

浅析非法组织期货交易活动的司法认定及法律责任

◆ 张 莹

(宁夏行政学院, 宁夏 银川 750001)

【摘要】期货交易是以现货为基础,由中远期交易为雏形发展起来的交易模式。随着我国经济的快速发展,尤其是近些年网络科技的发展,期货行业也得到了较快的发展。由于期货本身的高风险性、专业性,投资者希望赚快钱的投机心理,部分从业者违法设立交易平台或违规利用政策模糊地带进行非法期货交易,导致了各类期货纠纷频发。本文希望通过结合判例对司法实践中有关非法设立期货交易场所或非法组织期货交易行为的认定标准和相关法律责任进行分析,为投资者进行自我保护,为相关从业者合法经营、规避法律风险提供思路。

【关键词】期货交易;非法期货交易;司法认定标准;法律责任

近年来,非法组织期货交易活动成为理论界与实务界关注的重点问题。以《期货交易管理条例》第七十四条中涉及的“非法组织期货交易”“非法设立期货交易场所”“非法期货”为关键词,在威科先行数据库中进行检索,排除刑事案件,共检索到自2001年至2022年期间,全国范围内已公开的因非法设立期货交易场所、非法进行场外期货交易行为、以现货交易之名进行期货交易等涉及“非法组织期货交易活动”的期货交易纠纷民事判决书、民事裁定书约4300余件、刑事判决书200余件,上述案件中的民事案件主要涉及合同、准合同纠纷3636件,占检索到文书的比例为84.34%;公司、证券、保险、票据等有关的民事纠纷516件,占比为11.97%;侵权责任纠纷62件,占比为1.44%。案由主要涉及确认合同无效纠纷、不当得利纠纷、金融衍生品种交易纠纷、期货经济合同纠纷、期货交易代理合同纠纷、期货欺诈责任纠纷、侵权责任纠纷、金融委托理财合同纠纷等。上述期货交易纠纷高发于2015年至2020年期间,全国各地人民法院每年受理民事案件数量从2017年逐年上升,至2019年达到峰值,当年共受理此类纠纷1596件。从裁判结果来看,一审民事案件全部或部分支持诉讼请求的案件占可检索到案件比例的23.05%。由于此类案件专业性强,各地法院审理过程中存在对非法期货交易活动的认定标准不同,实践中存在案件定性难、同案不同判的情况。鉴于此,把握实践中何种情况下期货交易平台和期货交易行为被认定为《期货交易管理条例》第七十四条规定的非法期货交易活动,以及非法期货的司法认定标准,对期货从业者合法经营及投资者自身权益保护具有重要意义。

一、认定非法组织期货交易活动的相关法规和政策依据

按照《期货交易管理条例》(2017年修订)(以下简称《期货条例》)的规定,“非法组织期货交易活动”指凡是未经国务院期货监督管理部门审批后设立的交易场所均为非法

期货交易场所,所有违反《期货条例》上述规定的一切场外的期货交易行为均属于非法期货交易行为,期货交易过程中不得有欺诈、操纵交易价格等违法行为。同时,期货交易及交易形式应符合《期货条例》第二条中对期货交易的定义,不得随意变通以其他形式进行期货交易。否则予以取缔,没收违法所得,还会受到相关行政处罚。

但在具体认定非法期货交易行为标准的问题上,我国尚无法律效力层级的规定。目前认定“非法组织期货交易行为”的主要依据是国务院在2007年颁布并经2017年第四次修订后的《期货条例》,该条例对非法期货交易行为的大致定义为:有关公司或个人未经国务院期货监督管理机构批准,擅自设立或者变相设立期货交易所、期货公司及其他期货经营机构,或者擅自从事期货业务,或者组织变相期货交易的活动。该定义主要采取形式要件认定标准。随后国务院、中国证监会陆续在2011年、2012年和2013年颁布了《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》(以下简称“38号文”)、《国务院办公厅关于清理整顿各类交易场所的实施意见》(以下简称“37号文”)、《中国证监会办公厅关于做好商品现货市场非法期货交易活动认定有关工作的通知》(证监办发〔2013〕111号)(以下简称“111号文”)等政策性文件,我国逐渐形成了由“一法规三文件”构成的,对非法期货的形式和实质标准认定的体系。同时,司法机关在长期司法审判过程中也形成了以目的测试和整体分析法为指引的非法期货认定体系。由于法律层面规定的立法缺失,我国尚无统一认定非法期货交易行为的“司法标准”,无法为司法审判提供一个准确统一的适用依据,这是导致各地法院对于非法期货交易纠纷“认定难”“同案不同判”的主要原因。

