

曾杰：广强律师事务所·金牙大状刑事律师团队(金牙大状律师网)非法集资犯罪辩护与研究中心秘书长

本文连载于《曾杰金融犯罪辩护日记》，未经本人授权不得转载



刑法的属人管理原则和属地管辖原则

我国刑法典的属人原则，即是以人的国籍为标准，凡是本国人犯罪，不论是在本国领域内还是领域外，都适用本国刑法。而属地管辖原则就是，凡在本国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。而犯罪的行为或者结果有一项发生在本国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。

根据我国刑法规定，只要中国公民涉嫌违反我国刑法的规定，即便是在海外，如果其犯罪的对象是我国境内的公民，就可以视作在我国领域内犯罪，就可以适用我国刑法处罚。

但如果仅仅是在国外从事了违反我国相关治安管理条例或者其他行政法规的行为，但不构成犯罪，则一般不会受到相关刑事追究。

所以问题的关键就是，从事代币的发行、投资、交易等活动，在我国是否会违反刑法的规定？

问题一：中国公民到海外开设代币交易所，是否涉嫌非法经营罪等问题？

此前有猜测认为，中国公民到海外开设代币交易所，可能会涉嫌的犯罪就是非法经营罪。

而以火币网为例，其主要开发者和实际控制人是中国团队，在境外注册并继续向境内和境外用户提供虚拟货币的交易服务，如果此种行为涉嫌犯罪，也会被我国刑法所规制。

根据《94公告》，任何所谓的代币融资交易平台不得从事法定货币与代币、“虚拟货币”相互之间的兑换业务。也就是说，虚拟货币交易平台在并没有法律依据。而在《94公告》发出十天后，中国互联网协会发布风险提示，指出各类所谓“币”的交易平台在我国并无合法设立的依据。

轻易入罪，或违反罪刑法定原则

但是，在刑法领域，一个行为若要被定罪，必须严格遵照“罪刑法定原则”，如果刑法中没有规定为犯罪，就不能依照犯罪处理。

此种开设交易所的行为，是否构成非法经营罪？

所谓的非法经营罪，规定在《刑法》第二百二十五条，是指违反国家规定，有下列非法经营行为之一的犯罪。（一）未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或其他限制买卖的物品的；（二）买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件；（三）未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货或者保险业务的，或者非法从事资金结算业务的；（四）从事其他非法经营活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为。

从以上条文可以看出，触犯非法经营罪，首先是要“违反国家规定”，其次是从事国家“特许”经营的行业。

而刑法中所称的违反国家规定，是指违反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。

《94公告》并不是国家规定

2017年9月4日央行等七部委公布《关于防范代币发行融资风险的公告》是国务院部门的规章，并不是国家规定，而中国互联网协会出的风险提示则连部门规章都不是，不具有任何强制力，只有行业风险提示作用，不能作为刑法定罪的依据。