

# 经营性虚拟盘案件的刑法定性

周博文

华东政法大学刑事法学院, 上海

收稿日期: 2023年7月20日; 录用日期: 2023年8月28日; 发布日期: 2023年9月5日

## 摘要

虚拟盘案件的刑法定性存在诈骗罪与非法经营罪的争议, 主要是经营性虚拟盘案件中对平台信息虚假陈述行为、虚构形象引流并引导投资行为的行为应如何定性的问题。对徐某非法经营案中法官的观点进行检视, 可以得出两条教义学规则: 参考域外刑法对“事实”的研究, 不确定的事实不能成为欺骗行为的内容; 引入客观归责中“风险”的概念, 欺骗行为应造成交易“风险”的提高。经营性虚拟盘案件中相关行为不符合欺骗行为的标准, 若该当“变相期货交易”的要件, 应认定非法经营罪。

## 关键词

虚拟盘, 诈骗罪, 非法经营罪, 欺骗行为

# The Criminal Law Qualification of Operating Virtual Market Case

Bowen Zhou

School of Criminal Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jul. 20<sup>th</sup>, 2023; accepted: Aug. 28<sup>th</sup>, 2023; published: Sep. 5<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

There is content about the controversy over the criminal law qualification of crime of fraud and crime of illegal business in virtual market cases. The main issue is how to qualify the behavior of false statements of platform information, and fictitious expert image to attract customers and guide investment in operating virtual market case. The examination of the judge's opinion in Xu's illegal business case leads to two penal dogmatic rules: uncertain facts cannot become the content of deception behavior; deception behavior should increase the "risk" of transactions. The relevant behaviors in operating virtual market case do not meet the standards of deception behavior. If

they meet the requirements of “disguised futures trading”, they should be recognized as illegal business crimes.

## Keywords

Virtual Market, Crime of Fraud, Illegal Business Crimes, Deception Behavior

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 问题的提出

电信网络诈骗高发频发，已经成为影响群众生活最深，群众反映最强烈的犯罪类型之一。根据公安部发布的统计，刷单返利、虚假投资理财、虚假网络贷款、冒充客服、冒充公检法五大最高发类型电信网络诈骗中，虚拟投资理财诈骗损失金额最大，占到全部损失的三分之一左右[1]，而虚拟盘即是虚拟投资理财诈骗的主要表现形式。

虚拟盘案件并不能与电信网络诈骗直接等同，其定性在司法实践中并未形成统一认识，主要存在非法经营罪与诈骗罪的争议。《刑事审判参考》第1238号徐某等人非法经营案(后文简称徐某非法经营案)中，徐某经营虚拟盘的行为最终被认定非法经营罪([2]: pp. 16-23)。但在《最高人民法院发布打击治理电信网络诈骗及关联犯罪典型案例》的案例二中，类似的行为，检察院则认定为诈骗罪，“犯罪分子利用骗术诱导投资者频繁交易，通过赚取高额手续费的方式达到骗取钱款目的。与传统诈骗方式相比，这种‘温水煮青蛙’式的诈骗欺骗性、迷惑性更强、危害群体范围也更大。”

徐某非法经营案中法院得出的结论以及认定的理由与最高检发布典型案例中的说理存在明显出入。在虚拟盘行为类型繁多的情形下，何种行为应成为区隔诈骗罪与非法经营罪的关键未形成统一认识。笔者认为，首先应当对实务中虚拟盘案件的行为类型进行归纳总结，对“虚拟盘案件”的边界进行界定。其次应当从构成要件角度出发，在诈骗罪与非法经营罪的框架下对虚拟盘的诸多行为类型进行梳理，才能形成对司法实践有所助益的方案。

## 2. 虚拟盘的行为类型与司法现状

虚拟盘，又称虚假交易平台，其并非规范的刑法概念，而是司法实践对一类案件的统称。其通常是指行为人设立虚假的外汇、现货、期货等金融产品交易平台，营造平台与市场接轨的假象，引导客户前来投资。客户资金并未进入真实外汇、现货、期货市场，亦无真实流通的交易标的，而是进入行为人实际控制的银行账户。平台与客户呈现对赌关系，通过占有客户亏损的金额以及收取手续费盈利。因资金流入的期货、现货、外汇盘都并非真实存在，故称虚拟盘 [3] [4]。

