

# 冒充期货从业人员，引导客户加金、交易，造成客户亏损产生手续费，构成非法经营罪还是诈骗罪

作者：江苏省无锡市中级人民法院 范凯江苏省高级人民法院 张晓娟

来源：2018-10-31|江苏省无锡市滨湖区人民法院|一审(2017)苏0211刑初220号|2019-08-22|江苏省无锡市中级人民法院|二审|(2018)苏02刑终505号|

## 问题提示

### 现货交易中的行为性质辨析及量刑标准

#### 一、裁判要旨

行为人利用现货交易平台，在不具有期货从业资格情况下，冒充期货从业人员，利用特定对赌交易规则，引导客户加金、频繁交易，造成客户亏损产生手续费等，以此获取非法利益，应当认定为非法经营罪而非诈骗罪。该类犯罪的量刑，应当根据犯罪数额及违法所得的金额确定刑档，并依照共同犯罪的违法所得总额确定罚金。

#### 二、基本案情

公诉机关指控：邹某某等人犯诈骗罪。

邹某某等人辩称：其不构成诈骗罪，因为其在合法成立的平台交易，没有虚构事实，隐瞒真相，也没有非法占有他人财产的故意，且公司收入来源合法等。

法院经审理查明：2014年5月，被告人邹某某成立上海裕干投资咨询有限公司（以下简称裕干公司），后被告人季某某、何某加入该公司，三人分别占公司股份的51%（邹）、29%（季）、何（20%），并约定按比例分配公司经营利润。2015年11月，被告人叶某、叶某某（被告人季某某之妻）先后加入裕干公司，以叶某的名义注册成立上海裕牛投资咨询有限公司（以下简称裕牛公司）。被告人叶某、叶某某以裕牛公司的名义发展客户至交易平台投资现货原油交易，并约定各占该公司股份的30%（叶某）、20%（叶某某）、25%（邹）、16%（何）、9%（季）。

大连再生资源交易所有限公司（以下简称大交所），是于2011年8月经中国供销集团有限公司报请大连市政府同意设立，并于2013年被大连市政府根据国务院办公厅

《关于清理整顿各类交易场所的实施意见》，对大交所批准设立的情况予以确认，后又在2015年2月12日通过大连高新区管委会审核。该交易所是一家从事现货原油（大连油）交易的平台，旗下有多家会员单位。

2016年3月，王翔成立大连畅元商品经营有限公司（以下简称大连畅元公司），并经大交所审核认证批准成为该交易平台从事综合类会员业务（即会员单位）。2016年3月30日，被告人邹某某等人以裕牛公司的名义与大连畅元公司签订了居间合作协议，成为大连畅元公司的居间商，为大连畅元公司招揽客户至大交所交易平台从事现货原油交易，有效期一年。双方约定：裕牛公司所开发的客户在大交所平台交易产生的手续费、仓息（俗称延期费）及亏损，先由大交所平台分取部分手续费外，剩余的手续费和全部的延期费及亏损由裕牛公司与大连畅元公司按85：15的比例分配。

裕牛公司作为大连畅元公司的二级代理商，利用大交所交易平台，开展现货原油合约业务。具体交易流程为：客户在大交所平台上通过会员单位大连畅元公司席位设立客户自己的账户进行现货原油电子交易，客户账户资金与银行卡绑定，客户资金来去自由，资金开户、入金、买卖均由客户自己操作。客户自行选定大交所平台上已设定好的现货原油规格，设定数量进行双向买卖(即买涨或买跌)，以原油的即时报价为当前价格，进行虚拟交易，采用市商交易制度，1:50的杠杆比例，以小博大，以T+0的交易方式进行连续交易、保证金交易、对冲交易。

裕干公司、裕牛公司经营现货原油居间业务的运营模式是：公司培训员工，使用统一话术招揽客户，话术内容由公司印成文本，销售人员通过电话或者QQ等方式，向客户夸大现货原油投资收益、发送模拟交易盈利截图、有专业分析师带领操作等方式引诱客户开户进行投资交易。客户开户入金后，由公司分析师跟进，向客户提供分析建议及具体操作策略。

