

肖文彬

：诈骗犯罪、经济犯罪大要案律师、广强所副主任暨诈骗犯罪辩护与研究中心主任（承办过不少中央电视台报道、公安部、最高检、最高院督办或指定管辖的案件）

陈婵娟：广强所诈骗犯罪辩护与研究中心研究员

前言

据中国证券登记结算有限责任公司

公布截至2022年3月末投资者统计，我国自然人投资者首次突破2亿人大关。以我国期货投资为例，期货交易所只有会员才能交易，而个人投资者不能算作会员，期

货

公司

才是会员

，个人投资者需要

通过期货公司在期货交易所交易，这

一现象在大宗商品交易

等其他投资中也较为常见。在这类投资中，部分交易平台可能并不具有相关资质，部分投资公司也可能存在虚假宣传、反向喊单等行为，但是否只要存在上述行为，交易平台和投资公司就构成诈骗罪呢？笔者认为答案是否定的，下面将以一个典型案例以及笔者的办案经验来进行分析。

正文

以易某勇、邱某娇诈骗一审刑事判决书【案号：(2017)皖0603刑初424号】为例，在这个案件中，行为人伙同他人注册多家关联公司，成为商品交易平台的会员单位。后在网上招聘工作人员，培训指使工作人员利用虚假身份添加QQ和微信好友等，采取夸大宣传、冒充专业投资分析师指导等方式引诱“好友”在多个平台投资进行交易。

设立上述交易平台的大宗商品交易有限公司系依法成立，经营范围包括特色农牧业产品、贵金属、有色金属、矿产品等的网上销售及现货交易。该公司与银行签订《银行市场通服务协议》，并在该行开立了单位银行结算账户及平台托管结算户，后在其他银行开立平台自有结算账户。该公司使用其他交易平台软件，租用服务器，在互联网上搭建交易平台进行期货交易。上述商品交易有限公司中的两家在省商务厅办理过相关备案手续，但仍有一家期货平台未在该商务厅办理任何手续。省商务厅于先后两年向上述已办理备案的两家商品交易公司发函，要求两公司按照工商行政管理部门核定的经营范围依法经营，严格按照《国务院关于清理整顿各类交易场所切实防范金融风险的决定》和《国务院办公厅关于清理整顿各类交易场所的实施意见》文件精神依法依规经营，严禁以集中交易方式开展标准化合约交易，开展大宗商品交易，应根据商务部、中国人民银行、中国证券监督管理委员会联合颁布的《商品现货市场交易特别规定（试行）》中明确的交易对象和交易方式守法经营、诚信经营。中国证监会湖南监管局于2017年7月12日出具湘政监函[2017]365号关于上述交易平台业务资质的答复内容为上述三家交易平台均不属于中国证监会依法批准设立的期货交易场所，不具有期货业务经营资质。

法院在裁判理由中明确，行为人在未取得相关经营资质的情况下，为赚取非法利润，超出公司经营范围，以虚假身份引诱客户在期货交易平台投资，从中收取手续费，扰乱市场秩序，情节严重，构成非法经营罪，应依法予以惩处。因本案证据不足以证明被告人具有非法占有客户投资款的主观故意，并具有操控后台价格数据、控制转移客户资金的犯罪行为，故公诉机关指控诈骗罪的罪名不当，依法予以变更。各被告人所在公司系在业务管理、人员组成、经营方式、利益分配上存在交叉重合的关联企业，其实施的非法经营行为已构成共同犯罪。

下面笔者将根据这个案例以及自身办理此类案件的经验，从交易平台和投资公司属于真实的行为主体，投资公司存在的虚假宣传，投资内容的真实性，投资者存在投

资损失的结果这四个方面出发，通过论证交易平台和投资公司不具有刑法意义上的欺骗行为和非法占有目的，分析交易平台和投资公司为何不构成诈骗罪。

一、提供投资的真实的交易平台和合法的投资公司不宜认定构成诈骗罪

在办理此类案件中，首先需要厘清商品交易平台和行为人设立的公司之间的关系，本案中使用的商品交易平台并不是由行为人设立的，而是由他人设立的，该商品交易平台的交易软件、交易规则、开户程序都是由上游交易公司确定的，行为人设立的公司作为会员单位对平台进行推广，为对接的投资者提供服务，并通过促进客户投资获得营利。

