某化工公司业务组成部分,且被告某化工公司亦未向其发放工资和缴纳社会保险,故原告方在此次诉讼中因举证不利处于弱势地位。办案法官考虑本案的实际情况,从情、理、法角度层层分析,耐心细致地做双方当事人思想工作,最终,促使双方达成和解协议。

## 法官提示:

1.劳动者一旦被用人单位录用后,应积极争取与用人单位签订书面劳动合同,对工作地点、工作内容、劳动合同期限、工作时间、休息休假、劳动报酬、社会保险等内容进行明确约定,切实维护自身权利。

2.劳动者日常劳动过程中,应注重收集有效证据材料,如工资条、工作证、劳动合同、工资清单(或银行流水账单)、服装押金收据等劳动关系证明材料,防止双方一旦发生争议,劳动者处于诉讼不利地位。

3.对于入职时间较短、未签订劳动合同的劳动者,应完成初步的举证责任,证明存在事实劳动关系,证据通常包括工作证、工

作制服、工资清单(或银行流水账单)、服装押金收据和其他劳动者的证言等,一旦完成初步举证责任,举证责任发生转移,法院应要求用人单位举证排除劳动关系的存在,一般要求用人单位提供职工花名册、工资支付记录、缴纳社会保险记录等情况,以便供法院参考,审查双方是否存在事实劳动关系。

4.劳动者在诉讼过程中,应准确区分劳动关系和劳务关系,以便进行有效诉讼,切实维护自身合法权益。二者的区别如下:

## (1)工作内容不同

劳动关系具有稳定性、持续性的特征,劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分;劳务关系多为临时性工作,一般是以完成特定工作为目的。

## (2)酬劳计算方式不同

劳动关系中,工资一般以固定周期计算,周期内工资计发相对稳定;劳务关系中,劳务费一般以完成一定工作量作为依据,核算方式由双方当事人协商确定。

## (3)是否具有人身隶属性。

劳动关系中,用人单位与劳动者之间存在管理与被管理的人身隶属性;劳务关系中,双方均为平等主体间的财产关系。

(董成香)

## 民警提示

### 在人行横道上停车属交通违法行为

**呼和浩特讯** 近日,张某在呼和浩特市海拉尔东路大街驾驶小客车跟车行进时,占压人行横道停车,被交警罚款100元。张某觉得他是在跟车行进中占压人行横道,不是故意行为,所以不服交警处罚,随后,向呼和浩特市公安局交管支队法制科申请行政复议。

随即,法制科有关人员给予了张某答复,根据《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》第五十三条第2款明确规定,机动车在遇有前方机动车排队等候或者缓慢行驶时,不得在人行横道、网状线区域内停车等候,对违反这一规定的,依据《中华人民共和国

道路交通安全法》的规定,处100元罚款。

## 民警提示:

这样规定的目的,是为了保护在人行横道过马路行人的先行权和通行权。按照交通安全法律、法规规定,行人横过机动车道,应当从人行横道通过。同时规定机动车行经人行横道时,应当减速行驶;遇行人正在通过人行横道,应当停车让行。行人在人行横道内通过道路,具有优先通行权,如果机动车停车时占压了人行横道,行人就无法通过。这对行人的路权是一种侵害,存在一定的安全隐患,同时也是一种不文明和不道德的交通行为。(马洁)

## 法官说法

### 当事人被宣告死亡后 亲属是否可以请求养老院给予赔偿

**察素齐讯** 蔡某原住呼和浩特市土左旗北什轴乡麻合理村,一生未娶,无儿无女。之后,蔡某的侄子将蔡某送入某敬老院,并缴纳了1500元的供养费。某天,蔡某在察素齐镇看戏后未归,虽经多方寻找,终归没有下落。

2014年11月20日,蔡某的侄子向土左旗人民法院申请宣告伯父死亡,法院经审理,判决宣告原告的伯父蔡某死亡。原告的父亲与伯父蔡某系同胞兄弟,因原告的父亲也已去世,伯父又无子女,故原告代向法院申请宣告死亡并起诉。请求判令被告某敬老院赔偿原告死亡赔偿金152900元(30594元×5年),抚慰金50000元。在审理