被告人邹某某等人招聘被告人王某某等4人组成分析师团队，招聘被告人曹某、罗某、宋某某等数十人组成公司业务员团队，负责通过电话、网络等方式，联系、开发客户至上述交易平台开户投资现货原油及后期客户维护（配合分析师让客户加仓，或者在客户出现亏损时安抚客户防止客户出金）。

2016年3月至8月间，裕牛公司招揽了方佩华、杨玉坤等90名客户至大交所交易平台开户投资“现货原油”，进行标准化合约交易。该90名客户在该平台入金总额为1195万余元，裕牛公司获取违法所得460.9万余元。

### 三、裁判结果

江苏省无锡市滨湖区人民法院于2018年10月31日作出(2017)苏0211刑初220号刑事判决书：以非法经营罪，分别判处邹某某有期徒刑四年，并处罚金人民币四百万元；何某有期徒刑三年，并处罚金人民币二百万元；季某某有期徒刑三年，并处罚金人民币二百万元；叶某有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人民币一百万元；叶某某有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人民币一百万元；赵某等七人有期徒刑一年，缓刑一年，并处罚金人民币五万元；冻结在案的违法所得4793343.99元，由公安机关依法发还本案被害人；扣押在案的作案工具由扣押机关予以没收，上缴国库。

一审宣判后，无锡市滨湖区人民检察院抗诉提出：原审判决适用法律错误，案件定性有误，对各被告人量刑畸轻，依法应予纠正。

上诉人邹某某、何某、叶某某认为原审判决的罚金过高；上诉人赵某、翟某某、王某某、曹某、罗某、宋某某认为其行为不构成非法经营罪。

江苏省无锡市中级人民法院于2019年8月22日作出(2018)苏02刑终505号刑事判决：维持原审判决对赵某、翟某某、王某某、曹某、罗某、宋某某的定罪量刑。以非法经营罪，改判上诉人邹某某有期徒刑四年，并处罚金人民币一百五十万元；上诉人何某有期徒刑三年，并处罚金人民币一百万元；上诉人叶某某有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人民币一百万元；原审被告季某某有期徒刑三年，并处罚金人民币一百万元；原审被告叶某有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人民币一百万元。公安机关追缴冻结在案的4793343.99元中的4609089.23元，由公安机关按比例发还给被害人，其余钱款由公安机关依法处置。扣押在案的电脑、手机等作案工具由扣押机关依法予以没收，上缴国库。

#### 四、法院认为

法院生效裁判认为上诉人邹某某等人违反国家规定，未经国家有关主管部门批准从事期货交易的代理活动，属非法经营期货业务，扰乱市场秩序，情节严重，其行为均已构成非法经营罪。

上诉人赵某等七人作为裕千公司、裕牛公司的雇员，在明知公司经营模式的情况下，仍积极开发客户到平台投资交易，并按比例分取客户亏损，属于非法组织期货交易的行为，其行为亦构成非法经营罪，且各被告人均属共同犯罪。

原审判决对各原审被告人的定罪正确，但对邹某某、何某、叶某某、季某某、叶某判处的财产刑过高、对涉案财产的处置不当，依法均应予纠正。

## 五、案件评析

邹某某等人利用大交所交易平台，招揽客户进行原油现货交易，但实际却以期货模式进行经营。关于定性问题，检察院指控及抗诉均认为，被告人邹某某等12人的行为应构成诈骗罪。但一审及二审法院认为，邹某某等人构成非法经营罪，笔者同意本案构成非法经营罪，关于本案定性及量刑的具体分析如下：

### 本案符合现货市场非法期货交易的形式和要件

现货交易和期货交易的本质是通过交易目的、交易功能等加以区别的。现货交易主要是以实物交割为目的，主要是为了满足生产、流通而让渡获取标的物的所有权。而期货交易不以实物交割为目的，它是为了转移现货市场价格风险，主要起到套期保值、价格发现和投机套利等功能。判断一个平台或代理商的行为是否是非法期货，要看是否以实物交割为目的，且形式上是否存在标准化合约等期货交易特征，从而认定其行为性质。

