

非法经营犯罪研究系列（十五）虚拟货币交易平台开展合约交易业务行为是构成开设赌场罪还是非法经营罪

车冲：广东法丞汇俊律师事务所合伙人律师

是否所有的猜涨跌行为都构成开设赌场罪？

——当盈亏结果与涨跌幅度无关，只与涨跌方向有关时，则构成开设赌场罪。

虚拟货币交易平台开展合约交易业务行为是构成开设赌场罪还是非法经营罪？

——当虚拟货币交易平台以猜涨跌的方式开展虚假合约交易，且参与平台合约交易的投资者盈亏只与涨跌方向有关，与涨跌幅度无关时，平台构成开设赌场罪。即使平台开展真实的虚拟货币合约交易业务，也可能构成非法经营罪。

以下将展开具体说明。

一、并非所有的猜涨跌行为都构成开设赌场罪

猜涨跌是根据交易对象的市场行情及过往的价格涨跌情况对交易对象未来的价格涨跌结果或幅度作出判断进而作出的相关行为。

此处的猜涨跌行为可以分成两类：

第一类，客户通过买入和卖出交易对象的方式获得涨跌过程中产生的差价作为盈利，该类行为是正常的交易行为；

第二类，客户通过预测到行情上涨或下跌的幅度或方向作为计算输赢的依据，预测前就提前设置好的盈亏倍数计算方式是计算盈利或亏损的依据，该类行为属于赌博行为。

根据第一类猜涨跌行为，当投资者的盈亏结果只与行情涨跌幅度有关时，该行为是为法律所允许的。此时，猜涨跌只是投资者为了盈利做的一个影响是否实施交易行为的前提性判断。投资者此时参与到整个交易过程中，在猜涨跌之外发生了真实的交易，并非只是单纯的以猜大小的方式来决定盈亏。

股票交易就是上述所称的第一类交易。投资者在证券市场买卖股票，在预测交易的股票要涨时将其低价买入，在所买入的股票价格上涨到一定目标价位后将其卖出，投资者通过这种“低买高卖”的方式实现盈利，其赚取的利润是股票价格的差价，

该差价由股票涨跌的幅度来决定。

在股票的交易过程中，投资者在买入股票之前虽然会作出一个“猜测”股票价格会上涨的行为，但是在“猜测”的行为之外还发生了一个真实的交易行为。投资者发起购买股票的交易后，付出货币的同时也得到了代表股权的股票，相对应的，交易对手获得货币的同时也交付了代表股权的股票。

因此，此类虽然有猜涨跌的前置判断行为，但有相应对价和交易对象，并且发生了真实交易行为，笔者认为这种真实发生的交易行为是不涉嫌赌博（对客户而言）或开设赌场罪（对平台而言）的。客户通过买入或卖出交易对象的方式获得猜涨跌过程中产生的差价作为盈利，此时的盈利与涨跌幅度息息相关，并非只是简单的“猜大小”，经营该类业务的人员故不构成开设赌场罪。

二、猜涨跌行为如何构成开设赌场罪

开设赌场中的猜涨跌行为是指以未来某段时间外汇、股票等品种的价格走势为交易对象，以标的价格能够是否达到某个提前确定的价格或价格涨跌方向是否与投资者预测的一致作为判断输赢的标准，以此决定投资者财产损益的行为。此时，投资者盈亏的多少与交易对象价格的实际涨跌幅度并无关系，只与交易对象是否达到约定的价格或涨跌方向有关。

在开设赌场类型的猜涨跌行为中，投资者既没有行使和转移交易对象的权利，也没有在猜涨跌行为之外发生一笔真实存在的交易，最后的交易结果具有偶然性、投机性和射幸性。

举例而言，A股票现价1元，投资者与平台约定以A股票在未来30天内上涨到5元这一具体价格作为盈亏标准，投资者投入资金1万元。在未来30日内，A股票的价格如果能够从1元上涨到5元，则平台按照1:5的“赔率”赔付给投资者，即投资者盈利5万元（实际盈利4万元）。但如果在未来30日内，A股票的价格未能上涨到5元，则投资者投入的1万元全归平台所有，投资者亏损1万元。

