

作者：

曾杰律师，金融犯罪辩护律师，广东广强律师事务所副主任暨非法集资案件辩护与研究中心主任

（如需转载，请私信或联系作者本人获得授权）

导语：

最高法146号指导案例，是不是意味着所有的非法期货期权交易平台以后的定性，都可以定为开设赌场罪了？

是不是意味着所有的虚拟货币合约交易所，都是披着期货外衣的赌博场所？

开设赌场罪和期货类非法经营罪，到底如何区分？是否需要区分？

正文：

实践中，对于打麻将、扑克牌、投色子等行为方式进行的赌博行为比较容易认定，但是在网络世界中，相关明确的以盈利为目的的投资行为，是否认定为赌博行为，则具有一定的争议。最高法，最高检近年也陆续发布过若干指导案例或典型案例对相关模式进行不断地明确和延伸，比如2021年11月最高法公布的五个惩治开设赌场犯罪典型案例，包括在网上提供德州扑克牌局、时时彩等赌博项目，而这些模式的定性争议并不大，仅仅是将传统的线下赌博场所转移到线上，赌博的项目和模式本质没有变化，司法实践中当前争议较大的，依然是针对一些网络游戏、期货期权投资行为和虚拟币合约买卖行为等等外观上与赌博行为存在差别，但是否本质上构成赌博和开设赌场的争议。（关于开设赌场罪，根据刑法规定，开设赌场的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。）

而最高法发布的第6批指导性案例中的第146号指导性案例（陈某、陈某、赵某开设赌场案），对于在法定证券交易场所之外开设“期货期权”交易所的行为，到底是定性非法经营罪还是开设赌场罪，提供了非常有意义的探索和指导。

该案的裁判要点为：以“二元期权”交易的名义，在法定期货交易场所之外利用互联网招揽“投资者”，以未来某段时间外汇品种的价格走势为交易对象，按照“买涨”“买跌”确定盈亏，买对涨跌方向的“投资者”得利，买错的本金归网站（庄家）所有，盈亏结果不与价格实际涨跌幅度挂钩的，本质是“押大小、赌输赢”，是披着期权交易外衣的赌博行为。对相关网站应当认定为赌博网站。

针对该指导案例，笔者总结如下：

1.开设赌场罪的认定，可以延伸到相关非法期货期权等平台上，即把投资者表面上买涨买跌的“期权投资行为”，认定为一种参与赌博活动中的买大小行为。

2.该指导案例提供了一种新的认定思路，此前只有非法期货期权交易所存在和客户对赌的行为，会被认定为开设赌场罪，但是最高法的146号指导案例或许提供了一种新的定罪视角，即便是没有与客户对赌的行为，只要符合开设赌场，提供赌博服务的行为实质，就可以直接认定为开设赌场。

146号指导性案例中，基本案情为：

2016年6月，犯罪分子经营龙汇网，经营“二元期权”交易为业，通过招揽会员以“买涨”或“买跌”的方式参与赌博。会员在龙汇网站注册充值后，下载安装市场行情接收软件和龙汇网站自制插件，选择某一外汇交易品种，并选择1分钟到60分钟不等的到期时间，下单交易金额，并点击“买涨”或“买跌”按钮完成交易。买定之后，不可更改交易内容，不能止损止盈，根据法院认定，买对后盈利的金额约为本金的76%-78%，若买错涨跌方向则本金全亏，盈亏情况不与外汇实际涨跌幅度挂钩。截止案发，龙汇网站在全国约有10万会员。

本案中被告人陈某担任网站的顾问、市场总监，陈某、赵某等在网站注册账号，成为相关等级的经纪人。

该案的最终结果为陈某被定开设赌场罪，陈某、赵某被定性为赌博罪。

为什么定性开设赌场而不是非法经营罪？

在司法实践中，没有合法资质，以网络平台为载体，提供外汇的保证金交易，一般定性为非法开展期货证券业务的非法经营罪，本案中，龙汇网提供客户进行的外汇交易品种的交易，实质上就是提供炒汇交易，在没有诈骗或者非法占有客户本金的情况下，此类案件在国内一般定性是“非法经营罪”，因为属于一种违反国家规定非法开展期货金融业务、严重扰乱市场秩序的行为。