过程中,经法院多次组织调解,最终达成和解协议,并已全部履行。

## 法官评析:

本案是关于生命权纠纷的案件,主要的争议焦点是一方当事人被宣告死亡后,是否可以请求养老院赔偿其死亡赔偿金。宣告死亡是指自然人下落不明达到法定期限,经利害关系人申请,人民法院宣告其死亡的法律制度。宣告死亡将产生终止失踪人已发生的相关法律关系,财产继承开始、失踪人的婚姻关系消灭、失踪人的子女可以送养等法律后果。但宣告失踪人死亡,毕竟是法律的一种拟制制度,其实质是对失踪人“已经死亡”之拟制事实的认定,被宣

告死亡的人有可能并未死亡。民法上设置宣告死亡制度的目的,在于结束长期失踪人所涉及的法律关系的不稳定状态,保障利害关系人的利益和社会生活秩序。而如果对于长期失踪的人遗留的法律关系不予以法律上的了结,则利害关系人和社会生活秩序又将遭受损害。由此,两相权衡,宣告死亡制度更侧重于维护生存者的利益。故宣告死亡应当产生与自然死亡完全相同的法律效果。因此,在本案中,养老院因制度及设施的不完备,并且在管理过程中也存在一定的疏忽,因此养老院应当对原告给与一定的补偿。

(恒存厚 孔明慧)

## 以案说法

### 未尽安全注意义务 承担一定过错责任

**呼和浩特讯** 近日,呼和浩特市玉泉区人民法院审结一起提供劳务者受害责任纠纷案。

张某、孙某和霍某等人均为架子工人,且相互认识多年,平时谁有活就招呼一同去干。

一天,梁某找到孙某,让其找架子工人给其干活,孙某随后联系了霍某,霍某又联系张某一同去某工地搭架子和拆架子。当时约定按天发工资,每天300元,由孙某负责发放。某天中午,霍某与张某一同在饭店吃饭并饮酒,吃完饭后,在下午1点30分左右,张某在该工地拆除架子板时,因架子扣件固定不牢,架子板倾斜掉落,张某随掉落的架子板一同掉到地面后受伤。

之后,张某被霍某和梁某送往医院治疗,经诊断为张某腰椎爆裂性骨折,医生建议卧床休息3个月,适量在腰部支具下活动,预防卧床并发症,术后1年取出内固定,不适随诊。

张某认为,孙某作为雇主,应对自己的受伤承担赔偿责任,作为工程承包方某公司应承担连带赔偿责任。就赔偿问题,因双方无法协商解决,张某诉至法院。

法院经审理后作出判决:根据双方的过错责任,应认定孙某承担60%的责任,张某自行承担40%的责任。

## 以案释法:

本案中,证人证言可以证明是孙某雇佣了张某,因此,认定张某与孙某之间存在雇佣关系。关于某公司是否承包了某工地工程,根据证据规则规定,张某对该项主张应负有举证责任,通过庭审,张某只是说其到工地看到承包合同中有某公司的盖章以及工地对外的牌子有某公司字样,但是未向法院提供证据予以证实,应承担举证不利的法律后果,故对张某主张某公司承担责任,不予支持。依照《中华人民共和国侵权责任法》第三十五条规定,个人之间形成劳务关系,提供劳务一方因劳务造成他人损害的,由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的,根据双方各自的过错承担相应的责任。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条规定,雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害,雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的,赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任,也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后,可以向第三人追偿。

本案中,张某在工作中酒后高空作业,存在一定的过错;同时,其作为一个具有完全民事行为能力人,在脚手架上高空工作时,没有尽到必要的安全注意义务,最终导致事故的发生,故此依法应当自身承担一定的过错责任。

(陈海青)

