

## 当前政策背景下涉虚拟货币行为适法分析

作者简介：狄克春，江苏省苏州市公安局经侦支队支队长、全国特约经侦研究员；

王光磊，江苏省苏州市经侦支队民警。

摘要：虚拟货币交易炒作存在诸多风险，我国对此多次出台政策，提示社会公众参与风险，逐步限制交易炒作和禁止虚拟货币相关经营活动。鉴于上述政策的原则性和概括性表述，当前社会公众对于境内虚拟货币持有、交易、经营等行为的合法性认识存在不少困惑。在当前政策背景下，我国将虚拟货币界定为一种特殊虚拟商品的政策并未改变，公民仍有合法持有、妥善交易的自由。但是鉴于其关联行为的非法性，虚拟货币交易行为可能因违背公序良俗，经营行为可能因违反有关法律法规而导致相关民事法律行为无效，甚至构成行政违法或刑事犯罪。

关键词：虚拟货币；民事无效；行政违法；刑事犯罪；

[中图分类号]D922.285 D924.3 [文献标识码]A

广义角度的虚拟货币泛指一切标准化、电子化的交换性权益凭证，包括在一定范围内流通的游戏币、门户网站或者即时通讯工具服务商发行的用于购买服务的各种电子凭证，以及基于节点网络和加密算法的比特币等数字代币。狭义角度的虚拟货币仅指后者，也是本文的研究对象。2013年以来，中国人民银行等主管部门多次出台监管政策，对我国境内虚拟货币业态产生重大影响。然而，作为一种新生事物，我国对于虚拟货币的监管呈现政策文件多、法律法规少的特点，关于虚拟货币的法律属性及其持有、交易、经营行为等方面的意见不够系统、明确和稳定，监管政策对于相关行为属于非法金融活动以及涉嫌违法犯罪的笼统概述，更是引发公众对涉虚拟货币行为合法性认识的困惑。

### 一、虚拟货币监管背景概述

比特币诞生以后带动虚拟货币迅猛发展，已经成为重要的投资资产和特殊的支付工具，逐渐渗透进社会各个方面，同时也带来诸多风险。因此，各国政府不得不正视虚拟货币的存在并采取必要措施加以监管。

## （一）虚拟货币发挥现实作用

一方面，虚拟货币在部分领域发挥支付功能。由于虚拟货币的去中心化和匿名性等特点，难以被各国政府、银行等中心机构管控，因而常被作为地下民间支付工具广泛用于跨境汇款以及毒品买卖、洗钱、赌博等特殊活动，尤其是泰达币等稳定币的出现，解决了比特币价格涨跌频繁、价值难以准确衡量的弊端，进一步提升了虚拟货币的支付功能。

另一方面，虚拟货币作为投资资产被追捧。比特币等不少虚拟货币发行总量恒定，声称具有防止货币滥发、对抗通胀的设计初衷，暗合了全球抗争美元霸权、放水贬值的潜在需求。同时，随着虚拟货币价格的巨大波动，部分交易所趁机推出各类针对虚拟货币炒作的期货合约等金融衍生品，加剧了虚拟货币的投机属性。

## （二）虚拟货币行业发展迅猛

虚拟货币的科技创新和代币功能带动其快速发展，种类不断增多，市值不断增高。得得智库数据统计，截至2022年1月2日，全球数字货币市场有币种16244种，总市值达到22441亿美元[1]，已经超出美元流通量[2]。虚拟货币交易所Crypto的一份报告预测，到2022年底，全球加密货币用户将达到10亿[3]。萨尔瓦多、古巴先后通过法案，承认比特币为法定货币。虚拟货币发行走向也呈两极分化，比特币、以太坊、泰达币等借助先发优势、技术创新等赢得市场共识，成为主流虚拟货币。而多数虚拟货币因无技术亮点和应用场景，难以取得市场共识，成为庞氏骗局的工具或者手段，发行后市值大多一落千丈，沦为各类“空气币”“山寨币”。

