

【案情】2018年，犯罪嫌疑人黄某利用其控制的某公司，指使技术人员开发、维护秘密传销平台APP。秘密（SECRET）平台利用互联网线上宣传、线下开推广会等方式，对外宣传该平台是基于区块链技术应用的数字货币交易平台，号称所发行的虚拟币（SIE币、CS币等）和比特币（BTC）等虚拟币一样真实可靠、收益丰厚。传销参与人在秘密平台注册成为新用户后，需要邀请用户向新用户发送虚拟币红包，即与该邀请用户确定层级归属关系。平台设定用户的层级越高，邀请人数越多，推广收益越大的规则，吸引用户不断发展下级用户。所有收益均来源于下线传销参与人充值的本金，目的在于骗取传销参与人资金。

犯罪嫌疑人蔡某、赵某等经过平台认证后成为秘密平台的交易商，犯罪嫌疑人赵某合计收购3489792个SUSD币，销售2555227个SUSD币，非法获利至少17万元；犯罪嫌疑人蔡某合计收购3849935个SUSD币，销售1906385个SUSD币，非法获利至少19.0638万元。

侦查机关认为，犯罪嫌疑人蔡某、赵某未经国家有关部门批准非法从事资金支付结算业务，其行为已触犯了刑法第二百二十五条之规定，涉嫌非法经营罪。

【探析】钟哥认为，本案当事人买卖虚拟货币不构成犯罪。分析如下：

一、赵某、蔡某不构成非法经营罪

（一）赵某、蔡某收购并出卖虚拟货币的行为不是非法经营罪中的资金结算业务

资金结算与非法经营罪中的资金结算业务是完全不同的二个概念。资金结算是指单位或个人之间由商品交易、劳务服务等经济往来所引起的货币收付行为。分为现金结算和非现金结算两类。前者指用现金直接进行的收付；后者是通过划拨转账或票据流通所进行的收付。资金结算一般不存在手续费的问题。而非法经营罪中的资金结算业务是指类似金融机构的资金结算行为，必须由国家金融主管部门批准后方可进行，主要是为了防止金融风险 and 洗钱等目的。类似银行的资金结算业务一般以收取手续费为表现特征。

【根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第七条第一款、第二款的规定：违反国家规定，使用销售点终端机具（POS机）等方法，以虚构交易、虚开价格、现金退货等方式向信用卡持卡人直接支付现金，情节严重的，应当依据刑法第二百二十五条的规定，以非法经营罪定罪处罚。“使用销售点终端机具（POS机）等方法，以虚构交易、虚开价格、现金退货等方式向信用卡持卡人直接支付现金”也属于非法经营罪中的资金结算业务，但这只是对信用卡套现的特别规定】

而赵某、蔡某收购并出售虚拟货币的行为很明显是买卖行为，虽然其与上家卖家与下家买家之间存在资金往来，但这是买卖过程中必然伴随存在的货款收支付行为，虽也存在资金结算，但其与非法经营罪中之“资金结算业务”有着本质上的区别。况且，至今也没有任何法律和司法解释把虚拟货币交易中的资金结算按非法资金结算业务处理的规定。

如果可以把正常的货款收支付行为当作刑事上的资金结算业务处理，那么任何商品交易都存在货款收支付行为，都存在资金结算，

难道都可以“按需要”认定为类似金融机构的“资金结算业务”？其荒谬性不值得一驳。

因此，认定赵某、蔡某收购并出售虚拟货币的行为系刑法第二百二十五条第（三）项规定之“非法从事资金支付结算业务”毫无法律根据。

（二）赵某、蔡某的行为也不是非法经营罪中之“其他非法经营行为”。

非法经营罪，是指未经许可经营专营、专卖物品或其他限制买卖的物品，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，以及从事其他非法经营活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为。刑法第二百二十五条明确列举的非法经营行为包括：

(1)未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品；(2)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；(3)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，或者非法从事资金支付结算业务；(4)其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

所谓“非法”，揭示了经营行为的不合法性。关于“非法”的判断，则需要结合刑法第二百二十五条为非法经营罪所设定的前提条件“违反国家规定”来把握。根据刑法第96条的规定，所谓“违反国家规定”，是指违反全国人大及其常委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。就此而论，国务院各部委所制定部门规章、地方性法规、地方政府规章则都非判断此处所谓“非法”之依据。违反部门规章、地方性法规、地方政府规章的非法经营行为不能构成非法经营罪，而只能作为行政违法处理。

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》[法发(2011)155号]第3条规定，各级人民法院在审理非法经营案件时，要依法严格把握兜底条款的适用，对于被告人的行为能否按照兜底条款（其他严重扰乱市场秩序的行为）定性，“有关司法解释未作明确规定的，应当作为法律适用问题，逐级向