二、民事审判实践中对非法期货交易行为的认定标准

法院在审理非法组织期货交易活动类纠纷时,最主要的

焦点基准在对非法期货交易行为的认定上。判断涉案交易行为是否属于非法期货交易行为时，一般会判断涉案交易是否为期货交易或采用了期货交易机制。认定是否为期货交易或采用期货交易机制，一般主要审查以下六个方面：交易标的物是标准化合约还是现货商品；交易是否采用杠杆交易；是否存在期货交易规则中的反向操作；是否交易过程中采用了集中交易的交易机制；从目的要件上判断是为了获取现货商品，还是不以获取现货为目的而主要为了投机获利，具体内容如下。

第一，涉案交易的交易机制标的物(交易对象)是否为标准化合约。例如，交易参与者对买、卖、手数、交易商品参数是否有权进行选择、协商，交易标的的交易要素是否已经锁定具有同质性或相对固定。

第二，涉案交易是否采取只缴纳部分保证金，就可进行超出保证金金额进行买卖的杠杆交易模式。例如，通过交易流水记录，查看某次买入或卖出的单笔交易所涉金额，如果无需全额缴纳单笔交易金额(单笔交易金额=单笔交易数量×单价)，只需缴纳单笔交易金额的一定比例保证金即可进行买入或卖出操作，即可认定存在杠杆交易。

第三，是否可通过买多、卖空、反向操作、对冲平仓的方式了结权利义务。对该事实的判断通常需要结合买入卖出的交易记录、银行流水来判断。例如：某交易者在2016年1月1日11时05分，以924180元的金额买入3手价格为308.06元/桶的空单“原油(100桶)”，在2016年1月1日11时01分已经买入持有的价格更高的3手308.91元/桶的多单“原油(100桶)”，两次交易后账面显示盈利2550元【计算公式：308.91元/桶×100桶×3手-308.06元/桶×100桶×3手=255元】，即两次买入交易出现了平仓并盈利。而正常现货交易的两次买入后应该是金额的累加，并不应存在盈利问题。但是该账面中反映的交易却是，通过在2016年1月1日11时05分的第二次买入3手308.06元/桶【平仓价格】的“原油(100桶)”对冲平仓先前2016年1月1日11时01分已经买入的3手308.91元/桶【建仓价格】的“原油(100桶)”后实现盈利255元。如果存在此类交易流水，则可以判断涉案交易存在反向操作、对冲平仓的期货交易方式。

第四，是否通过集中交易方式进行交易，例如由交易平台集中安排众多买方、卖方进行交易，并通过集合竞价、连续竞价、电子撮合、匿名交易、做市商机制等交易方式完成交易。

第五，通过目的要件判断涉案交易是否以转移标的物(商品现货)所有权为目的，是否存在商品现货交易基础。如果交易各方交易无需交割实物，只希望在交易平台上利用价格波动并通过对冲平仓方式投机赚取差额利益的目的。

在这个问题上，区分期货交易和中远期现货交易往往存在争议。实践中区分中远期现货交易和期货交易主要涉及以下五个方面：(1)交易目的：现货交易是获取商品；期货交易带有一定保值目的或转移现货市场的价格风险目的，核心是从价格波动中获得风险利润；(2)交易价格：现货交易的价格由双方协商；而期货交易的价格是通过公开竞价获得；(3)交易对象：现货交易的对象是商品现货；期货交易的对象是标准化合约；(4)结算方式：现货交易都不论时间远近，一手交钱一手交货；期货交易实行每日无负债结算，每日结算盈亏，结算价格按照成交价的加权平均计算；(5)交易时间、地点不同：现货交易的时间、地点依双方约定，没有限制，期货交易地点均须在交易所，交易时间由交易所规则确定。最后还要考察交易平台方能否提供相关现货交易的物流信息、交易仓单、运单或提货凭证等证明存在物流服务的证据。如果不能提供，那么就可以认定不属于《商品现货市场交易特别规定(试行)》第七条定义的商品现货交易市场或商品现货互联网交易平台，即涉案交易不以现货交易为目的。