（一）真实的商品交易平台不具有诈骗罪的非法占有目的

针对商品交易平台进行分析，该大宗商品交易有限公司系依法成立，并在省商务厅办理过相关备案手续，经营范围包括特色农牧业产品、贵金属、有色金属、矿产品等的网上销售及现货交易。公司使用科技公司的交易平台软件，租用服务器，在互联网上搭建其公司的交易平台进行期货交易。在资金管理上，该交易公司与银行签订《银行市场通服务协议》，并在该行开立了单位银行结算账户及平台托管结算户，后在其他银行开立平台自有结算账户。

从公司的注册、备案程序来看，该交易公司是合法成立的现货交易公司，其成立的交易平台是真实存在；从该交易公司和交易平台的资金账户来看，公司在银行建立了相应的托管结算账户，足以说明该公司不能直接控制、转移、适用交易平台的资金，投资者在交易平台投入资金均按照投资者的运作用于投资。截止到案发，该公司亦不存在通过假破产、假倒闭等行为逃避返还财产。故该交易公司不是以非法占有为目的开设的交易平台，而是以营利为目的。虽然该交易公司在不具有期货业务经营资质的情况下，涉嫌在互联网上搭建交易平台进行期货交易，但是在行为人以营利为目的的情况下，行为人可能构成非法经营罪，而不应认定为诈骗罪。

（二）投资公司存在关联公司不一定具有诈骗罪的非法占有目的和共同犯罪的主观故意

针对投资公司进行分析，本案各行为人设立的公司是在业务管理、人员组成、经营方式、利益分配上存在交叉重合的关联企业，这一点警方在讯问或询问过程或多次向犯罪嫌疑人、证人等进行确认，旨在证明各犯罪嫌疑人构成诈骗罪的共同犯罪。这里笔者将从诈骗罪和共同犯罪两个方面进行分析。

其一，针对设立关联企业能否认定行为人构成诈骗罪这一问题，在司法实践中，控方常以行为人在基本维持相同业务管理、工作人员、经营方式的前提下，频繁更换公司，以证明行为人存在通过假破产、假倒闭等方式逃避返还财产，拒绝履行投资服务，即行为人存在非法占有目的。但是笔者认为，行为人与他人设立关联企业并不能证明行为人具有构成诈骗罪的非法占有目的。以本案为例，上述关联公司均是各行为人实名注册的合法公司，投资客户如果与投资公司之间存在纠纷，可以通过民事途径解决，具有民事救济可能性。虽然公司之间存在相同业务管理、工作人员、经营方式，但是公司从成立到注销都是按照法律规定的程序运行的，合法注销公司是经营者的权利，无法证明行为人是通过注销公司以实现转移财产的目的。

其二，针对能否认定设立关联企业各行为人构成共同犯罪这一问题，首先，法院在裁判理由部分提到，各被告人所在公司系在业务管理、人员组成、经营方式、利益分配上存在交叉重合的关联企业，其实施的行为已构成非法经营罪的共同犯罪。判断是否构成非法经营罪的共同犯罪，各行为人需要客观上或实施、或组织、或教唆、或帮助实施犯罪行为，且各行为人的行为共同导致扰乱市场秩序这一结果的发生，各行为人主观上能够认识到自己和其他同案犯的非法经营行为会扰乱市场秩序，仍然希望或者放任这一结果的发生。

本案中要想认定行为人是否构成非法经营罪的共同犯罪，需要行为人能够认识到其使用推广的交易平台并不具有期货经营资质而提供期货交易服务，而各行为人所在公司系在业务管理、人员组成、经营方式、利益分配上存在交叉重合的关联企业，并不能直接证明这点，只能证明关联公司之间存在业务和人员联系，上述人员客观上存在组织、实行、帮助非法经营的行为，但要认定行为人具有非法经营的共同犯罪故意还是要根据各行为人对上游商品交易和交易平台的了解程度、入职时间、获利多少等方面综合判断。若行为人在后勤部门工作，对业务部推广的交易平台相关资质并不了解，所得工资也并未明显高于市场平均工资水平，则就算行为人在多家关联公司任职也不宜认定与他人构成共同犯罪。

二、虚假宣传不一定构成诈骗罪的欺骗行为

在办理此类案件中，投资公司的业务员利用虚假身份添加QQ和微信好友等，采取夸大宣传、冒充专业投资分析师指导等方式引诱好友在多个平台投资进行交易。这一行为是控方主张行为人构成诈骗罪的重要行为，那么，在推广交易平台的过程中，存在虚构身份、使用话术、编造成功案例，能否认定行为人构成诈骗罪呢？笔者认为答案是否定的。