## （三）虚拟货币伴生诸多风险

随着虚拟货币在各个行业领域的广泛渗透，涉及虚拟货币的交易炒作、违法犯罪日益增多，给金融秩序、社会稳定、国家安全带来诸多风险。

### 1. “挖矿”浪费巨量能源

所谓“挖矿”，是指使用计算机等网络运行设备对虚拟货币交易过程中的数字问题进行计算，争夺记账权及相应收益。多数虚拟货币采用POW工作量证明机制发行，在这种发行机制下，算力越高的“矿工”“挖矿”成功概率越大，整体算力在竞争中不断增加，而巨量能源在竞争中被浪费。以比特币为例，截至2021年5月17日，全球比特币“挖矿”的年耗电量大约是1348.9亿度，超过瑞典全国的年耗电量[4]。在“碳中和、碳达峰”的节能减排背景下，如此巨量的无端能源消耗，给经济社会发展带来不利影响。

## 2.炒作影响社会稳定

为了迎合市场投机需求，虚拟货币交易所相继开通各类衍生品业务，不断提高杠杆率吸引用户，扩大交易量和投机性。但是虚拟货币没有国家信用背书，缺乏公允价值支撑，价格完全由市场炒作热度决定，投机行为处于监管的灰色地带。部分庄家利用自身资金和信息优势，通过集中买入卖出，释放利好、利空甚至虚假消息，操纵市场价格涨跌敛财，而散户多因信息不对称而损失惨重。例如本为调侃疯狂的数字代币市场而发行的狗狗币，在网络红人马斯克一番力挺言论之后价格暴涨。之后，又在马斯克“狗狗币是个骗局”的言论中迎来暴跌。近几年，投资者因杠杆爆仓遭受巨额损失的消息，不时见诸社会新闻。

## 3.去中心化危害金融安全

虚拟货币去中心化的发行管理模式，无需借助金融机构即可完成交易行为，避开了第三方中介机构对信息的采集记录，使监管部门难以对交易行为进行研判和掌控，无法准确地运用货币政策调控经济运行。同时，虚拟货币的任意流入流出，给我国外汇管理以及金融安全带来巨大影响。据统计，仅在2021年上半年，通过虚拟货币交易所虚拟货币形式流至境外的资金规模达到283亿美元，是2020年全年流出资金总量的1.6倍[5]。

## 4.匿名性次生违法犯罪

一方面，不法分子借助虚拟货币热点炒作，通过发行各种“山寨币”“空气币”进行非法集资、传销等违法犯罪。另一方面，犯罪分子利用虚拟货币难以监管、追缴的特点，以虚拟货币作为支付工具实施电信网络诈骗、贩毒、洗钱等活动。美国区块链安全公司Cipher Trace的研究报告显示，2019年全球在虚拟货币发行、交易和流通领域，因欺诈、挪用资金以及交易所盗窃和黑客活动等造成的损失总计约45亿美元[6]。

# 二、我国监管政策及路径

针对虚拟货币的快速发展以及存在的诸多风险，我国多次出台相关政策加以监管。除了《民法典》《防范和处置非法集资条例》等个别今年出台的法律法规提及之外，对虚拟货币业态实施规制的多是规范性文件，主要有2013年中国人民银行、工业和信息化部等五部委发布的《关于防范比特币风险的通知》（以下简称《五部委通知》）、2017年中国人民银行、中央网信办等七部委发布的《关于防范代币发行融资风险的公告》（以下简称《9·4公告》）、2021年中国人民银行、中央网信办等十部门发布的《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》（以下简称《9·24通知》），以及2021年国家发展改革委、中共中央宣传部等部门发布《关

于整治虚拟货币“挖矿”活动的通知》（以下简称《整治“挖矿”通知》）等。从这些文件的内容可以发现境内监管虚拟货币交易炒作活动的主要路径。

### （一）提示公众投资风险

《五部委通知》要求加强对社会公众货币知识的教育及投资风险提示，引导社会公众树立正确的货币观念和投资理念，理性投资、合理控制投资风险。自此以后，历次发布的规范文件以及相关协会发布的意见，均反复提示投资者虚拟货币交易炒作存在的巨大风险，提醒参与者须自行承担投资风险，为境内虚拟货币交易炒作热潮持续泼冷水降温。