虚拟盘的基础行为主要是行为人设立虚假的交易平台，对交易平台以及交易性质做虚假陈述，掩饰平台并不对接真实市场以及客户与平台呈对赌关系的事实，从而占有客户亏损的金额以及收取手续费。在此之上，行为人为了保证盈利，实践中发展出多种不同的行为类型。笔者在威科先行数据库中以“虚拟盘”或“虚假交易平台”为关键词进行检索，共得到判决479份<sup>1</sup>，进行归纳总结后，对其中较为高发、典型的行为进行列举：

<sup>1</sup>统计截止至2023年5月19日。

第一，虚构形象引流并引导投资。虚构的形象主要分为两类：第一类为“白富美”“高富帅”等成功人士形象。行为人虚构此类形象，通过社交平台以婚恋、交友为由接触被害人。通过在朋友圈发布虚构的内容，营造事业成功经济富足的虚假内容，并不断与被害人聊天赢得被害人信任，然后向其推荐虚拟盘平台或是推荐由行为人假扮的投资“老师”，以实现为虚拟盘平台引流的目的。第二类为具有专业资质的投资导师形象。行为人会冒充具有相应资质和经验的投资指导老师，并安排其他人员谎称在“导师”的指导下通过平台取得盈利，在聊天群内发布虚假的盈利截图，从而骗取被害人信任。“导师”通常会依据自己推断或是平台方推断的市场行情反向为客户提供投资建议，使得被害人在平台中亏损，从而占有客户资金；或是在设定高额手续费的情形下，引导被害人频繁进行操作，赚取手续费。

第二，限制出金、转移资产。出金与入金相对，是指行为人将平台中的金额提现的行为。在被害人将资金投入平台购买金融产品实现盈利后，被害人往往有尝试出金以验证平台是否切实可以盈利的行为。在面临出金提现的申请时，平台方往往会以较长的审批周期以及各种理由阻碍出金，对出金进行严格审批。即便同意部分小额出金，也是为了降低被害人的警惕心理，引诱被害人继续投资。其中，部分平台在募集足够资金之后会直接关闭平台封盘跑路，侵吞客户财产。

第三，后台修改数据。此类行为在实践中主要集中于虚拟数字货币或其他小众金融产品，平台并未提供真实、实时的市场行情数据，在后台可以实现对数据的修改操控，从而人为控制产品的涨跌，制造客户账面的亏损，占有客户财产。该行为通常配合之前虚构专家资质引导被害人投资的行为，通过后台稳定操控市场数据，使被害人投资初期在专家的指导下获得小额盈利，当被害人进行大额投资时便反向操控市场数据使得被害人“爆仓”，实现对被害人财产的侵占。

实践判例呈现两大特征。第一，司法机关对该类型犯罪更倾向于认定诈骗罪。在 479 份判决书中，共有 420 份判决书对案件认定诈骗罪，而仅有 27 份判决认定为非法经营罪，诈骗罪与非法经营罪分别占总案件比例的 87.7% 和 5.6%。第二，该类型案件普遍存在同案不同判现象。例如章某某非法经营案<sup>2</sup>与卢某诈骗案<sup>3</sup>均是诱导被害人至虚假交易平台投资，后通过引导客户频繁交易的方式收取大量手续费，前者被判处非法经营罪，后者被判处诈骗罪。同时，在大量案件被认定诈骗罪的情形下，少有判决书对犯罪构成进行详细说理。

但并非所有类型的虚拟盘案件均存在同案不同判的现象。无论是前文提及的典型案例还是实践中的判例，对于存在第二、第三种行为的虚拟盘案件均按照诈骗罪定罪处罚。限制出金、转移资产的行为与《最高人民法院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(2022 修正)》第七条中规定的“抽逃、转移资金、隐匿财产，逃避返还资金”在性质上具有一致性，可以作为诈骗罪非法占有目的的认定依据。修改后台数据的行为通过人为制造反向行情，致使被害人亏损，从而占有被害人的财产，其行为已经超出正常的交易或是经营范畴，具有明显的非法占有目的，可以认定为诈骗罪。

