

虚拟期货交易平台的刑法定性

左袖阳

内容提要:不同于正规的期货交易,虚拟期货交易平台案件不以标的的未来交付为目的,行为人实际上与交易参与者形成对赌关系,交易资金闭环流动,交易结果与真实市场不存在任何关联。无非法占有目的的虚拟期货交易案件可分为“二元期权”模式和价格差模式两类。对于“二元期权”模式案件,司法上多定性为开设赌场罪;对于价格差模式案件,尽管司法上基本形成了以非法经营罪定性的惯性,但这一定性并不能准确包摄此类案件的行为本质。期货交易与赌博的本质区别在于,期货交易与真实的标的资产具有相关性,期货交易具有风险规避和价格发现功能,而赌博除了制造风险供人投机外,不具有经济功能。无非法占有目的的虚拟期货交易平台的定性,应回归其行为本质。应当以是否存在操纵交易涨跌行为作为核心标准,拒绝出金等作为辅助标准判断虚拟期货交易平台案件是否存在非法占有目的。

关键词:虚拟期货交易 开设赌场罪 非法经营罪 非法占有目的

左袖阳,北京市社会科学院法治研究所副研究员。

一 问题的提出

根据我国《期货交易管理条例》的相关规定,期货交易是指以期货合约或者期权合约作为交易标的的交易活动,期货合约指未来特定时间和地点交割标的物的合约,期权合约指买方有权在未来某一时间以特定价格买卖标的物的合约。这些交易行为及合约都是真实存在的,但在司法实践中,还存在大量虚拟期货交易平台的案件,行为人利用互联网搭建交易平台,提供不以标的交付为目的的虚拟期货,吸引交易参与者进行买卖虚拟期货的交易,交易结果与真实交易市场不产生关联。行为人的获利来源分为两种,一种是收取交易参与者仓位费、过夜费等各种名目的手续费,另一种是行为人在交易中坐庄,与交易参与者进行对赌,赚取交易参与者的亏损(俗称“吃客损”)。

按照计算盈亏的依据不同,可将虚拟期货交易案件的交易模式分为以下两种。

一种是价格差模式。即按照买入和卖出的虚拟期货价格差以及买卖数量计算盈亏,以买涨操作为例,对于非指数期货,如果买入价格为5元,卖出价格为8元,卖出数量为100,则盈利为 $(8-5) \times 100 = 300$ 元;对于指数期货,如果买入指数为1,卖出指数为1.2,合约乘数每点300元,卖出数量为10,则盈利为 $(1.2-1) \times 300 \times 100 = 600$ 元。

另一种是“二元期权(Binary Options)”模式。即以特定时间点某个标的的价格是否达到目标价格来计算盈亏,标的自身的价格变化幅度不是计算盈亏的依据,仍以买涨操作为例,交易参与者预估特定时间到来时标的价格会涨到8元,其投入100元买涨,如果特定时间到来标的价格涨到8元或以上,则按买入总价的65%计算盈利 $100 \times 65\% = 65$ 元,如果特定时间到来标的价格没有涨到8元,则亏损全部投入100元。由于期货交易是双向的,价格差模式和“二元期权”模式也可以进行买跌操作。

虚拟期货交易平台类犯罪以互联网平台为基础,交易参与者遍及全国,涉案金额动辄以千万元计,逾亿者也不在少数,已成为一类危害严重的涉众型犯罪。关于虚拟期货交易平台案件的定性,本文通过检索发现在司法上存在较大分歧:以威科先行裁判数据库为检索对象,检索截止时间均为2022年7月31日,案件类型、审理程序、文书类型均设置为“刑事”“一审”“判决书”。第一次检索:考虑到此类案件以“期货”和“平台”为显著特征,将关键词设置为“期货”和“平台”,案由分别设置为“诈骗罪”“非法经营罪”“开设赌场罪”,认定构成诈骗罪、非法经营罪、开设赌场罪的案件数量分别为1363件、748件和37件。第二次检索:考虑到“二元期权”模式案件以“二元期权”为显著特征,将关键词设置为“二元期权”,案由同上,认定构成诈骗罪、非法经营罪、开设赌场罪的案件数量分别为13件、4件和20件。第三次检索:由于“二元期权”模式案件也属于虚拟期货平台交易案件,存在部分二元期权案件在两次检索中被重复检索的情况,需要加以剔除,将关键词设置为“二元期权”“期货”“平台”,案由同上,认定构成诈骗罪、非法经营罪、开设赌场罪的案件数量分别为9件、3件和8件,此即前两次检索重复检索的案件数量。

综上,经不完全统计,将前两次检索结果之和减去重复检索的数量可以得出虚拟期货交易平台案件定性为诈骗罪、非法经营罪和开设赌场罪的数量分别为1367件、749件和49件,占比分别是63.1%、34.6和2.3%。

对检索结果进行分析,可初步总结出以下关键点。其一,因为实践中有相当比例的案件被认定为诈骗罪,可见有无非法占有目的是案件定性的关键。由于交易对象是虚拟期货并非真实期货,行为人具有欺骗交易参与人的情形,由此产生的问题是,如何认定非法占有目的;其二,在无非法占有目的的案件中,虽同为虚拟期货交易,但司法上基本形成了对“二元期权”模式案件认定为开设赌场罪,价格差模式案件认定为非法经营罪的司法规则。^[1]由此产生的问题是,何种定性更符合虚拟期货交易平台案件的行为本质。这两个问题是此类案件定性的焦点和难点,以下分别进行讨论。

[1] 从案件检索情况来看,“二元期权”模式案件定性为开设赌场罪的为20件,定性为非法经营罪的为4件,而价格差模式案件定性为开设赌场罪的仅为29件,定性为非法经营罪的为745件。

二 对无非法占有目的的“二元期权”模式 案件定性根据的反思

对于无非法占有目的的“二元期权”模式案件的定性,存在从非法经营罪向开设赌场罪的转变,最高人民法院指导案例 146 号“陈某豪、陈某娟、赵某海开设赌场案”^[2]则是定性转变的分水岭。该指导案例发布前,对此类案件的定罪有非法经营罪^[3]和开设赌场罪^[4]两种情况,指导案例的发布终结了案件定性的分歧。该指导案例的事实认定与裁判理由对于虚拟期货交易平台案件的定性具有重大参考意义,以下从其定性司法依据的回顾入手,进而分析“二元期权”模式案件定性的实质根据。

(一) 指导案例 146 号定性依据分析

指导案例 146 号的基本案情如下:

某汇网站从事经营“二元期权”活动,客户安装网站使用的外汇市场行情软件后,下注买定固定时间后的涨跌,买对涨跌方向的获得下注金额 76%-78% 的收益,买错则损失全部下注金额。陈某豪受某汇网站聘请,招募组织他人运营某汇网站中国内地“二元期权”业务。网站后台会对短期外汇交易平台进行“秒杀”,公司后台可以对交易结果进行操控,任意涨跌。