### （二）限制境内交易渠道

《五部委通知》要求各金融机构和支付机构不得开展与比特币相关的业务，包括：买卖或作为中央对手买卖比特币，为客户提供比特币登记、交易、清算、结算等服务，接受比特币或以比特币作为支付结算工具，开展比特币与人民币及外币的兑换服务等。《9·4公告》禁止代币融资交易平台为代币及交易提供服务，重申并扩大要求“各金融机构和非银行支付机构不得直接或间接为代币发行融资等提供产品或服务”。受该政策影响，我国境内虚拟货币交易平台随即转移境外。《9·24通知》进一步禁止境外交易平台向我国境内提供相关服务，可以认为我国已经不存在虚拟货币交易服务公共渠道，境外交易平台原有用户应当予以清退。并且在国家部委没有明文规制的情况下，由于金融机构和非银行支付机构难以从资金角度区分非法金融与民间交易行为，因而严禁为任何虚拟货币交易提供资金账户服务就成为“共识”，公众参与虚拟货币民间交易存在一定障碍。

### （三）加强整治“挖矿”活动

2021年5月21日，国务院金融稳定发展委员会召开第五十一次会议，首次提出打击比特币挖矿和交易行为。《整治“挖矿”通知》将虚拟货币“挖矿”活动作为淘汰产业管理，提出要加快存量项目有序退出，严禁新增虚拟货币“挖矿”项目，限制向虚拟货币“挖矿”企业供电，对虚拟货币“挖矿”项目实行差别电价并禁止向其提供财税支持、金融服务等。各地也纷纷发出通知开展针对虚拟货币“挖矿”的专项整治。2021年12月，国家发改委发布通知，正式将“虚拟货币‘挖矿’活动”增补列入《产业结构调整指导目录（2019年本）》“淘汰类”。

### （四）禁止发挥金融作用

虚拟货币的金融作用主要体现在基于证券性质的发行、投资以及衍生品交易和代币功能的流通。虚拟货币的金融作用是其风险的根源，自《五部委通知》以来的政策

文件，都强调比特币等虚拟货币不是由货币当局发行，不是真正意义的货币，不具有法偿性与强制性等货币属性，坚决否定虚拟货币的“货币”地位，杜绝其作为货币流通的可能。《9·4公告》将代币发行融资定义为一种未经批准非法公开融资的行为予以禁止，《9·24通知》则进一步将虚拟货币经营业务、衍生品交易定性为非法金融活动予以严格禁止。

### 三、虚拟货币法律属性

《五部委通知》将比特币定义为一种特定的虚拟商品，否定其货币地位。此后发布的文件不断重申虚拟货币不具有法定货币的地位，不能也不应作为货币流通，对其商品属性未再重新定义。但是，这一定义不能解决虚拟货币监管以及相关法律适用的需求。首先是未对其他币种予以定义。从概念上讲，商品是为交换而生产的对他人或社会有用的劳动产品，具有使用价值和价值。而对于形形色色的“空气币”来讲，其没有任何价值，往往是用来欺骗他人的工具，显然不能称之为商品。因此，当前的规范文件仅对比特币法律属性作出定义，对于其他虚拟货币没有明确说明。其次是位阶效力的不足。我国《民法典》第一百二十七条规定：“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”但目前只有规范性文件将虚拟货币定义为虚拟商品，尚无法律对此作出规定。“对于盗窃虚拟财产的行为，如确需刑法规制，可以按照非法获取计算机信息系统数据等计算机犯罪定罪处罚，不应按盗窃罪处理。”[7]该观点虽然指向的是虚拟财产，实质包括了虚拟货币，回避了价值数额计算以及属性争议问题，曾作为主流观点被司法机关广泛采用于涉虚拟货币案件的刑事裁判。最后是不能满足监管需求。对于承诺固定收益吸收他人虚拟货币的行为，能否将虚拟货币认定为“资金”进而认定上述行为构成非法吸收公众存款罪？在部分国家将比特币作为法定货币的背景下，是否可以将其认定为外汇并适用相关法律？部分锚定公司股权、债权的代币能否被认定为证券加以监管？显然仅以商品这一定义不能对上述问题作出肯定回答，还可能导致行政监管和司法裁判的依据缺失。

笔者认为虚拟货币具有多重属性，应当从物理性质、经济价值、现实作用、应用场景等不同角度来分析和把握虚拟货币的不同法律属性。从物理性质上讲，虚拟货币是一种数据信息，存在于计算机以及网络中，这是虚拟货币的基础属性。从经济价值来看，比特币等主流虚拟货币价格高涨，成为一种重要资产，具有财物属性。有学者认为包括虚拟货币在内的虚拟财产具有管理可能性、转移可能性、

