

最近几年的司法实践中，有很多OTC商家因为收到上游电诈或者WD资金，被办案机关以涉嫌帮助信息网络犯罪活动罪刑事拘留，甚至最终定罪处罚。那么，是否OTC商家以盈利为目的从事了虚拟货币的买卖活动就必然构成帮信罪？笔者认为可以从中立帮助行为的角度寻找出罪点。

首先，需要明确帮信罪并非是中立帮助行为的正犯化，而中立的帮助行为本身是不可罚的（注1）。

本罪涉及的技术支持和服务，并非日常的、业务的、中立的、非追求犯罪目的、非针对特定对象的中立的帮助行为，而是专门服务于违法犯罪活动的，按照他人的要求量身定制的行为，如为他人制作钓鱼网站，为他人设计赌博软件、非法经营的软件，专门用于违法犯罪用途，或者已经成为犯罪有机体的一部分，甚至参与了犯罪的分赃。网络犯罪也利用了网络，但不应认为中国电信、中国移动等网络服务提供商都构成犯罪，这里所谓提供技术支持、帮助，都是违反了行业性规定的，都是深度参与了他人犯罪活动的，都是专门服务于犯罪目的的。

举个例子，申请宽带接入，必须要提供真实的身份信息，如果电信公司负责宽带接入的员工专门为他人找假身份证，为他人申请宽带接入，也就是所谓的“黑宽带”，专门用于网络诈骗，当然已经违反了行业规定。但如果行为人拿着真实的身份证来办理宽带接入，电信公司的职员给他办理了，怎么可能构成犯罪呢？币圈散户OTC的目的是为了兑现投资虚拟货币的收益，在出金过程中甚至专门采取了只与平台“认证商家”交易的方式来规避收到问题资金的风险，这种OTC行为无论从哪个角度上都不能与构成犯罪划上等号。

其次，实务中“中立帮助行为”构成帮信罪的情形，重点不在于因为行为人主观上明知，而是因为行为人的行为本身违反了相关禁止性规定

。如明知客户使用伪造的身份证件依然为其办理银行卡。换言之，这种行为之所以构成犯罪，是由于客观行为本身，而非由于主观明知而具有了所谓的主观违法性。如果服务行为本身符合行业规范，只要身份信息真实、办理流程合规，即使行为人明知客户办理目的是为了信息网络犯罪，也不能认定为帮信罪。即使《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》（即《924通知》）规定，参与虚拟货币投资交易活动存在法律风险。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；涉嫌破坏金融秩序、危害金融安全的，由相关部门依法查处。《民法典》第八条规定，民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。由此可见，违反法律和违背公序良俗是两个独立的概念，违背公序良俗并不意味着违反法律。从其本质而言，币圈OTC业务是自然人之间买卖虚拟货币的交易。大量现成的相关判决书都将其定义为违反公序良俗的无效民事法律行为，而非禁止性行为。若据此

将交易者的OTC行为推定为违反了相关禁止性规定，显然过度扩大了打击范围，也有失偏颇。

最后，笔者认为司法实务中不能简单根据《924通知》就认定OTC业务属于非法金融活动，从而推断出该业务专门用于违反犯罪活动，甚至推定相关人员“主观上明知”。

从帮信罪并非“中立帮助行为正犯化”的立法本意上看，还需要其他相关证据证明该行为专门服务于违法犯罪活动，或者深度参与他人的犯罪活动。在具体案件中，这些证据可以是交易价格明显异常（以不合理的低价收购或者以不合理的高价卖出）、使用加密软件联络以隐匿通讯内容、故意不使用实名账户等。

需要指出的是，即便OTC商家从中立帮助行为角度出罪帮信罪，也有可能涉嫌其他类型的罪名，如妨害信用卡管理秩序罪（譬如使用多张他人银行卡交易）或非法经营罪（譬如利用虚拟货币来变相换汇）。这部分内容笔者也将在随后系列文章中一一解析。

### 结语

近期，我国香港地区相继出台一系列针对虚拟货币的宽松政策，包括允许散户在合规的虚拟货币交易所买卖主流币种（BTC、ETH等）。这是否意味着大陆未来对虚拟货币的政策也会进一步放开，目前尚不得而知。相比较新生事物，法律永远是保守和滞后的，规制创新风险更需要刑法需要保持谦抑性。作为法律职业共同体一员，笔者也在此呼吁司法机关能平衡好打击犯罪与保护创新之间的动态关系。

注1，陈洪兵著：《刑法分则课》，北京大学出版社，2023年版，第386页。