首先，

从编造虚假身份这一行为分析，投资公司的业务员在微信、微博等社交平台以美女、投资分析师等虚假身份吸引投资者，但相关账号所显示的公司名称都是真实的，即客户对为其服务的公司名称是明知的。业务员使用虚假身份的目的是吸引客户在公司平台进行投资，以获得更高的薪酬，但正如笔者在第一部分所分析的，若投资者认为该公司在提供投资咨询服务过程中存在收取的服务费过高等问题，最终导致其亏损，投资者在投资公司真实存在的情况下，可以通过民事途径挽救，使用虚假身份行为不会必然导致投资者的财产损失这一最终结果。同时，投资公司为员工提供绑定公司真实信息的账号，也能说明公司不具有非法占有目的，而是希望通过吸引投资获得持续盈利。

其次，

业务员在推广存在抄袭他人对期货市场的走势预测博文、使用模拟盘盈利记录、编造截图和聊天记录等方式虚构投资成功案例。针对这一行为，笔者认为，虚构投资成功案例并未达到刑法意义上的欺骗行为的程度。虚构成功案例本质是一种虚假宣传的行为，目的是促进交易的形成。虚构成功案例只是为服务增加抽象的、可期待的价值，但这个价值并不是具体的，不等于承诺成功。在这个案件中，客户作为具有多次投资经验的一般理性人，往往具备一定的风险意识，能够认识到投资理财具有损失的可能性，不会因为业务员宣传成功投资案例而确信自己能够跟随业务员投资成功，也不会认为该错误认识而转移财产，即不宜以行为人虚构投资成功案例直接认定其构成诈骗罪。同时，笔者认为，虚构投资成功案例这一广告中的夸大宣传并未达到超出了社会容忍的界限时，足以使一般人陷入认识错误程度，不宜认定构成虚假广告罪。

再次，

业务员在推广过程中存在使用话术的行为，话术内容包含与客户沟通技巧，旨在吸引客户投资。针对这一行为，笔者认为，使用话术并不一定构成刑法意义上的欺骗行为。对于在投资行业具有一定从业经验的公司而言，公司通过长期经验积累以及对交易相对方心理分析，往往会形成一套较为完善话术，使用这一套话术可以提高业务员与客户沟通的能力，增强客户对公司的信任从而促进交易，这是商业社会中

的一种高效管理和运营模式。使用话术是一种外在的表现形式，不能直接用于认定行为人具有诈骗的故意构成诈骗罪，判断行为人是否构成诈骗，具体要看客观上话术的具体内容是否包含虚构事实，隐瞒真相的内容，并足以导致客户产生交付财产的错误认识，主观上行为人使用该话术时是否具有非法占有目的。在这个案例中，业务员使用的话术内容包含如何使用美女或投资分析师虚假身份、编造虚假成功案例等与客户沟通技巧，显然不足以直接认定行为人构成诈骗罪。

最后，

从虚假宣传时间来看，投资公司的业务员在推广过程中虽然存在虚假宣传、夸大收益的行为，但均发生在客户开发过程，而不是平台交易过程。在客户过程中，即使客户因为业务员的虚假宣传行为陷入错误认识从而注册平台账号，该账户完全由具有投资经验的客户操纵，账户里的资金由银行托管，交易平台与投资公司无法控制资金账户，行为人后续是否投资、如何投资完全由客户自行决定。业务员虚假宣传的行为虽然使客户对其身份产生了错误认识，但是这个错误认识并不是导致客户转移财产的错误认识，客户转移财产是基于其投资目的结合其对期货行情的分析做出的，并且这一转移财产的行为并不会必然导致客户的财产损失，故投资公司的业务员在推广过程中虚假宣传并不构成诈骗罪的欺骗行为，其欺骗的内容和程度只能认定为民事欺诈。只有当行为人在客户投资过程中实施对期货投资项目本身进行欺骗，并导致客户财产损失才可能构成诈骗罪的欺骗行为。

三、交易平台和投资公司无法操纵投资过程与结果，不宜认定其具有诈骗罪非法占有目的

在本案中，客户要想通过该交易平台进行投资需要经过以下流程，开户（由投资公司使用客户提供证件照片等信息开户，或由客户自行通过开户链接开户，上述两种方式产生的账户密码均由客户控制）——入金（客户按照操作链接通过软件登陆，再用银盾往平台里入金投资，平台将客户投资的人民币转换成美金）——投资（客户买进或者卖出交易平台上的商品，投资公司在此过程中提供技术分析指导）。