经济价值性，具备我国刑法上财物概念的特征。[8]从现实作用来看，客观上主流虚拟货币已经成为交易支付结算的一种手段，在特定条件下发挥着流通手段、支付手段、贮藏手段等法定货币职能，具有货币属性。从应用场景来看，部分虚拟货币锚定股权、债券等特定的权益形式，已经具有证券属性。例如在瑞士登记注册的Lykke金融科技公司发行代币，每拥有100枚Lykke代币可以获得该公司1份股权[9]。美国将通过“豪威测试”（howey test）的代币列入证券型代币，即同时满足“金钱投资”“投资于共同企业”“存在利润预期”“利润的产生仅来自他人的努力”四个条件后，以证券方面的法律制度对其进行监管[10]

。

## 四、当前涉虚拟货币行为适法分析

由于我国政策对虚拟货币相关行为作出禁止性规定，加上虚拟货币关联行为往往伴随刑事犯罪，因此虚拟货币持有、交易及相关经营行为有可能涉嫌行政违法甚至犯罪，并影响相关民事法律行为的效力。

### （一）虚拟货币持有行为的适法分析

为了预防随时带来的社会危害，降低执法部门的证明责任，部分法律规范将毒品、假币、枪支等物品严格管制，非法持有行为将受到行政处罚，甚至是刑事处罚。虽然虚拟货币的交易炒作活动对国家金融安全和社会稳定会造成一定的危害，但是仅仅持有虚拟货币还不足以造成紧迫的现实威胁。作为一种特殊的虚拟商品，当前政策限制虚拟货币交易炒作活动，但并不禁止持有虚拟货币，合法持有的虚拟货币仍应受保护。如李某艳与闫某东、李某等财产损害赔偿纠纷案。审理法院认为，目前国家未认可比特币、天空币等所谓“虚拟货币”的货币属性，禁止其作为货币进行流通使用，但并未否定上述虚拟货币可以作为一般法律意义上的财产受到平等保护，支持了原告的返还请求[①]。

需要说明的是，虚拟货币获取的来源及其明知程度会影响持有（占有）的合法性。如果是通过赌博、贩毒、贿赂等违法行为获取，则持有的虚拟货币应当作为违法犯罪所得予以罚没。即使不存在违法行为，一旦上游属于违法犯罪所得，不论是无偿

获取，还是有偿获取但对此明知，都可能作为赃物被依法追缴。只有支付合理对价的善意取得，法律才会倾向于保护合理流动而承认其合法持有。鉴于虚拟货币是非法定支付结算工具，特别是虚拟货币具有匿名性，经常被用于违法犯罪，多数获取人并不知悉上游虚拟货币的真正来源，因此通过交易等途径获取的虚拟货币，也存在被追缴的可能风险。

## （二）虚拟货币交易行为的适法分析

交易行为的合法性直接关系到参与人对虚拟货币的买进与变现，而我国当前政策对于虚拟货币的严厉限制以及法院支持与否的不同判决，使其成为社会公众最为关心的问题。

### 1.民事方面

《9·24通知》规定：“任何法人、非法人组织和自然人投资虚拟货币及相关衍生品，违背公序良俗的，相关民事法律行为无效，由此引发的损失由其自行承担。”笔者认为此处涉及的主要是“公序”而非“良俗”。所谓公序，即社会一般利益，包括国家利益、社会经济秩序和社会公共利益。公序与现行的法律规范有关，但并不完全等同。如最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》指出，人民法院在认定规章是否涉及公序良俗时，要在考察规范对象基础上，兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面进行慎重考量，违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。笔者认为，当前我国政策文件并未明文禁止虚拟货币交易，允许公众在风险自担的前提下投资买卖虚拟货币，虚拟货币交易行为一般不违背公序，但若交易行为关联虚拟货币的金融属性，影响金融安全或者市场秩序，则存在因违背公序被认定无效的较大可能。当前，司法实践对该原则的把控尺度不一，审判结果也不尽相同。部分法院对此把控的尺度过严，如以《9·24通知》规定虚拟货币的相关业务活动属于非法金融活动为由，对相关民事诉讼裁定不予受理或认定交易行为无效。如2021年11月25日判决的庄某发、田某网络购物合同纠纷案。原告在2021年10月向被告购买USDT并支付了相应款项，但被告在USDT涨价后将USDT卖给其他人，未及时返还原告支付款项，法院审理认为，根据《9·24通知》，原、被告之间USDT买卖行为属于虚拟货币交易，违背了公序良俗，应认定为合同无效<sup>[2]</sup>。