根据2013年12月31日中国证监会出台的《关于认定商品现货市场非法期货交易活动的标准和程序》规定，认定商品现货市场非法组织期货交易活动应采取目的要件和形式要件相结合的方式。本案中的交易特征符合期货交易的形式和目的要件：（1）交易对象为标准化商品合约。交易平台通过发展会员单位，会员单位又发展居间商，层层招揽客户参与交易。交易平台将国际原油实时美元价格换算成人民币价格，进行T+0连续交易原油的标准化合约，采取保证金交易，50倍杠杆（即客户在交易时只需缴纳合约总额2%的保证金后即可买卖），客户大都以反向对冲平仓方式了结，基本无实物交割主要通过价格变动赚取差价。所以本案所涉交易参与者主要目的不是转移商品所有权，而是从原油价格变动中获取投机利益，符合变相期货的目的要件。（2）交易方式为集中交易，其中包括集合竞价、连续竞价、电子撮合、匿名交易、做市商机制等交易方式。现货交易平台采取的即为“做市商”[2]的交易方式，即会员单位接受客户买卖两个方向的交易单据，通过买卖价差获取利润而形成的交易制度。在买卖单据相互平衡后，剩余单据所产生的盈亏先由会员单位承担，会员单位再根据居间协议与居间商之间按比例分担上述盈亏，客户与所属会员单位间实际系对赌关系，交易平台、会员单位与居间商系利益共同体。

另根据2013年12月中国证监会出台的《关于做好商品现货市场非法期货交易认定有关工作的通知》第2条第7款规定：商品现货市场组织的交易活动构成非法组织期货交易的，其会员、加盟商和代理商等代理客户进行交易的活动，同时构成《期货管理条例》第74条第2款所称的“擅自从事期货业务”。

本案符合非法经营罪的构成要件, 具有“变相原油期货交易”的性质

### 第一

, 从主体和主观方面看, 行为人明知或应知自身欠缺从事该期货交易业务的资质, 具有为牟取非法利益故意实施买卖石油期货的主观故意。

邹某某等5人为公司股东, 明知各自没有从事期货业务从业的资质, 而且知道客户的交易手续费、交易盈亏与公司利益紧密挂钩, 所获利润也是按照5名股东出资比例进行分配。赵某等4人组成的分析师团队、曹某等3人组成的销售团队, 明知各自均不具有期货从业资格, 冒充启明金融研究所员工, 通过电话、网络途径, 采用夸大收益、炒作公司具有专业分析师团队等方式, 引诱客户至大交所平台投资现货原油, 并通过引导客户频繁交易的方式造成亏损并产生大量手续费, 从中获取业绩提成, 上述被告具有非法组织期货交易牟取利益的主观故意。

### 第二

, 从客观方面看, 行为人实施了违反法律规定的行为, 产生了权益侵害的后果, 行为人因此获得巨额不法利益。根据公安部、最高检《立案标准(二)》: 非法从事证券期货, 非法经营数额30万元以上或者违法所得5万元以上的, 属情节严重, 应当予以追诉。本案中, 上诉人邹某某等人非法经营数额1000万余元, 违法所得数额为460余万元。

### 第三

, 从侵害客体上看, 非法经营原油期货行业不仅直接侵害了投资人的财产所有权, 还扰乱了原油市场的正常交易秩序, 具有双重侵害性。

本案没有虚构事实使被害人陷入认识错误而自愿交付财物的行为, 不符合诈骗罪的构成要件。

## (一) 没有虚构事实的行为

向客户提供的“操作建议”不是实行为, 不属于诈骗罪中的“虚构事实”。首先, 诈骗罪中的虚构事实是虚构与客观事实相反的事实, 并不包括行为人不能控制、存在不确定性、对还未发生事实的预测等。如售楼员以房产售房向客户推荐投资房产, 即使其内心认定房产不会增值或客户买房后房子贬值, 也不能认为售楼员通过虚构事实诈骗客户购房款。同理, 本案中邹某某等人指使公司分析师将原油涨(跌)的操作建议提供给客户, 即使分析师内心认为行情并不会涨(跌), 也不宜认定其构成诈骗罪。民事欺诈不属于刑事诈骗, 在没有证据证实邹某某等人提供的操作建议是否与真实行情相符的情况下, 难以认定操作建议系“虚构的事实”。“我们所