争议主要聚焦于前文徐某非法经营案同类型的案件，平台使用真实市场行情，没有限制出金、转移资产的行为。此类虚拟盘呈现长期经营的态势，而非短期攫取被害人资金，通过收取手续费以及客户的正常投资亏损盈利。此类经营性虚拟盘案件中行为人对平台经营模式的隐瞒及虚假陈述行为、虚构专家形象引导投资行为、虚构形象引流行为是否可以作为认定诈骗罪的依据是本文主要讨论的问题。

### 3. 诈骗罪认定的教义学探讨

徐某非法经营案中法官提出诸多理由，比如“诈骗罪中的虚构事实不包括行为人不能控制、存在或然性、对将来事实的预测”“由于客户进入平台进行交易投资并不意味着客户就丧失财产，因此诱导客

<sup>2</sup>浙江省诸暨市人民法院(2020)浙 0681 刑初 296 号判决书。

<sup>3</sup>广东省东莞市中级人民法院(2020)粤 19 刑终 1743 号判决书。

户进入交易平台操作以及鼓动客户加金，频繁操作不能认为系诈骗罪中致被害人处分财产造成损失的行为，故不属于诈骗罪中的欺诈。”此类论断既非基于刑法明文规定，亦非教义学中公认的定理，难以作为实践中裁判此类案件共通的规则。因此，笔者通过对徐某非法经营案中提出的观点从教义学角度进行检视和论证，以得出诈骗罪认定中通用的教义学规则。

### （一）不确定的事实不能成为欺骗的内容

徐某非法经营案中，法官提出“虚构事实不包括行为人不能控制、存在或然性、对将来事实的预测”。该观点实际上是对诈骗罪构成要件中欺骗行为的具体内容提出的要求。该观点并非首创，在域外的司法实践中已有一定共识，我国理论界也早有讨论。

“事实”通常是指客观存在的具体事件或者现实状态，我国刑法理论将欺骗行为解释为“虚构事实、隐瞒真相”，两种行为均表示针对客观现实进行欺骗。过往的讨论往往从时间上来区分，将事实分为过去的事实、现在的事实以及未来的事实。德国刑法理论认为，“事实是指能够验证其为真或为假的性质的，现在或过去的具体历程或状态”。未来的事实由于其其在行为发生时的不可验证性而排除在诈骗罪所欲规范的范围之外[5]。英美刑法理论也普遍认为，诈骗罪欺骗所针对的事实仅包括现在或者过去的事实[6]。但是，我国学者认为没必要对“事实”从时间角度进行严格区分，主张对诈骗罪中事实的形态作更为广泛的解释。即使是未来的事实也可能造成被害人错误认识并交付财产。因此，只要符合诈骗罪的犯罪构成，就没有必要区分是过去、现在的事实还是将来的事实[5]。

实际上，依据时间将事实进行分类并不严谨。未来的事实中极有可能包含部分现在的事实或者过去的事实。例如行为人谎称自己在本次招聘中将会被录用，高价出售其录用经验，但实际上行为人并没有被录用。录用结果还未公布的情况下，是否被录用是将来的事实，但简历上的信息以及招聘中的笔面试情况等决定录用的关键信息都是过去已发生的事实。对于此情形，将其简单地定性为过去的事实或是未来的事实，都不足以完全评价。笔者认为，对于“事实”的审视，应回归“不确定性”以及“不可验证性”的判断。无论是域外学者还是我国学者，其讨论欺骗的事实是否包括未来的事实时，说理的核心理由均是事实当下的不确定性以及不可验证性，而非欺骗内容在时间上的节点。

部分情形下，未来的事实可以由现在的事实进行推断，此时其不确定性以及不可验证性被消弭，能够成为诈骗罪所规制的“事实”。一种情形是基于已发生的现实或者现有的信息，已经能够决定未来的事实，对行为人陈述内容的真伪得出确定性结论。例如前文提及的谎称自己被录取的情形，若行为人的简历明显不符合该公司的招录标准，则行为发生的当时便可判断行为人所陈述事实的虚假性。另一种情况是基于自然规律或者其他客观规律、规则，能够推断出未来事实，从而验证行为人陈述的真实性。例如行为人谎称当天夜里会出现流星雨，并出售观测流星雨的设备，而实际上当天并无流星雨。此种未来的事实，其发生遵循自然客观规律，在一定条件下可以预测推测，属于确定的事实。