法院认定该案构成开设赌场罪的裁判理由在于:第一,“二元期权”未经批准,且不在法定期货交易所内交易,不是合法、规范的金融产品;第二,收益损失与外汇价格实际涨跌幅度不挂钩,交易者没有权利行使和转移环节,交易结果具有偶然性和投机性;第三,“二元期权”实质是创造风险供投资者进行投资,不具备规避价格风险和服务实体经济的功能,与“押大小、赌输赢”的赌博行为相同,因此属于开设赌场的行为,不能定为非法经营罪。本文认同该案的定性结论,但并不完全认同其裁判理由。首先,对于第一点理由,由于各国的法律和政策不同,对于期货的范围理解也有所不同,是否被批准以及是不是一国合法、规范的金融产品不应成为此类案件定性开设赌场罪还是非法经营罪的依据。否则,仅依据这一理由,价格差模式案件也应认定为开设赌场罪,因为价格差模式案件中的期货同样未经批准,不是合法、规范的金融产品。其次,第二点裁判理由没有准确界分二元期权与标准的期权产品在交易方式上的差异,二元期权在合约设计上不与标的的价格涨跌幅度挂钩,只与标的价格是否在未来时间达到预计价格水平有关。最后,第三点裁判理由是对中国证监会 2016 年 4 月 18 日发出的关于非法证券期货风险警示相关内容

[2] 参见江西省吉安市中级人民法院(2018)赣 08 刑初 21 号刑事判决书、江西省高级人民法院(2019)赣刑终 93 号刑事判决书。

[3] 参见广东省佛山市三水区人民法院(2018)粤 0607 刑初 689 号刑事判决书、广东省中山市第一人民法院(2018)粤 2071 刑初 814 号刑事判决书。

[4] 参见四川省会东县人民法院(2018)川 3426 刑初 142 号刑事判决书,上海市浦东新区人民法院(2018)沪 0115 刑初 1300 号刑事判决书。

的复述,^[5]而对案件所涉“二元期权”何以符合该风险警示定性而非期货缺少充分论述,法院认为“二元期权”交易买定离手后不许撤单,导致不能止损止盈,因此符合赌博投机性、射幸性的特征。但是,这一理由并未能触及本案认定为开设赌场罪的实质依据:第一,赌博和期货交易都是投机活动,投机性质不是二者区分的本质所在;第二,交易在特定时间内是否允许撤单,属于交易规则的内容,不是构成赌博的决定性理由;第三,二元期权作为新型期货类型,收益损失固定是基本特征,^[6]在交易当时即会显示未来固定的收益数额或损失数额,^[7]由于收益损失金额的提前固定,止损止盈这一说法并不适用于二元期权。

(二)“二元期权”模式案件定性的实质依据

本文认为,该案定性为开设赌场罪的根本原因在于行为人组织的交易活动符合赌博的本质。为了说明这一点,需要对二元期权这一金融产品进行溯源分析,并与案涉“二元期权”进行比较。

1. 二元期权交易的发展历程及其与赌博工具的本质区别

正规的二元期权作为期货市场的交易品种,最早于2008年由美国证监会批准通过,并在芝加哥期权交易所上市交易。^[8]此后,作为期权产品,二元期权开始在欧美多个国家推广,但由于二元期权的固有风险以及互联网二元期权销售主体的恶劣行径(比如逃避向投资者支付盈利的义务、通过合约设计增加自身的概率优势、操纵交易非法占有投资者的财产等),欧盟证券与市场监管局(the European Securities and Markets Authority, ESMA)和英国金融行为监管局(the Financial Conduct Authority, FCA)先后于2018、2019年宣布禁止二元期权的个人投资者业务。^[9]虽然美国至今还未宣布禁止二元期权个人投资者业务,但对二元期权存在的风险向投资者进行提示,建议投资者应当在正规期货交易所进行二元期权交易。^[10]可见,正规的二元期权经历了产生、推广再到部分限制的过程。

二元期权与赌博工具的本质区别在于二元期权与标的资产相关并具有经济功能,而赌博工具是单纯制造风险、供人投机。二者都是典型的以小博大的投机活动,具有高度的相似性,期货交易可以看作是伴生赌博的交易活动。^[11]从期货的发展历史来看,其曾一度未能与赌博撇清关系,例如在英国,二元期权最初是由赌博委员会按照赌博活动进行管

[5] 该警示内容为中国证监会网站对“最近我看到很多网站宣传,做外汇、股票等二元期权交易,操作简单方便还可赚大钱,请问我可以参与吗?”这一问题的答复,<http://www.csrc.gov.cn/csrc/c106299/c1600711/content.shtml>,最近访问时间[2022-06-30]。

[6] See Lucas Downey, Binary Option: Definition, How They Trade, and Example, <https://www.investopedia.com/terms/b/binary-option.asp>, Investopedia (14 May 2021), 最近访问时间[2022-03-22]。

[7] See Cory Mitchell, A Guide to Trading Binary Options in the U. S., Investopedia (10 June 2022), <https://www.investopedia.com/articles/active-trading/061114/guide-trading-binary-options-us.asp>, 最近访问时间[2023-01-10]。

[8] See CBOE to Begin Trading Binary Options on S&P 500 Index and CBOE Volatility Index, CBOE (02 June 2008), <https://ir.cboe.com/news-and-events/2008/06-02-2008/cboe-begin-trading-binary-options-sp-500r-index-spxsm-and-cboe-volatility-indexr-vixr>, 最近访问时间[2023-01-06]。

[9] See PS19/11: Product Intervention Measures for Retail Binary Options, Financial Conduct Authority (29 March 2019), <https://www.fca.org.uk/publications/policy-statements/ps19-11-product-intervention-measures-retail-binary-options>, 最近访问时间[2023-01-06]。

[10] See Binary Options and Fraud, https://www.sec.gov/files/ia_binary.pdf, 最近访问时间[2022-06-29]。

[11] 参见许德风:《赌博的法律规制》,《中国社会科学》2016年第3期,第147页。

理,直到 2018 年才作为金融工具由金融行为监管局来管理。^[12] 期货以少量资金(保证金)对标的物价格上涨下跌进行交易,以期获取更大的收益,胜负盈亏均取决于未来某个事件发生与否或发生的程度,这种行为模式与赌博以不确定事件的出现为胜负依据并无二致。不同之处在于期货交易能够满足风险管理的需要,而且能够促进标的资产的价格发现,因而期货交易具有经济功能;^[13] 而赌博只是制造额外的风险,除此之外无经济性可言。^[14] 为了与赌博划清界限,期货交易还设立了场内交易、大户持仓报告、逐日盯市、初始及追加保证金、强制平仓等制度,以遏制期货交易内在的赌博之“恶”。

具体到正规的二元期权交易,其所具有的经济功能主要体现在以下两个方面。一方面,正规的二元期权所对应的标的资产都是真实存在的。如北美衍生品交易所(NADEX)的指数类二元期权以道琼斯 30 指数、标准普尔 500 指数、纳斯达克 100 科技指数、富时中国 50 指数等为标的资产,^[15] 这些标的资产都是真实的。另一方面,正规的二元期权交易与标的资产存在相关性,交易具有明确的风险规避和价格发现的经济功能,^[16] 价格发现是指期货、期权等价格的连续、统一、权威性特点,通过竞价、连续交易反映现货市场供求关系,形成强势代表性价格;风险规避是指通过期货、现货的联动性,通过连续性交易,覆盖风险敞口。^[17] 正规的二元期权交易包括买入卖出的集中报价、连续交易等交易制度设计,进行与标的资产相关的二元期权交易能够起到风险对冲的效果。^[18] 以北美衍生品交易所的二元期权交易制度为例,每个交易单位 100 美元,二元期权的价格在 0 到 100 美元之间,如果买入卖出价格接近 100 美元,则说明买方认为标的资产价格达到预期价格的可能性较大,如果买入卖出价格接近 0 美元,则说明卖方认为标的资产价格无法达到预期价格的可能性较大,如果买入卖出价格接近 50 美元,则说明市场预期相等,^[19] 通过交易所集合竞价、电子撮合、连续交易等集中交易机制,标的资产供求关系的信息不断传导到标的资产市场并融入标的资产价格,实现二元期权的价格发现功能。