### 2.行政方面

2021年国务院金融稳定发展委员会第五十一次会议要求打击比特币挖矿和交易行为，笔者认为，此处的交易行为不是指民间交易行为，应当是指具有金融风险的交易炒作行为。2013年中国人民银行相关负责人在比特币相关事宜答记者问中曾表态，比特币交易作为一种互联网上的商品买卖行为，普通民众在自担风险的前提下拥有

参与的自由，至今尚无其他规范文件改变该表态意见。如果交易取得的虚拟货币用于违法犯罪行为，则交易行为本身是主行为的预备，也属于违法犯罪行为。对于代币发行中原始取得的行政合法性，鉴于代币发行融资行为是相关部门多次重申严厉禁止的非法金融活动，虽然获取人的交易行为本身并不违法，但法律不予保护的可能性很大，一旦涉及传销等犯罪，则参与行为本身也属违法。

### 3.刑事方面

虚拟货币具有匿名性、去中心化、自由流通性等特点，一旦违法所得转换成虚拟货币，则难以被监管机关追踪追缴，犯罪分子经常借助虚拟货币这一特性转移赃款。在这一过程中，相关行为涉嫌掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪、洗钱罪或帮助信息网络活动罪。

《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条规定，“对于明知犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购……掩饰隐瞒行为致使上游犯罪无法及时查处，并造成公私财物损失无法挽回的；实施其他掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益行为，妨害司法机关对上游犯罪进行追究的，应当以掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪定罪处罚”。因此，对于明知资产系犯罪所得及其产生的收益，仍然通过交易将其转换成虚拟货币，涉嫌掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。如刘某波、汪某等掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益案。被告刘某波、汪某等人使用不同银行卡接收上游犯罪所得，然后在虚拟货币平台上购买USDT币，再将USDT币转给上游犯罪人员，被法院认定犯掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪判处有期徒刑[③]。如果上游犯罪涉及《刑法》第一百九十一条规定的掩饰、隐瞒毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪等特殊罪名，则相关交易行为涉嫌洗钱罪。例如陈某洗钱案中，被告陈某明知案外人进行金融诈骗犯罪，仍为其提供资金账户，协助其将非法获取的财产转换成虚拟货币，被法院认定构成洗钱罪，判处有期徒刑二年[④]。虽然不明知交易的虚拟货币属于犯罪所得及其产生的收益，但是如果明知他人利用信息网络实施犯罪，仍通过虚拟货币交易为其提供支付结算服务等帮助行为，则涉嫌帮助信息网络犯罪活动罪。

#### （三）虚拟货币经营行为的适法分析

当前常见的虚拟货币经营业务主要有代币发行融资、开设虚拟货币交易所、虚拟货币“挖矿”、虚拟货币衍生品业务。由于经营业务涉及人员广，违法犯罪高发，严重扰乱了经济秩序，影响了社会稳定，是当前政策规制和行业监管的重点。