依据当前事实、信息以及客观规律、规则不能推断的事实，应属于不能确定的事实。此类事实与当前现实关联性弱，行为人只能通过自己的猜测、预测对其进行描述。行为人实施欺骗的内容若是此种不确定的事实，在欺骗行为发生的时间点，此种事实在未来发生的可能性以及发生的程度都具有不确定性。换言之，未来的现实发展完全可能呈现出与行为人预测相反的态势。对于这样的事实，被害人选择相信进而交付财物的，不应认定为欺骗。例如行为人为出售自己的房屋，谎称自己是城市发展方面的专家，由于城市发展规划和国家政策的影响，自己推测此房屋具有极大升值空间，因而以高于市场价的价格出售了自己的房屋。但城市发展规划和国家政策影响因素诸多，即便是真正的专家也难以对其做出准确的预测，因此房屋价格应属于不确定的事实。该房屋价格可能不升反降，可能在较长时间保持一个稳定的价格，亦有可能如行为人所受规划和政策影响有较大的升值。尽管行为人在实施行为时主观上带有骗取被害人财物的目的，但最终客观上事实是否虚假以及被害人的财产是否造成损失并不由行为人决定。

不同于一般的未遂犯，此类行为在实施时便具有极大的不确定性，不应认定为刑法意义上的欺骗行为。

## (二) 欺骗行为应造成交易风险的提高

徐某非法经营案中法官提出“由于客户进入平台进行交易投资并不意味着客户就丧失财产，因此诱导客户进入交易平台操作以及鼓动客户加金，频繁操作不能认为系诈骗罪中致被害人处分财产造成损失的行为，故不属于诈骗罪中的欺诈”。该观点在结论上或许有一定可取之处，但其论证过程过于简单粗糙，难以形成说服力。若只有造成财产损失具有必然性时才可以构成诈骗罪，那么当交易行为中相对方通过虚构事实营造显失公平的交易时只能按照民事欺诈处理，在法益保护的周延性上似乎就有所缺漏。

市场交易中，商品价格虚高或者宣传存在一定美化的行为司空见惯，这部分“欺骗”主观上并非意图非法占有他人财物，而是为了在市场中赢得交易机会。此类欺骗由于符合商业交易中的日常习惯而为社会所容忍，属于正常的商业行为，不易导致被害人认识错误，若刑法介入规制，反而可能阻碍市场的自由和发展。但如若欺骗行为超出日常交易范畴，则可能成立刑事诈骗。交易类型的诈骗，在民刑界分上存在模糊性，如何界定欺骗行为是否属于刑法规制的欺骗是实务中诈骗罪认定的疑点难点。

理论上在区分民刑欺诈中有“重要事项说”和“基础信息说”，“重要事项”和“基础信息”本质上都是指向能够决定被害人交付财物的重要事实[7]。当行为人虚构的事项能够对被害人交付财物起决定或者重要影响作用，从而导致被害人处分财物遭受财产损失时，即构成诈骗罪。有学者认为，即便行为人在交易过程中存在虚构、隐瞒，只要其交易事实和交易对价客观存在，便不成立刑事诈骗[8]。相较于前文的“基础信息说”，该观点认为即便交易的“重要事项”存在虚构与瑕疵，只要其交易事实存在，即不成立刑事诈骗。例如李政诈骗案([2]: pp. 74-81)中，被告人李政等人谎称能够办理正规有效的成人高等教育文凭并上网认证，诈骗 1826.22 万元。其认为李政等人收取他人财物后若通过非法手段成功办理有效的成人高等教育文凭，即便交易事实存在瑕疵，但交易事实客观存在，其行为便难以成立诈骗罪[8]。后者的观点实质上是对前者的限缩，将“重要事项”的判断视角从形式转向实质。但是后者的判断标准仍然存在两方面的问题。首先，是实质角度“重要事项”的判断仍欠缺明确标准，“重要事项”存在何种瑕疵时可以认为交易事实不存在，依旧是模糊的判断。其次，“重要事项”中瑕疵的判断应当以一般人还是特殊人为标准尚未明确。