前述英国二元期权的管理主体从赌博委员会变为金融行为监管局,是二元期权具有期货属性的典型例证。二元期权传入欧洲后,欧盟的部分国家将二元期权作为金融工具来对待,部分国家作为赌博来对待,导致欧盟法律框架下二元期权法律定位的不统一。有鉴于此,英国立法机构组织了对二元期权的属性重新评估,结论是将特定的、与标的资产相关的二元期权视作欧洲金融市场指令(*The Markets in Financial Instruments*

[12] See Binary Options, <https://www.fca.org.uk/consumers/binary-options#revisions>, Financial Conduct Authority (19 August 2019), 最近访问时间[2023-01-06]。

[13] 参见冯果、余猛:《期货交易与赌博的法律关系之辨》,《中国法律评论》2021 年第 2 期,第 194-203 页。

[14] 参见许德风:《赌博的法律规制》,《中国社会科学》2016 年第 3 期,第 161 页。

[15] See What Markets can I Trade with Nadex, <https://www.nadex.com/learning/what-markets-can-i-trade-with-nadex/>, 最近访问时间[2022-03-22]。

[16] 参见朱国华、杨扬:《期货市场与现货市场的试错联动分析》,《财经研究》2008 年第 7 期,第 111 页。

[17] 参见万国华:《我国二元期权交易的法律规制路径研究》,《金融监管研究》2016 年第 12 期,第 41-42 页。

[18] See Randall Liss, Common Misconceptions about Binary Options, Investopedia (25 August 2021), <https://www.investopedia.com/articles/active-trading/052014/common-misconceptions-about-binary-options.asp>, 最近访问时间[2022-03-20]。

[19] See Cory Mitchell, A Guide to Trading Binary Options in the U. S., Investopedia (10 June 2022), <https://www.investopedia.com/articles/active-trading/061114/guide-trading-binary-options-us.asp>, 最近访问时间[2023-01-10]。

Directive II, MiFID II) 下的金融工具是妥当的,^[20] 从而彻底改变了二元期权的法律属性。

综上分析,二元期权在同时满足标的资产真实存在和具有风险规避和价格发现的经济功能两个条件时,就具备了成为金融工具的资格,由监管部门批准后,即是合法正规的二元期权,与经济活动具有紧密的联系,不具有赌博性质。如果在我国国内经营境外正规的二元期权,构成未经批准从事期货经纪业务,应以非法经营罪认定。

2. 146 号指导案例所涉“二元期权”交易的赌博性质

146 号指导案例中的“二元期权”并不具备上述成为金融工具的条件,理由如下。

其一,案涉“二元期权”交易对应的标的资产缺乏真实性。根据一审判决书,案涉“二元期权”交易过程中除了需要安装外汇行情接收软件,还需要安装某汇网站自己开发的插件,该插件可以将某汇网站的 K 线图与市场外汇行情断开,因此,某汇网站的 K 线图与真实的外汇行情存在差异,案涉“二元期权”交易不存在对应的真实标的资产。另外,此类案件中由于行为人要实施与交易参与人的对赌行为,为了保证行为人一方能够占据概率优势,避免出现因交易参与者赢面过大导致平台无力兑付盈利的情形,对 K 线图行情进行操纵是行为人或者虚拟交易平台惯用的伎俩,在该案中,行为人为了提高带单的准确性,就存在从后台对行情进行操纵的行为,其他类似案件中也存在后台操纵行情情况,^[21] 更加说明此类案件所涉“二元期权”实际上不存在真实的标的资产。

其二,案涉“二元期权”交易不具有风险规避或者价格发现的功能。一则,此类交易缺少风险规避功能。案涉“二元期权”交易不存在连续交易的规则设计,交易参与人在买入案涉“二元期权”后无法卖出,无法根据风险管理的需要进行持仓的调整。二则,此类交易缺少价格发现功能。案涉“二元期权”尽管存在名义上的行权,但由于标的资产虚假,加上所有交易都发生在封闭的某汇网站这一平台内,其不存在交易信息传到标的资产市场意义上的标的交付,期货市场与现货市场没有真正的联动。而标的交付对于期货的价格发现功能具有突出的意义。

事实上,各国立法上都在对期货交易的定义上特别强调了期货标的交付的经济意义。例如,我国期货立法从最早 1999 年制定的《期货交易管理暂行条例》,历经 2007 年制定的《期货交易管理条例》及四次修订,至 2022 年 8 月施行的《期货和衍生品法》,无一不将期货合约界定为旨在交割一定数量标的物的标准化合约,将期权交易界定为旨在以特定价格买入或卖出标的物的标准化合约。美国《商品交易法》(*Commodity Exchange Act*, CEA) 规定期货是指以除洋葱、电影票房收入(或相关指数、数据等)之外的商品或权利的未来交付或交易的合同,^[22] 英国《金融服务与市场法》(*Financial Services and Markets Act 2000*, FSMA) 规定期货是指以未来时间的商品或者财产的交付为内容的合同权利。^[23] 由此可

[20] See Transposition of the Markets in Financial Instruments Directive II.

[21] 参见湖南省郴州市北湖区人民法院(2019)湘 1002 刑初 56 号刑事判决书,云南省曲靖市麒麟区人民法院(2018)云 0302 刑初 608 号刑事判决书。

[22] See *Commodity Exchange Act*, 1a (9).

[23] See *Financial Services and Markets Act 2000*, Schedule 2, 18.

见,无论期货交易的具体制度在不同法律中如何变化,真实且具有经济价值的标的的未来交付始终是期货交易的本质核心。只有通过标的交付,才能够实现期货市场与现货市场的价格对接,保证期货价格发现功能的实现。

3. 定性为非法经营罪在刑法适用解释论上的偏差

由上述分析可以看出,指导案例将“二元期权”模式案件定性为开设赌场罪而不是非法经营罪,尽管其说理不够充分,但其在解释论上采取了实质解释论的立场,指导案例没有囿于行为人行为的经营性且缺少经营期货的许可这种形式特征,而是以“创造风险供投资者进行投资,不具备规避价格风险、服务实体经济的功能”将行为的本质界定为赌博,排除了适用非法经营罪的可能性;而将部分“二元期权”模式案件定性为非法经营罪是忽略了期货的本质,例如在相关判决中,法院并没有对案件所涉的“二元期权”的本体内容做深入分析,而是径直以行为人“未经国家有关部门批准,非法经营证券、期货等业务,扰乱市场秩序”为裁判理由。^[24]

同种案件的两种定性结论背后的原因,是刑法适用解释论上的偏差。尽管学界在就实质解释论与形式解释论如何调和的问题上还存在着一定的分歧,^[25]但在构成要件符合性的判断上,形式解释与实质解释应该做到统一,原因在于我国刑法的犯罪构成及其判断是形式与实质的统一,^[26]而且在法定犯的场合,重视实质解释论,对构成要件以法条的保护法益为指导是必要的,唯有如此才能合理进行构成要件符合性的判断,维护罪刑法定的形式和实质侧面。^[27]部分定性为非法经营罪的“二元期权”模式案件,忽略了对期货这一要素进行实质解释的意义,这显然是不可取的。刑法适用如果被行为表象所牵引,而忽略了行为的实质,难免会出现张冠李戴的现象。“二元期权”模式案件中,一方面其标的资产虚假,只是出于投机被行为人加以利用,另一方面其缺少期货的连续、集中报价交易机制,而且交易目的和交易制度上均无标的交付的设计,风险规避、价格发现与交易活动均无关,在性质上与期货截然不同,也就不存在定性为非法经营罪的基础。“二元期权”模式案件中所谓的“二元期权”纯粹是行为人创造出来借以投机的对象,符合赌博的本质,本文以为,重视实质解释论的运用,是“二元期权”模式案件准确定性的关键。

