

“区块链”在近段时间再次成为一个热点，而这次将“区块链”推上热搜的，却不是比特币，而是中央对发展区块链技术的定调。

这是时隔两年之后，中央对“区块链”这一新兴事物投入的又一次关注。两年前，2017年9月4日，中国人民银行、中央网信办、工业和信息化部、工商总局、银监会、证监会、保监会等六部门联合发布《关于防范代币发行融资风险的公告》（以下简称“《公告》”），《公告》全面禁止了国内的ICO业务，并对虚拟货币相关业务进行了清理和整顿。

然而，这一次中央对“区块链”的关注，是否意味着对ICO及虚拟货币的政策有所松动或利好呢？

笔者以为，从这次的政策风向来看，中央对区块链的关注，更多放在区块链的技术层面，即通过区块链的场景应用促进这一技术在民生、政务等领域产生变革。但是，在无法完全控制区块链对金融领域系统性风险把控的前提下，中央不会轻易对ICO进行解禁，也不会轻易改变对虚拟货币的定性。因此，《关于防范代币发行融资风险的公告》仍然是悬在“币圈”的达摩克利斯之剑，在国内从事虚拟货币的发行及相关业务，仍然不具有合法性。

那么，在国内从事虚拟货币的发行及相关业务，应如何定性？

笔者以为，从《公告》的规定来看，我国目前对发行虚拟货币融资的行为本质认定如下：代币发行融资是指融资主体通过代币的违规发售、流通，向投资者筹集比特币、以太币等所谓“虚拟货币”，本质上是一种未经批准非法公开融资的行为

，涉嫌非法发售代币票券、非法发行证券以及非法集资、金融诈骗、传销等违法犯罪活动。有关部门将密切监测有关动态，加强与司法部门和地方政府的工作协同，按照现行工作机制，严格执法，坚决治理市场乱象。发现涉嫌犯罪问题，将移送司法机关。

可见，《公告》将代币发行融资定性为“一种未经批准非法公开融资的行为”，这一表述直接认定了发行虚拟货币的行为具有违法性。然而，“违法”并不等同于“犯罪”，虽然《公告》列举了代币发行融资可能涉嫌“非法发售代币票券、非法发行证券以及非法集资、金融诈骗、传销”等多种违法犯罪活动，但对其最终的定性却落脚在“发现涉嫌犯罪问题，将移送司法机关”。也就是说，从逻辑关系来看，《公告》对代币发行融资的行为的定性已经包含了“违法”与“犯罪”两个层次，即：在行为人发行代币融资的行为违反了《公告》的禁止性规定，但尚不构成犯罪的情况下，行为人的行为应认定为行政违法，适用行政强制措施对其进行处罚；而

如果行为人的行为触犯了刑法的某项罪名，符合某项罪名的构成要件，则应认定这一行为构成犯罪。

综上所述，笔者认为，在司法实践中，辩护人在对行为人发行虚拟货币的行为进行定性时，应当结合前述“违法”与“犯罪”二层次进行综合判断，尤其应当结合发行虚拟货币的行为所涉嫌刑法罪名的构成要件进行认定，对于不符合相关罪名构成要件的，应当确认其行政违法性，由行政机关依法对行为人进行行政处罚。

以上内容系广强律师事务所经济犯罪辩护与研究中心主任李泽民律师、研究员杨天意根据办案经验并结合刑法理论整理、归纳的关于行为人发行虚拟货币的行为应该如何定性的分析。笔者将继续撰文对此类问题进行深入研究，欢迎广大读者持续关注及探讨。