处的‘风险社会’之中，应考虑受骗者的承受欺骗、辩解欺骗之谨慎和防范的责任。”

其次，客户亏损与操作建议之间不存在必然的因果关系。从客户的交易明细显示，很多客户一天之内交易多次，现无法证实客户每次交易均是在邹某某等人提供的反向操作建议下进行，客户亏损与操作建议之间不存在直接、必然的联系。另外，盈利的交易次数占交易总次数比例40%-60%之间，符合期货投资的偶然性特征，不能证明存在故意提供的反向操作建议。最后，本案中的被告人王某某、宋某某等人曾私自在交易平台合伙开户入金，最终亏损5万余元。这进一步印证了分析师、客户经理根本不具备预测行情涨跌的能力，指控他们“虚构涨跌事实，引诱客户反向交易”在逻辑上与事实不符。

## （二）本案被害人没有因欺诈产生处分财产的错误认识

首先，诱导行为不能认定诈骗罪中的“欺诈”。从同类司法解释看，《最高人民法院关于对设置圈套诱骗他人参赌又向索还钱财的受骗者施以暴力威胁行为应如何定罪问题的批复》中规定：“行为人设置圈套诱骗他人参赌获取钱财，属于赌博行为，构成犯罪的，应以赌博罪定罪处罚。”该解释明确仅仅诱骗他人参与赌博的行为，不构成诈骗罪。同理，本案中业务员通过“以小搏大”“保证高收益”的方式诱导客户在平台开户投资，该诱导行为本身不属于诈骗罪中的欺诈，即便该行为具有一定的民事欺诈也难以认定刑事诈骗。

其次，客户开户时签署过《开户协议书》《风险提示书》，应当知道期货存在高风险，所有对行情的分析研判都只是预测、建议，而非事实本身。客户所有的投资指令都是由其本人决定后做出，不存在强制进行外部控制或干预的情形，因此也不存在因陷入认识错误而处分财产的情况。此外，很多客户并非初次参与交易，也有一部分客户网上寻找不同的交易平台，或者同时在几个交易平台开户，主要目的是利用高杠杆投机获利，他们并非期货或现货交易的“合格投资人”。

最后，客户亏损不能认定是“被害人自愿处分财产”，客观结果不能倒推行为性质。客户交易盈利的平均概率为40%-60%，即“大亏小赚”，这主要是平台的特定交易规则所导致。一是对赌规则，客户亏损直接转化成会员单位、居间商的盈利。因此公司业务员、分析师会建议客户满仓、重仓、频繁操作，客户亏损和交易手续费也随之剧增。二是交易平台挂牌交易主要为原油、白银等高价格品种，原油每手标准化合约价格约为30万元，交易一手要缴纳合约单价的2%（约6000元）的保证金，进一步放大了交易风险，一旦操作失误极易爆仓。三是原油价格走势受诸多市场因素干扰，波动幅度较大，在T+0的交易机制下，客户一般会频繁参与交易，产生大量高额手续费（经测算平均占成交总额的16%），也大量消耗了客户本金。

案件应根据非法经营的数额及违法所得确定主刑和附加刑，并对涉案财产进行妥善处置。

量刑是“事实判断与价值判断的有机统一”“量刑的事实判断以犯罪的主客观事实为基础，量刑的价值判断体现国家和社会惩罚与预防犯罪的特殊需要。”[5]由于大宗商品交易犯罪存在着诈骗罪还是非法经营罪的争议，通过量刑均衡刑事案件的定性之争的现实意义就更加突显。法院作出的判决是否能够起到惩罚和预防被告人犯罪的需要，并起到威慑社会一般人员犯罪的作用，量刑是最直观的表现。

### （一）关于主刑。

刑法第225条及司法解释未规定“情节特别严重”的升档情形，不同法院对非法经营罪的量刑存在较大悬殊，使判决缺乏统一性和均衡性。此类案件的被害人众多，有些可达上千人，涉案金额有的在几千万至上亿元，违法所得在数百万至上千万元不等，且一般为集团犯罪，事关市场金融秩序及社会安全稳定。我们认为对于非法经营数额过亿元或违法所得超千万元的案件，可以对全案认定为“情节特别严重”，在5-15年有期徒刑的幅度内处刑。另外，升档处刑对于地位、作用不同的从犯，在量刑时存在更大的合理调节空间。本案中，邹某某等人非法经营数额1000万余元，违法所得数额为460余万元。考虑各人在犯罪中地位、作用及违法所得数额，未认定为“情节特别严重”，对12人分别判处二年六个月至四年不等的有期徒刑，符合法律规定。