三 对无非法占有目的的价格差模式 案件司法认定规则的质疑

司法判决对于价格差模式的案件倾向于认定为非法经营罪,尤其是部分案件的行为人和现货交易所达成代理关系,在封闭的虚拟平台上进行类似于期货的交易,使得案件似

[24] 参见广东省佛山市三水区人民法院(2018)粤0607刑初689号刑事判决书。

[25] 相关争论参见陈兴良:《形式解释论与实质解释论:事实与理念之展开》,《法制与社会发展》2011年第2期,第3-9页;周详:《刑法形式解释论与实质解释论之争》,《法学研究》2010年第3期,第57-70页,等等。

[26] 参见欧阳本祺:《走出刑法形式解释与实质解释的迷思》,《环球法律评论》2010年第5期,第35页。

[27] 参见张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010年第4期,第49-54页。

乎具备了《刑法》第 225 条第 3 款所规定的未经主管部门批准非法经营期货业务的特征。但是,这一认定并不符合此类案件的行为本质。归纳起来,价格差模式案件具有标的资产虚假、封闭盘的特征,以非法经营罪认定此类案件,属于法益侵害认识的错位。本文认为,对价格差模式案件,同样应该以开设赌场罪来认定,理由如下。

(一)域外立法、司法的启示

从期货发展的历史来看,价格差模式案件早在 19 世纪末就已经伴随期货的早期发展开始出现,价格差模式案件的鼻祖可以追溯到美国桶店(bucket shop)相关的一系列案件。“桶店”这一称谓借义于 19 世纪初英格兰出现的冒牌酒馆现象,不法之徒将正规酒吧扔掉不要的啤酒桶里的剩酒收集起来,再将这种渣滓售卖给穷人。因而,桶店包含两层含义,一是偷借正规市场的东西进行交易,二是所有交易情况不反馈到正规市场。桶店案件肇始于 19 世纪 70 年代,得益于低成本电报技术的问世,桶店的经营者仿照正规期货经纪商,从电报公司租赁自动收报机(具有显示实时行情的功能),将交易所实时行情接入所租赁的自动收报机,然后开始接受民众对于涨跌的投机,由于桶店投机门槛很低,很快吸引了大量的资金不足却想发财的民众,并在全美开始泛滥。到 19 世纪 80 年代几乎所有的州都出现了桶店这样的赌窝,甚至于出现了全美连锁的桶店。桶店主要通过两种方式保证自己始终盈利:一是低保证金高杠杆,正规交易所下跌 10% 才会强制平仓,桶店行情下跌 3% 就会强制平仓;二是洗售,民众为了赢钱,一般会赌标的资产价格上涨,桶店则会在正规交易所投入足够的资金将标的资产价格洗落(买入再抛售),当低价信息传到收报机后,桶店就强制平仓,“吃掉”民众的资金。由于桶店中发生的交易没有标的的交付,纯粹是投机行为,被批为“穿上尊贵外套的赌博”。1909 年联邦政府通过立法,禁止在哥伦比亚地区的桶店经营活动,而后开启了捣毁连锁桶店的行动,到 1915 年,桶店基本退出美国期货市场历史舞台。^[28] 桶店经营模式的实质是,桶店、民众借助期货市场真实行情,通过互买涨跌形成对赌的关系,赌资也是完全“体内循环”,不进入期货市场,没有标的实际交付,最终投机结果也不会影响真实的交易市场的标的资产价格。而且与期货经纪商不同,桶店不是客户的代理人而是对手方,桶店的盈利很大部分是客户的损失。在打击桶店的过程中,桶店的经营者辩称,正规交易所里的交易也不是以标的交付为目的的,在标的物正式交割之前的无数前手交易中,也是以买卖的价格差来谋取盈利,桶店经营方式与正规交易所没有差别。由此引发了桶店和正规交易所是否属于赌博的讨论。来自金融界、立法界、司法界针对这一问题最终的解释认为区分赌博和期货交易的关键在于是否具有交付意图。在期货交易无数的前手交易有着意图交付的终极目的,而桶店则没有,桶店经营者在合约中增加“本交易是出于交付意图签订”之类的表述只是形式上的,实质上并不存在真正的交付。^[29]

综合上述因素,美国立法与司法实践认定桶店交易无经济功能,违反多项反赌博法

[28] See David Hochfelder, “Where the Common People Could Speculate”: The Ticker, Bucket Shops, and the Origins of Popular Participation in Financial Markets, 1880–1920, 93 *The Journal of American History* 335, 337, 340–345, 355 (2006).

[29] See Jonathan Ira Levy, *Contemplating Delivery: Futures Trading and the Problem of Commodity Exchange in the United States, 1875–1905*, 111 *The American Historical Review* 307, 309 (2006).

律,属于纯粹就行情涨跌进行投机的行为,性质上构成赌博。^[30] 这一时期美国各州纷纷立法,规定桶店交易行为构成赌博重罪,初犯判处 1 年以下监禁,再犯判处 5 年以下监禁。^[31] 与此类似的是,日本《商品交易所法》第 145 条规定任何人不得在不进行期货市场交易的情况下,利用期货市场行情进行以授受差价为目的的活动,否则构成利用行情赌博的犯罪。^[32] 由此可见,利用行情进行不以标的交付为目的,只以差价结算盈亏的行为,在域外立法、司法上是作为赌博行为来认定的。从交易差模式案件与桶店案件的特征对比来看,二者都是行为人借用行情数据进行不以标的交付为目的的虚拟交易,资金在组织者与投机者之间内部循环,交易结果不对真实市场产生任何影响。可以说,交易差模式案件就是一百年前桶店案件的互联网升级版,价格差模式案件的行为人利用互联网软件可以更加方便地管理交易参与人,并且可以从软件后台窥探分析整体交易情况,从而使自己的盈利空间进一步扩大。因此,从形而上和历史的角度来说,以开设赌场罪来认定交易差模式案件更符合此类案件的行为特征。

(二) 价格差模式案件的本质

价格差模式案件以开设赌场罪来认定的依据,除了域外立法与司法借鉴的原因外,其根本原因在于,此类案件除单纯制造风险供投资者投机外并无任何经济价值,因而更符合赌博的本质。首先,在价格差模式案件中,相当多数案件交易的期货是虚构的。例如,在涂某明非法经营案,吴某、吴某帆非法经营、诈骗案,张某甲、万某甲诈骗案中涉及的所谓的“大庆原油指数”期货,^[33] 法院明确指出“平台不通过自身交易形成价格,而是在境外行情数据基础上加减一定点差提供买卖报价,虽与境外行情大体保持一致,但并非真实交易行情的反映,属虚假数据”。在南昌某联投资咨询有限公司、李某平非法经营案^[34] 中涉及的所谓的原油期货,其 K 线图是通过交易软件自己模拟出来的,完全没有跟国际接轨。标的资产是虚构的,意味着交易根本不可能具有经济目的和功能,虚构的标的资产只是供行为人与交易参与人投机的符号而已。提供虚构的标的资产进行合约式的交易,符合赌博单纯制造风险供投资者投机的本质。其次,价格差模式案件所有交易均在行为人搭建的互联网交易平台内完成,不具有期货风险规避或价格发现的功能。如果说虚构期货标的资产只是部分案件的特点,那么交易不具有风险规避或者价格发现的功能则是所有价格差模式案件的统一特征。一方面,价格差模式案件的所有交易都在互联网交易平台内完成,所有资金也是内部循环,互联网交易平台与正规期货市场完全是“两张皮”,牟取买入和卖出之间的价格差盈利是行为人和交易参与人的唯一目的,互联网平台发生的交易结果不会传导并反馈到标的资产的价格中,因此,价格差模式案件的交易行为不具有

[30] See Brendan Sapien, *Financial Weapons of Mass Destruction: From Bucket Shops to Credit Default Swaps*, 19 *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 411, 415-418, 423 (2010).