笔者认为可以借鉴客观归责理论，引入“风险”概念作为判断依据。客观归责理论“以制造了法所不允许的风险、实现了法所不允许的风险以及结果在构成要件的效力范围之内三个原则为基本内容”[9]。该理论中提及的“风险”是指法规范与行为规范明确反对的风险[10]。在交易型诈骗中，该种风险指的应是广义的致使被害人交易目的不能实现的风险。当行为人的欺骗行为造成被害人交易“风险”客观上升，以至于被害人交易目的不能实现，则应当认定为对“重要事项”进行虚构，成立诈骗罪。“风险”概念恰好能够解决前文提出的两个问题。一方面，“风险”概念为交易事实是否存在的判断提供了客观的可以参考的标准，只有造成交易“风险”的客观上升，与原先的交易存在本质的差异，才能认定原先双方约定的交易事实不存在；另一方面，“风险”概念回应了瑕疵判断的视角，其既考虑了交易对象作为特殊人的交易目的，又从相对客观的一般人角度衡量交易风险。

但必须明确，该种风险应是相较于行为人约定的事实而言的。不同的交易品类本身带有的风险不尽相同。投资类交易的风险通常高过普通的交易，而涉嫌违法的交易的风险通常也高过合法的交易。诈骗罪的判断应当以双方约定的交易行为为基础，只要欺骗行为没有导致原先交易的“风险”上升，即便行为人存在欺骗、隐瞒行为，亦不应以诈骗罪定罪处罚。例如前文李政为他人办理成人高等教育文凭，具有常识的一般人应明知文凭是接受了相应的教育才能取得的凭证，而非通过支付足够财产即可取得，李政公司办理文凭的行为必然具有一定不合规不合法之处。在办理文凭时，其行为本身不合规所带来的风险应被考虑在内。若李政等人通过违法手段为其办下文凭之后，因学历登记系统更新，审查更严，其办

理的文凭不再具有效力，也不应认为是诈骗罪。

同理，如果是对动机、身份等非交易主体事实进行虚构，不宜认定为诈骗罪。虽然动机、身份等信息可能属于赢得被害人信任，促进交易实现的重要因素，从风险的角度进行判断，除非此类交易属于和动机、身份具有较强关联的特殊交易类型，否则此类虚构并不会对交易的实质风险产生影响。例如行为人对对自己的身份信息今天虚构，谎称自己与被害人的朋友相识，被害人因此疏于检查导致购买的货物存在瑕疵，不应认定为诈骗罪。

#### 4. 经营性虚拟盘案件定性的厘清

##### (一) 对平台的虚假陈述不是“欺骗”

虚拟盘案件必然存在行为人对资金流向、平台商业模式的虚构和隐瞒，这属于虚拟盘案件的基础行为。有论者认为应当将此种对平台信息虚构、隐瞒行为作为认定诈骗罪的依据之一，只要平台并不与真实市场对接，以客户的亏损作为盈利，且客户不知情，即可认定为诈骗罪<sup>[11]</sup>。这种论断中的要件不能与诈骗罪的构成要件一一对应，其更多是对实践中案件的归纳总结，而非基于构成要件的严密推理。笔者认为对平台的虚假陈述不属于诈骗罪要求的“欺骗”行为。虽然行为人对平台的资金流向、是否和客户呈“对赌关系”等事项进行了一定程度的虚构和隐瞒，但双方仍存在一定程度上的交易事实，应从“风险”角度进行考察，虚构、隐瞒行为是否导致交易相对方的“风险”客观提升。

单纯地对平台信息进行虚构、隐瞒并不会造成交易风险的提升，应考察平台的整体行为。无论是资金未真实流入市场，还是平台与客户呈对赌关系，其事实本身并不会直接造成交易风险的提升。只是在此种情形下，平台有更多舞弊的动机与空间。例如平台方可能篡改后台数据以侵吞客户财产；或者在被害人将财产转入行为人实际控制的银行账户后，行为人可能存在行为人限制出金、封盘潜逃等行为。若平台以长期经营为目标，未实施此类行为，亦也无实施此类行为的意图，此交易过程中便不存在超出一般金融投资交易的风险。在前文提及的徐某非法经营案中，行为人虽然谎称投资平台为正规平台，对资金流向以及平台的商业模式有所隐瞒，但依据市场行情对客户的盈利亏损进行适时兑付，双方存在实质上的交易事实。客户的盈亏由真实市场行情决定，在虚拟盘中交易与原先在外汇、期货市场中交易的风险相当。行为人隐瞒、虚构平台信息的行为并未造成交易风险的客观上升，不属于诈骗罪所要求的“欺骗”行为。