最高人民法院请示”。即未经请示，不得直接定罪处罚。

此后最高人民法院《关于被告人何伟光、张勇泉等非法经营案的批复》【（2012）刑他字第136号】也强调了上述要依法严格把握兜底条款的适用的精神。具体内容为：广东省高级人民法院，你院（2011）粤高法刑二他字第16号《关于被告人何伟光、张勇泉等以发放高利贷为业的行为是否构成非法经营罪的请示》收悉。我院经研究认为，被告人何伟光、张勇泉等人发放高利贷的行为具有一定的社会危害性，但此类行为是否属于刑法第二百二十五条规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，相关立法解释和司法解释尚无明确规定，故对何伟光、张勇泉等人的行为不宜以非法经营罪定罪处罚。

【注：直至2019年10月21日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布了《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》（下称“非法放贷司法解释”），是针对危害日益严重的非法发放高利贷行为出台的专门司法解释，才对严重的非法发放高利贷行为按非法经营罪定罪处罚。以后未经监管部门批准，或者超越经营范围，以营利为目的，经常性地向社会不特定对象发放贷款，扰乱金融市场秩序，情节严重的，依照刑法第二百二十五条第（四）项的规定，以非法经营罪定罪处罚】

从本案情况看，赵某、蔡某的行为违反的是：

第一，2013年12月3日工业和信息化部 中国保险监督管理委员会、中国人民银行、中国银行业监督管理委员会 中国证券监督管理委员会发布《关于防范比特币风险的通知》；

第二，2021年9月15日，中国人民银行会同中央网信办、最高人民法院、最高人民检察院、工业和信息化部、公安部、市场监管总局、银保监会、证监会、外汇局发布了《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》，该《通知》虽然最高法、最高检也参与，但由人民银行牵头，众多部委参与，显然不属司法解释，其性质仍然明显属于部委规范性文件范畴（虽然“法检”在宪法意义上不是部委，但实际上把法检“降格为部委”的情况自上而下在现实中大量存在。与部委联合发文属于部委规范性文件范畴无疑）。

但显然，违反以上二个规范性文件规定都不属于刑法中的“违反国家规定”。

赵某、蔡某的行为不具备刑法第二百二十五条为非法经营罪所设定的前提条件“违反国家规定”。

另外，根据最高人民法院2018年12月19日发布的第19批指导性案例之指导性案例

97号中王力军非法经营再审改判无罪案的裁判中关于“（其他类非法经营犯罪应具备）与刑法第二百二十五条前三项规定的非法经营行为相当的社会危害性、刑事违法性和刑事处罚必要性”的要旨，赵某、蔡某的行为也不具备“与刑法第二百二十五条前三项规定的非法经营行为相当的社会危害性、刑事违法性和刑事处罚必要性”。

更何况并不存在把虚拟货币交易作为非法经营罪处理的任何法律和司法解释规定。

因此，赵某、蔡某的行为也不是非法经营罪中之“其他非法经营行为”。

二、赵某、蔡某不构成帮助信息网络犯罪活动罪

刑法第二百八十七条之二规定的帮助信息网络犯罪活动罪是指明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的行为。

“明知他人利用信息网络实施犯罪”是指(一)经监管部门告知后仍然实施有关行为的；(二)接到举报后不履行法定管理职责的；(三)交易价格或者方式明显异常的；(四)提供专门用于违法犯罪的程序、工具或者其他技术支持、帮助的；(五)频繁采用隐蔽上网、加密通信、销毁数据等措施或者使用虚假身份，逃避监管或者规避调查的；(六)为他人逃避监管或者规避调查提供技术支持、帮助的；(七)其他足以认定行为人明知的情形。

赵某、蔡某的行为不符合上述“足以认定明知”的情形。

赵某、蔡某的行为也不符合司法实践中可以推定明知的情形，如“行为人实施代为转账、套现、取现等行为，或者实施为配合他人转账、套现、取现而提供刷脸等验证服务的”，因而不可以将其买卖虚拟货币过程中的资金结算认定为最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2019〕15号）第十二条第一款第（二）项规定的“支付结算”行为。

赵某、蔡某的行为更不符合适用上述《解释》第十二条第二款之规定“确因客观条件限制无法查证被帮助对象是否达到犯罪的程度，但相关数额总计达到前款第二项至第四项规定标准五倍以上，或者造成特别严重后果的，应当以帮助信息网络犯罪活动罪追究行为人的刑事责任”的情形。

同时，赵某、蔡某的行为也不符合上述第（七）之其他条款的适用前提即必须与前六项具有相当性。

因此，赵某、蔡某既不具备帮助信息网络犯罪活动罪中的“明知”前提，也不符合司法解释规定的按帮助信息网络犯罪活动罪处理的情节标准。

退一万步讲，即使赵某、蔡某的行为具备了明知前提，那么，由于刑法第二百二十五条第（三）项规定之“非法从事资金支付结算业务与刑法第二百八十七条之二规定的帮助信息网络犯罪活动罪中之“支付结算帮助”涵义基本同一，因为赵某、蔡某没有从事资金结算的业务，当然也不存在提供什么支付结算帮助。

因此，赵某、蔡某不构成帮助信息网络犯罪活动罪。