### 1.民事方面

虚拟货币经营业务中的民事争议主要有两种。一种是当事人之间投资经营虚拟货币业务纠纷。虚拟货币由于经营业务的非法性，大多会因违背公序良俗而被认定无效。如韦某等与章某等网络侵害虚拟财产纠纷案。2019年7月，原告韦某等人与被告章某等人共同投资境外XIN币项目获取收益，因2020年3月章某将保管的私钥删除，导致投资的XIN币无法取出，韦某等诉请章某等赔偿XIN币丢失的经济损失1190万元。广州互联网法院审理认为，XIN币不具备法定货币的合法性，投资者通过境外募集获取XIN币并进行投资获取收益的投资交易行为，危害公众财产安全，扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益，违背公序良俗，不受法律保护，由此引发的损失应自行承担，驳回了韦某等全部诉讼请求[11]。由于国家政策的日益严厉，买卖“矿机”等用于虚拟货币经营的行为也因违反国家规定不受法律保护。如杭州矿安网络科技有限公司与上海某公司买卖合同纠纷案。原告矿安公司与被告上海某公司签订协议，向被告采购“矿机”及相应的运维托管服务，支付账款后，因所购“矿机”一直未产币，遂诉至法院要求返还合同价款及损失。法院审理认为，起诉人主张的“矿机”买卖合同系国家明令禁止的虚拟货币“挖矿”活动，不受法律保护，属于有关部门清理整治事项，故不属于人民法院民事受案范围，裁定不予受理。上诉后，二审法院认为上诉人所主张的虚拟货币“矿机”买卖合同在合同目的方面与法律法规所禁止之虚拟货币“挖矿”行为具有高度关联性，该合同关系不受法律保护，维持了一审法院的裁定[⑤]。另一种是虚拟货币投资人与交易平台的服务纠纷。《9·24通知》后理论上我国境内不再存在合法规范的虚拟货币交易平台，参与者需要变通注册身份和网络IP地址才能通过境外交易所交易虚拟货币，而虚拟货币交易所在会员注册协议中往往会约定管辖地点与适用法律。如火币网用户协议约定，“任何因与本协议约定的服务有关而产生的索赔或诉讼，都应依照塞舌尔共和国的法律进行管辖并加以解释和执行。”如此约定客观上增加了诉讼解决争议的难度，提高了虚拟货币的投资风险。

## 2.行政方面

《9·24通知》规定，虚拟货币经营业务涉嫌非法发售代币票券、擅自公开发行证券、非法经营期货业务、非法集资等违法行为，并禁止境外机构向境内提供上述服务。这里的概括性表述和原则性界定，导致公众认识模糊以及困惑：一方面，从非法行为角度看，禁止适用范围边界不清晰，除了《9·24通知》已经列举的情形，究竟还有哪些非法业务？笔者认为应当从行为的营利性和金融性上把握，主要指以营利为目的、面向不特定对象的虚拟货币经营行为，而不包括一般民间交易行为。另一方面，从行政依据角度看，《五部委通知》《9·24通知》等是一种规范性文件，并不能作为行政执法的直接依据，还需要根据经营行为的不同情形，确定对应的行政法律、法规及规章的具体条款，才能依法给予行政执法及处罚。例如发行虚拟货币，涉嫌印制、发售代币票券，可以按照《中国人民银行法》第二十条和第四十五条规定处罚。涉及经营虚拟货币交易所的，可以根据《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》《国务院办公厅关于清理整顿各类交易场所的实施

意见》，作为非法交易所予以取缔；涉嫌非法集资的，可以违反《防范和处置非法集资条例》予以处罚。但是，相关法律法规仍需进行调整才能有效落实当前虚拟货币政策。以虚拟货币“挖矿”为例，在国务院金融稳定发展委员会第五十一次会议之后，各地将其作为一种落后产能予以限制。但是，上述手段仅作为一种行政管理措施实行，将虚拟货币“挖矿”认定为违法行为并给予行政处罚尚无充分的法律依据。虽然《整治“挖矿”通知》对此再次予以明确，但是行政处罚依据仍未有效解决。直至2021年12月30日国家发改委发布通知，将“虚拟货币‘挖矿’活动”增补列入《产业结构调整指导目录（2019年本）》“淘汰类”，才找到援引依据。可以根据《节约能源法》第七十一条规定，由管理节能工作的部门责令停止使用，没收设备或由管理节能工作的部门提出意见，报请本级人民政府按照国务院规定的权限责令停业整顿或者关闭。民事方面也会引起关联影响，即2021年12月30日以后的“挖矿”行为，可以按照违反行政法律强制性规定而判决合同无效。又如根据《9·24通知》“虚拟货币相关业务活动涉嫌擅自公开发行证券、非法经营期货业务”的规定，尽管部分代币及虚拟货币衍生品业务从实质上符合证券、期货的特征，但是由于现有证券、期货法规对于证券、期货的狭窄定义，无法将其纳入证券、期货进行监管，尚不能对相关行为以擅自公开发行证券、非法经营期货业务进行执法处罚。