第六，审查涉案交易平台是否具有期货交易资格和相关大宗商品交易特许。近几年非法期货交易主要是利用大宗商品现货电子交易平台开展。根据《期货条例》第四条的规定，场外交易是被禁止的。即在未取得国务院期货监督管理机构批准的情况下，开展组织期货交易是非法期货交易。根据有关文件的规定，交易行为超越经营主体范围，例如在未取得原油、成品油等特许经营许可商品的情况下，实施上述大宗商品交易行为，该交易行为应属违反法律、行政法规的强制性规定的无效交易行为。

三、非法组织期货交易活动的法律责任

(一) 行政法律责任

根据《期货条例》第七十四条规定，非法开设期货交易所、从事各类型非法期货交易行为、非法设立期货公司的，需由所在地县级以上地方有关部门予以取缔，并承担没收违法所得，被处以一定数额罚款的行政处罚。根据现行《期货条例》和政策性文件的规定，并未明确实施非法期货交易行为的行为人除了承担行政责任，是否还应当承担其他法律责任。从司法实践和相关判决来看，根据具体案件事实的不同，实施非法期货交易行为有的需要承担民事责任，有的还可能需要承担刑事责任。

(二) 民事法律责任

在民事责任方面，常见的法律责任是承担侵权损害赔偿责任和民事行为被认定为无效后的财产返还责任。

因期货交易是围绕合同之债构建的法律关系，现货商品是期货交易的基础，“期货合约”是期货交易所提供的标准化条款，“期货合约”在双方达成交易的意思表示一致后，

才在交易双方之间形成“期货交易合同”。如果经过审理发现，双方之间以期货交易形式实施的所谓现货交易，实际并不存在现货交易基础，即存在欺诈行为，或存在违反法律法规强制性规定的交易行为(例如，交易平台未经国务院依法批准设立进行交易，或设立公司在未取得期货交易资质的情况下实施的期货交易行为)，根据《民法典》第一百五十三条：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”的规定，认定涉案交易违反了《期货条例》第四条的效力性强制性规定，判决交易行为无效，交易平台和会员单位需要向投资人返还全部交易资金。

从侵权责任角度来看，法院一般会根据案件事实判断投资者交易亏损与组织非法期货交易的行为之间是否存在法律上的因果关系。如果行为人实施的交易行为导致投资者现有投资风险非正常扩大，那么行为人的行为就与投资者的损失之间存在因果关系，行为人就需要承担全部或部分的侵权损害赔偿责任。

在确定赔偿责任比例时，审判机关还会审查双方存在的过错比例来确定行为人对投资者承担的赔偿比例。例如考量被害人对交易风险的认识程度，如果明知或应知，则应承担交易带来损失的风险。鉴于期货交易的专业性和高风险性，还需根据《证券期货投资者适当性管理办法》确定行为人对投资者的适当性进行审查与管理，确定承担责任的比例因素。因多数投资者对期货交易风险有一定的认识，都是抱着投机心理参与交易的，部分法院判决会要求投资者对其自陷风险行为导致的交易损失承担部分民事责任，即判令行

为人赔偿投资者损失金额的百分之六十至七十左右，部分法院会因投资者没有举证行为人存在过错的证据判决由投资者对交易损失承担全部责任。

(三) 刑事法律责任

虽然公安机关在处理非法期货交易类案件的侦办实践中存在认定难、取证难等困难，但实施非法期货交易行为或设立非法交易平台并实施非法期货交易行为的为人依然存在刑事责任风险。例如，某交易平台实际并无现货商品，也无意进行现货实物交割，相关交易数据没有与合法正规期货交易所接轨，而是由平台管理人自行编辑设定交易数据，认为操纵虚假数据进行交易，同时还采用了期货交易方式，以现货交易之名进行非法期货交易。部分法院会将此类案件定性为诈骗案，并判决由相关组织实施非法期货交易行为的自然人承担相应刑事责任。

参考文献：

- [1]何阳阳.证券期货领域共同犯罪疑难问题研究[D].上海:华东政法大学,2022.
- [2]宋毅,熊静.非法期货交易纠纷法律适用问题研究[J].人民司法,2020(22):72-78,107.
- [3]王博,孙秋实.非法证券期货突出问题、监管难点及对策研究[J].中国证券期货,2019(03):86-92.

作者简介：

张萍(1986—),女,汉族,河北衡水人,博士,副教授,研究方向:行政法学、法理学。