[31] See Morris J. Cashel, *Notes on Current Legislation*, 2 *The American Political Science Review* 411, 48-50 (1907).

[32] 参见彭真明:《期货犯罪立法若干问题探讨》,《中国法学》1995 年第 4 期,第 85 页。

[33] 以上案件参见广东省深圳市宝安区人民法院(2018)粤 0306 刑初 3473 号刑事判决书,广东省深圳市宝安区人民法院(2017)粤 0306 刑初 3947 号刑事判决书,安徽省合肥高新技术产业开发区人民法院(2017)皖 0191 刑初 411 号刑事判决书。

[34] 参见江西省南昌高新技术产业开发区人民法院(2016)赣 0191 刑初 172 号刑事判决书。

价格发现的功能。另一方面,表面上价格差模式仿照期货交易形式通过连续交易能够起到规避风险的效果,但由于不以标的交付为目的,交易结果不会反馈到真正的标的资产市场,不存在期货与现货的联动性,其表面上的风险规避功能也只是一种镜像意义上的功能,即其只是对真实市场行情的一种被动的反应,不能称之为真正意义上的风险规避功能。

由此可以看出,价格差模式交易不具有期货交易所具有的风险规避和价格发现功能。价格差模式交易和赌博的本质一样,都是单纯制造风险供人投机,价格差模式案件是赌博而非期货交易,以开设赌场罪认定价格差模式案件符合其行为本质。

(三)以非法经营罪定性价格差模式的行为是对法益属性的认识错位

非法经营罪脱胎于投机倒把罪,一直被理论和实务界诟病为“口袋罪”。为此,理论上多主张除“违反国家规定”“情节严重”外,通过发挥其法益“市场秩序”的解释功能合理限缩非法经营罪成立范围。在对“市场秩序”的理解上,由于研究素材范围不同(刑文本、司法解释和典型案件),形成了不同的观点。有观点认为,“市场秩序”是指市场的特别许可制度;^[35]有观点则认为,“市场秩序”是指市场准入秩序;^[36]还有观点认为,经营许可制度、市场准入制度不过是立法者意定的法益,在维护经济法秩序的实践中,非法经营罪的“市场秩序”是指国家对经营项目的管制活动,包括法定许可制度和合规性管制。^[37] 尽管上述对非法经营罪法益实质内容的观点各异,但其限缩解释的法理依据是相通的。刑法上的法益是人的生活利益,包括个人利益以及建立在保护个人利益基础上可以还原为个人利益的国家利益和社会利益。^[38] 按照这样的依据限缩解释非法经营罪的法益,可以对非法经营罪的范围进行合理的界定。例如,将未取得许可经营汽油的行为定性为非法经营罪,不光是因为此行为违反了许可的规定,还在于汽油属于危险化学品,非法经营汽油行为对人的生活安宁构成威胁。同理,对于经营达到危险化学品程度的柴油行为定性为非法经营罪也是符合非法经营罪的法益界定的。

上述非法经营罪法益解释的立场,意味着构成对非法经营罪的法益侵害,需要满足行为人的非法经营行为存在对应的、本质上一致的合法经营行为的条件。^[39] 这是因为在解释市场秩序这种集体法益并将其还原到个人法益的过程中,唯有存在对应同质的合法经营行为,才可认为非法经营行为不仅侵犯了相应的市场管理秩序,还侵犯了刑法保护市场管理秩序背后体现的其他法益。^[40] 行为人非法经营行为不存在对应的合法经营行为,说明值得刑法保护的合法市场秩序不存在,自然不构成非法经营罪;行为人非法经营行为与合法的经营行为不具有本质上的一致性,则即使行为人的非法经营行为与合法的经营行

[35] 参见马春晓:《非法经营罪的“口袋化”困境和规范解释路径——基于司法实务的分析立场》,《中国刑事法杂志》2013年第6期,第45-47页;陈兴良:《非法经营罪范围的扩张及其限制——以行政许可为视角的考察》,《法学家》2021年第2期,第64页。

[36] 参见郑勇:《非法经营罪的扩张:原因及其对策》,《中国刑事法杂志》2018年第1期,第104-105页。

[37] 参见童德华:《非法经营罪规制目的的预设与生成》,《政治与法律》2021年第4期,第54-63页。

[38] 参见张明楷著:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第63页。

[39] 参见郑勇:《非法经营罪的扩张:原因及其对策》,《中国刑事法杂志》2018年第1期,第105页;叶良芳:《刷单炒信行为的规范分析及其治理路径》,《法学》2018年第3期,第183页。

[40] 参见张明楷著:《刑法分则的解释原理》(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第554-556页。

为有形式上的相似之处,也难言会侵犯到非法经营罪所要保护的市场秩序以及背后的其他法益,这种情况下,将其行为按照非法经营罪定性缺少根据。

非法经营罪成立的这一要求,可在多个刑法规范中找到依据。例如《刑法》第 225 条第 1 项规定经营“限制买卖的物品”是非法经营罪的行为表现形式之一,之所以未将经营“禁止买卖的物品”作为非法经营罪的行为表现形式,是因为只有限制买卖的物品才存在对应同质的合法经营行为,禁止买卖的物品不存在同质的合法经营行为,经营禁止买卖的物品不会侵犯到非法经营罪所要保护的法益,不能以该罪论处。在买卖外汇、跨境电信业务、买卖食盐、买卖非上市公司股票、买卖烟草等刑法规范和解释中都体现了非法经营行为需要具有对应的同质合法经营行为这一入罪要求。反观之,非法经营行为不存在对应同质的合法经营行为,仅仅出于短时期打击犯罪需要而纳入到非法经营罪的,最终也会通过刑法规范的更新予以摒弃。例如,2001 年最高人民法院《关于情节严重的传销或者变相传销行为如何定性问题的批复》规定对于从事传销或者变相传销活动的行为,按照非法经营罪处理。但是传销中的诈骗型传销是以发展人头作为计酬依据的行为,骗取财产是其本质特征,^[41]而且根据《禁止传销条例》规定,任何形式的传销活动均具有非法性,属于被禁止的行为,不存在对应的合法经营活动,因此,将传销或者变相传销活动作为非法经营罪认定不具有合理性,这样做相当于承认存在同质的合法传销活动,这显然是荒谬的。《刑法修正案(七)》新增组织、领导传销活动罪后,将诈骗型传销从非法经营罪中分离出来,划入诈骗犯罪的范畴,《关于办理组织、领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》进一步规定,经营性传销活动不作为非法经营罪处理,贯彻了非法经营罪入罪必须是与合法经营具有本质上一致性的经营活动的思路。