在上述例子中，投资者自始至终都没有实际买入和卖出过A股票，A股票上涨或下跌的幅度所带来的差价也并不能决定投资者的盈亏。投资者的盈亏多少与平台提前设置好得赔率和规则相关。

因此，该种投资者的盈亏结果与交易对象的价格涨跌幅度无关的行为本质上是属于“押大小、赌输赢”的赌博行为，该行为是平台和投资者之间的对赌，是披着股票交易外衣的赌博行为，并非真正的股票交易行为。

在最高院发布的指导案例146号《陈庆豪、陈淑娟、赵延海开设赌场案》中，法院认为，当事人以“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。该行为的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。

同时，根据周伟良开设赌场罪案（（2019）粤06刑终793号），涉案微交易平台有“二元期货”，但没有实物交割。由投资者对铜、铝、锌、镍等大宗商品价格一定时间内的涨跌走势进行判断从而买涨或买跌，损益事先约定，盈亏结果主要取决于涨跌方向。

在上述案例中，投资者的猜涨跌盈亏结果与涨跌幅度无任何关系，仅以涨跌方向决定其投注的盈亏。并且，在猜涨跌的行为之外，投资者并没有真正的买入或卖出交易对象，该交易行为并没有真实的发生。

因此，平台涉嫌开设赌场罪的猜涨跌既无真实的交易对象，也没有权利转移、行使或放弃的环节，根本不存在交易行为。投资者只能被动的根据涨跌方向获得之前约定的现金或者面临一无所获的结果。

此时，平台与投资者是对赌关系，投资者的盈亏结果不与价格实际涨跌幅度挂钩，而是“押大小，赌输赢”，该结果具有偶然性、投机性和射幸性，属于典型的赌博行为。

三、虚拟货币交易平台以猜涨跌的方式开展虚假合约交易的行为构成开设赌场罪

根据国务院2017年修订的《期货交易管理条例》的规定，本条例所称的期货交易，是指采用公开的集中交易方式或国务院期货监督管理机构批准的其他方式进行的期货合约或者期权合约为交易标的的交易活动。

本条例所称的期货合约，是指期货交易场所统一制定的、规定在将来某一特定的时间和地点交割一定数量标的物的标准化合约。期货合约包括商品期货合约和金融期货合约及其他期货合约。而虚拟货币合约交易则为该条例所称的期货合约交易，其由合约标的、合约类型、报价单位、执行价格等要素组成，收益随着执行价格和市场价格变动。

虚拟货币交易平台在开展合约交易的过程中，并非所有的合约交易行为都构成开设赌场罪。只有在平台不存在真实的合约交易，假借虚拟货币合约交易的名义，通过让投资者对虚拟货币未来行情的涨跌方向进行猜涨跌，但实际并无实物交割时才构

成开设赌场罪。

以投资者押1万元赌A虚拟货币在未来30天内会涨至某一具体价格为例，如果约定的时间内，虚拟货币的行情涨至合约约定的价格，则投资者会根据平台事先设置的赔率盈利，如果约定的时间内，虚拟货币的行情没有涨至合约约定的价格，则投资者损失事先投注的1万元。

在上述模式中，投资者并没有真正的做多或做空虚拟货币，所谓的做多或做空只是一个下注行为，此时投资者的交易对手大多数只是平台，也存在交易者之间“对赌”的赌博情形本文暂不讨论。换言之，在平台构成开设赌场罪的虚拟货币合约交易中，该交易根本没有在投资者之间真实发生，真正影响投资者盈亏的并不是虚拟货币行情的涨跌幅度，而是涨跌方向。其本质还是如前述所称的“押涨跌，赌输赢”的赌博活动。