首先

，从账户控制情况来看，账户的注册可以由投资公司使用客户提供证件照片等信息开户，也可以由客户自行通过开户链接开户，上述两种方式产生的账户密码均由客户控制，即客户后续投资行为都需要由客户自行操作，平台无法操控客户账户。由于该平台投资账户是由投资者自行控制的，行为人无法直接操控账户使投资者产生财产损失。同时，在这个案件中，业务员选择推广的对象都是具有丰富投资经验与

投资热情的投资者，往往具备投资相关知识，能够认识到投资的风险性，应对其投资失败造成的损失自主承担责任。因此，无法因为投资公司存在虚假宣传的行为，直接推断上述行为会使投资产生错误认识。

其次，

从资金控制情况的来看，公司存在公司账户，交易平台存在平台帐户，投资者的投资不受公司和平台的控制，资金经投资者运作进入其个人账户，客户投资的资金进入了现货交易市场

。在这个案例中，资金由投资者自己控制且由银行托管结算的情况下，交易平台和投资公司无法直接控制客户的投资资金，自然无法直接非法占有行为人的资金。同时，平台运行期间入、出金自由，秒进秒出，平台提现自由使得投资可以自由的退出投资，其投资过程中或盈利或亏损，都是有投资本身带来的，不存在平台控制提现进而直接非法占有投资者投资金的情况。故笔者认为，在这种资金控制模式下，无法证明行为人具有诈骗罪的非法占有目的。

最后，

从平台的数据来看，平台上的市场行情与国际即时报价一致，投资公司也无法预测市场行情的变化，公司并不比客户享有信息优势，行为人不存在也没有能力操纵市场。在这情况下，即使业务员在以投资分析师的这一虚假身份提供投资分析指导过程中，存在部分反向喊单的情况，也不会必然导致投资者的亏损，投资公司业务员反向喊单与投资者的亏损之间不具有刑法意义上的因果关系。因为投资公司也无法控制客户的盈亏，自然无法通过喊单行为实现其非法占有的目的。同时，投资公司提供的部分市场分析、预测盈利表图客观真实，说明投资公司主观上是希望促使投资者在单次商品交易中盈利而不是亏损，通过投资者长期多次的投资，从中获得手续费，以实现投资公司在通过公司经营获得营利的目的，即交易平台的数据真实不可控，和投资公司的市场分析真实，均可以说明交易平台和投资公司不具有诈骗罪的非法占有目的。

四、投资者存在投资损失，交易平台和投资公司不一定具有非法占有目的

司法实践中，控方通常会以交易平台的投资者大部分都存在亏损，认定该交易平台及作为其会员单位的投资公司存在非法占有目的，笔者认为，以事后判断标准说为基础的，不考虑行为人行为时的主观心理，而是以结果倒推行为的判断，这种唯结果论的倾向事极为不妥的。认定投资公司是否存在非法占有目的，应当根据以投资公司在客户投资时实施的行为为基础，合理的推定行为人的主观心理状态。

（一）投资存在风险

从交易风险的角度来看，投资行为存在风险，具有不确定性，存在投资经验及投资知识的投资者对此应当是明知。在这个案件中，投资公司利益来源于获取投资者所付手续的提成，因此投资公司鼓励投资者频繁交易以实现其营利目的。而对于投资者来说，由于平台收取的手续费等其费用较高，就算是平台交易本身的盈亏比例正常，频繁的交易也会导致行为人最终存在亏损。同时针对上述交易风险，投资公司在投资者进行投资之前，均以告知书的形式对存在的投资风险及诸如交易规则、交易产生的手续费等交易事项提前告知，已经尽到相应的提醒义务。

在这个过程中，投资公司与客户利益对立是由平台的交易规则决定的，在市场经济

下，大宗商品交易机制不限制交易次数，投资公司在遵守平台交易规则的前提下逐利是完全符合市场规律的。投资者作为一般理性人，在明知投资存在风险的情况下，为了在单笔投资中获得营利选择频繁交易，忽略了频繁交易造成的高额手续费导致本金减少，投资者应当为此承担责任。投资者对于投资的各项风险及可能造成的亏损主观上明知的，而不是因为对交易产生的手续费存在错误认识导致其产生财产损失。投资公司假冒专业分析师引导客户频繁操作等行为，并不必然使客户在单次投资中亏损。