##### (二) 提供投资建议的行为不是“欺骗”

虚拟盘类型犯罪实施过程中，行为人假冒具有专业资质的讲师后提供的建议大致上分为两类。一类是根据对未来市场行情的预测为客户提供反向的投资建议，引导被害人亏损从而实现平台盈利；另一类是频繁提供投资建议，引导被害人频繁操作从而收取手续费。

第一类反向投资建议不宜认定为诈骗罪要求的欺骗。对于欺骗行为的定性不仅要考虑行为人的主观意图，还要考虑行为人所实施的客观行为。虽然行为人提供反向投资建议是为了诱导客户错误投资，从而占有客户的投资资金。该行为一定程度上反映了行为人的非法占有目的，但是行为人提供反向投资建议的行为客观上并未对某一确定的事实进行虚构。金融市场有其特殊性，影响市场的因素繁多，而其中可以进行预测分析的仅占少数。即便是行业内资深的具备专业知识的人员，其对市场进行预测的准确性也并不高。因此，无论行为人是依据自己对金融市场的分析了解还是由其他专业人士分析后提供，其预测仅起到参考作用。如若行为人未采取特殊手段实现对市场行情的控制，行为人基于不准确的预测而向被害人提供建议的内容，无论正向反向，应属于不确定事实。此类不确定的，具有偶然性、或然性的事实不应认定为诈骗罪所规制的欺骗行为的内容。前文提及的徐某非法经营案中，行为人同样被指控存在将平台提供的行情反向提供给客户的行为。最终的结果显示，盈利总次数占交易总次数为 49.2%，基于

预测的反向投资建议并未对交易结果产生明显的影响。

对于第二类建议，单纯地诱导频繁交易的建议不应认定为诈骗罪要求的“欺骗”，应当结合案件事实综合判断。行为人的目的是通过引导被害人频繁操作从而收取手续费，如果行为人隐瞒存在高额手续费的事实，或是虚构平台交易不存在手续费的事实，被害人因此陷入错误认识从而频繁交易造成财产损失，其虚构和隐瞒行为导致了被害人的财产损失，应当定性为诈骗罪。但如果平台并未对交易产生的手续费用以及其比例进行隐瞒，单纯地冒充讲师身份引导客户频繁交易，被害人对手续费的情况存在明知的情形下，客户在进行交易过程中完全基于自己的意愿，对手续费相关事项并未陷入任何程度的错误认识，此行为不应认定为诈骗罪所规制的欺骗行为。

### （三）虚构形象介绍平台的行为不是“欺骗”

部分虚拟盘类型的犯罪中，存在行为人假冒“白富美”或“高富帅”形象，以交友为由，赢得被害人信任后为其推荐介绍虚拟盘的行为。此种虚构形象的行为并未对交易内容或者事实的虚构，不属于诈骗罪所要求的“欺骗”行为。行为人虚构“高富帅”“白富美”形象可能涉及两方面的意图。一方面，行为人虚构自己的成功形象，在与被害人以恋爱、交友为名义的交往的过程中，更容易取得被害人的信任；另一方面，行为人可能虚构自己曾在平台上盈利的经历，从而打消被害人对平台可盈利性的顾虑。此种虚构形象的行为主要影响的是平台前期的引流，可能会对被害人入金虚拟盘起一定影响，并非对交易起决定作用的事实。被害人应当意识到，购买金融产品时应当注意的是平台的正规性，手续费等相关费用的占比，以及相关金融产品的可盈利性，而非介绍对象的美丽、富有或者其曾在平台上盈利的经历。被害人实施交易的目的是通过平台实现盈利，与行为人虚构的形象不存在直接关联。若平台未实施其他可能涉及诈骗的行为，单纯虚构形象进行引流的行为不应认定为诈骗罪所要求的“欺骗”。

### （四）认定非法经营罪的标准

具有以上行为的虚拟盘案件虽然理论上具有排除诈骗罪的适用的可能，但认定非法经营罪还应符合一定生产经营的形式标准。实践中，大多将此种不合规外汇、期货、现货投资平台认定为变相期货交易。根据中国证监会发布的相关文件<sup>18</sup>，变相期货交易的认定应符合“交易对象为标准化合约”和“交易方式为集中交易”两个要件。

