

浅议非法虚拟货币交易所的刑法规制(下)

——以王某集资诈骗案为例

【摘要】

近年来，随着区块链、虚拟币等概念的热炒，不法分子租用境外服务器设立非法虚拟货币交易所，利用虚拟货币交易进行违法犯罪活动。非法虚拟货币交易所常常采用“糖果”“空头”“拉人头”奖励、广告推广等手段招揽客户，发行代币或者提供币币交易、质押贷款、理财产品等服务，从中非法牟利。根据经营模式的不同，非法虚拟货币交易所的场景分别涉嫌非法吸收公众存款罪、诈骗类犯罪、非法经营罪、组织领导传销活动罪、开设赌场罪等犯罪，由于虚拟货币的特殊性，其犯罪金额的认定实践中也存在一定的争议。本文以王某集资诈骗案为例，简要分析虚拟货币交易所的主要经营模式以及行为定性，为司法实务提供参考借鉴。



□ 逢政 任志伟

(接上期)

(一) 诈骗类犯罪

常见于“空气币”“山寨币”“传销币”等代币发行场景中，此类代币并非基于“公链”开发，而是通过“私链”“以太坊”等方式开发，发行方可通过交易机器人自动摆放买盘和卖盘的方式控制投放量、交易价格及交易量，俗称“摆盘”。同时，配合各种宣传手段大肆炒作投资价值，并承诺持币锁仓可获高额收益及分红等吸引投资人参与炒币。实际上，上述代币不具有盈利可能性，为维持分红、回购等激励措施只能通过“借新还旧”不断“吸血”，待冲高市值后大肆抛售、卷款逃匿。以本案为例，王某在运营交易所一段时间后，突然宣布终止项目分红及回购承诺，导致交易所内 TSC 等虚拟货币迅速贬值，并终止交易所运营维护，致投资人交易所钱包内虚拟货币无法提取，以此侵吞投资人资金。

该种行为模式中，如果具备非法集资类犯罪“四性”基本特征的，可以认定为集资诈骗罪。对于具有非法占有目的，但不具备非法集资类犯罪“四性”特征尤其是“利诱性”的，如设置虚拟货币交易虚拟盘，交易系统相对封闭或者与客户进行对赌，并未投入真实交易市场；交易所控制虚拟货币交易价格、交易量及交易行情，控制影响 K 线图涨跌，配合反向交易建议、限制出入金、诱导频繁操作、追加资金等手段，侵占客户资金等可认定为诈骗罪。

四、诈骗金额的认定

由于虚拟货币交易所服务器大多设置在境外，往往无法调取完整的交易数据，且交易所一般系以虚拟货币进行交易结算，对此应当如何计算诈骗金额司法实务中存有争议。以上述王某集资诈骗案为例，主要有以下争议焦点：

(一) 出入金既有法币又有虚拟币，集资诈骗数额如何计算。法币一般通过场外 OTC 模式进行交易兑换，金额可通过银行流水予以查证，但以虚拟货币出入金的情况因价格随市场波动，如何认定犯罪金额争议较大。实践中，一般采取市场中间价换算，

(二) 非法经营罪

非法经营罪系“法定犯”，虚拟货币交易虽违反中国人民银行、中央网信办等部门联合发布的公告、风险提示等，但上述公告等不属于国家规定，在缺乏行政违法性的前提下，认定非法经营罪的依据不足。

但通过发行稳定币 [稳定币是和某个标的（一般系法币）保持稳定兑换比例的加密货币，此种货币在一段时间内的价格不会有太大变化，是区块链技术诞生后才有的一个货币类别，在加密领域中稳定币具有价值尺度的功能，常见的稳定币包括泰达币（USDT）、比特币（BIT）等，因法币与商品和服务之间的兑换比例相对稳定，因此稳定币最终锚定对象是商品和服务，也就是实际的购买力。 <https://www.jb51.net/blockchain/769500.html>] 的方式实现法定货币与虚拟货币的兑换则有可能构成非法经营罪。一是非法从事资金支付结算业务。以本案为例，王某在交易所内开发稳定币 CNDT，设置 CNDT 与人民币汇率为 1:1，投资人可以通过微信、支付宝、银行卡转账等线下模式（OTC）以人民币等额兑换稳定币 CNDT，王某将 CNDT 充值到投资人交易所钱包，投资人即可使用 CNDT 在交易所购买兑换其他虚拟货币。有观点认为，无论稳定币或是其他虚拟货币都仅是数字商品，此种行为均系商品互换的以物易物行为，并非支付结算活动。笔者认为，应当根据其开发或使用稳定币的主观目的及客观行为进行实质性判断。行为人通过实际控制的账户接受他人资