### （二）关于附加刑。

根据《中华人民共和国刑法》第二百二十五条的规定：“违反国家规定，擅自从事期货业务，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金。”由于这个量刑幅度太宽泛，导致不同法院之间存在差异。故针对共同犯罪，可以参照两高《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第十二条的规定：“犯生产、销售假药罪的，一般应当依法判处生产、销售金额二倍以上的罚金。共同犯罪的，对各共同犯罪人合计判处的罚金应当在生产、销售金额的二倍以上。”故二审法院参照无锡地区走私罪、食药犯罪、虚开犯罪等危害社会主义市场经济类犯罪财产刑的一般处刑方式，对于犯罪数额巨大的，罚金总额一般控制在违法所得1倍。

本案中，邹某某等人共同犯罪金额1195万余元，违法所得共计460.9万余元，案发后违法所得已被全部被追缴，其中邹某某、何某、叶某分别退出违法所得341万余元、4.3万余元、50.6万余元，涉案公司共被扣押违法所得82.8万余元。原判对邹某某等人判处的罚金总额为1045万元，是共同犯罪违法所得总额的2.6倍，罚金总额过高。为了对本地区该类犯罪财产刑适用的统一性和均衡性，对邹某某、何某、叶

某、叶某某、季某某等五名公司股东的罚金数额予以适当降低。故二审法院对邹某某等五名股东的罚金刑进行了调整。

### (三) 关于涉案财产处置。

根据《中华人民共和国刑法》第六十四条规定：犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或责令退赔；对于被害人的合法财产，应当及时返还。首先，邹某某等人向客户隐瞒了会员单位、居间商与客户进行违法对赌等情况，造成客户的财产损失，实则是客户的合法财产，侦查机关应当依法按比例发还。参照非法集资类犯罪的涉案财产处置方式，从维护社会稳定及保护投资参与人的角度衡量，亦应当对扣押到的财物予以发还。

其次，除去应发回被害人的460.9万余元，应依法将冻结的479.3万余元中剩余的18.4万余元，交由公安机关处置。但原审判决对将扣押到的479.3万余元由公安机关全部发还给被害人不当，应当依法纠正。

## 五、相关法条

《中华人民共和国刑法》：第二百二十五条：违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：……（三）未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的。

## 参考文献

[1]逢政，徐弘艳，任志伟，大宗商品电子交易平台违规认定〔J〕，中国金融，2018（16）：82-83.

[2]“做市商”机制：是指具备一定实力和信誉的法人、其他经济组织等，不断地向买卖双方提供报价，并按照自身提供的报价付出资金或者商品与之成交，从而为市场提供即时性和流动性，并通过买卖价差获取利润而形成的交易制度。由于做市商买卖商品的目的并不是获取商品的所有权，而主要是低买高卖，提供流动性，与现货交易的初衷完全不符，做市商机制不宜作为现货市场的交易制度，载《关于认定商品现货市场非法期货交易活动的标准和程序》（2013年12月31日中国证监会发）



[3] 参见方孔强，胡公枢：《诈骗罪中应强调欺骗的程度限制》，载《中国检察官》2016年第2期，第43页。

[4] 合格投资者：是指那些具备相应风险识别能力和风险承担能力，投资于单只资产管理产品不低于一定金额且符合一定条件的自然人、法人或者其他组织。“合格投资者”制度安排，是为了保护投资者的利益，防止和减少一些投资者因盲目、非理性投资失败而酿成各种社会悲剧。转载自：<https://www.wukong.com/answer/6XXX/>。

[5] 彭文华：《量刑的价值判断与公正量刑的途径》，载《现代法学》2015年第2期，第102页。

### 关键词

刑事 非法经营 诈骗 量刑 非法经营罪律师 非法经营罪刑事辩护律师