标准化合约是指除价格、交货地点、交货时间等条款外，其他条款相对固定的合约，其目的在保证商品交易标的规范统一，期货合约、期权合约都属于标准化合约的下位概念。标准化合约允许交易者以对冲平仓方式了结交易，不以实物交收为目的或不必要交割实物。这也是期货交易区别于现货交易的主要特征，商品期货交易主要目的不在于商品实物的交割，而在于差价获利。经营性虚拟盘的交易行为符合标准化合约的要求。虚拟盘的交易合约中，除实时变动的价格外，其他条款相对固定，以保证流通性。客户并不以商品实物的交割为目的，而是以对冲平仓方式了结交易，意图差价获利，完全符合标准化合约的要件。

集中交易是指安排众多买方、卖方集中在一起进行交易，又分为集合竞价、连续竞价、电子撮合、匿名交易、做市商机制等交易方式。其中，做市商机制最为符合虚拟盘的经营模式。做市商是由平台方向买卖双方双向报价，并在该价位上接受双方的买卖要求，以其自有资金和证券与投资者进行交易。其交易模式由传统的撮合买家与卖家转变为买卖双方与做市商交易。买卖双方不需等待交易对手出现，只要有做市商出面承担交易对手方即可达成交易。做市商通过买卖报价的适当差额来补偿所提供服务的成本费用，并实现一定的利润。经营性虚拟盘中，买方并未与国际市场上的卖方存在现实交易，而是与平台方发生交易。平台真实诚信地履行合约义务，以其自有资金与投资者进行交易，符合做市商机制，应属于集中交易的一种。

当平台的行为符合“交易对象为标准化合约”和“交易方式为集中交易”两个要件时，行为具备期

货交易的实质，属于“变相期货交易”，根据刑法第 225 条规定，未经国家有关主管部门批准从事期货业务，应当按照非法经营罪论处。

## 5. 结语

信息网络技术飞速发展，在新兴技术手段的加持下，犯罪的形式和手段逐渐脱离原有传统犯罪的范式，向多样化、多元化发展，也使得实务中案件定性存在诸多争议与疑难。2022 年 9 月 2 日，全国人大常委会审议通过反电信网络诈骗法，主要目的即是打击治理电信网络诈骗活动。在国家严打电信网络诈骗的刑事政策大背景下，司法机关更应严格遵循罪刑法定，以构成要件为依据，警惕诈骗罪范围的肆意扩张。

## 参考文献

- [1] 公安部刑侦局. 图说电信网络诈骗五大高发类案[EB/OL]. [https://mp.weixin.qq.com/s/5jCkfkUNkrbrXrFRa4\\_xMw](https://mp.weixin.qq.com/s/5jCkfkUNkrbrXrFRa4_xMw), 2022-05-11.
- [2] 中华人民共和国最高人民法院刑事审判庭. 刑事审判参考(总第 113 集) [M]. 北京: 法律出版社, 2018.
- [3] 祝惠春. 场外配资可能血本无归[N]. 经济日报, 2022-06-15(007).
- [4] 北京商报金融调查小组. 200 倍杠杆随意加点 期货配资的黑色套路[N]. 北京商报, 2021-07-05(007).
- [5] 张明楷. 论诈骗罪的欺骗行为[J]. 甘肃政法学院学报, 2005(3): 1-13.
- [6] 郭莉. 诈骗罪客观构成要件中的“事实” [J]. 北方法学, 2018, 12(4): 90-102.
- [7] 陈少青. 刑界分视野下诈骗罪成立范围的实质认定[J]. 中国法学, 2021(1): 285-304.
- [8] 何荣功. 民事欺诈与刑事诈骗的类型化区分[J]. 交大法学, 2023(1): 114-128.
- [9] 刘艳红. 客观归责理论: 质疑与反思[J]. 中外法学, 2011, 23(6): 1216-1236.
- [10] 周光权. 客观归责论在财产犯罪案件中的运用[J]. 比较法研究, 2018(3): 34-45.
- [11] 金懿. 虚假金融投资“杀猪盘”行为的刑法定性[J]. 犯罪研究, 2022(4): 92-99.