价格差模式案件不满足非法经营罪这一入罪条件。如前所述,期货交易是以标的的未来交付为最终目标的,构成期货交易需要满足与标的资产具有相关性,具备风险规避和价格发现功能的条件;而价格差模式案件中标的资产不存在,或者即使存在标的资产,相应的交易不具有以上功能。因此,价格差模式案件中的经营行为与期货经营行为本质上并不相同,进而价格差模式案件的经营行为不可能侵犯到合法期货经营行为背后的市场秩序。司法认定规则将行为人单纯制造风险供人投机的行为偷换为具有经济功能的期货交易行为概念,仅仅根据价格差模式案件行为在形式上与期货交易存在相似之处,即认为该行为属于未经批准从事期货交易的行为,属于对非法经营罪法益认识的错位。

(四) 交易参与人是否明知赌博的性质不影响行为定性

反对“价格差模式”案件以开设赌场罪定性的观点认为,交易参与人是被诱骗进来从事“期货交易”的,而不是通过猜涨跌等形式参与赌博,行为人也没有开设赌场的行为和故意。^[42] 本文认为,以交易参与人的主观意识来分析行为人的主观方面,存在对象上方法论的错误,行为人的主观意识恰恰表明其具有开设赌场的故意。理由在于:首先,行为

[41] 参见陈兴良:《组织、领导传销活动罪:性质与界限》,《政法论坛》2016 年第 2 期,第 111-113 页。

[42] 参见庄永廉、田宏杰、曲新久:《搭建虚假期货交易平台骗取投资人财物如何定性》,《人民检察》2021 年第 18 期,第 39-40 页。

人明知在所搭建的互联网平台上不存在真正的期货,所谓的“期货交易”不过是吸引交易参与人前来交易的幌子,是其牟利的工具,其不会也不可能到期向交易参与人交付相应标的。其次,行为人为了达到盈利的目的,一方面收取过夜费、手续费等方式“抽水”,另一方面自己充当庄家和交易参与人进行对赌,这种行为与开设赌场的庄家与玩家对赌完全一致。只不过其采取了价格差的方式计算输赢情况,不像典型的赌博那样全赢或者全输,但输赢计算方式和赌博对象的不同不会改变行为的本质。行为的实质内容可以概括为组织招揽他人任其平台上赌博,且充当庄家参赌以攫取更大盈利,符合开设赌场罪的行为和主观意识。再次,完全认为交易参与人不具有赌博的意思显然以偏概全。虚拟期货交易案件中行为人招揽的均是具有一定投资经历的交易参与人,作为有投资经验的参与人应当知道在国内期货交易禁止场外交易,在虚拟期货交易平台进行交易的行为本身即不合法,真实性值得怀疑,更何况部分案件标的资产都是虚构的,无法在正规市场找到对应期货品种。正因如此,在徐某等人非法经营案中,法院裁判理由明确指出行为人在虚假平台交易,应该认识到资金未进入真正期货市场,而是利用真实期货市场产品的涨跌从而产生盈利或者亏损。^[43] 本文认同该裁判理由,同时认为完全排除交易参与人认识到行为的实质,不具有赌博心理的观点不符合案件真实情况。实际上除少数确属被蒙蔽外,大部分都完全或部分认识到了其违法性质,但谋求超高回报的投机心理促使其仍参与其中,^[44] 其主观上或多或少具有赌博的意思。

四 虚拟期货交易平台案件非法占有目的的判定规则

是否具有非法占有目的,是虚拟期货交易平台案件认定中最为复杂的问题。对同一行为,不同法院之间或者检察院与法院之间往往存在很大分歧。例如,同为经营虚构的“长江油”案件中,部分法院认为不具有非法占有目的,构成非法经营罪;^[45] 部分法院则认为行为人虚构事实、隐瞒真相,由员工一人扮演多个角色,频繁喊单、喊反单操纵客户交易,以便短时间尽快占有客户亏损和交易手续费提成,具有非法占有目的,构成诈骗罪。^[46] 又例如,同为经营虚构的“大庆原油指数”案件,既有检察院、法院均认为行为人隐瞒客户亏损即为公司盈利的真相,故意向客户发送和专业走势分析相反的指导意见,鼓励客户频繁交易,造成客户损失,具有非法占有目的,构成诈骗罪;^[47] 也有检察院认为行为人具有非法占有目的,而法院则认为,交易均在相关经批准成立的交易场所进行,

[43] 参见安徽省淮北市相山区人民法院(2019)皖0603刑初412号刑事判决书。

[44] 参见张伟、吴晓峰、赵宇:《法外投机交易刑法介入必要性之反思——“地下炒金”刑事治理实践之规范内评析与规范外反思》,《政治与法律》2013年第11期,第52页。

[45] 参见江苏省徐州市泉山区人民法院(2018)苏0311刑初321号刑事判决书,安徽省滁州市琅琊区人民法院(2018)皖1102刑初182号刑事判决书。

[46] 参见湖北省武汉市中级人民法院(2019)鄂01刑初219号刑事判决书,湖北省武汉东湖新技术开发区人民法院(2019)鄂0192刑初143号刑事判决书,浙江省绍兴市中级人民法院(2017)浙06刑初25、42号刑事判决书。

[47] 参见浙江省象山县人民法院(2019)浙0225刑初331号刑事判决书,浙江省宁波市中级人民法院(2018)浙02刑初27号刑事判决书,安徽省合肥高新技术产业开发区人民法院(2017)皖0191刑初411号刑事判决书。

且不存在修改交易软件等情形,行为人虚构事实、隐瞒真相的行为与被害人损失之间不存在直接因果关系,属于民事欺诈,不构成刑法上的诈骗。^[48] 还有的法院认为,交易参与人在虚拟期货的平台上交易“期货”,应当意识到并非真正进入期货交易市场,从而否定检察院构成诈骗罪的指控。^[49] 上述分歧主要是因为虚拟期货交易平台的案件的行为人往往进行虚假陈述,掩饰赌博的性质,将其描绘成收益高的期货交易行为,且为了保证自身优势,会实施一些典型手段行为,使交易参与者出现亏损的概率更大,使得对非法占有目的的认定面临实体和程序上的难题,虚假陈述和典型手段行为对于非法占有目的的认定具有何种影响,如何确定非法占有目的的认定的实体和证据标准对此类案件的定性至关重要。