金，再根据客户订单要求实现虚拟货币与法币的兑换，并从中牟利，充当“中介”的角色，如使用比特币、泰达币等主流虚拟货币作为稳定币实现法币的跨境支付结算，其行为违反《商业银行法》相关规定，危害支付市场秩序和安全，符合两高司法解释关于“其他非法从事资金支付结算业务”的情形，可以非法经营罪予以定罪处罚。二是非法进行外汇兑换业务。行为人以甲种法定币购进稳定币，再以稳定币购进乙种法定币，如以人民币买进稳定币再以稳定币买进美金，稳定币实质上成为一种逃避监管的工具，其实质上是以稳定币为媒介实现了外汇买卖，属于人民币与外汇的汇兑业务的，符合在指定交易场所外进行外汇买卖的情形，可以以非法经营罪定罪处罚。

另外一种可能构成非法经营罪的经营模式是质押借贷业务。目前，不少虚拟货币交易所可接受比特币、泰达币、以太坊等相对稳定的主流虚拟货币为质押物，出借法币或者其他虚拟货币，质押率在 30%—70% 不等，投资人质押借贷的目的系为了投资交易所内上线的项目，类似“股票配资”业务，交易所为投资者炒币提供配资杠杆，并收取一定利息。如本案王某在 TSC100 交易所开放质押借贷功能，质押借贷协议约定质押资产为交易所发行的代币 TSC，借贷资产为交易所稳定币 CNDT（与人民币汇率 1:1）或者人民币（线下支付），借贷期限为 1—3 个月的短期贷，利率约定 1%/月。交易所推出质押贷款业务的主要目的系为了推广代币、吸引客户、增加交易量，而非贷款利率，但如果存在“砍头息”或其他隐形费用，利息总额超过 36% 利率红线，符合相关非法放贷司法解释规定的，则可能构成非法

经营罪。

(三) 组织、领导传销活动罪

在“空气币”“山寨币”“传销币”项目发行推广中，有的虚拟货币交易所采用“拉人头”模式发展“下线”，除了承诺持币即可获得高额静态收益外，另外设置直推或间推奖励，通过“人头数”“层级数”复式计酬方式，诱导投资人不断发展下线以获取动态收益，投资人主要获利模式在于发展下线、扩大团队规模，以享受团队管理奖励。在此种情形下，虚拟货币交易所实际上是一个传销平台，如达到组织、领导传销活动罪的立案追诉标准，对其中起到组织、策划等主要作用的人员可以组织、领导传销活动罪定罪处罚。而对于基于投资而积极参与推广发展下线的“投资人”，要充分考虑其作用和地位，综合考量刑事处罚的必要性，不宜一律以组织、领导传销活动罪定罪处罚。

(四) 开设赌场罪

有的虚拟货币交易所以营利为目的，提供虚拟货币投注服务，客户可铆钉某种虚拟货币选择买涨或者买跌，根据实际的涨跌结果决定输赢，交易所收取每笔交易手续费，此种行为实质上是以营利为目的，为投资人提供一个赌博平台，虚拟货币交易所的行为可构成开设赌场罪。如本案中，王某在交易所上线币神争霸项目，玩家以 TSC 作为上币费，下注竞猜 BTC 每分钟的涨跌，如猜中，盈利在 25%—30%；如未猜中，下注本金全赔，进入平台备用金。

利息参照司法解释执行。

(三) 案发时客户持有的虚拟货币价值是否应当从犯罪金额中予以扣除。此种情况应当区分对待，如果持有的虚拟货币仍然可以正常提取且在其他交易所可正常交易兑换，可流通且具有实际价值，则可以按照上述规则进行折算并从犯罪金额中予以扣除，但如果系关停交易所导致虚拟币无法提取，或者系“垃圾币”根本无法流通没有实际价值，则不予从犯罪金额中扣除。（作者简介：逢政，上海市浦东新区人民检察院党组成员、副检察长；任志伟，上海市浦东新区人民检察院检察官助理。）

“集资诈骗的数额以行为入实际骗取的数额计算，在案发前已归还的数额应予扣除。行为入为实施集资诈骗活动而支付的广告费、中介费、手续费、回扣，或者用于行贿、赠与等费用，不予扣除。行为入为实施集资诈骗活动而支付的利息，除本金未归还还可予折抵本金以外，应当计入诈骗数额。”因此，本案中涉及的“糖果”“空投”以及支付的软件开发费用、广告费用属于犯罪成本不予扣除，但王某在经营过程中对客户手中持有的 CNDT 稳定币进行过“回购”，因“回购”行为属于案发前归还数额，应当予以扣除，至于分红可视为