（二）投资者应当对明知可能存在损失结果承担责任

在办理此类案件中，虽然大部分投资者存在损失，但导致投资者损失的原因并不主要是商品交易的盈亏，笼统的将投资者最终亏损金额直接认定为诈骗金额，而不分析其中的因果关系，不符合罪刑法定

的原则。从投资者亏损的组成来看，其亏损来源主要包括延期费、结算盈亏、平仓盈亏和交易手续费。因为商品价格不可控带来的投资风险，投资者也是明知的，但在赌徒心理的控制下，为了获得可能的高额投资回报选择参与投资，获得的盈利归于投资者，产生的投资损失自然也要归于投资者。对于在单次交易中产生手续费、隔夜费、点差，这些费用看似费率不高，但是频繁操作会产生较高的费用导致本金的消耗，投资者对这些费用的收取是明知并接受的，没有任何认知性错误，投资公司对此不存在欺骗行为。对于投资者而言，部分投资者出于谨慎投资的态度，为避

免大额亏损，选择短期投资，这样频繁交易产生的手续费应当由投资者自行承担。

（三）投资者亏损与投资公司指导行为之间不存在刑法意义上的因果关系

对于投资公司和交易平台而言，若公司无法控制投资者盈亏，投资本身不会导致投资者必然亏损，此时投资者的亏损与公司的指导行为之间不存在刑法意义上的因果关系。在本案中，交易平台和作为会员单位的投资公司无法控制投资者盈亏存在以下三个方面可以看出，其一，平台与会员单位不能控制投资账户和投资资金，其二，平台的商品价格是真实，不存在通过后台调节汇率等方式随意调整商品价格的行为，其三，平台和会员单位的投资公司均不单方享有预判交易对象价格走势的不对称信息优势。因此，投资者的投资是真实存在的，在这投资模式下，现有证据不能这么公司存在非法占有目的，公司无法实现在这一投资模式下其非法占有的目的。

（四）交易平台主观上以营利为目的

作为会员中心的投资公司的主要盈利方式是收取手续费，而不是造成行为人的亏损以获得盈利，公司以营利为目的指导客户投资的。投资公司在运营过程中为了维持客户，强调业务员在引导顾客投资时注意止盈和止损，在投资者选择投资的商品时尽量推荐多种商品进行投资，避免把鸡蛋放在同一个篮子里，上述投资公司在引导消费者选择的这种投资方式，在促进客户频繁交易以获取交易手续费的同时，也能尽量避免投资者产生大额损失，使得投资者能够在单次投资后继续长期的在投资公司的指导进行投资，从投资公司在投资者投资过程中给出的投资建议中，可以看出，投资公司以长期运作为目的实施的指导行为，这与通过造成投资者大额亏损，以实现其非法占有为目的的案件中，行为人不计后果的空手套白狼的行为模式是不同的。在这个案件中，存在部分投资者在扣除交易手续费后仍然存在盈余，这些老客户会再向投资公司介绍新客户，这一情况能够与笔者提到的公司以长期经营为目的的相对应。

结语

在投资市场上，为了追求营利，存在部分交易平台在未获国家主管部门批准的情况

下运营，也存在投资公司以虚假身份、虚假成功案例等虚假宣传引诱客户投资，或恶意引

导投资者频繁

交易产生高额手续费，最终

导致投资者的损失，但根据构成要件符合性

，归根结底，要想认定行为人构成诈骗罪，要求其完全符合诈骗罪的主观构成要件、客观构成要件、主体、客体，其中最重要的是判断行为人客观上是否具有刑法意义上的欺骗行为，这要求该欺骗行为与投资者财产损失之间存在刑法意义上的因果关系，同时在实施该欺骗行为过程主观上是否具有非法占有目的，若行为人虽然存在欺骗行为，但其主观上以营利为目的也不宜认定行为人构成诈骗罪，而是可能构成非法经营罪、虚假广告罪。

具体到本案，该交易平台虽然不存在期货交易的资质，但是真实存在的交易平台，投资者在该交易平台的投资也是由投资者自行操控的真实投资，平台无法操控投资盈亏结果，即使最终投资者存在损失也不宜直接认定该交易平台和投资公司构成诈骗罪。