(一)对虚假陈述的分析

由于虚拟期货交易平台的的行为人对交易性质作虚假陈述,掩饰不与真实期货市场对接和与交易参与人对赌的事实,交易参与者通常最初受误导认为参与的是正常的投资行为,交易受损后多认为自己被骗。对交易性质的虚假陈述符合诈骗罪虚构事实、隐瞒真相的要件,但是否基于此即可以认定非法占有目的,实践中存在截然不同的观点。本文认为,对交易性质的虚假陈述,属于欺骗行为,只能说明行为人存在欺诈的故意,但尚不足以认定具有非法占有目的。第一,通说认为非法占有目的属于主观超过要素,^[50]而主观超过要素不存在对应的客观要素,即无法从客观构成要件要素(虚假陈述)的满足来推定主观超过要素的成立。第二,非法占有目的的认定的司法规则,散见于《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》《关于信用卡犯罪法律适用若干问题的复函》《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等法律文件中,归纳起来,认定非法占有目的包括:资金不是正当用途、没有偿还能力、逃匿躲避、挥霍或不负责的使用、转移隐匿财产、虚构破产、隐匿销毁账簿等情形。可见,司法认定规则是以欺诈行为之外的标准来判断是否存在非法占有目的,虚假陈述只是欺骗行为,单凭欺骗行为不足以认定非法占有目的。第三,正如陈兴良教授指出的,刑事欺诈可以分为虚假陈述的欺诈犯罪和非法占有的刑事诈骗。通过欺诈性交易活动获得利益,属于营利犯的范畴,不构成非法占有的刑事诈骗。^[51] 我国司法实务对于诈骗罪非法占有目的的认定相当克制,只有在与处分财物的目的或意义相关的重大目的无法实现时才能肯定财产损失,^[52]进而认定具有非法占有目的。在虚拟期货交易平台案件中,如果行为人遵守交易规则且没有控制涨跌,仅凭虚假陈述的行为不能认定行为人具有非法占有目的,因为期货交易和赌博均具有投机性质。行为人不控制涨跌情况,意味着无论是行为人还是交易参与者,其盈亏都是建立在不能控制的偶然事件的基础上的,交易参与者的损失是根据自己对市场的预期安排投机行为的结果,与行为人的虚假陈述之间不具有因果关系。交易

[48] 参见广东省深圳市宝安区人民法院(2017)粤0306刑初3947号刑事判决书。

[49] 参见安徽省淮北市相山区人民法院(2019)皖0603刑初412号刑事判决书。

[50] 参见张明楷:《论财产罪的非法占有目的》,《法商研究》2005年第5期,第69页。

[51] 参见陈兴良:《民事欺诈和刑事欺诈的界分》,《法治现代化研究》2019年第5期,第7页。

[52] 参见付立庆:《财产损失要件在诈骗认定中的功能及其判断》,《中国法学》2019年第4期,第265-279页。

参与者进入真实期货市场并根据行情交易的情形,与交易参与人在虚拟期货平台根据行情赌博的情形,在取得盈利的目的实现上不存在本质的区别。即使交易参与者被骗参与虚拟期货交易,其处分财物的目的不会因被骗而无法实现。因此,在行为人不控制涨跌的前提下,其所实施的虚假陈述行为,不具有证成非法占有目的的功能;控制涨跌的行为才是认定非法占有目的的核心标准,具体理由下文详述。

(二)对典型手段行为的分析

虚拟期货交易的赌博性质,决定了行为人与交易参与者之间必然有一方出现经济损失,一方必为另一方的损失“埋单”。为了避免损失,尽可能地在赌博中获利,行为人会采取反向喊单(行为人故意向交易参与者提供与行为人的预估相反的建议)、操纵交易涨跌情况(行为人在交易平台设置额外功能,可以根据需要操纵特定时段的行情涨跌)、为交易参与者提供超出正常倍数数倍的杠杆以及限制交易参与者出金(行为人拖延甚至拒绝为交易参与者提供提现服务)等手段。是否可以据此认定非法占有目的,实践中存在不同观点。在王某等人诈骗案^[53]中,一审法院认为,行为人存在反向指导行为,存在交易参与者要求出金,行为人劝说交易参与者继续入金并带领交易参与者操作直至亏损的情形,构成诈骗罪。但二审法院认为,一审判决对交易对手、是否有操纵价格的事实没有查清,因此否定非法占有目的。在李某良等人诈骗案中,原一审法院、重审法院均查明案件存在反向喊单、虚构盈利、隐瞒对赌吃客损的事实,但原一审法院认定李某良等人构成非法经营罪,二审法院发回重审后,重审法院以交易整体不具有盈利的可能性为由,认定行为人具有非法占有目的,判决李某良等人构成诈骗罪。^[54]可见,在司法实践中,对于虚拟期货交易典型手段与非法占有目的间的关系存在不同认识。

1.对反向喊单、操纵交易涨跌行为的刑法属性分析

本文认为,反向喊单是否构成认定非法占有目的的依据,需要结合行为人是否存在操纵交易涨跌行为予以认定:存在操纵交易涨跌行为的,应当认定非法占有目的,否则不然。

第一,行为人坐庄与交易参与者形成对赌关系,行为人是构成赌博还是诈骗,关键在于决定输赢的偶然性因素是否被行为人操纵。行为人操纵偶然性因素,使得输赢结果已在行为人控制之下,不符合赌博以偶然性决定输赢的本质,构成诈骗;反之,输赢结果不在行为人操纵之下则构成赌博。^[55]圈套型赌博是他人参赌后凭个人运气和牌技进行营利活动,赌博型诈骗是操纵输赢结果,被害人只有输、没有赢。^[56]在虚拟期货交易案件中,决定输赢的依据是涨跌情况,因此,如果行为人能够操纵交易的涨跌,输赢的结果就不再是偶然的,行为人操纵涨跌向着自己盈利的方向改变,给交易参与者造成损失,应当认定具有非法占有目的。需要强调的是,输赢的偶然性与输赢的概率是两个层面的概念,不能以后者代替前者来判断行为人是否具有非法占有目的。有观点认为圈套型赌博输赢的概

[53] 参见浙江省绍兴市中级人民法院(2016)浙06刑终362号刑事判决书。

[54] 原一审刑事判决书参见浙江省淳安县人民法院(2019)浙0127刑初125号刑事判决书,重审一审刑事判决书参见浙江省淳安县人民法院(2020)浙0127刑初142号刑事判决书。

[55] 参见张明楷:《论诈骗罪中的财产损失》,《中国法学》2005年第5期,第123页。

[56] 参见黎宏著:《刑法学各论》(第二版),法律出版社2016年版,第394页。

率是相等的,^[57]言下之意输赢概率明显偏向行为人时,应当认定行为人具有非法占有目的。还有观点认为输赢概率不平等时,实际是有异于传统型诈骗、利用数学概率实施的新型诈骗。^[58] 本文认为,这是对赌博型诈骗操纵输赢偶然性的误读。输赢偶然性是指单次赌博的输赢机会均等,而不是指输赢概率均等。输赢概率作为一个数学问题,在各行业都有广泛的运用,违法行业如经营赌场,合法行业如保险、证券期货交易、合法的彩票等都大量运用到数学概率问题,目的都是使相关的活动组织者保持盈利,不被市场淘汰。如果将输赢概率是否公平作为认定非法占有目的的依据,将导致日常中大量合法活动被认定具有非法占有目的,不具有合理性。