### 3.刑事方面

虚拟货币相关经营业务主要涉及的刑事犯罪有非法吸收公众存款罪，集资诈骗罪，组织、领导传销活动罪、非法经营罪以及诈骗犯罪。

#### （1）非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪

代币发行融资过程中，如果项目方向投资人承诺保本回报，则符合非法吸收公众存款罪的核心特征，涉嫌非法吸收公众存款罪。如果项目方同时具有挥霍集资款、携带集资款逃匿等可以推定“以非法占有为目的”的行为，则涉嫌集资诈骗罪。

多数观点认为，非法吸收公众存款罪的对象是“存款”以及“资金”，而代币发行融资中吸收的比特币或以太坊等虚拟货币，尚不能扩大解释为“存款”或者“资金”，即使存在保本付息承诺，也不能将此认定为非法吸收公众存款罪。但是，也有个别判例将此类行为认定为非法吸收公众存款罪，如“TB通证银行”非法吸收公众存款案。被告人林某等人以投资“通证银行”平台可持币生息、推荐投资人可获得返利等为诱饵，鼓励社会公众将虚拟货币存入“通证银行”，吸收59人的比特币、以太坊等虚拟货币价值达人民币1500万元以上，法院审理认为被告人林某构成非法吸收公众存款罪。[6]2022年2月23日最高人民法院发布《关于修改〈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〉的决定》，明确将以虚拟币交易的方式非法吸收资金作为非法吸收公众存款的行为方式之一。不少观

点将此解读为司法解释将虚拟货币作为“存款”或“资金”认定，其实不然，司法解释仅是增加了以虚拟货币为手段吸收法币或者资金的方式列举。

## （2）组织、领导传销活动罪

虚拟货币价格暴涨带来的造富神话给传销分子以可乘之机，虚拟货币去中心化、匿名性等特性也成为传销分子吸收资金、逃避打击的天然工具。传销组织或以虚拟货币发行炒作为噱头，诱骗他人参与并发展下线，或将虚拟货币作为吸收他人资金的手段。无论传销组织如何伪装，本质仍旧是“拉人头”、交入门费的庞氏骗局。根据最高人民法院《关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》的规定，参与传销活动人员在30人以上且层级在三级以上的，应当对组织者、领导者追究刑事责任。

## （3）诈骗犯罪

这里的诈骗犯罪，包括诈骗罪、合同诈骗罪以及集资诈骗罪。在代币发行融资过程中，明知行为违反国家政策，通过虚构项目、开发网站或者手机应用程序，发行毫无应用场景的“空气币”，骗取投资者资金后卷款跑路的，涉嫌诈骗犯罪。但是如果存在一定的应用场景，可以在正规交易所上市，存在一定市场价值和交易对价，则难以认定为诈骗犯罪。两者之间的区别在于有无技术创新、应用落地，发行的数量和价格是否依赖发行机构。同样在虚拟货币衍生品业务中，由于其隐秘性和专业性，缺乏公权部门的有效监管，参与者无法获知业务的全部情况。经营人后台操纵修改合约价格，甚至以“断网线”的方式排除投资人操作，任意强制平仓投资人合约，非法占有投资人财物，则涉嫌诈骗犯罪。

## （4）非法经营罪

《9·24通知》把从事虚拟货币相关经营业务定性为非法金融业务，要求公安机关依法严厉打击涉及的非法经营、金融诈骗等犯罪活动。但是，相关业务涉嫌非法经营犯罪的入罪路径还没有司法解释、指导案例予以明确。有观点认为，尽管《9·24通知》把从事虚拟货币经营业务定性为非法金融业务，但还是难以在《刑法》上符合非法经营罪的构成，理由主要有二：一方面，非法经营罪的前提必须是违反国家规定。此处的国家规定是指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令，不能将违反地方性法规、部门规章的行为认定为“违反国家规定”。<sup>[7]</sup>虽然国家部委对虚拟货币炒作多次出台了政策通知，但显然达不到“国家规定”的认定标准，目前也没有法律法规明文规制过虚拟货币相关业务。另一方面，虚拟货币相关业务已经属于国家禁止经营领域，不属于行政许可经营的范畴，也就不存在可以经营的合法业务，不应以非法经营罪定罪处罚。