第二,行为人操纵交易涨跌,并且通过向交易参与者提供导致亏损的信息(反向喊单),导致交易参与者受到损失,符合诈骗犯罪的行为构造,应当认定具有非法占有目的。按照通说,诈骗犯罪的行为结构是“行为人实施欺骗行为——对方陷入或者继续维持错误认识——对方基于认识错误处分财产——行为人取得或者使第三者取得财产——交易参与者遭受财产损失”。^[59] 根据这一行为构造,可以对反向喊单、操纵涨跌的关系进行分析:一方面,如果行为人不能操纵交易涨跌,行为人的反向指导就仅仅是行为人基于自身认识所作的预测,这种预测是否正确不具有必然性。如果行为人故意将预测判断反向提供给交易参与者,虽然构成对交易参与者的误导,但却未必与交易参与者的损失之间存在因果性。在行为人与交易参与者的对赌关系中,行为人预测错误的情况下,交易参与者反而可能因此获利,行为人则要承担交易参与者盈利给自己造成的损失,问题随即转化为根据行为人是否承担损失判断是否存在非法占有目的。反之,如果行为人可以操纵交易涨跌,行为人预测的准确性是必然的,反向指导的内容与行为人陷入错误认识进而处分财产的因果性是确定的,因此,可以认定行为人具有非法占有目的。另一方面,如果行为人不能操纵交易涨跌,则不能排除交易参与者损失是其自行交易所致的可能性。按照是否以真实市场行情为交易参照系的标准,虚拟期货交易案件可以分为以真实市场的涨跌曲线为交易参照和以模拟市场的涨跌曲线为交易参照两类。以真实市场的涨跌曲线为交易参照的案件,对于期货涨跌的分析,除了行为人的投资意见外,还有其他建议来源,因此,交易参与者损失的直接原因不排除是行为人自己决定的结果。以模拟市场的涨跌曲线为交易参照的案件,由于没有其他信息来源,行为人对交易参与者据以做出决定的信息要素控制性更强。但在虚拟期货交易案件中,交易参与者往往并非仅进行一次交易,而是在一定时间内多次交易,如果行为人不能操纵交易涨跌,其反向指导就不具有确定性,交易参与者在数次反向指导交易失利后,后续不再接受反向指导的可能性更强,同样不能确定交易参与者的损失是行为人反向指导所致还是交易参与者自行斟酌所致。

2. 对杠杆交易、限制出金行为的刑法属性分析

第一,关于杠杆交易的作用。为了吸引交易参与者参与交易,行为人对参与交易的交

[57] 参见黎宏著:《刑法学各论》(第二版),法律出版社 2016 年版,第 394 页。

[58] 参见梁恒:《泛滥的六合彩与迷失的法适用——“涉彩”刑事案件定性的困境与突围》,《中国刑事法杂志》2009 年第 8 期,第 44-45 页。

[59] 参见张明楷著:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社 2006 年版,第 5 页。

易参与者提供数十倍甚至上百倍的交易杠杆,作用是放大行情变化对交易结果的影响效果。相比于正常杠杆,在交易行情出现变化的时候,加大倍数的杠杆会导致交易参与人的资金出现更大幅度的亏损,以致更容易出现强制平仓的情况。在虚拟期货交易整体偏向亏损的情况,加大倍数的杠杆交易导致交易参与者获利的可能性更小。但杠杆交易并不是认定非法占有目的的根据。理由在于,杠杆交易只是使行情变化对交易结果的影响变大,进而可能导致交易参与者出现平仓亏损的概率变大,但不影响每次交易的输赢可能性,而输赢概率不是认定非法占有目的的依据。

第二,关于限制出金的分析。虚拟期货交易案件限制出金可以分为两种情形:一是行为人拒绝为交易参与者出金;二是行为人拖延为交易参与者出金,劝说交易参与者继续交易获取更多收益或者挽回损失。前一种情形的行为是判断非法占有目的的参考因素,需结合行为人拒绝出金的原因作进一步分析:即行为人是基于资金紧张拒绝出金还是基于不遵守交易规则拒绝出金;后一种情形表明行为人有意使交易参与者处分财产的目的落空,应视作非法占有目的的客观表征之一。就后一种情形而言,拖延出金不能作为认定非法占有目的的唯一依据,在行为人不能操纵交易涨跌的前提下,行为人拖延出金、劝说交易参与者继续交易,实质上是希望通过亏损的概率来实现自身盈利的目标,行为人仍然是通过偶然性获取利益,在实质上符合通说对赌博犯罪的特征表述。^[60]

五 结 语

综合上述分析,对于虚拟期货交易平台的刑法定性,可以初步得出如下结论:应当以行为人是否存在操纵交易涨跌的行为作为核心标准,判断是否具有非法占有目的,进而认定构成诈骗罪与否;对不具有非法占有目的的案件,由于交易的对象不具有期货的本质,其行为不会影响期货市场秩序,无论形式上采取的是“二元期权”模式还是“交易差”模式,以开设赌场罪定性都更具合理性。透过虚拟期货交易平台的刑法定性问题,其背后的实质是法益原则在案件定性中的坚持与贯彻,尤其是在互联网数字经济的发展背景下,借助新兴技术手段的加持,传统典型的犯罪行为往往会“改头换面”、披上新的“外衣”,如果脱离了对法益或行为本质的探究,案件的定性就会变得扑朔迷离、似是而非,例如偷换二维码收款行为、刷单炒信行为、网络游戏外挂行为等新兴问题的刑法定性,在理论和实务中都引发了不小的争议,只有从法益和行为本质出发,才有可能找到可行的解决方案。而在案件定性中坚持与贯彻法益原则,循察行为本质,也并非要突破罪刑法定原则的界限,恰恰是法益原则在立法“具体到抽象”、司法“抽象到具体”的吸收释放过程。

[本文为作者参与的2019年度国家社会科学基金一般项目“网信技术创新背景下新型侵财犯罪刑法适用困境的实证考察与破解路径研究”(19BFX099)的研究成果。]

[60] 参见冯钟鸣:《赌诈结合情形下的罪名认定规则——以“飞单”购买地下六合彩犯罪为例》,《政治与法律》2020年第9期,第156-158页。

[**Abstract**] Different from formal futures trading, a virtual futures trading platform does not aim at the future delivery of the subject matter. The trader actually forms a quasi-gambling relationship with trading participants, the transaction funds flow in a closed loop, and there is no connection between transaction results and the real market. Virtual futures trading without the purpose of illegal possession can be divided into two types, namely the “binary option” model and the price difference model. For the “binary option” model, the Supreme People’s Court Guidance Case No. 146 adopted the substantive interpretation approach and characterized it as the crime of operating casinos. The “binary option” involved in the guidance case does not have real underlying assets, nor does it have any function of risk management or price discovery. This is the fundamental reason why it is classified as the crime of operating casinos. As for the price difference model, although the judiciary has basically developed the practice of convicting the perpetrator for the crime of illegal business operation, this practice cannot accurately encompass the nature of the behaviors in such cases. Firstly, compared with the legislative and judicial experience of the highly similar “bucket shop” cases abroad, it is more accurate to classify them as cases of the crime of operating casinos. Secondly, the analysis of the nature of the behaviors in the cases reveals that, on the one hand, there is a high possibility that no real underlying assets exist in these cases. On the other hand, all transactions in these cases are closed in the virtual platform and have no relationship with the real futures market. Therefore, such transactions do not have the essence of futures, but purely create risks as a tool for people to speculate. Characterizing such behavior as the crime of illegal business operation does not conform to the nature of such behavior. Thirdly, based on the principle that collective legal interests should be able to be reduced to individual legal interests, the illegal business operation that can be criminalized must be those that are consistent in nature with legitimate business operations. However, there is no consistency in nature between the price difference trading and the behavior of futures trading, and it is impossible to reduce the corresponding collective legal interests to individual legal interests. Finally, the viewpoint that such transactions do not constitute the crime of operating casinos on the grounds that their participants do not have the intention of gambling has both the problem of overgeneralization and methodological errors. The verification of the purpose of illegal possession is crucial in the determination of the crime of fraud in cases of virtual futures trading platforms. The core criterion for ascertaining the purpose of illegal possession in a case should be the manipulation of the results of the transaction, which leads to the deviation of the transaction from the nature of gambling, namely the occasionality of winning or losing. Auxiliary criteria in such ascertainment include refusal to reimburse and reverse calling.

(责任编辑:贾元)