笔者认为，涉及虚拟货币的非法金融业务是有可能被认定为非法经营罪的。一方面，虽然《9·24通知》等政策文件达不到非法经营罪要求的“国家规定”标准，但只要是非法金融业务，就不仅是违反国家部委的有关通知，实质上也违反了现行法律法规，这是符合一般逻辑思维判断的。另一方面，司法解释曾将禁止经营领域纳入非法经营犯罪的打击范围，如生产、销售赌博机、瘦肉精。虚拟货币非法金融业务影响国家金融安全、社会稳定，若现有政策仍不能有效遏制交易炒作行为，那么出台针对性的司法解释可能性久很大。

## 五、结语

虚拟货币缺乏公允价值支撑，交易炒作影响国家金融安全、社会稳定，“挖矿”耗费巨量能源，行业监管难以落地，因其去中心化、匿名性等特性已经成为犯罪的有力工具。在此背景下，我国出台多项政策，限制境内虚拟货币交易炒作活动，也给诸多关联行为带来适法风险。社会公众应当充分认识虚拟货币交易炒作风险，谨慎参与虚拟货币交易投资，远离相关违法犯罪活动。

[①]参见“李圣艳与闫向东李敏等财产损害赔偿纠纷一审民事判决书”。上海市闵行区人民法院民事判决书。（（2019）沪0112民初12592号）

[②]参见“庄贤发、田锐网络购物合同纠纷民事一审民事判决书”。吉安市吉州区人民法院民事判决书。（（2021）赣0802民初5559号）

[③]参见“刘岷波、汪涛等掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪、伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪刑事二审刑事裁定书”。山东省菏泽市中级人民法院刑事裁定书（（2021）鲁17刑终442号）

[④]参见“陈某某洗钱一审刑事判决书”。上海市浦东新区人民法院刑事判决书（（2019）沪0115刑初4419号）刑事判决书

[⑤]参见“杭州矿安网络科技有限公司与买卖合同纠纷民事二审案件民事裁定书”。上海市第二中级人民法院。（（2022）沪02民终3438号）

[⑥]参见“林双宝、林振建、洪东健非法吸收公众存款罪一审刑事判决书”。泰顺县人民法院刑事判决书。（（2020）浙0329刑初136号）

[⑦]参见《最高人民法院关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》。法[2011]155号

[[1]]得得周报.全球数字货币总市值较上周上跌约4.22% | 12.27-01.02 [EB/OL].(2022-01-04) [2022-02-06].

<https://mp.weixin.qq.com/s/QNMVPCxdkWh1d5wJ95sI-g>.

[[2]]新浪财经.首次！全球数字货币市值2.55万亿美元 超美元流通量[EB/OL].

(2021-05-10) [2022-02-06].<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1699353890365671899&wfr=spider&for=pc>.

[[3]]金色财经.报告：2022年底全球加密用户将达到10亿 [EB/OL]. (2022-01-22) [2022-02-06].

<https://www.jinse.com/blockchain/1177516.html>.

[[4]]每日经济新闻.比特币“挖矿”1年耗电量已超瑞典全国用电量，位居全球第27位 [EB/OL]. (2021-05-21) [2022-02-06].<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1700331083710747363&wfr=spider&for=pc>.

[[5]]金色财经.中国区块链产业生态地图报告（2021第三期） [EB/OL].

(2021-12-10) [2022-02-06].<https://www.jinse.com/blockchain/1173689.html>.

[[6]]新浪财经.李真：有效应对虚拟货币衍生风险[EB/OL]. (2020-05-19) [2022-02-06].<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1667129890835762235&wfr=spider&for=pc>.

[[7]]胡云腾,周加海,周海洋.《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用[J].人民司法.2014,(15):18-25.

[[8]]参见张明楷.非法获取虚拟财产的行为性质[J].法学, 2015 ( 3 ) :12-25

[[9]]虚拟货币和ICO法律分析.[EB/OL].[https://www.sohu.com/a/202741501\\_99955888](https://www.sohu.com/a/202741501_99955888)

[[10]]苏宇：数字代币监管的模式、架构与机制[J].东方法学.2021(3):77-94

[[11]]广州日报客户端.投资虚拟货币“血本无归”，他们将“合伙人”告上法院[EB/OL]. ( 2021-12-25)[2022-04-06].<https://www.gzdaily.cn/amucsite/web/index.html#/detail/1735706>.

来源：悄悄法律人公众号